

T.C.
FIRAT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI



İSLAM HUKUKUNDA SÜBJEKTİF GAYENİN
AKİTLERİN HUKUKİ SONUÇLARINA ETKİSİ

DOKTORA TEZİ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Mehmet ERDEM

HAZIRLAYAN
Zuhal DAĞ

ELAZIĞ-2018

T.C.
FIRAT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA SÜBJEKTİF GAYENİN
AKİTLERİN HUKUKİ SONUÇLARINA ETKİSİ

DOKTORA TEZİ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Mehmet ERDEM

HAZIRLAYAN
Zuhal DAĞ

Jürimiz 25.12.2017 tarihinde yapılan tez savunma sınavı sonunda bu doktora tezini oy birliği / oy çokluğu ile başarılı saymıştır.

Jüri Üyeleri:

1. Prof. Dr. Mehmet ERDEM
2. Doç. Dr. Aydın TAŞ
3. Doç. Dr. Muhammed Tayyib KILIÇ
4. Yrd. Doç. Dr. Erdoğan SARITEPE
5. Yrd. Doç. Dr. Haydar DÖLEK

F. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulunun tarih ve sayılı kararıyla bu tezin kabulü onaylanmıştır.

Prof. Dr. Ömer Osman UMAR
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ÖZET**Doktora Tezi****İslam Hukukunda Sübjektif Gayenin Akitlerin Hukuki Sonuçlarına Etkisi****Zuhal DAĞ****Fırat Üniversitesi****Sosyal Bilimler Enstitüsü****Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı****İslam Hukuku Bilim Dalı****ELAZIĞ-2018, Sayfa: XI+263**

Bu çalışmada, akdi inşa eden tarafların sübjektif gayelerinin akitlerin hukuki sonuçlarına etkisi, İslam hukuku açısından ele alınmaktadır. Batı hukuk sistemlerinde hukuk-ahlak ilişkisi çerçevesinde ele alınan bu problem, çeşitli nazariyelere konu olmuştur. Oluşum ve gelişim şartları itibariyle genel teoriler geliştirme eğiliminde olmayan klasik İslam hukuku eserlerinde ise bu konunun teorik alt yapısı “niyet”, “kasıt”, “makâsıdu’l-mükellef” terimleri etrafında şekillenmiştir. Çağdaş İslam hukuku araştırmacıları ise pozitif hukuk çalışmalarının etkisiyle “tarafları akit yapmaya sevk eden şahsî gaye” anlamında “sebeb” ve “bâis” kavramlarını kullanmayı tercih etmişlerdir.

Objektif geçerlilik şartlarını taşıyan bir akdin, tarafların şer’an meşru ve muteber kabul edilmeyen maksat ve niyetleri sebebiyle hükümsüz bırakılıp bırakılmayacağı şeklindeki tartışma, klasik fıkıh eserlerinde nehyin fesada delâleti meselesi ile itibâru’l-meâl delili ve sedd-i zerâi kaidesi çerçevesinde ele alınmıştır. Ayrıca diyânî hüküm-kazâî hüküm ve uhrevî hüküm-dünyevî hüküm şeklindeki ikili hüküm anlayışı da birçok mevzuda tarafların gerçek niyetini tespit etmeye dayalı tartışmalara dayanmaktadır. Fakihler, tarafların şahsî gayelerinin akit ve diğer hukukî işlemlerin uhrevî hükmü üzerinde etkili olduğu hususunda ittifak halindedir. Fakat hangi şartlar altında bunların dünyevî hükmü üzerinde etkili olacağı hususunda aralarında ihtilaf vardır.

Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri bu hususta sübjektif kriterleri esas almışlardır. Onlara göre taraflardan birini hukuki muamelede bulunmaya sevk eden şahsî gaye, şer’î

esaslara aykırı olduğu takdirde, akdi hükümsüz bırakır. Bunun için söz konusu gayeyi, karşı tarafın bilmesi veya bilme imkânının olması yeterlidir. Hanefî ve Şâfiî mezhepleri ise daha objektif kriterler belirlemişlerdir. Onlara göre tarafların şahsî gayelerinin akitler üzerinde etkili olabilmesi için ya irade beyanında şart koşma şeklinde sarahaten zikredilmiş olması ya da akdin mahallinin tabiatından anlaşılabilir nitelikte olması gereklidir. Bu hususta Zâhirîler, irade beyanını esas alan bir yaklaşıma sahiptir. Zeydî fakihlerin görüşleri ise bazı meselelerde Hanefîler, bazı meselelerde ise Şâfiîler ile benzerlik taşımaktadır. Caferî fakihler de genellikle objektif kriterleri esas almışlardır.

Anahtar Kelimeler: Gaye, Sebep, Bâis, Niyet, İrade



ABSTRACT**Doctorate Thesis****Effect of the Personal Purpose on the Legal Results of the Contracts in the
Islamic Law****Zuhal DAĞ****Fırat University****Social Sciences Institute****Department of Basic Islamic Sciences****Department of Islamic Law Science****ELAZIĞ-2018, Pages: XI+263**

In this study, the effect of subjective purposes of the contracting parties on legal results of the contracts is dealt on the aspect of Islamic law. Handled within the scope of law and morality relation in Western legal systems, this problem is discussed to several theories. The theoretical background of this subject is formed within the terms of “niyyah” “qaşd”, “maqāşidu’l-mukallaf” on the classical sources of the Islamic law that has no tendency of developing general theories in respect of formation and development conditions. The contemporary researchers of Islamic law prefer to use the term of “al-sabab” and “al-bā’ith” which refer to personal purpose of the contracting parties by the effect of positive law searches.

In the classical Islamic law sources the discussion which is about the contracts that have objective validity conditions are valid or invalid because of the intencion and purposes of the contracting parties which are not approved in legal and proper way is dealt with a matter of indication of prohibition to disorder (delāletu’n-nehy ‘ala’l-fesād) and with an evidence of “i’tibāru’l – maāl” and the rule of “sadd-i zarāi’”. In addition, the understanding of dual ruling as “al-ḥukmu’d-diyāni – al-ḥukmu’l-qaḍāi”, “al-ḥukmu’l-ukhravi – al-ḥukmu’d-dunyavi” is based on some debates which is about determination of real intentions of the contracting parties in many topics. The rulers in Islamic law are agreed with the idea that personal intentions of the contracting parties are

effective on the ukhravi hukm of the contracts and other legal transactions. But there is a conflict between them under which conditions personal intentions are effective on dunyavi hukm of the contracts.

Maliki and Hanbali sects predicated subjective criterias on this consideration. According to them, the personal purpose which motivates the contracting parties to make an agreement nullifies the agreement if it is against licit principles. So, it is enough for the other side to know or to have possibility to know this aim. Hanafi and Shafi sects determined more objective criterias. According to them, it is necessary for being effective the personal aims of the contracting parties on agreements, the aims should be mentioned distinctly at declaration of intention in the form of condition or settlement should have quality that the subjective purpose should be understood from the nature of the content of it. In this subject, Zahiri's have an approach that the declaration of intention is basis. The ideas of Zeydi rulers are similar to Hanafi's in some cases and similar to Shafi's in another. Cafari rulers generally base on objective criterias too.

Keywords: Purpose, Cause, Al-bā'ith, Intention, Will

İÇİNDEKİLER

ÖZET	II
ABSTRACT	IV
İÇİNDEKİLER	VI
ÖNSÖZ	X
KISALTMALAR	XI
GİRİŞ	1
I.1. Araştırmanın Konusu	1
I.2. Araştırmanın Yöntemi	6
I.3. Araştırmanın Amacı.....	8
I.4. Araştırmanın Kaynakları.....	9
I.4.1. Klasik Kaynaklar.....	9
I.4.2. Modern Kaynaklar	13
BİRİNCİ BÖLÜM	
1. SÜBJEKTİF GAYE İLE İLİŞKİLİ TEMEL KAVRAMLAR	15
1.1. Klasik Terminoloji	16
1.1.1. Niyet	16
1.1.2. Kasıt.....	20
1.1.2.1. Makâsıdu'l-Mükellef	22
1.1.3. Gaye.....	24
1.1.4. Garaz.....	27
1.2. Modern Terminoloji	29
1.2.1. Sebep / Causa	29
1.2.1.1. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Sebep	32
1.2.1.1.1. Roma Hukukunda Sebep.....	33
1.2.1.1.2. Kanonik Hukukta Sebep	34
1.2.1.1.3. Fransız Hukukunda Sebep.....	35
1.2.1.1.3.1. Klasik Sebep Teorisi.....	35
1.2.1.1.3.1.1. Cause Efficiente / Müessir Sebep	36
1.2.1.1.3.1.2. Cause Impulsive / Sübjektif Sebep	37
1.2.1.1.3.1.3. Cause Finale / Objektif Sebep	37
1.2.1.1.3.2. Modern Sebep Teorisi	41

1.2.1.1.4. Alman Hukukunda Sebep	45
1.2.1.1.4.1. Alman Hukukuna Göre Sebebin Çeşitleri	46
1.2.1.1.4.2. Alman Hukukunda Mücerret Muamele-İllî Muamele Ayrımı ve Sebep İlişkisi.....	47
1.2.1.1.5. Türk-İsviçre Hukukunda Sebep	49
1.2.1.2. İslam Hukukunda Sebep	50
1.2.2. Bâis	55
1.2.2.1. Hukuk Sistemlerinin Bâise Yaklaşımı	58
1.2.2.1.1. Fransız Hukukunda Bâis	59
1.2.2.1.2. Alman Hukukunda Bâis	60
1.2.2.1.3. Türk-İsviçre Hukukunda Bâis	61
1.2.2.1.4. İslam Hukukunda Bâis	65
İKİNCİ BÖLÜM	
2. İSLAM HUKUKUNDAKİ GENEL AKİT TEORİSİ VE İRADE.....	68
2.1. Hukuki Tasarrufun Tanımı ve Mahiyeti	68
2.2. Akdin Tanımı ve Mahiyeti	70
2.2.1. Sözlük Anlamı	70
2.2.2. Terim Anlamı	71
2.3. Akdin Unsurları.....	74
2.3.1. Akdin Tarafları	76
2.3.2. Akdin Mahalli.....	80
2.3.2.1. Akdin Mahallinin Akitleşme Esnasında Mevcut Olması	81
2.3.2.2. Akdin Mahallinin Malum Olması.....	82
2.3.2.3. Akdin Mahallinin Akdin Hukukî Sonuçlarını Kabule Elverişli Olması.	82
2.3.2.4. Akdin Mahallinin Teslimine Güç Yetirilmesi	84
2.3.3. Akdin Mevzuu	85
2.3.4. İrade Beyanı.....	88
2.3.4.1. İrade Beyanının Şartları	91
2.3.4.1.1. Kesinlik	92
2.3.4.1.2. Anlamda Açıklık	94
2.3.4.1.3. Uygunluk.....	97
2.3.4.1.4. Meclis Birliği	97
2.4. İslam Borçlar Hukukunda İrade ve Sübjektif Gaye İle İlişkisi	98

2.4.1. İradenin Tanımı ve Mahiyeti	99
2.4.2. Hukuki Sonuçları Açısından İradenin Unsurları	100
2.4.3. İrade Bozukluğu	106
2.4.3.1. Yorum Teorileri	107
2.4.3.1.1. İrade Teorisi	108
2.4.3.1.2. Beyan Teorisi	109
2.4.3.1.3. Karma Teori	109
2.4.3.2. İrade Bozukluğunun Çeşitleri	111
2.4.3.2.1. Hata	113
2.4.3.2.1.1. Kaynağı Bakımından Hata Türleri	115
2.4.3.2.1.1.1. Sâik Hatası	116
2.4.3.2.1.1.2. Beyan Hatası	117
2.4.3.2.2. Hile	119
2.4.3.2.2.1. Fiili Hile	121
2.4.3.2.2.2. Sözlü Hile	122
2.4.3.2.3. İkraah	123
2.4.3.2.4. İrade Bozukluğu Hususunda Genel Değerlendirme	128
2.4.3.3. İradenin Sübjektif Gaye ile İlişkisi	130

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. İSLAM HUKUK DOKTRİNİNDE SÜBJEKTİF GAYE	132
3.1. Objektif Kriterleri Esas Alanlar	138
3.1.1. İrade Beyanı ile İlişkisi Bakımından Sübjektif Gaye	139
3.1.1.1. İrade Beyanında Açıklanmış Sübjektif Gaye	140
3.1.1.1.1. Tarafların Şer'i Esaslara Aykırı Amaçlarını Nikâh Akdi Esnasında Beyan Etmeleri	143
3.1.1.1.2. Tarafların Şer'î Esaslara Aykırı Amaçlarını Satım Akdi Esnasında Beyan Etmeleri	152
3.1.1.1.3. Tarafların Şer'î Esaslara Aykırı Amaçlarını İcâre Akdi Esnasında Beyan Etmeleri	159
3.1.1.2. İrade Beyanında Açıklanmadığı Halde Karinelerin Delâlet Ettiği Sübjektif Gaye	167
3.1.1.2.1. Meşru Olmayan Amaçlar Taşıyan Kişiyle Satım Akdi Yapmak ...	167
3.1.1.2.2. Bey'û'l-İne	178

3.1.1.2.4. Başkasına Zarar Verme Amacıyla Yapılan Hukuki Tasarruflar	187
3.1.1.2.4.1. İhtikâr Amacıyla Alım-Satım	190
3.1.1.2.4.2. Telakki'r-Rukbân Amacıyla Alım-Satım	193
3.1.1.2.4.3. Neceş Amacıyla Pazarlığa Katılma	196
3.1.1.2.4.4. Ölümle Sonuçlanan Hastalık Halinde Başkasına Zarar Vermek Amacıyla Yapılan Hukuki Tasarruflar	198
3.1.1.2.4.5. Başkasına Zarar Verme Amacıyla Vasiyette Bulunmak	199
3.1.1.2.4.6. Mekke'deki Evlerin Satılması veya Kiralanması.....	200
3.1.2. Akdin Mahalliyle İlişkisi Bakımından Sübjektif Gaye	201
3.2. Sübjektif Kriterleri Esas Alanlar	209
3.2.1. İrade Beyanı ile İlişkisi Bakımından Sübjektif Gaye	212
3.2.1.1. Tahlîl Amacıyla Yapılan Nikâh Akdi	213
3.2.1.2. Tarafların Meşru Olmayan Bir Amaç Taşıdığı Satım Akitleri	216
3.2.1.3. Şâri Tarafından Yasaklanmış Sonuçlara Vesile Olan Vadeli Satım Akitleri	223
3.2.1.4. Borçlunun Alacaklısına Hediye Vermesi	230
3.2.1.5. Başkasına Zarar Verme Amacıyla Yapılan Hukuki Tasarruflar.....	230
3.2.1.5.1. İhtikâr Amacıyla Alım-Satım.....	232
3.2.1.5.2. Telakki'r-Rukbân Amacıyla Alım-Satım.....	233
3.2.1.5.3. Neceş Amacıyla Pazarlığa Katılma.....	234
3.2.1.5.4. Ölümle Sonuçlanan Hastalık Halinde Başkasına Zarar Vermek Amaçlı Yapılan Hukuki Tasarruflar	235
3.2.1.5.5. Veliyyü'l-Yetimin Tasarrufları	239
3.2.2. Akdin Mahalliyle İlişkisi Bakımından Sübjektif Gaye	240
SONUÇ	243
BİBLİYOGRAFYA	247
EKLER	262
Ek 1. Orjinallik Raporu	262
ÖZ GEÇMİŞ	263

ÖNSÖZ

İslam hukukunun ibâdât, muâmelât ve ukûbât şeklindeki üçlü tasnifinde akitler önemli bir yer tutmaktadır. Bütün İslam hukukçuları akitlerin sahih olarak kurulabilmesi için bazı objektif geçerlilik şartlarının sağlanması gerektiği hususunda hemfikirdir. Fakat tarafların Şâri‘ tarafından nehyedilmiş bir amaca ulaşmak için yaptıkları sözleşmelerin hükmü konusunda aralarında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bu görüş ayrılığının usûlî temelini, nehyin fesâda delâletiyle ilgili fukâha arasındaki ihtilaf oluşturmaktadır. Ayrıca diyânî hüküm-kazâî hüküm ve uhrevî hüküm-dünyevî hüküm şeklindeki ikili hüküm anlayışı da birçok mevzuda tarafların gerçek niyetini tespit etmeye dayalı tartışmalara dayanmaktadır. Fakihler, tarafların şahsî gayelerinin akit ve diğer hukukî işlemlerin uhrevî hükmü üzerinde etkili olduğu hususunda ittifak halindedir. Fakat hangi şartlar altında bunların dünyevî hükmü konusunda etkili olacağı hususunda aralarında ihtilaf vardır.

Bazı fakihler tarafların şer’î esaslara aykırı amaçlarının sözleşmelerin dünyevî hükmü üzerinde etkili olabilmesi için objektif unsurlar olan irade beyanı ve akdin mahalli ile bağlantılı olması gerektiği görüşündedir. Bazı fakihler ise akdin objektif unsurları ile bir bağı olmasa bile karinelerin delâlet ettiği sübjektif gayenin dünyevî hüküm bakımından da dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir. Amacımız bu görüşleri ve onların dayandığı esasları tespit etmektir.

Çalışmamızı üç bölümden oluşacak şekilde planladık. Birinci bölümde klasik ve modern terminolojide sübjektif gaye anlamında kullanılan kavramlar üzerinde durduk. İkinci bölümde akit teorisinin en önemli mevzularından birisi olan irade ve onunla ilgili problemleri; üçüncü bölümde ise sübjektif gayenin akitlerle ilişkisi konusunda fıkıh mezhepleri arasındaki ihtilafları inceledik.

Bu çalışmanın tamamlanmasında yardım ve desteğini esirgemeyen ve İslam hukuku alanında yetişmemde büyük emeği bulunan danışman Hocam Prof. Dr. Mehmet ERDEM’e teşekkür ediyorum. Tez süresince her zaman desteklerini arkamda hissettiğim değerli arkadaşım Arş. Gör. Ayşe MEYDANOĞLU’na ve kız kardeşim Zeynep DAĞ’a şükran borçluyum. Ayrıca benim için zorlu geçen bu süreçte her zaman yanımda olan anne ve babama minnettar olduğumu belirtmek isterim.

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bin
BK.	: 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
Fak.	: Fakültesi
md.	: Maddesi
MK.	: Medeni Kanun
MV. F.	: el-Mevsûatu'l-Fıkhıyye
Nşr.	: Neşreden
ö.	: Ölüm tarihi
s.	: Sayfa
s.a.v.	: Sallallahu Aleyhi ve Sellem
sy.	: Sayı
t.y.	: Yayın tarihi yok
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	: Tahkik eden
y.y.	: Yayın yeri yok
yay.	: Yayınları

GİRİŞ

I.1. Araştırmanın Konusu

Araştırmamızın konusunu, İslam hukukunda sübjektif gayenin akitlerin hukuki sonuçlarına etkisi teşkil etmektedir. Hukuki muamele-sübjektif gaye ilişkisi modern hukuk çalışmalarında, genellikle hukuk-ahlak ilişkisi bağlamında “sebeb”, “sâik” ve “dolaylı amaç” vs. gibi kavramlar merkeze alınarak ele alınmaktadır. Bu konu, İslam hukuk literatüründe ise genel bir isimlendirmeye amel-niyet ilişkisi bağlamında ele alınmıştır. Zira aslî kaynaklarını Kur’an ve Sünnetin teşkil ettiği İslam hukukunda, beşerî fiillere terettüp edecek şer’î hüküm konusunda niyet, merkezî bir öneme sahiptir. Bu düşüncenin temelleri ise Hz. Peygamber’e (s.a.v.) nispet edilen ve değişik varyantlarla aktarılan “*Ameller niyetlere göredir*”¹ şeklindeki hadise dayanmaktadır. Fukaha bu hadisten yola çıkarak birçok kaide ortaya koymuştur. Söz konusu kaidelerin uygulama alanı ise başta ibadetler olmak üzere aile hukukundan ceza hukukuna kadar fikhın hemen hemen tüm alanlarını kapsamaktadır.

Klasik eserlerde beşerî davranışlara terettüp edecek hüküm üzerinde niyet ve gayenin etkisi, fûrû fikhın ibâdât, muâmelât ve ukûbât şeklindeki üçlü tasnifi içerisinde, ferdî ve kişisel vasfıyla ön plana çıkan ibâdetler sahasında diğer alanlara göre daha belirgin bir şekilde işlenmiştir. Muâmelât ve ukûbât alanları ise esas itibariyle insanların yararı (mesâlih-i ibâd) prensibi doğrultusunda şekillendiğinden; bu alanlara ait hükümler, fukaha tarafından salt dinî hüküm olarak görülmemiştir. Bu nedenle niyet ve gayenin söz konusu alanlardaki etkisi, ibadetler kadar belirgin değildir. Özellikle muâmelât hukuku sahasında, bu alanın tabiatı icabı, söz konusu etki daha da azalmaktadır. Bununla birlikte niyet hadisinin yansıması olan “*Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir*”² ve “*Ukudda itibar makâsîd ve meâniyedir; elfâz ve mebâniye değildir*”³ şeklindeki kâideler, İslam hukukunda, tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gayeye ne kadar önem verildiğini ortaya koymaktadır. Ayrıca fukahanın muâmelât konularıyla ilgili benimsemiş olduğu uhrevî hüküm-dünyevî hüküm veya diyânî hüküm-kazâî hüküm şeklindeki iki boyutlu

¹ Buhârî, Muhammed b. İsmâil (ö. 256/870), *el-Câmi’u’s-Sahih*, I-VIII, Nşr. Muhammed Fuâd Abdulbâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992, “Bed’u’l-Vahy”, 1; Müslim, Ebu’l-Hüseyn Müslîm b. Haccâc (ö. 261/875), *el-Câmi’u’s-Sahih*, I-III, Nşr. Muhammed Fuâd Abdulbâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992; “İmâret”, 155; Müslim, “Talak”, 11.

² Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Haz. Ali Himmet Berki, İstanbul 1978, md. 2; Ali Haydar, *Düreri’l-hükkâm şerhu mecelleti’l-ahkâm I-IV*, Riyad: Dâru ‘Âlemü’l-Kütüb, 1423/2003, I, 19.

³ Mecelle, md. 3; Ali Haydar, *Dürer*, I, 21.

hüküm anlayışı, diğer birçok faktörün yanı sıra insanların sahip olduğu niyet ve gayenin, şer’î ahkâm üzerindeki etkisiyle doğrudan ilgili bulunmaktadır. Bütün fakihler tarafların şer’î esaslara aykırı amaçlarının hukukî muamelelerin uhrevî hükmü üzerinde etkili olduğu hususunda hemfikirdir. Fakat objektif geçerlilik şartları itibariyle unsur ve şartlarında herhangi bir eksiklik bulunmayan hukukî muamelelerin sıhhati veya diğer bir deyişle dünyevî hükmü üzerinde, tarafların şer’î esaslara aykırı amaçlarının etkili olup olmadığı hususunda fukaha arasında ihtilaf vardır.

İslam hukuk tarihinde bu problem etrafında şekillenmiş iki ana eğilim bulunmaktadır: Hanefî ve Şâfîler tarafından kabul edilmiş olan birinci yaklaşıma göre, tarafların hukuki muamele ile elde etmek istedikleri amaçlarının akitlerin dünyevi hükmü üzerinde etkili olabilmesi için objektif unsurlar olan irade beyanı veya akdin mahalliyle iç içe geçmiş olması gereklidir. Tarafların irade beyanında yer vermedikleri veya akdin mahallinin tabiatından anlaşılamayan gayeleri, birbirlerinin asıl maksatlarını bilseler veya çeşitli karineler yoluyla bilme imkânına sahip olsalar bile akdin sıhhatine tesir etmez.⁴

Mâlikî ve Hanbelîler tarafından kabul edilmiş olan ikinci görüşe göre ise tarafların hukuki muamele ile elde etmek istedikleri sübjektif gayelerinin herhangi bir delil veya karine sebebiyle anlaşılması durumunda dikkate alınması ve akdin sıhhati veya fesadı üzerinde etkili olması gerekir. Bunun için şahsi gayenin objektif unsurlar olan irade beyanı veya akdin mahalliyle iç içe geçmiş olması şart değildir. Mâlikî ve Hanbelîler, objektif kriterleri esas alan Hanefî ve Şafiilerin aksine, akdi çevreleyen şartlar ve tarafların içinde buldukları durumun onların maksadına delâlet etmesi (delâletü’l-hâl), onların amaçlarının tecrübe veya örf yoluyla bilinmesi veya bu hususta zann-ı gâlibin bulunması gibi daha sübjektif kriterleri yeterli görmüştür. Onlara göre bu yollardan herhangi biriyle taraflardan biri, diğerinin meşru olmayan maksadını biliyorsa veya bilme imkânına sahipse akit fâsid olur. Bu görüş, Mâlikîlerden Karâfî (ö. 684/1285) ve Şâtıbî

⁴ Vehbe Zuhaylî, *el-Bâis ale’l-‘ukûd fi’l-fikhi’l-İslâmî ve usûlihî*, Şam: Dâru’l-Mektebî, I. Baskı, 1420/2000, s. 9-10; Abdülkerim Zeydân, “Eseru’l-kusûd fi’t-tasarrufât ve’l-‘ukûd”, *Mecmûatu buhûsun fikhiyye*, Beyrut: Müessetü’r-risâle, 1407 / 1986, s. 254, 265; Halime Âyet Hamûdî, *Nazariyyetü’l-bâis fi’ş-Şerî’ati’l-İslâmiyye ve’l-kânûni’l-vaz’î*, Beyrut: Dâru’l-Hadese, 1986, s. 205; Fethî Düreynî, *en-Nazariyyatu’l-fikhiyye*, Şam: Menşûratu Câmiatu Dimeşk, IV. Baskı, 1417/1997, s. 233, 239; Abdüsselam Arı, “İslam Hukukunda Sâik ve Hukuki İşlemlere Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 2 (2000), s. 208.

(ö. 790/1388) Hanbelîlerden ise İbn Teymiyye (ö. 622/1225) ve İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350) tarafından sistemli bir şekilde ortaya konmuştur.⁵

Fürû fıkıh ve kavâid literatüründe hukukî muâmelelerin sübjektif gaye ile ilişkisi, “niyet, kasıt, makâsıdu’l-mükellef ve garaz” kavramları merkeze alınarak işlenmiştir. Bilhassa “niyet” kavramı, “*Ameller niyetlere göredir*” hadisinde yer almış olması sebebiyle diğerlerine nazaran daha fazla önem kazanmıştır. İslam ülkelerinde XIX. yüzyıldan itibaren yaşanmaya başlayan hukuki modernizasyon düşüncesinin etkisiyle, pozitif hukuk çalışmalarında kullanılan kavramları esas alan mukayeseli araştırmalar yapılmaya başlanmıştır. Hukuki muamelelerin sübjektif gaye ile ilişkisini, “sebepe” ve “bâis” kavramlarını merkeze alarak inceleyen çalışmalar, böyle bir sürecin ardından ortaya çıkmıştır. Mukayeseli hukuk alanında Arapça olarak yapılan çağdaş çalışmalarda, çoğunlukla “bâis” kavramı, bu kavram kadar yaygın olmamakla beraber bazı çalışmalarda ise “makâsıdu’l-mükellef” tabiri tercih edilmektedir. “Bâis” kavramı üzerinde yoğunlaşan çalışmalarda mevzunun daha çok hukukî yönü, “makâsıdu’l-mükellef” kavramı üzerinde yoğunlaşan çalışmalarda ise meselenin daha çok usûlî alt yapısı ve felsefî yönü irdelenmektedir.

İslam ülkelerinde XX. yüzyıldan itibaren hız kazanan kanunlaştırma hareketlerinde Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde bulunan Fransız ve Alman hukuk anlayışlarının belirgin bir etkisi görülmektedir. Ferdietçi ve liberal felsefî akımların tesiriyle XIX. yüzyıl boyunca daha çok Fransız modeli etkili olurken, XIX. yüzyılın sonu ve XX. yüzyılın başlarından itibaren devletçi ve sosyalist fikir akımlarının tesiriyle, Alman modeli etkili olmaya başlamıştır. Hukuk sistemi esas itibariyle İslam hukukuna dayanan Osmanlı İmparatorluğunun dağılmasıyla ortaya çıkan İslam ülkelerinden Türkiye, Alman-İsviçre hukuk anlayışından etkilenmiş; Arap ülkelerinin önemli bir bölümünde ise sömürge faaliyetlerinin etkisiyle Fransız hukuk anlayışı tesirli olmuştur. Bu durum, son dönemlerde yapılan mukayeseli İslam hukuku çalışmaları üzerinde de

⁵ Bkz. Şâtıbî, Ebû İshâk İbrahim b. Mûsa b. Muhammed (ö. 790/1388), *el-Muvâfakât I-VI*, thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Hasan Âli Selman, Dâru İbni Affân, I. Baskı, 1417/1997, III, 7-163; Karâfi, Ebû’l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrahmân el-Mısırî el-Karâfi (ö. 684/1285), *el-Furûk I-IV*, thk. Ömer Hasan el-Kıyyâm, Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, I. Baskı, 1424/2003, III, 410-411 (194. Fark); İbn Teymiyye, Ebu’l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm b. Mecdiddîn Abdisselâm el-Harrânî (ö. 728/1328), *el-Fetâva’l-kübrâ I-VI*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ-Mustafa Abdülkadir Atâ, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, I. Baskı, 1408/1987, IV, 19-21; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ’lâmu’l-muvakki’in ‘an Rabbi’l-‘Âlemîn I-VIII*, thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Hasan Âli Selmân ve Ebû Ömer Ahmed Abdullah Ahmed, Dammâm: Dâru İbni’l-Cevziyye, 1423, IV, 499-500, 554-555.

etkisini göstermiş; Fransız veya Alman hukuk anlayışları doğrultusunda, bu hukuk sistemlerinin kanunlaştırma tekniği de göz önünde bulundurularak, klasik fikhın özellikle muâmelât ve ukûbât alanlarını yeniden inşa etmeye dönük birtakım çalışmalar yapılmıştır. Özellikle Arap ülkelerinde cârî bulunan kanunların önemli bir bölümünün Fransız hukuk anlayışı esas alınarak hazırlanmış olması sebebiyle, bu ülkelerde yapılan İslam hukuku araştırmalarında, söz konusu bakış açısı daha belirgin bir şekilde görülmektedir. Ülkemizde yapılan mukayeseli İslam hukuku çalışmalarında da durum bundan farksız değildir.

Bir hukuki muamelenin geçerliliğine ilişkin Fransız hukukunun çok tartışmalı kavramlarından birisi de “causa / sebep” kavramıdır. Fransız hukuk sisteminde üzerinde derin tartışmaların yaşandığı ve birden çok manada kullanılan “causa / sebep” kavramı XIX. yüzyılın sonlarından itibaren, Fransa’da mahkeme içtihatları yoluyla tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sâiki de kapsayacak şekilde yorumlanmaya başlamıştır. Bu durum, hukuk sistemleri Fransız ekolünün etkisi altında şekillenen Müslüman coğrafyalardaki hukukçular üzerinde de etkili olmuştur. Bilhassa Mısır merkezli yapılan hukuk çalışmalarının etkisiyle Irak, Suriye ve Ürdün gibi ülkelerin yanı sıra Libya ve Cezayir gibi uzunca bir süre Fransız sömürgesi altında yaşamış Kuzey Afrika ülkelerinde bu durum daha net bir şekilde görülmektedir. Zira bu ülkelerin Medeni Kanunlarında Fransız hukuk sisteminin etkisiyle “sebep” akdin kurucu unsurlarından birisi olarak düzenlenmiştir. Hukukçuların birçoğu tarafından “sebep” kavramının “tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gaye ve bâis / sâik” olarak yorumlanmasıyla birlikte XX. yüzyılın başlarından itibaren “sebep” ve “bâis” kavramları, çağdaş İslam hukuku araştırmacılarının gündemini meşgul etmeye başlamış ve İslam hukukundaki niyet teorisiyle mukayeseli birçok çalışma yapılmıştır. Zira bu ülkelerdeki pozitif hukuk ile İslam hukuku arasındaki bağ keskin bir şekilde kopmuş değildir. Ülkemizde ise bu kavramları merkeze alan sınırlı sayıda çalışma mevcuttur. Zira Alman-İsviçre ekolünün etkisi altında gelişme gösteren Türk hukuk sisteminde “bâis / sâik” prensip olarak hukuki muameleler üzerinde etkili görülmez. Türk hukuk sisteminde sâik sadece bir sözleşmenin şartı olarak öngörüldüğü takdirde hâkim tarafından dikkate alınır ve muamelenin hukuki sonuçları üzerinde etkili olur. Bununla birlikte hukuk-ahlak ilişkisinin incelendiği çalışmalarda, bir sözleşmenin amacının ahlaka aykırı olup olmadığının tespitinde, sözleşmenin amacının geniş bir şekilde yorumlanarak tarafları hukuki muamelede

bulunmaya sevk eden sâik ve dolaylı amaçların da dikkate alınması gerektiği hukukçular tarafından teklif edilmektedir.

İslam hukukunda tarafları akit yapmaya sevk eden sübjektif gayenin akitlerin hukuki sonuçlarına etkisini inceleyen çağdaş müellifler, Hanefî, Şâfiî, Zeydî ve Zâhirî mezheplerinde, objektif nazariyenin belirgin bir etkiye sahip olduğu kanaatine vararak bu mezheplerin yaklaşımı ile Alman ekolü arasında benzerlikler tespit etmeye çalışmışlar; Mâlikî, Hanbelî ve Caferî mezheplerinde ise sübjektif nazariyenin belirgin bir etkiye sahip olduğu kanaatine vararak bu mezheplerin yaklaşımı ile Latin ekolü arasında benzerlikler kurmuşlardır. Biz yaptığımız incelemeler neticesinde, söz konusu tespitin Caferî mezhebi hakkında geçerli olmadığı kanaatine vardık. Zira Caferî fakihler, tarafların şer'î esaslara aykırı sübjektif gayelerinin hukuki muamele üzerinde etkili olabilmesi için irade beyanıyla birlikte açıklanmış olmasını gerekli görmektedir. Araştırmamızda klasik ve modern dönemlerde ortaya konmuş olan bu görüşleri, bunların uygulamadaki karşılıklarını ve usûlî altyapısını mukayeseli bir şekilde incelemeye gayret göstereceğiz.

Tez başlığında “sübjektif gaye” kavramının tercih edilmiş olmasının gerekçesini ise şöyle izah edebiliriz: İslâmî ilimler literatüründe “gaye” kavramı esas itibariyle kelâm ve felsefe disiplinlerine ait bir kavram olarak görülmektedir. Kelam ilminde “Allah’ın fiillerinin ta’lîli” meselesi bağlamında, bu kavram üzerinde yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Klasik terminolojide, bir fiile terettüp eden hikmet ve maslahatlar, fiilin sonunda olması itibariyle “gaye” kavramıyla; ona terettüp etmesi itibariyle ise “fâide” kavramıyla ifade edilmektedir. Ayrıca söz konusu fiile terettüp eden sonuç, fâile kıyasla “garaz ve maksûd” olarak; fâilin fiiline kıyasla ise “illet-i gâiyye” olarak isimlendirilmektedir.⁶ Buna göre klasik terminoloji açısından tez konumuzun başlığı için “gaye” kavramından ziyade “garaz, maksûd veya illet-i gâiyye” kavramları daha uygun olmakla birlikte, bu kavramlar, Türkçede çoğunlukla “gaye” kelimesiyle karşılandığı için biz, bu kelimeyi kullanmayı tercih ettik.

Modern hukuk çalışmalarında “akdin gayesi” kavramı gündeme getirilmekte ve sözleşmenin amacının hukuka ve ahlaka aykırı olması durumunda, bunun medeni müeyyidesinin ne olacağı tartışılmaktadır. Fakat “akdin gayesi” şeklindeki tamlama, akdin nev’i gayesinin (objektif amaçlar, doğrudan amaçlar) yanı sıra tarafların şahsi

⁶ Molla Hüsrev, Mehmed b. Ferâmurz (ö. 885/1480), *Mir’âtu’l-usûl fî şerhi Mirkâti’l-vusûl I-II*, y.y. t.y., I, 77; İzmîrî, Mevlânâ Mehmed (ö. 1165/1751), *Hâşiye ‘alâ Mir’âti’l-usûl I-II*, y.y. t.y., I, 77.

gayesini de (sübjektif amaçlar, dolaylı amaçlar) kapsayan bir isimlendirme olduğundan bu ikisini birbirinden ayırt etmek amacıyla, biz tezimizde “sübjektif gaye” kavramını kullanmayı tercih ettik.

I.2. Araştırmanın Yöntemi

Çalışmamız İslam hukukundaki hukuki muamele-sübjektif gaye ilişkisinin tümevarım yöntemiyle incelendiği monografi türünde bir araştırmadır.

Çalışmamızda imla açısından Türk Dil Kurumu'nun yazım kılavuzunu esas aldık. Arapça olan yazar ve eser adlarının Latin harfleriyle yazımında ve hadislerin kaynak gösteriminde ise Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisinde belirlenen temel kurallara uyduk. Metinde adı geçen şahısların vefat tarihlerini ilk geçtiği yerde belirttik. Daha sonra geçtiği yerlerde ise bir zorunluluk olmadıkça tekrar etmedik. Tezimizde klasik ve modern dönemde telif edilmiş birçok eserden faydalandık. Dipnotlarda kaynağın ilk geçtiği yerde, müellif ve eserin tam künyesini verdik. Daha sonra geçtiği yerlerde ise müellifin nisbesi veya soyadıyla; eserin ise meşhur adını vermekle yetindik. Ayrıca birden fazla kaynak verdiğimiz dipnotlarda, kaynakları kronolojik sıraya göre vermeye gayret gösterdik. Kavramları ise genellikle italik olarak belirtmeye çalıştık. Bazı yerlerde ise ihtiyaca binaen tırnak içerisinde göstermeyi tercih ettik.

Çağdaş İslam hukuku çalışmalarında hukuki muamele-sübjektif gaye ilişkisi, Batı hukuk sistemleriyle mukayeseli bir şekilde ele alınmakta ve Batılı hukukçular tarafından geliştirilmiş olan “irade” ve “beyan” teorileri bağlamında incelenmektedir. Biz de tezimizde, çağdaş İslam hukuku araştırmacılarının yapmış olduğu bu ayırımı, genel kabule mazhar olduğu için bağlı kaldık. Mezheplerin görüşlerini, “objektif kriterleri esas alan mezhepler” ve “sübjektif kriterleri esas alan mezhepler” olmak üzere iki temel başlıkta inceledik. Bu iki ana başlık altında, öncelikle şer‘î esaslara aykırı sübjektif gayenin, akdin kurucu unsuru olan irade beyanı ile ilişkisini inceledik. Burada akitlerle ilgili “ca‘lî şartlar” konusuna kısmen değindik ve “akdî şart” olarak zikredilen sübjektif gayenin akdin hukuki sonuçlarına etkisini tespit etmeye çalıştık. İkinci olarak şer‘î esaslara aykırı sübjektif gayenin akdin mahallinin tabiatından anlaşılması durumunda, bunun akdin hukuki sonuçlarını nasıl etkilediğini tahlil etmeye gayret gösterdik. Üçüncü olarak irade beyanında yer verilmeyen ve akdin mahallinin tabiatından da anlaşılamayan fakat çeşitli karinelerin delâlet ettiği sübjektif gayenin şer‘î esaslara aykırı olmasının, akdin hukuki sonuçları üzerinde nasıl bir etkiye sahip olduğunu tespit etmeye çalıştık. Bu

başlık altında hakkın suiistimali nazariyesi ile bağlantı kurduk ve bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının sübjektif kriterini teşkil eden “zarar verme kastı” üzerinde konumuzla doğrudan alakası bulunduğu için özellikle durduk.

Füru fıkıh eserleri, kazuistik bir yöntemle ele alınmıştır. Klasik dönemde kavâid türü eserler ile Şâtıbî'nin *el-Muvâfakât*'ı bir yana bırakılacak olursa, hukuki muamele-sübjektif gaye ilişkisinin sistematik bir tarzda ele alındığı eserler yok denecek kadar azdır. Bu çalışmadaki asıl amacımız, tarafların şahsi gayelerinin şer'î esaslara aykırı olmasının, zâhirî şartlar bakımından geçerli kabul edilen hukuki muamelelere etkisi hususunda, fakihlerin görüşlerini tahlil etmek olduğu için öncelikle konumuzla ilgili klasik eserlerdeki meseleleri tespit etmeye çalıştık. Bunlardan ülkemizde hülle nikâhı olarak da bilinen “nikâhu't-tahlîl”in hükmü ve hukuki sonuçları, şarap üreticisine üzüm sırası satmanın hükmü ve bey'ü'l-îne gibi mevzular, hemen hemen bütün fakihlerce, tarafların niyetiyle ilişkili olarak işlenmiştir. Konumuzu ilgilendiren bu örneklerin farklı mezheplere ait bütün kaynaklarda yer almış olmasının, aynı mesele üzerinden konunun takibini yapabilmemize imkân sağladığını ayrıca belirtmemiz gerekir.

Tezimiz giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Hukuki muamele-sübjektif gaye ilişkisi, literatürde birden çok kavram etrafında incelendiği için **birinci bölümde**, klasik fıkıh eserlerinde ve son dönem İslam hukuku araştırmalarında konuyla ilgili yaygın olarak kullanılan temel kavramları tahlil etmeye çalıştık. Özellikle çağdaş İslam hukuku çalışmalarında pozitif hukukun etkisiyle kullanılan “sebeb” kavramı üzerinde ayrıntılı olarak durduk. Bu kavramın Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde bulunan Fransız ve Alman ekolleri tarafından nasıl anlaşıldığını irdelemeye çalıştık. Zira “causa / sebeb” başta 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) olmak üzere birçok modern kanun metninde akdin sıhhat şartlarından birisi olarak düzenlenmiştir. Doktrin ve uygulamada, Batılı hukukçuların önemli bir bölümü tarafından sebeb kavramı, kişileri hukuki muamelede bulunmaya sevk eden bâisi de kapsayacak şekilde yoruma tabi tutulduğu için, tezimiz açısından özel bir öneme sahiptir.

İkinci bölümde İslam hukukundaki akit nazariyesini genel hatlarıyla ortaya koyarak akit nazariyesinin temel mevzularından birisi olan irade unsuru ve bu unsur ile ilgili problemler üzerinde ayrıntılı olarak durduk. Çünkü fıkıh ekollerinin muâmelât konularında gerçek iradenin bulanık olduğu veya gerçek irade ile beyan arasında uyumsuzluk bulunduğu zaman ortaya çıkan problemlerin çözümünde benimsemiş oldukları anlayış ve yöntem, sübjektif gayenin akit ve diğer hukuki işlemlere etkisi

hususunda ortaya koydukları anlayış ve yöntem ile benzerlik göstermektedir. Ayrıca irade ile ilgili problemlerin çözümlenmesinde, esas itibariyle Batılı hukuk teorisyenleri tarafından benimsenmiş olan irade ve beyan teorilerinin İslam hukukundaki yansımaları üzerinde durduk.

Üçüncü bölümde ise bir kimseyi hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sübjektif gayenin söz konusu muamelenin hukuki sonuçlarına etkisi konusunda fıkıh mezheplerinin ortaya koymuş oldukları çözümleri ve bu çözümlerin dayandığı temel prensipleri ve kaideleri tespit etmeye çalıştık.

I.3. Araştırmanın Amacı

Klasik dönemde yazılan İslam hukuku eserleri kazuistik bir metotla telif edilmiştir. Çağdaş İslam hukuku çalışmalarında ise, klasik dönemin aksine, Kıta Avrupası hukuk sisteminin etkisiyle genel teoriler oluşturma eğilimi ağır basmaktadır. İslam muamelât hukukundaki *niyet teorisi* ile Kıta Avrupası hukuk sistemindeki *causa / sebeb teorisinin* mukayeseli olarak incelendiği eserler, böyle bir anlayışın neticesinde ortaya çıkmıştır. Çalışmamızdaki esas amacımız hukuki muamele-sübjektif gaye ilişkisi konusunda klasik ve modern dönemde İslam hukukçuları tarafından ortaya konmuş anlayış ve uygulamaları tespit ve tahlil etmektir. Bunun için konumuzla alakalı tarihsel tecrübede ortaya konmuş pratik çözümleri ve bu çözümlerin dayandığı temel prensipleri tespit etmeye çalıştık. Ayrıca Batı hukuk sistemlerinin etkisiyle modern İslam hukuku çalışmalarında yer alan kavram ve teorilerin tahlilini yapmaya gayret ettik.

İslam borçlar hukuku alanında yapılan birçok modern çalışmada, müçtehit imamların büyük bir çoğunluğunun hukuki muamelelerde düzen ve istikrarı sağlamak ve hukuku sübjektiflikten korumak amacıyla, objektif nazariyeyi benimsedikleri vurgulanır. Bu görüşteki yazarlara göre söz konusu anlayış, gerçek irade ile beyan arasında uyumsuzluk bulunduğu zaman hangisinin dikkate alınması gerektiği; irade beyanlarının yorumu; tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden bâisin veya tarafların dolaylı amaçlarının hukuki muamele üzerinde etkili olup olmadığı veya bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti gibi hâkime yorum yetkisi veren problemlerin tamamında görülmektedir. Onlara göre fakihlerin büyük bir çoğunluğu bu tür problemleri, objektif nazariyeye göre çözüme kavuşturmuştur. Bazı yazarlara göre ise İslam hukukunda sübjektif nazariye baskındır. Bu görüşteki yazarlar görüşlerini temellendirmek için Karâfi, Şâtıbî, İbn Teymiyye ve İbn Kayyim gibi müelliflere atıfta

bulunmuşlardır. Böylece modern hukuk teorileri olarak kabul edilen ve esasında iradenin muhtariyeti prensibinin yansıması olan “irade nazariyesi” ile “sebeup nazariyesi”nin İslam hukukunda da bulunduğunu ispat etme gayreti içerisinde girmişlerdir. Bazı araştırmacılar ise İslam hukukunda sübjektif teori ile objektif teorinin iç içe geçmiş olduğu görüşündedir. Klasik dönemde fıkıh ekolleri tarafından bu teorilerden hangisinin esas alındığını tespit ve tahlil etmek bir diğer amacımızdır.

I.4. Araştırmanın Kaynakları

Çalışmamızda başta dört Sünni fıkıh ekolü olmak üzere Zâhirî, Zeydî ve Caferî mezheplerinin de görüşlerine yer verdik. Her bir mezhebin görüşlerini muteber klasik kaynaklarına dayandırmaya çalıştık. Modern hukuk teorileri ile mukayese yaptığımız kısımlarda ise klasik kaynakların yanı sıra çağdaş İslam hukuku ve pozitif hukuk çalışmalarını da kullandık.

I.4.1. Klasik Kaynaklar

Hukuki muamele-sübjektif gaye ilişkisi hususunda, Hanefî mezhebinin görüşlerini ve dayandıkları esasları tespit edebilmek için Hanefî mezhebinin temel kaynaklarına başvurduk. Tahavî'nin (ö. 321/933) “*el-Muhtasar*” adlı eseri ile Cessâs'ın (ö. 370/981) “*Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*” adlı şerhi, başvurduğumuz erken dönem Hanefî kaynaklarındandır. Ayrıca Hanefî hukuk doktrininin tam olarak teşekkül ettiği eserler olması itibariyle Serahsî'nin (ö. 483/1090) “*el-Mebsût*” adlı eseri, Kâsânî'nin (ö. 587/1191) “*Bedâi'u's-sanâi*” isimli eseri ve İbnü'l-Hümâm'ın (ö. 861/1457) Burhaneddîn el-Merğînânî'nin (ö. 593/1197) *el-Hidâye*'si üzerine yazmış olduğu “*Fethu'l-kadîr*” adlı şerhine, tezimizde sıklıkla atıfta bulunduk. Ayrıca Zeylâî'nin (ö. 743/1343) Hanefî mezhebinin temel metinlerinden olan Neseî'nin (ö. 710/1310) *Kenzü'd-dekâik*'i üzerine yazmış olduğu “*Tebyînu'l-hakâik*” adlı şerhi de müracaat ettiğimiz Hanefî kaynakları arasındadır. İbn Âbidîn'in (ö. 1252/1836) Haskefî'nin (ö. 1088/1677) “*ed-Dürrü'l-muhtâr şerhu Tenvîru'l-ebâr*” adlı eserine yazmış olduğu “*Reddu'l-muhtâr*” adlı hâşiyesi de esas aldığımız kaynaklar arasındadır. Bu eser, hem diğer mezheplere ait görüşlere hem de Hanefî mezhebi içerisinde tarihsel süreçte ortaya çıkmış görüş farklılıklarına dikkat çekmesi bakımından önem taşımaktadır.

Tezimizde Şâfiî mezhebinin görüşlerini ve dayandıkları esasları tespit etmek için bizzât İmâm Şâfiî (ö. 204/820) tarafından telif edilmiş olan *el-Ümm*'ün yanı sıra Ebû

İshâk eş-Şîrâzî'nin (ö. 476/1083) "*el-Mühezzeb*" adlı eseri ile Nevevî'nin (ö. 676/1277) bu eser üzerine yazdığı "*el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*" adlı eserini sıklıkla kullandık. Nevevî'nin bu eseri tamamlayamadan vefat etmesi üzerine, *el-Mühezzeb*'in kalan kısmını Takiyüddîn es-Sübki (ö. 756/1355) şerh etmeye başlamış, onun da vefatının ardından diğer Şâfiî fakihler, bu şerhi tamamlamaya çalışmıştır. Biz tezimizde bunlardan Muhammed Necîb el-Mutî'î tarafından yazılan *Tekmile*'yi kullandık. Nevevî'ye atıfta bulunduğumuz kısımlarda eserin adını *el-Mecmû'* olarak belirttik. Sübki ve Mutî'î'ye atıfta bulunduğumuz yerlerde ise eserin adını *Tekmile* olarak belirttik. Nevevî'nin bu eserinin yanı sıra uzun yıllar medreselerde ders kitabı olarak okutulmuş ve üzerine birçok şerh ve hâşiye yazılmış olan "*Mihnâcu't-tâlibîn*" adlı eserine de sıklıkla başvurduk. Ayrıca Cüveynî'nin (ö. 478/1085) "*Nihâyetü'l-matlab fi dirâyeti'l-mezheb*" adlı eseri ile Rûyânî'nin (ö. 502/1108) Şâfiî mezhebinin görüşlerini, Hanefî imamların görüşleriyle mukayeseli bir şekilde incelediği "*Bahru'l-mezheb fi fîrû'ı mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî*" adlı eseri de temel kaynaklarımız arasındadır.

Mâlikî fakihler, sedd-i zerâi'yi muteber bir delil olarak kabul ettikleri için tarafların doğrudan veya dolaylı amaçlarını, hukuki muamelelerin şer'î hükmü ve hukuki sonuçları üzerinde etkili görmektedirler. Bu nedenle Mâlikî kaynaklarında hukuki muamele-sübjektif gaye ilişkisi hususunda birçok kaide ve uygulama örneği bulunmaktadır. İlk dönem Mâlikî kaynaklarının sistematik açıdan nispeten dağınık bir görünüm arz etmesi nedeniyle; tezimizde Mâlikî mezhebinin görüşlerini temellendirirken, fıkıh bâblarına göre tanzim edilmiş eserleri kullanmayı tercih ettik. Bu nedenle tezimizde Kuzey Afrika Mâlikîleri arasında "*el-Kitâb*" olarak tanınan ve bu bölgede *el-Muvattâ'* ve *el-Müdevvene* gibi temel metinlere tercih edilen Sîdî Halîl Cündî'ye (ö. 776/1374) ait "*el-Muhtasar*" adlı eserin birçok şerhinden faydalandık. Bunlardan Mevvâk'ın (ö. 897/1492) "*et-Tâc ve'l-iklîl*" adlı şerhi ile Hattâb er-Ruaynî'nin (ö. 954/1547) "*Mevâhib*" adlı şerhine sıklıkla başvurduk. Ayrıca Mısırlı Mâlikî fakih Derdîr'in (ö. 1201/1786) yazmış olduğu "*eş-Şerhu'l-kebîr 'alâ Muhtasari Sîdî Halîl*" adlı şerhin yanı sıra bu şerhe öğrencisi Desûkî'nin (ö. 1230/1815) yazmış olduğu "*Hâşiye*" temel kaynaklarımız arasındadır. Diğerlerine göre daha geç bir dönemde yazılmış olması nedeniyle, Desûkî'nin *Hâşiye*'sinde tarihsel süreçte mezhep içerisinde ortaya çıkmış farklı görüşlere de temas edilmektedir. Bu görüşlerin takibini yapmayı kolaylaştırdığı için bu esere sıklıkla müracaat ettik. Ayrıca İbn Rüşd el-Hafîd'in (ö. 595/1198) mukayeseli fıkha dâir "*Bidâyetü'l-müctehîd*" adlı eseri de temel kaynaklarımız arasındadır.

Karâfî'nin "*el-Furûk*" adlı eseri ile Şâtîbî'nin "*el-Muvâfakât*" adlı eseri, hukuki muamele-sübjektif gaye ilişkisi hususunda, sedd-i zerâi ve itibârü'l-meâl prensipleriyle bağlantılı bir şekilde doyurucu bilgiler verdiği için temel kaynaklarımız arasındadır. Özellikle Şâtîbî, eserinin önemli bir bölümünü, *makâsıdu'l-mükellef* konusuna ayırdığı ve bu konuyu sistematik bir şekilde ele aldığı için tezimiz açısından önem taşımaktadır.

Bunların yanı sıra Kuzey Afrika bölgesinde, Hicrî III. yüzyıldan itibaren Mâlikî mezhebinin yayılmasında önemli bir payı bulunan Sahnûn'un (ö. 240/854) telif etmiş olduğu "*el-Müdevvenetü'l-kübrâ*" adlı eser, esas aldığımız temel Mâlikî kaynakları arasındadır. Ayrıca İbn Rüşd el-Cedd'in (ö. 520/1126) Mâlikî fihhının temel metinlerinden olan *Utbiyye*'yi şerh ettiği "*el-Beyân ve't-tahsil*" adlı eseri ile *el-Müdevvene*'de ele alınan meseleleri daha sistematik bir hale getirmek amacıyla yazdığı "*el-Mukaddemât*" adlı eseri de tezimizde sıklıkla başvurduğumuz kaynaklar arasındadır.

Hanbelîler de Mâlikîler gibi tarafların doğrudan veya dolaylı amaçlarını akitlerin hukuki sonuçları üzerinde prensipte etkili görmektedir. Bu problemi ilk dönem Hanbelî fakihler genellikle sedd-i zerâi delili ile ilişkili olarak ele alırken, İbn Teymiyye ve öğrencisi İbn Kayyîm el-Cevziyye'den itibaren bu meselenin sedd-i zerâi delilinin yanı sıra hiyel ile bağı güç kazanmıştır. Tezimizde Hanbelî mezhebinin en muteber kaynaklarından birisi olarak kabul edilen Muvaffakuddîn İbn Kudâme'nin (ö. 620/1223) Hırâkî'nin (ö. 334/946) *Muhtasar*'ını şerh ettiği "*el-Muğni*" adlı ansiklopedik eseri ile Buhûfî'nin (ö. 1051/1641) "*Keşşâfu'l-kınâ' 'an metni'l-İknâ'*" adlı eserine sıklıkla müracaat ettik. Ayrıca İbn Teymiyye'nin "*el-'Ukûd*" ve "*Beyânu'd-delîl 'ala butlâni't-tahlîl*" isimli eserlerinin yanı sıra İbn Kayyim el-Cevziyye'nin "*İ'lâmu'l-muvakki'in*" adlı eserini de tezimizde kullandık.

Zâhirî mezhebinin görüşlerini ortaya koyabilmek için İbn Hazm'ın (ö. 456/1064) *el-Muhallâ*'sını esas aldık. Tezimizde Zeydiyye ve Caferiyye'nin de görüşlerine yer verdik. Bu mezheplere ait görüşleri temellendirmek için her birinin muteber klasik kaynaklarına müracaat etmeye gayret ettik. Zeydî fıkıh kaynakları içerisinde İmam Ahmed b. Yahya el-Mürteza (ö. 1436) tarafından yazılmış olan *Kitâbu'l-ezhar* ve ona yazılan şerhler dikkat çekmektedir. Bu şerhlerin tamamına bakma imkânımız olmadığı için biz çağdaş Zeydî âlimlerden Ahmed b. Kâsım el-Ansî (ö. 1970) tarafından yazılan *et-Tâcu'l-müzheb* adlı şerhi esas aldık. Ansî'den önce yaşamış olan Şevkânî'nin (ö. 1834) bu esere kendi içtihatlarını da ekleyerek yazmış olduğu şerh *Seylü'l-cerrâr* ile İbn Teymiyye'ye ait hadis kitabı *el-Müntekâ* üzerine yazmış olduğu şerh *Neylü'l-evtâr* da

kaynaklarımız arasındadır. Ayrıca San'ânî'nin (ö. 1807) İmam Zeyd'in *el-Mecmû'l-fikhi* adlı eserini şerh ettiği *er-Ravdu'n-nadir* isimli eseri de faydalandığımız kaynaklardandır. Zeydî fakihlerin yazmış olduğu şerhlerde dikkat çeken en önemli husus, mukayeseli örneklerde Sünnî fakihlerin görüşlerine çok geniş yer vermiş olmalarıdır.

Caferî fûru fikhına dâir birçok eser bulunmaktadır. Bu eserlerin içeriği, yöntemi ve sistematik yapısı, müellifin mensubu bulunduğu geleneğe göre farklılık göstermektedir. Klasik dönemde yazılmış olan eserlerden, usûlî ekolün gelişme göstermesinde dönüm noktası olan *Ebû Ca'fer Tûsî*'nin (ö. 460/1067) fûru fikha dâir sistematik eseri *el-Mebsût fi fikhi'l-İmâmiyye*'si temel kaynaklarımız arasındadır. Ayrıca usûlî ekolün Tûsî'den sonra en önemli temsilcilerinden olan ve Şîfî hukuk düşüncesinin sistemleştirilmesinde önemli etkileri bulunan Muhakkik el-Hillî'nin (ö. 676/1277) fûru fikha dair iki ciltlik eseri *Şerâ'i'u'l-İslâm* ile bu eseri özetlediği *el-Muhtasaru'n-nâfi ' fi fikhi'l-İmâmiyye* adlı tek ciltlik eserine de sıklıkla başvurduk. Şîfî usûl geleneğinde Sünnî sistemden faydalanarak yetişen ve muâmelât konularında genişlik getiren İbnü'l-Mutahhar el-Hillî'nin (ö. 726/1325) *Kavâidu'l-ahkâm fi ma'rifeti'l-helâl ve'l-haram* adlı eseri ile bu esere Muhammed Cevâd el-Âmilî (ö. 1226/1811) tarafından yazılmış olan *Miftâhu'l-kerâme* adlı şerh de temel kaynaklarımızdandır. Âmilî de şerhinde hem usûlî hem de ahbârî ekollere ait görüşlere atıfta bulunmuştur. Ahbâriyye ekolünün önemli temsilcilerinden olan Hürri el-Âmilî'nin (ö. 1004/1693) Şîa hadis külliyyatının dört ana kitabı olan Kütüb-i Erbaa'nın yanı sıra diğer birçok kaynakta yer alan hadisleri bir araya getirdiği ve bunları fıkıh bâblarına göre düzenlediği *Vesâilü's-şî'a* adlı eseri bir diğer klasik kaynağımızdır.

Caferî fikhında Şeyh Murtazâ el-Ensârî'ye (ö. 1281/1864) gelinceye kadar bazı dönemlerde ahbârî ekol, bazı dönemlerde ise usûlî ekol ön plana çıkmıştır. Ensârî ise görüşleriyle usûl alanında yeni bir dönemi başlatmış ve onun ilmî çevrelerdeki etkisi günümüze kadar sürmüştür. Hem usule hem de fûru fikha dâir birçok eseri bulunan Ensârî'nin ticârî konuları incelediği *Kitâbu'l-Mekâsib (el-Metâcir* olarak da anılmaktadır) adlı eseri, günümüz Şîa dünyasında genel kabul görmekte ve çok iyi tanınmaktadır. Bu eserin üzerine birçok şerh ve hâşiye yazılmıştır. Bunlardan Mûsa el-Hânsârî'nin (ö. 1363/1944) hocası Mirzâ Muhammed Hüseyin en-Nâînî'nin takrîrâtını kaleme aldığı üç ciltlik *Münyetü't-tâlib fi hâşiyeti'l-Mekâsib* adlı eseri temel kaynaklarımız arasındadır. Hem usûlî ekole hem de ahbârî ekole ait görüşlere bir arada yer verdiği için Hânsârî'nin *Münye*'sine tezimizde sıklıkla atıfta bulunduk.

I.4.2. Modern Kaynaklar

Çağdaş İslam hukuku araştırmacıları, sübjektif gaye-hukuki muamele ilişkisini hem müstakil çalışmalarda hem de genel akit teorisi veya genel borçlar hukuku teorisi şeklindeki kitaplar içerisinde “akdin sebebi”, “akdin mevzuu” veya “niyet-akit ilişkisi” şeklindeki başlıklar altında incelemişlerdir. Bunlardan Mısırlı hukukçu Abdürrezzâk Senhûrî'nin (ö. 1971) *Mesâdiru'l-hakk* adlı dört ciltlik eseri, kendisinden sonra yapılmış birçok çalışmayı da doğrudan etkilemiştir. Sübjektif gaye-hukuki muamele ilişkisini, “*İslam Hukukunda Sebep Nazariyesi*” başlığı altında inceleyen Senhûrî, sebep kavramını klasik dönemde kullanılmadığı bir anlamda kullanarak teorik alt yapısını kurmuştur. Senhûrî'den sonra birçok İslam hukuku araştırmacısı, sebep kavramını, tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gayeyi de kapsayacak şekilde kullanmaya başlamıştır. Ayrıca Mısır Medeni Kanunu'nun şerhini yaptığı “*el-Vasît fi şerhi'l-kânûni'l-medenî*” adlı eseriyle, genel akit teorisini incelediği “*Nazariyyetü'l-akd*” adlı iki ciltlik eserinde batılı hukukçuların sebep nazariyesi ile ilgili görüşlerine ayrıntılı olarak yer vermiştir.

Fethî Düreynî (ö. 2013) birçok eserinde sübjektif gaye-hukuki muamele ilişkisini pozitif hukuk ile mukayeseli bir şekilde incelemiştir. “*en-Nazariyyâtü'l-fikhiyye*” adlı eserinde “*el-Bâis ve eseruhu fi't-tasarrufât ve'l-ukûd*” başlığı altında incelediği sübjektif gaye-hukuki muamele ilişkisini, “*Nazariyyetü't-teassüf fi's'ti'mâli'l-hakk*” adlı eserinde ise hakkın kötüye kullanılması teorisiyle ilişkili olarak ele almıştır. Ayrıca *Nazariyyât* adlı eserinde, İslam hukukundaki genel akit teorisini de müstakil bir başlık altında incelemiştir.

İslam hukukunda akit teorisiyle ilgili genel bilgiler verdiğimiz bölümün yanı sıra sübjektif gaye-hukuki muamele ilişkisini incelediğimiz bölümde, hem Senhûrî'nin hem de Düreynî'nin eserlerine sıklıkla müracaat ettik.

Muhammed Ebû Zehrâ (ö. 1974) “*el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-Şeri'ati'l-İslâmiyye*” adlı eserinde “*en-Niyye ve'l-elfâz*” başlığı altında, sübjektif gaye-hukuki muamele ilişkisini incelemiştir. Şelebî (ö. 1998) ise “*el-Medhal*” adlı eserinde “*el-Akd beyne niyyeti'l-âkid ve İradetihî*” başlığı altında, İslam hukukçularının hem irade-beyan uyumsuzluğu konusunda hem de şahsi gayenin akitlerin hukuki sonuçlarına etkisi hususunda ortaya koyduğu çözüm önerilerini, doyurucu bir şekilde ele almıştır. Bu iki eser de tezimizde sıkça başvurduğumuz kaynakların arasındadır.

Genel akit teorisi veya genel borçlar teorisiyle ilgili yazılmış bu eserlerin yanı sıra sübjektif gaye-hukuki muamele ilişkisinin incelendiği müstakil kitap çalışmaları ile

yüksek lisans ve doktora tezleri de mevcuttur. Bunlardan Halîme Âyet Hamûdî'nin kaleme almış olduğu “*Nazariyyetü'l-bâis fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'l-vaz'î (Beyrut: 1986)*” adlı mukayeseli eseri; Vehbe Zuhaylî (ö. 2015) tarafından yazılmış olan “*el-Bâis ale'l-ukûd fi'l-fikhi'l-İslâmî ve usûlihî (Şam: 2000)*” adlı kitap; Abdülkerim Zeydân'ın (ö. 2014) kaleme almış olduğu “*Fıkhî Araştırmalar*” kitabı içerisinde yayımlanmış olan “*Eseru'l-kusûd fi't-tasarrufât ve'l-ukûd*” adlı makale; Hâlid Haşlân'ın bâis nazariyesini hem cezâ hem de borçlar hukukunu kapsayacak şekilde incelediği “*Hakîkatu'l-bâis fi'l-fikhi'l-İslâmî (Riyâd: 2008)*” adlı kitabı, tezimizde faydalandığımız kaynaklar arasındadır. Bu konuyla ilgili ülkemizde, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi'nde yayınlanmış olan Abdüsselam Arı'ya ait “*İslam Hukukunda Sâik ve Hukuki İşlemlere Etkisi (İstanbul: 2000)*” adlı bir makale çalışması da bulunmaktadır.

Tarafları akit yapmaya sevk eden sübjektif gaye ile ilgili Türkiye'nin aksine diğer İslam ülkelerinde birçok yüksek lisans ve doktora tezi yaptırılmıştır. Bunlardan Abdullah İbrahim Zeyd el-Keylânî tarafından yazılmış olan “*Nazariyyetü'l-bâis ve eseruhâ fi'l-ukûd ve't-tasarrufât fi'l-fikhi'l-İslâmî*” adlı yüksek lisans tezi; Mesûne el-Hatîb el-Hüsni tarafından 2003 yılında Şam Üniversitesi'nde tamamlanmış olan “*el-Bâis ve eseruhu fi'l-ukûd ve't-tasarrufât fi'l-fikhi'l-İslâmî*” adlı yüksek lisans tezi; Üsâme Adnân tarafından 2006 yılında Ürdün Âli'l-Beyt Üniversitesi'nde tamamlanmış olan “*Makâsıdu'l-mükellefîn ve âsâruhâ dirâse mukârane*” adlı yüksek lisans tezi, faydalandığımız tezler arasındadır.

Bu konuyla ilgili ulaşabildiğimiz doktora tezleri ise şunlardır. İlki Sâfî Habîb tarafından 2012 yılında Cezayir Vahran (Oran) Üniversitesi'nde tamamlanmış olan “*Makâsıdu'l-mükellefîn ve âsâruha fi ukûdi'l-muâmelât*” adlı doktora tezi; diğeri ise Mehmet Selim Aslan tarafından 2014 yılında Erciyes Üniversitesi'nde tamamlanmış olan “*İslam Borçlar ve Aile Hukukunda Kasıt ve Etkisi*” adlı doktora tezidir.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. SÜBJEKTİF GAYE İLE İLİŞKİLİ TEMEL KAVRAMLAR

Hukukî muamelelerin sübjektif gaye ile ilişkisi, klasik dönem fûrû fıkıh ve kavâid edebiyatında “niyet, kasıt, makâsıdu’l-mükellef ve garaz” kavramları etrafında işlenmiştir. Bunlardan “niyet” kavramı, “*Ameller niyetlere göredir*”⁷ hadisinde yer almış olması sebebiyle diğerlerine nazaran daha fazla önem kazanmıştır.

İslam ülkelerinde XIX. yüzyıldan itibaren görülmeye başlayan fikir akımlarının etkisiyle, Batılı hukuk teorilerinin ve sistemlerin esas alındığı İslam hukuku çalışmaları yapılmaya başlanır. Böylece Batılı ülkelerden iktibas edilmiş olan kanun metinlerinde ve pozitif hukuk araştırmalarında yer alan kavramlar, İslam hukuku edebiyatına girmeye başlar. Hukuki muamelelerin şahsi gaye ile ilişkisini “sebeb” ve “bâis / sâik” kavramlarını merkeze alarak inceleyen mukayeseli İslam hukuku çalışmaları, böyle bir sürecin ardından ortaya çıkar. Bu kavramlardan bâis, “ *tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sübjektif gaye*” anlamında kullanılmakta ve pozitif hukuk araştırmacıları tarafından kanun metinlerinde yer alan “sebeb” kavramının yorumlarından birisi olarak kabul edilmektedir.

“Sebeb” kavramı, ilk dönemlerden itibaren fukaha örfünde yaygın bir kullanıma sahiptir. Bu kavramın günümüz hukuk dilinde kullanıldığı anlamlar ile klasik dönemde kullanıldığı anlamlar arasında bazı ortak yönler de bulunmaktadır. Nitekim hem günümüz hukuk dilinde hem de klasik fıkıh literatüründe “sebeb” kavramı taraflar arasındaki borç ilişkisini doğuran hukuki olay anlamında kullanılmaktadır. Fakat bu kavramın klasik ve modern dönemde kullanıldığı kavramsal içerik bakımından tam bir örtüşmenin olduğunu söylemek oldukça güçtür. Örneğin *sübjektif gaye* şeklindeki yorumu, klasik dönemde görülmez. Bu kullanım özellikle Mısırlı hukukçu Senhûrî’nin mukayeseli hukuk çalışmalarından sonra çağdaş araştırmacılar arasında yaygınlık kazanır. “Bâis” kavramı ise klasik dönemde hukukî olmaktan ziyade daha çok ahlak ve ahlak felsefesine ait bir istilâh olarak görülmektedir. Bununla birlikte Gazzâlî (ö. 505/1111) ve Karâfî gibi bazı âlimlerin bâis kelimesini, günümüz hukuk dilinde sahip olduğu anlamlarda kullandığını da görmekteyiz.

⁷ Buhârî, “Bed’u’l-Vahy”, 1; Müslim, “İmâret”, 155; Müslim, “Talak”, 11.

Tezimizin bu bölümünde klasik ve modern terminolojide, sübjektif gaye anlamında yaygın olarak kullanılan bu kavramları incelemek istiyoruz. Bunlardan “niyet, kasıt, makâsıdu’l-mükellef ve garaz” kavramları hem klasik hem de modern terminolojide; “sebeup” kavramı ise modern terminolojide, sübjektif gaye anlamında kullanılmaktadır. “Bâis” ise klasik dönemde, hukuki olmaktan ziyade, ahlaki bir kavram olarak görülürken; modern terminolojide hem ahlak hem de hukuk ilimlerine ait bir kavram olarak kullanılmaya başlamıştır. “Sebeup” ve “bâis / sâik” kavramlarının, modern İslam hukuku literatüründe sübjektif gaye anlamında hukuki bir terim olarak kullanılmaları, Kıta Avrupası hukuk sisteminin etkisiyle ortaya çıktığı için bu kavramların söz konusu hukuk sistemi içerisinde bulunan Fransız ve Alman hukuk çevrelerinde nasıl anlaşıldığı meselesi üzerinde ayrıntılı olarak durmaya gayret göstereceğiz.

1.1. Klasik Terminoloji

1.1.1. Niyet

“Niyet” kelimesi sözlükte; yönelmek, kastetmek, istemek, kararlılık göstermek, azmetmek, inanmak, itikat etmek gibi anlamlara gelen “نوى - ينوى” fiilinin mastarıdır.⁸ Hadis kaynaklarında değişik varyantları bulunmakla birlikte, fikhî kaynaklarda “... إنما الاعمال بالنيات / *Ameller niyetlere göredir...*” şeklindeki rivayeti yaygınlık kazanmış olan hadiste geçen “niyet” kelimesinin sözlük anlamının dışında şer’î bir anlama sahip olup olmadığı fakihler tarafından tartışılmış ve âlimlerin çoğu tarafından bu kelimenin şer’î bir manaya da sahip olduğu görüşü benimsenmiştir.⁹

Başta ahlak ve tasavvuf olmak üzere felsefe ve psikoloji gibi ilimlerde de inceleme mevzusu olan niyet kavramının fukâha tarafından yapılan tanımlarında, sözlük anlamları olan “azim ve kasıt” ön plana çıkmaktadır. Meselâ Nevevî’nin (ö. 676/1277) tanımı şu şekildedir. “*Niyet, bir şeye yönelmek ve o şeyi yapmaya azmetmektir.*”¹⁰

⁸ İbn Manzûr, Ebu’l-Fazl Cemâluddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî (ö. 711/1311), *Lisânu’l-‘Arab I-VI*, thk. Abdullah Ali el-Kebîr - Muhammed Ahmed Hasebullah - Hâşim Muhammed eş-Şâzelî, Kâhire: Dâru’l-Me’ârif, t.y., “n-v-y” maddesi, VI, 4588-4589.

⁹ İbn Hacer, Ebu’l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. Alî b. Muhammed el-Askalânî (ö. 852/1449), *Fethu’l-Bâri şerhu’l-Câmi ‘i’s-Sahîhi’l-Buhârî I-XIII*, thk. Abdülkadir Şeybetülhamd, I. Baskı, Riyad: 1421/2001, I, 13.

¹⁰ “النية هي القصد إلى الشيء والعزيمة على فعله” Bkz. Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî en-Nevevî (ö. 676/1277), *Kitâbu’l-Mecmû’ şerhu’l-mühezzeb li’ş-Şîrâzi I-IX*, thk. Muhammed Necîb el-Mufî‘î, Cidde: Mektebetü’l-İrşâd, t.y., I, 352.

Erken dönem Şâfiî âlimlerden Cüveynî (ö. 478/1085) ise niyetin sözlük anlamları olan azim ve kasıt arasında ayrıma giderek şöyle bir tanım yapmıştır. “*Niyet, şimdi yapılması planlanan bir fiil ile ilgili olursa kasıt, gelecekte yapılması planlanan bir fiil ile ilgili olursa azim olarak adlandırılır.*”¹¹ Cüveynî’nin bu tarifine göre “azim ve kasıt” niyetin cüzlerini teşkil etmektedir. Bazı âlimlere göre ise “azim ve kasıt” niyetin kısımları değil; bilakis kasîmleridir.¹² Çünkü niyet, azim ve kasıt tabirlerinin anlamları birbirine yakındır. Mesela Karâfî (ö. 684/1285) “niyet, kasıt, azim, meşiet...” kavramlarını iradenin kısımları olarak ele almıştır.¹³ Nevevî ise şöyle demiştir: “*İrade, niyet ve azim kelimeleri, manaları birbirine yakın olan kavramlardır. Bu nedenle mecazen birbirlerinin yerine ikame edilebilirler.*”¹⁴

Niyeti “*insanın yapmayı istediği bir şeye kalben yönelmesi*”¹⁵ şeklinde tanımlayan Karâfî’ye göre “mutlak irade” ile “niyet” arasında şöyle bir fark vardır: Niyet başkasının fiiline taalluk etmez; fakat irade başkasının fiiline de taalluk eder. Örneğin Allah’ın mağfireti istenir/irade edilir, fakat ona niyet edilemez. Karâfî, niyetin irade ile ilişkisini bu şekilde ortaya koyduktan sonra “azim” ile “niyet” arasında ise şöyle bir farkın olduğunu belirtmiştir: Azim bir fiili yapmaya iyice karar vermek anlamına gelirken, niyet ise o fiili temyiz etmektir. Ona göre niyet, azimden önce gelir ve rütbece ondan daha düşük bir hali ifade eder.¹⁶

Tâcüddîn Sübki (ö. 771/1370) de niyet kavramının “mücerret kasıt” anlamına geldiğini ifade ettikten sonra, bazı âlimlerin bu kastın Allah için olmasını şart koşmalarını, niyetin kemâli için gerekli olduğunu ve söz konusu şartın niyetin rüknü olarak nitelenemeyeceğini belirtmiştir.¹⁷

¹¹ Cüveynî, İmâmü’l-Haremeyn Ebü’l-Meâlî Rüknuddîn Abdülmelik b. Abdillâh b. Yûsuf el-Cüveynî et-Tâî en-Nisâbüri (ö. 478/1085), *Nihâyetü’l-matlab fî dirâyeti’l-mezheb I-XX*, thk. Abdulazîm Mahmûd ed-Dîb, Cidde: Dâru’l-Minhâc, I. Baskı, 1428/2007, II, 112; Seyyîd Ahmed Bek, Ahmed b. Ahmed b. Yusuf el-Hüseynî, *Kitâbu Nihâyetü’l-ahkâm fî beyâni mâ li’n-niyyeti mine’l-ahkâm*, Bûlâk: el-Matbaatu’l-Kübra el-Emîriyye, I. Baskı, 1320/1903, s. 7.

¹² Niyetin kısımlarından kasıt, onun cüzleri olmasıdır. Kasım olmasından kasıt ise “kasıt, azim ve niyet” kavramlarının kendilerinden daha geniş bir kavram olan iradenin farklı cüzleri olmasıdır.

¹³ Karâfî, *el-Ümniyye fî idrâki’n-niyye*, thk. Müsâid b. Kâsım el-Fâlih, Riyad: Mektebetü’l-Haremeyn, I. Baskı, 1408/1988, s. 117.

¹⁴ Nevevî, *el-Mecmû’*, I, 367.

¹⁵ “هي قصد الانسان بقلبه ما يريد بفعله” Bkz. Karâfî, *ez-Zehîra I-XIV*, thk. Muhammed Haccî, Beyrut: Dâru’l-Garbi’l-İslâmî, I. Baskı, 1994, I, 240.

¹⁶ Karâfî, *ez-Zehîra*, I, 240.

¹⁷ Tâcüddîn es-Sübki, Ebû Nasr Tâcüddîn Abdülvehhâb b. Alî b. Abdilkâfi es-Sübki (ö. 771/1370), *el-Eşbâh ve’n-nezâir I-II*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Muavviz, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, I. Baskı, 1411/1991, I, 58.

Son dönem Hanefî âlimlerden İbn Âbidîn (ö. 1252/1836) de niyet kavramının sözlükte kalbin bir şeye azmetmesi anlamına geldiğini belirttikten sonra bu kavramın istilâhî tanımını şöyle yapmıştır: “*Bir fiili yaparken ibadet etmeyi ve Allah’a yaklaşmayı kastetmeye niyet denir. Buna göre nehyedilmiş şeylerde de niyet dikkate alınır. Zira bu durumda insanın yapmakla mükellef olduğu şey, nefsini nehyedildiği şeyden sakındırması olur.*”¹⁸ Ona göre niyet, azim ve kasıt tabirleri, *hâdis iradeye* verilen isimlerdir. Bunlardan azim fiile mukaddem; kasıt ve niyet ise fiile mukterindir.¹⁹

Klasik eserlerde “niyet” kavramının sözlük anlamları olan “azim, kasıt ve irade” tabirleriyle ilişkisini ortaya koyan tanımların yanı sıra bu kavramın taalluk ettiği fiilin gayesi ile ilişkisine dikkat çeken tanımlar da yapılmıştır. Örneğin Gazzâlî şöyle demiştir: “*Niyet mütevassıt bir sıfattan ibaret olup irade anlamına gelmektedir. Yani niyet, kalbin hemen veya sonucu itibariyle amacına uygun bulunduğu şeye doğru yönelmesidir.*”²⁰ İbn Fûrek (ö. 406/1015) de niyet kavramının sahip olduğu gai anlama, “*Niyet, temyiz edilen maksuda kalbin bağlanmasıdır*”²¹ şeklinde tanımlayarak dikkatleri çekmiştir. Zerkeşî (ö. 794/1392) ise şöyle demiştir: “*Kastın muayyen bir maksûda bağlanmasına niyet denir. Meşhur olan tanım ise niyetin mutlak kasıt anlamına geldiğidir.*”²²

İbn Hacer el-Askalânî (ö. 852/1448) Şâri‘in niyet kavramını, Allah rızasını elde etmek ve hükmüne itaat etmek amacıyla bir fiile yönelen iradeye has kıldığını belirterek, şer’î niyet tabirinin sahip olduğu gâi boyuta dikkatleri çekmiştir.²³ Tehânevî (ö. 1158/1745) de İbn Hacer’in bu tanımını aynen aktarmış ve şöyle demiştir. “*Lügat açısından niyet, kalbin hemen veya sonucu itibariyle, bir gayeye uygun bulunduğu, yani bir faydayı sağlayacağına veya bir zararı engelleyeceğine hükmettiği şeye doğru*

¹⁸ “قصد الطاعة و التقرب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل” Bkz. İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dimaşkî (ö. 1252/1836), *Reddü’l-muhtâr ‘ale’ d-Dürri’l-muhtâr şerhi Tenvîri’l-ebşâr I-XIII*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Muavviz, Riyad: Dâru Âlemi’l-Kütüb, 1423/2003, I, 222.

¹⁹ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, I, 222.

²⁰ النية عبارة عن الصفة المتوسطة و هي الإرادة و انبعاث النفس بحكم الرغبة و الميل إلى ما هو موافق للغرض إما في الحال و إما في “المآل” Bkz. Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed et-Tûsî (ö. 505/1111), *İhyâu ulûmi’d-dîn*, Beyrut: Dâru İbn Hazm, I. Baskı, 1426/2005, s. 1734.

²¹ “عقد الضمير إلى تمييز المقصود” Bkz. İbn Fûrek, Ebû Bekr Muhammed b. el-Hasen b. Fûrek el-İsfehânî en-Nisâbûrî (ö. 406/1015), *Kitâbu’l-hudûd fi’l-usûl / el-Hudûd ve’l-muvâda’ât*, thk. Muhammed es-Süleymânî, Beyrut: Dâru’l-Ğarbi’l-İslâmî, I. Baskı, 1999, s. 116.

²² Zerkeşî, , Ebû Abdillâh Bedrûddîn Muhammed b. Bahâdır b. Abdillâh et-Türkî el-Mısırî el-Minhâcî ez-Zerkeşî eş-Şâfiî (ö. 794/1392), *el-Mensûr fi’l-Kavâ’id I-II*, thk. Muhammed Hasan İsmail, Beyrut: Dâru’l-Kütubi’l-İlmiyye, I. Baskı, 1421/2000, II, 355.

²³ İbn Hacer, *Fethu’l-Bârî*, I, 13.

yönelmesidir. Şer'î olarak ise, Allah'ın rızasını kazanmak ve O'nun koyduğu hükme imtisâl etmek amacıyla bir fiile yönelen irade anlamına gelir.”²⁴

“Niyet” kavramı, İslam dininde sahip olduğu bu önem sebebiyle fukahanın yanı sıra ahlak ilmiyle meşgul olan âlimlerin de dikkatini çekmiştir. Örneğin modern araştırmacılardan Draz şöyle demektedir: “Niyet / intention, ister bir şeyi yapmak isterse ondan kaçınmak şeklinde olsun, iradenin muayyen bir şeye doğru yönelmesini sağlayan harekettir.”²⁵ Ona göre iradenin doğrudan taalluk ettiği mevzu, ameldir. İradenin doğrudan değil dolaylı olarak taalluk ettiği, diğer bir deyişle bir kimsenin kendi çabası neticesinde ulaşmak istediği uzak mevzu ise, gaye ve hedef olarak isimlendirilir. İradi fiilin gerisinde olan ve onun ortaya çıkmasını sağlayan müstakbel hakikat olarak gaye, iradi fiilin ortaya çıkmasını sağlayan esas olması yönüyle “bâis / motif” ve “sâik / mobile” olarak isimlendirilir. Buna göre bâis ve sâik kavramları özünde aynı olmakla birlikte, “bâis” kavramı çoğunlukla hukuki ve kanuni bir terim olarak kullanılır.²⁶ Diğer bir deyişle ahlak ilmi açısından, iradenin amelle doğrudan ilişkisini ifade etmek üzere niyet / intention, gaye ile ilişkisini ifade etmek üzere ise sâik / mobiles kavramları kullanılır.²⁷ Buradan hareketle bâis” kavramının, niyet kelimesinin ilk anlamı olan “kasıt” ile ilişkisi sebebiyyet ilişkisi olduğunu söyleyebiliriz. Yani bâis, kasıt ve niyeti, bir tasarrufu yapma yönünde harekete geçiren muharrik sebebe verilen isimdir. Buna göre mükellefin niyetinin iyi veya kötü oluşuna, onun muharrik sebebi olan bâisin niteliğine bakılarak da karar verilebilir.²⁸

Çağdaş İslam hukukçularından Vehbe Zuhaylî ise niyeti “meşru niyet” ve “meşru olmayan niyet” şeklinde iki kategoriye ayırdıktan sonra meşru niyetin, “kasıt veya irade” meşru olmayan niyetin ise “kötü bâis” olduğunu belirtmiştir.²⁹

Özetle klasik İslam hukuku literatüründe “niyet” kavramı genellikle kasıt, azim ve irade kavramlarıyla tarif edilmeye çalışılmıştır. Bu durumun yaşanmasında niyet

²⁴ Tehânevî, Muhammed A'lâ Ali b. Muhammed Hamid b. Muhammed Sâbir el-Fârûkî (ö. 1158/1745) *Keşşâfu istulâhâti'l-fünûn ve'l-'ulûm I-II*, thk. Ali Duhrûc, Lübnan: Mektebe Lübnân, I. Baskı, Lübnan 1417/1996, “niyet” maddesi, II, 1735.

²⁵ Draz, Muhammed Abdullah, *Düstûru'l-ahlâk fi'l-Kur'an*, çev. Abdussabûr Şâhîn, Müessesetu'r-Risâle, y.y. t.y., s. 421.

²⁶ Draz, *Düstûru'l-ahlâk*, s. 421.

²⁷ Draz, *Düstûru'l-ahlâk*, s. 423.

²⁸ Haşlân, Hâlid b. Sa'd b. Fahd, *Hakîkatu'l-bâis fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Riyad: Dâru Kunûz İşbiliye, I. Baskı, 1428/2007, s. 24-25.

²⁹ Vehbe Zuhaylî, *Mevsûatu'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kadâya'l-muâsıra I-XIV*, Şam: Dâru'l-Fikr, III. Baskı, 1433/2012, I, 128.

kelimesinin dilciler tarafından da böyle tanımlanmış olmasının etkisi büyüktür. Fakat niyet kavramını, kasıt, azim veya irade kavramlarıyla tarif eden fakihlerin hiçbiri bunları özdeş kabul etmemektedir. Bu nedenle aralarındaki nüansa sıklıkla dikkat çekmişlerdir. Yukarıda zikrettiğimiz tarif ve açıklamalardan yola çıkarak klasik ve modern dönemde niyet kavramının taalluk ettiği fiille ilişkili olarak “belirli bir işi yapmayı veya yapmamayı istemek” şeklinde *mutlak kasıt* anlamının yanı sıra “bir fiili yapıp yapmama hususunda belirli bir gayeyi veya maksadı istemek” şeklinde *gâi anlamda* da kullanıldığını söyleyebiliriz. Fakat “niyet” kelimesinin ikinci anlamda kullanımı daha yaygındır.

1.1.2. Kasıt

“Kasıt” kelimesi, sözlükte “doğru yolu tutturmak”, “adaletli olmak, ifrata ve tefrite düşmeden orta yolu tutturmak”, “bir şeye yönelmek, meyletmek” ve “kırmak” anlamlarına gelen “قصد- يقصد” fiilinin mastarıdır.³⁰

“Kasıt” kavramı klasik literatürde, genellikle “niyet” kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte fakihler “niyet” kavramını genellikle ibadetler hususunda; “kasıt” kavramını ise akit, talak, köle azadı, ric’ât vs. gibi hukuki tasarruflar hususunda günümüz hukuk dilindeki “irade” kavramının karşılığı olarak kullanmayı tercih etmektedirler. Ayrıca bu kavramın, insanın iç dünyası ile ilgili fiillerini ifade etmekte kullanılan “irade”, “ihtiyâr”, “rıza”, “azm”, “amd” vs. gibi kavramlar ile yakın bir anlam ilişkisi bulunmaktadır.

Niyet konusunda müstakil bir eseri bulunan Karâfî “kasıt” kavramını, “irade” kavramı ile ilişkilendirmiş ve “iki cihet arasında oluşan irade”³¹ şeklinde tanımlamıştır. Dilci Ebû Hilâl el-Askerî (ö. 400/1009) ise “kasıt” kavramıyla “irade” kavramı arasında hem fâil hem de zaman açısından fark olduğunu belirtmektedir. Ona göre “kasıt” tabiri sadece bir şahsın kendi fiiliyle alakalı olarak kullanılabilir. Başkasının fiili hakkında “kasıt” ifadesi kullanılmaz. Fakat “irade” ifadesi kullanılabilir. Örneğin bir kimse “falancanın şu işi yapmasını kastediyorum” diyemez. Ayrıca “kasıt” tabiri bir fiilin yapılma anına hastır. Bu nedenle bir kimsenin “yarın şu işi yapmayı kastediyorum”

³⁰ İbn Manzûr, *Lisânu'l-‘Arab*, “k-s-d” maddesi, V, 3642.

³¹ Karâfî, *el-Ümniyye*, s. 121.

demesi dil açısından uygun bir ifade değildir. Fakat bir fiili gelecekteki bir zamanda yapmayı irade edebilir.”³²

“Kasıt” kavramıyla “niyet” kavramını özü itibariyle aynı kabul eden İbn Kayyim’e göre bu iki kavram arasında iki açıdan fark vardır. Bunlardan ilki şu şekildedir: “Kasıt” kişinin hem kendi fiiline hem de başkasının fiiline taalluk edebilir; “niyet” ise sadece kendi fiiline taalluk eder. Ebû Hilâl el-Askerî’nin aksine İbn Kayyim bir kimsenin başkasının fiilini kastetmesini dil açısından mümkün görmektedir. Ona göre bir kimsenin başkasının fiilini kasıt ve irade etmesi tasavvur edilebilir. Fakat başka bir şahsın fiiline niyetlenmesi tasavvur edilemez. Bu açıdan kasıt, niyetten daha kapsamlı bir kavramdır. İbn Kayyim’e göre “kasıt” ve “niyet” arasındaki ikinci fark ise şu şekildedir: “Kasıt” sadece güç yetirilebilen fiillere taalluk eder. “Niyet” ise hem insanın güç yetirebildiği hem de aciz kaldığı fiillere taalluk eder. Bu görüşünü delillendirebilmek için Ebû Kebşe el-Enmârî kanalıyla “إنما الدنيا لأربعة نفر... / *Dünya dört kişi içindir...*”³³ şeklinde rivayet edilen hadisin lafzını kullanmıştır. Ona göre Hz. Peygamber’in (s.a.v.) bu hadiste “niyet” kelimesini kişinin aciz kaldığı fiiller için kullanmış olması, bu kelimenin söz konusu fiillere de taalluk ettiğini gösterir. Ona göre “kasıt” ve “irade” kavramları ise ister bir şahsın kendi fiili olsun ister olmasın, güç yetirilemeyen fiillere taalluk etmez.³⁴

Çağdaş İslam hukuku araştırmacılarından Ömer Süleyman el-Eşkar da Ebû Hilâl el-Askerî gibi “kasıt” kavramını “irade” kavramıyla ilişkilendirmiştir. Ona göre “kasıt” iradenin bir türüdür. Bir fiil hususundaki irade kesin olmadıkça “azim” olarak nitelendirilmez. Kasıt ise azmin ileri derecesidir. Nitekim bir fiili ileriki bir zamanda yapmaya karar vermek “azim” kavramıyla ifade edilir. Fakat bir kimsenin azminin zayıflayıp başka bir karara dönüşme ihtimali her zaman vardır. “Kasıt” tabiri ise bir kimsenin iradesi kesinlik kazandığı ve fiile mukarin olduğu veya mukarine yakın olduğu durumlarda kullanılır. O halde kasıt, azmin ileri derecesidir. Ona göre âlimlerin “niyet” ve “kasıt” kavramları arasında bir fark görmemesi de bundan kaynaklanmaktadır. Zira

³² Askerî, Ebû Hilâl el-Hasen b. Abdillâh b. Sehl el-Askerî (v. 400 / 1009’dan sonra), *el-Furûku’l-luğaviyye*, thk. Muhammed İbrahim Selim, Kahire: Dâru’l-İlm ve’s-Sekâfe, 1418 / 1997, s. 126 (İrade-Kasıt)

³³ Tirmîzî, Muhammed b. İsa (ö. 279/892), *es-Sünen*, I-V, Nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992, “Kıyâmet”, 24.

