

T.C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA TEMEL HUKUK
İLKELERİ – (MEBSÛT ÖRNEĞİ)
(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Osman Nuri ÜNSAL

Danışman:

Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İSTANBUL

2018

T. C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA TEMEL HUKUK
İLKELERİ – (MEBSÛT ÖRNEĞİ)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Osman Nuri ÜNSAL

Danışman:

Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İSTANBUL

2018

T. C.

İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı'nda 020115YL06 numaralı Osman Nuri ÜNSAL'ın hazırladığı “*İslam Borçlar Hukukunda Temel Hukuk İlkeleri- Mabsût Örneği*” konulu yüksek lisans tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 26/11/2018 günü (14 :00 – 15 :30) saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin başarılı olduğuna oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

Prof. Dr. Kemal YILDIZ

Marmara Üniversitesi

BEYAN

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, tezin herhangi bir kısmının bu üniversite veya başka bir üniversitedeki başka bir tez çalışması olarak sunulmadığını beyan ederim.

Osman Nuri ÜNSAL

26/11/2018

ÖZ

İslam hukukundaki temel hukuk prensipleri birçok çalışmaya konu olmuştur. Elinizdeki bu çalışmada dağınık halde ele alınan hukuk prensipleri bir araya getirilmiş olup borçlar hukuku için benimsenmiş temel prensiplerin Meksûd özelinde nasıl ele alındığı, hangi kavramlarla ifade edildiği değerlendirilmiştir. Nitekim borçlar hukuku için benimsenmiş temel ilkeler ile Meksûd'ta borçlar hukukunu ele alan bölümlerdeki temel yaklaşımlar benzerlik bakımından birbirleriyle paralellik göstermektedir. Prensip kelimesinin geçmişten günümüze kadar hangi kavramlarla ele alındığına da yer verilen çalışmada, modern hukuktaki borçlar nazariyesi ile kazuistik yöntemin benimsendiği İslam hukukundaki borçlar nazariyesi arasındaki farklılıklar mukayese edilmiştir.

Anahtar Sözcükler: İslam Hukuku, Prensip, Meksûd, Borçlar Hukuku.

ABSTRACT

Basic law principles in Islamic law had been subjected to so many different works. In this work, the law principles that was taken into consideration separately was brought together and how basic principles that was adopted by law of obligations were handled specific to Mebsut and in which terms it was expressed was evaluated. However, the basic principles that was adopted by law of obligations shows similarity with the part that considers law of obligations in Mebsut. This project also mentioned the term Principle`s meaning and in which terms it was used from past to present and also it compared the differences between modern law obligation theory and the Islamic law obligation theory that was adopted by a casuistic administration.

Key words: Islamic Law, Principle, Mebsut, Law Obligation.

ÖNSÖZ

Bir sosyal düzen kuralları manzumesi olan İslam hukuku, bu niteliğiyle Müslümanların ibadet hayatı yanında sosyal ve ekonomik hayatına dair ayrıntılı hükümler ihtiva eden bir ilimdir. Borç ilişkileri de bu ilim içinde önemli bir yere sahiptir. Bu alanlarda yapılan düzenlemelerde genel olarak akid serbestisi ilkesi benimsenmiş, adaletin sağlanması hedeflenmiş, tarafların karşılıklı hakları ve rızaları korunmaya çalışılmış, rızayı zedeleyen ve tarafları tartışma ve çekişmeye sürükleyebilecek muhtemel olumsuz durumların oluşması önceden önlenmeye çalışılmış, ribâdan uzak durma esas alınmış, tarafların birbirine zarar veren uygulamaları bertaraf edilerek kolaylık teşvik edilmiştir.

“İslam Borçlar Hukukunda Temel Hukuk İlkeleri (Mebûs Örneği)” başlıklı tezimiz, giriş kısmı, iki bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır. Giriş kısmında tezin konusu ve önemi zikredildikten sonra başvuru olan klasik-modern ve kitap-makale türünden kaynaklar tanıtılmış, sonra da tezde başvuru olan yöntem ile tezin amacı ve hedefine yer verilmiştir.

Birinci bölümde borç ve ilke kavramı başlıklarına yer verilmiştir. Burada, borçlar hukukunun gerek klasik gerekse modern dönemdeki tarihsel süreçlere değinilmiş, ilke kavramı anlamında kullanılan terimler ele alınmıştır.

İkinci bölümde Serahsî'nin satım sözleşmesi kitabında ele aldığı bölümlerden hareketle temel ilkeler belirlenmiş örnek olaylar üzerinden açıklanmaya çalışılmıştır. Nihayet sonuç kısmında da araştırmada ulaştığımız neticeler ve değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

Bu vesileyle gerek konu tespiti ve gerekse sonraki süreçlerde önerileriyle bana yol gösteren ve teşvikleriyle beni destekleyen danışman hocam Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU'na teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca tez savunmasında öneri eleştirilerinden istifade ettiğim Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ ve Prof. Dr. Kemal YILDIZ'a şükranlarımı arz ediyorum.

Nihayet, üzerimde hiçbir zaman ödeyemeyeceğim emekleri bulunan sevgili anne ve babama; tez çalışmam olan Mebûs eserini bana hediye eden Fahrettin Aksakal Beyefendiye, tezimin düzenlenmesinde kıymetli zamanlarını benim için harcayan

değerli dostum Erkam Görücüoğlu'na tez çalışmam esnasında fazla vakit ayıramadığım biricik kızım Alya'ya ve evliliğimizin başından itibaren sıkıntılarını benimle birlikte çeken, çalışmamız boyunca fedakarlıkta bulunan vefakâr eşime, sabır, anlayış ve desteklerinden dolayı teşekkürü bir borç biliyorum.

Gayret bizden, muvaffâkiyet Allah'tandır.

Osman Nuri ÜNSAL

Kasım-2018



İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
BEYAN	iii
ÖZ.....	iv
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR.....	xiii
GİRİŞ.....	1
1. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE YÖNTEMİ.....	1
2. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ VE AMACI.....	3
3. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI.....	4
BİRİNCİ BÖLÜM: BORÇ VE İLKE KAVRAMLARINA GENEL BAKIŞ.....	8
1. Borç Kavramı.....	9
1.1. Modern Hukuk Literatüründe.....	9
1.1.1. Borçlar Hukukunun Tarihi Temelleri ve Borç Kavramı.....	9
1.1.2. Borç İlişkisi.....	11
1.2. İslam Hukuk Literatüründe.....	11
1.2.1. Borç Kavramı ve Borç İlişkisinin İslam Hukukundaki Karşılığı.....	11
1.2.1.1. Mûceb.....	13
1.2.1.2. İltizam.....	13
1.2.1.3. Damân.....	14
1.2.1.4. Ayn ve Deyn.....	15
1.2.2. Borcun Unsurları.....	16
1.2.2.1. Alacaklı.....	16
1.2.2.2. Borçlu.....	16
1.2.2.3. Edim.....	16
1.2.3. Borcun Kaynakları.....	17

2.	İlke Kavramı	19
2.1.	Asl ve Kıyas	20
2.2.	Kaide	21
2.3.	Dâbıt	23
2.4.	Kanun	23
2.5.	Makâsıd	24
İKİNCİ BÖLÜM: İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA TEMEL HUKUK İLKELERİ (MEBSÛT ÖRNEĞİ)		28
1.	Rıza İlkesi	32
1.1.	Kur'an'da ve Sünnette Rıza	32
1.2.	İslam Borçlar Hukukunda Rıza İlkesi	34
1.2.1.	Rıza İle İlgili Terimler	34
1.2.1.1.	İrade	35
1.2.1.1.1.	Borçlar Hukukunda Şekil Serbestisi	36
1.2.1.1.2.	Akitte İleri Şürülen Şartlar Bağlamında Akit Serbestisi İlkesi ...	37
1.2.1.1.3.	İnsan İradesine Devletin Koymuş Olduğu Sınırlamalar	44
i.	İhtikâr Yasağı	44
ii.	İstimlak	45
iii.	Narh	46
1.2.1.2.	İhtiyar	47
1.2.1.3.	İkrâh	48
1.3.	Mebcut'ta Rıza İlkesinin Uygulama Örnekleri	49
1.3.1.	Muhayyerlik Koşulu Olan Akidlerde Rıza	49
1.3.2.	Mallar Üzerindeki Tasarruflarda Rıza İlkesi	51
1.3.2.1.	Mallar Paylaştırılmasında Rıza İlkesi	52
1.3.2.2.	Rızasın Sağlanmasıyla Mallarda Caiz Olan Paylaşım Şekilleri	53
1.3.2.3.	Taşınmazların Paylaştırılmasında Rıza İlkesi	53
1.3.2.4.	Farklı Cins Olan Malların Paylaştırılmasında Rıza İlkesi	54
1.3.2.5.	Malların Paylaştırılmasında Muhayyerlik ve Rıza İlkesi	55
2.	Açıklık İlkesi	56
2.1.	İslam Borçlar Hukukunda Açıklık İlkesi	56
2.1.1.	Cehalet	56

2.1.1.1.	Cehaleti Ortadan Kaldıran Durumlar	57
2.1.1.2.	Bazı Bilinmezlik Türleri	59
2.1.2.	Garar.....	61
2.1.2.1.	Gararın Yasaklanma Gerekçesi.....	61
2.1.2.2.	Gararla İlgili Yaklaşımlar	62
2.1.3.	Garar ve Cehalet İlişkisi.....	63
2.1.3.1.	Garar ve Cehalet Çeşitleri	64
2.1.3.2.	Akdin siygasında Meydana Gelen Garar ve Cehalet	64
2.1.3.3.	Akdin Mahallinde Meydana Gelen Garar ve Cehalet	65
2.2.	Mebhut'ta Açıklık ilkesinin Uygulama Örnekleri	68
2.2.1.	Selem Akdinde Açıklık İlkesi	68
2.2.2.	Kıyemî Mallarda Açıklık İlkesi	74
2.2.3.	Satış Bedelinde Açıklık İlkesi.....	74
2.2.4.	Koşullu Satışlarda Açıklık İlkesi	75
2.2.5.	Sarf Akdinde Açıklık İlkesi	75
2.2.6.	Malların Paylaştırılmasında Açıklık İlkesi.....	76
2.2.7.	Kira Akdinde Açıklık İlkesi	77
3.	Dürüstlük İlkesi.....	79
3.1.	İslam Borçlar Hukukunda Dürüstlük İlkesi	79
3.1.1.	Hile.....	80
3.1.1.1.	Hile ile Diğer İrade Ayıpları Arasındaki Farklar	81
3.1.1.2.	Hilenin Çeşitleri	81
3.1.1.2.1.	Hıyanet	81
3.1.1.2.2.	Tenâcüş	83
3.1.1.2.3.	Aldatma (Tağrîr)	84
i.	Fiili Aldatma	84
•	Maldaki ayıbı gizleyip ayıpsız gibi gösterme.....	84
•	Malı üstün nitelikli gösterip fiyat arttırma.....	85
ii.	Sözlü Aldatma.....	86
3.1.1.2.4.	Müstersil.....	87
3.1.1.2.5.	Telakki'r-rukban	89

3.1.1.2.6.	Borcun Geciktirilmesi	89
3.1.1.2.7.	Düşük Fiyata Almak	90
3.2.	Mebûsât'ta Dürüstlük İlkesinin Uygulama Örnekleri	90
3.2.1.	Hile ve Aldatma	91
3.2.1.1.	Şüf'anın Söz Konusu Olduğu Mallarda Aldatma	94
3.2.1.2.	Muhayyerlik Hususunda Aldanma.....	95
3.2.1.3.	Murabahalı Satışta Aldatma.....	96
3.2.1.4.	Malların Paylaştırılmasında Dürüstlük İlkesi.....	98
3.2.2.	Sarf Akdinde Erdemli Davranma İlkesi.....	99
3.2.3.	Karz Akdinde Erdemli Davranma İlkesi.....	99
3.2.4.	İcâre Akdinde Erdemli Davranma İlkesi.....	100
4.	Ribâdan Uzak Olma İlkesi.....	103
4.1.	Ribânın Kısa Tarihi.....	103
4.1.1.	Yahudilikte ve Hıristiyanlık Ribâ	104
4.1.2.	Cahiliye Döneminde Ribâ	104
4.2.	Kur'an-ı Kerim'de ve Sünnet'te Ribâ.....	105
4.2.1.	Ribâ ile İlgili İslam Hukukçularının Görüşleri	107
4.2.2.	Ribâ Yasağının Kapsamı.....	108
4.3.	Mebûsât'ta Ribâdan Uzak olma İlkesinin Uygulama Örnekleri	109
4.3.1.	Buyu' Bahsinde Ribâdan Uzak Olma İlkesi	110
4.3.2.	Sarf Akdinde Ribâdan Uzak Olma İlkesi.....	112
5.	Zararı Önleme İlkesi	115
5.1.	Zararı Önleme İlkesinin Arka Planı.....	116
5.1.1.	Zararın Çeşitleri	116
5.1.2.	Genel Fıkıh Kaidelerinde Zarar	117
5.1.3.	Bazı Borç İlişkilerinde Zarar.....	117
5.2.	Mebûsât'ta Zararı Önleme İlkesinin Uygulama Örnekleri.....	120
5.2.1.	Muhayyerliklerde Zararı Önleme İlkesi.....	120
5.2.1.1.	Şart Muhayyerliğinde Zararı Önleme	120
5.2.1.2.	Görme Muhayyerliğinde Zararı Önleme.....	121
5.2.1.3.	Ayıp Muhayyerliği İle Zararı Önleme	122

5.2.2.	Sarf Akdinde Zararı Önleme İlkesi	124
5.2.3.	Gasbedilen Mallarda Zararı Önleme İlkesi	125
5.2.4.	Şüf'ada Zararı Önleme İlkesi	126
5.2.5.	Malların Paylaştırılmasında Zararı Önleme İlkesi	129
6.	Örfün Esas Alınması İlkesi	131
6.1.	Örfün Esas Alınması İlkesinin Arka Planı.....	131
6.1.1.	Örfün Kısımları	135
6.1.2.	Genel Fıkıh Kaidelerinde Örf.....	136
6.1.3.	Bazı Borç İlişkilerinde Örf.....	137
6.2.	Mebisât'ta Örfün Esas Alınması Uygulama Örnekleri.....	138
6.2.1.	Hibe Konusunda Örf Esas Alınması İlkesi	138
6.2.2.	Sarf Akdinde Örfün Esas Alınması İlkesi	140
6.2.3.	İcâre Akdinde Örfün Esas Alınması İlkesi.....	140
6.2.4.	Müzâraa Akdinde Örfün Esas Alınması İlkesi.....	141
7.	Kolaylık İlkesi.....	143
7.1.	Kolaylık İlkesinin Temellendirilmesi	143
7.1.1.	Kur'an-ı Kerim'de Kolaylık	143
7.1.2.	Sünnette Kolaylık	144
7.1.3.	Şer'i Deliller ve Küllî Kaidelerde Kolaylık	144
7.1.4.	Azimet ve Ruhsat Bağlamında Kolaylık	146
7.2.	Mebisât'ta Kolaylık İlkesinin Uygulama Örnekleri	149
7.2.1.	İcâre Akdinde Kolaylık İlkesi	150
7.2.2.	İstisnâ' Akdinde Kolaylık İlkesi	151
	SONUÇ.....	153
	KAYNAKLAR.....	159
	ÖZGEÇMİŞ.....	168

KISALTMALAR

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
a.s.	: Aleyhisselam
b.	: Bin
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
çev.	: Çeviren
DİA.	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
h.	: Hicri
hz.	: Hazreti
İFAV	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı
İSAM	: İslâm Araştırmaları Merkezi
KURAMER	: Kuran Araştırmaları Merkezi
md.	: Madde
nr.	: Numara
nşr.	: Neşreden
r.a.	: Radıyallahu anh
r.anhâ	: Radıyallahu anha
s.	: Sayfa
sy.	: Sayı
s.a.v.	: Sallallâhu Aleyhi ve Sellem
thk.	: Tahkik eden
tdk.	: Türk Dil Kurumu
ty.	: Tarih yok
v.	: Vefatı
vd.	: Ve Diğerleri
yy.	: Yayın yeri yok

GİRİŞ

1. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE YÖNTEMİ

“İslam Borçlar Hukukunda Temel Hukuk İlkeleri- Meksûr Örneği” adlı tezimizin konusu, İslam hukukunun klasik dönem literatüründe borç ilişkileri ele alınırken hangi hukuk ilkelerinin öne çıktığını, diğer bir deyişle borçlar hukukuna hangi hukuk ilkelerinin hâkim olduğunu Serahsî'nin *Meksûr*'u özelinde araştırmaktır. Bunun için de Hanefî fıkhnın klasik doktrininin oluşmasında büyük bir payı bulunan Şemsu'l-eimme Serahsî ve onun eseri olan *Meksûr* hakkında herhangi bir başlık açmaksızın, kavramsal bilgilere yer verdiğimiz birinci bölümde sonra tezin asıl muhtevasını oluşturan ikinci bölümde İslam borçlar hukukunun dayandığı temel hukuk ilkelerini ortaya koymaya çalıştık. Bunu da klasik fıkhn düşüncesinin önemli bir temsilcisi olan Serahsî'nin, *Meksûr*'ta temel borç ilişkilerini olay eksenli ve özel hükümler şeklinde ifade edip açıkça veya satır arasında yaptığı atıfları veya ulaştığı sonuçları gerekçelendirirken yaptığı açıklamaları esas alarak yaptık. Ancak her ne kadar tezimize borçlar hukuku diyerek genel bir isim vermiş olsak da çalışmamız borçlar hukukunun tümünü değil Serahsî'nin *Meksûr*'unda satım sözleşmesi kitabında ele aldığı buyu', sarf, icare, muhayyerlikler, taksim, hibe, istisna' ve karz akdi gibi bazı bölümleri kapsamaktadır. Araştırmamızı belirli borç ilişki türleriyle sınırlı tutmamızdaki esas hedef çalışmamızı örneklere boğmayıp üzerine odaklandığımız konuyu ortaya koyma çabasından kaynaklanır.

Araştırmamızın birinci bölümünde borç ve ilke kavramlarını iki ana başlık altında inceledik. Borç başlığı altında karşılaştırma yapabilmek için ilk olarak modern hukuk literatüründe borcu, kavram olarak ele aldık. Sonrasında borç kavramı ve borç ilişkisi hakkında kısa bilgiler verdik. Borç ve hukuk ilkesi kavramları modern hukuku da ilgilendirdiği için tezimizin bu bölümünde konuları hem İslam hem de modern hukuka göre ele almamız gerekiyordu. Onun için bu bölümde modern hukuk kaynaklarındaki bilgilere kısa da olsa yer verdik. Daha sonra İslam hukuk literatüründe borç ve borç ilişkisi kavramlarını ele alarak klasik kaynaklarda bu kavramların hangi terimlerle ifade edildiği hakkında bilgi verip bu terimleri kısaca açıkladık. İlke kavramı

hakkında kavramsal açıklamalara yer verdiğimiz ikinci ana başlık altında da aynı yöntemi izleyip önce modern hukukta ilgili terim ve kavramlara değindik. Bunu İslam hukuk tarihinin ilk dönemlerinden günümüze kadar borçlar hukuku doktrininde hâkim olan temel yaklaşımların hangi kavram ve terimlerle ifade edildiği, bunların gelişimi ve değişimi hakkında açıklayıcı bilgiler takip etti. Bu şekilde terim ve kavramların geçmişten günümüze kadar hangi evrelerden geçtiğini anlamaya çalıştık.

Araştırmamızın ikinci bölümünde *Mebûsût* incelememiz sonucunda ulaştığımız hukuk ilkelerini, bu konuda yazılmış diğer eserlerden de yararlanarak tasnif edip bunları *Mebûsût*'ta ele alınan olay çözümleri ve örnekler üzerinden açmaya çalıştık. Bu çalışmamız esnasında belirlediğimiz hukuk prensiplerini yedi ana başlık altında ele aldık. Bu yedi ana başlık rıza, açıklık, dürüstlük, ribâdan uzak olma, zararı önleme, örfün esas alınması ve kolaylık ilkeleridir. Her bir ilkeyi kural olarak iki başlık altında inceledik. Birinci başlık altında o hukuk ilkesini kavramsal olarak ele alıp konunun Kur'an ve sünnette nasıl yer aldığı, fıkhîta nasıl ortaya çıktığı, bu alanda hangi alt ve yan kavramların geliştirildiği gibi hususlar ele alındı. İkinci başlık altında ise o hukuk ilkesinin *Mebûsût*'ta ele alınış ve uygulanışı incelendi. Sözelimi rıza ilkesini iki alt başlık altında inceleyip birinci alt başlıkta Kur'an ve sünnette rıza kavramına nasıl atıf yapıldığına temas edip fıkhî doktrininde rıza ile ilgili terimleri ele alıp bunlardan en önemlisi olarak gördüğümüz irade kavramına değindik. İkinci alt başlıkta ise *Mebûsût*'ta rıza ilkesinin muhayyerlik koşulu olan mallarda ve malların paylaşılması konularında nasıl işlerlik kazandığını ele aldık. İkinci prensibimiz olan açıklık ilkesini İslam borçlar hukukunda bilinmezliğin en çok görüldüğü cehalet ve garar ağırlıklı olarak inceledik. *Mebûsût*'ta ise açıklık ilkesini, selem akdinde, fâsid akitlerde, koşullu satışlarda, sarf akdinde malların paylaşılmasında ve kira akdinde örneklendirmeye çalıştık. Üçüncü ilkemiz olan dürüstlük ilkesini karşılıklı aldatmanın en çok ortaya çıktığı hile merkezli olarak işlerken hukuk-ahlak perspektifinde, erdemli davranma ve ahlakî yaklaşım bağlamında işlemeye çalışıp *Mebûsût*'ta hile ve aldatma, muhayyerlikler hususu, murabahalı satış, sarf, karz, malların paylaşılması ve icâre akdinde örneklendirdik. Dördüncü prensibimiz Kur'an-ı Kerim'de açıkça yasaklanmış olan ribâ olup ribâdan uzak olma ilkesini İslam borçlar hukukunda iki başlık altında ele alıp kısa tarihi ve kapsamı hakkında bilgiler verdik. Araştırmamızın temel eseri olan *Mebûsût*'ta ise ribâdan

uzak olma ilkesini ribânın en çok işlendiği sarf akdinde örneklendirdik. Beşinci prensibimiz olan zararı önleme ilkesini, zararı önleme ilkesinin ortaya çıkışının arka planı, zararın çeşitleri, zararlarla ilgili genel fıkıh kaideleri ve bazı borç ilişkilerinde zarar gibi başlıklar altında ele aldık. Zararı defetmeyi İslam borçlar hukukunun genel bir prensibi olarak işlerken, *Mebûsût*'ta muhayyerliklerde, sarf akdinde ve malların paylaşılması konusunda bu ilkenin nasıl işletildiğini göstermeye çalıştık. Altıncı prensibimiz olan örfün esas alınması ilkesini, ilkenin arka planı, kısımları, genel fıkıh kaidelerinde ve bazı borç ilişkilerinde örf gibi başlıklar altında ele alıp *Mebûsût*'ta hibe sarf, icâre ve müzâraa akitlerinde örneklendirdik. En son ilkemiz olan kolaylık ilkesini borçlar hukukunda genel olarak temellendirme bağlamında ele alıp Kur'an'ı Kerim'de, sünnette, şer'î deliller ve küllî kaidelerde son olarak mezhepler bağlamında işlemeye çalıştık. *Mebûsût*'ta kolaylık ilkesini kira akdinde ele alıp istisna' akdinde örneklendirerek çalışmamızı sonlandırdık.

2. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ VE AMACI

Araştırma konumuz belirlenirken gerek Müslüman toplumlarda gerekse diğer toplumlarda ortak bir durum olan insanların birbirleriyle yapmış olduğu borç ilişkileri, özellikle de alışverişler ve bu alışverişlerin toplumsal düzeni oluşturmadaki rolü göz önünde bulundurulmuştur. Araştırmamızı *Mebûsût* özelinde yapmamızdaki asıl gaye, *Mebûsût*'un hemen hemen her bölümde ele aldığı kavramların sözlük ve terim anlamlarını açıklaması, yakın kavramlarla ilişkisini kurması ve hükümlerin meşruiyet delillerini zikretmesidir. Ayrıca Serahsî eserinde sadece Hanefî mezhebi âlimlerinin görüşlerine değil mezhep dışında birçok müçtehit ve mezhep imamlarının görüş ve tartışmalarına atıfta bulunmakta, Hâkim eş-Şehîd tarafından özetlenen metinleri, yaklaşık üç asırlık birikimle zenginleştirerek yeniden tasnif etmektedir. Bu hususların yanı sıra Serahsî'nin Mâverâünnehir ekolünün en önemli temsilcisi olması, *Mebûsût*'un da Hanefî literatüründe çok önemli bir yere sahip olması çalışmamızı bu eser üzerinde yoğunlaştırmamızda büyük bir etkiye sahiptir.

Bu çalışmanın temelde iki amacı bulunmaktadır. Birincisi, fıkıh tarihi içerisinde alt disiplinlerden olan ve özel olarak ilkeleri ele alan eserler dışında fûru' fıkıhta da hukuk ilkelerinin bilinçli bir şekilde yer aldığını ve fikhî meseleler incelenip çözümler üretilirken bunlara sıkça atıf yapıldığını, daha doğrusu zihin arka planında bunların hep

mevcut olduğunu ortaya koymaktır. Özellikle fûru' fıkhıta İslam hukukçularının delillere yaklaşma biçimi farklılık arz etse de ortak gayelerinin temel prensipleri örneklere yansıtmak olduğu görülmektedir. İkinci amaç ise fıkıh tarihinde mezhep görüşlerinin zaman içinde geliştirilerek doktrinin çelişmezlik ve kendi içerisinde tutarlılık gösteren bir sisteme kavuşturulduğu ve bunun mezhep fıkhını derleyen eserlerde sıkça görüldüğü noktasından hareketle, Hanefi Mezhebindeki fikhî görüşlerin ve delillerinin en geniş şekilde ele alındığı, sistemli bir tahlilinin yapıldığı ilk ve en hacimli çalışma olan *Mebhut*'un bu açıdan incelenmesi, bunun yanısıra eserin mezhebin temel görüşlerinin tesisi ve doğruluklarının ispatı mı yoksa diğer bütün görüşler hakkında tarafsız şekilde sistemli tahlil yapan bir eser niteliğinde mi olduğunun araştırılmasıdır. Serahsî'nin, satım sözleşmesi kitabında borç ilişkilerini ele alan bölümlerde mezhebin fikhî tercih ve görüşlerini temel hukuk prensipleriyle ilişkilendirip bunu hangi lafızlarla açıkladığını ve bu açıklamalarının geçerliliğini günümüzde de koruyup koruyamadığını ifade etmek bu yönüyle önem arz etmektedir.

Hazırlamış olduğumuz bu çalışmanın *Mebhut*'un satım sözleşmesi kitabında ele almış olduğu ana konularda örnek olaylar işlenirken dağınık halde bulunan prensipleri bir araya getirme çabasının mütevazı bir örneği olması hasebiyle bundan sonraki çalışmalara bir yol çizmesini temenni ederiz.

3. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI

Çalışmamız, özü itibariyle Serahsî'nin *Mebhut*'ta borç ilişkilerine dair mezhebin fikhî birikimini telif ederken ve bunları açıklarken hangi hukuk ilkelerine dayandığını ya da verilen hükümleri hangi ilkelerle gerekçelendirdiğini tespit amacı taşımaktadır. Bu sebeple de *Mebhut*, özellikle her bir ilkenin fûru-ı fıkhıta yansımaları ve uygulama örneklerini göstermesi yönüyle çalışmamızın ana kaynağı olmuştur. Çalışmada en temel kaynak, hiç şüphesiz Allah Te'âlâ'nın kelâmı Kur'ân-ı Kerîm ve Hz. Peygamber'in (s.a.v.) hadisleri olmuştur.

Çoğu yerde kavram analizi yaptığımız ve terimlerle ilgili teorik bilgiler de verdiğimiz için kavramsal çerçevenin çiziminde sözlük anlamları verilirken İbnü'l-Manzur'un *Lisânu'l-Arab*'ı, terim anlamları verilirken ise Seyid Şerif Cürcânî'nin *et-Ta'rîfât*'ı başta olmak üzere çeşitli ıstılah sözlüklerinden yararlanılmıştır.

Araştırmamızın birinci bölümünde yer alan borç ve ilke kavramlarına genel bakışın ele alındığı kısımda modern dönemin borçlar hukuku tarihini ele aldığımız bölümlerde gerek kronojik tarih bakımından bilgi vermesi gerekse borçlar hukukunu ayrıntılı biçimde ele alması bakımından Kenan Tunçomağ'ın *Türk Borçlar Hukuku* eseri önemli referans kaynağı olmuştur. İslam Borçlar hukukunda ise Subhî Mahmasânî'nin *en-Nazariyyetü 'l-âmmе li 'l-mûcebât ve 'l-ukûd'u* ve Abdurrezzak Senhûri'nin *Mesâdiru 'l-hak fi 'l-fikhi 'l-islâmî* adlı eserleri modern ve İslam borçlar hukuku arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları ele alması bakımından çalışmamızda yer verdiğimiz önemli kaynaklardır. Aynı şekilde İslam hukukunda ilke kavramının tarihsel gelişimini ele alırken Necmettin Kızılkaya'nın *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kaideler* adlı doktora tezi teşekkül tarihinden günümüze kadar kavramların geçirdiği evreleri muhtasar bir şekilde ele almasından ötürü önemli referans kaynağımız olmuştur. Ahmet Yaman'ın *Makâsîd ve İctihad* adıyla derlediği eser de makâsîd kavramının tarihsel süreçte fikhî yorumlamalarda geçirdiği evreleri bir bütün halinde bize sunması bakımından önemlidir. Bu kaynakları incelememizdeki asıl gaye, ilk dönemlerden bu zamana kadar yapılmış çalışmalardan elde edilen sonuçları bir arada bulundurma ve elde edilen bu sonuçları değerlendirme imkânı vermesidir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde İslam hukukunda temel ilkeler ve bu ilkelerin sözlük ve terim anlamları hususunda Râgıb el-İsfahânî'nin *Müfredâtü elfâzi 'l-Kur'ân* adlı eseri yararlandığımız eserler arasındadır. Burada şunu da belirtmek gerekir ki Kur'an ve sünnet rehberliğinde İslam coğrafyalarında zengin bir İslam hukuku ortaya çıkmıştır. Bu hukuk, ilk başta meseleci olup fer'i meselelere Kur'an ve sünnetin cevapları ışığında Müslümanların günlük hukukî hayatlarını düzenleme şeklinde olsa bile daha sonra klasik dönemde İslam hukukunun bir doktrin olarak geliştiğini, fıkıh mezheplerinin kendi içinde tutarlı bir şekilde sistemleştirdiğini görüyoruz. Bunun bir yansıması olarak temel prensiplerden birincisi olan rıza ilkesinde Muhyiddin Ali Karadağî'nin *Mebdeur-rıza fi 'l-ukud* adlı çalışması özellikle sistemli bir şekilde gelişmiş olan İslam hukukunda, akitlerde rızayı ele alan konular hakkındaki görüşleri birarada bulundurması, rızayı tüm yönleriyle sistemli bir şekilde bize sunması bakımından tercih ettiğimiz kaynaklar arasındadır.

Açıklık ilkesini ele alırken bu husustaki temel referans kaynaklarımız Necmeddin Güney'in *İslam Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehâlet ve Akde Etkisi*, yine Güney'e ait bir eser olan ve garar konusunda geniş çerçeveli bir çalışma olan *Satım Akdi Özelinde İslam Hukukunda Garar*, bunların yanında İbrahim Kâfi Dönmez 'in *DİA*'daki garar ve cehalet maddeleri bu ilkeye doğru bir perspektiften yaklaşma açısından yararlanılmış olduğumuz çalışmalardır. Bu kaynakları incelememizdeki temel maksat özellikle Dönmez'in garar ve cehaletle ilgili yol gösterici, özet temel bilgileri vermesi, Güney'in de bu özet bilgileri daha geniş bir perspektiften ele alması bu eserleri inceleme nedenimiz olmuştur. Dürüstlük ilkesini ele alırken Abdüsselam Arı'nın *Fıkıh Açısından Sözleşmelerde Karşı Tarafı Yanıltma (Hile)* adlı tebliği mezheplerin bu konudaki yaklaşımlarını ele alması, aldatmaya neden olup dürüstlüğün ortadan kalkmasına sebep olan kavramlar arasındaki ince farkları ele alması bakımından önemli bir çalışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Muhammed Bahrülulûm'un *Uyûbü'l-irâde fi ş-şeriatî'l-İslâmiyye'si* mezheplerin dürüstlük ve hileden uzak olma konusunda ortaya koyduğu görüşleri sistematik olarak ele alıp etraflı bir inceleme yapmamıza olanak sağlamasından ötürü öncelik nedenimiz olmuştur.

Ribâdan uzak olma ilkesini ele alırken Israel Shakak'ın *Yahudi Tarihi Yahudi Dini* adlı çalışması, faizin İslam'dan önce Yahudilerde nasıl ele alındığı ve Yahudi toplumlarında faize nasıl bakıldığı buun yanında üstün ırk olma iddialarını her hukuksal olayda bir şekilde literatüre girdirme hususunda çalışmamıza önemli bir referans kaynağı olmuştur. Bununla beraber İslam'ın faize yaklaşımı ve bu konudaki yorumlara ve günümüzde yapılan yorumları değerlendirmesi bakımından Abdullah Said'in *İslam'daki Ribâ Yasağının Ahlâki Temelleri* isimli tebliği de kullandığımız bir diğer kaynak olmuştur.

Temel prensiplerden naslarda da açıkça ifade edilen zararı önleme ilkesinde Ahmed Mevâfi'nin bu alanda telif etmiş olduğu *ez-Zarar fi'l-fikhi'l-islâmî* adlı eseri gerek Kur'an da gerekse Sünnet'te zararı ele alan tüm kavramlara yer vermesi, bu kavramların hangi anlamlara geldiğini belirtmesi bakımından eseri inceleme nedenimiz olmuştur. Ayrıca Aybakan'ın zarar maddesi zarar konusunda özet bilgiler içermesi ve hangi eserlerden yararlanmamız gerektiği hususunda önemli bir tebliğdir.

Örfün esas alınması ilkesini incelerken Ahmed Emin'nin *Fecru'l-İslam*'ı, Cahiliye Devrinde Arapların örf ve âdetleri hakkında detaylı bilgi vermesi, İslam'ın gelmesiyle farklılık gösteren örf ve âdetleri belirtmesi bakımından önemlidir. Buna ek olarak Dönmez'in örf başlıklı tebliği örfün edille-i şeriyeden neden sayılmadığı buna ek olarak neden birincil kaynaklar arasında zikredilmediği hususunda önemli tespitler içermesinden ötürü öncelik verdiğimiz kaynaklardandır. İslam hukukunda kolaylık ilkesi daha çok ibadetlerde karşımıza çıktığından, örnekler çoğu zaman ibadetler alanında verilmiş, bununla birlikte özellikle usul eserleri bu hususta bize kaynak olmuştur. Bu kaynaklarımız da ilgili bölümde yer almıştır.



**BİRİNCİ BÖLÜM: BORÇ VE İLKE KAVRAMLARINA
GENEL BAKIŞ**

1. Borç Kavramı

1.1. Modern Hukuk Literatüründe

1.1.1. Borçlar Hukukunun Tarihi Temelleri ve Borç Kavramı

Borçlar hukuku, uzun bir tarihi sürecin sonucunda oluşmuştur. Bu tarihi gelişimin ana çizgilerini zikretmek borçlar hukukunu daha anlaşılır hale getirecektir. Biz burada ayrı başlıklar açıp ayrıntıya girmeksizin borçlar hukukunun tarihi hakkında kısa bilgi vereceğiz.

Roma hukuku, etkisini en çok borçlar hukuku alanında göstermektedir. Bunun nedeni eski dünyada çok fazla gelişmiş olan iktisadî hayatın hukukî düzene gerek duyması, Romalı hukukçuların da bunu ticari ve sosyal hayatta en iyi şekilde yansıtmalarından kaynaklanmaktadır.¹ Roma hukukunun bugünkü borçlar hukukuna yaptığı etkinin en güzel örnekleri borcu doğuran kaynaklar, borcun sebepleri, edim, imkânsızlık, zararın tazmini, vekâlet ve kafaletе dair esaslarda görülmektedir.²

Ortaklıklar (şirketler) hukukunun kaynağı, Roma hukukunda değil, orta ve yeniçağda aranmalıdır. Poliçe, çek, bankacılık, sigorta gibi durumlar yeniçağ hukukunda ortaya çıkmıştır. O halde “Roma hukuku genel hükümleri barındırırken, özel hükümler daha çok yakın zaman hukuklarıyla alakalıdır” değerlendirilmesi yapılabilir.³

Başta Batı ülkeleri olmak üzere insanlığın ortak hukuk birikimi olarak da adlandırabileceğimiz modern hukukun oluşumunda belkide en etkili pay aslında zamanın görüş ve gereksinimlerine uyarlanmış olan Roma hukukuna aittir. Öte yandan 1805 tarihli Fransız Medeni Kanun’u ve 1861 tarihli Genel Alman Ticaret Kararnamesi’nde yer alan kurallar, birçok ülke tarafından kısmen veya tamamen alınmıştır. Özellikle Alman kararnamesi 1912 yılında çıkan İsviçre Borçlar Yasasını da etkilemiştir.⁴

Dilimizde borç kelimesi, “Gerçek anlamda ödenmesi gereken, geri verilmek üzere alınan para veya başka bir şey; mecaz olarak kullanıldığında, birine karşı bir şeyi

¹ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku 1* (Genel Hükümler), İstanbul: Sermet Matbaası, 1976, s. 7.

² Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 7-8.

³ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 8.

⁴ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 8-9-10.

yerine getirme gerekliliği, yükümlülük, vecibe anlamına gelmektedir.”⁵ Tunçomağ, borcu, “En az iki kişi arasında var olup diğerine karşı bir edimde bulunmak zorunda bırakan hukukî ilişki” şeklinde ifade etmiştir.⁶ Borcun mecaz tanımındaki gereklilik, yükümlülük ve vecibe anlamlarına gelen manaların mutlak ifadeler olduğu, bu ifadelerin sadece hukukî gereklilik, yükümlülük ve vecibe anlamını değil ahlakî ve dini nitelikte olanları da içerdiiği belirtilir.⁷

Batı literatüründe borç kavramı üç manaya gelecek şekilde kullanılmıştır. Birinci manada “*obligation*” olan borcun tanımı “ Bir şahsın diğerine karşı bir şeyi yapmak veya yapmamak yükümlülüğünü sağlayan hukukî bağ veya münasebettir.”⁸ Bu manadaki borç, alacaklının istemekte haklı olduğunu, borçlunun da vermekle yükümlü olduğu şeyleri kapsamaktadır.⁹ Bazı müellifler *obligation* için bağlanmak manasını da kullanmışlardır.¹⁰ Borcun batı literatüründeki ikinci karşılığı “*Prestation*” olup “Taraflardan sadece birinin diğerine karşı sorumluluğunu yerine getirmesi” anlamına gelmektedir.¹¹ şunu da belirtmek gerekir ki, “*Prestation*” kelimesinin Türk Hukukundaki karşılığı “edim” sözcüğüdür.¹² Edim kelimesine değinmişken borçlar hukukundaki önemine binaen açıklama yapmayı yararlı buluyoruz. Sözlükte borçlanılan şey, ifa demek olan edim, terim olarak “Yerine getirilmesi gereken yükümlülük, alacaklının isteyebileceği ve borçlunun yapmak zorunda olduğu davranış” anlamına gelmektedir.¹³ Edim kavramının içeriğine borçlunun doğrudan yerine getirmekle yükümlü olduğu davranışın yanı sıra, söz konusu yükümlülüğün ifa edilebilmesi için gerekli olan davranışlar da dâhildir.¹⁴ Bu tabirlerin hepsi edimin borç kavramına denk düşmesi sebebiyledir. Türk hukuk literatüründe dar anlamda borç kavramını karşılamak üzere edim kelimesinin yanı sıra “eda” ve “ödem” tabirleri de kullanılmıştır.¹⁵ Borcun

⁵ TDK., *Büyük Türkçe Sözlük*.

⁶ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 27.

⁷ Bilal Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, İstanbul: İFAV, 1998, s. 17.

⁸ Esat Ersebük, *Borçlar Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara: yy, 1937, s. 9.

⁹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2013, II, s. 25.

¹⁰ Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Derleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991, s. 3.

¹¹ Karaman, *İslam Hukuku*, s. 25

¹² Rahmi Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İstanbul: İFAV, 1997, s. 27.

¹³ TDK, *Türkçe Sözlük*.; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, İstanbul: Ensar, 2013, s. 113.

¹⁴ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 59.

¹⁵ Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul: Beta, 2014 s. 33.

üçüncü ve son karşılığı “*Dette*” olup yalnızca para mükellefiyetini ifade eder. Bu da Türkçe’de borç kelimesinin genellikle kullanıldığı manayı kapsamaktadır.¹⁶

1.1.2. Borç İlişkisi

Borç ilişkisi kavramı gerek Türk Borçlar Hukuku’nda gerekse İsviçre Borçlar Hukuku’nda, Roma Hukuku’nda geniş ve uzun çalışmalar sonucunda aydınlatılmış ve biliniyor olmasının sebebiyle tarif edilmeye ihtiyaç duyulmamıştır.¹⁷ Borç ilişkisi, borçlar hukukunun temel kavramı olmakla birlikte Roma hukukunda “*obligation*” sözcüğü ile ifade edilmiş olup iki taraf arasındaki hukukî bağ ve bu bağ gereğince taraflardan birinin borç altına girmesi, diğer taraf yani alacaklının ise borçludan borcunu ifa etmesini isteme hakkına sahip olması durumudur.¹⁸ Böylece borç ilişkisinde borçlu, borcun konusu olan edim ve alacaklı olmak üzere üç temel unsur ortaya çıkmaktadır.

Batı hukukunda borç kelimesinin farklı sözcüklerle ifade edilmesi ve bir takım İslam ülkelerinin bu kanunları iktibas etmesi, kendi dillerine çevirirken bazı zorluklarla karşılaşmalarına neden olmuş ve bu zorluklar anlam farklılıkları ile gösterilmeye çalışılmıştır. Türk Borçlar Hukuku’nda “*obligation*”u karşılamak üzere türetilen borçlar ilişkisi kavramı bu zorlukların göstergesi durumundadır.¹⁹

Türk hukukunda borç ilişkisi kavramı için çeşitli tanımlar yapılmış olup aralarında ciddi farklılıklar olmaması sebebiyle burada sadece Tunçomağ’ın tanımını vermekle yetineceğiz. “En geniş kapsamıyla borç (veya borç ilişkisi), alacaklı ve borçluyu birbirine bağlayan bir hukukî bağ, bir hukukî ilişkidir.”²⁰

1.2. İslam Hukuk Literatüründe

1.2.1. Borç Kavramı ve Borç İlişkisinin İslam Hukukundaki Karşılığı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Roma hukukundan kaynaklanan ve Batı literatüründeki “*prestation*” ve “*obligation*” kelimeleriyle ilişkili olarak anlam kazanan borç ve borç ilişkisi kavramlarının kazuistik yöntemin ağır bastığı, kendine özgü bir yapıya sahip

¹⁶ Karaman, *İslam Hukuku* s. 25.

¹⁷ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 3.

¹⁸ Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 33.

¹⁹ Aybakan, *Borçların İfası*, s. 19.

²⁰ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 3; ayrıca bkz. M. Akif Aydın, “Borç”, *DİA*, VI, s. 285.

olan İslam hukukunda aynen karşılıklarını aramak doğru olmaz.²¹ İslam hukukunda – aşağıda göreceğimiz üzere- kendine has bir terminoloji gelişmiştir. Batı dillerinde üç ayrı kelimeyle ifade edilen bir kavramın Türkçe’de sadece borç kelimesiyle ifade edilmesi, tarihsel bağlamda hukuklar arası irtibat kopukluğundan da kaynaklanabilir.²² Çalışmamızın bu bölümünde İslam hukuk literatüründe borç ve borç ilişkisi kavramlarını açıklarken aynı zamanda borcun unsurları ve borcun kaynakları başlığı altında sadece İslam hukukundan değil modern hukuktaki tanımlardan da yararlanacağız.

XIX. yy.’ın sonlarından itibaren Avrupa’yla daha sıkı bir ilişki içerisinde olan, Avrupa ülkelerinin kanunlarını tercüme etmeye başlayan İslam hukukçuları, “borç” ve “borç ilişkisi” anlamında farklı kelimeler kullanmışlardır. Bunlar; mûceb, iltizam, damân, ayn ve deyn kelimeleridir.²³ Muasır hukukçulardan Subhî Mahmasânî, “mûceb ve mûcib” kelimelerinin Arapça’daki çeşitli anlamlarını verdikten sonra bu iki kelimenin ilk defa Lübnan’da kabul edilen “Mûcebât ve Ukûd” kanununda dört farklı anlamda kullanıldığını söylemiş, kelimelerin yeni anlamlarını şöyle ifade etmiştir: “İki veya daha fazla şahsı, birbirlerine kanunî bir bağla irtibatlandıran ve bunlardan birini diğerine karşı bir şey ödeme, bir iş yapma veya bir iş yapmama zorunda bırakan şahsî haktır. Bu bağ veya irtibat alacaklı açısından bir şahsî hak olurken borçlu açısından ise bir ödev veya yükümlülük olmaktadır.”²⁴ Burada dikkat edilen husus ise müellifin yükümlülük diye tercüme ettiğimiz kelimeyi mûceb olarak kullanmasıdır. Bir başka ayrıntı ise müellif borç için “deyn” kelimesini benimsememiş, ancak borçlu ve alacaklı için deyn kelimesinden türeyen “medîn ve dâin” kelimelerini kullanmıştır.²⁵

Biz burada yukarıda zikrettiğimiz mûceb, iltizam, damân, ayn ve deyn terimlerini verip bu terimlerin batı hukukundaki borç kavramı anlamıyla İslam hukukundaki anlamı arasında bir karşılaştırma yapmaya çalışacağız.

²¹ Yaran, *Borcun Gecikmesi*, s. 28

²² Yaran, *Borcun Gecikmesi*, s. 28; Aybakan, *Borçların İfası*, s. 22.

²³ Karaman, *İslam Hukuku*, s. 26; Aydın, “Borç”, s. 285.

²⁴ Subhî Mahmasânî, *en-Nazariyyetü'l-âmmé li'l-mûcebât ve'l-ukûd*, Beyrut: Daru'l-ilmî li'l-Melâyîn, 1972, I, s. 26.

²⁵ Mahmasânî, *en-Nazariyyetü'l-âmmé I*, s. 26.

1.2.1.1. Mûceb

Arap dilinde bir şeyin muktezâsı, medlûlü, gereği anlamına gelen mûceb, “İki veya daha fazla şahsın birbirlerine kanunî bir bağla bağlanmasına sebep olan ve bunlardan birini diğerine karşı bir şey ödeme, bir şey yapma veya yapmama durumunda bırakan şahsî bir haktır.”²⁶ Aslında Mahmasânî'nin bu tarifi geniş anlamda borç ilişkisine uymaktadır. Aynı şekilde Mahmasânî, mûceb kelimesini Batı hukukundaki borç ilişkisi (obligation) manasında da kullanmış, bunun Mısır Medeni Kanunu'nda kullanılan “taahhüd” kelimesinden daha iyi olduğunu vurgulamıştır.²⁷

1.2.1.2. İltizam

Sözlükte, bir şeye ondan ayrılmamacasına sarılma²⁸ anlamına gelen iltizam, hukukî işlem sonucu meydana gelen borç ilişkisi anlamına gelmektedir.²⁹ Tariften de anlaşılacağı gibi bu terim hukukî işlemlerin dışında meydana gelen borç ilişkisini kapsamamaktadır.³⁰

Borç ilişkisi anlamında iltizam kelimesini kullanmayı tercih eden Abdürrezzak Senhûrî, bu kelimenin İslam hukukçularınca bu manada kullanılmadığını ileri sürdükten sonra “Eğer Batı hukukundaki manasıyla borç ilişkisini karşılayacak bir tabir kullanmak istersek “iltizam ve damân” kelimelerini birlikte kullanmamız gerekir” demiş ancak borç ilişkisi için sadece iltizamı kullanacağını belirtmiştir.³¹

Son dönem İslam hukukçularından Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, edim manasındaki borç için iltizam kelimesini kullanmış, iltizamı tarif ederken de “insanın bir başkasının menfaati için kanunen bir iş yapma veya yapmama mükellefiyetidir” demiştir. Buna ek olarak Zerkâ, hukukçuların, borcun tarafları için kullandıkları “medîn” ve “dâin” kelimelerini uygun bulmamış, borç için “iltizam”, borçlu için “mültezim”, alacaklı için de “mültezemun leh” denilmesini daha doğru bulmuştur.³²

²⁶ Mahmasânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme* I, s. 26.

²⁷ Mahmasânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme* I, s. 27-28.

²⁸ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 247.

²⁹ Abdürrezzak Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-islâmî*, Lübnan: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1954, I, s. 13.

³⁰ Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, s. 22.

³¹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, s. 13.

³² Mustafa Ahmed ez-Zerka, *el-Medhal'ül-fıkıyyü'l-âmm*, Dımeşk: yy., 1967-1968, III, s. 50.

Benzeri yaklaşımlara klasik dönem fakihlerinde de rastlamak mümkündür. Nitekim Hanefî fıkıh âlimlerinden Abdulazîz el-Buhârî (v. 730/1330) de şahsın zimmeti konusunda “Ölümden sonra şahsın zimmeti yeniden haklar elde etmeye müsait mahal olmaktan çıkmıştır; çünkü iltizamın başlangıcında şart olan mahal, hakkın devam ve bekasında da şarttır.”³³ demiştir.

Maliki fakihlerden Şâtıbî (v.790/1388) iltizam için “İlahi hitabın, mükellefi bağlamasının şartlarından biri de anlaşılır olmasıdır; çünkü bu, iltizam gerektiren bir iltizamdır.”³⁴ demiştir.

1.2.1.3. Damân

Sözlükte "bir şeyi üstlenme, taahhüt ve garanti etme" anlamına gelen damân kelimesi İslam hukukunda dar anlamda kefalet akdini, geniş anlamda ise kişinin ödeme sorumluluğunu, hatta genel mali yükümlülüklerini ifade eden terimdir.³⁵

Kur'an, akitlerin yerine getirilmesi, başkasının malına zarar verilmemesi, yapılan haksızlıklara karşı denk bir ceza verilmesi üzerinde önemle durmaktadır.³⁶ Hz. Peygamber de bu konu üzerinde titizlikle durmuştur. Ayrıca “Zarar verme ve zarara zararlar karşılık verme yoktur.”³⁷, “Kişi aldığı geri verinceye kadar ondan sorumludur.”³⁸ gibi ilkeler de damân anlayışının gelişmesinde önemli rol oynamıştır.³⁹

İslam hukukunda Hanefîler hariç, fakihlerin çoğunluğu damânı, fıkıhın müstakil bir bölümünü teşkil eden kefalet akdiyle eş anlamlı olarak kullanır.⁴⁰ Bir diğer önemli nokta ise klasik doktrinde damân ayrı bir başlık altında işlenmeyip meseleler arasına serpiştirilmiş bir şekilde yer almaktadır. Damânın hukukçulara ve hukuk ekollerine göre farklı tanımlarının olması, mesela birçok kaynakta kefalet, telef veya gasp sebebiyle

³³ Abdülazîz el-Buhârî, Alâüddîn Abdülazîz b. Ahmed, *Keşfü'l-esrâr 'an Usûli Fahri'l-İslâm el-Bezdevî*, nşr. Abdullah Muhammed Ömer, I-IV, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997, IV, s. 436.

³⁴ Şâtıbî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ, *el-Muvâfakât*, thk. Ebû Ubeyde Meshûr b. Hasen, Dâru İbni Affân, Huber 1997, I, s. 442.

³⁵ Hamza Aktan, “Damân” *DİA*, VIII, s. 450.

³⁶ Bakara, 2/177, Nahl, 16/91, Şûrâ, 26/183

³⁷ İbn Mâce, Ahkâm, 17;

³⁸ Ebû Dâvud, Büyü, 88; İbn Mâce, Sadakât, 5.

³⁹ Aktan, “Damân”, s. 450.

⁴⁰ Aktan, “Damân”, s. 450.

verilen maddi zararın tazmini şeklinde sınırlı bir muhteva ile tanımlanması da bu yüzdendir.⁴¹

1.2.1.4. Ayn ve Deyn

Ayn kelimesinin sözlükte birçok anlamı bulunmasına rağmen fıkhıta üç manada kullanılmıştır. Bunlardan ilki “mevcut, hazır, belirlenmiş mal” şeklindeki ifadedir. Mecelle'nin 159. Maddesinde zikredilen “Ayn, muayyen ve müşahhas olan şeydir” tarifi ayna verilen ilk mana ile örtüşmektedir.⁴²

Ayna verilen ikinci mana “deyn mukabili olan şey”dir.⁴³ Fıkhıta deyn hakiki mal değil de hükmi mal olarak görülmektedir. Hakiki malın belirleyici özelliği fiilen muhafaza edilebilmesidir. İşte ayn da bu özelliği kendi içinde barındıran maldır.⁴⁴

Ayn'a verilen üçüncü mana ise bizatihi malın kendisi yani çıplak olarak mal.⁴⁵ Bu anlamda daha çok “rakabe” terimi kullanılmakla beraber ayn da bazı fıkıhçılarda bu manada kullanılmaktadır.⁴⁶

Deyn en geniş anlamda “zimmette sabit olan şey” olarak tanımlanmıştır.⁴⁷ Bu anlamdaki deynin kapsamına, zimmette yer alabilecek her türlü yükümlülük girmektedir. Bu tanıma göre deyn kelimesi, mâlî borçları kapsadığı gibi kılınmayan namaz gibi mâlî olmayan borçları da kapsar. Hz. Peygamber de bir hadisinde tutulmayan oruç hakkında deyn kelimesini kullanmıştır.⁴⁸ Daha dar anlamıyla deyn, akit veya itlaf sebebiyle zimmette sabit olunan şey anlamına gelmektedir.⁴⁹

En dar anlamıyla deyn, ödünç (karz) anlamında kullanılmıştır.⁵⁰ Ancak ödünç akdinde bağlayıcı bir vade öngörülmediği ve alacaklının talebi anında ödenmesi gerektiği için bazı hukukçular ödünç için deyn terimini kullanmamışlardır.⁵¹ Her ne

⁴¹ Aktan, “Damân”, s. 450.

⁴² Hayreddin Karaman “Ayn”, *DİA*, IV, s. 257-258.

⁴³ Karaman “Ayn”, s. 258.

⁴⁴ Karaman “Ayn”, s. 258.

⁴⁵ Karaman “Ayn”, s. 258.

⁴⁶ Karaman “Ayn”, s. 258.

⁴⁷ Mecelle, md. 158.

⁴⁸ Buhârî, Muhammed b. İsmâ'îl, *Sahîhu'l-Buhârî*, thk. Mustafâ Dîb el-Buğâ, I-VII, Beyrut: Dâru İbn Kesîr-Yemâme, 1993, Savm, 43.

⁴⁹ M. Akif, Aydın “Deyn”, *DİA*, IX, s. 267.

⁵⁰ Aydın “Deyn”, s. 267.

⁵¹ Aydın “Deyn”, s. 267.

kadar bazı hukukçular ödünç için deyn terimini kullanmasa da Bilmen, deyn ile karz ilişkisini şu şekilde belirtmiştir: “Her karz bir deyndir fakat her deyn karz değildir.” Görülmektedir ki deyn ile karz arasında bir umum-husus ilişkisi vardır.⁵²

Yapılan tanımlardan hareketle deyn için “Kişinin zimmetinde sabit olan borç” tanımı yapılabilir.⁵³

Yukarıda belirttiğimiz üzere modern hukuk literatüründe yer alan borç kelimesinin Arapça karşılığı hususunda ortak bir kullanım söz konusu olmayıp bunlara yukarıda belirttiğimiz üzere yakın kavramlar günümüz İslam hukukçuları tarafından kullanılmamıştır. Her sistemin diğer hukuk sistemlerinin terim ve kavramlarını kullanmayıp kendi terimlerini ve kavramlarını üretip o kavramları kullanmaları gayet normaldir.

1.2.2. Borcun Unsurları

1.2.2.1. Alacaklı

Alacaklı, aralarındaki borç ilişkisine dayanarak borçludan bir şey isteme, yani bir edimi elde etme hakkına sahip olan kimsedir.⁵⁴ İslam hukuk literatüründe alacaklı için borcun türüne göre, tâlip, dâin, sâhibu'l-hak, sâhibu'd-deyn gibi ifadeler kullanılmıştır.⁵⁵

1.2.2.2. Borçlu

Borçlu, kendisinden istenme hakkına konu olan şeyi yerine getirmekle yükümlü olan yani alacaklıya bir edim sunmakla mükellef olan taraftır.⁵⁶ İslam hukukunda borçlu için medîn, medyun, ğarîm, matlûb, mültezim gibi ifadeler kullanılmıştır.⁵⁷

1.2.2.3. Edim

Sözlükte borçlanılan şey, ifa demek olan edimin, terim olarak “Yerine getirilmesi gereken yükümlülük, alacaklının isteyebileceği ve borçlunun yapmak zorunda olduğu

⁵² Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslamiye ve Istılahı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, ty., VI, s. 94.

⁵³ Aydın “Deyn”, s. 266.

⁵⁴ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 4.

⁵⁵ Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâi'u's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, I-VII, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986, VI, s. 2; Aybakan, *Borçların İfası*, s. 30

⁵⁶ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, I-II, s. 4

⁵⁷ Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'* VI, s. 2

davranış” anlamına gelmekte olduğunu yukarıda belirtmiştik.⁵⁸ Aybakan, edimde geçen “davranışın” verme, yapma ve yapmama şeklinde tezahür edebileceğini söylemiş, bunun sonucu olarak verme borçları, yapma borçları ve yapmama borçları tamlamalarının kullanıldığını belirtmiştir.⁵⁹ Karaman da verme borçları ve yapma borçlarını müspet edim, yapmama borcunu ise menfi edim olarak ele almıştır.⁶⁰

Müspet edim için borcu ödemek, satılan malın teslimi veya bedelinin ödenmesi, işçinin işini yapması gibi örnekler veren Karaman, menfi edimin ise emanetçinin kendisine bırakılan emanete dokunmaması, kiracının normalin dışında kiraladığı malı kullanmaması yani yapılmaması istenen şeyler olduğunu belirtmiştir.⁶¹

İslam hukukunda edim kavramı, her borç ilişkisi için özel terimlerle ifade edilip verme borçları söz konusu olduğunda ayn ve deyn, yapma borçlarında ise fiil kelimesi ile karşılanmaktadır.⁶²

1.2.3. Borcun Kaynakları

Borcun kaynağı denince, borcu doğuran, daha doğrusu borcu meydana getiren fiil ve davranış anlaşılır.⁶³ Borç nereden doğdu sorusunun cevabı aslında borcun kaynaklarını göstermektedir. Örnek vermek gerekirse, alıcı-satıcı arasındaki borç kaynağı akittir, malı telef edenin borcunun kaynağı, zarar veren fiildir. Aynı şekilde babanın çocuğuna olan nafaka borcunun kaynağı ise evlatlık ve fakirliğin ortaya çıkması ihtimaline karşı dinin koymuş olduğu hükümlerdir.⁶⁴

İslam hukukunda klasik fıkıh literatürü, borçlar hukukunun özel borç ilişkilerini esas alarak işlemeden ötürü genel bir borç teorisine dair özel bir başlık açmadığı için borç kaynaklarına ilişkin herhangi bir tasnife de gitmemiştir.⁶⁵ Aybakan, Batı hukukunda da üzerinde ittifak edilen bir tasnifin olmadığını ifade edip buradan hareketle borcun kaynaklarının çeşitli tasniflere tutulduğunu söylemiştir. Buna ek olarak bu kaynaklardan birisi olarak kabul edilen iradeden yola çıkılarak borç ilişkisinde

⁵⁸ TDK, Türkçe Sözlük.; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 113.

⁵⁹ Aybakan, *Borçların İfası*, s. 31.

⁶⁰ Karaman, *İslam Hukuku*, s. 32-33.

⁶¹ Karaman, *İslam Hukuku*, II, s. 33.

⁶² Aybakan, *Borçların İfası*, s. 31.

⁶³ Zerka, *Medhal*, III, s. 84.

⁶⁴ Zerka, *Medhal*, III, s. 85.