³⁴ İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb ez-Zura’î ed-Dimeşkî el-Hanbelî (ö. 751/1350), *Bedâi’u’l-fevâid I-V*, thk. Ali b. Muhammed el-İmrân, Dâru’l-Âlemi’l-Fevâid, y.y. t.y., III, 1143-1144.

niyetin de niyetlenen şeye mukarin olması gerektiği genel kabule mazhar olmuş bir görüştür.³⁵

Genellikle “niyet” kavramıyla aynı manada kullanılan “kasıt” kavramının ilki gerçekleştirilmek istenen fiil; ikincisi bu fiilin yapılmasına sebep olan mana ve gaye olmak üzere iki müteallakı vardır. Buna göre bir kimsenin yaptığı fiilin ihtiyârî olup olmadığına belirleyicisi, söz konusu fiile yönelik kastının bulunup bulunmadığıdır. Örneğin kendi isteğiyle secde yapan bir kimse ile dengesini yitirip secde pozisyonuna düşen kimsenin yaptığı fiil, aynı olmasına rağmen, ilki kasıt neticesi ortaya çıktığı için ihtiyârî, ikincisi ise kasta dayalı olmadığı için istemsiz gayrı ihtiyârî bir davranıştır. Kastın bir fiilin yapılmasına sebep olan gaye ve manaya müteallik olmasını ise aynı örnek üzerinden şu şekilde ifade edebiliriz. Kendi iradesiyle ayakta duran bir kimse bu davranışıyla bir insana hürmet göstermeyi kastetmiş olabileceği gibi namazda Allah’ı tazim için kıyam farzını yerine getirmeyi de kastetmiş olabilir. Bu durumda “kasıt” bir şahsı söz konusu davranışı yapmaya sevk eden gaye anlamında kullanılmaktadır.³⁶

1.1.2.1. Makâsıdu’l-Mükellef

Klasik literatürde kasıt kavramı, hem irade hem de iradenin yöneldiği gaye anlamında kullanılmaktadır. Bunlardan irade anlamı daha yaygındır. Aynı kökten türemiş olan “maksıd” kelimesi ise mimli mastar olup “gaye, niyet, amaç, maksat” anlamlarında kullanılmaktadır.³⁷ “Maksıd” kelimesinin çoğulu olan “makâsıd” kavramı, sâdır olduğu kaynağı ifade etmek üzere klasik literatürde hem şeriat kelimesine muzaf olarak “makâsıdu’ş-şerîa” şeklinde hem de mükellef kelimesine muzaf olarak “makâsıdu’l-mükellef” şeklinde iki farklı kullanıma sahiptir. Makâsıd kavramı, şeriat kelimesiyle birlikte kullanıldığında “dinin gayeleri” veya “şer’î hükümlerin gayeleri” anlamına;³⁸ mükellef kelimesiyle birlikte kullanıldığı zaman ise “mükellefin gayeleri” anlamına

³⁵ Ömer Süleyman Eşkar, *Makâsıdu’l-mükellefîn fi mâ yuteabbedu bihi li Rabbi’l-âlemîn / en-Niyyât fi’l-ibâdât*, Kuveyt: Mektebetü Felâh, I. Baskı, 1981/1401, s. 19.

³⁶ Zerkeşî, *el-Mensûr*, II, 355; Eşkar, *Makâsıdu’l-mükellefîn*, s. 36.

³⁷ Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed (ö. 770/1368), *el-Misbâhu’l-münîr*, Beyrut: Mektebetü Lübnân, 1987, s. 192.

³⁸ “*Makâsıdu’ş-Şerîa* terkinin genellikle fakihler tarafından kullanılmış olması, “şer’î amelî hükümlerin gayeleri” şeklindeki ikinci anlamın ön plana çıkmasına neden olmuş; hatta zamanla fikhî hükümlerin gayelerini yani gerek naslarda açıkça belirtilmiş olsun, gerekse içtihat yoluyla ulaşılmış olsun dini-hukuki düzenlemelere hâkim olan amaç unsurunu ifade eden bir tabir haline gelmiştir.” Ertuğrul Boynukalın, “*Makâsıdu’ş-şerîa*”, *DİA*, İstanbul 2003, XXVII, s. 423.

gelmektedir.³⁹ Bu kelime ayrıca *makâsıdu'l-mükellef*, *makâsıdu'l-muhâtab* ve *makâsıdu'l-ukalâ'* şeklinde terkiplerde de kullanılmaktadır.

Şâtıbî şöyle demektedir: “Ameller niyetlere göredir. Bu nedenle ister ibadet ister günlük muâmele (âdât) türünden olsun bütün beşerî tasarruflarda makâsıd dikkate alınmalıdır. Şeriatte bu manayı gösteren deliller ise sayılamayacak kadar çoktur. İnsanların gayeleri, yapmış oldukları davranışların ibadet mi yoksa günlük muamele mi olduğunun ayırt edilmesinde temel kıstastır. Ayrıca ibadetlerin kendi arasında vacip ve gayrı vacip; ibadetlerin dışındaki günlük muamele türündeki davranışların ise vacip, mendup, mübah, mekruh, haram veya sahîh ve fasit gibi hükümlerden hangisi ile niteleneceği hususunda temel kıstas da söz konusu fiili işleyen kişinin kastıdır. Zira bir davranış kendisiyle kastedilen şeye göre ibadet olabileceği gibi olmayabilir de. Benzer şekilde bir davranış kendisiyle kastedilen aslî hedefe göre iman olarak nitelenebileceği gibi küfür olarak da nitelenebilir. Örneğin secde fiili, Allah için yapıldığı takdirde iman; putlar için yapıldığı takdirde ise küfür olarak nitelendirilir. Ayrıca bir amel ancak kendisine kasıt taalluk ettiği zaman teklifi hükme konu olabilir. Eğer kasıtsız olarak meydana gelecek olursa, ona herhangi bir teklifi hüküm taalluk etmez. Örneğin uyku halindeki kişiler ile baygın ve deli kimselerin davranışları, bu kimselerin kastı bulunmadığı için teklifi hükme konu olmaz.”⁴⁰

Şâtıbî daha sonra şu şekilde devam etmiştir: “Şâri'in mükelleften beklediği şey, bir davranışta bulunurken gayesinin, Şâri'in teşrideki gayesiyle uyumlu olmasıdır. Bu iddiamızın delili, şeriatın vaz edilmiş gayesinde açık bir şekilde mevcuttur. Çünkü mutlak ve umumi manada şeriat, kulların maslahatı için vaz edilmiştir. Mükelleften istenen şey ise fiillerinde bunu gözetmesi ve Şâri'in kastına aykırı bir şeyi kastetmemiş olmasıdır. Zira mükellef, Allah'a kulluk için yaratılmıştır.”⁴¹ Ona göre şer'î yükümlülüklerde, söz konusu yükümlülüğün meşru kılındığı aslî gayenin dışında bir şeyi amaçlayan kişi, şeriate aykırı düşmüş olur. Şeriate aykırı davranan kişilerin ameli ise aykırı olduğu nokta itibarıyla bâtıldır. Zira maslahatların temin edilmesi ve mefsedetlerin de def edilmesi amacıyla vaz' edilmiş olan yükümlülükler (meşrûât) vaz' edildiği gayenin dışında bir gaye ile yapıldığı takdirde ondan beklenen maslahat gerçekleşmemiş olur.⁴²

³⁹ Hâdimî, Nüreddin Muhtâr, *İlmü'l-makâsıdu's-Şerî'a*, Riyad: Mektebetü'l-'Abikân, I. Baskı, 1421/2001, s. 71.

⁴⁰ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III, 7-9.

⁴¹ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III, 22-23.

⁴² Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III, 27-28.

Mükellefin hukuki tasarruflarında güttüğü gayenin Şâri'in gayeleriyle uyumlu olması gerektiği, aksi takdirde yapılan hukuki tasarrufun bâtil olacağı şeklinde özetlenebilecek bu yaklaşım, Mâlikî fakihlerin yanı sıra Hanbelî fakihlerde de mevcuttur. Hukuki tasarruflar konusunda Hanbelî kaynaklarında yer alan dağınık bilgileri, bunların mükellefin gayesi ile ilişkisi bakımından sistemli bir şekilde ele alan İbn Teymiyye ve öğrencisi İbn Kayyim'e göre insanların gerçek niyetleri ve ulaşmak istedikleri gaye, ibadetlerde olduğu kadar akit ve diğer hukuki tasarrufların hükmü üzerinde de etkilidir. Niyet, bir fiilin haram veya helâl olmasına sebep olduğu gibi o fiilin sahih veya fasit olmasına da neden olur. Onlara göre bu İslam şeriatının göz ardı edilemeyecek temel kaidelerinden bir tanesidir. Mükelleflerin maksatları ve inançları, ibadetlerinde etkili olduğu gibi tasarruflarında ve sözlerinde de etkilidir. İnsanların kastı bir ibadetin vacip veya müstehab, sahih veya fasit olmasının ölçütü olduğu gibi bir tasarrufun, helâl veya haram; sahih veya fasit; ibadet veya masiyet olmasının da ölçütüdür."⁴³ Hem İbn Teymiyye hem de İbn Kayyim görüşlerini delillendirmek için niyet hadisinin yanı sıra ric'at, muhâlaa, vasiyet ve talak gibi hukuki tasarrufların, karşı tarafa zarar verme kastıyla yapılmasını yasaklayan nassları zikretmiştir.⁴⁴

1.1.3. Gaye

Köken olarak Arapça olan "gaye" kelimesi, sözlükte "bir şeyin sonu, nihayeti; uç, yarışın sonu" gibi anlamlara gelmektedir.⁴⁵ Türkçede ise "elde edilmesi gereken, ulaşılmak istenen şey, amaç" anlamında kullanılmaktadır. İslam düşünce tarihinde daha çok kelam, felsefe ve mantık ilimlerine ait bir kavram olarak kullanılan "gaye" kelimesinin, fıkıh ve fıkıh usulü eserlerinde yaygın bir kullanımı yoktur. Bununla birlikte, müteahhirun döneminde telif edilmiş usûl eserlerinin baş tarafındaki mukaddime bölümlerinde yer alan "fıkıh usulünün fâidesi ve gayesi" başlığı altında, "gaye" kavramının çeşitli tanımlarıyla karşılaşmaktayız. Bu kavramın, felsefe ve mantık kökenli bir terim olması sebebiyle, fıkıh eserlerinin baş tarafında yapılan tanımlarında, söz konusu disiplinlerin etkileri görülmektedir. Ayrıca âmm lafızların tahsisi bağlamında "gaye ile tahsis" başlığı altında da "gaye" kelimesinin çeşitli tanımları yapılmıştır. Fıkıh

⁴³ İbn Teymiyye, *Kitâbu beyânu'd-delîl 'ala butlâni't-tahlîl*, thk. Muhammed Abdulmecîd es-Selefi, el-Mektebetü'l-İslâmî, I. Baskı, 1418/1998, s. 85; İbn Kayyim, *İ'lâm*, IV, 499-500.

⁴⁴ İbn Teymiyye, *Beyânu'd-delîl*, s. 86; İbn Kayyim, *İ'lâm*, IV, 500.

⁴⁵ İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, "ğ-y-y" maddesi, V, 3331.

usulü eserlerinin mukaddime kısmında yapılan tanımlar, daha çok felsefî temellere dayanırken, “gaye ile tahsis” başlığı altında yapılan tanımlar ise kelimenin sözlük anlamının tahlilleriyle sınırlı kalmıştır.⁴⁶ Biz tezimizde “gaye” kelimesini kullanmayı tercih ettiğimiz için bu kavramın İslam düşünce tarihinde yapılan tanımlarını kısaca vermek istiyoruz.

Tehânevî (ö. 1158/1745) “gaye” kavramının birçok disipline ait bir kavram olduğunu belirttikten sonra temel olarak iki anlamda kullanıldığını söylemiştir. Bunlardan ilki, “*garaz*” yani amaçtır. Garaz ise felsefeciler tarafından “illet-i gâiyye” olarak isimlendirilmektedir.⁴⁷ Bu anlamıyla, kasıt ve ihtiyâr sahibi bir fâilin, fiilini kendisi için yaptığı şeye, “gaye” denir. Bu tanıma göre “gaye”, bir fiili kendi kastı ve ihtiyarıyla yapan tüm fâiller için sabittir. Zira bir fiili yapan fâil, söz konusu fiili ancak bir amaç için kasteder ve ona yönelir. “Gaye” kelimesinin bu anlamına göre ihtiyârî olmayan fiillerde ve Allah’ın fiillerinde gaye bulunmaz. Gaye kelimesinin kullanıldığı ikinci anlam ise “*bir fiilin sonunda olması itibariyle, o fiile terettüp eden şey*”dir. Diğer bir deyişle, “gaye” kavramı, bu manasıyla “*fiilin sonucu*” anlamına gelmektedir. Tehânevî, “*garaz anlamındaki gaye*” ile “*fiilin sonunda olması itibariyle, fiile terettüp eden şey manasındaki gaye*” arasındaki farkı ise şu şekilde ifade etmiştir. Ona göre “gaye” kavramının ikinci anlamı, hem ihtiyârî hem de ihtiyârî olmayan fiilleri kapsadığı için birinci anlamından daha şümullüdür.⁴⁸

Tehânevî, gaye kavramının ikinci anlamıyla, karıştırılma ihtimali bulunan “fâide” kavramıyla ilişkisine de dikkatleri çekmiştir. Ona göre bir fâilin fiiline terettüp eden bütün hikmet ve maslahatlar, fiilin sonunda ve nihayetinde olması itibariyle “gaye”; fiilin bizzat kendisine terettüp etmesi itibariyle ise “fâide” olarak isimlendirilir. O halde “fâide” ve “gaye” kavramları, bu anlamlarıyla, hem ihtiyari hem de ihtiyârî olmayan fiilleri kapsamaktadır. Fakat bu kavramlar özünde aynı olmakla birlikte; itibâr bakımından

⁴⁶ Mv. F, “gaye” maddesi, XXXI, 131-132.

⁴⁷ Felsefeciler, “gaye” kelimesini, bir fiilin neticede ulaştığı şey için kullanmışlardır. Onlar bir fiilin neticede ulaştığı şey fâil tarafından maksûd olmasa dâhi -fâil (o gaye için) söz konusu fiili yapmak hususunda ihtiyâr sahibi olsa da olmasa da- bu kelimeyi itlak ederler. “Gaye” kavramı, bu manasıyla, “illet-i gâiyye” kavramından daha kapsamlıdır. Bu itibarla, fâilin şuur ve kastı bulunmadığı halde tabii kuvveler (içgüdüsel davranışlar) ve “ittifâki sebepler” için felsefeciler çeşitli gayeler belirlemiştir. “İttifâki sebep”, felsefeciler tarafından şu şekilde tanımlanmaktadır: Bir fiil dâima veya genellikle bir sonuca ulaştırıyorsa, bu fiil “zâti sebep”; fiilin ulaştırdığı sonuç ise “zâti gaye” olarak isimlendirilir. Fakat bir fiil çoğunlukla veya zaman zaman bir sonuca ulaştırıyorsa, bu fiil “ittifaki sebep”, fiilin ulaştırdığı sonuç ise “ittifâki gaye” olarak isimlendirilir. Bkz. Tehânevî, *Keşşâf*, “gaye” maddesi, II, 1245-1246.

⁴⁸ Tehânevî, *Keşşâf*, “gaye” maddesi, II, 1245-1246.

aralarında fark vardır. Fâide” kavramıyla “gaye” kavramının farklılığına bu şekilde dikkatleri çeken Tehânevî’ye göre “fâide” kavramıyla “garaz” kavramı ise hem özünde hem de itibar bakımından birbirinden farklıdır.⁴⁹

Özetle Tehânevî’ye göre “gaye” kelimesi, fâilin ihtiyârından bağımsız olarak ortaya çıkan her türlü fiilin sonucu için kullanıldığı gibi, fâilin ihtiyârına bağlı olarak ortaya çıkan fiillerin sonucu için de kullanılmaktadır. Ona göre “gaye” kavramı, ilk anlamıyla, ister ihtiyârî ister gayr-i ihtiyârî olsun bütün fiillere terettüp eden sonuçları kapsarken; ikinci anlamıyla sadece ihtiyârî fiillere terettüp eden sonuçları kapsamaktadır. Ayrıca “gaye” kelimesinin tanımlarında yer alan “bir fiile terettüp etmek” kaydı, bir davranışın sonucu olmayan şeylerin gaye olarak isimlendirilemeyeceğini göstermektedir.

Molla Hüsrev (ö. 885/1480) ve onun eserini şerh eden İzmîrî (ö. 1165/1751) gaye kavramıyla ilgili şu ifadeleri kullanmıştır: Bir fiile terettüp bütün hikmet ve maslahatlar, fiilin sonunda olması itibariyle “gaye”, fiile terettüp etmesi itibariyle de “fâide” olarak isimlendirilir.⁵⁰ Buna göre, “hikmet ve maslahat” “fâide ve gaye” kavramlarından daha kapsamlı olup aralarında, umûm-husus min vech (eksik girişimlilik) ilişkisi vardır.⁵¹ “İllet-i gâiyye” olarak da isimlendirilen “garaz” ise, fâilin, fiilini kendisi için yaptığı şeye denir ve bu sebeple Allah’ın fiillerinde illet-i gâiyye bulunmaz.⁵² Fâilin fiiline terettüp eden sonuç, fâile kıyasla “garaz ve maksûd” olarak, fâilin fiiline kıyasla ise “illet-i gâiyye” olarak isimlendirilir. O halde “garaz ve illet-i gâiyye” özünde bir olmakla birlikte, itibar bakımından farklıdır. Fakat her ikisi de söz konusu fiilin yapılma sebebidir. Eğer fiile terettüp eden sonuç, fiilin yapılmasının sebebi olmazsa sadece “fâide ve gaye” olarak isimlendirilir.⁵³ O halde kendisinde hikmet ve maslahat bulunan her şeye “fâide”, “gaye” ve “eser” denmesi uygundur. Bunun aksi ise küllî olarak değil, cüz’i olarak doğrudur. Çünkü bazı sonuçlar hikmet ve maslahat olarak nitelendirilemez. Örneğin bir ava nişan alıp, yanlışlıkla insana isabet ettirerek onun ölümüne sebep olan kişinin bu fiilin bazı sonuçları bulunmaktadır. Ancak söz konusu fiil, bir kasıt neticesinde ortaya çıkmadığı için ona terettüp eden sonuç, hikmet ve maslahat olarak nitelendirilemez.⁵⁴

⁴⁹ Tehânevî, *Keşşâf*, “gaye” maddesi, II, 1246.

⁵⁰ Molla Hüsrev, *Mir’ât*, I, 77.

⁵¹ İzmîrî, *Hâşiye*, I, 77.

⁵² Molla Hüsrev, *Mir’ât*, I, 79.

⁵³ İzmîrî, *Hâşiye*, I, 77-78.

⁵⁴ İzmîrî, *Hâşiye*, I, 78.

Klasik İslami eserlerin önemli bir bölümünü ansiklopedik bir tarzda tasnif ederek künyesini veren XVII. yüzyıl Osmanlı ilim adamlarından Kâtip Çelebi (ö. 1067/1657) eserinin baş tarafına yazdığı “mukaddime” kısmında “gaye” kavramıyla ilgili şu bilgileri vermektedir. “*Bil ki bir fiile, bir sonuç terettüp ettiğinde, bu sonuç o fiilin neticesi ve semeresi olması bakımından “fâide” olarak isimlendirilir. Terettüp eden bu sonuç, o fiilin sonunda ve bitiminde yer alması bakımından ise “gaye” olarak isimlendirilir. Buna göre, “gaye” ve “fâide” özünde bir olmakla beraber, itibar bakımından farklıdırlar. Bu iki adla isimlendirilen sonuç, eğer failin o fiile kalkışmasının sebebi ise fâile kıyasla, “garaz” ve “maksûd” olarak isimlendirilir. Yapılan fiile kıyasla ise “illet-i gâiyye” olarak isimlendirilir. Buna göre “garaz” ve “illet-i gâiyye” özünde bir olmakla beraber, itibar bakımından farklıdırlar. Eğer sonuç, fâilin, o fiile kalkışmasının sebebi değilse, sadece “fâide” ve “gaye” olur.*”⁵⁵ Özetle, Kâtip Çelebi’ye göre “gaye” ve “garaz” kavramlarının mahiyeti birbirinden farklıdır. Ona göre fiilin neticesinde elde edilen sonuç, faili harekete geçiren muharrik güç olması durumunda “garaz” olarak; böyle bir etkisi olmadığı takdirde ise “gaye” olarak isimlendirilir.

1.1.4. Garaz

“Garaz” kelimesi sözlükte “ok atmak üzere dikilen hedef, bir kimsenin ihtiyacı, isteği veya kastı” anlamlarına gelmektedir.⁵⁶ Klasik literatürde “garaz” kelimesi, fıkhıtan ziyade felsefe, kelam ve ahlak ilimlerine ait bir kavram olarak kullanılmış; özellikle filozoflar ve kelamcılar tarafından çeşitli tanımları yapılmış ve kendisiyle anlam ilişkisine sahip “gaye”, “fâide” ve “illet-i gâiyye” gibi kavramlarla onun arasındaki farklara dikkat çekilmiştir.

Tehânevî şöyle demektedir: “*Garaz, fâili, bir fiili yapmaya sevk eden şey anlamına gelmekte olup “illet-i gâiyye” olarak da isimlendirilir. Yani bir kimseyi herhangi bir fiili yapmaya sevk eden bâise, garaz denir. Buna göre fâili harekete geçiren ilk muharrik, “garaz” olup bir kimse onun sayesinde fâil olur. “İllet-i gâiyye”nin, fâilin faaliyette bulunabilmesi için gerekli olan “illet-i fâiliyyet” olarak tanımlanması da bundan kaynaklanmaktadır. Eş’âriler, bu nedenle Allah’ın fiillerinin herhangi bir garaz*

⁵⁵ Kâtip Çelebi, Mustafa b. Abdullah Hâci Halife (ö. 1067/1657), *Keşfü’z-zünûn ‘an esâmi’l-kütüb ve’l-fünûn I-II*, Beyrut: Dâru İhyâi’t-Turâsi’l-‘Arabî, t.y., I, 10.

⁵⁶ İbn Manzûr, *Lisânu’l-‘Arab*, V, 3242; Fîrûzâbâdî, Ebu’t-Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Ya’kûb b. Muhammed el-Fîrûzâbâdî (ö. 817/1415), *el-Kâmusu’l-muhît*, Şam: Müessesetü’r-Risâle, VI. Baskı, 1998, “garaz” maddesi, s. 648.

ile talilini câiz görmezler. Mutezile ise buna karşı çıkmış ve Allah'ın fiillerinin talil edilebileceğini söylemiştir. Onlara göre amacı bulunmayan bir fiil abes dolayısıyla kabîh olacağından Allah'ın böyle bir şeyden tenzih edilmesi gerekir. Eş'ârîler, Mutezîle'nin bu itirazına şu şekilde cevap vermişlerdir. Abes, fayda ve menfaatten hâli olan şey demektir.⁵⁷ Allah'ın fiilleri ise kullarına râci olan sayısız hikmet ve maslahatlar taşımaktadır. Fakat bu hikmet ve maslahatlar, Allah'ın fiillerinin sâiki veya O'nun fâil olmasını gerektiren sebepler değildir. Öyleyse O'nun fiilleri için ne garaz ne de illet-i gâiyye söz konusu değildir. Fakat bu hikmet ve maslahatlar, O'nun fiillerinin gayesi olur. Zâhir olarak Allah'ın fiillerinin talil edilebileceğine delâlet eden nasslar, “garaz” değil, gaye ve menfaate hamledilir. Fukahaya /Mâturîdî Hanefîlere göre ise Allah'ın fiillerinin bir amaca mebni olması vacip değildir. Ancak Allah'ın lütfu ve ihsanı sayesinde O'nun fiilleri, kulların maslahatına uygun bir şekildedir.”⁵⁸

Seyyid Bey ise şöyle demiştir: “Bir fiil üzerine terettüp eden hikmet ve maslahatlar, “gaye”, “fâide”, “garaz” ve “illet-i gâiyye” olmak üzere dört türlü isimlendirilir. Bunlar haddi zatında aynı şey olup itibar bakımından birbirlerinden farklılık gösterirler. Şöyle ki, bir fiil üzerine terettüp eden hikmet ve maslahat, o fiilin nihayetinde vâki olması itibariyle “gaye”; fiilin netice ve semeresi olması itibariyle “fâide”; fâil için o fiilden matlûb olması itibariyle “garaz”; fâili o fiili yapmaya sevk etmesi itibariyle de “illet-i gâiyye” olarak isimlendirilir.”⁵⁹

“Gaye” ve “garaz” kavramlarıyla ilgili vermiş olduğumuz bilgilerden yola çıkarak “gaye” kavramının bir fiile terettüp eden sonuç anlamında; “garaz” kavramının ise bir şahsı herhangi bir fiili yapmaya sevk eden muharrik sebep anlamında kullanıldığını söyleyebiliriz. Hikmet ve maslahat kavramları da bu anlamda, gaye olarak isimlendirilebilir. Ayrıca bir fiile terettüp eden sonuç yani gaye, o fiilin yapılma sebebi olduğu takdirde, fâile kıyasla “garaz” veya “maksûd”; fiilin kendisine kıyasla ise “illet-i gâiyye” olarak isimlendirilir. Türkçede ise “gaye” kavramı, “elde edilmesi istenen amaç” anlamında kullanılmaktadır. Bu itibarla tez başlığımız için Arapça klasik literatür açısından “garaz” kavramı daha uygun olmakla birlikte, bu mana Türkçede “gaye” kelimesiyle ifade edildiği için biz “gaye” kavramını kullanmayı tercih ettik.

⁵⁷ “Lügat açısından kendisine hiçbir fâide terettüp etmeyen fiile, abes denir. Şer’î örfte ise, abes, bir amacı bulunmakla birlikte şer’î / meşrû’ olmayan fiile; sefeh ise, hiçbir amacı olmayan fiile denir. Başka bir deyişle abes, sahîh hiçbir amacı olmayan amele denir.” Bkz. Tehânevî, *Keşşâf*, “abes” maddesi, II, 1162.

⁵⁸ Tehânevî, *Keşşâf*, “ğarad” maddesi, II, 1249-1250.

⁵⁹ Seyyid Bey, *Usûl-ü Fıkıh Dersleri Mebâhisinden İrade Kaza ve Kader*, Dersaadet, 1338, s. 244.

1.2. Modern Terminoloji

1.2.1. Sebep / Causa

“Sebep” kavramı, modern hukuk terminolojisinde, Latince *causa* tabirinin Arapça ve Türkçe karşılığı olarak kullanılmaktadır. Roma hukukuna ait bir kavram olan *causa / sebep*, Alman Pandekt Hukuk Okulu⁶⁰ sayesinde Kıta Avrupası hukukuna geçmiş ve etkisini günümüze kadar sürdürmüştür.

Batılı hukukçular, hukuki anlayış ve bakış açıları, tarihsel süreçte değişmiş olmasına rağmen; genellikle Roma hukukunun kavramlarını kullanmaya devam etmişlerdir. Bu durum bazı kavramların zamanla anlam değişmesine uğramasına neden olmuştur. Kökleri Aristo'nun sebep teorisine dayanan *causa / sebep* kavramı da bunlardan birisidir. Bu kavram, Roma hukuku ve onu takip eden dönemlerde, hukukçular tarafından bilinmekte ve kullanılmaktaydı. Fakat ona yüklenen anlam ve bu anlamın uygulamadaki karşılığı, her dönemde aynı olmamıştır. Bu durum, hukukçuları söz konusu kavram üzerinde araştırmada bulunmaya ve onunla ilgili çeşitli teoriler geliştirmeye sevk etmiştir.

Kıta Avrupası hukuk sistemi açısından hukukun temel kaynağı kanunlardır. Bu hukuk sisteminde, kanunların oluşturulması, politik bir faaliyet olarak görülürken; hukuk biliminin amacı ise mevcut kanun metinleri üzerinde inceleme yapmaktan ibarettir. Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde bulunan ülkelerin medeni kanunları, köken olarak Roma hukukuna dayanmakta ve bu kanun metinlerinde Roma hukukunun kavramları kullanılmaktadır. Roma hukuku külliyyatının temel kavramlarından birisi de *causa / sebep* terimidir. Roma hukuku metinlerinde genellikle “borcun kaynağı” anlamında kullanılan *causa / sebep*, Avrupa’da XVIII. yüzyılın sonlarından itibaren hız kazanan kodifikasyon hareketleri neticesinde hazırlanan birçok kanun metninde, sözleşmenin kurucu unsurlarından birisi olarak yer almıştır. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu, bunların başında gelir.⁶¹ Ayrıca hukuk sistemleri Fransız ekolünün çizgisinde gelişme gösteren

⁶⁰ “Ortaçağda ve Rönesanstan sonra Batı Avrupa ülkelerince iktibas edilen ve kodifikasyon hareketlerine kadar, yani XII. yüzyıldan XIX. yüzyıla dek tamamlayıcı hukuk olarak yürürlükte bulunan Roma hukuku, ortak hukuk ve daha geniş anlamıyla Pandekt hukuku olarak adlandırılır. Teknik anlamıyla, XVI. yüzyıldan itibaren, Roma hukukunun Alman kültürünün egemen olduğu ülkelerde ve toplumlarda doktrin ve uygulama yoluyla aldığı biçim için Pandekt hukuku tabiri kullanılır. Daha dar anlamda ise Pandekt hukuku denilince, XIX. yüzyılda Alman hukukçu Savigny'nin kurmuş olduğu tarihçi hukuk okulunun çalışmalarıyla ortaya çıkan Pandekt hukuk bilimi, Pandektistik anlaşılır.” Bkz. Eşref Küçük, “XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, *AÜHFD*, C. 56, sy. 4 (2007), s. 121.

⁶¹ 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nda 1131. maddede “*Herhangi bir sebebe dayanmayan veya yanlış ya da hukuka aykırı (gayrimeşru) bir sebebe dayanan yükümlülüklerin hiçbir hükmü olmaz.*”

Mısır, Irak, Suriye, Cezayir, Libya gibi Arap ülkelerinin kanunlarında da benzer bir durum mevcuttur.⁶²

XIX. yüzyılın ortalarından itibaren, Latin hukuk çevresinin merkezi sayılan Fransa'da, *causa / sebep* kavramı, tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden *bâisi (sâik)* de kapsayacak şekilde yorumlanmaya başlar. Bu durum, hukuk sistemleri ve kanun metinleri, sömürgecilik faaliyetlerinin tesiriyle Fransız ekolünün etkisi altında şekillenmiş olan diğer ülkelerdeki hukukçular üzerinde de etkili olur. Özellikle Mısır merkezli yapılan çalışmalarda bu etki, daha net bir şekilde görülmektedir. Zira hem 1875 tarihli *Karma Mısır Medeni Kanununda*⁶³ hem de 1948 tarihli yeni *Mısır Medeni*

denilmektedir. 1133. madde, bu maddeye açıklık getirmekte ve orada “*hukuka aykırı sebep*” şöyle tanımlanmaktadır. “*Bir sebep, kanunlar tarafından yasaklanmış veya örf ve adet kurallarına ya da kamu düzenine aykırı ise hukuka aykırıdır.*” Bkz. The Code Napoleon or The French Civil Code, London 1827, s. 309.

⁶² Örneğin Mısır Medeni Kanunu 136. madde şu şekildedir: “*إذا لم يكن للإلتزام سبب أو كان سببه مخالفاً لنظام العام أو / Bir yükümlülüğün sebebi olmaz veya sebebi genel kamu düzenine veya ahlaka aykırı olursa, sözleşme bâtil olur.*” Mısır Medeni Kanununda sebep kavramının tanımı yapılmış değildir. Bu nedenle kanun metninde yer alan sebep kavramının ne anlama geldiğini tespit edebilmek için doktrin ve uygulamada bu kavramın nasıl anlaşıldığına bakmak gereklidir. Senhûrî'ye göre kanun koyucunun sebep için sadece meşruiyet şartını getirmiş olması, bu kavramın “*cause impulsive / sâik-sebep*” olarak yorumlanmasını gerektirmektedir. (Senhûrî, Abdurrezzak, *el-Vasît fi şerhi 'l-kânûni 'l-medenî I-IV*, y.y. t.y., I, 381) Mısır Medeni Kanunu esas alınarak hazırlanmış olan Suriye Medeni Kanununda da sebep düşüncesi vardır. (Madde 137) Bu maddeye göre “Herhangi bir iltizamın sebebi bulunmaz veya sebebi genel kamu düzeni veya ahlaka aykırı olursa, akit batıl olur.” Mısır Medeni Kanununda olduğu Suriye Medeni Kanununda da sebebin tanımı yapılmamıştır. Yeni teorinin savunucularından olan Senhûrî'ye göre Mısır ve Suriye Medeni kanunlarında yer alan sebep kavramı, sadece tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gaye yani bâis / sâik anlamına gelmektedir. (Senhûrî, *el-Vasît*, I, 381) Bazı hukukçulara göre ise söz konusu kavram, hem klasik hem de yeni teorideki anlamlarına göre yorumlanmaya müsaittir. Buna göre madde metninde yer alan “herhangi bir iltizamın sebebi bulunmaz ise...” şeklindeki kısım, klasik teoriye göre; “sebebi genel kamu düzeni veya ahlaka aykırı olursa...” şeklindeki kısım ise yeni teoriye göre yorumlanmalıdır. Buna göre madde metninin ilk kısmında “borçlanmanın / yükümlülüğün sebebi”nden, ikinci kısmında ise “sözleşmenin sebebi”nden söz edilmektedir. [Mesûne el-Hafîb el-Hüsni, *el-Bâis ve eseruhu fi 'l-'ukûd ve 't-tasarrufât fi 'l-fikhi 'l-İslâmî*, (Basılmamış yüksek lisans tezi), Câmiatu Dimeşk Külliyyetü'ş-Şerîa, Şam 1424/2003, s. 159-160]

⁶³ 1804 tarihli *Fransız Medenî Kanunu* model alınarak hazırlanan 1875 tarihli *Karma Mısır Medenî Kanununun* en önemli özelliği, onun gibi ferdiyetçi doktrinlere yer vermesi ve genellikle subjektif kıstasları kabul etmesiydi. Ayrıca İslam hukukundan aktarılmış olan birçok kaide ve müessese bu kanun metninde yer almıştır. Dönemin siyasi şartları gereği, *Karma Mısır Medeni Kanunu*, kapitülasyon sahibi devletlerin vatandaşlarına birçok ayrıcalık tanıyordu. Nitekim sözü edilen kişiler genel olarak Mısır'da alacaklı durumunda oldukları için Karma kanunda, alacaklının haklarını himaye etme; buna karşılık borçlunun durumuyula pek ilgilenmeme şeklinde açık bir meyil göze çarpmaktadır. Mısır hükümeti 1883 yılında millî bir medenî kanun hazırlamak istemişse de bu kanun, bazı nadir ve küçük değişiklikler bir yana bırakılacak olursa, Karma kanuna dayalı olarak hazırlanmıştır. Bu nedenle Karma kanunun nitelikleri, bu kanunda da mevcuttu. Sadece kapitülasyon sahibi devletlerin vatandaşlarına uygulanan ayrıcalıklar hususunda birtakım düzenlemeler farklılık arz etmektedir. Bu iki kanun, yaklaşık yetmiş yıl Mısır'da yürürlükte kaldıktan sonra; Mısır mahkeme içtihatları, İslam hukuku ve mukayeseli hukukun kaynaklık ettiği *Yeni Mısır Medeni*

Kanununda “sebeb” akdin sıhhat şartı olarak düzenlenmiştir.⁶⁴ Bu durum, Mısırlı hukukçuları söz konusu kavramın anlamı ve yorumu üzerinde düşünmeye sevk etmiş ve neticede Fransız hukukçuların bu kavrama getirmiş oldukları yorum, Mısırlı birçok hukukçu tarafından da benimsenmiştir. Bu yorum ve anlayış, pozitif hukuk çalışmalarıyla sınırlı kalmamış ve zamanla mukayeseli İslam hukuku çalışmalarına da yansımıştır. Zira muasır İslam hukuku araştırmacılarının kazuistik bir metoda sahip olan İslam hukukunda genel teoriler elde etmek amacıyla yaptıkları çalışmalar, bu yüzyıldan itibaren büyük bir artış göstermiştir. İslam hukukunun dogmatikini⁶⁵ oluşturmak amacıyla yapılan bu çalışmalarda, özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemine ait kavramların ve teorilerin merkeze alındığı görülmektedir. İşte klasik dönemde niyet ve makâsıd kavramları etrafında incelenmiş olan uygulamaların, “sebeb teorisi”, “irade teorisi”, “beyan teorisi” vb. başlıklar altında incelendiği çalışmalar, böyle bir yaklaşımın ürünüdür.

Muasır araştırmacıların yaptığı İslam hukuku çalışmalarında, “sebeb” kelimesi, Batılı hukuk sistemlerindeki kullanımların etkisiyle, klasik dönemde sahip olduğu anlamların yanı sıra borçlar hukuku terimi olarak da kullanılmaya başlamıştır. Modern dönemde, bu kelimenin borçlar hukuku alanında kazandığı anlamlardan ilki, *hukuki muamelenin aslî /nev’i gayesi*; ikincisi ise *tarafları hukuki muamele yapmaya sevk eden şahsi gaye (bâis)* şeklindedir. Hâlbuki bu anlamlardan ilki, klasik dönemde *akdin hükmü, muktezâsı* veya *aslî maksadı* kavramlarıyla ifade edilirken; ikincisi, *niyet, kasıt ve garaz* kavramlarıyla ifade edilmekteydi. Çağdaş İslam hukuku araştırmacılarını, böyle bir yaklaşıma sevk eden şey, modern hukuktaki anlayış ve uygulamalar ile mukayese yapabilmektir. Fakat bu yaklaşımın zamanla ıstılâhî kargaşaya vesile olma ihtimali mevcuttur.

Çağdaş araştırmacılar, mukayeseli İslam hukuku araştırmalarında, “sebeb” kelimesini, hukuki bir terim olarak, *tarafların şahsi gayesi* anlamında da kullandıkları için biz tezimizin bu kısmında, söz konusu kavram üzerinde durmak istiyoruz. Bunun için

Kanunu, 16 Temmuz 1948 tarihinde kabul edilmiş ve 15 Ekim 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile Mısır millî mahkemelerinde uygulanan 28 Ekim 1883 tarihli Medenî Kanun ile karma mahkemelerde uygulanan 28 Haziran 1875 tarihli Medenî Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Soliman Morcos & Wadide Farag, “Yeni Mısır Medeni Kanunu”, çev. Coşkun Üçok, *AÜHFD*, C. 10, sy. 1-4 (1953), s. 742-754.

⁶⁴ Abdurrezzak Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd I-II*, Beyrut: Menşûratu'l-Halebiyyi'l-Hukukiyye, 1998, I, 535.

⁶⁵ Hukuk dogmatikî, belli bir konuda, belli bir ülkede, belli bir zamanda yürürlükte olan pozitif hukuk kurallarının anlamı, içeriği ve uygulanması ile ilgili sistematik açıklamalardır. Bkz. Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998, s.2.

“sebeb” kavramının Kıta Avrupası hukuk sistemi ile İslam hukukunda sahip olduğu anlamları mukayeseli bir şekilde incelemeye çalışacağız. Bu kelimenin şahsi gaye anlamında kullanılması, Avrupalı hukukçulara ait bir kullanım olduğu için Kıta Avrupası hukuk sistemini öne alacağız.

1.2.1.1. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Sebep

“Sebep” Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde bulunan Latin hukuk çevresine dâhil ülkelerin önemli bir bölümünün medeni kanunlarında, akdin kurucu unsurlarından birisi olarak düzenlenmiştir. Başta 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu olmak üzere⁶⁶, İtalya, Belçika, İspanya, Arjantin ve Şili’nin yanı sıra hukuk sistemleri Fransız ekolünün etkisinde gelişme gösteren Mısır, Irak, Suriye, Cezayir, Libya gibi Arap ülkelerinin Medeni kanunlarında bu durumu görmek mümkündür.⁶⁷ Fakat sebebin akdin kurucu unsuru olarak düzenlendiği bütün ülkelerde aynı şekilde anlaşıldığını söylemek oldukça güçtür. Bunda söz konusu kavramın tarihsel süreçte, hukukçular tarafından birden fazla fonksiyonu icra edecek şekilde kullanılmış olmasının etkisi büyüktür.

Latin hukuk çevresine dâhil olan hukuk sistemlerinin yanı sıra yine Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde bulunan Alman hukuk çevresine dâhil olan hukuk sistemlerinde de (Almanya, Avusturya, İsviçre ve Türkiye) *sebeb* kavramı mevcuttur. Fakat *sebeb* kavramına bu sistemlerde yüklenen anlam ile Latin hukuk çevresinde yüklenen anlam, farklılık arz etmektedir. Yani aynı terim, aynı geleneğe yaslanan farklı iki hukuk çevresinde zamanla farklı anlamlar kazanmıştır.⁶⁸

Hukukçular, *causa / sebeb* kavramını tanımlamak için birçok denemede bulunmuştur. Fakat *causa* kavramının tarihsel süreçte birden çok anlama gelecek şekilde

⁶⁶ 01.10.2016 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nda *causa / sebeb*, akdin kurucu unsurlarından birisi olarak düzenlenmemiştir. (md. 1128) Bu maddede sadece tarafların rızası, sözleşmenin konusu ve taraflar söz konusu edilmektedir. Bu durumun yaşanmasında Avrupa özel hukukunda görülen gelişme ve değişmelerin etkisi büyüktür. Bununla birlikte uygulamada *causa teorisinin* etkileri hâlâ devam etmektedir. Bkz. Dimitar Stoyanov, *Causa and Consideration – A Comparative Overview*, Proceedings of the International Conference “Challenges of the Knowledge Society”, Bucharest, X. Baskı, Mayıs 2016, s. 264-265.

⁶⁷ Bkz. Ernest G. Lorenzen, “Causa And Consideration In The Law Of Contracts”, *Yale Law Journal*, Vol. XXVIII (Mayıs 1919), s. 635I; Çağdaş Evrim Ergün, “Sözleşmeler Hukukunda Consideration / Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti Kavramı ve Causa / Hukuki Neden ile İşlevsel Denkliği Meselesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, sy. 4 (2004), s. 88; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 381.

⁶⁸ Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, (Gözden geçirilmiş doçentlik tezi), İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 186-189; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 21. Baskı, 2017, s. 183; Turhan Esener, *Borçlar Hukuku - Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, Ankara: AÜHFY, 1969, I, 181.

kullanılmış olması nedeniyle, bu tanımlardan hiçbiri genel kabul görmemiştir.⁶⁹ Zira bu kavram, hukuki muamelelerde “yükümlülüğün sebebi / objektif sebep / causa de la obligation” anlamında kullanıldığı gibi “sözleşmenin sebebi / sübjektif sebep / causa de la contract” anlamında da kullanılmıştır. Sebep kavramı, *yükümlülüğün sebebi* anlamında kullanıldığı zaman, hukuki işlemin objektif şartlar açısından denetimini sağlayan bir fonksiyona sahipken, *sözleşmenin sebebi* anlamında kullanıldığı zaman hukukî işlemlerde ahlakiliğin denetimini yapan bir fonksiyona sahiptir. Fransız / Latin hukuk çevresinde “sebep” kavramı her iki anlamda da kullanılmaktadır. Yani “ tarafların sözleşme ile elde etmek istedikleri objektif amaç” anlamında kullanıldığı gibi “ tarafların sözleşme ile dolaylı olarak elde etmek istedikleri sübjektif amaçlarını” kapsayacak şekilde bir kullanıma da sahiptir. Ancak Latin hukuk çevresinde, bu anlamlardan ikincisi daha yaygındır. Alman hukuk çevresi ise “sebep” kavramını, ilk anlamıyla yani “ tarafların hukuki işlem ile doğrudan doğruya ulaşmak istedikleri objektif amaç” anlamında kullanmayı tercih etmektedir.

Tezimizin bu kısmında, öncelikle Kıta Avrupası hukuk sisteminin temelini oluşturan Roma hukuku ile Kilise hukukunda; daha sonra Latin / Fransız hukuk çevresi ile Alman hukuk çevresinde *causa / sebep* kavramına yüklenen anlamlara kısaca değinmek istiyoruz.

1.2.1.1.1. Roma Hukukunda Sebep

Hukuk bilimi hakkında araştırmalarda bulunan yazarlar, *causa / sebep* kavramının kökenini, Roma hukukuna⁷⁰ dayandırmaktadırlar.⁷¹ Onlara göre bu kavram, Roma hukukunda birden çok anlamda kullanılmaktaydı. Fakat bunlar, modern borçlar hukukunda *causa* kavramına yüklenen manalardan farklılık arz etmekteydi.⁷² Bu nedenle “Corpus Juris Civilis” olarak da isimlendirilen Roma hukuku metinlerinden genel bir *causa / sebep teorisi* oluşturmak mümkün değildir.⁷³

⁶⁹ Lorenzen, *Causa*, s. 630-631.

⁷⁰ “Roma hukuku” kavramıyla Roma şehrinin kuruluş tarihi olarak kabul edilen M.Ö. 753 yılından, Doğu Roma İmparatoru Iustinianus’un ölümüne kadar geçen süre zarfında Roma egemenliği altındaki topraklarda uygulanmış hukuk veya Corpus Iuris Civilis kaynaklı hukuk kastedilmektedir.

⁷¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York: Oxford University Press, II. Baskı, 1996, s. 549.

⁷² Stoyanov, *Causa and Consideration*, s. 255.

⁷³ Lorenzen, *Causa*, s. 630.

Modern anlayışın aksine Romalı hukukçular, *sebebi /causa* sözleşmelerin geçerliliği için gerekli temel bir şart olarak kabul etmiyorlardı. Roma hukukunda, *causa* kavramından söz edildiğinde genellikle bir sözleşmenin doğmasına yol açan bir ibarenin söylenmesi, bir şeyin teslimi vs. gibi fiillerin anlaşıldığı söylenebilir. Diğer bir deyişle Roma hukukçuları bu kavramı, *gâi sebep / cause finale*⁷⁴ anlamında değil, *müessir sebep / cause efficiente* anlamında kullanmaktaydı.⁷⁵

Roma hukukunda *causa* kavramının, *müessir sebep* anlamında kullanılması, esasında bu hukuk sistemine şekliliğin hâkim olmasından kaynaklanmaktadır. Sözleşmelerde şeklin etkisi azalıp iradenin etkisi artmaya başlayınca, *causa* kavramının da anlamı değişmeye başlamış ve bu kavram zamanla *gâi sebep* anlamını kazanmıştır. Fakat *causa / sebep* kavramına Roma hukukunda yüklenen *gâi* anlam, hukuki muamelenin nev'î gayesiyle sınırlı kalmıştır. Bu kavramın taraf veya tarafların şahsi gayesi anlamını kazanıp bu yönde gelişme göstermesi ise kilise hukukçuları sayesinde olmuştur.⁷⁶

1.2.1.1.2. Kanonik Hukukta Sebep

Temelleri Roma hukukuna dayanmasına rağmen, *causa* kavramının doktriner gelişimi kilise hukukçuları sayesinde olmuştur. Dini ve ahlaki değerlerin hukuk alanında da etkili olmasına önem veren kilise hukukçuları, *causa* kavramının, *gâi sebep / causa finale* yönünde gelişmesini sağlamıştır. Böylece kanonist hukukçular, Roma hukukunun dar ve teknik sebep anlayışına, dini ve ahlaki boyutlar getirmişlerdir.⁷⁷ Nitekim sözleşmeler hukuku alanında, kilise hukukçuları, temel iki prensibe bağlı kalmışlardır. Bu prensiplerden ilki ahde vefa göstermenin gerekliliği, ikincisi ise amacı itibariyle meşru olmayan sözleşmelerin ifasının câiz olmayışı prensibidir.⁷⁸

Kanonist hukukçulara göre ahde vefa prensibi, bir kimsenin kendi taahhüdüyle yükümlü olmasını gerektirir. Bu prensip, sözleşmeler hukuku alanında *iradenin muhtariyeti prensibiyle* birlikte, iradeye özgürlük tanımış ve sözleşmelerin kurulmasında şeklin etkisini asgariye indirmiştir. Onlara göre sözleşmeye ilzâmi kuvvetini veren şey

⁷⁴ Burada kastedilen mana sâik değildir. Tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri ilk gaye anlamında *objektif sebep* kastedilmektedir.

⁷⁵ Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 180; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 346; Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 75.

⁷⁶ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 346.

⁷⁷ Lorenzen, *Causa*, s. 631; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 348; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku I-III*, İstanbul: İz Yayıncılık, IV. Baskı, 2006, II, 231.

⁷⁸ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 348.

şekil değil, tarafların iradesidir. Fakat iradeye tanınan bu özgürlük, mutlak değildir. Kanonist hukukçulara göre bir kişinin meşru olmayan bir fiili yapması câiz olmadığı gibi meşru olmayan bir amacı gerçekleştirmeye yönelik sözleşme yapması da câiz değildir. Onlara göre irade, yönelmiş olduğu gayeden bağımsız düşünülemez. İradenin yönelmiş olduğu gaye ise tarafları akit yapmaya sevk eden sebeptir. Bu sebep gayrimeşru olduğu takdirde, sözleşme batıl olur. Böylece kilise hukukçuları, iradeyi şekil şartlarından tecrit etmiş fakat onu yönelmiş olduğu gaye ile kayıt altına almışlardır. Romalı hukukçuların objektif ve katı sebep anlayışlarının aksine, “sözleşmenin sebebi”⁷⁹ kavramını gündeme getirerek, sebebi sübjektif ve değişken bir forma sokmuşlardır.⁸⁰

1.2.1.1.3. Fransız Hukukunda Sebep

Sebep konusunda Fransız hukukunda biri klasik, diğeri modern olmak üzere iki teori mevcuttur.

1.2.1.1.3.1. Klasik Sebep Teorisi

Fransız hukukundaki klasik sebep teorisinin temelleri, Roma hukukuna ilişkin dağınık bilgileri sistemleştirmeye dönük çalışmalarıyla bilinen Fransız hukukçu Jean Domat’a (ö. 1696) dayandırılmaktadır. Jean Domat’ın fikirleri, Robert Joseph Pothier (ö. 1772) tarafından kabul edilmiş ve bu fikirler, onun kanalıyla, Napolyon kanunlarını etkilemiştir. Neticede Fransız hukukunun karakteristik kavramlarından biri olan *causa / sebep*, Code Civil’de yerini almıştır.⁸¹

Hukukçular, Jean Domat ve Robert Pothier tarafından geliştirilmiş olan *klasik sebep teorisinin* esasını teşkil eden prensiplerin klasik Roma hukukunda olup olmadığı hususunda ikiye ayrılmıştır. Bazı yazarlar klasik Roma hukukuna hâkim olan şeklîlik sebebiyle böylesine soyut bir teorinin temel prensiplerinin, bu hukuk sisteminde bulunmadığını iddia ederken;⁸² bazıları ise bulunduğunu savunmaktadır.⁸³ Bu yazarlar,

⁷⁹ “Sözleşmenin sebebi, tarafların daha uzak ve ikinci derecedeki amaçları olup onları akit yapmaya sevk eden sâik anlamına gelmektedir. Daha kapsamlı bir şekilde “hukuki muamelenin sebebi” veya “hukuki muamelenin yapılmasının sâiki” olarak da isimlendirilebilir.” Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 102.

⁸⁰ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 348; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 13; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 231-232.

⁸¹ Lorenzen, *Causa*, s. 632.

⁸² Samuel Peterson, “The Evolution of “Causa” in the Contractual Obligations of the Civil Law”, *Bulletin of the University of Texas*, sy. 46 (1905), s. 39; Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 537.

⁸³ Lorenzen, *Causa*, s. 630; Stoyanov, *Causa and Consideration*, s. 255.

Roma Hukuku Külliyyatının ikinci bölümünü teşkil eden *Digesta*'da⁸⁴ (D.15.1.49.2) “sözleşmelerin ifa edilmesinin sebebi / reason for the enforcement of contracts” anlamında kullanılan “*causa civilis*” kavramının *klasik sebep teorisinin* esasını teşkil ettiğini düşünmektedir.⁸⁵

Klasik bakış açısına göre *causa* kavramı, “inşâi sebep / *cause efficiente*”, “kasdî sebep / *cause finale*” ve “sâik sebep / *cause impulsive / cause occasionnelle*” olmak üzere, üç farklı anlamda kullanılmaktadır. Fakat sebep kavramı, mutlak olarak kullanıldığı zaman, *kasdî sebep / cause finale* anlamına gelir. Diğer anlamlarda kullanıldığında bunun belirtilmesi gerekir.⁸⁶

1.2.1.1.3.1.1. Cause Efficiente / Müessir Sebep

Klasik teoride *cause efficiente*⁸⁷ kavramıyla, borcu doğuran sebep, yani borcun kaynağı⁸⁸ kastedilmektedir. Bu kavram tam çevirisiyle *müessir sebep* olarak isimlendirildiği gibi tanımında yer alan borcu inşâ edici özelliğinden dolayı *inşâi sebep* olarak da isimlendirilmektedir. Bu tanıma göre herhangi bir borç ilişkisini doğuran hukukî olaya,⁸⁹ *cause efficiente* denildiğini söyleyebiliriz. Bu açıdan tek taraflı hukukî

⁸⁴ *Digesta*, klasik devir denilen ve M.Ö. 100 ile M.S. 250 yılları arasındaki yaklaşık üç yüz elli yıllık süreçte, devrin Roma hukukçularının ortaya koymuş olduğu yazıların özetinin toplandığı esere verilen isimdir. *Corpus Juris Civilis*'in ikinci kısmını teşkil eder. M.S. 533 yılında neşredilmiştir. *Digesta*'daki özetlerde, teorik hukuka ait açıklamaların aksine şahsi hukuk olayları hakkındaki hükümler çoğunluktadır. Bunların önemli bir kısmını dönemin hukukçularına, görüşlerini açıklamaları için sunulan olaylar teşkil etmektedir. Bkz. Paul Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 3.

⁸⁵ Lorenzen, *Causa*, s. 625; Daruvala, *The Doctrine of Consideration*, s. 364-365.

⁸⁶ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 356; Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 544.

⁸⁷ İslam hukukunda da “sebep” kelimesi mutlak olarak kullanıldığı zaman bu mana anlaşılır. Fakihler, her akdın, kendisinden doğacak netice ve hükümlerin sebebi olduğunu söylemişlerdir. Bkz. Ali el-Hafîf, *et-Tasarrufü'l-infirâdî ve'l-İradetü'l-münferide*, Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1430/2009, s. 77.

⁸⁸ Borçların kaynakları çeşitli açılardan tasnife tabi tutulmaktadır. Sistematik Borçlar Hukuku kaynaklarında genellikle borcun meydana gelmesinde iradenin etkisi bakımından yapılan tasnif esas alınır. Buna göre borcun kaynakları; “borcun doğmasının iradeye bağlı olduğu haller” ve “borcun doğmasının iradeye bağlı olmadığı haller” olmak üzere iki ana kategoriye ayrılabilir. Bunlardan ilki kendi içinde, “tek taraflı iradeden doğan borçlar”, “akitten doğan borçlar” ve haksız fiilden doğan borçlar olmak üzere üç kısma; ikincisi ise “haklı bir sebep olmaksızın meydana gelen borçlar” ve “kanunun yüklediği borçlar” olmak üzere iki kısma ayrılabilir. Teorik kaynaklardaki bu kategorizasyonun kanunlardaki yansımaya bakıldığında, örneğin Türk Borçlar Kanunu'na göre borcun kaynakları; “hukuki işlem”, “haksız fiil” ve “sebepsiz zenginleşme” olmak üzere üç tanedir. Fransız Medeni Kanunu ve onu takip eden diğer hukuk sistemlerinde ise borcun kaynakları; “münferit irade”, “akit”, “haksız fiil”, “sebepsiz zenginleşme” ve “kanun” olmak üzere beş kategoride ele alınmaktadır. Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 5.

⁸⁹ Hukuk düzeninin kendisine hukukî bir sonuç bağladığı olaylara, hukuki olay denir. Hukuki olaylar, meydana gelmesinde beşerî iradenin etkili olup olmamasına göre “tabii olaylar” ve “insan davranışları” olmak üzere ikiye ayrılır. İnsan iradesine bağlı olmadan meydana gelen olaylara “tabii olaylar” denir ve

tasarruflar ve akit, borcun kaynağı anlamında sebeptir. “Sebepsiz zenginleşme” ifadesindeki sebep tabiri de bu anlamda kullanılmaktadır.⁹⁰

1.2.1.1.3.1.2. Cause Impulsive / Sübjektif Sebep

Klasik teoriye göre *causa / sebep* kavramı bazen bir kimseyi hukuki tasarrufta bulunmaya sevk eden şahsi gaye yani *bâis / sâik* anlamında da kullanılır. Diğer bir deyişle akdin taraflarının ulaşmaya çalıştıkları uzak gaye (*causa remota*) de hukukçular tarafından *causa* kavramıyla ifade edilmiştir. Buna *sübjektif sebep* de denir. Sebep kavramı bu anlamıyla, kilise hukukçularının kullandığı *sözleşmenin sebebi* tabirine denktir. Bu anlamda kullanılan sebebin üç temel özelliği vardır. Bunlar, akdin dışında olması, değişken olması ve sübjektif bir niteliğe sahip olmasıdır.⁹¹

Klasik teoriye göre tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gayenin diğer bir deyişle *sâikin / bâis* akdin kurulmasında bir etkisi olmadığı gibi tarafların akit sebebiyle yüklenmiş oldukları edimin ifası üzerinde de bir etkisi yoktur. Bu nedenle söz konusu *sâik / bâis*, genel kamu düzenine ve ahlaka aykırı olsa bile akit geçerli olur. Zira tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gaye, değişken ve çok çeşitli olduğu için birtakım sınırlandırmalara tabi tutularak zapturapt altına alınması hukuki açıdan mümkün değildir. Bu nedenle onun, borcun ne oluşması ve ne de ifası üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.⁹²

1.2.1.1.3.1.3. Cause Finale / Objektif Sebep

Klasik teoriye göre *causa / sebep* kavramının kullanıldığı anlamlardan bir diğeri kasdî sebeptir. “Kasdi sebep” tabiri ile hukuki muameleyi yapan taraf veya tarafların ulaşmak istediği doğrudan gaye (*fin directe*) veya ilk amaç (*but immediat*) kastedilir. Kasdî sebebe, *objektif sebep* denildiği gibi bunun için *borcun sebebi (causa de*

bunlardan hukukî sonuç doğuranları hukukî olay kapsamında değerlendirilir. İnsan iradesiyle meydana gelen olaylara ise “insan davranışları” denir. İnsanın bütün davranışları değil sadece hukukî sonuç meydana getiren davranışları hukukun ilgi alanına girer. İnsan iradesinin sonucu olarak meydana gelip hukuku ilgilendiren davranışlar kendi arasında “hukukî fiiller” ve “hukukî işlemler” olmak üzere ikiye ayrılır. Hukukî fiiller ise kendi içinde “hukuka uygun fiiller” ve “hukuka aykırı / haksız fiiller” olmak üzere iki kısma ayrılır. Hukukî işlem ise bir veya birden çok kimsenin hukukî bir sonuca yönelttikleri irade beyanı olarak tanımlanmaktadır.

⁹⁰ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 356; Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 544.

⁹¹ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 356; Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 545.

⁹² Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 545-546.

l'obligation) kavramı da kullanılır.⁹³ Alman hukuk çevresindeki *kazandırmanın (kazandırıcı işlemin) sebebi* tabiri de aynı anlamda kullanılmaktadır.⁹⁴

Daha önce belirttiğimiz üzere *causa* kavramının *gâî sebep / cause finale* anlamında gelişme göstermesi kilise hukukçuları sayesinde olmuştu. Jean Domat ise kilise hukukçularının aksine, *causa / sebep* kavramını, Roma hukukunda sahip olduğu katı ve objektif forma geri götürmüş ve borcun sebebi (*causa de l'obligtion*)⁹⁵ kavramını gündeme getirmiştir. Ona göre bütün akitlerde bir sebebin bulunması şarttır. Jean Domat, sebeple ilişkisi bakımından, karşılıklı borç doğuran akitler, aynî akitler (real akit) ve ıvazsız akitlerin arasını ayırmıştır. Ona göre karşılıklı borç doğuran akitlerde, taraflardan birinin borçlanması sebebi, karşı tarafın borçlanmasıdır. Aynî akitlerde, icra edilmesi gereken yükümlülüğün sebebi, karşı tarafın yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasıdır. Tek taraf için borç doğuran ıvazsız akitlerde ise yükümlülüğün sebebi, borçlanan kişinin taahhüt ve niyetidir.⁹⁶

Bunu daha sistematik olarak şöyle de ifade edebiliriz: Klasik teoriye göre *causa / sebep*, farklı akit türlerinde farklı şekillerde ortaya çıkar. Bu anlayışa göre akitler, “karşılıklı borç doğuran akitler”, “tek taraf için borç doğuran akitler” ve “teberru akitleri” olmak üzere üç kısma ayrılır:

1. Karşılıklı borç doğuran alım-satım, icare, şirket vs. akitlerde taraflardan birinin yüklendiği borcun sebebi, karşı tarafın yüklendiği borçtur. Buna göre örneğin satım akdinde satıcının malı teslim yükümlülüğünün sebebi, müşteriden bedeli almış olmasıdır. Müşterinin semeni verme yükümlülüğünün sebebi ise malın mülkiyetini elde etmiş olmasıdır. Bu iki yükümlülük birbirine bağlı olarak ortaya çıkar.⁹⁷

2. Tek taraf için borç doğuran ariyet, vedâ, rehin vs. gibi akitlerde, bir kimsenin ödünç, emanet veya rehin olarak elinde bulundurduğu malı teslim etme yükümlülüğünün sebebi, akdın mahalli olan şeyi daha önce teslim almış olmasıdır. Çünkü bu kimse, ödünç, emanet veya rehin olarak elinde bulundurduğu şeyi teslim etmekle yükümlüdür.⁹⁸

⁹³ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 356-357; Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 546; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 16; Ali el-Hafif, *et-Tasarrufu'l-infirâdî*, s. 77.

⁹⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 183; Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 181.

⁹⁵ “Akdin taraflarının elde etmek istediği ilk gaye, borcun sebebi olarak isimlendirilir.” Bkz. Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 102.

⁹⁶ Lorenzen, *Causa*, s. 632; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 351; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 15.

⁹⁷ Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 546; Ali el-Hafif, *et-Tasarrufu'l-infirâdî*, s. 77.

⁹⁸ Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 547.

3. Teberru akitlerinde ise sebep, başışçının teberru niyeti ve onu gerçekleştirme arzusudur.⁹⁹

Klasik teoriye göre *causa / sebep* kavramı, sadece teberru akitlerinde tarafların şahsi niyet ve gayesi anlamındaki bâis ile yakın bir alakaya sahiptir. Karşılıklı olarak veya tek taraf için borç doğuran akitlerde ise tarafların şahsi niyet ve gayesi anlamındaki sebebin dolayısıyla bâisin hiçbir etkisi yoktur. Bu akit türlerinde sebep, objektif anlamda kullanılmaktadır. Bu anlayışa göre borç doğuran bütün akit çeşitlerinde ve teberru akitlerinde sebep tektir. Bu anlamıyla sebep, akdin bizzat içindedir. Bu nedenle akdin dışında aranmaz.¹⁰⁰

Klasik teoriye göre sözleşmeler hukuku alanında iradenin muhtariyeti prensibi geçerlidir. Bu prensibe göre insanlar diledikleri hukuki muameleyi özgürce kurabilirler. Fakat iradeye tanınan bu özgürlük sınırsız değildir. Bu nedenle hukuki muamelenin temelini oluşturan sebebin, bazı şartları taşıması gereklidir. Aksi takdirde geçersiz olur. Latin hukuk çevresine göre bir hukuki muamelenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için sebebin *mevcut, sahih ve meşru* olması şarttır. Bu düşünce 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununun 1108, 1131 ve 1133. maddelerinde kendisine yer bulmuştur.¹⁰¹

1. Sebebin Mevcut Olması

Klasik bakış açısına göre sebebin, akdin meydana gelmesinden, karşılıklı yükümlülüklerin ifa edilmesine kadar mevcut olması gerekir. Buna göre akit kurulurken sebep mevcut olduğu halde, ifası esnasında mevcut olmazsa, yükümlülük düşer. Bu prensip özellikle karşılıklı borç doğuran akitler üzerinde çok etkilidir. Buna göre taraflardan biri, yükümlüğünü yerine getirmediği takdirde; diğer taraf, yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir veya akdin feshini talep edebilir. Ayrıca taraflardan birinin yükümlülüğünü yerine getirmesi imkânsız olduğu takdirde, diğer tarafın yükümlülüğü de düşer. Örneğin bir satım akdi yapıldıktan sonra doğal afet vs. gibi herhangi bir nedenle taraflar ifaya güç yetiremeyecek olursa, söz konusu akit, sebebi mevcut olmadığı için feshedilir.¹⁰²

⁹⁹ Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 547; Ali el-Haffî, *et-Tasarrufu'l-infirâdî*, s. 77.

¹⁰⁰ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 356-357; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 16.

¹⁰¹ Bkz. The Code Napoleon or The French Civil Code, London 1827, s. 309.

¹⁰² Senhûrî, *el-Vasît*, I, 358; Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 550. İslam hukukunda benzer bir anlayış vardır. Örneğin akdin gereğini yerine getirmeyi engelleyen bir durum ortaya çıktığı takdirde kira akdi feshedilebilir. Düğünde yemek yapmak üzere bir aşçıyla hizmet sözleşmesi yapıldıktan sonra gelin ile damattan biri vefat ettiği takdirde; çocuğu emzirmek üzere bir kadınla hizmet sözleşmesi yapıldıktan sonra çocuk veya emziren kadın vefat ettiği takdirde söz konusu sözleşmeler ifanın imkânsız hale gelmesi

2. Sebebin Sahih Olması

Klasik teoriye göre sebebin mevcut olmasının yanı sıra sahih yani geçerli olması da gereklidir. Buna göre geçerli bir sebebi olmayan bir ittifak herhangi bir borç doğurmaz. Klasik teoride sebebin sahih olmaması ise iki şeyden kaynaklanabilir. Bunlardan ilki “hata” ikincisi ise “muvazaa” durumudur. Örneğin bir kimse kendisiyle birlikte mirasçı olduğunu zannettiği diğer bir şahsa, miras hissesinden vaz geçmesi için bir meblağ vermiş olsa, bu tehâruc işlemi, sebebi vehme dayalı olduğu için bâtıldır.¹⁰³

3. Sebebin Meşru Olması

Klasik teoriye göre bir hukuki muamelenin geçerli bir şekilde meydana gelebilmesi için sebebinin mevcut ve sahih olmasının yanı sıra meşru olması da gereklidir. Sebebin meşru olması ise emredici hukuk kurallarına, genel kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmaması anlamına gelmektedir.

Sebebin için öngörülen bu şartlar, zaman zaman onun sözleşmenin mahalli / konusu ile karıştırılmasına neden olmaktadır. Hâlbuki hukuki açıdan mahallin meşru olması ile sebebin meşru olması birbirinden farklı şartlardır. Örneğin bir kimse diğerine suç işlememesi karşılığında bir miktar para vermeyi taahhüt ettiği takdirde, her bir tarafın yerine getirmekle yükümlü olduğu edim, özünde meşru olmasına rağmen, bunların birbirine akdî bir bağ ile bağlanmaları diğer bir deyişle bu edimlerin birbirlerinin sebebi olmaları, hukuki açıdan meşru kabul edilmez. Zira böyle bir akitte taraflardan birinin suç işlememe yükümlülüğünün sebebi, diğer tarafın nakit verme yükümlülüğüdür. Bunlar birbirinden ayrı düşünüldüğünde özünde meşru olmalarına rağmen, birbirlerinin sebebi olmaları, hukuka aykırı dolayısıyla gayrimeşrudur. Benzer şekilde bir kimsenin yapmakla

nedeniyle feshedilebilir. (Mecelle, md. 443) Mâlikî kaynaklarında şöyle bir mesele zikredilmektedir: “Bir adam karısından beş yıl sonra ödemek üzere 30 dinar borç alır ve aradan bir buçuk yıl geçtikten sonra kadını boşar. Kadın bunun üzerine mahkemeye başvurur ve borcunun vadesinin düşürülerek ödenmesini talep eder. Hâkim de bu meseleyi Kurtuba müşavirler meclisine taşır. İbn Attâb, bu meseleyi, açık bir şekilde söylenmemiş olsa da kadının söz konusu borcu evlilik bağını sürdürmek maksadıyla verdiği ve evlilik bağının sona ermesi sebebiyle, borcun vadesinde ödenmesini gerektiren sebebin kalmadığı gerekçesiyle kadının maslahatı doğrultusunda ve onun lehine karara bağlamıştır.” Bkz. İbn Ferhûn, Ebu'l-Vefâ (Ebû İshâk) Burhânüddîn İbrâhîm b. Alî b. Muhammed el-Ceyyânî el-Medenî (ö. 799/1397), *Tebşiratu'l-hükkâm fî usûli'l-akziye ve menâhici'l-ahkâm I-II*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiye, 1423/2003, II, 68. Benzer bir yaklaşım Hanbelî mezhebinde de mevcuttur. Ahmed b. Hanbel'e göre kocası talep ettiği için mihrini kocasına hibe eden bir kadının, kocası kendisini boşadığı takdirde hibeden dönme hakkı vardır. Çünkü söz konusu hibenin sebebi, nikâh bağını devam ettirmektir. Söz konusu sebep, talak ile birlikte ortadan kalkmıştır. [İbn Receb, Ebu'l-Ferec Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Abdurrahmân Receb el-Bağdâdî ed-Dimaşkî (ö. 795/1393), *Takrîru'l-kavâ'id ve tahrîru'l-fevâid I-III*, thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Hasen Âli Selmân, Dâru İbn Affân, III, 100. (150. Kâide)]

¹⁰³ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 359-360.

yükümlü olduğu bir vazife için ücret alması da hukuka aykırı bir işlemdir. Zira böyle bir hizmet akdinde tarafların karşılıklı olarak yüklendiği edimlerin her biri, bağımsız düşünüldüğü takdirde meşru olmasına rağmen, bunların birbirinin sebebi olması, hukuka aykırıdır. Keza bir kimsenin, diğer bir şahsa suç işlemesi karşılığında, para vermeyi taahhüt etmesi de benzer bir durumdur. Bu taahhüt hem konusu hem de sebebi, gayrimeşru olduğu için hukuken geçersiz kabul edilir.¹⁰⁴

Senhûrî'ye göre klasik teoride sebebin meşruiyetinin yani genel kamu düzeni ve ahlaka aykırı olmamasının şart koşulması, toplumu bireyden gelebilecek zararlara karşı himaye ederken; sebebin sahih olmasının şart koşulması ise bireyi ikrah, hile, hata, nisyan ve hezl gibi irade ayıpları karşısında himaye etmektedir. Bu yönüyle *klasik sebep teorisi*, hem cemiyeti hem de ferdi koruma altına almayı hedeflemektedir.¹⁰⁵

1.2.1.1.3.2. Modern Sebep Teorisi

Fransız öğretilerinde *causa / sebep* kavramına klasik teoride yüklenen “borcun / yükümlülüğün sebebi” şeklindeki anlam birçok tartışmalara neden olmuştur. Causaliste ve anticausaliste olarak isimlendirilen taraflar, karşılıklı olarak birbirlerinin zayıf noktalarını bulmaya çalışmışlardır.¹⁰⁶ “Sebep” kavramına karşı çıkan hukukçuların bazıları, genel olarak sebep kavramının gereksizliği görüşündeydiler. Bazıları ise “borçlanma sebebi” kavramına karşı olmayıp sadece “sözleşmenin sebebi” veya daha geniş anlamda hukuki muamelenin sebebi diye adlandırılacak kavrama karşı çıkıyorlardı.¹⁰⁷ Özellikle Marcel Planiol (ö. 1931), Domat ve Pothier'in klasik nazariyesine mantıksız ve faydasız olduğu gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Ona göre iki tarafa borç yükleyen akitlerde, taraflardan birinin borcunun sebebinin, diğer tarafın borcu olabilmesi için akitten doğan müteakbil borçlardan her birinin diğerinden önce doğmuş olması gereklidir. Hâlbuki bu borçlar aynı zamanda doğmaktadır.¹⁰⁸

Fransız kazai içtihadı ise bu tartışmalardan uzak kalmış ve sebep kavramını, tarafları hukuki muameleyi yapmaya sevk eden sâiki de kapsayacak şekilde yani “sözleşmenin sebebi” olarak yorumlamayı tercih etmiştir. “Sözleşmenin sebebi”

¹⁰⁴ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 360-361; Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 554.

¹⁰⁵ Senhûrî, *el-Vasît*, 339-340.

¹⁰⁶ Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 558.

¹⁰⁷ Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 184-186. Söz konusu itirazlar ve verilen cevaplar için bkz. Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 558-569.

¹⁰⁸ Lorensen, *Causa*, s. 633; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 362-363; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 235.

kavramının, Fransız hukukunda yüzyıllara dayanan bir geleneği vardır. Fransız mahkeme içtihatları yoluyla bu kavramın benimsenmiş olması, uygulamada hukuk ile ahlakın birbiriyle uyum içinde olmasına hizmet etmiş ve yararlı olmuştur.¹⁰⁹ Bu anlayışa göre tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sebep, genel kamu düzenine, ahlaka ve emredici hukuk kurallarına aykırı olduğu takdirde, sözleşme hukuka aykırı kabul edilir ve bu durum, söz konusu muamelenin bâtil olmasına neden olur.¹¹⁰ Klasik teoride ise hâkime tarafları akit yapmaya sevk eden sâiklerin ahlaka uygun ve meşru olup olmadığının araştırılması görev ve yetkisini tanınmıyordu. Mahkeme içtihatları, sözleşmenin yapılmasında etkili olan belirleyici sâik ile causa arasında klasik teoride mevcut olan engelleri ortadan kaldırarak causa / sebep kavramının esnek bir yapıya kavuşmasını sağlamış ve uygulamada karşılığı olan bir hukuk teorisi oluşturmuşlardır.¹¹¹ Bu genişleme, dar anlamda konusu ahlaka aykırı sayılmayacak olan birçok hukuki muamelenin daha etkin bir ahlaki denetimden geçirilebilmesini ve sonuçta geçersiz sayılmasını sağlamıştır.¹¹²

Esasında Fransız kazâi içtihadı tarafından causa / sebep kavramının bu şekilde yorumlanmasında, *iradenin muhtariyeti* prensibinin ortaya çıkarmış olduğu hukuki problemleri çözme kaygısı yatmaktadır. XVII. ve XVIII. asırlarda hâkim olan rasyonalist felsefe ile bu felsefi düşüncenin hukuk sahasındaki tesirleriyle oluşan tabii hukuk düşüncesinin bir neticesi olan ve Fransız ihtilali ile zirvesine erişen liberal ekonomi anlayışıyla kuvvetlenen ve felsefi sahada Kant'ın irade nazariyesi ile desteklenen bu prensibe göre, tabiatı icabı hür ve eşit olan insanların ancak kendi iradeleri ile bağlanmaları, borç altına girmeleri mümkündür. Borcu meydana getiren, tadil eden, devreden ve ıskat eden insan iradesidir.¹¹³ Fakat insan iradesine tanınan bu hürriyet, borçlar hukuku sahasında ferdin menfaati karşısında, toplumsal menfaatinin ötelenmesine neden olmuştur. Bu nedenle ferde mutlak özgürlük tanıyan felsefi görüşler, zamanla borçlar hukuku alanında etkisini yitirmiş ve sosyal temayüllerin etkisiyle ferdi iradenin, müşterek menfaate uyması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmeye başlanmıştır. XIX. asrın ikinci yarısından itibaren liberal teorinin gerilemeye başlaması ve bunun yerini

¹⁰⁹ Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 187.

¹¹⁰ Senhûrî, *Nazarîyyetü'l-akd*, I, 558.

¹¹¹ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 369.

¹¹² Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 182; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 355.

¹¹³ Hasan Erman, "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 38, sy. 1-4 (1973), s. 602.

sosyal teorilerin doldurmaya başlamasıyla, bu durumun borçlar hukukundaki etkileri, akit serbestisi düşüncesinde görülmüş ve iradenin bazı sınırlamalara tabi tutulması gündeme gelmiştir. İşte tarafları borçlanmaya sevk eden hukuka ve ahlaka aykırı sâikin, Batılı hukukçular tarafından akitler üzerinde etkili görülmeğe başlanması böyle bir sürecin neticesidir. Onlara göre akde ilzâmi kuvvetini veren şey iradedir. Fakat irade, kendisini harekete geçiren sâikten ve yönelmiş olduğu gayeden bağımsız düşünülemez. Bu nedenle iradeyi harekete geçiren sâikin meşru olması gerektiği gibi iradenin yönelmiş olduğu gayenin de kanuna, genel kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmaması gereklidir.¹¹⁴

Fransız kazai içtihadı, bu sayede kilise hukukçularının benimsemiş olduğu sebep anlayışına geri dönülmesini sağlamıştır. *Causa / sebep* kavramının tarafları sözleşme yapmaya sevk eden şahsi gaye anlamındaki yorumunu, mütekâmil ve doğru bir yorum olarak kabul eden Senhûrî'ye göre Fransız mahkemeleri, sebep düşüncesinin tekâmül sürecinde Domat'ın yaptığı kesintiye telafi etmiştir.¹¹⁵

Fransız Mahkemeleri, klasik teori açısından sebebi meşru olan bazı muameleleri, yeni teori açısından sebebi gayrimeşru olduğu için iptal etmiştir. Örneğin evli bir kadına sevgilisiyle birlikte kaçabilmesi için ödünç verilmesi; bir kumarbaza, kumara devam etmesini sağlamak için ödünç verilmesi; kumarhane olarak veya fuhuş için kullanılmak üzere evin kiralanması Fransız Mahkemeleri tarafından ahlaka aykırı kabul edilmiş ve söz konusu hukuki muameleler, mahkeme kararıyla iptal edilmiştir.¹¹⁶ Örneklerde zikredilen ödünç ve kira muamelelerinin klasik teori açısından sebebi (objektif sebep) hem sahih hem de meşrudur. Buna rağmen, yeni teoriye göre sebebi (sübjektif sebep) ahlaka aykırı olduğu için iptal edilmişlerdir.

Beşerî iradeyi hukuki bir tasarrufta bulunma yönünde harekete geçiren kişisel duygu ve düşünceler çok çeşitli olabilir. Örneğin bir evi satın alan kimsenin bundan maksadı orada oturmak, kiraya vererek gelir sağlamak, işyeri olarak kullanmak, kumarhane yapmak veya randevu evi olarak değerlendirmek olabilir. Bunların arasında hukuka ve ahlaka uygun olanlar olduğu gibi aykırı olanlar da mevcuttur. Ayrıca herhangi bir hukuki tasarrufta bulunan bir şahıs, aynı anda birden çok duygu ve düşüncenin etkisi altında kalabilir. Bunların bir kısmı başat konumda olup iradesini doğrudan etkiler. Diğer kısmı ise ikincil planda kalır. Sebep kavramını yöneltici ve belirleyici sâiki de kapsayacak

¹¹⁴ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 369-370.

¹¹⁵ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 366.

¹¹⁶ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 31; Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 183-184.

şekilde geniş bir yoruma tabi tutan hukukçular açısından, bunlardan hangisinin beşerî iradeyi doğrudan etkileyerek hukuki tasarrufta bulunmaya sevk ettiğinin tespit edilmesi önem taşımaktadır. Nitekim bu görüşteki hukukçulara göre hukuki değerlendirmede dikkate alınması gereken saik, başat konumda olan ve iradeyi harekete geçiren sâiktir. Söz konusu niteliklere sahip sâik, tespit edilmesi durumunda, hukuki muamelenin sonuçları üzerinde etkili olur.¹¹⁷ Hangi şartlarda etkili olacağı hususu ise hukukçular arasında ihtilafıdır. Zira özünde gayr-ı munzabıt olan sâiki, her durumda dikkate almak, hukuki muamelelere duyulan güvenin zedelenmesine ve hukuki istikrarın sarsılmasına neden olur. Bu ise hukukun, nizam ve emniyet fonksiyonlarını yerine getirememesi anlamına gelir. Modern teoriyi benimseyen hukukçular, bu problemi çözmek için birkaç farklı öneri sunmuşlardır:

Öncelikle yeni teoriyi savunan bütün hukukçular, taraflardan birini sözleşme yapmaya sevk eden sebep, karşı tarafça bilinmediği zaman, bunun hukuki değerlendirmede dikkate alınmaması gerektiği hususunda hemfikirdir. Aksi takdirde taraflardan herhangi biri, sözleşme yapılırken hukuka veya ahlaka aykırı amacı olduğunu iddia ederek yükümlülükten kurtulmayı talep edebilir. Bu problemi çözebilmek hukukçular birtakım öneriler sunmuş ve kıstaslar belirlemişlerdir.

Bazı hukukçular, sözleşmenin geçersiz olabilmesi için hukuka veya ahlaka aykırı sebebi karşı tarafın bilmesini yeterli görmüştür. Bazıları tarafların gayrimeşru sebep üzerinde ittifak etmesi gerektiğini söylemiştir. Bazı hukukçular ise orta bir yol takip ederek meşru olmayan sebebin tarafların ortak amacı haline gelmesini şart koşmuştur. Bu görüştekilere göre bir sözleşmenin, sebebi hukuka veya ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz olması için tarafların akitleşme esnasında ortak amaç üzerinde ittifak etmiş olmaları şart değildir.¹¹⁸

¹¹⁷ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 370.

¹¹⁸ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 371; Giryânî, Mahmûd Selâme, “Nahve te’sîlin cedîdin li nazariyyeti’l-bâis fi’l-fikhi’l-İslâmî”, *Mecelletü Külliyyeti’l-Da’veti’l-İslâmiyye*, sy. 20 (2003), s. 191-192. Örneğin bir kimsenin diğerinden kumar oynamak üzere borç para aldığını farz edelim. Sebep nazariyesi açısından, “bilgi”, “ittifak” ve “ortak amaç” mertebeleri şu şekilde örneklendirilebilir. Borç veren kişi, borç alan kişinin hukuka ve ahlaka aykırı amacından haberdar olmadığı takdirde, borç alanın meşru olmayan amacı hukuki muameleyi etkilemez. Borç veren, borç alanın arkadaşı olduğu için veya başka bir nedenle onun amacını bilir, fakat ona borç verirken amacı kumar oynamasını sağlamak olmazsa, bu durum “bilgi” mertebesidir. Borç veren, kumar oynayan kişilere borç para vererek bundan gelir elde eden bir tefeci olur ve borç verirken amacı, o kişinin kumar oynamasını sağlamak olursa, bu durum “ortak amaç” mertebesidir. Borç veren şahıs ile borç alan şahıs, birlikte kumar oynayan kişiler olur ve borç veren şahsın amacı, kumar oynamaya devam etmek olursa, bu durum “ittifak” mertebesidir. Bkz. Senhûrî, *Mesâdir*, IV, 27.

Sebepl konusunda modern teoriyi benimseyen hukukçular, bu konuda ıvazlı akitler ile teberru akitlerinin arasını da ayırmışlardır. İvazlı akitler, insanları karşılıklı olarak yükümlülük altına soktuğu için bu akitler için öne sürdükleri kriterler konusunda, teberru akitleri hakkında öne sürdükleri kriterlere göre daha titiz davranmışlardır. Başta Josserrand¹¹⁹ olmak üzere bazı hukukçular, meşru olmayan sebebin sözleşmeyi etkileyebilmesi için ıvazlı akitlerde karşı tarafın bilmesini şart koşarken, hibe ve vasiyet gibi teberru akitlerinde bunu gerekli görmemiştir. Bazı hukukçular ise ıvazlı akitlerde, taraflardan birbiriyle ortak amaca sahip olmasını şart koşarken, teberru akitlerinde sadece karşı tarafın bilgisini yeterli görmüştür.¹²⁰

Özetle Fransız hukukunda sebep kavramı, “borçlanmanın sebebi / objektif sebep / cause de l’obligation” ve “sözleşmenin sebebi / sübjektif sebep / cause de l’contrat” olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Domat tarafından ortaya konmuş olan klasik teoriye göre causa / sebep, tarafları bir araya getirerek hukuki muameleyi yapmaya iten birincil amaçlara (cause proxima) verilen isimdir. Bu teoriye göre sebep, tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sâikleri içermez. Buna karşın modern teoride sebep, tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden ikincil amaçları yani sâikleri (cause remota) kapsamaktadır. Bu yönüyle sübjektif bir görünüm arz etmekte ve hukuki muamelelerin ahlaki bakımdan denetlenmesinde önemli bir fonksiyona sahip bulunmaktadır.

1.2.1.1.4. Alman Hukukunda Sebep

Alman hukuk çevresine dâhil olan hukuk sistemlerinde, borçlar hukuku alanında objektif eğilim hâkimdir. Bunu, sözleşmelerin yorumunda irade teorisinin mi yoksa beyan teorisinin mi; hakkın suiistimali söz konusu olduğu takdirde objektif kriterlerin mi yoksa sübjektif kriterlerin mi esas alınacağı; keza iradeyi sakatlayan bir durum meydana geldiği zaman, iradesinin ayıplı olduğunu iddia eden kişinin iddiasının mı yoksa beyanının mı dikkate alınacağı şeklindeki teorik ihtilafların tamamında görmek mümkündür. Alman

¹¹⁹ Louis Josserrand, Abdurrezzak Senhûrî üzerinde önemli etkileri bulunan bir Fransız hukukçudur. Abdurrezzak Senhûrî’nin Arap ülkelerindeki kanunlaştırma hareketlerindeki etkin rolü dikkate alındığı takdirde, bu hukukçunun söz konusu ülkelerdeki hukuk anlayışı üzerindeki etkisi daha belirgin hale gelir. Birçok muasır İslam hukuku araştırmacısının mukayeseli hukuk çalışmalarında Josserrand’a atıfta bulunması, kanaatimizce onun Senhûrî aracılığıyla sahip olduğu bu dolaylı etkiden kaynaklanmaktadır. Bkz. Guy Bechor, *The Sanhuri Code and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, Leiden - Boston: Brill, 2007, s. 165.

¹²⁰ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 371; Giryânî, *Nazariyyetü ’l-bâis*, s. 192.

hukuk çevresi, tüm bu ihtilafların çözümünde genel olarak objektif eğilimi benimsemiştir. Bu durum, Alman hukuk çevresinin hukuki istikrar düşüncesine daha fazla önem vermesinden kaynaklanmaktadır. *Sebep* konusunda da benzer bir yaklaşım söz konusudur.¹²¹

Fransız / Latin hukuk çevresinde olduğu gibi Alman hukuk çevresinde de (Almanya, Avusturya ve İsviçre) *sebep* kavramı mevcuttur. Roma hukukunda genellikle *borcun kaynağı* anlamında kullanılan *causa / sebep* kavramı; Latin hukuk çevresinde, zamanla tarafları hukuki muamele yapmaya sevk eden şahsi gayeyi de kapsayacak şekilde yorumlanmaya başlamıştır. Hukuki istikrar ve düzen düşüncesine çok önem veren Alman hukuk çevresinde ise Roma hukukundan beri sahip olduğu *objektif sebep* anlamını, günümüz hukuk dilindeki karşılığıyla *kazandırmanın sebebi*¹²² anlamını korumuştur. Latin hukuk çevresinde olduğu gibi anlam genişlemesine uğramamıştır.

Alman hukuk çevresine göre *sebep*, taraf veya tarafların kazandırıcı bir hukuki muamele ile doğrudan doğruya ulaşmak istedikleri objektif amaca, hukuki gayeye verilen isimdir. Alman hukuk çevresinde, bir kazandırıcı muameleyle kendi hukuki karakterini veren şey, o muamelenin hukuki sebebi olarak isimlendirilir.¹²³

1.2.1.1.4.1. Alman Hukukuna Göre Sebebin Çeşitleri

Roma hukukuna dayanan klasik teoriye göre hukukta sebep; ifa sebebi (*causa solvendi*), alacak sebebi (*causa credendi*) ve bağışlama sebebi (*causa donandi*) olmak üzere üçe ayrılır.¹²⁴ Alman hukuk çevresi de bu ayrıma sadık kalmakla birlikte, bu ayrımın yetersiz kaldığı yerlerde birtakım eklemelerde bulunmuştur.¹²⁵

Bunların belli başlı olanlarını şöyle sıralayabiliriz:

a. Kazandırıcı muamele ile ulaşılmak istenen amaç, o muameleyi yapan kimsenin veya üçüncü bir şahsın borcunu yerine getirmek ise bu sebebe, ifa sebebi (*causa solvendi*) denir.¹²⁶

¹²¹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 33.

¹²² “Bir kimsenin başka bir kimseye bir malvarlığı değeri sağlamasına, kazandırma veya kazandırıcı işlem adı verilir. Kazandırma ile genellikle kazananın malvarlığında bir artış olur. Bu artış, kazananın aktifinin çoğalması şeklinde olabileceği gibi pasifinin azalması şeklinde de olabilir.” Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 181.

¹²³ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 183; Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 181; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 377.

¹²⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 183; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 377.

¹²⁵ Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 182; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 185.

¹²⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 184; Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 182.

b. Kazandırıcı muameleyi yapan kişi, bu muamele ile karşı tarafa sağladığı faydaya karşılık, onun da kendisine bir kazandırıcı muamele yapması amacı taşıyorsa bu sebebe, alacak sebebi (causa credendi) denir. Örneğin bir satım akdinde, satıcının sattığı malı teslim etme yükümlülüğü altına girmesinin sebebi, alıcının aldığı şeyin bedelini verme yükümlülüğü altına girmiş olmasıdır. Alıcının bedeli verme yükümlülüğü altına girmiş olmasının sebebi ise satıcının, malı teslim etme yükümlülüğü altına girmiş olmasıdır.¹²⁷

c. Bir kişi, karşı eda beklemeksizin sadece karşı tarafın malvarlığını karşılıksız olarak çoğaltma amacı taşıyorsa, bu sebebe bağışlama sebebi (causa donandi) denir. Örneğin hibe muamelesinde bir kimse, malvarlığından ayırdığı bir şeyi, karşılıksız olarak diğerine vermekte, teberruda bulunmaktadır. O halde hibe muamelesinin sebebi, karşılıksız olarak başka bir kimsenin malvarlığını arttırmak, ona bir şey kazandırmaktır.¹²⁸

1.2.1.1.4.2. Alman Hukukunda Mücerret Muamele-İllî Muamele Ayrımı ve Sebeple İlişkisi

Alman hukuk çevresine göre kazandırıcı muameleler, sebeple ilişkisi bakımından, “illî muameleler” ve “mücerret muameleler” olmak üzere ikiye ayrılır.¹²⁹ İllî muamelelerde iradenin muhtariyeti prensibi; mücerret muamelelerde ise hukuki emniyet ve istikrar prensibi ön plana çıkar.¹³⁰

Bir kazandırıcı muamelenin geçerliliği, muteber bir hukuki sebebin varlığına bağlı ise bu tür işlemlere “illî muamele / sebebe bağlı muamele” denir. Hukuki sebebini içermeyen, ondan tamamen ayrılmış dolayısıyla sebepten bağımsız hale gelmiş kazandırıcı işlemlere ise “mücerret muamele” denir. Mücerret muameleler, sadece tarafların karşılıklı rızaları ile meydana gelir. Bu tür muameleler sebebinden soyutlandığı için hukuki sebebin geçersiz olması, bunların geçersiz olmasını gerektirmez.¹³¹ Diğer bir deyişle hukuki sebebin mevcut olmayışı ve sebep üzerindeki anlaşmanın geçerli olmayışı, bu türden kazandırıcı muamelelerin geçerli olmasına engel teşkil etmez.¹³²

¹²⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 184; Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 181.

¹²⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 185; Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 181.

¹²⁹ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 376.

¹³⁰ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 375.

¹³¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 186-187.

¹³² Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 183.

Alman hukuk anlayışına göre her kazandırıcı muamelenin veya daha genel bir deyişle her borcun mutlaka bir hukuki sebebi vardır. Çünkü sebep, kazandırmayı, işleme katılan kişiler açısından haklı göstermeye yarar. Kişisel menfaatin korunması prensibi, bunu gerektirir. Fakat Alman hukukçuları, zamanla bazı muamelelerde hukuki emniyet ve istikrar düşüncesinin etkisiyle, kişisel menfaatin korunması prensibinden vazgeçmişlerdir. Böylece XIX. yüzyıldan itibaren borç ile hukuki sebep arasındaki illiyet bağının zayıfladığı, hukuki sebebin ayrıldığı ve mücerret muamele kavramının ortaya çıktığı görülür. Bu durum, mücerret muamelelerin bir sebepten yoksun olduğu anlamına gelmez. Sadece tarafların sebep üzerinde anlaşmış olması, o muamelenin geçerlilik şartı olarak görülmez.¹³³ Bu muamelelerde sebep dikkate alınmadığı için irade bozukluğuna sebep olan haller bunların hükümsüz bırakılmasında etkili değildir.¹³⁴

Mücerret muamelelerin bir kısmı “mülkiyeti nakil sözleşmeleri”; diğer kısmını ise “borç doğuran sözleşmeler” teşkil eder.¹³⁵ Bu anlayışa göre örneğin bir evin satılması, illi bir muameledir. Fakat bu satım sözleşmesinin tapuda tescili, mücerret bir muameledir. Alman hukuk sisteminde mülkiyet, sadece borçlanmanın meydana gelmesiyle intikal etmez. Aksine bu yükümlülüğün, mülkiyeti intikal ettiren başka bir sözleşmeyle ifa edilmesi gerekir. Yani taraflar, satım sözleşmesini yaptıktan sonra tapuya gidip mülkiyeti nakil sözleşmesi yapmalıdırlar. Mülkiyeti nakil sözleşmesi, Alman hukuk sisteminde mücerret bir sözleşmedir. Bu nedenle onun temelini oluşturan satım sözleşmesi ister geçerli olsun ister kusurlu, nakil sözleşmesi ile mülkiyetin nakli gerçekleşir. Sonradan onun temelini teşkil eden satım sözleşmesinin şekil eksikliği, hukuka ve ahlaka aykırılık veya tarafların ehliyetsizliği nedeniyle geçersiz olduğunun anlaşılması, bu sözleşmeyi geçersiz hale getirmez. Mülkiyet hakkı, karşı tarafa geçer. Fakat bu intikal sebepsiz olduğu için hakkını sebepsiz yere kaybeden taraf, sebepsiz zenginleşme davası açabilir. Mülkiyet hakkı, karşı tarafa kesin olarak geçtiği için istihkak davası açamaz.¹³⁶

¹³³ Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 182.

¹³⁴ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 376.

¹³⁵ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 377.

¹³⁶ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 375-376; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 186-188.

Alman hukuk anlayışına göre, kazandırıcı işlemler; “borçlandırıcı işlem” ve “tasarruf işlemi” olmak üzere ikiye ayrılır. Tasarruf işlemleri genellikle, borçlandırıcı işlemin ifasına hizmet eder. Örneğin bir satım sözleşmesi borçlandırıcı işlem, bu satımın tescili ise tasarruf işlemidir. Alman hukuk anlayışına göre, tasarruf işlemleri, soyut işlem olarak kabul edilir. Fakat kazandırıcı muamele olması hasebiyle bir hukuki sebebinin bulunması da gereklidir. Bu nedenle tasarruf işlemlerinde, hukuki sebep, ilke olarak bu işlemlerin temelini oluşturan borçlandırıcı işlem olarak görülür. Alman Medeni Kanununa göre tasarruf işlemleri, mücerret muamele olarak kabul edildiği için sebebinden soyutlanır. Bu nedenle, tasarruf işleminin temelini

Senhûrî'ye göre Alman hukuk çevresinin hukuki istikrar ve düzen endişesiyle kabul ettiği bu anlayış, sözleşmelerde irade hürriyeti konusunda yaşanan tekâmül sürecinin ardından geriye dönüşü ifade etmektedir. Zira sözleşmelerin şeklî tasarruftan, rızai tasarrufa; rızai tasarruftan mücerret tasarrufa doğru gelişim kaydeden seyrinde bu iki prensip hep birbiriyle çatışma içerisinde olmuştur. Ona göre Alman hukukçuların hukuki emniyet ve istikrar endişesiyle benimsediği mücerret tasarruf düşüncesi, neticede akitlerin şekliliği düşüncesine dönüşün modern kavram ve kuramlarla süslenmiş şeklidir. Bu anlayış, aynı zamanda yüzyıllara dayanan bir geçmişi olan irade hürriyeti prensibine vurulmuş bir darbedir. Ona göre, hukuki istikrarı temin etmek ortak paydasında birleşen şeklî tasarruf ve mücerret tasarruf arasındaki tek fark; şeklî tasarrufların ilkel toplumlarda, mücerret tasarrufların ise modern toplumlarda ortaya çıkmış olmasıdır.¹³⁷ Ayrıca gerçek iradeyi esas alan hukuk sistemlerinde mücerret muamele düşüncesi yoktur. Bu düşünce, irade beyanını esas alan hukuk sistemlerinde mevcuttur. Bu nedenle Latin hukuk sisteminde mücerret muamele kavramı çok dar çerçevede kalmıştır. Beyanı esas alan Alman hukuk sisteminde ise mücerret muamele düşüncesi kendisine önemli bir alan bulmuştur.¹³⁸

1.2.1.1.5. Türk-İsviçre Hukukunda Sebep

Türk-İsviçre hukuk sistemi, Alman hukuk çevresi içerisinde bulunmaktadır. Bu nedenle Türk hukukunda da “borçlanmanın sebebi” veya daha genel bir ifade ile “kazandırıcı muamelenin sebebi” kavramı mevcuttur. Fransız hukukunda mevcut olan “sözleşmenin sebebi” kavramı ise Türk hukukuna yabancı bir kavramdır. Bunu karşılamak üzere Türk hukukunda, *sâik* kavramı kullanılmaktadır.

Sebep kavramı, Türk hukukçular tarafından hukuki muameleye esas teşkil eden hukuki gaye ve amaç olarak tanımlanmaktadır. Yani borç doğuran hukuki muamelenin sebebi, o muameleyi yapan kimsenin taahhüt altına girmekle öngördüğü en yakın gaye; bir kimsenin bir hukuki işlemi yaparken elde etmek istediği ve hukuk düzeninin o hukuki işleme bağladığı objektif neticeyi ifade etmektedir. Türk hukukuna göre sebep, bir muameleye hukuki karakterini verir ve onun hangi hukuk kuralları tarafından idare

oluşturan borçlandırıcı işlemin geçersiz olması, tasarruf işlemi geçersiz hale getirmez. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 186-188.

¹³⁷ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 375.

¹³⁸ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 379.

edileceğini tayin eder.¹³⁹ *Sâik* ise bir kişiyi, hukuki muamele yapmaya sevk eden kişisel duygu, düşünce ve güdülerdir.¹⁴⁰ Buna göre hukuki muameleyi yapan kişilerin şahsî gayesi, hukukî sâik; hukuki muamelenin nev'î gayesi ise sebep olarak isimlendirilir. Örneğin, bir kimse hibe taahhüdünde bulunduğu takdirde bunun hukuki sebebi, hibedir. Fakat bu hibe taahhüdünün daha uzak amilleri de olabilir. Bu amiller, hibede bulunduğu kimseyi, kendisine minnettar bırakmak veya kendisini üçüncü şahıslara karşı zengin göstermek olabileceği gibi hibede bulunduğu kişinin haline acıması da olabilir. Yine bir satım akdinde, hem alıcıyı hem de satıcıyı akit yapmaya sevk eden birçok sâik bulunabilir. Örneğin bir kimseyi ev almaya sevk eden sâik, içerisinde oturmak veya kiraya verip gelir elde etmek veya kumarhane, ofis vs. olarak kullanmak olabilir.

Hatemi Türk-İsviçre hukuk sisteminde, “sebep” kavramının Fransız hukuk sisteminde mahkeme içtihatları yoluyla sağladığı gelişime benzer bir gelişme göstererek anlam genişlemesine uğramasına, ıstılahî kargaşaya neden olacağı için karşı çıkmaktadır. Ona göre “sebep” kavramı Türk-İsviçre hukukunda sahip olduğu “kazandırma sebebi” anlamını korumalı ve bu kavramdan ayrı olarak bir de “kazandırmanın temeli” kavramı kabul edilmelidir. Ona göre taraflardan biri için kazandırmanın temeli olan amaç, iki tarafça da benimsenmiş ve ortak amaç haline gelmiş ise esasen sözleşmenin konusuna veya daha açık bir ifadeyle kapsamına, muhtevasına girmiş demektir.¹⁴¹

1.2.1.2. İslam Hukukunda Sebep

Sözlükte esas itibariyle ip anlamına gelen “sebep” kelimesi, istiâre yoluyla “arzulanan bir şeye ulaştıran her türlü vesile” veya “bir maksada vasıta olan şey” anlamını kazanmıştır.¹⁴² Buna göre insanın yükselmek veya intikal etmek için tutunduğu veya kovayla kuyudan su çıkarmak için kullandığı ip ve arzu edilen bir mekâna ulaştıran yol da sebep olarak isimlendirilir.¹⁴³ Cürcânî, sebebi şöyle tanımlamıştır: “*Hüküm üzerinde müessir olmayan fakat ona ulaştıran her şeye sebep denir.*”¹⁴⁴ Fukahâ ise sebep

¹³⁹ Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 178; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 183; Ergün, *Causa*, s. 89.

¹⁴⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 183.

¹⁴¹ Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 206.

¹⁴² Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-muhît*, “sebep” maddesi, s. 95; Cürcânî, Ebu'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Alî es-Seyyid eş-Şerîf el-Cürcânî el-Hanefî (ö. 816/1413), *Kitâbu't-Ta'rifât*, Beyrut: Mektebetü Lübnân, 1985, “sebep” maddesi, s. 121.

¹⁴³ İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, “s-b-b” maddesi, III, 1909-1910.

¹⁴⁴ Cürcânî, *Ta'rifât*, “sebep” maddesi, s. 121.

Felsefecilere göre sebep, “tam sebep” ve “nâkis sebep” olmak üzere ikiye ayrılır. Nâkis sebep ise dört kısımdır. Bunlardan bir şeyin mahiyetini oluşturan ve bilkuvve onunla birlikte bulunan sebebe, “maddî

kavramını genellikle şu şekilde tanımlamaktadır: “Bir şeyin mahiyetine dâhil olmayan, ancak Şâri’in bir şeyin varlığını veya yokluğunu onun varlığı veya yokluğuna bağladığı şeye sebep denir.”¹⁴⁵ Bu tanıma göre akit ve diğer hukuki tasarruflar, Şâri’in kendilerine bağladığı hukuki sonuçların ve ahkâmın şer’î sebebidir. İslam hukuku kaynaklarında sebebin vesile olduğu hüküm, genellikle ona izafe edilerek kullanılır. Örneğin “التزامات العقد / akdin doğurduğu yükümlülükler” ifadesinde, akdin hükmü olan yükümlülük, sebebi olan akde izafe edilerek kullanılmıştır.¹⁴⁶

Sebeb kavramına günümüz hukuk dilinde yüklenen anlamlar, klasik dönemde İslam hukukçuları tarafından farklı şekillerde isimlendirilmiştir. Buna göre fukaha, Batılı hukukçuların *cause efficiente / inşâi sebep* olarak isimlendirdikleri akit ve diğer hukukî tasarruflar için “sebeb” kavramını kullanmıştır.¹⁴⁷ Onların *cause finale / kasdi sebep / objektif sebep* olarak isimlendirdikleri sebep mefhumu için klasik eserlerde *akdin hükmü, maksadu’l-aslî ve akdin mevzuu* tabirleri kullanılmaktadır.¹⁴⁸ Çağdaş İslam hukuku eserlerinde ise genellikle *akdin mevzuu* kavramı tercih edilmektedir. Batılı hukukçuların

sebeb”; bilfiil onunla birlikte bulunan sebebe ise “sûrî sebep” denir. O şeyin mahiyetini oluşturmadığı halde onun varlığı üzerinde müessir olan sebebe, “fâilî sebep”; fâilin faaliyette bulunmasında etkili olan sebebe ise “gâî sebep” denir. Felsefecilere göre bir sebep dâima veya çoğunlukla bir şeye vesile oluyor ve ona götürüyorsa, “zâtî sebep”; sebep olduğu şey (müsebbeb) ise “zâtî gaye” olarak isimlendirilir. Fakat bir sebep, genellikle veya nâdir olarak bir şeye vesile oluyorsa, “ittifâkî sebep”; sebep olduğu şey ise “ittifâkî gaye” olarak isimlendirilir. (Tehânevî, *Keşşâf*, “sebeb” maddesi, I, 924)

¹⁴⁵ Ahmed Husârî, *Nazariyyetü’l-hükm ve mesâdiru’t-teşrî’ fi usûli’l-fikhi’l-İslâmî*, Kahire: Mektebetü’l-külliyâtu’l-Ezheriyye, 1401/1981, s. 126.

¹⁴⁶ Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Medhalu’l-fikhiyyu’l-‘âmm I-II*, Şam: Dâru’l-Kalem, I. Baskı, 1418/1998, I, 391.

¹⁴⁷ “Sebeb, mükellefin gücü dâhilinde ve mükellef bunu rükünleri ve şartları ile birlikte yerine getirirse, mükellef bu sebebin sonucunu kasetmemiş bile olsa, müsebbeb (sonuç) bu sebebe bağlanır. Hatta mükellef bu sonucun doğmamasını kasetmiş olsa bile, sonuç sebebe bağlanır. Çünkü müsebbebâtın / sonuçların sebeplere bağlanması Şâri’in hükmü ve iradesi ile dir. Mükellefin isteyip istememesinin bu hususta bir etkisi olmaz. Buna göre, bir kimse bir şey satın aldığı anda, kendisi istememiş olsa bile mülkiyet hükmü sâbit olur. Bir kimse bir kadınla nikâhlandığında kendisi istememiş olsa bile, milk- mut’a / karı koca ilişkisi kurma hakkı sâbit olur. Bütün akit ve hukukî muâmeleler, mükellef onu yerine getirmişse, şer’an ona bağlanan sonuçlar da kendiliğinden meydana gelir.” Bkz. Şa’bân, Zekiyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fikh)*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara: TDV Yayınları, VII. Baskı, 2004, s. 389.

¹⁴⁸ Örneğin Şâfiî fakihlerden Cüveynî, akdin mevzuu kavramını günümüzde sahip olduğu anlamda kullanmaktadır. (Cüveynî, *Nihâyetü’l-matlab*, V, 376.) Şâtübî ise Şâri’in mükellefin şer’î hükümler altında girmesindeki maksatlarını; aslî maksatlar ve tâlî maksatlar olmak üzere iki kısma ayırarak incelemiştir. (Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II, 300.) Akitlere bağlanan hukukî sonuçların, “mükellefin fiilinin sonucu olan teklifi hüküm” olarak nitelendirilmesi hakkında bkz. Saduddîn Mes’ûd b. Ömer (ö. 792/1390), *et-Telvîh ‘ale’t-Tavdîh li metni’t-Tenkîh fi usûli’l-fikh I-II*, thk. Zekerriyya Umeyrât, Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, I. Baskı, t.y., I, 405.

gâi sebep / maslahî sebep / bâis / sâik-sebep olarak isimlendirdikleri sebep mefhumu için ise fakihler, “niyet, kasıt, maksat, garaz vb.” kavramlarını kullanmışlardır.

Çağdaş dönem İslam hukukçularının önemli bir bölümü, isimlendirme farklı olsa da İslam hukukunda sebep düşüncesinin olduğu ve bu düşüncenin, Fransız Kazâî içtihadı tarafından benimsenmiş olan ve tarafları akit yapmaya sevk eden sübjektif gayeyi de dikkate alan sebep düşüncesi ile benzerlik taşıdığını düşünmektedir. Onlara göre İslam hukukundaki sebep anlayışı, tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sâiki de kapsayan geniş kapsamlı bir anlayıştır. Dolayısıyla İslam hukukundaki sebep düşüncesi, Domat’ın ortaya koymuş olduğu geleneksel sebep nazariyesinden farklılık arz etmektedir. Bu görüşte olan hukukçular, iddialarını desteklemek için hukuki muameleyi yapan kişilerin gerçek niyet ve amaçlarını muamelenin hukuki sonuçları üzerinde etkili gören Hanbelî ve Mâlikî mezheplerinin görüş ve argümanlarını kullanmışlardır. Onlara göre Hanefî ve Şâfiî mezheplerindeki sebep düşüncesi Alman hukuk çevresindeki sebep düşüncesiyle; Mâlikî ve Hanbelî ekollerindeki sebep düşüncesi ise Fransız kazai içtihadının benimsenmiş olduğu sebep düşüncesiyle benzerlik göstermektedir.¹⁴⁹

Hukuk-ahlak ile ilişkisi hususunda müstakil bir eseri bulunan Şükrü Kurdâhî, İslam hukukundaki sebep nazariyesi hususunda şu ifadeleri kullanmıştır: “*İslam hukukundaki sebep düşüncesi, bir şahsı söz konusu ameli yapmaya sevk eden dürtülerden uzak ve ona mukarin olan bâise yer vermeyen mücerret bir düşünce değildir. Bu açıdan İslam hukukundaki sebep düşüncesi, Fransız hukukçu Jean Domat’ın ortaya koyduğu geleneksel sebep anlayışından farklılık arz etmektedir. Aksine Fransız kazâî içtihadının benimsediği ve tarafları akit yapmaya sevk eden bâisi de ihtiva eden sebep anlayışıyla benzerlik göstermektedir. Eğer biz sebebi geleneksel anlayışta olduğu gibi bâisten tecrit edecek olursak, sebebi meşru olmadığı için bâtil kabul edilen akitlerin önemli bir bölümü meşrû hale gelir. Fakat Ahmed b. Hanbel bu akitleri, taraflardan birinin amaçladığı ve diğer tarafın da bildiği şer’î esaslara aykırı gaye sebebiyle, sahih görmemektedir. Bu hususta birçok örnek verilebilir. Bu durum İslam hukukunun sebep için ortaya koyduğu nazariyenin ufkunun, Jean Domat’ın ortaya koyduğu sebep nazariyesinin ufkundan çok daha geniş olduğunu göstermektedir. Zira günümüzde Fransız Kazâî içtihadı da akitin taraflarının, akiten kaynaklanan yükümlülükleriyle ilgili kişisel amaçlarını dikkate alan*

¹⁴⁹ Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, IV, 54, 71; Münzir el-Fadl, *el-Vasît fi Şerhi’l-kânûni’l-medenî (Dirâse mukârane beyne’l-fikhi’l-İslâmî ve’l-kavânîni’l-medeniyyeti’l-‘Arabîyye ve’l-ecnebiyye)*, Erbil: Dâru Ârâs, I. Baskı, 2006, s. 166-167.

ve bunu tasarrufların iptalinde etkili bir unsur olarak ön gören yeni sebep nazariyesini benimsemiştir.”¹⁵⁰

Modern sebep nazariyesinin İslam âlemindeki en kuvvetli savunucularından birisi olan Mısırlı hukukçu Senhûrî, bu düşüncenin İslam hukukunun genel prensipleriyle uyumlu olduğunu düşünmektedir. Görüşlerini “*İslam hukukunda sebep nazariyesi*”¹⁵¹ başlığı altında dile getirerek *sebeb* kavramına klasik dönemde sahip olmadığı bir anlam yükleyen Senhûrî şöyle demiştir: “*İslam hukuku, ilk bakışta sebep nazariyesi karşısında içteki iradeden ziyade, irade beyanını dikkate alan objektif bir eğilime sahipmiş gibi görünür ve bu açıdan Alman hukuk sistemi ile benzerlik gösterir. Öte yandan İslam hukuku dini, ahlaki ve manevi değerlerin ön plana çıktığı bir hukuk sistemidir. İslam hukukunun bu ikinci özelliği niyetlerin temiz ve iyi oluşunun kıstası olarak kabul edilen bâisi (tarafları akit yapmaya sevk eden dolaylı amaçları) göz önünde bulundurmaya dolayısıyla ahlaki boyutu olan sebep nazariyesine büyük bir önem vermeyi gerektirir. Bu açıdan İslam hukuku, Latin hukuk sistemi ile benzerlik göstermektedir.*”¹⁵²

Senhûrî görüşlerini temellendirirken Fransız ve Alman ekollerinin görüşlerine yer vermiş bunlar ile fıkıh mezhepleri arasında mukayesede bulunmuştur. Ona göre Fransız hukuk sistemiyle onun etkisindeki diğer hukuk sistemlerinde kendisine önemli bir alan bulan sebep düşüncesi, mahiyeti itibariyle İslam hukukuna aykırı değildir. Aksine bazı görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte, fikhî ekollerin hemen hemen tamamı, tarafları akit yapmaya sevk eden subjektif gayenin akitler üzerinde etkili bir unsur olduğu hususunda

¹⁵⁰ Şükrü Kurdâhî, *el-Kânun ve'l-ahlâk*, s. 285-286. (Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 76, 2 no'lu dipnottan naklen)

¹⁵¹ “Senhûrî, sebep kelimesini, tarafları sözleşme yapmaya sevk eden şahsi gaye anlamında kullanarak bu kelimeye klasik dönemde sahip olmadığı bir anlam kazandırmıştır. Onun *Mesâdiru'l-hak* adlı eserinde, “İslam hukukunda sebep nazariyesi” şeklinde başlık açması ve bu başlık altında ortaya koyduğu düşüncelerinin ilgi uyandırmış olması, bu kavrama klasik dönemde sahip olmadığı böyle bir anlam yüklemesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de ondan sonra gelen birçok araştırmacı sebep kavramını, tarafların şahsi niyet ve gayesi anlamında kullanmaya başlamıştır. Senhûrî'nin orijinalliği, çağdaş Arap Medeni kanunlarına adeta kazınmış olan *modern causa doktrini* ve onun sonuçlarının, klasik fıkıh otoritelerinin gözünden kaçmadığını ortaya koymuş olmasından kaynaklanmaktadır. Senhûrî'nin İslam hukukunda sebep teorisini kurmak amacıyla yaptığı bu çalışma, esasında hem kendisinin hem de Mısır hukukunun omurgasını teşkil eden modern Fransız hukukunun kavramları ile uyumu yakalamak amacıyla yaptığı çalışmaların bir bölümünü teşkil etmektedir. Senhûrî'nin Arap toplumlarının İslami hukukuna dayalı geçmişleriyle, modern hukukları arasında var olan boşlukları doldurmak amacıyla ortaya koymuş olduğu bu çabaları şüphesiz ciddi araştırmaları hak etmektedir.” Bkz. Oussama Arabi, “Intention And Method in Sanhûrî's Fiqh: Cause as Ulterior Motive”, *İslamic Law and Society*, C. 4, sy. 2 (Leiden: Brill, 1997), s. 201-202.

¹⁵² Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 51.

hem fikirdir. Aralarındaki görüş ayrılığı ise subjektif gayenin hangi şartlar altında akdi hükümsüz bırakacağı hususunda yaşanmaktadır.¹⁵³

Çağdaş İslam hukukçularından Vehbe Zuhaylî de İslam hukukunda şahsi gayenin akit ve diğer hukuki tasarrufların sonuçları üzerinde etkili olduğunu düşünmektedir. Senhûrî gibi Vehbe Zuhaylî de görüşlerini temellendirirken Batılı hukuk sistemleriyle mukayesede bulunmuştur.¹⁵⁴

Senhûrî ve Zuhaylî'nin yaklaşımını eleştiren Giryanî ise şöyle demektedir: “İslam hukukunda akdin unsurlarının “irade beyanı / sıyga, akdin tarafları ve akdin mahalli” olmak üzere üç tane olduğu fikri genel kabul görmüş bir düşüncedir. Ancak bu genel kabul, günümüzde birçok hukuk sistemi tarafından akdin unsurlarından birisi olarak görülen meşru bir sebebin mevcudiyetinin İslam hukukunda da akdin unsuru olarak kabul edilmesine engel teşkil etmez. Çünkü hukuk sistemlerinin düzenleyici ve teknik yönleri gelişme ve değişmeye açıktır. Ancak vaz’î kanunların bu sonuçlara ulaşırken kullandığı yöntemleri ve dayandığı esasları iktibas ederek kullanmak - böylece İslam hukukunda da benzer sonuçlara ulaşmaya çalışmak- uygun bir yöntem değildir. Zira vaz’î hukuk sistemlerinin yöntemlerini aynen tatbik etmek İslam hukukunun sahip olduğu kendine has özellikleri iptal etmek anlamı taşıyabilir.”¹⁵⁵ Giryanî’ye göre birçok muasır İslam hukuku araştırmacısının yaptığı gibi Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin kasta yaklaşımlarıyla, Fransız hukuk sistemindeki yeni sebep nazariyesi arasında benzerlik kurmaya çalışmak ve bu kıyası dinî, ahlâkî ve manevî değerlere önem verme esasına dayandırmak, akıllara, Hanefî veya Şâfiî mezheplerinde dini, ahlâkî ve manevî değerlerin neden kendisine yeterli bir alan bulamadığı sorusunu getirmektedir. Dolayısıyla meselenin dayandığı temeli yanlış belirlemek yanlış yorumlarda bulunmaya sevk edebilmektedir. Ona göre bu meselenin İslam hukukunda dayandığı temel, “günah ve isyanda yardımlaşmanın Şâri’ tarafından nehyedilmiş olması”dır. Nehyin fesada delâleti ile ilgili tartışmalar da bu meselenin usûlî alt yapısını teşkil etmektedir.¹⁵⁶

¹⁵³ Mısır medeni kanununun hazırlanmasında önemli hizmetleri bulunan Senhûrî, kanun metninde yer alan “sebeb” kavramının, yeni sebep nazariyesine göre yorumlanması gerektiğini düşünmektedir. O bu yorumun, yeni Mısır medeni kanunu kabul edilmeden önce mahkeme içtihatları yoluyla ve doktriner hukuk çalışmalarında benimsendiğini, yeni hazırlanan kanun metninde ise söz konusu düşüncenin tevârüs edildiğini düşünmektedir. Ona göre yeni kanun metninde sebebin sıhhatinin değil de mevcudiyetinin ve meşruiyetinin gündeme getirilmiş olması da bu yorumun doğruluğunu göstermektedir. Senhûrî, *el-Vasît*, I, 381.

¹⁵⁴ Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 5, 11, 13.

¹⁵⁵ Giryanî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 206.

¹⁵⁶ Giryanî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 206.

1.2.2. Bâis

Sözlükte “bir şeyi yönlendirmek, göndermek, sevk etmek, itmek, teşvik etmek, diriltmek ve uyandırmak”¹⁵⁷ anlamlarına gelen “بعث” fiilinin ism-i fâili olan “bâis” kelimesi, modern Arapçada psikoloji, felsefe ve ahlak ilimlerinin yanı sıra bir hukuk terimi olarak da kullanılmaktadır. Bu kavramın hukuk terimi olarak sahip olduğu anlam Türkçede *sâik* tabiriyle karşılanmaktadır.¹⁵⁸ İkisi de Arapça kökenli olan bu iki kelime özünde aynı olmakla birlikte, “bâis / motif” çoğunlukla hukuki bir terim olarak; “sâik / mobile” ise ahlak ve psikoloji gibi ilim dallarına ait bir terim olarak kullanılmaktadır. Arapçada bir kimsenin iradesini belirli bir amaç doğrultusunda harekete geçiren dürtüye, “bâis” veya “sâik” denilmektedir. Yani iradî fiilin gerisinde bulunan ve onun ortaya çıkmasını sağlayan müstakbel hakikat olarak gaye, iradi fiilin ortaya çıkmasını sağlayan esas olması bakımından “bâis” veya “sâik” olarak isimlendirilmektedir.¹⁵⁹ Bunlardan “bâis”, objektif gayeleri ifade etmek üzere kullanılırken, “sâik / dâfi” ise sübjektif ve kişisel gayeleri ifade etmek üzere kullanılır. Örneğin açlık dürtüsü bâis; belirli bir kişinin acıkması ise sâik olarak isimlendirilir.

Ceza hukuku sahasında üzerine birçok teorinin inşâ edildiği ve hakkında birçok tartışmanın yaşandığı “bâis / sâik” kavramı, XX. yüzyılın başlarından itibaren, Medeni Hukuk alanında da önem kazanmaya başlamıştır. Bilhassa Fransız ekolünün etkisi altında hukuk sistemlerini oluşturmuş ülkelerde bu etki daha net bir şekilde görülmektedir.

Hukukçular, bâis kavramının birçok tanımını yapmıştır. Tezimizin bu kısmında bâis konusunda pozitif hukuk araştırmacılarının yaptığı tanımlardan ziyade mukayeseli İslam hukuku araştırmalarında yer verilen tanımlar üzerinde durmak istiyoruz.

Çağdaş İslam hukukçularından Düreynî, bâisi şu şekilde tanımlamıştır: “*Herhangi bir tasarrufu inşâ eden kişinin iradesini belirli bir amaç doğrultusunda harekete geçiren*

¹⁵⁷ İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, “b-a-s” maddesi, I, 307.

¹⁵⁸ Arapça “sevk etmek, götürmek” anlamlarına gelen “s-v-k” kök harflerinden türemiş bir kelime olan sâik, Türkçede “sebepe, güdü, dürtü, sevk eden ve sürükleyen” anlamlarına gelmektedir. (İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, “s-v-k” maddesi, III, 2153) Modern Arapçada, bu anlamı karşılamak üzere “bâis” kelimesi kullanılmaktadır. (Senhûrî, *el-Vasît*, 366; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 25) Klasik eserlerde ise ahlak ilmine ait bir terim olan “bâis” kavramının yanı sıra “niyet”, “kasıt” ve “garaz” kavramları da kullanılmıştır. (Mesûne el-Hüsni, *el-Bâis*, s. 17) Hukukî bir terim olarak sâik, İradî faaliyetlere esas olan istek, duygu ve düşünce anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle, bir kimseyi belirli bir davranışta bulunmaya sevk eden temel düşünce, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeye yansımaya psikolojik durumu, tarafları sözleşme yapmaya sevk eden ancak sözleşmeye yansımaya ve tarafların içinde gizli kalan nedenler ve tahminler şeklinde tarif etmek mümkündür. (Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 395-396)

¹⁵⁹ Draz, *Düstûru'l-ahlâk*, s. 421.

dürtüye bâis / sâik-sebep denir."¹⁶⁰ Ona göre bâis, her ne kadar hem meşru hem de meşru olmayan amaçlar doğrultusunda iradeyi harekete geçiren dürtü olarak tanımlanabilirse de hukuki bir terim olarak, sadece gayrimeşru bir amaç doğrultusunda iradeyi harekete geçiren dürtü anlamını kazanmıştır.¹⁶¹ Çünkü vaz'î hukuk sistemleri açısından bâis, ancak hukuka ve ahlaka aykırı amaçlar söz konusu olduğu takdirde dikkate alınır.¹⁶²

Bâis nazariyesi ile ilgili müstakil bir araştırması bulunan Halîme Hamûdî, bâisin yöneldiği sonucu ön plana çıkaran şöyle bir tanım yapmıştır: "*Bâis, objektif geçerlilik şartlarını taşıyan tasarrufların, meşru olmayan bir gayeye ulaşmak için yapılması durumunda iptaline vesile olan sebeptir.*"¹⁶³

Hamûdî'ye göre bâis düşüncesi, hem tek taraflı hem de iki taraflı irade beyanıyla tamamlanabilen bütün hukuki tasarrufları kapsamaktadır. Şöyle ki söz konusu tasarruflar, zâhiri rükün ve şartlarını taşıdıkları için -teknik olarak- geçerli olmakla birlikte, Şâri tarafından muteber kabul edilmeyen gayrimeşru amaçları gerçekleştirmek için yapıldığı zaman batıl olurlar. Ona göre bâis düşüncesi, ancak taraflar bilinçli bir şekilde meşru olmayan bir maksada sahip olduğu takdirde, hukukî işlemler üzerinde etkili olur. Bu nedenle "sâik hatası" olarak nitelendirilen durumlar, *bâis nazariyesinin* değil *hata nazariyesinin* konusu olur. Örneğin arabasının bozulduğunu zannederek, araba satın alan bir kimsenin içinde bulunduğu durum, sâik hatası olarak nitelendirilir. Bir kimse, ünlü bir ressama ait olduğunu zannederek bir tabloyu satın alsa, daha sonra bu tablonun o ressama ait olmadığı ortaya çıkarsa yine sâik hatası söz konusudur. Bir araziyi, üzerine fabrika inşa etmek üzere satın alıp daha sonra bu arazinin, söz konusu fabrikayı yapmak için yeterli olmadığını fark eden kişinin durumu da sâik hatasının kapsamına girmektedir. Tayininin çıkacağını zannederek bir şehirde ev kiralayıp daha sonra tayini çıkmayan bir memurun yaptığı icâre akdinin durumu, sâik hatası olarak görülür.¹⁶⁴

Abdullah el-Keylânî ise bâisi şöyle tanımlamıştır: "*İradeyi muayyen bir tasarrufu gerçekleştirmek üzere harekete geçiren psikolojik bir durumdur.*"¹⁶⁵ Bu tanım, hem

¹⁶⁰ "الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر" Bkz. Düreynî, *Nazariyyât*, s. 228.

¹⁶¹ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 228-229; Fethî Düreynî, *Nazariyyetü't-teassüf fi's'ti'mâli'l-hakk fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, IV. Baskı, 1408/1988, s. 207-208.

¹⁶² Senhûrî, *el-Vasît*, I, 360.

¹⁶³ "هو وسيلة لابطال التصرفات التي ظاهرها الجواز و يقصد بها الوصول إلى غاية غير مشروعة" Bkz. Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 36.

¹⁶⁴ Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 36-37.

¹⁶⁵ "الامر النفسي الذي يحرك الإرادة و يبعثها لتحقيق تصرف معين" Bkz. Keylânî, Abdullah İbrahim Zeyd, *Nazariyyetü'l-bâis ve eseruha fi'l-'ukûd ve't-tasarrufât fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Amman: Vizâretü'l-Evkâf, t.y., s. 27, 202.

hukuki bir tasarrufun doğrudan yapılma sebebi olan hem de söz konusu hukuki tasarrufun doğrudan yapılma sebebi olmadığı halde onun üzerinde etkili olan ikincil durumdaki sâikleri kapsadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹⁶⁶ Tarafların doğrudan amaçlarını dışarda bırakan bir tanım Mesûne el-Hatîb el-Hüsni tarafından şu şekilde yapılmıştır: “*Beşerî iradeyi dolaylı bir amacı gerçekleştirmek üzere harekete geçiren unsura, bâis denir.*”¹⁶⁷ Bu tanıma benzer bir tanım da şu şekildedir: “*Mükellefin iradesini hukuki bir tasarrufu inşâ etmek üzere harekete geçiren gayrı mübâşir ve hakîki gayeye, bâis denir.*”¹⁶⁸ Bu tanıma göre örneğin şarap yapmak üzere üzüm satın alan bir kimsenin görünürdeki maksadı üzümün mülkiyetini elde etmek, asıl maksadı ise bu üzümün şarap elde etmektir. İşte bu örnekte alıcıyı, söz konusu alım-satım akdini yapmaya sevk eden hakiki gayeye, bâis adı verilir. Bu tanımlara göre ister meşru ister gayrimeşru olsun beşerî iradeyi hukuki bir tasarrufu inşâ etmek üzere harekete geçiren her türlü hakiki gayeye, bâis denir. Fakat günümüz hukuk dilinde *bâis / sâik* kavramı kullanıldığı zaman genellikle olumsuz bir anlam anlaşılır.¹⁶⁹

Klasik dönem fıkıh ve fıkıh usulü eserlerinde ise bâis kavramı, hukuki bir terim olarak değil, sözlük anlamıyla veya felsefi-ahlaki bir terim kullanılmaktadır. Bu kavramın günümüz hukuk terminolojisinde sahip olduğu anlam ise klasik eserlerde “kasıt, maksat, maksûd ve garaz” kavramlarıyla ifade edilmiştir.¹⁷⁰ Bununla birlikte günümüz hukuk araştırmalarında sahip olduğu mana ve mahiyete işaret eden bazı metinler de bulunmaktadır.

Örneğin Gazzâlî niyet kavramının tanımını yaptığı kısımda bâis kavramını bu anlamda kullanmaktadır. Ona göre *niyet, kasıt ve irade* aynı manada kullanılan kelimelerdir. Bu mana ise kalbin bir sıfatı ve hali olup bilgi ve amel ile çevrelenmiştir. Bilgi, sözü edilen mananın aslı ve şartı olduğu için ondan önce gelir; amel ise onun sonucu olduğu için onu takip eder. İhtiyârî fiillerin tamamı, ilim, irade ve kudret olmak üzere üç şeye bağlıdır. Çünkü insan bilgi sahibi olmadığı bir şeyi irade edemez. İrade etmediği bir şeyi de yapamaz. O halde ihtiyârî fiillerin varlığı için iradenin varlığı zorunludur. İrade ise kalbin şimdi veya gelecekte amacına uygun bulduğu bir şeye doğru

¹⁶⁶ Haşlân, *Hakîkatu'l-bâis*, s. 18-19.

¹⁶⁷ “المحرك للقوة النفسية المدركة للغاية و المحركة للإرادة نحو تحقيق غرض غير مباشر” Bkz. Mesûne el-Hüsni, *el-Bâis*, s. 43.

¹⁶⁸ “المقصود الحقيقي غير المباشر المحرك لإرادة المكلف نحو تصرف ما” Bkz. Haşlân, *Hakîkatu'l-bâis*, s. 20.

¹⁶⁹ Bkz. Düreynî, *Nazariyyât*, s. 228-229; Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 161

¹⁷⁰ Giryânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 188.

harekete geçmesidir. Gazzâlî'ye göre bir kimsenin amelde bulunması için irade gerekli ise de iradenin varlığı, tek başına yeterli değildir. İhtiyârî bir fiilin ortaya çıkması için kudret de gerekir. Kudret ise onu harekete geçirecek bir sâike; sâik ise bilgi, marifet, zan ve itikada ihtiyaç duyar. O halde kudret, iradenin emrinde; irade ise bilgi ve marifete tabidir. Niyet ise bilgi ile kudret arasında bulunan bir durumdan ibarettir. Gazzâlî'ye göre insanı harekete geçiren ilk muharrik, elde edilmesi istenen gaye yani bâistir. Bu gaye ise (el-garazu'l-bâis) insanın gerçekleşmesini istediği maksattır (el-maksadu'l-menvî). İnsanın harekete geçmesi (inbiâs) ise kasıt ve niyettir. Kudretin iradenin hizmetinde azaları harekete geçirmesine ise amel denir.¹⁷¹

1.2.2.1. Hukuk Sistemlerinin Bâise Yaklaşımı

Hukuk sistemlerinin bâis konusunda nasıl bir yaklaşıma sahip olduklarının tespitinde dikkate alınması gereken temel nokta, söz konusu hukuk sisteminin sözleşmelerin hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığının tespitinde hangi kriterleri esas aldığı meselesinde düğümlenmektedir. Zira bâisi sözleşmeler üzerinde etkili gören hukuk sistemleri meşru olması dışında bir şart aramamaktadır. Hukuk alanındaki meşruiyetin sınırları hakkında farklı hukuk sistemlerinde farklı kriterler ve farklı isimlendirmeler olmakla birlikte emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve genel kamu düzenine aykırı olmamak şeklindeki anlayış hukukçuların büyük çoğunluğu tarafından genel kabul görmüştür.

Sözleşmelerde hukuka ve ahlaka aykırılık üç şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki sözleşmenin kendisinin, ikincisi sözleşme ile üstlenilen edimin, üçüncüsü ise sözleşmenin amacının hukuka ve ahlaka aykırı olması durumlarıdır.¹⁷²

Bunlardan “sözleşmenin amacı” kavramı hukukçular tarafından genellikle geniş bir yoruma tabi tutulmakta ve tarafların hukuki muamele ile ulaşmak istedikleri doğrudan

¹⁷¹ Gazzâlî, *İhyâ*, s. 1734. Bâis kavramını sübjektif gaye anlamında kullanan bir diğer fakih Karâfi'dir. Karâfi, bey'u'l-îne ile ilgili şu ifadeleri kullanmıştır: “*Muhaliflerimiz bize karşı “rükünleri sahih olan bir akit, fesada götürdüğü veya onu gerektirdiği için fâsit olmaz.” diyerek delil getirmişlerdir. Onlara göre mesela yol kesicilere silah satmak -ki insanların mallarının ve canlarının telef olmasına sebep olan bu akitteki fesat bir menfaat karşılığı vadeli satım yapmaktan daha büyüktür- veya şarap üreticisine üzüm satmak fasit değildir. Biz onlara karşı şöyle cevap veririz: Söz konusu akitlerdeki fesad, tartışma konumuz olan akitlerin (buyû'u'l-âcâl) aksine, o akdın bizzat kendisiyle elde edilmiş değildir. Tartışma konumuz olan akitlerin bâisi, (riba elde etmek şeklindeki) fasit amaçlardır. Çünkü söz konusu amaçlara ancak bu akit yoluyla ulaşılır. Fakat yol kesicilere silah satmak, bizzat yol kesmeyi veya şarap üreticisine üzüm satmak bizzat şarap üretmeyi gerektirmez.*” Karâfi, *el-Furûk*, III, 410-411. (194. Fark)

¹⁷² Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 338, 341-343.

amaçlarının yanı sıra dolaylı amaçları da sözleşmenin amacı kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin hukuk-ahlak ilişkisi konusunda müstakil bir çalışması bulunan Hatemi'ye göre hukuka ve ahlaka aykırılığın bir hukuki muameleyi nasıl etkileyeceğini tespit edebilmek için ya hukuki muamelenin muhtevasında (sözleşmenin içeriği)¹⁷³ veyahut da bir tarafın karşı tarafça bilinmesi gereken temel sâikinde hukuka ve ahlaka aykırılığın olup olmadığına bakmak gerekir. Ona göre bir sözleşmenin hukuka ve özellikle ahlaka aykırı olup olmadığına tespitinde, tarafları o sözleşmeyi yapmaya sevk eden sâik de dikkate alınmalıdır.¹⁷⁴

Kıta Avrupası Hukuk sistemi içerisinde bulunan Fransız / Lâtin ve Alman / Cermen hukuk ekollerine göre tarafların hukuka ve ahlaka aykırı amaçları, akit ve diğer hukukî işlemler üzerinde etkilidir. Tarafların hukuka ve ahlaka aykırı amaçlarının medeni müeyyidesi ise hükümsüzlüktür. Bu ekoller arasında tarafların hukuka ve ahlaka aykırı amaçlarının sözleşmeyi hükümsüz bırakıp bırakmayacağı hususunda ihtilaf yoktur. İhtilaf, hukuka ve ahlaka aykırı amacın nasıl tespit edileceği ve tespit edilmesi durumunda hangi kriterlere bağlı olarak akde tesir edeceği hususunda yaşanmaktadır.

1.2.2.1.1. Fransız Hukukunda Bâis

Sebeup teorisini incelediğimiz yerde geçtiği üzere Fransız hukukçular, tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sâiki, hukuki muamelenin sebebi ile birlikte değerlendirmeye tabi tutmuşlardır. Fransız hukuk sistemine göre bir sözleşmenin geçerli bir şekilde meydana gelebilmesi için sebebinin mevcut, meşru ve sahih olması gereklidir. Zira 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu 1131. maddede “*Herhangi bir sebebe dayanmayan veya yanlış ya da gayrimeşru bir sebebe dayanan yükümlülüklerin hiçbir hükmü olmaz.*” denilmektedir. Modern teoriye göre sebebin meşru olmasından kasıt ise tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sâikin meşru olmasıdır. Meşruiyetin sınırları ise 1133. maddede şu şekilde belirlenmiştir. “*Bir sebep, kanunlar tarafından*

¹⁷³ Geniş anlamda sözleşmenin içeriği kavramı, bir sözleşme ilişkisi içinde tarafların kararlaştırdıkları her şeyi kapsamaktadır. Buna göre tarafların sözleşme ile elde ettikleri karşılıklı hak ve yükümlülükleri, edimleri; onların sözleşme ile ulaşmak istedikleri doğrudan amaçlarının yanı sıra her iki tarafın ortak amacı haline gelmiş olan dolaylı amaçları, içerik kavramına dâhildir. Bkz. Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, (Basılmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006, s. 250.

¹⁷⁴ Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 248.

yasaklanmış veya örf ve adet kurallarına ya da kamu düzenine aykırı ise hukuka aykırıdır."¹⁷⁵

Fransız hukukuna göre genel kamu düzenine, ahlaka ve emredici hukuk kurallarına aykırı olan sebep yani sâik, hukuki muameleyi hükümsüz bırakır. Bunun için taraflardan birinin diğerini sözleşme yapmaya sevk eden amacının (sâik) meşru olmadığını bilmesi yeterlidir. Sâikin tespitinde ise sadece objektif unsurlar dikkate alınmaz. Aksine sözleşmeyi çevreleyen şartlar ve tarafların gerçek amaçlarında delâlet eden bütün karineler dikkate alınır.¹⁷⁶

1.2.2.1.2. Alman Hukukunda Bâis

Alman hukuk sisteminde, sözleşmelerin yorumunda irade beyanı esas alınır. Bu nedenle Alman ekolüne göre tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sâik, ancak irade beyanında yer aldığı takdirde dikkate alınır. Tarafların irade beyanında sarıh bir şekilde yer vermedikleri hukuka ve ahlaka aykırı amaçları, yapılan hukuki tasarruf üzerinde etkili değildir. Akdi tefsir etmekle yükümlü olan hâkim, objektif bir gösterge olan irade beyanını bırakıp, tarafların iç dünyasında gizli bulunan niyetlerini araştırma yoluna gidemez. Bu sayede insanların birbiriyle olan hukuki muamelelerinde kargaşa engellenmiş ve hukuki istikrar temin edilmiş olur. Bu bakış açısına göre, akdi yapan taraflardan biri, diğer tarafın hukuka ve ahlaka aykırı amacını bilse bile irade beyanında açık bir şekilde yer verilmediği müddetçe, söz konusu sözleşme sâiki gayrimeşru olduğu gerekçesiyle iptal edilemez.¹⁷⁷

Alman ekolüne göre tarafların irade beyanında yer verdikleri bâisin ise meşru olması şarttır. Zira bu durumda tarafları sözleşme yapmaya sevk eden bais, sözleşmenin muhtevasına dâhil olmuş kabul edilir. Hukuki anlaşmazlığa konu olmuş bir meselede hâkimin tarafların irade beyanında yer vermedikleri amaçlarının veya sâiklerinin meşru olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur. Bâisin meşruiyetinin temel kıstasını ise *genel ahlaka (bonnes moeurs) aykırı olmaması* teşkil eder.¹⁷⁸ Alman hukukçuların

¹⁷⁵ The Code Napoleon or The French Civil Code, London 1827, s. 309.

¹⁷⁶ Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd*, I, 535-536; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 7-8; Senhûrî, *el-Vasît*, I, 372-374; Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 180-181.

¹⁷⁷ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 41; Giryânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 193.

¹⁷⁸ "Alman hukukçulara göre genel ahlaka aykırı olmama prensibi, ahlaka aykırı olmama prensibine göre daha objektif bir mahiyettedir. Zira genel ahlak, kişilerin hukuki tasarruflarını ve davranışları ahlaki açıdan değerlendirmede esas alınan ve insanların genelinin belirli bir zaman diliminde benimsemiş olduğu ahlaki kurallar bütününe verilen bir isimdir. Belirli bir yer ve zamanda uygulanan asgari ahlakiliği kapsamaktadır.

içtihatlarında böyle bir tutum benimsemiş olması, hukuki muamelelerde istikrarı temin endişesinden kaynaklanmaktadır. Zira Alman hukukçular, bir sözleşme sadece şekil şartlarındaki eksiklik nedeniyle hükümsüz kaldığı takdirde kendilerini kamuoyu önünde tasvip edilmiş kabul etmektedirler.¹⁷⁹

1.2.2.1.3. Türk-İsviçre Hukukunda Bâis

Alman-İsviçre ekolünün etkisi altında gelişen Türk hukuk sistemine göre sâik, hukuki muameleyi yapan kişinin iç durumu ile ilgili olduğundan prensip itibariyle, sözleşmeler üzerinde etkili değildir. Zira sâik, tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden geçmişe, hale veya geleceğe ait kişiden kişiye değişebilen düşünceler anlamına gelmektedir. Hukuki muameleyi yapan kişilerin söz konusu hukuki muamelenin doğrudan amacından bağımsız olarak sınırsız sayıda kişisel duygu, düşünce ve amacı bulunabilir. Hukuki muameleyi yapan kişilerin gerçekte hangi düşüncelerle onu yaptığını bilmek mümkün olmadığından hukuk düzeni prensip olarak tarafları, harekete geçiren sâikleri dikkate almaz. Fakat sâik, bir sözleşmenin şartı olarak öngörüldüğü takdirde (sine causa non) yani irade beyanında yer aldığı zaman hukuken önem kazanır ve dikkate alınır. (BK. md. 149)¹⁸⁰ İrade beyanında yer verilmeyen sâik ise Türk özel hukukunda başlıca iki yerde dikkate alınır. Bunlar ölüme bağlı tasarrufların iptali davası (MK. md. 557) ile sözleşmenin temelinde meydana gelen hata (BK. md. 24) durumlarıdır.¹⁸¹

Türk hukukçulara göre hukuki açıdan sözleşmenin amacı, sözleşmenin sâikinden bağımsız değildir. Bu nedenle sözleşmenin amacı ile ilgili problemlerin dile getirildiği yerlerde sâik ile ilgili tartışmalar da yer almaktadır. Hatta birçok çalışmada bu iki kavram birbirinin yerine kullanılmaktadır. Hukukçular, bir sözleşmenin amacının hukuka ve ahlaka aykırı olması durumunda sözleşmenin geçersiz olacağı hususunda hemfikirdir. Tarafların bu nitelikteki amaçlarının sözleşmeye tesir edebilmesi için her iki tarafın bilmesi şarttır. Buna göre taraflardan yalnız biri hukuka ve ahlaka aykırı bir amaç taşıyor

İnsanlarının geneli tarafından benimsenmiş olduğu için subjektif değil objektif bir kıstastır. *Ahlaka (moral)* aykırılık ise kişiden kişiye değişebilen subjektif mahiyette bir kıstastır.” Bkz. Senhûrî, *Mesâdiru 'l-hak*, IV, 43.

¹⁷⁹ Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 204 (85 no'lu dipnot)

¹⁸⁰ Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 178.

¹⁸¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 183.

ve diğ er taraf da bunu bilmiyorsa, sözleşme amacı ahlaka aykırı oldu ğ u gerekçesiyle hükümsüz olmaz.¹⁸²

“Hukuka aykırılık” kavramı ile “ahlaka aykırılık” kavramları ayrı ayrı düşünül dü ğ ü takdirde, bir sözleşmenin amacının “ahlaka aykırı” olup olmadığ ının tespitinde hangi kriterlerin esas alınması gerekti ğ i hukukçular tarafından tartışılmaktadır. Hukukçuların büyük bir ço ğ unlu ğ una göre bir sözleşmenin amacının ahlaka aykırı olup olmadığ ının tespitinde, sözleşmenin içeri ğ i geniş bir şekilde yorumlanmalı ve tarafların sözleşme ile takip ettikleri ortak amaç ve özellikle sâikler, sözleşmenin içeri ğ ine dâhil edilmelidir.¹⁸³ Doktrin ve içtihatlardan elde edilen sonuç bu yöndedir. Bu anlamda sözleşmenin amacına sadece tarafların bu hukuki işlem neticesinde ulaşacakları doğrudan

¹⁸² Eren, *Borçlar Hukuku*, 338, 343. Örne ğ in bir kimse diğ erine silah getirip ülkede isyan çıkarması için vekâlet verdi ğ inde her iki taraf bu amaçta anlaşılıyorsa, yapılan sözleşme takip edilen amaç itibarıyla hukuka aykırıdır. Bir kimsenin diğ erine belirli bir memura rüşvet vermesi veya uyuşturucu madde ticareti yapması için borç para vermesi halinde de durum aynıdır. Fakat borç veren kişi, borç verdi ğ i şahsın hukuka aykırı amacından habersiz olursa böyle bir sözleşme hukuka aykırı de ğ ildir. Ş u sözleşmelerin ise amacı ahlaka aykırıdır. Son yapılan de ğ işiklikler neticesinde Türk hukukuna göre yetkili makamlardan ruhsat almadan gizli olarak genelevi veya randevu evi işletmesi için bir kimseye borç para vermek; hukuka aykırı kürtaj yapan bir doktora tıbbi alet satmak; soygun yapmak veya adam kaçırmak amacıyla otomobil kiralamak amacı ahlaka aykırı sözleşmelerdir. Bir suçun işlendi ğ ini bilen kişiye susması, ihbarda bulunmaması çin verilmesi vaad edilen paraya ilişkin sözleşme ile mirası gizlemek amacıyla yapılan sözleşme de buraya girer. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 343.

¹⁸³ Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 163; Eren, *Borçlar Hukuku*, 343; Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, s. 277. “Türk-İsviçre hukukunda, Fransız hukukundaki “yöneltici ve belirleyici sâik” anlamındaki “sebe p” kavramının karşıladığı ihtiyacı karşılayabilmek için yapılacak ilk şey, sözleşmenin konusunun genişletilerek sâikin ona dâhil edilmesidir. Türk-İsviçre hukukunda kişilik yaratma ve şirket sözleşmelerinde “gaye” hukuki muamelenin konusuna dâhildir. Diğ er sözleşmelerde de tarafların üzerinde anlaşmış oldukları maksat, hedef ve ortak amaç da yine hukuki muamelenin konusu içindedir. Ayrıca dar anlamda bir tek sözleşmenin konusu hukuka veya ahlaka aykırı görülme se bile, e ğ er bu sözleşme dar anlamda konusu hukuka veya ahlaka aykırı olan bir başka sözleşme ile “ba ğ lantılı bir sözleşme” ilişkisi içinde ise hukuka veya ahlaka aykırı sözleşme ile birlikte bu sözleşme de geçersiz sayılabilir. Yine e ğ er bir kazandırma, hukuka veya ahlaka aykırı bir şarta bağlanmış ise kazandırmayı içeren hukuki muamele hükümsüz olacaktır.” Bkz. Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 190-192.

amaçlar¹⁸⁴ değil aynı zamanda ciddi olarak gerçekleşme ihtimali olan ve tarafların karşılıklı iradelerinin üzerinde anlaşığı dolaylı amaçları¹⁸⁵ da dâhildir.¹⁸⁶

Hukuka ve ahlaka aykırı sâikin hukuki muameleyi nasıl etkileyeceği meselesi, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bu konuda müstakil bir araştırması bulunan Hatemî'ye göre bu problemi çözebilmek için ölüme bağlı tasarruflar (miras, vasiyet) ile sağlar arası işlemleri ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Ona göre ölüme bağlı tasarruflarda sâikin etkisi daha belirgindir. Sağlar arası hukuki muamelelerde ise bir tarafın hukuka ve ahlaka aykırı sâiki karşı tarafça bilinse dahi *ortak amaç* ve *zumnî şart* söz konusu olmadıkça, kural olarak sözleşmenin sıhhatine etkisi yoktur. Nitekim taraflardan birini hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sâik karşı tarafça bilindiği ve kabul edildiği takdirde, tek taraflı ve gizli olmaktan çıkar ve *ortak amaca* dahil olur. Bu durumda irade beyanında ister yer almış olsun ister olmasın, sözleşmenin amacının hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığının tespitinde önemli bir etkiye sahip olur. Dolayısıyla hâkim tarafından dikkate alınması gerekir. Burada karşı tarafın bilebilecek durumda olması değil; bilmesi ve buna rağmen sözleşmeyi yapmış olması şartı aranmalıdır.¹⁸⁷

Hatemi'ye göre taraflardan sadece birinin hukuka ve ahlaka aykırı amaç taşıdığı muamelelerde tarafların “hukuka aykırı amaçları” ile “ahlaka aykırı amaçları” birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Zira hukuka aykırılık söz konusu ise karşı tarafın hukuka aykırı amacını bilerek onunla sözleşme yapan kimse, ceza hukukunun bir kuralını ihlal etmiş olabilir ve bu kuralın ihlali, Medeni hukuk alanında da sözleşmenin geçersizliği şeklinde yansiyabilir. Örneğin Türk ceza kanununa göre savaş halinde bulunduğumuz bir ülkeye

¹⁸⁴ “Bir sözleşmenin amacı, tarafları o sözleşme ilişkisini kurma kararı verdiren niyet şeklinde tanımlanabilir. Sözleşmenin amacı ifadesi birkaç farklı anlamda kullanılabilir. Bunlardan ilki tarafların söz konusu sözleşmeyi kurarak doğrudan ulaşmak istedikleri amaçtır. Buna doğrudan veya vasıtasız amaç (but immediat) denir. Türk hukukunda sözleşmenin doğrudan amacı, tarafların bu amaçlarına vasıta olan sözleşmeye konu sebebe (causa) işaret eder. Fakat bu iki kavram eş anlamlı değildir. Pandekt hukukta ise sözleşmenin doğrudan amacı (but immediat), sözleşmenin sebebi (causa) ile eş anlamlı olarak kullanılır.” Bkz. Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, s. 275.

¹⁸⁵ “Bir sözleşmenin neticesinde ulaşılması mümkün olup her iki tarafın da hedeflediği amaca, dolaylı amaç (uzak amaç veya takip edilen amaç) (but lointaine) denir. Bu amaç, tarafların elde etmeyi bekledikleri ve gerçekleşmesi için sözleşmeye konu edimin ifa edilmesinin şart olduğu hukuki veya fiili son durumu ifade eder. Buna göre sözleşme ilişkisiyle tarafların ulaşacakları doğrudan amaç dışında onları yönlendiren bir başka subjektif menfaat söz konusudur. Bu menfaat gerçekleşme ihtimali uzak olmasına ve sözleşmenin genel hükümleri içinde kendisini belli etmemesine rağmen tarafların karşılıklı iradeleri bu menfaat üzerinde uyduğundan sözleşmeye konu olarak genel ahlak kuralları bakımından dikkate alınmalıdır.” (Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, s. 278)

¹⁸⁶ Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, s. 279.

¹⁸⁷ Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 164-172.

göndermek amacı ile iâşe maddesi satın aldığı bir kimseye satış yapan kişi cezalandırılır. Bu kuralları ihlal eden bir işlem Medeni hukuk alanında geçersiz sayılabilir. Fakat karşı tarafın ahlaka aykırı amacını bilmek, eğer karşı tarafın ahlaka aykırı ilişkileri ile sürekli bir bağlantılı sözleşme ilişkisi içerisine girilmiyorsa sözleşmeyi geçersiz kılmak için yeterli olup olmadığı şeklindeki mesele doktrinde tartışmalıdır.¹⁸⁸

Bu noktada *malvarlığı unsurlarının devri amacı ile yapılan sözleşmeler* (alım-satım, hibe vs.) ile *kullandırma sözleşmelerinin* (âriyet, kira, karz vs.) de arasını ayırmak gerekir. Örneğin evini satan kimse, bu evin ahlaka aykırı faaliyetlere sahne olacağını bilerek satmış ise söz konusu satım sözleşmesi hükümsüz olmaz. Ahlaka aykırı faaliyette bulunulması *ortak amaç* veya *sarih* yahut *zımnî şart* haline getirilmiş değilse, bu faaliyet ile ilgili *bağlantılı bir sözleşme ilişkisi* de yoksa satım sözleşmesi hükümsüz olmaz. Zira malvarlığı unsurlarının devri amacı ile yapılan sözleşmelerde, devralan kişinin sahip olduğu ahlaka aykırı sâik, devreden tarafından bilinse dahi sözleşmeye etki etmemelidir. Fakat kullandırma sözleşmeleri farklı değerlendirilebilir. Bir kimsenin kendi malvarlığı unsurları ile ahlaka aykırı bir amacın gerçekleştirilmesi veya sürdürülmesine bilerek yardımcı olmasında, ahlaka aykırı nitelik görülebilir.¹⁸⁹ Ona göre bir kimsenin kendi malvarlığı unsurları veya emeği ile başkasının ahlaka aykırı davranışlarını bilerek desteklemesi durumunda sözleşme geçersiz sayılmalıdır. Zira kullandırma sözleşmelerinde, kullanma biçimi sözleşmenin konusuna dahildir. Bu nedenle kullanma biçiminin ahlaka aykırı olduğunu bildiği halde sözleşme yapan kişi, sonuç itibarıyla sözleşmenin konusunu ahlaka aykırı hale getirir. Fakat yapılan sözleşmede süreklilik unsuru yoksa satıcı, alıcının ahlaka aykırı ilişkileri ile sürekli bağlantılı bir sözleşme ilişkisine girmiş değilse; alıcının aldığı malı ahlaka aykırı bir amaca tahsis edeceğini bilse dahi, sözleşme hukuk bakımından geçersiz olmaz. Sadece ahlaki bakımından kınanabilir. Örneğin bir kuyumcu, sattığı yüzüğün alıcının metresine hediye edeceğini bilirse, satım sözleşmesi hukuken geçersiz olmaz. Fakat hukuk ve ahlakın uzvî bir bağlantı içinde olduğu ve birbirinden ayrılamadığı hukuk düzenlerinde bu durumdaki sözleşmelerin geçersiz olduğu ileri sürülebilir.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 193-194.

¹⁸⁹ Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 170-171.

¹⁹⁰ Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 194-195.

1.2.2.1.4. İslam Hukukunda Bâis

Çağdaş İslam hukukçularının önemli bir bölümü, bâisin meşruiyetini akit ve diğer hukuki tasarrufların sıhhat şartı olarak görmektedir. Onlara göre klasik dönemde, bütün fakihler, tarafları akit yapmaya sevk eden bâisin, akitlerin hukuki sonuçları üzerinde etkili olduğunu prensipte kabul etmektedir. Fakihler arasında yaşanan ihtilaf, meşrû olmayan bâisi gösteren delil hususunda yaşanmaktadır. Bazı fakihler bu delili, irade beyanı ve akdın mahalli ile sınırlı tutarken, bazı fakihler ise bunların yanı sıra karineleri de dikkate alan bir yaklaşıma sahiptir.¹⁹¹

Fethî Düreynî, İslam hukukunun dinî karakterli bir hukuk sistemi olması sebebiyle, hukuki muamelelerin yorumlanmasında şahsî gaye ve niyetlerin dikkate alındığı subjektif eğilime sahip olduğu görüşündedir. Ona göre bütün fıkıh mezhepleri, hukukî tasarrufların hükmü konusunda, tarafların şahsi gaye ve niyetlerini ön plana alan bazı çözümlenelerde bulunmuştur. Bu durum Hanbelî ve Mâlikî mezheplerinin baskın karakterini oluştururken; Hanefî ve Şâfiî mezhepleri ise hukukî tasarrufların zahiri yönünü, ilk ikisine nazaran daha fazla ön plana çıkaran objektif bir tutum sergilemişlerdir.¹⁹² O şöyle demiştir: “Esas itibariyle ahlak ile hukukun birbirinden ayrılamayacak ölçüde iç içe geçtiği İslam hukuku, hüküm teşriinde ahlakî ve manevî değerleri ön planda tutan idealist bir yaklaşıma sahiptir.”¹⁹³ “İslam hukukunun bu subjektif yapısı, mükelleflerin niyetlerinin temizliğinin ve yüceliğinin ölçüsü olarak kabul edilen bâisin, kişilerin tasarruflarının hukukî sonuçları üzerinde etkili olmasını gerektirmektedir. İslam hukuku bu subjektif yapısının yanı sıra günlük hayatı ilgilendiren muamelelerde hukukî istikrâr ve güven ortamını temin etmek için zâhire göre hüküm verme eğiliminde olan objektif bir yapıya da sahiptir. Bu eğilim, irade beyanında sarahaten zikredilmemiş kişisel gaye ve gizli durumların akitlerin hukukî sonuçları üzerinde etkili olmamasını gerektirir. Bu yönüyle İslam hukuku, beyan edilen iradeyi ön planda tutan Alman hukuk sistemiyle benzerlik göstermektedir. Bu hukuk sisteminde hukuki muamelelerin yorumlanmasında içteki iradeden ziyade beyan edilen irade esas alınır. Bu nedenle hukuki anlaşmazlığa konu olmuş herhangi bir tasarrufun iptali

¹⁹¹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 51, 54, 71; Münzir el-Fadl, *el-Vasît*, s. 166,167; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 231; Giryânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 206; Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 5; Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 267; Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 219; Keylânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 117.

¹⁹² Düreynî, *Nazariyyât*, s. 231.

¹⁹³ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 230.

hususunda, irade beyanında zikredilmemiş kişisel gaye vs. hâkim tarafından göz önünde bulundurulmaz.”¹⁹⁴

Çağdaş İslam hukukçularından Vehbe Zuhaylî de İslam hukukunda akit ve diğer hukukî tasarruflara bâisin etkisi hususunda, hem İslam hukukunun gayeleri (Makâsıdu’ş-Şâri‘) hem de Hz. Peygamber’e nispet edilen (s.a.v.) “*Ameller niyetlere göredir*”¹⁹⁵ hadisiyle uyumlu olduğu için sübjektif eğilimin baskın olduğu görüşündedir.¹⁹⁶ Ona göre bir akdin zâhiri şartlar itibariyle sahih olması onun Şer’an mübah olduğu anlamına gelmez. Zira bir akit, hukukun aradığı bütün rükün ve şartları taşıdığı için sahih olabilir. Fakat bu akdi yapan kişi haram bir fiili işlediği için Allah indinde cezalandırılmayı hak etmiş günahkâr ve isyankâr olabilir. Çünkü şer’î ahkâmda önemli olan bir şeye helal ve haram açısından bakmaktır. Şer’î olarak amellerin sahih olmasının ölçüsü ise niyet ve kasıttır.¹⁹⁷ Vehbe Zuhayli, görüşlerini temellendirirken Batılı hukuk sistemleri ve Suriye Medeni Kanunu ile İslam hukukçularının görüşleri arasında mukayesede bulunmuştur. Ona göre Mâliki ve Hanbeli mezheplerinin tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gayeyi, karineler yoluyla anlaşılrsa da dikkate alan ve akitler üzerinde etkili göre bakış açısı, bazı vaz’î hukuk sistemleri tarafından benimsenmiş olan “*yeni sebep nazariyesi*” ile örtüşmektedir. Bu nazariyeye göre bir akdin meşru olabilmesi için akdin sebebinin yani tarafları akit yapmaya sevk eden gayenin de meşru olması gerekir. Sebep, meşru olmadığı takdirde yapılan akit sahih olmaz.¹⁹⁸ Ona göre İslam hukuk tarihindeki bu eğilim, tarafların gerçek iradesini esas alan Latin hukukundaki sebep nazariyesi ile yakınlık göstermektedir. Bu anlayış manevi, ahlaki ve dini değerleri gözetilen bir bakış açısıdır. Hanbeli ve Mâliki ekollerinin sahip olduğu bu anlayışa göre akdi yapan tarafların gayesi, meşru olduğu takdirde yapılan akit geçerlidir. Fakat akdi yapan tarafların gayesi, gayrimeşru olduğu takdirde yapılan akit günah ve isyanda yardımlaşma anlamı taşıdığından haram ve bâtil olur.¹⁹⁹

Abdülkerim Zeydân’a göre insanları herhangi bir hukukî tasarrufu yapmaya sevk eden bâisi dikkate almak ve hükümleri bu esas üzerine binâ etmek, hükümlerin mücerret zan, hevâ, vehim ve meçhul şeyler üzerine binâ edildiği anlamına gelmez. Şöyle ki hukukî

¹⁹⁴ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 231.

¹⁹⁵ Buhârî, “Bed’u’l-Vahy”, 1; Müslim, “İmâret”, 155; Müslim, “Talak”, 11.

¹⁹⁶ Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 5.

¹⁹⁷ Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 8.

¹⁹⁸ Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 13.

¹⁹⁹ Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 11.

tasarruflar konusunda kastın dikkate alınması gerektiğini söyleyenler, bu kasıt (çeşitli karinelerle) ortaya çıktığı takdirde onu dikkate almışlardır. Bu görüş sahiplerine göre tarafların kastını ortaya çıkaran herhangi bir delil olmadığı takdirde, hüküm yine akit ve diğer hukukî tasarrufları oluşturan lafız ve ibarelerin zâhirine binâ edilir. O halde ortaya çıkmış bir kasıt üzerine hüküm binâ etmek; hükmü, bilinmesi imkânsız meçhul bir şeye değil, açık ve mâlum bir şeye binâ etmek anlamı taşır. Bu nedenle insanları herhangi bir hukukî tasarrufu yapmaya sevk eden sâiki ortaya çıkaran delil, sadece lafızlarla sınırlandırılmaz. Hâlin delâleti ve çeşitli karineler de bu hususta delildir. Ona göre İmam Şâfiî'nin kastı ortaya çıkaran delili, lafızlarla sınırlı tutan anlayışı, yeterli bir bakış açısı değildir.²⁰⁰

²⁰⁰ Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 267-268.

İKİNCİ BÖLÜM

2. İSLAM HUKUKUNDAKİ GENEL AKİT TEORİSİ VE İRADE

İslam hukukunda, borcu doğuran kaynakların başında, bir hukukî tasarruf çeşidi olan “akit” gelir.²⁰¹ Akitler, klasik İslam hukuku edebiyatında oldukça geniş bir yer tutmasına rağmen, bu eserlerde günümüzdeki şekliyle genel bir akit teorisinin olmadığı görülür. Klasik dönemde genel borç teorisinden ziyade borcu doğuran kaynaklar (bey’, hibe, icâre, müzâraa, müsâkât, şirket, ariyet, karz, vedîa, kefâlet, havâle, rehin, sulh vs.) tek tek ve ayrıntılı olarak incelenmiş, akitlere ait prensip ve hükümler ise genellikle *bey’ akdi* başlığı altında ele alınmıştır. Modern dönemde ise bu yöntem terk edilmiş ve genel borç teorisi oluşturma yönünde çeşitli adımlar atılmıştır. Bu çalışmalarda genellikle Kıta Avrupası hukuk sistemine ait kavramlar ve teoriler merkeze alınmıştır.²⁰² Biz de tezimizin bu bölümünde klasik eserlerin muhtevası ile modern çalışmaların yöntemini esas alarak İslam hukukundaki genel akit teorisi hakkında bilgiler vermeye çalışacağız. Özellikle tez konumuzla doğrudan ilgisi bulunan “irade” unsurunu ayrıntılı bir şekilde ele almaya gayret edeceğiz.

2.1. Hukuki Tasarrufun Tanımı ve Mahiyeti

İslam borçlar hukuku ile ilgili modern çalışmalarda, Batılı hukuk sistemlerinin etkisiyle hakkın veya borcun kaynakları, “hukukî tasarruf” ve “hukukî olay” olmak üzere iki ana başlık altında ele alınmakta ve “akit” kavramı da genellikle “hukukî tasarruf” başlığı altında incelenmektedir.²⁰³

²⁰¹ “Borçların kaynağı” deyiminden bir borcu meydana getiren olay anlaşılmaktadır. Bütün pozitif hukuk sistemlerinde borçların kaynakları farklı şekillerde tasnife tabi tutulmuş ve bu tasnifler doktrinde birçok tartışmanın yaşanmasına neden olmuştur. Örneğin Fransız Medeni Kanununda borcun kaynağı, “akitten doğan borçlar” ve akit olmaksızın meydana gelen taahhütler” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Fransız Medeni Kanunu’nun bu sistemi birçok tenkitlere maruz kalmıştır. Modern Fransız doktrinde borçların kaynakları eski dördü tasnif yerine, hukuki muameleler ve hukuki olaylar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.” (Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 5) “Türk Borçlar Kanununda ise borcun kaynakları, “akitler, haksız fiiller ve haksız mal iktisabı / sebepsiz zenginleşme” olmak üzere üçe ayrılmıştır.” (Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 5) Hukuki olay, hukuk düzeninin insan iradesi sonucu olup olmadığına bakılmaksızın kendisine hukuki sonuç tanıdığı her türlü olaydır. (Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 6) Hukuki fiil ise insan iradesi sonucu olan ve hukuk düzeninin kendilerine hukuki sonuç izafet ettiği olaylardır. (Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 6)

²⁰² Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 6, 40.

²⁰³ Bkz. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 68; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 379.

“Tasarruf” kelimesi klasik kaynaklarda yaygın olarak kullanılmasına karşın teknik tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte fakihlerin ifadelerinden bu kavramı, iradeye bağlı olarak meydana gelen ve kendisine hukukî sonuçlar bağlanan her türlü beşerî fiil için kullandıkları anlaşılmaktadır.²⁰⁴ Modern İslam hukuku literatüründe ise bu kavramın birçok tanımı yapılmıştır. Bunların bir kısmında sadece borç doğuran irade açıklamaları, tasarruf kelimesiyle ifade edilirken bir kısmında ise her türlü hukuki fiil, bu kelimeyle ifade edilmiştir. Mesela çağdaş İslam hukukçularından Senhûrî, iradenin rolüne vurgu yapan ve “tasarruf” kavramının mahiyetini daraltan şöyle bir tanım yapmaktadır: “*Hukukî tasarruf, hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş salt irade veya irade beyanıdır.*” Ona göre hukukî tasarruf, hem münferit iradeyi hem de birbirine uygun bir şekilde beyan edilmiş karşılıklı irade açıklamalarını kapsamına almaktadır.²⁰⁵ Senhûrî’nin “tasarruf” kavramını sadece irade açıklamalarına indirgeyen bu yaklaşımını aksine bu kavramı Şâri’in kendisine hukukî sonuç bağladığı tüm beşerî fiilleri kapsayacak şekilde yapılmış tanımlar da mevcuttur. Örneğin Şelebî hukukî tasarrufu, mümeyyiz bir şahıstan iradesi neticesinde ortaya çıkan ve Şâri’in kendisine hukukî sonuçlar bağladığı her türlü fiil şeklinde tanımlamaktadır.²⁰⁶ Zerkâ da Şelebî’nin yaptığı tanıma yakın bir tanım yapmıştır.²⁰⁷

Çağdaş İslam hukuku araştırmacıları “tasarruf” kavramına yükledikleri anlam ile uyumlu olacak şekilde hukuki tasarrufları çeşitli açılardan tasnife tabi tutmuşlardır. Fakat “fiilî tasarruf-kavlî tasarruf” şeklindeki ayırım genel kabul görmüştür. “Fiili tasarruf” sözlü irade beyanına bağlı olmayan fakat Şâri tarafından kendisine hukukî sonuçların bağlandığı gasp, başkasının malını itlaf vb. fiillerdir. “Kavlî tasarruf” ise irade beyanına dayalı olarak ortaya çıkan tüm beşerî fiiller olup “akdî tasarruf” ve “gayrı akdî tasarruf” olmak üzere iki kısma ayrılır.²⁰⁸ “Akdî tasarruf” iki taraftan karşılıklı olarak birbirine uygun olarak sâdır olup bir hakkın kazanılması veya kaybedilmesi gibi hukukî sonuçlar doğuran alım-satım, kira ve hizmet sözleşmesi olarak isimlendirilen irade açıklamalarıdır. “Akit dışı kavlî tasarruflar” ise meydana getirdiği hakkın türüne göre iki kısma ayrılır. Bunlardan birincisi, münferit iradeye dayalı olarak tek taraftan sâdır olan ve bir hakkın

²⁰⁴ Mv. F, “Tasarruf” maddesi, XII, 71.

²⁰⁵ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 66, 73.

²⁰⁶ Muhammed Mustafa Şelebî, *el-Medhal fi'l-fikhi'l-İslâmî ta'rîfuhu ve tarihuhu ve mezâhibuhu nazariyyetü'l-milkiyye ve'l-'akd*, Beyrut: ed-Dâru'l-Câmîa, X. Baskı, 1405/1985, s. 413.

²⁰⁷ Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I, 379. Ayrıca bkz. Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu I-VIII*, Şam: Dâru'l-Fikr, II. Baskı, 1405/1985, IV, 83.

²⁰⁸ Mv. F, “Tasarruf” maddesi, XII, 72; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 379.

kazanılması, sona erdirilmesi veya düşürülmesi şeklinde hukukî sonuçlar doğuran vakıf, talak, ric'at, köle azadı, tedbir, ibrâ, şuf'a hakkından vazgeçme vb. irade açıklamalarıdır. İkincisi ise yine münferit iradeye dayalı olarak tek taraftan sâdır olan ve daha çok yargıyla ilgili hukukî sonuçlar doğuran yemin, ikrar, şahitlik vb. irade açıklamalarıdır. Buna göre "tasarruf" kavramının mahiyeti, bir kavli tasarruf çeşidi olan "akit" kavramının mahiyetinden daha geniştir.²⁰⁹

Hanefiler, beşerî fiilleri, hissî fiil²¹⁰ ve şer'î fiil²¹¹ ayrımına tabi tutmuştur. Şer'î fiilleri, inşâ ve ikrar olmak üzere iki ana başlıkta ele alan Hanefiler, tez konumuz olan akitleri, şer'î fiillerin inşâ kategorisinde incelemişlerdir.²¹² İnşâî tasarrufları ise feshi kabul eden tasarruflar ve feshi kabul etmeyen tasarruflar olmak üzere iki kısma ayırmışlardır.²¹³ Talak, itak, ric'at, nikâh, yemin, nezir, zıhar, îlâ, îlâdan dönme, tedbir, kısası affetme, feshi kabul etmeyen inşâî tasarruflardandır. Alım-satım, hibe, icâre vb. ise feshi kabul eden inşâî tasarruflardandır. Benzer bir ayırım Mâlikî fakihler tarafından da yapılmıştır. Sebep olarak nitelendirdikleri hukuki tasarrufları "fiili sebepler" ve "kavli sebepler" olmak üzere iki kısma ayırmışlar ve Hanefilerin şer'î fiil olarak nitelendirdikleri bey', hibe, mukaraza gibi hukuki tasarrufları kavli sebep kapsamında görmüşlerdir.²¹⁴

2.2. Akdin Tanımı ve Mahiyeti

2.2.1. Sözlük Anlamı

Akit, Arapça "ع-ق-د" kök harflerinden türemiş bir kelimedir. Sözlükte ip veya benzeri bir şeyin iki ucunu tek bir şey olacak şekilde bir araya getirmek, iki veya daha fazla şeyi toplamak, düğüm atmak, bir şeyi sağlamlaştırmak ve kuvvetlendirmek, azim

²⁰⁹ Mv. F, "Tasarruf" maddesi, XII, 72; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 379-380; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 84.

²¹⁰ Yeme, içme, küfür sözlerini kullanma, başkasının malını itlaf etme vs. hissi fiillerdir. Bkz. Kâsânî, Alâuddîn Ebî Bekr b. Mes'ûd (ö. 587/1191), *Bedâi'u's-Sanâi' fi Tertîbiş's-Şerâi' I-X*, Thk. Ali Muhammed Muavviz ve Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, III. Baskı, Beyrut, 2010, X, 105.

²¹¹ Talak, itak / köle azadı, tedbir, nikâh, ric'at, yemin, nezir, zıhar, îlâ, alım-satım, hibe, icâre, ibrâ, kefâlet, teslîmu's-şuf'a vs. şer'î fiillerdir. (Kâsânî, *Bedâi'*, X, 105, 117)

²¹² Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, X, 117, 126. "Şer'î fiil, ukûd ve fusûh yani bey ve icâre gibi akitlere ve onları ikâle gibi fesihlere denir." (Seyyid Bey, *Usûl-ü Fıkıh*, I, 177)

²¹³ Hanefilerin genel yaklaşımına göre, şer'î tasarruflar, inşâ ve ikrar olmak üzere iki kategoridir. İnşâî tasarruflar ise feshi kabul eden tasarruflar ve feshi kabul etmeyen tasarruflar olmak üzere iki kısma ayrılır. Feshi kabul etmeyen inşâî tasarruflar, talak, itak, ric'at, nikâh, yemin, nezir, zıhar, îlâ, îlâdan dönme, tedbir, kısası affetme olup bu tasarrufların sıhhati için rıza şart değildir. (Kâsânî, *Bedâi'*, X, 117) Feshi kabul eden inşâî tasarruflar ise, alım-satım, hibe, icâre vb. akitler olup rıza bu tür tasarrufların inikat değil sıhhat şartıdır. (Kâsânî, *Bedâi'*, X, 126)

²¹⁴ Bkz. Karâfî, *el-Furûk*, I, 423 (35. Fark)

ve ahit gibi anlamlara gelmektedir. Akit kelimesi köken olarak hem maddi hem de manevi bağlama anlamlarında kullanılmaktadır.²¹⁵ Akit kelimesinin “bir ipin iki ucunu hissi olarak bağlama” anlamından yola çıkılarak “bir veya iki sözün manevî olarak birbirine bağlanması” anlamı ve yine “sağlamlaştırma ve takviye etme” manalarından yola çıkılarak “ahit” anlamı, istiare yoluyla elde edilmiştir.²¹⁶

2.2.2. Terim Anlamı

Klasik eserlerde, “akit” kelimesi, hem sözlük anlamının hem de bu kökten türeyen kelimelerin Kur’an-ı Kerim’deki kullanımlarının etkisiyle, karşılıklı irade açıklamalarının yanı sıra tek taraflı irade açıklamalarını da kapsayan çok geniş bir muhtevaya sahiptir.²¹⁷ Bunda klasik fıkıh doktrininde günümüz hukuk sistemlerinde görülen şekliyle “münferit irade” ve “karşılıklı irade” ayrımının net bir şekilde

²¹⁵ Bkz. İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, IV, 3031; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-muhît*, “akit” maddesi, s. 300; Cevherî, Ebû Nasr İsmâîl b. Hammâd el-Cevherî (ö. 400/1009’dan önce), *Tâcu'l-luğa ve sıhahu'l-'Arabîyye I-VII*, thk. Ahmed Abdülgâfûr Attâr, Beyrut: Dâru'l-İlmi'l-Melâyîn, IV. Baskı, 1990, II, 510; İsfehânî, Ebu'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed er-Râgıb, *el-Müfredât fî garîbi'l-Kur'an I-II*, Mektebetü Nizâr Mustafa el-Bâz, t.y., s. 341.

²¹⁶ Bkz. İsfehânî, *el-Müfredât*, s. 341; Ebû Zehra, Muhammed, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd fi 'ş-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, y.y. t.y., s. 199.

²¹⁷ Örneğin ilk dönem Hanefî fakihlerden Ebû Bekir Râzî Cessâs (ö. 370/981) “يا ايها الذين اوفرو بالعقود / *Ey iman edenler! Akitlerinizin gereğini yerine getirin*” ayetinin tefsirinde, akit kelimesinin tahlilini yaparken şu ifadeleri kullanmıştır. “*Akit lügatte bağlamak anlamına gelir. İpi bağladığın zaman “عقدت الحبل” dersin. Geleceğe dönük olarak yapılan yemine de akit denir. “لا يواخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يواخذكم بما عقدتم الأيمان” / Allah boş bulunarak ettiğiniz yeminlerle sizi sorumlu tutmaz. Fakat bile bile yaptığınız yeminlerle sizi sorumlu tutar.*” *Hilfantlaşmaları da akit olarak isimlendirilir. “ولذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبتهم” / Yeminlerinizin bağladığı kimselere de paylarını verin.*” (...) Akit, akdi yapan kişinin kendisini veya bir başkasını bir şeyi yapmakla yükümlü kılmasıdır. Aslında, akit kelimesi lügatte “sıkı sıkı bağlamak” anlamına gelir. Daha sonra bu kelime, yemin, alışveriş vb. tasarruflar için kullanılmaya başlanmış ve bununla kişiyi söylemiş olduğu şeye vefa göstermek ve onun gereğini yerine getirmekle yükümlü tutmak manası kastedilmiştir. Bu ise ancak gelecekte yaşanması beklenen şeylerle ilgilidir. Bey’, nikâh, icâre ve diğer ıvazlı akitler de akit olarak isimlendirilir. Çünkü bu akitleri yapan tarafların her biri verdiği söze vefa gösterme ve gereğini yerine getirme hususunda kendisini yükümlü kılmıştır. Geleceğe dönük olarak yapılan yemine de akit denir. Çünkü yemin eden kişi ister bir şeyi yapmak şeklinde olsun ister bir şeyi terk etmek şeklinde olsun yaptığı yeminin gereğini yerine getirmekle kendisini yükümlü kılmıştır. Ortaklık, mudârebe, ahd ve eman da akit olarak isimlendirilir. Bir insanın gelecekte yapmayı düşündüğü herhangi bir şey hususunda kendisini bağlayacak şekilde ileri sürdüğü şartlar da akit olarak isimlendirilir. Nezirler de böyledir. Gelecekte vukuu beklenen herhangi bir şeyle ilgili değil de geçmişte yaşanmış bir şey ile ilgili tasarruflara akit denmez. Görmüyor musun karısını boşayan adamın tasarrufuna akit denmez.” Bkz. Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, thk. Muhammed es-Sâdık Kamhâvî, Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, 1412 / 1992, III, 284-285. Şâfiî fakihlerden Zerkeşî ise şöyle demiştir: “*Akit, nezir ve köle azadı gibi tek kişinin iradesine dayalı tasarruflar ve alım-satım, icare ve nikâh karşılıklı iki kişinin iradesine dayalı tasarruflar olmak üzere iki kısma ayrılır.*” Zerkeşî, *el-Mensûr*, II, 122.

yapılmamış olması da etkilidir.²¹⁸ Dolayısıyla akit kelimesinin klasik dönem fukahası tarafından, çoğunlukla alım-satım, icâre ve nikâh gibi iki taraflı hukukî tasarrufları; zaman zaman ise vakıf, vasiyet, ibrâ, tedbîr gibi tek taraflı hukukî tasarrufları ifade etmek üzere kullanıldığını söyleyebiliriz.²¹⁹

İlk dönemlerden itibaren çok geniş bir muhtevaya sahip olan “akit” kelimesi zamanla terimleşmiş ve birçok teknik tanımı yapılmıştır. Klasik fıkıh eserlerinde, akit kavramının net bir tanımı olmadığı için bu dönemde telif edilmiş sözlük türü eserlerde yer alan akit tanımlarını vermek istiyoruz:

Ta’rifât’ın müellifi Cürcânî’nin (ö. 816/1413) tanımı şu şekildedir. “*Akit, tasarrufun cüzlerini icap ve kabul ile şer’an birleştirmektir*”²²⁰ Tehânevî (ö. 1158/1745) ise şöyle demiştir: “*Sözlükte bir cismin iki ucunu bir araya getirmek anlamına gelen akit kelimesi, fikhî bir kavram olarak, şer’an muteber bir şekilde birbirine bağlı icap ve kabule denir. O halde bu kavram, “icap”, “kabul” ve “irtibât” olmak üzere üç unsura sahiptir.*”²²¹ Şâfiî fakihlerden Zerkeşî (ö. 794/1392) de akdi icap ve kabulün irtibatı olarak tanımlamaktadır.²²²

Akit kavramının kanun maddesi tekniğiyle tarif edildiği Mecelledeki tanımı ise şu şekildedir: “*Tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabul irtibatından ibarettir.*”²²³ Mısır’da kanunlaştırma alanındaki çalışmalarıyla tanınan son dönem İslam hukukçularından Kadri Paşa (ö. 1306/1888) ise akdi şu şekilde tanımlamıştır: “*Tarafların birinin yaptığı icabın, diğer tarafın kabulüne, akdin konusu üzerinde hükmü ortaya çıkacak şekilde bağlanmasıdır.*”²²⁴ Kadri Paşa’nın bu tanımı sonradan çağdaş birçok müellif tarafından küçük değişikliklerle benimsenmiştir.²²⁵

²¹⁸ Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, I, 72.

²¹⁹ Zerkeşî, *el-Mensûr*, II, 122; Şelebî, *el-Medhal*, 414; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 199-200; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 30; Apaydın, *Hükümsüzlük*, s. 2-4.

²²⁰ Cürcânî, *Ta’rifât*, s. 158.

²²¹ Tehânevî, *Keşşâf*, “akd” maddesi, II, 1192. Tehânevî akdin icap, kabul ve irtibat olmak üzere üç unsurdan oluştuğunu ve irtibatın şer’an muteber olması gerektiğini belirtmiş olması, Latin hukuk sisteminde sözleşmenin geçerli olabilmesi için causanın / sebebin mevcut ve meşru olması şeklindeki şartı hatırlatmaktadır. Son dönem Hanefî fakihlerden İbn Âbidîn (ö. 1252/1836) de Tehânevî’ye benzer açıklamalarda bulunmuştur. (İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, IV, 68-69)

²²² Zerkeşî, *el-Mensûr*, II, 122.

²²³ Mecelle, md. 103; Ali Haydar, *Dürer*, I, 105.

²²⁴ Kadri Paşa, Muhammed, *Kitâbu Mürşidü’l-hayrân ilâ ma’rifeti ahvâli’l-insân*, Bûlâk: Matbaatu’l-Kübrâ, III. Baskı, 1308/1891, s. 37.

²²⁵ Bkz. Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, I, 73; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 201. Bu tanımdan yola çıkılarak şu sonuçlara ulaşılabilir: Akit, iradi bir fiil olması hasebiyle bütün hukukî tasarrufları kapsamakla birlikte karşılıklı iki iradenin mevcudiyetine bağlı olması sebebiyle tek taraflı irade beyanıyla meydana gelen

İslam hukukunun aksine günümüzde yapılan modern hukuk araştırmalarında, “akıt” kavramı, genellikle “karşılıklı iradelerin uyuşması” olarak tarif edilmiştir.²²⁶ İslam hukukunda ise “akıt”, irade uyuşması değil, “şâri’in uygun gördüğü şekilde iradelerin ittifakı / irtibatı” olarak tarif edilmektedir. Zira herhangi bir konuda, tarafların iradesi birbirine uygun düşer fakat bu uygunluk, hukuk nazarında muteber olmayabilir. Dolayısıyla fukahâ tarafından yapılan tanımların hemen tamamında yer alan “meşruiyet” kaydı, şâri tarafından meşrû kabul edilmeyen bir şekilde yapılmış irade açıklamalarının, akıt olarak nitelenemeyeceğini göstermektedir.²²⁷ Fukaha tarafından yapılan akıt tanımları, bâtil akıtları kapsam dışı bırakır ve bu yönüyle, söz konusu tanımların modern hukuk sistemleri tarafından yapılan tariflere göre daha ince düşünölmüş olduğunu söyleyebiliriz. Zira modern hukuk sistemleri tarafından yapılan akıt tanımı, hukuken yok hükmünde olan bâtil akıtları de “akıt” olarak nitelendirmek eğilimindedir.²²⁸

Klasik fıkıh eserlerinde yer alan akıt tanımlarında, akdın sübjektif unsuru olan iradeden ziyade objektif unsuru olan irade beyanını merkeze alan bir bakış açısı hâkimdir. şöyle ki akıt, borcu inşa eden iki iradenin tevâfuku şeklinde değil; aksine sonuçları akdın mahallinde ortaya çıkacak şekilde iki iradenin uyuşması şeklinde tarif edilmiştir.²²⁹ Bu da salt iradeden ziyade, sonuçları ortaya çıkan iradenin; diğer bir deyişle içteki iradenin değil, beyan edilen iradenin dikkate alındığını gösterir. Buna göre tarafların iradesine delâlet eden söz, işaret, fiil, yazı vs. herhangi harici bir gösterge olmaksızın mücerret irade uyuşması, tarafların iç dünyasında gerçekteşen gizli ve sübjektif bir durum olacağı için akıt olarak nitelendirilemez.²³⁰ İslam hukukunda akdın tanımı hususunda sahip olunan bu objektif bakış açısı, akıtlarla ilgili diğer birçok prensip ve tafsili hükümlerde de etkilidir.²³¹

hukukî tasarruflar, akıt kavramının kapsamında değildir. Ayrıca akdın meydana gelmesi, içteki iradenin beyan edilmesine bağlı olduğu için irade teorileri açısından objektif bir bakış açısının benimsendiği söylenebilir. Bkz. Senhûri, *Mesâdiru'l-hak*, I, 73.

²²⁶ Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 5; Mısırlı hukukçularından Senhûri, akdi şöyle tanımlamıştır: “Bir hakkın inşası, nakli veya sonlandırılması için iki iradenin ittifak etmesine akıt denir.” Bkz. Senhûri, *Nazariyyetu'l-akd*, I, 81.

²²⁷ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 81.

²²⁸ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 82.

²²⁹ “الإنعقاد تعلق كلام أحد العاقدين بالأخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل / *İnikat, akdi yapan taraflardan her birinin sözünün karşı tarafın sözüyle (akdın) mahallinde etkisini gösterecek şekilde şer'i bir surette bağlanmasıdır.*” (Molla Hüsrev, *Kitâbu'd-Dürerü'l-hükkâm fi şerhi Ğureri'l-ahkâm I-II*, Ârâmbâĝ / Karaçi: Mir Muhammed Kütüphanesi, t.y., II, 142)

²³⁰ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 82.

²³¹ Senhûri, *Mesâdiru'l-hak*, I, 77.

Modern hukuk sistemlerinin aksine, akit mefhumu, İslam hukukunda sadece akdi yapan tarafları ilgilendiren subjektif hak ve sorumluluklar doğuran bir kaynak olarak görülmez. Aksine akdin sonuçları, akdin mahallinde objektif bir şekilde derhal ortaya çıkar. Örneğin İslam hukukunda bey' akdi taraflara meb'iyi ve semeni teslim yükümlülüğü getirmez. Bilakis bu akit, akde konu olan meb'inin mülkiyetinin doğrudan karşı tarafa geçmesini sağlar. Teslim yükümlülüğü bundan sonra ortaya çıkan tâli bir sonuçtur.²³²

Çağdaş birçok müellife göre klasik fıkıh literatüründe karşılıklı irade açıklamalarının yanı sıra tek taraflı irade açıklamalarını da kapsayan geniş bir muhtevaya sahip olan “akit” kavramı, modern İslam hukuku terminolojisinde mutlak olarak kullanıldığı zaman genellikle iki taraflı hukuki işlem / sözleşme manasına gelmektedir. Tek taraflı hukuki tasarruf manasında kullanıldığı zaman ise bunun ayrıca belirtilmesi gerekir.²³³ Biz de tezimizde akit kelimesini, iki taraflı hukukî işlem manasında kullanacağız.

2.3. Akdin Unsurları

Akdin kurulması ve hukukî sonuçlarını meydana getirebilmesi için bazı unsur ve şartları taşınması gereklidir. Bu unsurlar, klasik fıkıh literatüründe “erkânu'l-akd” olarak isimlendirilirken modern terminolojide “erkânu'l-akd”²³⁴ tabirinin yanı sıra “mukavvimâtü'l-akd”²³⁵ ve “anâsıru'l-akd”²³⁶ ifadeleri de kullanılmaktadır. İslam hukukçuları, bir akdin şer'î bir surette kurulması ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için gerekli olan temel unsur ve şartların tespitinde ittifak halinde değildir. Tezimizin bu kısmında kısaca bu tartışmalara değinmek istiyoruz.

Klasik fıkıh doktrininde akdin unsurları konusunda biri Hanefiler diğeri Cumhûr tarafından temsil edilen iki farklı yaklaşım söz konusudur. Hanefiler, bir şeyin mahiyetine dâhil olup o şeyin varlığı kendisine bağlı olan parçası anlamında rûkn tanımından²³⁷ hareketle akdin yegâne rûknünün, icap-kabul ile temsil edilen sıyga olmasını gerektiğini söylemişlerdir. Hanefilere göre icap ve kabul, şer'î mana olarak nitelendirilen itibâri bir bağ oluşturur. İşte bu itibârî bağa akit denir. Bu itibârî bağın eseri, mahalde ortaya çıktığı

²³² Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 77.

²³³ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 74; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 201.

²³⁴ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 83; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 202; Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, Kâhire: Dâru'l-Fikri'l-Arâbî, 1429/2008, s. 187; Şelebî, *el-Medhal*, s. 418.

²³⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 399; Düreyînî, *Nazariyyât*, s. 289.

²³⁶ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 94.