⁶⁵ Aydın, “Borç”, s. 286.

taflardan birinin veyahut ikisinin de rolü varsa bu duruma iradi kaynaklar ismi verilmiştir. Ancak iradenin rolü olmamışsa buna da iradi olmayan kaynaklar diye isimlendirilmeye gidildiğini belirtmiştir.⁶⁶

İslam hukukçuları ve usul âlimleri, her akdin kendisinden meydana gelen hükümler için bir sebebin olduğunu belirtmişler ve bu hükümlerin borçlar olduğunu ifade etmişlerdir.⁶⁷

Genel olarak borcun kaynakları İslam hukukunda beş küllî kaynağa inhisar edilmiş olup bunlar; akit, münferit irade, zarar veren fiil, faydalı fiil ve hukuktur.⁶⁸ Batıda, özellikle Fransız ve İtalyan kanunları, Roma Hukuku'nda olduğu gibi borç kaynaklarını “akit, akit benzeri, haksız fiil, haksız fiil benzeri ve kanun” olarak tespit etmiştir.⁶⁹ Karaman, bu taksimlerin iki kusuru ihtiva ettiğini söyleyip bu kusurların ilkinin hukukî tasarruf ile hukukî hadisenin birbirine karıştırılması, ikincisinin ise Fransız ve İtalyan hukuk kaynaklarının şahsî hak ve aynî hakkı ayrı ayrı mütalaa etmelerinden kaynaklandığını belirtmektedir.⁷⁰ Karaman, “aynî ve şahsî haklar hukukî esas ve hukukî tasarruflarda birleşir” görüşünü benimsemektedir.⁷¹

Türk Borçlar kanunu ise doğuşları yönünden borçları üç kısma ayırmıştır.⁷²

- I. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri (md.1-48)
- II. Haksız Fiillerden doğan borç ilişkileri (md. 49-76)
- III. Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri (md. 77-82)

Reisoğlu, bu üç kaynağın dışında çeşitli sebeplerden doğan borçların olduğunu söyleyip bunların; belli hısımlar arasındaki nafaka borcu, vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruftan doğan borçlar ve kat malikleri arasındaki borçlar olduğunu söylemiştir.⁷³

⁶⁶ Aybakan, *Borçların İfası*, s. 32.

⁶⁷ Zerka, *Medhal*, III, s. 85.

⁶⁸ Zerka, *Medhal*, III, s. 86.

⁶⁹ Zerka, *Medhal*, III, s. 86; Karaman, *İslam Hukuku*, II, s. 35.

⁷⁰ Karaman, *İslam Hukuku*, II, s. 35-36

⁷¹ Karaman, *İslam Hukuku*, II, s. 35-36

⁷² Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s.49

⁷³ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s.49

2. İlke Kavramı

Kamu ve özel hukukun her alanında uygulanabilen, hukukun temel ilkelerini yansıtan hukuk kurallarına hukukun genel ilkeleri adı verilir.⁷⁴ Hukukun genel ilkeleri hukuk düzenlemelerinin üstünde, bütün insanlığa hitap eden, hukukun temel dayanağı olan adalete uygun, ideal hukuk kurallarını temsil etmektedir.⁷⁵ Farklı açılardan yapılmış fakat aynı özü ifade eden bu gibi tanımlardan anlıyoruz ki hukuk ilkesi, kaideden çok daha geniş bir anlama sahiptir ve hukuk ilkesi kaideleri de besleyen ilkedir. Bir bakıma fakihin zihninde olup açıkça ifade etmediği, fakat bütün görüş ve tercihlerinde etkin olan üst normlar olarak da değerlendirilebilir.

Sözlükte temel düşünce, temel inanç, umde, unsur, prensip anlamında olan ilke, terim olarak bireysel karar ve eylemlerin, tutarlı ve eleştirel biçimde değerlendirilmesine olanak sağlayan, her türlü tartışmanın dışında sayılan, başlangıç, hareket noktası, her şeyin kendisinden türediği ilk ve temel kaynak, ana kural olarak tanımlanmıştır.⁷⁶

Her hukuk sisteminde veciz bir şekilde ifade edilen ilkelere rastlamak mümkündür. Örnek vermek gerekirse köklü hukuk sistemlerinden biri olan Roma Hukuku'nda tafsilatlı hükümlerin yanısıra genel yaklaşımlara da rastlamak mümkündür. “Kimse zilyetliğin hukukî sebebini bizzat değiştiremez”⁷⁷, “Cins tamamen yok olamaz”⁷⁸ gibi kaideler örnek olarak zikredilebilir.

Hukuk ilkesi kavramını İslam hukukundaki karşılığını ve İslam hukukunda hukuk ilkesi fikrinin nasıl oluştuğunu anlayabilmek için öncelikle İslam hukukunun gelişim seyrini ve İslam hukukunda ilke kavramını anlamımıza yardımcı olacak kavramları incelemek gerekir. Nitekim hukuk ilkesi anlayışı hukukî faaliyetin başladığı ilk dönemden itibaren farklı kavramlar altında tezahür etmiştir. Biz İslam hukukunda ilke kavramı anlamında kullanılan terimleri burada kısaca ele alacağız.

⁷⁴ Ahmet Yaman, “Bir Kavram Olarak “Fıkıh Kaideleri” Ya Da İslam Hukukunun Temel İlkeleri” Marife: *Dini Araştırmalar Dergisi*, (2001), c.1, sayı. 1, s. 49.

⁷⁵ Yaman, “Fıkıh Kaideleri” Ya Da İslam Hukukunun Temel İlkeleri” s. 49.

⁷⁶ TDK., *Türkçe Sözlük*.

⁷⁷ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 129.

⁷⁸ Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 192.

2.1. Asl ve Kıyas

“Asl”, sözlükte kök, temel ve esas anlamlarına gelmekte olup çoğulu “usûl”dür.⁷⁹ İslam hukukunun ilk dönemlerinde ilke kavramı anlamında “asl” kavramı kullanılmıştır. Asl kelimesi farklı manalara da gelmekle beraber, sözlükte bir şeyin kendisine dayandığı şey anlamı ağır basar. Asl kelimesi bazen kaideyle eş anlamlı kullanılmış olmakla beraber, çoğunlukla küllî kaideyi de içine alacak şekilde delil, râcih, gâlip, zâhir, devam ettiği kabul edilen hüküm ve makîsun aleyh gibi anlamlara gelmektedir.⁸⁰ Fıkıh eserlerine bakıldığında ise asl kelimesinin, tercih edilen, açık olan ve devam ettiği anlaşılan görüş anlamına geldiği görülmektedir. Asl kavramı kaideyi de kuşatacak şekilde geniş bir anlama da sahiptir. Örnek vermek gerekirse “Şek ile yakîn zâil olmaz” kaidesi Mebsût’ta asl olarak aktarılmıştır.⁸¹

Böyle olunca “asl” kelimesine, mezheplerin ileri sürdüğü görüşlerin kendi içinde tutarlılık gösterme zorunluluğunu göz önüne alarak mezhep hükümlerini tutarlı bir zemine oturtmak amaçlı ortaya çıkan bir kavram da diyebiliriz. Yine bu çabanın ürünü olarak asl kelimesinin çoğulu olan usûl kavramı, İslam hukuk metodolojisini ifade etmek için ortaya çıkmış bir kavramdır.⁸²

Asl kavramı bazen yalın halde kullanılmayıp nitelendirme ile de kullanılır. Mesela, Semerkandî⁸³ ve Kâsânî’nin⁸⁴ eserlerinde geçen ve ilgililer nezdinde bilinen bir hukuk kuralına atıf için kullanılan “el-aslu’l ma’hud” ifadesi bunun en güzel örneğidir. Kızılkaya, bu ifadenin genellikle fikhî kaideler için kullanıldığını söyleyip bazen dâbitları da içine aldığını belirtmiştir.⁸⁵

İlk dönemlerde ilke anlamında kullanılan bir başka kavram ise kıyastır. Sözlükte “ölçü” anlamına gelen kıyas terim olarak "Hakkında açık hüküm bulunmayan bir

⁷⁹ Muhammed Murtaza el-Huseynî ez-Zebîdî, *Tâcu'l-arûs min cevâhiri'l-kâmûs*, et-Türâsi'l-Arabî, Kuveyt: 2001, XXVII, 447.

⁸⁰ Necmettin, Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kaideler*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2013, s. 61, 314.

⁸¹ Serahsî, *Mebûsât*, I, 121.

⁸² Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 63-64

⁸³ Semerkandî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, *Tuhfetü'l-fukahâ*, I-III, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1984, I, s. 258.

⁸⁴ Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'* VII, s. 381.

⁸⁵ Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 317.

meselenin hükmünü, aralarındaki ortak özelliğe veya benzerliğe dayanarak hükmü açıkça belirtilen meseleye göre belirlemek" anlamına gelir.⁸⁶

Kıyas, sadece yukarıdaki anlamdan ibaret olmayıp, bu anlama ilave olarak rey, içtihad, genel nitelikli şer'i nass ve genel ilke anlamlarında da kullanılmıştır.⁸⁷ Genel ilke ve kural anlamındaki kıyas, birçok meseleye uygulanabilen bir kaideyi ifade edebileceği gibi sadece bir mezhebin kabul ettiği bir prensip anlamına da gelmektedir.⁸⁸ Farklı bir delil bulunmadığı sürece, elde edilen bu ilkeler fıkıhın çeşitli meselelerine uygulanabilir. Bu uygulanan meselelerin başka bir delille çatışması durumunda, genel kuralın kapsamına giren cüz'i mesele istisna edilerek kıyastan farklı bir görüş elde edilir. İşte bu da istihsan olarak ifade edilmiştir.⁸⁹ Yani istihsan tarifinde yer alan kıyas genel hukuk ilkesini, genel fıkıh ve bilinen hukuk prensiplerini ifade etmektedir.

2.2. Kaide

Sözlükte "oturmak" manasındaki "kuud" mastarından türeyen kaide, binanın üzerine dayandığı temel, bir şeyin aslı, esası anlamına gelmektedir.⁹⁰ Ka'adenin sözlük manalarının neredeyse tamamına yakınında temel ve esas anlamları bulunmaktadır. Nitekim kaidenin Kur'an-ı Kerim'de yer alan kullanımlarına bakıldığında, örneğin Hz. İbrahim ile İsmail'in Kabe'nin temellerini yükselttiğini⁹¹, Hz. Peygamber'in müminleri Uhud'da savaş mevzilerine yerleştirmek için çaba sarfettiğini⁹² anlatan ayetlerde de "kaade" ve türevleri aynı anlam çerçevesinde kullanılmıştır.

Fıkıhî bir terim olarak kaidenin tanımına gelince Cürçânî, (v.816/1413) kaideyi "Cüziyyâtının tamamını kapsayan küllî kazıyye" şeklinde tanımlamıştır.⁹³ Her ne kadar kaide kelimesi birçok fıkıh eserinde ilk dönemden itibaren kullanılmış olsa da ıstılah olarak tanımlanması hicri VIII. yüzyılın başlarına rastlamaktadır.⁹⁴ Necmuddin et-Tûfî

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. H. Yunus Apaydın, "Kıyas" *DİA*, XXV, s. 529.

⁸⁷ Zekiyyüddîn Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 17. Basım, 2012, s. 179; Apaydın, "Kıyas", s. 529; Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 318.

⁸⁸ Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 319.

⁸⁹ Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 319.

⁹⁰ Mustafa, Baktır, "Kaide", *DİA*, XXIV, s. 205

⁹¹ Bakara, 2/127

⁹² Âl-i İmrân, 3/121

⁹³ Alî b. Muhammed b. Alî es-Seyyid eş-Şerîf el-Cürçânî, *Kitâbu't-târifât*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-İlmiyye, 1983, s. 171.

⁹⁴ Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 45

(v.716/1316) fıkıh usulü kavramının tanımını yaparken tanımda geçen kavaid ifadesini “Cüz’i kazıyyelerin nazar yoluyla bilindiği küllî kazıyyeler” olarak açıklayıp bunu destekleyen örnekler vermiştir.⁹⁵ Fıkıh eserlerindeki kullanımı dikkate alındığında nazar kelimesi, salt düşünme ve kıyas gibi anlamlara da gelmektedir. Her iki durumda da akli istidlâlden söz etmek mümkündür.⁹⁶

VIII/XIV. yüzyılda kavâid alanında eser telif eden ilk müelliflerden olan Makkarî, (v.758/1357) yapmış olduğu tanım ile fikhî kaidenin genellik ve kapsayıcılık yönüne vurgu yaparak kaideyi, “Usulden ve diğer genel akli anlamlardan daha özel, akitlerden ve bütün özel fıkhi dâbıtlardan daha genel olan her küllî” şeklinde tarif etmiştir.⁹⁷

Yukarıda verilen tanımlardan yola çıkarak İslam hukukunda kaide; “Hukukun temel ilkelerini yansıtan, farklı alanlardaki fer'i meselelerin hükümlerini tamamen veya büyük oranda kuşatan tümel önerme anlamında fıkıh terimi” olarak tanımlanabilir.⁹⁸

Makkarî'nin yapmış olduğu tanımdan hareketle kaidelerin küllîlik vasıfları da zaman zaman sorgulamaya tabi tutulmuştur. Hukuk prensiplerinde mantıkta olduğu gibi her bir cüz'ü kuşatan küllîlikten bahsedilebilir mi sorusu, yeni bir kavramın oluşmasına zemin hazırlamıştır. Fıkhi kâidenin küllî olmadığına ve ekseriyeti kapsadığına dair vurgu, İbn Nüceym'in (v.970/1562) el-Eşbah'ının şarihi Hamevî'de (v.1098/1687) daha fazla ön plana çıkmaktadır. Hamevî, kaideyi “Kendisiyle cüziyyâtının ahkâmının bilinmesi için, o cüziyyatın çoğunluğunu kuşatan ekserî hükümdür, küllî hüküm değildir” şeklinde tanımlamıştır.⁹⁹ Buna benzer yorumu Bilmen (v.1971) de yapmış olup kaideyi, “Bir kat'î ve küllî bir hükümdür ki, birçok cüz'iyat kendisine muntabık olur” şeklinde tarif etmiştir.¹⁰⁰ Bilmen bu tarifi yaparken kâidedeki küllîlik vasfına vurguda bulunmuş olup ancak küllîliğin cüz'iyatın tamamını değil birçoğunu

⁹⁵ Ebü'r-Rebî'Süleymân b. Abdilkavî et-Tûfî, *Şerhu Muhtasari'r-Ravza*, nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1996, I, s. 120.

⁹⁶ Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 46.

⁹⁷ Ebu Abdillâh Muhammed b. Muahammed b. Ahmed Makkarî, *el- Kavâid*, (nşr. Ahmed b. Abdillâh b. Hamid) Mekke, ty. I-II, I, s. 212.

⁹⁸ Baktır, “Kaide”, s. 205.

⁹⁹ Hamevî, Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed, *Gamzü 'uyûni'l-besâir şerhu kitâbi'l-Eşbâh ve'n-nezâir*, I-IV, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1985, I, s. 51.

¹⁰⁰ Bilmen, *Istilahat* I, 254.

kuşattığını ifade etmiştir.¹⁰¹ Buradan hareketle küllîlerin bütün cüz'ü kapsamayacağını ancak çoğunluğu kuşatabileceğine dikkat çekmek için “ağlebî” vasfı kullanılmıştır. Bu vasfın kullanılması, küllîlik vasfının mutlak değil, nisbi olduğunun kabul edilmesine dayanan bir durumdur.¹⁰²

2.3. Dâbıt

Hukuk ilkesiyle alakalı bir başka kavram dâbıt olup sözlükte güç, kuvvet, bir şeyin kontrol edilmesi, korunması anlamına gelmektedir.¹⁰³ Dâbıt, fıkıh kâidesi ile yakın bir anlama sahip olan kavramların başında yer alır. Fıkıhın sadece bir bölümü ile ilgili meseleleri içine alan dar kapsamlı kural olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁴ Her hukuksal kavram sağlam bir zemine oturtulduktan sonra onda eksikliklerin veya kapsamsal ayrılmaların meydana gelmesi gayet doğaldır. Kavaid anlayışının yerleşmesinden sonra kaideler arasında kapsam açısından bir ayrıma gidilmiştir.

Dâbıt kaidenin daha dar kapsamlısı olup özel kaide de denilmiştir.¹⁰⁵ Örnek vermek gerekirse “zarar zararlar izale olunmaz” kaide olarak daha kapsamlı iken “sebebi mâsiyet olan her kefarete hemen yerine getirilmelidir” ifadesi, fıkıhın dar bir alanı için geçerlidir.¹⁰⁶

Kâide ile dâbıt arasındaki fark kısaca şöyle ifade edilebilir: Dâbıt, furu' fıkıhın sadece bir bölümü ile ilgili detaylara ait hüküm ifade eden dar kapsamlı bir ilke olmasına karşılık kâide, o alanın bütün bölümlerinde geçerli olabilecek bir genişliğe sahiptir. Bu sebepten dolayı kâide, dâbıtı da içine alabilecek geniş kapsamlı genel kuraldır.¹⁰⁷

2.4. Kanun

Aslının Gerekçe'de vergilendirmeye yönelik arazi tahririnde kullanılan uzunluk ölçüsü birimini belirten “kanon” terimi olduğu tahmin edilen kanun, zamanla anlamı genişlemeye uğrayarak kamu alanındaki çeşitli esas, kural, ilke manasında kullanılmaya

¹⁰¹ Bilmen, *Istilahat*, 1, 15.

¹⁰² Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 52.

¹⁰³ Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 112.

¹⁰⁴ Tâcüddîn es-Sübkî, Ebû Nasr Abdülvehhâb b. Ali, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd- Ali Muhammed Mu'avvaz, I-II, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1991, I, s. 11.

¹⁰⁵ Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 72.

¹⁰⁶ Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 69

¹⁰⁷ Makkarî, *el-Kavâid*, I, s. 212; İbn Sübkî, *el-Eşbah*, I, s. 11.

başlanmıştır.¹⁰⁸ Kanun kelimesinin Müslümanlar tarafından kullanılmaya Suriye ve Mısır'ın fethedilmesiyle başladığı da tahmin edilmektedir.¹⁰⁹

Kanun kelimesinin, dünya ve ahiret işlerinde ölçüt alınması gereken kurallar olarak anlam kazanması Hristiyanlıkta kilise kanunu olarak adlandırılmışken İslam'da şer'î hukuku ifade etmek için kullanılmıştır. Ancak kanun kelimesinin daha çok özellikle de Osmanlı döneminde devlet başkanının belirli alanlardaki yetkisini -ki bu yetkiler, idare, anayasa, mali ve ceza- ve bu alanlarda yapmış olduğu düzenlemeleri ifade etmede kullanıldığına rastlanmaktadır.¹¹⁰ Kanun kelimesinin kavâid ile olan ilişkisi, müteahhirun dönemine ait usul eserlerinde yapılan fıkıh usulü tanımında kaideyle eş anlamlı şekilde kullanılmasıyla ortaya çıkmıştır.¹¹¹

Mesela kanunun kaide anlamında kullanımının muhtemelen ilk örneklerine Cüveynî de (v.478/1085) rastlanır. Cüveynî bazen tartıştığı meselelerle ilgili usûl ve furû' kaidelerini kanun olarak aktarmakta bazen de dil kaidelerine değinirken kanun kavramını kullanmaktadır.¹¹²

Daha sonraları gerek Gazzâlî gerekse İbn Rüşd, kaide anlamına gelen kanun terimini eserlerinde kullanmıştır. Ancak eserlerinde her ne kadar kanun terimi işlenmiş olsa da fıkıh ilminde furu'a hâkim olan ilkeleri ifade etmek için daha çok "kâide" kavramı kabul görmüştür. Bu alanda kaleme alınan eserler de kavâid ismiyle anılmıştır.¹¹³ Nitekim batı hukukunun etkisiyle başlatılan kanunlaştırma hareketleriyle birlikte kanun kavramı, şimdi kullanılan son halini almış, geniş anlamda yetkili organlar tarafından çıkarılan hukuk kuralları, dar anlamda ise yasama organları tarafından çıkarılan genel, sürekli ve soyut hukuk kurallarını ifade eder olmuştur.¹¹⁴

2.5. Makâsıd

Ulaşılmaya hedeflenen gaye ve yer anlamına gelen maksad kelimesinin çoğulu olan makâsıd, Allah'ın kanun koymadaki amacını, hedeflerini ve hukuk düzeninden

¹⁰⁸ DİA, "Kanun" *DİA*, XXIV, s. 323.

¹⁰⁹ DİA, "Kanun", s. 323-324.

¹¹⁰ DİA, "Kanun", s. 324.

¹¹¹ Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 86.

¹¹² Cüveynî, Ebü'l-Me'âlî Abdülmelik b. Abdillâh, *el-Burhân fî usûli'l-fikh*, thk. Salâh b. Muhammed Uveyda, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye 1997, I, s. 206, 209, 239.

¹¹³ Kızılkaya, *Küllî Kaideler*, s. 88.

¹¹⁴ DİA, "Kanun" s. 323.

beklediği yararları ifade eder.¹¹⁵ Kur’ân-ı Kerim’de, evrende bir düzenin olması, bunun da bir gayeye yönelik olup hiçbir şeyin gelişigüzel ve boşuna yaratılmayıp bir hikmetinin olduğu İslamî ilimlerin çeşitli alanlarında ana fikir olarak devam etmiş ve bu durum makâsîd başta olmak üzere belli kavramlarla ifade edilmiştir.¹¹⁶

İslam âlimlerinden bazıları Allah’ın maksatlarını “el-makâsîdü’t-tekvîniyye” ve “el-makâsîdü’t-teşriyye” olarak ikiye ayırmışlardır. Bunlardan ilki Allah’ın evrende yaratmış olduğu ve bu yarattıklarının hepsinin bir amaç doğrultusunda var olduğunu ve evrene yönelmeyi açıklarken, ikincisinde ise hükümlerin gayelerine yönelinmesi kast olunmuştur.¹¹⁷

“Makâsîdın en genel manada yararın sağlanması suretiyle maslahatın gerçekleştirilmesi ve zararın giderilmesi suretiyle mefsetedin izalesi olunca, makâsîd ve mesâlih arasında doğrusal bir ilişkinin varlığı ortaya çıkmıştır.”¹¹⁸ Nitekim Gazzâlî (v. 505) de bu ilişkiyi göz önüne alarak şu değerlendirmeyi yapmıştır: “Maslahat, yararı sağlayıp zararı gidermek demektir. Ancak biz burada maslahatı dinin gayesini korumak olarak anlamlandırıyoruz. Dinin gayesi de insanların din, can nesil, akıl ve mallarını korumaktır.”¹¹⁹

Cüveynî *el-Burhân* adlı eserinde İslami hükümleri maslahat bağlamında ele almış ve bunu beş grupta incelemiştir. Cüveynî, bu grupları illetin kısımlarını anlatırken ele almıştır. Bunun nedeni kendi döneminde makâsîd kavramının henüz yerleşmiş olmamasından ve onun makâsîdı illetin alt başlığı olarak görmesinden kaynaklanmış olabilir.¹²⁰ Cüveynî’den sonra gelen âlimler de onun oluşturmuş olduğu beş grupta

¹¹⁵ Ahmet Yaman, *Makasîd ve İctihad*, İstanbul: Rağbet Yayınları, 2010, s. 179; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 338.

¹¹⁶ İlhan Kutluer, “Gaiyyet” *DİA*, XIII, s. 292.

¹¹⁷ Rahmi Yaran, “Cüveynî Öncesi Makâsîd/Maslahat Söylemi”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları*, İstanbul, (2005) sayı: 28, s. 95.

¹¹⁸ Yaman, *Makasîd ve İctihad*, s. 180.

¹¹⁹ Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfâ min ‘ilmi’l-usûl*, thk. Muhammed Süleyman el-Eşkar, Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 1997, I, s. 416-417.

¹²⁰ Cüveynî, *el-Burhân*, II, s. 79; Ömer Yılmaz, “Cüveynî’nin Makâsîd Düşüncesi”, *Genç Akademisyenler İlahiyat Araştırmaları*, Sempozyum, 1-2 Mayıs, İstanbul (2008), s. 130-131

makâsıdı değerlendirmiş, Gazzâlî de Cüveynî'nin özellikle zaruretten saydığı maslahatı yukarıda da belirttiğimiz üzere beş grupta ele alarak şekillendirmiştir.¹²¹

Makâsıd konusunu şâri'in ve kulun maksatları olarak iki açıdan ele alan Şâtıbî, şâri'in maksatlarını da başlangıçta şeriatı koyma amacı, anlaşılma için şeriatı koyma amacı, mükelleflerin yükümlü olması sebebiyle şeriatı koyma maksadı ve uygulansın diye şeriatın konulma amacı olarak dört kısma ayırmıştır.¹²² Şâtıbî, Cüveynî'nin makâsıd konusunda yapmış olduğu beşli taksimatı üçlü tasnife indirmiş, zarûriyyât, hâciyyât ve tahsîniyyât olarak ele almış ve bunları açıklamıştır.¹²³

Cüveynî, Gazzâlî ve Şâtıbî, makâsıd konularını işlerken aynı zamanda mürsel maslahata da değinmişlerdir. Cüveynî'nin *el-Burhân* adlı eserine baktığımızda, maslahata istidlal ve münâsebe konularında yer verdiğini görmekteyiz. O, mürsel maslahat denildiğinde sahabenin tavrının esas alınması gerektiğini, hakkında herhangi bir nas bulunmayan konularda ise mesâlih ve meânî ile amel edilebileceğini ifade etmiştir.¹²⁴

Gazzâlî de maslahatı muteber sayılanlar, butlanına hükmedilenler ve muteber sayılıp sayılmadığı belirtilmeyenler şeklinde üç gruba ayırmıştır. Kendisinden sonra gelen âlimler de bu üçlü tasnifi sürdürmüşlerdir. Maslahatı önemli bir delil olarak kabul eden Gazzâlî, yine de onun kitap, sünnet ve icmardan ayrı müstakil bir delil kabul edilmesini sakıncalı bulmaktadır.¹²⁵

Şâtıbînin maslahat anlayışı Gazzâlî'den farklı değildir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere Gazzâlî'nin maslahat konusundaki üçlü tasnifi diğer âlimleri de etkilemiş ve bu durum Şâtıbî'de de yer bulmuştur. Ancak Şâtıbî'de dikkat çeken husus, itibarına yahut ilgasına dair muteber delil bulunmayan maslahatı iki kısma ayırmasıdır. İki kısımdan birincisi, hakkında delil bulunmayıp şer'i hükümlere uygun olan maslahat

¹²¹ Rahmi Yaran, "Cüveynî'den İbn Abdüsselam'a Makasıd/Maslahat Söylemi", *Akev Akademi Dergisi – Sosyal Bilimler-*, (2006) c. X/28, s. 191.

¹²² Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, s. 7-8-9.

¹²³ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, s. 17-18.

¹²⁴ Cüveynî, *el-Burhan*, s. 169-170

¹²⁵ İbrahim Kâfi Dönmez, "Gazzâlî", *DİA*, XIII, s. 514

-ki buna biz mürsel maslahat diyoruz-, ikincisi ise muteber olduğuna dair hüküm bulunmayıp şer'î hükümlere de uygun olmayan maslahattır.¹²⁶

Tüm bunlardan hareketle makâsı sadece maslahat-ı mürseleyle de sınırlamanın doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Âlimler makâsı gerek kıyas bölümünde gerekse ta'lil ve ictihad bölümlerinde de incelemişlerdir. Ancak biz, çalışmamızın bu bölümünde yukarıda verdiğimiz genel bilgilerin yeterli olduğunu düşünmekteyiz. Çalışmamızda makâsıda değinmemizdeki asıl amaç ise makâsıdın temel gayesinin zarar vermeyi engelleme amacı gütmesi, İslam hukukuna özgü bir durum olan makâsıd düşüncesinin aynı zamanda hukuk ilkesini hatta hukuk ilkelerini topluca gözetme amacı taşımasıdır.

¹²⁶ Şâtıbî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ, *el-İ'tisam*, Mısır: el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, ty. II. s. 112

**İKİNCİ BÖLÜM: İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA
TEMEL HUKUK İLKELERİ (MEBSÛT ÖRNEĞİ)**

Genel Olarak

Allah Teâlâ malı, insanların dünyadaki menfaatleri için bir vesile olarak yaratmış, mal kazanmak ve biriktirmek için ticaret yolunu meşru kılmıştır. İnsanların ihtiyaç duydukları her şey, yeryüzünde insanlara Allah'ın bir lütüf ve ihsanı olarak sunulmuş, onların elde edilmesi ve kullanılmasında yine insanın yararına olmak üzere bazı kurallar da konulmuştur. İslam dininin muamelat alanında koyduğu kuralların belki de en önemlisi, malların karşılıklı rızaya dayalı olarak el değiştirmesidir. Bir başka ifadeyle haksız ve haram yollarla mal elde etmenin yasaklanmasıdır.¹²⁷ Helal kazancın emredilip haram olan yollarla mal elde etmeyi yasaklayan ayetten de anlaşılacağı üzere, ticaret iki kısma ayrılmış olup bunlardan ilki helal olan alım-satım yani bey', diğeri ise haram olan yani ribâdır.¹²⁸

Medeni hukuk alanına giren ve özellikle borçlar hukukuyla ilgili işlemler konusunda İslam hukukunun özünü yansıtan küllî kaideler, olabildiğince kişilerin gerçek iradelerinin esas alınması gerektiğini göstermektedir.¹²⁹ İslam hukukunun iradeye bu kadar önem vermesi ve diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak şekilciliği değil de gerçek iradeyi esas alması, özellikle borçlar hukukunda temel prensip haline gelmiştir.

Dönmez'in aşağıda zikredeceğimiz Karâfi'den naklettiği hukuk prensipleriyle alakalı bilgileri, çalışmamızın muhtevası açısından önemli görmekteyiz.

el-Furûk isimli eserinde, Hz. Muhammed'in getirdiği hukuk düzenindeki kuralların usul ve fûru olmak üzere iki bölümden oluştuğunu belirten büyük alim Karâfi, usulün de kendi içinde iki kısım olduğunu yazar. Usulün birinci kısmından maksadı, "usûl-i fıkıh" adıyla anılan disipline ait kurallardır ki bunlar İslam hukuk ilminin esaslarını ifade eder. Usulün ikinci kısmı ise küllî fıkıh kaideleridir; bunlar fıkıh hükümlerinin fikri temellerini ve hedeflediği amaçları içeren prensip ve kurallardır.¹³⁰

¹²⁷ Nisa, 4/29

¹²⁸ Serahsî, *Mebisût*, XII, 108.

¹²⁹ İbrahim Kâfi Dönmez, "Amel", *DİA*, III, s. 18.

¹³⁰ İbrahim Kâfi Dönmez, *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, Ankara: İsam Yayınları, 2015, s. 23-24.

Dönmez, İslam hukukundaki temel prensipleri tespit edebilmek için Karâfi'nin ikinci kısımda ele aldığı küllî kaideleri incelemek gerektiğini belirtip bu tür eserlerin fıkıh ilminin tedvinini takip eden dönemlere denk geldiğini ifade etmiştir.¹³¹ Aynı şekilde Dönmez, İslam hukukunda herkes tarafından benimsenen yüksek hakikatlerin vecizesi olarak belirttiği beş ana kaideyi –ki bunlar ‘bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir, şek ile yakın zail olmaz, zarar izale olunur, meşakkat teysiri celbeder, adet muhakkemdir’- hukuk prensipleri olarak ifade edip bazı yazarların da bu kaideleri “el-kübrâ” olarak isimlendirdiklerini belirtmiştir.¹³²

Şunu da belirtmek gerekir ki bu tür prensipler kesin bir sayı ile sınırlandırılmamış ve kesin bir kalıp içine hapsedilmemişlerdir. Genelde İslam hukukunda özelde ise borçlar hukukunda ileride değineceğimiz bu ve buna benzer ilkeler, insanların hukukî hayatlarında ve her türlü borç ilişkisinde hâkim olmasını arzu ettiği genel kuralı ya da öteden beri sürdürülmeye ve korunmaya çalışılan genel telakki ve yaklaşımı ifade etmektedir.

Önemli bir Maliki âlimi olan Ebubekir İbnu'l-Arabî, “Birbirinizin mallarını haksızca yemeyin”¹³³ ayetini açıklarken, insanlar arasındaki mali işlemlerin dört temel esasa dayandığını ifade etmiştir. Bu esaslar:

- Haksızlığın bulunmaması yani karşılıklı rızanın esas alınması
- Alışverişte ticaretin helal ribânın haram oluşu
- Akıbeti hakkında şüphelerin olduğu yani hukuksal ifade ile garar bulunan işlemlerden kaçınılması
- Dinin makâsıd ve masâlihın gözetilmesinin gerektiğidir.¹³⁴

İslamiyet'in özellikle Medine döneminde cahiliyeden gelen bazı ticari işlemlere önemli ve radikal müdahaleleri olmuştur. Bu müdahalelerde, alım-satım başta olmak üzere ticari işlemlerin güven ortamında icra edilmesi, açıklık içinde, her türlü belirsizlikten arınmış olarak yapılması ilkesi öne çıkmaktadır. Bu müdahalelerin

¹³¹ Dönmez, *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, s. 24.

¹³² Dönmez, *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, s. 24.

¹³³ Bakara, 2/188.

¹³⁴ Ebû Bekr İbnu'l-Arabî, Muhammed b. Abdillâh, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, nşr. Muhammed Abdülkâdir Atâ, I-IV, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003, I, s. 137.

başında, Mekkelilerin sembolik davranışlarla yaptığı alım-satımlar, bir tarafın tamamen mağdur olup diğer tarafın menfaat sağlamasına yol açan işlemler, güçsüz tarafın rızası olmadan güçlü tarafça malının alınması gibi işlemlerin yasaklanması gelmektedir.¹³⁵

Tüm bunlardan hareketle biz bu bölümde yukarıda genel çerçevesini çizdiğimiz küllî kaide ve temel ilkeleri, fıkıh kitaplarının özellikle borç ilişkilerini ele alan bölümlerinde sözü edilen diğer gerekçe ve açıklamaları da göz önüne alarak biraz daha genişletmeye çalışacağız. Borç ilişkisine hâkim olan, hatta küllî kaidelerin de dayanağını teşkil eden hukuk ilkelerini ana hatlarıyla anlatmaya ve Meksû'ta örneklendirmeye çalışacağız. Burada özellikle belirtmemiz gerekir ki her ne kadar tezimize borçlar hukuku diyerek genel bir isim vermiş olsak da çalışmamız borçlar hukukunun tümünü kapsamayıp Serahsî'nin Meksû'tunda satım sözleşmesi kitabında ele aldığı buyu', sarf, icare, muhayyerlikler, taksim, hibe, istisna' ve karz akdi gibi bazı bölümleri kapsamaktadır. Araştırmamızı belirli borç ilişkisi türleriyle sınırlı tutmamızdaki esas hedef çalışmamızı örneklere boğmayıp üzerine odaklandığımız konuyu ortaya koyma çabasından kaynaklanır.

¹³⁵ Ali Bardakoğlu, *İslam Işığında Müslümanlığımızla Yüzleşme*, İstanbul: Kuramer, 2016, s. 323.

1. Rıza İlkesi

Sözlükte "hoşnut ve memnun olmak, muvafakat etmek; istemek, hükmün gerçekleşmesiyle kalbin sevinç duyması anlamına gelen rıza,"¹³⁶ terim olarak hukukî işlemlerde iç iradeyi veya irade açıklamasının unsurlarından olan hukukî sonuca erişme iradesini ifade eden fıkıh terimidir.¹³⁷

1.1. Kur'an'da ve Sünnette Rıza

Rıza kelimesi Kur'an-ı Kerim'de değişik türevleriyle geçmektedir. Bu türevlerden bazıları "razı olmak"¹³⁸, "memnun etmek",¹³⁹ "tercihte bulunmak",¹⁴⁰ "güven duymak"¹⁴¹, hoşnut olmak"¹⁴², "hoşnut etmek"¹⁴³, "huzura kavuşmak"¹⁴⁴, "bir şeyi birisi için dilemek"¹⁴⁵ gibi manalardır.

Bu manaların dışında "Allah'ın hoşnut olması" anlamına gelen ayetler de mevcuttur. Bunların en bariz örneği Hudeybiye'de ağacın altında Allah Resulüne biat edenlerden Allah'ın hoşnut olduğu belirtilmiştir.¹⁴⁶ Rıza kelimesinin Kur'an-ı Kerim'de yaygın olarak kullanım şekillerinden birisi de "Radıyallahu anhum ve radû anh" ayetidir.¹⁴⁷ Tefsirlere baktığımızda burada insanların rızasına dair ifadeyi müfessirler, Allah'ın takdir ettiğine boyun eğmek, onun rızasını kazanmak için çaba göstermek şeklinde açıklamışlardır.¹⁴⁸

Yukarıda bahsettiğimiz tüm ayetler rıza kelimesinin Kur'an-ı Kerim'de nasıl geçtiği ve ne anlamda kullanıldığıyla alakalıdır. Rıza kelimesinin konumuzla alakalı anlamı ise Nisâ suresinin 29. ayetidir. Yüce Allah, kitabında şöyle buyuruyor: "*Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan*

¹³⁶ Râgıb el-İsfahânî, Ebü'l-Kâsım Huseyn b. Muhammed, *Müfredâtü elfâzi'l-Kur'an*, "rdy" mad. thk. Safvân Adnân Dâvudî, Dımaşk-Beyrut: Dâru'l-Kalem- ed-Dâru'ş-Şâmiyye, 2009, s. 356; Cürçânî, *et-Ta'rifât*, s. 111; Abdüsselam Arı, "Rızâ" *DİA*, XXXV, s. 57.

¹³⁷ Arı, "Rızâ" *DİA*, s. 57.

¹³⁸ Bakara, 2/120; Nisâ, 4/24.

¹³⁹ Bakara, 2/144; Tevbe, 9/58; Ğâşiye, 88/9.

¹⁴⁰ Tevbe, 9/38,87,93; Yunus, 10/7.

¹⁴¹ Bakara, 2/282

¹⁴² Mâide, 5/16; Enâm, 6/113; Hacc, 22/59; Ahzâb, 33/51; Haşr, 59/8; Fecr, 89/28

¹⁴³ Bakara, 2/207, 265; Nisâ, 4/114; Tevbe, 9/62; Neml, 27/19; Mümtehine, 60/1.

¹⁴⁴ Tâhâ, 20/130; Kâria, 101/7.

¹⁴⁵ Cin, 72/27

¹⁴⁶ Nisâ, 4/108; Tevbe, 9/96; Meryem, 19/6, 55, Zümer, 39/7; Necm, 53/26, Fetih, 48/18.

¹⁴⁷ Mâide, 5/119; Tevbe, 9/100; Mücadele, 58/22; Beyyine, 98/8.

¹⁴⁸ Semîn el-Halebî, Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Yûsuf, *Umdetü'l-huffâz fi tefsîri eşrefi'l-elfâz*, thk. Muhammed Bâsil Uyûnü's-süd, I-IV, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1996, II, s. 96

ticaretle olursa başka. Kendinizi helak etmeyin. Şüphesiz Allah size karşı çok merhametlidir.”¹⁴⁹

“Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka” ibaresi “ancak aranızda karşılıklı rızadan meydana gelen bir ticaretin bulunması başka, bundan ve bunu yemekten nehyedilmiş değilsiniz” denilerek tefsir edilmiştir.¹⁵⁰ Ayrıca ayette geçen istisnanın kendinden önceki hükümsüz muamelelere mana açısından dahil olmadığından dolayı istisna-i munkatı’ olduğu ve bundan dolayı sınırlama manasına gelmediği ve şu ticaretten başka, bağış, sadaka, temlik ve miras kılma gibi diğer meşru sebeplerin varlığına engel olmayacağı açıklanmıştır.¹⁵¹ Ticaretin özellikle zikredilmesine gelince bununla ticaretin mülkiyet sebepleri içinde en önemli ve en fazla vuku bulan bir esas ve şeref sahipleri için en uygun kazanç yolu olduğu anlaşılmaktadır.¹⁵² Bunun yanı sıra ayette gelen “Mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka.” ifadesi ise “malları kazanmada haram yollara tevessül etmeyin, ancak satıcı ve alıcının razı olduğu ticaret usulünü kullanın” diyerek tefsir edilmiştir.¹⁵³

Bu ayetle ilgili bir başka husus da ayetin faiz yasağından önce mi yoksa sonra mı indirildiği hakkındadır. Şayet önce indirilmişse ayet faiz yasağına hazırlık olarak yorumlanabilir. Ancak bu ayet sonra indirildiyse malları haksızlıkla yemenin diğer hususları ele aldığı gibi faizi de kapsadığı görülür.¹⁵⁴

Netice itibariyle haksız yollarla elde edilen kazanç Kur’an-ı Kerim’de yasaklanırken, karşılıklı rızayı esas alan, iki tarafın da gönül hoşnutluğu ile yaptıkları ticaret helal kılınmıştır. Ayetin anlatımında bâtil ile rıza adeta karşıt iki anlamda kullanılmış, rızanın bulunmadığı akitlerin batıl olacağına işaret edilmiştir.

¹⁴⁹ Nisâ, 4/29

¹⁵⁰ Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur’an Dili*, Sad. İsmail Karaçam, Emin Işık, Nusrettin Boleli, Abdullah Yücel, Azim Dağıtım, İstanbul: ty., II, s. 551

¹⁵¹ Yazır, *Hak Dini Kur’an Dili*, II, s. 551-552

¹⁵² Yazır, *Hak Dini Kur’an Dili*, II, s. 552.

¹⁵³ İbn Kesîr, Ebü’l-Fidâ İsmâ’îl b. Ömer, *Tefsîru’l-Kur’âni’l-‘Azîm*, thk. Mustafâ es-Seyyid Muhammed vdğ., I-XV, Kahire: Müessesetü Kurtuba, 2000, III, s. 444.

¹⁵⁴ Seyyid Kutub, *Fî Zilâl’il-Kur’an*, çev: Bekir Karlığa, M. Emin Saraç, İ. Hakkı Şengüler, İstanbul: Hikmet Yayınları, 1974, III, 187.

Kur'an-ı Kerim'de hukukî işlemlerin temel ilkesi olarak rızaya önem verildiği gibi sünnette de aynı derecede önem verilmiştir. Nitekim Hz. Peygamber, bey' akdiyle ilgili olarak "Satış ancak rıza ile olur"¹⁵⁵ diyerek rızanın iktisadi işlemlerde ne kadar önemli olduğunu vurgulamıştır. Bunun yanında "Bir Müslümanın onun gönül rızası olmaksızın malını almak helal değildir"¹⁵⁶ hadisi de akitteki rızaya konu olan ayeti destekler niteliktedir.¹⁵⁷ Her ne kadar hadislerde rızâ kelimesi örfteki çeşitli anlamlarıyla çokça geçse de hukuktaki irade beyanı anlamıyla kullanımı nadirdir.¹⁵⁸

1.2. İslam Borçlar Hukukunda Rıza İlkesi

İslam borçlar hukukunun üzerine oturduğu en temel ilke rıza yani bir hukukî işlemde bulunan tarafların onu yapmaya rızasının tam olarak gerçekleşmesi ilkesidir. Muamelat fikhındaki genel tercih ve ağılabiyeti ifade eden küllî kaideler ve doktrinde geliştirilen hukukî yaptırımlar da esasen bu ilkeyi kavramaya matuftur. Buna ek olarak bu bölümde ele alacağımız açıklık, dürüstlük, zararı önleme, ribâdan uzak olma gibi ilkeler de sonuçta rıza ilkesini korumakta ve ihtiva etmektedir. Hanefilerin akdin rüknünü îcap ve kabul olarak belirlemesi, ticari ilişkilerde rızaya atıf yapan ayette "terâdî" diye vurgu yapılması bunu teyit etmektedir.

Âlimler "terâdî" kelimesinden yola çıkarak rızanın sözleşmeler için vazgeçilmez bir unsur olduğunu, hukukî işlemlerin temelini rızanın oluşturduğunu ifade etmişlerdir.¹⁵⁹ Fakat şunu da belirtmek gerekir ki âlimler arasında ihtilaf konusu olan şey, rızanın tam olarak karşılığını teşkil eden veya onunla bağlantılı olan terimlerin neler olduğu ve bu terimlerin kapsamıdır. Çalışmamızda ele alacağımız örneklerin iyi açıklanabilmesi için rıza kavramının bağlantılı olduğu terimler ve âlimlerin bu terimleri kullanma mantığını açıklamayı gerekli görüyoruz.

1.2.1. Rıza İle İlgili Terimler

Rıza, felsefe ve kelâm âlimlerin çokça üzerinde durduğu bir konudur. Eş'arilerin çoğunluğuna göre rıza, itirazın terk edilmesi demektir. Ancak Mutezile, rızanın

¹⁵⁵ İbn Mâce, "Ticâret" 13.

¹⁵⁶ Ahmed b. Hanbel, *Müsnedü'l-İmâm Ahmed bin Hanbel*, thk. Şu'ayb el-Arnaût vdğ., I-L, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1995-2001, XXXIX, 19.

¹⁵⁷ Nisâ, 4/29.

¹⁵⁸ Buhâri, "Nikâh", 41.

¹⁵⁹ Arı, "Rıza", s. 57.

karşılığını irade olarak belirtmektedir.¹⁶⁰ Aslında Eş'ariler ve Mutezile arasındaki bu ayrım tamamen felsefi yaklaşımdan kaynaklanan bir durumdur. Mutezilenin, "Aslah alallah" prensibi gereğince rızaya irade manasını vermesi kendi içinde tutarlıdır.¹⁶¹ Çünkü insanlar bir şeyi kendi rızasıyla yaparlar ve bu da onların iradeli bir varlık olmasını gerektirir. İradeli varlık olması da onun yükümlü olması anlamına gelir. Dolayısıyla rıza Mutezileye göre irade anlamına gelmektedir.

Kelam, felsefe ve dil literatüründe irade ve rıza kavramları arasında kurulan ilişki ve yapılan ayrımlar, Hanefi usulcülerinin görüşleri için de esas teşkil etmiştir. Hanefiler irade ve rıza arasındaki ilişkiye ihtiyar kavramını da ekleyerek bu konudaki tartışmalara yeni bir boyut kazandırmış, rıza ve ihtiyarın farklı anlam ve sonuçları bulunan iki ayrı kavram olduğunu öne sürmüşlerdir. Cumhur ise, rıza-ihtiyar ayrımı yapmayıp bunların aynı anlama delâlet ettiklerini savunmuş, bu tartışmanın yoğunlaştığı bir konu olarak ikrahı hür seçim iradesine ve kasta aykırı bir durum olarak değerlendirmişlerdir.¹⁶²

Biz burada rıza kavramıyla ilişkisi olan irade, ihtiyar ve ikrâh kavramları hakkında bilgi vereceğiz.

1.2.1.1. İrade

Bir davranışı tercih edip gerçekleştirme gücü olarak tarif edilen irade kavramı, felsefe ve kelamda birçok tartışmanın odağında olsa da özellikle fıkıh literatüründe terimleşmediği ve hatta yaygın bir kullanımının bile olmadığı, irade yerine kasıt teriminin daha yaygın olduğu görülmektedir.¹⁶³ Fıkıh ve fıkıh usulü ilimlerinde merkezi bir rol oynayan irade kavramı için ilk dönemlerde yerleşmiş bir tanım olmasa da XX. yüzyılda terimleşerek İslam hukuku literatürüne girmiş ve çağdaş hukukçular tarafından çeşitli şekillerde tanımlanmaya başlanmıştır.¹⁶⁴ Örnek vermek gerekirse Senhûrî iradeyi "muayyen bir şey hususunda karar verme olarak gerçekleşen subjektif eylem"¹⁶⁵ olarak tanımlarken Apaydın Zerkâ'nın iradeyi "bir şeyi yapıp yapmamaya karar vermek ve ona

¹⁶⁰ Ali Muhyiddin Ali Karadağı, *Mebdeur-rıza fi'l-ukud*, Beyrut: Dar'ul-Beşairi'l-İslamiyye, 1985, I, 193.

¹⁶¹ Karadağı, *Mebdeu'r-rıza fi'l-ukud*, 193.

¹⁶² Arı, "Rıza", s. 57-58

¹⁶³ H. Yunus Apaydın, "İrade", *DİA*, XXII, s. 384.

¹⁶⁴ Apaydın, "İrade", s. 384.

¹⁶⁵ Abdürrezzak Ahmed es- Senhûrî, *el-Vasît fi şerhi'l-kânûni'l-medenî, Dâru İhyâu't-Turâsi'l-Arabî, Lübnan: ty., I, s. 174; Apaydın, "İrade", s. 384.*

yönelmek” olarak tarif ettiğini nakletmiştir.¹⁶⁶ Zerkâ'nın yapmış olduğu tanımdan hareketle Apaydın, irade, "iki şeyden birini veya bir şeyi yapıp yapmama arasında tercih imkanı" anlamındaki ihtiyardan ve rızadan farklı vedaha kapsamlıdır. Çünkü bir kimsenin bir konudaki iradesi ihtiyar kaynaklı olabileceği gibi icbar kaynaklı da olabilir” diyerek kavramlar arası farklara değinmiştir.¹⁶⁷

İrade, hakiki ve zahiri olarak iki kısma ayrılır. Hakiki irade dış gözlemle öğrenilemeyen iç iradedir. Zahiri irade ise açıklamayla bariz hale gelen irade türüdür.¹⁶⁸ İç iradede taraflar kendi niyetlerini tasdik etseler bile bu niyet ortaya çıkmadığı için akit gerçekleşmez.¹⁶⁹ Çünkü açık irade beyanıyla gerçekleşen bir şey, mücerred niyetle tamamlanmaz.¹⁷⁰ Zahiri irade, niyet aşamasında kalmayıp dışa vurulan iradedir. Dolayısıyla kişi söz konusu hukukî işlemi yapmak istediğinde, o hukukî işlemde herhangi bir şüphe bulunmazsa akdi meydana getiren diğer şartların da mevcut olması kaydıyla akdin hükümleri terettüp eder.¹⁷¹

Konuyla alakalı terminolojik tartışmalara girmeden insan iradesinin yapacağı tasarruflarda belli sınırlamalar var mı ya da tamamen serbest mi bu hususlar hakkında bilgi vermeyi uygun buluyoruz.

1.2.1.1.1.Borçlar Hukukunda Şekil Serbestisi

Borçlar hukukundaki şekil serbestisi, akdin gerçekleşmesi için kuruluşundaki şekil şartlarının asgari düzeye indirilerek tarafların rızası ile akdi gerçekleştirme imkânı sağlama ilkesini ifade eder.¹⁷²

Mücerred rıza ile bir akdin kurulabilmesi, hukuk tarihinde ilk defa İslam hukuku tarafından kaide olarak benimsenmiştir.¹⁷³ Sadece rızaya dayalı akit, Roma hukuk sistematüğinde yeterli görülen bir sistem değildi.¹⁷⁴ Roma hukuk sistematüğünde aynı

¹⁶⁶ Apaydın, “İrade”, s. 384.

¹⁶⁷ Apaydın, “İrade”, s. 384.

¹⁶⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 351.

¹⁶⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 351.

¹⁷⁰ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 352.

¹⁷¹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 352.

¹⁷² Ali Bardakoğlu, “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları*, sayı: 1, Kayseri, (1983), s. 10

¹⁷³ Bardakoğlu, “Hürriyetin Sınırı” s. 10

¹⁷⁴ Bardakoğlu, “Hürriyetin Sınırı” s. 11

akitlerde borçlunun alacaklıdan, sonradan iade edeceği bir şeyi alması, sözlü akitlerde rızalarının muayyen sözlü bir şekilde tabi olarak açıklanması, yazılı akitlerde yazılı şekil, alacağın deftere kaydı gerekmekte idi. Daha açık bir ifade ile eşyanın mülkiyetini nakil için şekli muamelelere ihtiyaç vardı.¹⁷⁵

İslam hukuku insanın rızası olmadan onun işlem yapmasını, tasarruflarda bulunmasını ve yükümlü tutulmasını prensip olarak kabul etmemektedir. Buna ek olarak devletin toplum menfaatini sağlamak, bireylerin birbirine olan güvenlerini sarsmamak için rızanın esas alınması ilkesine bazı sınırlar getirmesi ise normaldir. Bunların da amacı, toplum halinde yaşamak zorunda olan insanların gerçek rızalarının yükümlülüğü altına girmesi, müreffeh bir toplum amacı güdümesidir. İslam borçlar hukukunda mücerred rıza ile akit kurulsa bile rızayı meydana getiren tüm unsurları ayrıntılarıyla ele alınması, sadece kişi yararını değil kamu yararını da göz ardı etmeden tüm bireylere hitap edecek şekilde sistematize etmesi, rızanın tamamen yerleşmiş ve olgunlaşmış bir hukuk prensibi olduğunun göstergesidir.

1.2.1.1.2. Akitte İleri Şürülen Şartlar Bağlamında Akit Serbestisi İlkesi

Akit hürriyetinin gerçekleşmesinde en önemli adım, tarafların akdin işleyişini, hükümlerini ve sonuçlarını diledikleri tarzda düzenleme serbestisidir. Buna akit serbestisi prensibi denmektedir.¹⁷⁶ Bu anlamda akit hürriyeti İslam hukukunda pozitif hukuka nazaran oldukça farklı açıdan ele alınmış, uzun tartışmalara yol açmış ve neticede, ferdin akit hürriyetini daraltan ve genişleten görüşler yelpazesi ortaya çıkmıştır.¹⁷⁷ Akit serbestisi açısından Kur'an-ı Kerim'e baktığımızda akitlerle ilgili iki ayet ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki: "*Ey iman edenler! Akitlerinizi yerine getirin...*"¹⁷⁸ İkincisi ise "*Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda batıl yolla (haksızlık yaparak) yemeyin, kendi rızanızla yaptığımız ticaret olursa başka...*"¹⁷⁹ Bu iki ayette de görüldüğü üzere İslam, akitlerin geçerliliğinde insanların irade ve rızasını esas kabul etmiştir.

İnsanın irade sahibi varlık olması sebebiyle onun eylem ve tasarruflarına çeşitli neticeler yüklenmiştir. Yani irade akdi meydana getirmiş olup kanun koyucu da her

¹⁷⁵ Bardakoğlu, "Hürriyetin Sınırı" s. 11

¹⁷⁶ Bardakoğlu, "Hürriyetin Sınırı" s. 12

¹⁷⁷ Bardakoğlu, "Hürriyetin Sınırı" s. 12

¹⁷⁸ Maide 5/1

¹⁷⁹ Nisa 4/1

akdin muayyen neticelerini tespit etmiştir. Bu sebeple İslam hukukçuları akitler hakkında “Akitler hukuken yapılmış sebeplerdir” demişlerdir.¹⁸⁰

Akit kavramı çerçevesinde ifade edilen muameleler, insanın hukuka konu olan eylemlerinin önemli bir bölümünü kapsar. Aynı zamanda akitler, tarihi seyir bağlamında bireylerin iradesine tanınan serbestinin önemli bir göstergesi olarak kabul edilir. Bu nedenle akit serbestisi, insan iradesine saygı ve irade hürriyetinin belirgin ölçüleri arasında görülmektedir.¹⁸¹

İnsanın irade sahibi bir varlık olması, onun aynı zamanda dini, ahlakî ve hukukî sorumluluk sahibi olduğunu da gösterir. Hukukta irade denildiğinde iki teoriden bahsetmek mümkündür. Bunlardan birincisi dışa vurulan iradeyi önceleyen irade beyanı¹⁸² ikincisi ise kişilerin kendi aralarındaki münasebetlere, düzenlemelere serbesti tanıyan irade hürriyeti teorisidir.¹⁸³

Akitlerdeki serbestlik ve akitlerde şart koşup koşmama hususunda İslam hukukçuları arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bu ayrılıklar; tarafların iradelerine serbesti tanımayan daraltıcı olanlar, örfü takip edip orta yolda olanlar ve tarafların iradelerini esas alıp geniş haklar verenler olmak üzere üç kısma ayrılmıştır.¹⁸⁴

1. Daraltıcı Görüşler

İnsan iradesinin geçerli olabilme sınırını daraltan bu görüşün sahipleri Zâhirî hukukçulardır. Onlar akitler için kitap, sünnet ve icma’da bulunan şartları kabul edip bunun dışındakileri iptal ederler. Zahirilere göre İslam’ın koymadığı akitleri yapmak, aslî kaynaklarda olmayan şartlar ileri sürmek, Allah’ın hukukunu çiğnemek ve dinde fazlalık meydana getirmektir.¹⁸⁵

Zâhîrîler, insan iradesinin akitlerin şekil ve içeriğini belirlemede sınırlı olduğunu Kur’an ve sünnetten şu delilleri ileri sürerek savunmuştur:

- “...Kim Allah’ın sınırlarını çiğnerse, onlar zalimlerin ta kendileridir.”¹⁸⁶
- “Bugün sizin dininizi kemâle erdirdim.”¹⁸⁷

¹⁸⁰ Abdülkerim Zeydan, *el-Medhal lidirâseti’ş-şer’iari’l-islâmiyye*, Beyrut: Müessesetü’r-Risâle Nâşirûn 2005, s. 375

¹⁸¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 40, Abdurrahman Haçkalı, “İslam Hukuku Açısından Akid Serbestisi Prensibi”, *Dini Araştırmalar*, (2002) c. V, sayı: 13, s. 120.

¹⁸² H. Yunus Apaydın, “İrade Beyanı”, *DİA*, XXII, s. 387-391.

¹⁸³ Haçkalı, “Akid Serbestisi Prensibi”, s. 121

¹⁸⁴ Zeydan, *el-Medhal*, s.375

¹⁸⁵ Zeydan, *el-Medhal*, s. 376

¹⁸⁶ Bakara 2/229

- “Kim emrimizin olmadığı bir iş işlerse o iş reddedilmiştir.”¹⁸⁸
- “İnsanlara ne oluyor da Allah’ın kitabında bulunmayan birtakım şartlar ileri sürüyorlar. Kim Allah’ın kitabında olmayan şartlar ileri sürerse yüz tane de şart koşsa muteber değildir. Hak olan Allah’ın şartıdır.”¹⁸⁹

Tüm bu ayet ve hadisler Zahirîlerin Allah’ın kitabında, sünnette ve icma’da nas bulunmayan meselelerdeki her şartı batıl görmelerine sebep olmuş ve insan iradesini bu alanlarda kısıtlı görmüşlerdir.¹⁹⁰

2. Genişletici Görüş

Bu fikrin savunucuları Hanbeliler olup en önemli temsilcileri İbn Teymiye ve öğrencisi İbnü’l-Kayyim el-Cevziyye’dir. Hanbeliler, Zâhirîlerin aksine muamelatta insan iradesini mümkün olduğu ölçüde sınırlamazlar. Hanbelilere göre akitlerde ve şartlarda asıl olan sıhhat ve cevazdır.¹⁹¹

“Ancak kitap, sünnet, icma ve muteber kıyasta bir akit ve şartın batıl olduğunu gösteren bir hüküm bulunursa, o zaman akit ve ona bağlı olan şart haram ve batıl olur. Çünkü aslolan ibaha dolayısıyla cevazdır. Bu sebepten bir kadın evlenirken kocasına üzerine evlenmemeyi şart koşabilir veya satıcı sattığı maldan muayyen bir vakit faydalanma şartını ileri sürebilir.”¹⁹²

Hanbelilerin ileri sürdüğü Kur’an, sünnet ve aklî deliller şunlardır.

- “Ey iman edenler! Akitleri yerine getirin.”¹⁹³
- “...Verdiğiniz sözü de yerine getirin. Çünkü söz (veren sözünden) sorumludur.”¹⁹⁴

¹⁸⁷ Maide 5/3

¹⁸⁸ Buhâri, İ’tisam, 96/3; Müslim, Ekziye, 30/8, nr. 17, 18; İbn Mace, Mukaddime, 2/14

¹⁸⁹ Buhâri, Buyü',34/67,73; Şurût, 54/10, Mükatep, 50/5; Müslim, Itk, 20/2, nr. 5, 6; Timizi, Buyü', 12/33, nr. 1256; Muvatta, Itk,38/10, nr. 17; Alımed b. Hanbel, Müsncd, VI, 43,46, 183; Dârimî, Abdullah b. Abdirrahmân, Sünen, thk. Huseyn Selîm Esed ed-Dârânî, I-IV, Riyad: Dâru’l-Muğni, 2000, Sünen, Talak, 12/15, nr. 2294.

¹⁹⁰ Zeydan, *el-Medhal*, s. 376-377.

¹⁹¹ Zeydan, *el-Medhal*, s. 376-377.

¹⁹² Zeydan, *el-Medhal*, s. 377-378.

¹⁹³ Maide 5/1.

¹⁹⁴ İsra, 17/ 34.

- “Antlaşma yaptığımız zaman, Allah'a karşı verdiğiniz sözü yerine getirin. Allah'ı kendinize kefil kılarak pekiştirdikten sonra yeminlerinizi bozmayın. Şüphesiz Allah yaptıklarınızı bilir.”¹⁹⁵

Bu ayetlerden hareketle Hanbeliler, insanların maslahatlarını gözeterek ihtiyaçlarını gidermek için yapmış oldukları akitleri ve ona bağlı olarak ortaya koymuş olduğu şartları delilsiz olarak yasaklamak, Allah'ın haram kılmadığı bir şeyi haram kılmak olduğunu söylerler.¹⁹⁶

Rasulullah'tan gelen pek çok hadis akitlerde aslolan şeyin mübahlık olduğunu göstermektedir.