²³⁷ Mv. F, “rûkn” maddesi, XXIII, 109.

için akdin mahalli rükün olarak isimlendirilemez. Zira akdin mahalli, İcap ve kabul ile temsil edilen irade beyanının etkilerinin üzerinde görüldüğü şeydir.²³⁸

Molla Hüsrev (ö. 885/1480) bu konuda özetle şu ifadeleri kullanmıştır: “*Akdin yegâne rükünü, icap ve kabul tarafından temsil edilen akdin sıygasıdır. Çünkü rükün, bir şeyin parçası olup o şeyin varlık sebebi olan unsura verilen isimdir. Akit ise şer’î bir tasarrufun cüzlerinin irtibatından ibarettir. Örneğin bir erkek bir kadına “seninle evlendim” dese, kadında da erkeğin bu icabına karşılık “ben de seninle evlendim” dese, burada şer’î mana /illet olan nikâh bulunur ve bu mananın şer’î sonucu olan milk-mut’a hakkı doğar. Bir kimse bir diğerine “sattım” dese diğeri ise “aldım” dese, mebînin mülkiyetini alıcıya; semenin mülkiyetini ise satıcıya intikal ettiren şer’î mana meydana gelir. İşte bu şer’î manaya akit denir.*”²³⁹

Cumhur ise akdin rükünlerini “icap-kabul”, “ taraflar” ve “akdin mahalli” olarak tespit etmiştir.²⁴⁰ Bunda Hanefiler tarafından “şart” olarak kabul edilen bazı unsurların cumhur tarafından “rükün” olarak kabul edilmesi etkili olmuştur. Muasır İslam hukukçularından Zerkâ, rükün kavramının ıstılahî anlamı dikkate alındığı takdirde akdin rükünleri konusunda Hanefiler tarafından yapılan taksim daha isabetli olduğunu düşünmektedir. Zira akit beşerî bir fiildir. Bir fiilin oluşması bir fâilin varlığını gerektirse de fâil, o fiilin mahiyetini oluşturan bir parçası değildir. O halde akdi inşa eden taraflar rükün olarak nitelendirilemez. Benzer bir durum akdin mahalli hakkında da söz konusudur. O halde akdin tarafları ile mahallinin rükün olarak değil unsur olarak isimlendirilmesi daha isabetli olur. Zira unsur kavramı, rükün kavramından daha kapsamlı bir ifadedir.²⁴¹

Klasik dönemde olduğu gibi modern dönemde yapılan çalışmalarda da akdin unsurları konusunda yeknesak bir görüntünün olduğunu söylemek oldukça güçtür. Klasik

²³⁸ Molla Hüsrev, *ed-Dürer*, I, 326; İbnü’l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî (ö. 861/1457), *Şerhu fethu’l-kadir ‘ale’l-Hidâye şerhi Bidâyeti’l-mübtedî I-X*, thk. Abdürrezzak Gâlib el-Mehdî, Beyrut: Dâru’l-Fikri’l-İlmiyye, I. Baskı, 1424/2003, VI, 230.

²³⁹ Molla Hüsrev, *ed-Dürer*, I, 326.

²⁴⁰ Bkz. Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed et-Tûsî (ö. 505/1111), *el-Vecîz fî fikhi’l-İmâmi’ş-Şâfiî I-II*, thk. Ali b. Muavviz ve Âdil Ahmed el-Mevcûd, Beyrut: Şeriketü Dâru’l-Erkam b. Ebi’l-Erkam, I. Baskı, 1418/1997, I, 277; Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, 174; İbn Rüşd el-Hafîd, Ebu’l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî el-Endelüsî (ö. 595/1198), *Bidâyeti’l-müctehid ve nihâyeti’l-muktesid*, Thk. Ali Muhammed Muavviz ve Adil Ahmed Abdulmevcûd, Beyrut: Dâru’l-Kübübî’l-İlmiyye, 1428/2007, s. 574-576; Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn (ö. 1051/1641), *Keşşâfu’l-kına ‘an metni’l-İknâ’ I-V*, thk. Muhammed Emin ed-Dinnâvî, Beyrut: Âlemu’l-Kütüb, I. Baskı, 1417 / 1997, II, 459; Ali el-Hafîf, *Ahkâmu’l-muâmelât*, s. 187.

²⁴¹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 390.

Hanefî fıkıh doktrini esas alınmak suretiyle hazırlanmış olan Mecelle’de akdin rüknü “ıcap-kabul” olarak belirlenmiş; akdin şartları ise “in’ikâd”, “sıhhat”, “lüzum” ve “nefâz” şartları olmak üzere dörde ayrılmıştır. “Taraflar”, “tarafların ehliyeti” ve “akdin mahalli” ise akdin inikat şartları olarak tespit edilmiştir.²⁴²

XX. yüzyıldan itibaren yapılan İslam borçlar hukuku çalışmalarında ise akdin unsurları genellikle “akdin sıygası”, “akdin tarafları”, “akdin mahalli” ve “akdin mevzuu / sebebi” olmak üzere dört başlık altında incelenmiştir.²⁴³ Zira Roma hukuku kaynaklı Batılı birçok hukuk sisteminde, borcun dolayısıyla akdin unsurları genellikle, “karşılıklı rıza”, “akdin mahalli” ve “akdin sebebi / causa” olarak tespit edilmiştir.²⁴⁴

Tezimizin bu kısmında söz konusu kavramları tek tek incelemeye çalışacağız. Fakat bunlardan tez konumuzla doğrudan ilgisi bulunan “irade beyanı” ve “akdin mevzuu (sebeb)” üzerinde ayrıntılı bir şekilde durup diğerleri hakkında ise kısa bilgiler vermekle yetineceğiz.

2.3.1. Akdin Tarafları

Bir akdi inşa etmek üzere birbirleriyle akit ilişkisine giren -özel veya tüzel- kişilere akdin tarafları denir. Bir akdin inikat edip hukuki sonuçlarını meydana getirebilmesi için tarafların belirli şartları taşıması gereklidir. Bu şartlar içerisinde en önemlisi tarafların hukukî tasarrufta bulunma ehliyetine sahibi olmalarıdır.²⁴⁵

Bütün fakihler bir akdin sahih bir şekilde inikat edebilmesi için tarafların hukuki tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olmasını şart koşmuş olmalarına rağmen bunun isimlendirilmesi ve mahiyeti hususunda aralarında görüş ayrılığı vardır. Fürû fıkıh kaynaklarında ilişkili olduğu meselelerle birlikte dağınık bir şekilde ele alınmış olan “ehliyet” konusu, mütekellimin metoduna göre yazılmış olan usûl eserlerinde genellikle

²⁴² Mecelle, md. 101-116; Ali Haydar, *Dürrer*, I, 103-111; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 61-62.

²⁴³ Örnek için bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I, 399; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 94. “*Mukavvîmâtü'l-akd* ifadesiyle, akdin rükünlerinin yanı sıra ister inikat ister sıhhat şartları olsun bir akdin tamamlanması için gerekli olan diğer şartlar kastedilmiştir. Tarafları akit yapmaya sevk eden sebep, diğer bir deyişle bâis ise klasik dönemin aksine, modern dönemde hukukçular tarafından akdin rüknü olarak kabul edilmiştir. Ne var ki onlar da akdin mahalli ile ilgili şartlar ile bâisi birbirine karıştırmış durumdadır.” Bkz. Düreynî, *Nazariyyât*, s. 289.

²⁴⁴ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, I, 83; Ali el-Haffif, *et-Tasarrufu'l-İnfirâdî*, s. 72; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 62.

²⁴⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 426; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 312.

“el-mahkûm aleyh”²⁴⁶ ve “teklîf”²⁴⁷ başlığı altında, fukahâ metoduna göre yazılmış olan usûl eserlerinde ise müstakil bir başlık altında ve usûl eserlerinin sonunda incelenmiştir.²⁴⁸

Hanefilere göre akdin taraflarının taşınması gerekli olan inikat şartlarının başında akıllı olmaları gelir. Çünkü şer’î bir tasarrufun inikat edebilmesi için tasarrufta bulunan şahsın edâ ehliyetine sahip olması gerekir ve edâ ehliyetinin mevcudiyeti aklın mevcudiyetine bağlıdır.²⁴⁹ Hanefilerin çoğunluğu²⁵⁰ ile Mâlikîler²⁵¹ bu şartı “temyîz” kavramıyla da ifade etmişlerdir. Buna göre bir şahsın edâ ehliyetine sahip olabilmesi için temyiz kudretine sahip olması gerekir. Hem Hanefilerin hem de Mâlikîlerin bu kavramı seçmiş olmalarında temyiz kudretine sahip kişilerin inşa ettikleri akitlerin inikat edeceği düşüncesi vardır.²⁵²

Şâfiîlere göre de bir şahsın hukukî tasarrufta bulunabilmesi için belirli şartları taşınması gereklidir. Bazı Şâfiîler bu şartı “teklif”²⁵³ kavramıyla ifade ederken; bazıları ise Hanbeliler²⁵⁴ gibi “câizu’t-tasarruf”²⁵⁵ kavramıyla ifade etmiştir. Hanefilerin aksine

²⁴⁶ Bkz. Âmidî, Ebu’l-Hasen (Ebu’l-Kâsım) Seyfuddîn Alî b. Muhammed b. Sâlim es-Sa’lebî (ö. 631/1233), *el-İhkâm fî usûli’l-ahkâm*, Riyad: Dâru’s-Samî’î, I. Baskı, 1424/2003, I, 201.

²⁴⁷ Bkz. Zerkeşî, Ebû Abdillâh Bedrûddîn Muhammed b. Bahâdır b. Abdillâh et-Türkî el-Mısırî el-Minhâcî ez-Zerkeşî eş-Şâfiî (ö. 794/1392), *el-Bahru’l-muhît fî usûli’l-fikh I-VI*, thk. Abdülkadir Abdullah el-Ânî, Kuveyt: Dâru’s-Safve, II. Baskı, 1413/1992, I, 341.

²⁴⁸ Abdülaziz Buhârî, Alâuddîn Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed (ö. 730/1330), *Keşfu’l-esrâr fî şerhi Usûli’l-Pezdevî I-IV*, thk. Abdullah Mahmûd Muhammed Ömer, Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1418 / 1997, IV, 350; Sadruşşerîa, *et-Tavdîh li metni’t-Tenkîh fî usûli’l-fikh I-II*, thk. Zekeriyya Umeyrât, Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, I. Baskı, t.y., II, 336.

²⁴⁹ Kâsânî, *Bedâi’*, VI, 533.

²⁵⁰ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, VI, 230.

²⁵¹ Hattâb er-Ruaynî, Ebû Abdullah Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahman el-Mâlikî el-Mağribî er-Ruaynî (ö. 954/1547), *Mevâhibu’l-celîl fî şerhi Muhtasari’s-Şeyh Halîl I-VII*, thk. Muhammed b. Muhammed Nâsır, Moritanya: Dâru’r-Rıdvân, I. Baskı, 1431/2010, V, 26; Desûkî, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafe (ö. 1230/1815), *Hâşiyetü’t-Desûkî ‘ale’s-Şerhi’l-kebir I-IV*, Dâru İhyâi’l-Kütübî’l-Arabiyye, y.y. t.y., III, 5.

²⁵² Hacı Yunus Apaydın, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, (Basılmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989, s. 20.

²⁵³ Akdin erkânını sıyga, taraflar ve mahal olarak belirten Gâzâlî şöyle demiştir: “İkinci rükün olan taraflar konusunda tek şart, tekliftir” (Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 277)

²⁵⁴ Bkz. Buhûtî, *Keşşâfu’l-kına*, II, 463.

²⁵⁵ Örnek için bkz. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, IV, 112. Caferîler’de benzer bir yaklaşım görülmektedir. Muhakkik el-Hillî, Ebu’l-Kâsım Necmüddîn Ca’fer b. el-Hasen b. Ebî Zekeriyâ Yahyâ el-Muhakkik el-Hillî el-Hüzelî (ö. 676/1277), *el-Muhtasaru’n-nâfi’ fî’l-fikhi’l-İmâmiyye*, Beyrut: Dâru’l-Edvâ’, III. Baskı, 1405/1985, s. 176; Muhakkik el-Hillî, *Şerâi’u’l-İslâm fî mesâilî’l-helâl ve’l-harâm I-II*, Beyrut: Dâru’l-Kârî, XI. Baskı, 1425 / 2004, I, 278.

Şâfiîler ıvazlı akitlerin inikadı için tarafların bâliğ olmasını da şart koşmuştur.²⁵⁶ Ayrıca Mushaf veya Müslüman kölenin bey' akdine mahal olması durumunda, zilleti defetmek için müşterinin Müslüman olmasını da şart koşmuşlardır.²⁵⁷ Şâfiîlerin diğer fakihlerin aksine ıvazlı akitlerin sıhhati için tarafların akıllı olmasının yanı sıra bâliğ olmalarını şart koşmalarında şu düşünce etkili olabilir. “İnsanın söz ve davranışlarının sebep ve sonuçlarını idrak edebilme ve bu idrake uygun biçimde iradesini kullanabilme gücü”²⁵⁸ anlamına gelen temyîz kavramı esas itibariyle bilinmesi güç bir durumdur. Bu nedenle temyizın belirli bir yaşı yoktur. Fakat fakihler bunu açık ve istikrarlı bir vasfa bağlamak için Hz. Peygamber'in “Çocuklarınızı yedi yaşına gelince onlara namazı emredin”²⁵⁹ hadisinden yola çıkarak, temyîz yaşını, yedi olarak tespit etmişlerdir. Hukukî işlemlerde objektiflikten yana olan Şâfiîler, objektif vasfi ağır basan buluşu, hukukî tasarrufların geçerliliği için şart koşmuşlardır. Diğer fakihler ise her ne kadar sübjektif vasfi ağır bassa da temyiz kavramını kullanmışlar ve temyiz yaşını, açık ve istikrarlı bir vasf olan yedi yaş olarak tespit etmişlerdir.²⁶⁰

Fukaha tarafından temyîz kudretini yok eden durumlar genellikle “küçüklük, akıl hastalığı, uyku, baygınlık ve sarhoşluk” olarak belirlenmiştir.²⁶¹ Bunlardan akıl hastalığı ve küçüklük temyîz kudretinin hakîkaten; uyku, baygınlık ve sarhoşluk ise hükmen yok olduğu durumlardır. Uyku ve baygınlık hallerinde her ne kadar akıl, bilkuvve mevcut olsa da bu durumda bulunan kimselerin temyiz kudreti olmadığı için ihtiyârları, dolayısıyla iradeleri hükmen yok kabul edilir ve yapmış oldukları irade beyanlarına hukuki sonuçlar bağlanmaz.²⁶²

²⁵⁶ Şîrâzî, *el-Mühezzeb fi fıkhı'l-İmâmi's-Şâfiî I-VI*, thk. Muhammed Zuhaylî, Şam: Dâru'l-Kalem - Beyrut: Dâru's-Şâmiyye, I. Baskı, 1412/1992, III, 10; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 174.

²⁵⁷ Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 278; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 174.

²⁵⁸ İbrahim Kâfi Dönmez, “Temyiz”, *DİA*, İstanbul 2011, XL, 437.

²⁵⁹ Ebû Dâvud, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak el-Ezdî es-Sicistânî (ö. 275/889), *es-Sünen*, I-V, Nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992; “Salât”, I, 334.

²⁶⁰ Apaydın, *Hükümsüzlük*, s. 20.

²⁶¹ Ayrıntılar için bkz. İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Makdisî (ö. 620/1223), *el-Muğnî I-XV*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki-Abdulfettâh Muhammed, Riyad: Dâru 'Âlemi'l-Kütüb, III. Baskı, 1417/1997, X, 345-346; Buhâtî, *Keşşâfu'l-kına'*, II, 463; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celil*, V, 26-27.

²⁶² Abdülaziz Buhârî şöyle demiştir: “İhtiyâr, temyiz ile ortaya çıkar. Uyuyan kimsenin temyiz kudreti yoktur. Bu nedenle bu kimsenin ihtiyâra dayalı olarak hüküm doğuran talak, köle azadı, alım-satım, riddet gibi ibareleri batıl olur ve kullanmış olduğu sözler temyiz kudreti ve ihtiyarı bulunmadığı için kuş sesleri hükmünde kabul edilir ve itibar edilmez. Denilse ki talak ve köle azadı gibi tasarruflarda ihtiyar şart değildir. Çünkü bu tasarruflar hata, ikrah ve hezl gibi hallerde vuku bulmaktadır. O halde talak ve köle azadının uyku halinde de geçerli olması gerekir. Biz şöyle cevap veririz. Talak ve köle azadında bunların

Gayrı mümeyyiz küçükler ile akıl hastalarının fiilî ve kavli tasarrufları, usûl âlimleri tarafından aynı kategoride değerlendirilmiştir. Bu iki sınıfın kavli tasarrufları hissi olarak mevcut olmakla birlikte, şer'an muteber kabul edilmez ve bunlara hukukî sonuçlar bağlanmaz.²⁶³

Mümeyyiz küçüklerin kavli tasarrufları ise fakihler tarafından ayrıntılı bir tasnife tabi tutulmuştur. Buna göre mümeyyiz küçüklerin sırf zararına olan kavli tasarrufları, kanunî temsilcileri izin verse bile geçersizdir. Sırf menfaatlerine olan kavli tasarrufları ise kanuni temsilcilerinin icazetine gerek kalmaksızın geçerlilik kazanır. Tabiatı gereği menfaat ve zarara ihtimali bulunan alım-satım, icâre ve nikâh vs. gibi hukukî tasarrufları konusunda ise ihtilaf vardır.²⁶⁴ Hanefîlere göre mümeyyiz küçüklerin bu tür tasarrufları mevkuf olup kanuni temsilcisinin icazetiyle geçerlilik kazanır.²⁶⁵ Mâlikîler de Hanefîlerle benzer görüşlere sahiptir.²⁶⁶ Şâfiî mezhebine göre bu tür akitlerin inikadı için bülüğ şart olduğu için bunlar sahih bir şekilde inikat etmez.²⁶⁷ Zâhirîler de Şâfiîlerle benzer görüşlere sahiptir.²⁶⁸

Sarhoşluğun kavli tasarruflara etkisi konusunda ise fakihler iki gruba ayrılmıştır. Bir kısmı sarhoşluğun bizatihi kendisine bakarak, sarhoş olan kimsenin temyîz kudretinin yok olmasından hareketle ihtiyârî olması gereken bütün kavli tasarruflarını geçersiz kabul etmiştir. Diğer kısmı ise sarhoşluğun hangi yolla meydana geldiğine bakarak kavli tasarruflarını değerlendirmiştir.

Hanefîlerden İmam Züfer (ö. 158/775), Tahâvî (ö. 321/933), Kerhî (ö. 340/951); kendisinden aktarılan bir görüşe göre İmam Şâfiî (ö. 204/820) ile öğrencisi Müzenî (ö. 264/878) ve Hanbelîlerden İbn Kayyim (ö. 751/1350) ve İbn Hazm (ö. 456/1064) sarhoşluk olayının bizatihi kendisine bakarak, ister mübah yolla isterse haram yolla

hukuki sonuçlarına rıza şart değildir. Aksine sadece ihtiyarın bulunması yeterlidir. İkrâh, hata ve hezl hallerinde her ne kadar hukuki sonuçlara rıza bulunmasa da ihtiyarın aslı mevcuttur. Bu nedenle bu tasarruflar bu hallerde gerçekleşir. Uyku halinde ise ihtiyarın aslı da bulunmamaktadır. Baygınlık hali ise uykudan daha şiddetli bir ehliyet arızasıdır ve onunla aynı hükme tabidir.” (Abdülaziz Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 390-392)

²⁶³ Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 261; Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 533-534; Abdülaziz Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 350.

²⁶⁴ Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 264-265.

²⁶⁵ Abdülaziz Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 362-363.

²⁶⁶ Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celil*, V, 26-27.

²⁶⁷ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 10.

²⁶⁸ İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî (ö. 456/1064), *el-Muhallâ I-XI*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir - Abdurrahman el-Cezîrî - Muhammed Münîr ed-Dımeşkî, Mısır: İdâretü't-Tıbaati'l-Münîra, I. Baskı, 1347-1352, VIII, 323.

meydana gelmiş olsun, sarhoşluk halinin de uyku ve baygınlık gibi kasıt ve iradeyi ortadan kaldırdığından hareketle sarhoşken yapılan irade beyanlarının geçersiz olduğunu söylemişlerdir.²⁶⁹ Çağdaş birçok İslam hukuku araştırmacısı da bu görüştedir.²⁷⁰

Sarhoşluğun hukuki tasarruflara etkisi konusunda ikinci görüş, klasik dönemde birçok fakih tarafından da benimsenmiş olan sarhoşluğun hangi yolla meydana geldiğine bakılarak yapılan taksimdir. Buna göre sarhoşluk hali mübah bir yolla meydana gelmişse bu şekilde sarhoş olan kimsenin irade beyanları dolayısıyla hukuki tasarrufları geçersiz kabul edilmiştir. Bu durumda temyiz kudreti hükmen yok kabul edilmiştir.²⁷¹ Sarhoşluk haram bir yolla meydana gelmişse bu durumda cezalandırmak amacıyla, haram yollarla sarhoş olan kimsenin hukuki tasarrufları geçerli kabul edilmiştir.²⁷² Mâlikiler bu konuda talak, köle azadı vb. tek taraflı hukuki tasarruflar ile alım-satım ve nikâh gibi çift taraflı hukuki tasarrufların arasını ayırmış ve birinci gruptakileri geçerli; ikinci gruptakileri ise geçersiz kabul etmişlerdir.²⁷³

2.3.2. Akdin Mahalli

Bir akdin hukukî sonuçlarının üzerinde görüldüğü şeye “akdin mahalli / konusu” denir. “Ma’kûd aleyh” tabiri de aynı anlamda kullanılmaktadır. Akdin konusu, yapılan akdin türüne göre değişkenlik gösterir. Meselâ bey’ akdinde satıma konu olan mal, icâre akdinde tarafların elde ettiği menfaat, rehin akdinde rehin bırakılan şey, kefâlet ve havâle akitlerinde deyn, nikâh akdinde ise milk-mut’a akdin mahallidir.²⁷⁴

İslam hukukuna göre herhangi bir mahalle izafe edilmemiş olan irade beyanları akit olarak isimlendirilemez. Örneğin bir kimsenin hiçbir mahal söz konusu olmaksızın diğer bir kimseye “sattım” demesi, karşı tarafın da “aldım” demesi neticesinde akit meydana gelmez.²⁷⁵ Çünkü irade beyanlarının akdi bir ilişki meydana getirebilmesi için belirli bir mahal üzerinde gerçekleşmesi gerekir.

²⁶⁹ Serahsî, Şemsü'l-Eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl (ö. 490/1097), *Kitâbu'l-Mebsût I-XXX*, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1409/1989, VI, 176; Abdülaziz Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 491; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, V, 26-30; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 19.

²⁷⁰ Şelebî, *el-Medhal*, s. 457.

²⁷¹ Abdülaziz Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 491; İbn Kudame, *el-Muğni*, X, 345-347.

²⁷² Şelebî, *el-Medhal*, s. 456; Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 268; Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 176; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 345-347.

²⁷³ Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, V, 28; Desûkî, *Hâşiye*, III, 5-6.

²⁷⁴ Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 252; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 400; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 337.

²⁷⁵ Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 252; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 400.

İslam hukukunda akdin sahih olarak kurulabilmesi için konusunun bazı şartları taşıması gereklidir. Tezimizin bu kısmında bu şartları sırasıyla incelemeye çalışacağız.

2.3.2.1. Akdin Mahallinin Akitleşme Esnasında Mevcut Olması

Akdin konusuyla ilgili klasik fıkıh doktrininde birçok tartışmanın yaşandığı hususlardan birisi, akdin mahallinin akit esnasında mevcut olmasının, akdin inikadı için şart olup olmadığı meselesidir. Fakihlerin büyük bir çoğunluğu prensip itibariyle, akit esnasında mevcut olmayan şeyin, akde konu olamayacağı görüşündedir. Zira bu durumda akdin konusu, akdin hukukî sonuçlarını kabule elverişli olmaz. Özellikle belirli bir malın akde konu olduğu durumlarda bu durum daha net bir şekilde görülmektedir.²⁷⁶ Fakat akdin konusu “menfaat” veya “iş” olduğu takdirde bunların akit esnasında mevcut olması imkânsızdır. Bu nedenle Hanefilere göre konusu menfaat olan icâre akdi ve tabiatları icâbı konusu akit esnasında mevcut olmayan selem ve istisnâ‘ akitleri kıyasen değil haklarında bulunan özel delil sebebiyle istihsân yoluyla meşru olmuştur.

Klasik fıkıh eserlerinde henüz olgunlaşmamış tarım ürünlerinin satım akdine konu olup olamayacağı bu prensip çerçevesinde tartışılmıştır. Hanefî ve Şâfiîler söz konusu malların olgunlaşmış olgunlaşmayacağı kesin olmadığı için bunların satım akdine konu olmasının tarafları anlaşmazlığa sevk edeceğini, dolayısıyla bunların satım akdine konu olmasının *garar* sebebiyle nehyedilmiş olduğunu söylemişlerdir.²⁷⁷ Bu hususta Mâlikîler çerçeveyi daha geniş tutmuştur. Onlara göre akit esnasında mevcut olmayıp daha sonra var ortaya çıkacak şeylerin ıvazlı akitlere konu olması câiz değildir. Fakat bunlar *teberru* akitlerine konu olabilir. Zira bunların ıvazlı akitlere konu olması *garara* sebebiyet verebilir. Fakat *teberru* akitlerinde böyle bir risk yoktur.²⁷⁸

Akit esnasında mevcut olmayan şeyin, akde konu olmasının cevazıyla ilgili çerçeveyi İbn Teymiyye ve İbn Kayyim ise çok geniş tutmuştur. İbn Teymiyye’ye göre mevcut olmayan şeylerin akde konu olmasının yasaklanmasının sebebi, onların mevcut olmaması değildir. Aksine söz konusu yasağın sebebi, bu vasıftaki şeylerin, taraflar arasında anlaşmazlığa sebebiyet verecek ölçüde bilinmezlik taşıması ve *garar* riskidir. Ona göre ne Kitapta ne Hz. Peygamber’in sünnetinde ne de sahabeden intikal eden rivayetlerde, “akit esnasında mevcut olmayan şeyin” mutlak bir şekilde akde konu

²⁷⁶ Kâsânî, *Bedâi’*, VI, 544; Ali el-Hafif, *Ahkâmu’l-muâmelât*, s. 252; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 296.

²⁷⁷ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 344.

²⁷⁸ Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 297.

olmasının yasaklandığına dair bir delil yoktur. Ayrıca akit esnasında mevcut olan şeyler hakkında nehiy bulunduğu gibi akit esnasında mevcut olmayan şeyler hakkında da nehiy vardır. O halde akit esnasında mevcut olmayan şeyin yasaklanmış olmasının illeti garardır. Bu nedenle garar bulunmadığı takdirde, bunların akde konu olmasında bir beis yoktur.²⁷⁹

2.3.2.2. Akdin Mahallinin Malum Olması

Fakihler, ıvazlı akitlerde, akdin konusunun tarafları anlaşmazlığa sevk etmeyecek ölçüde bilinmesi gerektiği hususunda ittifak etmiştir. Teberru akitlerinde ise akdin mahallinin bilinmesinin gerekip gerekmediği hususunda ihtilaf vardır. Bu hususta Şâfîiler, çerçeveyi çok dar tutarken, Mâlikîler ıvazlı akitler ile teberru akitleri arasında ayrıma gitmişlerdir. Onlara göre teberru akitlerindeki bilinmezlik, ıvazlı akitlerde olduğu gibi tarafları anlaşmazlığa sevk etmez. Şâfîiler ise teberru akitlerinde de akdin mahallinin malum olması gerektiği görüşündedir. Fakihler bilinebilirliğin kriterleri hususunda da ihtilaf etmiştir. Klasik eserlerde bu şartla ilgili verilen örneklerin büyük çoğunluğu örfeye dayalı tahlillere dayanmaktadır. Akdin mahallinin malum olmasının şart koşulması, bilinmezliğin tarafların rızasını zedeleyen bir sebep olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır.²⁸⁰ Bu konudaki tartışmaların tez konumuzla doğrudan alakası bulunmadığı için bu kadarıyla iktifa ediyoruz.

2.3.2.3. Akdin Mahallinin Akdin Hukukî Sonuçlarını Kabule Elverişli Olması

Fakihler, akdin mahallinin, akdin hukukî sonuçlarını kabule elverişli olması gerektiği hususunda ittifak halindedir. Aksi takdirde akit sahih olmaz.²⁸¹ Akdin konusunun akdin hukukî sonuçlarını kabule elverişli olmaması birkaç farklı sebebe dayanabilir. Bunları maddeler halinde şöyle sıralayabiliriz:

1. Bir şey özü itibariyle meşru ve mütekavvim olduğu halde tabiatı icabı muayyen bir akde konu olmaya elverişli olmayabilir. Örneğin taze sebze ve meyveler özü itibariyle meşru ve mütekavvim olmalarına rağmen, rehin akdine konu olamaz. Çünkü rehin akdine

²⁷⁹ İbn Teymiyye, *el-'Ukûd*, thk. Ebû Ya'kûb Neş'et b. Kemâl el-Mısırî, Mektebetü'l-Mevrid, I. Baskı, 1423, s. 446; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 298-299.

²⁸⁰ Kasânî, *Bedâi'*, VI, 598; Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 278-279; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 174; Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 254.

²⁸¹ Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 255; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 295.

konu olan şeyin borcun vadesi doluncaya kadar bekletilebilir nitelikte olması gereklidir. Taze sebze ve meyveler ise bu vafsa sahip değildir.²⁸²

2. Mescit, köprü, otlak, akarsu, kuyu vs. gibi kamu menfaatine tahsis edilmiş şeyler, tabiatları icabı ferdi mülkiyete konu olamaz. Bu nedenle bu gibi şeyler ferdi mülkiyet sonucunu doğuran akit ve diğer hukuki tasarruflara mahal olamaz.²⁸³ Ne var ki bunların mahal olmaya elverişli olmaması mutlak değil görecelidir. Örneğin vakıf malının alım-satım, hibe veya miras yoluyla mülk edinmek câiz değildir. Fakat kiraya verilmesi câizdir. Çünkü vakıf malının kiraya verilmesi ve buradan elde edilen gelirin bu malda hak sahibi olanlara harcanması onun meşrû kılınmasındaki asıl amaçla çelişmez aksine örtüşür. Zaruret halinde vakfı malının kendisinden daha iyi durumda bir mal ile mübadele edilmek suretiyle satılmasının câiz olması da kamu menfaatine tahsis edilmiş şeylerle ilgili yasağın göreceli olduğunu gösterir.²⁸⁴

3. Özü itibariyle mal olmayan şeyler de akde mahal olamaz. Kanun koyucu bazı şeyleri şer'an necis olduğu veya zarar verdiği için bazı şeyleri ise kerâmeti sebebiyle, hukuki muamelelere konu olmasını yasaklamış ve bunların mahal olduğu akitleri bâtil kabul etmiş olabilir. Örneğin leş ve kan hem necis oldukları hem de zararlı oldukları için şer'an mal olarak kabul edilmezler ve herhangi bir hukuki muameleye konu olamazlar. Bunların meşru bir menfaatinin olmaması mal olarak kabul edilmelerine engel teşkil eder. Benzer şekilde hür bir insanın veya ister hür ister köle olsun insana ait uzuvların kerâmeti veya dokunulmazlığı sebebiyle herhangi bir hukuki muameleye konu olması da mümkün değildir.²⁸⁵

4. İslam hukukunda bazı şeyler özü itibariyle “mal” vasfına sahip olmalarına rağmen şer'an mütekavvim kabul edilmedikleri için herhangi bir akdin hukukî sonuçlarını kabule elverişli olmaz ve söz konusu akdin bâtil olmasına sebep olabilirler.²⁸⁶

Bir akdin inikat şartlarından birisi de akdin konusunun “mütekavvim mal” olmasıdır. Sözlükte “insanoğlunun mülk edindiği eşya”²⁸⁷ anlamına gelen “mal” kavramının fukaha tarafından birçok farklı tanımı yapılmıştır. Bu tanımların ortak

²⁸² Düreynî, *Nazariyyât*, s. 338.

²⁸³ Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 279; Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 567.

²⁸⁴ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 338-339.

²⁸⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 551; 555; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 339.

²⁸⁶ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 339.

²⁸⁷ “İnsanoğlunun fitraten meylettiği ve ihtiyaç zamanı için biriktirdiği şey” Bkz. İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VI, 10.

noktasını mal olarak nitelendiren şeyde bir faydanın mevcudiyeti²⁸⁸ oluşturmaktadır. Klasik fıkhıta yılan, akrep gibi zehirli sürüngenler ile haşeratın konu olduğu akitlerin bâtil kabul edilmesi bu anlayıştan kaynaklanmaktadır.²⁸⁹ Bir malın “mütekavvim” kabul edilmesi ise fiilen ele geçirilmiş olmasının yanı sıra Şâri’in normal şartlar altında insanların ondan mutlak bir şekilde faydalanmasına cevaz vermesine bağlıdır. Bu nedenle insanların zaruret hali sebebiyle, bir maldan faydalanmasının mübah olması o malın mütekavvim olduğu anlamına gelmez.²⁹⁰

İslam hukukuna göre bir şeyin sahip olduğu fayda, Şâri tarafından yasaklanmış olursa söz konusu haram fayda yok hükmünde kabul edilir ve o şey bu yönüyle faydasız hale geldiği için mütekavvim mal olarak nitelendirilemez. Klasik fıkhıta günah ve isyan amacıyla kullanılan müzik aletlerinin satım akdine konu olamayacağıyla ilgili tartışmalar bu esasa dayanmaktadır. Çünkü söz konusu aletler, akdin hukuki sonuçlarını kabule elverişli görülmez.²⁹¹ Yine bir kimseyle dans etmesi, şarkı söylemesi, ölüye ağıt yakması için hizmet sözleşmesi yapmak bâtildir. Zira hizmet sözleşmesinin mahalli olan davranışlar, Şâri tarafından yasaklandığı için bunlar hükmen yok kabul edilir ve akit inikat etmez.²⁹² Diğer bir deyişle İslam hukukunda akdi ilişki neticesinde ortaya çıkan ve tarafların yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin meşru olması gerekir. Aksi takdirde, akit bâtil olur.

Çağdaş İslam hukuku araştırmacılarının büyük bir bölümü akdin mahallinin şer’an meşru kabul edilmeyen bir faydasının bulunmasını, tarafların gayrı meşru maksadına delâlet eden kuvvetli bir karine olarak değerlendirmişlerdir. Bu husustaki ayrıntıları ve değerlendirmeleri tezimizin ilgili bölümüne havale ediyoruz.

2.3.2.4. Akdin Mahallinin Teslimine Güç Yetirilmesi

Hanefî ve Şâfîlere göre bütün akitlerde, tarafların akde konu olan şeyi teslimine güç yetirmeleri gereklidir. Bir kimse mülkiyetinde olmasına rağmen akde konu olan şeyi teslimine güç yetiremiyorsa yapılan akit sahih olmaz.²⁹³ Çünkü bir akdin yapılmasındaki

²⁸⁸ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 340.

²⁸⁹ Bkz. Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 278; Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, 174.

²⁹⁰ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 340.

²⁹¹ Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 278;

²⁹² Düreynî, *Nazariyyât*, s. 341; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 295.

²⁹³ Kâsânî, *Bedâi’*, VI, 573; Zeylaî, Ebû Muhammed Fahrüddîn Osman b. Ali b. Mihcen b. Yûnus es-Sûfi el-Bârî ez-Zeylaî (ö. 743/1343), *Tebyînu'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik I-VI*, Bûlâk: Matbaa-ı Âmiriyye, I. Baskı, 1314, IV, 44; Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 278, 279; Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, 174.

asıl amaç onun gereğini yerine getirmektir. Örneğin bey' akdinde akde konu olan şeyin mülkiyetinin satıcıdan alıcıya intikal etmesi, bu akdin asıl hukukî sonucudur. Satıcı, akdin konusunu teslimine güç yetiremediği takdirde, bey' akdinin asıl hukukî sonucu gerçekleşmez.²⁹⁴

Mâlikîler ise bu şartı sadece ıvazlı akitler için gerekli görürler. Teberru akitleri için böyle bir şart öne sürmezler. Onlara göre garar hakkındaki nehiy özellikle bey' akdi hakkındadır. Bey' akdi ise mali ıvazlı akitlerdendir. Bu nedenle söz konusu yasak, mali ıvazlı akitleri ve bu mahiyete sahip diğer akitleri kapsar. Teberru akitleri ise bu kapsamda değerlendirilemez.²⁹⁵

İbn Teymiyye ise akdin mahallinin teslimine güç yetirilmesi şartının gerekliliğini, garar yasağı kapsamında değerlendirmiştir. Ona göre akdin konusu, madum veya meçhul olduğu veya teslimine güç yetirilemediği zaman garar meydana gelir.²⁹⁶

2.3.3. Akdin Mevzuu

Çağdaş İslam hukukçularının birçoğuna göre bir akitte bulunması gereken dört temel unsurdan birisi de akdin mevzuudur. Akdin mevzuu için “akdin sonuçları” ve “ tarafların hedefledikleri şey” ifadeleri de kullanılır. Modern hukuk terminolojisinde kullanılan “kasdî sebep” veya “fennî sebep” kavramları da İslam hukukundaki akdin mevzuu tabirini karşılamaktadır.²⁹⁷

Akdin yapan kişilerin şahsi maksadı ne olursa olsun, yapılan akdin nev'ine göre meydana getirdiği hüküm ve neticeye diğer bir deyişle herhangi bir akdin kendisine ulaşmak üzere meşru kılındığı nev'î gayeye ve aslî hükme o akdin mevzuu denir.²⁹⁸

Akdin mevzuundan kasıt, akdin nev'î gayesi yani akdin kendisi için meşru kılındığı asıl maksattır. Bu mevzu her bir akit çeşidinde bir tanedir, sabittir ve değişmez. Akdin çeşidi değiştikçe değişkenlik gösterir. Örneğin bey' akdinin mevzuu, mebînin mülkiyetinin alıcıya; semenin mülkiyetinin ise satıcıya naklidir. İcâre akdinin mevzuu, bir menfaatin bir bedel karşılığında temliki; hibe akdinin mevzuu, hibe edilen şeyin

²⁹⁴ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 348.

²⁹⁵ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 349; Karâfî, *el-Furûk*, I, 347-349 (24. Fark)

²⁹⁶ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ 'l-kübrâ*, IV, 18.

²⁹⁷ Sivâr, Vahîdûdîn, *et-Ta'bir 'ani'l-İrade fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire: Mektebetü'n-Nahdiyye, 1960, s. 499.

²⁹⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 383.

bedelsiz olarak temlik; ariyet akdinin mevzuu, bir menfaatin bedelsiz olarak temlik; nikâh akdinin mevzuu ise milk-i mut'adır.²⁹⁹

Klasik kaynaklarda çoğunlukla “akdin hükmü”³⁰⁰ kavramı kullanılırken; çağdaş araştırmacılar, “akdin hükmü” kavramıyla birlikte “akdin mevzuu”³⁰¹ kavramını da kullanmıştır. Her iki kavram ile “akdin nev’î gayesi” başka bir deyişle “akdin kendisi için vazedilmiş olduğu aslî maksat” kastedilmiştir. Dolayısıyla, “akdin mevzuu”, “akdin hükmü” ve “akdin nev’î gayesi / akdin aslî maksadı” müteradif kavramlar olup, belirli bir hakikatin farklı boyutlarını ifade etmek üzere kullanılmaktadırlar. Bu hakikatin, akit meydana gelmeden önce Şâri nazarında görünümü, “akdin aslî maksadı” diğer bir tabirle “meâlu’l-akd” olarak; akit meydana geldikten sonra Şâri nazarında görünümü ise “hükmü’l-akd” diğer bir deyişle “akde terettüp eden sonuçlar” olarak isimlendirilir. Eğer bu hakikatin akdin oluşması ve tamamlanması esnasındaki görünümüne bakılacak olursa, söz konusu hakikat, “mevzû’l-akd” olarak isimlendirilir.³⁰² Örneğin bey’ akdinin mevzuu olan “mülkiyetin bir bedel karşılığında nakli” sonucu, Şâri açısından “hüküm ve eser” akdi yapan taraflar açısından ise onların söz konusu akit vesilesiyle ulaşmak istedikleri “nev’î gaye” olarak isimlendirilir.³⁰³

Bir akdin mevzuu diğer bir deyişle asıl hukukî sonucu, onu diğerlerinden ayırıcı bir özellik taşır. Örneğin icâre akdinin yapılmasındaki asıl amaç, onu satım ve âriyet akitlerinden ayırıcı bir özelliğe sahiptir. İcâre akdinin yapılmasındaki asıl amaç, bir menfaatin, bir bedel karşılığında intikal ettirilmesidir. İcâre akdinin bu amacı, asıl amacı bir malın mülkiyetini bir bedel karşılığında intikal ettirmek olan satım akdinden ve asıl amacı bir menfaatin bedelsiz olarak intikal ettirilmesi olan âriyet akdinden ayırıcı bir özelliktir.³⁰⁴

²⁹⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 400; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 182; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 158.

³⁰⁰ “Akdin meşru kılınmasına sebep teşkil eden ve inikad eder etmez doğan asıl gaye ve maksada, akdin hükmü / akdin hukukî sonuçları denir.” “Esas itibariyle engellemek anlamına gelen “hüküm” kelimesi fukâhâ örfünde, “kaza” anlamına geldiği gibi “bir şey üzerine terettüp eden eser” anlamına da gelir. Örneğin “bey’in hükmü mülkiyettir” denildiğinde, bu “bey’ üzerine terettüp eden eser mülkiyettir” anlamına gelir.” (Seyyid Bey, *Usûl-ü Fıkıh*, s. 178)

³⁰¹ Akdin mevzuu kavramını, Şâfiî fakihlerden Cüveynî, günümüzde sahip olduğu anlamda kullanmaktadır. Bkz. Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 376.

³⁰² Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 182; Sivâr, *et-Ta’bîr*, s. 501-502.

³⁰³ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 403.

³⁰⁴ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 401.

Akitler mevzuuna göre, “gayesi temlik olan akitler”³⁰⁵, “gayesi teminat olan akitler”³⁰⁶, “gayesi tevkil olan akitler”³⁰⁷ ve “gayesi muhafaza olan akitler”³⁰⁸ şeklinde tasnif edilmiştir.³⁰⁹

Bir akdin nev’î gayesi olan mevzuu, tarafların şahsî gayesi olan bâisten farklıdır. Alım-satım akdinin nev’î gayesi bir diğer deyişle mevzuu, mebînin mülkiyetinin alıcıya, semenin mülkiyetinin ise satıcıya doğrudan intikal etmesidir. Bu objektif bir sonuçtur. Fakat hem alıcı hem de satıcı, sözleşmeyi farklı amaçlara ulaşmak için yapmış olabilirler. Örneğin sahip olduğu bir malı satan bir kimseyi bu akdi yapmaya sevk eden bâis, bedele duyduğu ihtiyaç veya sattığı malı sevmemesi veya kar elde etmek istemesi olabilir. Görüldüğü üzere bâis, akdi yapan kişilere göre değişkenlik gösterir. Ancak mevzu, akdi yapan kişilere göre değişkenlik göstermez.³¹⁰

Örneğin rehin akdinde, rehin bırakılan mal, akdin mahalli; hapsedme hakkı ise akdin mevzuudur. Bu, her bir akit çeşidini diğerlerinden ayıran nev’î gayesidir. İnikattan sonra ise bu gaye sabit olur ve söz konusu akdin şer’î hükmü olur. Diğer bir tabirle, Şâri’in o akde bağladığı ve akdin mahalli üzerinde görülen asli sonuç olur.³¹¹

İslam hukukunda akdin hukukî sonuçlarını belirlemek Şâri’in yetkisindedir. Tarafların rolü ise akdi meydana getirmekle sınırlıdır. Esasında fakihler tarafından akitlerin “sebeb”³¹² “illet”³¹³ veya “mana”³¹⁴ olarak nitelendirilmeleri ve akitlere bağlanan hukuki sonuçların, Şâri’in hitabının eseri olarak teklifi hüküm kategorisinde görülmesi de böyle bir anlayışın sonucudur. Zira İslam hukukunda teklifi hükümler, “mükellefin fiilinin sonucu olan teklifî hükümler” ve “mükellefin fiilinin vasfı olan teklifî hükümler” şeklinde iki kategoride ele alınmakta ve bey’, icâre, hibe, nikâh gibi akitlere bağlanan “milk-i rakabe”, “mik-i menfaat”, “milk-i mut’a” vs. hukuki sonuçlar, “mükellefin fiilinin sonucu olan teklifi hüküm” kategorisinde görülmektedir.³¹⁵

³⁰⁵ Satım, bağışlama, vasiyet, kira, âriyet vb.

³⁰⁶ Rehin, kefâlet vb.

³⁰⁷ Vekâlet, vasiyet vb.

³⁰⁸ Vedîa vb.

³⁰⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 644.

³¹⁰ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 401; Sivâr, *et-Ta’bir*, s. 504.

³¹¹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 383.

³¹² Taftâzânî, Saduddîn Mes’ûd b. Ömer (ö. 792/1390), *et-Telvîh ‘ale’t-Tavdîh li metni’t-Tenkîh fî usûli’l-fikh I-II*, thk. Zekeriyya Umeyrât, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, I. Baskı, t.y., II, 296.

³¹³ Taftâzânî, *et-Telvîh*, II, 274.

³¹⁴ Taftâzânî, *et-Telvîh*, I, 404-405.

³¹⁵ Seyyid Bey, *Usûl-ü Fıkıh*, s. 178, 181.

Dolayısıyla kullara düşen, akdi inşa etmektir. Akdin sonuçları veya eseri ise akdin hükmü olup, mükellefe bağlı değildir. Söz konusu akde o sonucu bağlayan Şâri'dir. Bu bakımdan tarafların akit yaparken ulaşmak istedikleri aslî ve tebeî gayeler, İslam hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kalmak şartıyla gerçekleşir.³¹⁶

Bu konuda İbn Teymiyye şöyle der: “*Cüz’i hükümleri (muayyen bir malın muayyen bir kimseye haram veya helal olması gibi) Şâri cüz’i bir şekilde değil, “Allah alım-satımı helâl kılmıştır...” (el-Bakara 2/275) şeklindeki ayetlerle küllî bir şekilde meşrû kılmıştır. Bu küllî hüküm, muayyen bir bey’ akdi bulunsun bulunmasın sabittir. Eğer belirli bir satım akdi bulunursa o akit belirli bir mülkiyete sebep olur. Bu muayyen sonucun sebebi ise kulun fiilidir. Allah’ın sabit kıldığı cüz’î hüküm, kulun fiiline tabidir. Çünkü Şâri bu sonucu iptidâen bu fiile bağlamıştır. Akitlerde Şâri’in haram kıldığından başka şeyler haram omaz. Akitlerden aslolan tarafların rızasıdır. Akitlerin meydana getirdiği sonuçlar ise tarafların akitleşme ile kendilerine vacip kıldıkları şeydir.*”³¹⁷

Bir akdin aslî maksadı, diğer bir tabirle mevzuu, akdin konusuyla sıkı bir ilişkiye sahiptir. Zira bir akdin sahih bir şekilde inikat edebilmesi için akdin mahallinin sahip olması gereken şartların başında akdin mahallinin, akdin hükmünü kabule elverişli olması gelir. Akdin mahalli, akdin aslî maksadını kabule elverişli olmadığı takdirde, söz konusu akit, Şâri tarafından hükümsüz bırakılır. Örneğin şer’an mütekavvim kabul edilmeyen şeylerin satım akdine konu olmasının yasaklanmış olması veya özü itibariyle haram olan fiillerin icâre akdine konu olmasının yasaklanmış olması, bunların söz konusu akitlerin hukuki sonuçlarını kabule elverişli olmamaları nedeniyledir.³¹⁸

2.3.4. İrade Beyanı

İslam hukukuna göre akitlerin temelini “karşılıklı rıza”³¹⁹ teşkil eder. Fakat rıza insanın iç dünyasında gerçekleşen sübjektif bir durum olduğundan; söz veya sözün yerini tutan diğer beyan vasıtalarından birisiyle dışa yansıtılmadığı müddetçe, şer’an muteber kabul edilip ona hukukî sonuçlar bağlanamaz.³²⁰ Klasik eserlerde tarafların karşılıklı

³¹⁶ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 300, 302; Taftâzânî, *et-Telvîh*, II, 297.

³¹⁷ İbn Teymiyye, *el-Fetâva’l-kübrâ*, IV, 93.

³¹⁸ Sivâr, *et-Ta’bîr*, s. 503.

³¹⁹ Batılı hukuk sistemlerinde karşılıklı rızanın mevcudiyeti ile sıhhati ayrı ayrı değerlendirilir. Çağdaş araştırmacıların önemli bir bölümü, klasik fıkıh doktrininde yer alan uygulama örneklerini, bu ayrımı esas alarak İslam Borçlar Hukuku ile ilgili genel teoriler tespit etmeye çalışmışlardır. Bkz. Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, I, 84.

³²⁰ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 293.

olarak akit yapma iradelerine delâlet eden bu beyan vasıtaları, “ıcap-kabul” veya “akdin sıygası” olarak isimlendirilmiştir. Modern literatürde ise “irade beyanı” tabiri tabiri tercih edilmektedir. İşte “ehliyetli bir kimsenin³²¹, bir hukuki tasarruf meydana getirmek için iç dünyasında oluşan iradesini söz veya sözün yerini tutan diğer vasıtalarla dışa yansıtmasına “irade beyanı” denir.”³²² İrade beyanı tabiri, hem içte oluşan iradenin açıklanmasını hem de bu açıklamanın şeklini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra “dış irade” ve “objektif irade” kavramları da kullanılmaktadır.³²³

Hukukî ilişkilerde, hüküm için esas alınacak vasıf, sabit ve istikrarlı olmadığına, hüküm bunun yerine ikame edilecek “zâhir sebebe” bağlanır. Bu zâhir sebebe fıkıh ve usûl terminolojisinde “mazınnet” adı verilir. Klasik fıkıh eserlerinde, “ıcap ve kabul” akdin esasını teşkil eden rızaya ulaşma vesilesi oldukları için “sebepe” veya “mazınne” olarak; rızanın biçimsel göstergesi oldukları için ise “sûret” olarak isimlendirilmiştir.³²⁴ İcap ve kabulün “mazınne” olarak nitelendirilmesi, irade beyânının varlığının, karşılıklı rızanın varlığına kesin olarak delâlet etmediğini vurgulamaya yöneliktir. Fakat irade beyanı açık olduğu ve aksi ortaya çıkmadığı takdirde, “karşılıklı rıza”nın varlığı yönünde kuvvetli bir gösterge diğer bir deyişle “mazınne” olarak kabul edilir.³²⁵ Buna göre, hukukî işlem ehliyetine sahip kimselerden sâdir olan İrade beyanı, aksini gösteren bir delil olmadığı müddetçe şer’an muteber olur ve kendisine hukuki sonuçlar bağlanır. Senhûrî’ye göre bu durum, fukahânın hukukî muamelelerde güven ve istikrâr ortamını temin etmek için içteki iradeden ziyâde, beyan edilen iradeye önem veren objektif bir bakış açısına sahip olduğunu göstermektedir.³²⁶ Buna göre İslam hukukunda akitlerin inikadında prensip olarak “irade beyanı sisteminin” benimsendiği söylenebilir. Fakat bu durum İslam hukukunda katı şekilciliğin olduğu ve gerçek iradenin hiç dikkate alınmadığı anlamına gelmez.

³²¹ Muasır İslam hukukçularından Zerkâ, muhtâr ifadesini kullanmıştır. Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I, 437.

³²² Zerkâ, *el-Medhal*, I, 437; Hacı Yunus Apaydın, “İrade Beyanı”, *DİA*, İstanbul 2000, XXII, s. 387.

³²³ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 84-85; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 405; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 94.

³²⁴ Apaydın, “İrade Beyanı”, *DİA*, XXII, s. 387.

³²⁵ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 294. “Bir akdin oluşmasında aksini gösteren bir delil olmadığı müddetçe esas âmil irade beyanıdır. Bu nedenle içteki gerçek iradenin araştırılmasına gerek yoktur. Bu açıdan “irade beyanı”, “gerçek iradenin” varlığı yönünde yeterli bir delil olarak kabul edilir ve tek başına değer kazanır. Akdin hükümleri de söz konusu akdin inikadında esas âmil olan bu zâhiri iradeye göre sâbit olur. Ayrıca akdin sınırlarının ve iltizâmî kayıtlarının belirlenmesinde de bu irade etkilidir. Örf ve hâlin delâleti de akdin sınırlarının tayininde, irade beyanına dâhil kabul edilir.” (Zerkâ, *el-Medhal*, I, 437)

³²⁶ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 84-85

Şâfiîlerden Zencânî (ö. 656/1258) şöyle demiştir: “Kullar arasında câri olan mâli akitlerin dayandığı temel “Karşılıklı rıza ile yapılan ticaret hariç, mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin” (el-Bakara, 2/188) ayetinin delâletiyle karşılıklı rızadır. Ne var ki “karşılıklı rıza” kalpte gizli olduğundan ilahi hikmet, insanları karşılıklı rızanın göstergesi olan genel ve açık bir kurala yönlendirilmesini gerektirmiştir. Bu genel ve açık kural da tarafların karşılıklı rızasını gösteren icap-kabuldür.³²⁷

Mâlikî fakihlerden Karâfî (ö. 684/1285) ise şöyle demiştir: “Hukuki sonucu bildiren vasıf, açık ve istikrarlı bir vasıf olursa o bırakılıp başkasına geçilmez. Eğer bu vasıf gizli olur ve istikrarlı olmazsa mazınnesi (zahir sebep) onun yerine ikame edilir. Bilinmeyecek derecede gizli olan vasfa örnek rızadır. Rıza gizli bir şey olduğundan sözlü irade beyanları ve teati yoluyla yapılan alım-satımlarda, davranışlar rıza yerine ikame edilmiştir. Çünkü bu söz ve davranışlarda rızanın varlığı kuvvetle muhtemeldir. Ama söz ve davranışlardan soyutlanmış olan rıza geçersizdir. Öyle ki bir kimse, kendisinden herhangi bir söz ve davranış sadır olmaksızın geçmişte mülkiyetin intikaline razı olduğunu beyan etse, bu intikal kendisini bağlamaz.”³²⁸

Klasik eserlerde irade beyanının “icap-kabul” terimiyle temsil edilmesi, insanın iç dünyasında oluşan iradeyi dışarıya yansıtmak için başvurduğu beyan vasıtalarının başında söz geldiği içindir. Yoksa bu ifade, sözlü beyan vasıtalarının dışındaki diğer beyan vasıtalarının İslam hukukunda muteber olmadığı göstermez.³²⁹ Diğer bir deyişle hukuk açısından, sözlü ifade şekilleri, akit yapma iradesinin yegâne göstergesi değildir. Aksine sözlü ifade veya konuşma, aslî beyan vasıtasıdır. Bu nedenle yazı, işaret, delâlet, teâtî vb. davranışlarla da irade beyanında bulunulabilir.³³⁰

³²⁷ Zencânî, Ebu'l-Menâkîb Şihâbuddîn Mahmûd b. Ahmed (ö. 656/1258), *Tahrîcu'l-Furû' 'ale'l-usûl*, thk. Muhammed Edip Salih, Beyrut: Müessesetu'r-Risâle, 1402/1982, s. 143.

³²⁸ Karâfî, *el-Furûk*, II, 299-300. (98. Fark)

³²⁹ Ebû Zehrâ, *el-Milkiyye*, s. 202; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 93; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 419, 423; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 84-85.

³³⁰ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 411. Beyan vasıtalarının başında söz geldiği için fukaha, akdi inşâ eden tarafların kullanmış olduğu ifadelerin lafzî tahlilleri üzerinde ayrıntılı bir şekilde durmuştur. İslam hukukunda kişilerin kullanmış olduğu sözler, sadece akitlerin oluşmasında değil mahkemelerde vb. yerlerde isbat vasıtası olarak da yazıya tercih edilir. Bunda geçmiş medeniyetlerde yazının yaygın olmaması sebebiyle hata ihtimali yüksek bir gösterge olarak kabul edilmesi ve hukukî istikrar ve güven ortamını temin etmede yeterli görülmemesinin etkisi büyüktür. İçteki iradenin beyan vasıtalarının başında gelen sözlü ifadelerin tahlilinde ise öncelikle lafızların zahiri manasına bakılır, lügat ve örf açısından ifade edilen mana açık olduğu takdirde tarafların niyeti sorgulanmaz. Bkz. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 84-85; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 63.

Hanefî fakihlerden Kâsânî, nikâh ve icâre akitleri için şu ifadeleri kullanır: “Nikâhın rüknü icap ve kabuldür.”³³¹ “İcârenin rüknü icap ve kabuldür.”³³² Bey’ akdi ile ilgili ise şu ifadeleri kullanmıştır. “Bey’ akdinin rüknü bir şeyi bir şeyle mübadele etmektir. Mübadele ise söz ile olabileceği gibi fiil ile de olabilir. Söz, fukahâ örfünde icap ve kabul olarak isimlendirilir. İcap ve kabul mazi sıygasıyla olabileceği gibi hâl sıygasıyla da olabilir. (...) İcap ve kabul diğeri olmaksızın bağlayıcı olamazlar. Taraflardan biri icapta bulunduktan sonra diğeri tarafın kabul muhayyerliği olduğu gibi, icapta bulunan tarafın da karşı taraf kabul etmeden önce rücu muhayyerliği vardır. (...) Fiili mübadele ise teâtidir. Bu alışveriş “bey’u’l-murâveda” olarak da isimlendirilir.”³³³

Maliki mezhebine göre irade beyanında kullanılan vasıtaların rızaya delâletinde, örf esas alınır. Malikiler, hem sözlü irade beyanlarını hem de sözlü olmayan yazı, işaret, teati vb. irade beyanı vasıtalarını bu kriter doğrultusunda değerlendirmişlerdir.³³⁴

Hanbelî fakihlerden İbn Kudâme şu ifadeleri kullanmıştır. “*İcap ve kabul lafızları tarafların karşılıklı rızasına delâlet etmek üzere vardır. Karşılıklı rızanın şekli teabbüdi bir durum olmadığı için karşılıklı rızaya delâlet eden teâti, müsâveme vs. ile bey’ akdi meydana gelir.*”³³⁵ İbn Teymiyye de benzer ifadeler kullanmıştır.³³⁶

Hanefilere göre tarafların rızasında delâlet eden sözlerden, önce söylenen icap, sonra söylenen ise kabuldür.³³⁷ Cumhûra göre ise, sonra söylene dahi temlik ifade eden söz, “icap”; önce söylene bile mülkiyetin kendisine intikal ettiği kimsenin söylediği söz ise “kabul” olarak adlandırılır.³³⁸ Hanefiler ile Cumhur arasındaki bu tartışma teorik bir ihtilaf olup pratikte bir karşılığı yoktur.

2.3.4.1. İrade Beyanının Şartları

İslam hukukunda akdin asıl kurucu unsuru olan irade beyanının hukukî sonuçlarını meydana getirebilmesi için şüpheye mahal bırakmayacak biçimde açık ve net bir şekilde ortaya çıkması gerekli görülmüştür. Bunun için irade beyanının bazı şartları

³³¹ Kâsânî, *Bedâi’*, III, 317.

³³² Kâsânî, *Bedâi’*, V, 516.

³³³ Kâsânî, *Bedâi’*, VI, 528-530.

³³⁴ Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu’l-celîl*, V, 9; Desûkî, *Hâşiye*, III, 3-4; Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, I, 97.

³³⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 9.

³³⁶ İbn Teymiyye, *Mecmû’atu’l-fetâvâ*, XXIX, 7-8.

³³⁷ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, VI, 230; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, IV, 93; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 202-203; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 295.

³³⁸ Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, IV, 93.

taşıması gereklidir. Aralarında bazı nüanslar olmakla beraber fakihlerin çoğunluğu tarafından kabul edilen bu şartları şöyle sıralayabiliriz.

2.3.4.1.1. Kesinlik

Tarafların içindeki iradelerine delalet eden icap ve kabulün hukuken muteber ve tarafları bağlayıcı olabilmesi için tarafların akit yapma iradelerini, tereddüte mahal bırakmayacak bir kesinlikte göstermesi gerekir.³³⁹ Klasik doktrinde mazi sıyganın diğer sıygalara tercih edilmiş olmasında da bu düşünce etkilidir.³⁴⁰ Çünkü mazi sıyga, dil açısından düşünme ve pazarlık aşamalarının geçildiğinin her hangi bir tereddütün kalmayıp tarafların akit yapma iradelerinin kesinleştiğini gösterme açısından en açık sıygadır. Muzari, emir ve istifhama gelince, bu sıygalar, mana açısından ihtimalli oldukları için içinde oluşan iradenin kesinliğini gösterme bakımından yeterli görülmezler ve bu sıygalarla akdin kurulması, bazı şartların gerçekleşmesine bağlanır.³⁴¹

Kâsânî (ö. 587/1191) bu konuda özetle şu ifadeleri kullanmıştır: “*İcap ve kabul mazi sıygayla olabileceği gibi muzari sıygayla da olabilir. Alıcı ve satıcı karşılıklı olarak mazi sıygayı kullanmak suretiyle aldım-sattım ifadelerini kullanırlarsa rükün tamamlanmış olur. Çünkü mazi sıyga, he ne kadar vaz'an geçmişe delâlet etse de şer'i örfte, hâle delalet eder ve örf, bu gibi hususlarda vaz'a hâkimdir. (...) Muzari sıygayla gelince, her ne kadar hâle delalet etmek üzere vaz edilmiş olsa da bu sıyganın, hakikaten ve mecazen istikbale delâleti daha yaygın olduğu için burada akdi yapan tarafların niyetine itibar ederiz. İstifhâm sıygasıyla akitler ittifakla münakid olmaz. (...) Emir sıygasına gelince bizim ashabımıza göre, talep manası taşıdığı için bu sıygayla akitler münakit olmaz. İmam Şâfî ise nikâh akdine kıyasla diğer akitlerde de emir sıygasıyla akdin kurulabileceğini söylemiştir. Biz ise nikâh akdinin emir sıygasıyla kurulabilmesini nass sebebiyle istihsânen câiz görüyoruz. Bu konudaki kıyası / genel kuralı, nass sebebiyle terk ettik. Bey' akdi konusunda özel bir nass olmadığına göre bu konuda kıyasa göre hareket etmek gerekir. Ayrıca emir sıygası pazarlığa delâlet eder. Nikâh akdi ise örfen kendisinde pazarlığın yaşanabileceği türden bir akit olmadığı için burada emir sıygası, icap veya kabule hamlolunur.*”³⁴²

³³⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 408.

³⁴⁰ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 423.

³⁴¹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 85; Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 410.

³⁴² Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 529-531. Benzer tespitler için bkz. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 231 vd.

Mâlikîler, emir sıygası dışında Hanefiler ile aynı görüştedir. Onlara göre emir sıygası da muzâri gibi hem hâle hem de istikbale delâlet edebilme potansiyeline sahip olmakla beraber, emrin hâle delâleti örf açısından muzariye göre daha kuvvetlidir. Bu nedenle icap veya kabul niyetiyle söylendiği takdirde, emir sıygasıyla da akitler inikat eder. Emir sıygasını kullanıp da icapta bulunmayı kastetmediğini söyleyen kimseye ise ispat için yemin ettirilir. Maliki mezhebine göre irade beyanında kullanılan vasıtaların rızaya delâletinde, örf esas alınır. Malikiler, hem sözlü irade beyanlarını hem de sözlü olmayan irade beyanı vasıtalarını -yazı, işaret, teati vb. - bu kriter doğrultusunda değerlendirmişlerdir. Emir sıygasını da bu nedenle akdin inikadında yeterli görmüşlerdir. Çünkü Mâlikî mezhebine göre emir sıygası, dil açısından her ne kadar hem tarafların rızasına hem de aksine ihtimalli olsa da örfün etkisiyle, rızaya delâlet eder. Diğer bir deyişle emir sıyga vaz'î olarak değil, örfî delâlet yoluyla, mazi sıyga gibi hâle delâlet eder.³⁴³

Mâlikîler irade beyanı konusunda kullanılan ifade şekillerinin yanı sıra içinde bulunan halin delâletini de etkili görmüşlerdir. Meselâ Mâlikî mezhebine göre, bir kimsenin “malımın fiyatı, yüz dinardır” ifadesini pazar yerinde kullanmış olması hâlin delâletiyle icap olarak kabul edilir. Ne var ki bu şekilde icapta bulunan kimseye bir başkasının “aldım” demesi durumunda yapılan akdin bağlayıcı olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. İmam Mâlik böyle bir alışverişin anlaşmazlığa sebep olması durumunda, satıcının içteki iradesini dikkate almış ve bu sözüyle icapta bulunmayı kastetmediği şeklinde yemin etmesi durumunda yapılan akdin bağlayıcı olmayacağına hükmetmiştir. Yeminden kaçınması durumunda ise akdin bağlayıcı olacağına hükmetmiştir. Çünkü bu kimsenin hem yeminden kaçınmış olması hem de “malım, yüz dinardır” sözünü pazar yerinde söylemiş olması söz konusu işlemin alım-satım olduğuna kuvvetli bir şekilde delalet eder ve bu ifade icap olarak kabul edilir.³⁴⁴

Şâfiîler, akitlerin emir sıygasıyla kurulabileceğini söylerken Mâlikîler gibi örf değil, kıyasa dayanmışlardır. Nikâh akdinin emir sıygasıyla inikat edeceğini gösteren hadise kıyasla bu sonuca varmışlardır.³⁴⁵

Klasik fıkıh eserlerinde “irade beyanı” konusunda yaşanan tartışmalar daha çok irade beyanında kullanılan sıygaların tahlili etrafında yoğunlaşmaktadır. Zira fukaha,

³⁴³ Desûkî, *Hâşiye*, III, 3-4; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 94-97.

³⁴⁴ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 94-95.

³⁴⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 529-531.

tarafların kullanmış olduğu ifade şekilleri (sattım, verdim vs.) ve sıyganın özelliğini de dikkate alarak beyan edilen dış iradeyi, içteki iradeye üstün tutan bir bakış açısına sahiptir. Bu durum, fukahanın içteki gerçek iradeyi önemsemediği anlamına gelmez. Aksine gerçek iradeyi, sıygalardan yola çıkarak diğer bir deyişle objektif göstergelerden hareketle ortaya koymaya çalıştıklarını gösterir. Fakat söz konusu yaklaşım, belirli lafızların kullanılmasını zorunlu tutmak suretiyle akitlerin şekillenmesine sebep olan bir bakış açısı değildir.³⁴⁶ Fakihlerin sıygalar ile ilgili görüşleri şu şekilde özetlenebilir:

1. Salt hâle delâlet eden sıygalar ile kurulan akitler münakit olur. Bu durumda objektif irade esas alınır ve içteki iradenin araştırılması yoluna gidilmez.³⁴⁷ Örneğin mâzi sıyga, dil açısından geçmiş zamana delâlet etmesine rağmen, şer'î örfte şimdiki zamana delâlet ettiği için bu sıyga ile kurulan akitlerde tarafların niyeti araştırılmaz.

2. Hâle ve gelecek zamana ihtimalli bulunan ifadelerle kurulan akitlerde ise içteki iradeye itibar edilir. Çünkü bu ifade şekillerinde, dıştaki irade yeterince açık değildir ve niyetin tayin edilmesi yani içteki iradenin esas kabul edilmesi gerekir.³⁴⁸ Örneğin muzâri sıyga lügat ve örf açısından hem hâle hem de gelecek zamana ihtimalli bulunduğu için irade beyanında bulunurken bu sıyganın kullanılması, hukuk güvenliği ve istikrar açısından kural olarak akitlerin inşâsında elverişli görülmez ve bu sıyga ile kurulan akitlerde tarafların asıl niyeti araştırılır.

3. Salt gelecek zamana delâlet eden ifade kalıplarıyla, akit kurulamaz. Bu sıygalar akit kurma iradesini göstermediği için burada da beyan edilen irade esas alınır ve tarafların ayrıca akit yapma niyetlerinin olup olmadığı sorgulanmaz.³⁴⁹ Hanefilere göre emir, istifhâm ve istikbâl sıygaları salt gelecek zaman için vaz olduklarından bu sıygalar kullanılmak suretiyle akit inşa edilemez.

2.3.4.1.2. Anlamda Açıklık

İcap ve kabul için kullanılan lafızlar, taraflarca yapılmak istenen akit çeşidini açıkça göstermelidir. Zira akitler, mevzuuna / nev'î gayesine göre, hukukî sonuçlar meydana getirirler. Buna göre tarafların akdî sorumluluk altına girebilmeleri için yapılan akit türünün açık bir şekilde ortaya konması gereklidir. Tarafların irade beyanında

³⁴⁶ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 91.

³⁴⁷ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 88.

³⁴⁸ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 89.

³⁴⁹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 89.

bulunurken kullandığı ifadelerin yapılması düşünülen akde hakikaten delâlet etmesi şart değildir. Mana açık olduğu takdirde mecâzî ifadeler de kullanılabilir.³⁵⁰

İster tek taraflı isterse iki taraflı hukuki tasarruflar için söz konusu olsun sözlü irade beyanı, kullanılan lafızların manaya delâletinin kuvvetli-zayıf veya açık-kapalı oluşuna göre sarîh beyan ve kinevî beyan olmak üzere iki kısma ayrılır. Sarîh-kinâyeye ayrımı, bir lafzın vaz'î anlamında kullanılıp kullanılmadığını tespit etmeye yarayan bir ayırmadır. Klasik eserlerde bu ayırım çoğunlukla talak, ıtak, ric'at gibi tek taraflı hukuki tasarruflarla ilgili gündeme gelmiş olmakla birlikte zaman zaman bey', nikâh vs. akitlerde de söz konusu edildiği görülür. Niyet-hukuki tasarruf ilişkisi, klasik eserlerde genellikle kinevî beyanla birlikte işlendiği için tezimizin bu kısmında söz konusu ayırma değinmek istiyoruz.

*“Sarîh, ister hakikat ister mecaz anlamında kullanılmış olsun çok kullanılmasından ötürü kendisiyle kastedilen mana açıkça anlaşılabilir ve bu nedenle niyete ihtiyaç duymayan lafızdır.”*³⁵¹ *“Kinâyeye ise dil açısından manası açık olsa bile kullanımı esnasında kendisiyle kastedilen mana kapalı veya ihtimalli olduğu için niyete veya niyet yerine ikame edilen hâlin delâleti şeklinde bir karineye ihtiyaç duyan lafızdır.”*³⁵² Şâfiîlere göre kinevî lafızların, sarîhe iltihak edilebilmesi için hal karinesi yeterli değildir. Aslında Şâfiîler birçok meselede karineyi, yeterli bir delil olarak görmezler. Örneğin onlara göre teâtî ile satım akdinin inikat etmemesi de bu prensibe dayanmaktadır.³⁵³

Hanefîlere göre sarîh bir ifade kullanan kişi ister o manayı murad etmiş olsun ister olmasın, şer'î hüküm, lafzın kendisine taalluk eder.³⁵⁴ Yani beyan sahibinin o manayı kastedip kastedmediğine bakılmaksızın, beyanın gerektirdiği hukukî sonuç kendisine bağlanır. Mesela, akdin taraflarından birinin “sattım” diğerinin “aldım” demesi halinde onların ne kastettiklerini araştırmaya gerek kalmaksızın satım akdinin meydana geldiğine hükmedilir. Kinevî beyânın hukukî sonuçları ise beyan sahibinin niyetine veya onun niyetinin yerine kâim olan karineye göre meydana gelir. Sarîh beyânın aksine, kinevî beyânın yorumlanmasında kasıt ve niyet önem kazanır. İrade beyânında kullanılan kinevî

³⁵⁰ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 405.

³⁵¹ Sadruşşerîa, *et-Tenkîh*, I, 226; Taftâzânî, *et-Telvîh*, I, 226; İbn Melek, İzzüddîn Abdüllatif b. Abdilazîz (ö. 821/1418'den sonra), *Şerhu'l-Menâr*, Dersâdet: Matbaatu Usmâniyye, 1315, s. 513-514; Mv. F, “Kinâyeye” maddesi, XXXV, 135; Ferhat Koca, “Kinâyeye”, *DİA*, Ankara 2002, XXVI, 36.

³⁵² Sadruşşerîa, *et-Tenkîh*, I, 226; Taftâzânî, *et-Telvîh*, I, 226; İbn Melek, *Şerh*, 513-514; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 392; Mv. F, “Kinâyeye” maddesi, XXXV, 135; Koca, “Kinâyeye”, *DİA*, XXVI, 36.

³⁵³ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 393.

³⁵⁴ Sadruşşerîa, *et-Tenkîh*, I, 226; Taftâzânî *et-Telvîh*, I, 226.

lafızların hukuki sonuçlar meydana getirebilmesi için tarafların bu kinevî lafızlarla söz konusu akdi yapmayı istediklerini gösteren bir karinenin bulunması gereklidir. Örneğin bir kimsenin “sana bu malımı şu kadar dirhem karşılığında hibe ettim” şeklindeki icabına karşılık, diğer tarafın kabul beyanında bulunmasıyla, hibe akdi değil, bey’ akdi meydana gelir. Çünkü irade beyanında belirli bir ıvazın belirtilmiş olması, hibe kelimesinin bey’ kelimesinden kinâyeye kullanıldığını gösteren bir karinedir. Benzer şekilde hibe ve sadaka lafızları kullanılarak yapılan nikâh akdi de fakihlerin çoğunluğuna göre geçerli olup hukukî sonuçlarını meydana getirir.³⁵⁵ Şâfiî mezhebine göre ise nikâh akdi kinevî lafızlarla kurulamaz.³⁵⁶ Zira nikâh akdinin sıhhati için şahitlerin bulunması şarttır. Şahitler ise tarafların iç dünyasında gizli bulunan asıl amaçlarına muttali olamazlar. Bu nedenle kinevî lafızlarla yapılan nikâh akdi inikat etmez.³⁵⁷

“Sarih beyanın manasını belirlemede başvurulacak kişi, beyanı işiten şahıstır. Kinevî beyanın manasını belirlemede başvurulacak şahıs ise beyanı işiten değil beyanda bulunan kimsedir. Başka bir deyişle sarih beyan sosyal ve objektif özelliktedir. Kapsamının belirlenmesinde beyan sahibinin her hangi bir rolü yoktur. Kinevî beyan ise sübjektif bir özellik taşır. Kapsamının belirlenmesinde beyan sahibinin rolü çok büyüktür. İslam hukukuna göre iradenin sarih yolla beyan edilmesi durumunda hukuki sonuçların maddi unsura bağlanması, sarih beyanın hukuki işlemlerde istikrarı sağlama konusundaki gücünden dolayıdır. Zira yaygın olarak kullanıldığı için sarih beyan ve içerdiği manaya fertler büyük güven duyarlar.”³⁵⁸

³⁵⁵ Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 277; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VI, 232; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*; 438; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 406. “Örf, kinaye beyanın mahiyetinde değişiklik yaparak onu sarih beyana dönüştürür. Bunun gibi karineler de kinaye beyanda değişiklik yapar. Fakat bu değişiklik mahiyet değişikliği değildir. Karine, kinaye beyanda hukuki sonucun beyan sahibinin iç iradesine değil karineye göre yorumlanan dış iradesine bağlanması şeklinde bir değişiklik meydana getirir. Bu durumda kinaye beyan, karinenin varlığına rağmen mahiyetini korur. Ancak sarih beyanda iç irade dikkate alınmadığı gibi karineli kinaye beyanda da iç irade dikkate alınmaz. Dolayısıyla karine, kinaye beyanı, sarih beyanlar arasında taşımış olur ve hukuki sonuçların bağlanması açısından sarih beyan ile karineli kinaye beyan arasında hiçbir fark kalmaz.” Bkz. Arı, *Uyumsuzluk*, s. 47-48; Sivâr, *et-Ta'bîr*, s. 354.

³⁵⁶ Nevevî, *Minhâcü't-tâlibîn*, s. 374; Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî (ö. 977/1570), *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-minhâc I-IV*, thk. Muhammed Halil İtânî, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, I. Baskı, 1418/1997, III, 190.

³⁵⁷ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 392.

³⁵⁸ Arı, *Uyumsuzluk*, s. 45-47.

2.3.4.1.3. Uygunluk

Kabul beyanı, her bakımdan icaba uygun olmalıdır. Çünkü icap ve kabul tarafların iradelerinin tevafuk ettiğine delâlet ettikleri için rükün olarak kabul edilmiştir. Kabul beyanı icaba uygun olmadığı takdirde akdin hakikati meydana gelmemiş ve akit inikat etmemiş olur.³⁵⁹

İcap ile kabul yapılan akdin mahalli ve mevzuu hususunda, tarafları anlaşmazlığa sevk etmeyecek biçimde birbirine uygun olmalıdır. Aksi takdirde akit inikat etmez. Örneğin satıcının “şu malımı sana yüz dirheme sattım” şeklindeki icabına karşılık; alıcı, “doksan dirhem karşılığında kabul ettim” dese veya satıcının “malımı sana peşin olarak satıyorum” şeklindeki icabına karşılık; alıcı, “vadeli olarak satın alıyorum” dese söz konusu akit, icap ve kabul birbirine uygun bir şekilde ifade edilmediği için inikat etmez. Böyle bir durumda, icâba uygun olmayan kabul beyanı, yeni bir icap olarak görülür ve karşı tarafın ona uygun irade beyanı ile yeni bir akit yapılabilir.³⁶⁰ Fakat kabul beyanı, icapta bulunan şahsın maslahatını gerektirecek şekilde icaba muhalif olursa akit inikat eder. Çünkü bu durum her ne kadar zâhiren iradelerin birbirine muhalefeti gibi görünse de esasında iradelerin tevafuku söz konusudur. Örneğin evlenecek olan kadının “seninle yüz lira mehir karşılığında evlendim” icabına karşılık, evlenecek erkek “seninle evlenmeyi yüz yirmi lira mehir karşılığında kabul ettim” dese söz konusu nikâh akdi inikat eder. Çünkü bu durumda icapta bulunan kadının maslahatı söz konusudur.³⁶¹

2.3.4.1.4. Meclis Birliği

İrade beyanı ile ilgili şartlardan bir diğeri ise icap ve kabulün aynı mecliste yapılmış olmasıdır. “Meclisu’l-akd” kavramının mahiyeti fukahâ arasında ihtilafli olmakla birlikte genellikle, “*icap-kabul irtibatını sağlayan zaman ve mekân birliği*”³⁶² olarak tanımlanmaktadır. Bu şartın koşulmasının temel gerekçesi ise icâbın tek başına değil; kabul ile birlikte akdin cüz’ünü teşkil etmesi düşüncesine dayanmaktadır. Bu irtibat ise kabul beyanının icaptan sonra aynı mecliste yapılmış olmasıyla sağlanır. Akit meclisi

³⁵⁹ Kâsânî, *Bedâi’*, VI, 539; Buhûfî, *Keşşâfu’l-kına’*, II, 459; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 407; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 203, Düreynî, *Nazariyyât*, s. 325.

³⁶⁰ Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I, 407-408; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 203.

³⁶¹ Ebû Zehrâ, *el-Milkiyye*, s. 203-204.

³⁶² İbrahim Kâfi Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler (Batı Hukuku ile Mukayeseli Olarak)”, *İLAM Araştırma Dergisi*, C. 1, sy. 1 (1996), s. 20.

teorisi ile ilgili olarak dile getirilen problemler, özellikle gâipler arası sözleşmelerde, hâzırlar arası sözleşmelere göre daha karmaşık yapıya sahiptir.³⁶³

Bu hususta Şâfiîler fevriyeti esas almış ve kabul beyanının icaptan hemen sonra yapılması gerektiğini söylemişlerdir. Hanefiler ise kabulün hemen yapılmasını şart koşmanın, kabul beyanında bulunacak kişiyi zora sokacağı ve bu nedenle zarara uğramasına vesile olacağı düşüncesinden hareketle, istihsanen kabul beyanının icaptan hemen sonra yapılmayıp meclis devam ettiği müddetçe geciktirilebileceğini söylemişlerdir.³⁶⁴ Bu hususta fevriyetin esas olduğunu savunan İmam Şâfiî, feshi kabul eden alım satım, icare vb. akitler hususunda taraflara meclis muhayyerliği hakkı tanımış; nikâh ve muhâla'a gibi feshi kabul etmeyen akitler hususunda ise meclis muhayyerliği hakkı tanımamıştır. Kabul beyanının geciktirilebileceği görüşünde olan Hanefî ve Mâlikîler ise meclis muhayyerliği hakkını kabul etmemektedir.³⁶⁵

2.4. İslam Borçlar Hukukunda İrade ve Sübjektif Gaye İle İlişkisi

Herhangi bir hukuk sisteminde sübjektif gayenin, genel manada hukuki fiillere özelde ise akitlere etkisini tespit edebilmek için öncelikle bu hukuk sisteminin iradeye bakış açısının ele alınması gerekir. Zira İrade, iradeyi harekete geçiren bâis ve iradenin yönelmiş olduğu gaye birbiriyle sıkı bir ilişkiye sahiptir. Diğer bir deyişle “irade” unsuru, “bâis” ile “gaye” arasındaki bağı oluşturur. Bu nedenle tezimizin bu kısmında, akdin esas unsuru olarak kabul edilen “irade” unsurunu incelemeyi düşünüyoruz. Daha sonra bâis ve gaye ile ilişkisini modern hukuk teorileri ile mukayese etmek suretiyle ele almaya çalışacağız.

Bütün hukuk sistemleri, hukukî tasarrufların meydana gelmesinde, esas unsurun irade olduğu hususunda hemfikirdir. Akit kavramı ister tek taraflı hukukî tasarrufları da kapsayacak şekilde geniş anlamıyla alınsın, isterse karşılıklı iki iradenin ittifakı şeklinde gerçekleşen ve göstergesi icap-kabul olan dar anlamıyla alınsın, İslam hukukuna göre bütün hukukî tasarrufların esasını diğer bir deyişle manevî unsurunu, irade oluşturur.³⁶⁶ Ancak özü ve mahiyeti itibariyle sübjektif bir durum olan iradenin muhataplar tarafından bilinebilmesi açıklanmış olmasına, kendisine hukuki sonuçların bağlanabilmesi ise Şâri

³⁶³ Kâsânî, *Bedâi'*; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 432; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 204; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 5-6; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 327; Bilal Aybakan, “Meclis”, *DİA*, XXVIII, 239-241.

³⁶⁴ Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 204-205.

³⁶⁵ Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 206-207.

³⁶⁶ Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 221.

tarafından muteber kabul edilen beyan vasıtalarından birinin kullanılmış olmasına bağlıdır. Bu nedenle içte oluşan iradenin, meşru beyan vasıtalarından birisiyle dışa vurulması gereklidir. Dolayısıyla iradenin, biri kendisi ve oluşması, diğeri açıklanması üzere iki boyutunun bulunduğu söylenebilir.³⁶⁷ Çağdaş İslam hukuku eserlerinde, iradenin oluşma safhası “sübjektif irade”, “iç irade” ve “gerçek irade” kavramlarıyla ifade edilirken; beyan safhası ise “objektif irade”, “dış irade” ve “irade beyanı” tabirleriyle ifade edilmektedir.³⁶⁸ Klasik İslam hukuku eserlerinde ise iradenin oluşma safhası “niyet”, “kasıt”, “ihtiyâr” ve “rıza” kavramlarıyla ifade edilirken, beyan safhası ise “akdin sıygası” ve “icap-kabul” terimleriyle ifade edilmiştir.³⁶⁹ Akdin unsurlarından bahsettiğimiz kısımda “irade beyanı” üzerinde durduğumuz için bu kısımda içteki irade ve onunla ilgili diğere problemler üzerinde durmak istiyoruz.

2.4.1. İradenin Tanımı ve Mahiyeti

Sözlükte “meşîet, istemek, talep etmek, seçmek, kastetmek, bir şeyi elde etmek için çabalamak, bir şeyi diğere tercih etmek / ihtiyâr”³⁷⁰ gibi anlamlara gelen irade, insanın fiillerinden dolayı dünyevî ve uhrevî sorumluluğa muhatap olmasının temelini teşkil eder. Klasik literatürde esas itibariyle felsefe ve kelim disiplinlerine ait bir kavram olarak görülen irade, fıkıh ve fıkıh usulü eserlerinde de merkezi bir önemi haizdir. Ancak bu eserlerde yapılan teknik tarif ve açıklamalar hukuki olmaktan ziyade lügavi, felsefî ve kelâmî esaslara dayanmaktadır. “İrade” kelimesinin borçlar hukukuna ait bir terim olarak kullanılması ise çağdaş bir kullanım olup, bu kavram batılı hukuk sistemlerinin etkisiyle XX. yüzyıldan itibaren İslam hukuku literatürüne de girmiş ve çeşitli tanımları yapılmıştır. Bu nedenle tezimizin bu kısmında irade kavramının hukuk ilmine ait teknik tarifi yapılırken, klasik dönem fıkıh eserlerinden ziyade, modern dönemdeki İslam hukuku eserleri esas alınmıştır.

³⁶⁷ Şelebî, *el-Medhal*, s. 451; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 435.

³⁶⁸ Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I, 435; Hacı Yunus Apaydın, “İrade”, *DİA*, İstanbul 2000, XXII, 385.

Objektif irade ile sübjektif irade arasındaki ilişki delil-medlul ilişkisidir. Objektif irade tarafların, içlerinde gizli olan sübjektif niyet ve tasavvurlarını ortaya çıkarır ve hukukî sonuçlar bu objektif iradeye bağlanır. Bkz. Muhammed Bahrululûm, *Uyûbu'l-irade fi's-Şerî'ati'l-İslâmiyye*, Kahire: Şeriketü Mektebeti'l-elfin, II. Baskı, 1421 / 2001, s. 30.

³⁶⁹ Bahrululûm, *Uyûbu'l-İrade*, s. 20; Apaydın, “İrade”, *DİA*, XXII, 385.

³⁷⁰ İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, “r-v-d” maddesi, III, 1771.

Muasır İslam hukukçularından Senhûrî, iradeyi şöyle tanımlamıştır: “*İrade belirli bir şey hakkında karar vermek şeklinde gerçekleşen psikolojik bir ameliyedir.*”³⁷¹ Senhûrî’nin tanımı diğer birçok çağdaş müellif tarafından da benimsenmiştir. Zerkâ ise irade kavramının sözlük anlamlarını esas alan şöyle bir tanım getirmiştir: “*Bir fiili yapmaya azm etmek ve ona yönelmektir.*”³⁷² Muhammed Bahrululûm ise Senhûrî ve Zerkâ’nın tanımlarını, iradenin sadece iç boyutunu barındırdığı gerekçesiyle eleştirmiş ve iradenin hem iç hem dış boyutunu barındıran şöyle bir tanım yapmıştır: “*Kendisinden önce gelen şevk ile azmin ilim ve idrake dayalı olarak bağlandığı bir şeyi gerçekleştiren ve ifa eden ameli bir harekettir.*”³⁷³

2.4.2. Hukuki Sonuçları Açısından İradenin Unsurları

Hukukî tasarrufun temelini oluşturan “irade”, meydana getirdiği hukukî sonuçlar bakımından özellikle Hanefî fakihler tarafından “ihtiyâr” ve “rıza” şeklinde iki farklı boyutta ele alınmıştır. Bu anlayışa göre bu iki unsurun bir arada bulunması durumunda iradeye bütün hukukî sonuçlar bağlanır. Aksi takdirde hukukî sonuçlar fesih veya iptale açık hale gelir.³⁷⁴ Hanefileri ihtiyâr ve rıza arasında böyle bir ayırım yapmaya sevk eden şey “nikâh”, “talak”, “köle azadı” ve “ric’at” gibi hukukî tasarrufların rıza bulunmasa da inikat edip bağlayıcı olacağını gösteren delillerin varlığıdır.³⁷⁵

Sözlükte “*seçmek, tercih etmek*”³⁷⁶ anlamlarına gelen “ihtiyâr” kavramı, bir fıkıh ıstılahı olarak “*varlık ve yokluğa ihtimali bulunan ve güç yetirilebilen bir fiile, şahsın bu ihtimallerden birini diğerine tercih ederek yönelmesi*”³⁷⁷ veya “*bir şeyi yapmayı veya o şeyi terk etmeyi tercih edebilme imkânı*”³⁷⁸ olarak tanımlanmıştır.

“Rıza” kavramı ise sözlükte “*bir şeyden hoşnut olmak, istemek, tercih etmek, kabullenmek, istemek*”³⁷⁹ anlamlarına gelmekte olup bir fıkıh ıstılahı olarak “ihtiyâr” tabiriyle sıkı bir ilişkiye sahiptir. Abdülaziz Buhârî (ö. 730/1330) rıza kavramını “*ihiyarın tam olarak oluşması ve kişinin yüzünde tebessüm vs. etki oluşturarak son*

³⁷¹ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 145.

³⁷² Zerkâ, *el-Medhal*, I, 451.

³⁷³ Bahrululûm, *Uyûbu'l-irade*, s. 23. “تحرك عملي لتحقيق و إنجاز ما انعقد العزم عليه من شوق مسبق بعلم و إدراك”

³⁷⁴ Apaydın, “İrade”, *DİA*, XXII, s. 385; Bahrululûm, *Uyûbu'l-irade*, s. 26; Ali el-Haffif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 343.

³⁷⁵ Ali el-Haffif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 346.

³⁷⁶ İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, “h-y-r” maddesi, II, 1300.

³⁷⁷ Abdülaziz Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 538; Taftâzânî, *et-Telvîh*, II, 414.

³⁷⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 451.

³⁷⁹ İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, “r-d-y” maddesi, III, 1663.

haddine ulaşması” şeklinde tanımlamıştır.³⁸⁰ İhtiyârî “bir şeyi kastetmek ve onu irade etmek” olarak tanımlayan Taftazânî, rızayı ise “o şeyden hoşnut olarak onu tercih etmek ve güzel görmek” olarak tarif etmiştir.³⁸¹

Hanefiler, iradenin unsurları olan “ihtiyâr” ve “rıza”yı harici durum açısından, yani meydana getirdikleri hukuki sonuçlar bakımından ayrı ayrı değerlendirmiş ve her birine farklı sonuçlar bağlamışlardır. Hanefilere göre hukuki bir tasarrufu inşa eden bir kimsenin kastı ya sadece hukuki tasarrufu inşa eden sebep olan ibareleri telaffuz etmeye yönelik olur ya da hem hukuki tasarrufu inşa eden ibarelere hem de o tasarrufun hukuki sonuçlarına yönelik olur.³⁸²

Sadece hukuki tasarrufu inşa eden ibareleri kastetmeye diğer bir deyişle iradeyi beyan etme kastına “ihtiyâr” denilirken, aynı zamanda söz konusu tasarrufun hukuki sonuçlarını da kastetmeye “rıza” denir. Mutlak olarak kullandıkları zaman Hanefiler “rıza” kavramıyla “bir tasarrufun hükmünü diğer bir deyişle hukuki sonuçlarını istemeyi”; “ihtiyâr” kavramıyla ise “bir hukuki tasarrufun sebebi olan ibareleri kullanmayı” kastetmektedirler. Buna göre Hanefiler açısından “rıza” akdin hem hükmünü (hukuki sonuçlarını) hem de sebebini (akdi inşa eden ibareleri)³⁸³ istemek iken; “ihtiyâr” ise mücerret kasıt anlamına gelmektedir. Eğer bu kavramlar mutlak olarak değil de “hükme rıza” ve “sebebe rıza” ile “hükümü ihtiyâr etmek” ve “sebebi ihtiyar etmek” şeklinde çeşitli kayıtlarla birlikte kullanılacak olursa, rıza “istemek” anlamına gelirken, “ihtiyâr” ise kasıt anlamına gelir. Buna göre bir hukuki tasarrufun sonuçlarını istemek aynı zamanda onun sebebini istemek ve kastetmek anlamına gelir. Bunun tersi ise doğru değildir. Yani bir hukuki tasarrufun sebebini kastetmek diğer bir deyişle o hukuki tasarrufu inşa eden ibareleri kullanmak, onun hukuki sonuçlarının da istendiği anlamına gelmez. Daha genel bir ifadeyle rızanın varlığı ihtiyarın varlığını gerektirirken, ihtiyarın varlığı rızanın varlığını gerektirmez.³⁸⁴

³⁸⁰ Abdülaziz Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 536. Benzer bir tanım için bkz. Taftâzânî, *et-Telvîh*, II, 412.

³⁸¹ Taftâzânî, *et-Telvîh*, II, 394.

³⁸² Sadruşşerîa, *et-Tavdîh*, II, 398, 418; Taftazânî, *et-Telvîh*, II, 417-418; Abdülaziz Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 536.

³⁸³ Doktrinde akdin inşasında kullanılan ifadeler “akdin sebebi” olarak kabul edilir. Bu nedenle arzu etmeyerek de olsa bir kimse kendi ihtiyarıyla, akdi inşâ eden ifadeleri kullandığı takdirde akdin sebebi meydana gelir. Örneğin maruz kaldığı bir tehdit sebebiyle “malımı sattım” diyen kimsenin bu beyanı, akdin sebebi olan irade beyanı meydana gelmiş sayılır. Fakat bu beyana bağlanacak hukuki sonuçlar, fakihler arasında ihtilaflıdır.

³⁸⁴ Ali el-Hafîf, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 343; Şelebî, *el-Medhal*, s. 453.

Hanefilere göre ihtiyar ve rıza, birbirinden farklı kavramlar olup aralarında telâzüm ilişkisi yoktur. Onlara göre ihtiyar, akdin şer’î vesilesi ve sebebi olan inşa edici ibareleri telaffuz etme kastıdır. Rıza ise akdi inşa edici ibareleri telaffuz ederken aynı zamanda onun hukuki sonuçlarını da istemektir. O halde bir kimsenin kastı ya sadece bir hukuki tasarrufu inşa etmek üzere vaz’ edilmiş olan lafızları telaffuz etmeye yönelik olur ya da hem lafızlara hem de o lafızlara terettüp eden hukuki sonuçlara yönelik olur. Bunlardan ilki ihtiyar, ikincisi ise rıza kavramıyla ifade edilir.³⁸⁵ Buna göre Hanefiler, mutlak olarak kullandıkları zaman “ihtiyâr” tabiriyle “beyan iradesini”, “rıza” tabiriyle ise “hukukî sonuç iradesini” kastedmektedirler.³⁸⁶ Bu yönüyle Hanefilere göre iç iradenin temel unsuru “ihtiyâr” olup, rıza ise onun uzantısı ve tamamlayıcısı durumundadır.³⁸⁷

İbnü’l-Hümâm bunu şöyle ifade etmiştir. “Karşılıklı rıza” akit mefhumunun bir cüzü değildir. Bilakis şer’î sonuçların sübutu için karşılıklı rıza şart koşulmuştur. Bazen insanların bir akit yapmaya rızaları bulunur ancak akit yapma ihtiyarını ortaya koymadıkları için akit meydana gelmez. Bazen de mükrehin yaptığı satım akdinde olduğu gibi tarafların akit yapma ihtiyarı bulunur ancak rızası bulunmaz. Akit esnasında kullanılan lafızlar, rızanın sübutunun illeti değil, emaresidir. Rıza, akdin hükmünün / sonuçlarının hukuken sabit olması için şarttır; ancak akdin rüknü değildir.³⁸⁸ Diğer bir deyişle Hanefilere göre akdin kuruluşu esnasında, ihtiyâra dayalı olarak ortaya konan irade beyanı esas alınırken, tamamlanması ve hükümlerini meydana getirmesi esnasında ise bu irade beyanının rızaya dayanıp dayanmadığı dikkate alınır.³⁸⁹ Bu yaklaşımın etkileri mükreh, hâzil vb. kimselerin tasarrufların hukukî sonuçlarının belirlenmesinde görüldüğü gibi irade beyanında kullanılan lafızların bir karine sebebiyle farklı yorumlanmasını gerektiren durumların tespitinde de görülür. Örneğin bir malın bir bedel

³⁸⁵ Şelebî, *el-Medhal*, s. 452-453; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 451-452.

³⁸⁶ Ali el-Hafîf, *Ahkâmu’l-muâmelât*, s. 343.

³⁸⁷ Abdüsselam Arı, “Rıza”, *DİA*, İstanbul 2008, XXXV, 58.

³⁸⁸ “.....Bey’ akdinin rüknü tarafların veya bunların yerine kâim olan kişilerin karşılıklı olarak mülkiyeti değiştirmeye razı olduklarını gösteren fillerdir. Bey’ kelimesinin şer’î anlamı budur. Bu fiil, söz olabileceği gibi söz dışındaki diğer vasıtalar da olabilir. Tarafların karşılıklı rızası ise bazen bulunur bazen de bulunmayabilir. Örneğin “sattım” kelimesi, rızanın sübutunun illeti değildir. Bilakis emaresi / göstergesidir. Bu nedenle, bey’ akdi rıza olmadan da tahakkuk eder. Bizim tercih ettiğimiz görüşe göre, “terâdî / karşılıklı rıza” şer’î bey mefhumunun bir cüz’ü / unsuru değildir. Bilakis, bey’ akdinin şer’î sonuçlarını doğurmasının şartıdır.” (İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadir*, VI, 230) “Bey’ lafzı, şer’î olarak, bir malın karşılıklı rızaya dayalı olarak başka bir mal ile mübâdele edilmesi anlamına gelir. Bey’ lafzının lügâvî anlamı olan mübâdele ile şer’î anlamı arasındaki tek fark “karşılıklı rıza” kaydının bulunmasıdır.” (Tehânevî, *Keşşâf*, “Bey” maddesi, I, 355)

³⁸⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 79-80.

karşılığında “hibe” lafzı kullanılmak suretiyle yapılan temlikinde bu yaklaşımın izlerini görmek mümkündür.³⁹⁰ Serahsî bu misali şöyle açıklamıştır: “Bize göre bir bedel karşılığında yapılan hibe tasarrufu, başlangıcı itibariyle hibe sonucu itibariyle bey’dir. (...) Bu konudaki delilimiz ise şudur: Bu tasarruf, bir malın bir bedel karşılığında temlik edilmesidir. Bu tasarruf yapılırken kullanılan ifadeler zâhiri olarak her ne kadar hibe anlamına gelse de sonuçlarıyla itibariyle bir bedel karşılığında olduğu için bey’ anlamı taşır ve bey’ hükümlerine tabi olur.”³⁹¹

Hanefilere göre uyuyan kimse, mecnun ve temyiz çağına ulaşmamış küçükler ile telkin yoluyla kendisine bir şey söylenen kimselerin ihtiyârları olmadığı için bunların irade beyanları muteber değildir. Çünkü bu kimselerin ne hukuki tasarrufu inşa eden ibarelere ne de bu ibarelerin doğuracağı şer’î sonuçlara dönük kasıtları yoktur. Şaka yoluyla beyanda bulunan kimse ile ikrah-ı mülci altındaki mükrehin ise ihtiyarları mevcut olup sadece rızaları yoktur.³⁹²

Hanefilerin aksine cumhur, meydana getirdikleri hukukî sonuçlar bakımından “ihtiyâr” ve “rıza” kavramlarını eş anlamlı görmektedir. Onlara göre “ihtiyâr” ve “rıza” arasındaki ilişki telâzüm ilişkisidir. Bu nedenle biri bulunmadan diğeri de bulunmaz. Sadece ibarelere dönük kasıt, onlara göre “ihtiyâr” olarak nitelendirilemez. Aksine akdi inşa etmek maksadıyla ibareleri telaffuz etmek “ihtiyâr” olarak nitelendirilir. Esasında ibareler, hukuki tasarrufta bulunan insanın iç dünyasında akdin hukuki sonuçlarını istediğine delâlet etmektedir. Bu ise rızanın tanımı olup ihtiyar ve rızanın, hukuki sonuçları bakımından birbirine denk olduğunu göstermektedir.³⁹³

Hanefî terminolojisindeki rıza kavramı, Cumhur tarafından ihtiyâr kavramıyla ifade edilmektedir. Hanefiler ihtiyara dayalı olan hukuki tasarruflara hüküm terettüp ettirirken, cumhur ise sonuçlarını arzu etmeksizin bir hukuki tasarrufu inşa eden ibareleri kullanmayı, iradesiz davranışlar olduğu gerekçesiyle hükümsüz bırakmıştır. Bu nedenle Hanefilerin rıza bulunmasa da ihtiyâr bulunduğu gerekçesiyle hüküm bağladığı birçok meseleyi, diğer fakihlerin önemli bir bölümü rıza bulunmadığı için hükümsüz bırakmıştır.³⁹⁴

³⁹⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 80.

³⁹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 79.

³⁹² Şelebî, *el-Medhal*, s. 453.

³⁹³ Şelebi, *el-Medhal*, s. 454.

³⁹⁴ Ali el-Hafîf, *Ahkâmu’l-muâmelât*, s. 343.

Hanefiler, ihtiyar ve rıza ayırımına bağlı olarak genel manada hukuki işlemleri, “feshe elverişli hukuki işlemler” ve “feshe elverişli olmayan hukuki işlemler” olmak üzere ikiye ayırmışlardır. Bir tür hukuki işlem olan akitleri de bu açıdan taksime tutmuşlardır. Buna göre hem inikadı hem de sıhhati için sadece ihtiyarın yeterli olduğu akitler, “feshe elverişli olmayan akitler” olarak nitelendirilmiş; inikadı için ihtiyarın varlığı; sıhhati için ise rızanın gerekli olduğu akitler ise “feshe elverişli akitler” olarak nitelendirilmiştir. Bu ayırımın pratik sonuçları, irade fesadı sebebi olarak kabul edilen ikrah, hata, hile vs. durumların hukuki sonuçları üzerinde görülür. Örneğin mükrehin feshe elverişli hukuki işlemleri, ihtiyarı bulunup rızası bulunmadığı gerekçesiyle Hanefiler tarafından fasit kabul edilmiştir.³⁹⁵

Hanefilerin ihtiyar ve rızayı iki ayrı kategori olarak kabul etmeleri, feshe elverişli hukuki işlemleri bâtil ve fâsit şeklinde iki dereceli hükümsüzlüğe tabi tutmalarına sebep olmuştur. Onlara göre rızayı sakatlayan bir takım sebepler bulunsa bile; bir hukuki işlem inikat eder. Fakat fasit olur. Rızayı sakatlayan herhangi bir sebep bulunmadığı takdirde hukuki işlem sahih bir şekilde inikat eder. İhtiyar bulunmadığı için inikat etmeyen hukuki işlemler ise batıl olarak isimlendirilir.³⁹⁶ Bunu şöyle açmak mümkündür. Hanefilere göre “ihtiyâr” bütün hukukî tasarrufların inikat şartıdır. “Rıza” ise feshe elverişli bey’, icâre vb. hukukî tasarruflarda sıhhat şartıdır. Feshe elverişli olmayan “nikâh” gibi çift taraflı, “talak”, “ric’at” ve “köle azadı / itak” gibi tek taraflı hukukî tasarruflar hakkında ise rıza, ne inikat ne de sıhhat şartı olmayıp bunların meydana gelip hukukî sonuçlarını doğurabilmesi için sadece ihtiyarın varlığı yeterlidir. Dolayısıyla feshe elverişli akitler, rıza bulunmadığı takdirde fasit olarak inikat eder ve nâfiz olmaz. Feshe elverişli olmayan hukuki tasarruflar ise rızanın yokluğundan etkilenmez ve sahih bir şekilde inikat eder. İhtiyâr bütün hukukî tasarrufların inikat şartı olduğu için ihtiyarın yokluğu halinde feshe elverişli olsun olmasın bütün hukukî tasarruflara uygulanacak hukukî müeyyide butlandır.³⁹⁷

Hanefilere göre “rıza” feshe elverişli akitlerin sıhhat şartı olduğu için ikrâh altında yapılan bey’ akdi sahih olarak inikat etmez. Ancak satıcı, ikrah altında sattığı malını sonradan gönül rızasıyla teslim ederse bey’ akdi sahih olur. Hâzilin de bey akdi sahih değildir. Çünkü hakiki iradesi yoktur. Ancak feshe elverişli olmayan talak vb. tasarrufları

³⁹⁵ Arı, “Rıza”, DİA, XXXV, 58; Mv. F, “Rıza” maddesi, XXII, 231.

³⁹⁶ Şelebî, *el-Medhal*, s. 453.

³⁹⁷ Bkz. Taftâzânî, *et-Telvîh*, II, 413; Abdülaziz Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 537.

vakidir. Çünkü rıza feshe elverişli olmayan hukuki tasarrufların sıhhat şartı değildir.³⁹⁸ Hanefiler hataen yapılan bey' akdini de mükrehin bey' akdine kıyas etmişlerdir.³⁹⁹

Hanefilerin dışındaki diğer fakihlere bilhassa Hanbelilere göre "rıza" hukuki tasarrufların inikat şartı olduğundan, rıza bulunmadığı takdirde hukuki tasarruflar bâtil olur.⁴⁰⁰ Örneğin İbn Kayyim kastı (gerçek irade) akitlerin ruhu olarak nitelendirmektedir. Ona göre kasıt, akdi sahih veya batıl kılar. Akitlerde lafızlara (irade beyanı) itibar etmektense kasıtlara (gerçek irade) itibar etmek evladır. Çünkü lafızlar asıl değildir. Aslolan lafızların işaret ettiği manalardır. Eğer bu asıl, ilga edilir ve lafızlar dikkate alınır, itibar edilmesi gereken şey ilga edilmiş; ilga edilmesi gereken şey ise itibar görmüş olur."⁴⁰¹

Hanefilerin aksine Cumhur ihtiyâr ve rızayı iki ayrı kategori olarak görmediği için akitleri, müeyyide bakımından sahih ve gayri sahih kısımlarına ayırmışlardır. Rıza ayıplarını da bir bütün olarak değerlendirmişlerdir. Onlara göre bâtil ve fasit eş anlamlı olup gayri sahih manasında kullanılmaktadır.⁴⁰²

"Hanefilerin ihtiyâr ve rıza ayırımına bağlı olarak ortaya koydukları fesad müeyyidesi sıhhat ile butlanın yanında ara bir hükümsüzlük kategorisi olarak, hukuk düzeninin aşırı şekilde objektiflik veya sübjektifliğe kaymasını engelleyici bir görev yapar. Hanefiler, bu sayede, adalet prensibiyle, hukuki işlemlerde istikrarı sağlama prensibini birbiriyle kaynaştırmaya muvaffak olmuşlardır. Örneğin ihtiyârın bulunup rızanın bulunmadığı hezl (latife beyanı) ve muvazaa hallerinde, ne Mâlikiler gibi içteki iradeyi esas alarak butlan, ne de Şâfiîler gibi beyan edilen iradeyi esas alarak sıhhat müeyyidesini öngörmüşlerdir. Bu ikisinin arasında ara bir kategori olan fesad müeyyidesini öngörmek suretiyle adalet ile istikrar arasındaki dengeyi gözetmişlerdir."⁴⁰³

Hanefilere ait olan ihtiyar-rıza ayırımı ve bu ayırma dayalı olarak yapılan hukuki analizler, irade açıklamalarının analizleriyle ilgili günümüz hukuk çalışmalarında benimsenmiş olan ayırım ve değerlendirmeler ile benzerlik gösterdiği için çağdaş birçok İslam hukuku araştırmacısı tarafından, Hanefilerin yaptığı ayırım, cumhurun görüşlerine

³⁹⁸ Kâsanî, *Bedâi'*, VII, 28.

³⁹⁹ Sadruşşeria, *et-Tenkîh*, II, 413.

⁴⁰⁰ İbn Teymiyye, *el-Ukûd*, s. 315.

⁴⁰¹ İbn Kayyim, *İ'lâm*, IV, 496-497.

⁴⁰² Şelebî, *el-Medhal*, s. 454.

⁴⁰³ Arı, *Uyumsuzluk*, s. 225.

tercih edilmiştir. Bu açıdan çağdaş birçok müellif, ihtiyarı “iradeyi beyan etme kastı” olarak; rızayı ise “hukuki sonuç kastı” olarak tanımlamaktadır.⁴⁰⁴

2.4.3. İrade Bozukluğu

Bir akdin kurulabilmesi için tarafların akit yapma iradelerini, beyan vasıtalarından biriyle dış dünyaya yansıtmaları gerekir. Fakat iradelerin beyan edilmiş olması, bir akdin kurulması için tek başına yeterli değildir. Beyan edilen iradenin, içteki gerçek iradeye uygun olması gerektiği gibi yapılan beyanların birbiriyle uyumlu olması da gereklidir. Eğer içteki irade ile beyan edilen irade arasında uygunluk varsa ve diğer inikat şartlarını da taşıyorsa, yapılan tasarruf geçerli olup hukukî sonuçlarını meydana getirir. Buna “anlaşma, uyuşma, uygunluk / konsens” denir. İrade ile beyanın herhangi bir sebeple birbirine uygun olmaması da mümkündür. Bu duruma irade uyumsuzluğu veya uyuşmazlık denir. Uyumsuzluk birçok sebepten kaynaklanabilir.⁴⁰⁵ Bunlar içerisinde irade bozukluğuna sebep olan haller önemli bir yer tutar. Hukuk dilinde *irade bozukluğu*, bir sözleşme yapılırken taraflardan birinin işlem iradesinin oluşum veya beyanı aşamasında ortaya çıkan sakatlıklar şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁰⁶

İslam hukukçularının sübjektif gayenin akitlerin hukukî sonuçlarına etkisine ilişkin değerlendirmeleriyle, içteki irade ile beyan edilen irade arasında uyumsuzluk olması durumunda yaptıkları değerlendirmeler birbiriyle benzerlik göstermektedir. Bu nedenle tezimizin bu kısmında, kısaca irade bozukluğunun çeşitlerine ve bunların klasik fıkıh doktrininde nasıl değerlendirildiğine bakmaya çalışacağız. Günümüz İslam hukuku araştırmalarında benimsenen teoriler ve kullanılan dil, Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki teoriler ile benzerlik gösterdiği için öncelikle Kıta Avrupa’sında benimsenmiş ve İslam hukuku araştırmacılarını da etkilemiş olan yorum teorileri üzerinde durmak istiyoruz.

⁴⁰⁴ Şelebî, *el-Medhal*, s. 452; Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 343.

⁴⁰⁵ İrade uyuşmazlığı, günümüzdeki hukuk araştırmalarında “irade ile beyan arasında istenerek yaratılan uygunsuzluk (muvazaa)” ve “irade ile beyan arasında istenilmeyerek meydana gelen uygunsuzluk-iradeyi sakatlayan sebepler (hata, hile ikrah)” olmak üzere iki kategoride incelenmektedir. Bkz. Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 84, 116; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 362, 391.

⁴⁰⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 391.

2.4.3.1. Yorum Teorileri

Hukukçular, bir hukuki tasarrufun meydana gelip sonuçlarını doğurabilmesi için iç irade ve dış iradeden sadece bir tanesinin varlığının yeterli olmadığı; bunun yanı sıra içteki irade ile beyan edilen irade arasında uygunluk bulunması gerektiği hususunda görüş birliği içerisindeydi. Eğer iç irade ile beyan edilen irade arasında uygunluk varsa ve diğer inikat şartlarını da taşıyorsa, yapılan tasarruf geçerli olup hukukî sonuçlarını meydana getirir. Ancak herhangi bir sebepten dolayı iç irade ile beyan edilen irade arasında uyumsuzluk varsa ve bu durum hukukî bir ihtilafa konu olmuşsa, hâkim tarafından gerçek iradenin mi yoksa beyan edilen iradenin mi esas alınması gerektiği hususunda hukuk tarihi boyunca çeşitli teoriler benimsenmiştir.⁴⁰⁷

Batıda bu konu hakkındaki tartışmaların başlangıç tarihi, Fransız devriminin hemen öncesine tekabül etmektedir. “Kıta Avrupa’ında, XVII. ve XVIII. yüzyıllarda bireyin özgürlüğünü ilan eden çeşitli düşünce hareketleri -hümanizm, aydınlanma, doğal hukuk felsefesi vs.-yaşanmış ve bunların siyasi ve sosyal etkileri, 1789 Fransız Devrimi ile ortaya çıkmıştır. Borçlar hukuku alanında önemli etkileri görülen *iradenin muhtariyeti prensibi* ise başlangıç itibariyle hukuki bir düşünce olmayıp, tarafların her alanda özgürlüğünü tesis etmeyi ilke edinmiş ekonomik ve politik bir hareket olarak kabul edilmektedir. XIX. yüzyılda modern hukuk sistemlerinin temelleri şekillenmeye başlarken, hukuk sistemleri, taraflara, akdin şartlarını genel olarak serbest iradeleriyle kararlaştırabilecekleri bir alan bırakarak sözleşme özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir.”⁴⁰⁸

“Fransız ihtilalinin ardından hazırlanan Fransız medenî kanununun neşri sırasında, “akde ilzâmi kuvvetini veren tarafların iradesidir” fikri o derece etkiliydi ki buna itiraz etmek kimsenin aklından geçmiyordu. Fakat Fransız medenî kanununun yayınlanmasından sonra akit serbestisi düşüncesi, hukukçuların büyük taarruzlarına uğramıştır. İlk zamanlar, bu itirazlar teknik mahiyette olmuştur. Çünkü hukukçular “irade hürriyeti” prensibine bağlı kalmakla beraber, tarafların iradelerini kontrol altına almak gerektiğini ileri sürüyordu.”⁴⁰⁹ “XIX. yüzyıl boyunca sözleşme hukukuna hâkim olan bu ilke, sözleşmeler bireysel alanda kaldığı müddetçe iyi işlemiş ancak sanayi devriminin de etkisiyle XX. yüzyıldan itibaren ilişkilerin giderek karmaşıklaşmasıyla etkisini

⁴⁰⁷ Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 22; Şelebî, *el-Medhal*, s. 452; Arı, *Uyumsuzluk*, s. 74.

⁴⁰⁸ Arzu Küçükyağcı, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, sy. 4 (2004), s. 105.

⁴⁰⁹ Esat Arsebük, “Akit Mefhumu Etrafında İncelemeler”, *AÜHFD*, C. 10, sy. 1-4 (1953), s. 376.

yitirmiştir.”⁴¹⁰ Açığa vurulan iradeye mi yoksa gerçek iradeye mi kıymet verilmelidir meselesi de bu tartışmaların neticesinde ortaya çıkmış ve hukuk tarihinde “irade nazariyesi” ve “beyan nazariyesi” olarak bilinen iki mühim nazariye inkişaf etmiştir. Bununla birlikte hem beyan hem de irade nazariyesi özü itibariyle “iradenin hâkimiyeti” düşüncesine dayanmaktadır.⁴¹¹

2.4.3.1.1. İrade Teorisi

XIX. asrın ilk yarısında pandektistler tarafından ortaya atılan bu prensibe göre bir irade beyanı, ancak beyan sahibinin deruni iradesine uygun olduğu takdirde hukuken muteberdir. İrade beyanının, iç iradeye uygun olup olmadığını, hâkim tefsir yolu ile araştırmalı ve bunun için yalnız irade beyanını değil iç iradeyi ortaya çıkarabilecek her şeyi göz önünde bulundurmalıdır. Bu teori, iradenin muhtariyeti prensibinden hareket etmektedir. Tamamıyla ferdiyetçi felsefi akımların hâkim olduğu bir ortamda ileri sürülmüş olan bu teori, beyan sahibini o kadar fazla himaye etmektedir ki taraflar arasındaki eşitlik prensibi ihmal edilmekte ve muhatabın iyi niyeti göz önünde bulundurulmamaktadır. Diğer taraftan bu teori, günlük muamelelerde gerekli olan “hukukî emniyet” prensibiyle de çelişmektedir. Zira görünüşte muteber olarak akdedilmiş bir sözleşmenin hakikatte inikat edip etmemiş olmasından şüpheye düşülmektedir.⁴¹² Bu teoriye göre kural olarak, iradenin beyana uygun olduğu kabul edilir. Bu nedenle gerçek iradesi ile yapmış olduğu beyan arasında çelişme bulunduğunu iddia eden kimsenin bunu ispat yükümlülüğü vardır.

Bu teoriye göre irade, hukuki muamelelerin zaruri bir unsurudur. Bu nedenle tarafların beyanlarının ardında bir iradenin olup olmadığı ve iradenin beyana uygun

⁴¹⁰ Küçükyağcı, “Sözleşme Özgürlüğü”, s. 105.

⁴¹¹ Arsebük, “Akit Mefhumu Etrafında İncelemeler”, s. 376. “1804 tarihinde kabul edilen Fransız Medeni Kanununda sözleşme hukukunu, “sözleşme özgürlüğü” ve “sözleşmeye sadakat” düşünceleri belirlemiştir. “Sözleşme özgürlüğü” ilkesi ise birkaç özel normun yanı sıra kamu düzeni ile ahlaka aykırılık vasıtalarıyla denetim altına alınmıştır. “Sözleşmeye sadakat” ilkesi ise sözleşme özgürlüğü ilkesinin tamamlayıcısı olarak kabul edilmiş ve hukuka uygun olarak yapılmış sözleşmeler “kanun” olarak görülmüştür.” (Küçükyağcı, “Sözleşme Özgürlüğü”, s. 106) “Alman Medeni Kanunu (BGB) da aynı ilkeler doğrultusunda oluşturulmuş ve doktrinde, Kant’ın teorileri doğrultusunda, kişilerin devlet müdahalesinden uzak hukuki bir alanda irade hâkimiyetine sahip olmaları ilkesi benimsenmiş ve bu irade neticesinde ortaya çıkan irade beyanının yansımaları ise sözleşme olarak ele alınmıştır.” (Küçükyağcı, “Sözleşme Özgürlüğü”, s. 107)

⁴¹² Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 22.

bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir. İhtilaf durumunda hâkimin, iç iradeyi meydana çıkaracak her şeyi göz önünde bulundurması gerekir.⁴¹³

2.4.3.1.2. Beyan Teorisi

XIX. asrın ikinci yarısında birçok hukukçu, irade teorisinin ticari emniyet için bir tehlike teşkil ettiğini müşahade etmiş ve beyan teorisini öne sürmüşlerdir. İrade teorisinin tam aksi olan bu teoriye göre hukuken önemli olan husus, iç irade değil, beyandır. Böylece irade esasından uzaklaşılarak onun yerine beyan esası konulmuştur. Bu teoriye göre, her hangi bir akit, iç iradeye uymasa bile tarafların beyanları arasındaki uygunluk neticesinde inikat eder. Beyan teorisi, irade teorisinin aksine, muhatabı himaye etmekte, neticede taraflar arasında bulunması gereken eşitlik, beyan sahibi aleyhine bozulmaktadır.⁴¹⁴

Beyan, hukukî açıdan mutlak manada bir kıymete sahip değildir. Çünkü beyan, şahıslar arasında bir münasebetin tesisine hizmet eden bir vasıttan ibarettir. Bu açıdan vasıtanın eksik olması bir şekil noksanıdır. Sadece dış şekle önem verilecek olursa, esas olan yani irade, şekle feda edilmiş olacaktır. İrade beyanı teorisi, açıklanan iradeyi esas almaktadır. Eğer açıklanan irade ile iç irade aynı ise sorun yoktur. Ancak ikisi arasında fark varsa bu teoriye göre muteber olan açıklanan, dışa vuran iradedir. Akdi yapanların maksat ve niyetleri önemli değildir. Bu teoriye göre gerek taraflar gerekse hâkim akdi tefsir ederken içteki rıza ve tarafların niyetine göre değil, açıklanan ve dışa vurulan iradeye göre tefsirde bulunur.⁴¹⁵

Beyan teorisi” kendi içinde “sübjektif beyan teorisi” ve “objektif beyan teorisi” olmak üzere ikiye ayrılır. Sübjektif beyan teorisinde, beyana muhatap olan şahsın beyanı nasıl anladığı, ona nasıl bir anlam verdiği bakılırken, objektif beyan teorisinde ise akdin taraflarının dışında üçüncü bir şahsın beyana vereceği anlam hukuken değer kazanır.⁴¹⁶

2.4.3.1.3. Karma Teori

“İrade” ve “beyan” teorilerine göre daha eski olan bu teoriye göre, bir irade beyanına muhatap olan kimsenin bu beyana, dürüst ve makul bir insan olarak iyi niyetle

⁴¹³ Şeref Gözübüyük, “Akdin İnıkadında İtimat Nazariyesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 12, sy. 1 (1957), s. 125.

⁴¹⁴ Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 23.

⁴¹⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 39.

⁴¹⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 150.

verebileceği anlam, hukukî bir kıymet taşır. Muhatap, beyan sahibinin gerçek iradesini prensip itibariyle araştırmaya mecbur değildir. Bu açıdan “beyan teorisine” benzemektedir. Fakat bu nazariyeye göre muhatap, karşı tarafın beyanını lafzen değil, işin mahiyetini, örf ve âdeti, beyan sahibinin tabiatını ve kendisi ile arasında mevcut münasebetlerini göz önünde bulundurarak tefsir edecektir. Bu teori, öncelikle muhatabın menfaatlerini, sonra beyan sahibinin menfaatlerini korumaktadır.⁴¹⁷

İtimat teorisi olarak da isimlendirilen karma teorinin temel iki özelliği vardır: objektiflik ve şahsilik. Objektif oluşu itimat prensibini, beyan prensibine yaklaştırmaktadır. Hem beyan prensibine hem de itimat prensibine göre muhatap, beyanının beyan sahibi kimsenin gerçek iradesine uygun olup olmadığını araştırmak mecburiyetinde değildir. Şahsi oluşu ise onu irade sistemine yaklaştırmaktadır. Muhatap, karşı tarafın beyanına hâlin icabına ve iyi niyet kaidelerine göre mana verecektir. İtimat sistemi, birbirinin zıddı sistemler olan irade sistemi ile beyan sistemi arasında ve her ikisinin zararlarını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir sistemdir. Bu teorinin uygulamada yer almasında özellikle İsviçre hukukçularının büyük hizmetleri olmuştur. Bu teori, beyan sahibinin gerçek iradesine saygı ile birlikte hukuki işlemlerde istikrarı sağlamayı esas alır. Modern hukuk düzenlemelerinin birçoğunda bu teori esas alınmıştır. Türk hukukçular tarafından da bu teori genel kabul görmektedir.⁴¹⁸

Özetle “gerçek irade” ile “beyan edilen irade” arasında her hangi bir sebeple uyuşmazlığın yaşandığı durumlarda akdin tefsirinde hangi iradenin esas alınması gerektiği doktrinde tartışmalı bir konudur. Bu konuda çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Bunlardan “beyan teorisi” muhatabın menfaatlerini korumayı amaçlayan objektif bir teori iken, “irade teorisi” ise beyan sahibinin menfaatlerini korumayı amaçlayan sübjektif bir teoridir. “Beyan teorisi” hukuki işlemlerde güven ve istikrarı sağlamayı hedef edinirken, “irade teorisi” adalet prensibinden hareket etmektedir. Hem “beyan teorisinin” hem de “irade teorisinin” hukuk sistemleri açısından bazı faydaları olduğu gibi çeşitli sakıncaları da bulunmaktadır. Bu sakıncaları aşmak için modern birçok hukuk sistemi tarafından gerçek iradeye saygı ile birlikte hukuki istikrarı da sağlayan “karma teori” benimsenmiştir.⁴¹⁹

⁴¹⁷ Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 24.

⁴¹⁸ Gözübüyük, “Akdin İnikadında İtimat Nazariyesi”, s. 127; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 152-158.

⁴¹⁹ Bkz. Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 22-24.

2.4.3.2. İrade Bozukluğunun Çeşitleri

Bir akdin kurulmasında esas âmîl içteki iradedir. İrade beyanı ise onun göstergesi olduğu için değer kazanır. Bazı durumlarda içteki iradenin hiç oluşmaması veya oluştuğu halde herhangi bir sebeple oluşum veya beyanı aşamasında sakatlanmış olması mümkündür. Bunlar modern İslam hukuku çalışmalarında, “sûriyyetü'l-ukûd” ve “rıza ayıpları / irade şâibeleri” şeklindeki başlıklar altında incelenmektedir. Tarafların gerçekte akit yapma iradeleri olmadığı halde, üçüncü kişilere karşı zâhiren akit yapma görüntüsü vermeleri, “sûriyyetü'l-ukûd” olarak isimlendirilir.⁴²⁰ Esasında akit yapma iradeleri bulunmakla birlikte aralarındaki akdî bağın zayıflamasına sebep olan herhangi bir illet sebebiyle, tarafların asıl iradelerinin bulanık hâle gelmesi ise modern İslam hukuku terminolojide “rıza ayıpları” veya “irade ayıpları” olarak isimlendirilir.⁴²¹ Türkçe hukuk çalışmalarında ise bunlardan ilki *irade ile beyan arasında istenerek meydana getirilen uygunsuzluk*; ikincisi ise *irade bozukluğu* olarak isimlendirilmektedir.⁴²²

Klasik fıkıh eserlerinde böyle bir isimlendirme mevcut olmamakla birlikte iç irade-dış irade ilişkisinin incelendiği ayrıntılı tahliller bulmak mümkündür. Modern literatürde irade fesâdı veya İrade ayıpları başlığı altında ele alınan mevzuların önemli bir kısmı fıkıh usulü eserlerinde “ehliyet arızaları” başlığı altında incelenmiştir. Bu başlık altında özellikle modern hukuk literatüründe irade fesadı sebebi olarak görülen “ikrah”, “hata” ve “hile” ile ilgili ayrıntılı tahliller mevcuttur. Bu tahliller, sadece muâmelat hukukuyla sınırlı tutulmamış bunun yanı sıra ibadetler ve cezalarla ilgili ahkâmı da içine alacak şekilde geniş bir muhtevayla ele alınmıştır. Bilhassa Hanefî fakihler, “rıza ve ihtiyar” kavramlarını merkeze alarak irade-beyan uyumsuzluğunu ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Fürû fıkıh eserlerinde de konuyla ilgili birçok misal mevcuttur.

İrade bozukluğunun klasik eserlerde günümüz hukuk araştırmalarında alışkın olunan sistematikte ele alınmamış olması, çağdaş İslam hukuku araştırmacılarını, farklı konular arasında dağınık bir şekilde işlenmiş olan bu konuyu modern hukuk eserlerindeki sistematikte ele almaya sevk etmiştir. Bu durum irade bozukluğunun çeşitlerinin tespit ve tahlilinde çağdaş müellifler tarafından farklı yaklaşımların benimsenmesine neden

⁴²⁰ “Sûriyyetü'l-ukûd, biri “muvâzaa ve telcie” diğeri “hezl” olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar.” Ayrıntılı tahliller için bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I, 441-447. Modern hukuk literatüründe bunlar, “irade ile beyân arasında meydana getirilen kasıtlı uyumsuzluk halleri” olarak kabul edilir. Bkz. Arı, *Uyumsuzluk*, s. 86, Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 84.

⁴²¹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 439, 449.

⁴²² Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 362, 391.

olmuştur. Öncülüğünü Abdurrezzâk Senhûrî'nin yaptığı⁴²³ ve çağdaş müelliflerin birçoğu tarafından benimsenen yaklaşıma göre irade bozukluğunun çeşitleri, batılı sistemlerde olduğu gibi “ikrah”, “tedlis / hile” ve “hata” olmak üzere üç tanedir.⁴²⁴ Mustafa Zerkâ tarafından benimsenen ikinci yaklaşıma göre irade bozukluğunun çeşitleri, “ikrah”, “hilâbe”, “galat” ve “ihtilâlu't-tenfîz” olmak üzere dört tanedir. Zerkâ, irade bozukluğunun çeşitlerini, akdin meydana gelmesi esnasında etkili olanlar ve akit meydana geldikten sonra etkili olanlar şeklinde iki kategoride ele almıştır. Bu ayrıma göre ilk üçü, akdin tekvininde etkilidir. İhtilâlu't-tenfîz ise akit meydana geldikten sonra ortaya çıkan ve akdin kuruluşu esnasında mevcut olan rızayı etkileyen bir irade kusurudur.⁴²⁵

İrade bozukluğunun hukuki işlemlere etkisi hususunda ise hukuk sistemleri genel olarak iki prensibin baskısı altında kalırlar. Bunlardan “iradeye saygı” prensibi, iradesi bozuk bir şekilde oluşan veya sonradan kusurlu hale gelen kimsenin iç dünyasında saklı kalan gerçek iradesini esas almayı ve bozuk iradeye dayalı beyanın geçersiz sayılmasını gerektirir. “Hukuki işlemlerde güven ve istikrarı sağlama” prensibi ise beyan edilen iradenin esas alınmasını, tarafların gerçek iradesini bulanık hale getiren irade bozukluğunun dikkate alınmamasını gerektirir. Zira taraflardan herhangi birinin gerçek iradesinin oluşum aşamasında bozuk olduğunu veya sonradan ayıplı hale geldiğini gösteren açık deliller olduğunu takdirde, sırf bu iddia sebebiyle yapılan akdi geçersiz saymak, günlük muamelelerde istikrarın sarsılmasına ve kargaşanın yaşanmasına sebep olur.⁴²⁶

İslam hukukunda, hukuki ihtilafa konu olan bir meselede irade ile beyan arasında bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda hangisine itibar edileceği tartışmalı bir konudur. Bir açıdan hukuki tasarrufların manevi unsuru olması sebebiyle “irade” daha önemli görülürken diğer taraftan teamülün istikrarı prensibi ile nizam ve emniyet fonksiyonlarının sağlanması için “beyan” ön plana çıkmaktadır. Fakihler, içteki irade (kasıt) ile beyan edilen irade (lafız) birbirine uygun düştüğü zaman beyanın hukuki

⁴²³ Senhûrî'nin teorisine göre irade ayıpları konusunda İslam hukukunun genel karakteri objektiftir. İkraha diğer irade ayıplarına nazaran daha fazla önem görmüş ve işlenmiş olmasında bunun etkisi vardır. Tedlis / Hile de ikrah gibi çoğunlukla irade sahibinin etkisi olmadan dış amillerin etkisiyle ortaya çıktığı ancak objektif gerekçelerle ispat edilmesi ikrah kadar kolay olmadığı için ikrahtan sonra ikinci sırada önem kazanmıştır. İrade ayıpları içerisinde en kapalı olan ise hatadır. Çünkü hata, subjektif amillerin ön plana çıktığı bir irade ayıbıdır. Bkz. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 105.

⁴²⁴ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 104, 149, 183; Bahrülulûm, *Uyûbu'l-İrade*, s. 7.

⁴²⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 450; Bahrülulûm, *Uyûbu'l-İrade*, s. 8.

⁴²⁶ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 474.

sonuçlar doğuracağı hususunda ittifak halindedir. Fakat ikrah, hile (tedlis, tağrir, hilâbe) hata veya hezl gibi ihtiyarı sakatlayan bir durumun bulunması halinde, içteki iradeyi koruyucu çözümlere yönelmişlerdir. İradeyi sakatlayan bu durumlar arasında, ikrah diğerlerine göre daha objektif olduğu için öne çıkmış diğerleri ise objektiflikten sübjektifliğe doğru ikrahı takip etmiştir.⁴²⁷ Senhûrî'ye göre irade bozuklukları, sübjektiflikten objektifliğe doğru hata, hile ve ikrah şeklinde sıralanır. Bunların içerisinde, özünde vehme dayalı olması sebebiyle sübjektif vasfı en ağır basan kategori, hatadır. Hile de hata gibi sübjektif özellikler taşımasına rağmen, hileye genellikle objektif göstergeler eşlik ettiği için hile kategorisindeki sübjektiflik, hataya göre daha azdır. İrade bozuklukları içerisinde objektifliğe en yakın olanı kategori ise ikrahtır. Çünkü mükrehte korku uyandırmak için başvuru vasıtaları genellikle açık ve maddi şeylerdir. İslam hukukunda aksini gösteren bir durum olmadıkça, fikhî değerlendirmelerde objektif kriterler esas alındığından objektif vasfı ağır basan ikrah, diğerlerine göre daha belirgin bir şekilde incelenmiştir.⁴²⁸

2.4.3.2.1. Hata

Arapça bir kelime olan “hata” sözlükte, doğrunun zıddı, günah ve kusur; hedeflenen ve doğruyu tutturamama, yanılma, yanlışlık yapma, günah işleme, anlamlarına gelmektedir. Ok, hedefini bulmadığı takdirde veya bir kimse bir şeyi yapmayı isteyip de, istemeden başka bir şeyi yaptığında veya doğruyu yapmayı isteyip de doğru olmayanı yaptığında, aynı kökten türemiş أخطأ fiili kullanılır.⁴²⁹

Müktesep ehliyet arızlarından birisi olarak kabul edilen hata, klasik fıkıh eserlerinde, ibadetlerden cezaya birçok alanla ilişkili olarak ele alınmış ve hem beyanda hatayı hem de fiili hatayı kapsayacak şekilde hata tanımları yapılmıştır. Klasik eserlerde yapılmış olan birkaç hata tanımı ise şu şekildedir: “Bir kimse bir şeyi yapmayı amaçladığı halde, amaçladığı şeyin dışında kasıtsız olarak kendisinden sadır olan fiil veya söze hata denir.”⁴³⁰ “Bir kimse başka bir şeyi yapmayı amaçladığı halde ondan kasıtsız olarak sadır olan fiile hata denir.”⁴³¹

⁴²⁷ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 474.

⁴²⁸ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 105. Bilhassa Hanefiler, ikrah konusunu gerek usûl gerek fûru kitaplarında müstakil başlıklar altında incelemiştir. Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 38; Kâsânî, *Bedâi'*, X, 103. Ayrıca bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 329.

⁴²⁹ İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, “h-t-v” maddesi, II, 1192; Mv. F, “hata” maddesi, XIX, 128.

⁴³⁰ Abdülaziz Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 534.

⁴³¹ Taftâzânî, *et-Telvîh*, II, 411.

Hem klasik eserlerde hem de günümüzde aralarında bazı nüanslar olmakla birlikte, “galat” kelimesi de çoğunlukla “hata” terimiyle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.⁴³² Son dönem İslam hukuku eserlerinde ise “galat” kelimesini borçlar hukuku terimi; “hata” kelimesini ise ceza hukuku terimi olarak kullanma yönünde bir eğilim vardır.⁴³³

Senhûrî, “galat” kavramını, gerçek hakkında bilinçli olmayan yanlış tasavvur, şeklinde tanımlamıştır.⁴³⁴ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ ise, akde taraf olan kimsenin, gerçekte olmayan bir şeyi varmış gibi tasavvur etmesine yol açan ve onu bu sebeple söz konusu akdi yapmaya sevk eden tevehhüm, olarak tanımlamıştır. Ona göre bir kimseyi yapmayacak olduğu bir akdi yapmaya sevk eden tevehhüm unsuru, hem hata hem de hile için söz konusudur. Fakat aralarında şöyle bir fark vardır. Hileye maruz kalan şahsın sahip olduğu vehim, karşı tarafın veya üçüncü kişilerin fiili sebebiyle ortaya çıkmıştır. Hata halinde ise başkasının etkisi bulunmaz. Vehmin kaynağı kişinin kendisi olup bunda başkalarının etkisi yoktur.⁴³⁵

Ali el-Hafîf'e göre bir irade kusuru olarak hatanın akde tek başına bir tesiri yoktur. Şöyle ki akdin unsurlarında ve inikat şartlarında meydana gelen hata, akdin butlanına sebep olurken, eksikliği, akdin butlanını gerektirmeyen diğer şartlarda meydana gelen hata ise butlan ile değil farklı şekillerde müeyyidelendirilir.⁴³⁶

Borçlar hukuku sahasında, irade bozukluğuna sebep olan hallerden birisi olarak kabul edilen hata, irade kusurlarının içerisinde en sübjektif olanıdır. Bu sübjektif yapısı sebebiyle, klasik İslam hukuku eserlerinde, hatanın muâmelât alanındaki etkisi, ceza hukukundaki kadar belirgin değildir.⁴³⁷ Hatanın akitlere etkisiyle ilgili tespit ve tahliller

⁴³² Mv. F, “hata” maddesi, XIX, 129. “Galat esas itibariyle gerçeğe aykırı kanaati diğer bir deyişle tevehhüm şeklinde zihni bir durumu, hata ise tevehhüme dayanmasa da fiilen gerçekleşen sonucu ifade eder. Buna göre galat, hatanın sebebini oluşturur.” Bkz. Hacı Yunus Apaydın, “Hata”, *DİA*, İstanbul 1997, XVI, 438. “Hata bir şeyi kasdedip başka bir şeye isabet ettirmeye denir. Mutlak olarak kullanıldığı zaman sadece kabih olan şeyler için kullanılır. Galat ise bir şeyi vaz’ edildiği şeyin dışında başka bir şeye vaz’ etmektir. Özünde doğru olabilir. Hata ise hiçbir şekilde doğru olmaz.” Askerî, *el-Furûku'l-luğâviyye*, s. 54-55.

⁴³³ Apaydın, “Hata”, *DİA*, XVI, 438.

⁴³⁴ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 98.

⁴³⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 373.

⁴³⁶ Ali el-Hafîf, *Ahkâmu'l-muâmelât*, s. 352.

⁴³⁷ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 104. Her ne kadar talak, ikrar, vasiyet vb. tek taraflı irade beyanıyla meydana gelen kavli tasarruflara hatanın etkisi klasik eserlerde incelenmiş olsa da yapılan tahlillerin, çoğunlukla beyan hatası üzerinde yoğunlaştığını söyleyebiliriz. (Dil sürçmesi neticesinde kişinin ağzından hiç kastetmediği sözlerin çıkması)

ise, ayıp muhayyerliği, görme muhayyerliği ve vasıf muhayyerliği başlıkları altında mevcut olup, bu başlıklar altında dağınık bir şekilde mevcut olan bilgiler, son dönem İslam hukukçuları tarafından sistematize edilmeye çalışılmıştır.⁴³⁸ İslam hukukundaki hata nazariyesi, birbiriyle çekişme halinde bulunan “gerçek iradeye saygı” prensibi ile “teamülün istikrarı” prensiplerinin baskısı altında şekillenmiştir.⁴³⁹

Günlük hayatta sık rastlanılan bir durum olan hata, muasır İslam hukuku araştırmacıları tarafından, pozitif hukukta mevcut olan taksimlerin de etkisiyle, farklı yönleri dikkate alınmak suretiyle ayrıma tabi tutulmuştur. Kaynağı açısından, diğer bir deyişle iradeyle ilişkisi bakımından, “beyan hatası” ve “sâik hatası” olmak üzere⁴⁴⁰; hukuki işleme etkisi bakımından, “esaslı hata” ve “esaslı olmayan hata” olmak üzere⁴⁴¹; tarafları açısından ise “tek taraflı hata” ve “çift taraflı hata” olmak üzere ayrıma tabi tutulmuştur.⁴⁴²

Hata nazariyesini bütün boyutlarıyla incelemek bu tezin sınırlarını aşacağından, diğer hata çeşitlerine nazaran tez konumuzla daha fazla ilişkiye sahip olduğu için, biz tezimizde, sadece “kaynağı bakımından hata türleri” üzerinde duracağız.

2.4.3.2.1.1. Kaynağı Bakımından Hata Türleri

Hata konusunda, modern literatürde yapılan en önemli tasniflerden birisi, gerçek iradeyle ilişkisi bakımından yapılan ayırımdır. Bu tasnife göre hata, “beyan hatası” ve “sâik hatası” olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlardan “sâik hatası” iradenin meydana gelmesiyle ilgili olup bu durumda, beyan edilen irade, gerçek iradeye uygundur. Fakat iradeyi hukuki tasarrufta bulunmaya sevk eden sâik, vehme dayalı ve gerçeğe aykırı olduğundan irade ayıplı bir şekilde meydana geldiği için, bu hatanın yapılan akit üzerinde etkili olup olmadığı tartışmalıdır. Beyan hatasında ise gerçek irade bozuk olmayıp, beyan edilen irade her hangi bir sebeple gerçek iradeye uygun değildir. Diğer bir deyişle, gerçek irade ile beyan edilen irade arasında uyumsuzluk söz konusudur. Çalışmamızın bu kısmında, sırasıyla söz konusu hata türleri üzerinde durmaya çalışacağız.

⁴³⁸ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 104; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 473; Bahrululûm, *Uyûbu'l-İrade*, s. 513.

⁴³⁹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 104.

⁴⁴⁰ Bu ayırım Alman hukukçularının bir bölümü tarafından benimsenmiştir. Bkz. Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 119; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 38.

⁴⁴¹ Fransız hukukçular tarafından benimsenmiş olan bir ayırımdır. Bkz. Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 117; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 394; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 99.

⁴⁴² Bkz. Demirci, *Hata*, s. 93-136.

2.4.3.2.1.1.1. Sâik Hatası

Arapça kökenli bir kelime olan sâik, Türkçede “sebeb, güdü, dürtü” anlamlarına gelmektedir. Modern Arapçada, bu anlamı karşılamak üzere “bâis” kelimesi kullanılmaktadır.⁴⁴³ Bir kimseyi belirli bir davranışta bulunmaya sevk eden temel düşünce anlamına gelen sâik, hukuki bir terim olarak sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeye yansımaya psikolojik durumu, tarafları sözleşme yapmaya sevk eden ancak tarafların içinde gizli kalan tahmin ve tasavvurlar şeklinde tarif etmek mümkündür.⁴⁴⁴

“Sâik hatası” ise, bir kimseyle belirli bir içerikte sözleşme yapma iradesinin gerçeklere uymayan yanlış tasavvurlar sonucu sakat oluşması halidir. “Sâik hatası” iradenin oluşumundaki hata olup, yanlış düşünce ve tasavvurlar, iradeyi teşekkül safhasında sakatlamaktadır. Bu durumda içteki irade ile beyan edilen irade arasında bir uygunsuzluk yoktur. Aksine içteki irade, yanlış tasavvurlar doğrultusunda meydana gelmiş ve beyan da bu iradeye uygun bir şekilde yapılmıştır. Sâik hatasının gerçekleşebilmesi için yanlış tasavvurlarla, iradenin oluşumu arasında bir illiyet bağının mevcut olması gerekir. Yani yanlış tasavvurlar, iradenin oluşmasının esas sebebini teşkil etmelidir.⁴⁴⁵

Modern İslam hukuku literatüründe, “sâik” meselesi, daha çok “sebeb nazariyesi” içerisinde bazen de müstakil olarak “bâis nazariyesi” başlığı altında incelenmiştir. Sâik hatası kabul edilen durumlar ise, hata nazariyesi içerisinde ele alınmıştır. Muasır İslam hukukçuları sâik hatasının hukuki bir sonuç meydana getirecek şekilde, hukuki işlemler üzerinde etkili olabilmesi için onun karşı taraf açısından sürpriz sayılmayacak biçimde açık ve bilinebilir olmasını şart koşmuşlardır. Açık olmadığı durumlarda ise, karşı tarafın menfaatini korumak ve hukuki işlemlerde güven ve istikrarı sağlamak amacıyla “sâik hatası” dikkate alınmamıştır. Yani, hataya düşen tarafın iç dünyasında saklı kalan ve diğer tarafça bilinmeyen sâik hatası itibara alınmamış ve hukuki işlemi etkileyecek bir irade ayıbı olarak görülmemiştir.⁴⁴⁶

⁴⁴³ Bkz. Senhûrî, *el-Vasît*, 366; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 25.

⁴⁴⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 395-396.

⁴⁴⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, 395; Demirci, *Hata*, s. 94.

⁴⁴⁶ Arı, *Uyumsuzluk*, 186-187; Demirci, *Hata*, s. 95-96.

2.4.3.2.1.1.2. Beyan Hatası

Beyan sahibinin beyanıyla, gerçek iradesi arasında istenmeyerek meydana gelen uyuşmazlığa⁴⁴⁷ veya bir şahsın yaptığı irade beyanının dikkatsizlik sonucu gerçek iradesine uymamasına beyan hatası denir.⁴⁴⁸ Beyan hatası bir kimsenin kullanmış olduğu kelimelerin, isteğine uygun olmadığı veya yapmış olduğu beyana başka bir anlam verdiği hallerde mevcuttur. Diğer bir deyişle beyan hatası, beyan fiilinde ve beyanın muhtevasında olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar.⁴⁴⁹ Beyan fiilinde hata halinde, beyanı oluşturan söz, işaret ve yazılarda hata söz konusudur. Bu durumda beyan sahibinin dilinin sürçmesi veya gerçekte istemediği şeyleri yazıya dökmesi neticesinde beyanı, gerçek iradesine uymaz.⁴⁵⁰ Beyanın muhtevasında hata ise beyan sahibinin kullanmış olduğu söz, işaret veya yazıya muhatabın vermiş olduğu anlamdan başka bir anlam vermesi durumudur.⁴⁵¹ Beyan hatası Türk hukuk sisteminde esaslı hata⁴⁵² olarak kabul edilmiş, sâik hatası ise esaslı hata olarak görülmemiştir.⁴⁵³ Bu sebeple, sâik hatası sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Karşı taraf, sâik hatasını bilse bile sonuç değişmez. Bu kuralın istisnasını ise “hile”, “temel yanılması” ve “ölüme bağlı tasarruflar” teşkil eder. Türk Borçlar Kanununa göre sâik hatası, ölüme bağlı tasarrufun özellikle de vasiyetin iptali sonucunu doğurur.⁴⁵⁴

İslam hukukçuları, hata kavramını bir bütün olarak değerlendirdikleri için “beyan hatası” kavramı, klasik eserlerde yer almamaktadır. Modern çalışmalarda ise şöyle bir durum gözlemlenmektedir. Özellikle Arap ülkelerinde yapılan çalışmalarda Fransız hukuk sisteminin etkisi belirgin bir şekilde kendisini hissettirdiğinden ve bu hukuk sisteminde de “beyan hatası” kavramı net olarak geliştirilmediği için söz konusu çalışmalarda, bu kavrama çok fazla yer verilmemiştir. Bunun yerine Fransız hukukçuların benimsemiş olduğu esaslı hata-esaslı olmayan hata şeklindeki temel ayrıma bağlı kalınmış ve bu ayrımın alt kategorileri olan temel hatası (akdın lüzumlu vasıflarında hata / merğub vasfın fevâtı), şahısta hata, kıymette hata ve kanunda hata başlıklarını, klasik

⁴⁴⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 397.

⁴⁴⁸ Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 122.

⁴⁴⁹ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 397.

⁴⁵⁰ Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 122; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 398.

⁴⁵¹ Eren, *Borçlar Hukuku*,

⁴⁵² Esaslı hata, hukukun önemine binaen, hukuki muamele üzerinde bir sonuç meydana getirmesine müsaade ettiği hataya denir. Bkz. Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 122.

⁴⁵³ Esener, *Borçlar Hukuku*, I, 123; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 395.

⁴⁵⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 397.

eserlerdeki misallerle mukayeseli bir şekilde incelenmiştir.⁴⁵⁵ Türk hukuk sistemi, Alman-İsviçre hukuk ekolünün çizgisinde gelişme gösterdiği ve bu hukuk sisteminde “beyan hatası” kavramı mevcut olduğu için ülkemizde yapılan mukayeseli İslam hukuku çalışmalarında ise bu kavrama yer verilmiştir.⁴⁵⁶

İslam hukukçuları, hata başlığı altında ibadetlerden cezalara varıncaya kadar birbirinden farklı birçok meseleyi ele aldıklarından, hata kavramını tüm bu alanları kapsayacak şekilde tanımlamışlardır. Modern terminolojideki “beyan hatası” kavramı ise klasik literatürde hata ve sebku’l-lisân (dil sürçmesi) tabirlerine karşılık gelmektedir.⁴⁵⁷ İslam hukuku araştırmacıları tarafından beyan hatası, “kastedilmiş bir beyana teşebbüs sırasında, kastedilmemiş bir beyanın yapılması” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁵⁸

Hanefiler beyan hatası olarak nitelenebilecek durumların hukuki tasarruflara etkisini, feshe elverişli hukuki tasarruflar ile feshe elverişli olmayan hukuki tasarrufların arasını ayırarak ele almıştır. Hanefilere göre beyanda hata eden kişide kasıt ehliyeti bulunduğu için onun nikâh, talak, köle azadı, yemin ve ric’at gibi hukuki tasarrufları kazaen geçerli olup diyaneten geçersizdir. Feshe elverişli hukuki tasarruflar konusunda, mezhep imamlarından aktarılmış fihhi çözümler bulunmadığı için sonraki fakihler akıl yürütme yoluyla beyan hatasında bulunan bir kimsenin söz konusu hukuki tasarruflarının, mükrehin hukuki tasarruflarına kıyasla inikat edeceğini söylemişlerdir. Onlara göre beyan hatasında bulunan bir kişinin rızası olmasa da ihtiyarı da vardır. Rıza ise feshe elverişli hukuki tasarrufların inikat değil, sıhhat şartıdır. İnikat şartı olan ihtiyar ise mevcut olduğundan hataen irade beyanında bulunan bir kimsenin feshe elverişli hukuki tasarrufları, mükrehin tasarruflarına kıyasla fasit bir şekilde inikat eder fakat nâfiz olmaz. Beyan hatasında bulunan kişinin sonradan icazet vermesiyle nâfiz hale gelir.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ Örnek için bkz. Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, II, 98-146; Bahrülulûm, *Uyûbu’l-irade*, s. 527-557; Ali el-Hafîf, *Ahkâmu’l-muâmelât*, s. 351-354.

⁴⁵⁶ Örnek için bkz. Arı, *Uyumsuzluk*, s. 126; Demirci, *Hata*, s. 97.

⁴⁵⁷ Nevevî, *Minhâcü’t-tâlibîn*, 415; Şirbinî, *Muğni’l-muhtâc*, III, 379; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu’l-celîl*, IV, 427; İbn Kayyim, *I’lâm*, IV, 517.

⁴⁵⁸ Arı, *Uyumsuzluk*, s. 126.

⁴⁵⁹ Abdülaziz Buhârî, *Keşfu’-esrâr*, IV, 535-537; Sadruşşerîa, *et-Tavdîh*, II, 412-413; Taftâzânî, *et-Telvîh*, II, 412-423; İbnü’l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî (ö. 861/1457), *et-Tahrîr I-III*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, II. Baskı, 1403/1983, II, 205-206; İbn Emîru Hâc, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed b. Muhammed el-Halebî (ö. 879/1474), *et-Tahrîr ve’t-tahbîr I-III*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, II. Baskı, 1403/1983, II, 205-206.

Şâfiî⁴⁶⁰, Mâlikî⁴⁶¹ ve Hanbelîler⁴⁶² ise beyan hatasında bulunan bir kimsenin feshe elverişli olmayan tek taraflı hukuki tasarruflarını, gerçek iradesine delâlet eden bir karinenin bulunması durumunda geçersiz, aksi takdirde ise geçerli kabul etmişlerdir. Alım-satım gibi feshe elverişli hukuki tasarruflarının ise uyuyan ve baygın kimselere kıyasla bâtil olacağı kanaatindedirler. Onlara göre rıza, feshe elverişli tasarrufların inikat şartıdır. Beyan hatasında bulunan bir kimsenin ise yapılan hukuki tasarrufa rızası yoktur. Bu nedenle beyan hatasında bulunduğunu iddia eden bir kimsenin hukuki tasarrufları batıl olur.⁴⁶³ Zâhirîler de bu konuda Şâfiîler ile aynı görüştedir.⁴⁶⁴

Özetle beyanda hata bulunması durumunda, Hanefiler feshe elverişli olsun olmasın bütün hukuki tasarruflarda beyanı; Cumhur ise feshe elverişli olmayan hukuki tasarruflarda, içteki iradenin esas alınmasını gerektiren bir karinenin bulunması durumunda içteki iradeyi, aksi takdirde ise beyanı esas almıştır. Feshe elverişli olan hukuki tasarrufları ise gerçek iradeyi esas alarak rıza bulunmadığı gerekçesiyle batıl kabul etmişlerdir.

2.4.3.2.2. Hile

İradeyi sakatlayan sebeplerden biri olarak kabul edilen hilenin, hata ile yakın alakası vardır. Hukuk ıstılahında hile, *“bir kimseyi istenen yönde bir irade beyanında bulundurmak için onda yanlış bir kanaat uyandırarak veya mevcut bulunan hatalı fikrin devamını sağlayarak yanıltmak anlamına gelir.”*⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ “Bir kimse kasıtsız olarak hataen talak lafzını kullanırsa aksini gösteren bir karine olmadığı müddetçe, bu ifadeleri lağv olarak kabul edilir. Talak, başkasının hakkının taalluk ettiği bir tasarruf olduğu için bu kimsenin dilinin sürçtüğü yönündeki iddiası zâhiren kabul edilmez. Çünkü akıllı ve bâliğ kimselerin sözleri konusunda zâhir ve gâlip olan bu sözlerin kasda dayalı olmasıdır. Fakat bunun aksini gösteren bir karine olursa örneğin bir kimse hayızdan temizlenmiş karısını yatağa çağırırken talak lafzını kullanacak olursa, talakı vaki olmaz.” Bkz. Nevevî, *Minhâcü't-tâlibîn*, 415; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 380.

⁴⁶¹ “Talak konusunda dil sürçmesi lağv hükmündedir. Aksini gösteren bir karine olursa, fetva konusunda /kazaen lağv olarak kabul edilmez.” Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, IV, 427; Desûkî, *Hâşiye*, II, 366.

⁴⁶² “Talak lafzını kullanmış bir kimse, karıma “seni talep ediyorum” demek istediğim halde dilim sürçtü ve “seni boşadım” dediğini iddia ettiği takdirde, iddiasını destekleyen karinelerin bulunması durumunda talakı gerçekleşmez. Fakat iddiasını destekleyen karineler bulunmazsa, lafzın zâhirinden hareketle talakının gerçekleştiğine hükmedilir.” Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 357; Buhûti, *Keşşâfu'l-kıma'*, IV, 217.

⁴⁶³ İbn Kayyim, *İ'lâm*, IV, 448, 517. “Bey’, hibe vs. gibi mülkiyeti intikal ettiren sebeplerin / tasarrufların geçerli olması için kudret, ilim ve kasit şarttır. Bir kimse bir lafzın alım-satım anlamına geldiğini bilmeden irade beyanında bulunursa veya o beyanın mülkiyeti intikal ettirdiğini bilmezse, yaptığı akit lâzım olmaz.” Mv. F, “hata” maddesi, XIX, 157.

⁴⁶⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 200.

⁴⁶⁵ Saffet Köse, “Hile”, *DİA*, İstanbul 1998, XVIII, 28.

Senhûrî hileyi “*bir kimseyi, onu akit yapmaya sevk eden bir hataya düşürmek*” olarak tanımlamıştır.⁴⁶⁶ Ona göre hilenin akdi feshe elverişli hale getirebilmesi için hileye maruz kalan tarafı, sözleşme yapmaya sevk eden sâik olması gerekir. Bu konuda hileye sözleşmenin taraflarından birinin veya tarafların dışında üçüncü bir şahsın başvurmuş olması arasında fark yoktur. Ancak üçüncü şahısların hileye başvurmuş olması durumunda, hileye maruz kalan tarafın hile sebebiyle akdin butlanını talep edebilmesi için karşı tarafın hileden haberdar olduğunu veya bilme imkânına sahip olduğunu ispatlaması gerekir.⁴⁶⁷

Ahmed ez-Zerkâ ise hadislerdeki kullanımın da etkisiyle muâmelât alanıyla ilgili hileyi “hilâbe” olarak isimlendirmiştir.⁴⁶⁸ Ona göre hilâbe “*taraflardan birinin diğerini kavli veya fiili bir davranış vesilesiyle aldatarak haberdar olsaydı yapmayacağı bir akdi inşa etmeye rıza göstermesine sebep olmasıdır.*”⁴⁶⁹

Senhûrî’ye göre klasik İslam hukuku kaynaklarında, objektif göstergelerle ispatı kolay olduğu için bir irade kusuru olarak hile, hataya göre daha belirgin bir şekilde işlenmiştir. Çünkü hile, insanın iç dünyasında gizli kalan psikolojik bir hâl değildir. Hileye genellikle sözleşmenin taraflarından birisi başvurur. Üçüncü şahısların hileye başvurması durumunda ise bu kişi genellikle taraflardan birisiyle anlaşmalı olur. Bu nedenle hilenin objektif göstergelerle ispatlanması kolaydır. Hile durumunda hukuki işlemin istikrarını koruma prensibiyle gerçek iradeye saygı prensibini birlikte değerlendirmek mümkündür. Bu iki prensibi birlikte işletmekten yana olan İslam hukukçuları da hilenin bu özellikleri nedeniyle, onu hataya nazaran daha belirgin bir şekilde incelemişlerdir.⁴⁷⁰

Klasik İslam hukuku eserlerinde hile konusunun işlendiği belli başlı mevzular “musarrâh, neceş, telakki’r-rukban, murâbaha, tevliye, vadfa ve istirsâl” olup bu meselelerle ilgili mezhepler arasında birçok ihtilaf mevcuttur. Mezhepler arası ihtilaflar, içteki irade, hile sebebiyle ayıplı olsa bile hukukî istikrarı temin etmek için beyan edilen iradenin mi yoksa gerçek iradeye saygı prensibi gereğince, içteki iradenin mi esas alınması noktasında düğümlenmektedir. Bunları delilleriyle birlikte ortaya koymak bu

⁴⁶⁶ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 146.

⁴⁶⁷ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 148.

⁴⁶⁸ Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I, 458. “Hz. Peygamber yaptığı alışverişlerde aldandığını söyleyen sahabî Habbân b. Münakkiz’e şöyle demiştir. “إذا بايعت فقل لا خلافة و لي الخيار ثلاثة أيام / Alış-veriş yaptığın zaman de ki aldatmaca yok. Benim üç gün muhayyerlik hakkım vardır.” Buhârî, “Büyü”, 48.

⁴⁶⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 458.

⁴⁷⁰ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 149.

tezin sınırlarını ve amacını aşacağı için söz konusu tartışmaları bir tarafa bırakacağız. İslam hukukunda hilenin hukuki muamelelere etkisini İradeyle ilişkisi bakımından inceleyen çağdaş İslam hukukçuları “fiilî hile” ve “sözlü hile” şeklindeki ikili ayrımı tercih etmişlerdir. Biz de bu ayrıma göre hareket edeceğiz.⁴⁷¹

2.4.3.2.2.1. Fiili Hile

Sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme konusu malı kusursuz göstermek ve bu sayede karşı tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek için başvurduğu davranışlara, fiilî hile denir.⁴⁷² Fiili hile iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki “akde konu olan maldaki bir ayıbı gizlemek için yapılan davranışlar” ikincisi ise “akde konu olan malı olduğundan üstün göstermek için başvuru yapılan davranışlar”dır.⁴⁷³ Bunlardan ilkinin klasik eserlerdeki tipik örneğini elbiseyi boyayarak yeni gibi göstermek, ikincisinin örneğini tasriye fiili teşkil eder. Akde konu olan maldaki bir ayıbı örtmek amacıyla yapılan fiiller, İslam hukukçularının tamamına göre, karşı tarafa sözleşmeyi feshetme hakkı verir. Fakat gerekçesi hususunda ihtilaf vardır. Bazıları hileye maruz kalan tarafın rızası sakat bir şekilde meydana geldiği için bazıları ise “ayıp muhayyerliği” sebebiyle bu akdi bağlayıcı görmemektedir.⁴⁷⁴

Musarrât hadisinden hareket eden Hanefilerden Ebû Yûsuf ve İmam Züfer, Mâlikîler, Şâfiîler ve Hanbelîlere göre, fiili hilenin meydana geldiği akitler bağlayıcı değildir. Bu nedenle hilenin ispatlanması durumunda söz konusu akit, “hıyârü't-tedlîs / hile muhayyerliği” sebebiyle feshedilebilir. Hile muhayyerliği hakkının meydana gelebilmesi için aldatılan kişinin bundan haberdar olmaması, hilenin akdin teşekkülüne veya fiyata tesir etmiş olması, hile ortaya çıktıktan sonra buna maruz kalan tarafın rızaya delâlet edecek davranışlarda bulunmaması ve hile kastının mevcut olması gerekir. Hile kastı bulunmadığı takdirde ise mağdur olan tarafa “hile muhayyerliği” değil; “ayıp muhayyerliği” hakkı tanınır. Ebû Hanife ile İmam Muhammed ise itlaf edilen şeyin tazminiyle ilgili genel kurallara aykırı olduğu gerekçesiyle musarrât hadisiyle amel etmemiştir.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Bahrülulûm, *Uyûbu'l-İrade*, s. 453; Arı, *Uyumsuzluk*, s. 169.

⁴⁷² Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 150; Bahrülulûm, *Uyûbu'l-İrade*, s. 453.

⁴⁷³ Bahrülulûm, *Uyûbu'l-İrade*, s. 454.

⁴⁷⁴ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 150-154.

⁴⁷⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 216-217; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, V, 252; Remlî, Şemsüddîn Muhammed b. Ebi'l-Abbâs Ahmed b. Hamza İbn Şihâbüddin er-Remlî el-Ensârî (ö. 1004/1596),

2.4.3.2.2. Sözlü Hile

Sözlü hile, taraflardan birinin diğer tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek için yalan söylemesi şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁷⁶ Klasik eserlerde sözlü hilenin en belirgin işlendiği mevzular, *neceş* ile güvene dayalı satım akitleri olan *murâbâha*, *tevliye*, *vadîa* ve *istirsâldır*.⁴⁷⁷

İslam hukukçularının tamamı, *neceş* yapmanın yasak olduğu hususunda ittifak halindedir. Fakat *neceş*in doğuracağı hukuki sonuçlar hususunda, aralarında ihtilaf vardır. Akitlerin yorumlanmasına objektif kriterleri esas alan Hanefî, Şâfiî, Zâhirî ve Zeydiyye mezheplerine göre *neceş* satım akdinin sıhhati üzerinde etkili değildir. Mâlikîlere ve Hanbelî mezhebinde tercih edilen görüşe göre de *neceş* satım akdinin sıhhatini etkilemez. Ahmed b. Hanbel’den söz konusu satım akdinin bâtil olduğu yönünde zayıf bir rivayet de bulunmaktadır.⁴⁷⁸ Sonradan *neceş* yapıldığının farkına varan müşterinin muhayyerlik hakkının bulunup bulunmadığı hususunda fakihler arasında ihtilaf vardır. Hanefîlere⁴⁷⁹ ve Şâfiî mezhebinde⁴⁸⁰ tercih edilen görüşe göre satıcı ile *neceş* yapan kimse anlaşmalı bile olsa müşterinin muhayyerlik hakkı yoktur. Zâhirîler mutlak bir şekilde müşteriye muhayyerlik hakkı tanırken⁴⁸¹ Zeydiyye ise satıcı ile *neceş* yapan kimsenin anlaşmalı olması durumunda müşteriye muhayyerlik hakkı vermektedir.⁴⁸² Mâlikîler, satıcı ile *neceş* yapan anlaşmalı olduğu takdirde, müşteriye muhayyerlik hakkı tanırken⁴⁸³ Hanbelîler satıcı ile *neceş* yapan ister anlaşmalı olsun ister olmasın, müşteri *neceş*

Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-minhâc I-VIII, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003, 70-71; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, VI, 223; Köse, “Hile”, DİA, XVIII, 28.

⁴⁷⁶ Bahrülulûm, *Uyûbu'l-İrade*, s. 453.

⁴⁷⁷ Bahrülulûm, *Uyûbu'l-İrade*, s. 454.

⁴⁷⁸ Mergînânî, Burhanuddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl (ö. 593/1197) *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedâ I-IV*, thk. S. Yusuf, Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, I. Baskı, 1425/2004, III, 54; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 140-141; Rûyânî, Ebu'l-Mehâsin Fahrulislâm Abdulvâhid b. İsmâîl b. Ahmed er-Rûyânî et-Taberî (ö. 502/1108), *Bahru'l-mezheb fi furû'î'l-mezhebi's-Şâfiî I-XIV*, thk. Târik Fethî es-Seyyid, Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, 2009, V, 58-59; Ansî, Ahmed b. Kâsım b. Miftâh el-Ansî el-Yemânî es-San'ânî, *et-Tâcu'l-müzheb li ahkâmî'l-mezheb şerhu metni'l-ezhâr fi fihhi'l-ümmeti'l-ethâr I-IV*, San'a: Dâru'l-Hikmeti'l-Yemâniyye, 1414/1993, II, 387; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 448; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 304; Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yûsuf b. Ebi'l-Kâsım el-Mevvâk el-Abderî el-Girnâfî (ö. 897/1492), *et-Tâc ve'l-iklîl 'alâ Muhtasari Halîl I-VIII*, thk. Zekeriyya Umeyrât, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1423/2003, VI, 250; Desûkî, *Hâşiye*, III, 68.

⁴⁷⁹ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 54.

⁴⁸⁰ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 140-141; Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, V, 58-59.

⁴⁸¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 448.

⁴⁸² Ansî, *et-Tâc*, II, 387.

⁴⁸³ Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, VI, 250; Desûkî, *Hâşiye*, III, 68.

yapıldığını ispatlayacak olursa, ona muhayyerlik hakkı tanımaktadır.⁴⁸⁴ Neceşi bir kimsenin, satıcıyla anlaşmalı olarak pazarlığa katılması olarak tanımlayan Caferîlere göre neceş yapılarak aldatılan müşteri, malı gabn-ı fâhiş ile almış ise akit gerçekleştiğinden sonra akdi feshedip etmeme hususunda muhayyerlik hakkına sahiptir.⁴⁸⁵

Güvene dayalı satım akitleri, İslam hukukunda sıkı kurallara bağlandığı için bu durumlarda, satıcının bulunacağı yalan beyan, akdi doğrudan etkilemektedir. İslam hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre sözlü hile durumunda, zarara uğrayan tarafın akdi feshedip etmeme hususunda muhayyerlik hakkı vardır.⁴⁸⁶ Fiili hilenin aksine sözlü hilede muhayyerlik hakkının olması için gabn-ı fâhişin bulunması gerekir. Fiili hile durumunda ise gabn-ı yesir de muhayyerlik hakkının sabit olması için yeterlidir.⁴⁸⁷

Özetle İslam hukukçularının büyük bir çoğunluğu, hukuki muamelelerde istikrarı sağlamak amacıyla, taraflardan birinin veya üçüncü şahısların sebep olduğu bir hileye dayalı olarak meydana gelen hukuki muameleleri prensipte geçerli kabul etmektedirler. Fakat hileye uğrayan tarafın zararını en aza indirmek ve adaleti gerçekleştirmek amacıyla, ona “ayıp muhayyerliği” veya “hile muhayyerliği” şeklinde seçimlik haklar tanınmaktadır.

2.4.3.2.3. İkra

Sözlükte “zorlamak”⁴⁸⁸ anlamına gelen ikrahin, klasik fıkıh literatüründe içerik olarak birbirine yakın birçok tanımı yapılmıştır. Serahsî (ö. 490/1097) meydana getirdiği sonuçlar bakımından şöyle bir tanım yapmıştır. “*Zorlanan kimsenin ehliyetini ortadan kaldırmamakla birlikte, onun rızasını yok eden veya ihtiyarını bozan fiile verilen isimdir.*”⁴⁸⁹ Serahsî’nin bu tanımı birçok Hanefî fukahası tarafından da aynen benimsenmiştir.⁴⁹⁰ Taftazânî işe şöyle tanımlamıştır. “*Bir kimseyi razı olmadığı ve yapmayı istemediği bir fiili yapmaya zorlamaktır.*”⁴⁹¹

⁴⁸⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 305.

⁴⁸⁵ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 285; Âmilî, Muhammed Cevâd (ö. 1226/1811), *Miftâhu'l-kerâme I-XXVI*, thk. Muhammed Bâkır el-Hâlisî, Kum: Müessesetü'n-neşri'l-İslâmî, I. Baskı, 1418, XII, 348.

⁴⁸⁶ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 295.

⁴⁸⁷ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 165.

⁴⁸⁸ İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, V, 3865.

⁴⁸⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 38.

⁴⁹⁰ Bkz. Zeylâî, *Tebyîn*, V, 182.

⁴⁹¹ Taftâzânî, *et-Telvîh*, II, 414.

Klasik dönemde ikrah kavramı, hem kavli hem de hissî fiilleri kapsayacak şekilde diğer bir deyişle muamelat konularının yanı sıra fikhın diğer alanlarını kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Çağdaş İslam hukukçuları ise bu alanlar arasında ayırma gitmiş ve her bir alan için farklı tanım yapmıştır. Bunlardan borçlar hukuku terimi olarak yapılan ikrah tanımlarının ortak özelliğini “irade beyanı” ve “hukuki tasarruf” kavramlarına yapılan vurgular teşkil etmektedir. Bahrülulûm ikrahı şöyle tanımlamıştır. “*Bir kimsenin mükrihin vermekle tehdit ettiği manevi veya cismani zarardan korkmasaydı yapmayacak olduğu bir hukuki tasarrufu inşa etmeye zorlanmasıdır.*”⁴⁹²

Fakihler, haklı ve meşrû bir sebebe dayanan ikrahın, akdi etkilemeyeceği görüşündedirler. Örneğin hâkimin, bir kimseyi borcunu ödemesi için ihtiyaç fazlası olan malını satmaya zorlaması meşrû bir sebebe dayanan haklı bir ikrah olup, söz konusu tasarrufun hukukî sonuçları üzerinde bu ikrâh etkili değildir.⁴⁹³

İkrah altında yapılan hukukî tasarruflar konusunda mezheplerin görüşleri ise şöyle şekillenmiştir. Hanefiler, ikrah altında yapılan fiilleri, hissi fiil⁴⁹⁴ ve şer’î fiil⁴⁹⁵ ayırımına tabi tutmuş ve her bir kategori için farklı çözümler ortaya koymuşlardır. Şer’î fiilleri ise inşa ve ikrar olmak üzere iki ana başlıkta ele alan Hanefiler, inşâî tasarrufları ise feshe elverişli hukuki tasarruflar ve feshe elverişli olmayan hukuki tasarruflar olmak üzere iki kısma ayırmışlardır.⁴⁹⁶ Talak, itak, ric’at, nikâh, yemin, nezir, zıhar, îlâ, îlâdan dönme, tedbir, kısası affetme, feshe elverişli olmayan inşâî tasarruflardandır. Alım-satım, hibe, icâre vb. ise feshe elverişli inşâî tasarruflardandır. Her bir kategorinin ikrah baskısı altında nasıl müeyyidelendirileceği Hanefî doktrininde tartışmalıdır.

⁴⁹² Bahrülulûm, *Uyûbu’l-İrade*, s. 208; Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, II, 175.

⁴⁹³ Zerkeşî, *el-Bahru’l-muhît*, I, 364; Nevevî, *el-Mecmû’*, 185-186; Desûkî, *Hâşiye*, III, 367; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 454.

⁴⁹⁴ Yeme, içme, küfür sözlerini kullanma, başkasının malını itlaf etme vs. hissi fiillerdir. (Kâsânî, *Bedâi’*, X, 105)

⁴⁹⁵ Talak, itak / köle azadı, tedbir, nikâh, ric’at, yemin, nezir, zıhar, îlâ, alım-satım, hibe, icâre, ibrâ, kefâlet, teslimu’ş-şuf’a vs. şer’î fiillerdir. (Kâsânî, *Bedâi’*, X, 105, 117)

⁴⁹⁶ Hanefilerin genel yaklaşımına göre, şer’î tasarruflar, inşâ ve ikrar olmak üzere iki kategoridir. İnşâî tasarruflar ise feshi kabul eden tasarruflar ve feshi kabul etmeyen tasarruflar olmak üzere iki kısma ayrılır. Feshi kabul etmeyen inşâî tasarruflar, talak, itak, ric’at, nikâh, yemin, nezir, zıhar, îlâ, îlâdan dönme, tedbir, kısası affetme olup bu tasarrufların sıhhati için rıza şart değildir. (Kâsânî, *Bedâi’*, X, 117) Feshi kabul eden inşâî tasarruflar ise, alım-satım, hibe, icâre vb. akitler olup rıza bu tür tasarrufların inikat değil sıhhat şartıdır. (Kâsânî, *Bedâi’*, X, 126)

Hanefilere göre ikrah, ihtiva ettiği tehdidin şiddetine göre “ikrah-ı mülcî”⁴⁹⁷ ve “ikrah-ı gayrı mülcî”⁴⁹⁸ olmak üzere iki kısma ayrılır. İkrâh-ı mülcî, ihtiyarı bozar ve rızayı ortadan kaldırır. İkrâh-ı gayrı mülcî ise, rızayı ortadan kaldırdığı halde ihtiyarı etkilemez. Her iki durumda da mükrehin ihtiyarı bulunduğu için, Hanefiler, bir akdin ikrah iddiasıyla, hukukî bir ihtilafa konu olması durumunda, ikrahın niteliğinden ziyade yapılan akdin niteliğini dikkate almışlardır.⁴⁹⁹ Diğer bir deyişle yapılan hukukî tasarrufun feshe elverişli olup olmadığına göre, farklı sonuçlara ulaşmışlardır.

Hanefilerin cumhuruna göre, mükrehin feshe elverişli hukuki tasarrufları fasit olarak inikat eder. İmam Züfer’e göre ise söz konusu akitler mevkuftur.⁵⁰⁰ Bu akitlerin fasit olmasının sebebi, taraflardan en az birinin rızasının bulunmamasıdır. Rıza ise feshe elverişli hukuki tasarrufların inikat değil, sıhhat şartıdır. Sıhhat şartının bulunmaması, hükmün bulunmamasını gerektirmez ve söz konusu akit fasit olarak inikat eder.⁵⁰¹ Fakat bu durumdaki fesat, diğer genel fesat hallerinden farklıdır. Zira fâiz, garar vb. durumların, satım akdinin fesat sebebi sayılması, Şâri’in hakkına yönelik iken, ikrah ise kul hakkı sebebiyle fesat sebebi sayılmıştır. Bu ayrıma bağlı olarak, Şâri’in hakkı nedeniyle fasit olan satım akitleri, tarafların icazeti ile geçerli hale dönüşemez. Çünkü söz konusu nedenlerden dolayı fasit olan akitlerin sıhhati üzerinde tarafların rızası etkili değildir. İkrâh halinde ise fesadın kaynağını kulun rızasının bulunmaması teşkil ettiğinden, kulun razı olup icazet vermesiyle fesat hali ortadan kalkar.⁵⁰²

⁴⁹⁷ “İkrâh-ı mülcî”, ağır tehditler ihtiva eden ikrah olup “tam ikrah” olarak da isimlendirilir. Ağır tehditlere maruz kalan kimse hayatını korumak için mükreh-i aleyhi yapmak zorunda kaldığından, buna mecbur eden ikrah anlamında ikrah-ı mülcî denilmiştir. (Kâsânî, *Bedâi’*, X, 103)

⁴⁹⁸ “İkrâh-ı gayrı mülcî” ise ağır tehditler içermeyen ancak mükrehe üzüntü ve elem verecek nitelikte tehdit ihtiva eden ikrah olup “eksik ikrah” olarak da isimlendirilir. (Kâsânî, *Bedâi’*, X, 103)

⁴⁹⁹ Hanefi doktrininde bu ayrım, çoğunlukla ikrahın, hissi fiillerin hukuki sonuçlarına etkisi hususunda önemi vardır. Şer’î fiillerin hukukî sonuçları üzerinde ise, bu ayrımın bir etkisi yoktur. (Kâsânî, *Bedâi’*, X, 103-117; Zeylâî, *Tebyîn*, V, 181-182)

⁵⁰⁰ Kâsânî, *Bedâi’*, X, 126. İmam Züfer’e göre rıza, bey akdinin sıhhat şartıdır. İkrâh ise rızayı ortadan kaldırır. Dolayısıyla mükrehin satım akdi, sonuçları itibarıyla fuzûlinin satım akdine benzemektedir. Mükreh, ikrah kalktıktan sonra icazet verirse askıda olan işlem nâfiz hale gelir. (Kâsânî, *Bedâi’*, X, 126; Zeylâî, *Tebyîn*, V, 182)

⁵⁰¹ “İkrâh, her iki çeşidiyle sadece rızayı ortadan kaldırır. İhtiyar ise ikrah-ı mülcî altında bozulurken, ikrah-ı gayrı mülcî altında bozulmaz. O halde ikrah altında yapılan bu tasarruflar, mükrehin ihtiyarı bulunduğu için kendi iradesiyle yapılmış sayılır ve batıl değil, fasit olur.” Taftâzânî, *et-Telvîh*, II, 417-418.

⁵⁰² Kâsânî, *Bedâi’*, X, 126. Ebû Hanife’ye göre ikrâh akdi batıl değil fasit yapar. Ancak bu durumdaki fesâd genel fesâd hallerinden farklılık gösterir. İkrâh kalktıktan sonra, mükreh söz konusu akde icâzet verirse, ikrâh altında yaptığı akit sahih olur ve bağlayıcı hale gelir. Çünkü bu akdin fasit kabul edilmesi, umûmî ve şer’î maslahatı korumaya değil şahsî bir maslahatı korumaya yöneliktir. (Zerkâ, *el-Medhal*, I, 455)

Hanefilere göre mükrehin feshe elverişli olmayan hukukî tasarrufları, hâzilin tasarruflarına kıyasla geçerlidir.⁵⁰³ Çünkü bu türdeki hukuki tasarruflar, Şâri tarafından hezl durumunda geçerli kabul edilmiştir. Hezl durumunda her ne kadar sebep (hukuki tasarrufu inşa eden sözler) ihtiyâr edilmiş olsa da bunların hükmüne (hukuki sonuçlarına) rıza yoktur. Bu da feshe elverişli olmayan hukuki tasarruflar konusunda rızanın şart olmadığını gösterir. İkraah durumunda ise ihtiyâr fasit de olsa mevcuttur. Feshe elverişli olmayan hukuki tasarruflar konusunda fasit ihtiyâr, sahih ihtiyâr menzilesindedir. O halde ikrah durumunda feshe elverişli olmayan hukuki tasarrufların nâfiz olması gerekir.⁵⁰⁴ Özetle, Hanefiler mükrehin kavî tasarrufları hususunda beyanı ön plana almış ve feshi kabul eden hukuki tasarruflarının fasit bir şekilde, feshi kabul etmeyen kavî tasarruflarının ise sahih bir şekilde inikat edeceğini söylemişlerdir.⁵⁰⁵ Hanefilerin özellikle talak, ric'at, nikâh gibi tasarrufların ikrah baskısı altında gerçekleşeceği yönündeki görüşleri diğer fakihler tarafından çok eleştirilmiştir.

İkraah altında yapılan hukuki tasarrufların hükmü konusunda Mâlikîler hem hukuki tasarrufları hem de ikrahın kendisini çeşitli açılardan tasnife tabi tutmuşlardır. Feshi kabul eden alım-satım, icâre, karz vs. akitlerin ikrah altında inşa edilmesi hususunda Mâlikîlerden iki farklı görüş nakledilmiştir. Bunlardan ilki, Şâfiî ve Hanbeliler ile aynıdır. Buna göre yapılan hukuki tasarruf fasit / batıl olup hukuki sonuçlarını meydana getirmez. İkinci görüşleri ise Hanefilerden Züfer'in görüşleriyle benzerlik taşımaktadır. Buna göre mükrehin feshe elverişli hukuki tasarrufları sahih bir şekilde inikat eder. Fakat bunlar mevkuf ve gayrı lâzımdır. Mükrehin sonradan icazet vermesiyle nâfiz ve bağlayıcı hale gelirler. İkraah altında bulunduğu için malını satan kimseden o malı satın alan müşterinin akdi iptal edebilmesi için bilgisinin bulunmasının gerekli olup olmadığı ise tartışma konusu olmuştur. Bir kimseyi doğrudan bir hukuki tasarrufta bulunmaya değil de o hukuki tasarrufu yapmasının sebebi olan şeye zorlamanın, hukuki tasarrufu nasıl etkileyeceği meselesi de Mâlikî mezhebinde tartışma konusu olmuştur. Örneğin bir kimse diğerini muayyen bir miktar para vermesi için zorlar, zorlanan kimse de bu sebeple malını satmak veya karz akdi yapmak zorunda kalırsa, bu durumdaki ikrah, akdin kendisine değil, akdin sebebine dönüktür. Bu durumdaki ikrahın hukuki sonuçları konusunda, Mâlikî mezhebinde iki farklı görüş vardır. Mezhepte kendisiyle amel edilen birinci görüşe

⁵⁰³ Kâsânî, *Bedâi'*, X, 123; Sadruşşerîa, *et-Tavdîh*, II, 417.

⁵⁰⁴ Sadruşşerîa, *et-Tavdîh*, II, 417-418; Taftâzânî, *et-Telvîh*, II, 417-418.

⁵⁰⁵ Zeylâî, *Tebyîn*, V, 182.

göre söz konusu ikrah, dolaylı olduğu için yapılan akit bağlayıcıdır. İkinci görüşe göre ise akit sahih bir şekilde inikat eder. Fakat nâfiz ve lâzım olmaz. Mükreh ikrah baskısı kalktıktan sonra isterse icazet verir ve akdi devam ettirir, isterse akdi iptal eder.⁵⁰⁶ Mâlikîlerin cumhuruna göre mükrehin feshe elverişli olmayan nikâh, talak vs. hukuki tasarrufları ise bâtıldır. Mâlikîler bu konuda gerçek iradeyi esas almış ve mükrehin bu tür tasarruflarını geçersiz kabul etmişlerdir.⁵⁰⁷

Şâfîîler hukukî işlemlerde aksini gösteren bir delil olmadığı müddetçe zâhiri şartları esas alırlar. İkrah, maddi vasıtalar ile ispat edilmesi kolay bir irade ayıbı olduğu için Şâfîîler, ikrahın objektif niteliğinden hareketle bu konuda gerçek iradeyi esas almışlar ve ikrah halinde yapılan hukuki tasarrufları ayırım yapmaksızın batıl kabul etmiştir. Şâfîîlere göre rıza akdin inikat şartı olduğu için mükrehin akit ve diğer hukuki tasarrufları batıldır. Zira rıza ve ihtiyâr kavramları, Şâfîî terminolojisinde birbirini gerektiren (mütelâzim) kavramlardır. Bir olmaksızın diğerinin varlığı tasavvur edilemez. Dolayısıyla ikrah, rızayı yok ettiği gibi ihtiyarı da yok eder. İkrah baskısı altında hukuki tasarrufta bulunan bir kimse esasında akdi inşa etmeyi kastetmemiştir. Aksine kendini kurtarmayı amaçlamıştır. Mükrehin irade beyanında kullandığı lafızlar, ikrah esnasında delâletini yitirir. Bu hususta nikâh, talak ve diğer hukukî tasarrufların da farkı yoktur.⁵⁰⁸ Zâhirîler ve Hanbelîler de Şâfîîler gibi ikrah halinde yapılan bütün hukukî tasarrufları batıl kabul etmişlerdir.⁵⁰⁹ Bu açıdan hem Şâfîîlerin hem de Hanbelîlerin ikrah konusunda, gerçek iradeyi esas aldıklarını söyleyebiliriz.

Caferîlere göre mükrehin alım-satım gibi hukuki tasarrufları, ihtiyârı bulunmadığı için geçerli değildir. Zira bir akdin sıhhati için bülûğ, akıl ve ihtiyârın bulunması şarttır. Fakat ikrah baskısı ortadan kalktıktan sonra, mükreh yapılan akde rıza gösterecek olursa, geçerlilik kazanır.⁵¹⁰

⁵⁰⁶ Desûkî, *Hâşiye*, III, 6; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 456.

⁵⁰⁷ Desûkî, *Hâşiye*, II, 367; a. mlf., *Hâşiye*, III, 6.

⁵⁰⁸ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 185-186; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 10; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 456.

⁵⁰⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 350; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 331-335; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 21. "Mükreh, hukuki sonuç doğuran lafızları kullandığı zaman (irade beyanında bulunduğu zaman) bunları, uğradığı eziyeti def etmek kastıyla söylediği için (bu lafızlar) hukuki sonuçlarını meydana getirmez. Kullanmış olduğu lafızların mucebini kasdetmediği ve istemediği için bunların gerektirdiği hüküm de sabit olmaz. O halde lafızların, fiillerden farklı olduğu ve onlar gibi hükmünü (kendisi sebebiyle) gerektirmediği anlaşılmış olur. Şöyle ki bir kimse ikrah baskısı altında bulunduğu için bir başkasını öldürse, onun malını çalsın veya telef etse veyahut da suyuna necaset karıştırsa "yapmış olduğum öldürme, itlaf ve tencîs fiilleri batıldır, fasittir" diyemez." (İbn Kayyim, *I'lâm*, IV, 536)

⁵¹⁰ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 278.

Çağdaş İslam hukukçularından Zerkâ'ya göre rıza bütün kavli tasarrufların sıhhat şartıdır. İster kuvvetli ister zayıf veya başka bir deyişle ister mülcî isterse gayrı mülcî olsun, her iki şekliyle de ikrah, rızayı etkiler. Dolayısıyla ikrâh, hem münferit irade beyanı ile hem de karşılıklı irade beyanı ile inşa edilmiş olan hukuki tasarrufların ilzâmî kuvvetini zayıflatır. Bu nedenle ikrah altında bulunduğu için hukukî bir tasarrufu inşa eden bir kimse, ikrâh baskısı kalktıktan sonra onu devam ettirme veya ilgâ etme seçenekleri arasında muhayyer olmalıdır. İkrâh, bir akdin inikadına mani olmaz. Çünkü ikrâh neticesinde ortaya çıkan zarar, sadece akdin taraflarını ilgilendiren özel bir zarardır. Bu sebeple zarara uğrayan tarafın korunması için ona akdi iptal edebilme hakkının verilmesi yeterlidir. Zira ikrâh baskısı altında bulunan taraf bu baskı kalktıktan, söz konusu akdin maslahatına aykırı olmadığını görüp akdi devam ettirmeyi de isteyebilir. Ona göre hukuki muamelelere duyulan güveni sağlamak için ikrah konusunda beyan teorisi esas alınmalı ve akdin inikat ettiğine hükmedilmelidir. Hukukun adalet fonksiyonunu gerçekleştirebilmesi için ise ikraha uğrayan tarafa akdi feshetme hakkının verilmesi yeterlidir.⁵¹¹

Senhûrî ise şöyle demiştir. *“İkrah genellikle açık ve maddi vasıtalar kullanılarak gerçekleştiği için irade ayıpları içerisinde objektif niteliği en fazla olan irade ayıbı ikrahtır. Bu vasfı sebebiyle ikrahta, teamülün istikrarı prensibiyle gerçek iradeye saygı prensibi birbiriyle çelişmez. Özellikle akdin taraflarından biri diğerine karşı ikrahta bulunduğu zaman bu iki prensibi aynı anda işletme imkânı mevcuttur.”*⁵¹²

2.4.3.2.4. İrade Bozukluğu Hususunda Genel Değerlendirme

Beyan edilen iradenin geçerli hukuki sonuçlar meydana getirebilmesi için ehliyet kaynaklı olmasının yanı sıra kural olarak iç irade ile dış iradenin birbirine uygun olması da gerekir. İradeyi sakatlayan veya tamamen yok eden bir sebep olmadığı müddetçe normal olan da böyle bir uyumun bulunmasıdır. Ancak dış iradenin, iç iradeyi yansıtmadığı yönünde belirti veya karine bulunması veya diğer bir deyişle dış iradenin iç iradeyi yansıtmadığının anlaşılması durumunda, hangisine itibar edileceği konusu, hukuk tarihi boyunca birçok hukuk sistemi tarafından tartışılmıştır.⁵¹³ Batıda bu problemin çözümü için XIX. yüzyıldan itibaren “irade teorisi”, “beyan teorisi”, “karma teori” vs.

⁵¹¹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 454

⁵¹² Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 183.

⁵¹³ Apaydın, “İrade”, *DİA*, XXII, 385; Dönmez, “Amel”, *DİA*, III, 18.

gibi çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Sübjektif nazariye olarak nitelendirilen irade teorisi daha çok Fransız ekolüne mensup hukukçular tarafından benimsenirken, objektif nazariye olarak nitelendirilen beyan teorisi ise Alman ekolüne mensup hukukçular tarafından benimsenmiştir. Karma teori ise irade ve beyan teorilerinin oluşturduğu sıkıntıları aşmak için ortaya atılmış bir teori olmakla beraber düşünce olarak onlara göre daha eski bir tarihe tekabül etmektedir.