- “Müslümanlar arasında sulh caizdir. Ancak helali haram, haramı helal kılan müstesna; Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar, helali haram haramı helal kılan bir şart olmadıkça.”¹⁹⁷
- “Câbir (r.a.) hadisi: Oldukça uzun olan bu hadiste, Mekke fethinden dönerken Resulullah (s.a.v.) Cabir'den, devesini kendisine satmasını istemiş, o da Medine'ye kadar kendisinin deveye binmesi şartıyla bunu kabul etmiştir. Medine'ye gelince Resulullah önce devenin parasını ödemiş, sonra deveyi de Cabir'e hibe etmiştir.”¹⁹⁸
- Akitler ve şartlar normal işlerden olup Allah'ın hükmünü çiğneyen bir durum içermedikçe aslolan mübah olmasıdır.¹⁹⁹
- Akitlerde aslolan karşılıklı rızadır. Allah Teâlâ “Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka.”²⁰⁰ Buna göre rızanın ticareti mübah hale getirmesi gerekir. Helal olan bir şeyde karşılıklı olarak anlaşılırsa o artık helaldir ancak Allah ve Resulünün haram kıldığı bir şeyde anlaşılırsa – şarap ve benzeri ticaret malları gibi- bu durumda o anlaşma zaten batıdır, helali haram yapmaz.²⁰¹

3. Mutedil Görüş

¹⁹⁵ Nahl, 16/ 91.

¹⁹⁶ İbn Teymiyye, Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim, *el-Fetâva'l-kübrâ*, nşr. Muhammed Abdülkâdir Atâ, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1987, IV, s. 91.

¹⁹⁷ Buhârî, İcâre, 37/14

¹⁹⁸ Buhârî, Şurût, 54/4, Müslim, Müsâkat, 22/21, nr. 109, 110; Ebû Dâvud, Buyû', 22/69. Nr. 3505

¹⁹⁹ Zeydan, *el-Medhal* s. 379

²⁰⁰ Nisa, 4/29

²⁰¹ Zeydan, *el-Medhal*, s. 379

Akit serbestisi konusunda bir tarafta insan iradesine herhangi bir hak tanımayan Zahiriler, diğer tarafta da bu konuda insan iradesini esas alan Hanbeli Mezhebinin hukukçuları yer alır. Bu ikisi arasında orta yolu tuttuğu için Hanefi Mezhebine orta yolu tutanlar da denilmiştir.²⁰²

Hanefilerin akit serbestisi konusundaki delili, Rasulullah'ın "Önceden para alıp sonra malı teslim etmek şeklindeki hileli alışveriş helâl değildir, iki şartlı satış yapmak ve elde edilmeyen malı satmak da helâl değildir." hadisidir.²⁰³ Hanefilerin bu konuda yukarıdaki hadisle doğrudan amel etmeyip yumuşatma yolunu seçerek örfü esas almaları, aslında yasaklamaya gitmeye karşı olduklarını, bu konuda insan iradesine öncelik verdiklerini göstermektedir.²⁰⁴ Hanefiler akit serbestisi ve akdin irade konusuyla bağlantısını ele alarak akitlere konulan şartları üç kısma ayırmışlardır. Bunlar; sahih, fâsit ve batıl şartlardır.²⁰⁵

a. Sahih Şartlar

Akitte sahih şartlar denildiğinde bunu üç kısma ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki akitle kendiliğinden meydana gelen şartlardır. Bu şartlar akit esnasında zikredilmemiş de olsa akdin içinde barındırdığı husus olması hasebiyle akit esnasında zikredilmeye ihtiyaç hissedilmeyen durumlardır.²⁰⁶ Örnek vermek gerekirse malın teslim edilmesi, alıcının satıcıya parayı teslim etmesi gibi şartlardır. Bu şartların belirtilip belirtilmemesi arasında herhangi bir fark yoktur. Bunlar zaten akit yapılmasıyla beraber akdin gereği olarak meydana gelen şartlardır.²⁰⁷

Sahih şartlardan ikincisi naslarda cevaz verilen şartlardır. Buna örnek olarak şart muhayyerliği ve görme muhayyerliği şartları böyledir.²⁰⁸ Muhayyerlik şartı akdin in'ikadına engel olmakla beraber naslarda geçmesi hasebiyle cevaz verilmiştir.²⁰⁹

²⁰² Zeydan, *el-Medhal*, s. 379.

²⁰³ Nesai, *Buyû'*, 60; Ebu Davud, *Büyu'* (icâre), 68.

²⁰⁴ Haçkalı, "Akid Serbestisi Prensibi", s. 126.

²⁰⁵ Serahsî, *Mebûsût*, XIII, 13; Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'* V, 301.

²⁰⁶ H. Yunus Apaydın, "Sihhat", *DİA*, XXXVII, s. 110-111.

²⁰⁷ Serahsî, *Mebûsût*, XIII, 14; Zeydan, *el-Medhal*, s. 379-380.

²⁰⁸ Zeydan, *el-Medhal*, s. 380.

²⁰⁹ Haçkalı, "Akid Serbestisi Prensibi", s. 127.

Sahih şartların üçüncüsü örf haline gelen şartlardır. Ev almak için anlaşılan iki tarafın yapılacak tapu işleminde alıcının tüm tapu masraflarını ödemesi artık bir örf haline gelmişse bu durumda şart geçerlidir ve şart yerine getirilir.

b. Fâsit Şartlar

Taraflardan birinin menfaatine olan şartlar fâsit şart olarak nitelendirilir.²¹⁰ Fesad, “Bir şeyin önce düzgün ve yararlı iken vasıflarını kaybederek değişmesi ve bozulması” anlamını taşımakta olup fikhî terminolojide ise bir ibadetin veya hukukî işlemin, vasıf ve şartlarındaki eksiklik ve bozukluk sebebiyle hükümsüz olması demektir.²¹¹

Hanefiler akdin kurulup sonuçlarını meydana getirmesini, her biri için ayrı ayrı şartlar belirledikleri "in'ikad", "sıhhat" ve "nefaz" olmak üzere üç ayrı mertebede değerlendirmişler ve her bir mertebedeki eksikliği farklı hükümsüzlük durumuna tabi tutmuşlardır. Buna göre in'ikad şartlarındaki bir eksiklik butlan, sıhhat değerindeki bir eksikliğin hükmü fâsid, nefâz eksikliğinin hükmü de tevakkuf olmayı gerektirir. Buradan hareketle Hanefi literatüründe fesad, in'ikadın değil sıhhatin karşılığıdır.²¹²

Fesad Sebepleri: Fesad sebepleri genel ve özel olmak üzere iki kısma ayrılmış olup özel fesad şartlarını bilmek, her akdin sıhhat şartlarına vâkıf olmayı da beraberinde getirir. Biz burada akdin genel fesad sebeplerini şu üç maddede açıklayacağız.

1. Cehalet ve Garar: İleride bu konuya açıklık ilkesinde yeterli hususta değinileceği için başlık olarak vermeyi kâfi görüyoruz.
2. İkra: Zor kullanmanın akdi fasid mi yoksa mevkuf mu kıldığı hususu Hanefi mezhebinde tartışmalıdır. Ebu Hanife, ikrahın akdi fasid kılacağını ve bu tür bir akdin diğer fasid akidler gibi bir hükme tabi olacağını belirtmiştir. İmam Züfer ise ikrah bulunan akdin fasid değil mevkuf olduğunu, dolayısıyla fâsid akitten farklı olarak mesela malın teslim alınması hususu gerçekleşse bile hüküm ifade etmeyeceğini ileri sürmüştür.²¹³

²¹⁰ Zeydan, *el-Medhal*, s. 380.

²¹¹ H. Yunus Apaydın, “Fesad”, *DİA*, XII, s. 417.

²¹² Apaydın, “Fesad”, s. 417.

²¹³ Apaydın, “Fesad”, s. 420.

3. Müfsid Şart: Müfsid şart tek taraflı yarar sağlayan, yasak bir şeyi içeren, akdin muhteva ve amacına veya teamüle aykırı olan şarttır. Fesad sebepleri arasında bunlar dışında ribâ ve ayrıca akit konusu malın teslim edilmesi sırasında kendisine verilen zarar da sayılmaktadır.²¹⁴

Yukarıda fâsîd şartın tek taraflı menfaat sağladığını söylemiştik. Örneğin evini satan birisinin bir yıl kendisinin oturması karşılığında evini satması, satıcıya menfaat sağlarken alıcıya zarar vermesi fasit bir şart olarak görülmüştür.²¹⁵

Sonuç olarak fâsîd akit, yasaklanmış olduğu için sahih değildir ve aslolan bu tür akdin sonuç doğurmamasıdır. Bu sebeple fasid akit kabzdan önce hiçbir hukukî sonuç doğurmaz.²¹⁶ Ancak fâsîd akit her ne kadar sahih değilse de esas itibariyle kurulmuş sayılacağından maddi varlığı yanında bir de hukukî varlığı vardır. Taraflar fâsîd akdi feshetmekle yükümlüdürler. Onlardan her biri tek başına akdi feshedebilir, bu hususta karşı tarafın rızasına veya mahkeme kararına gerek yoktur.²¹⁷

İslam hukukunda özellikle Hanefî hukukçularının ortaya atıp geliştirdiği fesad teorisi, gerçekten çok ileri bir hukuk mantığı ve hukuk tekniğinin ürünüdür. Bu teori, bir yönüyle hem üçüncü şahısları hem de bizzat akdi yapanları koruyan, bir yönüyle de çok ağır boyutta olmayan kusur ve aykırılıklar içeren akdin bir anda hukukî hayattan kaldırılmasını engelleyen, akde belli oranda ve belli şartlar dâhilinde sonuç doğurabilme ve telafi edilebilme imkânı veren orijinal bir "medeni müeyyide"dir.²¹⁸

c. Batıl Şartlar

Sözlükte "boşa gitme, heder ve heba olma" anlamına gelen butlan, fıkıh terimi olarak, ibadetin veya hukukî işlemin temeldeki bir eksiklik veya bozukluk sebebiyle hükümsüz olması manasına gelmektedir.²¹⁹ Batıl şart ise hukuken geçerli bir akdin vasıflarından birisi bulunmayan ve iki tarafın da menfaatine olmayan şartlar olarak tarif edilir.²²⁰ Mesela birisinin evini satar ve müşteriye bu evde sen oturmayacaksın şartını koyarsa,

²¹⁴ Apaydın, "Fesad", s. 420.

²¹⁵ Zeydan, *Medhal*, s. 380.

²¹⁶ Apaydın, "Fesad", s. 420.

²¹⁷ Apaydın, "Fesad", s. 420.

²¹⁸ Apaydın, "Fesad", s. 420.

²¹⁹ Ali Bardakoğlu, "Butlan" *DİA*, VI, s. 476.

²²⁰ Zeydan, *el-Medhal*, s. 380.

akit yerine gelmiş olur ancak şart düşürülür.²²¹ İşte iki tarafın da menfaatine yarar sağlamayan bu şartların akitte karşılığı yoktur ve hükümsüzdür.

Yukarıda bahsettiğimiz insan iradesine serbestliği veya sınırlamayı hedef alan üç husus hukuk doktrininde tartışmaya açık konulardır. İleri sürülen bu görüşlerin yanı sıra insan iradesine devletin koymuş olduğu bazı sınırlamalar da vardır. İslam hukukunda insan iradesine saygı esas olup kişinin kendi malı üzerinde dilediği tasarrufları yapma hakkı ilke olarak bulunsa da kamu yararı gereğince bazı sınırlamaların devlet eliyle yapılması da uygun görülmüştür. Biz burada devletin insan iradesine koymuş olduğu sınırlamaları ele alacağız.

1.2.1.1.3. İnsan İradesine Devletin Koymuş Olduğu Sınırlamalar

Yukarıda özellikle taraflar arasında meydana gelen akitlerde insan iradesinin önemli olduğunu vurguladık. Ancak bazı durumlar var ki kişi menfaatinin ikinci plana atılıp toplum menfaatinin gözetilmesine öncelik verilmesi gerekir. Bilindiği üzere insan toplu yaşamaya muhtaç bir varlık olup İslam dini de toplumun huzur ve güven içinde yaşanmasına azami derecede önem vermiş bir dindir. Dolayısıyla toplumu ilgilendiren hususlarda her ne kadar insanlar yapmış oldukları akitlerde serbest olsa da topluma zarar veren bir uygulama söz konusu olduğunda bu duruma bazı sınırlılıkların getirilmesi doğaldır. Devletin toplum menfaati gereği bireylerin irade hürriyetine yapmış oldukları sınırlamalar ihtikâr, istimlak ve narhtır. Biz burada bu sınırlamalar hakkında bilgi verip devletin bireylerin irade hürriyetine neden engel olduğunu izah etmeye çalışacağız.

i. İhtikâr Yasağı

Sözlükte “tedavülden kaldırmak, istiflemek” anlamına gelen ihtikâr, terim olarak “Pahalılaşması gayesiyle istifleyip piyasaya arzını geciktirmek” olarak tarif edilmiştir.²²² Esasen malı biriktirmek İslam’ın karşı çıktığı bir tutum değildir. Çünkü malını toplayıp hayır yolunda harcamak ve güçlü bir Müslüman olmak için maddi bir güce de sahip olmak takdir gören bir davranıştır.²²³ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki

²²¹ Zeydan, *el-Medhal*, s. 380

²²² Cengiz Kallek, “İhtikâr”, *DİA*, XII, 560; Mevsûatu’l Fıkhıyyeti’l-Kuveyyiyye, “İhtikâr” md. II, 90

²²³ Halit Çalış, “İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *Dini Araştırmalar*, c.7, sayı:19, s. 274

mallarını Allah'ın rızasına uygun amaçlar için değil de farklı amaçlarla biriktirenler için de ağır ifadeler kullanılmıştır. Nitekim “...*Altın ve gümüşü biriktirip gizleyerek onları Allah yolunda harcamayanları elem dolu bir azapla müjdele.*”²²⁴ ayeti de buna işaret etmektedir.

Hz. Peygamber de ihtikâr yapanlar için ağır veballer olduğunu vurgulamış, “ihtikâr yapanlar hakkında iflasa veya cüzzam hastalığına uğrayacaklardır.” demiştir.²²⁵

İhtikârın hangi mallarda olduğu hususunda fıkıh mezhepleri arasında ayrıntılı ayrıntılı tartışmalar olmuştur.²²⁶ Konumuzun sınırlarını aşmamak amacıyla teferruata girmeden şunları söyleyebiliriz: İnsanların temel olarak ihtiyaç duydukları ve eksikliğinden dolayı zarar görecekları şeylerin stoklanması ihtikârdır. Bunlar temel gıda maddeleri de olabilir, sağlık ihtiyaçları da olabilir.²²⁷ Buradan hareketle ihtikârın yasak olmasındaki asıl gaye, toplumun menfaatlerinin kişisel menfaatten önde olması, dolayısıyla her ne kadar insan iradesini önceleyen İslam hukukunun söz konusu zararın giderilmesi olduğunda maslahat gereğince insan iradesine bazı sınırlamalar getirmesi kendi hukuk çerçevesi içerisinde tutarlı bir durumdur.

ii. İstimlak

Sözlükte “mülk edinme, mâlik olma” anlamına gelen istimlak, “Özel mülkiyete ait taşınmazın kamu yararı gayesiyle, bedeli ödenerek kamu malı haline getirilmesi anlamında hukuk terimidir.”²²⁸ İstimlak konusunda bizi ilgilendiren ana husus, mal sahibinin rızası alınmadan bedeli ödenerek söz konusu mala sahip olunmasıdır. Bilirkişi tarafından tespit edilen bedeli mal sahibi kabul edip malı vermek durumundadır. Hâlbuki İslam hukukunun temel prensiplerinden birisi kişinin rızasının akit esnasında gerçekleşmiş olmasıdır. Malı üzerinde hem rızası olmayıp hem de belirlediği fiyat üzerinden mâlikin malının satmasının da engellenmesi, irade serbestisinin önüne geçilmesi demektir. Ancak kişiye böyle sınırlamalar getirilmesi kamu yararı gözetilmesinin gereği olarak görülmüştür.²²⁹ Her ne kadar kamu yararı gereği kişinin

²²⁴ Tevbe, 9/34

²²⁵ İbn Mâce, Ticaret, 6

²²⁶ Mevsûatu'l Fıkhıyyeti'l-Kuveyyiyye, “İhtikâr”, md., II, s. 90.

²²⁷ Kallek, “İhtikâr”, s.561-563

²²⁸ Hamza Aktan, “İstimlâk”, *DİA*, XXIII, s. 364.

²²⁹ Çalış, “Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, s. 276; Aktan, “İstimlâk”, s. 364-366

iradesi sınırlandırılmış olsa da bilirkişi tarafından takdir edilen malın rayiç bedelinin mal sahibine peşin olarak verilmesi, adaleti sağlamada ve mal sahibinin en azından maruz kalmış olduğu zararın kaldırılması hususunda bir zorunluluk olarak belirtilmiştir.²³⁰

iii. Narh

Temel ihtiyaçları karşılayan mal ve piyasa fiyatlarına doğrudan müdahale edilerek belirli sınırları aşmasının önüne geçilmek amacıyla resmi tavan fiyat belirlenmesine verilen isimdir.²³¹

Hukuk ekolleri narh konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Hanefiler narhu tahrimen mekruh görürken, diğer ekoller ise haram olarak nitelendirmişlerdir.²³² Hukuk ekollerinin narh konusunda muhalif veya çekingen bir tavır sergilemelerindeki temel gerekçeleri karşılıklı rızayı esas alan ayetle bu mealdeki hadislerdir.²³³

Narh uygulamasının İslam hukukunun özel mülkiyete önem vermesi, kişilere mallarında dilediği tasarrufu yapma hürriyeti tanınması ilkesiyle ilk bakışta çelişmektedir. Ancak İslam dininin toplumun ekonomik açıdan güvenliğini, haksız kazancın ortaya çıkmasını, tüketicinin mağdur olmasını engelleyecek devlet eliyle birtakım tedbirler alması da gayet doğaldır. Şu da var ki fiyatlara narh konularak üretici veya tüketicinin zarar etmesine, karaborsacılığın yaygınlaşmasına hatta ekonomik dengenin kaybolmasına bile sebep olunabilir.²³⁴ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki özel mülkiyetin korunmasında hassas olan İslam hukukçuları, aynı zamanda kamu yararını gözetme konusunda da aynı hassasiyeti göstermektedir. Kişi menfaati ile kamu menfaati karşı karşıya geldiği durumlarda kamu menfaatinin önceliği İslam'ın temel prensiplerindedir.²³⁵

Hem kişisel menfaati gözetmek hem de kamusal yararı gözardı etmemek üzere zorunlu narh için fakihlerce ileri sürülen şartlar şöyle özetlenebilir: Mal veya

²³⁰ Çalış, “Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, s. 276.

²³¹ Cengiz Kallek, “Narh”, *DİA*, XXXII, s. 387

²³² Kallek, “Narh”, s. 388.

²³³ Nisâ, 4/29; Müsned, XXXIX, s. 19.

²³⁴ İbn Kudâme, Ebü'l-Ferec Abdurrahmân b. Muhammed, *eş-şerhu'l-kebîr 'alâ metni'l-Mukni'* (el-Muğni içinde) nşr. Dâru'l-Menâr, I-XIII, Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, IV, 303.

²³⁵ Mecelle, md.26; Çalış, “Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, s. 290.

hizmetlerin kamuya zarar verecek derecede pahalandırılmaya gidilmesi, fahiş derecede fiyatlandırılan bu malların genel ihtiyaç duyulan mallardan olması, ortaya çıkan pahalılığın sınırlandırılmasını devletten başka bir gücün sağlayamaması, ürünün kalitesinin dikkate alınması, narh koyacak yetkililerin adalet vasfını taşımaları.²³⁶

İşte yukarıda sayılan tüm unsurların oluşması durumunda, devletin fiyatlara narh koyması toplum menfaati gereği devletin sorumlu olduğu insan kitlesine karşı sorumluluğudur.

1.2.1.2. İhtiyar

"İki şeyden birini diğerine tercih etmek, seçip ayırmak, üstün tutmak" gibi anlamlara gelen ihtiyar, terim olarak kişinin birkaç şey arasından birini bilinçli olarak ve gönül rızasıyla seçmesini ifade eder.²³⁷ Ebû Hilâl el-Askerî'nin irade ve ihtiyar arasında yapmış olduğu tespit ve değerlendirmeleri zikretmeyi çalışmamız açısından önemli görmekteyiz. Askerî, ihtiyar kelimesini sözlük anlamı bakımından "bir şeyi başka bir şeye bedel olarak irade etmek, iki şey arasında tercihte bulunmak" manasına geldiğinden genellikle "dilemek, karar verip yönelmek" anlamındaki iradeden farklı görmektedir.²³⁸ İhtiyarı kullanan kimseyi ifade eden muhtar kelimesi, iki şey arasında kendisi için en hayırlısını bir zorlama olmaksızın seçen kişiyi ifade etmektedir. Buradan hareketle ihtiyar, ıztırâr ve ilcâ terimlerinin karşıtıdır.²³⁹

İhtiyar kavramının rıza kavramıyla ilişkisi konusunda Hanefî usulcüleriyile diğerleri arasında derin görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Hanefiler, rıza ve ihtiyarın farklı anlam ve sonuçları bulunan iki ayrı kavram olduğunu öne sürerken cumhur, rıza-ihtiyar ayırımı yapmayı bunların aynı anlama delalet ettiklerini savunmuş, ikrahı hür seçim iradesine (rıza/ihtiyar) ve kasta aykırı bir durum olarak değerlendirmiştir.²⁴⁰ Hanefiler ihtiyarı "failin gücü dahilinde, varlık ve yokluk ihtimali olan bir şeye bu iki ihtimalden birini tercih ederek yönelmek onu kastetmek" manasını vermişlerdir.²⁴¹ Buradan hareketle Apaydın, ihtiyar ve rıza arasındaki farkı açıklarken "ihtiyar,

²³⁶ Kallek, "Narh", s. 388.

²³⁷ H. Yunus Apaydın, "İhtiyar", *DİA*, XXI, s. 575.

²³⁸ Apaydın, "İhtiyar", s. 575.

²³⁹ Ebu Hilal el-Askerî, *el-Furûk fi'l-luğa*, thk. Cemal Abdulgani, Müessesetü'r-risale, ty. s. 203.

²⁴⁰ Apaydın, "İhtiyar", s. 575.

²⁴¹ Keşfü'l-Esrar'dan naklen Mevsûatu'l-Fıkhıyye el-Kuveyyiyye, "İhtiyar" md. II, s. 315; Ayrıntılı bilgi için bkz. Apaydın, "İhtiyar", s. 575.

sonuçlarından sarfinazar edilerek diğerine göre üstün tutulan bir şeyin kasıt ve irade edilmesi rıza ise bu tercihin sonuçlarının güzel bulunup gerçekleşmesinin arzulanması olmaktadır” görüşünü ileri sürmüştür.²⁴²

1.2.1.3. İkrâh

İhtiyar-rıza ayrımının en bariz örneği olan ikrâh konusuna burada kısaca değinmek yerinde olacaktır. Çünkü ikrahın rıza ilkesiyle yakından ilgisi vardır. Sözlükte “istememek, rıza göstermemek anlamındaki kürh (kerh) kökünden türeyen ikrâh, kişiyi razı olmadığı bir şeye zorlamak manasına gelmektedir.”²⁴³ Terim olarak hem kelamda hem de fıkhıta kendine önemli bir yer edinen ikrâh kavramı özellikle fıkhıta, bir kimseye serbest kaldığında razı olmayacağı, istemeyeceği bir işi yaptırma anlamında kullanılmıştır. Zorlayana mükrih, zorlanan kimseye ise mükreh adı verilmiştir.²⁴⁴

İslam hukukçuları, özellikle de Hanefiler, ikrahı kendi mezheplerinin tutumundan yola çıkarak tanımlasalar da ikrah, genelde “bir kimsenin serbest kaldığında razı olmayacağı yani istemeyeceği bir işe zorlanması” şeklinde tanımlarlar.²⁴⁵ Serahsî, ikrâhın tanımını yaparken "Rızayı ortadan kaldıran, ihtiyarı bozan, fakat zorlanan açısından ehliyeti yok etmeyen fiil" olarak tarif etmiştir.²⁴⁶ Serahsî'nin böyle bir tarif yapmasındaki esas gayeyi Bardakoğlu, özellikle Hanefi mezhebinde bir kısım tasarruflarda rıza-ihtiyar ayrımının gözetilmiş olmasından kaynaklandığını belirtmiştir.²⁴⁷

İslam hukukçuları ikrâhı iki kısma ayırmışlardır. Bunlardan ilki tam ikrah (ikrâh-ı mülcî) olup öldürme, kesme, sakat bırakma gibi ağır fiillerdir. Bunlar rızayı ortadan kaldırmaktadır.²⁴⁸ İkrâhın ikinci çeşidi eksik ikrâh (ikrâh-ı gayri mülcî) olup kısa süreli hapis ve öldürülme korkusu yaşamamak gibi durumlardır. Bu çeşit ikrah durumu rızayı ortadan kaldırmakla beraber ihtiyarı ortadan kaldırmaz.²⁴⁹

²⁴² Apaydın, “İhtiyar”, s. 575.

²⁴³ İsfehânî, *el-Müfredât*, “krh” md. s. 707; Ali Bardakoğlu, “İkrâh” *DİA*, XXII, s. 30.

²⁴⁴ Bardakoğlu, “İkrâh”, s. 30.

²⁴⁵ Bardakoğlu, “İkrâh”, s. 31.

²⁴⁶ Serahsî, *Mebûsât*, XXIV, s. 38; ayrıca bkz. Bardakoğlu, “İkrâh”, s. 31.

²⁴⁷ Bardakoğlu, “İkrâh”, s. 31.

²⁴⁸ Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’* VII, 175.

²⁴⁹ Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’* VII, 175; Ali Bardakoğlu, “İkrâh”, s. 33.

Hanefi mezhebinde hâkim olan görüşe göre eğer sözlü tasarruflarda söylenmesi için zorlanılan şeyler alım, satım, kira gibi fesholanabilir şeyler ise bunlar ister tam ister eksik ikrâh olsun bu tür tasarruflar akdi batıl değil fâsid kılar. Çünkü zorlama ihtiyarı değil rızayı yok etmektedir ve rıza akdin rüknü değil sıhhat şartlarındandır.²⁵⁰ Mükreh, böyle bir durumda rızası olmadığı için akdi ister nafiz duruma getirebilir isterse de iptal edebilir.²⁵¹

1.3.Mebсут'ta Rıza İlkesinin Uygulama Örnekleri

Herhangi bir akdin hukuken meydana gelebilmesi için öncelikle tarafların buna tam rıza göstermesi, kafalarında herhangi bir şüphe barındırmaması gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. Mebсут'un muhayyerlik ve malların taksimi ile ilgili bölümlerini taradığımızda satır aralarında Serahsî'nin sık sık bu ilkeye atıf yaptığını, bununla ilgili birçok örneği tartışmaya aldığını görmekteyiz. Biz rıza ilkesi verdiğimiz bu başlıkta Serahsî'nin muhayyerliklerde ve malların paylaşılması söz konusu olduğunda hangi durumlarda rızayı ön plana çıkarttığını örneklerle anlatmaya çalışacağız.

1.3.1. Muhayyerlik Koşulu Olan Akidlerde Rıza

Hayr kökünden türetilen “iki şeyden daha iyi olanı seçmek” anlamına gelen muhayyerlik, “Anlaşmaya veya şer'i bir gerekçeye dayanarak taraflardan birinin veya her ikisinin akdi onama yahut feshetme şıklarından birini seçme hakkına sahip olması” şeklinde tarif edilebilir.²⁵² Serahsî'nin muhayyerlik bağlamında ele aldığı örnekleri bu tanım üzerinden açıklamayı konumuzun muhtevası açısından daha uygun görmekteyiz. Çünkü muhayyerlikte tarafların rızasını ön plana çıkarmak asıl gayedir. Dolayısıyla ileride de ele alacağımız üzere Serahsî, rıza tam olarak ortaya çıkmadıkça taraflardan birinin söz konusu akidden vazgeçme hakkının bulunduğunu belirtmiştir.

Örnek vermek gerekirse, satış konusu bir ev olup muhayyerlik satıcıya ait olursa o evde şuf'a hakkı bulunmamaktadır. Çünkü satıcının muhayyerliği, satış konusu olan malın mülkünden çıkmasına engeldir. Satıcının muhayyerlik koşulu olan satışa rızasının

²⁵⁰ Bardakoğlu, “İkrâh”, s. 35.

²⁵¹ Kâsânî, *Bedâi' u 's-sanâi'* VII, s. 186.

²⁵² H. Yunus Apaydın, “Muhayyerlik” *DİA*, XXXI, s. 25.

tam olmadığını göstermektedir. Satış konusu olan malın mülkiyetinden çıkması, satıcının rızasının tam olmasına (تَمَام الرِّضَا) bağlıdır.²⁵³

Taraflar arasında malın kendisi belli olduktan sonra görmeye dayalı niteliklerde belirsizlik ortaya çıkarsa alıcı olan taraf burada muhayyerdir. Şunu belirtmek gerekir ki, bu bilinmezlik tarafları anlaşmazlığa götürmez. Çünkü görmeye dayalı bilinmezlikler rızanın tam olmamasına etki eder.²⁵⁴ Bu durum da akdin kurulma koşulu değil, bağlayıcı olma koşuludur. Bilinmezlik durumu alıcının görmesiyle beraber kalktığında rıza tam anlamıyla gerçekleşmiş olur ve akit bağlayıcı hale gelir.²⁵⁵

Yukarıdaki örnek bize göstermektedir ki akit yapıldıktan sonra ve görmeden önce alıcı muhayyerlik hakkına sahiptir. Akdi bozma hakkının olması, akdin bağlayıcı olmamasından kaynaklanmaktadır. Çünkü akit konusu mala tam rıza olmadıkça (تَمَام الرِّضَا) akit bağlayıcı olmaz.²⁵⁶ Alıcının rızası, satıma söz konusu olan malda amaçladığı nitelikleri bilmesiyle mümkün olur. Burada değinilmesi gereken bir başka husus ise görme muhayyerliği şart muhayyerliğiyle beraber akdin bağlayıcılığını engelleyen muhayyerliklerdir. Bu muhayyerliklerin söz konusu olduğu akitlerde tam rıza meydana gelmez ve akit bağlayıcı olmaz.²⁵⁷

Rızanın söz konusu olduğu bir başka durum da ölçülen ve tartılan mallarını numunesini görme meselesidir. Satıma söz konusu olan malın numunesi gösterildiğinde alıcının görme muhayyerliği düşer ve tam rıza sağlandığı için akit bağlayıcı hale gelir.²⁵⁸ Ancak numune ile satıma söz konusu olan mal arasında kalite bakımından fark olup satılan mal numuneden daha kalitesiz ise alıcının muhayyerlik hakkı devam eder ve rıza tam sağlanmadığı için de akit bağlayıcı hale gelmemektedir. Çünkü o gördüğü mala razı olmuştur, mal değişirse rıza tam olmaz.²⁵⁹

Rıza sadece görme muhayyerliğinde değil ayıp muhayyerliğinde de ortaya çıkar. Bir kimse satın aldığı malda onun değerini düşürecek bir ayıp görse, onu geri teslim

²⁵³ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 60.

²⁵⁴ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 69.

²⁵⁵ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 69.

²⁵⁶ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 71.

²⁵⁷ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 72.

²⁵⁸ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 72.

²⁵⁹ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 72.

hakkına sahiptir. Ancak bazı durumlar vardır ki ayıp muhayyerliğini düşürür. Örnek vermek gerekirse bir kimse bir cariye olsa ancak onda değerini düşürecek ayıp olduğunu bildiği halde onunla cinsel ilişki kurar, şehvetle öper ve dokunursa bütün bunlar ayıba razı olduğunu gösterir ve akit bağlayıcı hale gelir.²⁶⁰ Çünkü rızaya delalet eden şey, açık rıza gibidir.²⁶¹

Kişinin satın aldığı elbiseyi giymesi, o elbisedeki kusura razı olması demektir. Çünkü elbiseyi giymek insanın kendi mülkiyetinde yapmış olduğu tasarruftur. İnsanların başkalarının mallarında yapmış olduğu tasarruflar çok az görünen durumlardır. Dolayısıyla alıcının kusurlu elbiseyi giymesi, onun elbiseye razı olduğunu gösteren delildir.²⁶²

1.3.2. Mallar Üzerindeki Tasarruflarda Rıza İlkesi

Kişi kendi mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Mesela arazi sahibi arazisine hamam, fırın ve tuvalet yaptırabilir. Çünkü bu tamamen kişinin kendi tasarrufudur ve kimsenin bunu engellemek gibi bir hakkı bulunmamaktadır.²⁶³

Bu durumu daha detaylı anlatacak olursak, ortaklık sonucu paylaşılan mallarda kendisine ait bir mülk üzerinde tasarrufta bulunan kişi, bu tasarruf başkasına zarar verse bile kanunen ona engel olunmaz. Mesela dükkânında ticaret yapan kimse bu faaliyeti sonucu diğer tüccarlara zarar vermiş olsa bu yaptığından ötürü engellenemez.²⁶⁴ Aynı şekilde dükkân sahipleri gelip geçen atların tozundan rahatsız olsalar bile veya dükkânın yanından geçip dükkânda yakılan ateşten rahatsız olanlar kanunen bunu engelleyemezler. Çünkü mülk sahibi mülkünde tasarrufta bulunma hakkıdır. Komşusunun da onu bundan engelleme hakkı yoktur.²⁶⁵ Ancak şu da var ki bu davranışlarından uzak olup komşusuna zarar vermekten kaçınırsa işte bu İslam'ın güzel gördüğü davranışlardandır.²⁶⁶ Nitekim Hz. Peygamber bir hadisinde “Cebrail (as) bana

²⁶⁰ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 98.

²⁶¹ *وَذَلِيلُ الرِّضَا كَصَرِيحِ الرِّضَا*, Serahsî, *Mabsût*, XIII, 99.

²⁶² Serahsî, *Mabsût*, XIII, 99.

²⁶³ Serahsî, *Mabsût*, XV, 21.

²⁶⁴ Serahsî, *Mabsût*, XV, 21.

²⁶⁵ *وَلِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَلِكِ نَفْسِهِ بِمَا يَبْدُو لَهُ وَلَيْسَ لِلْجَارِ أَنْ يَمْنَعَهُ عَنْ ذَلِكَ*, Serahsî, *Mabsût*, XV, 21.

²⁶⁶ Serahsî, *Mabsût*, XV, 21.

komşuya iyilik etmeyi tavsiye edip durdu. Neredeyse komşuyu komşuya mirasçı kılacak sandım.”²⁶⁷ buyurmuşlardır.

1.3.2.1.Mallar Paylaştırılmasında Rıza İlkesi

Rızanın taraflar arasında söz konusu olan akitlerde bağlayıcı olduğunu, rızada meydana gelen herhangi bir eksikliğin akitin bağlayıcılıktan uzaklaşmasına neden olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Sadece alışverişlerde değil ortak olunan malların dağıtılmasında ve paylaştırılmasında da rıza esas rol oynamaktadır. Örnek vermek gerekirse, ortak olan mülkü paylaşmak için ortakların ortaklıklarına bitirmek için karşılıklı rızaları sonucu bir hâkime veya nâibine başvurulmuş olsa, hâkim veya nâibi bu paylaşımı kura ile paylaştırsa, payların bir kısmı paylaştırılırken ortaklardan bazıları taksimi kabul etmeyip hâkimin veya nâibin yapmış olduğu paylaştırmadan vazgeçmek istese bu hakka sahip olamaz.²⁶⁸ Ancak eğer ortak mal taksim edilmeden ortaklardan bazıları cayarsa paylaşım yapılmaz. Çünkü karşılıklı rıza ile paylaştırmada payların birbirinden ayrılması, rızaya dayanır ve burada rıza tam oluşmamış ve vazgeçilmiştir.²⁶⁹

İki kişi arasında ortak olan kumaşı, ortaklardan birisi paylaştırılmasını istese kumaş paylaştırılmaz. Çünkü kumaşın paylaştırılmasında zarar vardır. Ancak ortaklar aralarında kumaşın kesilip paylaştırılmasına razı olmuşlar ise hâkim zararı yüklenmeye razı olduklarından kumaşı aralarında taksim eder.²⁷⁰ İslam âlimlerinden bazıları bu konu hakkında hâkimin böyle bir paylaşımı yapamayacağını, burada kesin bir zarar olduğunu, hâkimin ise hüküm vermekle insanlar arasından zararı def edip iki tarafın menfaatini gözetmesi gerektiğini belirtmişlerdir.²⁷¹

Görüldüğü üzere ileride ele alacağımız zararı önleme ilkesi de rızanın aslında kendi içinde barındırdığı alt ilkelere biridir. Çünkü tarafların gerçek rızalarının ortaya çıkmadığı bir akitte mutlaka taraflardan biri zarar görecektir, dolayısıyla İslam'ın borçlar hukuku özelinde temel prensipleri gerçekleşmemiş olacaktır.

²⁶⁷ Buhârî, Edeb, 28; İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd, Sünen, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, I-II, Dâru İhyâi'l-Kütübi'l- 'Arabiyye, Kahire ts., Edeb, 4; Ebû Dâvûd, Edeb, 122.

²⁶⁸ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 8.

²⁶⁹ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 8.

²⁷⁰ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 38.

²⁷¹ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 38-39.

1.3.2.2.Rızasın Sağlanmasıyla Mallarda Caiz Olan Paylaşım Şekilleri

İnsanlar arasında bazen değişik paylaşım şekilleri görülmektedir. Bu paylaşım şekilleri dışarıdan bakıldığında yanlış veyahut uç durumlar olarak görülse de bunların hukuk açısından karşılıkları bulunmaktadır. Şöyle ki, ortaklar aralarındaki ortaklığı bozmak isteyip ortaklardan birisi bir konak, diğeri başka bir konaktan ev almak üzere anlaşsa veya ortaklardan biri bir konak diğeri başka bir konağın yarısını almak istese, aynı şekilde ortaklardan her biri bir evden bağımsız olarak miktarı bilinen paylar üzerine taksim yapsa, son olarak ortaklardan birisi bir ev diğeri de bir köle almak üzere anlaşsalar böyle paylaşımların hepsi geçerli olur.²⁷² Çünkü tüm bunlar karşılıklı rıza ile gerçekleşen bedelli akitlerdir. Aynı şekilde ortaklardan biri evi diğeri de araziyi aralarında pay etmek üzere anlaşsalar bu durum da karşılıklı rıza ile (بَيْنَهُمَا بِالْتَّرَاضِي) olmasından ötürü caiz olmaktadır.²⁷³

Bir diğeri örnek, iki kişi ortak olan yolu paylaşmak için anlaşsalar ve içlerinden falancanın yol hakkına sahip olmaması koşuluyla paylaşsalar, bu kişi de kendisinin başka yolunun bulunmadığını bilse bu taksim yine de geçerlidir.²⁷⁴ Çünkü o kişi, bu taksime kendisi razı olmuştur. Karşılıklı rıza olan bir durumda zarar vermek de olsa akit geçerli olur. Zira kişi zararı yüklenmeye razı olursa, verilen zarara bakılmaz.²⁷⁵

1.3.2.3.Taşınmazların Paylaştırılmasında Rıza İlkesi

Bir ev iki kişi arasında ortak olsa, biri diğesine belli miktarda para ödemesi koşuluyla paylaşmış olsalar bu caizdir.²⁷⁶ Çünkü ödemesi şart konulan para olduğu için bu akit satış akdidir. Satış akitlerinin en önemli özelliği karşılıklı rıza esasına dayalı olmalarıdır. Böyle bir taksim de tarafların razı olmasıyla gerçekleşmektedir.²⁷⁷ Çünkü Serahsî'ye göre, satım akdinde bedel olmaya elverişli her şey karşılıklı rızaya dayalı böyle bir paylaştırmada şart koşulabilir.²⁷⁸

²⁷² Serahsî, *Mabsût*, XV, 22.

²⁷³ Serahsî, *Mabsût*, XV, 22.

²⁷⁴ Serahsî, *Mabsût*, XV, 25.

²⁷⁵ فإِذَا رَضِيَ بِالْتِّزَامِ الضَّرَرَ سَقَطَ اِعْتِبَارُ ذَلِكَ الضَّرَرَ, Serahsî, *Mabsût*, XV, 25.

²⁷⁶ Serahsî, *Mabsût*, XV, 25.

²⁷⁷ Serahsî, *Mabsût*, XV, 25.

²⁷⁸ كُلُّ مَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عَوْضًا مُسْتَحَقًّا بِالْبَيْعِ يَجُوزُ اِشْتِرَاطُهُ فِي هَذِهِ الْقِسْمَةِ عِنْدَ تَرَاضِيهِمَا, Serahsî, *Mabsût*, XV, 25.

Bir evin paylaşımında paylaşılanlardan birisi diğerini aldatma ve aldatma olduğu halde taraflar karşılıklı olarak buna razı olsalar bu alışveriş caiz olur.²⁷⁹ Çünkü paylaşım da satış gibidir. Satım sözleşmesinde, taraflar karşılıklı rıza ile anlaşmalarında ortada bir aldatma olsa dahi bu, anlaşmayı geçersiz kılmaz.²⁸⁰ Nitekim satım sözleşmesinde daha paylaşım yapılmadan tarafların dönme hakkı bulunduğu gibi paylaşım da durum aynıdır.²⁸¹

1.3.2.4.Farklı Cins Olan Malların Paylaşılmasında Rıza İlkesi

Ortakların sahip olduğu mallar, farklı kalitede kumaşlar olursa hâkim ortakların rızası olmadan onları aralarında paylaşmaz. Çünkü farklı cinsler arasında paylaşım bedeller yoluyla yapılmaktadır.²⁸² Bedelli tasarruflarda karşılıklı rıza ön koşuldur.²⁸³

Aynı şekilde miras yoluyla ortak olan kişilerin kendilerine düşen farklı cinslerdeki malların paylaşımında karşılıklı rıza olmalıdır. Miras malları arasında köle, kumaş, koyun sürüsü, araziler ve evler bulursa bunu kendi aralarında paylaşıp her bir çeşit maldan alsalar, tarafların bedelli paylaşım yapılması hususunda karşılıklı rızaları var ise bu taksim geçerli olur.²⁸⁴

Bu hususla alakalı bir başka örnek de iki kişi ortak oldukları koyun sürüsünü bir kişinin paylaşımına razı olsalar ve bu taksim yapan kişi adil olmaya çaba harcamayıp kura yoluyla paylaşım yapsa yapılan bu paylaşım caiz olur. Çünkü ortakların rızası ile paylaşım yapan kişinin verdiği hüküm, bizzat ortakların vermiş olduğu hüküm gibidir.²⁸⁵ Ancak şu da var ki, kura yapıldıktan sonra ortaklardan birisi pişman olsa ve bu durumdan vazgeçse, taksimi bozamaz. Çünkü bu taksim karşılıklı rıza ile bağlayıcı hale gelmiştir.²⁸⁶

²⁷⁹ Serahsî, *Mabsût*, XV, 28.

²⁸⁰ Serahsî, *Mabsût*, XV, 28.

²⁸¹ Serahsî, *Mabsût*, XV, 28.

²⁸² Serahsî, *Mabsût*, XV, 37

²⁸³ وفي المعاوضات لا بُدُّ من التراضي , Serahsî, *Mabsût*, XV, 37-38

²⁸⁴ Serahsî, *Mabsût*, XV, 38.

²⁸⁵ Serahsî, *Mabsût*, XV, 38.

²⁸⁶ Serahsî, *Mabsût*, XV, 38.

1.3.2.5. Malların Paylaştırılmasında Muhayyerlik ve Rıza İlkesi

İki ortak, bir eşyayı, bir hayvanı veyahut bir taşınmazı aralarında taksim etseler ve ortaklardan biri payına düşenleri görmemiş olsa gördükten sonra ister kabul eder isterse geri çevirebilir.²⁸⁷ Serahsî bu konuya şöyle açıklık getirmiştir:

Bu meseleler yargıcın yaptığı paylaştırmalarda değil, tarafların anlaşması ile yapılan paylaştırmalarda söz konusudur. Çünkü ortaklardan bazıları paylaşırma için istekte bulunduğu yargıç taksim konusunda ortakları zorlama yetkisine sahiptir. Dolayısıyla yargıcın yaptığı paylaştırmada görme muhayyerliği tanınması anlamsızdır. Tarafların aralarında anlaşarak gerçekleştirdiği bölüşüm ise tıpkı satım akdi gibi karşılıklı rızaya dayanır. Satım akdinde nasıl ki alıcı, mülkiyetine giren malı görmedikçe rıza tamamlanmamış oluyorsa paylaştırmada da aynı durum söz konusudur.²⁸⁸

Satış akdinde olduğu üzere taksimde de muhayyerliği koşul koymak caizdir. Çünkü paylaşırma, rızanın tam olmasına ve bozmaya açık olma bakımından satış gibidir.²⁸⁹

Sonuç olarak, İslam hukukunda insanların iradelerine toplumsal menfaat söz konusu olmadığı durumda herhangi bir şekilde müdahale edilmediğini gösteren bu ilke, yukarıda da verdiğimiz örneklerde olduğu gibi hayatın farklı yönlerini kapsayan hukukî düzenlemelerde kendini gösterir. Bu nedenle insanların kendi aralarında yapmış oldukları akitlerde, belli kalıplar ve zorlamalar bulunmaz, tarafların baskı altında kalmadan kendi irade ve rızaları ile anlaşmaları beklenir. Serahsî doğrudan rızayı ele almasa da verdiği örneklerle rızanın genelde İslam hukukunda özelde ise borçlar hukukunda vazgeçilmez bir unsur olduğunu ısrarla belirtmiş olmaktadır.

²⁸⁷ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 39.

²⁸⁸ Şemsu'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsî, *Mebûsât*, ed. Cevat Akşit, İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2015, XV, s. 39.

²⁸⁹ Serahsî, *Mebûsât*, XV, s. 40.

2. Açıklık İlkesi

Akitler belirsizlik ve bilinmezlik içerebilir. İslam hukukunda özellikle de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hukukî işlemin konusunun biliniyor ve belirlenmiş olması her daim üzerinde durulmuştur.²⁹⁰ Çünkü hukukî işlemin mahiyetinin ve konusunun biliniyor olması karşılıklı rızanın ön şartıdır.²⁹¹

Akitlerdeki bilinmezlikler klasik literatürde garar ve cehalet terimleriyle anlatılmıştır. Biz de konuyu bağlamından koparmamak için satım akdinin konusu özelinde bilinmezlikleri ve belirsizlikleri anlatmaya çalışacağız.

2.1.İslam Borçlar Hukukunda Açıklık İlkesi

İslam hukukunda özellikle de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hukukî işlemin konusunun biliniyor ve belirlenmiş olması gerekmektedir.²⁹² Çünkü hukukî işlemin biliniyor olması, konusunun tespit edilmesi, karşılıklı rızanın ön şartıdır.²⁹³ Öyle ki yeterince bilinmeyen bir malın satımında karşılıklı rızadan bahsetmek mümkün değildir.²⁹⁴ Çalışmamızda İslam hukukunda açıklık ilkesine engel teşkil eden kavramları ele alacağız.

2.1.1. Cehalet

Açıklık ilkesini ele aldığımız bir yerde cehalet en önemli hususlardan bir tanesidir. Çünkü bir akitte cehalet varsa artık açıklık ortadan kalkmıştır. Zira İslam hukukçuları açıklık ilkesi olarak akdi ele almayı cehalet kavramı üzerinden akitteki kapalılığı ele almışlardır. Sözlükte “bilgisizlik” anlamına gelen cehaleti²⁹⁵ Râğıb, “Nefsi ilimden soyutlamak, olan bir şeyin tersine inanmak, hak olan bir şeyin inanarak tersini yapmak” şeklinde tarif etmiştir.²⁹⁶ Bir fıkıh terimi olarak ise cehalet, “Dini hükümleri bilmeme, hukukî işlemlerde işlem konusunun belirsizlik veya ve bilinmezliği” anlamına gelir.²⁹⁷

²⁹⁰ İbrahim Kâfi Dönmez “Cehalet”, *DİA*, VII, s. 221

²⁹¹ Kâsânî, *Bedâi' u 's-sanâi'*, V, s. 156.

²⁹² Dönmez “Cehalet”, s. 221

²⁹³ Kâsânî, *Bedâi' u 's-sanâi'* V, s. 156.

²⁹⁴ Bardakoğlu, “Bey”, s. 16

²⁹⁵ TDK, Büyük Türkçe Sözlük

²⁹⁶ İsfahânî, *Müfredât* “chl” md., I, 209; ayrıca bkz. Cürcânî, *et-Ta'rifât*, s. 80

²⁹⁷ Dönmez, “Cehalet”, s. 219

Kur'an-ı Kerim'de 24 ayette geçen cehaletin kullanımına bakıldığında, bilgisizlikten ziyade, akıllı düşünmekten uzak, kaba ve olumsuz bir davranış tutumu olarak ele aldığı görülmektedir.²⁹⁸

İslam hukukunun borç ilişkilerindeki genel yaklaşımı, açıklık ve şeffaflık içinde tarafların rızasının tam olarak gerçekleşmesine önem vererek, insanların sömürülmesini engellemek, taraflardan birinin diğerine karşı haksız kazanç sağlamasının önüne geçmek, taraflar arasındaki nizâları ortadan kaldırmak, oluşması ihtimal dâhilinde olan problemler ve aldanmaların önüne geçmek olmuştur.²⁹⁹

Cehaletin söz konusu olduğu bir satım akdinin taraflar arasında nizâyâ sebep olacağı açıktır. İslam hukukunun amacının da taraflar arasında çıkması muhtemel olan nizâyı engellemek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, hangi durumların satım akdinde belirsizliğe yol açtığı âlimler arasında üzerinde önemle durulan bir konu olmuş ve çeşitli kriterler geliştirilmeye çalışılmıştır. Âlimler cehaleti aşırı orta ve az olarak üç kısma ayırmış, aşırı cehalet taraflar arasında nizâyâ sebep olup akdin sıhhatine engel olduğu, az cehaletin ise akdin sıhhatine zarar vermediği hususunda görüş birliğine varmışlardır.³⁰⁰

Âlimler arasında ihtilafli olan orta cehalet konusu, satıma söz konusu olan maldaki belirsizliklerin ortadan kaldırılması durumunda yani malın bilinebilir olmasıyla ortadan kalkar. Mal hakkında yeterli bilgi sahibi olma yolları şunlardır:³⁰¹

2.1.1.1. Cehaleti Ortadan Kaldıran Durumlar

a. Görmekle veya İşaret Etmekle

Satıma konu olan malın taraflarca görülmesinin amacı mal hakkında bilgi sahibi olmaktır. Bir kimse malı görmeden satın almış olsa onda muhayyerlik hakkı bulunur.³⁰² Muhayyerlik hakkının bulunması, müşterinin hakkını korumak ve yukarıda belirttiğimiz gibi taraflar arasında meydana gelebilecek olan anlaşmazlığının önüne geçmektir.

²⁹⁸ M. Faik Yılmaz, "Kur'an'da Cehalet Kavramı", *Dini Araştırmalar*, (2003), c. 5, sayı:15, s. 181

²⁹⁹ Necmeddin Güney, "İslam Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehâlet ve Akde Etkisi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.16, 2010, s. 494; Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, İstanbul: 2006, s. 69; Bardakoğlu "Bey", s. 16.

³⁰⁰ Dönmez, "Cehalet", s. 221.

³⁰¹ Güney, "Cehâlet ve Akde Etkisi", s. 494.

³⁰² Mecelle md. 320.

Mesela satıma konu olan araçların içine binmek, içeceklerin tadına bakmak, parfümleri koklamak belirsizliği giderme yolları olarak örneklendirilebilir.³⁰³ Bununla birlikte akit meclisinde olup kapalı kutu veya çuvalın içinde olan ürünün durumu mezhepler arasında tartışmalıdır. Hanefiler ve Hanbeliler “Şu çuvalın içindeki şeker” diyerek malı göstermesi, malın muayyen olması için yeterlidir. Ancak Maliki ve Şafiiler bu durumu kabul etmezler ve malda belirsizlik olduğunu vurgularlar.³⁰⁴

b. Vasıflandırmakla

Akit meclisinde satıma konu olan mal nevcut olmamakla beraber alıcı müşteriye malın miktarını, cinsini daha geniş bir ifadeyle mal hakkında ondaki cehaleti kaldıracak derecede vasıflarını bildirirse, o takdirde bu satım akdi caiz olur.³⁰⁵

c. Numuneyi Görme Yoluyla

Bir satım akdinde satılacak malın bizzat kendisini değil de numunesini göstererek yapılan satış, aşırı derecede bilgisizlik içermediğinden görülerek yapılan satış gibi kabul edilmiştir.³⁰⁶ Ancak gösterilen numunenin satılan malla birebir aynı olması gerekir. Satılan mal numuneye uygunluk göstermez ise bu durumda müşteri için vasıf muhayyerliği söz konusu olmaktadır.³⁰⁷

Yukarıda cehaletle ilgili belirttiğimiz tüm hususlar fakihlerin de taraflar arasında nizâ olmaması için gerekli önlemleri almaya çalıştığının, diğer bir anlatımla tarafların rızaya dayalı irade beyanı esas olmak üzere satım konusunda aklında hiçbir şüphe kalmayacak derecede belirsizlikleri gidermeye çalıştığının en bariz göstergesidir.

Cehalet hususunda ele almamız gereken bir diğer husus ise akit meclisinde bulunmayan mal yani bey’ul gâible alakalı durumlardır. İslam hukuk ekolleri bu konu hakkında farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Şafiiler, cehalet içermesi sebebiyle böyle bir

³⁰³ Mecelle md. 323.

³⁰⁴ Karaman, *İslâm Hukuku*, II, s. 172-173.

³⁰⁵ Abdullah b. Ahmed b. Kudâme el- Makdisî, *el- Muğni*, Beyrut: Dâru’l- fikr, h.1405, IV, s.7.

³⁰⁶ Bardakoğlu, “Bey”, s. 16; Mecelle, md. 324.

³⁰⁷ Mecelle md. 325.

satışı geçersiz saymışlar, selem ve istisna akitleri dışında akde konu olan malın mecliste bulunmamasını, akdin geçersiz olmasının nedeni olarak görmüşlerdir.³⁰⁸

Fıkıh mezheplerinin çoğunluğu ve Şafii'nin de kadim görüşü, önceden görülmüş olması ve vasıflarının biliniyor olması durumunda satıma konu olan malın akit meclisinde bulunmamış olması akdi geçersiz kılmaz. Çünkü önemli olan malın mecliste bulunuyor olması değil, mal hakkında yeterli bilgiye sahip olunmasıdır.³⁰⁹

Hanefiler müşterinin görmediği bir şeyi satın alması halinde, müşterinin görme muhayyerliği hakkına sahip olduğunu belirtip malı gördüğünde ise, isterse anlaşılan fiyatı vereceğini ya da reddetme hakkına sahip olduğunu belirtmişlerdir. Ancak Hanefilerin istisna tuttuğu şey satıcının görmediği bir şeyi satma durumudur. Hanefilere göre satıcının bu durumda görme muhayyerliği hakkı olmayıp yapmış olduğu akit sahih hale gelir.³¹⁰

Bu görüşleri tahlil eden Güney, en isabetli görüşün cumhurun görüşü olduğunu belirtip her ne kadar müşteri görmese de vasıflarını bilmiş olmasının yeterli olduğunu ifade etmiştir.³¹¹ İslam borçlar hukukunda aslolan durumun satım konusu olan mal hakkında müşterinin yeterli bilgiye sahip olması ve akit esnasında bu malı görmesi olduğunu belirten Güney, her ne kadar mal akit meclisinde olmasa da vasıfları belirtilerek böylelikle mal hakkında cehalet ve bilinmezliğin önüne geçilmeye çalışılması, müşterinin de akdin bir gereği olan gerçek rızanın sağlanmasını, akdi geçerli kılan durumlar olarak belirtmiştir.³¹²

2.1.1.2. Bazı Bilinmezlik Türleri

Satılan malın miktarıyla ilgili bilinmezlikler söz konusu olduğunda yukarıda anlattıklarımıza ek olarak başka satış türleri de karşımıza çıkmaktadır. Bu satış türleri Müzâbene, Muhâkale, Ârâya ve Bey'u'l-Cüzâf'tır.

Müzâbene, hurma ağacındaki yaş hurmanın kuru hurmayla, asmadaki yaş üzümün kuru üzümle, başak halindeki hububâtın kuru mahsulle aynı ölçüde satılması

³⁰⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-müktesid*, ty., yy., II, s. 155.

³⁰⁹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, s. 155; İbn Kudâme, *Muğni*, IV, s. 77.

³¹⁰ Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi*, V, s. 292.

³¹¹ Güney, "Cehâlet ve Akde Etkisi", s. 496.

³¹² Güney, "Cehâlet ve Akde Etkisi", s. 496.

olarak tarif edilebilir.³¹³ Muhâkale ise taze ekinin kendi cinsinden olan kurusu karşılığında götürü usulle satılması olarak tanımlanmıştır.³¹⁴ Hadislerde her iki satış türü de yasaklanırken, cumhura göre yapılan bu satış türleri batıl olup Hanefilerde ise fâsid kabul edilmiştir. Aslında buradaki yasak miktarın bilinmezliğinin yanında ribevi mallardaki fazlalık etkeniyle alakalıdır.³¹⁵

Müzâbene satışı yasaklanmasına rağmen yaş hurmanın aynı miktardaki kuru hurmayla satışı demek olan ârâya'ya izin verilmesi bir zorunluluk sebebiyledir. Çünkü fakir sahabiler ellerinde para olmadığı için kuru hurma alamadıklarını Hz. Peygamber'e izah etmişler, bunun üzerine Hz. Peygamber'in de bu satışı onaylamıştır.³¹⁶

Götürü usulü satış anlamına gelen cüzâf, bir şeyin kesin miktarı belirlenmeden, tahminle veya göz kararı ile miktar belirleme durumudur. Bu satış türünde tahminden hareketle kesin bir miktar belirlenmesi, hukuksal anlamda bir belirsizliğe yol açsa da zorluğu defetmek amacıyla bu satış türü meşru kılınmıştır.³¹⁷ İslam hukukçularının çoğunluğunun cevaz verdiği bu satış türünü Şafiiler, mekruh olarak nitelendirmişlerdir.³¹⁸

Bu satış türü ciddi bir belirsizlik içermese de İslam hukukçuları ortaya çıkabilecek cehalet önünü geçebilmek için bazı şartlar ileri sürmüşlerdir.³¹⁹

- a. Satış sırasında satışı konu olan malın mecliste hazır bulunması, böylece malın görülmesiyle ortaya çıkabilecek belirsizliklerin önüne geçilmeye çalışılması.
- b. Tarafların cüzâfa konu olan mal hakkında herhangi bir fiyat bilgisinin olmaması.

³¹³ Celal Yeniçeri, "Müzâbene", *DİA*, XXXII, s. 232

³¹⁴ Cengiz Kallek, "Muhâkale", *DİA*, XXX, s. 396

³¹⁵ Yeniçeri, "Müzâbene", s. 232-233; Kallek, "Muhâkale", s. 396-397; Güney, "Cehâlet ve Akde Etkisi", s. 500.

³¹⁶ Ârâya satışı hakkında detaylı bilgi ve bu satış için gerekli şartlar için bkz. Halit Ünal, "Arâyâ", *DİA*, III, s. 337

³¹⁷ Muhsin Koçak, "Cüzâf", *DİA*, VIII, s. 148.

³¹⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, s. 158-159, Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref, *Ravzatü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müttakîn*, nşr. Züheyr eş-Şâviş, I-XII, Beyrut: el-Mektebetü'l-İslâmî, 1991, II, s. 238. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 245.

³¹⁹ "Bey'u'l-Cüzâf", *Mv.F.*, IX, s. 73

- c. Akit esnasında tarafların mal hakkında tahminde bulunma ve kıymet takdir edebilmesi.
- d. Cüzâfa konu olan malın ciddi miktarda büyük olması.

Yukarıda zikrettiğimiz belirsizlik içeren satış türlerinin klasik fıkıh külliyatında ayrıntılı şekilde ele alınmasındaki asıl gaye, tarafların arasında çıkması muhtemel olan nizânın önüne geçmektir.

2.1.2. Garar

Sözlükte “tehlike, risk, kişinin bilmeden canını ve malını tehlikeye sokması” anlamına gelen garar,³²⁰ İslam hukuk literatüründe farklı tanımlarla dile getirilmiş, örneğin Zebîdî “Dış görüntüsü müşteriye aldatan ancak iç görüntüsünde bilinmezlik taşıyan satış”³²¹ diyerek tarif etse de bu ve buna benzer tanımlardan günümüz hukukçularınca en çok benimseneni Serahsî’ye ait olup o, gararın temel özelliğini, “sonu bilinmeyen” mesturü’l-âkibe şeklinde ifade etmiştir.³²²

Kur’an’ı Kerim’de garar kelimesi bulunmamakla birlikte aynı kökten türeyen “garr” ve “gurur” kelimeleri geçmektedir; bunlar da “aldanma” anlamındadır. Ancak batıl yoldan kazanç elde etmeyi men eden ayetler³²³ garar yasağının temelini teşkil etmektedir.³²⁴ Öte yandan hadislerde Peygamberimizin garar içeren satışı “bey’ul garar” yasaklamış olması hukukçular için gararın batıl/fesad olmasına temel kaynak taşıdığı görülmektedir.³²⁵

2.1.2.1. Gararın Yasaklanma Gerekçesi

İslam’ın koymuş olduğu emir ve yasaklar sadece dini mükellefiyeti değil aynı zamanda insanların anlayacağı hikmetler de barındırmaktadır. İslam borçlar hukukunun ana

³²⁰ Ebû Hüseyin Ahmed b. Fâris, *Mu‘cemu mekâyisi’l-luğa, ğ-r-r*, thk. Abdusselam Muhammed Harun Beyrut: Dâru’l Fikr 1979, IV, s. 380; İbn Manzûr, Ebû’l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü’l-‘Arab*, Beyrut: Dâru Sâdir, h.1414, V, s. 14; İbrahim Kâfi Dönmez, “Garar” *DİA*, XIII, s. 366

³²¹ Murtazâ ez-Zebîdî, Ebû’l-Feyz Muhammed b. Muhammed, *Tâcü’l-‘arûs min cevâhiri’l-Kâmûs*, thk. Komisyon, Kuveyt: et-Türâsü’l-Arabî, 1965-2001, XIII, s. 216; Dönmez, “Garar”, s. 366.