Medeni hukuk alanında borçlar hukuku çerçevesinde tartışma konusu olmuş bu teoriler, Batılı hukuk sistemlerinin aksine, İslam hukukunda önemli bir yer tutmamaktadır. Bunda İslam hukukunun oluşum ve gelişim tarzının, bu hukuk sistemlerinden tamamen farklı olması etkilidir. Fakat son dönemlerde, klasik fıkıh eserlerinde ortaya konmuş fihhi çözümleri, bu teoriler çerçevesinde ele alan çok sayıda mukayeseli hukuk çalışması yapılmıştır. İslam hukukunda gerçek iradenin akitlerin hukukî sonuçlarına etkisini inceleyen çağdaş müellifler, Hanefî, Şafîî, Zâhirî ve Zeydiyye mezheplerinde objektif nazariyenin hâkim olduğu kanaatine varmışlar ve bu mezhepler ile Alman ekolü arasında benzerlikler tespit etmeye çalışmışlardır. Mâlikî, Hanbelî ve Caferî mezheplerinde ise sübjektif nazariyenin hâkim olduğu kanaatine varmışlar ve bu mezhepler ile Latin ekolü arasında benzerlikler bulunduğunu iddia etmişlerdir.⁵¹⁴

Kategorik olarak böyle bir sınıflandırmanın yapılması, Batılı hukuk sistemleri ve anlayışlarıyla, İslam hukukunun mukayesesini yapabilmek için mümkün olmakla beraber, bunun genel geçer bir durum olduğunu söylemek oldukça güçtür. Zira irade konusunda objektiflik taraftarı olarak kabul edilen Hanefî ve Şâfiî mezheplerinde gerçek iradenin baskın olduğunu gösteren fihhi çözümleri bulmak mümkün olduğu gibi; diğer mezheplerde de nizam ve istikrar fonksiyonlarını gerçekleştirebilmek için beyan edilen iradenin öncelendiği fihhi çözümleri bulmak mümkündür. Ayrıca çağdaş araştırmacıların sübjektiflik taraftarı olarak kabul ettiği Caferî mezhebindeki fikhî çözümler, bu iddianın aksini göstermektedir. Zira Caferî mezhebinde beyan edilen iradenin esas alındığı fikhî çözümler yoğunluktadır.⁵¹⁵

⁵¹⁴ Bkz. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 53; Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 270; Şelebî, *el-Medhal*, s. 465; Dönmez, "Amel", *DİA*, III, 18; Apaydın, "İrade", *DİA*, XXII, 385.

⁵¹⁵ Caferî kaynaklarını inceleyebildiğimiz kadarıyla, muasır araştırmacıların bu iddiası yerinde değildir. Zira Caferîler, irade konusunda bazen Şâfiîler; bazen Hanefîler ile benzer görüşler taşımaktadır. Örneğin onlara göre nikâh akdi sadece, nikâha delâlet eden "nikâh, mut'a ve zevâc" kelimeleri kullanıldığı takdirde inikat eder. Hibe, bey' vb. bir kelime kullanılarak yapılacak nikâh akdi geçersizdir. (Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 543) Beyâna çok önem veren Caferîlere göre kinevî beyan ile talak meydana gelmez. Hatta arapça konuşmaya kudreti bulunan bir kimse, Arapçanın dışında bir dil ile boşama lafzını kullanırsa, talak

2.4.3.3. İradenin Sübjektif Gaye ile İlişkisi

İrade, özgürce yapılan bütün hukuki tasarrufların temelini teşkil eder. İradeyi bir hukuki tasarruf yapma yönünde harekete geçiren unsur ise tarafları, o hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sübjektif gayedir. Sübjektif gayenin hukuki muameleler üzerinde etkili olup olmadığı; etkili olduğunun kabul edilmesi durumunda hangi şartlar altında hukuki muameleyi etkileyeceği problemlerinin çözümü, hukuk sistemlerinin irade unsuruna yaklaşımlarına göre farklılık arz etmektedir. İrade konusunda objektif teoriyi benimseyen hukuk sistemleri prensip olarak, tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gayeyi, objektif unsur olan irade beyanında şart koşma şeklinde ifade edilmediği müddetçe, akitlerin hukuki sonuçları üzerinde etkili görmemiştir. Alman ekolü ve Alman-İsviçre çizgisinde gelişim gösteren Türk Hukuk sistemi bu yaklaşım şekline örnek olarak verilebilir. İrade konusunda sübjektif teoriyi benimseyen ve akitlerin inşasında ve yorumlanmasında beyan edilen iradeden ziyade gerçek iradeyi esas alan hukuk sistemleri ise tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gayeyi, onun hukuka ve ahlaka uygun olup olmadığını tespitinde etkili bir unsur görmüştür. Fransız hukuk sistemi ve Fransız ekolünün etkisi altında gelişme gösteren Mısır, Suriye, Irak, Cezayir vs. gibi Arap ülkelerinin hukuk sistemleri bu yaklaşım şekline örnek olarak verilebilir. Bu hukuk sistemlerine göre tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri dolaylı amaçları, hukuka ve

gerçekleşmez. İşaret ve yazı ile talakın gerçekleşmesi ise çok sıkı şartlara bağlıdır. (Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, II, 9-11) Talakın gerçekleşmesi için iki âdil şâhidin önünde yapılan sarîh arapça beyanın bulunmasını gerekli gören Caferîlere göre bir kimse, eşine “sen boşsun / أنت طالق” dedikten sonra, aslında “sen temizsin / أنت طاهر” demek istemiştin derse, bu ikrarı kazaen geçerli kabul edilir. Fakat gerçek niyeti boşamak olduğu halde böyle bir ikrarda bulunmuşsa, bu kimsenin zevciyet bağıını sürdürmesi diyaneten câiz değildir. (Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, II, 12) Caferîler satım akdinin mülkiyetin nakline delâlet eden sözlü ve mazi ifadeler ile inikât edeceğini düşünmektedirler. Diğer beyân vasıtalarını ise zaruret ve özre binâen geçerli kabul etmektedirler. (Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 277) Beyâna o kadar önem vermektedirler ki örneğin bir kimse içinden icâre akdi yapmayı geçirdiği halde “sana evimi sattım” dese, onlara göre yapılan akit, satım akdi olur. Benzer şekilde bir kimsenin “evimin bir yıllık oturma hakkını sattım” demesi durumunda yapılan akdin icâre mi yoksa satım akdi mi olduğu hususunda birbirinden farklı rivayetler vardır. (Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 424) Hülle nikâhının sıhhati konusunda da tamamen beyânı dikkate alan bir yaklaşıma sahiptirler. (Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 541) Sünnî kaynaklarda bey’u’l-îne olarak isimlendirilen alım-satım işleminin de ikinci akit, birinci akit esnasında şart koşulmadığı takdirde geçerli olduğunu düşünmektedirler. (Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 307; İbnü’l-Mutahhar el-Hillî, *Kavâ'id*, XIII, 648, 840; Âmilî, *Miftâhu’l-kerâme*, XIII, 649; Hânsârî, Mûsa İbnü’l-Mirzâ Muhammed İbnü’ş-Şeyh Ebû Adnân en-Necefî el-Hansârî (ö. 1363/1944), *Münyetü’t-tâlib fi hâşiyeti’l-mekâsib*, Kum: Müessesetü’n-Neşri’l-İslâmî, III. Baskı, 1431, III, 231) Şarap üreticisine üzüm satmanın ise satıcı bunu doğrudan kastettiği veya akit esnasında şart koşulduğu takdirde haram olduğu görüşündedirler. Alıcının şarap üreticisi olması, onun gerçek niyetini göstermesi bakımından kuvvetli bir karine olmasına rağmen Caferîler tarafından dikkate alınmaz. (Hânsârî, *Münye*, I, 42-43) Mükrehin hukuki tasarrufları ise Caferîler tarafından ihtiyârı bulunmadığı için geçerli kabul edilmez. (Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 278)

ahlaka aykırı olduğu takdirde, o muamelenin hukuka ve ahlaka aykırılık gerekçesiyle iptal edilmesine sebep olur.⁵¹⁶

İslam hukukunda, akitlerin inikadı ve yorumlanması esas itibarıyla “irade beyanı” sistemine dayanır. Klasik fıkıh eserlerinde gerçek iradenin harici göstergesi olarak kabul edilen lafızlar ve sıygalar üzerinde yoğunlaşan tahliller, bu görüşü desteklemektedir.⁵¹⁷ Hukuki sonuçların objektif gösterge olarak kabul edilen irade beyanına bağlanması tamamen hukuki istikrarı temin etmeye yönelik bir tedbir olup bu durum, İslam hukukunda irade beyanının gerisinde bulunan gerçek iradenin hiç dikkate alınmadığı anlamına gelmez. Aksine gerçek iradenin hakikaten veya hükmen yok olduğu durumlar ile mevcut olmasına rağmen bulanık olduğu veya beyan edilen iradenin, gerçek iradeye aykırı olduğu durumlar, klasik İslam hukuku eserlerinde ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bu nedenle İslam hukukunda irade ile ilgili problemlerin çözümünde tek bir teorinin benimsendiğini söylemek oldukça zordur. Mezhep imamlarından aktarılan fıkhi çözümler, İslam hukukunda objektif teori ile sübjektif teorinin karma bir şekilde benimsendiğini göstermektedir. Fakat bazı mezheplerde sübjektif teori ağır basarken, bazı mezheplerde ise objektif teori ağır basmaktadır. Sübjektif gayenin akitlerin sıhhati veya butlanı üzerinde etkili olup olmadığı, etkiliyse hangi şartlarda etkili olacağı hususunda da İslam hukukçularının benzer bir yaklaşıma sahip olduklarını söyleyebiliriz.

Tezimizin üçüncü bölümünde tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gayenin, Şâri‘in o akdi vaz’ etmesindeki asıl gayesine aykırı olması durumunda, İslam hukuk ekollerinin bu problemi nasıl çözüme kavuşturduğunu incelemeye çalışacağız.

⁵¹⁶ Bkz. Senhûrî, *el-Vasît*, I, 338-393; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 7-80; Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, s. 62-67.

⁵¹⁷ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 77, 84. Örnek için bkz. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VI, 231-233.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. İSLAM HUKUK DOKTRİNİNDE SÜBJEKTİF GAYE

Bir muamelenin hukukî açıdan muteber kabul edilip sonuçlarını meydana getirebilmesi için birtakım objektif geçerlilik şartlarını taşıması gereklidir. Bu durum, günlük muamelelerde hukukî istikrarı temin etmek bakımından önem arz etmektedir. Fakat diğer taraftan her durumda objektif geçerlilik şartlarını dikkate almak, zaman zaman insanların dış görünüş ve icrâ ediliş şekli bakımından hukuka uygun, ancak gayesi itibariyle hukuka ve ahlaka aykırı muamelelerde bulunmasına neden olabilir. Böyle bir sonucu engellemek için söz konusu hukuki muameleyi yapan kimsenin maksat ve niyetinin hukuka uygun olup olmadığının tespit edilmesi ve bunun, yapılan muamelenin hukuki sonuçları üzerinde etkili olması gerekir. Yani hukuki istikrarı temin etmek ve hukuki muamelelere güven duyulmasını sağlamak amacıyla objektif geçerlilik şartlarını esas almak gerekirken, hukukun adalet fonksiyonunu gerçekleştirebilmesi için söz konusu hukuki muamelenin gerisinde bulunan ve onun yapılma sebebi olan şahsi gayeyi tamamen ihmal etmemek gerekir.

Hukuk tarihi boyunca, hukukun nizam ve istikrar işlevi ile adalet işlevlerinden hangisini öncelenmesi gerektiği hususunda ciddi tartışmalar ve görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Bu görüş ayrılıkları hukukun diğer alanlarında olduğu gibi sözleşmeler hukuku alanında da etkisini göstermiştir. Bazı hukuk sistemleri hukukun nizam ve istikrar işlevini öncelleyerek, sözleşmeler hukuku alanında yaşanan ihtilafların çözümünde *objektif teoriyi* benimsemiştir. Diğer bazı hukuk sistemleri ise hukukun adaleti gerçekleştirme işlevini öncelleyerek söz konusu ihtilafların çözümünde *sübjektif teoriyi* benimsemiştir. XX. yüzyıldan itibaren yapılan doktriner çalışmalarda ise bu iki teorinin ortaya çıkarmış olduğu problemleri çözmek adına, objektif ve sübjektif teorilerin ortak bir şekilde kullanıldığı çözümler sunulmuştur. Bu sayede hukukun nizam ve istikrar işlevi ile adalet işlevi arasındaki dengeyi gözetmek amaçlanmıştır. Birbirinden net çizgilerle ayrılmış bir sınıflandırma yapmak güç olmakla birlikte, günümüzde bu yaklaşımlardan birincisi Alman hukuk sisteminin, ikincisi ise Fransız hukuk sisteminin baskın karakterini oluşturmaktadır. Fransız ve Alman ekollerinin etkisi altında hukuk sistemlerini

oluşturmuş diğer birçok ülkenin hukuk sistemlerinde de benzer bir durum görülmektedir.⁵¹⁸

Borçlar hukuku alanında yaşanan birçok ihtilafın çözümünde kullanılan bu teoriler, hukuki muamelenin gerisinde bulunan ve tarafları o hukuki muameleyi yapmaya sevk eden şahsi gayenin hukuka ve ahlaka aykırı olması, daha genel bir ifadeyle gayrimeşru olması durumunda söz konusu muameleye uygulanacak medeni müeyyidenin tespitinde de kullanılmaktadır. Buna göre bazı hukuk sistemlerinde bu problemin çözümünde objektif teori benimsenmiş ve şekil şartlarını taşıyan bütün hukuki muameleler, tarafların şahsi niyet ve gayelerinden bağımsız bir şekilde geçerli kabul edilmiştir. Bazı hukuk sistemlerinde ise sübjektif teori benimsenmiş ve objektif geçerlilik şartlarının yanı sıra tarafların şahsi niyet ve gayeleri de hukuki muameleler üzerinde etkili kabul edilmiştir. Bazı hukuk sistemlerinde ise karma teori benimsenmiştir. Fakat karma teorinin benimsendiği hukuk sistemlerinde de objektif ve sübjektif teorilerden hangisi baskın ise çözümler o doğrultuda şekillenmiştir.

Kaynağı, yöntemi ve gelişim şartları itibariyle Batılı hukuk sistemlerinden farklı olan İslam hukukunda da sübjektif gayenin, akit ve diğer hukukî tasarruflara etkisi hususunda çeşitli görüş ayrılıkları mevcuttur. İslam hukuku, günlük hayatı ilgilendiren tasarruflarda, hukukî istikrar ve güven ortamını sağlamak için objektif eğilime; dine dayalı bir hukuk sistemi olması sebebiyle de sübjektif eğilime bir arada sahip olan bir hukuk sistemidir.⁵¹⁹ Bu durum akitler özelinde daha net bir şekilde görülmektedir. İslam hukukçuları, meşru hukuki muamelelerin, meşru olmayan sonuçları elde etmek için vesile kılınmasının yasak olduğu hususunda ittifak halindedir.⁵²⁰ Ancak bu yasaklığın niteliği ve illeti hususunda aralarında ihtilaf vardır. Bazı fakihler söz konusu akitlerin dünyevî ve uhrevî hükmü arasında bir ayırım yaparak, bu akitlerin dünyevî hüküm bakımından sahih olmakla birlikte uhrevî hüküm bakımından haram veya tahrimen mekruh olduğu görüşünü savunmuştur. Bazı fakihler ise bu akitlerin uhrevî hüküm bakımından haram olduğu gibi dünyevî hüküm bakımından da bâtil veya fasit olduğu görüşünü benimsemişlerdir. Bu görüş sahiplerine göre, tarafların amacı, söz konusu akdi bâtil veya

⁵¹⁸ Bkz. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 25, 33.

⁵¹⁹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 51.

⁵²⁰ Ali el-Hafîf, *et-Tasarrufu'l-infirâdî*, s. 87.

sahih kılar. Diğer bir deyişle, akdi inşa eden tarafların gayesi, meşru olduğu takdirde söz konusu akit meşrû, aksi takdirde ise gayrimeşru olur.⁵²¹

Akitlerin hükmü⁵²² konusunda yaşanan bu görüş ayrılığının yanı sıra subjektif gayenin etki edebilme kıstasları hususunda da fikhi ekoller arasında görüş ayrılığı vardır. Bazı mezhepler, subjektif gayeyi sadece irade beyanında yer verildiği veya akdin mahallinin özelliklerinden anlaşıldığı takdirde, akitler üzerinde etkili görmüştür. Bazıları ise irade beyanında ister ifade edilmiş olsun ister olmasın, Şer'î esaslara aykırı subjektif gayenin karşı tarafça bilinmesini veya bilinme imkânının olmasını yeterli görmüşlerdir. Şer'î esaslara aykırı subjektif gayenin tespitinde ise objektiflik taraftarlarının öne sürdüğü şartların yanı sıra tarafların asıl maksadına delâlet eden karineleri de dikkate almışlardır. İnsanların söz konusu muameleyi çoğunlukla meşru olmayan sonuçları elde etmek üzere yapıyor olmasını da onların meşru olmayan maksadına delâlet eden bir karine olarak kabul etmişlerdir. Ayrıca tarafların bir muameleyi yapmaktaki maksadı, özünde kötü olmasa bile o muamelenin sonuçları itibariyle mefsedete sebep olmasını veya mefsedete sebep olma ihtimalini barındırmasını, onun yasaklanması veya hükümsüz bırakılması için yeterli bir gerekçe olarak görmüşlerdir.⁵²³

Hukuki muameleler, gerisinde bulunan gerçek niyet ve gaye ile ilişkisi bakımından birkaç farklı şekilde bulunabilir: Bir muamele hem hukuk düzeninin aradığı objektif geçerlilik şartlarını taşır hem de tarafların bu hukuki muamele ile ulaşmak istedikleri gaye, meşru ve muteber olursa, hukuk düzeni açısından herhangi bir problem yoktur. Söz konusu hukuki muamele sahîh bir şekilde meydana gelir. Bazen hem hukuki muamele, objektif geçerlilik şartlarını taşımaz hem de onun gerisindeki gerçek niyet ve gaye, meşru olmaz. Böyle bir durumda hukuki muamele, hukuk düzeni tarafından hükümsüz bırakılır. Bazı durumlarda ise o hukuki muameleyi yapan tarafların şahsi niyet ve gayeleri meşru olur fakat hukuki muamele, hukuk düzeninin aradığı zorunlu unsur ve şartları taşımaz. Böyle bir durumda tarafların meşru amacı, söz konusu hukuki muamelenin sahîh olmasını sağlamaz ve bu muamele hükümsüz bırakılır. Bazı durumlarda ise bir hukuki muamele, objektif geçerlilik şartları bakımından tamam olduğu

⁵²¹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 51-52; Nevevî, *el-Mecmû'*, X, 146; Şâtübî, *el-Muvâfakât*, III, 7-163; Karâfî, *el-Furûk*, III, 410-411 (194. Fark); İbn Teymiyye, *el-Fetâva'l-kübrâ*, IV, 19-21; İbn Kayyim, *İ'lâm*, IV, 499-500, 554-555.

⁵²² Hüküm kelimesi burada, "akdin hukuki sonuçları" anlamına gelen ve "mükellefin fiilinin sonucu olan teklifi hüküm" anlamında değil, "mükellefin fiilinin vasfı olan teklifi hüküm" anlamında kullanılmaktadır.

⁵²³ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 53; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 231, 239; Zuhaylî, *el-Bâis*, 11, 13.

halde onun gerisindeki şahsi niyet ve gaye, hukuk açısından meşru ve muteber kabul edilmez. İşte hukukçular tarafından tartışma konusu olan kısım burasıdır. Yani objektif geçerlilik şartlarını taşıyan bir hukuki muamele, o muamelenin gerisinde bulunan ve hukuki açıdan meşru ve muteber kabul edilmeyen şahsi niyet ve gaye sebebiyle hükümsüz bırakılabilir mi bırakılamaz mı şeklindeki tartışma, hukukçuların gündemini meşgul etmektedir. Batılı hukuk teorisyenleri tarafından hukuk-ahlak ilişkisi bağlamında ele alınan bu problemle ilgili İslam hukuk ekolleri arasında çeşitli görüş ayrılıkları mevcuttur.⁵²⁴

İslam hukuk tarihinde bu problem etrafında şekillenmiş iki ana eğilim bulunmaktadır. Hanefî ve Şâfiî mezhepleri tarafından kabul edilmiş olan birinci görüşe göre, tarafların sahip olduğu gerçek niyet ve gayelerin, akitlerin dünyevi hükmü üzerinde etkili olabilmesi için objektif unsurlar olan irade beyanı veya akdin mahalliyle iç içe geçmiş olması gereklidir. Tarafların irade beyanında yer vermedikleri veya akdin mahallinin tabiatından anlaşılamayan gayeleri, birbirlerinin asıl maksatlarını bilseler veya çeşitli karineler yoluyla bilme imkânına sahip olsalar bile akdin sıhhatine tesir etmez.⁵²⁵ Bu konuda özellikle Şâfiîler irade beyanına çok önem verirken; Hanefîler ise irade beyanının yanı sıra akdin mahallini de dikkate almışlardır. Fakat Şâfiî kaynaklarında yer alan bazı hukuki çözümler, yaygın olmamakla birlikte, şer'î esaslara aykırı subjektif gayenin tespitinde akdin mahallini de dikkate aldıklarını göstermektedir.⁵²⁶ Bu konuda, Zâhirîler, Şâfiî mezhebiyle benzer görüşler taşıırken; Şii mezheplerden Zeydiyye, Hanefî mezhebine yakın durmaktadır. Caferîler de yöntemleri farklı olmakla birlikte Zeydiyye ile benzer görüşler taşımaktadır.

Mâlikî ve Hanbelîler tarafından kabul edilmiş olan ikinci yaklaşıma göre, tarafların gerçek niyet ve maksatlarının, herhangi bir delil veya karine sebebiyle

⁵²⁴ Modern hukuk teorisyenleri bu hususta üç farklı tavır sergilemişlerdir. Bazı hukukçular hukuka ve ahlaka aykırı kabul edilen şahsi gayelerin bir akde tesir edebilmesi için karşı tarafça bilinmesini yeterli görürken, bazıları tarafların bu hususta ittifak etmiş olmasını şart koşmuştur. Bazıları ise orta bir yol takip ederek bunun ittifak derecesine ulaşmasını şart koşmamış fakat hukuka ve ahlaka aykırı amacın sözleşmeyi hükümsüz bırakabilmesi için tarafların ortak amacı haline gelmesini gerekli görmüştür. (Senhûrî, *el-Vasît*, I, 371-372) Türk-İsviçre hukuk sisteminde, tarafların ahlaka aykırı amaçlarının sözleşme üzerinde etkili olabilmesi için söz konusu amacın ahlaka aykırı olduğunun her iki tarafça bilinmesi gerekir. Taraflardan yalnız biri ahlaka aykırı amaç izliyor ve diğer taraf bunu bilmiyorsa, sözleşme ahlaka aykırılık nedeniyle batıl olmaz. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 343.

⁵²⁵ Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 9-10; Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 254, 265; Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 205; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 233, 239; Arı, "İslam Hukukunda Sâik", s. 208.

⁵²⁶ Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 209. Örnek için bkz. Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 496; Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 385; Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 278; Nevevî, *Minhâcî't-tâlibîn*, s. 211.

anlaşılması durumunda dikkate alınması ve akdin sıhhati veya fesadı üzerinde etkili olması gerekir. Bunun için şahsi gayenin objektif unsurlar olan irade beyanı veya akdin mahalliyle iç içe geçmiş olması şart değildir. Bunların yanı sıra akdi çevreleyen şartlar ve tarafların içinde buldukları durumun onların maksadına delâlet etmesi (delâletü'l-hâl), onların amaçlarının tecrübe veya örf yoluyla bilinmesi veya bu hususta zann-ı gâlibin bulunması gibi yollarla, taraflardan biri diğerinin amacının şer'î esaslara aykırı olduğunu biliyorsa veya bilme imkânına sahipse akit fasit olur.⁵²⁷

Klasik fıkıh literatüründe bu konuyla alakalı, en kapsamlı ve sistematik yaklaşıma Mâlikî fukahasının sahip olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle Mâlikî fakihlerden Karâfî (ö. 684/ 285) ve Şâtıbî (ö. 790/1388) tikel örnekleri tasnif yoluyla bu konuda genel bir teori geliştirmiştir.⁵²⁸ Hanbelîlerden ise İbn Teymiyye (ö. 622/1225) ve İbn Kayyim (ö. 751/1350) eserlerinde bu konuya ayrıntılı olarak yer vermiştir.⁵²⁹

Mâlikîlerin bu konudaki temel dayanakları “itibâru'l-meâl”⁵³⁰ delili ve bu küllî delilin uzantısı olan sedd-i zerâî kaidesidir. Bu delili birçok problemin çözümünde kullanan Mâlikîler, şahsi gayenin tespiti hususunda, bazı durumlarda bir şeyin potansiyel mevcudiyet yeri ve muhtemel sübut göstergesi anlamında *mazınne* ile yetinmişlerdir. Buna göre çoğunlukla veya genellikle gayri meşru bir amaca ulaşmak için yapılan hukukî muamelelerde, tarafların asıl maksadının şer'an meşru ve muteber olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Söz konusu muamelenin çoğunlukla Şâri tarafından meşru kabul edilmeyen bir sonucu elde etmek için yapılıyor olması, tarafların meşru olmayan maksadının tespitinde yeterli bir kriterdir. İhtiyat prensibi de bunu gerektirir. Örneğin bey'u'l-înenin, Mâlikî mezhebinde fasit bir akit olarak görülmesinde, bu muamele türüyle ilgili haberlerin yanı sıra bu düşünce de etkilidir.⁵³¹ Hanbelîler ise şahsi gayenin akitlere etkisi meselesini daha çok “hiyel” bağlamında ele almışlardır. Ayrıca Mâlikîler gibi “sedd-i zerâî” delilini de kullanmışlardır.⁵³²

⁵²⁷ Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 13; Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 258.

⁵²⁸ Bkz. Karâfî, *el-Furûk*, III, 410-411; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III, 7-163.

⁵²⁹ İbn Teymiyye, *el-Fetâva'l-kübrâ*, IV, 19-21; İbn Kayyim, *İ'lâm*, IV, 499-500, 554-555.

⁵³⁰ Fetva ve içtihat faaliyetlerinde meselelerin muhtemel sonuçlarını göz önünde bulundurmak anlamına gelen İtibâru'l-meâl delili, Şâtıbî'den itibaren Mâlikî usulünde kullanılmaya başlanmış bir isimlendirmedir. İtibâru'l-meâl, son dönemlerde yapılan birçok İslam hukuku araştırmasına konu olmuştur. Ülkemizde ise bu konuyla alakalı yeterince çalışmanın yapıldığını söyleyemeyiz. Bu konu hakkında yapılmış bir çalışma için bkz. Mehmet Selim Aslan, “İctihad ve Fetva Faaliyetlerinde Olası Sonuçların Dikkate Alınması (İtibâru'l-Meâlât)”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 27 (2016), s. 183-218.

⁵³¹ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III, 77; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 240.

⁵³² İbn Kayyim, *İ'lâm*, IV, 554-555; a. mlf., *İ'lâm*, V, 74-79.

Hanefî ve Şafîî mezhepleri beyan edilen iradeyi ön plana çıkardıkları için yapılan akit herhangi bir hukukî anlaşmazlığa sebebiyet verdiği takdirde, sübjektif gayenin araştırılması hususunda hâkimin hareket alanını oldukça daraltmışlardır. Maliki ve Hanbeli mezhepleri ise tarafların asıl gayesini ortaya çıkaran her türlü karinenin dikkate alınması gerektiğini söyleyerek bu konuda hâkime geniş bir alan sağlamıştır.⁵³³

Hanefî ve Şâfiî mezheplerinin hukuki işlemlerin yorumlanmasında beyan edilen iradeyi esas alan bakış açıları sebebiyle, mukayeseli hukuk alanında son dönemlerde yapılan çalışmaların önemli bir kısmında, tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden şahsi gayenin hukuki muamelelere tesiri hususunda, Alman ekolüyle, bu mezheplerin bakış açısı arasında benzerlikler tespit edilmeye çalışılmıştır. Zira Alman ekolüne göre tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden şahsi gaye prensip olarak akit ve diğer hukuki işlemleri etkilemez. Etkilemesi için irade beyanı ile birlikte açıklanmış olması gerekir.⁵³⁴

Mâlîkî ve Hanbelî ekollerinin hukuki işlemlerin yorumlanmasında tarafların içteki gerçek iradelerine verdikleri önem sebebiyle, bu mezheplerin bakış açısıyla da Fransız ekolünün bakış açısı arasında benzerlik tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu yazarlara göre bilhassa Hanbelî fakihlerin hukuki işlemlerin yorumlanmasında tarafların gerçek niyetlerini tespit etmeye yönelik analizleri, Fransız hukuk sistemindeki *yeni sebep nazariyesi* ile büyük oranda benzerlik taşımaktadır.⁵³⁵

Modern çalışmalarda Caferîlerden sübjektiflik taraftarı olarak bahsedilmektedir.⁵³⁶ Fakat inceleyebildiğimiz kadarıyla, bu iddia yerinde değildir. Zira

⁵³³ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 232. İbn Ferhûn sedd-i zerâi ile hüküm vermenin prensiplerini anlattığı başlık altında verdiği örneklerle konumuza ışık tutmaktadır. “*Zerâi vesile anlamına gelmekte olup sedd-i zerâi ise fesada vesile olan şeylerin engellenmesi anlamına gelir. Yani özü itibariyle mefseted olmayan bir fiil mefsetede vesile olduğu takdirde onu engelleriz. Bu İmam Mâlik’in mezhebidir. (...) (Sedd-i zerâi ile ilgili meselelerden bir tanesi de şudur.) Harama vesile olan şey haram; vacibe vesile olan şey ise vaciptir. (Bu meselenin birçok fer’i mevcut olup konumuz olan sübjektif gaye ilişkili olanları ise şunlardır.) Kilise yapacak kimseye araziyi kiralamak veya satmak; fesat işlemek veya içki içmek üzere insanların biraraya geldiği yer olarak kullanacak kimselere araziyi kiralamak veya satmak; şarap satışı yapacak kimseye dükkân kiralamak veya şarap üreticisine üzüm satmak caiz değildir. (...) Hâkimin insanların riba barındıran akitleri ve bey’u’l-îne yapmalarını veya menfaat karşılığı borç vermelerini (selef) bunları bildiği takdirde ibtidâen yasaklaması gerekir. Fakat bu akitlerin yapıldığını sonradan fark ederse, yapılan akitleri feshetmesi ve bunları yapmayı alışkanlık haline getiren kimseye de tazir cezası vermesi (tedip etmesi) gerekir.*” İbn Ferhûn, *Tebîrâtü’l-hükkâm*, II, 269-270.

⁵³⁴ Bkz. Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, IV, 53; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 232; Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 9-10; Hamûdî, *Nazariyyetü’l-bâis*, 207-210.

⁵³⁵ Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, IV, 71; Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 7; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 231.

⁵³⁶ Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, IV, 80.

Caferî fakihler, hukuki muameleler herhangi bir ihtilafa konu olduğu takdirde, prensipte irade beyanını esas alan bir yaklaşıma sahiptir. Bunun yanı sıra Caferî fakihlerin tarafların gerçek amaçlarını dikkate aldıkları bazı fikhî çözümler de bulunmaktadır.

3.1. Objektif Kriterleri Esas Alanlar

Hanefî ve Şâfiî mezhepleri akitlerin tefsirinde objektif bakış açısına sahiptirler. Onlara göre akdin ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar, irade beyanı ve onu çevreleyen şartlara göre belirlenir. Dolayısıyla icap-kabul, taraflar ve akdin mahalli gibi temel unsurları bulunan ve gerekli sıhhat şartlarını taşıyan bir akit, şer'an muteber olup hukukî sonuçlarını meydana getirir. Akitlerin sıhhati ve fesadı konusunda da belirleyici olan, objektif unsurlardır. Tarafların meşru olmayan maksat ve niyetlerini gösteren çeşitli emareler bulunsa veya söz konusu akit, genellikle şer'an meşru görülmeyen sonuçların elde edilmesine vesile olsa bile, bunlar akdin fasit olması için yeterli sebepler değildir. Onlara göre masiyet olarak nitelendirilen sonuçlar, akit inşa edilirken mevcut olmadığı; aksine akit tamamlandıktan sonra ortaya çıktığı için akdin sıhhatini etkilemez.⁵³⁷

Zeydiyye de prensip olarak akitlerin yorumlanmasında irade beyanını esas almaktadır. Bu nedenle tarafların şer'î esaslara aykırı amaçlarının akdi hükümsüz bırakabilmesi için irade beyanında zikredilmiş olmasını gerekli görmektedirler. Bununla birlikte birçok örnekte objektif göstergelerin yanı sıra karineleri de dikkate aldıkları görülmektedir.

Zâhiriler hukuki problemlerin çözümünde iki temele esasa dayanmaktadır. Bunlardan ilki kıyas ve reyi terk etmek; ikincisi ise nassların zâhirine sıkı sıkıya tutunmaktır. Zâhirîler, akitlerin yorumlanmasında objektif unsurları dikkate aldıkları için hukuki ihtilafa konu olmuş bir meselede, içteki iradeden ziyade beyan edilen iradeyi esas alan bir yaklaşıma sahiptirler. Sübjektif gayenin akitlere tesiri hususunda da Şâfiîler ile benzer görüşlere sahiptir. Onlara göre objektif geçerlilik şartlarını taşıyan bir akdin sıhhati ve fesadı hususunda, beyan etmedikleri takdirde, tarafları söz konusu akdi inşa etmeye sevk eden amaçlarının bir etkisi yoktur.⁵³⁸ Bu konuyla ilgili örnek ve açıklamalar, Zâhirî kaynaklarında yok denecek kadar azdır.

⁵³⁷ Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 243-244; Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 254, 265; Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 15-16; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 232.

⁵³⁸ Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 258.

3.1.1. İrade Beyanı ile İlişkisi Bakımından Sübjektif Gaye

İrade beyanı ile ilişkisi bakımından sübjektif gayeyi, “irade beyanı ile birlikte açıklanmış sübjektif gaye” ve “irade beyanında yer verilmediği halde karinelerin delâlet ettiği sübjektif gaye” olmak üzere iki başlık altında inceleyebiliriz. Objektif kriterleri esas alan mezheplerin bu konudaki genel yaklaşımı ise şu şekildedir:

Hanefî mezhebinin muâmelât hukuku alanında ortaya çıkan irade ile ilgili problemlerin çözümünde genel yaklaşımı, içteki iradeden ziyade beyan edilen iradeyi esas almak şeklindedir. İrade konusunda sahip olduğu bu objektif bakış açısı sebebiyle, Hanefî mezhebine göre şer’î esaslara aykırı sübjektif gayenin dikkate alınıp akde tesir edebilmesi için ya irade beyanında şart koşma şeklinde açıkça zikredilmiş olması ya da akdin mahallinin tabiatından anlaşılabilir durumda olması gerekir.⁵³⁹

Hanefilere göre irade beyanında yer verilmeyen mücerret niyet, muâmelât hukukunda muteber değildir.⁵⁴⁰ Bu nedenle tarafların kötü niyetine delâlet eden güçlü karineler bulunsun bile, taraflar gerçek niyetlerini irade beyanında, sarîh olarak zikretmedikleri müddetçe dikkate alınmaz. Sarîh olarak zikredilen niyet ise *akde mukarin şart* olarak kabul edilir. Örneğin üzüm şırası satın alan kimsenin, şarap üreticisi olması, onun meşru olmayan maksadını gösteren güçlü bir karine olmasına rağmen Hanefî fukahası tarafından dünyevî hüküm bakımından dikkate alınmaz. Bu nedenle şarap üreticisine üzüm şırası satan kimsenin yaptığı satım akdi, uhrevî bakımdan günah olmakla birlikte dünyevî hüküm bakımından geçerli bir akit olarak kabul edilir.⁵⁴¹

Hanefîler gibi Şâfiîler de akitlerin, hukuki değerlendirmesinde irade beyanını esas alırlar. Hatta bu konuda Hanefîlere göre daha katı olduklarını da söyleyebiliriz. Bütün fakihler gibi Şâfiîler de tarafların hukuki muamele ile elde etmek istedikleri amacın şer’î esaslara aykırı olmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Fakat tarafların şer’î esaslara aykırı amaçlarının, akdin hukuki sonuçlarını etkileyebilmesi için akit esnasında zikredilmiş olmasını şart koşarlar. Onlara göre objektif geçerlilik şartlarını taşıyan bir akit, tarafların harama ulaşma amacı taşıyor olması sebebiyle batıl olmaz. Bu konuda tarafların söz konusu amaçlarını akitten önce veya daha sonra beyan etmiş olmalarının bir önemi yoktur. Zira akitlerin sıhhati ve fesadı hususunda, akdin sıygası dikkate alınır.

⁵³⁹ Bkz. Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 205; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 233; Arı, “İslam Hukukunda Sâik”, s. 208.

⁵⁴⁰ Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, IV, 404. “مجرد النية في المعالات غير معتبرة”

⁵⁴¹ Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 26; Zeylaî, *Tebyîn*, VI, 28-29.

Bu nedenle taraflardan biri, meşru olmayan amacını akit esnasında, irade beyanında zikreder, karşı taraf da kabul ederse; söz konusu amaç, akdin muhtevasına dâhil olmuş sayılır ve akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili olur. Aksi takdirde olmaz.

Zâhirîlerin görüşleri, Şâfiî mezhebi; Zeydî fakihlerin görüşleri ise bazı meselelerde Hanefîler, bazı meselelerde ise Şâfiîler ile benzerlik taşımaktadır. Bazen sübjektif kriterleri benimsedikleri de görülmektedir. Caferîler de kullanmış oldukları yöntem farklı olmakla birlikte ulaştıkları sonuçlar bakımından Zeydî mezhebine yakın durmaktadır.

3.1.1.1. İrade Beyanında Açıklanmış Sübjektif Gaye

İrade beyanı ile birlikte açıklanmış sübjektif gayenin akdin hukuki sonuçlarına etkisini tespit edebilmek için sübjektif gayenin “akdi şart” olarak zikredilmesinin sözleşmenin hukuki sonuçları üzerinde nasıl bir etkiye sahip olduğu konusuna bakmak gerekir.

İslam hukukçuları arasında irade beyanında takyîdî şart⁵⁴² olarak zikredilmiş olan ifadelerin, akdin hükmü ve hukuki sonuçları üzerinde etkili olduğu hususunda ihtilaf yoktur. Buna göre taraflardan herhangi biri irade beyanında şer’î esaslara aykırı amacını şart olarak zikreder; diğer taraf da kabul ederse söz konusu şahsi gaye, akde dâhil olmuş sayılır ve akdin şer’î hükmünün yanı sıra hukuki sonuçlarını da etkiler.

İslam hukukunda akitlerle ilgili takyîdî şartlar; “akde takaddüm eden şart”, “akitten sonra akitle ilgili koşulan şart” ve “akit esnasında irade beyanında koşulan şart” olmak üzere üç kısımda ele alınmaktadır. Akde mukarın şartın, akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili olduğu hususunda ihtilaf yoktur. Akde takaddüm eden ve akitten sonra koşulan şartın, akdi nasıl etkileyeceği ise fakihler arasında ihtilaflıdır. Bazı fakihler, akde takaddüm eden şartları, vaad olarak telakki etmiş ve akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili görmemiştir. Bu görüşteki fakihlerin aksine bazı fakihler, akitten önce tarafların aralarında kararlaştırdıkları şartları, akdin şer’î hükmü ve hukuki sonuçları üzerinde etkili görmüştür. Akitten sonra koşulan şartlar konusunda da benzer tartışmalar mevcuttur.

⁵⁴² “İslam hukukunda şartlar, “ta’likî şartlar” ve “takyîdî şartlar” olmak üzere iki kısma ayrılır. Bir hukuki işlemin hükümlerinin işlemeye başlamasının veya işlemekte olan hükümlerine son verilmesinin gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir hadiseye bağlanması, ta’likî şart; herhangi bir hukuki işlemin bazı kayıtlarla sınırlandırılması ise takyîdî şart olarak isimlendirilmektedir. Takyîdî şarta, akdi şart da denilmektedir.” Osman Kaşıkçı, “Şart”, *DİA*, İstanbul 2010, XXXVIII, s. 365-366.

Şâfiî⁵⁴³ ve Zâhirîlere⁵⁴⁴ göre *akde takaddüm eden şart*, akdin yorumunda dikkate alınmaz ve akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili olmaz. Hanbeli mezhebinde meşhur olan görüş de bu yöndedir.⁵⁴⁵ Tarafların satım akdinden önce anlaştıkları fakat irade beyanında yer vermedikleri şartlar konusunda Hanefi mezhebinde görüş ayrılığı vardır. İlk dönem Hanefî fukahası bu tür şartları akit üzerinde etkili görmezken⁵⁴⁶; İbn Âbidîn tarafların üzerinde ittifak ettikleri fakat akit esnasında beyan etmedikleri fasit şartların, akdi hükümsüz bırakması gerektiğini düşünmektedir.⁵⁴⁷ Zeydiyye ise örfü esas almaktadır. Onlara göre böyle şartlar örfte akde mukarın şart olarak kabul ediliyorsa, hâkim tarafından irade beyanında koşulmuş şart gibi değerlendirilmesi gerekir.⁵⁴⁸

İmam Mâlik, Ahmed b. Hanbel ve erken dönem Hanbeli fakihlerin bir kısmına göre ise akde takaddüm eden şart, akit esnasında koşulmuş şart gibidir. İbn Teymiyye ve İbn Kayyim de bu görüştedir. Bazı fakihler ise akde takaddüm eden şartın, akdin maksudunu (aslî gayesini) ortadan kaldıracı nitelikte mi yoksa akdin maksudunu değiştirici nitelikte mi olduğunu dikkate almışlardır. Bu görüşteki fakihlere göre akde takaddüm eden şart, “telcie” ve “muvazaa” örneklerinde olduğu gibi akdin maksudunu

⁵⁴³ Şâfiî, Muhammed b. İdris (ö. 204/820), *el-Ümm I-XI*, thk. Rifat Fevzî Abdulmuttalib, Dâru'l-Vefâ, I. Baskı, 1422 / 2001, IX, 66; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 461. Şâfiîlere göre akdin sıygasında zikredilen şartlar, “mutlak akdin muktezasına uygun olan şartlar ve “mutlak akdin muktezasına aykırı şartlar” şeklinde ikiye ayrılır. Mutlak akdin muktezasına uygun şartlar, akdin sıygasında zikredildiği takdirde; bunlar akdin mevzuuna uygun olduğu için akde zarar vermez. Örneğin teslim-tesellümün şart koşulması, mutlak akdin muktezasına uygun olduğu için akde zarar vermez. Mutlak akdin muktezasına aykırı şartlar ise bir maslahata mebni olup olmadığına göre ikiye ayrılır. Akdin maslahatına taalluk eden vade, muhayyerlik, kefil, rehin vs. gibi şartlar, Şâri'in öngördüğü şekilde koşulduğu takdirde sahih ve sabit olur. Fakat bunlar Şâri'in öngördüğü şeklin dışında şart koşulduğu takdirde, akitten bağımsız varlıklarının olup olmadığına bakılır. Buna göre rehin ve kefil gibi akde bağlı olmayan yani akitten bağımsız varlığı bulunan şartlar fasit olduğu takdirde, akdi fasitleştirmez: fakat muhayyerlik ve vade gibi akde bağlı olan şartlar, fasit olduğu takdirde, akdi de fasit hale getirir. Mutlak akdin muktezasına aykırı şartların ikinci kısmını teşkil eden akdin maslahatına taalluk etmeyen şartlar ise “akdin amacına taalluk eden şartlar” ve “akdin amacına taalluk etmeyen şartlar” olmak üzere ikiye ayrılır. Akdin amacıyla herhangi bir bağı bulunmayan şartlar fasittir ve lağvdir. Bu nitelikteki şartlar lağv olduğu için akdi fasit hale getirmez. Örneğin bir kimsenin sattıktan sonra ona ipekten başka bir şey giydirmemen şartıyla, kölemi sana yüze satıyorum şeklinde koşacağı şart hem fasittir hem de lağvdir. Fakat akdin amacıyla bağı bulunan örneğin “sana şu kölemi başkasına satmaman şartıyla satıyorum” şeklindeki şartlar ise fasittir. Bu şekilde akdin amacıyla bağı bulunan şartlar, akdin sıygasında zikredildiği takdirde, bir önceki nevinin aksine akdi de fasit hale getirir. Bkz. Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 376-377.

⁵⁴⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 412.

⁵⁴⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 53.

⁵⁴⁶ İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî (ö. 970/1563), *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik I-IX*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1997, VI, 5.

⁵⁴⁷ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 281-282.

⁵⁴⁸ Ansî, Ahmed b. Kâsım b. Miftâh el-Ansî el-Yemânî es-San'ânî, *et-Tâcu'l-müzheb li ahkâmi'l-mezheb şerhu metni'l-ezhâr fî fikhi'l-ümmeti'l-ethâr I-IV*, San'a: Dâru'l-Hikmeti'l-Yemâniyye, 1414/1993, II, 375.

ortadan kaldırıcı nitelikte olursa, akdi bâtil hale getirir. Gerçek mehirin, akit esnasında zikredilen mehirden daha az olmasının akitten önce kararlaştırılması örneğinde olduğu gibi akdin maksudunu değiştirici nitelikte olursa, akdin hukuki sonuçlarını etkilemez. Hanbeli fakihlerin bir kısmının tercihi, bu yöndedir.⁵⁴⁹

Akitten sonra koşulan şartların, akdin hukuki sonuçları üzerindeki etkisiyle ilgili tartışmaların, muhayyerliklerle ilgili tartışmalarla doğrudan alakası vardır. Şâfiîlere göre akitten sonra koşulan şartları, “*meclis muhayyerliği müddetinin sonuna kadar koşulan şartlar*” ve “*şart muhayyerliği müddetinin sonuna kadar koşulan şartlar*” olmak üzere iki aşamada değerlendirmek gerekir. Şâfiîlere göre meclis veya şart muhayyerliğiyle ilgili süreler bittikten sonra koşulan şartlar, akdin hukuki sonuçları üzerinde ittifakla etkili değildir. Fakat bu muhayyerlikler devam ederken koşulan şartlar konusunda üç farklı görüş vardır: Bunlardan ilkinde göre söz konusu şart akde tesir etmez. Bazı fakihlere göre meclis muhayyerliği devam ederken koşulmuş olursa etki eder; meclis muhayyerliği hakkı bittikten sonra şart muhayyerliğinin sonuna kadar sürülecek şartlar ise tesir etmez. Şâfiîlerin çoğunluğuna göre hem meclis muhayyerliği hem de şart muhayyerliği süresi devam ederken koşulan şartlar, akde mukarın şart gibi kabul edilir ve akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili olur.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ Ahmed b. Hanbel ve Ehl-i Hadis fukahasına göre “*أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن / Akde takaddüm eden şart, akde mukarın şart mesabesinde.*” Mâlikîler de bu konuda Hanbelîler ile aynı görüştedir. Hanefîlere ve Şâfiî mezhebindeki meşhur olan görüşe göre ise akitten önce koşulmuş olan şart, akdi etkilemez. Onlara göre bu nitelikteki şartlar, vaad hümnünde olup bunlara vefa göstermek sadece müstehaptır. Hanefî ve Şâfiîlerin bu görüşüne benzer bir görüş Hanbelî mezhebinde de mevcuttur. Örneğin Hanbelîlerin bir kısmına göre akitten önce şart koşulan hülle, erkek akit esnasında onu irade etmediği veya amaçlamadığı müddetçe akdin sıhhatini etkilemez. İbn Kudâme bu görüştedir. (İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 53) Kadı Ebû Ya’lâ ise akdin maksudunu ortadan kaldıran şartlar ile onu kayıtlayan şartları birbirinden ayırmıştır. Ona göre tarafların akitten önce üzerinde anlaşmaya varmış oldukları şart, akdin hükmünü ortadan kaldıran bir şart ise akdin butlanına neden olur. Tarafların satım akdi yapmadan önce satımın telcie şeklinde olmasını aralarında kararlaştırmış olmaları ile nikâh akdini yapmadan önce bu akdin kadını ilk kocasına helâl kılmak için yapılmasını kararlaştırmış olmaları buna örnektir. Fakat tarafların akitten önce üzerinde anlaşmaya varmış oldukları şart, akdin hükmünü ortadan kaldırmadan sadece onu kayıtlıyorsa, akde tesir etmez. Tarafların akitten önce, mehir miktarının mehr-i müsemmadan az olmasını kararlaştırmış olmaları ise buna örnektir. Bu görüş ayrılıklarına rağmen Hanbelî mezhebinde meşhur olan görüşe göre ve Mâlikîlere göre, akitten önce koşulan şart, akit esnasında koşulmuş şart gibidir. Bu nedenle iki kişi, bir konuda ittifak ettikten sonra, ittifak ettikleri hususu akit esnasında beyân etmeden bir akit yapsalar, söz konusu akit, aralarında maruf olan şeye (ittifak ettikleri şeye) göre değerlendirilir. Bu fakihlere göre esasında bütün akitler, tarafların arasında maruf olan şeylerle kayıtlıdır. Bkz. İbn Teymiyye, *el-Kavâ'idü'l-nûrâniyyetu'l-fikhiyye*, thk. Ahmed b. Muhammed el-Halîl, Dâru İbnü'l-Cevziyye, I. Baskı, 1422, s. 302-303; a. mlf., *el-Fetâva'l-kübrâ*, IV, 108.

⁵⁵⁰ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 461. Bu konuda Rûyanî'nin eserinde şu ifade bulunmaktadır: “*أن الزوائد المذكورة / في مجلس العقد تلحق بأصله / Akit meclisinde zikredilen zâid ifadeler akde mülhak olur.*” Bkz. Rûyanî, *Bahru'l-mezheb*, V, 24-25.

Hanefiler, tarafların akitten sonra koştuıkları fasit şartların akde tesir edip etmeyeceği hususunda ihtilaf etmiştir. İmam Ebû Hanife'den bu konuda iki rivayet vardır. Bunlardan sahih olan etki edeceği yönündedir. İmam Muhammed ile İmam Ebû Yusuf ise akitten sonra koşulan fasit şartların hükümsüz olması gerektiğini düşünmektedir. Onlara göre söz konusu şartlar, akdin sıhhatini etkilemez.⁵⁵¹ Müteahhirûn Hanefi fakahası ise bu şartların akde mukarin şart gibi değerlendirilmesinden yanadır.⁵⁵² Hanbelîlere göre akit bağlayıcı hale geldikten sonra koşulan şartlar, akde tesir etmez.⁵⁵³ Zeydiyye de akitten sonra koşulan şartları lağv olarak nitelendirmektedir.⁵⁵⁴ Caferîler de bir şartın akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili olabilmesi için icap-kabul ile birlikte zikredilmesini gerekli görmektedir. Onlara göre akitten önce veya sonra koşulan şartlar, şer'î değerlendirmede dikkate alınmaz.⁵⁵⁵

Füru fıkıh kaynaklarında irade beyanıyla birlikte açıklanmış şahsi gaye ile ilgili birçok örnek mevcuttur. Bunun aile hukuku alanındaki tipik örneğini hütle nikâhı teşkil eder. Borçlar hukuku sahasında ise alım-satım akdinin ve icâre akdi ile ilgili olarak zikredilmiş birçok örnek mevcuttur. Çalışmamızın bu kısmında sırasıyla bu örnekleri zikretmeye çalışacağız.

3.1.1.1.1. Tarafların Şer'î Esaslara Aykırı Amaçlarını Nikâh Akdi Esnasında Beyan Etmeleri

İslam hukukuna göre bir kadının kendisini üç talakla boşayan kocasıyla yeniden evlenebilmesi için kadının başka biriyle sahih bir akitle evlenmesi, bu evliliğın de talak veya ölüm gibi bir nedenle sona ermesi gereklidir. Fakihlerin çoğunluğına göre beynûnet-i kübrâ ile ayrılmış bir kadının ilk kocasına helâl olması için mücerret nikâh akdi yeterli değildir. Bunun yanı sıra zifâfin da meydana gelmesi şarttır.⁵⁵⁶ Bu hüküm Müslüman toplumlarda, karısını üç talakla boşadıktan sonra pişman olan ve onunla yeniden evlenmek isteyen erkeklerin veya ilk kocasına geri dönmek isteyen kadınların zaman zaman hileli yollara başvurmasına neden olmuştur. Hz. Peygamber (s.a.v.)

⁵⁵¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 5

⁵⁵² İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 281-282.

⁵⁵³ Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, II, 505.

⁵⁵⁴ Ansî, *et-Tâc*, II, 365.

⁵⁵⁵ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 546.

⁵⁵⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 9-10; XXX, 228; Kâsânî, *Bedâi'*, IV, 403-408; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 505; Nevevî, *el-Mecmû'*, XVII, 362.

döneminden itibaren örnekleri görülen ve Türkçede “hülle” olarak isimlendirilen bu uygulama, fukaha arasında birçok ihtilafa neden olmuştur.

İslam hukukuna göre nikâh akdi neslin devamlılığını sağlamak ve bununla bağlantılı diğer amaçlar için meşru kılınmıştır. Bu nedenle, Şâri’in nikâh akdini vaz’ etmesindeki maksadına aykırı diğer maksatlar için yapılan nikâh akdinin meşrûiyeti İslam hukukunda tartışmalıdır. Üç talakla boşanmış bir kadını ilk kocasına helâl kılmak maksadıyla yapılan nikâhu’l-muhallil⁵⁵⁷ veya diğer bir deyişle “hülle nikâhı” da bu bağlamda tartışma konusu olmuştur.

1. Hanefî Mezhebinin Görüşü

Hanefîler hülle nikâhını, “evlenecek erkeğin kadını ilk kocasına helâl kılma niyeti taşıması” ile “nikâh akdi esnasında, zifaktan sonra boşamanın şart koşulması”nın arasını ayırarak ele almışlardır.⁵⁵⁸ Akitlerde içteki iradeden ziyade beyan edilen iradeyi esas alan Hanefîlere göre, evlenecek erkeğin, kadını ilk kocasına helâl kılma niyeti taşıması, söz konusu nikâh akdinin sıhhatine etki etmez ve kadın, bu nikâh sebebiyle ilk kocasına ittifakla helâl olur. Çünkü muâmelat konularında mücerret niyet muteber değildir.⁵⁵⁹ Yani bir erkek, bir kadınla onu üç talakla boşamış kocasına helâl kılmak amacıyla evlenir ve bu niyetini nikâh esnasında dile getirmese, zifaktan sonra bu kadını boşaması durumunda kadının ilk kocasıyla yeniden evlenmesi helâl olur.⁵⁶⁰ Hatta kadını, ilk kocasına helâl kılmak maksadıyla evlenen bir erkeğin sevap elde edeceğini düşünen Hanefî fakihler de vardır.⁵⁶¹

Hanefîler hülle amacının nikâh esnasında beyan edilmiş olmasını, akde mukarin şart olarak kabul etmişlerdir. Ebû Hanife’ye (ö. 150/767) göre, tahlil şartıyla yapılan nikâh akdi, sahihtir. Tahlil şartı ise geçersizdir. Öğrencisi Züfer (ö. 158/775) de Ebû Hanife ile aynı görüştedir. Çünkü tahlil şartı, nikâh akdinin tamamlanması kendisine bağlı olan bir şey değildir. Aksine fasit bir şarttır. Nikâh akdi ise fasit şartlar sebebiyle bâtil olmaz. Ayrıca tahlil şartının nehyedilmesi, nikâh akdinin özüne değil, onun dışındaki bir manaya taalluk eder. O halde tahlil şartıyla yapılan nikâh akdi sahihtir. Bu nedenle üç talakla boşanmış kadın ile tahlil şart koşularak yapılan nikâh akdi, hukuki sonuçlarını

⁵⁵⁷ Bkz. Saffet Köse, “Hülle”, *DİA*, İstanbul 1998, XVIII, 475-477.

⁵⁵⁸ Bkz. Kâsânî, *Bedâi’*, IV, 408-409

⁵⁵⁹ Kâsânî, *Bedâi’*, IV, 408; Zeydân, *Eseru’l-kusûd*, 266.

⁵⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 9.

⁵⁶¹ Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 228.

meydana getirir. Dolayısıyla zifaf gerçekleştikten sonra kadın, ilk kocasına helâl olur. Fakat nikâh esnasında tahlîli şart koşturmak, uhrevî hüküm bakımından mekruhtur.⁵⁶²

Ebû Yusuf (ö. 182/798) bu konuda hocasından farklı düşünmektedir. Ona göre tahlîl şartıyla yapılan nikâh akdi, muvakkat nikâh manası taşır. Hâlbuki nikâhta aslolan sürekliliktir. Nikâh esnasında belirli bir süre evli kalmanın şart koşulması, akdi fasitleştirir. Fasit nikâh akdi ise bütün hukuki sonuçlarını meydana getirmez. Söz konusu akit fasit olduğu için kadın ilk kocasına helal olmaz. İmam Muhammed (ö. 189/805) ise nikâhın sıhhati hususunda Ebû Hanife ile aynı görüşte olmasına rağmen bu nikâhın hukuki sonuçları hususunda hocasından farklı düşünmektedir. Ona göre tahlîl şartıyla yapılan nikâh akdi, sahihtir. Fakat kadın, bu akit sebebiyle ilk kocasına helâl olmaz. Çünkü tahlîl şartı, Allah'ın te'hîr ettiği bir şeyi -kadını ilk kocasına helâl kılmak maksadını- aceleyle istemek manası taşır ve vaktinden önce bir şeyi elde etmek isteyen bir kimse ondan mahrum bırakılarak cezalandırılır. Buna göre tahlîl şartı, batıldır. Nikâh akdi ise sahih bir şekilde inikat eder. Fakat tarafların bu nikâh sebebiyle elde etmek istedikleri “kadını ilk kocasına helâl kılma maksatlarını” elde etmelerine engel olunur. Bu ise murisini öldüren vârisin mirastan mahrum bırakılmasına benzer.⁵⁶³

2. Şâfiî Mezhebinin Görüşü

Şâfiîler de Hanefiler gibi hülle nikâhını, “evlenecek erkeğin kadını ilk kocasına helâl kılma niyeti taşıması” ile “nikâh akdi esnasında, hüllenin şart koşulması”nın arasını ayırarak ele almışlardır.

Şâfiî mezhebi akitlerin yorumlanmasında beyan edilen iradeyi esas aldığı için onlara göre bir kadınla sırf onu ilk kocasına helâl kılmak amacıyla evlenmek hukuken geçerli bir akitir. Dünyevî şartlar bakımından bu akdin geçerli olduğu hususunda Şâfiî fakahası arasında ihtilaf yoktur.⁵⁶⁴ Fakat söz konusu akdin uhrevî hükmü konusunda ihtilaf vardır. Şâfiî fakihlerden bazıları “Allah insanların nefislerinden geçirdikleri şeyler sebebiyle, onları sorumlu tutmaz”⁵⁶⁵ mealindeki hadisi delil olarak kullanmış ve bu hadise göre tahlil amacıyla yapılan nikâh akdinin uhrevî hüküm bakımından mekruh olarak nitelenemeyeceğini söylemişlerdir. Onlara göre söz konusu hadis mutlaklıdır. Bu nedenle

⁵⁶² Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 9-10; Kâsânî, *Bedâi'*, IV, 409; Zeylai, *Tebyîn*, II, 259.

⁵⁶³ Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 9-10; a. mlf., *el-Mebsût*, XXX, 228; Kâsânî, *Bedâi'*, IV, 409-411.

⁵⁶⁴ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, IV, 161; Nevevî, *el-Mecmû'*, XVII, 363; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 243; Mâverdî, Ebu'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî (ö. 450/1058), *el-Hâvi'l-kebîr I-XVIII*, thk. Ali Muhammed Muavviz ve Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, 1414/1994, IX, 333.

⁵⁶⁵ Müslîm, “İman”, 201.

diğer birçok meselede olduğu gibi tahlîl amacıyla yapılan nikâh akdi konusunda da delildir. Onlara göre bu hadis, taraflar beyan etmedikleri takdirde, tahlîl amacıyla yapılan nikâh akdinin geçerli bir akit olduğuna delâlet etmektedir. Ayrıca yine bu hadise göre söz konusu akit, uhrevî hüküm bakımından mekruh da değildir. Bu meşhur görüşe karşılık Şâfiî fakihlerden söz konusu akdin mekruh olduğunu düşünenler mevcuttur. Onlara göre bir kişi söylemedikçe veya davranış haline getirmediği içinden geçirdiği şeylerden sorumlu değildir; fakat insanın içinden geçirdiği şeyler bazen davranışa mukarin olur bazen de olmaz. Tahlîl amacıyla yapılan nikâh akdinde ise kişinin içinden geçirdiği şey yani tahlîl amacı, davranışa (nikâh) mukarin olmuştur ve ona vesiledir. Nikâh akdi özü itibarıyla haram (li aynihi haram) olmadığı için tahlîl amacının, harama vesile olduğu söylenemez. Dolayısıyla tahlîl amacı, haram olarak nitelenemez. Fakat tahlil amacıyla yapılan nikâh akdi mekruh olur. Eğer tahlîl amacıyla evlenen kişi, söz konusu hîle ile şer'an nehyedilmiş olan bir mefsedeti elde etmeyi amaçlamış olursa kerâhet hükmü kuvvetlenir, aksi takdirde kuvvetlenmez.⁵⁶⁶

Bu konuda İmam Şâfiî şu ifadeleri kullanmıştır. *“Bir kimse belirli bir müddet kalmayı düşündüğü bir yere gitse ve orada bir kadınla evlenmek istese, hem adamın hem de kadının niyeti, adamın o şehirde kaldığı sürece veya birkaç gün evli kalmak olsa; ya da sadece adamın veya sadece kadının niyeti bu yönde olsa veya kadının velisinin niyeti bu yönde olsa ve nikâh akdi de hiçbir şart koşulmaksızın mutlak olarak gerçekleştirilmiş olsa böyle bir niyet bu nikâh akdini fasit kılmaz. Çünkü niyet insanların iç dünyasında oluşan bir şeydir. Ve insanlar, iç dünyalarında yaşadıkları şeylerden sorumlu değildir. İnsan bazen bir şeye niyetlenir ancak onu yapmaz, bazen de yapar. Bazen niyetsiz olarak bazı şeyleri yapar. İşte bu nedenle üç talakla boşanmış olan bir kadını ilk kocasına helal kılmak amacını, ister taraflardan sadece biri taşısın isterse ikisi birden taşısın, bu niyetle yapılan nikâh akdi geçerlidir. Ancak adam kadına sadece birkaç gün evli kalacaklarını veya o yerde kaldığı sürece evli kalacaklarını vaad etse, bu vaadini ister yeminle pekiştirmiş olsun ister yeminsiz söylemiş olsun ben akde bakarım. Eğer akit hiçbir şarta bağlı olmaksızın mutlak olarak yapılmışsa geçerlidir. Ancak bu şartlar nikâh esnasında şart koşulmuş olursa, bunlar sebebiyle nikâh akdi fasit olur. Ve yapılan akit de mut'a nikâhı hükümlerine tabidir.”*⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ Tâcüddîn es-Sübki, *el-Eşbâh*, I, 309.

⁵⁶⁷ Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 206-207.

Şâfiî fukahasının görüşleri de İmam Şâfiî'nin görüşü doğrultusunda şekillenmiştir. Şâfiî mezhebindeki genel kanaate göre bir kadınla, onu ilk kocasına helâl kılmak amacıyla yapılan nikâh akdi, mekruh olmakla birlikte geçerli bir akittir. Fakat söz konusu amaç, nikâh akdi esnasında beyan edilecek olursa, akdin hukukî niteliği Şâfiî mezhebinde ihtilaflıdır. Şâfiî kaynaklarında bunun birçok örneği zikredilmektedir. Bunlardan ilki tahlîl kastının nikâhın süresiyle ilgili bir şart olarak öne sürülmesi şeklinde gerçekleşir. Örneğin kadının velisi “*kızımı, zıfafa girip onu ilk kocasına helâl kılincaya kadar seninle evlendirdim*” dese, bu nikâh Şâfiî mezhebine göre hem tahlîl şartı taşıdığı hem de mut'a nikâhıyla benzerlik taşıdığı için bâtıldır.⁵⁶⁸ İkinci şekli nikâhın süresiyle ilgili olmayıp, kadının velisinin boşama şartıyla kızını evlendirmesi şeklinde gerçekleşir. Örneğin kadının velisi “*kızımı, zıfafa girdikten sonra onu boşaman şartıyla seninle evlendirdim*” dese, söz konusu nikâhın hukukî durumu Şâfiî mezhebinde ihtilafli olup, bazı fakihlere göre bu nikâh, tahlil şartıyla yapıldığı için bâtil; bazılarına göre ise sahih bir akit olur. Sahih kabul edenlere göre boşama şartı, bâtil bir şart olup nikâh akdine tesir etmez. Çünkü söz konusu akit herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın mutlak olarak inikat etmiş kabul edilir.⁵⁶⁹

Tahlîl şartıyla yapılan nikâh akdi hususunda Hanefîlerle ile Şâfiîler arasındaki fark, Hanefîlere göre nikâh sahih, şart bâtil olur. Şâfiîlere göre nikâh da batıl olur.⁵⁷⁰ Şâfiîler, tahlil kasti, nikâh akdi esnasında söylendiği zaman dünyevi hüküm bakımından dikkate almış ve akdi fasit kabul etmişlerdir. İrade beyanında zikredilmeyen tahlil kastını ise mekruh kabul etmişlerdir. Hanefîler ise irade beyanında zikredilmeyen tahlil kastını, mekruh olarak görmezler. Onlara göre bir kimse çeşitli maslahatlar gözeterek bir kadınla onu, ilk kocasına helâl kılmak niyetiyle evlenirse sevap bile kazanır. Hz. Peygamber'in yasaklamış olduğu şey ise tahlil şartıyla yapılan nikâh akdidir. Tahlîl amacıyla yapılan nikâh akdi, bu yasağın kapsamına girmez.⁵⁷¹

3. Zeydî Mezhebinin Görüşü

Zeydîlere göre tahlîl büyük günahlardan olup haramdır. Zira Hz. Peygamber (s.a.v.) Allah'ın muhallile ve kendisi için hülle yapılan lanet ettiğini söylemiştir. Böyle

⁵⁶⁸ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, IV, 161; Nevevî, *el-Mecmû'*, XVII, 362; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 243; Mâverdî, *el-Hâvî*, IX, 333.

⁵⁶⁹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, IV, 161; Nevevî, *el-Mecmû'*, XVII, 362; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 243; Mâverdî, *el-Hâvî*, IX, 333.

⁵⁷⁰ Mâverdî, *el-Hâvî*, IX, 333.

⁵⁷¹ Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 228.

bir tehdit ise ancak büyük günah işleyenler hakkında olabilir. Bununla birlikte tahlîlin mahiyeti ve nikâh akdini nasıl etkileyeceği hususunda Zeydî fakihler arasında ihtilaf vardır.⁵⁷²

Zeydî fakihler de hülle nikâhını “evlenecek tarafların tahlîl amacı taşıması” ile “tahlîl amacını akit esnasında şart koşmaları”nın arasını ayırarak ele almışlardır. Zeydîlere göre tahlîl amacıyla evlenen kişiler genellikle asıl niyetlerinin bilinmesini istemezler. Bu nedenle genellikle taraflardan biri veya karı-koca birlikte, asıl amaçlarını gizli tutarlar. Bazen de tahlîl amacını, akit esnasında beyan ederler. Zeydiyye mezhebinde tercih edilen görüşe göre tarafların akit esnasında beyan etmeyip gizli tuttıkları tahlîl amaçları, mekruh olmakla birlikte yapılan akit câizdir. Onlara göre mücerret tahlîl niyeti, hile ve zerîa olarak nitelendirilemez.⁵⁷³

Hülle nikâhı konusunda geleneksel anlayışa sahip olan Zeydî fakih Ansî şöyle demiştir: “*Tahlîl amacını gizleyen kişinin yapmış olduğu nikâh akdi geçerlidir ve kadın bu nikâh sayesinde ilk kocasına helal olur. Tarafların akitten önce hülle konusunda anlaşmış olmaları da tahlîl amacının gizlenmiş olmasıyla aynı hükme tabidir. Fakat tahlîlin akit esnasında şart koşulması, akde tesir eder. Akitten sonra şart koşulması ise akde zarar vermez. Tahlîlin akit esnasında şart koşulması, iki şekilde gerçekleşir. Bunlardan ilki evlenecek erkeğin veya kadının velisinin akit esnasında, tahlîl gerçekleştikten sonra nikâh bağının kalmamasını şart koşmasıyla gerçekleşir. Bu şekilde yapılan nikâh akdi, muvakkat nikâh manası taşıdığı için mut’aya benzer. Mut’a nikâhı ise sahih değildir. İkincisi ise evlenecek erkeğin veya kadının velilerinin tahlîl gerçekleştikten sonra boşamayı şart koşması şeklinde gerçekleşir. Bu şekilde yapılan akit de sahih değildir. İbn Mes’ud’dan rivayet edilen “Allah ve Rasûlü muhallile lanet etmiştir”⁵⁷⁴ şeklindeki rivayet, (tahlîl amacının gizlendiği değil) tahlîlin şart koşulduğu nikâh akitlerine hamlolunur.”⁵⁷⁵*

Zeydî mezhebindeki genel kanaatin aksine, müteahhirundan olan Şevkânî’ye göre Allah Rasûlü’nün lanetlediği muhallil, tahlîl amacını gizleyen veya kadını ilk kocasına helal kılmak için anlaşmalı bir şekilde onunla evlenen kimsedir. Ona göre Hz. Peygamber’in (s.a.v.) muhallili, “kiralık teke” olarak nitelendirmesi de buna delâlet

⁵⁷² San’ânî, el-Hüseyin b. Ahmed b. el-Hüseyin el-Yemenî es-San’ânî (ö. 1221/1807), *Kitâbu’r-Ravdi’n-nadîr şerhu Mecmû’u’l-fikhi’l-kebîr I-IV*, Beyrut: Dâru’l-Cîd, t.y., IV, 143.

⁵⁷³ San’ânî, *er-Ravdu’n-nadîr*, IV, 144.

⁵⁷⁴ Tirmîzî, “Nikâh”, 28.

⁵⁷⁵ Ansî, *et-Tâc*, II, 207.

etmektedir. Zira bir fiilin lanetlenmiş olması, onun büyük günahlardan olduğuna delâlet eder. Bu nedenle bu şekilde evlenen bir kadın, bu nikâh sebebiyle ilk kocasına helal olmaz. Çünkü Allah, kadının ilk kocasına helal olması için başka bir koca ile nikâhlanmasını şart koşturmuştur. Ayette geçen nikâh kelimesiyle kastedilen mana ise şer'î nikâhtır. Tahlîl amacının gizlendiği nikâh ise şer'î nikâh değildir.⁵⁷⁶

Şevkânî isim vermeden bir kısım âlimlerin şu sözlerini naklettikten sonra bu görüşü tenkit etmiştir. “*Nassta zikredilen muhallil kelimesiyle kastedilen mana hem tahlile niyetlenen, hem akit esnasında veya akitten önce şart koşan, hem de Allah ve Rasûlünün haram kıldığı bir şeyi helalleştiren kimse olarak anlaşılmaya müsaittir. Hatta üç talakla boşanmış bir kadınla evlenen herkes, muhallil olarak nitelendirilebilir. Bu kişi akit esnasında tahlili şart koşturmasa veya tahlile niyetlenmese bile muhallil olarak isimlendirilmesi mümkündür. Bu durumun ise tahlîl ile ilgili nassın kapsamına girmediği bilinmektedir. O halde Şâri'in kastı Allah'ın haram kıldığı bir şeyi, fiili ve akdiyle helâl kılan kimselerdir. Bu nedenle bir kimsenin Müslüman kardeşinin karısıyla olan aile birliğini sağlamak amacıyla ve dağılmış olan evladü iyalini bir araya getirmek için böyle bir şey yapması durumunda; değil Allah Rasûlünün lanetine müstehak olması, bu kimse muhsinlerden bile kabul edilebilir.*” Ona göre bu görüşün doğru olma ihtimali yoktur. Hatta bu görüş kendisiyle mücadele edilmesi gereken bâtil görüşlerden birisidir.⁵⁷⁷

Tahlîl niyetinin akit esnasında zikredilmesi durumunda, bu beyanın akdi nasıl etkileyeceği hususunda Zeydî âlimler arasında ihtilaf vardır.⁵⁷⁸ San'ânî'nin belirttiğine göre bu iki şekilde gerçekleşir. Bunlardan ilki, erkeğin akit esnasında, kadını ilk kocasına helâl kıldığı zaman aralarında nikâh bağının bitmesini şart koşturmasıdır. Zeydî âlimlerin

⁵⁷⁶ Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkânî es-San'anî (ö. 1250/1834), *es-Seylü'l-cerrâr el-mütedeffik 'ala hadâiki'l-eshâr*, Beyrut: Dâru İbn Hazm, I. Baskı, 1425/2004, s. 421. Tahlîl amacıyla yapılan nikâh akdi konusunda, Şevkânî'nin ortaya koymuş olduğu bu düşünce, Zeydiyye mezhebi içerisinde niyetin hukuki fiillere etkisi hususunda yaşanan görüş ayrılıklarını yansıtmaları bakımından da önem taşımaktadır. Zira bu konuda Zeydiyye mezhebi içerisinde iki ana eğilim bulunmaktadır. Bunlardan ilki geleneksel doktrinde benimsenmiş olan ve irade beyanını esas alan yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre çift taraflı bir hukuki işlemin yorumunda, akitte kullanılan ifadelerin dilsel analizini yapmak gerekir. Şevkânî tarafından savunulan ve modern dönemde taraftar bulmuş olan ikinci yaklaşıma göre ise sözleşmelerin yorumunda, sadece sözleşme dilinin linguistik analizlerini yapmak yetersizdir. Bunun yanı sıra tarafların sessizliği de dâhil olmak üzere her türlü niyet belirtisinin analiz edilmesi gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brinkley Messick, “Hukukî Fiillerde Niyet ve İfade”, çev. Necmettin Kızılkaya ve Necmettin Güney, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 17 (2011), s. 149.

⁵⁷⁷ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr şerhu Münteka'l-ahbâr*, Lübnan: Beytu'l-Efkâri'd-Düveliyye, I. Baskı, 2004, s. 1203-1204.

⁵⁷⁸ San'ânî, *er-Ravdu'n-nadîr*, IV, 143-144.

çoğunluğuna göre bu şartla birlikte yapılan nikâh akdi, muvakkat nikâh anlamı taşır ve mut'a nikâhına benzer. Mut'a nikâhı ise Zeydiyye tarafından geçerli bir nikâh olarak kabul edilmemektedir. O halde böyle bir şartla yapılan nikâh akdi, muvakkat nikâh ve mut'a anlamı taşıdığı için geçerli değildir. İkinci şekli ise erkeğin kadını ilk kocasına helâl kıldığı zaman boşamayı şart koşmasıdır. Zeydî mezhebinde tercih edilen görüşe göre böyle bir şartla yapılan nikâh akdi de sahih değildir. İmam Yahya ise Hanefiler gibi nikâhı sahih, şartı ise batıl görmektedir. Ona göre söz konusu şart, akdin mücebine aykırı olduğu için bâtıldır.⁵⁷⁹

Zeydî ekollerden Hâdeviyye'ye göre tahrîme delâlet hadisler, tahlil şartıyla yapılan nikâh akdi olarak yorumlanmalıdır. Onlara göre mücerret tahlil niyeti akdi, haramlaştırır.⁵⁸⁰

Özetle Zeydî mezhebinde hülle nikâhı ile ilgili klasik görüşün Şâfiî mezhebinin görüşüne yakın olduğunu söyleyebiliriz. Şevkânî tarafından temsil edilen görüş ise Zeydî mezhebinde ana akım haline gelememiştir.

4. Zâhirî Mezhebinin Görüşü

Hülle nikâhı konusunda Zâhirîler, Şâfiîler ile benzer görüşler taşımaktadır. Onlara göre *tahlil amacının* nikâh akdini hükümsüz bırakabilmesi için irade beyanında *akdi şart* olarak *sarih bir şekilde* zikredilmesi gereklidir. Bu nedenle bir kimsenin akit esnasında beyan etmeksizin mücerret *tahlil amacıyla* yaptığı nikâh akdi geçerlidir ve hukuki sonuçlarını meydana getirir.⁵⁸¹ Zira dünyadaki hükümün zâhiri şartlara göre belirlenmesi gereklidir. Objektif geçerlilik şartları itibariyle söz konusu nikâh akdinde bir problem bulunmadığı takdirde sahih bir şekilde meydana gelir. Fakat taraflardan herhangi biri, tahlil niyetini akit esnasında zikredecek olursa, yapılan akit, fasit olur. Zira bu durumda tarafların şer'î esaslara aykırı amacı, akdin muhtevasına dâhil olmuş kabul edilir. Söz konusu akit, fasit olduğu için feshedilmesi gerekir. Zâhirîler, tahlil niyetiyle yapılan nikâh akdini uhrevî hüküm bakımından câiz görmektedir.⁵⁸² Bu açıdan Hanefî mezhebiyle benzerlik taşımaktadır. Zira Hanefî mezhebine göre de tahlil niyeti, haram değildir. Ayrıca bazı Şâfiîlere göre de tahlil niyetiyle yapılan nikâh akdi, uhrevî hüküm bakımından mekruh değildir.

⁵⁷⁹ San'ânî, *er-Ravdu'n-nadîr*, IV, 145.

⁵⁸⁰ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 1203.

⁵⁸¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 180; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 506.

⁵⁸² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 180; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 506.

5. Caferî Mezhebinin Görüşü

Caferiler, tahlîl niyetiyle yapılan nikâh akdini geçerli görmektedir. Onlara göre bir kimse, kadını ilk kocasına mübahlaştırdığı takdirde onu boşamaya karar vererek onunla evlenirse veya akitten önce kadının ilk kocası veya velisiyle bu hususta anlaşığı halde akit esnasında şart koşmadan evlenecek olursa, tarafların bu niyeti mekruh olmakla birlikte nikâh akdini geçersiz yapmaz.⁵⁸³

Tahlîlin akit esnasında şart koşulmasını ise iki farklı şekilde ele almışlardır. Bunlardan ilki tahlîl gerçekleştiği takdirde nikâh bağının bitmesi; ikincisi ise tahlîl gerçekleştiği takdirde kadının boş olması şartıyla yapılan nikâh akdidir.

1. Caferîlere göre bir kimsenin akit esnasında kadını ilk kocasına helal kıldığı takdirde, aralarındaki nikâh bağının son bulmasını şart koşarak yapacağı akit, bâtıldır. Zira bu şart, nikâh akdinin muktezasına aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca Hz. Peygamber (s.a.v.) hülle yapanlara lanet etmiş ve hülle nikâhı yapan erkeği, kiralık tekeye benzetmiştir. Böyle bir şartla yapılan nikâh akdi bâtil olduğu için ona sahih bir nikâha taalluk eden talak, zihar, îla, lian gibi ahkâm taalluk etmez. Nikâh akdi bu şekilde yapıldıktan sonra zifaf gerçekleşmezse kadın mehirci hak kazanmaz. Fakat zifaf gerçekleşecek olursa, akit esnasında konuşulan mehirci değil, mehr-i misil almaya hak kazanır. Bu nikâh, sahih bir nikâhın sonuçlarını meydana getirmediği için kadın hamile bile olsa, iddet nafakası alamaz. Ayrıca ilk kocasına helal olmadığı için evlenmeleri durumunda, aralarının ayrılması gerekir. Ayrıca kadının ilk kocası hülle nikâhı yapıldığını biliyorsa, tazir cezası ile cezalandırılır.⁵⁸⁴

2. Caferî mezhebinde tercih edilen görüşe göre bir kimsenin akit esnasında kadını ilk kocasına helal kıldığı takdirde boş olmasını şart koşarak yapacağı nikâh akdi sahihtir. Söz konusu şart ise bâtıldır. Onlara göre nikâh akdine mukarin şartın fâsit olması, akdi fâsit hale getirmez.⁵⁸⁵

Bu şekilde evlenen bir kadın ise mehr-i misile hak kazanır.⁵⁸⁶ Çünkü kadın akit esnasında zikredilen mehr-i müsemâyâ (Tûsî'nin ifadelerinden, eserin yazıldığı dönemde tahlîl gerçekleştiği takdirde boşanma şartıyla evlenen kadınların normal şartlarda alacakları mehirciden daha az bir mehirci razı oldukları anlaşılmaktadır) söz

⁵⁸³ Tûsî, Ebû Ca'fer Muhammed b. el-Hasen b. Alî et-Tûsî (ö. 460/1067), *el-Mebsût fi fihri'l-Îmâmiyye I-VIII*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, t.y., IV, 248; Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 541.

⁵⁸⁴ Tûsî, *el-Mebsût*, IV, 247; Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 541.

⁵⁸⁵ Tûsî, *el-Mebsût*, IV, 247; Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 541.

⁵⁸⁶ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 541.

konusu şart sebebiyle razı olmuştu. Şart sâkıt olduğu takdirde, o şart sebebiyle razı olduğu eksik miktarın ödenmesi gerekir. Söz konusu eksikliğin ne kadar olduğu bilinemeyeceği için mehr-i misilin verilmesi gerekir.⁵⁸⁷

Bazı Caferî fakihler ise tahlîl gerçekleştiği takdirde kadının boş olması şartıyla yapılan nikâh akdini bâtil görmekte-dirler. Onlara göre zifaktan önce aralarının tefrik edilmesi durumunda, kadın hiçbir mehir alamaz. Aralarının zifaktan sonra tefrik edilmesi durumunda ise mehr-i misile hak kazanır. Bu durumda taraflar tazîr cezasına çarptırılmaz. Çünkü böyle bir şartla yapılan akdin bâtil mi sahih mi olduğu ihtilaflıdır.⁵⁸⁸

Caferîler bâtil da olsa tahlîlin şart koşularak yapıldığı nikâh akdinin kadını ilk kocasına helal kılıp kılmayacağı hususunda ihtilaf etmiştir. Bazılarına göre söz konusu nikâh bâtil da olsa nesebin sübutu, hadd cezasının düşmesi ve mehir gibi hukuki sonuçlar meydana getirdiği için zifaf gerçekleştiği takdirde, kadının ilk kocasına helâl olmasına da neden olur. Kuvvetli olan görüşe göre ise söz konusu akit bâtil olduğu için kadının ilk kocasına helâl olmasına neden olmaz.⁵⁸⁹ Mut'a nikâhını prensipte câiz gören Caferîler, mut'a nikâhının da üç talakla boşanmış bir kadını ilk kocasına helâl kılmayacağı görüşündedirler.⁵⁹⁰

3.1.1.1.2. Tarafların Şer'î Esaslara Aykırı Amaçlarını Satım Akdi Esnasında Beyan Etmeleri

İslam hukukçularına göre akdin tarafları, şer'î esaslara aykırı amaçlarını satım akdi esnasında irade beyanında ifade edecek olurlarsa, bu durum söz konusu akdin şer'î hükmü ve hukuki sonuçları üzerinde etkili olur. Klasik kaynaklarda bu kuralla ilgili örnekler, daha çok fasit şartların nitelikleri ve etkilerinin incelendiği kısımda mevcuttur. Çağdaş İslam hukuku araştırmacıları ise bu örnekleri, İslam hukukunda *sebeb nazariyesinin* köklerinin olduğunu kanıtlamak için zikretmişlerdir. Onlara göre satım akdi esnasında akde konu olan şeyin şer'an meşru olmayan bir vasfi taşıyor olmasının şart koşulması, fasit bir şarttır. Bu şart aynı zamanda şartı koşan tarafın meşru olmayan amacına delâlet eden bir göstergedir. Bunu irade beyanında zikretmesi ve karşı tarafın da

⁵⁸⁷ Tûsî, *el-Mebsût*, IV, 247-248.

⁵⁸⁸ Tûsî, *el-Mebsût*, IV, 248.

⁵⁸⁹ Tûsî, *el-Mebsût*, IV, 248.

⁵⁹⁰ Tûsî, *el-Mebsût*, V, 113; Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, II, 19.

kabul etmesiyle söz konusu şart, ortak amaca dönüşür ve akdin muhtevasına dâhil olur. Dolayısıyla akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili olur.⁵⁹¹

1. Hanefî Mezhebinin Görüşü

Hanefî mezhebine göre satım akdinin sıhhat şartlarından birisi de akdin gereği olmayan veya ona uygun düşmeyen fasit şartlardan arınmış olmasıdır. Fasit şartlar ise çok çeşitli olup bunlardan birisi de akdin konusunun şer'an yasaklanmış bir vasfı taşımasının akit esnasında şart koşulmasıdır.⁵⁹²

Örneğin Ebû Hanife'ye göre, bir kimsenin, kumruyu ötmesi şartıyla, kuşu uzak yerlerden geliyor olması şartıyla, koçu boynuzlarıyla vuruşması şartıyla, horozu dövüşmesi şartıyla satın alması, fasit bir akitir. İmam Muhammed'den gelen bir rivayet de bu yöndedir. Bu akitlerin fasit olması iki sebebe dayanmaktadır. Birincisi, bunların garar içeren fasit şart taşımaları, ikincisi ise söz konusu özelliklerin genellikle *oyun ve eğlence (lehv) maksadıyla* kullanılmalarıdır. Levh ise haramdır. O halde söz konusu vasıflar, yasaklanmış şart gibi olurlar ve diğer yasak şartlar gibi yapılan satım akdinin fesadını gerektirirler. İmam Muhammed'den bu konuda şöyle bir rivayet de gelmiştir. Bir kimse, kumruyu ötmesi şartıyla satın aldıktan sonra, kumru öterse onun bu vasafta sahip olduğu anlaşılır ve yapılan akit câiz olur. Çünkü garar gerçekleşmemiş olur.⁵⁹³ Bu rivayete göre İmam Muhammed'in bu akitleri câiz görmemesinin tek gerekçesi garar olur ve garar bulunmadığı takdirde söz konusu akitler ona göre sahih hale gelir.

Kâsânî (ö. 587/1191) şöyle demiştir: “*Bir kimse, güzel şarkı söylüyor olmasını şart koşarak ve bu vasfını beğenerek ve isteyerek bir cariyeyi satın alırsa yapılan satım*

⁵⁹¹ Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, IV, 56-61; Fethî Düreynî, *Nazariyyetü't-teassüf fi's'ti'mâli'l-hakk fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, IV. Baskı, 1408/1988, s. 212-214; Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, 204-207; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 241-242; Arı, “İslam Hukukunda Sâik”, s. 208-210.

⁵⁹² Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 3-12. “*Ebû Hanife şöyle rivayet etmiştir: Hz. Peygamber bey' ve şartın birarada bulunmasını nehyetmiştir. Nehiy ise nehyedilen şeyin fesadını gerektirir. O halde, bu rivayet şart barındıran bütün alım-satımların fasit olduğuna delâlet eder. Fakat bazı şartlar, âmm bir ifade olan bu nasstan tahsis edilmek suretiyle çıkartılmıştır. (Akitlerle ilgili şartların bir kısmı şer'î açıdan sahih kabul edilirken diğer bir kısmı fâsit kabul edilmektedir. Bir şartın fasit olmasına neden olan birçok gerekçe bulunabilir. Bunları sahip oldukları vasıflara göre şu şekilde sınıflandırabiliriz.) Bazı şartlar taraflardan her hangi birine veya üçüncü şahıslara ek bir menfaat sağladığı için fasittir. Bey' akidinde ek bir menfaatin şart koşulması ribâ olur. Ribâ ise haram olup bey' akdinin fesadını gerektirir. Bazı şartlar ise garara sebebiyet verdiği için fasittir. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v.) gararlı satışları nehyetmiştir. (Nehiy ise nehyedilen şeyin fesadını gerektirdiği için) garar bulunduran alım-satım akdi fasit olur. Bazı şartlar ise levh olduğu için fasittir. Çünkü levh yasaklanmış bir sıfattır. Bazı şartlar ise akdin gereğine aykırı olduğu için fasittir.*” Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 27. Levh olduğu için fasit şartlar için ayrıca bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 12,17.

⁵⁹³ Kâsânî, *Bedâi'*, c. VII, s. 11.

*akdi fasit olur. Çünkü şarkı söyleme vasfı, lehv olduğu için yasaklanmış bir vasıf olur ve bey' akdinde şart koşulması, yapılan akdin fesadını gerektirir. Ancak alıcı cariyenin şarkı söyleme vasfını akit esnasında onun kusurunu izhâr etmek maksadıyla zikreder, satıcı da kabul ederse, yapılan akit sahih olur. Çünkü bu durumda söz konusu akit, ayıptan salim olma şartıyla yapılmış bir akit gibi kabul edilir. Akit gerçekleştikten sonra cariyenin şarkı söyleme vasfının olmadığı anlaşılırsa, alıcının muhayyerlik hakkı yoktur. Zira cariyeler hakkında şarkı söyleme vasfı, ayıp olarak kabul edilir. Bu durumda alıcının ayıplı olduğunu bilerek satın aldığı bir mal sonradan kusursuz çıkmış gibi olur ve bu nedenle muhayyerlik hakkı da bulunmaz.”*⁵⁹⁴ Hanefi mezhebine göre akde konu olan şeyin şer'an meşru kabul edilmeyen bir vasfı taşıması, akdi yapan tarafların niyet ve maksadına göre akdin hükmü üzerinde etkili olmaktadır. Yukarıdaki örnekte geçtiği üzere güzel şarkı söyleyen bir câriyeyi, sırf onunla eğlenmek maksadıyla satın almak fasit iken, satıcının cariyenin bu vasfını bir kusur olarak akit esnasında zikretmesi, alıcının da bunu bir kusur olarak kabul ederek satın alması ise Hanefîlere göre sahih bir akitir.

2. Şâfiî Mezhebinin Görüşü

Şâfiî mezhebi satım akdiyle birlikte koşulan şartlar konusunda Hanefîlerle benzer görüşlere sahiptir. Onlara göre satım akdinin muktezasına aykırı ve hiçbir maslahatın bulunmadığı şartlar fasittir. Fasit şartlar ise satım akdinin fasit olmasına neden olur. Örneğin alıcının satın aldığı köleye başkasına satmamasını şart koşarak yapılan bir satım akdi, Şâfiîlere göre fasittir.⁵⁹⁵ Şâfiî mezhebindeki bu genel prensipten hareketle, onlara göre tarafların satım akdi esnasında şer'î esaslara aykırı amaçlarını şart olarak zikretmeleri durumunda, bunun akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili olduğunu söyleyebiliriz.

Şâfiî mezhebindeki genel kurala göre “إن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد” / *Akitler niyetlenen şeyler sebebiyle değil, şart koşulan şeyler sebebiyle bâtil olur.*⁵⁹⁶ Bu prensipleri sebebiyle Şâfiîler, tarafların irade beyanında yer vermedikleri mücerret niyetlerini akitler üzerinde etkili görmezler. Örneğin bir kimse, bir köleyi başkasına satmamak şartıyla satın alsa söz konusu akit, Şafii mezhebine göre bâtil olur. Fakat başkasına satmamak niyetiyle satın alırsa bâtil olmaz. Çünkü onlara göre tarafların irade

⁵⁹⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 12.

⁵⁹⁵ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 50-52.

⁵⁹⁶ Bkz. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, IV, 161.

beyanında yer vermedikleri niyetleri, çeşitli karineler yoluyla tespit edilse bile akde tesir etmez.⁵⁹⁷

3. Zeydî Mezhebinin Görüşü

Zeydîler satım akdiyle birlikte koşulan şartlar konusunda, Hanefiler ile benzer görüşler taşımaktadır. Onlara göre de akitten önce veya akit yapıldıktan sonra koşulan şartlar akde tesir etmez. Söz konusu şartlar lağv olarak nitelendirilir. Akit esnasında koşulan şartlar ise akdin hukuki sonuçları üzerinde etkilidir.⁵⁹⁸

Zeydî fakihlere göre akdin mücebinin ortadan kaldıran şartlar, akdi fasitleştirir. Örneğin bir kimse ile satıma konu olan maldan faydalanmaması, onu satmaması, kiraya vermemesi, hibe etmemesi şartıyla yapılan satım akdi, fasit bir akittir.⁵⁹⁹

Zeydiyye tarafların akitten önce üzerinde anlaşığı halde akit esnasında dile getirmedikleri şartlar konusunda ise örfü esas almaktadır. Onlara göre örf, akitten önce üzerinde anlaşılan şartların, akit esnasında koşulmuş gibi olmasını gerektiriyorsa, hâkim tarafından dikkate alınması gerekir. Bu nedenle taraflar sonradan doğrulayacak olurlarsa, söz konusu akit şartlı yapılmış gibi geçerli olur.⁶⁰⁰

4. Zâhirî Mezhebinin Görüşü

Zâhirîler, akitlerin yorumunda prensip olarak irade beyanını esas alırlar. Bu nedenle onlara göre tarafların satım akdinden önce veya sonra üzerinde anlaşmaya varmış oldukları şartlar, akit esnasında zikretmedikleri müddetçe, akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili olmaz. Ayrıca tarafların akit meclisinde, akitle ilgili olarak sarf ettikleri ifadeler de irade beyanına dâhil olmadıkça akdin şer'î hükmü ve hukuki sonuçları üzerinde etkili olmaz.⁶⁰¹

Zâhirî kaynaklarda doğrudan irade beyanında yer verilmiş şahsi gaye ile ilgili herhangi bir örnek bulamadık. Fakat diğer mezheplerde satım akdini fasitleştiren şartlar sıralanırken, Zâhiri kaynaklarda satım akdi esnasında koşulabilecek şartların sıralanmış olması⁶⁰² onların bu konudaki yaklaşımını göstermesi bakımından önem taşımaktadır.

⁵⁹⁷ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, IV, 161; İbn Kudâme benzer bir görüşü Kâdı Ebû Ya'la'ya nisbet ederek vermiştir. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 51.

⁵⁹⁸ Ansî, *et-Tâc*, II, 365. Zeydî fakihlerin bâtil ve fâsit kavramalarının mahiyetiyle ilgili yaklaşımları, Hanefiler ile benzerlik taşımaktadır. (Ansî, *et-Tâc*, II, 453)

⁵⁹⁹ Ansî, *et-Tâc*, II, 369.