³²² Serahsî, *Mebûsât*, XII, s. 194; Dönmez, “Garar”, s. 366

³²³ Bkz. Bakara, 2/188, Nisa, 4/29,161, Tevbe, 9/34

³²⁴ Dönmez, “Garar”, s. 366

³²⁵ Buhârî, “Buyû”, 61, Mâlik b. Enes, *Muvatta’ el-İmâm Mâlik*, thk. Muhammed Mustafâ el-A‘zamî, I-VIII, , Abudabi: Müessesetü Zâyed b. Sultân, 2004, “Buyû”, 4, 75; Tirmizî, Ebû İsmâ Muhammed b. İsmâ, *Sünenü’t-Tirmizî*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir vdğ., I-V, Mısır Şirketü Mektebeti ve Matba‘ati Mustafâ el-Bâbî, 1962-1977, “Buyû” 17

gayelerinden biri de taraflar arasında borç ilişkilerinin karşılıklı rıza ve mutabakat içinde yürütülmesi, dolayısıyla toplumun güvene dayalı bir ilişki içinde olmasıdır. Bu husus gerçekleşirse doğal olarak haksız kazancın önüne geçilmesi, nizâyâ sebebiyet veren hususların bertaraf edilmesi de mümkün olacaktır.³²⁶ İşte gararda da bu ilkeleri zedeleyen unsurların bulunması hasebiyle gararın akde ne ölçüde etki edeceği tartışma konusu olmuştur. İleri sürülen delillerin ortak noktası, satım konusu malda meydana gelen şüphelerin akde zarar vermesidir. Fakihler de bu zararların önüne geçmeye çalışmışlardır. Biz burada âlimlerin gararla ilgili yaklaşımını ve belirlemiş oldukları illeti kısaca ele alacağız.

2.1.2.2. Gararla İlgili Yaklaşımlar

Serahsî, gararlı satışların yasaklanmasının sebebini, satım konusu olan maldaki belirsizlikten dolayı ortaya çıkabilecek nizâ ve satıcının malı teslim etmekten aciz kalması olarak açıklamıştır.³²⁷

Maliki âlimlerinden İbn Rüşd, garar içeren satışların ortaya çıkan gabn-ı fâhiş nedeniyle yasaklandığını dile getirmiştir. Aynı şekilde İbn Rüşd, taraflar arasında meydana gelen satışta gabn olmasının bir tarafa menfaat sağlayıp diğer tarafa zarar vermesinden dolayı, ortada bir haksızlık vuku bulduğunu, ortaya çıkan bu haksızlığı önleme amacıyla gararın yasaklandığını belirtmiştir.³²⁸

İbn Teymiye de gararın yasaklama sebebini “Kur’an’da meysir nasıl kin ve düşmanlığa sevk ediyorsa aynı şekilde garar da kin ve düşmanlığa sevk eder” diyerek açıklamıştır.³²⁹

Şâtıbî, alışverişin insanlar için zorunlu olduğunu, dolayısıyla alışverişte meydana gelecek olan nizâları ortadan kaldırmak için gararın yasaklandığını belirtmiştir.³³⁰

³²⁶ Bardakoğlu, “Bey”, s. 16.

³²⁷ Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, *Usûlü’s-Serahsî*, thk. Ebü’l-Vefâ el-Efgânî, I-II, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1993, II, 175

³²⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, II, 148.

³²⁹ İbn Teymiyye, Takıyyüddîn Ahmed b. Abdülhalîm, *el-Fetâva’l-kübrâ*, nşr. Muhammed Abdülkâdir Atâ – Mustafâ Abdülkâdir Atâ, I-VI, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1987, IV, 29.

³³⁰ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 26.

Gararla alakalı buraya aldığımız ve almadığımız görüşlerin ortak ana fikri gararın belirsizlik içerdiği ve bu belirsizliğin taraflar arasında nizâyaya sebep olacağı, İslam borçlar hukukunun da ana gayesinin taraflar arası güven ve karşılıklı rızanın gerçekleşmesi olduğu, bu sebeple gararın yasaklandığıdır.

2.1.3. Garar ve Cehalet İlişkisi

Klasik İslam litaretüründe cehalet ve garar terimlerinin akde etkisi her bir akit ve örnek üzerinde yeri geldikçe ele alınmıştır. İslam âlimleri de cehalet ve garar terimlerini zaman zaman birbirlerinin yerine kullanmışlardır. Ancak bir ayrıma gidilmesi gerekiyorsa akdin konusuyla alakalı belirsizliklere garar, akdin konusuyla ilgili bilinmezlikler cehalet terimiyle ifade edildiği söylenebilir.³³¹

Bu ayrıma örnek vermek gerekirse kaçmadam önce nitelikleri bilinen ve kaçıp kaybolmuş atın satımı sadece garara, perdenin arkasında olduğundan alıcının ancak siluetini görüp vasıfları hakkında bilgi sahibi olmadığı atın satımı ise sadece cehalete, alıcı tarafından nitelikleri bilinmeyen ve kaçıp kaybolmuş atın satımı her iki durumun bir arada oluşuna örnek gösterilebilir.³³²

Her ne kadar garar ve cehalet arasında bir şekilde ayırım yapılmış olsa da âlimler ikisi arasındaki ilişkiye farklı açıklamalar da getirmişlerdir. Kârâfi, cehalet ve garar arasındaki ilişkiyi umum-husûs min vech yani garar ve cehalet her biri ayrı akitte bulunabildiği gibi tek bir akitte de bulunabilir bağıyla açıklarken,³³³ İbn Rüşd, iki terim arasındaki ilişkiyi sebep-sonuç ilişkisi olarak görür. Ayrıca İbn Rüşd, akitlerdeki gararın çeşitli bilinmezlik sonucu ortaya çıktığını belirtmiştir.³³⁴ Son olarak günümüz İslam hukukçularından Darîr ise gararı cehaletten daha kapsamlı görüp “her meçhul garardır ancak her garar meçhul değildir” diyerek ikisi arasındaki ilişkiyi umum-husus-mutlak olarak değerlendirmiştir.³³⁵

³³¹ Karaman, *İslâm Hukuku*, II, s. 167; Dönmez, “Cehâlet”, s. 220; Dönmez, “Garar”, s. 366.

³³² Dönmez, “Garar”, s. 366.

³³³ Dönmez, “Garar”, s. 366.

³³⁴ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 148

³³⁵ Darîr, es-Siddîk Muhammed el-Emîn, *el-Garar ve eseruh fi'l-ukûd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, yy. 1995/1416, 3. basım, s. 60.

2.1.3.1. Garar ve Cehalet Çeşitleri

Akitlerde karşılıklı rızanın oluşumu, akdin konusunun ve neticesinin yeterince bilinmesine bağlı olup rıza ancak hiçbir şüphe barındırmayacak şekilde şeffaf bir akitte mümkün olmaktadır.

Garar ve cehalet için gerek klasik literatürde gerekse çağdaş çalışmalarda çeşitli tasnifler yapılmıştır. Biz burada garar ve cehaletin en çok meydana geldiği akdin siygasında ve akdin mahallinde meydana gelen türleri üzerinde duracağız.³³⁶

2.1.3.2. Akdin siygasında Meydana Gelen Garar ve Cehalet

Akdin siygasında meydana gelen garar ve cehalet, bey'atâni fi bey'a, safkatâni fi safka, bey'u'l-urbân, beyu'l-hasat, bey'u'l-münâbeze, bey'u'l-mülâmesedir.³³⁷

- a. **Bey'atâni fi bey'a:** Bir satım içerisinde iki satım yapmak anlamına gelir. Bu konu hakkında iki görüş ileri sürülmüştür. Birinci olarak satıcı, "Bu malı sana peşin ona, bir yıl vadeli on beşe satıyorum" der; alıcı da hangi bedelle olduğunu belirtmeksizin, "Kabul ettim" der. Alıcının, iki bedelden hangisinin olduğunu belirtmeksizin akdin tamam olması ve tarafların bu şekilde ayrılmaları halinde bu tür satımın yasak kapsamına gireceği hususunda fakihler görüş birliği içindedir. İki bedelden birinin belirlenmesi durumunda ise akid sahihtir.³³⁸
- b. **Safkatâni fi safka:** Bir akit içerisinde iki akdi birleştirmektir. Bu akit çeşidi örf oluşmadan önce ve basit akitlerin yaygın oldukları dönemlerde karşımıza çıkmaktadır. Bu akitte alıcı "şu malını bana 200'e satman karşılığında sana bu malı 500'e satıyorum" der. Alıcının "kabul ettim" demesi üzerine hangi işlemi kabul ettiğinin belirsizliği yapılan işlemde bir garar meydana getirdiği için bu satış şekli de yasaklanmıştır.³³⁹ Böyle bir alışveriş çeşidinin rıza, açıklık ve bilinmezlik üzerinde ısrarla duran İslam hukuk doktrininde kabul edilmesi imkânsızdır. Öte yandan ilk dönem İslam hukukçuları, akitlerin mümkün olduğu ölçüde sade ve yalın bir şekilde kurulmasından yana olup akitler karmaşık hale geldiğinde bunda bir tarafın zarar görebileceğini belirtip karışık akitleri önleme

³³⁶ Necmeddin Güney, *Satım Akdi Özelinde İslam Hukukunda Garar* (Basılmamış Doktora Tezi), Necmeddin Erbakan Üniversitesi, Konya, 2013, s. 115; Dönmez, "Garar", s. 367.

³³⁷ Dönmez, "Garar", s. 367.

³³⁸ Dönmez, "Garar", s. 367.

³³⁹ Dönmez, "Garar", s. 367.

yoluna gitmiştir. Buradaki tek gaye mümkün olduğu kadar işlemleri bağımsız, özel ve yalın haliyle korumak, bir işlemde çıkan sorunun diğerlerine yansımaları önlemeyi amaçlamaktır.

- c. **Bey’u’l-Urbân: (Kaparo):** İslam hukuk terminolojisinde satım veya icâre akdinde müşterinin sözleşme tamamlanması halinde satıma söz konusu olan malın gerçek fiyatından düşmesine, sözleşme feshedilemesi halinde ise akitten dönmenin yaptırımı olarak hibe özelliği taşıyan ön ödemeye denir.³⁴⁰ İslam hukukçularının çoğu bu tür satımı caiz görmemekle birlikte caiz olduğunu savunanlar da olmuştur.³⁴¹
- d. **Beyu’l-Hasat, Bey’u’l-Münâbeze, Bey’u’l-Mülâmese:** Çakıl taşının atılması, ne olduğunu bilinmeyen kılıf içinde olan görünmeyen mala dokunulması, tarafların ellerindeki malları birbirine atması gibi sembolik ifadeler taşıyan, ticaret ciddiyeti ile bağdaşmayan, Hz. Peygamberin cahiliye döneminde var olan bu satışları yasakladığı bilinmektedir.³⁴² Bu yasaklamanın gerekçesi, bu tür akitlerin bilinmezlik ve belirsizlik taşıması ve özellikle alıcının mağdur olmasının önüne geçilme düşüncesidir.

2.1.3.3. Akdin Mahallinde Meydana Gelen Garar ve Cehalet

Akdin mahallinde meydana gelen cehalet ve garar, satıma konu olan malın zatının veya cins ve nevinin bilinmemesi, satım konusu olan malın nev’inin bilinmemesi, niteliğindeki veya miktarındaki bilgi ve belirsizlik olarak ayrılmıştır.

a. Malın Zâtının Bilinmemesi

“Cehâletü’l ayn” diye de isimlendirilen bu bilinmezlik türünde, satım akdine konu olan malın cinsinin bilinip fakat zatında belirsizlik olma durumudur.³⁴³ Aynı cins malların bir arada bulunması halinde, satılan malın aynı belirsiz olursa, mesela sürüdeki herhangi

³⁴⁰ Cengiz Kallek, “Kaparo”, *DİA*, XXIV, s. 339.

³⁴¹ Dönmez, “Garar”, s. 367; Kallek, “Kaparo”, 339-340; ayrıca bkz. Güney, *Satım Akdi Özelinde İslam Hukukunda Garar*, 132-136.

³⁴² Müslim, Ebü’l-Huseyn Müslim b. el-Haccâc, *Sahîhu Müslim*, nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, I-V, Dâru İhyâi’l-Kütübi’l-Arabiyye, Kahire 1991, “Buyû”, 1-2, 4; Ebû Dâvud, “Buyû”, 24; Tirmizî, “Buyû”, 17, 69; Nesâî, Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Şu’ayb, *Sünenü’n-Nesâî*, I-VIII, Beyrut: Mektebü Tahkîki’t-Türâsi’l-İslâmî, Dâru’l-Ma’rife, ts, “Buyû”, 23, 26, 27; İbn Mâce, “Buyû”, 12; Dönmez, “Garar”, s. 367-368.

³⁴³ Güney, “Cehâlet ve Akde Etkisi”, s. 497

bir koyun, depodaki herhangi bir elbiseyi satma durumunda olduğu gibi, iki taraf da kendi menfaatine en uygun olanı seçmek isteyeceğinden, böyle bir bilinmezlik içeren akdin taraflar arasında çekişmeye yol açacağı açıktır.³⁴⁴ Fıkıh ekolleri bu tür akitleri geçersiz sayıp bu geçersizliği batıl olarak ifade ederken Hanefi mezhebinde bu durum fesad sebebi sayılmıştır.³⁴⁵

Hanefi ve Maliki mezhebinde böyle bir satışta karşı tarafa tayin muhayyerliği verilmesi durumunda satış sahih hale gelir. Bu konuda farklı görüşler olmasına rağmen satıştaki cehaleti engellemek için Hanefi ve Maliki mezhepleri tayin muhayyerliğine belli şartlar getirmişlerdir. Bu şartlar: muhayyerliğin en fazla üç şart hakkında olması –satıcının tayin muhayyerliğine açıkça muvafakat etmesi, satılan malın kıyemi mallardan olması misli mallardan olmaması, tayin muhayyerliğini süresinin şart muhayyerliğinin süresi gibi olması- iki tarafında rızasını açıkça ortaya çıkarabilecek, iki tarafa da eşit derecede menfaat sağlayacak şartlardır. Böyle bir durumda karşı taraf istediği malı seçme hakkına sahip olur veya akdi feshedebilir. Alıcı olan taraf seçme hakkını kullandıktan sonra akit artık bağlayıcı hale gelmektedir.³⁴⁶

Şafiiler ve Hanbeliler akdin konusunda belirsizlik olmasından dolayı bu tür muhayyerliği geçersiz saymışlardır. Şafiiler bu akde muhayyerlik verilse bile batıl olduğunu söylerken, Hanbeliler ise akit tamamlanmadan bir mala karar verebilme durumu meydana gelebileceğinden bu muhayyerliği gereksiz görmektedir.³⁴⁷

b. Malın Cinsinin Bilinmemesi

Arapça’da “el-cehl bi cinsi’l-mahal” olarak isimlendirilen bu durum müşterinin alınan malın cinsiyi ilgili hiçbir şey bilmeme durumudur. Alacağı elbise hakkında bir bilgisi olmamak, avuç içinde meçhul olan bir şeyi satmak bu uygulamalar kapsamına girmektedir.³⁴⁸

³⁴⁴ Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’* V, 156, Güney, “Cehâlet ve Akde Etkisi”, s. 497

³⁴⁵ Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, V, 156-157

³⁴⁶ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, s. 55, Mecelle, md. 316-319; Bardakoğlu “Bey”, s. 19; Dönmez, “Garar”, s. 368; Vehbe Zuhaylî, (çev: Beşir Eryarsoy) *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, Risale Yayınları, İstanbul: 1991, V, 376-377; Güney, “Cehâlet ve Akde Etkisi”, s. 497

³⁴⁷ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 55, Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref, *el-Mecmû’ şerhu’l-Mühezzeb*, I-XX, Mısır: İdâretü’t-Tıbbâ’ati’l-Münîriyye, ty., IX, 286-287

³⁴⁸ İbn Âbidîn, *Hâşiye reddü’l-muhtâr Ale ed-dürri’l-muhtâr*, Beyrut: Dâru’l-Fikr, 2000, VII, s. 297

Cinsteki bilinmezlik genellikle akdin bizzat konusunun, nevi ve sıfatının da bilinmezliğini içerdiğinden fakihler bu tür sözleşmenin geçersizliği üzerinde görüş birliğine varmışlardır.³⁴⁹

c. Satım Konusu Malın Nev'inin Bilinmemesi

Akit konusu olan malın cinsinin bilinmekle beraber türü hakkında belirsizlik olan durumdur. Bir hayvanın veya bir kölenin satımı buna örnek olarak verilebilir.³⁵⁰

Fukahaya göre bu tür akitlerde cinsin belirlenmesi yeterli olmayıp satılan malın türünün de bilinmesi gereklidir ve bu konudaki bilgisizlik de akdi geçersiz kılmaktadır.³⁵¹

d. Malın Niteliğinin Bilinmemesi

Satım sözleşmesinde "sıfatü'l-mahal" ile öncelikle kastedilen satım konusu malın niteliği olmakla birlikte aynı kavramla satım bedeli de (semen) ifade edilmektedir.³⁵² Niteliğin bilinmemesi hususuna örnek olarak klasik literatürde çiftleşme öncesinde hayvanın dölünün satılması, hamile hayvanın karnındaki ceninin satılması, ileride doğacak yavrunun satılması gibi işlemlerdir. Bu tür işlemlerin yasak olması, niteliğin bilinmemesidir.³⁵³

Niteliğin bilinmemesiyle alakalı bir başka husus da yerde gömülü olan soğan, sarımsak, patates gibi sebzelerin satımıyla alakalı durumlardır. Hanefiler bu tür satışların muhayyerliğe bağlı olduğunu söylerken, Malikiler ise yerden çıkan sebzelerin toprak üstüne çıktıktan sonra onlar hakkında yeterli bilgi edinilmesiyle akit geçerlilik kazanır demişlerdir.³⁵⁴

³⁴⁹ Dönmez, "Garar" s. 368.

³⁵⁰ Kârâfi, *el-Furûk*, III, s. 432

³⁵¹ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, s. 55; Kârâfi, *el-Furûk*, III, s. 432, Dönmez, "Garar", s. 368, Güney, "Cehâlet ve Akde Etkisi", s. 497

³⁵² Dönmez, "Garar", s. 368

³⁵³ Dönmez, "Garar", s. 368

³⁵⁴ Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, V, s. 297; İbn Âbidîn, *Hâşiye reddü'l-muhtâr* V, s. 52.

e. Malın Miktarının Bilinmemesi

Akid konusunun miktarının bilinmemesi de akdi geçersiz kılar. Ancak Hanefi fakihlerine göre geçersizliğin sebebi, bu bilinmezliğin taraflar arasında çekişmeye yol açma ihtimali taşınması olup bunun da müeyyidesi akdin fasid sayılmasıdır.³⁵⁵ Farklı şekillerde yorumlanmış olmakla beraber dalındaki veya ekin halindeki taze ürünün aynı cinsten kuru ürünle değişimi anlamıyla "müzabene" ve "muhakale" yasağının gerekçeleri ele alınırken miktarın bilinmezliğine de temas edilir. Ancak bu hüküm daha çok riba endişesiyle ilgilidir.³⁵⁶

Sonuç olarak İslam hukukçularının cehalet ve garar konusunda bu kadar farklı görüşleri ileri sürüp en ince ayrıntısına kadar konuyu tartışmaları ve muhtemel sorunlara çözümler üretmeye çalışması, borç ilişkilerinde taraflar arasında ortaya çıkabilecek veya çıkabilmesi muhtemel her türlü bilinmezliğin, bilgisizliğin önüne geçmeye çalışmak, akit sırasında tarafların gerçek rızalarını ortaya çıkarmak, böylelikle toplumda akit güvenliğini ve hukuk düzenini sağlamak gayesiyle açıklanır.

2.2.Mebhut'ta Açıklık ilkesinin Uygulama Örnekleri

Akitlerdeki bilinmezliklerin birbirleriyle yakın ilişki olması sebebiyle klasik fıkhîta garar ve cehalet terimleriyle açıklandığını bir önceki başlık altında ifade etmiştik. Burada ise hukukî işlemlerde bilinmezlikleri Serahsî'nin satım sözleşmesi bölümünde yer alan selem, fâsid, koşullu, sarf, taksim, kira akdi, malların paylaşılması gibi örnekler üzerinde ele alıp Serahsî'nin bu konudaki temel yaklaşımını inceleyeceğiz.

2.2.1. Selem Akdinde Açıklık İlkesi

Sözlükte "teslim etmek, teslim olmak, peşin bedelle vadeli mahsul almak" gibi anlamlara gelen "selem" kelimesi fıkıh terimi olarak nitelikleri belirlenen vadeli malın peşin bedelle satımını ifade eden satış türüdür.³⁵⁷ Bu durum malı malla değiştirmek olduğundan bir çeşit satım akdi olarak da isimlendirilebilir.³⁵⁸ Selem akdi kıyasa göre geçersiz olması gereken bir akit türüdür. Çünkü mülkiyete geçmeyen, meydana

³⁵⁵ Dönmez "Garar", s. 368.

³⁵⁶ Dönmez "Garar", s. 368.

³⁵⁷ Bilal Aybakan, "Selem" *DİA*, XXXVI, s. 402.

³⁵⁸ Serahsî, *Mebhut*, XII, 124.

olmayan bir şeyin satımının geçersiz olması gerekmektedir.³⁵⁹ Ancak Kur'an ve sünnet, selem caiz olduğunu belirttiği için İslam âlimleri bu konudaki kıyası terk edip selem caizliğine hükmetmişlerdir. Serahsî, Kur'an'daki en uzun ayetin³⁶⁰ selem akdi için delil olduğunu söyleyip İbn Abbas da "Şahadet ederim ki vâdeli selem Allah'ın kitabında vardır ve bu ayet en uzun ayettir" rivayetini delil getirmiştir.³⁶¹ Hz. Peygamber de selemle alakalı kişinin elinde olmayan şeyi satmasını yasaklayıp bundan istisna olarak selemi caiz görmüştür.³⁶²

Selem akdi kıyasa aykırı olmasına rağmen Kur'an ve sünnetten delil getirilerek caiz kabul edilmesi, onun doğrudan yapılmasının önünü açmayıp fakihler selem için belirli şartlar taşıması gerektiği vurgulamıştır. Ebu Hanife, selem akdinin caiz olabilmesi için selem akdine konu olan malın, cinsinin, türünün, miktarının, niteliklerinin, vadesinin belirlenmiş olmasını şart koşmuş olup bunların yanında taşınması külfet gerektiren malların teslim yerinin belli olması gerektiğini belirtmiştir.³⁶³

Aslında saydığımız bu koşullar, ilk bölümde ele aldığımız cehalet ve garar bahsinde üzerinde durulan hususlardandı. Serahsî, Ebu Hanife'nin yukarıda zikrettiğimiz şartları belirtmesindeki ana gayeyi, taraflar arasında anlaşmazlığa neden olabilecek belirsizliklerin oluşabilmesi ihtimali olarak görür. Nitekim Serahsî, bu konuyu "tarafları çekişmeye götüren her bilinmezliğin giderilmesi gerekir" diyerek açıklamıştır.³⁶⁴

Selem konusu malın cinsinin ve türünün belirsiz olması taraflar arasında anlaşmazlığa yol açan hususlardan biridir. Çünkü cins belirtilmeden yapılan bir selem akdinde, selem sahibi malın en değerlisini almak isterken, satıcı en değerli mal yerine, değer olarak daha aşağıda olan bir malı vermek isteyecektir.³⁶⁵ Bu durum taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olacağından selem konusu olan malın cinsinin bilinmesinin gerekliliği çok açıktır. Aynı şekilde selem konusu malın türünün de bilinmesi daha

³⁵⁹ Serahsî, *Mabsût*, XII, 124.

³⁶⁰ Bakara, 2/282

³⁶¹ Serahsî, *Mabsût*, XII, 124.

³⁶² Zeyla'î, Ebû Muhammed Abdullah b. Yûsuf, *Nasbü'r-râye li-ehâdîsi'l-Hidâye*, thk. Muhammed Avvâme, Beyrut: Müessesetü'r-Reyyân, 1997, IV, s. 50

³⁶³ Serahsî, *Mabsût*, XII, 124.

³⁶⁴ *أَنَّ كُلَّ جِهَالَةٍ تَفْضِي إِلَى الْمَنَازَعَةِ الْمَانِعَةِ*, Serahsî, *Mabsût*, XII, 124.

³⁶⁵ Serahsî, *Mabsût*, XII, 125.

sonradan ortaya çıkabilecek nizâ durumları için bir set görevi görmektedir. Şöyle ki, türü belli edilmeden taraflar hurmada selem yapsalar, alıcı en kaliteli hurma için selem yapıldığını iddia edecek, satıcı da en düşük hurmadan vermek isteyecektir.³⁶⁶ Böyle bir durum, taraflar arasında İslam borçlar hukukunun engellemeye çalıştığı nizânın ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

Selem konusu malın niteliklerini bilmek de öyledir. Mesela nitelikleri belli olmayan buğday üzerinden selem yapan iki taraf, kendi menfaatine uygun olanı karşı tarafa teklif eder. Ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları önlemek için selem konusu malın kalite ve niteliklerinin bilinmesi gerekmektedir.³⁶⁷

Selem konusunda vadenin belli olması Hanefilere göre selemin koşullarından birisidir.³⁶⁸ Hanefiler buna delil olarak “Selem yapan kişi, belli ölçekte, belli ağırlıkta ve belirli bir süreye kadar selem yapsın.”³⁶⁹ hadisini delil getirirler. Bu hadisten yola çıkarak Hanefiler, “Seleme ruhsat verdi” sözünün vade için şart olduğunu söylemektedirler.³⁷⁰ Çünkü bir şeye engel bulunduğu halde ruhsat verilmesi, onu kolaylaştırmaktır. Selem de ise engel olan durum malın teslimine güç yetirilememesidir. Hz. Peygamber’in malın teslimine güç yetirememesi olasılığı bulunduğu halde seleme cevaz vermesi, aslında vadeye de cevaz vermesi olarak yorumlanmıştır.³⁷¹

Hanefilere göre selem konusunda malın teslim edilme yerinin belirtilmiş olması da gerekmektedir. Ancak bu kuralın şöyle bir istisnası vardır: Ebu Hanife, selem konusunda “eğer taşınması gereken mal külfetli ve masraf gerektiren bir mal ise bunun selem akdi sırasında belirtilmesi şarttır” demiştir.³⁷² Bu görüş aslında Ebu Hanife’nin son görüşüdür. Öğrencileri İmam Muhammed ve Ebu Yusuf’un selem akdi nerede yapıldıysa teslim yerinin de orası olması gerektiği yönündeki görüşü ileri sürmüşlerdir.³⁷³ Ancak Ebu Hanife son görüşünde, masraf ve külfet gerektiren malın

³⁶⁶ Serahsî, *Mebûsût*, XII, 125.

³⁶⁷ Serahsî, *Mebûsût*, XII, 125.

³⁶⁸ Serahsî, *Mebûsût*, XII, 125.

³⁶⁹ Buhârî, *Selem*, 2; Müslim, *Mûsakat*, 127; İbn Mâce, *Ticaret*, 59; Ebu Davud, *Büyu'* (icare), 55; Tirmizî, *Buyu*, 70

³⁷⁰ Serahsî, *Mebûsût*, XII, 125-126.

³⁷¹ Serahsî, *Mebûsût*, XII, 126.

³⁷² Serahsî, *Mebûsût*, XII, 127.

³⁷³ Serahsî, *Mebûsût*, XII, 127.

teslim yerinin belli olmamasının taraflar arasında anlaşmazlığa neden olacağını düşündüğü için, tıpkı teslim tarihi gibi teslim yerinin de belirtilmesinin şart olduğunu ileri sürmüştür.³⁷⁴

Taşınması külfet ve masraf gerektirmeyen malların teslim yerinin belirlenmesinin koşul olmadığı, İslam âlimlerinin görüş birliğine vardığı konulardan biridir.³⁷⁵ Ancak İmam Muhammed ve Ebu Yusuf, masraf gerektirmeyen selem konusu olan malda “anlaşma nerede yapıldıysa orada teslim gerekir” görüşünü savunmuşlardır.³⁷⁶

Taşınması masraf ve külfet gerektiren mallardaki fiyatlar yerlere göre değişiklik göstermektedir. Nitekim köyde bulunan mal ile şehirde satılan mal arasında fiyat farkı vardır ve şehirdeki daha pahalıdır. Bu husustan dolayı selem konusunun değeri, bulunduğu yere göre değişiklik gösteriyorsa, yapılan akdin caiz olabilmesi için teslim yerinin bilinmesi gereklidir.³⁷⁷

Teslim yerinin belirtilmesi gerektiği yerler hususunda Ebu Hanife ile Ebu Yusuf ve Muhammed arasındaki görüş ayrılığı dört yerde kendini göstermektedir. Bunlar: 1- Selem Akdi – ki yukarıda belirttik- 2- Kalitesi belli olan ve belli bir zamanda ödenmek üzere zimmette borç olan buğdayın karşılığında herhangi bir mal satılsa, bu satışın gerçekleşebilmesi için Ebu Hanife’ye göre teslim yerinin belirlenmiş olması lazımken diğer iki imama göre ise teslim yerinin belirlenmesi gerekmez. 3- Taşınması hem külfetli hem de masraflı vadeli bir mal olan ev kiralandığında, Ebu Hanife’ye göre ücretin teslim edileceği yerin belirlenmesi gerekir. Ancak diğer iki imam ise “teslim yeri evin bulunduğu yerdir” demişlerdir. 4- Ortak bir evi paylaşan kişiler, birinin diğerine taşınması külfet gerektiren bir mal vermesini şart koşsa bu durum da yukarıda belirttiğimiz gibidir. Yani Ebû Hanife ve öğrencileri ayrılmıştır.³⁷⁸

Selem akdinde peşin ödenen bedelin belirlenmiş olması akit için ortaya konulan şartlardan biridir. Ancak bu konuda da Hanefi mezhebinde iki görüş olup Ebu Hanife,

³⁷⁴ Serahsî, *Mabsût*, XII, 128.

³⁷⁵ Serahsî, *Mabsût*, XII, 128.

³⁷⁶ Serahsî, *Mabsût*, XII, 128.

³⁷⁷ Serahsî, *Mabsût*, XII, 128.

³⁷⁸ Serahsî, *Mabsût*, XII, 128-129.

peşin ödenen bedelin belirtilmesi gerektiğini söylerken İmam Muhammed ve Ebu Yusuf peşin ödenen bedelin belirtilmesine gerek olmadığını, o bedelin işaret edilmesiyle taraflar arasında meydana gelebilecek anlaşmazlığın önüne geçileceğini belirtmiştir.³⁷⁹

Görüldüğü üzere Hanefi mezhebinde temel tartışma noktası belirsizliğin giderilmesi üzerinedir. Belirsizlik giderildiği takdirde ortaya konulan koşullar koşul olmaktan çıkarken, eğer belirsizlik şüphesi varsa ileri sürülen şartlar akdin genel koşulunu oluşturmaktadır.

Selem konusunda Serahsî'nin kural olarak benimsediği husus; nitelikleri tam olarak belirlenen, miktarı bilinen, sözleşme yapıp teslim vakti gelinceye kadar insanların elinde bulunan şeylerde selem yapmak caiz oluşudur.³⁸⁰ Bu hususları taşımayan hiçbir malda selem caiz görülmemektedir. Bu duruma örnek vermek gerekirse, bir hayvan yükü odun üzerine anlaşma yapılsa, hayvanların taşıyacağı yük hayvandan hayvana değişeceği için taraflar arasında anlaşmazlık olacağı da açıktır. Anlaşmazlık meydana getiren her türlü belirsizlik de akdi geçersiz kılacağı için böyle bir selem caiz olmaz. Ancak belirsizlik ortadan kalkarsa anlaşma caiz olmaktadır.³⁸¹

Hanefi mezhebinde bir diğer husus deve ve sığır derisinde selem yapılamayacağı görüşüdür. Çünkü bunlar büyüklüğüne ve küçüklüğüne göre farklılık gösterir ve bilinmezlik meydana gelir.³⁸² Aslında Hanefilerde hayvanda selem yapmak caiz değildir. Çünkü gerek hayvanda gerekse hayvanın parçalarında selem yapılabilmesi için hayvanlarda her organın eşit olması gerekmektedir. Ancak bunlar da hayvandan hayvana değişeceğinden, taraflar arasında belirsizlik ve buna bağlı olarak anlaşmazlık meydana getireceğinden selem caiz görülmemiştir.³⁸³

Selem akdinden hareketle taraflar arasında anlaşmazlığa yol açan son örnek et üzerinden yapılan selemdir. Ebu Hanife ette selem yapmayı caiz görmemiştir. İmam Muhammed ve Yusuf ise nitelikleri tespit edildikten sonra ette selem yapmayı caiz

³⁷⁹ Serahsî, *Mabsût*, XII, 129.

³⁸⁰ وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ كُلَّ مَا كَانَ مَضْبُوطًا بِوَصْفِهِ مَعْلُومًا بِقَدْرِهِ مُوجُودًا مِنْ وَقْتِ عَقْدِهِ , Serahsî, *Mabsût*, XII, 131

³⁸¹ Serahsî, *Mabsût*, XII, 131.

³⁸² لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ فِيهِ الصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ , Serahsî, *Mabsût*, XII, 131.

³⁸³ Serahsî, *Mabsût*, XII, 132.

görürler.³⁸⁴ Onların delilleri ise etin tartılan bir madde olması, tartılan maddelerinde selem yapılmasında bir beis olmamasıdır. Ayrıca taraflar ette selem yapsalar ve ette arzulanan bir durum olsa da sonuç değişmez. Çünkü “İnsanlar hurmada da selem yapıyorlar ve hurmanın içinde kimsenin istemediği çekirdek var. Bu hurmada selem yapılmasına engel olmazken ette neden olsun. Dolayısıyla ette selem yapılması caizdir” görüşünü ileri sürmüşlerdir.³⁸⁵ Bu konuda Ebu Hanife'nin görüşünün iki dayanağı vardır:

1. Ette hem istenen hem de istenmeyen durumlar vardır. İstenmeyen durum ette bulunan kemiktir. Taraflar ette selem yapsalar alıcı kemikten arınmış eti isterken satıcı etin arasına kemiği de koymak isteyecektir. Dolayısıyla ortada bir belirsizlik vardır ve bu taraflar arasında nizâyâ sebep olacaktır.³⁸⁶
2. Selem yapılan et dolgun veya zayıf olabilir. Çünkü selem yapılan tarihle teslim tarihi arasında zaman dilimi olacaktır. O mevsimin nasıl geçeceği hayvanların otlayacağı yerlerin durumu belirsizdir. Bu belirsizlik etin niteliklerin belirtmekle kalkmaz. Bu hususlardan dolayı ette selem yapmak caiz değildir.³⁸⁷

Yukarıda belirttiğimiz örnekleri çoğaltmak ve bu hususta farklı argümanlar sunmak konumuzun esas gayesi değildir. Bizim selem bahsini ele almadaki asıl amacımız Serahsî'nin bu örnekleri vermesindeki temel prensibi ortaya çıkarmaktır. Serahsî, tüm bu örnekleri, daha doğru bir ifadeyle selem akdinde ortaya çıkabilecek belirsizlik ve bilinmezlikleri ele almadaki temel hedefi, tarafların arasında meydana gelebilecek anlaşmazlıklar ve bu anlaşmazlıkların nasıl önleneceği hususudur. Çünkü selem akdini yapan her iki tarafın da belli yararlar sağlama yani kazanç düşüncesi vardır. Öte yandan tarafların rızasının gerçekleşmesi için akdin konusunun bilinmesi ve belirsizliğin olmaması da gerekir ki taraflar hesapta olmayan bir mağduriyet yaşamassın. Bu da ancak malın değerini, türünü kısacası yukarı bahsettiğimiz Ebu Hanife'nin şartlarını bilmekle olur. Çünkü malın değeri cinsine, türüne, kalitesine ve miktarına göre

³⁸⁴ Serahsî, *Mabsût*, XII, 137.

³⁸⁵ Serahsî, *Mabsût*, XII, 137.

³⁸⁶ Serahsî, *Mabsût*, XII, 137.

³⁸⁷ Serahsî, *Mabsût*, XII, 137.

değişiklik gösterir.³⁸⁸ Dolayısıyla bunların birinde meydana gelebilecek belirsizlik veya bilgisizlik tarafların anlaşmazlığa düşmesine neden olmaktadır. İslam borçlar hukukunun esas gayesi belirsizlikleri ortadan kaldırmak, taraflar arasında karşılıklı güven ve rızayı esas almaktır. Yukarıda da görüldüğü üzere gerek mezhepler arasında gerekse bir mezhebin kendi içindeki görüş ayrılıklarındaki asıl gaye tarafların en iyi şekilde anlaşmalarının yolunu sağlamaktır. Tüm belirsizlikleri ortadan kaldırmak ve hiçbir şüpheye mahal vermeyecek derecede açık bir anlaşma sağlamaya çalışmaktır.

2.2.2. Kıyemî Mallarda Açıklık İlkesi

Alişverişte tarafların birbirleriyle anlaşmasının temel prensip olduğunu, bu anlaşmanın ise karşılıklı rızayla, akdin konusunun da herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek derecede açıklıkla sağlanabileceğini yukarıda belirtmiştik. Kıyemî mallarda malın akitte belirlenenden az veya çok olması da satım akdini etkileyen durumlardan biridir. Örnek vermek gerekirse bir kimse içinde 1000 dirhem karşılığında 50 kumaş olması şartıyla Zuttî veya herat çuvalı satın alsın ve çuvalın içinde 51 veya 49 kumaş çıksa bu durumda taraflar arasında bir anlaşmazlık durumu ortaya çıkacaktır. Çünkü fazla kumaş sayısında alıcı istediği kumaşı çuvaldan çıkarmak isterken satıcı en kaliteli olanı içinden almak isteyecektir. Taraflar arasında hangi kumaşın çıkarılması gerektiği hususunda bir belirsizlik ortaya çıkacaktır. Tarafları anlaşmazlığa götüren her belirsizlik yapılan akdi fâsid kılar.³⁸⁹

2.2.3. Satış Bedelinde Açıklık İlkesi

Alınacak malın bedelinin belli olması tarafların anlaşma yapmasının veya anlaşmadan caymalarının temel hareket noktasını teşkil eder. Hiç kimse bedelini bilmediği bir malı gözü kapalı almak istemez. Hatta bu konuda sıkı pazarlıkçı olan insanlar vardır ki fiyatı belirli olanlarda dahi o fiyatı indirme yoluna gitmeye çalışır. Serahsî, satım bedelinde istisna edilen şeyin belirsizliğe sebep olduğunu, istisna edilen şey ile istisna yapılan şeyin hangisinin değerli olduğunun bilinmemesi durumunun belirsizliğe sebebiyet verdiğinden böyle satışların fâsid olduğunu belirtmiştir.³⁹⁰

³⁸⁸ Serahsî, *Mabsût*, XII, 125.

³⁸⁹ وَكُلُّ جِهَالَةٍ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِيهَا مُفْسِدَةٌ لِلْعَقْدِ, Serahsî, *Mabsût*, XIII, 2

³⁹⁰ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 7.

Ayrıca sürüdeki herhangi bir koyunun satışı da fâsid satış grubuna girmekle beraber aynı zamanda her koyunun değeri de farklı olduğundan, satış bedelinde de belirsizlik bulunmaktadır.³⁹¹

2.2.4. Koşullu Satışlarda Açıklık İlkesi

İslam borçlar hukukunda bir malın satımında herhangi bir koşul koyulması nehyedilmiştir. Bu konuda Hz. Peygamber “Koşullu satışı nehyetmiştir.”³⁹² Bu satış çeşidi içinde birçok örneği barındırmaktadır. Misal olarak, gebe olması koşuluyla hayvan satmak fâsid görülmüştür. Çünkü hayvanlarda gebelik miktarı belli olmayan bir fazlalıktır. Hayvanın karnındaki şişliğin gaz mı yoksa gebelik mi olduğu, yavru ise dişi mi yoksa erkek mi olduğu, ölü mü yoksa diri mi olduğu hep belirsizlik içeren durumlardır.³⁹³ Miktarı ve mevcudiyeti bilinmeyen bu durum aynı zamanda ortaya koyulan şartın da geçersiz olması demektir. Dolayısıyla yukarıda da belirttiğimiz üzere belirsizlik içeren her satış fâsiddir.

Bir başka örnek ise bir kimsenin hayvanı satın karnındaki yavruyu bundan eksik tutması da fâsid satış ve koşullu satışa örnektir.³⁹⁴ Bu durumun belirsizliğe götüren noktası, yavru, anne karnındayken onun bir parçası gibi olması, bir hayvanın parçalarının doğrudan akde konu olamaması ve dolayısıyla ayrı tutulmamayı da kabul etmemesi gösterilir.³⁹⁵

2.2.5. Sarf Akdinde Açıklık İlkesi

Genelde İslam hukuku özeldir ise İslam borçlar hukukunun temel ilkelerinden birisinin açıklık olduğunu, taraflardan birisinin rızasında şüphe uyandıracak, onun gerçek rızasının oluşmasını engelleyecek her türlü belirsizliğin alışverişi engelleyeceğini daha önce ifade etmiştik. Belirsizliklerin meydana geldiği yerlerden birisi de sarf akdidir. Sarf akdi denildiğinde akla ilk gelen para meseleleridir. Serahsî, tarafların akdi icra ettiği bölgede birden çok ve birbirinden farklı paraların bulunması durumunda mutlak olarak yapılan akdin geçersiz olduğunu belirtmiştir.³⁹⁶ Çünkü akit mutlak olarak yapıp

³⁹¹ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 6.

³⁹² Serahsî, *Mabsût*, XIII, 13.

³⁹³ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 19-20.

³⁹⁴ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 19.

³⁹⁵ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 19.

³⁹⁶ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 18.

sadece dinar veya dirhem denilmiş ise, hangi basım paranın tercih edileceği taraflar arasında belirsiz kalacaktır. Buradan hareketle zikredilen bedellerin niteliklerinin belirsiz olması taraflar arasında anlaşmazlığa yol açacaktır. Üstelik iki taraf da akdin mutlak olarak yapıldığını bahane ederek alıcı en düşük değerdeki parayı vermek isteyecek satıcı ise en üstün değerdeki parayı almak isteyecektir.³⁹⁷ Bu yüzden taraflar hangi basım parann ödeneceğini açıkça belirtmedikçe yani belirsizliği ortadan kaldırmadıkça akit geçerlilik kazanmayacaktır. Bir başka örnek vermek gerekirse, işlenmemiş madenin kira akdinde ücret yapılması yani ağırlığı belli olmakla birlikte, içerdiği altın veya gümüşün miktarı belli olmayan ham maden karşılığı hizmet sözleşmesi yapmak caiz değildir.³⁹⁸ Çünkü burada asıl önemli olan hammaddenin içindeki gümüş veya altındır. Bu ise madenle beraber karışık halde bulunan toprağın ağırlığını söyleyerek belli olmayan durumdur. Nitekim toprağın bir kısmında bol miktarda altın veya gümüş olabiliyorken diğer kısımlarında bu daha az olabilir. Böyle bir belirsizlik taraflar arasında anlaşmazlığa yol açar.³⁹⁹ Burada dikkatimizi çeken husus, Serahsî'nin içinde kira akdi ihtiva eden bir olayı icâre bahsinde değil de sarf akdinde ele almasıdır. Sarf akdini ilgilendiren bir başka örnek de bir kimsenin birisine olan gümüş borcunu, ham durumdaki gümüş madeni yoluyla peşin olarak vererek ödemesi de caiz olmamaktadır. Çünkü burada da verdiği fazla olma durumu olup bir belirsizlik söz konusudur.⁴⁰⁰

2.2.6. Malların Paylaştırılmasında Açıklık İlkesi

Tüm satış türlerinde olduğu gibi malların taksim edilmesinde ortaya çıkan belirsizlik de taksimi engelleyen hususlardan biridir. Misal olarak iki kişinin kendilerine miras olarak kalan iki evde hakkı bulursa, bunlardan biri bir evi diğeri de diğeri evle birlikte belli bir miktar parayı alma hususunda anlaşmaya varmış olsalar, ev paylaşımında payların ne kadar olduğu belirtilmiş ise bu taksim geçerlidir.⁴⁰¹ Çünkü her bir mirasçının paylaşırma ve satım sonucunda elde ettiği şey kendisi tarafında bilinmektedir. Ancak ev taksiminde paylar belirtilmemişse, her birinin alacağı pay belirli olmadığından bu

³⁹⁷ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 18.

³⁹⁸ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 45.

³⁹⁹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 45.

⁴⁰⁰ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 45.

⁴⁰¹ Serahsî, *Mabsût*, XV, 26.

taksim caiz olamamaktadır.⁴⁰² Çünkü burada bir belirsizlik vardır ve bu belirsizlik tarafları anlaşmazlığa götürür. Daha önce de belirttiğimiz üzere tarafları anlaşmazlığa götüren akit de geçerli olmaz.

Taksim konusundaki bir diğer belirsizlik örneği ise bir evde ortak olan iki kişinin başka bir evde de payları bulunmuş olsa ve ortaklardan birisi o evi, diğeri de bir parçasına sahip oldukları evdeki paylarını alsa, diğer evdeki paylarını belirtmeseler; bu paylaşırma bilinmezlik içermesi sebebiyle geçerli olmamaktadır.⁴⁰³ Şu da var ki, taraflardan birisi bu payları bilip diğerinin paylardan haberi olmaz ise paylaşırma yine geçersiz olmaktadır.⁴⁰⁴ Çünkü bilinmezlik içeren bir husus varsa orada gerçek rıza ortaya çıkmaz, hem aldanma şüphesi ortaya çıkar hem de zarar görme ihtimali doğar. Dolayısıyla tüm bunlar İslam hukukunun temel ilkelerine ters olduğundan bu paylaşırma geçersiz sayılmıştır.

Bir başka belirsizlik örneği ise hayvanın karnındaki yavrunun paylaşırılması hususudur. Hayvanın karnındaki yavru hiçbir şekilde paylaşırılamaz. Çünkü bunda zarar ve belirsizlik vardır.⁴⁰⁵ Ayrıca malların paylaşırılmasındaki asıl gaye paylaşırılan şeyi ele geçirmek olduğundan ana karnındaki hayvan için bu düşünülemez. Çünkü ortaklardan her biri hayvan doğum yapmadan kendi payını alamaz. Şunu da özellikle belirtmek gerekir ki ortaklar karşılıklı rıza ile bu paylaşırımı yapmış olsalar dahi bu geçerli değildir.⁴⁰⁶

2.2.7. Kira Akdinde Açıklık İlkesi

Kira akdi insanların ihtiyacından dolayı kıyasa aykırı olarak istihsanen meşru kılınmıştır. Kira akdinde kiralama yapılırken ne için kiralandığı ne kadar ücretinin olacağı, ücretin nerede teslim edileceğinin belirtilmiş olması da gerekir. Bunların bilinmesi taraflar arasında meydana gelebilecek tüm anlaşmazlıkların önüne geçmeyi sağlar. Misal olarak bir hamam kiralamak isteyen kişi hem erkek hem de kadınlar hamamı olan kimseden hamamı kiralamak istese ve kira akdinde yalnızca hamam olarak

⁴⁰² Serahsî, *Mebûsât*, XV, 26.

⁴⁰³ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 28.

⁴⁰⁴ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 28.

⁴⁰⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 54.

⁴⁰⁶ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 54.

belirtmiş olsa bu kiralama geçersizdir.⁴⁰⁷ Çünkü hangi hamamı kiraladığı belirsizdir ve satıcı başka bir şey, kiralayan başka bir şey diyebilir. Dolayısıyla bu bilinmezlik sebebiyle taraflar arasında anlaşmazlık meydana gelebilir. İslam literatüründe hamama girmenin dini hükmüyle alakalı çeşitli rivayetler vardır.⁴⁰⁸ Ancak bu tartışmalar, hamamı kiraya vermenin cevazını doğrudan etkilemez; ev ve dükkânlardan kira geliri elde etmekte bir sakınca olmadığı gibi hamamın gelirinden de yararlanmakta bir sakınca yoktur. Çünkü hamamlar dinen mubah bir şekilde yararlanılan ayndır. Kiralardaki temel prensip de yararlar var olan aynlar gibidir.⁴⁰⁹

Bir başka bilinmezlik örneği ise bir kimse akşama kadar giymek üzere bir elbise kiralasa, bu elbiseyi de kimin giyeceğini belirtmese bu kiralama caiz değildir. Çünkü burada bir belirsizlik vardır ve o belirsizlik de elbisenin kimin giyeceğinin bilinmemesidir. Çünkü elbisenin giyilmesi, kişilere ve giyilen elbiseye göre değişiklik gösterir. Akit sırasında giyilecek elbiseyi belirtmemek akdi geçersiz kıldığı gibi giyecek kişiyi de belirtmemek aynı şekilde akdi geçersiz kılmaktadır.⁴¹⁰

Görüldüğü üzere borçlar hukukunda bir akit yapılırken insanların zihinlerinde şüphe oluşturacak her türlü kapalılık ve bilinmezlikten uzak durulması gerektiğini Serahsî bize örneklerle izah etmiştir. Burada dikkat çekmemiz gereken husus, Serahsî'nin bu tür belirsizliklerden söz ederken cehalet lafzını kullanmasıdır. Bundan da anlaşılıyor ki insanların almak istedikleri malda onların rızasına gölge düşürecek her türlü bilgisizlik aslında alışverişi hükümsüz hale getirebilmektedir. Dolayısıyla alışverişlerde ve diğer borç ilişkilerinde açıklık ve şeffaflık temel bir hukuk prensibi olarak önem taşımaktadır.

⁴⁰⁷ Serahsî, *Mabsût*, XV, 157.

⁴⁰⁸ İbn Hanbel, VI, 140.

⁴⁰⁹ Serahsî, *Mabsût*, XV, 132, 136, 140, 150, 156.

⁴¹⁰ Serahsî, *Mabsût*, XV, 165.

3. Dürüstlük İlkesi

3.1. İslam Borçlar Hukukunda Dürüstlük İlkesi

İnsanlar toplu halde yaşayan, birbirine daima muhtaç olan, gıda için tarıma giyinme için dokuma ve tekstile, barınma için ev ve inşaata ihtiyaç duyan bunun yanında daha birçok ihtiyacını tek başına karşılayamayıp yardımlaşmak zorunda kalan, alışveriş yapan, bu alışverişleri için çeşitli ölçü aletleri kullanan, dinin ve ahlakın gereği olarak da bu ölçü aletlerini karşı tarafa haksızlık yapmamak için en doğru şekilde kullanması istenen bir varlıktır. Bunun için de insanlar birbirleriyle sürekli iletişim ve ilişki içinde olmuşlar, temel ihtiyaçlarını karşılayabilmek için başkalarıyla çeşitli borç ilişkisi kurmuşlardır. Hukukun amacının taraflar arasında meydana gelebilecek anlaşmazlıkların önüne geçmek olduğunu biliyoruz. Aynı zamanda ticari ilişkilerde karşılıklı rızanın olması,⁴¹¹ buna bağlı olarak rızayı sakatlayan unsurların yasaklanması, insanlar arasında dürüstlük ve açıklık ilkesinin hâkim kılınmak istenmesi demektir.⁴¹²

Aslında insanlar arasında meydana gelebilecek nizâyı önlemek, dürüstlük ve açıklık ilkesini hâkim kılmayı amaç edinmek, sadece İslam hukukunun değil bütün hukuk sistemlerinin ortak amacıdır. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun "Dürüst Davranma" alt başlıklı ikinci maddesinde "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır." ilkesine yer verilmiş, devamında da "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." kuralı getirilmiştir.⁴¹³ Şunu da belirtmek gerekir ki, belli kalıplara sokulmuş olan hukuk kurallarının kişilere tanıdığı yetki olduğu gibi kullanıldığında, hukukun gözettiği ve korumak istediği temel amaçların ihlal edilmesi veya diğer kişiler ve toplumlar için katlanılması güç olan sonuçlar doğabilmesi ihtimalidir. Ticari hayat, dürüstlüğün yanında merhameti ve ahlakı da içinde barındırır. Çünkü sosyal hayatın devamı, toplumdaki bireylerin yardımlaşma ve iş birliği yapması ticaretle mümkün olmaktadır.

Biz burada hem rıza ilkesine hem de irade ile irade beyanı arasındaki uyuma aykırı olan, öte yandan akitlerde dürüstlük ilkesini de ihlal eden aynı zamanda ahlak ve merhameti içinde barındıran konuları ele alacağız.

⁴¹¹ Nisa, 4/29

⁴¹² Saffet Köse "Hile" *DİA*, XVIII, s. 28.

⁴¹³ Bkz. Türk Medeni Kanunu md. 2.

3.1.1. Hile

Sözlükte “çare, maharet, kurnazlık” gibi anlamlara gelen hile, bir şahsı hukukî işlem yapmaya sevk etmek, onda istenen yönde bir irade beyanında buldurmak veya zaten yanlış olan kanaati karşı tarafa yaptırmak olarak ifade edilir.⁴¹⁴ Senhûrî hileyi “Taraflardan birinin diğerini sözleşmeye ikna edecek şekilde hataya düşürmektir.” şeklinde tanımlarken, Zerkâ, “Taraflardan birinin diğerine sözlü veya fiili davranış sebebiyle –ki o fiili davranış olmasaydı diğer taraf akde razı olmayacaktı- akde razı etmesidir.” diye açıklamıştır.⁴¹⁵

İslam hukukçuları hileyi tağrîr, tedlis, gîşş başlıkları altında ele almakla beraber bunun yanında murâbaha, tevliye ve istirsâl başlıkları altında da incelemişlerdir.⁴¹⁶

Kur’an’ı Kerim’de karşılıklı ilişkilerin rızaya dayanması, akitlerde temel ilke olarak kabul edilmiştir.⁴¹⁷ Ferdin kendi özgür iradesiyle karar vermesini engelleyen hile, ikrah gibi iradeyi ve rızayı sakatlayan hususlar yasaklanarak açıklık ilkesinin akitler üzerinde hâkim kılmak istenildiğini daha önce de ifade etmiştik. Günümüz hukukçularından Zerkâ, hilenin asıl çerçevesini hadislerden aldığını ifade etmiş, buna örnek olarak da Hz. Peygamber’in şu hadisini zikretmiştir: “Alışveriş yaptığın zaman şunu söyle: “Hile yapmak yok, üç günlük muhayyerlik hakkım var.”⁴¹⁸

Zerkâ bu hadisin iki ana fikir beyan ettiğini, bunlardan ilkinde alışverişte her türlü hilenin yasaklanmış olduğu, aldatılan kimsenin de üç gün muhayyerlik hakkına sahip olup üç gün dolduktan sonra isterse malı alıp isterse vazgeçebileceğini belirtmiştir.⁴¹⁹ Hadisten çıkan ikinci ana düşüncenin şart muhayyerliği olduğunu ifade eden Zerkâ, “Akitte şart beyan etmek, hile, aldatma gibi şer’an yasaklanmadığı ve her

⁴¹⁴ Köse “Hile” s. 28; Abdüsselam Arı, “Fıkıh Açısından Sözleşmelerde Karşı Tarafı Yanıltma (Hile)”, *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, İstanbul, Sayı 1, 1999, s. 247-248; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 8.

⁴¹⁵ Senhûrî, *Mâsâdiru'l-hak*, II, s. 146; Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Fikhü'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedid: medhalu ila nazariyyeti'l-iltizam fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dimeşk: Daru'l Fikr, 1967, I, s. 374.

⁴¹⁶ Köse “Hile” s. 28, Arı, “(Hile)”, s. 248

⁴¹⁷ Nisâ, 4/29

⁴¹⁸ Zeyla'î, *Nasbü'r-râye* IV, s. 6; İbn Hacer el-Askalânî, Ahmed b. Ali, *ed-Dirâye fî tahrîci ehâdîsi'l-Hidâye*, nşr. Abdullah Hâşim el-Yemânî, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts., II, s. 148; ayrıca bkz. Ebû Dâvud, “Buyû” 68 (وإذا بايعت فقل: لا خلافة" فكان الرجل إذا بايع يقول: لا خلافة)

⁴¹⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 376.

akit yapan da şart koymak mecburiyetinde olmadığı için bu hakkı kim talep ederse onun lehine sabit olur” demiştir.⁴²⁰

3.1.1.1.Hile ile Diğer İrade Ayıpları Arasındaki Farklar

Hile taraflar arasında bilerek veya bilmeyerek meydana gelen hatadan dolayı ortaya çıktığı için hataya göre daha objektiftir. Bu durumu Abdusselam Arı şu şekilde açıklamıştır:

Hata insanın iç dünyasında meydana gelen psikolojik bir olay olup ispatlanması zordur. Ancak karşı tarafı aldatmak için yapılan vasıtalar maddi şeyler olduğu için hilenin ispatlanması daha kolaydır. Bu nedenle hile objektif, hata ise subjektif olması hasebiyle hile hatadan daha öncelikli konumdadır.⁴²¹

3.1.1.2.Hilenin Çeşitleri

Hilede karşı tarafı aldatmak için ya akdin diğer muhatabı ya da üçüncü bir şahıs karşı tarafı aldatmaya yönelik çeşitli vasıtalar kullanır. Kullanılan vasıtaya göre hile fiili, sözlü ve susma şeklinde olmak üzere üç kısma ayrılabilir.⁴²² Aynı şekilde Zerkâ, Hz. Peygamberin sünnetinde yasaklanan hususun, hilenin apaçık ortaya çıkacağı üç şey olduğunu belirtir ve bunları şu şekilde sıralar: Hıyanet, tenacüş ve tağrir.⁴²³

Biz burada Zerkâ'nın yapmış olduğu taksimi kullanmakla beraber aynı zamanda ahlakî bir zafiyet olan müstersil, telakki'r-rukân, borcun geciktirilmesi ve düşük fiyata satın almak başlıklarını da eklemeyi uygun görüyoruz.

3.1.1.2.1. Hıyanet

Taraflar arasında yapılan satım akdinde satıma konu olan malın maliyet fiyatı önemli yer tutmaktadır. Alıcı, satın alacağı malın fiyatı üzerinden karşı tarafla anlaşma yapar. Güven esasına dayanan bu anlaşmada satıcı, malın fiyatı hakkında karşı tarafı doğru

⁴²⁰ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 376

⁴²¹ Arı, “(Hile)”, 248.

⁴²² Karadâğî, *Mebde'ür-rızâ fi'l-ukûd*, I, s. 606.

⁴²³ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 377.

bilgilendirmesi gerekmektedir. Buradaki amaç ticari konularda tecrübesi ve kabiliyeti olmayan kişilerin zarar görmesinin önüne geçmeye çalışmaktır.⁴²⁴ İslam borçlar hukukunun temel ilkelerinden birinin dürüstlük olması hasebiyle, yalan söylemek dahi hile içerisinde kabul edilmiştir. Bununla beraber satıcının sadece malın maliyet fiyatı hakkında değil, mal hakkında karşı tarafın kafasında yer edinmiş olan bütün belirsizlikleri kaldırmış olması da gerekir. Bütün bunlara rağmen satıcı, malın fiyatı ve özellikleri hakkında yalan beyan verirse hile meydana gelmiş olur.⁴²⁵

İslam hukukçuları hıyaneti daha çok emanet satışlarında dile getirmişlerdir.⁴²⁶ Emanet, “Bir kimsenin yanında bulunan başkasına ait malın hukukî konumunu ifade eden fıkıh terimidir.”⁴²⁷ Satım akdinde kar oranı ya da satılan malın sermayesi hakkında bir beyan olmaksızın taraflar arasındaki görüşmeler iki taraf arasında pazarlık şeklinde gerçekleşebilir. Bu satış şekline, pazarlık yoluyla yapılan satış yani bey’ul musâveme adı verilmiştir. Ya da satılan malın sermayesine/maliyetine göre semen belirlenirse buna bey’ul emâne adı verilir.⁴²⁸ Bey’ul-emanet’ güvene dayanan satış türüdür. Böyle bir satış türünde güvene dayalı bir problemin oluşması, hıyanetin varlığını ortaya çıkaracaktır.

Emanet esasının söz konusu olduğu satışlarda fiyatı veya maliyet üzerine belli bir kâr yapılarak bir tür güven esasına dayalı satım sözleşmesi yapılmasına murâbaha,⁴²⁹ hiç kar edilmeyip maliyetine satılıyorsa tevliye,⁴³⁰ maliyetinden daha aşağıda yani bir miktar zarar edilerek yapılan satışa ise vedia adı verilir.⁴³¹

Maliyet fiyatları hakkında yalan beyanla yapılan bir sözleşme sahih olmakla beraber müşterinin zarar görmesi hasebiyle bu sözleşmeyi feshetme veyahut yalan beyan edilen miktarı düşürme hakkı vardır. İşte bu muhayyerliğe hıyaru’l-hıyane adı verilmektedir.⁴³²

⁴²⁴ Arı, “(Hile)”, 256.

⁴²⁵ Arı, “(Hile)”, 256. Karadâgî, *Mebde ’ür-rızâ fi ’l-ukûd*, I, s. 655.

⁴²⁶ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 377

⁴²⁷ Hamza Aktan “Emanet”, *DİA*, XI, s. 83.

⁴²⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 377.

⁴²⁹ İbrahim Kâfi Dönmez, “Murâbaha” *DİA*, XXXI, s. 148.

⁴³⁰ İsmail Cebeci “Tevliye”, *DİA*, XLI, s. 39.

⁴³¹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 377.

⁴³² İsmail Cebeci, “Vadîa”, *DİA*, XLII, s. 418-419.

Aynı şekilde yalan beyan semenin sıfatında veya miktarında meydana gelse İslam hukukçuları bu konuda müşterinin ya malı anlaştıkları fiyata satın alma hakkı ya da feshetme hakkının olduğunu söylemişlerdir.⁴³³

3.1.1.2.2. Tenâcüş

Tenâcüş veya neceş, alım kastı bulunmaksızın üçüncü kişilerce sanki mala rağbet varmış gibi yüksek fiyat vererek müşteriyi aldatmaya yönelik durumdur.⁴³⁴ Tenâcüş, İslam hukukçularına göre rızayı ayıplı kılmakla beraber eğer fahiş gabine yol açmışsa müşteriye akdi iptal hakkı verir.⁴³⁵ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, Hanefilerde tenâcüş rıza ayıplarından sayılmaz ve akde de zarar vermez.⁴³⁶

Neceşin hukukî işlemlere etki edip etmemesi konusu İslam hukukçularınca tartışma konusu olmuş, hukukî işlemlere etki etse de bu etkilerin neler olacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Hanefi ve Şafii mezhebinde neceşin sözleşmeleri hiçbir etkisi yoktur görüşü benimsenmiştir. Sözleşmelerde aslolan anlaşılan fiyat üzere yapılmasıdır. Neceşin ne asıl ne de vasıfla ilgisi bulunmamasından dolayı sözleşmeyi etkilemesi düşünülemez.⁴³⁷

Malikilerde eğer satım konusu malın fiyatında bir aldatma varsa ve bu aldatma gabn-ı yesir ise bir problem görmezken eğer gabn-ı fâhiş söz konusuysa alıcının sözleşmeyi feshedebilme hakkı vardır.⁴³⁸

Tüm görüşler incelendiğinde neceşin sözleşmeyi feshedebilme hakkı vermesi akitlerde rıza ilkesinin korunmasıyla açıklanmaktadır. Çünkü taraflar arasında aslolan durumun dürüstlük ve açıklık olması, neceşin ise bir hile unsuru olması ve alıcının gerçek rızasının önüne geçmesi kanaatimizce bir aldatmadır ve durum akdin iptalini gerektirir.

⁴³³ Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'* V, s. 225

⁴³⁴ Cengiz Kallek, "Müzayede", *DİA*, XXXII, s. 257; Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 377; Neceş, avcılık fiillerinden biri olup av hayvanını yakalamak ve onu tuzağa düşürmek için tuzağın yerini bir yerden başka yere alıp hayvanı heyecanlandırıp ürkütmek için kullanılan fiildir. Bkz. İbn Manzûr, *Lisânü'l-'Arab*, VI, s. 351.

⁴³⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 378. İbn Kudâme, *eş-şerhu'l-kebîr (el-Muğni' içinde)*, IV, s. 79.

⁴³⁶ İbn Âbidîn, *Hâşiye reddü'l-muhtâr*, V, s. 143.

⁴³⁷ Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, V, s. 233, Ebû İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf eş-Şirâzî, *el-Mühezzeb fi fikhi'l imam eş-şâfi'*, Beyrut: Daru'l Kütübi'l İlmiyye, ty. II, s. 61.

⁴³⁸ İbn Rüşd *Bidâyetu'l-müctehid*, II, s. 155.

3.1.1.2.3. Aldatma (Tağrîr)

Sözlükte “aldatmak, tehlikeye atmak” anlamına gelen tağrîr, hukuk terminolojisinde taraflardan birinin diğerini aldatması ya da iki taraftan birinin diğerine akdi sevdirmek için yalan beyanda bulunması olarak tarif edilmiştir.⁴³⁹ Tağrîr iki kısma ayrılır.

i. Fiili Aldatma

Karşı tarafı sözleşme hakkında yanlış bilgi vererek hataya düşürme ve onu sözleşme yapmaya sevk etme olarak tarif edilen fiili aldatma, iki kısma ayrılır.⁴⁴⁰ Biz bu konuda Buhûti’yi metodunu izleyerek maldaki ayıbı ayıpsız gibi gösterme ve malı üstün nitelikli gösterip fiyat arttırma başlıklarında ele alacağız.⁴⁴¹

- Maldaki ayıbı gizleyip ayıpsız gibi gösterme

Günümüzde fiili aldatmaya örnek vermek gerekirse pazarlarda güzel, kusursuz meyvelerin en üste konulması ve ondan daha düşük müşterinin ilgisini çekmeyecek türde olanların alt kısımda yer alması, müşteriye sanki kusursuz malları satıyormuş gibi sunulup poşete kusurlu malların konulması fiili aldatmaya en güzel örnek niteliğindedir. Aynı şekilde ikinci el arabaların müşteriye daha az kullanılmış olduğu hissini vermesi için kilometrelerinde oynama yapma, eski bir elbiseyi boyayıp yeni gibi gösterme, arabalardaki çizikleri boyayıp kusursuz gösterme gibi durumlar verilebilecek başka örneklerdir.⁴⁴² Bu aldatmalardan zarar gören taraf şayet bunlardan haberdar olsaydı belkide sözleşme yapmayacak mal için belirlenen fiyatı ödemeyecekti. İşte böyle durumlarda akde etki eden fiili aldatma söz konusu.⁴⁴³

İslam hukukçularının hepsi ayıbın gizlenmesinin gizlenen taraf için akdi iptal hakkı verdiğini, bu da ayıp muhayyerliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda hemfikirdir. Yani ya akit feshedilir ve yahut alınan mal iade edilir.⁴⁴⁴

⁴³⁹ İbn Manzûr, *Lisânu'l Arab*, “ğrr” md. V, 11, Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 379.

⁴⁴⁰ Karadâği, *Mebde'ü-rızâ fi'l-ukûd*, I, 606-607, Subhi Mahmesânî, *en-Nazariyyatü'l-amme li'l-mücebât ve'l-ukûd*, Beyrut: Dâru'l-İlm li'l-Melâyin, 1983, I-II, s. 426

⁴⁴¹ Buhûti, Mansûr b. Yûnus, *Keşşâfü'l-kınâ' 'an metni'l-İknâ'*, I-VI, Beyrut: Âlemü'l-Kütüb 1983, III, 213

⁴⁴² Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 380, Arı, “(Hile)”, s 250

⁴⁴³ Arı, “(Hile)”, s. 250

⁴⁴⁴ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 384

- Malı üstün nitelikli gösterip fiyat arttırma

Bu tür aldatmaların en meşhur örneği “musarrat” hadisi diye bilinen deve, keçi, koyun gibi hayvanların memesini bağlayıp birkaç gün bekleterek sanki hayvan çok sütlüymüş gibi satışa sunmaktır. Bu duruma “tesriye” hayvana da “musarrah” denilmektedir.⁴⁴⁵

Bu hususta İslam hukukçuları iki görüş belirtmektedir. Cumhur aldatmadan zarar gören taraf isterse anlaştıkları miktarı kabul edip fiyatı öder isterse anlaşmayı iptal eder. Bu görüş sahipleri Şafii, Ahmed b. Hanbel ve Ebu Yusuf’tur. Onlar delil olarak Ebu Hureyre’nın rivayet ettiği şu hadisi göstermişlerdir: “Sütünü çok göstermek için deve ve koyunların memelerini bağlamayınız. Kim bunları satın alıp sütünü sağarsa onun için iki muhayyerlik vardır. Beğenirse hayvanı yanında tutar beğenmezse bir sa’ hurmayla birlikte hayvanı geri verir.”⁴⁴⁶

Ebu Hanife ve İmam Muhammed’e göre her ne kadar ortada bir aldatma da olsa sözleşme bağlayıcı kabul edilir ve zarar gören taraf aldatmadan meydana gelen fiyat farkını karşı taraftan isteme hakkına sahip olur.⁴⁴⁷ Burada şu hususu belirtmek gerekir ki, Hanefilerde gabn, başlı başına bir fesih sebebi değildir. Aynı zamanda muhayyerlik sebebi de değildir. Hanefilerde esas alınan görüş eğer gabnla beraber tağrir de söz konusuysa o zaman müşteriye muhayyerlik hakkı doğar.⁴⁴⁸ Ebu Hanife burada tasriyeyi akdi etkileyen bir ayıp olarak görmemekte ve sözleşmede bir aldatma olmadığı kanaati taşımaktadır. Ebu Hanife’ye göre ayıpsızlık durumunda taraflar, yaptıkları akde sadık kalma durumundadırlar. Aldatmaya maruz kalan kişi, satıcının mallarına olan ilgiyi arttırmak için çeşitli hileye başvuracağını bilmesi gerekir. Eğer bunu tahmin etmiyorsa bu kendi zafiyetidir.⁴⁴⁹ Zerkâ ise Ebu Hanife’nin meseleye yaklaşımına şöyle bir yorum getirmektedir:

Benim kanaatim, Ebu Hanife’ye ait bu görüşün, memeyi bağlayıp sütü biriktirmeye rağmen koyunun âdeten yeterli miktarda sütünün olduğu ve onu bağlamanın koyunu daha sütlü göstermek amacıyla yapıldığı

⁴⁴⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 381; Arı, “(Hile)”, s. 251

⁴⁴⁶ Buhârî, Müslim, Ebû Dâvud

⁴⁴⁷ İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, V, 44; Mahmesânî, *en-Nazariyyât*, I-II, 426

⁴⁴⁸ Mahmesânî, *en-Nazariyyât*, I-II, 435, 437.

⁴⁴⁹ Arı, “(Hile)”, s. 252.

takdirde sözleşme iki taraf için de bağlayıcıdır, şeklinde anlaşılması gerekir. Ancak hayvan sağılıp da adeten sütlü denilebilecek miktarda hayvanın göğsünde süt birikmediği ortaya çıkarsa şüphesiz Ebu Hanife de sözleşmenin feshedilmesine hükmetmesi gerekir. Çünkü aldatmadan dolayı ortaya çıkan fiyat farkını talep etme hakkını vermesine rağmen, bizatihi bir vasfın yokluğunda Ebu Hanife'nin alıcıya vermiş olduğu muhayyerlik hakkı ilkesine ters düşer. Zira Ebu Hanife dolaylı veya dolaysız şart koşulan bir vasfın eksikliği durumunda bundan zarar gören tarafa muhayyerlik hakkı vermektedir. Şüphesiz tasriyeden anlaşılacağı üzere hayvanın sütlü olması açıkça ortaya konmuş güçlü bir şarttır. Ebu Hanife mezhebinin kaidelerinden biri de “Örfen bilinen şey açıkça şart koşulmuş gibidir.” kaidesidir. Şüphesiz her müctehidin mezhebinin kaideleri ondan rivayet edilen mücmel ve mutlak görüşlerin yorumunda mezhebindeki kaideler hakem kabul edilmelidir.⁴⁵⁰

Arı, ortaya konulan tüm bu görüşleri tahlil edip Zerkâ'nın tespitinin isabetli olduğunu belirtip, bu görüşün hem cumhurla Ebu Hanife'nin görüşünü yaklaştırdığını, hem de aldatma sebebiyle zarar gören tarafın iradesine saygı gösterildiğini söylemiştir.⁴⁵¹

ii. Sözlü Aldatma

Zerka, sözlü aldatmayı fiyatta aldatma olarak ele almış ve satıcının “Böyle fiyata bunun gibisini bulamazsın, filan kişi şu kadar verdi ama satmadım.” gibi ifadeler olarak belirtmiştir.⁴⁵²

Konumuzun sınırları doğrultusunda aldatmayla bağlantısından dolayı gabn hakkında da bilgi vermek gerektiğini düşünüyoruz.

Sözlükte bir şeyin değerini düşürmek, eksiltmek anlamına gelen gabn, terim olarak “İki taraflı akidlerde karşılıklar arasındaki, özelde ise satım akidinde satılan şeyle fiyatı arasındaki değer yönünden farklılık ve denksizliği ifade eder.”⁴⁵³

Miktar bakımından gabn, İslam hukukçularınca fâhiş ve yesir olarak iki gruba ayrılmıştır. Gabn-ı fâhiş malın fiyatında kaçınılması mümkün ve hatta gerekli olan bir

⁴⁵⁰ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s.383; Arı, “(Hile)”, s. 253.

⁴⁵¹ Arı, “(Hile)”, s. 253.

⁴⁵² Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 383.

⁴⁵³ Ali Bardakoğlu, “Gabn”, *DİA*, XIII, s. 268,

farklılığın bulunması, fiyatın mutad farklılığın sınırının dışında kalması şeklinde tarif edilmiştir. Gabn-ı yesir ise kaçınılması mümkün olmayan, insanlar arasında önemsenmeyen farklılıklar olarak tarif edilir.⁴⁵⁴ Belirtmek gerekir ki hukukçular arasında ihtilafli olan konu gabn-ı yesir değildir. Çünkü gabn-ı yesirden zaten kurtulmak mümkün değildir. Dolayısıyla ihtilaf meselesi gabn-ı fâhiş konusunda ortaya çıkmaktadır.⁴⁵⁵ Gabn-i fahiş konusunda da mecellede de belli oranlar belirtilmiştir. Mecelle'ye göre ticaret mallarında %5 olan aldatılma oranı, hayvan satışlarında %10, taşınmaz mal satışlarında da %20'dir.⁴⁵⁶

Yukarıda da belirttiğimiz üzere eğer aldatma gabn-ı fâhişe götürürse aldatılan taraf için akdi feshetme hakkı doğar. Çünkü alıcının rızası ortaya çıkan aldatma sebebiyle gerçek rızayı ortaya çıkarmamaktadır. Temel prensiplerden birinin de rıza olması hasebiyle bu anlaşma feshedilmektedir.⁴⁵⁷

3.1.1.2.4. Müstersil

Sözlükte güvenme, eman verme, kaynaşma, ülfet anlamına gelen istirsâl, satım konusu olan bir mal hakkında satıcının malın fiyatı hakkında bir bilgiye sahip olmaması, karşı tarafa güvenerek ondan satıma konu olan malı piyasadaki fiyatı üzerinden almasını istemesidir.⁴⁵⁸ Bu şekilde akit yapan kişiye müstersil denilmekte olup Zerkâ, Malikilerin Müstersili “alıcı veya satıcı, karşı tarafa teslim edeceğe malın fiyatından habersiz (cahil) olup, karşı taraftan satıma konu olan malı kendine piyasa fiyatı üzerinden satmasını veya kendisinden almasını isteyip karşı tarafa güvenen” şeklinde tanımladığından söz eder.⁴⁵⁹

Kur'an-ı Kerim'de satım akdiyle ilgili böyle bir ayrıntı yer almamakla birlikte, Hz. Peygamber müstersilin fiyat konusunda yanlışlığa düşürülüp aldatılmasını bazı

⁴⁵⁴ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 143; Bardakoğlu, “Gabn”, s. 269, Zerkâ, *el-Medhal*, s. 378, İsfahâni, *Müfredât*, s. 602, ayrıca bu konudaki miktarlar için Mecelle md. 165.

⁴⁵⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 378.

⁴⁵⁶ Mecelle, 165.

⁴⁵⁷ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 383

⁴⁵⁸ İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, XI, s. 283, Cengiz Kallek, “İstirsâl”, *DİA*, XXIII, s. 375, Karadâğî, *Mebdeu'r-rıza fi'l-ukud*, 652-653.

⁴⁵⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 388-389.

rivayetlerde zulüm ve haram, bazı rivayetlerde ribâ ve haksız kazanç olarak bildirmiştir.⁴⁶⁰

İstirsâl akdinin gerçekleşmesi için bazı şartların oluşması gerekmektedir. Bu şartlar: Pazar fiyatlarını taraflardan birinin bilmemesi, -şayet bilecek olursa istirsâl akdi gereksiz olur- belirlenen fiyatın pazarlıksız kabul edilmesi ve karşı tarafa güvenilmesidir.⁴⁶¹ Bu şartlara ek olarak Hanbeli mezhebinin cumhurdan farklı şekilde müstersil kavramını işlediğini de görmekteyiz. Hanbelilerin müstersilin karşı tarafa fiyatları bilmeyip ona güvendiğini söyleyen manasını değil, bilgisiz, pazarlık yapmadan karşı tarafa teslim olma anlamına gelen İstislâm manasını aldıkları görülmektedir.⁴⁶²

İslam borçlar hukukunun tarafların yapacağı akitlerde karşılıklı rızayı esas alması, dürüstlük ve açıklığı anlaşmalarda ilke olarak belirlemesi, istirsâl akdinin de karşılıklı rıza ve güven esasına dayanması bu akdi caiz kılan unsur olmuştur. Ancak hukukçular bu akdi caiz görmekle beraber, ortaya çıkacak güven zedelenmesi, yalan beyan, aldatma gibi hususlarda farklı görüşler dile getirmişlerdir.

Hanbeli mezhebinde istirsâl akdinde meydana gelecek olan zarar, eğer gab-i fâhiş derecesinde ise zarara gören taraf için muhayyerlik hakkı meydana gelir. İsterse malını geri alır isterse söylenen fiyata satar.⁴⁶³

Maliki mezhebinde akitte meydana gelen gabn, bilgisizlik ve güvensizlikten meydana gelecek olursa bu fesih sebebidir.⁴⁶⁴ Çünkü bir bilgisizlik var ve bu bilgisizlik malın fiyatı hakkında ise sözlü bir aldatma meydana gelmiş ve akitte tarafların rızası ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla rızanın ortadan kalkması akdin işlevsiz hale gelmesine sebep olur.

Hanefi ve Şafii mezhebi ise istirsâl akdinde meydana gelen gabn-ı bir aldatma olarak görmezler. Onların bu görüşü, kişinin satacağı veya alacağı mal için önceden

⁴⁶⁰ Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Huseyn, *es-Sünenü'l-kübrâ*, thk. Abdülkâdir Atâ, I-XI, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003, V, s. 571, Taberânî, Süleymân b. Ahmed, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, thk. Hamdî Abdülmeccid es-Selefi, I-XXV, Kahire: Mektebetü İbn Teymiyye, ts., VIII, s. 126; Kallek, "İstirsâl", s. 375.

⁴⁶¹ Muhammed Bahrülulûm, *Uyûbü'l-irâde fi ş-şeriatü'l-İslâmiyye*, Beyrut: Dâru'z-Zehrâ, 1984, s. 617, Karadağı, *Mebdeu'r-rıza fi'l-ukud*, 652-655.

⁴⁶² Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 388-389.

⁴⁶³ Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kına*, III, s. 212.

⁴⁶⁴ Bahrülulûm, *Uyûbü'l-irâde*, s. 619; Kallek, "İstirsâl", s. 376

araştırma yapması, bu konu hakkında kendisine zarar verebilecek hususlarda bilgi sahibi olması gerektiği, bunlardan habersiz olup yapmış olduğu akitte gabna maruz kalması kendi kendini aldatması olarak değerlendirmelerinden kaynaklanmaktadır.⁴⁶⁵

3.1.1.2.5. Telakki'r-rukbân

Şehirde mal satmak için yola çıkan grupların şehre girmeden alıcıların onları karşılayarak onların mallarını satın alması demektir.⁴⁶⁶ Simsar diye adlandırılan bu tür alıcıların amaçlarını fukaha iki açıdan değerlendirmiştir. 1) Piyasa fiyatını bilmeyen satıcıdan malı alarak daha ucuza getirmek. 2) Gıda ürünlerinin tamamını satın alarak stok yapıp dilediği fiyata satmak.⁴⁶⁷ Peygamberimiz ticaret kabilelerinin veya satıcıların yolda karşılanıp mallarının alınmasını yasaklamıştır.⁴⁶⁸

Hanefi mezhebi bu tür satışın hukuken geçerli olduğunu ancak dinen mekruh görüldüğünü ifade etmiştir.⁴⁶⁹ Şafii ve Hanbelilere göre ise bu satış türü haram olup ancak haram olması için belirli şartların bulunması gerektiğini ifade ederler. Onlara göre bu şartlar; üretici pazar fiyatlarından habersiz olacak, malı satmak için getirmiş olacak, halkın da eğer bu mal gününde satılmazsa sıkıntıya düşme ihtimali olacak. Eğer bu şartlar sağlanıyorsa o alışveriş haram hükmünde kabul edilmiştir.⁴⁷⁰

3.1.1.2.6. Borcun Geciktirilmesi

Borçlu olan kişinin borcun zamanı geldiği halde alacaklının onu talep etmediği, sıkıştırmadığı durumlarda kendisine tanınan bu imtiyazı istismara uğratıp borcu keyfi olarak uzatma durumu olarak ifade edeceğimiz bu başlık hukuk terminolojisinde temerrüd olarak ifade edilir.⁴⁷¹

İslam hukukçularının çoğunluğu, imkânı bulunduğu halde borcunu ödemeyen şahsın hapsedileceğine hükmetmişlerdir.⁴⁷² Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki

⁴⁶⁵ Bahrülulûm, *Uyübü 'l-irâde*, s. 618, Semerkandî, *Tuhfetü 'l-fukahâ*, II, s. 108; Cengiz Kallek, "İstirsâl", s. 376.

⁴⁶⁶ Kallek "İhtikâr", s. 563; Karaman, *İslam Hukuku*, II, s. 108.

⁴⁶⁷ Karaman, *İslam Hukuku*, II, s. 108-109; M. Cevat Akşit, *İslam'da Ticaret Prensipleri*, İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2011, s. 75.

⁴⁶⁸ Buhâri, *Büyu'*, 68,71-72, Müslim, *Büyu'*, 11, 19, Ebû Dâvud, *Büyu'*, 46, Nesâî, *Büyu'*, 14, 17-18.

⁴⁶⁹ Kâsânî, *Bedâi' u 's-sanâi'* V, s. 129.

⁴⁷⁰ Şirâzî, *el-Mühezzeb*. II, s. 61-63, İbn Kudâme, *Muğnî*, IV, s. 304.

⁴⁷¹ Erturhan, "Ahlakî Esaslar", s. 224.

⁴⁷² Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s.

rivayetlerde Peygamberimizin de borçlu olarak ölen kişinin cenaze namazını kılmadığı belirtilmektedir.⁴⁷³

3.1.1.2.7. Düşük Fiyata Almak

Kıymetinden aşağıya malı almak da bir aldatma çeşididir. Bu husus satıcının saflığından, piyasa fiyatları hakkındaki bilgisizliğinden yararlanıp malın gerçek fiyatının altında almaktır.⁴⁷⁴ Ayetlerde şiddetle yasaklanan bu ticaret biçimi aynı zamanda Medyen kavminin helak olma sebeplerindedir.⁴⁷⁵

Muzdarr akdi bu başlık altında zikredeceğimiz akit türüdür. Bu akit türü satıcının zor anından faydalanıp sattığı malı değerinden düşük bir meblağa almaktır veya kendisinde olan bir malı acil ihtiyacı olan kişiye değer çok daha yüksek fiyata satmasıdır. Daha somut ifade etmek gerekirse hastalığı sebebiyle ilaç kullanması gereken kişi o ilacın sadece bir eczanede bulunması sebebiyle astronomik fiyat vermek zorunda olması bu akit türüne somut bir örnektir.⁴⁷⁶ Bu tür ticari işlemler toplum içinde fırsatçılık kültürünü doğurması hasebiyle Peygamberimiz tarafından da yasaklanmıştır.⁴⁷⁷

3.2.Mebstû'ta Dürüstlük İlkesinin Uygulama Örnekleri

Diğer sosyal ve ekonomik işlerde olduğu gibi borç ilişkisi söz konusu olduğunda da tarafların erdemli davranış ilkesi çerçevesinde hareket etmesi kendilerinden istenen bir durumdur. Ancak şunu özellikle belirtmek gerekir ki, bu durum bir hukuk kuralı olarak benimsenmekten öte hukukun ruhunda barındırdığı temel ilkeler olarak karşımıza çıkar.⁴⁷⁸ Herkes sahip olduğu hakları kullanırken, sorumluluklarını yerine getirirken mutlaka iyi niyet kurallarına uyup dürüstlük prensibine uygun davranmak durumundadır.

Biz burada Mebsut'ta dürüstlük ilkesini barındıran örneklerle yer vermeye çalışacağız.

⁴⁷³ Nesâî, Cenâiz, 67; Ebu Dâvud, Buy'u' 9.

⁴⁷⁴ Erturhan, "Ahlakî Esaslar", s. 225.

⁴⁷⁵ Hûd, 11/84-85

⁴⁷⁶ Azîmâbâdî, Ebü't-Tayyib Muhammed Şemsülhak, 'Avnü'l-ma'bûd şerhu Süneni Ebî Dâvud, I-XIV, thk. Abdurrahmân Muhammed Osmân, Medine: el-Mektebetü's-Selefiyye, 1968, IX, s. 204; Erturhan, "Ahlakî Esaslar", s. 226.

⁴⁷⁷ Ebü Dâvud, Buy'u', 25.

⁴⁷⁸ Nuri Kahveci, *Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku*, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2015, s. 35.

3.2.1. Hile ve Aldatma

İslam borçlar hukukunda dürüstlük ilkesi denildiğinde akla ilk gelen hilenin ortadan kalkması, taraflar arasında herhangi bir aldatmanın olmamasıdır. İslam borçlar hukukundaki esas gaye, taraflar arasında karşılıklı rıza ve güven olduğundan taraflar arasındaki anlaşmazlığa neden olacak herhangi bir ayıp ve kusur satışı mâni olmaktadır. Dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil eden bir durum, “musarrat hadisi” olarak bilinen hadiste belirtilen tasriye meselesidir. Musarrat, satış sırasında, müşterinin rağbetini arttırmak amacıyla sütü bir süre sağılmayan ve böylece hile ile sütü bol gösterilen hayvan (deve, koyun, inek vb.) demektir. Bu işi yapmaya da tasriye denilmektedir. Rasulullah bu hususta “Bir musarratı (müşteriyi aldatmak için sütü sağılmayıp göğsünde biriktirilen) bir hayvanı satın alan kimse (hayvanı kabul veya satıcıya iade etmek hususunda) üç güne kadar serbesttir. Eğer onu iade ederse onunla beraber bir sa’ kuru hurmayı da (sağılan süte karşılık) versin.”⁴⁷⁹ buyurmuştur. Hadiste üç gün muhayyerlik verilmesindeki amacını Serahsi şu şekilde açıklamıştır: “Alıcı ilk gün sütü sağarsa onun biriktirilip biriktirilmediği belli olmaz. İkinci gün de durum birinci günkü gibidir. Ancak üçüncü gün sütün diğer günlerdeki gibi olmadığını anlar ve aldatıldığını, bundan dolayı hayvanı geri iade etmek istediğini belirtir.”⁴⁸⁰ Hadisteki asıl tartışma hususu hayvan geri verilirken bir sa’ hurmanın verilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Şafiler, hurma verilmesi noktasında alıcının akit sırasında var olan sütü tükettiğini, dolayısıyla sütün miktarının bilinmemesinden kaynaklanan bir bilinmezlik durumu ortaya çıktığını söyleyip Peygamberin faizden kaçınmak için hurmayı söylediğini belirtmişlerdir.⁴⁸¹ Burada söylenebilecek bir başka husus Peygamberin hurma vermesindeki asıl maksadın dönemin şartlarını da göz önüne almış olduğudur. Çünkü malumdur ki o günkü şartlarda insanlar arasında tedavülde olan temel gıda maddeleri süt ve hurmaydı. Dolayısıyla Hz. Peygamber de bunu göz önüne alarak böyle bir hüküm vermiştir.⁴⁸²

Hanefilerin musarrat hadisine yaklaşımları Şafilerden farklıdır. Onlar aldatan tarafın alıcının kendisi olduğunu savunmuşlardır. Şöyle ki “Mutlak satışta aslolan malın

⁴⁷⁹ İbn Mâce, Ticaret, 42

⁴⁸⁰ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 38.

⁴⁸¹ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 39

⁴⁸² Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 39

kusursuz olmasıdır” görüşünü benimseyen Hanefilerin, sütün azlığı veya fazlalığını bir kusur görmeyip sütü bir ürün olarak benimsemeleri, konuya Şafiilerden farklı yaklaşımın temel kaynağıdır. Dolayısıyla ürünün yokluğuyla kusursuz olma niteliği ortadan kalkmadığına göre azlığı ile de bu ortadan kalkmaz. Üstelik alıcının malı alırken sütünün fazla olmasından dolayı mı yoksa süt biriktirilmesinden dolayı mı memede şişkinlik olduğunu sorması gerektiğini savunan Hanefiler, alıcının böyle bir şey yapmamış olduğunu, buradan hareketle alıcının muhayyerlik hakkının olmadığına karar vermişlerdir.⁴⁸³

Hanefilerin musarrat hadisine yaklaşımları oldukça sert olmuştur. Musarrat hadisinin ravisi olan Ebu Hureyre için onun kıyasa aykırı olmayan hadisleri kabul edilir görüşünü savunmuşlardır. Buna ek olarak Hanefiler, “Telef edilen şeyler misliyle veya değeriyle ödenir, dolayısıyla burada verilmesi gereken sütün kendisidir, hurma sütün misli veya değeri değildir” diyerek musarrat hadisini her bakımdan kıyasa hatta kitap ve sünnete de aykırı bulurlar.⁴⁸⁴ Aynı zamanda hadiste ayıp muhayyerliği için de bir zaman söz konusu olup bu sebepten ötürü de hadisin kabul edilmemesi gerektiğini savunan Hanefiler için orta yol bulmaya çalışan Serahsi'nin şu yaklaşımı oldukça önemlidir.

Biz bu hadisi uzak bir olasılık olmakla birlikte, reddetmiş olmaktan kurtulmak için yorum yaparak başka bir anlama çekmek istiyoruz ki, alıcı koyunu bol sütlü olma koşuluyla satın almış olabilir. Bu koşuldan dolayı akit fâsid hale gelmiştir. Hz. Peygamber ona koyunu sağdığı sütüyle geri vermesini emretmiştir. Çünkü fasit bir satışla satın alınan hayvan, fazlalığıyla birlikte geri verilir. Alıcı ise sütü tüketmiş durumdadır. Bunun üzerine Hz. Peygamber tarafları sulh olmalarına ve sulh yoluyla da süt yerine bir sa' hurma vermeye çağırmıştır. Ravi de bunu Hz. Peygamberin alıcının bir sa' hurma vermesini, bağlayıcı gördüğü şeklinde algılamıştır. Kıt anlayışlı ravilerden buna benzer şeyler vaki olmuştur. Bu nedenle o hadisi fıkıh bilgisiyle tanınan büyük sahabilerden hiçbiri rivayet etmemiştir.⁴⁸⁵

⁴⁸³ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 39-40

⁴⁸⁴ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 40.

⁴⁸⁵ Serahsî, *Mabsût*, (Tercüme), XIII, 40.

Aslında tüm bu görüşlerden yola çıkarak hem Hanefiler hem de Şafiiler, tarafların hakkını koruma, birbirlerini aldatmaya neden olmama ve oluşabilecek zararları önlemeye yönelik görüşler ortaya koymuştur. Şafiiler hadisten yola çıkarak alıcının aldatıldığını, dolayısıyla muhayyerlik hakkı olduğunu savunurken, Hanefiler ve özellikle Ebu Hanife, şüphesiz ki herkesin malını satarken güzel gösterme gayreti içinde olduğunu, dolayısıyla alan kişinin tüm bunları hesap etmesi gerektiği ve gözü açık olması gerektiğini belirtmektedir. Her ne kadar biz böyle bir yorum getirsek de iki farklı görüşü birbirine en doğru şekilde yaklaştıran Zerkâ olmuştur. Daha önce de zikrettiğimiz görüşü burada da vermeyi uygun buluyoruz.

Benim kanaatim, Ebu Hanife'ye ait bu görüşün, memeyi bağlayıp sütü biriktirmeye rağmen koyunun âdeten yeterli miktarda sütünün olduğu ve onu bağlamanın koyunu daha sütlü göstermek amacıyla yapıldığı takdirde sözleşme iki taraf için de bağlayıcıdır, şeklinde anlaşılması gerekir. Ancak hayvan sağılıp âdeten sütlü denilebilecek miktarda hayvanın göğsünde süt birikmiyorsa şüphesiz Ebu Hanife de sözleşmenin feshedilmesine hükmetmesi gerekir. Çünkü aldatmadan dolayı ortaya çıkan fiyat farkını talep etme hakkını vermesine rağmen, bizatihi bir vasfın yokluğunda Ebu Hanife'nin alıcıya vermiş olduğu muhayyerlik hakkı ilkesine ters düşer. Zira Ebu Hanife dolaylı veya dolaysız şart koşulan bir vasfın eksikliği durumunda bundan zarar gören tarafa muhayyerlik hakkı vermektedir. Şüphesiz tasriyeden anlaşılacağı üzere hayvanın sütlü olması açıkça ortaya konmuş güçlü bir şarttır. Ebu Hanife mezhebinin kaidelerinden biri de “Örfen bilinen şey açıkça şart koşulmuş gibidir.” kaidesidir. Şüphesiz her müctehidin mezhebinin kaideleri ondan rivayet edilen mücmel ve mutlak görüşlerin yorumunda mezhebindeki kaideler hakem kabul edilmelidir.⁴⁸⁶

Fıkıh ekollerinin musarrat hadisi etrafında ayrıntılı bir tartışma açtığını görüyoruz. Burada fakihler hem aldanma ve aldatma karşısında zarar gören tarafların haklarının korunması ve zararlarının izale edilmesi, hem de ilk bakışta kıyasa/kurala aykırı görünen bu hadisin borçlar hukuku genel mantığı içinde nasıl açıklanabileceği yönünde bir anlayış içinde olmuşlardır. Buradaki asıl gaye bir hile sebebiyle mağdur duruma düşmüş olan müşterinin hakkının gasp edilmesinin önüne geçilmeye

⁴⁸⁶ Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 383.

çalışılmasıdır. Özelde tasriye yoluyla meydana gelen bu aldatma konusunda üretilen çözüm yollarının genel olarak buna benzer tüm olaylara kıyas edilebileceği, bir aldanma veya aldatmanın vukuu halinde taraflar arasında hakkaniyete dayalı bir çıkış yolunun bulunması gerektiği bir kez daha ortaya koyulmuştur.

3.2.1.1.Şüf'anın Söz Konusu Olduğu Mallarda Aldatma

Alışverişlerde taraflar arasında meydana gelen hile ve aldatmaların bir benzeri de şüf'ada karşımıza çıkmaktadır. Örnek vermek gerekirse malın fiyatının bin dirhem olduğu bildirilse, şüf'a hakkı sahibi de bu fiyatı duyup hakkından vazgeçerse ancak malın gerçek fiyatı bin dirhemden daha az miktar ise ortada bir aldatma olduğu için şüf'a hakkı sahibinin şüf'a hakkı devam eder.⁴⁸⁷ Çünkü şüf'a hakkı sahibinin şüf'a hakkından vazgeçmesine neden olan miktar ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla şüf'a hakkı sanki ilk kez duymuş gibi devam eder.⁴⁸⁸ Ayrıca şüf'a hakkını mal satılmadan önce düşürürse, bu vazgeçme geçersizdir. Çünkü kişinin şüf'a hakkı, malın satın alınmasıyla doğar. Dolayısıyla malın satılmamış olmasından hareketle şüf'a hakkını düşürmek de geçersiz kabul edilmiştir.⁴⁸⁹

Aynı şekilde şüf'a hakkı sahibine bedelin ölçülen veya tartılan cinsten bir mal olduğu söylene ve o da şüf'a hakkından vazgeçse, oysa bedel başka bir cins olup kendisine söylenenden daha az veya daha fazla ise şüf'a hakkı devam eder.⁴⁹⁰ Çünkü bazen insana bir cins değil de diğer cinsi sağlamak daha kolay gelebilir. Dolayısıyla mutlak bir şeyi takyid etmekte yarar vardır.⁴⁹¹

Şüf'a hakkı zararı ortadan kaldırmaya yönelik bir hak olduğu için sadece müslüman olanları değil aynı zamanda gayri müslimleri de kapsayan bir haktır. Bu hususta Şurayh'in Hz. Ömer'e bir mektup yazdığı Hz. Ömer'in de gayri müslimler için şüf'a hakkının tanınmasına izin verdiği rivayet edilir.⁴⁹² Serahsî bu hususta "Biz de Şurayh'in hükmettiği şekilde işlem yaparız." demiştir.⁴⁹³ Çünkü ona göre İslam, şefkat ve merhamet dinidir ve bu şefkat ve merhametin bir göstergesi olarak şüf'a hakkı

⁴⁸⁷ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 105.

⁴⁸⁸ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 105.

⁴⁸⁹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 105.

⁴⁹⁰ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 105.

⁴⁹¹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 105.

⁴⁹² Serahsî, *Mabsût*, XIV, 93.

⁴⁹³ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 93.

tanımıştır. Zimmiler işlemler hususunda İslam hükümlerinden sorumludurlar. Dolayısıyla şüf'a da insanlar arası işlemleri kapsadığı için onlar da bu hakkı elde ederler ve zarardan beri olurlar.⁴⁹⁴ İşte bu örnek aslında her kim olursa olsun onda bir zarar meydana geliyorsa herhangi bir ayrıma gitmeden ondan zararı def etmek gerektiğini ortaya koyar. Nitekim bu ahlakî olgunluğa erişmiş bir hukukun tezahür etmesidir. Bu aynı zamanda ahlakî olgunluğa erişmiş insanları da içine çeken bir olgudur. Burada şunu da belirtmek gerekir ki dürüstlük ve ahlakîlikten bahsettiğimiz örneklerin çoğunda zararı önleme ilkesin de olduğunu görmekteyiz. Temel ilkeler ilk bakışta birbirinden bağımsız görünse de dikkatli bir şekilde incelendiğinde hepsi birbirini tamamlayıcı niteliktedir.

Benzer örneklerden anlıyoruz ki, borç ilişkilerinde dürüstlük, güven ve hakkaniyeti de korumanın yolu, borç ilişkisinde aldatma ve yanlış beyanlarla karşı tarafın hak kaybına uğramasını önlemekten geçer. Bu da daha önce açıkladığımız üzere tek tarafa sağlanan menfaatin önüne geçmek ve temel ilkelere aykırı olan durumları engellemektir.

3.2.1.2. Muhayyerlik Hususunda Aldanma

Dürüstlüğün Müslümanın en önemli şiarlarından biri olduğu açıktır. Fakihler dürüstlük ilkesinin korunmasını sadece ahlakî çerçevede bırakmamış, dürüstlüğe aykırı durum ve sebeplerin akde etkisini kabul ederek bu ilkenin korunmasına yönelik hukukî bir önlem de almaya çalışmışlardır. Yukarıda hile veya aldatmanın alışverişi fasit hale getirdiğini ifade etmiştik. Dürüstlüğe aykırı davranışın hukukî sonuç doğurduğu hususlardan birisi de muhayyerliklerdir. Ancak burada muhayyerlik hususuna detaylı şekilde girmeyeceğiz. Örnek üzerinden tarafların haklarının nasıl korunduğunu anlatmaya çalışacağız.

Görme muhayyerliği konusunda farklı ve dürüstlüğü ön plana çıkaran örneklerden birisi, daha önce malı görmüş olan kişinin akit sırasında malı görmemiş olması ve malda da herhangi bir değişiklik olmadığı sürece muhayyerlik hakkı bulunmamasıdır.⁴⁹⁵ Ancak alıcı malda değişiklik olduğunu savunsa, satıcı da herhangi

⁴⁹⁴ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 93.

⁴⁹⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 73.

bir değişiklik olmadığını ileri sürse söz yeminle birlikte satıcıya ait olur.⁴⁹⁶ Böyle bir fetva verilmesindeki asıl gaye kanaatimizce satıcının zaten sattığı malı en iyi şekilde bilmesi, dolayısıyla bir malı eğer satışa sunmuşsa onda müşteriye aldatan bir durumun olmadığını savunmasıdır. Ayrıca Serahsî bu inceliği fark edip burada satıcının söz hakkına sahip olmasını “alıcının malı gördüğü zamandan akit yapılan zamana kadar üzerinden fazla zaman geçmemiş bir mal için geçerli olmasıdır” görüşünü ileri sürmesine sebep olmuştur. Nitekim Serahsî görüşünü desteklemek için “bir cariye yi yirmi yıl önce gören kimse, yirmi yıl sonra cariye yi almak istese ve akit esnasında da görmemiş olsa, satıcı da cariye de herhangi bir değişiklik olmadığını savunsa nasıl satıcının dediği olur demiştir.”⁴⁹⁷ Her ne kadar ilk görüşte satıcının lehine olan bir görüş savunulsa da işin içine aldatma ve hile girdiği andan itibaren hukuk taraf değiştirip alıcıyı desteklemiştir.

Bu konudaki bir başka örnek ise akitte söylenen ile işaret edilenin farklı cinsten olma durumudur. Örnek vermek gerekirse, gümüş olduğu söylenerek satılan bir kabın farklı karışımlardan yapıldığı ortaya çıkarsa burada alıcı muhayyer olur. Çünkü kendisine işaret edilen şey, akit sırasında belirlenen malla aynı türden değildir. Akit, adı söylenilerek işaret edilen malda geçerli olur. Üstelik ortada bir aldatma (الغش) var ve bu aldatma karşı tarafa muhayyerlik hakkı vermektedir.⁴⁹⁸ Burada şunu da belirtmek gerekir ki; söz konusu malın gümüşü düşük derecede olmasına rağmen eğer içinde katkı maddesi yoksa alıcının akitten vazgeçip malı geri verme hakkı yoktur. Çünkü burada bir aldatma olmayıp malda kalitesizlik vardır. Kalitesizlik bir kusur değil, yaratılıştan meydana gelen bir özellik olduğu için alıcıya muhayyerlik hakkı tanınmamaktadır.⁴⁹⁹

3.2.1.3. Murabahalı Satışta Aldatma

İslam borçlar hukukunda vadeli alınan bir malı, satıcı vadeli olduğunu söylemeden murâbaha yoluyla sattığı zaman yine dürüstlük ilkesine aykırı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumun borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan dürüstlük ilkesiyle ters düştüğü, alıcının yalan beyana (hıyanete) maruz kaldığı belirtilmiştir. Bir kimse veresiye bir şey satın alırsa, aldığı bu malın veresiye olduğunu açıklamadıkça onu

⁴⁹⁶ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 73.

⁴⁹⁷ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 73.

⁴⁹⁸ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 68.

⁴⁹⁹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 68.

murâbaha yoluyla satamaz.⁵⁰⁰ Çünkü murâbaha satışı, kendisinden her türlü belirsizlik, şüphe ve maliyet fiyatı konusunda yalan beyanı bulunmayan bir satış türüdür.⁵⁰¹ Murâbahalı satış güvene dayalı bir satış sistemi olduğundan, bu satışta her türlü yalan beyandan sakınılması gerekmektedir.⁵⁰² Ayrıca murâbahalı satışta üstü kapalı sözlerin kullanılması bile şüphe sayılır. Şüpheler alıcıda aldanmaya yol açıp gerçek rızanın ortaya çıkmasını engelleyen faktör olduğundan dolayısıyla bu satışlar caiz olmamaktadır.⁵⁰³

Satın alınan mal için yapılan harcamalar sonrası murâbahalı satış Hanefilerin caiz gördüğü bir satış türüdür. Çünkü Hanefiler “bir kimse bir kumaş alsın, onda dikim ve kira gibi yaptığı harcamaları o malın üzerine ekleme hakkı vardır” görüşündedir. Bu örneği vermekteki asıl gayemiz satıcının malı satarken “Bu mal bana şu kadara mal oldu.” der. “Onu şu kadara satın aldım.” demezse bir aldatmadan söz edilemez.⁵⁰⁴ Çünkü şu kadara aldım sözü yalandır. Aslolan kaç mal olduğudur. Murâbaha satışlarında tüccarların arasında cari olan örf dikkate alınan bir husustur. Satıcının örfen mal üzerinde yaptığı harcamalar murâbaha yoluyla satacağı mala ekleme yapmasında herhangi bir sakınca doğurmaz. Ancak örfen eklenmeyen harcamaları mal üzerine ekleme hakkı bulunmamaktadır.⁵⁰⁵

Murâbaha yoluyla satıma konu olan malda bir diğer husus söz konusu malda sonradan ekleme yapılan durumların, o malda herhangi bir değer artışı sağlayıp sağlamadığıdır. Satıcının mala ekleme yaparak değerini arttırdığı tasarrufların hepsi o malın murabahalı olmasına engel oluşturmaz. Bu durum onun zararını önlemeye yönelik bir husustur. Bu satışta hem zarar önlenmiş olup hem de malda meydana gelen artıştan dolayı bunu beyan eden satıcının dürüstlüğü söz konusu olmuştur.

⁵⁰⁰ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 78.

⁵⁰¹ تَنْفِي عَنْهُ كُلِّ تَهْمَةٍ وَجَنَائِهِ، وَيَتَحَرَّرُ فِيهِ مِنْ كُلِّ كَذِبٍ، Serahsî, *Mabsût*, XIII, 78.

⁵⁰² Serahsî, *Mabsût*, XIII, 78.

⁵⁰³ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 78.

⁵⁰⁴ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 80.

⁵⁰⁵ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 80.

3.2.1.4. Malların Paylaştırılmasında Dürüstlük İlkesi

Taksim yani malların bölüştürülmesi, ortaklardan bir kısmının bu yönde bir talebi olduğunda, paylaşım elverişli bir malda yapılması gerekli olan bir işlemdir.⁵⁰⁶ Malların paylaştırılması Serahsî'nin ifadesiyle Kitap ve Sünnetle sabit olup Hz. Peygamberden günümüze kadar bu işlem uygulanmaktadır.⁵⁰⁷

Paylaştırma hususuna örnek ise ortaklardan birinin veya bir bölümünün hâkimden malları paylaşmasını isteme durumudur. Bu konuda İsmail b. İbrahim'den şu nakledilmiştir: “Ben kardeşimle aramızda ortak olan küçük bir evi paylaşması için Şa'bî'ye gitmiştik. Çünkü kardeşim taksimi istemiyordu. Şa'bî eliyle bir kiremit resmi çizerek “eviniz bu kadar bile olsa onu sizin aranızda paylaştırırım.” cevabını vermişti.⁵⁰⁸

Bu olay, ortaklardan bir kısmının malı paylaşmak istemesi, diğer ortaklar buna yanaşmasa bile, hâkim ortak malı aralarında paylaşır. Çünkü paylaşmayı isteyen kişi, diğer ortağın kendisini mülkünden yararlandırmadığı gibi kendisine ait mülkten yararlanma konusunda da adaletli davranmadığından şikâyet etmektedir.⁵⁰⁹ Diğer ortakların zorluk çıkarması ise ne İslam'ın ahlakî esaslarıyla uyum taşır, ne de toplumsal ahlak kurallarıyla örtüşür. Hâkim ise böyle durumlarda zorluk çıkarmanın lehine değil, adaleti isteyen, zulümden şikâyet edenin yanında durmalıdır.⁵¹⁰

Burada şu hususu belirtmekte yarar vardır. Taksimdeki amaç yarara ve değer bakımından adaleti sağlamaktır. Buna bağlı olarak da iki taraf için meydana gelebilecek olan zararların önüne geçebilmektir.⁵¹¹

Her ne kadar bir hukuk ilkesi olarak nitelendirmemiz doğru olmasa da dürüstlüğün alt başlığı olarak “erdemli davranış ve ahlakîlik” de borç ilişkilerinde önemli bir yer tutmaktadır. Esasen hukukî hükümlerin ahlakî değerlerle ilişkisi vardır. Çünkü hukuk kuralları bir bakıma toplumun genel ahlakî değer ve yargılarının önemli bir kısmını maddî müeyyideye bağlayarak onları daha uygulamalı ve denetleyebilir kılmaktadır. İnsanlığın ahlakî gelişimini tamamlayan ve insanlığı olgunlaştırmayı

⁵⁰⁶ Serahsî, *Mabsût*, XV, 2.

⁵⁰⁷ Serahsî, *Mabsût*, XV, 2.

⁵⁰⁸ Serahsî, *Mabsût*, XV, 5.

⁵⁰⁹ Serahsî, *Mabsût*, XV, 5.

⁵¹⁰ Serahsî, *Mabsût*, XV, 5.

⁵¹¹ Serahsî, *Mabsût*, XV, 17.

önemli bir gaye edinen İslam dinine mensup Müslümanların ortaya koyduğu hukukî hükümlerde meselenin ahlakî boyutu mutlaka dikkate alınmıştır. Çünkü İslam'da hukuk ile ahlak arasında kopmaz bir bağ bulunmaktadır. Ahlakın en fazla tezahür ettiği alanlardan biri olan ticarete, haksızlık, hile, dolandırıcılık, istismar gibi durumların egemen olması, insanlar arasında güven ve huzurun sona ermesine, dolayısıyla toplumun bozulmasına yol açacaktır. İslam'ın temel amacının erdemli bir toplum sağlamak olduğundan aşağıda bahsedeceğimiz temel hususlar aslında her Müslüman için sadece ahlakî ve vicdanî bir durum değil aynı zamanda dini bir hassasiyettir. Tüm bu dini-ahlakî bütünlük, güvenli, huzurlu, helal harama riayet eden bir toplumun garantörü demektir. Biz burada dürüstlüğün bir alt başlığı olarak Meksû'ta erdemli davranış ve ahlâkiliğin konu edildiği bazı örneklere yer vereceğiz

3.2.2. Sarf Akdinde Erdemli Davranma İlkesi

Bir kimse birisinden on dirhem karşılığı on dirhem gümüş satın alıp üzerine çok az bir miktar daha eklese ve bu eklediği miktarın karşılık olarak değil de bağış olduğunu söylemiş olsa bu alışveriş caiz olur.⁵¹² Çünkü haram olan, satım sözleşmesinde hak edilen bedele karşılığı olmayan fazlalık eklemektir. Ancak yukarıda bahsettiğimiz durum bir fazlalık değil bağış yoluyla yapılan bir alışverıştır. Üstelik bu verilen fazla miktar hususunda sözleşmede herhangi bir şart da koşulmaması sözleşmeye herhangi bir tesiri olmamasına neden olmuştur.⁵¹³ Bu örneğin konumuzla alakalı olan noktası, alışverişlerde karşı tarafa gerek iyilik yapma düşüncesiyle gerekse onu sevindirmek, rahatlatmak, gönlünü kazanmak taraflar arasındaki muhabbeti arttırmak gibi farklı bir sebepten ötürü bağışta bulunmanın erdemli bir davranış olduğu ortadadır. Çünkü kimse aldığından daha fazlasını vermeyi istemez. Bu bir nevi karşı tarafı kendine tercih etmek oluyor ki bu da insanlararası ilişkilerde erdemli davranma ilkesi burada bir bakıma cömert olma içinde kendine yer buluyor.

3.2.3. Karz Akdinde Erdemli Davranma İlkesi

Müslümanın erdemli davranma ve kendisi için istediğini Müslüman kardeşi için de gönül hoşnutluğuyla istemesi ilkesiyle aynı paralellikte olan bir başka örnek ise borcun fazlasıyla ödenmesi durumudur. Bir kimse borç aldığı malı daha kaliteli mal olarak

⁵¹² Serahsî, *Meksû't*, XIV, 69

⁵¹³ Serahsî, *Meksû't*, XIV, 69

ödese bunda herhangi bir sakınca bulunmadığı gibi, övülen bir davranış da sergilemiş olur. Nitekim Abdullah b. Mesud birisine birkaç dirhem borç vermiş, kişi borcunu öderken katkı maddesi daha az olan kaliteli dirhem vermişti. Ancak İbn Mesud bunu kabul etmemiş ve bana dirhemlerimin dengini öde demiştir. Ancak Âmir, “Ödünç isteyen kişiye böyle bir şart koymamışsa borçlunun daha kaliteli dirhem vermesinde bir sakınca yoktur.” demiştir.⁵¹⁴ Hiç kimse kendisine verilen borca karşılık şart koşulmadığı sürece karşı tarafa daha fazla vermek istemez. Zaten böyle bir şart ribâ kapsamında olması sebebiyle ileri sürülmesi de caiz olmaz. Ancak müslümanlık, kendi içinde vefayı ve kadirşinaslığı da barındırdığından kendisine zor zamanda uzatılmış ele ve kendisi için yapılmış fedakârlığa, zamanı geldiğinde en güzel şekilde karşılık vermeyi de teşvik eder. Böyle olunca, borcuna bu yönde bir koşul olmamasına rağmen fazlasıyla geri vermeyi ahlakî noktada olgunluğa ulaşmış bir toplumun meyveleri olarak da isimlendirmek daha doğru olacaktır.

Borcu daha fazla verme durumunun tam tersi yani alacağını daha azıyla alma durumu da erdemli davranış ilkesine bir başka örnektir. Şöyle ki; bir kimse birkaç dirhem ödünç verip bu dirhemlerden daha hafif bir dirhem karşılığında sulh yapmış olsa bu da caizdir.⁵¹⁵ Çünkü alacağının bir kısmını tahsil eden alacaklı bir kısmından da kendi rızasıyla vazgeçmiştir. Bu da olgunlaşmış bir ahlak örneğidir.

3.2.4. İcâre Akdinde Erdemli Davranma İlkesi

İcâre akdinin insanların ihtiyacından dolayı meşru olduğunu, Peygamberimizden bugüne kadar bu ihtiyacın her daim devam ettiğini yukarıda ifade etmiştik. Hz. Peygamberin “işçinin ücretini alınının teri kurumadan verin.”⁵¹⁶ hadisi de aslında İslam dininin insan haklarına ve emeğe verdiği değer deklarasyonu niteliğindedir. Görülmektedir ki işçinin emeğini kiraya vermesi ve onun hakkını tam olarak ödenmesi nasıl emredilmişse işçinin de ona verilen işi en iyi şekilde yapması gerekmektedir.

Biz burada işçinin kendisine emanet edilen bir iş hususunda ne denli dikkatli olmasını ve dürüst olmanın gerekliliğini Serahsî'nin kaydettiği bir örnekle anlatmak istiyoruz.

⁵¹⁴ Serahsî, *Mebûât*, XIV, 37.

⁵¹⁵ Serahsî, *Mebûât*, XIV, 38

⁵¹⁶ İbn Mâce, *Ruhûn*, 4.

Şürayh'tan nakledildiğine göre bir kişi kendisine bir boyacıyı getirerek şöyle dedi: “Ben boyaması için buna bir kumaş verdim. Onun evi yandı.” Şürayh boyacıya: “Bu kişinin kumaşının bedelini öde!” dedi. Boyacı “Benim evim yanmışken ben onun kumaşını nasıl ödeyeyim” dedi. Bunun üzerine Şürayh: “Onun evi yansaydı ondan alacağın ücreti ona bırakır mıydın? diyerek cevap verdi ve boyacıya kumaşı ödemesine hükmetti.⁵¹⁷

Bu örnek üzerine Serahsî, şu yorumu yapmaktadır:

Aslında burada boyacının fıkıh bilgisi olsaydı Şürayh'a “Senin yaptığın bu kıyas geçersiz, çünkü benim ondan alacağım ücret onun zimmet borcudur. Onun evinin yanmasıyla benim alacağım ücret ortadan kalkmaz. Ancak onun hakkı olan kumaşın kendisidir ve benim evim yanarak onun alacağı benim üzerimden kalkmıştır” cevabını verebilirdi.⁵¹⁸

Yukarıda Serahsî tam bir hukukçu mantığıyla olayı değerlendirmektedir. Ancak Şürayh'ın verdiği hükmü farklı bir bakış açısıyla değerlendirmek gerekirse, onun burada vurgulamak istediği kendin için istediğini, “başkası için isteyebiliyor musun” yaklaşımıdır. Ayrıca Şürayh, boyacının o evi söndürebilme kabiliyetinde olduğu düşünmüş, ancak bunu yapmamış olmasından dolayı da bu fetvayı vermiş olabilir.⁵¹⁹

Kira hususunda bir başka örnek ise kiralanan yerin ücretinin hemen verilip verilmemesiyle alakalıdır. Bu konuda İslam âlimleri arasında ihtilaf bulunmaktadır. Ebû Hanife, ilk görüşünde “süre dolmadıkça kiranın ücreti verilmez” demiş olsa da daha sonra “ücretten belli bir paya sahip bir süre geçtiğinde, kiracının bu miktarda ücreti vermesi gereklidir” görüşünü savunmuştur.⁵²⁰ Kerhî ise bu süreyi bir gün olarak belirlemiş olup ancak “hemen vermesi kiracının ahlak ve faziletindedir.” demiştir.⁵²¹

Görüldüğü üzere kiracıya ücreti hemen verme gibi bir zorlama yoktur. Ancak şu da göz ardı edilememelidir ki, mal sahibi paraya ihtiyacı olduğu için veyahut bir gelir

⁵¹⁷ Serahsî, *Mabsût*, XV, 81.

⁵¹⁸ Serahsî, *Mabsût*, (Tercüme), XV, 81.

⁵¹⁹ Serahsî, *Mabsût*, XV, 81.

⁵²⁰ Serahsî, *Mabsût*, XV, 111.

⁵²¹ Serahsî, *Mabsût*, XV, 111.

elde etmek için malını kiraya verir. Dolayısıyla kiracının bunun farkında olup hemen ücreti vermesi olgunlaşmış, idrak gücü gelişmiş bir ahlak örneğidir.

Çocuğun emzirilmesi için sütanne tutulmasının bazı incelikleri vardır. O inceliklerden bir tanesi sütanneye iyi davranılmasının gerekli oluşudur. Şayet çocuğun ailesi kadını incitiyorsa, buna son vermeleri gerekmektedir. Çünkü bu davranış ona yapılmış haksızlıktır. Haksızlık ise kötü bir davranış olup yerilmiştir. Eğer bu davranışlar devam ederse kadının görevi bırakma hakkı vardır.⁵²²

Burada şunu unutmamak gerekir ki, sütanne sonuçta ücretle tutulmuş bir işçi statüsündedir. Ona iyi davranmak İslam'ın bize öğretmiş olduğu ilkelerden biridir. Dolayısıyla sadece ibadetlerde değil, gündelik yaşamda da ahlakî öğretilerden taviz vermemek gerekmektedir.

⁵²² Serahsî, *Mebûsât*, XV, 122.

4. Ribâdan Uzak Olma İlkesi

Ribâdan uzak olma ilkesi, rıza ilkesinin farklı bir uygulaması olarak veya bu ilkenin bir istisnası olarak açıklanabilir. Çünkü ribâ esasen bir tarafı mağdur eden, ezen bir işlemdir. Rızanın alt başlığı olarak ele almak istenildiğinde ribâ, insanın zorda kaldığı için katlandığı ve razı olduğu durumdur. Bu açıdan bakıldığında ribâ yasağı, kişinin gerçek rızasını korumaktadır. Rızanın bir istisnası olarak ise ribâ, taraflar razı olsalar bile bir hukukî işlem ribâ içeriyorsa, hukuk bu işleme izin vermemektedir. Yani tarafların rızası ribâyı serbest hale getirmiyor. İşte böyle bir durumda Kur'an müşriklerin "Alışveriş de ribâ gibidir"⁵²³ deyip onu serbest görme anlayışlarına "Allah alışverişini helal, ribâyı haram kıldı."⁵²⁴ cevabı vererek tarafların razı olmasının ribâyı meşru görmek için yeterli olmayacağına işaret etmiştir. Bunun sonucu olarak hukukî işlemlerin dinin açık bir yasağı olan ribâdan uzak olma şeklinde bir temel ilke oluşturulmuştur.