⁶⁰⁰ Ansî, *et-Tâc*, II, 375.

⁶⁰¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 412.

⁶⁰² Zâhirîler, satım akdi esnasında koşulabilecek şartların çerçevesini çok dar tutmuştur. Onlara göre akit esnasında yedi tür şartın dışında koşulacak şartlar bâtildir. Dolayısıyla bunların dışındaki akdi şartlar, mukarin olduğu satım akdini de bâtil hale getirir. Bu şartları şöyle sıralayabiliriz: Vadeli alım-satımlarda

Çünkü Zâhirilere göre değil şer'î esaslara aykırı bir amacın akit esnasında şart olarak zikredilmesi, nasslarda belirlenmeyen bir şeyin şart koşulması dahi mümkün değildir. O halde Zâhirîler açısından irade beyanında şart olarak zikredilen sübjektif gaye, özünde kötü olmasa bile, nasslarda belirlenmemiş bir amaç olduğu takdirde batıldır. Dolayısıyla akdi de batıl hale getirir.

5. Caferî Mezhebinin Görüşü

Caferî kaynaklarında ticari hayatı ilgilendiren konular, “kitâbu'l-buyû”⁶⁰³ başlığının yanı sıra “kitâbu'l-metâcir”⁶⁰⁴ ve “kitâbu't-ticâre”⁶⁰⁵ başlıkları altında incelenmiştir. Merc-i taklîd kabul edilen Şîî âlim Murtazâ el-Ensârî'den⁶⁰⁶ (ö. 1281/1864) itibaren ise genellikle “kitâbu'l-mekâsib” başlığı tercih edilmiştir.

Caferîlere göre bazı hukuki muameleler, objektif geçerlilik şartlarını taşıdığı halde tarafların amacı, haram olabilir. Tarafların haram olan amacının hukuki muameleyi nasıl etkilediği problemini çözebilmek için Caferîler “*haram olan gayenin doğrudan kastedildiği muameleler*” ile “*haram olan gayenin dolaylı olarak kastedildiği muameleler*”in arasını ayırarak ele almaktadır.

a. Haram Olan Gayenin Doğrudan Kastedildiği Muameleler

Caferîlere göre bazı hukuki muamelelerin özünde fasit olmasını gerektiren bir problem olmadığı halde, tarafların haram olan bir amaç taşıyor olmaları söz konusu hukuki muameleyi etkiler. Caferîler, bu kategoriye giren hukuki muameleleri, haram olan gayenin akit esnasında şart koşulması ile akit esnasında şart koşulmadığı halde, tarafların

rehnin şart koşulması; satış bedeli dinar veya dirhem olduğu takdirde, müşterinin ödemeyi geciktirmeyi veya eli bollaşınca ödemeyi şart koşması; akit esnasında mebinin bazı vasıflara sahip olmasının şart koşulması; aldatmanın olmamasının şart koşulması; köle veya cariye satın alan kişinin sahip oldukları mallarla birlikte almayı şart koşması; meyveli hurma ağacının kökünü alan kişinin meyvesini de almayı şart koşması. Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 412.

⁶⁰³ Tûsî, *el-Mebsût*, II, 76.

⁶⁰⁴ İbnü'l-Mutahhar el-Hillî, Cemâlüddîn el-Hasen (el-Hüseyn) b. Yûsuf b. Alî İbnü'l-Mutahhar el-Hillî (ö. 726/1325), *Kavâ'idü'l-ahkâm fî ma'rifeti'l-helâl ve'l-haram I-XXVI*, thk. Muhammed Bâkır el-Hâlisî, Kum: Müessesetü'n-Neşri'l-İslâmî, I. Baskı, 1418, XII, 7; Âmilî, Muhammed Cevâd (ö. 1226/1811), *Miftâhu'l-kerâme I-XXVI*, thk. Muhammed Bâkır el-Hâlisî, Kum: Müessesetü'n-Neşri'l-İslâmî, I. Baskı, 1418, XII, 7.

⁶⁰⁵ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 273; Muhakkik el-Hillî, *el-Muhtasar*, s. 140.

⁶⁰⁶ Murtazâ el-Ensârî, Şîî dünyasında genel kabul gören dinî liderliğinin yanı sıra Şîî fıkıh usûlünde de yeni bir metodoloji ortaya koymuştur. Murtazâ el-Ensârî kendisinden sonra gelen Şîî ulemâyı büyük ölçüde etkilemiş ve görüşleri XIX. yüzyılın ortalarından itibaren, Şîî ulemanın büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiştir. *el-Mekâsib* adlı eseri, ticârî hayatla ilgili olup üzerine birçok şerh ve hâşiye yapılmıştır. Günümüz Caferîleri tarafından büyük teveccüh kazanmış bir eser olması nedeniyle biz de tezimizde bu eseri, esas alacağız. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Özel, “Ensârî, Şeyh Murtaza”, *DİA*, İstanbul 1995, XI, s. 254.

önceden anlaşmış olmaları vs. gibi bir sebeple birbirlerinin haram olan amaçlarından haberdar olmalarının arasını ayırarak ele almışlardır.

Bu kategorinin klasik eserlerdeki tipik örneğini şarap üreticisine üzüm; put veya haç üreticisine tahta satmak teşkil eder. Caferîlere göre taraflar haram olan amaçlarını sözleşme esnasında şart koşarlar veya şart koşmadıkları halde öncesinde anlaşmış olurlarsa, yapılan akit hem haram hem de fasit olur.⁶⁰⁷ Bununla birlikte Caferî kaynaklarında sözleşmenin fasit olması için mücerret kastın yeterli olduğu yönünde bilgiler de bulunmaktadır. Bu görüşteki Caferîlere göre bir fiilin sahih, fasit, haram veya helal olması, o fiili yapan şahsın kastına göre şekillenir.⁶⁰⁸

Caferî kaynaklarında şarap satışı yapan bir kimseye ev kiralamanın veya haç yapan kişiye tahta satmanın haram olduğunu gösteren birçok rivayet bulunmaktadır. Bu rivayetlerde tarafların bu amaçları, akit esnasında şart koştuklarına dair bir ibarenin olmaması,⁶⁰⁹ Caferî fakihleri söz konusu rivayetleri, “kiracının, kiraladığı evde şarap satmayı şart koşması” ile “kiracı akit esnasında şart koşmadığı halde, ev sahibinin kiracının söz konusu amacını bilmesi” durumlarına hamlederek yorumlamalarına sebep olmuştur. Onlara göre ev sahibinin, kiracının meşru olmayan amacını bildiği durumda, satım akdinin fasit olduğunun kabul edilmesi, kiracının söz konusu amacını akit esnasında şart koşması durumunda evleviyetle fasit olduğunun kabul edilmesini gerektirir.⁶¹⁰

b. Haram Olan Gayenin Dolaylı Olarak Kastedildiği Muameleler

Bir hukuki muameleyi yapan kişi haram olan gayeyi doğrudan amaçlamaz; fakat haram olan gayenin o hukuki muamelenin neticesinde ortaya çıkacağını bilirse, böyle bir muamelenin şer’î açıdan nasıl değerlendirileceği, Caferî fakihler arasında ihtilâflıdır.

⁶⁰⁷ Hürr el-Âmilî, Muhammed b. el-Hasen b. Alî el-Hürr el-Âmilî el-Meşgarî (ö. 1104/1693), *Tafsîlu Vesâilü’s-Şî’a ilâ tahsîli mesâilü’s-Şerî’a I-XXX*, Kum: Müessesetü Âli’l-Beyt, II. Baskı, 1414/1994; XVII, 229; Hânsârî, *Münye*, I, 34.

⁶⁰⁸ Hânsârî, *Münye*, I, 35.

⁶⁰⁹ Cabir’den (r.a.) gelen rivayet şöyledir: “Ebû Abdullah Cafer-i Sâdık’a evini şarap satılması için kiralayan bir adamın durumunu sordum. O da ücretin haram olduğunu söyledi.” Hürr el-Âmilî, *Vesâilü’s-Şî’a*, XVII, 174. (Hadis no: 22282) Bu rivayetin yanı sıra Ebû Abdullah’a bir kimsenin şarap veya domuz taşıyacak kimseye, gemisini veya yük hayvanını kiralamasının hükmü sorulduğu zaman, “bunda beis yoktur” şeklinde bir rivayet de mevcuttur. Hürr el-Âmilî, *Vesâilü’s-Şî’a*, XVII, 174. (Hadis no: 22283) Hürr el-Âmilî birbirini nakzededen bu rivayetlerin arasını, ilkini satıcının bilmesi durumuna; ikincisini ise kiraya veren kişinin bilmemesi durumuna hamlederek telif etmiştir. (Hürr el-Âmilî, *Vesâilü’s-Şî’a*, XVII, 175) Caferî kaynaklarında, Câfer-i Sâdık’a (r.a.) put üreticisine tahta satmanın hükmü sorulduğu zaman buna izin vermediği yönünde birçok rivayet bulunmaktadır. Hürr el-Âmilî, *Vesâilü’s-Şî’a*, XVII, 176-177. (Hadis no: 22287, 22288)

⁶¹⁰ Hürr el-Âmilî, *Vesâilü’s-Şî’a*, XVII, 175; Hânsârî, *Münye*, I, 34.

Bazı âlimlere göre muâvezât ile ilgili genel kurallar, bu tür muamelelerin câiz olmasını gerektirmektedir. Örneğin şarap üreten bir kimseye üzüm; put üreten bir kimseye tahta satılması durumunda, şarap üretmek ve put yapmak gibi haram olan amaçlar, müşterinin ihtiyârına bağlı olarak ortaya çıkan fiillerdir. Haram olan gayenin sözleşmeye terettüp etmesi, müşterinin iradesine bağlı olduğu için bu durum, sözleşmenin haram olmasını gerektirmez. Müşterinin yapıp yapmamakta ihtiyâr sahibi olduğu bu tür fiiller sebebiyle satım akdi, fasit olmaz.⁶¹¹

Bazı fakihler ise bu konuyla ilgili bir önceki başlıkta bahsi geçen rivayetleri delil getirmişlerdir. Onlara göre bu konudaki rivayetlerin zâhirinden çıkan anlam, söz konusu sözleşmelerin haram olmasıdır. Zira rivayetlerde haram olan amaçların sözleşme esnasında şart koşulduğuna dair bir ifade olmadığı halde, haramlık hükmünü, satıcının müşteriye şart koşmuş olmasına hamletmek, uzak bir tevildir. Ayrıca şarap üreticisi ile put üreticisi arasında ayrıma giderek, ilkinin yapılan satışın sahih, ikincinin yapılan satışın fasit olduğunu söylemek de uzak bir tevildir.⁶¹²

Bazı fakihler ise sarhoş edici içecekler üreten kimseye, üzüm satmanın câiz olduğu yönünde de birçok rivayet bulunduğu için birbirini nakzeden bu rivayetlerin arasını şu şekilde telif etmişlerdir. Onlara göre söz konusu satım akdinin yasak olduğuna delâlet eden rivayetler, haramlığa değil, kerâhete hamledilebilir.⁶¹³ Bu âlimlere göre kuvvetli olan bu muamelenin teklifi hüküm bakımından câiz; vaz'î hüküm bakımından ise sahih olmasıdır.⁶¹⁴

Bazıları ise şarap üreten kimseye üzüm şırası satmanın, günah ve isyanda yardımlaşma anlamı taşıdığı gerekçesiyle haram olduğunu söylemişlerdir. Bu fakihlere göre din düşmanlarına silah satmak, gemileri ve evleri haram işlerde kullanılmak üzere kiraya vermek ve put yapılması için tahta satmak da harama yardım etmek anlamı taşıdığı için haramdır. Fakat bir kimse haram ciheti kastetmeksizin satışı gerçekleştirecek olursa, mekruh olur.⁶¹⁵

Caferîlere göre bir fiilin günah ve isyanda yardımlaşma kapsamına girerek haram olabilmesi için söz konusu fiil ile âsinin fiili arasında başka bir şeyin bulunmaması gerekir. Bu durumdaki bir kimse, âsiye yardım etmeyi doğrudan kastetmese bile onun

⁶¹¹ Hânsârî, *Münye*, I, 35.

⁶¹² Hânsârî, *Münye*, I, 35.

⁶¹³ Hürr el-Âmilî, *Vesâilü 'ş-Şi'a*, XVII, 229-232; Hânsârî, *Münye*, I, 35.

⁶¹⁴ Hânsârî, *Münye*, I, 36.

⁶¹⁵ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 273.

fiili, günah ve isyanda yardımlaşma anlamına gelir. Örneğin mazlum birisine vurmaya kesin kararlı birisine sopa vermek; savaş esnasında din düşmanlarına silah satmak; şarap içmek isteyen kimseye bardak vermek; birisini öldürmek isteyen bir kişiye kılıç vermek vs. gibi davranışlar, günah ve isyanda yardımlaşma anlamı taşımaktadır. Bir fiil, dolaylı olarak harama vesile olduğu takdirde, günah ve isyanda yardımlaşma anlamı taşımaz. Bu nedenle şarap üreticisine üzüm satan bir kimse, onun şarap yapmasına vesile olmayı amaçlamadığı takdirde söz konusu muamele, haram olarak nitelenemez. Haram olan şarap üretimi fiilinin mukaddemi olan satım-akdi, özünde haram olmadığı halde; satıcı müşterinin şarap yapma imkânı elde etmesini kastettiği takdirde, günah ve isyanda yardımlaşma anlamı taşır ve haram olur.⁶¹⁶

3.1.1.1.3. Tarafların Şer'î Esaslara Aykırı Amaçlarını İcâre Akdi Esnasında Beyan Etmeleri

Tarafların şer'î esaslara aykırı amaçlarını icâre akdi esnasında beyan etmelerini iki şekilde ele alabiliriz. Bunlardan ilki, akdin konusu olan intifâ'ın meşru bir edim olmaması; ikincisi ise akdin konusunun meşru bir menfaat olmasına rağmen, tarafların dolaylı amaçlarının meşru olmaması durumudur.

İcâre akdinin konusunun meşru bir edim olmamasının (masiyet olması) tarafların gayesi ile ilişkisi şu şekildedir: İcare akdinin nev'î gayesi, menfaatin temlikidir. Dolayısıyla tarafların icâre akdi ile elde etmek istedikleri doğrudan amaçları (ilk amaç / objektif amaç), akde konu olan menfaat olmaktadır. Söz konusu menfaatin Şâri tarafından yasaklanmış bir fiil olması (ölüye ağıt yakmak, şarkı söylemek, şarap taşımak vs.) aynı zamanda tarafların amacının şer'î esaslara aykırı olduğunu gösterir. Ayrıca icare akdinin tabiatı, bu edimlerin akit esnasında zikredilmiş olmasını gerektirir. Diğer bir deyişle tarafları icâre akdini yapmaya sevk eden şahsi gaye ile akde konu olan edim iç içe geçmiş durumdadır. Bu nedenle icare akdinin konusu ile tarafların şahsi gayesini birbirinden ayırma imkânı bulunmaz. Dolayısıyla fûru fıkıh kaynaklarında konusu masiyet olan icare akitleriyle ilgili zikredilen örnekler, irade beyanı ile birlikte açıklanmış subjektif gayeye örnek teşkil etmektedir.

Konusu Şâri tarafından meşru kabul edilen bir edim olmasına rağmen, akdi yapan tarafların dolaylı amaçlarının masiyet olduğu icare akitleri de bu bağlamda

⁶¹⁶ Hânsârî, *Münye*, I, 40.

değerlendirilebilir. Bu türün klasik kaynaklardaki tipik örneğini, bir kişinin içinde şarap satmak amacıyla ev veya dükkân kiralaması teşkil etmektedir. Bütün fakihler, konusu masiyet olan icâre akitlerinin batıl olduğu hususunda ittifak halindedir. Zira icâre akdinde, akde konu olan edimin Şâri tarafından yasaklanmamış olması şarttır. Aksi takdirde yapılan akit bâtil olur. Fakat konusu meşru olduğu halde, tarafların dolaylı amaçlarının şer'î esaslara aykırı olmasının, söz konusu akdi bâtil kılıp kılmayacağı fakihler arasında ihtilafıdır.

1. Hanefî Mezhebinin Görüşü

Hanefî fakihler arasında konusu masiyet olan icâre akdinin bâtil olduğu hususunda ihtilaf yoktur. İhtilaf akde konu olan edimin kendisinin mi yoksa vesile olduğu sonuçların mı dikkate alınması gerektiği hususunda yaşanmaktadır. Ebû Hanife, söz konusu akdin bâtil olması için akde konu olan edimin özü itibariyle masiyet olmasını şart koşmuştur. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ise akde konu olan edim, özü itibariyle masiyet olmasa bile tarafların maksadı, genellikle masiyet olduğu takdirde de akdi bâtil kabul etmiştir. Özü itibariyle masiyet olan fiillerin icâre akdine konu olmasının, akdi bâtil kılacağı hususunda ise aralarında ihtilaf yoktur.⁶¹⁷

Bu konuyu “özü itibariyle masiyet olan fiiller” ve “özü itibariyle masiyet olmadığı halde tarafların o fiili yapmaktaki amacı masiyet olan fiiller” olmak üzere iki başlık altında ele alacağız. Birinci türün klasik eserlerdeki tipik örneğini, ölüye ağıt yakmak, şarkı söylemek ve zina etmek üzere hizmet sözleşmesi yapmak teşkil eder. İkinci türün tipik örneğini ise sarhoş edici maddeler satmak amacı taşıyan bir kimseye, dükkân kiralamak veya bir zimmi ile ona ait şarabı bir yerden bir yere nakletmek üzere hizmet sözleşmesi yapmak teşkil eder.

a. Özü İtibariyle Masiyet Olan Fiiller

Hanefiler, özü itibariyle masiyet olan fiillerin, hizmet akdine konu olmasının câiz olmadığı hususunda ittifak etmiştir. Kâsânî şöyle demiştir: “*Şer'an yerine getirilmesine güç yetirilemeyen menfaatlerin icâre akdine konu olması câiz olmadığı için özünde masiyet olan fiilleri yapması için bir kimse ile hizmet sözleşmesi yapmak sahih değildir. Örneğin bir kimsenin oyun ve eğlence (lehv) için adam tutması veya bir kimse ile şarkı söylemesi veya ölüye ağıt yakması için icâre akdi yapması sahih değildir. Fakat ağıt veya şarkı sözlerini yazması için icâre akdi yapması câizdir. Çünkü yasak olan şarkı söyleme*

⁶¹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 38.

ve ağıt yakma fiillerinin kendisidir. Benzer şekilde bir kimsenin, haksız bir şekilde başkasını öldürmesi, hapsedmesi veya dövmesi için adam tutması da câiz değildir. Bu durumda yapılan icâre akdinin konusu masiyet olduğu için makûd aleyh, ifasına şer'an güç yetirilebilen fiillerden olmaz. Fakat bu fiillerin yapılmasını gerektiren haklı bir sebep bulunursa, bunları yapmak üzere adam tutmakta bir beis yoktur.”⁶¹⁸

İbn Âbidîn (ö. 1252/1836) Hâşiye'sinde “Masiyetler Konusunda İcâre Akdi Yapmak” şeklinde bir başlık açmış ve bu başlık altında ölünün vasıflarını anlatarak ona ağıt yapmak, şarkı söylemek ve davul-zurna vs. müzik aletlerini çalarak insanları eğlendirmek amacıyla hizmet akdi yapmanın sahih olmadığı ifade etmiştir.⁶¹⁹ Dürrü'l-Muhtâr'ın müellifi Haskefî (ö. 1088/1677) akit esnasında masiyet olan amaçlar şart koşulmaksızın mutlak bir şekilde davul çalmak üzere (davul veya def lehv amacıyla çalınabildiği gibi savaş sebebiyle, kabilelerin yolu bulması veya nikâhı ilan etmek gibi meşru amaçlar için de çalınabilir) hizmet sözleşmesi yapıldığı takdirde ücret almanın mübah olduğunu belirtmiştir.⁶²⁰ İbn Âbidîn ise bu esere yazdığı Hâşiyesinde, Haskefî'nin görüşünü tercih etmemiştir. O, bu görüşe akit esnasında şart koşulmamış olsa da genellikle müzik aletlerini çalmak suretiyle halkı eğlendiren kişilerin bu vasıflarıyla bilindiği ve örfen maruf olan şeylerin akitlerde şart koşulmuş gibi kabul edildiği gerekçesiyle karşı çıkmış ve bu şekilde akit yaparak ücret alan kişinin aldığı ücretin temiz olarak nitelenemeyeceği yönündeki görüşü tercih etmiştir.⁶²¹ Görüldüğü üzere son dönem Hanefî fukahasından olan İbn Âbidîn, tarafların amaçlarının şer'î esaslara aykırı

⁶¹⁸ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 562, 569. Bu konuda Zeylâî (ö. 743/1343) şu ifadeleri kullanmıştır: “Bir kimseyle şarkı söylemesi, ölüye ağıt yakması, müzik aletleri vs. kullanarak insanları eğlendirmesi için hizmet akdi (icâre) yapmak caiz değildir. Çünkü özü itibariyle günah olan herhangi bir şeyin akit yoluyla hak edilmesi tasavvur edilemez. Bu kimseler başka bir sebeple ücrete hak kazanmadıkları müddetçe onlara ücret vermek de gerekmez. Çünkü mübadele tarafların karşılıklı olarak hak ettikleri şeyler sayesinde mümkün olur. Akitleri insanlar inşâ eder ancak sonuçlarını Şâri' tayin eder. Bu tür şeyler ile ilgili hizmet akdi yapılması durumunda müstecirin hakkı masiyet olur. Akitlerin sonuçlarını tayin eden Şâri olduğuna göre masiyet olan bu sonucun da Şâri'ye izafe edilmesi gerekir ki Şâri' Teâlâ böyle bir durumdan münezzehtir. Çünkü dünyevî hüküm bakımından ecîr ve müste'cîr bu akdin menfaatinde ortaklıklar ve icâre akdi kendisinde şer bulunan bir fiil hakkında gerçekleşmiş olur. Müstecir, ecîre her hangi bir ücret verse ve ecîr bu ücreti kabzetmiş olsa dahi ona helâl olmaz ve geri vermesi gerekir. Ancak ecîr her hangi bir şart koşmaksızın bir mal alırsa mübah olur. Bu durumda malı veren taraf herhangi bir akit olmaksızın kendi gönül rızasıyla malı vermiş sayılır.” Bkz. Zeylâî, *Tebyîn*, V, 125.

⁶¹⁹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IX, 75.

⁶²⁰ Haskefî, Alâuddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefî ed-Dımeşkî (ö. 1088/1677), *ed-Dürrü'l-muhtâr şerhu Tenvirî'l-ebşâr ve câmi'i'l-bihâr*, thk. Abdulmun'im Halil İbrahim, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, 1423/2002, s. 581.

⁶²¹ Bkz. İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IX, 75.

olduğunun örfe bilinebilir olmasını, akdin fesâdı için yeterli bir sebep olarak görmektedir. Haskefi ise bu meselede Ebû Hanife'nin içtihat mantığıyla hareket ederek, akde konu olan edimin özü itibariyle meşru olmasını esas almıştır. Haskefi'nin aksine İbn Âbidîn sahibeynin içtihat mantığıyla hareket ederek söz konusu edim, özü itibariyle meşru olmasına rağmen genellikle masiyet amacıyla yapıldığı için icâre akdine konu olmasının câiz olmayacağını söylemiştir.

b. Özü İtibariyle Masiyet Olmadığı Halde Tarafların Amacının Masiyet Olduğu Fiiller

Hanefî fakihler Ebû Hanife ile öğrencileri arasında, domuz çobanlığı yapmak veya şarabı bir yerden bir yere nakletmek üzere hizmet sözleşmesi yapmanın hükmü konusunda ihtilaf vardır. Ebû Hanife'ye göre *çobanlık yapmak* ve *taşımak* fiilleri özü itibariyle mübah oldukları için masiyet olarak nitelendirilemedikleri gibi masiyete sebep olmakla da itham edilemezler. Bu nedenle söz konusu edimlerin, hizmet akdine / icâre konu olması caizdir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise şarap, genellikle içmek için taşıtılır. Şarabı içmek, masiyettir. Konusu masiyet olan icâre akdi ise câiz değildir. Bu nedenle şarabı bir yerden bir yere nakletmek üzere hizmet sözleşmesi yapmak câiz değildir.⁶²²

Zimmi bir kimsenin Müslümana ait bir evi veya dükkânı şarap satmak üzere kiralaması meselesinde de benzer bir ihtilaf vardır. Bu akit, Ebû Hanife'ye göre câizdir. Fakat Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre câiz değildir. Serahsî bu konuda, İmam Şâfî'nin de Ebû Hanife ile aynı görüşte olduğunu belirttikten sonra şöyle demiştir. *“Onlara göre bu akit caizdir. Çünkü akdin konusu, evden elde edilen menfaattir. (Kiracı evi birçok şekilde kullanabileceği için) orada şarap satacağı taayyün etmiş değildir. Dolayısıyla kiracı, satılması câiz olan başka şeyleri de burada satabilir. Bu nedenle yapılan akit câiz olur.”* Serahsi daha sonra mezhep içerisinde kabul edilen görüşü şu şekilde aktarmıştır: *“Bize göre, alıcı ve satıcının amaçlarının tasrih etmiş olmaları başka bir manaya itibar etmeyi tecviz etmez. Tasrih ettikleri şey ise masiyettir. (O halde akit câiz değildir.)”*⁶²³

Kâsânî de bu görüşü tercih etmiş ve şöyle demiştir: *“Ebû Hanife'ye göre gayrimüslim bir kimsenin bir Müslüman ile şarap taşımak üzere hizmet sözleşmesi yapması câiz olup bu akdin yapıldığı hamal ücrete hak kazanır. Ebû Yusuf ve İmam*

⁶²² Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 378-379; Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 38.

⁶²³ “تصريحهما بالمقصود لا يجوز اعتبار معني آخر فيه و ما صرحا به معصية” Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 38.

Muhammed'e göre ise söz konusu akdin mahalli (şarap taşıma fiili) masiyet olduğu için yapılan akit mekruh olup bu akdi yapan hamal ücrete hak kazanamaz. Ebû Hanife'ye göre taşıma fiili özünde masiyet değildir. Zira bu kimse, şarabı mübah fiiller olan sirke yapmak veya dökmek maksadıyla da taşıyor olabilir. Ayrıca taşıma fiili, masiyet olan içme fiilinin (doğrudan) sebebi değildir. Çünkü içme fiili, fâil-i muhtâr olan insanın kendi iradesiyle ortaya çıkar. Ayrıca taşıma fiili, zaruri olarak içmeyi gerektirmez. Bu nedenle taşıma fiili mahza sebep olup, bu fiile tıpkı üzümü toplama ve şirasını çıkarma fiillerinde olduğu gibi her hangi bir hüküm bağlanmaz. Bu konudaki hadis ise içme niyetiyle taşımaya hamlolunur ve bize göre de bir kimsenin içmek maksadıyla içkiyi taşıması günah olup bunun için ücret alması da mekruhtur. Benzer şekilde cariyeler ile zina fiilinde bulunmak üzere hizmet sözleşmesi yapmak da câiz değildir.”⁶²⁴

Fıkıh kaynaklarında özü itibariyle masiyet olmadığı halde masiyet amacıyla yapılan icare akdinin taraflarından birinin gayrimüslim olmasının akdi nasıl etkileyeceği de tartışılmıştır. Buna göre bir gayrimüslim bir Müslümana ait hayvanı veya gemiyi onunla şarap taşımak üzere kiralarsa veya onunla kendisine ait şarabı taşımak üzere hizmet sözleşmesi yaparsa bu akit Ebû Hanife'ye göre câizdir. Sahibeyne göre ise câiz değildir. Şarap satmak üzere Müslümana ait bir evi veya dükkânı kiralaması da aynı hükme tabidir. Oturmak üzere kiralamasında bir beis yoktur. Kiraladıktan sonra orada içki içmesi, ibadet etmesi veya oraya domuz sokması, kira akdinin sıhhatini etkilemez. Bu durumda hisbe vazifesi devreye girer.⁶²⁵

İrade beyanıyla birlikte açıklanmış sübjektif gaye ile ilgili bir diğer örnek şu şekildedir. Hanefilere göre Dâru'l-İslâm'da yaşayan bir gayri müslim, cemaat halinde ibadet edilen bir kilise veya sinagog yapmak amacıyla bir ev kiraladığı takdirde -evin sahibi ister Müslüman olsun isterse gayri müslim olsun- bakılır: Eğer söz konusu niyetini akit esnasında şart koşma şeklinde zikretmişse, yapılan kira akdi geçerli olmaz. Zira Dâru'l-İslâm'da yeni bir kilise veya sinagog ihdâs etmek masiyet olduğundan söz konusu kira akdinin mahalli masiyet olur. Fakat gayrimüslim kiracı bu niyetini akit esnasında açıklamaksızın kira akdini yaparsa, yapılan akit geçerlidir ve hukukî sonuçlarını meydana getirir. Müslümanların ve ev sahibinin hisbe sorumluluğu olduğu için sonradan bu evde

⁶²⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 38; Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 3-4; Merginânî, *el-Hidâye*, IV, 378-379.

⁶²⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 38.

toplu bir şekilde ibadet edilmesine engel olmaları gerekir. Ancak kiracının akit esnasında sahip olduğu kötü niyeti sebebiyle söz konusu kira akdi bâtil olmaz.⁶²⁶

2. Şâfî Mezhebinin Görüşü

Şâfîlere göre icâre akdine konu olan menfaatin haram bir menfaat olmaması, icâre akdinin sıhhati için şarttır.⁶²⁷ Bu nedenle kendisinden faydalanmanın mübah olduğu her şey kiralanabilir. Bunun için söz konusu şeyin tüketilebilir nitelikte olmaması şarttır.⁶²⁸ Benzer şekilde akde konu olan edimin de meşru bir edim olması şarttır. Fakat akde konu olan menfaat özü itibariyle meşru olmasına rağmen, tarafların amacının akdi nasıl etkileyeceği ile ilgili Şâfî kaynaklarında, Hanefî kaynaklarında olduğu gibi net ifadeler bulamadık. Ancak Şâfîlerin icâre akdini, bedel karşılığında, menfaatin temlik edildiği bey' akdi olarak nitelendirmeleri sebebiyle⁶²⁹ bu konuda da alım-satım akdi ile ilgili kriterlerin geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre taraflar irade beyanında şart koşarak veya akit esnasında sarih bir şekilde ifade ederek, haram olan amaçlarını beyan ettikleri takdirde, bu durum icâre akdinin hukuki sonuçları üzerinde etkili olur.

Bu konunun klasik kaynaklardaki tipik örneğini teşkil eden şarabı taşımak veya taşıtmak amacıyla hizmet sözleşmesi yapmak konusunda, Şâfî mezhebinin görüşleri şu şekildedir: Bir kimsenin evine kadar şarap taşınması için diğeriyle yaptığı hizmet sözleşmesi veya benzer amaçla deve kiralaması, fasit bir akittir. Zira söz konusu hizmet sözleşmesi ile kira akdi, haram bir amaçla yapılmıştır. Bu açıdan konusu zina olan hizmet sözleşmesine benzemektedirler. Fakat dökme amacı taşıyan bir kimsenin, şarabı naklettirmek üzere hizmet sözleşmesi yapması caizdir. Zira şarabı dökme fiili haram değildir. Aksine vacip bir fiildir. Bir kimsenin içinde şarap satmak, kilise veya sinagoga dönüştürmek amacıyla ev kiralaması da fasit bir akittir.⁶³⁰

Şâfî fakihlerin icâre akdine konu olan menfaatin, akdin üzerinde gerçekleştiği eşyanın meşru menfaatleri olmasını, akdin sıhhati için şart koşmalarını da bu bağlamda değerlendirebiliriz. Örneğin Şâfîlere göre bir kimsenin üzerine çamaşır sermek, gölgelenmek veya hayvanlarını bağlamak amacıyla ağaç kiralaması şu şekilde değerlendirilmiştir. Bazı fakihlere göre bu akit, câizdir. Zira ağaç meşru ve mütekavvim

⁶²⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 527; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 378; Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 38; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 62-63.

⁶²⁷ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 512.

⁶²⁸ Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 385; Nevevî, *el-Mecmû'*, XV, 254.

⁶²⁹ Mâverdî, *el-Hâvî*, VII, 392; Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, V, 142; Nevevî, *el-Mecmû'*, XV, 253.

⁶³⁰ Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, V, 181-182.

bir maldır. Bazı fakihlere göre söz konusu akdin câiz olup olmadığına, akde konu olan menfaatlerin (çamaşır sermek, gölgelenmek vs.) örfen maksûd olup olmadığı dikkate alınır. Buna göre bir ağacın birçok faydalanma veçhi vardır. Bu faydaların arasından, örfen genellikle gölgelenmek ve çamaşır sermek şeklindeki faydaları amaçlanıyorsa, yapılan akit sahihtir. Fakat genellikle değil de nadiren bu faydalar amaçlanıyorsa bununla ilgili, Şâfiî literatüründe, akdin sahih olduğu yönünde görüşler olduğu gibi sahih olmadığı yönünde görüşler de vardır. Sahih olmadığını düşünen fakihlere göre ağacın aslolan faydası meyveleridir. Meyvenin konu olduğu bir akit ise icâre değil, bey' akdi olur. Bu nedenle kiralamak isteyen kimsenin amacı gölgelenmek bile olsa, konusu ağaçtan faydalanma olan icâre akdi geçerli değildir.⁶³¹

3. Zeydî Mezhebinin Görüşü

Zeydî mezhebine göre icare akdine konu olan edimin şer'î ve aklî olarak güç yetirilebilir nitelikte olması gerekir.⁶³² Ayrıca bu fiilin, ecîrin yapması gereken vacip bir fiil olmaması⁶³³ ve şer'an yasaklanmış haram bir fiil olmaması da şarttır. Bu nedenle ihramlı bir kişiyle av hayvanının boğazlaması için yapılan hizmet sözleşmesi geçersizdir. Ayrıca bir kimseyle şarkı söylemesi, ölüye ağıt yakması ve isyan çıkarması için hizmet sözleşmesi yapılamaz. Benzer şekilde bir kimsenin evini içinde şarap satılması, gayrimüslimlerin ibadet etmesi veya kiliseye dönüştürülmesi amacıyla kiraya vermesi câiz değildir. Taraflar bunları ister akit esnasında irade beyanında şart koşmuş olsunlar isterse şart koşmaksızın üzerinde anlaşmış olsunlar, söz konusu icâre akdinin hükmü değişmez. Çünkü günah ve isyanda yardımlaşmak haramdır.⁶³⁴

Zeydiyyeye göre bir kimsenin haram bir sonuca ulaşmak amacıyla mübah görüntü altında yaptığı icâre akdi de câiz değildir. Bu nedenle örneğin bir kimsenin şarkı söyleyen bir kadını hizmetçi olarak tutması, her iki taraf da gerçek amacı biliyorsa, câiz değildir. Kadının böyle bir sözleşme için alacağı ücret, gasp gibi değerlendirilir.⁶³⁵ Dolayısıyla Zeydiyyenin bu konuda irade beyanını değil, tarafların asıl maksadını dikkate aldıklarını söyleyebiliriz. Onlara göre taraflardan birinin gayrimeşru amacını karşı taraf biliyorsa, yapılan akit geçerli olmaz.

⁶³¹ Mâverdî, *el-Hâvî*, VII, 391; Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, V, 183.

⁶³² Ansî, *et-Tâc*, III, 69. Bu nedenle örneğin bir kimseyle dağı yerinden kaldırması, deniz suyunu boşaltması veya aynı sene iki kere hac yapması için hizmet sözleşmesi yapmak Zeydiyye'ye göre geçerli değildir.

⁶³³ Ansî, *et-Tâc*, III, 70. Örneğin bir kimseyle cihad etmesi, ezan okuması, şahitlikte bulunması ve buluşa ermiş bir kişiye Kur'an öğretmesi için icâre akdi yapılması geçerli değildir.

⁶³⁴ Ansî, *et-Tâc*, III, 71.

⁶³⁵ Ansî, *et-Tâc*, III, 127.

4. Zâhirî Mezhebinin Görüşü

Diğer mezheplerde olduğu gibi Zâhirîlere göre de icâre akdine konu olan edimin meşru olması gereklidir. Bu nedenle ölüye ağıt yakmak ve kehanette bulunmak üzere yapılan icâre akitleri câiz değildir.⁶³⁶ Herhangi bir eşyanın icâre akdine konu olması için ise yiyecek maddeleri vs. gibi tüketilen mallardan olmaması gerekir. Eşyalar kendisinden faydalanmak üzere kiralandığı için icâre akdine mahal olan eşyanın meşru menfaatinin bulunması da gereklidir.⁶³⁷

5. Caferî Mezhebinin Görüşü

Caferîler bir kimse ile özünde haram olan bir fiili yapması için hizmet sözleşmesi yapmanın da haram olduğu görüşündedir. Onlara göre icâre akdi ile elde edilecek kazancın haram olmasına sebep olan bütün durumlar, aynı zamanda yapılan akdin fesadına sebep olur.⁶³⁸ Örneğin ölen kimsenin ardından bâtil bir şekilde (onda olmayan özellikleri varmış gibi söyleyerek) ağıt yakmak; sapkın bilgiler içeren kitapları ezberlemek veya eleştirmek amacıyla değil de başka bir amaçla yazmak; müminleri hicvetmek; sihir, kehanet, kıyâfe (insanların nesebini tahmin etmek), illüzyon, kumar vs. gibi şeyleri öğrenmek; insanları aldatmak amacıyla yapılan fiiller ve erkeğin haram bir şekilde süslenmesi haramdır.⁶³⁹

Caferîlere göre gemilerin veya hayvanların şarap taşımak amacıyla kiralanması veya bir dükkânın şarap satmak üzere veya şarap deposu olarak kullanılmak amacıyla kiralanmasından elde edilecek kazanç haramdır.⁶⁴⁰ Söz konusu akdin inikat edip etmediği hususunda Caferî fakihler arasında, satım akdi hususunda yaşanan ihtilafa benzer bir ihtilaf vardır. Bazı fakihlere göre yapılan akit haram olmakla birlikte inikat eder. Bazı fakihlere göre ise inikat etmez.⁶⁴¹

⁶³⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 192.

⁶³⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 182.

⁶³⁸ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 432; Hânsârî, *Münye*, I, 45.

⁶³⁹ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 274; Hürr el-Âmilî, *Vesâilü's-Şi'a*, XVII, 125, 131, 141, 145, 149, 154, 164.

⁶⁴⁰ Hürr el-Âmilî, *Vesâilü's-Şi'a*, XVII, 174; Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 432; Muhakkik el-Hillî, *el-Muhtasar*, s. 177; Hânsârî, *Münye*, I, 44.

⁶⁴¹ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 432.

3.1.1.2. İrade Beyanında Açıklanmadığı Halde Karinelerin Delâlet Ettiği Sübjektif Gaye

Hanefî ve Şâfiî mezheplerine göre taraflar, şer'î esaslara aykırı amaçlarını irade beyanında zikretmedikleri takdirde, onların amaçlarının meşru olmaması söz konusu akdin dünyevi hükmü üzerinde etkili değildir. Dolayısıyla böyle bir akit şer'î esaslara aykırı olduğu gerekçesiyle fasit veya bâtil olmaz. Tarafların Şâri tarafından meşru kabul edilmeyen gayesi ise sadece akdin uhrevi hükmü üzerinde etkilidir. Zeydiyye ile Zâhirîler de bu görüştedir.

Şâfiî mezhebindeki genel kurala göre “كل ما لو صرح به أبطل فإذا أضمرة كرهه / *sarahaten söylenildiği takdirde bir akdin butlanına sebep olan her şey, söylenmeyip gizlendiği takdirde -akde tesir etmemekle birlikte- söz konusu akdin mekruh olmasına neden olur.*”⁶⁴² Bu kuralın uygulandığı birçok örnek olay klasik kaynaklarda zikredilmiştir. Hülle amacıyla yapılan nikâh akdi, bir kimsenin meşru olmayan amaçlar için kullanacağı bilinen bir kimseye malını satması (örneğin şarap üreticisine üzüm satmak) ve bey'ü'l-îne bunların arasındadır. Ayrıca modern çalışmalarda hakkın suiistimali teorisi kapsamında ele alınan ve başkasına zarar vermek maksadıyla yapılan hukuki tasarruflar da bu kategoride değerlendirilebilir. Hülle nikâhını daha önce incelediğimiz için bu başlık altında, kaynaklarda yer alan diğer örnekleri incelemek istiyoruz.

3.1.1.2.1. Meşru Olmayan Amaçlar Taşıyan Kişiyle Satım Akdi Yapmak

Hanefî ve Şâfiî mezheplerine göre bir akit, objektif geçerlilik şartlarını taşıdığı takdirde, tarafların maksadının haram olması sebebiyle bâtil veya fasit kabul edilmez. Tarafların haram olan amaçları, akdin sadece uhrevî hükmü üzerinde etkilidir. Bu kuralın klasik eserlerdeki tipik örneğini şarap üreticisine üzüm sırası satmak teşkil eder.

Hanefiler objektif geçerlilik şartlarını esas aldıkları için, müşterinin şarap üreticisi olması, onun haram olan amacını gösteren kuvvetli bir karine olmasına rağmen Hanefî fakihler tarafından dikkate alınmamış ve yapılan satım akdi dünyevî hüküm bakımından geçerli kabul edilmiştir.⁶⁴³ Fakat söz konusu akit, uhrevî hüküm bakımından tahrimen mekruh görülmüştür. Şafiiler ise satıcı, müşterinin haram olan niyetini biliyorsa haram, niyetinden şüphe duyuyorsa mekruh olduğunu söylemişlerdir.⁶⁴⁴ Zeydiyyenin bu

⁶⁴² Bkz. Tâcüddîn es-Sübki, *el-Eşbâh*, I, 309; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III, 243.

⁶⁴³ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 235; Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 265-266.

⁶⁴⁴ Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 9.

konudaki görüşleri, Şâfiîler ile benzerlik taşımaktadır. Zâhirîler ise dünyevî ve uhrevî hüküm arasında ayrıma gitmeksizin, günah ve isyanda yardımlaşma anlamının olup olmadığını dikkate almışlar ve satıcı alıcının şarap yapma maksadını müşteri biliyorsa söz konusu muameleyi bâtil; aksi takdirde sahih kabul etmişlerdir. Hanefî ve Şâfiîler ise günah ve isyanda yardımlaşma anlamının bulunup bulunmadığını sadece uhrevî hüküm bakımından dikkate almışlardır. Dünyevî hüküm bakımından ise meseleyi nehyin fesada delâleti bağlamında ele almışlardır.

1. Hanefî Mezhebinin Görüşü

Tahâvî (ö. 321/933) şöyle demiştir: “*Bir kimsenin elindeki üzüm şirasını satmasında bir beis yoktur. Üzüm şirasını sattığı kişinin şarap üretiminde bulunup bulunmadığını araştırmasına da gerek yoktur. Çünkü üzüm şirası helaldir ve diğer helal şeyler gibi onun satılması da helaldir. Bu nedenle, satıcının müşterinin üzüm şirasını ne yapacağını araştırma yükümlülüğü yoktur.*”⁶⁴⁵ Bu meselenin dünyevî durumudur. Uhrevî hüküm bakımından Ebû Yusuf ve İmam Muhammed bu alışverişi tahrîmen mekruh görmüşlerdir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’in bu akdi mekruh görürken dayanak noktaları günah ve isyanda yardımlaşmayı yasaklayan “و لا تعاونوا على الإثم و العدوان /*Günah ve isyan hususunda yardımlaşmayın*” (el-Mâide, 5/2) ayeti olmuştur. Zira bu ayet, şarap üreticisine üzüm şirası satmak suretiyle onunla günah ve isyan hususunda yardımlaşmayı yasaklamaktadır.⁶⁴⁶

Zeylâî bu konuda şu ifadeleri kullanmıştır: “*Şarap üretimi yapan kişiye üzüm şirası satmak caizdir. Çünkü masiyet, üzüm şirası ile değil, üzüm şirasının değişerek şaraba dönüşmesinden sonra işlenir. Ancak kaos ve kargaşa çıkaran kişilere silah satmak bu kapsamda değildir. Çünkü masiyet, silahın kendisiyle yapılır ve kargaşa çıkaran kişilere silah satmak onlarla yardımlaşmak ve başkalarını öldürmelerine sebep olmak*

⁶⁴⁵ Tahâvî, Ebû Ca’fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısırî et-Tahâvî (ö. 321/933), *Muhtasaru’t-Tahâvî*, thk. Ebu’l-Vefâ el-Efğânî, Haydarâbâd, t.y., s. 280. Benzer ifadeler için bkz. Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 378.

⁶⁴⁶ “*Ebû Hanife’ye göre üzüm şirasının, şarap üreten bir kimseye satılmasında bir beis yoktur. Üzüm şirası özü itibariyle helâl ve tâhir bir içecek olduğu için onun satılması ve bedelinin alınması caizdir. Çünkü satıcının kastında bir fesat yoktur. Aksine müşterinin kastı fasittir. Nassta da geldiği üzere “kimse kimsenin günahını yüklenmez.” Şarap üreticisine üzüm şirası satmak câiz olduğu gibi şarap üretiminde bulunmak üzere bağıcılık yapan bir kişiye, araziyi satmak da caizdir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ise bu satışları istihsânen mekruh görmüşlerdir. Çünkü şarap üretiminde bulunan kimseye üzüm veya şıra satmak, günah ve isyanda yardımlaşma anlamına gelir. Günah ve isyanda yardımlaşmak ise haramdır. Satıcı, satmaktan imtina ederse, müşterinin şarap yapması imkânsız hale gelir. O halde şarap üreticisine üzüm satmak neticesi bakımından fitneye sebep olan bir akittir. Bu satıştan kaçınmak ise neticesi itibariyle fitnenin teskinine sebep olan bir durumdur.*” Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 26.

manası taşır. Hâlbuki günah ve isyan hususunda işbirliği yapıp yardımlaşmak nehyedilmiştir. Üzüm şırası ise dinen câiz ve meşru olan başka şeylerde kullanılmaya elverişlidir. Üzüm şırasının dinen meşru sayılmayan bir amaç için kullanılması onu satın alan kişinin ihtiyarında olup iradesine bağlıdır.”⁶⁴⁷

Gayrimüslimlere silah, mühimmat vs. satışında bulunmak da bu bağlamda değerlendirilebilir. Hanefî Mezhebine göre fitne ehline ve onların askerlerine silah satmak, günah ve isyanda yardımlaşma manası taşıdığı için mekruhtur. Fakat bu vasfa sahip olmayan kişilere silah satmakta bir beis yoktur.⁶⁴⁸ Onlara silah yapımında kullanılan demir vs. gibi hammadde satmak ise mekruh değildir. Çünkü bunlar doğrudan savaşa hazırlık malzemesi olmadığı için günah ve isyanda yardımlaşma manası taşımaz.⁶⁴⁹ Mizmâr (davul) satışı mekruh olmakla birlikte, mizmâr yapımında kullanılan tahta vs. satmak ise mekruh değildir.⁶⁵⁰

Hanefilere göre akdin mahalli meşru olduğu ve masiyet akdin mahalline taalluk etmediği takdirde, tarafları o akdi yapmaya sevk eden maksadın niteliği önemli değildir. Şarap üreticisine üzüm şırasının satılmasının dünyevî hüküm bakımından sahih; uhrevî hüküm bakımından tahrimen mekrûh kabul edilmesi, bu kuralın neticesidir. Çünkü akde konu olan üzüm şırası, şer’an kendisinden faydalanmanın mübah olduğu bir maldır. Bu nedenle, üzüm şırası satan bir kimsenin, alıcının niyetini araştırma yükümlülüğü yoktur. Alıcının şarap üreticisi olması onun gerçek niyetini gösteren güçlü bir karine olduğu için dünyevî hüküm bakımından değil; uhrevî hüküm bakımından akdi etkiler ve tahrimen mekruh olmasına neden olur. Oyun ve eğlence aletleri imal eden üreticiye tahta; bozgunculuk yapıp fitne çıkararak kişiye Müslümanlarla savaşmak üzere silah üretiminde kullanabileceği demir; fasıklığıyla bilinen kimseye bıyıkları yeni terlemiş genç köle; gayrimüslimlere Mushaf satmak gibi misallerin tamamında bu prensip geçerlidir. Bu misallerin tamamında alıcıyı, akdi yapmaya sevk eden sâikin meşru olmadığını gösteren güçlü karineler mevcut olsa da Hanefîler bu durumu, dünyevî hüküm bakımından dikkate almamış ve yapılan akitleri sahih kabul etmiştir. Fakat bu akitler, uhrevî hüküm bakımından tahrimen mekruhtur. Bu tür muamelelerin Hanefîler tarafından tahrimen

⁶⁴⁷ Zeylaî, *Tebyîn*, VI, 28-29. Benzer ifadeler için bkz. Neseî, Ebu'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en-Neseî (ö. 710/1310), *Kenzü'd-dekâik*, thk. Sâid Bekdâş, Medine: Dâru's-Sirâc, I. Baskı, 1432/2011, s. 612.

⁶⁴⁸ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 214; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 378.

⁶⁴⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 214.

⁶⁵⁰ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 214.

mekruh kabul edilmesinin sebebi ise “günah ve isyanda yardımlaşmanın haramlığı” prensibidir. Hanefilere göre masiyetin, bizzat akdin mahalline taalluk etmesi akdin fesâdını gerektirirken; akdin sonuçları itibariyle masiyete götürücü özellikte olması, söz konusu akdin sıhhati hususunda değil, haramlık hükmünü alıp almaması hususunda etkilidir.⁶⁵¹

2. Şâfiî Mezhebinin Görüşü

Şâfiî mezhebinin kurucu imamı İmam Şâfiî (ö. 204/820) irade ile ilgili problemler konusunda objektiflik taraftarıdır. Ona göre tarafların harama ulaşma maksadını gösteren bir söz, kendilerinden sâdır olmuş ise sözleşme batıl olur ve ona hiçbir hukuki sonuç bağlanmaz. Buna karşılık, tarafların irade beyanında zikretmedikleri maksatları ve onları harekete geçiren sâik, dünyevî hüküm bakımından dikkate alınmaz. Ona göre, bunlar sübjektif değerlendirmeler olup akde tesir etmez. Aralarındaki özel ilişkiler veya tarafların içinde buldukları şartlar ve çeşitli karineler onların meşru olmayan maksatlarına kuvvetli bir şekilde delalet etse dahi, irade beyanında sarih bir şekilde zikretmedikleri müddetçe, içlerinde gizledikleri niyetleri akdin sıhhatine zarar vermez. Sırf bu sebeple akit veya hukuki işlemin geçersizliğine hükmedilemez.⁶⁵²

İmam Şâfiî, şöyle demiştir: “*Bir akit sadece kendisi (rükünlerindeki bir arıza) sebebiyle fasit olur; ona takaddüm eden veya ondan sonra gelen bir şey (şart) veya (akdi yapan kişilerin sahip olduğu bir vehim veya zann) sebebiyle fasit olmaz. Biz (diğer fakihlerin aksine) alım-satım akitlerini, (meşvedete) vesile oldukları veya kötü bir niyetle yapıldıkları gerekçesiyle fasit kılmayız. Çünkü helal olmayan bir sonuca vesile olduğunu iddia ederek bir satım akdinin butlanına hükmetmek câiz olsaydı, yapıldığı esnada varlığı yakinen bilinen kötü niyet vs. gibi helal olmayan bir nedenle onu reddetmek ve butlanına hükmetmek evleviyetle câiz olurdu. Hâlbuki (bize göre) birisini öldürme niyetiyle de alıyor olsa bir kimsenin, kılıç satın alması helaldir. Öldürme niyeti, câiz olmadığı halde akdi batıl kalmaz. Benzer şekilde bir satıcının, birisini öldüreceğine kanaat getirdiği bir şahsa kılıç satması da helaldir. Keza bir kimse gebe olduğunu zannederek bir at satın alsın ve daha sonra “Ben onun gebe olduğunu düşündüğün için yüz (dinara) aldım. Bu atın gebe olmayan hali ancak elli (dinar) eder” dese, onun bu niyeti sebebiyle satım akdi fasit olmaz. Çünkü satım akdinin konusu, attır. Atın gebe olması ise akit esnasında şart koşulmuş değildir. Fakat akit esnasında atın gebe olması şart koşulsaydı, bu şart garara*

⁶⁵¹ Giryânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 197-198.

⁶⁵² Düreynî, *Nazariyyât*, s. 238; Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 209; Şa'ban, *Usûl*, s. 204.

neden olduğu için akdi fasitleştirirdi. Çünkü hayvanın yavrusunun olup olmayacağı meçhuldür. Benzer şekilde ister kadın, ister erkek, bir gece evli kalmak niyetiyle nikâh akdi yapacak olursa, yapılan akit sırf bu niyet sebebiyle haram olmaz. Çünkü söz konusu akit zahiri şartlar itibariyle sahihtir. Bu nikâh sahih olduğu için koca, isterse evlilik bağını devam ettirir; isterse kadını boşayabilir. Hem Kitap hem sünnet hem de İslam'ın ahkâmından çıkarılan genel prensipler, akitlerin doğurduğu hukuki sonuçların kendisine (rükünlerine) göre sabit olduğuna ve akitlerin tarafların niyeti sebebiyle fasit olmadığına delâlet etmektedir. O halde zâhiri şartlar itibariyle sahih olarak inikat etmiş akitlerin, tarafların dışındaki diğer insanların sahip olduğu herhangi bir vehim sebebiyle fasit olmaması evleviyetle gerekir. Bilhassa bu vehim zayıf olduğu zaman hiçbir şekilde fasit olmaması gerekir.”⁶⁵³

İmam Şâfiî bu sözleriyle, töhmete dayanarak akitlerin fasit olduğunu iddia eden Mâlikîlere karşı bir duruş sergilemiştir. Ona göre bir akit, tarafların taşıdığı bir niyet ve vehim sebebiyle fasit olmuyorsa, akdin taraflarının dışında üçüncü şahısların sahip olduğu zan veya vehim sebebiyle evleviyetle fasit olmaması gerekir.

Şâfiî mezhebine göre hukuki işlemlerde beyan edilen irade esas alınır. Zira gerçek niyete göre hüküm vermeyi Allah kendisine tahsis etmiş, kullarına bu konuda yetki vermemiştir. Onları, zâhire göre hüküm vermekle yükümlü tutmuştur. Şâfiî mezhebine göre Allah'ın kulları arasında koyduğu hükümler, uhrevî hüküm ve dünyevi hüküm olmak üzere ikiye ayrılır. Uhrevî hüküm, Allah'ın kullarının fiilleri hakkında, ahirette vereceği hükümdür. Allah, kullarının niyet ve maksatlarını bildiği için bunu esas alarak ahirette ceza veya mükâfat verecektir. Dünyevi hüküm ise zâhire göre verilir. İnsanların niyetini gösteren güçlü bir zan, karine veya işaret bulunsa bile, insanlar arası ilişkilerde gizli olan maksat ve niyetlere göre hüküm vermek câiz değildir. Buna göre bir işlemin dünyevi hüküm bakımından hukuken geçerli kabul edilmesiyle, uhrevî hüküm bakımından câiz olması birbirinden farklıdır. Buna göre bir işlem, zâhiri şartları itibariyle gerekli özellikleri taşıyorsa hukuki açıdan geçerli olur ve sonuçlarını meydana getirir. Taraflardan biri objektif geçerlilik şartları bakımından sahih kabul edilen bir işlem ile Şâri tarafından yasaklanmış bir sonuca ulaşmak hedefleniyorsa bu uhrevî hüküm bakımından câiz değildir. Fakat yapılan işlemin câiz olmaması, dünyevi hükmü etkilemez ve hukuki olarak geçerlilik kazanır. Harama ulaşma kastına göre hükmü ise Allah, ahiret

⁶⁵³ Şâfiî, *el-Ümm*, IX, 66-67.

yurdunda verecektir. İnsanların gerçek niyet ve maksatları gizli olduğundan, dünyevi hüküm bakımından buna itibar edilemez.⁶⁵⁴ Diğer bir deyişle insanların gerçek niyetleri gizli olduğu için tespiti mümkün olmadığından, tarafların şahsî gayesine dünyevî hüküm bakımından değil, sadece uhrevî hüküm bakımından itibar edilir.⁶⁵⁵

Şâfiî mezhebindeki genel kanaat, tarafların harama ulaşma kastına sahip olduğu akitlerin, zâhiri açıdan sıhhat şartlarını taşıması durumunda, uhrevî hüküm bakımından haram veya mekruh olmakla birlikte, dünyevî hüküm bakımından sahih kabul edilmesidir.⁶⁵⁶ Bu bakış açısının usûlî temelini ise nehyin fesâda delâleti meselesi oluşturur. Şâfiî metodolojisine göre, nehiy, menhiyyun anının aslına değil, ona mukarin bir manaya ilişkin olduğu takdirde, nehyedilen şey batıl olmaz.⁶⁵⁷ Bu nedenle bir satım akdinin asli unsurları olan irade beyanı, taraflar ve mahal ile ilgili bir nehiy olmadığı takdirde, satım akdi fasit olmaz.⁶⁵⁸

İhtikâr, tes'îr, şehirlinin köylü adına satış yapması, telakki'r-rukban, karşılıklı rıza oluşup akit henüz tamamlanmadan başkasının yaptığı pazarlık üzerine pazarlık yapmak, herhangi bir sebeple bağlayıcı olmayan bir satım akdi üzerine akit yapmak ve neceş bu hükme tabidir.⁶⁵⁹ Bu kural gereğince, bir satım akdinde, satıcı, alıcının harama ulaşma maksadını kesin olarak bilirse veya bu hususta zann-ı galip sahibi olursa, yapılan akit,

⁶⁵⁴ Saffet Köse, “Şâfiî Zâhiriliğinin Analizi-Hukûkî İşlemlerde Geçerlilik ve Cevâz Ayırımı”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 23 (2014), s. 16-17; Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 16.

⁶⁵⁵ İmam Şâfiî'nin teorik altyapısını da güçlü bir şekilde kurduğu bu görüşleri, son dönemlerde “fıkhın dünyevîliği” tartışmalarıyla yeniden gündeme gelmiştir. Bu tartışmalar için bkz. Abdülkerim Sürüş, “İslam Düşüncesinde Fıkhın Konumu”, *Modern Durum ve Dini Bilginin Evrimi*, ed. Yalçın Akdoğan ve Kenan Çamurcu, İstanbul 1995, s. 77-93; Saffet Köse, “Fıkhî Mezheplerin Teşekkül Devrinde Fıkhın Dünyevîliği Fikri ve Günümüze Yansımaları”, *İLAM Araştırma Dergisi*, Cilt: II, Sayı: 2, İstanbul 1997, s. 195-220; Murat Şimşek, “Gazzâlî'ye Göre Fıkhın Dünyevîliği Meselesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 21, Konya 2013, s. 171-183.

⁶⁵⁶ Bkz. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 48-49; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 432-433; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 48-51.

⁶⁵⁷ Şîrâzî, Ebû İshâk Cemâluddîn İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf eş-Şîrâzî (ö. 476/1083), *et-Tebşıra fî usûli'l-fıkh*, thk. Muhammed Hasan Heyto, Şam: Dâru'l-Fıkr, 1403/1983, s. 100; Zerkeşî, *el-Bahrü'l-muhît*, c. II, s. 439.

⁶⁵⁸ Bkz. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 48-49; Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 283, 295; Nevevî, *Minhâc*, s. 216; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 432-433; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 48-51. Mahallî, Ebû Abdullah Celâluddîn Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Ensârî el-Mahallî (ö. 864/1459), *Kenzü'r-râğibîn fî Şerhi Minhâci't-tâlibîn I-IV*, Kahire: Şeriketü Mektebe ve Matbaa Mustafa el-Bâcî el-Halebî, 1375/1956, II, 182; Kalyûbî, Şihâbuddîn Ahmed b. Ahmed Selâme (ö. 1069/1659) *Hâşiyetü'l-Kalyûbî 'alâ şerhi'l-Mahallî 'ale'l-Minhac (el-Burullusî'nin Hâşiyesi'siyle birlikte) I-IV*, Kahire: Şeriketü Mektebe ve Matbaa Mustafa el-Bâcî el-Halebî, 1375/1956, II, 182; Burullusî, Şehâbeddîn Ahmed Umeyre el-Burullusî (ö. 957/1550) *Hâşiyetü'l-Burullusî 'alâ Şerhi'l-Mahallî 'ale'l-Minhac (el-Kalyûbî'nin haşiyesiyle birlikte) I-IV*, Kahire: Şeriketü Mektebe ve Matbaa Mustafa el-Bâcî el-Halebî, 1375 / 1956, II, 182.

⁶⁵⁹ Bkz. Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 295-299.

uhrevi hüküm bakımından haram olur; fakat dünyevi hüküm bakımından batıl olmaz. Buna karşılık satıcı, alıcının harama ulaşma maksadı hususunda şüphe duyar veya vehim sahibi olursa, yapılan akit uhrevi hüküm bakımından mekruh olur. Fakat akit, bu durumda da geçerli kabul edilir. Şarap veya nebiz üreticisine, üzüm veya hurma satışı yapmak, köleleri istismar ettiği bilinen kimseye, genç bir köle satmak, yol kesicilere ve isyankârlara silah satmak vs. misaller, Şâfiî mezhebinde bu doğrultuda değerlendirilir. Bu hususta nehiy, söz konusu akitlerin aslına değil, onlara mukarin bir manaya dönük olduğu için, bu akitler dünyevi hüküm bakımından geçerli olmakla birlikte, tarafların gerçek maksadı doğrultusunda uhrevi bakımdan, bazı durumlarda haram bazı durumlarda ise mekruh hükmüne tabi olur.⁶⁶⁰

İmam Şâfiî el-Ümm adlı eserinde şöyle der. *“Benim bu konudaki görüşümün temelini şu kaide oluşturur: Zâhiri açıdan geçerli olan bir akdi, herhangi bir töhmet veya taraflar arasında süregiden bir âdet sebebiyle batıl saymam. Zâhiri açıdan geçerlilik şartlarını taşıdığı takdirde, sahih kabul ederim. Ancak, taraflar (irade beyanında) açığa vurulması durumunda akdi fasit hale getirecek bir niyet taşıyorlarsa, bu niyeti mekruh görürüm.⁶⁶¹ Mesela, bir kimsenin, sırf öldürmek amacıyla kılıç satın almasını mekruh kabul ederim. Ancak satıcının, bu kılıcı, haksız yere birisini öldüreceğine kanaat getirdiği bir kimseye satması haram değildir. Zira satın alan kişi, bu kılıçla kimseyi öldüremeyebilir. Sadece bu sebepten bu alım-satım akdini fasit saymam. Ayrıca, bir kimsenin şarap yapacağına kanaat getirdiği bir kimseye, üzüm satmasını mekruh görürüm. Ancak üzümü sattığı takdirde bu akdi fasit kabul etmem. Çünkü satıcı, helal olan bir şeyi satmıştır. Alıcı da satın aldığı üzümle şarap yapmayabilir. Kılıcı satın alan kişi de onunla hiç kimseyi öldüremeyebilir. Mut’a nikâhını fasit sayarım. Ancak bir erkek, bir kadınla bir gün, bir günden daha çok veya daha az onunla evli kalmak maksadıyla*

⁶⁶⁰ Bkz. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 48-49; Nevevî, *Minhâcû't-tâlibîn*, s. 216-217; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 432-433; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 48-51.

⁶⁶¹ İmam Şâfiî'nin “açığa vurulduğu takdirde akdi fasit kılacak niyet” ifadesini kullanmış olması, ona göre irade beyanında sarıh bir şekilde ifade edildiği gayrı meşru maksadın akde tesir edeceğini gösterir. Bu ifadeler, İmam Şâfiî'nin akdin objektif unsurlarına verdiği önemi açık bir şekilde göstermektedir. Ona göre bir akit zâhiri şartlar itibarıyla sahih bir şekilde tamamlandıktan sonra, akdi tefsir etmekle yükümlü kişinin, tarafların açığa vurulduğu takdirde akdi fasit kılabilir gizli maksatlarını araştırmasına gerek yoktur. Tarafların gayrı meşru maksatları, akdi sadece uhrevi hüküm bakımından etkiler. Çünkü akdin kurulması kendisine bağlı olan objektif irade beyanı, sağlam bir şekilde ortaya konduktan sonra, akdin sebebi olan (irade beyanının) mucebi, tarafların niyeti sebebiyle değişmez. Bkz. Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 208.

(irade beyanında belirtmeksizin) *sahih bir nikâh akdiyle evlenirse, söz konusu akdi fasit kabul etmem. Yalnız fasit bir akitle evlenirse, onu fasit sayarım.*"⁶⁶²

Nevevî (ö. 676/1277) İmam Şâfiî'nin bu görüşünü aktardıktan sonra, şöyle demiştir. "*Şarap yapacağı bilinen kimseye üzüm, nebiz yapacağı bilinen kimseye hurma, onunla isyan edeceği bilinen kimseye silah satmak mekruhtur. Ancak alıcının bu amaçları kesin olarak bilinirse, yapılan akdin haram olup olmadığı hususunda mezhebimizde iki görüş vardır. Ashabımızın çoğunluğu bu alışverişin haram olmasa da kuvvetli bir mekruh olduğu görüşündedir. Ebû Hâmid İsferyânî ve Gazzâlî ile diğer bazı ashâbımıza göre ise haramdır. Ancak her iki görüşe göre de yapılan akit sahihtir. Gazzâlî, İhyâ'da şöyle demiştir: "Genç ve güzel bir köleyi, köleleri istismar ettiği bilinen bir kimseye satmak, şarap üreticisine üzüm satmak gibidir. (Yapılan akit haram olmakla birlikte sahihtir) (Sonucu itibariyle) masiyete sebep olan her türlü tasarruf bu hükme tabidir.*"⁶⁶³ Nevevî, Gazzâlî'nin görüşünü aktardıktan sonra şöyle devam etmiştir: "*Yol kesicilere ve bâğîlere silah satmak ise, isyan edeceği bilinen kimseye silah satmakla aynı hükme tabi olup mekruhtur. Harbilere silah satmak ise uhrevî hüküm bakımından icma ile haram olup yapılan akit de sahih olan görüşe göre inikat etmez. (...) Mâverdî ve Rûyânî ise bu akdi haram olmakla birlikte sahih kabul etmişlerdir. (Bu akdi bâtil kabul eden) Gazzâlî görüşünü şu şekilde delillendirmiştir. "Bizimle savaş halinde olan harbiler, silahı bizimle savaşmak için kullanır. Onlara (satım akdi neticesinde de olsa) silah teslim etmek masiyet manası taşır. Satıcı bu durumda şer'an teslimine güç yetiremediği şeyi satmış gibi olur ve satım akdi inikat etmez."* (Bu akdi sahih kabul eden) Mâverdî ve Rûyânî ise görüşlerini, İmam Şâfiî'nin Müslüman kölenin, kâfire satılmasının sahih olduğu yönündeki görüşünden tahrir etmiştir. Rûyânî şöyle demiştir. "*Yapılan akdi sahih kabul etsek bile, (kâfire satılan Müslüman köle meselesinde olduğu gibi) mülkiyetin sonradan izale edilmesi gerekir.*" (...) Harbilere demir satmak ise ittifakla sahihtir. Çünkü demiri, silah yapımında kullanıp kullanmayacakları kesin değildir."⁶⁶⁴ Bu ifadelerden anlaşıldığı üzere Şâfiî mezhebinde, satıcı alıcının haram olan maksadını kesin olarak bilse dahi yapılan akit, dünyevî hüküm bakımından sahih görülmüştür. Harbilere silah satmanın batıl görülmesi ise, karşı tarafın maksadının haram olmasına değil başka bir sebebe dayanmaktadır. Bu sebep ise, harbilere satılan silahın, şer'an teslimine güç yetirilemeyen

⁶⁶² Şâfiî, *el-Ümm*, IV, 152.

⁶⁶³ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 432.

⁶⁶⁴ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 432.

bir mal olarak kabul edilmesidir. Müslüman kölenin, gayrı Müslimlere satışının batıl olması ise, İslam dinine hürmetin gereğidir. Her iki meselede de yapılan akit, dünyevi hüküm bakımından sahih kabul edilse bile, mülkiyetin sonradan izale edilmesi gerekir.⁶⁶⁵

Minhâc'ın şârihi Celâlüddin Mahallî şöyle demiştir: “Şarap üreticisine üzüm satmak, eğer, satıcı alıcının niyeti hususunda vehim sahibiyse mekruhtur. Emin olması durumunda ise haram veya mekruh olduğu yönünde iki görüş bulunmakla birlikte, sahih olan görüşe göre haramdır.⁶⁶⁶ Satıcı, alıcının niyetinden ister emin olsun ister şüphe duysun her iki durumda da yapılan akit sahihtir. Gerçekleşmesi kesin veya ihtimal dâhilinde olan bir masiyetin sebebi olması itibariyle de yapılan akit, (uhrevi bakımdan) haram veya mekruh hükmünü alır.”⁶⁶⁷

Kalyûbî şöyle demiştir. “Ashabımız arasında bu akdin bâtil olduğunu söyleyen yoktur. Müslüman bir kölenin, gayrı müslime satılması veya harbilere silah satılması meselelerine benzer şekilde, bu akit de şer’î olarak teslimine güç yetirilmeyen şeyin satılması gibidir. Yol kesicilere silah, dövüştürdüğü bilinen kişiye horoz veya koç, istismar ettiği bilinen kişiye köle, zinaya zorladığı bilinen kişiye cariye, gücünün üzerinde yük yükleyen kişiye binek satmak da sonuçları itibariyle masiyete sebep olduğu için aynı hükme tabidir. Bu akitlerin yapılması durumunda, hâkimin mülkiyeti elinde bulunduran kişiyi, elindeki malı satmaya zorlaması gerekir. Müzik aletleri imal eden kişiye tahta ve Ramazan gündüzlerinde kâfirlere yiyecek satmak da bunun gibidir.”⁶⁶⁸ Çünkü bu fiillerin tamamı, masiyete sebep olmaktadır. Aynı zamanda günah ve isyanda yardımlaşma anlamı taşır.⁶⁶⁹

İmam Şâfiî’ye göre, alıcının şarap yapma maksadı haram olmakla birlikte akdin dışında bir mana olduğu için akdin sıhhatine engel teşkil etmez. Bu açıdan ayıplı bir malı hile ile satmaya benzer.⁶⁷⁰

Özetle Şâfiîlere göre, alıcının veya satıcının meşru olmayan şahsi gayesi sebebiyle, satım akdi batıl olmaz. Fakat taraflardan birinin sahip olduğu kötü niyeti, diğer taraf akit esnasında biliyorsa, söz konusu bilginin derecesine bakılır. Eğer taraflardan biri

⁶⁶⁵ Bkz. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 49; Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, 432-433.

⁶⁶⁶ Benzer bir görüş için bkz. Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 51; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 317.

⁶⁶⁷ Mahallî, *Şerhu’l-minhâc*, II, 184-185.

⁶⁶⁸ Kalyûbî, *Hâşiye*, II, 184. Şâfiîlere göre gayrimüslimler de fûrûat ile mükelleftir. Bkz. Remlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, III, 471.

⁶⁶⁹ Remlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, III, 471.

⁶⁷⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 319.

diğerinin meşru olmayan amacından emin ise yapılan akit uhrevî hüküm bakımından haram; şüphe duyuyorsa mekruh olur.

3. Zeydî Mezhebinin Görüşü

Akitlerin yorumlanmasında objektif geçerlilik şartlarını dikkate alan Zeydiyyeye göre günah kabul edilen bir şekilde kullanacak kişiyle satım akdi yapmanın uhrevî hükmü, satıcının kastına göre değişiklik gösterir. Buna göre satıcı masiyeti kastederek akdi yapacak olursa yapılan akit haram; aksi takdirde mekruh olur. Fakat her iki durumda yapılan akit dünyevî hüküm bakımından geçerlidir. Şarap üreticisine üzüm; davul veya haç üreticisine kereste satmak bu hükme tabidir.⁶⁷¹ Müslümanlarla savaşmak ve onlara zarar vermek amacıyla kullanacağı bilinen gayrimüslimlere, isyankârlara ve yol kesicilere silah, binek, yiyecek maddesi, barut, kurşun vs. satışının yapılması, ekonomik ve ticari gerekçelere dayansa bile câiz değildir. Bu malları, Müslümanlara zarar verecek kimselere satacağı bilinen kişiye satmak da benzer hükme tabidir. Söz konusu akit dünyevî hüküm bakımından geçerlidir.⁶⁷²

Bir kimsenin özü itibariyle helal olduğu halde amaçlar için kullanılması mümkün şeyleri, şer'an meşru kabul edilmeyen bir amaç için kullanacak kimseye satması ise mekruh olmakla birlikte câizdir. Bu akdin câiz olması için satıcının bunu bizzat kastetmemiş olması gerekir. Mesela şarap üreticisine üzüm veya davul üreticisine tahta satmak mekruh olmakla birlikte geçerli akitlerdir. Müslümanlarla savaş halinde olan harbilere veya bağilere silah veya kılıç satmanın hükmü ise bu durumun Müslümanlara zarar verip vermemesine göre değişir. Eğer Müslümanlara zarar veriyorsa câiz olmaz. Aksi takdirde câiz olur. Onlardan silah, kılıç veya köle satın almak ise câizdir. Bu akitlerin inikat edip etmediği hususunda ise ihtilaf vardır. Bazı Zeydilere söz konusu akitler inikat etmezken, çoğunluğa göre inikat eder.⁶⁷³

Şevkânî şöyle demiştir: “*Büreyde hadisi*⁶⁷⁴ şarap yapacağı bilinen kimseye üzüm satmanın hükmü konusunda, tarafların kasıt ve amaçlarına itibar edilmesi gerektiğine delâlet eder. Karşı tarafın şarap yapma kasıtı bilindiği takdirde, yapılan satışın haram olduğu hususunda ihtilaf yoktur. Ancak bu kasıt bilinmediği takdirde, bazı âlimler,

⁶⁷¹ Ansî, *et-Tâc*, II, 328-329.

⁶⁷² Ansî, *et-Tâc*, II, 314, 329.

⁶⁷³ Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hakk*, IV, 79.

⁶⁷⁴ من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه من يهودي أو نصراني أو ممن يتخذ خمرًا فقد تقم النار على بصيرة” / *Her kim üzümü Yahudi ve Hristiyanlara veya şarap üreten kişiye satmak için hasat mevsiminde depolarsa bir delil üzere cehenneme girmiştir.*” Beyhâkî şu ziyade ile tahrir etmiştir. “*أو ممن يعلم أن يتخذ خمرًا*” / *veya şarap yapacağı bilinen kimseye*” Bkz. Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, s. 982.

yapılan satışın kerahetle birlikte câiz olacağını söylemişlerdir. Hadisin zâhirinden anlaşılacak bir diğer husus Yahudi ve Hristiyanlara üzüm satmanın caiz olmamasıdır. Çünkü (alıcının gayri müslim olması) üzümü şarap yapma kastının mazinnesidir. (Hadisin zahirinden anlaşılacak bu hüküm) satın aldığı şeyi, günah olan bir amaç için kullanacak kişiyle, satım akdi yapmanın yasaklanması gerektiği hükmünü teyit etmektedir.⁶⁷⁵

4. Zâhirî Mezhebinin Görüşü

İbn Hazm şöyle demiştir: “Satın aldığı şeyle Allah’a karşı isyan edeceği bilinen kimseyle satım akdi yapmak helal değildir ve yapılan akit mefsuhtur. Örneğin şarap yaptığı kesin olarak bilinen kimseye, şarap veya nebiz üretiminde kullanılan şeyleri satmak, aldığı (kalitesiz) dinarları (kaliteli dinara karıştırmak suretiyle) hile yapacağı bilinen kimseye, kalitesiz dinar satmak; fâsık olduğu bilinen kimseye genç köleyi satmak, Müslümanlara düşmanlık yapacağı bilinen kimseye silah veya at satmak, kesin olarak (ipek kıyafet) giyineceği bilinen kimseye ipek kumaş satmak bu hükme tabidir. Bu hükmün delili ise, günah ve isyanda yardımlaşmanın haramlığına delâlet eden ayettir. (el-Mâide, 5/1) Söz konusu satım akitlerinin tamamı, günah ve isyanda yardımlaşma anlamı taşır. Bu akitlerin feshedilmesi ise, takva ve iyilikte yardımlaşmadır. Ancak (karşı tarafın söz konusu gayri meşru amaçları) kesin olarak bilinmezse yapılan akit sahihtir. Zira bu durumda satıcı, günah ve isyan hususunda ona ortak olmuş sayılmaz. Müşteri satın aldıktan sonra, söz konusu şeyleri yaparsa, günah kendisine aittir.”⁶⁷⁶

Hem hülle nikâhı hem de şarap üreticisine üzüm şırası satmanın hükmü konusunda ortaya koymuş oldukları görüşlerden yola çıkarak, Zâhirîler açısından bir şeyin dünyevî hüküm bakımından geçersiz olmasının uhrevî hüküm bakımından günah olmasını; bir şeyin dünyevî hüküm bakımından sahih olmasının ise uhrevî hüküm bakımından câiz olmasını gerektirdiğini söyleyebiliriz.

5. Caferî Mezhebinin Görüşü

Caferîlerin karinelerin delalet ettiği sübjektif gayenin satım akdinin hukuki sonuçlarına etkisi konusundaki görüşlerine, irade beyanında açıklanmış sübjektif gayenin sözleşmenin hukuki sonuçlarına etkisini incelediğimiz kısımda mukayeseli bir şekilde yer vermiştik. Caferîler bu gibi problemlerin çözülmesinde genellikle objektif unsurları dikkate aldıkları için onlara göre bir kimsenin şarap yapma niyetini irade beyanında

⁶⁷⁵ Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, s. 981.

⁶⁷⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 29-30, 65.

sarahaten zikreden birisine üzüm veya üzüm şırası satması ittifakla bâtıldır. Müşteri asıl niyetini beyan etmediği takdirde ise satıcının müşterinin maksadını bilip bilmediğine bakılır. Eğer satıcı, müşterinin niyetinden habersiz ise akit sahih olur. Satıcı müşterinin niyetinden haberdar ise satıcının müşterinin kastını gerçekleştirebilmesi için onunla uyum içerisinde olup olmadığına bakılır. Eğer satıcı, müşteri ile uyum içerisindeyse söz konusu akit ittifakla câiz olmaz. Fakat onunla çok çeşitli ticari ilişkilerinden birini gerçekleştiriyorsa bazı Caferî fakihlere göre bu durumda yapılan akit kerahetsiz bir şekilde câiz; çoğunluğa göre ise kerahetle birlikte sahihtir.⁶⁷⁷

3.1.1.2.2. Bey‘u’l-Îne

İslam hukukunda farklı tanımları ve isimlendirmeleri bulunmakla birlikte⁶⁷⁸ “bey‘u’l-îne” genellikle “*bir malın belirli bir fiyat karşılığında vadeli olarak satılıp, satıldığı fiyattan daha düşük bir fiyatla peşin olarak geri satın alınması*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁶⁷⁹ Aynı muamelenin araya üçüncü bir kişinin sokularak yapılması da bey‘u’l-îne olarak nitelendirilmiş ve bu muamele, tarafların asıl maksadının meşrû muamele görüntüsü altında faizli borç alıp vermek olduğu gerekçesiyle tartışma konusu olmuştur.

1. Hanefî Mezhebinin Görüşü

Hanefî kaynaklarında yasaklanan bey‘u’l-înenin ne olduğunu açıklamak için çeşitli örnek olaylar zikredilmiştir. İbn Âbidîn bunların arasında en yaygın olanını şu şekilde örneklendirmiştir. “*Kendisinden borç isteyen bir kimseye, her hangi bir gelir elde etmeden borç vermek istemeyen birisinin “Sana borç veremem. Fakat asıl değeri on dirhem olan şu elbiseyi sana, vadeli on iki dirheme satarım. Sen de onu çarşıda on dirheme satarak ihtiyacın olan on dirhemi temin etmiş olursun” demesi ve ihtiyaç sahibi olan kişinin de buna razı olmasıyla îne meydana gelir. Bu muamelenin neticesinde elbisenin sahibi iki dirhem; borç isteyen kişi ise ihtiyaç duyduğu on dirhemi temin etmiş*

⁶⁷⁷ Hânsârî, *Münye*, I, 42-43.

⁶⁷⁸ Şâfîî ve Mâlikî fakihler tarafından bey‘u’l-ine, “buyû‘u’l-âcâl” olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. Şâfîî, *el-Ümm*, IV, 160; Sahnûn, Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenûhî (ö. 240/854), *el-Müdevvenetü’l-kübrâ I-IV*, Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, I. Baskı, 1415/ 1994, III, 160; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu’l-celîl*, V, 194; Desûkî, *Hâşiye*, III, 76. “Bazı Mâlikî fakihler, bu akdi haram olan ribaya vesile olduğu gerekçesiyle “buyû‘u’z-zerâî” olarak isimlendirmişlerdir.” Bkz. İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, s. 549.

⁶⁷⁹ Hacı Yunus Apaydın, “Îne”, *DİA*, İstanbul 2000, XXII, 283.

olur. Bu muamele bazen araya üçüncü bir kişi sokularak ve elbise ilk sahibine geri dönecek şekilde de gerçekleştirilir."⁶⁸⁰

İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457) söz konusu muamelenin araya üçüncü kişinin sokularak yapılmasını, bir kimsenin sattığı bir malı, bedeli henüz kendisine ödenmeden sattığı fiyattan daha düşük bir fiyatla geri satın almaktan kaçınmak istemesine bağlamakta ve bunu, câiz olmayan bir işlemi yapmamak için çıkış yolu olarak görmektedir.⁶⁸¹ Zira Hanefilere göre bir kimsenin peşin veya vadeli olarak sattığı ve teslim ettiği bir şeyi, bedeli henüz kendisine ödenmeden sattığı fiyattan daha düşük bir bedelle geri satın alması, mukâssa olduğu gerekçesiyle câiz değildir.⁶⁸² Fakat daha önce sattığı fiyata eşit veya ondan daha yüksek bir fiyatla geri satın alması ise ittifakla câizdir.⁶⁸³ Benzer şekilde müşterinin bedelini henüz ödemediği bir malı, başkasına satması, ilk satıcının da bu kişiden, daha önce satmış olduğu fiyattan daha düşük bir fiyatla o malı satın alması da câizdir. Çünkü mülkiyetin el değiştirmesiyle riba şüphesi ortadan kalkmış olur.⁶⁸⁴

Hanefilere göre kıyasa uygun olan, söz konusu akdin sahih olmasıdır. Zira Hanefî mezhebindeki genel kurala göre objektif geçerlilik şartlarını taşıyan bir akit sahihtir. Bey'u'l-İne muamelesinde de söz konusu akitler birbirinden bağımsız olarak değerlendirildikleri takdirde, objektif geçerlilik şartlarını taşımaktadır. Fakat Hz. Âişe (r.a.) ile ilgili olarak rivayet edilen şu haber sebebiyle, bu akit istihsânen câiz değildir.⁶⁸⁵ "Bir kadın Hz. Âişe'ye (r.a.) gelip şöyle demiştir. "Ben Zeyd b. Erkâm'a (r.a.) sekiz yüze bir hizmetçi sattım. Sonra ondan altı yüze geri satın aldım." Hz. Âişe (r.a.) bunun üzerine şöyle dedi: "Ne kötü bir satış ve ne kötü bir satın alış. Zeyd'e tevbe etmezse, Allah'ın onun Rasûlullah ile birlikte yaptığı cihadını ibtal ettiğini bildir."⁶⁸⁶

Hanefilere göre Hz. Âişe'nin (r.a.) Allah'ın Zeyd b. Erkâm'ın (r.a.) cihadını ibtal ettiğini söylemesi rey ile bilinebilecek bir husus değildir. O halde Hz. Âişe, bunu

⁶⁸⁰ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 541-542.

⁶⁸¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VII, 197.

⁶⁸² Tahâvî, *Muhtasar*, s. 82; Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi (ö. 370/981), *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî I-VIII*, Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, I. Baskı, 1403/1983, III, 77; Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 132; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 94. Hanefî mezhebindeki yerleşik kurala göre bir kimsenin satın aldığı menkul bir malı ister ilk satıcısına isterse başkasına tekrar satabilmesi için onu kabzetmesi de şarttır. Buna göre müşteri satın aldığı malı kabzetmeden sattığı takdirde, ikinci akit sahih olmaz. Birinci akit ise kendi hâli üzere kalır. Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 36.

⁶⁸³ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 132; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 95.

⁶⁸⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 96.

⁶⁸⁵ Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, III, 78; Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 132; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 95.

⁶⁸⁶ Dârekutnî, Ali b. Ömer (ö. 385/995), *Sünenü'd-Dârekutnî I-VI*, thk. Hasan Abdülmün'im eş-Şelebî ve Abdüllatif Hırzullah, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, I. Baskı, 2004, III, 477.

Rasûlullah'tan (s.a.v.) duymuş olmalıdır.⁶⁸⁷ Zeyd b. Erkam'ın sonradan Hz. Âişe'den özür dilemiş olması da bunu göstermektedir.⁶⁸⁸ Ayrıca bir şey ancak masiyet olduğu takdirde, vaîd konusu olur. Hz. Âişe'nin bu akit hakkında tehdit içeren sözler söylemiş olması onun masiyet olduğunu gösterir ve söz konusu akdin fesadına delâlet eder.⁶⁸⁹

Hz. Âişe'nin fasit olan ikinci akdin yanında sahih olmasına rağmen birinci akdi de “kötü” olarak nitelendirmiş olması ise bu akdin riba şüphesi barındırması sebebiyledir. Zira bu durumda ikinci akitteki semen, birinci akitteki semenin karşılığı olmakta ve netice itibariyle riba anlamı taşımaktadır. Ancak buradaki riba, iki akdin birleşmesiyle meydana gelmektedir. Akitlerin her biri hakkında ise riba şüphesi mevcuttur ve böyle durumlarda şüphe, hakikat gibi değerlendirilir. Ancak müşteri satın aldığı malın bedelini ödedikten sonra, ilk satıcısına geri satarsa riba şüphesi de ortadan kalkar.⁶⁹⁰

Ebû Yusuf'a göre îne satımı mekruh değildir. Çünkü sahabiler bu akdi yapmış ve onu riba olarak görmemişlerdir. İmam Muhammed ise şöyle demiştir. “*Bu akit benim gönlüme dağlar kadar ağır gelen ve riba yiyenlerin icat ettiği bir akittir.*”⁶⁹¹ İbnü'l-Hümâm Ebû Yusuf ile İmam Muhammed'in bu husustaki görüşlerini şu şekilde telif etmiştir: Bir kimsenin sattığı mal veya borç verdiği miktardan daha fazla bir miktar, kendisine geri dönerse söz konusu akit mekruhtur. Aksi takdirde mekruh olmaz. Zira satıcının sattığı mal kendisine geri dönmezse bu akit, bey'u'l-îne olarak nitelendirilemez.⁶⁹² Dolayısıyla Ebû Yusuf'un mekruh görmediği îne, nakde ihtiyacı olan bir kimsenin vadeli olarak satın aldığı bir malı, başka bir kimseye peşin olarak daha düşük bir fiyatla satmasıdır. İmam Muhammed ise malın ilk satıcısına geri döndüğü îne satışını tahrimen mekruh görmektedir.

Hanefîler genellikle objektif geçerlilik şartlarını taşıyan akitleri sahih kabul etme eğiliminde olmalarına rağmen, riba şüphesi taşıması ve Hz. Âişe'den (r.a.) gelen rivayet sebebiyle bey'u'l-îne'yi istihsânen fasit kabul etmişlerdir.⁶⁹³ Tarafların riba kastı taşıyıp taşınamaması ise Hanefî fakihler tarafından dikkate alınmamıştır. Yani bey'u'l-înenin fâsit

⁶⁸⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 132; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 95.

⁶⁸⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 132.

⁶⁸⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 132; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 95.

⁶⁹⁰ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 94-95; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 399.

⁶⁹¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII, 198; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 542.

⁶⁹² İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VII, 199; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 614. Benzer çıkarımlar için bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 96.

⁶⁹³ Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, III, 78; Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 132; Semerkandî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkandî (ö. 539/1144), *Tuhfetu'l-fukahâ I-III*, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, I. Baskı, 1405/1984, I, 57; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 95.

kabul edilmesinin sebebi, tarafların, bu akdi meşru olmayan maksatlarına vesile kılmış olmaları değildir. Aksine bu alım-satım şekliyle ilgili Hz. Âişe'den rivayet edilen haber, Hanefileri böyle düşünmeye sevk etmiştir. Zira Hanefî usûlüne göre sahabe sözü ile çelişen yerleşik kural terk edilir. Dolayısıyla bey'u'l-îne, objektif geçerlilik şartlarını taşıdığı için kıyasen sahih olması gerekirken, istihsân sebebiyle fâsit kabul edilmiştir. Ayrıca taraflar bu muameleyi riba maksadıyla yapmamış olsalar bile, söz konusu akit, zâhiri şartlar itibariyle, mukâssa (borcun borca sayılması) anlamı taşıdığı gerekçesiyle fasit bir akit olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle Hanefîlerin bey'u'l-îneyi fâsit kabul etmeleri, onların karinelere yoluyla anlaşılan şahsi gayeyi dikkate aldıkları anlamına gelmez.

2. Şâfiî Mezhebinin Görüşü

Şâfiîlere göre bir kimsenin vadeli olarak sattığı bir malı, müşteriden peşin bedelle geri satın almasında bir sakınca yoktur. Bu konuda ikinci satım akdindeki bedelin, birinci satım akdindeki bedelden az veya fazla olmasıyla ona eşit olması arasında bir fark yoktur. Ayrıca birinci satım akdi gerçekleşikten sonra mebinin kabzedilmiş olması şartı da yoktur. Şâfiîler, bu muameledeki ikinci satım akdini birinci satım akdinden, tamamen bağımsız değerlendirdikleri için objektif geçerlilik şartlarını ayrı ayrı taşıdıkları takdirde, her iki akdi birden sahih kabul etmişlerdir.⁶⁹⁴

Onlara göre “*Allah alışverişi helal, ribayı ise haram kıldı*” (Bakara, 2/275) ayet-i kerimesi âmm bir ifadedir. Bu ayet mutlak olarak alışverişin helal olduğuna delalet etmektedir.⁶⁹⁵ Bu nedenle, müşterinin vadeli olarak satın aldığı malı, ilk satıcısına veya bir başkasına peşin bedelle satmasında bir sakınca yoktur. Bu konuda tarafların hukuki tasarrufta ehliyetine sahip olması, karşılıklı rızanın gerçekleşmiş olması ve her bir akit için ayrı ayrı icap-kabulün gerçekleşmiş olması yeterlidir. Yani objektif geçerlilik şartlarını taşıdıkları takdirde, bu akitleri birbirine bina etmek caiz değildir. Söz konusu akitleri, ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.⁶⁹⁶

Diğer fakihlerin îne muamelesinin fesadıyla ilgili delil olarak kullandıkları Hz. Âişe hadisini, Şâfiîler şu şekilde değerlendirilmiştir. İmam Şâfiî'ye göre bu rivayetin Hz.

⁶⁹⁴ Şâfiî, *el-Ümm*, IV, 161; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 311; Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, IV, 574; Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 287; Nevevî, *el-Mecmû'*, X, 141; Nevevî, *Ravdatu't-tâlibîn I-VIII*, thk. Âdil Ahmed Abdulmevcûd ve Ali Muhammed Muavviz, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1423/2003, III, 86.

⁶⁹⁵ Karâfi'ye göre, bu ayet âmm olup, Hz. Âişe hadisi ise hassdır. Hâss ise, âmma tercih edilir. Bkz. Karafi, *el-Furûk*, III, 410.

⁶⁹⁶ Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 288.

Âiše'den geldiği sabit kabul edilecek olsa bile, Hz. Âiše (r.a.) ikinci satım akdini, birinci satım akdine bağlı olduğu için değil; vadesi belli olmadığı için kusurlu görmektedir.⁶⁹⁷ Ayrıca Şâfiîler, Hanefîlerin aksine bunun Hz. Âiše'nin kendi içtihadı olduğunu düşünmektedir.

Şafiilerden Zerkeşî (ö. 794/1392) şöyle demiştir: “*Âiše (r.a.) bu görüşü kendi içtihadıyla söylemiştir. Bir sahabinin içtihadınının, diğer sahabi hakkında hüccet olmadığı hususunda icma vardır. Ayrıca Hz. Âiše'nin görüşü, Zeyd b. Erkam'ın fiili uygulamasına da aykırıdır. Hz. Âiše'nin yapılan işlemi caiz görmemesinin sebebi, bu akitlerin ayrı ayrı fasit olmasıdır. Riba töhmeti değildir. Şöyle ki birinci satım akdi, vade tarihi belli olmadığı için, ikinci satım akdi ise birinci satım akdi üzerine bina edildiği için fasit olmuştur.*”⁶⁹⁸ Şâfiî metodolojisine göre, içtihadî meselelerde, bir sahabinin içtihadı diğer sahabi hakkında hüccet değildir.⁶⁹⁹

Şâfiî fakihler, Mâlikî ve Hanbelîlerin bu muameleyi yapan tarafların genellikle faizli işlem yapma maksadı taşıdıkları yönündeki gerekçelerine karşı, aksine insanların ribadan kaçıp kurtulmak amacıyla bu muameleye başvurabilecekleri şeklinde cevap vermiştir.⁷⁰⁰ Onlara göre bey'u'l-înenin harama vesile olduğu yönündeki iddia, hatalı bir iddiadır. Aksine bu muamele, insanları haram olan ribaya düşmekten kurtaran bir sebeptir. Harama engel olan şeyler ise mendub hükmünü alır.⁷⁰¹

Şâfiîler bu görüşlerini desteklemek için Ebû Sâid el-Hudrî (r.a.) kanalıyla gelen şu haberi delil olarak kullanmışlardır. “Rasûlullah bir adamı, Hayber'e zekât âmili olarak atadı. Bu adam Hayber'den iyi cins hurma getirdi. Rasûlullah ona şöyle sordu: “*Hayber'in bütün hurmaları böyle midir?*” Adam şöyle cevap verdi: “Hayır. Bir onun bir sa'mı iki sa' karşılığında, iki sa'mı ise üç sa' karşılığında satın alıyoruz.” Rasûlullallah ise “*Öyle yapmayın. Karışık olan kötü cins hurmayı, dirhem karşılığında satın. Sonra iyi cins hurmayı yine dirhem karşılığında satın alın*” dedi.”⁷⁰² Şâfiîlere göre Hz. Peygamber'in bu haberde tavsiye ettiği alım-satım şekli, sonuçları itibariyle, sahabîlerin yapageldiği alım satım akdiyle aynı olmasına rağmen, icrâ ediliş şekli bakımından ondan farklıdır. Bu yönüyle, ribadan kurtulmaya vesiledir. Bu nedenle faizli borç alıp vermekten

⁶⁹⁷ Şâfiî, *el-Ümm*, IV, 160.