Sözlükte fazlalık, artma, çoğalma, yükseğe çıkma, büyüme, tepe anlamına gelen ribâyı⁵²⁵ İbn Manzûr, "İnsanın elde ettiği şeyden daha fazla alabilmesi için sevk edildiği şey olarak tarif etmiştir."⁵²⁶ Fıkıh literatüründe ise ribâ "Borç verilen bir parayı veya malı belli bir süre sonunda belirli bir fazlalıkla yahut borç ilişkisinden doğan ve süresinde ödenmeyen bir alacağa ek vade tanıyıp bu süreye karşılık onu fazlalıkla geri almanın veya bu şekilde alınan fazlalığın adıdır."⁵²⁷

4.1. Ribânın Kısa Tarihi

Kuruluş felsefesi ve tatbikatı binlerce yıl öncesine dayanan ribâ, siyasi ve ekonomik rejimleri birbirinden ayıran, sosyalist ve komünist sistemlerde yer almayıp kapitalist sistemin tartışmasız kabul ettiği özel bir sistem türüdür.⁵²⁸ Ribânın insanlığın ticari hayatında ve borç ilişkilerinde çok eskilere kadar uzanan bir geçmişi vardır. Ancak ribâ üzerinde bütün insanlığın ittifak ettiği değil, her bir toplumda farklı önlem ve kayıtlarla kontrol altına alınmaya çalışılması sebebiyle öteden beri de tartışılacağı temel bir sorun da olmuştur. Mısır'ın anaparayı aşmaması kaydıyla ribâyı izin vermesi, eski

⁵²³ Bakara, 2/275.

⁵²⁴ Bakara, 2/275.

⁵²⁵ İsfahânî, "el-Müfredât" "rbv" md. I, s. 340.

⁵²⁶ İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, "ribâ", md. XIV, s. 304.

⁵²⁷ İsmail Özsoy, "Faiz", *DİA*, XII, s. 110

⁵²⁸ Karaman, *İslam Hukuku*, II, s. 194.

Yunan ve Roma imparatorlukları zamanında ribânın çok yaygın olup toplum içindeki statüye göre oranının belirlenmiş olması, eski Hintte ise asillere tamamen yasak olan ribânın aşağı tabakalarda adil bir ribâ uygulamasının belirlenmesi, bunun sonucu olarak bütün bunların da ribânın ahlaka ve fitrata aykırı bir uygulama şeklinde görülmesidir. Bu yüzden bazı kayıtlamalar yapıp kontrol altında tutulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.⁵²⁹ Biz burada İslamiyetin ribâyı yasaklama sürecine kadar ribânın nasıl tatbik edildiğini kısaca anlatmaya çalışacağız.

4.1.1. Yahudilikte ve Hıristiyanlık Ribâ

Hiz. Musa'ya gönderilen Tevrat'ta da ribânın yasaklandığını ancak daha sonra tahrif edilerek insanlardan faiz almaları sebebiyle Allah tarafından Yahudilere temiz ve helal olan şeylerin bile haram kılındığı ifade edilmiştir.⁵³⁰ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki Yahudiler'de bir Yahudiye borç verip faiz almamak hayırsever bir davranış olarak görülürken, Yahudi olmayanlara borç verip en yüksek dereceden faiz almak zorunluluk kabul edilmiştir.⁵³¹

Eski dönemlerde ribânın ahlaka aykırı bir sistem olması, onun sınırlandırılmasına sebep olduğunu ifade etmiştik. Luka İncilinde “Hiçbir karşılık beklemeden ödünç verin”, “ödenme ihtimali bulunmasa da hiçbir karşılık beklemeden verin” gibi ifadeler aslında ödünç vermenin faziletinden bahsetmekteydi.⁵³² Ancak daha sonra kilisenin en büyük toprak sahibi olması ve mali anlamda çok büyük servete ulaşması, haçlı seferleri sırasında kiliseden çok büyük borçlar alınması, borcun geri ödenme hususunda kilisenin daha fazla istemesi, ribânın yasak olması hususunda tavizlere neden olmuş böylelikle ribâ konusunda cevazlar getirilmeye başlanmıştır.⁵³³

4.1.2. Cahiliye Döneminde Ribâ

Cahiliye döneminde ribâ vadenin uzatılmasıyla borcun da artması anlamına gelmekteydi.⁵³⁴ Nitekim cahiliye devrinde borçlu alacaklısına “Borcu ertelersen şu

⁵²⁹ Özsoy, “Faiz”, *DİA*, XII, s. 110; Karaman, *İslam Hukuku*, II, s. 194-195.

⁵³⁰ Nisa, 4/160-161, Karaman, *İslam Hukuku*, II, s. 194-195

⁵³¹ İsrail Shakak, *Yahudi Tarihi Yahudi Dini*, (çev: Ahmet Emin Dağ), İstanbul: Ağaç Kitabevi Yayınları, 2010, s. 158.

⁵³² Kitap, Luka, 6/35.

⁵³³ Senhûrî, *Masâdiru'l-hakk*, III, s. 137-139; Karaman, *İslam Hukuku*, II, s. 195

⁵³⁴ Taberî, Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr, *Tefsîru't-Taberî*, nşr. Ahmed Muhammed Şâkir – Mahmûd Muhammed Şâkir, XVI, Kahire: Mektebetü İbni Teymiyye, 1955-1969, VI, s. 8

kadar fazla veririm derdi, borçlu da borcunu erteleyip zamanı geldiğinde o parayı alırdı.”⁵³⁵ Yine bu dönemde Araplar aralıklarla ödenmesi şartıyla borç para verirler, ara süre dolduğu zaman faizini alırlar, borcun süresi geldiğinde ise anaparayı alırlardı. Eğer ara sürede faiz verilmez ise vade arttırılır dolayısıyla faiz de artardı.⁵³⁶ Verdiği paranın birkaç katını faizle birlikte vermek zorunda kalan borçlu, böylelikle büyük bir ekonomik sıkıntıya düşüyor, ihtiyaçlarını karşılayamaz hale geliyordu. Cahiliye döneminde ticari hayatın içinde normal bir hal alan bu durum İslam geldikten sonra “Cahiliye Ribası” şeklinde de terimleşmiştir.⁵³⁷

Cahiliye döneminde her ne kadar faiz yaygın bir uygulama ise de sağduyu sahibi kimselerce ve toplumun maşeri vicdanında çirkin, kerih bir işlem olarak görüldüğünü, bu yolla kazanılan paraya da iyi gözle bakılmadığını da bilmekteyiz. Nitekim Kâbe’nin yeniden inşası sırasında insanlardan yardım istenmiş, yardım edeceklere Kâbe’nin kutsal olduğu, buraya ne faiz ne zina kazancı ne de insanlardan zorla alınmış malın girmemesi gerektiği vurgulanmıştır.⁵³⁸ Mekkeliler meşru yollarla elde ettikleri kazançları Kâbe için harcamış, lakin Kâbe’nin inşası için bunlar yeterli olmamıştır.⁵³⁹ Ticaretle geçimlerini idame ettiren bir toplumun Kâbe’nin inşasına yetecek kadar helal mal bulamamaları toplumun ne kadar faiz ve gayr-i meşru kazanç batağına saplandığının acı bir örneğidir.

4.2.Kur’an-ı Kerim’de ve Sünnet’te Ribâ

Kur’an’da ribâ, insanların yani o muhatapların öteden beri bildiği, toplumda belli bir yaygınlık kazanmış olan örfî ıstılahtaki anlamındadır. Kur’an-ı Kerim’de ribâ kelimesi sekiz defa geçmektedir.⁵⁴⁰ Bu ayetlerdeki kullanımların ortak anlamı, ribânın nicelik veya nitelik olarak artış demek olduğudur.⁵⁴¹

⁵³⁵ Taberî, *Tefsîru’t-Taberî*, VI, s. 8

⁵³⁶ Fahrüddîn er-Râzî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ömer, *Mefâtihu’l-gayb*, I-XXXII, Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1981, VIII, s. 358.

⁵³⁷ Ahmad Ziuaddin, “Riba Teorisi”, (çev: Ali Rıza Gül), *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, (2003), c. XLIV, sayı:3, s. 449

⁵³⁸ İbn Hişâm, Ebû Muhammed Abdülmelik b. Hişâm, *es-Sîretü’n-nebeviyye*, thk. Mustafâ es-Sekkâ vdğ., I-II, Kahire: Mektebetü Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1955, I, s. 194; Özsoy, “Faiz”, s. 110

⁵³⁹ İbn Hişâm, *es-Sîretü’n-nebeviyye*, I, 194; Özsoy, “Faiz”, s. 110

⁵⁴⁰ Bakara, 2/275-276, 278; Âl-i İmran, 3/130; Nisâ, 4/161; Rum, 30/39.

⁵⁴¹ Abdullah Said, “İslam’daki Ribâ yasağının Ahlâki Temelleri”, *İslami Sosyal Bilimler Dergisi*, 1995 c. 3, sy. 4, s. 92.

Ribâyla ilgili olarak ilk yasak risaletin ilk yıllarında “İnsanların malları içinde artsın diye faizle her ne verirsiniz, Allah katında artmaz. Ama Allah'ın hoşnutluğunu isteyerek her ne zekât verirsiniz; işte bunu yapanlar sevaplarını kat kat arttıranlardır.”⁵⁴² inen ayettir. Burada ribâ tam olarak yasaklanmasa da Mekkelilerin yapmış olduğu ribâ uygulaması kınanmıştır.⁵⁴³

Ribâ ile ilgili ikinci yasak önceki şeriatlarda da ribânın yasak olduğunu belirten ayettir. Ayette: “Yahudilerin yaptıkları zulüm ve birçok kimseyi Allah yolundan alıkoymaları, kendilerine yasaklanmış olduğu halde ribâ almaları, insanların mallarını haksız yere yemeleri sebebiyle önceden kendilerine helal kılınmış temiz ve hoş şeyleri onlara haram kıldık. İçlerinden inkâr edenlere de acı bir azap hazırladık.”⁵⁴⁴ buyrulmuştur. Bu ayette Yahudilikte de faizin haram kılındığına ve onların bu yasağa uymadıkları anlaşılmaktadır.

Ribâyla ilgili bir diğer yasak katlanmış olarak alınan ribâdır. Ayet şöyledir: *Ey iman edenler! Kat kat arttırılmış olarak faiz yemeyin. Allah'a karşı gelmekten sakının ki kurtuluşa eresiniz.*⁵⁴⁵ Taberî, bu ayette geçen ribânın manasını şu şekilde izah etmiştir: “İslam'ı kabul ettikten sonra İslam'dan önce yediğiniz gibi ribâyı yemeyin. Çünkü İslam öncesinde onlardan biri, belli tarihte geri ödemek üzere borç verirdi ve vadesi dolduğunda borcunu isterdi. Borçlu ise “vademi uzat servetine ekleyeyim” diyerek aslında Kur'an'da açıklanan kat kat ribâyı örneklendiriyordu.”⁵⁴⁶

Ribânın kesin olarak yasaklandığı ayetler ise şunlardır: “Faiz yiyenler, ancak şeytanın çarptığı kimsenin kalktığı gibi kalkarlar. Bu, onların, "Alışveriş de faiz gibidir" demelerinden dolayıdır. Oysa Allah alışverişini helal, faizi haram kılmıştır.”⁵⁴⁷ “Ey iman edenler! Allah'a karşı gelmekten sakının ve eğer gerçekten iman etmiş kimselerseniz, faizden geriye kalanı bırakın. Eğer böyle yapmazsanız, Allah ve Rasûlüyle savaşa

⁵⁴² Rum, 30/39.

⁵⁴³ Said, “Ribâ Yasağının Ahlâki Temelleri”, s. 93

⁵⁴⁴ Nisâ, 4/160

⁵⁴⁵ Âl-i İmran, 3/130

⁵⁴⁶ Taberî, *Tefsîru't-Taberî*, VII, s. 204-205

⁵⁴⁷ Bakara, 2/275.

girdiğinizi bilin. Eğer tövbe edecek olursanız, anaparalarınız sizindir. Böylece siz ne başkalarına haksızlık etmiş olursunuz ne de başkaları size haksızlık etmiş olur."⁵⁴⁸

Ribânın yasak olmasına dair Hz. Peygamber'den birçok rivayet nakledilmiştir. Bu rivayetlerden bazılarını zikretmek faydalı olacaktır.

"Büyük günahlar şu dokuz şeydir. Bunlar; Allah'a ortak koşmak, sihir yapmak, haksız yere adam öldürmek, yetim malı yemek, faiz yemek, savaştan kaçmak, iffetli ve imanlı bir kadına zina iftirasında bulunmak, kendisine isyan edilen anne babanın ağlatılması, Mescid-i Haram'da günah işlemek. Bunlar büyük günahlardandır."⁵⁴⁹

"Cahiliye dönemine ait faiz kaldırılmıştır. İlk olarak da bizim (sülaleye ait) faizi, Abdülmuttalib'in oğlu Abbas'ın faizini kaldırıyorum. Artık faizin tamamı kaldırılmıştır." "Biliniz ki, cahiliye döneminin bütün faiz eşitleri kaldırılmıştır. Anaparalarınız ise sizindir. Böylece haksızlık etmemiş ve haksızlığa da uğramamış olursunuz."⁵⁵⁰

"Riba ancak veresiyede olur."⁵⁵¹

Yine Peygamberimiz faizin ve fikihta alışveriş faizi (ribe'l-fadl) olarak bilinen altı malla ilgili bizlere haber vermektedir. "Altın altınla, gümüş gümüşle, buğday buğdayla, arpa arpayla, hurma hurmayla, tuz tuzla misli misline değiştirilir fazla isteyen ve fazla veren faiz muamelesi yapmış olur. Alan ve veren aynı durumda olup günahta eşittirler."⁵⁵²

4.2.1. Ribâ ile İlgili İşlam Hukukçularının Görüşleri

İşlam hukukçuları ribâyı ribe'n-nesie ve ribe'l-fadl olarak ikiye ayırmışlar ve vade faizi anlamına gelen ribe'n-nesie'de ciddi bir görüş ayrılığı olmamıştır. Ancak ribe'l-fadl konusunda, yani ribâyâ konu olan altı maddeyle ilgili olarak- ki onlar altın, gümüş, buğday, hurma, arpa, tuz- hangi durumlarda ribânın cereyan ettiği hususunda farklı

⁵⁴⁸ Bakara, 2/278-279.

⁵⁴⁹ Buhârî, Muhammed b. İsmâ 'il, *el-Edeb'l-müfred*, thk. Semîr b. Emîn ez-Zheyrî, Riyad: Mektebetü'l-Me 'arif, 1998,

⁵⁵⁰ Dârimî, Abdullah b. Abdirrahmân, *Sünen*, thk. Huseyn Selîm Esed ed-Dârânî, I-IV, Dâru'l-Muğnî, Riyad 2000, Buy'u, 3; Tirmizi, *Tefsîru'l-Kur'ân*, 9.

⁵⁵¹ Müslim, *Msakat*, 102, 104

⁵⁵² Nesai, *Buy'*, 44

görüşler ileri sürmüşlerdir. Yani ribevi mallardaki illetin ne olduğu üzerinde yoğunlaşmışlardır.

Hanefi ve Hanbeliler ribevi mallardaki illeti cins ve ölçü olarak kabul ederken, Şafiiler, buğday, arpa, hurma ve tuzu yiyecek olmaları, altın ve gümüşü ise semen olmalarını illet olarak belirlemişlerdir. Malikiler ise altın ve gümüşte aynı Şafiiler gibi düşünürken, diğer dört şeyde illeti tüketilen yiyecek olmaları olarak görmüşlerdir.⁵⁵³

Faizin yasaklandığı maddeler sadece bu altı cinse mi aittir, yoksa başka türleri de kapsar mı? Bu hususta ulema arasında ihtilaf olsa da cumhurun görüşü, bu altı şeyin o zamanki en çok ihtiyaç duyulan ve sürekli mübadele edilen maddeler olmasından dolayı misal kabilinden zikredilmiş olmasıdır. Yoksa faizin cereyan ettiği şeyler, sadece bunlardan ibaret değildir. Faizin sadece bunlarda cereyan ettiğini belirtenler; Zahirilerle, Katâde b. Diâme, Tâvûs b. Keysân, Mesrûk b. Ecda', Şa'bî ve Hanbelîler'den İbn Akil gibi bazı âlimlerdir.⁵⁵⁴

4.2.2. Ribâ Yasağının Kapsamı

İslam dininde faizin haram olduğunu açıklayan ayet ve hadislerden sonra faizin illetinin yanı sıra fert ve toplumlarda ne gibi zararları olduğu hususu da İslam hukukçularınca açıklanmaya çalışılmış ve bu konuda da birçok izah getirilmiştir. Klasik fıkıh literatüründe genelde alışveriş (Kitâbü'l-buyu) içerisinde ayrı bir başlık altında ele alındığı gibi, alışveriş başta olmak üzere, mali akitlerin ribâdan uzak olması üzerinde ısrarla durulan bir şart olmuş, akitte ribâ içeren bir şartın bulunmasının akde tesiri de ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. İslam borçlar hukukunun temel amacının taraflar arasında tek taraflı menfaatin önüne geçmesi ve tarafların gerçek rızalarının ortaya çıkması, dürüstlük ve açıklıktan taviz vermemesi, insanlar arasında güvensizlik ortamının oluşmasını engellemek olduğundan, tüm bunların faizli bir sistemin bertaraf edeceği de bilindiği için faizin ticari hayatta yer almasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

⁵⁵³ Karaman, *İslam Hukuku*, II, s. 203

⁵⁵⁴ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, II, s. 129

4.3. Mebsut'ta Ribâdan Uzak olma İlkesinin Uygulama Örnekleri

İslam dininin yasak olduğunu açıkça belirttiği durumlardan biri olan ribâyı Serahsî, “fazlalık” anlamında kullanıp satım sözleşmesinde şart koşulan ve karşılığı olmayan fazlalık olarak tarif etmiştir.⁵⁵⁵ Serahsî'nin buy'u bahsine doğrudan ribâ konusu ile başlamasını “def'i mefsedet celbi menfaatten evladır” kaidesi ile açıklayıp “alışverişte haram olan hususları belirtelim ki geriye kalan nevilerin caiz olduğu anlaşılın” şeklinde bir açıklama yapılabilir. Bununla beraber Serahsî, cahiliye araplarının faizi alışverişle aynı gören anlayışlarına⁵⁵⁶ bir reddiye olarak faizin ne olduğunu ortaya koymaya öncelik vererek alışverişten farklarını ele alarak başlanması da bu konuya yaklaşımını destekler.

Kur'an-ı Kerim'de faiz yasağının kademeli olarak getirilmesi, topluma da iyice yerleşmiş ve kanıksanmış bir âdetin kaldırılmasında tedrici bir usulün benimsenmesi gerektiğini bize göstermiştir. İslam borçlar hukukunun ana gayesinin toplumda ticari ve hukukî ilişkilerin karşılıklı rıza, açıklık, dürüstlük ve güven esası üzerine kurulması olduğunu daha önce ifade etmiştik. Ribâ yasağı da bu ilkeleri tamamlayıcı niteliktedir. Bunun için de ribânın sadece toplum için değil kişi özelinde de ahirette bazı ceza müeyyidelerine uğrayacağı Kur'an'ı Kerim'in çeşitli ayetlerinde belirtilmiştir.⁵⁵⁷

İmam Muhammed'e sadece fıkıh eserleri yazdığı, ahlakî alanda neden bir zühd kitabı yazmadığı sorulduğunda, onun “bey' kitabı yazdım” diye cevap verip orada helal ve haram olan şeyleri açıkladığını belirtmesi, zühdün asıl anlamının haramlardan kaçınıp helale rağbet etmek olduğunun bir ifadesidir.⁵⁵⁸ Alışverişte yasak olduğu kesin bir ifadeyle açıklanan ribânın bir tarafa fazla menfaat sağlaması, diğer tarafı ise zarara uğratması, onun ahlakî açıdan da incelenmesi gereken bir mefsedet olduğunu gösterir.

Müfessirlerin çoğuna göre, ribâ âyetleri, Tâif'te oturan Beni Sakîf kabilesinin fâiz uygulamasıyla ilgili olarak inmiştir. Bu kabilenin Hz. Peygamber'le yaptığı Tâif anlaşmasında fâiz alacak-verecekleri lağvedilmişti. Mekke'deki Muğîre oğulları, Benî Sakîf'ten Amr bin Umeyr oğullarına olan fâiz borçlarını ödemeyince, aralarında

⁵⁵⁵ Serahsî, *Mebsût*, XII, 109.

⁵⁵⁶ Bakara, 2/275.

⁵⁵⁷ Bakara, 2/275- 276, 279, 238.

⁵⁵⁸ Serahsî, *Mebsût*, XII, 110.

düşmanlık doğdu. Durum Mekke valisi Attab b. Esîd tarafından Hz. Peygamber'e yazıldı. Bu soru üzerine ribâ ayetleri indi ve Hz. Muhammed (s.a.v.), valiye ayeti yazdı. Ayrıca hükme razı olurlarsa ne âlâ, aksi halde onlara harp ilan etmesini bildirdi. Bunun üzerine Tâifliler, fâiz istemekten vazgeçtiler.⁵⁵⁹

“Ey iman edenler, gerçek müminler iseniz Allah'tan korkun ve faizden geriye kalanı bırakın.”⁵⁶⁰ Ayetinden hareketle İslam, faizli işlemi yasakladığı gibi yasaktan önceki döneme ait faiz alacağını da yasaklamıştır. Dolayısıyla Kur'an'ın bu net tavrı borçlar ilkesinin temel prensibi haline gelip tüm alışverişlerde ribânın her türlüünün önüne geçilmesi gaye edinilmiştir.

Biz burada Serahsî'nin buyu' ve sarf akdinde faizi anlattığı örnekleri ele alıp Serahsî'nin vermek istediği temel gayeyi anlatmaya çalışacağız.

4.3.1. Buyu' Bahsinde Ribâdan Uzak Olma İlkesi

Hz. Peygamber, paranın yanında yaygın olarak kullanılan altı temel ihtiyaç maddesinin değişimindeki fazlalığın faiz olduğunu belirtmiş, İslam âlimleri de faiz konusunu ele alırken ondan rivayet edilen aşağıda zikredeceğimiz hadisle ribâ konusunu ele almışlardır. Nitekim Serahsî'nin de buyu' bahsine ribâ konusuyla giriş yaptığını yukarıda izah etmiştik. Serahsî, ribâ bahsine şu rivayetle başlar:

“Altına karşılık altın, gümüşe karşılık gümüş, buğdaya karşılık buğday, arpaya karşılık arpa, hurmaya karşılık hurma, tuza karşılık tuz, cinsi cinsine birbirine eşit ve peşin olarak satılır. Malların sınıfları değişirse peşin olmak şartıyla istediğiniz gibi satın.”⁵⁶¹

Serahsî bu hadisi analiz ederken “Altını altın karşılığında” ibaresinden anlatılmak istenenin “altını altın karşılığında satınız” şeklinde olduğunu belirtmiştir.⁵⁶² Buna ek olarak Serahsî, hadisin farklı rivayetlerinde “eşit olarak satınız” ibaresinin de olduğunu, buradaki eşitliğin ise nitelikte değil miktarda eşitlik olduğunu ifade

⁵⁵⁹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 59.

⁵⁶⁰ Bakara, 2/278

⁵⁶¹ Müslim, *Müsâkât*, 81.

⁵⁶² Serahsî, *Mabsût*, XII, 110.

etmiştir.⁵⁶³ Gümüş konusunda ise Serahsî, altınla ilgili ortaya koyduğu görüşlerin gümüş içinde geçerli olduğunu söylemiştir.⁵⁶⁴ Buğday hususunda ise yukarıda zikrettiğimiz rivayet ve onun farklı versiyonlarından hareketle aslolanın miktardaki eşitlik olduğunu belirten Serahsî, tuz, arpa ve hurmada da buğdaydaki gibi miktarlarında eşitlik olması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁶⁵

Aynı şekilde ribâ konusunda bir başka örnek de zeytinyağının zeytin karşılığında satımının caiz olmaması meselesidir. Ancak zeytinin içindeki yağın eldeki yağdan daha az olduğu biliniyorsa o zaman satış caiz olur.⁵⁶⁶ Serahsî bu meseledeki kuralı şu şekilde açıklar: “İki şey arasındaki cins birliğinde bazen malın kendisine bazen de malın içindekine itibar edilir.” Zeytin ve zeytinyağı arasında şeklen bir cins birliği olmadığını belirten Serahsî, ancak ikisinde içinde bulunan yağdan hareketle cins birliğine itibar edildiğini ifade eder.⁵⁶⁷ Böyle bir satım söz konusu olduğunda dört şey ile karşılaşılır.⁵⁶⁸

- a. Zeytinin içindeki yağın elde olan yağdan fazla olduğu taraflarca biliniyorsa o zaman bu satış caiz olmaz. Çünkü burada bir fazlalık vardır ve fazlalık da ribâdır.
- b. Zeytinin içindeki yağ ile eldeki yağ eşit olursa bu satış yine caiz olmaz. Çünkü zeytinin posası karşılığı olmayan bir fazlalık olup ribâ olacaktır.
- c. Zeytinin içindeki yağ bilinmezse bu satış da caiz değildir. Çünkü biz daha önce de açıklık ilkesinde ele aldığımız üzere tarafları anlaşmazlığa götüren her belirsizlik akdi fesad eder.
- d. Eğer zeytinin içindeki yağ eldeki yağdan eksik ise bu durumda bu satış geçerlidir. Çünkü zeytinin içindeki yağ ve zeytinden çıkan posa eldeki yağa karşılık tutulur. Dolayısıyla burada herhangi bir fazlalık söz konusu olmaz.

Ribâ konusunda rivayet edilen hadis ve yukarıda zikretmiş olduğumuz zeytinin zeytinyağı ile satımı hususunun İslam âlimlerince en ince ayrıntılarına kadar ele alınması, Kur'an'ı Kerim'de kaçınılması açıkça belirtilmiş bir yasağın Müslümanların

⁵⁶³ Serahsî, *Mabsût*, XII, 110.

⁵⁶⁴ Serahsî, *Mabsût*, XII, 111.

⁵⁶⁵ Serahsî, *Mabsût*, XII, 111.

⁵⁶⁶ Serahsî, *Mabsût*, XII, 179.

⁵⁶⁷ وَالْأَصْلُ فِي جِنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّ الْمُجَانَسَةَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ تَكُونُ بِإِعْتِبَارِ الْعَيْنِ تَارَةً وَبِإِعْتِبَارِ مَا فِي الضَّمْنِ أُخْرَى فَبِمَا وَجَدْتُ وَعَيْنًا لَا تُعْتَبَرُ فِي الضَّمْنِ الْمُجَانَسَةَ, Serahsî, *Mabsût*, XII, 179.

⁵⁶⁸ Serahsî, *Mabsût*, XII, 179.

alışverişlerinde bulunmaması gayreti, dolayısıyla toplumda yayılması muhtemel olan bir durumun önüne geçilmeye çalışılması olarak da yorumlanabilir. Aynı cins olsalar dahi malların kalitelerinin farklı olması durumunda birbirleriyle değiştirilmesindeki fazlalığı bile ribâ olarak değerlendiren Hz. Peygamber⁵⁶⁹, böylelikle insanlar arasında meydana gelebilecek haksızlığın önüne geçerek insanların birbirlerini aldatmalarını engellemeye çalışmış, ticareti de faizden korumak istemiştir. Kur'an'ı Kerim'de açıkça yasaklanan Hz. Peygamberin üzerinde önemle durduğu hukukî bir durumun İslam âlimlerince en ince ayrıntılarına kadar tartışılmasına ve bunun borçlar hukukunda ilke olmasına şaşırılmamak gerekir.

4.3.2. Sarf Akdinde Ribâdan Uzak Olma İlkesi

Ribâdan kaçınılması Allah tarafından emredilmiş,⁵⁷⁰ ribâda ısrar edilmesinin Allah ve Resülüne savaş açma anlamına geleceği belirtilmiş, Hz. Peygamber tarafından da bu yasakla ilgili detaylı açıklamalar yapılmıştır.⁵⁷¹ Ribânın ortaya çıktığı en önemli yerlerden birisi sarf akdidir. Çünkü sarf akdi paranın parayla değişimi olup⁵⁷² bu değişimde karşılıklı eşit miktar olmadığında faiz cereyan etmektedir. Sarf akdinin ribâyla iç içe olmasını en güzel ifade eden şu rivayettir: “İbn Ömer’le İbn Abbâs’a sarfi sordum, onda bir beis görmediler. Bir defa Ebû Saîd El-Hudrî’nin yanında otururken sarfi ona da sordum: Fazlası ribâdır dedi. İbn Ömer’le İbn Abbâs’ın sözlerinden dolayı ben bunu kabul etmedim. Bunun üzerine Ebû Saîd: Ben sana ancak Peygamber (sav)’den işittiğimi söylüyorum; kendilerine iyi hurma bahçelerinden toplanan hurmadan bir ölçek getirildi. Peygamber’in (sav) hurması bu cinstendi. Hz. Peygamber ona: “Bunu nereden aldın?” diye sordu. Bahçıvan: “İki ölçek (hurma) götürdüm, onunla bu bir ölçeği satın aldım, çünkü bunun fiyatı pazarda şu kadara, onun fiyatı bu kadara” dedi. Bunun üzerine Resûlullah (sav): “Yazık sana. Ribâ yaptın! Böyle bir iş yapmak istediğin zaman kendi hurmanı bir mal mukabilinde sat; sonra o hurmayla hangi hurmayı istersen satın al” buyurdular.⁵⁷³

⁵⁶⁹ Buhârî, İ’tisâm, 20.

⁵⁷⁰ Bakara, 2/275-279; Âl-i İmran, 3/130; Nisâ, 4/161.

⁵⁷¹ Buhârî, Hudûd, 44; Buhârî, Edebü'l-Müfred, 5; Muvatta, Buyu', 19, 44; Nesai, Talak, 13

⁵⁷² Serahsî, *Mebisût*, XIV, 3.

⁵⁷³ Müslim, Müsâkât, 100.

Sarf akdinde ribânın ortaya çıktığı hususlardan biri de altın ve gümüş süslemeli aletlerin alım-satımında ortaya çıkan fazlalık durumudur. Örnek vermek gerekirse bir kimse gümüş süslemeli bir kılıcı gümüş karşılığında satsa bu durumda dört olasılık ortaya çıkmaktadır. Bu olasılıklardan konumuzu ilgilendireni, süsleme olarak kullanılan gümüş ile nakit olarak verilen gümüş aynı miktarda ise akdin caiz olmaması meselesidir. Çünkü kılıcın kını ve askısı gibi şeyler karşılıksız alınmış olur ki bu bir faizdir.⁵⁷⁴ İslam hukukunun temel prensiplerinden birisinin de akitlerin ribâdan önleme ilkesi olduğunu bu kadar ince hususların da göz ardı edilmeyerek bu ilkenin hassasiyetle korunduğu görülmektedir.

Bu konuyla alakalı bir diğer örnek ise miktarı bilinmeyen altın süslemeli eşyanın miktarı belli olan altın karşılığındaki satımıdır. Serahsî, bu satımın geçersiz olduğunu, çünkü yapılan sarf akdinde belirsizlik olduğu belirtmiştir. Üstelik bu satışta herhangi bir fazlalık mı eksiklik mi olduğunun bilinmemesi, dolayısıyla fazlalık veya eksiklik durumunda faiz şüphesi ortaya çıkacağı gerekçesiyle bu akdi caiz görmemektedir.⁵⁷⁵ Hatta Serahsî buna delil olarak şu rivayeti getirmiştir. "Resûlullah (s.a.v.) Sa'd b. Ebî Vakkas ile Sa'd b. Ubade'ye Hayber ganimetinden kendi hisselerine düşen altın veya gümüş kaptan satmalarını emretti. Onlar da her üç dinar ağırlığındaki kabı sikke halinde dört dinara veya dört dinar ağırlığındaki her kabı sikke halinde üç dinara sattıklarında Resûlullah: "Alışverişinize faiz girdi" deyince aldıklarını iade ettiler.⁵⁷⁶ Bu rivayet bize göstermektedir ki, ganimet mallarının satılmasında dahi bedellerden birinin fazla olması ribâyâ yol açmakta ve böyle bir alışverişin yasak olduğunu göstermektedir.⁵⁷⁷

Ribâ ile alakalı dikkat çeken bir husus da ribânın cereyan ettiği mallarda işçiliğin hesap edilip edilmeme durumudur. Hz. Ömer'e bu hususta soru sorularak "yaptığım işçilikten ücret alabilir miyim denilmiş o da zaten yaptığın işçilik kendin içindir, daha fazla soru sormana gerek yok" demiştir.⁵⁷⁸ Bu da bize göstermektedir ki faize konu olan

⁵⁷⁴ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 5.

⁵⁷⁵ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 6.

⁵⁷⁶ Muvatta, *Buyu'*, 16

⁵⁷⁷ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 7.

⁵⁷⁸ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 7.

mallarda yapılan işçilik için herhangi bir ücret verilmez. Böyle bir şey söz konusu olduğunda alınan miktar fazlalık kabul edilir ve fazlalık da faizdir.⁵⁷⁹

Faizin cereyan ettiği mallardaki değişimlerde en önemli kural değişim yapılan mallarda (kıymetli madenler) ikisinin birbirine eşit olmasıdır. Bir kimse elindeki dirhemleri onlardan daha kaliteli dirhemlerle değiştirse aslolan bunların eşit miktarda olmasıdır. Çünkü bunların kalitesiz ile kaliteli olanı, işlenmiş olanı ile külçeli olanı arasında fark yoktur. Bu mallarda dikkat edilen husus eşit olmasıdır. Zira Hz. Peygamber de gümüşün gümüş ile değiştirilmesinden bahsetmektedir. Bu net bir ifadedir. Aynı miktardaki kaliteli ile kalitesizin değişimde faiz cereyan etmez ve herhangi bir anlaşmazlık söz konusu olmaz.⁵⁸⁰

Sonuç olarak ribâ en çok sarf akdinde karşımıza çıkmaktadır. Aralarında faiz cereyan eden mallarda eşitlik konusu en önemli husustur. Sarf akdinde bu kadar çok ribâdan bahsedilmesinin esas gayesi tek taraflı menfaatin önüne geçmek olup karşı tarafa zarar vermenin önlenmesidir.

⁵⁷⁹ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 7.

⁵⁸⁰ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 12.

5. Zararı Önleme İlkesi

Kur'an-ı Kerim'in insan davranışlarıyla ilgili olarak verdiği ana mesajlardan birisi de şüphesiz insanın güvenilir, emanete uygun davranan, haksızlık etmekten kaçınan, kimseye zarar vermeyen bir kimse olmasıdır. Kur'an, başkasının malına zarar vermemeyi, adaletli olmayı, barış içinde yaşamayı telkin etmekte, Hz. Peygamber de, Müslümanın elinden ve dilinden insanların güvende olduğu kimse olduğunu temel bir ilke olarak koymuş, zarara karşılık zarar vermeyi yasaklamıştır. Bütün bunlar aslında zararı önleme ilkesinin dini ve ahlakî temelini oluşturmayı hedefler. İslam hukukunun üzerinde çokça durduğu konulardan birisi kul hakkının gözetilmesi olduğundan, başkasına verilen zararların giderilmesi, hatta zarar meydana gelmeden onun engellenmesi borç ilişkileri başta olmak üzere fıkıhın her defasında üzerinde durduğu bir ilkedir.⁵⁸¹ Başkasına bir zarar verildiğinde zararın türüne göre çeşitli hukukî müeyyideler uygulanır. Örneğin başkasının canına zarar verildiğinde kısas veya diyet söz konusudur. Bir kimsenin malına bir zarar gelmesi, haksız bir fiile maruz kalması durumunda ise konu muamelat hukukunun kapsamı altına girmektedir.

Haksız fiilleri şahsa yönelik ve mala yönelik haksız fiiller şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Şahsa yönelik olanlar klasik fıkıh kitaplarının ukubât bölümünde yer alır. Mala yönelik haksız fiillerin önemli bir kısmı ise fıkıh kitaplarının muamelat bölümünde yer almaktadır. Bunların içinde başkasına ait bir malı zorla almak demek olan gasp önemli bir yer tutar. Gerek şahsa gerekse mala yönelik haksız fiillerde daha ziyade gerçekleşmiş zararların tazmini cihetine gidilmiştir.⁵⁸² Mala yönelik olan haksız bir fiil zarara sebebiyet veriyorsa tazmin gerektirir. Dolayısıyla haksız fiille zarar arasında bir illiyet bağının bulunmuş olması gerekmektedir. Bundan hareketle haksız fiil için temel unsurlar kusur, hukuka aykırı fiil, illiyet bağı ve zarardır.⁵⁸³

⁵⁸¹ Yunus Araz, "İslam Hukukunda Manevi Zararların Mali Tazmini", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2016, sy.5, s. 119.

⁵⁸² Mehmet Âkif Aydın, "Haksız Fiil", *DİA*, XV, s. 211

⁵⁸³ Saffet Köse, "İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması", *İFAV*, İstanbul, 1997, s. 73. Araz, "Manevi Zararların Mali Tazmini", s. 119

Sözlükte herhangi bir mana vermek yerine yarar kelimesinin karşıtı olarak anlamı verilen ve bu çerçevede açıklanan zarar,⁵⁸⁴ insanı tehdit eden, bütün benliğini saran ve mücbir sebebe maruz kalma halini ifade eden terimdir.⁵⁸⁵

Modern hukukta zarar, “Bir kimsenin malında rızası olmadan meydana gelen eksilme” olarak tarif edilmiştir.⁵⁸⁶ Dolayısıyla mal sahibinin kendi rızasıyla meydana gelen eksilmeler zarar olarak ifade edilmeyip, bir mülkiyet devri veya belli bir malın tüketiminin meydana gelmesi olarak isimlendirilir.⁵⁸⁷

5.1.Zararı Önleme İlkesinin Arka Planı

Zarar kelimesi Kur’an’ı Kerim’de bela ve şiddet, açlık, değer ve konumun alçalması, hastalık ve rahatsızlık duymak, denizden gelebilecek rüzgâr ve dalgaların helakından korkma, menfaat ve zararın zıddı anlamına gelen acı, son olarak da insanın zarara taşınması anlamlarına gelmektedir.⁵⁸⁸

İslam dininde kolaylığı sağlama, zararı giderme, insanların yararlarını gözetleme esastır. Bu sebeple zarara uğramamak için elinden gelenin yapılması, zarara uğranıldığında hakkın korunması, uğranılan zararın giderilmesi ve dinen de uğranılan zarar karşısında sabır gösterilmesi istenmiştir.⁵⁸⁹ Hatta bu konuda “*Olur ki, bir şey sizin için hayırlı iken, siz onu hoş görmezsiniz. Yine olur ki, bir şey sizin için kötü iken, siz onu seversiniz. Allah bilir, siz bilmezsiniz.*”⁵⁹⁰ ayeti de bir yönüyle bu hususu vurgulamaktadır.

5.1.1. Zararın Çeşitleri

Zarar mefhumu maddi ve manevi olarak ikiye ayrılır. Nitekim Bilmen, “Bir kimsenin bir malını telef etmek veya bir uzvunu bir arızaya uğratmak onun hakkında maddi bir zarar olacağı gibi bir kimse hakkında haysiyetini kırarak fena bir söz söylemek veya

⁵⁸⁴ İbn Manzûr, *Lisânu'l Arab*, “drr” md. IV, 482; ayrıca bkz. Ahmed Mevâfî, *ez-Zarar fi'l-fikhi'l-islâm* Huber: Dâru İbn Affan, 1997, I, s. 20-24

⁵⁸⁵ Bilal Aybakan, “Zarar”, *DİA*, XLIV, s. 130-131

⁵⁸⁶ Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 170.

⁵⁸⁷ Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 170.

⁵⁸⁸ Yunus, 12/ 12-21,107, Hud, 11/ 10, Nahl, 16/53, İsrâ, 17/56, Mu'minun, 23/75, Rum, 30/33 Yusuf, 12/88; Âli İmran, 3/ 120-144-177, Nisâ, 4/113, Tevbe, 9/ 39; Bakara, 2/177, 214, Nisa, 4/95, A'raf, 7/94, İsrâ, 17/67; Bakara, 2/102, Âli İmran, 3/111, Mâide, 5/76, Enâm, 6/71, Yunus, 10/18, 49,106; Lokman, 31/24; Mevâfî, *ez-Zarar*, I, s. 24-33

⁵⁸⁹ Aybakan, “Zarar”, s. 131.

⁵⁹⁰ Bakara, 2/216.

ruhunu muztarip edecek bir tarzda eza ve cefada bulunmak da manevi bir zarar teşkil etmiş olur” diyerek zararların aslında iki kısım olduğunu ifade etmiştir.⁵⁹¹ Aynı şekilde İslam hukukunda kesin bir ayırım yapılmısa da doktrinde geliştirilen görüşler tek tek incelendiğinde maddi ve manevi olarak zararın iki kısma ayrıldığı, bunun yanı sıra, umumi zarar, hususi zarar; cismani zarar, eşya zararı, fiili zarar, yoksun kalınan kâr; doğrudan zarar, dolaylı zarar, yansıma zararı, tesebbüben zarar; normatif zarar, sosyal zarar; müşahhas zarar, mücerret zarar (soyut zarar) ve ekonomik zarar gibi ayrımlara da gidildiği görülür.⁵⁹²

İslam hukukunda gerek akitlerde gerekse davranışlarda karşı tarafa zarar vermeme asıldır. Ancak bir zarar meydana gelmişse onun telafi edilmesi de en temel kurallardan biridir.⁵⁹³ Zararı önleme ilkesinin fikhın esasını teşkil eden ilkelerden biri olması gerek usulde gerekse fûru meselelerde bu ilkenin çokça kullanılmasını gerektirmiştir.

5.1.2. Genel Fıkıh Kaidelerinde Zarar

Zararın önlenmesini konu edinen küllî kaideler kavaid literatüründe önemli bir yer tutmaktadır. “Zarar kadîm olmaz.”, “Zarar ve mukabele-bi’zzarar yoktur.”, “Zarar izâle olunur.” “Bir zarar, kendi misliyle izâle olunamaz.”, “Zarar-ı âmmı def” için zarar-ı hâss ihtiyar olunur.”, “Zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izâle olunur.”⁵⁹⁴ gibi kaideler bu konuda en çok atıf yapılan kaidelerdir. Suyûtî fikhın pek çok konusunun “Zarar izale edilir” kaidesine dayandığını ifade edip bunun zararlarla ilgili diğer kaidelerin de aslı olduğunu belirtmiştir.⁵⁹⁵

5.1.3. Bazı Borç İlişkilerinde Zarar

Fıkıhta eda ehliyetinin temelini teşkil eden husus olan temyiz gücü ve bunun olgunluk hali olan rüşt kavramlarını yarar-zarar ilişkisi oluşturmaktadır. Kişinin hukukî işlemlerini yapabilmesi için sahip olması gereken eda ehliyeti konusunda geliştirilen

⁵⁹¹ Bilmen, *Istilahat*, VIII, s. 272.

⁵⁹² Aybakan, “Zarar”, s. 131.

⁵⁹³ Aybakan, “Zarar”, s. 131.

⁵⁹⁴ Mecelle md. 7, 19, 20, 25, 26, 27, 31.

⁵⁹⁵ Süyûtî, Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr, *el-Eşbâh ve'n-nezâir fî kavâ'id ve fûrû'i fikhî's-Şâfi'iyye*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1983, s. 7-8; Aybakan, “Zarar”, s. 132.

doktrin, eda ehliyetini kazanma ve kaybetme ölçütleri, aslında onun maruz kalması muhtemel zararların önüne geçmeye çalışır. Mesela eksik eda ehliyetine sahip olan kişiler hukukî işlemlerde lehine olanları kanunî temsilcisine rağmen yapabilirken, aleyhine olanlar kanunî temsilcisine rağmen yapılamaz. Bu kısıtlamanın da amacı kişiyi kendisinde meydana gelebilecek zarardan koruma düşüncesidir.⁵⁹⁶

Aynı şekilde eşya hukukundaki irtifak hakları ve bununla ilgili sınırlamalar da zarar ilkesi çerçevesinde ele alınmalıdır. Malın korunması ve mülkiyet hakkı İslam dininin gözettiği amaçlar (makâsıd) arasında olmakla beraber, adaleti sağlama, kötü niyetin önüne geçme ve haksız zararı önleme düşüncesi, gerektiğinde fertlerin bu temel haklarını kullanmasında bir dizi önlem alınmasını gerekli kılmıştır.⁵⁹⁷ İrtifak hakları “Bir akar üzerinde başkasına ait diğer bir akar yararına kurulmuş olan ve hak sahibine sınırlı bir yararlanma sağlayan aynî hakları ifade eder.”⁵⁹⁸ İrtifak hakkında iki farklı kişinin aynı akar üzerinde yararlanma hakkı bulunduğundan, hakkın kullanımında diğerine zarar vermemek esas ilkedir.⁵⁹⁹ İki tarafın da sınırlı kullanım hakkına sahip olması birbirlerine karşı tek taraflı bir menfaatin önüne geçme amacı taşır. Bu da zarar vermeme ilkesinin bir gereğidir. Ön alım hakkı olarak da isimlendirilen şüf’a, bir akarın mülkiyetinin bedelli bir sözleşmeyle el değiştirmesi durumunda, şüf’a satım veya bu hükümdeki bir akidle alınmış taşınmaz veya taşınmaz hükmündeki özel mülkiyete konu bir malı müşteriye mal olduğu bedelle cebren alıp mülkiyetini elde etme hakkını ifade eder.⁶⁰⁰ Aynı şekilde şüf’a hakkı da gelebilecek zararı en başından engelleme amacı gütmektedir.⁶⁰¹ Şüf’anın hukukî, iktisadî ve sosyal olarak birçok amacından söz edilebilir. Akar üzerinde pay sahibi olanların arasına yabancı birinin girmesinin önüne geçilmesi, mümkün olduğunca payların bir arada toplanılması ve ortaya çıkabilecek iktisadi kaybın önüne geçilmesi, komşuluk hakkının sağlanması gibi durumlar şüf’anın faydaları arasında gösterilebilir.⁶⁰² Bütün bu amaçlar esasen mezkûr malın

⁵⁹⁶ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü*, İstanbul: İFAV, 2013, s. 193-196; Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukuku Metodoloji Fıkıh Usulü*, (çev: Abdulkadir Şener), Ankara: Fecr Yayınları, 2013, s. 288-291; Aybakan, “Zarar”, s. 132.

⁵⁹⁷ Hasan Hacak, “İrtifak”, *DİA*, XXII, s. 460.

⁵⁹⁸ Hacak, “İrtifak”, s. 460

⁵⁹⁹ Ahmet Yaman- Halit Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul: İFAV, 2012, s. 290-291.

⁶⁰⁰ İbrahim Kâfi Dönmez, “Şüf’a”, *DİA*, XXXXI, s. 248; Yaman- Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 289.

⁶⁰¹ Aybakan, “Zarar”, s. 133.

⁶⁰² Yaman-Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 290.

üçüncü bir şahsa satımından komşu veya ortakların zarar görmesini önleme gayesini taşır.

Zarar önleme ilkesinin özellikle en çok gündeme geldiği alan borçlar hukukudur. Borçlar hukukunda zarar denilince akla ilk gelen haksız fiildir. Hukuka aykırı olarak bir kimsenin şahsına veya mal varlığına zarar veren fiil olarak tanımlanan haksız fiil, hukuk sistemlerinde mücerred ve meseleci metod olarak iki farklı şekilde ele alınmıştır.⁶⁰³ Mücerred metotta haksız fiil bir bütün olarak, meseleci metoda göre ise haksız fiiller her bir olay üzerinde teker teker ele alınmıştır. Fıkhın klasik dönemde meseleci metodla tedvin edilmiş olmasının sonucu olarak fıkhıta bütün haksız fiilleri içine alan ortak bir terim mevcut değildir.⁶⁰⁴ Buna bağlı olarak İslam hukuk literatüründe haksız fiil müstakil bir başlık altında değil de gasp ve itlaf başlıkları altında fer'i meseleler üzerinden tartışmaya açılarak ele alınmıştır.⁶⁰⁵ Genel olarak gasp, başkasının malına haksız yere el koyarak haksız bir zilyetlik kurmak olarak tarif edilmiştir.⁶⁰⁶ İtlaf ise bir malın hukuka aykırı olarak tamamının veya bir kısmının yok edilmesidir.⁶⁰⁷ Burada malın gerçek sahibine yönelik bir zarar vardır ve bu zararın izale edilmesi gerekir.⁶⁰⁸

Akitlerin kurulmasından sona ermesine kadar her aşamada zararı önleme ilkesinin sürekli dikkate alındığı görülmektedir. Nitekim akitlere konulan şartlar zarar içeriyorsa fâsit şartlar arasında sayılır. Aynı şekilde akdin kuruluşunda meydana gelen hile, ikrah, ribâ, cehalet, garar gibi hususlar da hep zararı önleme çerçevesi içinde ele alınmıştır.⁶⁰⁹

Sonuç olarak kişinin haksız bir şekilde bir zarara uğramasını önlemek hukukî gereklilikler arasında yer almış, borçlar hukuku alanında da aynı ilkenin uygulanması sadedinde birçok örnek olay ele alınmıştır. Daha genel bir hukuk prensibi olan rızanın korunması ve adaletin sağlanması da böyle bir yaklaşımı gerektirmektedir.

⁶⁰³ Aydın, “Haksız Fiil”, s. 210

⁶⁰⁴ Aydın, “Haksız Fiil”, s. 210

⁶⁰⁵ Aybakan, “Zarar”, s. 133.

⁶⁰⁶ Mehmet Âkif Aydın, “Gasp”, *DİA*, XIII s. 387.

⁶⁰⁷ Aydın, “İtlâf”, s. 466.

⁶⁰⁸ Mala gelen zararın tazmini hususunda detaylı bilgi için bkz. Aydın, “Gasp”, s. 387-392

⁶⁰⁹ Aybakan, “Zarar”, s. 133.

5.2.Mebсут'ta Zararı Önleme İlkesinin Uygulama Örnekleri

İslam borçlar hukukunda taraflardan birinin karşı tarafın rızası dışında bir menfaat elde etmesi, diğer tarafın zarar görmesi mazur görülen bir durum değildir. Mesela alışverişlerde aslolan iki tarafın da rızası doğrultusunda zarar görmeden alışverişi tamamlamak ve rızaya aykırı en ufak bir pürüz bırakmamaya çalışmaktır. Biz burada Serahsî'nin muhayyerliklerde, sarf akdinde, gaspedilen mallarda, şüf'ada ve malların paylaşılmasında zararı önlemeye yönelik hangi örnekleri aldığına değineceğiz.

5.2.1. Muhayyerliklerde Zararı Önleme İlkesi

Muhayyerlik, özellikle satım sözleşmesinde taraflardan birinin veya her ikisinin akdi onaylama veyahut feshetme hakkına sahip olmasıdır. Buradan hareketle "Anlaşmaya veya şer'i bir gerekçeye dayanarak taraflardan birinin veya her ikisinin akdi onama yahut feshetme şıklarından birini (tayin muhayyerliğinde birkaç mebîden birini) seçme hakkına sahip olması" şeklinde genel bir tanım yapılabilir.⁶¹⁰ Muhayyerliğin birçok çeşidi olmakla beraber ticari işlemlerde en çok altı tanesine rastlanılmaktadır. Bunlar; meclis, tayin, şart, ayıp, görme ve nakit muhayyerliğidir. Biz ilkemizle daha çok bağlantısı olması açısından, şart, görme ve ayıp muhayyerliği üzerinde duracağız.

5.2.1.1.Şart Muhayyerliğinde Zararı Önleme

Satım akitleri aldanma olasılığını içinde barındıran bir akittir. Akitlerde asıl amaç kar elde etmek olduğundan, dolayısıyla kişinin kar elde edilebilmesi için mal hakkında bilgisinin olması ve onunla alakalı istişare etmesi gerekmektedir. Bundan dolayı akitlerde muhayyer olma şartını ileri sürme caiz görülmüştür.⁶¹¹ Bir bakıma ihtiyaçtan dolayı caiz görünen şart muhayyerliği, tamamen zararı önleme üzerine bina edilmiş iki tarafın da haklarını korumaya yönelik kurulmuştur. Şart öne sürmenin zararı önlemeye yönelik oluşunun en bariz göstergesi muhayyerlik hakkının kaç gün olması konusunda kendini göstermektedir. Ebu Hanife, Züfer ve İmam Şâfiî'ye göre, muhayyerlik süresi en çok üç gün olabilir.⁶¹² Çünkü Hz. Peygamber, Habban b. Munakkız'a üç gün süreyle muhayyerlik tavsiye etmiştir.⁶¹³ Üç günü geçerse ilk iki imama göre akit fâsit; İmam Şâfiî'ye göre ise batıl olur. Ebu Hanife'nin üç gün süre tanınması, tamamen satıcının

⁶¹⁰ H. Yunus Apaydın, "Muhayyerlik", *DİA*, XXXI. s. 25

⁶¹¹ Serahsî, *Mebсут*, XIII, 41.

⁶¹² Serahsî, *Mebсут*, XIII, 41; Apaydın, "Muhayyerlik", s. 26

⁶¹³ Buhârî, *Büyû*" 48; Müslim, *Büyû*, 48

zararını önlemek amacı taşımaktadır. Çünkü Hz. Peygamberin üç gün olarak muhayyerliği sınırlandırması, sürenin daha fazla uzatılarak satıcının zarar görmesini engellemek içindir.⁶¹⁴ Bu sebepten şart muhayyerliğini üç gün ile sınırlamak hem satıcının bu alışverişten zarar görmesini engelleme hem de alıcının alacağı malı üç gün gibi bir sürede yeterince tanınmasını sağlama amacını gerçekleştirmektedir.

5.2.1.2. Görme Muhayyerliğinde Zararı Önleme

Görme muhayyerliği müşterinin görmeden satın aldığı bir malı, gördüğünde bu satım akdini fesih hakkına sahip olmasıdır.⁶¹⁵ Görme muhayyerliğinin meşru oluş delili Hz. Peygamberden rivayet olunan “Kim görmediği bir şeyi satın alırsa gördüğü zaman muhayyerdir.”⁶¹⁶ hadisidir. Bu muhayyerliğin özelliği daha önce yapılan bir satım akdinden doğan muhayyerlik olmasıdır. Diğer bir anlatımla görme muhayyerliği, yeni bir akit ve bu akitte alıcının hak sahibi olduğu satın alma muhayyerliği olmayıp önceden yapılmış olan akdi feshetme veya bağlayıcı hale getirme muhayyerliği olarak kabul edilmiştir.⁶¹⁷ Görme muhayyerliğinin sabit olması için, akdin konusunun akit sırasında veya akitten önce kendisinde değişme olmayan bir zamanda görülmemiş olması, arazi, ev, hayvan ve otomobil gibi belirli bir ayn olması, akdin satım, icare, taksim, mal davasından sulh gibi feshe elverişli olması gereklidir.⁶¹⁸

Akit yapıldıktan sonra mal görülünceye kadar alıcının akdi bozma hakkı devam eder. Bozma hakkı devam ettiği sürece, akit bağlayıcılık kazanmaz. Bu durum da yukarıda zikrettiğimiz hadisle güvence altına alınmıştır.⁶¹⁹ Bu güvence akit konusu mal görülmediği sürece, rıza tam gerçekleşmediği, rızanın tam olmadığı bir alışverişte de tek taraflı zarar söz konusu olabileceği için verilmiştir. Muhayyerlik hakkının verilmesi işte bu zararı önleme düşüncesine dayanır. Görme muhayyerliğinde dikkat çeken en önemli husus alıcının bile görmeden önce akdi bağlayıcı duruma getirme yetkisinin bulunmamasıdır. Çünkü bağlayıcılık, rızanın tam olmasıyla ortaya çıkan bir durumdur.

⁶¹⁴ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 41.

⁶¹⁵ Apaydın, “Muhayyerlik”, s. 29

⁶¹⁶ Dârekutnî, Ali b. Ömer, *Sünen*, thk. Şu‘ayb el-Arnâvût, Hasen Abdülmün‘im Şelebî, Abdüllatîf Hırzüllah, Ahmed Berhûm, I-VI, Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 2004, Sünen, III, 3; Beyhakî, Ahmed b. el-Huseyn, *Ma‘rifetü’s-sünen ve’l-âsâr*, nşr. Abdülmü‘tî Emîn Kal‘acî, I-XV, Kahire: Dâru’l-Vefâ 1991, IV, s. 272.

⁶¹⁷ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 69.

⁶¹⁸ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 72-77.

⁶¹⁹ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 71.

Rızanın tam olması alınan malın niteliklerinin en iyi şekilde bilinmesiyle yerine gelir. Daha açık bir ifadeyle din alıcıya görmeden aldığı bir malda muhayyerlik vermişken alıcının bu muhayyerliği kabul etmeme veya kendinden soyutlama gibi bir hakkı yoktur.⁶²⁰ Çünkü dinin amacı zararı önlemek, tek taraflı meydana gelecek menfaatin önüne geçmektir.

Görme muhayyerliğinin gerçekleşmesi için alınan malın ne ölçüde ve hangi durumlarda görülmemiş sayılacağı da duruma göre farklılık göstermektedir. Örnek vermek gerekirse hayvanların yüzü ve kaba yerleri görülmelidir. Özellikle koyunda elle yoklamaya da ihtiyaç vardır. Satın alınan hayvanlardaki satın alma amacı süt elde etmek ise memelerinin de görülmesi gerekir. Tatma ve koklamayla bilenecek şeyler de sadece görmeyle muhayyerlik düşmez, aynı zamanda tatmaya ve koklamaya ihtiyaç vardır. Çünkü amaçlanan şey bunlarla bilinme özelliği taşır.⁶²¹ Malı göstermedeki amaç alıcının açıkça veya dolaylı şekilde rızasını tahmin etmek olduğundan bu gerçekleşmedikçe muhayyerlik hakkı devam etmektedir.⁶²²

Literatürde, alıcıya tanınan görme muhayyerliği üzerinde en ince detaylarına kadar durulması, kendisine dokunabilecek tüm zararları bertaraf etme gayesi taşır. Çünkü bir hukuk normu ortaya konurken tüm ihtimalleri, zararları, yararları detaylı şekilde ele alıp artılar ve eksilerini hesaplama cihetine gidilir. Burada da yapılan bu olmuştur.

5.2.1.3. Ayıp Muhayyerliği İle Zararı Önleme

Ayıp muhayyerliği; akdi yapanlardan birisi için, iki bedelden birisinde herhangi bir ayıp bulunduğu zaman akdi feshetme veya devam ettirme hakkının bulunmasıdır. Ancak bu kimsenin, ayıbı akit sırasında bilmemesi gerekir. Ayıp, ticaret örfünde; malın kıymetini azaltan veya ondan yararlanmaya engel olan eksiklerdir.⁶²³ Her bir ayıp, ilgili taraf yani bu maldan yararlanacak taraf için bir zarar vermektir. Böyle bir zarara katlanılmasını önlemek için o kimseye muhayyerlik hakkı verilmiştir. Ayıp ve görme muhayyerlikleri, satım, icare, mal taksimi, aynî bir bedel üzerine sulh akdi gibi feshe elverişli lâzım

⁶²⁰ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 71.

⁶²¹ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 71.

⁶²² Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 71.

⁶²³ Apaydın, "Muhayyerlik", s. 28-29.

akitlerde sabit olur. Bu hakkın sübutu için; ayıbın akitten önce veya akitten sonra teslimden önce mevcut olması, müşterinin akit ve kabz sırasında ayıbın varlığını bilmemesi, malın sahibinin akdin konusu üzerinde ayıplardan beraatı şart koşmaması ve fesihden önce ayıbın ortadan kalkmaması gereklidir. Bu duruma göre Hanefi hukukçular, ayıplar tek tek sayılmasa bile, bütün ayıplardan beraat şartıyla satışı sahih sayarlar. Burada, ayıbın ne zaman meydana geldiğine de bakılmaz. İmam Muhammed, Malik ve Şâfi'ye göre ise, ayıplardan beraat şartı, yalnız akit sırasında mevcut ayıbı kapsamına alır.⁶²⁴

Zararı önleme söz konusu olduğunda ilk akla gelen muhayyerliklerden birisi de ayıp muhayyerliğidir. Mesela bir kimse ayakkabı veya mest alsa bunlardan bir tanesinde geri vermeyi gerektiren bir kusur bulsa her iki parçayı da iade eder.⁶²⁵ Çünkü bunlar şeklen ayrı ayrı da olsalar yaralanma bakımından birdir. Tek başına olmaları alıcıya hiçbir fayda vermeyeceğinden alıcı zarar görmektedir. Borçlar hukuku tek taraflı menfaati değil iki tarafın da satılan maldan menfaat elde edebilmesi esasına dayanır. Dolayısıyla bu parçaların ikisi de ayıplı sayılır ve alıcıda meydana gelen zarar bertaraf edilir.⁶²⁶

Örnekler genelde satıcının alıcıya verdiği zararları konu alsa da bunun tersi de mümkündür. Örnek vermek gerekirse bir kimsenin satmak istediği bir köleye malik olmak isteyen alıcı, teslim almadan önce o kölenin elini kesse, satıcının zararını bertaraf etmek için alıcı artık o kölenin tamamını teslim almış olur. Çünkü alıcı elini kesmekle malın yarısını telef etmiştir. Yarısı telef olan malın satıcıya hiçbir yararı olmaz ve zarar eder. Dolayısıyla satıcının zararını önlemek hukukun bir görevidir ve hukukun temel ilkesidir.⁶²⁷

Ayıp muhayyerliğindeki zararı önlemeye yönelik örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak temel bir kaide söyleyerek muhayyerlikler hususunu bitirmek

⁶²⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 152.; Kâsânî, *Bedâiyu's-Sanâyi'*, V, 274.

⁶²⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 102.

⁶²⁶ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 102.

⁶²⁷ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 172-173.

istiyoruz. Satılan maldaki kusurların hepsi ayıptır ve her ayıp zarar içerir.⁶²⁸ Böyle bir zararı önlemek de hukukun görevidir.

5.2.2. Sarf Akdinde Zararı Önleme İlkesi

Sarf akdi dediğimiz akit çeşidi külçe veya para halindeki nakit veya gümüşü, yine altın ve gümüş karşılığında satmaktır. Yani satılan şeyin pahası niteliğindeki bedellerin biriyle değiştirilmesinden ibarettir.⁶²⁹ Sarf akdini diğer akitlerden ayıran en temel husus; onda muhayyerliğin bulunmaması, veresiye olmaması ve yapıldığı mecliste alınmasının gerekmesidir.⁶³⁰ Diğer akit çeşitlerinde olduğu gibi sarf akdinde de zararı önlemeye yönelik birtakım tedbirler alınmıştır. Alınan bu tedbirlerin amacı -daha öncede belirttiğimiz gibi- taraflar arasında meydana gelebilecek anlaşmazlığın önüne geçmek ve gerçek rızanın önünü açmaktır. Sarf akdi paranın parayla, altının altın veya gümüşle değişimi olduğu için içinde faiz şüphesi de barındırabilir. Onun da önlenmesi gerekmektedir. Örnek vermek gerekirse bir kimse bir dinarı on dirhemle değiştirirse ve bu değişimle dirhemlerden birinin katkı maddesi çok olup değersiz olsa burada iki olasılık söz konusu olabilir. Birinci olasılık eğer akit meclisi son bulmamışsa değersiz olan hemen değiştirilir. Çünkü burada bir zarar söz konusudur ve bu zararın izale edilmesi gerekir.⁶³¹ İkinci olasılık ise eğer taraflar birbirinden ayrılmışlarsa dirhemleri alan kişi verdiği dinardan o dirheme karşılık gelecek oranda dinara ortak olur. Çünkü parasının karşılığı alınmamış ve zarar görmüştür.⁶³²

Bir kimse birisinden yüz dinar karşılığında bin dirhem alsın ancak paranın nitelikleri hiç konuşulmasa o ülkede revaçta olan para birimi geçerlidir. Çünkü insanlar arasındaki işlemlerde kullanımda olan parayla işlem yapmak geçmişten beri süregelen bir örfür. Akit meydana gelmişse örfü göre kullanımda olan para ne ise akit esnasında zikredilmese dahi o parayla alışverişin yapıldığı kabul edilir. Çünkü örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir.⁶³³ Buradan hareketle de taraflarda ortaya çıkabilecek zararlar da önlenilmiş olmaktadır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki akit yapılan yerde birden fazla kullanılan para birimi mevcutsa ve akit sırasında kayıt koyulmamışsa akit geçersiz

⁶²⁸ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 104-108.

⁶²⁹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 3.

⁶³⁰ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 2.

⁶³¹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 13.

⁶³² Serahsî, *Mabsût*, XIV, 13.

⁶³³ وَالتَّعْيِينَ بِالْعُرْفِ كَالْتَّعْيِينَ بِالنَّصْنِ, Serahsî, *Mabsût*, XIV, 18.

olur.⁶³⁴ Çünkü böyle bir alışverişte taraflar kendi menfaatine en uygun hangi para birimi varsa onu kabul edecek iki taraf içinde anlaşmazlık meydana gelecektir. Üstelik iki taraf da zarar görmenin yanı sıra bu alışverişte para belirtilmediği için belirsizlik de söz konusudur. Borçlar hukukunda temel prensipler birbirleriyle bağlantılı ilkelere dir. Birinin yokluğuyla diğeri de eksik kalmaktadır.

Sarf akdinde bedellerin birinin kusurlu çıkması da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda alıcı kusur bulunan malı geri verir.⁶³⁵ Ancak alıcı kusurlu olan malı geri vermeyip yanına bir süre bekletse ve bu süre zarfında o malda yeni bir kusur daha meydana gelse artık o malı satıcıya geri veremez. Çünkü burada bir zarar söz konusudur. Satıcıya kendisine verdiğiinden daha fazla kusurlu bir mal vererek onu zarara uğratmaktadır.

Bir kimse birisinden kendisine ödünç vermesi koşuluyla bir mal alması, geçersiz yani fâsit akit çeşididir.⁶³⁶ Bu akdin geçersiz olmasındaki en önemli husus tek taraflı yarar sağlaması yani karşı tarafa zarar verme durumudur. Nitekim Hz. Peygamber de satım sözleşmesi ile ödünç akdinin bir arada yapılmasını yasaklamış olduğu gibi koşullu satım akdini de yasaklamıştır. Buradaki yasaklanan koşul, tek tarafa yarar sağlayıp karşı tarafa zarar verdiği için yasaklanma durumudur.⁶³⁷

5.2.3. Gasbedilen Mallarda Zararı Önleme İlkesi

Bir kimse birisine ait altın ve gümüşü veya altın bileziği gasbetse ve bu gasbettiği malları telef etmiş olsa bu konuda Hanefi ve Şafiler arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır. İmam Şafî bu konuda “gasbedilen mallar ne kadar olursa olsun kendisiyle aynı türden olan bir mal ile ödenir” görüşünü savunurken, Hanefiler ise “malın değeri kendisiyle aynı türden olmayan bir mal ile ödenir” demişlerdir.⁶³⁸

Hanefilere göre altın ve gümüş kendi türleriyle değiştirildiğinde bunların kaliteli olup olmaması veya işçiliğe tabi tutulmasının bir önemi yoktur. Dolayısıyla miktarı ne olursa olsun gasbedilen mal aynı türden bir mal ile ödenirse burada faiz söz konusu olur

⁶³⁴ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 18.

⁶³⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 21.

⁶³⁶ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 40.

⁶³⁷ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 40.

⁶³⁸ Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 50.

demişlerdir. Ayrıca “gasbedilen altın ve gümüş, aynı ağırlıkta başka bir altın veya gümüş ile ödendiğinde mal sahibinin işçilik hakkı iptal edilmiş olur” görüşünü ileri sürerler.⁶³⁹ Hanefilerin bu görüşü hem gasb olunanın hakkını koruyup onun zarar görmesini engellemek ve faiz yemesine mâni olmak hem de gasbedenin gasbettiği malın tam karşılığını vererek fazla verip zarar görmesini engellemek olduğunu söyleyebiliriz.

İmam Şafi ise “gasbedilen mallar ne kadar olursa olsun kendisiyle aynı türden olan bir mal ile ödenir” derken ona göre aynı tür olsa bile bu malların birbirleriyle değiştirilmesi durumunda işçiliğin artı değeri vardır. Hanefilerin ileri sürdüğü gibi bu durumda faiz ortaya çıkmaz. Çünkü faiz “akitte koşul konulması durumunda söz konusu olmaktadır” görüşünü savunmuştur.⁶⁴⁰

Yukarıda zikredilen iki görüşün ortak noktasın meydana gelecek zararın önünü kesmek ve taraflardan birinin artı yarar sağlamasına mâni olmaktır.

5.2.4. Şüf’ada Zararı Önleme İlkesi

Zararı önleme ilkesinin en fazla karşımıza çıktığı hususlardan birisi şüf’a konusudur. Şüf’a konusu bazı Hanefî âlimlerce kıyasa aykırı bir uygulama olarak kabul edilmiştir. Çünkü onlara göre şüf’a hakkı sahibi, alıcının geçerli bir nedene dayanarak mülkiyetine geçirdiği bir malı, onun rızası olmadan zorla almaktadır. Böyle bir uygulama onlara göre malı haksız yolla ele geçirme olarak kabul edilir ve caiz olarak görülmez.⁶⁴¹ Bu görüşlerini desteklemek için Hz. Peygamber’den “Bir Müslümanın malı, onun rızası olmadan başkasına helal değildir.” hadisini delil göstermişlerdir.⁶⁴² Aynı şekilde şüf’anın kıyasa aykırı olduğunu savunanlar, “şüf’a sebebiyle şüf’a hakkı sahibi söz konusu malı almakla malın sahibine zarar vererek kendi zararını ortadan kaldırmıştır.” demişlerdir. Devamında da İslam’da hiç kimsenin kendisinden zararı gidererek başkasına zarar verme hakkının olmadığını ileri sürerler.⁶⁴³

Yukarıda zikrettiğimiz şüf’anın kıyasa aykırı olması görüşü tek taraflı bir menfaat sağlaması, aynı zamanda karşı tarafa zarar verme kastı taşıdığı için kabul

⁶³⁹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 50.

⁶⁴⁰ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 50.

⁶⁴¹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 90.

⁶⁴² Dârekutnî, *Sünen*, 3, 25.

⁶⁴³ *وَلَا يَلْبِغُ بِالْأَخْذِ يَنْفَعُ الضَّرَرَ عَنْ نَفْسِهِ*, Serahsî, *Mabsût*, XIV, 90.

görmemiş olabilir. Ancak Hanefîlerin çoğunluğu konuyla ilgili meşhur hadislere dayanarak bu kuralı/kıyası terk etmişlerdir. Şüf'ayı kabul eden Hanefiler, İslam'da şüf'a olduğunu ve Hz. Peygamber'den bu konuda birçok rivayetin geldiğini kabul ederler.⁶⁴⁴ Konuyla ilgili rivayetler ise "Akar olsun ev olsun, şüf'a her şeyde vardır."⁶⁴⁵ "Komşu yakın çevresindeki taşınmazı almada öncelikli hak sahibidir."⁶⁴⁶ hadisleridir.

Komşuluk şüf'ada etkilidir. Çünkü şüf'ayı kabul etmek, komşuya gelebilecek zararın ortadan kaldırılması içidir.⁶⁴⁷ Zira Peygamberimiz "Zarara karşılık zarar yoktur."⁶⁴⁸ diyerek verilecek zararların önüne geçilmesini istemiştir.

Şüf'a konusunda zararı önlemeye yönelik örneklerden ilki küçük çocuğun şüf'a hakkının kullanılması meselesidir. Küçük çocuğun şüf'a hakkını kullanma konusunda yetkili olan babasıdır; isterse malı alır, isterse vazgeçebilir. Çünkü kişi ticaret yoluyla söz konusu malı almakta ve yaptığı bu işlemde küçük çocuğun zarara uğramasını önlemekte ve bunu önlerken de onun yararını gözetmektedir.⁶⁴⁹

Şüf'a hakkı sadece küçük çocukların zararını önlemekle kalmayıp aynı zamanda gaib olan kişiyi de kapsar. Çünkü o gaib olmasına rağmen şüf'a hakkının var olmasını sağlayan illet hala durmaktadır. Gaiblik bir hakkı kaldırmada engel değildir. Bu yüzden gaib olan kimse döndüğünde durumu öğrenince şüf'a hakkı devam eder.⁶⁵⁰

Belirli kişilere şüf'a hakkının tanınmasının amacı zararı önleme olduğundan söz konusu mal satılınca da şüf'a hakkının devam ettiğini belirtmek gerekmektedir. Bir kimse hazır olduğu halde, komşusu bulunduğu mal satılırken şüf'a hakkını kullanarak bir istemede bulunmamışsa bu hakkı sona erer. Çünkü satıldığını öğrendikten ve isteme hakkı bulduktan sonra, istemeyip susması orayı satın alan yeni kişiye razı gösterdiğinin delili kabul edilmektedir.⁶⁵¹ Zira Hz. Peygamber "Şüf'a hakkı hemen

⁶⁴⁴ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 90.

⁶⁴⁵ Buhârî, *Buyû'*, 96; Müslim, *Müsâkât*, 134; Ebû Dâvûd, *Buyû'*, 73.

⁶⁴⁶ Buhârî, *Hiyel*, 14.

⁶⁴⁷ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ لِدْفَعِ الضَّرَرِ, Serahsî, *Mabsût*, XIV, 90.

⁶⁴⁸ İbn Mâce, *Ahkam*, 17.

⁶⁴⁹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 91.

⁶⁵⁰ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 91.

⁶⁵¹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 92.

istekte bulunan kişi içindir.” diyerek bu hususta gevşek davranılmamasını tembihlemiştir.⁶⁵²

Şüf'a hakkının paylaştırılmamış malda olması gerektiği Hz. Peygamberden rivayet edilmiştir.⁶⁵³ Serahsî bunun akli gerekçesini şöyle açıklamaktadır:

Şüf'a bir malı satın alıp mülkiyetine geçiren kişinin rızası olmaksızın o malı ondan alabilme yetkisidir. Bu, ortak bir cariyeden çocuk sahibi olarak ona malik olan gibidir. Komşuların malları birbirinden ayrı olduğu için, karşı komşu gibi değerlendirilir. Bu yüzden şüf'a hakkına dayanarak biri diğerinin malını mülkiyetine geçiremez. Çünkü şüf'a hakkına dayanarak mülkiyete geçirme hakkı, paylaşırma külfetinin vereceği zararı gidermek içindir. Malı şüf'a hakkı sahibi almazsa alıcı malın paylaşılmasını ister. Bu da şüf'a hakkı sahibine paylaşırma külfeti getirir. İslam taksim külfetinin doğuracağı zararı kaldırmak için şüf'a hakkı sahibine malı şüf'a yoluyla alma imkânı getirmiştir. Çünkü bu zararı, o malı alıp da diğer ortağı mülkünden çıkarmadan başka yolla gideremez. Komşu için böyle bir paylaşırma külfeti bulunmamaktadır. Bu yüzden bölünmesi mümkün olmayan mallarda şüf'a hakkı da bulunmaz.”⁶⁵⁴

Şüf'a konusunda illetin komşuluk ve ortaklık olarak belirlenmesi en uygun olan durumdur. Çünkü amaç, sürekli kötü komşu olmanın doğurabileceği zararları önlemektir.⁶⁵⁵ Bazı insanlar güzel ahlak sahibi oldukları için onlara komşu olmak arzulanırken, bazıları da kötü huylu oldukları için ondan kaçınılır. Şüf'a hakkı sahibinin, bu hakkına dayanarak malı alabilmesi, yeni komşusundan gelebilecek zarardan dolaydır. İşte bu yüzden yan komşu için şüf'a hakkı varken karşı komşu için şüf'a hakkı bulunmamaktadır.⁶⁵⁶

Şüf'a hakkı ortaklık ve komşuluktan doğan bir hak olduğu için bu hak sadece yetişkinleri değil çocukları da kapsamaktadır. Çünkü çocuğun mülkiyetinde bulunan mal satılmakta olan mala devamlı surette bitişiktir. Bu bakımdan söz konusu hakka

⁶⁵² Serahsî, *Mabsût*, XIV, 92.

⁶⁵³ İbn Mâce, Şüf'a, 3.

⁶⁵⁴ Serahsî, *Mabsût*, (Tercüme), XIV, 94-95.

⁶⁵⁵ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 95.

⁶⁵⁶ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 95.

dayanarak malı alma konusunda yetişkinle arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.⁶⁵⁷ Ayrıca şu da var ki bu durum çocuğun şu anda kendisinden zararı gidermek için şüf'a yoluyla olmaya ihtiyacı yoksa da ileride meydana gelebilecek zararı önlemek adına şüf'a söz konusu olan malı almaya ihtiyacı vardır.⁶⁵⁸

Şüf'a konusunda çocuk mümeyyiz olmadığı için kendisine vasi tayin edilir.⁶⁵⁹ Aslında bu durum İslam'ın haklara ne kadar çok önem verdiği için çocuk bile olsa zarar vermemenin asli bir ilke oluşunun delilidir.

Şüf'anın söz konusu olduğu durumlarda İslam hukuku sadece şüf'a hakkı sahibini değil aynı zamanda mal sahibinin de hakkını korur. Bunun en bariz örneklerinden birisi de şüf'a hakkı sahibinin malın bir kısmını alıp bir kısmını bırakma durumudur. Böyle bir durumda malın tamamının alınması gerekli olup malı yarım bırakma durumu yoktur.⁶⁶⁰ Çünkü bu tür bir alımda akdi bölme ve mal sahibinin malını parçalayarak ona zarar verme durumu vardır. Şu bir gerçektir ki şüf'a hakkı sahibi bu hakkını kullanarak kendisinden zararı giderir. Ona şüf'a hakkı verilmesinin amacı budur. Ancak kendi zararını gidermek için başkasına zarar vermek İslam'ın kabul etmediği ve temel ilkelerine aykırı bir durum olduğu için şüf'a hakkına sahip olanın malın ya tamamını alma hakkı veyahut hakkından vazgeçme hakkı bulunmaktadır.⁶⁶¹

5.2.5. Malların Paylaştırılmasında Zararı Önleme İlkesi

İki kişi aralarında bir evi paylaşırıp ortak olarak bir yol bıraksalar, daha sonra bu yolun da paylaşılmasını isteseler eğer yolun paylaşılması herhangi bir zarar taşımıyorsa yol paylaşılır.⁶⁶² Ancak yolun paylaşılması durumunda taraflardan birisi kendi payından yararlanmaya imkân bulamaz ise, bu durumda yol paylaşılmaz. Çünkü bu durumdaki paylaşım zarar içermektedir. Hâlbuki paylaşımın amacı zarar vermek değil, tarafların yararını tam olarak elde etmesini sağlamaktır.⁶⁶³

⁶⁵⁷ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 99.

⁶⁵⁸ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 99.

⁶⁵⁹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 99.

⁶⁶⁰ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 103.

⁶⁶¹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 104.

⁶⁶² Serahsî, *Mabsût*, XV, 22.

⁶⁶³ Serahsî, *Mabsût*, XV, 22.

Paylaştırma hususunda zarar doğuracak durumlara başka örnek de iki kişi bir konağı paylaşıp sınırlarını belirledikten sonra taraflardan birisinin yolu bulunmadığı gibi paylaşırma sonucu yol açma imkânı da bulunmuyorsa bu paylaşırma iptal edilir.⁶⁶⁴ Çünkü bu paylaşırma zarar içermektedir. Oysaki paylaşırmanın amacı her bir ortaktan yararı kaldırmak değil, ortakların kendi mülkünden yararlanmasını sağlayarak korumaktır. Yapılan bu paylaşırma taraflardan birinin yarar sağlamadığı ortaya çıktığı için bu taksimat da iptal edilir.⁶⁶⁵

Burada şunu açıkça belirtmek gerekir ki, paylaşırmanın maksadı ortakların yararını çoğaltmak olup onlardan zararı def etmektir. Paylaşırma sonucu bir zarar meydana geliyorsa ve ortaklar daha önce olduğu üzere paylarından yararlanamıyorsa hâkim onları paylaşırma konusunda zorlayamaz.⁶⁶⁶ Çünkü aslolan tarafların zarar görmemesi olup zararı ortadan kaldırmaktır.

Bu örneklerden, insanlar arası ilişkilerinde iki temel argüman olduğu anlaşılmaktadır Birincisi yapılan taahhütlerin yerine getirilmesi ikincisi de başkalarına verilen zararın giderilmesidir. Yapılan taahhütlerin yerine getirilmesi aynı zamanda başkalarına verilebilecek zararın önüne geçilmesini de hedeflendiğinden temel olarak tek bir prensip ortaya konulmaktadır. O prensip de zararın giderilmesidir. Serahsî'de ele aldığımız örnekler bu minvalde olup taraflardan birine verilebilecek zararın engellenmesi hedeflenmiş, oluşabilecek zararların önüne geçilmiştir.

⁶⁶⁴ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 24.

⁶⁶⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 22.

⁶⁶⁶ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 51.

6. Örfün Esas Alınması İlkesi

Bütün hukuk sistemlerinde birinci ya da ikinci derecede kaynak kabul edilen örfün İslam hukukunda ve diğer hukuk sistemlerinde üstlendiği durum gözardı edilemeyecek kadar önemlidir. Çağımızda hızlı bir şekilde gerçekleşen toplumsal, siyasal, kültürel ve iktisadî değişim ve buna bağlı olarak yaşanan gelişmeler ve yapılanma bu önemi daha da artırmaktadır. Örfün hukukî konumunun doğru bir şekilde belirlenmesi, hukukçuya tanınan yorum alanının sınırlarının bilinmesi açısından önemlidir. Zira hukukçu, klasik metinlerde yer alan örfî hükümleri yorumlamada ve değişen olgu ve olaylara paralel olarak hükümleri yenilemede örfü müracaat etmektedir.

Sözlükte “iyi olan, yadırganmayan, bilinen, tanınan; peşpeşe gelen” anlamlarındaki örf, “Birçok fikhî sonucun belirlenmesinde kendisine atıfta bulunulan belli nitelikteki sosyal davranış biçimlerini ve dildeki yerleşik kullanımları ifade eder.”⁶⁶⁷

6.1.Örfün Esas Alınması İlkesinin Arka Planı

Cahiliye dönemi Arapların da hayat, örf, âdet ve gelenekten oluşan şifahi yani yazılı olmayan kurallar çerçevesinde yürümekte, husumet ve anlaşmazlık durumlarında da onlar esas alınarak yargılama yapılmaktaydı. Onlar bu dönemde bir merkezi otoriteye bağlı olmadıkları gibi yasama yetkisini elinde bulunduran bir otorite de mevcut değildi. Anlaşmazlık durumunda kabile liderlerine ya da kâhinlere başvururlardı.⁶⁶⁸ Kabile, içtimaî düzenlerini kendi aralarında sağlayan ve birbirlerine kan bağıyla bağlı olan nesillerden oluşan büyük bir toplumdur. Bu dönemin hukuk alanındaki kaynakları örf ve gelenekler, inançlar ya da Yahudiler yoluyla Araplara ulaşan esaslardan ibaretti.⁶⁶⁹

Kur’an-ı Kerim’de iki yerde geçen örf kelimesi iki farklı anlamda kullanılmıştır. Bunlardan, “*Sen af yolunu tut, örfü emret, cahillerden yüz çevir.*”⁶⁷⁰ mealindeki ayette örf, “güzel olarak bilinen fiiller”⁶⁷¹ anlamında kullanılmıştır. “*Yemin olsun, örfen*

⁶⁶⁷ İbrahim Kâfi Dönmez, “Örf”, *DİA*, XXXIV, s. 87.

⁶⁶⁸ Zeydan, *Medhal*, s. 23.

⁶⁶⁹ Ahmed Emin, *Fecru'l-İslam*, Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İmiyye, 2004, s. 217.

⁶⁷⁰ Araf, 7/199.

⁶⁷¹ Zemahşerî, Ebü'l-Kâsım Mahmûd b. Ömer, *el-Keşşâf 'an hakâiki ğavâmidi't-tenzîl ve 'uyûni'l-ekâvîl fi vücûhi't-te'vîl*, thk. Âdil Ahmed Abdülmecûd-Ali Muhammed Mu'avviz, Mektebetü'l-'Ubeykân, Riyad 1998, II, s. 190.

(birbiri ardınca) gönderilenlere.”⁶⁷² şeklindeki ayette ise “örf” kelimesi “birbiri ardına gelen” anlamındadır.

Kur’an-ı Kerim’de örf kelimesi ile kök birlikteliği olan “ma’ruf” kelimesi ise örften farklı anlamlarda kullanılmaktadır. “Güzel olduğu akıl ya da şeriatın koyduğu durumlarla bilinen fiiller”⁶⁷³ anlamında kullanılan “ma’ruf” kelimesine şu ayet örnek verilebilir:

“Onların (annelerin) yiyeceği, giyeceği, örf'e uygun olarak babaya aittir. Hiçbir kimseye gücünün üstünde bir yük ve sorumluluk teklif edilmez.”⁶⁷⁴ mealindeki ayette babanın sorumluluğu zengin veya fakir oluşuna göre belirleneceği zengin ise kıymetsiz bir bedelle sorumlu tumanın fakir ise güç yetiremeyeceği bir yükün altına sokmanın ma'rufa aykırı olacağı belirtilmiştir.⁶⁷⁵

İbn Arabî, “Eli geniş olan, elinin genişliğine göre nafaka versin. Rızkı dar olan da, Allah 'ın ona verdiğiinden (o ölçüde) harcasın.”⁶⁷⁶ ayetini tefsir ederken, Şâri'in nafakada şer'î bir ölçü tayin etmediğini, ölçüyü örf'e havale ettiğini belirtir. Bu yüzden müçtehit, infak edenle kendisine nafaka verilenin durumuna bakarak örf çerçevesinde nafakayı belirler.⁶⁷⁷

Örfün terim anlamı İslam hukuk metodolojisinin oluşumuna paralel olarak gelişmiştir. Bu yüzden hicri VII. asra kadarki süreçte yazılan eserlerdeki örfün tarifi daha çok Kur'an ve sünnetteki kullanımıyla alakalı yorumlar şeklindedir.⁶⁷⁸

Cessâs örfü, “Aklen yapılması güzel sayılan, sağlam akıl sahipleri tarafından çirkin kabul edilmeyen şey” olarak tarif etmiştir.⁶⁷⁹ Zemahşerî ise, “Fiillerden güzel olan şey”⁶⁸⁰ olarak şeklinde tanımlamıştır.

⁶⁷² Mürselât, 77/1.

⁶⁷³ İsfehânî, *el-Müfredât*” s. 561.

⁶⁷⁴ Bakara, 2/233.

⁶⁷⁵ İbnü'l-Cevzî, Ebü'l-Ferec Abdurrahmân b. Ali, *Zâdü'l-mesîr fî 'ilmi't-tefsîr*, nşr. M. Züheyr eş-Şâviş, I-IX, el-Mektebetü'l-İslâmî, Beyrut 1984, I, s. 272.

⁶⁷⁶ Talak, 65/7.

⁶⁷⁷ İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, IV, s. 289.

⁶⁷⁸ İhsan Şenocak, *İslam Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi*, (Basılmamış Doktora Tezi) Samsun: 2011. s. 8.

⁶⁷⁹ Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, thk. Muhammed es-Sâdık Kamhâvî, I-V, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî-Müessesetü't-Târîhi'l-'Arabî, Beyrut 1992, IV, s. 214.

Hız. Peygamber Ebû Süfyan'ın cimriliğinden şikâyet eden Hind binti Utbe'ye eşinin malından “mar'uf” ile kendisine ve çocuklarına yetecek kadar almasını emretmiştir.⁶⁸¹ Bu hadisten yola çıkarak kadınların herhangi bir engellemeye maruz kaldıkları durumlarda kendilerine bakmakla yükümlü olan eşlerinden örfen uygun sayılan miktarda nafaka alabilecekleri ortaya çıkmaktadır.⁶⁸² Bir başka örnek ise “Kadın ve erkek evlenip münasebetten sonra mehir konusunda anlaşmazlığa düşerse söz erkeğe aittir” hükmü Medine örfüne göre idi. Ancak daha sonra örf ve adetler değişip kadının sözü esas alındığını belirten Karâfi, âlimler arasında zamanın değişmesiyle hükümlerde de değişikliğe gidilmesinde icma olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Karâfi, örf ve adetlerle amel etmenin dinde yeni bir şey getirmek olmadığını, zamanın değişmesiyle hükümlerle de değişiklik olacağını belirtmiştir.⁶⁸³

Hız. Peygamber Urve'ye kendisine bir kurbanlık ya da koyun satın alması için bir dinar verir. O da bununla iki koyun alır. Onlardan birini, bir dinara satar ve Hız. Peygamber 'e koyunla birlikte bir dinar getirir. Bunun üzerine Allah Resûlü, Urve'ye alışverişinin bereketli olması için dua eder ve “toprak satın alsa onda da kâr eder.”⁶⁸⁴ buyurur. Burada şunu belirtmek gerekir ki Urve bu muameleyi örf'e göre yapmış Hız. Peygamber de bunu onaylamıştır. Çünkü örf'e göre vekil, kendisine emredilen muameleden daha iyi bir durum varsa onu yapıp müvekkiline muhalefet etme hakkına sahiptir. Her ne kadar müvekkil bunu açıkça belirtmemiş olsa da vekâletin esas amacı budur.⁶⁸⁵

Dönmez'in örf ve âdet kavramları hakkındaki iki başlık altında yapmış olduğu tespitleri çalışmamız açısından önemli görmekteyiz.⁶⁸⁶

- a) Hız. Peygamberin tebliğinde, insanların örf ve adetlerinin dikkate alınması temel bir anlayış olarak karşımıza çıkar. Ancak yapısı itibariyle bir kaynak olmakla beraber, örf ve âdet islam hukukunda

⁶⁸⁰ Zemahşerî, *el-Keşşâf*, II, s. 190.

⁶⁸¹ Buharî, *Buyu'*, 95, Nafakât, 9.

⁶⁸² Şenocak, *Örfün Hükümlere Etkisi*, s. 9.

⁶⁸³ Ebû'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim Karâfi, *el-İhkam fî temyizi'l-fetava ani'l-ahkâm ve tasarrufatü'l-kadi ve'l-imam*, thk. Abdülfettah Ebû Gudde, Haleb: el-Mektebetü'l-İslâmiyye, 1967, s. 232-234.

⁶⁸⁴ Ebû Davûd *Buyû'* 28

⁶⁸⁵ İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr, *İ'lâmü'l-muvakkı'in 'an Rabbi'l-âlemîn*, nşr. Muhammed Abdüsselâm İbrâhîm, I-IV, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1996, II, s. 299.

⁶⁸⁶ Dönmez, *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, s. 32-33

bağımsız bir teşri' kaynağı vasfı kazanamamış; zaman içinde sosyal yapılardaki bozulmaların hukuka hâkim hale gelmemesi ve bu yöndeki gelişmelerin nasların açık hükümlerine ters düşmemesi kaydıyla –yani nasların kontrolü altında hukuk hayatında göz önüne alınması için- bir hukuk prensibi olarak ve daha çok istihsan, istislâh gibi metodlar aracılığıyla görev ifa etmiştir.

- b) İslam hukuk eserlerinde çok sık kullanılan âdet ve örf kavramlarının çoğu zaman, kanun boşluklarını dolduran örf ve âdet hukuku anlamında kullanılmadığına dikkat edilmelidir.

Cessâs, istihsan başlığı altında “İnsanların uygulamasına bağlı olarak illeti olan hükmün tahsisi” konusunda örfle ilgili “insanların uygulaması” ifadesini kullanmıştır.⁶⁸⁷ Buna benzer bir başka tarif de Serahsî de karşımıza çıkmaktadır. Serahsî, örfü insanların uygulaması adı altında genel kurala karşı yapılan istihsanın delilleri arasında saymaktadır.⁶⁸⁸ Buradan hareketle klasik dönemde kaleme alınan usûl kitaplarında örf, istihsan konusu içerisinde ele alınmış “insanların uygulaması” şeklinde yer almıştır.⁶⁸⁹

Yakın dönem İslam hukukçuları örfü müstakil bir başlık altında ele almışlardır. Ali Haydar Efendi örfü, “Sürekli tekrar eden, vicdanlarda yerleşen ve insan fitratında kabul gören söz ve eylemler”⁶⁹⁰ olarak tarif ederken Muhammed Ebû Zehra, “İnsanların birlikte kabul edip sürekli yaptıkları şey” olarak tanımlamıştır.⁶⁹¹

Sadece İslam hukukunda değil modern hukukta da örf yardımcı bir kaynak olarak kabul edilmiş ve çeşitli tarifleri yapılmıştır. Bilge, “Örf ve âdet topluluk içerisinde uzun zamandan beri kök salan, uyulması zorunlu kabul edilen ortak davranışlar”⁶⁹² olarak örfü tarif ederken, Çağıl, “Muhataplarının arzu ve ihtiyaçlarına terk edilmiş konvansiyonel bir nizâmıdır.”⁶⁹³ şeklinde tanımlamıştır.

⁶⁸⁷ Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali, *el-Füsûl fi'l-usûl*, nşr. Uceyl Câsim en-Neşemî, I-IV, Vizâretü'l-Evkâfi'l-Küveytiyye, Kuveyt 1994, IV, 248-249.

⁶⁸⁸ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, II, 200-203.

⁶⁸⁹ Şenocak, *Örfün Hükümlere Etkisi*, s. 10.

⁶⁹⁰ Ali Haydar, *Dureru'l Hukkâm Şerh-u Mecelleti'l- Ahkâm*, ta'rib Fehmi el-Hüseyni, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1935, I-III, s. 40

⁶⁹¹ Muhammed Ebû Zehra, İmam Malik (Hayatı-Görüşleri-Fıkıhtaki Yeri), (çev: Osman Keskioglu), Ankara: Hilal Yayınları, 1984, s. 400.

⁶⁹² Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 32.

⁶⁹³ Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş I-II*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1966, s. 67.

Modern hukukta da örf yetkili bir otoritenin bilinçli bir işlemiyle vücut bulmayıp aynı davranış biçimlerinin tekrar edilmesiyle meydana gelir. Başlangıçta belki bilinçsiz şekilde tekrar edilen bu hareketler, zamanla insanlarda alışkanlık haline gelir ve toplum da bunu benimseyerek yaptırım altına alır. Böylece gelenek hukuku meydan gelmiş olur.⁶⁹⁴

Örf ve âdetin müstakil bir hüküm sayılıp sayılmaması konusunda Dönmez'in yapmış olduğu şu değerlendirme açıklayıcı olacaktır:⁶⁹⁵

Örf ve âdetin fıkhıdaki yeriyle ilgili çağdaş yayınlardan genellikle örfün müstakil bir delil sayıldığı ve fıkıh usulü eserlerinde özel olarak incelendiği izlenimi edinilse de usul literatürünün örfü bilinçli bir şekilde edille-i şer'iyye arasına yerleştirmeme hususunda bilinçli bir tercihe sahip olduğu açıktır. Bu durumun iyi analiz edilebilmesi öncelikle fıkıh usulünce tanınan şer'i deliller içinde mahiyeti bakımından kaynak niteliği taşıyanların son tahlilde Kitap ve Sünnet'e dahil olduğuna bu iki kaynak kapsamında mütalaa edilemeyenlerin ise mahiyeti itibariyle kaynak niteliği taşımadığına dikkat edilmesi gerekir. Bir başka anlatımla örfün müstakil bir şer'i delil sayılması, onu mahiyeti bakımından kaynak niteliği taşıyan, fakat Kitap ve Sünnet kapsamında mütalaa edilemeyecek yegâne delil konumuna getirmiş olurdu. Fıkıh meselelerin çözümünde, İslam'ın inanç ve ahlak değerleriyle yoğrulmuş toplumun maruf-münker anlayışına ve maşerî vicdana Kitap ve Sünnet'te yapılan vurgu göz ardı edilmese de naslarda örfün müstakil bir delil sayılması yönünde doğrudan bir atıf bulunmadığı, ayrıca İslam alimlerinin dini sorumluluk bağlamında aklın kendi başına fiililerin iyilik ve kötülüğünü (hüsün ve kubuh) idrak edip edemeyeceği ve bu idrake sonuç bağlanıp bağlanamayacağı, özellikle yarar düşüncesine (maslahat) dayalı ictihad konusundaki yaklaşımları dikkate alındığında usulcülerce örfün böyle bir konuma getirilmemesi tabiidir.

Tüm bu tanımlardan hareketle örf, İslam hukukunda, genel ahlak ve adaba aykırı olmayan, insan davranışlarını düzene sokan, toplumca benimsenip uygulanan makul sözler ve davranışlar bütünü olarak anlaşılabilir.

6.1.1. Örfün Kısımları

Örfün kısımlarını Dönmez'i takip ederek yapısı, yayıldığı muhit ve muteberlik açısından üç kısma ayırarak ele alabiliriz.

⁶⁹⁴ Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 32.

⁶⁹⁵ Dönmez, "Örf", s. 92.

1. Yapısı açısından:

- a. **Lafzi Örf:** “Bazı lafız ve terkiplerin muayyen bir anlamda kullanıla kullanıla artık mutlak biçimde söylenince bir karine veya aklî alaka olmaksızın ilk anda zihinlerde o anlamın canlanır hale gelmesi demektir.” Mesela "dirhem" kelimesi aslında belli vezin ve kıymette sikkeli gümüş para anlamına geldiği halde nevi ve kıymeti ne olursa olsun ülkede geçerli olan para manasında anlaşılması bunun örf-i lafzi haline geldiğini gösterir.⁶⁹⁶
- b. **Ameli Örf:** Toplumun günlük yaşantıya ilişkin hususlarda veya fihhi sonuçları olan konularda belirli biçimde davranmayı itiyat haline getirmiş olması demektir. Herhangi bir sözlü ifade olmadan fiili mübadeleyle satım sözleşmesinin geçerli sayılması gibi durumlar buna örnek gösterilebilir.⁶⁹⁷

2. Yayıldığı Muhit Açısından

- a. **Örf-i-âm:** Bütün İslam beldelerinde teamül haline gelen söz ve davranışları ifade eder.⁶⁹⁸
- b. **Örf-i-hâs:** Belirli ülkeye veya zenaat çevresine özgü örfler demek olup fikhî sonuçlara etkisi ilgili muhitle sınırlıdır.⁶⁹⁹

3. Muteberlik açısından

- a. **Sahih Örf:** Naslara aykırı olmayıp maslahatla çatışmayan ve kötülüğü celbetmeyen örf demektir.⁷⁰⁰
- b. **Fâsit Örf:** Naslara aykırı veya maslahatla çatışan yahut kötülüğü celbeden örf anlamına gelir.⁷⁰¹

6.1.2. Genel Fıkıh Kaidelerinde Örf

Örfü konu edinen küllî kaideler kavaid literatüründe önemli bir yer tutmaktadır. “Âdet muhakkemdir.” “Nâsın isti’mâli bir hüccetdir ki ânınla amel vâcib olur.” “Âdeten mümteni’ olan şey hakîkaten mümteni’ gibidir.” “Âdetin delâletiyle ma’nâ-yı hakîkî terk olunur.” “Âdet ancak muttarid yahut gâlib oldukda mu’teber olur.” “İ’tibâr gâlib-i şâyia olup, nâdire değildir.” “Örfen ma’rûf olan şey şart kılınmış gibidir.” “Beyne’t-

⁶⁹⁶ Dönmez, “Örf”, s. 90.

⁶⁹⁷ Dönmez, “Örf”, s. 90.

⁶⁹⁸ Dönmez, “Örf”, s. 90.

⁶⁹⁹ Dönmez, “Örf”, s. 90.

⁷⁰⁰ Dönmez, “Örf”, s. 90.

⁷⁰¹ Dönmez, “Örf”, s. 90.

tüccâr ma'rûf olan şey, beynlerinde meşrût gibidir” “Örf ile ta'yîn, nass ile ta'yîn gibidir.” “Ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz.”⁷⁰² En son zikrettiğimiz “Ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz.” maddesini şerheden Ali Haydar Efendi, hükümlerin değişmesinin ancak örf ve âdete dayalı olan cüz'î meseleler ile ilgili olduğunu, genel hükümlerin ise her durumda sabit kalacağını belirtmiştir. Ali Haydar Efendi buna dair şu örneği verir: Mescide cemaatın bıraktığı mumun üçte biri yanmadan kalsa, mum sahibinin açık izni olmadıkça imam ve müezzin tarafından kullanılamaz. Ancak bu belde, bu gibi artan mumu imam ve müezzinin alması örfleşmişse bu takdirde alıp kullanmaları caiz olur.⁷⁰³

6.1.3. Bazı Borç İlişkilerinde Örf

Kesin olarak yasaklanan alışveriş türleri ve faiz ilişkileri dışında örfün en geniş uygulama alanını alışveriş konuları oluşturur. Nitekim müçtehitlerin pek çok hükümde müracaat ettiği örfle ilgili kaideler muamelat hukukunda uygulama alanı bulmaktadır.

İslam Borçlar hukukunda akitler önemli yer tutmaktadır. İbn Teymiyye akitlerde esas belirleyici unsurun örf olduğunu belirtmiştir. Buna gerekçe olarak Medine ehlinin akitlerde insanların örf ve adetleri kabul etmesini gösterir. Nitekim Medine ehli, insanların alışveriş kabul ettiklerini alışveriş, hibe saydıklarını hibe, icârelerini de icâre saymıştır.⁷⁰⁴

Akitlerde kullanılan lafızlarda da örf önemli bir rol üstlenmektedir. Zira İbn Teymiyye, kira akdinde kiraya verdim veya kiraya aldım sözlerinin yanında “Eğer örfte bunların yerine başka lafızlarda kullanılıyorsa ve taraflar örfte kullanılan bu lafızları biliyorsa bu lafızlar da kabul edilir” demiştir.⁷⁰⁵

İstihsan delilinden hareketle örfün somut bir örneği de teâti akdinde ortaya çıkmaktadır. Muâtât, başta satım olmak üzere bazı sözleşmelerin fiilî mübadele ile gerçekleşmesi veya bozulması anlamında fıkıh terimidir. Sözlükte "uzanmak, el atmak, almak" anlamındaki atv kökünden türeyen muâtât "almak vermek" manasına gelir. Fıkıh

⁷⁰² Mecelle, 36-45. md.

⁷⁰³ Haydar, *Duraru'l-Hukkâm*, s. 24.

⁷⁰⁴ İbn Teymiyye, Takıyyüddîn Ahmed b. Abdülhalîm, *Mecmû'ü'l-Fetâva*, I-XXXVII, nşr. Abdurrahman b. Muhammed b. Kâsım en-Necdî, Mecma'ü'l-Meliki Fehd, Medine 2004, XX, s. 345.

⁷⁰⁵ İbn Teymiyye, *Mecmû'ü'l-fetâvâ*, XX, s. 345.

terimi olarak sözlü veya söz yerine geçtiği kabul edilen bir yolla beyanda bulunmaksızın mal ve bedelin değış tokuş edilerek bir satım akdinin kuruluş ve ifasının eş zamanlı gerçekleştirilmesini anlatır.⁷⁰⁶ Hanefi, Maliki ve tercih edilen görüşlerinde Hanbeliler'e göre tarafların rızasını tam olarak gösterir nitelikte bir teâti ile satım akdi meydana gelir⁷⁰⁷ İbn Kudâme, bu hükmün meşruyetini şöyle izah eder:

Dinin ticari muamelelere dair getirdiği sınırlama ve yasaklar dışında alım satım biçimi örfe bırakılmıştır. Teâti yoluyla alışveriş de bu kapsama girer. Zamanımızda buna karşı çıkanlardan önce Resulullah zamanından beri uygulanagelen bu usule kimse itiraz etmemiş ve artık bu hükmün cevazı yönünde icma oluşmuş sayılır.⁷⁰⁸

6.2.Mebşû'ta Örfün Esas Alınması Uygulama Örnekleri

İslam hukukçuları dinin boş bıraktığı alanlarda hüküm verirken nasllara aykırı olmayan örf ve âdetleri kendisine başvurulmuş kaynaklardan biri olarak kabul etmiştir. Örf bir kaynak olarak kabul edilirken toplumsal maslahatı sağlaması, Kur'an ve sünnetin açık hükümlerine ters olmaması üzerinde önemle durulmuş, buradan hareketle örfle uyum içinde yaşanabilir ve kabul edilebilir hukuk kuralları oluşturulmuştur. Biz burada Serahsî'nin hibe, sarf, icâre ve müzâraa akitlerinde örfün hükümlere etkisine yönelik olarak ele aldığı konulara değineceğiz.

6.2.1. Hibe Konusunda Örf Esas Alınması İlkesi

Sözlükte “karşılıksız ve bağışlama” anlamına gelen hibe, bir malın karşılıksız olarak başkasının mülkiyetine geçmesi olarak tarif edilir.⁷⁰⁹ Daha özel bir ifadeyle İslam hukukçuları tarafından “Karşılık şart koşulmaksızın bir malın hayatta iken bir başkasına temlik” olarak tarif edilen hibeyi, “karşılıksız olma” kaydı satım akdinden, “temlik” kaydı da âriyet ve karzdan ayıran unsurlardır.⁷¹⁰

Hibe akdinin meşruyeti hem Kur'an hem de sünnetle sabittir. “Size bir tahiyye (selam, bağış) verildiği zaman, ondan daha güzeliyle veya aynı selamla karşılık

⁷⁰⁶ Hamdi Döndüren, “Muâtât” *DİA*, XXX, s. 329-330.

⁷⁰⁷ Döndüren, “Muâtât” s. 330.

⁷⁰⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 5; Döndüren, “Muâtât” s. 330.

⁷⁰⁹ Ali Bardakoğlu, “Hibe” *DİA*, XVII, s. 421.

⁷¹⁰ Bardakoğlu, “Hibe”, s. 421.

verin.”⁷¹¹ Serahsî, ayette geçen “tahiyye” sözcüğünün “iẖsan, bağış, hediye ve bahşış” anlamlarına gelen “atiyye”nin karşılığı olarak kullanıldığını belirtip bununla birlikte “tahiyye” sözcüğünün selam anlamına geldiğini de ifade etmiştir. Ancak Serahsî, ayette geçen “iade edin” ifadesi “açıklarken bunun geri verilecek bir şeyin dışarıda olan bir nesne olduğunu bu da ancak atiyye türü işlemlerde mümkün olacağını” belirtmiştir.⁷¹²

H̱z. Peygamber, “Bir kimse karşılık almış bulunmadıkça, bağışlamış olduğu şey üzerinde daha fazla hak sahibidir.”⁷¹³ buyurmuştur. Serahsî bu hadisi açıklarken bağışın birisine iyilik yapmak ve dostlar arasında sevginin yerleşmesi için başvuru olan bir yol olduğunu ifade etmiştir.⁷¹⁴

Hibenin konumuzla alakalı olan durumu, yapılan bağıştan dönölüp dönülemeyeceğı hususudur. Serahsî, bağış yapan kimse bağış yaparken gözettiğı amacın zarar görmesi durumunda akdi bozabilme imkânına sahip olması gerektiğini belirtir. Ona göre nasıl ki bir malı satın alan kimse mal da ayıp çıktığında malı geri verme hakkına sahipse bağıştta da bu durum geçerlidir.⁷¹⁵ Bu durumu Serahsî şu şekilde açıklar:

Bir kimse akrabaları dışında üçüncü kişilere bağış yaparken bedel veya karşılık almayı amaçlar. Bu bağıştta hangi amaçla hareket edildiğini belirleyen ölçü ise örf ve açık olan adetlerdir. Yaygın örfte göre bir kimse kendisinden daha üstün konumda olan birisine hediye verirken onun makamı sayesinde korunma amacı güderken, kendisinden daha aşağı konumda olan birisine hediye verirken onu hizmetinde kullanma amacı güder. Eşit seviyede olanların birbirine hediye vermesi ise karşılık alma amacına dayanır. ... Tüm bunlar göstermektedir ki; biz Hanefilere göre yapılan bağıştan dönebilme yetkisi bu akdin bir gereğı olmayıp sadece akitte güdülen amacın zarar görme olasılığına karşı tanınmış bir haktır.⁷¹⁶ Bu hak da “örfen sabit olan şey açıkça şart koulmuş gibidir”⁷¹⁷ kuralına dayanır.

⁷¹¹ Nisâ, 4/86.

⁷¹² Serahsî, *Meḇsût*, XII, 47-48.

⁷¹³ Dârekutnî, Sünen, III, 461.

⁷¹⁴ Serahsî, *Meḇsût*, XII, 48.

⁷¹⁵ Serahsî, *Meḇsût*, XII, 53.

⁷¹⁶ Serahsî, *Meḇsût*, (Tercüme), XII, 54.

⁷¹⁷ أَنْ الْمَعْرُوفَ كَالْمَشْرُوطِ, Serahsî, *Meḇsût*, XII, 54.

6.2.2. Sarf Akdinde Örfün Esas Alınması İlkesi

Hız. Peygamber birisinden birkaç dirhem borç almıştı. Borcu aldığından daha fazlasıyla ödeyince sahabiler ona “aldığından fazlasıyla mı ödüyorsun ey Allah’ın Rasulü” diye sordular. Hız. Peygamber onlara “biz bu şekilde ölçeriz.” cevabını verdi.⁷¹⁸ Serahsî bu hadisi “eğer bir akitte fazla verilmesi hususunda şart koşulmayıp bununla alakalı bir örf de yoksa fazla vermek caizdir” şeklinde yorumlamıştır.⁷¹⁹ Serahsî’nin örf yoksa demesindeki gaye “örf olan bir şey şart koşulmuş gibidir” ilkesiyle değerlendirilmesinden kaynaklanmış olabilir.

6.2.3. İcâre Akdinde Örfün Esas Alınması İlkesi

İcâre akdinin soyut bir nitelik taşıdığı, insanların ihtiyaçlarından dolayı bu akde cevaz verildiği bilinen bir durumdur. İcâre akdinin örfle yakın ilişkisi vardır. Nasıl ki icâre insanların ihtiyaçlarından dolayı cevaz verilen bir akit ise örf de insanların uygulayageldikleri davranışların kural halini almasından meydana gelmiştir. Örnek vermek gerekirse “Bir kimse başka bir kişiden bir yıllığına belirli bir ücret karşılığında ev kiralasa ve bu evi ne için kiralayacağını belirtmese bu işlem caiz olur.”⁷²⁰ Serahsî bu akdin caiz olmasını akitteki amacın örf ile bilindiğini, kişinin örfe göre evi oturmak için kiralar ve ev de bunun için yapılmıştır” şeklinde açıklar.⁷²¹ Aynı şekilde kişi kiraladığı eve istediği eşyayı, kumaş ve hayvanı da koyabilir. Bu durumda yukarıda belirttiğimiz üzere örfle belirlenmektedir. Çünkü örf ile bilinen şey, açıkça şart koşulmuş gibidir.⁷²²

İcâre konusundan bir başka örnek ise bir kişi bir beldeden Kûfe’ye bir hayvan kiralarak gitmek istese kıyasa göre Kûfe’ye girdiğinde kiralama biter ve şayet evi şehrin içindeyse başka bir hayvan kiralaması gerekir. Ancak İmam Muhammed, örf nedeniyle kıyasa göre değil de istihsana göre hüküm vermiştir. O, “şu bir gerçektir ki, kişi hayvanı şehre girinceye kadar değil, evine varıncaya kadar kiralar. Şehre girdikten sonra evine varmak için başka bir hayvan kiralamaz. Bu örfen bilinen bir durumdur. Malumdur ki örfen bilinen şey açıkça şart koşulmuş gibidir.”⁷²³ Kıyasa aykırı olup istihsan deliline göre hüküm verilen bir başka durum da develerin üzerine konulan

⁷¹⁸ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 35.

⁷¹⁹ Serahsî, *Mabsût*, XIV, 35-36.

⁷²⁰ Serahsî, *Mabsût*, XV, 129-130.

⁷²¹ Serahsî, *Mabsût*, XV, 130.

⁷²² وَالْمَعْلُومُ بِالْعَرَفِ كَالْمَشْرُوطِ بِالنَّصْنِ, Serahsî, *Mabsût*, XV, 130.

⁷²³ وَالْمَعْلُومُ بِالْعَرَفِ كَالْمَشْرُوطِ بِالنَّصْنِ, Serahsî, *Mabsût*, XV, 171.

gölgelik, büyük çadır, ip, su kırbalari ve yaygıların kiralınması hususundadır. Bir kimse bu mallardan birini hac için Kûfe'den Mekke'ye götürmek için kiralasa ve ne zaman yola çıkacağını belirtmese, kıyasa göre bu akit caiz değildir.⁷²⁴ Çünkü akitte belirsizlik hâkimdir. Daha önce de belirttiğimiz üzere tarafları anlaşmazlığa götürecek belirsizlikler akde engel teşkil eder. Ancak İmam Muhammed buradaki belirsizliğin tarafları anlaşmazlığa götürecek bir belirsizlik olmadığını, hac için Kûfe'den yola çıkma zamanının örfle bilindiğini belirtmiştir.⁷²⁵ Daha önce de belirttiğimiz üzere örfen bilinen şey açıkça şart koşulmuş gibidir.

6.2.4. Müzâraa Akdinde Örfün Esas Alınması İlkesi

Sözlükte “toprağa tohum atmak, ekin ekmek” anlamına gelen zer’ kökünden türeyen müzâraa kelimesi, terim olarak tohum ekmek ve mahsulü belli oranda paylaşmak üzere arazi sahibiyle emek sahibi arasında yapılan ziraî ortaklık sözleşmesidir.⁷²⁶

Toplumsal bir ihtiyacın ifadesi olan müzâraanın, örfle doğrudan ve dolaylı olarak ilişkisi vardır. Misal vermek gerekirse toprak sahibi, emek sahibine ekin biçmeyi şart koşarsa, tohum kim tarafından olursa olsun akit geçersizdir.⁷²⁷ Müzâraa akdinde ürünü meydana getiren veya yetişmesini sağlayan işler, emek sahibince karşılanır. Emek sahibinin işi ürünün meydana gelmesini sağlamaktır. Ekin olgunlaşınca, ekini biçmek, harmanlamak her ikisinin görevidir. Dolayısıyla biçmeyi emek sahibine şart koşturmak tek taraflı yarar sağladığından bu akit geçersiz olur. Çünkü örfle bilinen taraflarca açıkça şart koşulmuş gibidir.⁷²⁸ Nasr b. Yahya ve Muhammed b. Seleme bu duruma karşı çıkmış “ister şart konulsun ister konulmasın bütün bunların hepsi emek sahibi tarafından karşılanır” görüşünü ileri sürmüşlerdir. Bu görüşlerini “bütün bunlar için yaygın bir örf vardır. Her ne kadar kıyasa aykırı olsa da bizim buralarda tüm bunlar örfle göre emek sahibinin işidir. Biz daha önce de kıyasa ters olmasına rağmen örf deliline dayanarak birçok hükmü caiz kıldık. Çünkü örfen sabit olan şey, şart kılınmış gibidir” diyerek delillendirmişlerdir.⁷²⁹

⁷²⁴ Serahsî, *Mabsût*, XVI, s. 25.

⁷²⁵ Serahsî, *Mabsût*, XVI, s. 25.

⁷²⁶ Hüseyin Kayapınar, “Müzâraa” *DİA*, XXXII, 234.

⁷²⁷ Serahsî, *Mabsût*, XXIII, 36.

⁷²⁸ *وَالْمَعْرُوفُ كَالْمَشْرُوطِ*, Serahsî, *Mabsût*, XVIII, 36.

⁷²⁹ Serahsî, *Mabsût*, XXIII, 36.

Sonuç olarak İslam borçlar hukukunda örf, asli bir kaynak olmasa da sınırsız olan hukukî olayları çözme noktasında âlimlerin başvurmuş olduğu fer'i bir dayanak olmuştur. İslam borçlar hukukunun temel ilkelerinin birbirleriyle bağlantılı olduğunu daha önce de ifade etmiştik. Nitekim örf ilkesi asıl olarak açıklık ilkesiyle ilgili olup hukukî olaylardaki bazı belirsizlikler örfle bilindiği için kabul ediyoruz. Buna ek olarak örf ilkesi aynı zamanda zararı önleme ve kolaylık ilkesiyle aynı katagoride yer almaktadır. Çünkü hukuk kurallarının toplumsal ihtiyaca ve menfaatlere aykırı olduğu bir durumda kıyas terkedilmiş örfle göre hüküm verilmiştir. Buradaki amaç insanların karşılaşmış oldukları zararı bertaraf etmek ve hukuk kurallarını onların uygulayabileceği noktaya getirmektir.

7. Kolaylık İlkesi

İslam'ın evrensel bir din olup her zaman ve mekânda yaşanabilir halde olması kuşkusuz onun kolaylık prensibini esas almış olmasıyla açıklanabilir. Kolaylaştırmayı teşvik eden, zorlaştırmayı kesin bir şekilde yasaklayan ayet ve hadislerden hareketle, kolaylığın hukukun gayelerinden olan adalet gibi üst değerlerin gerçekleştirilmesinde gözetilen bir ilke olduğu açıkça söylenebilir.⁷³⁰ İnsan akıl, irade ve bilinç sahibi olup aynı zamanda başkalarıyla beraber yaşamaya mecbur olan bir varlıktır. Bu sosyal varlık şayet topluma hoşgörü bilincinden uzak yaklaştığı müddetçe kin, zülüm, tahammülsüzlük baş gösterecek, dolayısıyla İslam'ın gayelerinden biri olan toplum düzeni oluşmayacaktır. Her hukuk sisteminin gerçekleştirmek istediği bir takım gayeler vardır. Bunlardan bazıları, insanlara yarar sağlayıp onlardan zararı giderme ve bundan hareketle toplum düzenini sağlama şeklinde özetlenebilir.⁷³¹ İslam hukukunun toplumsal düzeni sağlamak için benimsediği yollardan biri de kolaylaştırma/teysirdir.⁷³²

Bütün bunlardan hareketle biz burada kolaylık prensibinin nasıl temellendirildiği, hukukun hangi alanlarında faydalandığı, mezheplerin bu konudaki görüşleri hakkında bilgi vereceğiz.

7.1.Kolaylık İlkesinin Temellendirilmesi

Kolaylık prensibine İslam hukukunun iki temel kaynağı olan Kur'an-ı Kerim ve sünnetten bakmak ve bunlardan hareketle oluşmuş küllî kaidelere göz atmak bu prensibi ele alma bakımında isabetli olacaktır.

7.1.1. Kur'an-ı Kerim'de Kolaylık

Kolaylık anlamına gelen “yüsr” kelimesi Kur'an-ı Kerim'de türevleriyle beraber birçok yerde geçmektedir. İnsanın gücünün yetmeyeceği şeylerden muaf tutulması,⁷³³ verilen bir zorluğa karşı kolaylıkların ihsan edilmesi,⁷³⁴ ayetlerde bildirilmiştir.

⁷³⁰ Recep Cici, “Kolaylık Prensibinin Hukukî Hayata Yansıma Biçimleri: Hanefi Mezhebi Örneği”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları*, c. 14, sayı: 1, 2005, s. 62

⁷³¹ Tâhir b. Âşûr, *İslâm Hukuk Felsefesi*, (çev: V. Akyüz-M. Erdoğan), İstanbul: Rağbet Yayınları, 2013, s. 140-142

⁷³² Âşûr, *İslâm Hukuk Felsefesi*, s. 184.

⁷³³ Bakara, 2/233, 286

⁷³⁴ Talak, 65/7; İnşirah, 94/5-6

Yüce Allah insanoğlu için kolaylıkları sadece lafız olarak beyan etmemiş ibadetlerde de kulları için zorluları ortadan kaldırmıştır. Suyun olmadığı durumlarda abdest veya boy abdestinin teyemmüm alınarak yerine getirilmesi,⁷³⁵ yolculuk halinde namazların kısaltılması,⁷³⁶ namazda okunacak Kur'an'ın da istenilen yerden okunması,⁷³⁷ oruç ibadetinin sayılı günlerde olması ve hastalıkta, yolculukta, ihtiyarlıkta oruçla alakalı kolaylıkların bulunması,⁷³⁸ en zor ibadetlerden biri olan hac farızında yerine getirilemeyen hususlarda kolaylıkların tanınması,⁷³⁹ İslam'ın evrensel bir din olduğunun, bunun için de kolaylık prensibine önem verildiğinin göstergesidir.

7.1.2. Sünnette Kolaylık

Peygamberimizin söz ve uygulamalarında da dinde kolaylığın esas alındığını görmekteyiz. Ebu Hüreyre (r.a)'den rivayet edildiğine göre, Rasûlullah (s.a.v) şöyle buyurdu: "Din kolaylıktır. Bir kişi takatının üstünde ibadete kalkarsa din karşısında aciz kalır. Bunun için aşırıya kaçmayın. Dosdoğru yolu tutun ve (salih amellerden alacağınız mükâfattan ötürü) sevinin. Sabah, akşam ve gecenin bir kısmında (dinç olduğun vakitlerden) yararlanın (ki taat ve ibadetinize devam edin)"⁷⁴⁰

Yine bir başka rivayette Enes b. Malik'ten (r.a): Rasulullah (sav) buyurdu ki: "Kolaylaştırın, zorlaştırmayın ve müjdeleyin, nefret ettirmeyin."⁷⁴¹

Peygamberimizin yaşantısına ve icraatlarına baktığımızda hep kolaylığı seçtiğini ve emrettiğini görmekteyiz. Peygamber Efendimizin eşi Hz. Âişe (r.anhâ) anlatıyor: "Rasûlullah (s.a.v.) kendisine iki iş arasında seçim hakkı tanındığında, günah olmadığı sürece kolay olanını seçerdi. Şayet (kolay olan iş) günah ise ondan insanların en uzak duranı o olurdu."⁷⁴²

7.1.3. Şer'i Deliller ve Küllî Kaidelerde Kolaylık

Kur'an ve sünnetin dışındaki fer'i delillere baktığımızda kolaylık prensibinin hepsinde ele alındığını görüyoruz. Özellikle fer'i delillerden istihsan, ıstıslah, örf ve âdet

⁷³⁵ Maide, 5/6

⁷³⁶ Nisa, 4/101

⁷³⁷ Müzzemmil, 73/20

⁷³⁸ Bakara, 2/184

⁷³⁹ Bakara, 2/196

⁷⁴⁰ Buhârî, İmân, 29.

⁷⁴¹ İbn Hanbel, III, 131; Buhârî, Megâzî, 61;

⁷⁴² Müslim, Fedâil, 77.

delillerini incelediğimizde, bunların hepsinin kolaylıkla bağlantını olduğunu ifade edebiliriz. Çeşitli tarifleri yapılan istihsanın yapılan bu tariflerdeki ortak özelliği, kolaylığın ele alınmasıdır. Örnek vermek gerekirse Serahsî, istihsanı tarif ederken onu “Kıyası terk edip insanlara en uygun ve kolay olanı almak, bu kolaylığı sağlarken de müsamaha ve ruhsat esasına göre hareket etmek” şeklinde tarifini yapmaktadır.⁷⁴³

İstihsan da nass sebebiyle istihsan, icmâ sebebiyle istihsan, zaruret sebebiyle istihsan, hafî kıyas, örf sebebiyle istihsan ve maslahat sebebiyle istihsan olmak üzere çeşitli nevilere ayrılmıştır.⁷⁴⁴

İslam hukukçuları tarafından küllî kaideler kavâid ve el-Eşbâh ve’n-nezâir adı verilen çalışmalar altında toplanmıştır.⁷⁴⁵ Hukukçular tarafından yapılan çalışmanın bir örneği de Osmanlı Devleti’nin son döneminde yazılan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyedir.

Kolaylık prensibiyle alakalı konuyla ilgili küllî kaidelerden ilki Mecelle’de yer alan “Meşakkat teysiri celbeder” şeklindeki on yedinci maddedir. Bu maddeyle alakalı İbn Nüceym, ibadetlerle alakalı hafifletme sebeplerini yedi maddede toplamıştır. Âlimler de bu maddeyle alakalı “Bütün şeri ruhsat ve hafifletmeler bu kaideden oluşmuştur” açıklamasını yapmışlardır.⁷⁴⁶ İslam âlimlerinin böyle genel bir yargıya bu maddenin önemini vurgulamak için vardıklarını düşünmekteyiz. Çünkü ruhsatlar hâlihazırda zaten vardı ve bu ruhsatlardan hareketle kaideler oluşturuldu. “Borçlu ödeme sıkıntısı içindeyse ödeme imkânına kavuşuncaya kadar ona mühlet verilmelidir”⁷⁴⁷ ayeti de bize teysir prensibi için bir tatbik örneği vermiştir.

Kolaylık prensibiyle alakalı diğer kurallar ise şunlardır: “Bir iş dîk oldukça muttesi olur”⁷⁴⁸, “zarar izale olunur”⁷⁴⁹, “zaruretler mumnu olan şeyleri mubah kılar”⁷⁵⁰,

⁷⁴³ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, II, s. 200

⁷⁴⁴ Atar, *Fıkıh Usulü*, 111-114

⁷⁴⁵ Hanefilerden İbn Nüceym’in, Şafililerden ise Suyuti’nin el-Eşbâh ve’n-nezâir isimli eserleri bulunmaktadır.

⁷⁴⁶ İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm, *el-Eşbâh ve’n-nezâir alâ mezhebi Ebi Hanîfe en-Nu’mân*, nşr. Zekeriyâ ‘Umeyrât, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1999, s. 64

⁷⁴⁷ Bakara, 2/280

⁷⁴⁸ Mecelle md. 18.

⁷⁴⁹ Mecelle md. 20.

⁷⁵⁰ Mecelle md. 21.

“zararı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur”⁷⁵¹, “ezmânın tağayyuru ile ahkâmın tağayyuru inkâr olunamaz.”⁷⁵²

Burada zikredilen maddelerin başta meşakkat olmak üzere zaruret, zarar, ihtiyaç, zaman gibi faktörlere dayandığı, insanların karşılıklarına çıkan zorluklara ve problemlere bir çıkış yolu bulabilmek için ortaya konulduğu görülmektedir.

7.1.4. Azimet ve Ruhsat Bağlamında Kolaylık

İslam hukukçularının kolaylığı sağlama söz konusu olduğunda ele aldıkları iki temel kavram azimet ve ruhsattır. Konumuzun bütünlüğü açısından azimet ve ruhsat kavramlarını kısaca açıklamakta yarar vardır.

Sözlükte “ısrarla istemek, kastetmek, kesin karar vermek” anlamlarına gelen azimeti fıkıh usulü âlimleri, “Ârızî hallere bağlı olmaksızın başta konan aslî hükümlere verilen ad” şeklinde tarif etmişlerdir.⁷⁵³ Sözlükte “kolaylık” anlamına ruhsat kelimesi, fıkıh usulü terimi olarak “Şer'an geçerli mazeretlere binaen normal durumlara ait aslî hükmün (azîmet) gereğine uymamayı meşru hale getiren, kolaylaştırma esasına dayalı geçici hükmü ifade eder.”⁷⁵⁴ Hanefi usulcüler ruhsatı, hakikat ve mecaz olarak ikiye ayırmış, hakikat ve mecaz da kendi aralarında ikiye ayrılarak dört kısım ruhsat ortaya çıkmıştır.⁷⁵⁵

Hakikat iki kısma ayrılmıştır:

1. “Haram kılma gerekçesi ve haramlık hükmü birlikte mevcut olduğu halde fiilin mubah sayıldığı durumlar.”⁷⁵⁶ Burada kul için azimet veya ruhsatla amel etmesi kendi seçimine kalmış olmakla birlikte azimetle amel etmesi daha faziletli görülmüştür. Bu konu şu hadiseye dayanmaktadır. Rivayet edildiğine göre yalancı peygamber Müseyleme, Peygamberin ashabından iki kişi yakalamış ve onlardan birine “Muhammed'in Allah'ın resulü olduğuna şahadet ediyor musun?” diye sormuş, o zat “evet” cevabını verince “benim

⁷⁵¹ Mecelle md. 26.

⁷⁵² Mecelle md. 39.

⁷⁵³ Mustafa Baktır, “Azimet”, *DİA*, IV, s. 330.

⁷⁵⁴ İbrahim Kâfi Dönmez, “Ruhsat”, *DİA*, XXXV, s. 207, Bilmen, *İstılahât*, I, s. 34

⁷⁵⁵ Rifat Uslu, “İslam Hukukunda Kolaylık Prensibi”, s. 490

⁷⁵⁶ Dönmez, “Ruhsat”, s. 208; Uslu, “Kolaylık Prensibi”, s. 490.

peygamber olduğuma şahadet ediyor musun?” sorusunu yöneltmişti. “Bu konu hakkında bir bilgim yok” diyen zatı öldüren Müseyleme, diğer kişiye de aynı soruları yöneltmiş o kişi Müseyleme’ye de şahadet ettiğini söylemişti. Bu durum Hz. Peygamber’e ulaşınca birincisine iki kat sevap ikincisi de Allah’ın ruhsatını almıştır, bir günah yoktur cevabını vermiştir.⁷⁵⁷

Bu konuyla alakalı bir başka hadise de Ammar (r.a.) hakkında rivayet edilir. Hz. Peygamberin ona “seni yine zorlarsa istediklerini tekrarla” diye buyurması, Müslümanın kalbi mutmain olduktan sonra zorlama halinde diliyle küfür içeren sözler söylemesinde sakınca olmadığını gösterir.⁷⁵⁸

Serahsî de bu konu hakkında misal verirken “bir kimse başkasının malını telef etmeye zorlansa, canı maldan daha üstün olduğu için canını koruması esas olup malı telef etmesi ruhsat olarak görülür. Ancak o sabredip öldürülürse haramı işlemekten kaçındığı için şehit olur” demiştir.⁷⁵⁹

2. “Gerekçesi mevcut olmakla birlikte hükmün ertelenmesi sebebiyle fiilin mubah sayıldığı durumlardır.”⁷⁶⁰ Bu hususa misal olarak hasta ve yolcunun ramazan ayında oruç tutması verilmiştir. Ramazan ayında yolcu olan bir kimse oruç tutmuş olsa farz ibadeti yerine getirmiş olur. Ancak yolculuk hali onu zayıf düşüreceğinden korkuyorsa bu sebeple orucu başka bir zamana tehir etmesi ruhsat olarak görülmüştür. Aynı durum hasta için de geçerlidir. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, azimet ruhsattan daha faziletlidir.⁷⁶¹

Mecaz da kendi arasında iki kısma ayrılmıştır.

1. Önceki ilahi dinlerde mevcut olup ağır yükümlülüklerinden dolayı Müslümanlardan kaldırılarak kolaylık sağlanan durumlardır.⁷⁶² “O, kendilerine iyiliği emrediyor, onları kötülükten nehyediyor, onlara temiz şeyleri helal, pis şeyleri de üzerlerine haram kılıyor. Onların ağır yüklerini, sırtlarından ağır olan zincirlerini indiriyor.”⁷⁶³ Yine bir başka ayette de “Ey Rabbimiz, bizden

⁷⁵⁷Abdulkerim Zeydan, *el-Veciz fi usuli'l-fıkh*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2006, s. 52-53

⁷⁵⁸ Zeydan, *el-Veciz*, s. 53

⁷⁵⁹ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, I, 119.

⁷⁶⁰ Dönmez, “Ruhsat”, s. 208; Uslu, “Kolaylık Prensibi”, s. 490.

⁷⁶¹ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, I, s. 119. ayrıca bkz. Dönmez, “Ruhsat”, s. 208

⁷⁶² Dönmez, “Ruhsat”, s. 208

⁷⁶³ A'raf, 7/175

*öncekilere yüklediğin gibi üstümüze ağır yük yükleme.*⁷⁶⁴ Görüldüğü üzere burada bir kolaylaştırma olmayıp mecazî ruhsat durumu vardır.

2. İslam'da genel bir hükümden istisna yapıp kolaylık sağlanan durumlardır.⁷⁶⁵ Bu konuyla alakalı misal selam akdidir. Peygamberimiz mevcut olmayan malın satışını yasakladığı halde selam akdine cevaz vermiştir. İkrâh altında veya ıztırar halinde şarap içmenin veya murdar hayvan etini yemenin mubah hale gelmesi ve sefer halinde dört rekatlı namazların kısaltılması bu türün örnekleri arasında zikredilir.⁷⁶⁶

Gazzâli, ruhsatı “Haram hükmü bulunmakla beraber kulun acizlik ve özünden dolayı fillerde sağlanan kolaylık” şeklinde tanımladıktan sonra ruhsatı Hanefiler gibi iki kısma ayırıp Hanefilerin mecazın ikinci kısmında zikrettikleri şarabın içilmesi ve murdar olan etin yenmesi hususunu hakikat bölümünde zikretmiştir.⁷⁶⁷

Şâtıbî'ye göre ruhsat: Mükellefin yükümlülüğünü hafifletmek ve ondan güçlüğü kaldırmaktır. Böylece mükellef azimet ve ruhsat arasında bir tercihte bulunabilecek, bunun sonucunda sorumluluğun getirdiği yük kulun tercihinde olacaktır.⁷⁶⁸

Şâtıbî dokuz meselede geniş bir şekilde anlattığı ruhsatı genel olarak iki kısımda açıklayabiliriz.

1. Kulun aciz kaldığı, sabredemediği meşakkatlerden dolayı tanınan ruhsatlardır. Namazı yerine getiremeyecek durum meydana getiren hastalık, ramazan orucunu tutmaktan aciz bırakan hastalık durumu buna örnek verilebilir. Ayrıca zor durumda kalan kişinin ölmemesi için haram olan şeyleri yiyip içmesi de bu duruma girer. Şâtıbî bunların Allah'ın hukuku olduğunu ve buradaki ruhsatların azimet gibi hüküm gördüğünü ifade etmiştir.⁷⁶⁹

⁷⁶⁴ Bakara, 2/286

⁷⁶⁵ Dönmez, “Ruhsat”, s. 208

⁷⁶⁶ Dönmez, “Ruhsat”, s. 208

⁷⁶⁷ Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfâ min 'ilmi'l-usûl*, thk. Muhammed Süleymân el-Eşkar, I-II, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1997, I, s. 184

⁷⁶⁸ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, s. 477.

⁷⁶⁹ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, s. 511-512

2. Sabredilebilen meşakatlere tanınan ruhsatlardır. Burada meşakkatin olup olmaması önemli değildir. Bu durum Allah hakkından kaynaklanmaktadır. Namazların Müzdelife’de ve Arafat’ta cem edilmesi, yolculukta orucun tutulmaması bunlara verilebilecek örneklerdendir.⁷⁷⁰

Kolaylık prensibi sadece ibadet konularında değil aynı zamanda satım sözleşmelerinde de karşımıza çıkmaktadır. Özellikle selem ve icare akitlerinde kolaylık prensibinin işlendiğini görmekteyiz. Çünkü selem akdi olmayan bir şeyin satımı olup Hz. Peygamber’in insanların zor durumda kalmaları sebebiyle onlara kolaylık sağladığı hususlardan biridir.⁷⁷¹ İcâre akdi de aynı şekilde yarar üzerine yapılan anlaşma olması ortada somut bir malın bulunmaması hasebiyle borçlar hukukunun genel yapısına aykırı durmaktadır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz asıl durum üzere insanların ihtiyaçlarına cevap vermek olduğundan böyle bir kolaylık sağlanmış ve maslahat gereği caiz görülmüştür.⁷⁷²

Sonuç olarak, İslam dininin hükümlerinin hepsi, insanın yaratılışına uygun, gücünün yettiği, fitratına münasip şeklinde gelmiştir. Allah’ın koymuş olduğu hükümlerde insanların gücünü aşan bir durum olmayıp aksine kolaylık ve sadelik esastır. Amacı insanlar arasındaki dayanışma ve yardımlaşmayı daha da kuvvetlendirmek, birbirlerine olan bağları dürüstlük ve gerçek rızaları ortaya konularak kuvvetlendirmek olan ticaret hukukunun, insanların zor durumda kaldığı olaylar karşısında –selem akdi gibi- istisnai hükümler ortaya koyması, insanlara sunulan kolaylık esasının göstergelerindedir.

7.2.Mebcut’ta Kolaylık İlkesinin Uygulama Örnekleri

İslam hukukunda bazı durumlarda ihtiyaçlara göre kolaylaştırıcı hükümlere başvurulur. Şeri hükümler ihtiyaçlara göre takdir edilmiştir. Hatta ihtiyaçlar bazen zaruret mesabesine indirgenir. İslam hukukçuları kesin haram olmayan konularda kolaylaştırıcı hükümlere başvururken haram ve günah olan konularda kolaylık ilkesine müracaat etmemişlerdir. Serahsî’de icâre ve istisnâ’ akitlerinde kolaylık ilkesini örneklerle anlatmaya çalışacağız.

⁷⁷⁰ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, I, s. 513-514

⁷⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bilal Aybakan, “Selem”, *DİA*, XXXVI, s. 402-405.

⁷⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bardakoğlu, “İcâre”, *DİA*, XXI, s. 379-388.

7.2.1. İcâre Akdinde Kolaylık İlkesi

İcâre, mali değeri olan bir bedel karşılığında bir malın yararı üzerine yapılan akitlerdir.⁷⁷³ İslam'da yarar üzerine yapılan akitler iki çeşit olup birincisi bedelsiz olarak yapılan akitler; âriyet ve kölenin hizmetlerinin vasiyet edilmesi gibi ikincisi ise bedel karşılığı yapılan akitler olup icâre sözleşmesi bu çeşidin içine dâhil olmaktadır.⁷⁷⁴

Kira ve hizmet sözleşmesinin caiz olmasının delili hem Kur'an⁷⁷⁵ hem de sünnetle⁷⁷⁶ sabittir. Hanefî âlimlerinin bir kısmı icâre akdinin hukuken caiz olmasını temellendirirken, onun esasen kıyasa göre caiz olmadığını, istihsanen caiz görüldüğünü ifade ederler. Gerekçeleri ise kira, akdin yapıldığı sırada ortada bulunmayan, kiralama süresince parça parça ortaya çıkan yarar üzerine yapılmaktadır. Bilindiği üzere var olmayan bir şey üzerine akit yapılamaz. Ayrıca akit yapıldıktan sonra akdin konusu hakkında da bilgi sahibi olmak gereklidir.⁷⁷⁷ Kira sözleşmesinde bunların hiçbirisi meydana gelmediği için kira akdi şayet kıyas işletilecek olursa caiz görülmez. Çünkü İslam hukukunda en ufak belirsizlikte dahi akit geçersiz olup iptal edildiğine göre ortada olmayan bir şey ve ondan yararlanma akdin içinde şüpheli doğrudan barındırdığına için hiçbir şekilde meşru olmaması gerekmektedir. Ancak Serahsî bu görüşten daha çok kabul gören görüşü şu cümlelerle açıklamıştır:

Bana göre bu görüş kuvvetli değildir. Çünkü akdin konusu olan şeyin var olmasını ve kişinin mülkünde bulunmasını koşul koymak, bizzat o şeyin kendisi açısından değil, kişinin onu teslim etme gücü bakımındandır. Kiralamada akdin konusu olan yararın var olması, akdin hükmü olarak kişinin onu teslim etmesini imkânsız kılmaktadır. Çünkü yararlar ardarda iki vakitte varlığını sürdüremeyen geçici dünya metalleridir. Yararın teslimi akdin hükmüdür. Hüküm nedenden sonra geldiği için akit yapıldığı andan teslim anına kadar o anki yararın devam ettiği düşünülemez. Var olan yararın gerekli olduğu anda teslim etmek imkânsız olunca, akit anında yararın var olmasını koşul koymanın anlamı yoktur. Bu durumda, akdin geçerli ve bağlayıcı olabilmesi için, akdi yapan kişinin mülkünde var olma konusunda kendisinden yararlanılan mal, yararın yerine konulur. ... Akdin kurulması ile yararın alınması

⁷⁷³ Serahsî, *Mabsût*, XV, 74.

⁷⁷⁴ Serahsî, *Mabsût*, XV, 74.

⁷⁷⁵ Zuhurf, 43/32; Kasas, 28/27.

⁷⁷⁶ İbn Mâce, *Ruhûn*, 4.

⁷⁷⁷ Serahsî, *Mabsût*, XV, 74.

bitişik olsun diye kira akdi, yararın meydana geldiği ana dayandırılır. Bu yolla da üzerine mâkûdün aleyhi elde etmek mümkün duruma gelmiş olur. Bizim Hanefî âlimlerimiz, “Kira, yararın meydana gelişine bağlı olarak sürekli yenilenen birbirinden farklı akitlerdir.” demişlerdir.⁷⁷⁸

Görüldüğü üzere kıyas esas alınacak olursa ortada var olmayan belirsiz bir konu üzerine kurulan akit vardır. Akitlerin açık olması, belirsizlik içermemesi borçlar hukukunun temel ilkesidir. Ancak icâre akdi insanların ihtiyaçları doğrultusunda kabul edilmiş bir akittir. Çünkü yoksul zengin malına zengin de yoksulun emeğine, çalışmasına ihtiyaç duyar. Akitlerin meşru olması konusunda insanların ihtiyacı asıldır. Bundan dolayı akitler insanların ihtiyacını karşılayacak şekilde düzenlenir. Bu İslam’ın insanlara sağlamış olduğu kolaylıkların sadece bir örneğidir. İcâre akdi insanların ihtiyaç duydukları ve daima başvurageldikleri bir hukukî işlem olup aynı zamanda bir zarurettir. Bu zaruret Peygamberimizden günümüze kadar önemini hiç yitirmeden devam etmektedir.

Kolaylık ilkesine bir başka örnek de sütannenin ücretle tutulması meselesidir. Çocuğa süt emzirmek için sütanneyi ücretle tutmak caizdir. Bunun delili Kur’an-ı Kerim’de sabittir.⁷⁷⁹ Nitekim Hz. Peygamber emzirilmek üzere Halime ücretle tutulmuştur.⁷⁸⁰ İnsanların bu uygulamaya ihtiyacı da bulunmaktadır. Çünkü küçük çocuklar ancak insan sütü ile beslenebilir. Hastalık, ölüm vb. gibi durumlarda anne çocuğunu emziremeyebilir.⁷⁸¹ İşte bundan dolayı ücretle sütanne tutmaktan başka çare yoktur. İhtiyaç nedeniyle buna cevaz verilmesi dinin insanlar için sağlamış olduğu kolaylıklardan bir tanesidir.

7.2.2. İstisnâ’ Akdinde Kolaylık İlkesi

İstisnâ’ yani sipariş akdi, üzerinde sanatkârın işinin koşul konulduğu bir aynın satılması olarak isimlendirilen akit çeşididir.⁷⁸² İstisnâ’ akdinde yapılması istenen şey, satım

⁷⁷⁸ Serahsî, *Mabsût*, (Tercüme), XV, 74-75.

⁷⁷⁹ Talak, 65/6.

⁷⁸⁰ Serahsî, *Mabsût*, XV, 118.

⁷⁸¹ Serahsî, *Mabsût*, XV, 118.

⁷⁸² Serahsî, *Mabsût*, XV, 84.

sözleşmesindeki satılan mal gibi bir aynıdır. Bundan dolayı bu akit çeşidinde görme muhayyerliği var olup sanatkârın çalışması koşul konulmuştur.⁷⁸³

İstisnâ' akdinin kolaylık içeren örneklerinden bir tanesi bir kimse dokumacıya bir miktar ip vererek bu ipe örülecek kumaşın belirli bir oranını ücret olarak vermek üzere akit yapsa bu akit mezhebin açık görüşüne göre caiz değildir. Ancak bölgelerde bunu yapıldığına dair örf varsa bu kuraldan vazgeçilir. Çünkü örf varsa kıyas terkedilir. Üstelik bu insanlar için hem bir kolaylıktır hem de bu iş için kumaştan pay alan dokumacı işini daha iyi yapar ve işinde daha ciddi olur.⁷⁸⁴

Burada şunu da belirtmek gerekir ki insanlar kendilerine sürekli zarar veren bir hukuk normuna zorlanamaz. Çünkü hukuk insanlar için vardır ve insanların daha iyi bir hayat sürmesi için konulmuştur. İnsanların hayatlarını kolaylaştırması için hukuktaki bazı normlar hafifletilmiştir. Zaten İslam hukukunda alışverişlerin sattım-aldım şeklinde olması da bir nevi kolaylık sebebiyledir.

⁷⁸³ Serahsî, *Mabsût*, XV, 85

⁷⁸⁴ Serahsî, *Mabsût*, XV, 90

SONUÇ

Bu çalışmamızda, Serahsî'nin *Mebûsât*'undan hareketle genelde İslam borçlar hukukuna özelde ise satım sözleşmelerine hâkim olan temel ilkeler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ulaştığımız sonuçları şu şekilde belirtebiliriz

1. Bireysel karar ve eylemlerin, tutarlı ve eleştirel biçimde değerlendirilmesine olanak sağlayan, her türlü tartışmanın dışında sayılan, her şeyin kendisinden türediği ilk ve temel kaynak, ana kural olarak tanımlanan ilke, tarihsel süreç içerisinde çeşitli kavramlarla ifade edilmiştir. *İlke* kelimesinin Arapça'daki en bilinen karşılığı *kâidedir*. Fıkhın değişik bölümlerini ve meselelerini kapsayan küllî kazıyye olarak tanımlanan kâide, kapsam olarak kâide ve dâbit şeklinde ikiye ayrılmıştır. Kâide, fıkhın birden fazla alanını içine alan geniş kapsamlı ilke olmasına rağmen dâbit, daha dar anlamlıdır ve fıkhın sadece bir meselesini kapsayan prensip olarak tanımlanır. Ancak şu da var ki, kâide daha genel ve daha soyut olduğu için meselelerin çözümünde doğrudan referans olarak alınmazken, dâbit, somut ve tek mesele üzerinde yoğunlaştığı için meseleleri düzenleme fonksiyonuna sahip durumdadır. Hukuk ilkesi ise, kaideden çok daha geniş olup hem doktrini hem de kaideleri besleyen genel çerçeveyi ifade eder. Bir bakıma o, fakîhin fikhî meseleleri yorumlar veya çözerken zihninin arkasında saklı tuttuğu fakat her zaman açıkça da ifade etmediği genel yaklaşım ve öncelikler olarak da değerlendirilebilir.

2. Hz. Peygamber'in tebliğinden başlayarak günümüze kadar hâkim olan dini düşünce ve anlayışın hukuk hayatına yansımaları hususunda büyük bir öneme sahip olan temel prensiplerin belirlenmesinde İslam hukukçularının ciddi zorluklarla karşılaşmadığı söylenebilir. Zira fıkıh âlimlerinin ifade etmiş olduğu hukuk prensiplerinin günümüzde de anlamlı ve işlevsel olmasının en büyük sebebi onların yaratılıştaki insan fitratında mündemiç olmasıdır. Yüce yaratıcı tarafından gönderilen Kur'an ve Hz. Peygamberin Sünnet'i de bu hakları teyit etmiş, uygulama örneklerini sunmuş, pek çoğunun fikri temellerine işaret etmiştir. Bu prensiplerin nihâî gayesi adalet sağlayıp haksızlığı önlemektir. Bunun yolu da tarafların rızasını koruyarak insanların gerçek iradesine uygun işlemler yapabilmesinin önünü açmak, hukukî işlemlerin zihinlerinde hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde açıklık ve dürüstlük içinde gerçekleşmesini sağlamak, zararın önüne geçmek, zorluk karşısında kolaylığı

teşvik etmek, insanların maruf ve örfüne önem vermek gibi ilkelerden geçer. Borç münasebetlerinin dayandığı temel esaslar olarak kabul edilen bu prensipler, aynı zamanda İslam hukukunda öteden beri müessir olmuş ilkelerdir. Hz. Peygamber'in zamanından itibaren Müslümanların dini-hukuki hayatına yön veren bu prensipler, sonraki dönemlerde hukukun amaçlarının kontrolünde işlevsel olmuş, yeni içtihatların yapılmasına olanak sağlamış, İslam hukukunun gelişimi sonrasında da kavâid ilminin ve literatürünün ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.

3. Mabsût'un satım sözleşmesi bahsini okuduğumuzda Serahsî'nin adeta üzerine titrediği birinci ilke rıza yani tarafların rızasının korunması olmuştur. Çünkü rıza ilkesi, Kur'an-ı Kerim'de borç ilişkilerinde kendisine atfı yapılan ilkelerden biridir. Ayrıca rıza ilkesini, İbnü'l-Arabî'nin, "*Birbirinizin mallarını haksız yollarla yemeyin.*" ayetini açıklarken, insanlar arasındaki mali işlemlerin dört temel esasa dayandığını ifade edip, bunların ilkinin karşılıklı rızanın esas alınması olduğunu belirtmesinden hareketle bütün muamelelerde gözetilmesi gereken ilke olduğunu anlıyoruz. Zaten İslam hukukundaki birçok yasak da rıza ilkesini korumaya yönelik konulmuştur. Nitekim veda hutbesinde de Hz. Peygamber'in "Bir Müslümana kardeşinin kanı da malı da helal olmaz. Fakat malını gönül hoşluğu ile vermişse o başkadır." şeklindeki ifadesi bunun en güzel örneğidir.

4. Kur'an-ı Kerim'in hukuki işlem ve ilişkilerde rızanın gözetilmesine özel vurgu yapması ve İslam hukukunda tarafların irade hürriyetine önem verilmesi aynı zamanda borç ilişkilerinin üzerine kurulacağı ana zemini, yani borçlar hukukunun en temel ilkesini belirlemektedir. Ancak belli ve gerekli durumlarda devlet tarafından - istimlak ve narh örneğinde olduğu gibi- bu ilkeye aykırı bazı cibrî tasarrufların yapılması da meşru görülmüştür. Bu durum ise hakların ve ilkelerin uygulamada mutlak olmadığını, daha önemli yarar ve gayelerin bulunması halinde bunlara istisna getirilebileceğini göstermektedir. Nitekim son iki örnek kamu yarar ve maslahatını korumanın öncelik taşımasıyla açıklanmaktadır.

5. İkraha, ihtikâr, hile, gasp gibi yasakların her biri esasen rıza ilkesinin önemini vurgulamak ve onu korumak içindir. Hatta dürüstlük, açıklık, ribâdan uzak durma gibi ilkelerin söz konusu rıza ilkesini tamamlayıcı alt ilkeler olarak nitelendirilmesi dahi mümkündür. Fıkıh doktrininin olgunluk döneminde bu ilkeler eşbah-nezâir, furûk kitaplarına ayrı ayrı küllî kaide olarak girmiştir.

6. İslam hukukçuları, satılan malın cinsinin, miktarının, sıfatının, teslim yerinin taraflar arasında anlaşmazlık olmayacak derecede bilinir olması gerektiğini, yani borçlar hukukunun ikinci ilkesi olarak belirlediğimiz açıklık ilkesine uygunluğu önemli bir şart olarak ittifakla belirtirler. İslam hukuku, toplumsal huzurun korunmasını ve ticarî ilişkilerin sağlıklı bir şekilde devam ettirilmesini ön planda tutar. Bu bağlamda temel ilkeleri belirlemedeki amaç, başta satım akdi olmak üzere hukuki işlemlerde karşılıklı rızayı korumak, haksızlığı ve sömürüyü engellemek ve anlaşmazlıkların önünü kesmektir. Bu amaçla, İslam borçlar hukukunda, ticâretin mümkün olduğunca muayyen esaslara bağlanması ve açıklık içinde yürütülmesi hedeflenmiştir. Buna göre bir satış sözleşmesinde mebi, semen, ödeme zamanı vb. hususların yanı sıra akdin taraflara ne gibi hak ve sorumluluklar yüklediği net olarak belirlenmeli ve taraflarca bilinmelidir. Bir akitte anlaşmazlıklara yol açan durum, satım konusu olan maldaki bilinmezlik ve mal hakkındaki bilgisizliktir. Akitlerdeki bu bilinmezlik ve bilgisizlik durumu cumhurla Hanefilerin fesad-batıl ayrımı yapmalarına sebebiyet vermiştir. Hanefiler, sırf cehalet içeren durumları fesad sebebi kabul ederken fakihlerin çoğunluğu böyle bir fasit ve batıl ayrımını benimsemezler. Aslında Hanefilerin bu yaklaşımı tarafların anlaşmazlığa düştüğü durumları düzeltip akdi sahih hale getirmelerine imkân vermektedir. Serahsî'nin açıklık üzerinden verdiği örneklerin genelinde taraflar arasındaki anlaşmazlığa dikkat çekilmiş, bu tür belirsizlik ve bilgisizliklerin giderilmesine çaba gösterilmiştir.

7. Dürüstlük, İslam hukukunun aynı zamanda dini bir mesnedi olması hasebiyle bütün insan ilişkilerinde üzerinde önemle durulan ilkelere biridir. Elbette ahlaklı olmak, merhametli olmak, güvenilir olmak, işini iyi yapmak, sözünde durmak Müslümanın bütün davranışlarında gözetilmesi gereken bir şiardır. Müslüman için arzu edilen bu özellikler sadece bir öğüt olarak kalmamış hukuka da yansımıştır. “Taahhütlerinizi yerine getirin. Çünkü verilen söz sorumluluğu gerektirir” ayeti toplum yaşamına hukuk-ahlak bütünlüğünün olgunlaşmış yansımasıdır. Şu da var ki, insan davranışlarının yönlendirilmesi, görevlerin yerine getirilmesi hususunda, din, ahlak ve hukuk bütünlüğü esas alınmıştır. Tabii hukuk düşüncesinin üzerinde durduğu prensiplerin ilki “ahde vefa” yani taahhütleri yerine getirmek olduğu için ahlakın hukuktan önce geldiğini belirtmek yanlış bir çıkarım olmayacaktır. Çünkü medeniyetler ahlak ve faziletler üzerine kurulur.

8. Ribâdan uzak olma ilkesi hem rıza ilkesini tamamlayıcı hem de rıza ilkesinden bir istisna olarak görülebilir. Rızanın alt başlığı olarak ele almak istenildiğinde ribâ, insanın zorda kaldığı için katlandığı ve razı olduğu bir durumdur. Bu açıdan bakıldığında ribâ yasağı, kişinin gerçek rızasını korumaktadır. Rızanın bir istisnası olarak ise ribâ, taraflar razı olsalar bile bir hukukî işlem ribâ içeriyorsa, hukuk düzeni bu işleme izin vermemektedir. Serahsî bu ilkeyi özellikle sarf akdinde ayrıntılı biçimde ele almıştır. Sarf akdinde ribâdan bu kadar çok bahsedilmesinin esas gayesi, ribânın ekseriya sarf akdinde cerayan etme ihtimalini gözönüne alıp ribâ sebebiyle tek taraflı menfaat sağlamanın ve karşı tarafa zarar vermenin önüne geçmeyi amaçlamaktır.

9. “Zarar izale olunur” ya da “zarara karşılık zarar verme yoktur” şeklinde Mecelle’nin küllî kaideleri arasında yer bulmuş ilkelerin gayesini teşkil eden zararı önleme ilkesi ise, kişinin rızasını haleldâr edecek herhangi bir şeyin önüne geçmeyi hedeflemektedir. Tabii hukuk düşüncesinin ulaştığı prensipleri iki temel noktada toplamak gerekirse bunların ilki, verilen sözün yerine getirilmesi, diğeri ise başkalarına verilen zararın giderilmesidir. Buradan hareketle aslında temel prensiplerin gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak birbirleri ile bağlantılı olduğu bu prensiplerin nihât gayesinin hem insanların gerçek rızasını hem de toplumsal düzeni dengeli biçimde korumak olduğu söylenebilir.

10. Yüce Allah, insanın tabiatını çok iyi bildiği için onun fitratına uygun ilkeler getirmiştir. Kolaylığın ilke olmasındaki temel argüman, onun insan tabiatına uygun olması ve doğal ihtiyacını karşılamasından kaynaklanmaktadır. Esasen İslam’ın getirdiği yasaklar ile insanın sağduyusunun ve selim fitratının kerih ve çirkin gördüğü işler arasında da bir uyum vardır. İnsanın kendini geri çekmesi gereken, yaptığı takdirde vicdanında veya günlük hayatında kendini zor duruma düşürecek olan şeyler din tarafından yasaklanmıştır. İslam hukukçuları da hem insan fitratını hem de dinin genel amaçlarını, hüküm koymada gözetmiş olduğu hikmetleri ve örnekler üzerinden açıkladığı ilkeleri gözönüne alarak hukuk düşüncesi geliştirmişlerdir. Hukukun temel ilkeleri de bu meyanda ortaya çıkmış, neticede gerek ibadet gerekse muamelat alanında insanların dini vecibelerini daha kolay yerine getirebilmelerine, huzur ve güven içinde yaşamalarına ve yeni şartlara daha kolay intibak edebilmelerine yardımcı olmuştur. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, insanlar arasında kendilerine sürekli zarar veren hayatın akışına ters bir hukuk normu yaşayamaz. Çünkü hukuk insanlar için vardır ve

hukuk kuralları da insanların daha iyi bir hayat sürmesi için konulmuştur. Zaten İslam hukukunda alışverişlerin icap ve kabulle kurulabilmesi bir nevi kolaylık sebebiyledir. Dinin temel ilkelerine aykırı olmadığı sürece örf ve adetin gözetilmesi de bu kolaylığın bir yansıması olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar asli bir kaynak olmasa da İslam hukukçuları örfü boşlukları doldurucu, yeri geldiğinde hakem rolünü üstlenen ve asli kaynakları besleyen ikincil kaynaklar arasında kabul etmiş, toplum menfaatinin düşünerek, nasların sınırlı, olayların sınırsız olmasından da hareketle insanlar arasında câri örfü hukukî yorum ve çözümde devreye sokmuştur. Nitekim Serahsî'nin hukukî olayların satır aralarına koymuş olduğu “Örfen bilinen şey açıkça şart koşulmuş gibidir” kaidesi de onun zihninde örfe riayetinin bir hukuk kuralı olarak var olduğunun göstergesidir.

Sonuç olarak belirtmek gerekirse, Serahsî, *Mebcut*'un ilgili bölümlerinde yukarıda izah ettiğimiz ilkeleri müstakil bir başlık altında ele almamış, fikhî konuları ve örnekleri izah ederken bunlara ara ara değinmiştir. Bu da gayet anlaşılabilir bir durumdur; çünkü İslam borçlar hukukunun klasik literatürü genel hükümler ve doktrin şeklinde değil olayların analizi şeklinde gelişmiştir. Bundan dolayı, *Mebcut*'ta İslam borçlar hukukunun model akdi sayılan satım sözleşmelerinin ele alınışı, genel hükümlerin sıralanması şeklinde değil alışveriş çeşitleri ve bu alışveriş çeşitlerinin içinde yer alan olay ve ihtimallerin genel bir hukuk mantığıyla ele alınıp değerlendirilmesi ve sorunlara çözümler getirilmesi şeklinde olmuştur. Bunları yaparken Serahsî, mezhep içinde yer alan görüşleri tek tek ele alarak daha kuvvetli görüşleri zikredip mezhebin delil hiyerarşisine göre açıklama yapmayı da ihmal etmemiştir. Serahsî'nin bu meyanda diğer fıkıh mezheplerinin aynı konudaki görüşlerine de değindiğini ve onları eleştirip Hanefî mezhebinin görüşünü delillendirerek savunduğunu da görmekteyiz.

Tüm bunlardan hareketle İslam borçlar hukukunun sadece katı ve şekli kurallardan ibaret olmadığını, kuralların arkasında yatan belli ilkelerin, önceliklerin ve bakış açılarının bulunduğunu, taraflar arasında yapılan bir akitte de bu prensiplerin mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiğini, klasik fıkıh doktrininin de böyle bir yaklaşım içinde olduğunu anlıyoruz. Bu hukuk ilkeleri aynı zamanda bir akdin İslam hukukunun genel mantık ve bütünlüğüne ne denli uygun olduğunu da ele veren ölçüt

olacaktır. Öte yandan söz konusu prensipleri sadece borçlar hukukunun şekli ve normatif yönüyle sınırlamak da doğru bir yaklaşım olmaz. Çünkü İslam dini mensuplarının ahlakî noktada olgunluğa ulaşmış, birbirlerinin rızasını menfaatleri uğruna heba etmeyen, dürüstlükten ödün vermeyip mallarına faiz bulaştırmayan, işlerinde meşakkat yerine kolaylığı tercih eden ve bütün bunları yaparken kimseye haksızlık etmeme ve zarar vermeme hassasiyetini koruyan kimseler olması gerekir. Bu gerekliliğin fıkıh doktrinine de yansımaları en tabii durumdur. *Mebisât*'un örnek bölümlerini incelememizden hareketle büyük İslam hukukçusu Serahsî'nin de böyle bir yaklaşım içinde olduğunu, mezhebin dönemine kadarki fikhî birikimini telif ederken dinî, ahlakî ve hukukî ilkeleri mezcettiğini ve bu ilkeleri arka planda tutarak örnek olay ve olguları işlediğini açıkça görmekteyiz.

KAYNAKLAR

- Abdülazîz el-Buhârî, Alâüddîn Abdülazîz b. Ahmed. *Keşfü'l-esrâr 'an Usûli Fahri'l-İslâm el-Bezdevî*, nşr. Abdullah Muhammed Ömer, I-IV, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1997.
- Ahmed b. Hanbel. *Müsnedü'l-İmâm Ahmed bin Hanbel*, thk. Şu'ayb el-Arnaût vdğ., I-L, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1995-2001.
- Akşit, M. Cevat. *İslam'da Ticaret Prensipleri*, İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2011.
- Aktan, Hamza. "Damân", *DİA*, VIII, s. 450-453.
- "Emanet", *DİA*, 11, s. 83-84
- "İstimlâk", *DİA*, XXIII, s. 364-366.
- Apaydın, H. Yunus. "Fesad", *DİA*, XII, s. 417
- "İhtiyar", *DİA*, XI, 575-576.
- "İrade", *DİA*, XXII, s. 384-387.
- "İrade Beyanı" *DİA*, XXII, 387-391
- "Kıyas" *DİA*, XXV, s. 529-539.
- "Sıhhat", *DİA*, XXXVII, s. 110-111.
- "Muhayyerlik", *DİA*, XXXI. s. 25-30.
- Araz, Yunus. "İslam Hukukunda Manevi Zararların Mali Tazmini", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2016, sy.5, s. 119.
- Arı, Abdüsselam. "Fıkıh Açısından Sözleşmelerde Karşı Tarafı Yanıltma (Hile)", İstanbul Üniversitesi. İlahiyat Fakültesi Dergisi, İstanbul, Sayı 1, 1999, s. 247.
- "Rızâ" *DİA*, XXXV, s. 57-59.
- Atar, Fahrettin. *Fıkıh Usulü*, İstanbul: İFAV, 2013.
- Aybakan, Bilal. *İslam Hukukunda Borçların İfası*, İstanbul: İFAV, 1998,
- "Zarar", *DİA*, XLIV, s. 130-134.
- "Vekâlet", *DİA*, XLIII, s. 1-6.
- Aydın, M. Akif. "Borç", *DİA*, VI, s. 285-291.
- "Deyn", *DİA*, IX, s. 266-268.
- "Gasp", *DİA*, XIII, s. 387-392.
- "Haksız Fiil", *DİA*, XV, s. 210-211

- “İtlâf”, *DİA*, XXIII, s. 466-469.
- Azîmâbâdî, Ebü't-Tayyib Muhammed Şemsülhak. ‘*Avnü’l-ma’bûd şerhu Süneni Ebi Dâvud*, I-XIV, thk. Abdurrahmân Muhammed Osmân, Medine: el-Mektebetü’s-Selefiyye, 196.
- Bahrülulûm, Muhammed. *Uyûbü’l-irâde fi’ş-şeriatî’l-İslâmiyye*, Beyrut: Dâru’z-Zehrâ, 1984.
- Bardakoğlu, Ali. “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, sayı: 1 Kayseri, 1983.
- *İslam Işığında Müslümanlığımızla Yüzleşme*, İstanbul: KURAMER, 2016.
- “Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukukî, Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Kayseri, 1989, sayı: 6, s. 45.
- “Bey” *DİA*, VI, s. 13-19.
- “Butlan” *DİA*, VI, s. 476-478.
- “Gabn”, *DİA*, XIII, s. 268-273.
- Baktır, Mustafa. “Kaide” *DİA*, XXIV, s. 205-210.
- “Azimet”, *DİA*, IV, s. 330.
- Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Huseyn. *es-Sünenü’l-kübrâ*, thk. Abdülkâdir Atâ, I-XI, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2003.
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2011.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuku İslamiye ve Istılahı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, ty.
- Birişik, Abdülhamit. “Rahmet”, *DİA*, XXXIX, s. 419.
- Buhârî, Muhammed b. İsmâ ‘îl. *el-Edebü’l-müfred*, thk. Semîr b. Emîn ez-Züheyrî, Riyad: Mektebetü’l-Me’ârif, 1998.
- *El-Camiu’s-Sahîh*, thk. Mustafâ Dîb el-Buğâ, I-VII, Dâru İbn Kesîr-Yemâme, Beyrut 1993.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus. *Keşşâfü’l-kınâ’ ‘an metni’l-İknâ’*, I-VI, Beyrut: Âlemü’l-Kütüb, 1983.
- Cebeci, İsmail. “Tevliye”, *DİA*, XLI, 39-40.
- “Vadîa”, *DİA*, XLII, 418-419.

- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, thk. Muhammed es-Sâdık Kamhâvî, I-V, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî-Müessesetü't-Târîhi'l-'Arabî, Beyrut 1992.
-*el-Füsûl fi'l-usûl*, nşr. Uceyl Câsim en-Neşemî, I-IV, Vizâretü'l-Evkâfi'l-Küveytiyye, Kuveyt 1994.
- Cici, Recep. “Kolaylık Prensibinin Hukukî Hayata Yansıma Biçimleri: Hanefi Mezhebi Örneği”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, c. 14, sayı: 1, 2005.
- Cürcânî, Alî b. Muhammed b. Alî es-Seyyid eş-Şerîf. *Kitâbu't-târifât, Dâru'l-kütübi'l-İlmiyye*, Beyrut, 1983.
- *et-Ta'rîfât*, nşr. Muhammed Bâsil 'Uyûnüssûd, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye 2003.
- Cüveynî, Ebü'l-Me'âlî Abdülmelik b. Abdillâh. *el-Burhân fi usûli'l-fikh*, thk. Salâh b. Muhammed Uveyda, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye 1997.
- Çağıl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş I-II*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1966.
- Çağrıçı, Mustafa. “Cömertlik”, *DİA*, VIII, s. 72-73;
- “İsâr”, *DİA*, XXII, s. 490-491;
- Çalış, Halit. İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, Dini Araştırmalar, c.7, sayı:19.
- Çeker, Orhan. *İslam Hukukunda Akitler*, İstanbul: 2006.
- Dârimî, Abdullah b. Abdirrahmân. *Sünen*, thk. Huseyn Selîm Esed ed-Dârânî, I-IV, Riyad: Dâru'l-Muğnî 2000.
- Darîr, es-Siddîk Muhammed el-Emîn. *el-Garar ve eseruh fi'l-ukûd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, yy. 1995/1416, 3. Basım.
- Dönmez, İbrahim Kâfi: *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, Ankara: İSAM Yayınları, 2015.
- “Amel”, *DİA*, III, 16-20.
- “Cehalet”, *DİA*, VII, s. 219-222.
- “Garar” *DİA*, XIII, s. 366-371.
- “Gazzâlî”, *DİA*, XIII, s. 511-515.
- “Maslahat”, *DİA*, XXVIII, s. 79-94.
- “Murâbaha” *DİA*, XXXI, s. 148-152.
- “Örf”, *DİA*, XXXIV, s. 87-93

- “Ruhsat”, *DİA*, XXXV, s. 207-210.
- “Şüf’a”, *DİA*, XXXIX, s. 248-252.
- DİA. “Kanun”, *DİA*, XXIV, 323-324.
- Ebu Zehra, Muhammed. *İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usulü*, çev: Abdulkadir Şener, Ankara: Fecr Yayınları, 2013.
- Erturhan, Sabri. “İslam Ticaret Hukukuna Yön Veren Ahlakî Esaslar”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 16, 2010.
- “Ahlakî Esaslar”, s. 240-241.
- Emin, Ahmed. *Fecru’l-İslam*, Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 2004.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, İstanbul: Ensar, 2013.
- Ersebük, Esat. *Borçlar Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara: yy, 1937.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed. *el-Mustasfâ min ‘ilmi’l-usûl*, thk. Muhammed Süleyman el-Eşkar, Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 1997.
- Güney, Necmeddin. “İslam Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehâlet ve Akde Etkisi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.16, 2010.
-*Satım Akdi Özelinde İslam Hukukunda Garar* (Basılmamış Doktora Tezi), Necmeddin Erbakan Üniversitesi, Konya, 2013.
- Hacak, Hasan. “İrtifak”, *DİA*, XXII, s. 460-464.
- Haçkalı, Abdurrahman. “Akid Serbestisi Prensibi”, *Dini Araştırmalar*, (2002) c. V, sayı: 13, s. 119-136.
- Hamevî, Ebü’l-Abbâs Ahmed b. Muhammed. *Gamzü ‘uyûni’l-besâir şerhu kitâbi’l-Eşbâh ve’n-nezâir*, I-IV, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1985.
- Haydar, Ali. *Dureru’l Hukkâm Şerh-u Mecelleti’l- Ahkâm*, ta’rib Fehmi el-Hüseyni. Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1935.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin. *Hâşiye reddü’l-muhtâr Ale ed-dürri’l muhtâr*, Beyrut: Dâru’l- Fikr, 2000.
- İbnü’l-Cevzî, Ebü’l-Ferec Abdurrahmân b. Ali, *Zâdü’l-mesîr fî ‘ilmi’t-tefsîr*, nşr. M. Zühreyy eş-Şâviş, I-IX, el-Mektebetü’l-İslâmî, Beyrut 1984.
- İbn Fâris, Ebû Hüseyin Ahmed. *Mu’cemu mekâyisi’l-luğa*, thk. Abdusselam Muhammed Harun Dâru’l Fikr 1979.
- İbn Hacer el-Askalânî, Ahmed b. Ali. *ed-Dirâye fî tahrîci ehâdîsi’l-Hidâye*, nşr. Abdullah Hâşim el-Yemânî, Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, ty.

- İbn Hişâm, Ebû Muhammed Abdülmelik b. Hişâm. *es-Sîretü'n-nebeviyye*, thk. Mustafâ es-Sekkâ vdğ., I-II, Kahire: Mektebetü Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1955.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr, *İ'lâmü'l-muvakkı'în 'an Rabbi'l-'âlemîn*, nşr. Muhammed Abdüsselâm İbrâhîm, I-IV, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1996.
- İbn Kesîr, Ebü'l-Fidâ İsmâ'îl b. Ömer. *Tefsîru'l-Kur'âni'l-'Azîm*, thk. Mustafâ es-Seyyid Muhammed vdğ., I-XV, Kahire: Müessesetü Kurtuba, 2000.
- İbn Kudâme, Ebü'l-Ferec Abdurrahmân b. Muhammed. *eş-şerhu'l-kebîr 'alâ metni'l-Mukni'* (el-Muğnâ içinde) nşr. Dâru'l-Menâr, I-XIII, Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî 1983.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd. *Sünen-i İbn Mâce*, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, I-II, Kahire: Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-'Arabiyye, ty.
- İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem. *Lisânü'l-'Arab*, Beyrut: Dâru Sâdır, h.1414.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm. *el-Eşbâh ve'n-nezâir alâ mezhebi Ebi Hanîfe en-Nu'mân*, nşr. Zekeriyâ 'Umeyrât, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999.
- İbn Teymiyye, Takıyyüddîn Ahmed b. Abdülhalîm. *el-Fetâva'l-kübrâ*, nşr. Muhammed Abdülkâdir Atâ, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1987.
-*Mecmû'u'l-fetâvâ*, I-XXXVII, nşr. Abdurrahman b. Muhammed b. Kâsım en-Necdî, Mecma'u'l-Meliki Fehd, Medine 2004.
- İbn Rüşd. Muhammed b. Ahmed b. El-Kurtûbî *Bidâyetü'l-müctehid*, Beyrut: yy, 1982.
- Kahveci, Nuri. *Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku*, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2015.
- Karadağî, Ali Muhyiddîn Ali. *Mebdeur-rıza fi'l-ukud*, Beyrut: Dar'ul-Beşairi'l-İslamiyye, 1985.
- Karaman, Hayreddin. Çağrıcı, Mustafa, Dönmez, İbrahim Kâfi. Gümüş, Sadrettin. *Kur'an Yolu Türkçe Meâl ve Tefsir*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları: 2007.
- Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Kârâfî, Ebû el-Abbas Ahmed b. İdris. *el-Furûk ev envâru'l-burûk fi envâi'l-furûk (ma'a'l-havâmiş)* thk. Halil el-Mansur, Beyrut, 1998.
- Kallek, Cengiz. "İhtikâr", *DİA*, XII, 560-565.
- "İstirsâl", *DİA*, XXIII, s. 375-376.
- "Kaparo", *DİA*, XXIV, 339-240.
- "Narh", *DİA*, XXXII, s. 387-389.

- “Muhâkale”, *DİA*, XXX, s. 396-397.
- “Müzayede” *DİA*, XXXII, s. 236-238.
- Karagöz, İsmail. “Kur’an’da Cehalet Kavramı”, *Diyanet İlmi Dergi*, 2002, 38, sayı:3, s. 174.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes‘ûd. *Bedâi’u’s-sanâi’ fî tertîbi’s-şerâi’*, I-VII, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1986.
- Kızılkaya, Necmettin. *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kaideler*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2013.
- Koçak, Muhsin. “Cüzâf”, *DİA*, VII, s. 148-149.
- Köse, Saffet. “Rüşvet”, *DİA*, 35, s. 303-
-“İslam Hukukuna Göre Rüşvet Suçu ve Cezası”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy, 11, s. 141.
- “Hile” *DİA*, XVIII, s. 28-29.
- “İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması”, İFAV, İstanbul, 1997, s. 73.
- Kutluer, İlhan. “Gaiyyet” *DİA*, XIII, s. 292-295.
- Kutub, Seyyid. *Fî Zilâl’il-Kur’an*, çev: Bekir Karlığa, M. Emin Saraç, İ. Hakkı Şengüler, İstanbul: Hikmet Yayınları, 1974, III.
- Mahmasânî, Subhî. *en-Nazariyyetü’l-âmmе li’l-mûcebât ve’l-ukûd*, Beyrut: Daru’l-ilmî li’l-Melâyîn, 1948.
-*en-Nazariyyatü’l-amme li’l-mûcebât ve’l-ukûd*, Beyrut: Dâru’l-İlm li’l-Melâyîn, 1983.
- Makkarî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Muahmmеd b. Ahmed. *el- Kavâid*, (nşr. Ahmed b. Abdillâh b. Hamid) Mekke, ty. 1-2, 1, 212.
- Makdisî, Abdullâh b. Ahmed b. Kudâme. *el- Muğni*, Beyrut: Dâru’l- fikr, h.1405.
- Mâlik b. Enes. *Muvatta’ el-İmâm Mâlik*, thk. Muhammed Mustafâ el-A‘zamî, I-VIII, Abudabi: Müessesetü Zâyed b. Sultân, 2004.
- Müslim, Ebü’l-Huseyn Müslim b. el-Haccâc. *el-Câmî’u’s-sahîh*, nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, I-V, Kahire: Dâru İhyâi’l-Kütübi’l-Arabiyye, 1991.
- Mevâfî, Ahmed. *ez- Zarar fî’l-fikhi’l-islâmî*: Huber: Dâru İbn Affan, 1997.
- Nesâî, Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Şu‘ayb. *Sünenü’n-Nesâî*, nşr. Mektebü Tahkîki’t-Türâsi’l-İslâmî, I-VIII, Beyrut: Dâru’l-Ma‘rife, ty.
- Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref. *Ravzatü’t-tâlibîn ve ‘umdetü’l-müttakîn*, nşr. Züheyr eş-Şâvîş, I-XII, Beyrut: el-Mektebetü’l-İslâmî, 1991.

- *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*, I-XX, Mısır: İdâretü't-Tıbbâ'ati'l-Münîriyye, ts.
- Özsoy, İsmail. "Faiz", *DİA*, XII, s. 110-126.
- Râgıb el-İsfahânî, Ebü'l-Kâsım Huseyn b. Muhammed. *Müfredâtü elfâzi'l-Kur'ân*, "rdy" mad. thk. Safvân Adnân Dâvudî, Dımaşk-Beyrut: Dâru'l-Kalem- ed-Dâru'ş-Şâmiyye 2009.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul: Beta, 2014.
- Râzî, Fahrüddîn Ebu Abdillâh Muhammed b. Ömer. *Mefâtihu'l-gayb*, I-XXXII, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1981.
- Said, Abdullah. "İslam'daki Ribâ Yasağının Ahlâki Temelleri", *İslami Sosyal Bilimler Dergisi*, 1995 c. 3, sy. 4, s. 92.
- Semîn el-Halebî, Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Yûsuf. *Umdetü'l-huffâz fî tefsîri eşrefi'l-elfâz*, thk. Muhammed Bâsil Uyûnü's-sûd, I-IV, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1996.
- Semerkandî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed. *Tuhfetü'l-fukahâ*, I-III, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1984.
- Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed. *Mesâdiru'l-hak fî 'l-fikhi'l-islâmî*, Lübnan: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî 1954.
- Nazariyyetü'l-akd, Beyrut: el-Mecmaü'l-İlmi'l-Arabî el-İslami, 1930.
- Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, *el-Mebsût*, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1989.
- *Usûlü's-Serahsî*, thk. Ebü'l-Vefâ el-Efgânî, I-II, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye 1993.
- *Mebsût*, (Tercüme) ed. Cevat Akşit, İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2015.
- Shakak, Israel. *Yahudi Tarihi Yahudi Dini*, (çev: Ahmet Emin Dağ), İstanbul: Ağaç Kitabevi Yayınları, 2010.
- Süyûtî, Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr. *el-Eşbâh ve 'n-nezâir fî kavâ'id ve fîrû'i fikhi'ş-Şâfi'iyye*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1983.
- Şâtıbî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ. *el-Muvâfakât*, thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Hasen, Huber: Dâru İbni Affân, 1997.
- *el-İ'tisam*, Mısır: el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, ty. II.
- Şa'ban, Zekiyyüddîn. *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l Fıkh)* (ter: İbrahim Kâfi Dönmez) 17. Baskı, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2012.
- Şenocak, İhsan. *İslam Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi*, (Basılmamış Doktora Tezi) Samsun, 2011.

- Şirâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf. *el-Mühezzeb fi fikhi'l imam eş-şâfi*, Daru'l Kütübi'l İlmiyye, ty. II.
- Taberânî, Süleymân b. Ahmed. *el-Mu'cemü'l-kebîr*, thk. Hamdî Abdülmecîd es-Selefî, I-XXV, Kahire: Mektebetü İbn Teymiyye, ts.
- Taberî, Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr. *Tefsîru't-Taberî*, nşr. Ahmed Muhammed Şâkir – Mahmûd Muhammed Şâkir, XVI, Kahire: Mektebetü İbni Teymiyye, 1955-1969.
- Tâcüddîn es-Sübkî, Ebû Nasr Abdülvehhâb b. Ali. *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd- Ali Muhammed Mu'avvaz, I-II, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1991.
- Tâhir b. Âşûr. *İslâm Hukuk Felsefesi*, trc. V. Akyüz-M. Erdoğan, İstanbul: Rağbet Yayınları, 2013.
- Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ. *Sünenü't-Tirmizî*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir vdğ., I-V, Mısır: Şirketü Mektebeti ve Matba'ati Mustafâ el-Bâbî, 1962-1977.
- Tûfî, Ebû'r-Rebî'Süleymân b. Abdilkavî. *Şerhu Muhtasari'r-Ravza*, nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1996.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku 1 (Genel Hükümler)*, İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.
- Uslu, Rıfat. "İslam Hukukunda Kolaylık Prensibi", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2015, c. VIII, sayı: 36, 479-494.
- Ünal, Halit: "Arâyâ", *DİA*, III, s. 337.
- Yaman, Ahmet. *Makasîd ve İctihad*, İstanbul: Rağbet Yayınları, 2010.
- Yaman, Ahmet ve Çalış, Halit. *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul: İFAV, 2012.
- Yaran, Rahmi. "Cüveynî Öncesi Makâsîd/Maslahat Söylemi", Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2005, sayı: 28, s. 95
- *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İFAV, İstanbul, 1997. "Cüveynî'den İbn Abdüsselam'a Makasîd/Maslahat Söylemi", Akev Akademi Dergisi – Sosyal Bilimler-, 2006 c. X/28, s. 191
- Yazır, M. Hamdi *Hak Dini Kur'an Dili*, Sad. İsmail Karaçam, Emin Işık, Nusrettin Boleli, Abdullah Yücel, Azim Dağıtım, İstanbul: ty.
- Yeniçeri, Celal. "Müzâbene", *DİA*, XXXII, s. 232-233.
- Yılmaz, M. Faik. "Kur'an'da Cehalet Kavramı", Dini Araştırmalar, 2003, c. 5, sayı:15, s. 181.
- Yılmaz, Ömer. "Cüveynî'nin Makâsîd Düşüncesi", Genç Akademisyenler İlahiyat Araştırmaları, Sempozyum, 1-2 Mayıs, İstanbul 2008, s. 130.

- Zebîdî, Murtazâ. Ebü'l-Feyz Muhammed b. Muhammed. *Tâcü'l-'arûs min cevâhiri'l-Kâmûs*, thk. Komisyon, Kuveyt: et-Türâsü'l-Arabî, 1965-2001.
- Zemahşerî, Ebü'l-Kâsım Mahmûd b. Ömer, *el-Keşşâf 'an hakâiki ğavâmidi't-tenzîl ve 'uyûni'l-ekâvîl fî vücûhi't-te'vîl*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu'avviz, I-VI, Riyad: Mektebetü'l-'Ubeykân, 1998.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Fikhü'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedid: medhalu ila nazariyyeti'l-iltizam fî'l-fikhi'l-İslâmî*, Dimeşk: Daru'l Fikr, 1967,
- Zeydan, Abdülkerim. *el-Medhal lidirâseti's-şerîari'l-islâmiyye*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle Nâşirûn, 2005.
- *el-Veciz fî usuli'l-fikh*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2006.
- Zeyla'î, Ebû Muhammed Abdullah b. Yûsuf. *Nasbü'r-râye li-ehâdîsi'l-Hidâye*, thk. Muhammed Avvâme, Beyrut: Müessesetü'r-Reyyân, 1997.
- Ziyauddin, Ahmad. *Riba Teorisi*, çev: Ali Rıza Gül, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2003, c. XLIV, sayı:3
- Zuhaylî, Vehbe. *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, çev: Beşir Eryarsoy, İstanbul: Risale Yayınları, 1991.

ÖZGEÇMİŞ			
Adı, Soyadı	Osman Nuri		ÜNSAL
Doğum Yeri ve Yılı	Çorum/Kargı		24/07/1990
Bildiği Yabancı Diller	Arapça		
ve Düzeyi	E		
Eğitim Durumu	Başlama - Bitirme Yılı		Kurum Adı
Lise	2006	2010	Adana Anadolu İmam Hatip Lisesi
Lisans	2010	2015	İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Yüksek Lisans	2015	2018	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Uluslararası İslam ve Din Bilimleri Fakültesi
Doktora	-	-	
Çalıştığı Kurum/lar	Başlama - Ayrılma Yılı		Çalışılan Kurumun Adı
1.	2016	-	Milli Eğitim Bakanlığı
2.			
3.			
Üye Olduğu Bilimsel ve Mesleki Kuruluşlar			
Katıldığı Proje ve Toplantılar			
Yayımlar:			
Diğer:			
İletişim (e-posta):	osmannuriunsal@gmail.com		
	Tarih	26.11.2018	
	İmza		
	Adı Soyadı	Osman Nuri ÜNSAL	