⁶⁹⁸ Zerkeşî, *el-Bahru'l-muhît*, VI, 84.

⁶⁹⁹ Şâfiî, *el-Ümm*, IV, 160; Zerkeşî, *el-Bahru'l-muhît*, VI, 53; Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 289.

⁷⁰⁰ Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, IV, 574; Nevevî, *el-Mecmû'*, X, 150.

⁷⁰¹ Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 289.

⁷⁰² Nesâî, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şu'ayb (ö. 303/915), *es-Sünen*, I-II, Nşr. Muhammed Fuâd Abdalbâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992; “Büyü”, 40.

koruyan bey'u'l-îne ile benzerlik taşımaktadır. Dolayısıyla her ikisi de icrâ ediliş şekli bakımından ribadan kurtulmaya vesiledir.⁷⁰³

Mâlikîlerin bu muameleyi yapan insanların âdetinin, genellikle faizli muamele olduğu yönündeki iddialarına benzer iddialar, Şâfiî fakihler tarafından da gündeme getirilmiştir. İmam Şâfiî bu konuda taraflar arasında böyle bir adet bulunsun bulunmasın, yapılan muamelenin mutlak olarak caiz olduğunu söylemiştir. Daha sonraki Şâfiî fakihlerden Ebû İshak İsferyânî ve İmam Gazzâlî ise bu iki durum arasında ayrıma gitmiştir. Onlara göre adet olan şey şart koşulmuş gibi olur ve her iki akit batıl olur. Fakat Şâfiî mezhebindeki genel kanaat bu yönde değildir.⁷⁰⁴

Şâfiîlere göre akdin taraflarının yapmayı alışkanlık haline getirdiği şeyler, akit esnasında şart koşulmuş gibi olmaz. Örneğin bir şahsın evlendiği kadınları boşama alışkanlığının olması, yaptığı bütün nikâh akitlerinde boşamanın şart koşulduğu anlamına gelmez. Bu nedenle bir şahsın, sarraftan satın aldığı dirhemleri, kabzettikten sonra aldığı bedelden düşük veya daha yüksek bir bedelle sarrafa geri satması caizdir. Müşteri ile sarraf arasında böyle bir alışkanlığın var olması, ikinci satım akdi birinci satım akdi yapılırken şart koşulmadığı müddetçe, söz konusu akdin sıhhatini etkilemez.⁷⁰⁵

Nevevî (ö. 676/1277) şöyle demiştir: “*Hem ashabımız hem de Mâlikîler, ahkâmın illetinin insanların kastı olmadığı ve ahkâmın zâhiri göstergelere (mazinne) bağlanması hususunda ittifak halindedir. Hem bizim hem de onların sıhhati hususunda ittifak ettiğimiz bazı akit türlerinde, tarafların kötü kastı bulunabileceği gibi hem bizim hem onların fesadına hükmettiğimiz bir akitte, tarafların kötü kastı olmayabilir. (Akitlerin fesat sebeplerini belirlemek Şâri'in yetkisindedir.) O halde insanların kötü kastı nedeniyle bir akdin fesadına hükmetmek, yeni bir fesat sebebi oluşturmak anlamına gelir. Bu da Şâri'in yetkisinde olduğu için hiçbir fakih bu konuda özgür değildir. Ahkâm hususunda gizli olan niyetlere başvurmak ittifakla caiz olmadığına göre evlâ olan şer'i akitlerin zahirine dayanmak ve hüküm verirken başka bir şeye itibar etmemektir.*”⁷⁰⁶

Şâfiîler îne muamelesini câiz görmekle birlikte, bunun kerâhetle birlikte mi yoksa kerahetsiz mi câiz olduğu konusunda ihtilaf etmişlerdir. Diğer bir deyişle bey'u'l-îneyi

⁷⁰³ Mâverdi, *el-Hâvî*, V, 289. “Karâfi (ö. 684/1285) bu delile şu şekilde itiraz etmiştir: “Malikiler, ikinci satım akdinin, ilk satıcıyla yapılmasını yasaklamıştır. Böyle bir durum (Şâfiîlerin ihticâc ettiği) haberde zikredilmiş değildir. Ayrıca peşin alışverişlerde karşılıklı kabz gerçekleştiği takdirde töhmet azalır. Yasak ise töhmetin arttığı durumlar için söz konusudur.” Karâfi, *el-Furûk*, III, 410.

⁷⁰⁴ Nevevî, *el-Mecmû'*, X, 147; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, III, 86.

⁷⁰⁵ Nevevî, *el-Mecmû'*, X, 140.

⁷⁰⁶ Nevevî, *el-Mecmû'*, X, 146.

dünyevi hüküm bakımından sahih görmekle birlikte, onun uhrevî hükmü konusunda aralarında ihtilaf vardır. Rûyânî ve Nevevî îne muamelesinin mekruh olduğunu söylemiştir. Nevevî'ye göre bu muamelenin mekruh olduğunu gösteren birçok delil bulunmaktadır. Zira akitlerde şart koşulması câiz olmayan şeylerin kastedilmesi haramdır. Bu muameleyi yapan şahsın, onu alışkanlık haline getirmiş olup olmamasının, yapılan muamelenin mekruh olup olmaması üzerinde bir etkisi yoktur. Niyeti kötü olduğu takdirde ister alışkanlık haline getirmiş olsun ister olmasın, yapılan muamele mekruh olur.⁷⁰⁷

Nevevî îne muamelesini, bu açıdan üç aşamada değerlendirmiştir.⁷⁰⁸

a. İne muamelesini yapan kişiler, faiz niyetiyle bu muameleyi yapar ve faizli muamelelerde bulunmakla itham edilen kişilerden olursa, Mâlikilere göre haramdır. Şâfîilere göre mekruh olmakla birlikte câizdir.

b. Eğer bu muameleyi yapan kişilerin kötü kastı olmaz ve faizli muamelelerde bulunmakla da itham edilmezlerse, Şâfîilere göre yapılan muamele mekruh olmaz. Zira bu işlemi yapan kişiler, ribadan kurtulmak gibi sahih bir niyetle onu yapmış olabilirler. Ya da aralarında anlaşmadıkları ve faiz niyeti de taşımadıkları halde taraflardan biri vadeli olarak aldığı malı peşin olarak diğerine satmış olabilir. Mâlikîler, bu konuda, muamelenin icra ediliş şeklini dikkate almış ve muamelenin kendisini, riba töhmetinin mazınnesi yapmışlardır. Bu nedenle tarafların riba niyeti olmasa bile yapılan işlemin haram olduğunu söylemişlerdir.

c. İne muamelesini yapan kişiler, faiz niyetiyle bu muameleyi yaparlar, fakat faizli muamelelerde bulunmakla itham edilen kişilerden olmazlarsa, Şâfîilere göre yapılan işlem mekruh olmakla birlikte caizdir.

Nevevî şöyle demiştir: “*Haram vesile olan şey de haramdır. Zeria ise vesile anlamında olup harama kesin bir şekilde vesile olan zerialar hakkında hiçbir tartışma yoktur. İne muamelesinde birinci akit, ikinci akdi gerektirmemektedir. Zira müşteri satıma konu olan malı aldıktan sonra kullanabilir veya tekrar satılmasına müsaade etmeyebilir. Öyleyse bu akitler birbirinden bağımsız olup aralarında telazüm ilişkisi yoktur. Sedd-i zerâi konusunda bizimle Mâlikîler arasındaki ihtilaf, mutlak olarak zerâi’ konusunda değildir. (...) Vesileler, çok karmaşık ve düzensizdir. Bazen vacip, bazen*

⁷⁰⁷ Nevevî, *el-Mecmû’*, X, 150.

⁷⁰⁸ Nevevî, *el-Mecmû’*, X, 150.

*haram, bazen mekruh, bazen mendup, bazen ise mubah olur. Barındırdığı mefsedetin veya maslahatın kuvvetine ve zayıflığına göre bu durum değişiklik gösterir.”*⁷⁰⁹

3. Zeydî Mezhebinin Görüşü

Zeydîlere göre bir kimsenin vadeli olarak satın aldığı bir şeyi, aldığı fiyattan daha düşük bir fiyata peşin olarak satması, hile kastıyla yapıldığı takdirde haramdır. Söz konusu satım akdi, sahih değildir. Bey’u’l-îne konusunda tarafların hile kastına sahip olup olmadığına büyük önem veren Zeydiyyeye göre bir kimse, hile kastı taşımadığı takdirde vadeli olarak satın aldığı bir malı, satın aldığı kişiye geri satmasında bir beis yoktur. Yapılan akit de geçerlidir. Üçüncü şahıslara satmasının câiz olmasında da hile kastının bulunup bulunmadığı dikkate alınır. Bu nedenle örneğin üçüncü şahıs, ilk satıcının vekili, kölesi veya ortağı olduğu takdirde bu akit câiz kabul edilmez. Zira bu durum, hile amacının karinesi olarak görülür.⁷¹⁰

Zeydiyyenin genel tavrı objektif geçerlilik şartlarını dikkate almak yönünde olmasına rağmen sonuçları itibariyle ribaya sebep olan akitler konusunda, tarafların kastını dikkate alan analizlerde bulunmuşlardır. Onlara göre ribayı gerektiren veya sonuçları itibariyle ribaya sebep olan tüm akitler, batıldır.⁷¹¹ Bu hususta tarafların sözlü beyanı delil olduğu gibi böyle bir beyan olmadığı takdirde insanların süregiden örfü de dikkate alınır. Bu nedenle Zeydî fakihler bey’u’r-recâ (بيع الرجاء) olarak isimlendirdikleri ve Hanefî literatüründeki bey’ bi’l-vefâyi andıran satım akdini bâtil görmektedir. Onlara göre bey’u’r-recâ, ribayı meşru bir kisveye büründürmek amacıyla hile olarak icat edilmiş bir akittir. Zeydî kaynaklarda bey’u’r-recânın iki şekli söz konusu edilmiştir. Bunlardan ilki şu şekildedir: Nakit sıkıntısı içerisinde olan bir kimsenin diğerine, mülkiyetindeki bir malı, bedelini geri ödediği takdirde geri almak üzere satmasına *bey’u’r-recâ* denir. Onlara göre taraflar geri almayı, ister akit esnasında şart koşmuş olsunlar isterse şart koşmadıkları halde yapılan akdin tabiatından bu durum anlaşılmalı olsun sonuç değişmez. Zeydîlere göre söz konusu satım akdi geçerli kabul edilecek olursa, satıma konu olan malı elinde bulunduran kişinin malı iade etmesi, hukuki açıdan problem teşkil etmektedir. Zira bu durum, ne fesih ne de ikâle şartlarını taşımamaktadır. Ayrıca müşterinin satıma konu olan mal üzerinde hiçbir hakkı da bulunmamaktadır. Bu nedenle satıma konu olan malı kullandığı takdirde, ücretini ödemesi gerekir. Dolayısıyla bu muamele sonuçları itibariyle

⁷⁰⁹ Nevevî, *el-Mecmû‘*, X, 148-149.

⁷¹⁰ Ansî, *et-Tâc*, II, 389.

⁷¹¹ Ansî, *et-Tâc*, II, 454.

riba anlamı taşır ve söz konusu satım akdi, bâtil olur. Bey'u'r-recânın ikinci şeklinde ise taraflar satım akdinin bey'u'r-recâ olarak yapılmasını aralarında kararlaştırmadıkları için söz konusu akit, zâhiri açıdan bütün sıhhat şartlarını taşımaktadır. Fakat müşterinin bu akit sayesinde, akde konu olan malı bir müddet kullanarak fayda elde etmeyi amaçlaması, riba anlamı taşımaktadır. Zeydîlere göre sonuçları itibariyle riba anlamı taşıyan akitlerde gizli olan şeyler, açıklanmış gibi kabul edilir ve bu akit zâhiri açıdan sıhhat şartlarını taşımasına rağmen, müşterinin kastı sebebiyle bâtil olur.⁷¹²

4. Zâhirî Mezhebinin Görüşü

İbn Hazm'ın bey'u'l-îne konusundaki yaklaşımı, İmam Şâfiî'nin yaklaşımına benzemektedir. Ona göre akdin yapılışı taraflarca daha önceden kararlaştırılmış değilse - satıcı, ister aynı bedelle, ister daha az veya daha fazla bir bedelle geri satın almış olsun - böyle bir akdin meşruiyetinde tereddüt yoktur. Çünkü Allah alım-satımı helâl kılmıştır. Ancak taraflar akit esnasında böyle bir şart koşarlarsa söz konusu akit hem haram hem de fâsit olur.⁷¹³

5. Caferî Mezhebinin Görüşü

Bey'u'l-îne konusunda Caferîlerin görüşleri şu şekildedir: Onlara göre bir kimsenin vadeli olarak sattığı bir şeyi, henüz vadesi dolmadan peşin veya vadeli olarak daha düşük veya daha yüksek bir fiyatla geri satın almasında, bu durum akitleşme esnasında şart koşulmadığı takdirde bir beis yoktur.⁷¹⁴ Onlara göre ikinci satım akdi, birinci satım akdi esnasında şart koşulmadığı zaman, bu şekilde satış yapmanın câiz olduğu hususunda icmâ oluşmuştur.⁷¹⁵ Taraflar ilk akit esnasında şart koştaksızın ikinci akdi yapmayı amaçlamış olurlarsa, yapılan akit mekruh olmakla birlikte geçerlidir.⁷¹⁶ Caferîler, Mâlikî ve Hanbelîlerin aksine bu akdi tarafların amacıyla ilişkilendirerek değil, her bir akdin ayrı ayrı objektif geçerlilik şartlarını taşıyıp taşımadıklarını dikkate alarak değerlendirmişlerdir. Bu açıdan Şâfiîler ile benzer bir yaklaşıma sahip olduklarını söyleyebiliriz. Onlar satıcının, geri almak şartıyla elindeki malı satmasını, mülkiyet hakkını sınırlandırıcı bir şart olarak gördükleri için fâsit kabul etmektedirler.⁷¹⁷

⁷¹² Ansî, *et-Tâc*, II, 390.

⁷¹³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 47.

⁷¹⁴ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 307; İbnü'l-Mutahhar el-Hillî, *Kavâ'id*, XIII, 648, 840. Bu konudaki rivâyetler için bkz. Hür el-Âmilî, *Vesâilü's-Şî'a*, XVIII, 40-43.

⁷¹⁵ Âmilî, *Miftâhu'l-kerâme*, XIII, 649; Hânsârî, *Münye*, III, 231.

⁷¹⁶ İbnü'l-Mutahhar el-Hillî, *Kavâ'id*, XIII, 841.

⁷¹⁷ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 307.

3.1.1.2.4. Başkasına Zarar Verme Amacıyla Yapılan Hukuki Tasarruflar

Bir kişi hukuki tasarrufta bulunurken bazen karşı tarafa veya üçüncü şahıslara zarar vermeyi amaçlamış olur. Böyle bir amaca sahip kişinin yaptığı hukuki tasarruf, neticede zarara sebep olabileceği gibi olmayabilir de. Bazen zarar vermeyi amaçlamadığı halde söz konusu hukuki tasarrufun başkalarına zarar veren sonuçları ortaya çıkabilir. Çağdaş İslam hukukçuları, tüm bu ihtimalleri, *hakkın suiistimali nazariyesi* kapsamında ele almışlardır. Ayrıca *bâis nazariyesi* ve *sebeup nazariyesi* ile ilişkili olarak da incelemişlerdir.⁷¹⁸

İster kadı / hâkim konumunda olsun isterse başka konumda olsun bir müçtehit, ortada sahibinin kullanacağı bir hak bulunduğunu tespit ederse, o kişinin hakkını dilediği gibi kullanabileceğine hükmeder. Zira burada kişi, sahip olduğu ve kendisini ilgilendiren bir alanda tasarrufta bulunmaktadır. Fakat bu kimsenin hakkını kullanması, bazı durumlarda dinin gayelerine ve genel kurallarına ters düşebilir. İşte böyle bir durumda külliyyât ile cüz'ıyyâtın arasını birleştirme prensibi gereği külli esasları ve genel hedefleri zedelememek için hakkın kullanımı sınırlandırılabilir. Buna hukuk dilinde *hakkın kötüye kullanılmasını engelleme prensibi* denir ve bu prensip, İslam hukukunun da temel ilkelerinden birisidir.⁷¹⁹

Bir hakkın verilmiş gayesinin dışında veya bir başkasına zarar vermek kastıyla ya da zarar verecek şekilde kullanılmasına *hakkın suiistimali* denir.⁷²⁰ Buna göre bir hak kullanılırken iki şey önem arz etmektedir: Bunlardan birincisi hakkın verilmiş gayesi; ikincisi ise hakkı kullanan kişinin amacıdır. Hakların Şâri tarafından belirlenen amaç doğrultusunda kullanılması esastır. Fakat bazı durumlarda bunun aksi gerçekleşebilir ve bu nedenle hakkın kullanımı sınırlandırılıp engellenebilir.

Hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi gerektiği görüşünde olan hukukçular arasında, bir hakkın kötüye kullanıldığının tespitinde hangi kriterlerin esas alınması gerektiği hususunda ihtilaf vardır. Bazı hukukçular objektif kriterleri esas alırken, bazıları

⁷¹⁸ Borçlar Hukuku alanında ortaya konmuş teoriler olan “irade nazariyesi”, “hakkın suiistimali nazariyesi” ve “bâis nazariyesi” birbiriyle ilişkili ve eş zamanlı ortaya çıkmış teorilerdir. Bu nedenle çoğu zaman bu nazariyelerden birisiyle ilişkilendirilerek ele alınan bir meselenin diğeriyle de ilişkilendirilerek ele alındığını görmek mümkündür.

⁷¹⁹ Ahmet Raysûnî, “Makâsıd ve İctihad: Şâtıbî Merkezli Bir Bakış”, çev. Ahmet Yaman, *Makâsıd ve İctihad İslam Hukuk Felsefesi Araştırmaları* içinde, haz. Ahmet Yaman, Konya: Yediveren Yayınları, 2002, s. 147.

⁷²⁰ Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul: İFAV Yayınları, 1997, s. 56.

ise sübjektif kriterleri esas almıştır.⁷²¹ Düreynî'ye göre İslam hukukunda bu kriterler bir arada işletilmektedir.⁷²²

Bir kimsenin hakkını *başkasına zarar verecek şekilde* kullanması ve neticede zararın ortaya çıkması, *hakkın kötüye kullanılmasının objektif ölçütünü* teşkil eder.⁷²³ Bu bakış açısına göre bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığında esas alınacak şey, ortaya çıkardığı mefsedetın derecesidir. Buna göre bir hakkın kullanımından ortaya çıkan mefsedet, maslahata eşit veya ona baskın olursa söz konusu hakkın kullanımı engellenir. Bu ölçüt, fertlere verilmiş haklar arasında dengeyi sağladığı gibi ferdin maslahatı ile kamunun maslahatı arasındaki dengeyi de sağlar.⁷²⁴

Bir kimsenin hakkını *başkasına zarar vermek amacıyla* kullanması ise *hakkın kötüye kullanılmasının sübjektif ölçütünü* teşkil eder. Bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde, sübjektif kriterleri esas alan bakış açısı, aynı zamanda iradeyi söz konusu tasarrufu yapma yönünde harekete geçiren psikolojik âmilleri de dikkate almayı gerektirir. Bu bakış açısına göre, tarafları hukuki tasarrufta bulunmaya sevk eden şahsi gayenin (bâis) meşru olmaması ve hukuki tasarrufta bulunan kişinin sırf başkalarına zarar verme kastı taşıması, hakkın suiistimal edilip edilmediğinin tespitinde önemli iki ölçüt haline gelir.⁷²⁵ Zira *bir hakkın başkasına zarar verme kastıyla kullanılmış olması*, hakkın veriliş gayesine aykırılık arz eder. Çünkü kanun koyucu, bir hakkı, hangi amaçla vermişse mükelleften beklenen, hakkını o amaç doğrultusunda kullanmasıdır.⁷²⁶

Hakkın suiistimal edilip edilmediğinin tespitinde sübjektif ölçüyü esas alan bakış açısına göre mübah fiil ile yasak fiilin ve hakkın iyiye kullanımı ile kötüye kullanımının arasını ayıran şey, *zarar verme niyetidir*. Bu kritere göre hareket edilirse, bir kişi hakkını iyi niyetle kullanıyor ve zarar verme kastı taşımıyorsa hakkın kullanımından doğan zarar, fâhiş olsa bile bir suiistimalden söz edilemez.⁷²⁷

Senhûrî'ye göre hakkın suiistimalinin sübjektif kriteri olan *zarar verme kastının* objektif kriterlere göre değerlendirilmesi, mümkündür. Ona göre hakkın suiistimalinin

⁷²¹ Düreynî, Fethi, *el-Hakk ve medâ sultani'd-devle fi takyîdihî*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, III. Baskı, 1404/1984, s. 32.

⁷²² Düreynî, *Nazariyyetü't-teassüf*, s. 242.

⁷²³ Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 57.

⁷²⁴ Düreynî, *Nazariyyetü't-teassüf*, s. 242.

⁷²⁵ Düreynî, *Nazariyyetü't-teassüf*, s. 242.

⁷²⁶ Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 57; Ali el-Hafif, *el-Milkiyye*, s. 98; Düreynî, *Nazariyyetü't-teassüf*, s. 243. Düreynî hakkın suiistimalini şu şekilde tanımlamıştır: "Asıl itibariyle Şeriat tarafından izin verilen bir tasarrufta, Şâri'in gayesine aykırı hareket etmektir." Düreynî, *el-Hakk*, s. 32.

⁷²⁷ Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 84.

gerçekleşebilmesi için sadece zarar verme kastının bulunması yeterli değildir. Bunun yanı sıra hakkını bu şekilde kullanan kişinin bu davranışının, normal bir kimsenin mutata davranışından inhiraf olarak nitelendirilmesi de gerekir. Bazen başkasına zarar vermek kastıyla hareket eden bir kimsenin asıl maksadı veya diğer bir deyişle onu bu davranışta bulunmaya sevk eden asıl sâik, sadece karşı tarafa zarar vermek değil, bunun yanı sıra karşı tarafın uğradığı zarardan daha önemli gördüğü kendi menfaatini gerçekleştirmek olabilir. İşte bu durumda hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemez. Çünkü bu kimse söz konusu tasarrufuyla normal bir şahsın mutata davranışının dışına çıkmamış sayılır. Fakat onu hakkını kullanmaya sevk eden asıl sâik, sırf başkasına zarar verme kastı olursa işte bu davranış hakkın suiistimalidir. Böyle bir durumda onu hakkını kullanmaya sevk eden ikincil derecedeki sâik, bir menfaat temini olsa bile, ister bu menfaat elde edilsin isterse elde edilmesin, hakkın suiistimali ortaya çıkar. Senhûrî'ye göre başkasına zarar verme kastıyla hakkın kullanılmasının, hakkın suiistimali olarak değerlendirilebilmesi için söz konusu amacın, hakkını kullanan kişiyi harekete geçiren asıl sâik olup olmadığına bakmak gerekir. Buna göre bir kimsenin asıl sâiki, zarar verme kastı olduğu takdirde, hakkın kullanılmasının neticesinde bir menfaat ortaya çıksa bile bu hakkın suiistimali olarak kabul edilir. Fakat bu kişiyi harekete geçiren asıl sâik zarar verme kastı olmadığı takdirde, zarar verme niyetiyle tasarrufta bulunsun bile, bu hakkın suiistimali olarak değerlendirilemez. Zarar verme kastının, hakkın suiistimali olarak değerlendirilebilmesi için bu kimseyi hakkını kullanmaya sevk eden asıl sâikin, haktan doğan menfaati elde etmekten ziyade karşı tarafa zarar verme düşüncesi olması gerekir. Örneğin bir kimse komşusunun ışığını kesmek amacıyla kendi arazisine ağaç dikse, neticede ağaç, toprağa fayda verse bile, bu hakkın suiistimali sayılır.⁷²⁸

Hakkın suiistimalinin sübjektif kriteri olan “zarar verme kastı” insanın iç dünyasında bulunan bir durum olduğundan, ona ulaşmak, anlamak ve ispatlamak zordur. Bununla birlikte imkânsız değildir. Hakkın zarar vermek amacıyla kullanılıp kullanılmadığında ise tüm ispat vasıtaları kullanılabilir. Örneğin hakkın kullanımında meşru bir menfaatin bulunmaması, onun zarar verme kastıyla kullanıldığına bir karine teşkil eder.⁷²⁹ Ayrıca hak sahibinin hakkını kullanırken elde etmek istediği menfaate ulaşması ya da kendisinden uzaklaştırmak istediği mefsetten kurtulması başka yolla

⁷²⁸ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 703-704; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 84.

⁷²⁹ Senhûrî, *el-Vasît*, I, 704; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 32; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 151.

mümkün olduğu halde başkasına zarar veren yol ve yöntemi tercih etmesi de zarar verme kastına bir karinedir.⁷³⁰

İslam hukukçuları başkasına zarar vermek kastıyla hakkın kullanılmasının haram olduğu konusunda görüş birliği içerisindeyler. Ancak zarar verme kastıyla hakkını kullanan bir kimsenin bu tür faaliyetlerine, hukuken engel olunup olunamayacağı hususunda aralarında görüş ayrılığı vardır.⁷³¹ Bu mesele klasik eserlerde daha çok sedd-i zerâi bağlamında ele alınmıştır. İmam Şâfiî gibi bazı âlimler istisnâ edilecek olursa, fakihlerin büyük bir çoğunluğu, hakkın zarar verme kastıyla kullanılmasına hukuken engel olunabileceği görüşündeyler. Özellikle Mâlikîler, Hanbelîler ve Hanefîlerden Ebû Yusuf bu görüştedir.⁷³²

Bir kimsenin hakkını kötüye kullanıp kullanmadığının tespitinde dikkate alınan “hakkın başkasına zarar verme kastıyla kullanılması” kriteri doğrudan tez konumuzla ilgili bulunmaktadır.⁷³³ Klasik eserlerde bu kapsamda değerlendirilebilecek birçok uygulama örneği vardır. Fakat çalışmamızı akitlerle sınırlandırdığımız için teknik anlamda akit kapsamında görülmeyen hukuki tasarruflara, mukayeseye imkân verecek miktarda değineceğiz.

3.1.1.2.4.1. İhtikâr Amacıyla Alım-Satım

İhtikâr, darlığı kamuya zarar verecek tüketim mallarının kıtlık yaratmak amacıyla ya da fiyat artışı beklentisiyle piyasadan çekilmesi anlamına gelmektedir.⁷³⁴ Günümüzde daha geniş bir anlama sahip olan ihtikâr, klasik eserlerde satım akdi ile ilişkili olarak ele alınmıştır. İhtikârın hukuki niteliği ve sonuçları, fakihler arasında ihtilaflıdır. Şahsi gayenin etki edebilmesi için objektif kriterleri esas alan Hanefî ve Şâfiî mezhepleri, ihtikâr konusunda da benzer bir yaklaşım benimsemiştir. Onlara göre bir kimsenin ihtikâr

⁷³⁰ Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 86.

⁷³¹ Düreynî, *Nazariyyetü't-teassüf*, s. 244.

⁷³² Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 85.

⁷³³ Bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde dikkate alınan diğer kriterler ise “hakkın kullanılması sonucunda fahiş zararın ortaya çıkması”, “hakkın kullanımında meşru menfaatin yokluğu” ve “menfaatler arası aşırı oransızlık” şeklindedir. (Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 83-107) Zuhaylî ise bu kriterleri “hakkın zarar verme amacıyla kullanılması”, “hakkın kullanımında hukuka aykırı bir amacın tasarlanması”, “hakkın ihmalkâr ve hatalı biçimde kullanılması”, “hakkın kullanımının yarardan çok zarara neden olması” ve “hakkın alışılmadık bir biçimde kullanılarak başkasına zarar vermesi” şeklinde tespit etmiştir. (Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 32)

⁷³⁴ Cengiz Kallek, “İhtikâr”, *DİA*, İstanbul 2000, XXI, 560. Şâfiîlerin çoğunluğu ile Mâlikî, Hanbelî, Zâhirî, Zeydî ve İmâmîyye'nin meşhur olan görüşüne göre ihtikâr yapmak haramdır. Hanefîler ise delilin zannılığı ve kamu zararından hareketle ihtikârı, tahrimen mekruh görmektedir.

niyetiyle, ticaret mallarını piyasadan toplayarak satın alması veya elindeki ticaret mallarını satmaktan imtina etmesi, uhrevî bakımdan günahdır. Fakat söz konusu akit, dünyevi hüküm bakımından geçerli bir akittir.

Hanefilere göre kamunun hakkı taalluk ettiği için ihtikâr yapmak tahrimen mekruhtur. Buna göre insanların ihtiyaç duyduğu şeyleri onlara satmaktan kaçınmak, şehrin küçük olması vs. gibi herhangi bir nedenle belde halkına zarar veriyorsa mekruhtur. Fakat mesafenin uzak olması vs. gibi herhangi bir nedenle böyle bir zarar oluşmuyorsa, bir kimsenin malını satmaktan imtina etmesi mekruh değildir.⁷³⁵ Yani Hanefilere göre ihtikârın günah olması için objektif olarak kamuya zarar verici nitelikte olması şarttır. Buna göre kamuya zarar vermediği takdirde bir kimsenin malını satmaktan kaçınarak stoklaması veya piyasadaki malları satın alması, ihtikâr olarak nitelenemez.

Hanefî kaynaklarında stoklanması durumunda ihtikâr yasağı kapsamında değerlendirilebilecek malların niteliği konusunda görüş ayrılığı mevcuttur. Ebû Hanife bu konuda çerçeveyi çok dar tutmuş ve buğday, arpa vs. gibi yiyecek maddeleriyle sınırlı tutmuştur. Ebû Yusuf ise ihtikâr yapılabilecek malların kapsamını çok genişletmiş ve stoklanması durumunda kamuya zarar veren tüm malların, ihtikâr yasağına konu olacağını söylemiştir. Ona göre altın ve gümüş gibi değerli madenler ile kıyafetler de ihtikâra konu olabilir. İmam Muhammed ise elbiselerde ihtikârın olmayacağını söylemiştir. Bu konuda Ebû Hanife alışkın olunan ve bilinen zararı ölçü olarak alırken, Ebû Yusuf zararın hakikatini ölçü olarak almıştır.⁷³⁶

Hanefiler arasında mekruh olan ihtikârın müddeti konusunda da görüş ayrılığı vardır. Bu sürenin belirlenmesi, dünyevî hüküm bakımından önemlidir. Yoksa uhrevî hüküm bakımından bir kimse kısa bir zaman diliminde bile ihtikâr yapsa günahkâr olur. Hanefilerin bir kısmına göre bu konuda, hadiste geçen kırk gün ifadesi⁷³⁷ dikkate alınır ve kırk günden daha kısa bir süre malları stoklamak, kamuya zarar vermediği için ihtikâr olarak nitelenemez. Bazıları ise bu süreyi bir ayla sınırlandırmıştır. Ayrıca kıtlık zamanında mı yoksa genişlik zamanında mı yapıldığına göre ihtikâr yapan kimsenin günahı farklılık gösterir.⁷³⁸

⁷³⁵ Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 377.

⁷³⁶ Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 377.

⁷³⁷ من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله و برئ الله منه / Her kim yiyeceği pahalılaşması için kırk gün ihtikâr ederse, Allah'tan yüz çevirmiş olur. Allah da ondan yüz çevirir." Ahmed b. Hanbel, 2/133.

⁷³⁸ Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 377.

Şâfiî mezhebine göre bir kimsenin piyasadaki malları satın alması ve bunları saklayıp depolaması en doğal hakkıdır. Fakat yiyecek maddelerini, aşırı fiyatlanması amacıyla piyasa arzının fazla olduğu dönemlerde satın alması ve fiyatı artıncaya kadar saklayıp depolaması haramdır. Şâfiî mezhebinde bunun haram değil mekruh olduğunu söyleyenler de vardır. Fakat bir kimsenin fiyatların ucuz olduğu dönemlerde malları, fiyatı kendiliğinden arttığı takdirde satmak amacıyla satın alıp depolaması ise haram değildir.⁷³⁹

Şâfiî mezhebine göre yiyecek mallarının dışındaki şeylerin ihtikârı caizdir. Çünkü yiyecek maddelerinin dışındaki malların depolanması, zarar verici özellikte değildir. Bu nedenle yasaklanamaz.⁷⁴⁰

Diğer fakihler gibi Zeydi fakihler de ihtikârı haram görmektedir. Onlara göre Şâri, ihtikârı kamuya zarar verdiği için ve genelin maslahatını gözeterek yasaklamıştır. Nehiy-fesat ilişkisinde Hanefiler ile benzer kategorizasyon yapan Zeydîlere göre ihtikâr ile ilgili nehiy, satım akdinin özüne taalluk etmediği; aksine akdin dışında bir manaya taalluk ettiği için ihtikâr amacıyla yapılan satım akdi sahihtir.⁷⁴¹

Zâhirîlere göre ihtikârın haram olabilmesi için kamuya zarar verici nitelikte olması şarttır. Bu nedenle insanlara zarar vermeyen ihtikâr, haram olarak nitelenemez. İhtikâr kelimesinin sahip olduğu ıstılahî anlamdan ziyade, lafzi anlamı (saklayıp depolamak) dikate alan Zâhirîler, bu konuda “*İyilik ve takvada yardımlaşın. Günah ve isyanda yardımlaşmayın*” (el-Mâide, 5/1) ayetini delil olarak kullanmışlardır. Onlara göre insanlara zararı dokunan ihtikâr, günah ve isyanda yardımlaşma anlamı; insanlara zararı dokunmayan aksine onların ihtiyaç duydukları malların bolluk zamanında depolanmasını sağlayan ihtikâr ise iyilik ve takvada yardımlaşma anlamı taşır. Bu nedenle ihtikârın haram olup olmadığının tespitinde kamuya zarar verip vermediğinin tespit edilmesi gereklidir.⁷⁴²

Caferî mezhebinde ihtikârın hükmü konusunda haram veya mekruh olduğu yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Fakat tercih edilen görüşe göre ihtikâr mekruhtur. Caferîler, ihtikâr yapılması yasak olan malları, arpa, hurma, kuru üzüm, yağ ve tuz ile sınırlı tutmuştur. Onlara göre bir kimsenin bu malları, başka satıcısı bulunmadığı takdirde

⁷³⁹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 146.

⁷⁴⁰ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 147.

⁷⁴¹ Ansî, *et-Tâc*, II, 372; 388-389.

⁷⁴² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 64.

fiyatının artması amacıyla bekletmesi mekruhtur. Caferîlere göre ihtikâr yapan kimse, elindeki malları satmaya zorlanır; fakat fiyatlara tes'îr uygulanamaz.⁷⁴³

3.1.1.2.4.2. Telakki'r-Rukbân Amacıyla Alım-Satım

İslam hukukunda tekelleşmeyi ve ihtikârı önlemeye dönük yasaklardan birisi de şehirli tüccarın pazara dışarıdan mal getiren câlib ya da üreticileri karşılayarak piyasa fiyatlarını öğrenmelerine fırsat bırakmadan ellerindeki malları ucuza satın almasının nehyedilmiş olmasıdır. Klasik kaynaklarda, hadislerdeki kullanımının da etkisiyle “telakki'r-rukban ve bey'u'l-hâdir li'l-bâdî” olarak isimlendirilen bu yasağın sünnette birçok delili bulunmaktadır.⁷⁴⁴

Piyasa şartlarını bilmeyen bir satıcının bilgisizliğini istismar ederek ve fiyatlarda manipülasyon yaparak elindeki bütün malı satın almak ve böylece piyasada tekel oluşturmak amacıyla yapılan bu fiillerin uhrevi hükmü ve alım-satım akdini nasıl etkilediği fukaha arasında ihtilaflıdır. Hanefiler prensip olarak hem kafieleri yolda karşılamayı hem de şehirlinin köylü adına alım-satım yapmasını mekruh görmektedir. Fakat ayrıntıda bazı farklılıklar mevcuttur.

Hanefi kaynaklarında telakki'r-rukban'ın çeşitli şekilleri söz konusu edilmiştir. Bunlardan ilki, bir kimsenin kervanları yolda karşılayarak kervandaki bütün malı satın alıp tekel oluşturmasıdır.⁷⁴⁵ Hanefilere göre telakki'r-rukbanın bu çeşidi, belde halkına zarar verdiği takdirde mekruhtur. Eğer belde halkına zarar vermiyorsa bunda bir beis yoktur.⁷⁴⁶ İkincisi ise kafiideki tüccarların beldedeki fiyatlarını öğrenmelerine fırsat vermeden onları aldatmak suretiyle ellerindeki malları gerçek değerinden daha düşük bir bedelle satın almaktır. Hanefilere göre telakki'r-rukbanın bu çeşidi, belde halkına ister zarar versin ister vermesin mekruhtur. Ancak her iki türüyle de yapılan satım akdi sahihtir. Çünkü telakki'r-rukban yasağı söz konusu akdin özüne değil onun dışındaki bir manaya dönüktür. Bu nedenle yapılan akit, li ğayrihi menhiyyun anı olur. Akdin

⁷⁴³ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 286.

⁷⁴⁴ Câbir b. Abdullah Rasûllah'ın (s.a.v.) şöyle dediğini rivayet etmiştir: “ لا بيع حاضر لباد. دعوا الناس يرزق الله. بعضهم من بعض / Şehirli köylü adına satış yapmasın. Allah'ın kullarını birbirlerinden rızıklanmaları için serbest bırakın.” Bkz. Buhari, “Büyû”, 58, 64; Müslim, “Büyû”, 11,16. “ لا تتلقوا الركبان للبيع. / Kafieleri alım-satım için karşılamayın...” Buhari, “Büyû”, 72.

⁷⁴⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 211; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 437.

⁷⁴⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 213-214.

dışındaki mana ise birinci durumda yapılan akdin kamuya zarar verici nitelikte olması, ikinci durumda ise mal sahibinin aldatılmış olmasıdır.⁷⁴⁷

Hanefilere göre şehirlinin köylü adına satış yapmasının yasaklanmasının nedeni, bu satımın şehir halkına zarar verici özellikte olmasıdır. Buradaki nehiy ise bey' akdinin özüne değil onun dışındaki bir mana olan şehir halkına zarar vermeye taalluk eder. O halde söz konusu satım akdini fesadını gerektirmez. Dolayısıyla yapılan akit geçerli olur. Dünyevî hüküm bakımından geçerli olan bu akdin uhrevi hüküm bakımından mekruh olması ise belde halkına zarar vermesine bağlıdır. Bu nedenle belde halkına zarar vermediği takdirde, şehirlinin köylü adına alım-satım yapmasında bir beis yoktur.⁷⁴⁸

Hanefilere göre hem kabileleri yolda karşılamamanın hem de şehirlinin köylü adına satış yapmasının yasaklanması, bunların belde halkına zarar vermesine dayanmaktadır. Bu nedenle Hanefiler, mücerret zarar verme kastının bulunmasını yeterli görmemektedir. Onlara göre bunların yasaklanabilmesi için objektif bir şekilde zarar veriyor olması gerekir. Ancak objektif bir şekilde zarar verdiği durumda bile yapılan satım akdi dünyevî hüküm bakımından sahih olup uhrevi hüküm bakımından ise mekruhtur.

Hanefilerin aksine Şâfiîler, bir kimsenin pazara mal getiren kabileleri, ellerindeki ticaret mallarını satın almak amacıyla yolda karşılaşmasını haram olarak kabul etmektedir. Zira onlara göre kabileleri bu şekilde karşılamak, hile ve aldatma anlamı taşımaktadır. Hile ve aldatma ise İslam dininde haramdır.⁷⁴⁹ Onlara göre kabilelerin yolda karşılaşılması hem söz konusu şehirde tekellerin oluşmasına hem de manipüle edilen tüccarların başka pazarlara yönelmesine neden olur. Bu iki durum ise belde halkına zarar verir. Şâri ise bunların oluşmasını engellemek için kabilelerin yolda karşılaşılması yasaklamıştır.⁷⁵⁰

Şâfiîler bir kimsenin sırf kabileleri karşılamak amacıyla yola çıkmasının haram olduğu hususunda ittifak halindedir. Fakat başka bir sebeple şehrin dışına çıktığı halde kervanın geldiğini gören kimsenin onların mallarını satın almasının şer'î hükmü konusunda Şâfiî mezhebinde iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre bu kişi yola kabileleri karşılamak amacıyla çıkmadığı için onların ellerindeki malları satın alması caizdir. İkinci görüşe göre ise kabileleri karşılamak amacıyla yola çıkmamış olsa da, onları şehrin dışında karşılayarak ellerindeki malları satın alması caiz değildir. Çünkü

⁷⁴⁷ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 214; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 377.

⁷⁴⁸ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 211; Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 54; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 437.

⁷⁴⁹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 143; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 440.

⁷⁵⁰ Mâverdi, *el-Hâvî*, V, 349.

hadiste yasaklanan husus, kafileleri bey' için karşılamaktır. Bu mana ise bu durumda mevcuttur.⁷⁵¹

Kafileleri ellerindeki malları satın almak amacıyla karşılamamanın haram olduğunu düşünen Şâfiîler, söz konusu satım akdini geçerli kabul etmektedir. Zira bu konudaki nehiy akdın özüne taalluk etmemektedir. Fakat kervandaki tüccarların aldatılmış olduğu ortaya çıkarsa, muhayyerlik hakları vardır.⁷⁵² Şâfiîler telakki'r-rukân'ın yasaklanmasını, mal getiren satıcının aldatılmasının önüne geçmeye bağladıkları için satıcıya muhayyerlik hakkı tanımaktadırlar.⁷⁵³

Onlara göre şehirli tüccarın pazara dışarıdan mal getiren köylü (üretici) adına alım-satım yapması da telakki'r-rukân ile aynı hükme tabidir. Şâfiî kaynaklarında yer alan değerlendirmelerden, şehirlinin köylü adına alım-satım yapmasının yasak olmasının da aslında ihtikâr yasağına dayandığı anlaşılmaktadır.⁷⁵⁴ Şâfiîlere göre böyle bir alım satım, belde halkına zarar veriyorsa haramdır. Fakat yapılan satım akdi her durumda sahihtir. Çünkü bu konudaki nehiy, akdın özüne taalluk etmemektedir.⁷⁵⁵

Şehir büyük olduğu için şehirli tüccarın köylü adına alım-satım yapması belde halkına zarar verici nitelikte olmazsa, bu konuda iki görüş vardır. Birinci görüşe göre hadiste yasaklandığı için mutlak olarak caiz değildir. İkinci görüşe göre ise insanlara zarar verir korkusuyla yasaklandığı için umumi zarar olmadığı takdirde caizdir.⁷⁵⁶

Zeydiyyeye göre pazara mal getiren câlibi, elindeki mallarını satın almak için karşılamak haramdır. Bu hükmün iki sebebi bulunmaktadır. Bunlardan ilki onları karşılamak, hile anlamı taşır. Bu nedenle akit gerçekleşirse, aldatma olmasa bile, câlibin muhayyerlik hakkı vardır. İkinci gerekçe ise şehirdeki zayıf kimselerin, kafileleri yolda kaşılması imkânı dahilinde değildir. Bu nedenle bir kimse ister kasıtlı ister kasıtsız bir şekilde kafileleri karşılamış olsun, söz konusu fiil haramdır. Kamunun menfaati için kafilelerin yolda karşılanması, Şâri tarafından haram kılınmıştır.⁷⁵⁷

⁷⁵¹ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 440; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 144; Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 350. Hanefiler ise bu meselede söz konusu durumun belde halkına zarar verip vermediği ölçü olarak alırlar. Buna göre şehirli tüccarın hangi amaçla yola çıktığının bir önemi yoktur. Önemli olan kervandaki malları almasının belde halkına zarar verip vermediğidir. (İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VI, 438)

⁷⁵² Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 440; Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 349.

⁷⁵³ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 570-571.

⁷⁵⁴ Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 347-348.

⁷⁵⁵ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 144.

⁷⁵⁶ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 144; Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 348.

⁷⁵⁷ Ansî, *et-Tâc*, II, 385.

Zâhirîlere göre bir kimsenin, şehre mal getiren câlibi karşılaması, ister onu karşılamak amacıyla şehrin dışına çıkmış olsun ister olmasın; ister bu durum belde halkına zarar versin ister vermesin mutlak bir şekilde helal değildir. Fakat söz konusu akit geçerlidir. Sadece câlibin muhayyerlik hakkı vardır. Şehre girdikten sonra isterse akdi fesheder; isterse devam ettirir.⁷⁵⁸ Bu hak ona Allah Rasûlü (s.a.v.) tarafından verilmiştir. İbn Hazm'a göre câlibe Allah Rasûlünün (s.a.v.) böyle bir hakkı vemiş olması, söz konusu akdin geçerli olduğunun göstergesidir.⁷⁵⁹

Zâhirîlere göre şehirlinin köylü adına satış yapması, mutlak bir şekilde câiz değildir. Yapıldığı takdirde böyle bir satım akdinin feshedilmesi gerekir. Taraflardan herhangi birinin akdi devam ettirip ettirmeme hususunda muhayyerlik hakkı da bulunmamaktadır.⁷⁶⁰ Çünkü Zâhirîlere göre bu konudaki nehiy akdin bizzat kendisine taalluk etmektedir.⁷⁶¹

Caferîlerin yaklaşımı da Şâfîiler ile benzerlik göstermektedir. Onlara göre telakki'r-rukban, prensipte mekruhtur. Fakat taraflar anlaşacak olursa, hem mekruh olmaz hem de satıcının muhayyerlik hakkı bulunmaz. Ancak satıcı, gabn-i fâhiş bulunduğunu ispatlayacak olursa, alıcı ile satıcı öncesinde anlaşmış da olsalar, satıcının muhayyerlik hakkı olur.⁷⁶²

3.1.1.2.4.3. Neceş Amacıyla Pazarlığa Katılma

Bir kimsenin gerçek alıcı olmadığı halde satıma konu olan mala başkalarının rağbetini artırmak amacıyla pazarlığa katılmasına ve malın fiyatının artmasına sebep olmasına neceş denir.⁷⁶³ Hanefîlere göre neceş, Müslüman kardeşine zarar vermek amacıyla yapılan bir hile olduğu için mekruhtur. Bu nedenle bir malın gerçek bedelini bulması amacıyla yapılan neceş aldatma manası taşımadığı için mekruh değildir.⁷⁶⁴ Çünkü bu durumda başkasına zarar verme amacı yoktur. Aksine bu maksatla neceş yapan kişi, Müslüman kardeşine faydalı olmaktadır.⁷⁶⁵ Fakat ister hile amacıyla isterse bir malın gerçek bedelini bulması amacıyla yapılmış bir neceş sebebiyle olsun, neceş konu olan

⁷⁵⁸ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 449.

⁷⁵⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 450.

⁷⁶⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 453.

⁷⁶¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 455.

⁷⁶² Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 285.

⁷⁶³ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 53.

⁷⁶⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 214.

⁷⁶⁵ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 436.

satım akdi geçerli bir akittir. Zira neceş ile ilgili nehiy, satım akdinin özüne (akdin sıygası ve sıhhat şartları) değil, akdin dışında zâid bir manaya yöneliktir.⁷⁶⁶ Görüldüğü üzere Hanefilerin neceş ile ilgili yapmış oldukları, tahliller neceşin uhrevî hükmünü tespite yöneliktir. Zira akitlerin fesadı hususunda, akdin objektif unsurlarını dikkate alan Hanefilere göre, neceş hakkındaki nehiy, akdin özüne taalluk etmemektedir. Dolayısıyla akdin dünyevî hükmünün sahih olmasına engel teşkil etmez.

Şâfiî mezhebine göre bir kimsenin gerçek alıcı olmadığı halde bir malın fiyatını suni bir şekilde artırmak veya aslında rağbet görmeyen bir mala olan rağbeti artırmak ve bu suretle insanları aldatmak amacıyla satışa katılması haramdır. Neceşte bulunmak haram olmasına rağmen bir kimse neceş yapıldığı için aldanır ve neceşe konu olan malı satın alırsa, söz konusu satım akdi geçerlidir. Çünkü neceş hakkındaki nehiy, akdin özüne yönelik değildir. Bu nedenle satım akdinin sıhhatine etki etmez. Neceşle birlikte yapılan satım akdini geçerli gören Şâfiî mezhebinde sonradan neceş yapıldığının farkına varan müşterinin muhayyerlik hakkının olup olmadığı hususunda da ihtilaf bulunmaktadır. Bu konuda Şâfiî kaynaklarında iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre söz konusu neceş ister satıcının isteğiyle yapılmış olsun ister olmasın, müşterinin muhayyerlik hakkı yoktur. İkinci görüş ise şu şekildedir: Satıcı, neceş yapan kişi ile anlaşmalı olursa, bu durumda müşterinin aldatılması söz konusu olduğu için muhayyerlik hakkı bulunmaktadır. Bununla birlikte bu durumda müşterinin ihmali söz konusu olduğu için muhayyerlik hakkının olmadığını söyleyen fakihler de vardır. Şâfiî mezhebindeki genel kanaat ise müşterinin muhayyerlik hakkının bulunmadığı yönündedir.⁷⁶⁷

Şâfiîlere göre neceş yapan kişinin günahkâr olması, neceş yapmayı yasaklayan haberi bilip bilmediğine bağlı değildir. Zira her akıllı insan neceşin aldatmak amacıyla ve tuzak olarak yapıldığını bilir. Fakat bir kimsenin Müslüman kardeşinin yaptığı pazarlık üzerine pazarlık yapmasının isyan olarak nitelendirilebilmesi, bu konudaki haberi bilmesine bağlıdır. Zira bunun isyan olduğu ancak, o konudaki nass ile bilinebilir.⁷⁶⁸

Zeydiyyeye göre neceş haramdır. Fakat akit sahihtir. Satıcı ile neceş yapan anlaşmalı olursa müşterinin muhayyerlik hakkı vardır. Aksi takdirde yoktur.⁷⁶⁹

⁷⁶⁶ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 54.

⁷⁶⁷ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 436-437; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 140-141; Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, V, 58-59.

⁷⁶⁸ Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, V, 59.

⁷⁶⁹ Ansî, *et-Tâc*, II, 387.

Zâhirîlere göre de neceş haram olmakla birlikte yapılan akit sahihtir. Zira bir satım akdinin kendisi dışında bir şeyin fasit olduğu gerekçesiyle feshedilmesi câiz değildir. Zira neceşin meydana geldiği satım akdinin bâtil olduğuna dair nasslarda bir ifade bulunmamaktadır. Böyle bir durumda sadece müşterinin muhayyerlik hakkı bulunmaktadır.⁷⁷⁰

Caferîler neceşi, bir kimsenin anlaşmalı olarak pazarlığa katılması olarak tanımlamaktadır. Onlara göre neceş yapılarak aldatılan müşteri, gabn-ı fahiş ile malı almışsa, akit gerçekleştikten sonra muhayyerlik hakkına sahiptir.⁷⁷¹

3.1.1.2.4.4. Ölümle Sonuçlanan Hastalık Halinde Başkasına Zarar Vermek Amacıyla Yapılan Hukuki Tasarruflar

İslam hukukunda bir kimsenin ölüm hastalığı sırasında, karısını mirastan mahrum bırakmak amacıyla onu bâin talakla boşaması, söz konusu boşamanın doğuracağı hukukî sonuçları etkiler. Çünkü burada hakkın kötüye kullanılması söz konusudur. Hanefîlere göre, kadının iddeti tamamlanmadan, kocası vefat edecek olursa, kadın kocasına mirasçı olur. Fakat kocanın karısını mirastan mahrum bırakma maksadı taşıyor olması, ölüm hastalığı sırasında yapılan boşamanın hukuken geçersiz olmasına neden olmaz. Bu nedenle, kadın iddetini tamamlamadan vefat edecek olursa, kocası, bâin talakla boşadığı için kadına mirasçı olamaz.⁷⁷² Bu meselede koca, talak hakkını kötüye kullanmıştır. Bu nedenle kadınla aralarındaki nikâh bağı koptuğu halde, onun kötü niyetini boşa çıkarmak için Şâri, kadını ona mirasçı kılmıştır. Kocanın boşama hakkını kötüye kullanması ise sadece kendi aleyhine olacak şekilde etki etmiştir.

Zâhirîlere göre bir kimsenin ölüm hastalığı esnasında yaptığı bütün kavli tasarrufları geçerli olup hukukî sonuçlarını meydana getirir. Buna göre taraflardan herhangi birinin ölüm hastalığı halinde bulunması yapılan nikâh akdinin sıhhatini etkilemez.⁷⁷³ Ölüm hastalığı halindeki bir kimsenin yaptığı nikâh akdi geçerli olduğu gibi mirastan mahrum bırakmak maksadıyla, karısını bâin talakla boşaması da geçerlidir. Dolayısıyla kadının iddeti tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra bu kimse vefat edecek olursa kadın, hukuken aralarındaki bağ kalmadığı için ona mirasçı olamaz. Benzer

⁷⁷⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 448.

⁷⁷¹ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi'*, I, 285; Âmilî, *Miftâhu'l-kerâme*, XII, 348.

⁷⁷² Zeylaî, *Tebyîn*, II, 245-246.

⁷⁷³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 25.

şekilde sıhhatli bir kimsenin ölüm hastalığı halindeki karısını boşaması da geçerlidir.⁷⁷⁴ Kezâ bir kimsenin ölüm hastalığı esnasında vârislerden biri lehine, onun diğer vârislerden daha fazla mal veya menfaat elde etmesi maksadıyla yapmış olduğu borç ikrârı da geçerlidir. Çünkü bu tasarrufların geçersiz olduğuna dair herhangi bir nas yoktur.⁷⁷⁵

3.1.1.2.4.5. Başkasına Zarar Verme Amacıyla Vasiyette Bulunmak

İslam hukukunda vasiyette bulunmak özünde mübah bir davranış olmasına rağmen⁷⁷⁶ bir kimsenin başkalarına zarar vermek maksadıyla vasiyette bulunması yasaktır. Zira vasiyet hakkının başkalarına zarar vermek kastıyla kullanılması, aslında Allah'a yaklaşma maksadıyla yapılması gereken vasiyet hakkının kötüye kullanıldığını gösterir. Bunu engellemek için İslam hukukunda çeşitli tedbirler alınmıştır. Bunlardan ilki, bir kimsenin kendi mirasçılara vasiyette bulunması; ikincisi ise bir kimsenin malının üçte birinden fazlasını mirasçılardan dışındaki birisine vasiyet etmesi durumudur. Her iki durumda diğer mirasçıların hakkı taalluk ettiği için vasiyetin geçerlilik kazanması onların icazetine bağlıdır.⁷⁷⁷

Vasiyetin konusu meşru olduğu, üçte birlik miktarı geçmediği ve mirasçılara da yapılmadığı halde, mûsînin vasiyette bulunurken başkalarına zarar verme vs. gibi haram bir amaç taşımamasının, vasiyet akdini nasıl etkileyeceği fakihler arasında ihtilaflıdır. Bu problemin çözümünde mezheplerin ortaya koymuş oldukları çözümler, sedd-i zerâi prensibine bakış açılarına göre farklılık göstermektedir. Diğer meselelerde olduğu gibi bu meselede de Hanefî ve Şâfiîler, objektif geçerlilik şartlarını dikkate almışlardır. Onlara göre konusu meşru ve mübah olan bir vasiyet, objektif geçerlilik şartlarını taşıdığı için

⁷⁷⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 218.

⁷⁷⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 348; Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 257.

⁷⁷⁶ İslam hukukçuları, vasiyetin tek taraflı mı yoksa iki taraflı bir hukuki tasarruf mu olduğu hususunda ihtilaf etmiştir. Hanefîlerin çoğunluğuna göre vasiyet icap-kabul ile bağlayıcı hale gelen bir hukuki tasarruftur. Hanefî mezhebinde tercih edilen görüşe göre vasiyetin rûknü icaptır. Kabül ise geçerli olması için şarttır. (Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VIII, 13-14) Cumhûra göre vasiyetin rûknü mûsî, mûsa leh, mûsa bih ve sıyga olmak üzere dördtür. Vasiyet akdinin sıygası ise icap-kabuldür. Fakat kabülün, mûsînin ölümünden sonra gerçekleşmesi gerekir. (Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VIII, 15) Hanefîlere göre mûsa lehin vasiyeti reddetmemesi kabul sayılır. Cumhura göre ise vasiyetin geçerli olması için mûsa lehin, vasiyete rıza gösterdiğini söz veya sözün yerine geçen beyan vasıtalarından birisiyle izhar etmesi gerekir. (Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VIII, 18)

İslam hukukuna göre vasiyetin konusu, masiyet olduğu takdirde, vasiyet bâtil olur. Örneğin Müslüman bir kimsenin kumar ve dans salonları için vasiyette bulunması, kabirlerin üzerine kubbe yapılmasını, öldükten sonra ağıt yakılmasını, kilise bina edilmesini veya onarılmasını vasiyet etmesi, geçersizdir. (Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VIII, 29)

⁷⁷⁷ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VIII, 41.

sahih olur. Mûsînin iç dünyasında gizli olan ve o açıklamadıkça bilinmesi mümkün olmayan gerçek niyet ve amacı ile ilgili hüküm, Allah'a havale edilmelidir.⁷⁷⁸ Mâlikî⁷⁷⁹ ve Hanbelîler⁷⁸⁰ ise bu tür vasiyetleri bâtil görmektedir. Onlara göre akitlerde muteber olan kasıt ve niyettir. Bu nedenle mûsîyi vasiyet muamelesinde bulunmaya sevk eden gaye, gayrimeşru olduğu takdirde, vasiyet batıl olur. Hem Mısır hem de Suriye Medeni Kanununda, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin görüşü kabul edilmiş ve kanunlaştırılmıştır.⁷⁸¹

3.1.1.2.4.6. Mekke'deki Evlerin Satılması veya Kiralanması

Hanefî mezhebindeki genel kanaat Mekke arazisinin ve burada bulunan evlerin satım ve icâre akdine konu olmasının câiz olmadığı yönündedir.⁷⁸² Bu konudaki delilleri, Abdullah b. Ömer'den rivayet edilen şu hadistir: “مكة حرام وبيع رباها حرام / *Mekke harem bölgesidir. Oranın evlerini satmak da yasaktır.*⁷⁸³ Bununla birlikte Ebû Hanife ve İmam Muhammed'den bir kimsenin Mekke'de bulunan evlerini, hac veya umre mevsiminde kiraya vermesinin mekruh olmakla birlikte geçerli olduğu yönünde bir rivayet de aktarılmıştır. Mekke'de yaşayanlara veya oraya yakın oturanlara kiraya vermesinde ise bir beis yoktur.⁷⁸⁴ Kanaatimizce Ebû Hanife'nin bu görüşe sahip olmasının temel gerekçesi, ev sahiplerinin, Hac veya umre için Mekke'ye giden hacıların barınma

⁷⁷⁸ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VIII, 30.

⁷⁷⁹ Mâlikîlere göre bir kimsenin başkasına zarar verme kastıyla vasiyette bulunduğu ispatlanırsa; vasiyet, varislerin dışındaki bir kimseye yapılmış olsa bile batıldır. (İbn Ferhûn, *Tebsiratü'l-kükkâm*, II, 174) Konusu masiyet olan veya masiyete vesile olan vasiyetler için bkz. Derdîr, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed ed-Derdîr el-Adevî (ö. 1201/1786), *eş-Şerhu'l-kebîr 'alâ Muhtasari Sîdi Hâil I-IV*, Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, y.y. t.y., IV, 427; Desûkî, *Hâşiye*, IV, 427.

⁷⁸⁰ Hanbelîlere göre bir kimsenin vasiyette bulunması câiz olmasına rağmen, varislere zarar vermek kastıyla vasiyette bulunması haramdır. Varislerin bu nitelikteki bir vasiyeti iptal etme hakkı vardır. Bu nedenle mûsa lehin, varislerin rızası olmaksızın o malı alması da haramdır. (İbn Teymiyye, *Beyânu'd-delîl*, s. 86)

Bir kimse malının üçte birinden fazlasını vasiyet ettiği takdire ister varislere zarar vermeyi kasetmiş olsun ister olmasın, bu vasiyet reddedilir. Fakat üçte birinden daha azını vasiyet ettiği takdirde, varislere zarar verme amacının olup olmadığı bilinmiyorsa vasiyet geçerli olur. Fakat böyle bir niyetinin varlığı biliniyorsa, mûsa lehin vasiyet edilen malı alması haram olur ve bu kişinin vasiyeti reddetmesi gerekir. (İbn Teymiyye, *Beyânu'd-delîl*, s. 87)

⁷⁸¹ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VIII, 30.

⁷⁸² Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 568-571. “İmam Şâfi'ye göre Mekke'deki evlerin satılması ve kiraya verilmesi caizdir. Çünkü arazilerde aslolan temellük edilebilmeleridir. Bazı araziler, vakıf arazisi olması veya mescid olma gibi şer'î bir mani sebebiyle temellük edilemezler. Harem arazisi hakkında ise böyle bir mani yoktur.” Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 571.

⁷⁸³ Dârekutnî, *Sünen*, III, 57.

⁷⁸⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 571.

ihtiyacını istismar etmesini engellemeye yöneliktir. Yapılan akit hukuki istikrarı temin etmek maksadıyla kazaen geçerli kabul edilmiş; fakat diyâneten mekruh olarak kabul edilmiştir. Bu örnek İslam hukukundaki hükümlerin ahlaki arka planını yansıtmaması bakımından da önem taşımaktadır.

3.1.2. Akdin Mahalliyle İlişkisi Bakımından Sübjektif Gaye

Hanefiler, Şâfiîler, Zeydîler ve Zâhirîler akdin mahalli meşru ve mütekavvim bir mal veya meşru bir edim olduğu takdirde, tarafların akdin mahallini şer'an meşru kabul edilmeyen amaçlar için kullanmalarını, akdi hükümsüz bırakma hususunda genellikle etkili görmemiştir. Bununla birlikte klasik eserlerde akdin mahalli için koşulan şartların başında gelen “*şer'an intifaa elverişli olma*” şartı ve bu şart bağlamında dile getirilen misaller, çağdaş İslam hukuku araştırmacıları tarafından akdi yapan kişilerin maksadıyla ilişkisi bakımından ele alınmıştır.⁷⁸⁵

1. Hanefî Mezhebinin Görüşü

Hanefî mezhebine göre şer'an kendisinden faydalanmak câiz olmayan bir şey, akdin mahalli olamaz. Ebû Hanîfe'ye göre bir şey genellikle şer'an yasak amaçlar için kullanılıyorsa; Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise çoğunlukla şer'an yasak amaçlar için kullanılıyorsa, mütekavvim bir mal olarak kabul edilmez ve herhangi bir akde mahal olamaz.⁷⁸⁶ Diğer bir deyişle bir şeyin kullanım amacına bakılarak, tarafların maksadı tespit edilebilir ve bu maksat akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili olur. Çağdaş müelliflerden Senhûrî, Hanefîlerin bu yaklaşımından hareketle, tarafların meşru olmayan maksadının, akde konu olan şeyin niteliğinden anlaşılması durumunda Hanefîler tarafından dikkate alındığını söylemiştir.⁷⁸⁷

Kâsânî şöyle demiştir: “*Maymunun satım akdine konu olması hususunda Ebû Hanîfe'den iki farklı rivayet vardır. Birinci görüşüne göre, maymun şer'an kendisinden faydalanılması yasak bir şey olduğundan, domuz gibi kabul edilir ve satım akdine konu olması, caiz olmaz. İkinci görüşüne göre ise maymun satım akdine konu olabilir. Çünkü her ne kadar maymun özü itibariyle kendisinden faydalanılan bir şey olmasa da derisinden faydalanılabilir.*” Kâsânî, Ebû Hanîfe'nin maymun hakkında iki farklı

⁷⁸⁵ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 58; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 233, 236; Hamûdî, *Nazariyyetü'l-bâis* s. 204, 207.

⁷⁸⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 562.

⁷⁸⁷ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 58.

görüşünü aktardıktan sonra birinci görüşü tercih etmiş ve şöyle demiştir: “*Sahih olan birinci görüştür. Çünkü maymun genellikle, derisinden faydalanmak için satın alınmaz. Aksine lehv için satın alınır. Levh de haramdır. Bu ise haram bir şeyin (gayri müntefean bih olduğu için) haram bir amaç (levh) için satın alınması anlamına gelir ki bu da câiz değildir. Fil ise şer’an kendisinden faydalanmak helâl olduğu için ittifakla satım akdine mahal olur. Yılan ve akrep gibi hayvanlar ise kendilerinden faydalanmak haram olduğu için mal olarak kabul edilmezler ve satım akdine konu olamazlar.*”⁷⁸⁸

Kullanım amacı esas itibariyle lehv olan müzik aletlerinin satım akdine konu olup olamayacağı meselesi de konumuz açısından önem taşımaktadır. Kâsânî bu konuda şu ifadeleri kullanmıştır: “Ebû Hanife’ye göre ud, davul, zurna ve def gibi müzik aletlerinin satım akdine konu olması mekruh olmakla birlikte câizdir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’e göre ise bunların satım akdine mahal olması durumunda söz konusu akit inikat etmez. Çünkü müzik aletleri esas itibariyle fisk ve fesad için yapılmış olup çoğunlukla lehv amacıyla kullanılır. Bu nedenle şer’î olarak mal kabul edilemezler. Şer’î olarak mal kabul edilmedikleri için de satılmaları da câiz olmaz. Ebû Hanife’ye göre ise bunların maslahat olarak görülen farklı amaçlar için sözgelimi kap olarak kullanılmalrı mümkün olduğu için bunlar şer’î mal kapsamından çıkartılamaz. (...) Sahibeynin bunların lehv ve fisk aletleri olduğu yönündeki görüşlerine gelince, şöyle deriz. Bu doğrudur. Ancak bu durum söz konusu aletlerin mal olmalarına engel değildir. Çünkü lehv maksadıyla kullanılmalrı mümkün olduğu gibi başka maksatlarla da kullanılmalrı mümkündür. Buna göre müzik aletlerinin mal olma özelliği, haram oldukları için değil kendilerinden şer’an faydalanmak mümkün olmadığı için tartışma konusu olabilir. (Ebû Hanife ile öğrencileri arasındaki bu ihtilaf sebebiyle) bir kimse söz konusu müzik aletlerini kırdığı takdirde, Ebû Hanife tarafından bunlar, mal olarak kabul edildiği için kıran kimsenin bunları tazmin etmesi gerekirken; Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’e göre bunlar mal olmadığı için bu kişinin tazmin yükümlülüğü yoktur. Satranç ile tavla da müzik aletleriyle aynı hükme tabidir.” Ebû Hanife ile öğrencileri arasındaki görüş ayrılığını bu şekilde ortaya koyduktan sonra Kâsânî Ebû Hanife’nin görüşünü tercih etmiş ve şöyle demiştir: “Sahih olan Ebû Hanife’nin görüşüdür. Çünkü bunlar başka şekillerde kullanılarak kendilerinden şer’an yararlanılması mübah mal haline gelip bey’ akdine mahal olabilirler.”⁷⁸⁹

⁷⁸⁸ Kâsânî, *Bedâi’*, VI, 560.

⁷⁸⁹ Kâsânî, *Bedâi’*, VI, 562-563.

Kâsânî'nin ifadelerinden de anlaşılacağı üzere Ebû Hanife akdin mahalli ile akdin mahallinin kullanım amacını birbirinden ayırmıştır. Ona göre müzik aletleri, satranç ve tavla gibi şeyler, çoğunlukla şer'î olarak yasaklanmış maksatlar için kullanılmakla birlikte bunların şer'î olarak mübah kabul edilen maksatlar için kullanılmalrı da mümkündür. Dolayısıyla bunların çoğunlukla gayrı meşru amaçlar için kullanılmasını gerekçe göstererek, satım akdi fasit kabul edilemez. Yapılan akit, uhrevî hüküm bakımından mekruh olmakla birlikte dünyevî hüküm bakımından geçerlidir. Sahibeyn ise bunların genellikle gayrı meşru amaçlar için kullanılıyor olmalarını mal olarak kabul edilmelerinin önünde bir engel olarak görmüştür. Çünkü müzik aletleri ile tavla ve satrancın esas vasfı günah ve fesat amacıyla kullanılmalrıdır. Bunların diğer mübah işlerde kullanılmalrı ise nadirdir. Dolayısıyla her ne kadar irade beyanında açık bir şekilde zikredilmemiş de olsa, dolaylı bir şekilde tarafların gayrı meşru maksadı ifade edilmiş gibi kabul edilir ve akit bu sebeple gayrı münakit olur. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'un yaklaşımlarında akdin mahalliyle, tarafların akdin mahallinden dolayı bir şekilde anlaşılan gayrı meşru maksadı iç içe geçmiş haldedir. Ebû Hanife ise mahallin meşruiyeti ile tarafların maksadının meşruiyetini birbirinden ayırma yoluna gitmiştir. Ona göre müzik aletleri ile tavla ve satranç satım akdine konu olduğunda, tarafların gayrı meşru niyeti irade beyanında sarih bir şekilde ifade edilmediği müddetçe, söz konusu şeylerin niteliğine bakılarak tarafların maksadının gayrı meşru olduğu iddia edilemez. Çünkü bunları satın alan kişi lehv maksadıyla kullanabileceği gibi terazi kefesi veya kap gibi başka amaçlar için de kullanabilir.⁷⁹⁰

Ebû Hanife ile öğrencileri arasındaki yaklaşım farklılığını göstermesi bakımından şu örnek de çok çarpıcıdır. "Ebû Hanife'ye göre hamr dışında diğer sarhoş edici içeceklerin satılması câizdir. Sahibeyne göre ise câiz değildir. Çünkü içilmeleri haram olduğu için (kendilerinden şer'an faydalanmak mümkün olmadığı için) şer'î mal özelliğini taşımazlar ve satım akdine konu olamazlar. Ebû Hanife ise bu meseleye farklı bir açıdan yaklaşmıştır. Ona göre şarap dışındaki diğer sarhoş edici içeceklerin haramlığı içtihadî bir konudur. Yani kesin bir delille sabit olmamıştır. Bu içeceklerin mal olma özelliği ise kesin bir olan bir vasıftır. İctihada dayalı olarak ortaya konmuş hurmet hükmü sebebiyle, bunların mal olma vasıfları iptal edilemez. Şarabın haramlığı ise kesin bir delile dayanmaktadır. Onun mal olma vasfı, bu kesin delil sebebiyle iptal edilmiştir."⁷⁹¹

⁷⁹⁰ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 59.

⁷⁹¹ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 563-564.

2. Şâfiî Mezhebinin Görüşü

Şâfiîler, tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden şahsi gayenin, muamelenin hukuki sonuçları üzerinde etkili olabilmesi için irade beyanını esas alır. Genel karakteri bu şekilde olan Şâfiî mezhebinde akdin mahallinin, dinen faydalanılması yasak bir şey olması durumunda söz konusu akdin fasit kabul edilmesi, bir açıdan akdin mahallinin tabiatından anlaşılan şahsi gayenin dikkate alındığının göstergesi olarak kabul edilebilir.⁷⁹² Örneğin çok az miktarı ölüme sebep olan zehrin satım akdine konu olması haram kabul edilirken; çeşitli faydaları bulunan ve az miktarda kullanıldığı zaman değil çok miktarda kullanıldığı zaman öldürücü özelliği olan uyuşturucu şeylerin satım akdine konu olması ise câiz kabul edilmiştir.⁷⁹³ Şebrâmelisî'ye göre bu tür şeylerin satım akdine konu olmasının yasaklanmasında verdiği zarar göz önünde bulundurulmalıdır. Zararın olup olmadığı belirlenirken onu kullanan şahsın, birebir zarar görüp görmediği değil; insanların geneli dikkate alınmalıdır. Zira bir kimse kullanmayı alışkanlık haline getirdiği için uyuşturucu özelliği olan şeyler, ona zarar vermeyebilir.⁷⁹⁴

Şâfiî mezhebindeki genel kanaate göre âletü'l-melâhi olarak nitelendirilen tambur, ud, def ve davul gibi müzik aletleri, Şâri kendilerinden faydalanmayı yasakladığı için herhangi bir akde konu olamaz. Olsa bile, yapılan akit batıl olur.⁷⁹⁵ Nevevî ise müzik aletlerinin parçaları mal olarak kabul edilecek olursa, bunların satım akdine konu olması sahihtir şeklinde bir görüş aktarmıştır.⁷⁹⁶ Remlî'ye göre müzik aletlerinin bütün olarak değil de parçalarının satım akdine konu olmasının sahih kabul edilmesi şundan kaynaklanmaktadır: Söz konusu müzik aletleri parçalanmadan hey'etlerini korudukları müddetçe bunlarla sadece masiyet amaçlanır. Fakat bunların parçalarının mal olarak kabul edilip intifaa elverişli hale gelmesi mümkündür.⁷⁹⁷

Şebrâmelisî ise *Hâşiye*'sinde müzik aletlerinin kırılmadan bütün olarak satıma konu olmayacağı şeklinde görüşe itiraz etmiş ve şöyle demiştir: “*Müzik aletleri, masiyet amacıyla kullanılmadığı takdirde, kullanılmaları mübah hâle gelebilir. Örneğin güvenilir*

⁷⁹² Şâfiîlere göre bir şeyin akde konu olabilmesi *akit yapıldığı anda şer'an intifaa elverişli olması şart değildir*. Örneğin annesi ölmüş yavru tay gibi sonradan intifaa elverişli hale gelecek şeyler de akde konu olabilir. Bkz. Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 395.

⁷⁹³ Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 396.

⁷⁹⁴ Şebrâmelisî, Ebu'd-Diyâ' Nüreddîn Ali b. Ali eş-Şebrâmelisî el-Kâhîrî (ö. 1087), *Hâşiye I-VIII*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003, III, 396.

⁷⁹⁵ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 496; Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 385; Gazzâlî, *el-Vecîz*, I, 278; Nevevî, *Minhâcü't-tâlibîn*, s. 211.

⁷⁹⁶ Nevevî, *Minhâcü't-tâlibîn*, s. 211; Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 385.

⁷⁹⁷ Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 397. Benzer ifadeler için bkz. Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 496.

*bir doktor, bir kimsenin hastalığının sadece bu müzik aletlerini dinleyerek geçeceğini söylese, söz konusu müzik aletlerini kullanmak mübah hale gelebilir. Dolayısıyla satım akdine konu olması da geçerli olabilir.”*⁷⁹⁸ Bu görüşe, müzik aletlerinin belirtilen faydalarının çok nadir olduğu, hükmün ise nadir olana göre verilemeyeceği şeklinde cevap verilmiştir.⁷⁹⁹

3. Zeydî Mezhebinin Görüşü

Zeydîlere göre bir şeyin akde konu olabilmesi için şer’an intifaa elverişli olması şarttır.⁸⁰⁰ Onlara göre akdin yapıldığı anda veya gelecekte helal ve mübah bir menfaati bulunan her şey bey akdine konu olabilir. Bu nedenle sadece öldürmek amacıyla kullanılan bunun dışında hiçbir faydası olmayan zehir gibi şeylerin satılması câiz değildir. Fakat zehrin bunun dışında bir faydası oluşacak olursa, akde konu olması câiz hale gelir. Davul ve def gibi şeylerin örfe çeşitli faydaları bulunduğu halde; bu faydalar, şer’î olarak helal kabul edilmediği ve bunlar şer’an haram kabul edilen fiiller için kullanıldıklarından, bunlar Zeydîler tarafından meşru mal olarak kabul edilmezler ve satım akdine konu olamazlar.⁸⁰¹

İcâre akdine konu olan şeyler konusunda da Zeydiyye’nin benzer bir yaklaşımı bulunmaktadır. Onlara göre sadece kendisinden faydalanmak şer’an mümkün olan şeyler icâre akdine konu olabilir. Bu nedenle şer’an haram olarak kabul edilen fiiller için kullanılan müzik aletleri icâre akdine konu olamaz.⁸⁰²

4. Zâhirî Mezhebinin Görüşü

Zâhirîler de bir şeyin satım akdine konu olabilmesi için meşru menfaatlerinin bulunmasını gerekli görmektedir. Örneğin hayvanların yenilmek, binmek avlanmak, onlarla tedavi olmak vs. gibi çeşitli meşru menfaatleri bulunmakta ve hayvanlar bunlar için alınıp satılmaktadır. Bu nedenle böyle bir menfaati bulunmayan herhangi bir hayvanın satım akdine konu olması onlara göre câiz değildir.⁸⁰³

5. Caferî Mezhebinin Görüşü

Caferîlere göre, tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden dolaylı amaçları şer’î esaslara aykırı olduğu takdirde, akitlerin şer’î hükmü ve hukuki sonuçları

⁷⁹⁸ Şebrâmelisî, *Hâşiye*, III, 397.

⁷⁹⁹ Şebrâmelisî, *Hâşiye*, III, 397.

⁸⁰⁰ Ansî, *et-Tâc*, II, 342.

⁸⁰¹ Ansî, *et-Tâc*, II, 328.

⁸⁰² Ansî, *et-Tâc*, III, 68.

⁸⁰³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 23.

üzerinde belirli şartlar altında etkili olur. Bu konuda genellikle objektif göstergeleri dikkate alma eğiliminde olan Caferî fakihler muamelata taalluk eden nehyi üç kısımda ele almışlardır:

Bunlardan ilki, akde konu olan şeylerin şer'an mal veya hak olarak kabul edilmediği için nehyedilmesidir. Bir şey ise ya örfen mal olarak kabul edilmediği ya da Şâri tarafından onun mâliyyet vasfı yok sayıldığı için mal özelliğini yitirmiş olabilir. Bu durumda nehyin, fesâda delâlet ettiği hususunda ihtilaf yoktur. İkincisi ise akde konu olan şeyler şer'an ve örfen mal vasfını taşıdığı halde, Şâri'in o akdin yapılmasını yasaklamış olması durumudur. Faizli alışverişler ile Müslüman kölenin gayrimüslime satılması buna örnektir. Caferî kaynaklarında tercih edilen görüş, bu durumdaki nehyin de fesâda delâlet ettiği yönündedir. Üçüncüsü ise bir muamelenin inşa edilmesinin, kendisinden daha mühim bir vacibin yapılmasına engel olduğu veya günah ve isyanda yardımlaşma veya kâfirlerin güçlenmesini sağlama gibi haram bir sonuca vesile olduğu için nehyedilmiş olmasıdır. Tercih edilen görüşe göre bu durumdaki nehiy sadece taraflar bilinçli bir şekilde haram olan sonucu kastettikleri takdirde fesâda delâlet eder. Aksi takdirde bu tür muameleler dünyevî hüküm bakımından sahih bir şekilde inikat eder. Çünkü bu nehiy, muamelenin dışındaki hârici bir duruma yöneliktir. Bu nedenle taraflar ona ulaşmayı kastetmedikleri takdirde yapılan muamele batıl olmaz.⁸⁰⁴

Onlara göre kazançlar, teklifi hüküm bakımından haram, mekruh, müstehab ve mübah olmak üzere dört kısma ayrılır. Özü itibariyle vacip kategorisinde olan kazanç ise yoktur.⁸⁰⁵

Caferilere göre hukuki bir muamelenin haram olması, birçok sebebe dayanabilir. Bunlardan birisi de muameleye konu olan şeyin haram olmasıdır. Muameleye konu olan şeyin haram olması da birçok sebepten kaynaklanabilir: Örneğin haşereler, örf açısından mal vasfı taşımadığı; domuz, şarap vs. gibi şeyler ise Şâri' tarafından maliyet vasıfları ıskat edildiği için haramdır. Bir kazancın sıhhati ise bu tür şeylerin muameleye konu olmamasına bağlıdır.⁸⁰⁶

⁸⁰⁴ Hânsârî, *Münye*, I, 42-43.

⁸⁰⁵ Bkz. Âmilî, *Miftâhu'l-kerâme*, XII, 14; Hânsârî, *Münye*, I, 15-16. Caferî kaynaklarında kazançlar konusundaki bir diğer ayırım ise şu şekildedir: Kazancın elde edildiği muamelenin türüne göre kazançlar, malların mübadelesi olan bey' ve menfaatlerin mübadelesi olan icare olmak üzere iki kategoriye ayrılır. Bey' ve icareye ilhâk edilebilecek diğer akit türleri de bunlarla birlikte değerlendirilir. (Hânsârî, *Münye*, I, 16)

⁸⁰⁶ Hânsârî, *Münye*, I, 17.

Caferîler, Şâri tarafından mal olma vasfı ıskat edildiği için kazanca konu olması şer'an haram olan şeyleri ise birkaç kategoride ele almışlardır. Bunlardan ilkini şer'an necis olan şeyler teşkil eder.⁸⁰⁷ Bazı şeyler ise özünde necis olmadığı halde, haram bir vasfa sahip olduğu veya haram bir gayesi bulunduğu için kazanç olarak elde edilmesi şer'an haram olur. Haram bir vasfa sahip olan şeyler ise “*harici vasfi sebebiyle haram olanlar*” ve “*manevi vasfi sebebiyle haram olanlar*” şeklinde ikiye ayrılır. Bunlardan hârici vasfi sebebiyle haram olan şeyler ise bu vasfı ile sırf haramın kastedildiği şeyler ve haramın yanı sıra helalin de kastedilebildiği şeyler olmak üzere ikiye ayrılır.⁸⁰⁸ Bu kategorilerin tez konumuzla doğrudan ilgisi bulunduğu için bunlar üzerinde ayrıntılı olarak durmak istiyoruz.

Caferî kaynaklarında haram bir vasfa sahip olduğu için muameleye konu olması haram olan şeyler, “*harici vasfi sebebiyle haram olanlar*” ve “*manevi vasfi sebebiyle haram olanlar*” şeklinde iki kategoride incelemektedir.

a. Harici Vasfi Sebebiyle Haram Olan Şeyler

Hârici vasfi sebebiyle haram olan şeyler ise “sırf haramın kastedildiği şeyler” ve “haramın yanı sıra helalin de kastedilebildiği şeyler” olmak üzere ikiye ayrılır.

1. Sırf Haramın Kastedildiği Şeyler

Caferîlere göre bazı şeyler, sahip oldukları harici vasfı sebebiyle haram olabilir. Onlara göre bir maddesin kazanmış olduğu suret, *harici vasf* olarak nitelendirilir. Bu nedenle kumar ve lehv aletleri ile altın ve gümüşten yapılmış kaplar, put, haç, tavla, satranç vs. gibi şeyler, kazanca konu olamazlar. Aslında bunların üretilmiş olduğu tahta, bakır, altın, gümüş vs. özü itibarıyla haram değildir. Bu açıdan akde konu olmalarında bir sakınca yoktur. Fakat bu maddelerin kazanmış olduğu suret (put olması, kumar aleti olması vs.) onların helal bir faydalanma veçhinin olmasına engel teşkil etmektedir. Bu eşyalar bu hey'ete sahip oldukları müddetçe hiçbir helal menfaat veçhine sahip olmadıkları için bunların kazanca konu olmaları da haramdır. Bu eşyaların kullanılması haram olduğu gibi onları kullanmayı öğrenmek-öğretmek ve bu fiilleri yapmak için ücret almak da haramdır.⁸⁰⁹

Caferîlere göre bir kimsenin söz konusu şeyleri, sahip oldukları bu hey'et ve amaç üzere kullanacağını bildiği bir kimseye satarak kazanç elde etmesi haramdır. Fakat satıcı,

⁸⁰⁷ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 273; Hânsârî, *Münye*, I, 19; Muhakkik el-Hillî, *el-Muhtasar*, s. 140.

⁸⁰⁸ Hânsârî, *Münye*, I, 31; Muhakkik el-Hillî, *el-Muhtasar*, s. 140.

⁸⁰⁹ Muhakkik el-Hillî, *Şerâi*, I, 273; Hânsârî, *Münye*, I, 31; Âmilî, *Miftâhu'l-kerâme*, XII, 104.

akit esnasında, alıcının bu eşyaları kırmasını şart koşarsa, kazancı haram olmaz. Ayrıca satıcı alıcının bu şeylerin hey'etlerini değiştirmesini şart koşarak bunları hammadde olarak satar ve müşteri de diyaneten güvenilir birisi olursa, yapılan akit caiz olur. Çünkü bunların hammaddesi olan tahta, bakır veya altın mal olma vasfını kaybetmemiştir. Bu iki özellik bir araya geldiği takdirde; yani alıcı diyaneten güvenilir olur ve satıcı da hey'etlerinin değiştirilmesini şart koşarsa, bunların hammadde olarak kazanç sağlayan muamelelere konu olmasında hiçbir sakınca yoktur. Müşterinin güvenilir olmaması veya satıcının suretin değiştirilmesini şart koşması durumunda ise yapılan akdin niteliği tartışmalı olmakla birlikte, Caferi mezhebinde tercih edilen görüşe göre, akit caizdir. Zira müşterinin güvenilir olmaması durumunda günah ve isyanda yardımlaşma anlamı tevehhüm edilebilir. Fakat satıcı, müşterinin akde konu olan şeyin suretini değiştirmesini şart koştuğu ve satıma konu olan şey de bunların sureti değil hammaddesi olduğu için bu durum, günah ve isyanda yardımlaşma anlamı taşımaz.⁸¹⁰

2. Haramın Yanı Sıra Helalin de Kastedilebildiği Şeyler

Caferilere göre, bazı şeylerin haram olan amaçlar için kullanılması mümkün olduğu gibi helal olan amaçlar için kullanılması da mümkündür. Bu özellikteki şeylerin kazanca konu olmasının haram olup olmadığı, tarafların niyetine göre farklı değerlendirilir. Onlara göre bu tür eşyaların haram olan faydaları kastedilmediği müddetçe, kazanca konu olmaları caizdir. Örneğin davulun hem lehv amacıyla hem de savaş meydanlarında kullanılması mümkündür. Bu nedenle bir kimsenin, davuldan haram bir surette faydalanma amacıyla olan bir kimseye onu satması haram; helal bir surette faydalanma amacıyla olan bir kimseye satması ise helaldir. Bu kategoriye giren şeylerin sahip olduğu vasıf, akdin sıhhatini etkilediği için, müşterinin amacını açıklaması vaciptir.

811

b. Manevi Vasfı Sebebiyle Haram Olan Şeyler

Caferîlere göre bazı şeyler, sahip olduğu manevî bir vasıf sebebiyle kazanç konusu olması şer'an haram olabilir. Örneğin şarkı söyleyen cariye; kumar, lehv ve hırsızlık hususunda maharetli köle bu kategoriye girer. Bunların haram olan vasıfları doğrudan amaçlandığı takdirde, kazanca konu olmalarının haram olduğu hususunda ihtilaf yoktur.⁸¹²

⁸¹⁰ Hânsârî, *Münye*, I, 31-32.

⁸¹¹ Hânsârî, *Münye*, I, 32-33.

⁸¹² Hânsârî, *Münye*, I, 33.

Caferîlere göre şarkı söylemek sadece bayram, düğün vs. gibi meşru bir sebep olduğu; şarkının içeriği isyan taşımadığı ve erkekler ile kadınlar birbirine karışmadığı takdirde mubahtır. Bu şartlar oluşmadığı takdirde şarkı söyleyerek gelir elde eden bir kimsenin kazancı haram kabul edilmektedir.⁸¹³ Bununla birlikte Caferî kaynaklarında, mutlak bir şekilde şarkı söylemenin haram olduğu yönünde rivayetler de bulunmaktadır.⁸¹⁴ Örneğin “*şarkıcı cariye'nin semeni (bedeli) haramdır*”⁸¹⁵ şeklindeki rivayet bunlardan birisidir.

Caferî kaynaklarında şarkı söyleme vasfına sahip cariyelerin alım-satım akdine konu olmasının câiz olup olmadığı meselesinde, şarkı söylemenin mübah olup olmadığı meselesiyle paralel bir şekilde birbirinden farklı rivayetler bulunmaktadır. Caferîlere göre bir kimse cariye'nin haram kabul edilen şarkı söyleme vasfını doğrudan kastederek onu satın almak veya satmak isterse yapılan akit fasittir.⁸¹⁶ Fakat bir kimse, bu tür şeylerin haram olan vasıflarını değil de bizzat kendisini katederse, bunların konu olduğu hukuki muamelenin sahih olduğu hususunda ihtilaf yoktur. Zira bunlar hem şer'an hem de örfen mal olarak kabul edilmektedir. Buğz edilen şey ise şer'an haram olan vasfın kullanılmasıdır. Haram olan vasıf ise hukuki muameleye konu olan cariye veya kölenin mal özelliğini yitirmesine sebep olmaz.⁸¹⁷

3.2. Sübjektif Kriterleri Esas Alanlar

Bütün hukukçular hukuki işlemlerin yorumlanmasında, öncelikle irade beyanının dilsel analizlerinin yapılması gerektiği hususunda hemfikirdir. Fakat dil sürçmesi, hezl vs. gibi herhangi bir nedenle beyanın gerçek iradeye aykırı olması veya beyan gerçek iradeye aykırı olmasa bile hata, ikrah veya hile vs. gibi bir nedenle içteki iradenin sakat bir şekilde meydana gelmiş olması durumlarında, söz konusu beyana bağlanacak hukuki sonuçlar, fakihler arasında tartışmalıdır. Bu konuda Hanefî ve Şâfiî mezhepleri hukuki istikrar ve nizam endişesiyle, genellikle objektif unsur olan beyanı esas alan çözümlere yönelmiştir. İkrah halinde yapılan kurucu beyanı dahi geçerli kabul ederek buna hukuki sonuç bağlayan Hanefîler, bu konuda Şâfiîlere göre daha katı bir tavra sahiptir. Mâlikî ve

⁸¹³ Hürr el-Âmilî, *Vesâilü 'ş-Şî'a*, XVII, 120-122.

⁸¹⁴ المغنية ملعونة، ملعون من أكل كسبها / *Şarkı söyleyen kadın mel'ündür. Onun kazancını yiyen de mel'ündür.*”

Hürr el-Âmilî, *Vesâilü 'ş-Şî'a*, XVII, 121. (Hadis no: 22147)

⁸¹⁵ “ثمن الجارية المغنية سحت” Bkz. Hürr el-Âmilî, *Vesâilü 'ş-Şî'a*, XVII, 123. (Hadis no: 22152)

⁸¹⁶ Hürr el-Âmilî, *Vesâilü 'ş-Şî'a*, XVII, 122-124.

⁸¹⁷ Hânsârî, *Münye*, I, 34; Âmilî, *Miftâhu'l-kerâme*, XII, 110.

Hanbelî fakihler de prensipte beyanı esas almakla birlikte, herhangi bir uyuşmazlık durumunda, genellikle içteki gerçek iradeyi tespit etmeye dönük analizlerde bulunmuşlardır. Benzer bir yaklaşımı sübjektif gayenin hukuki muamelelere etkisi probleminde de görmekteyiz.

Tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gayeyi dikkate alma konusunda çerçeveyi en geniş tutan mezhep, Mâlikî mezhebidir. Onlara göre şer'î esaslara aykırı sübjektif gayenin akdin hukuki sonuçlarına etki edebilmesi için karşı tarafça doğrudan bilinmesi veya hâlin delâletiyle bilinme imkânının olması yeterlidir. Bu prensipleri nedeniyle, akit inşa edildiği esnada irade beyanıyla birlikte açıklanmış olan ve akdin mahallinin tabiatından anlaşılan sübjektif gayenin yanı sıra objektif unsurlar ile doğrudan alakası bulunmayan fakat karinelerin delâlet ettiği sübjektif gayeyi de dikkate almışlardır. Hanefî ve Şâfiîlerin aksine hâl karinesi onlar için yeterli bir ölçüttür. Bazı durumlarda şer'î esaslara aykırı şahsi gayenin mevcudiyeti hususunda zann-ı gâlibin varlığını yeterli görmüşlerdir. Diğer bir deyişle bir şeyin potansiyel mevcudiyet yeri ve muhtemel sübut göstergesi anlamında *mazınne* ile yetinmişlerdir. Onlara göre çoğunlukla veya genellikle gayri meşru bir amaca ulaşmak için yapılan hukukî muâmelelerde, tarafların gerçek niyetinin ne olduğunu araştırmaya gerek yoktur. Bu gibi durumlarda tarafların meşru bir niyet taşımadığı hususunda zann-ı gâlip bulunmaktadır.⁸¹⁸

İbadetler ile cezaların yanı sıra muâmelât konularında da *ihtiyât prensibini*⁸¹⁹ çok sık işleyen Mâlikîler, tarafların şer'an meşru kabul edilmeyen gayesinin mutlak olarak bilinmesini şart koşmamışlardır. Onlara göre bir hukuki muamele çoğunlukla veya genellikle Şâri tarafından meşru kabul edilmeyen sonuçları elde etmek için yapılıyorsa sedd-i zerâi kaidesi gereğince engellenmesi gerekir. Bu gibi muamelelerde tarafların gayesinin meşru olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Zira bir muamelenin çoğunlukla meşru olmayan sonuçları elde etmek için yapılıyor olması, tarafların gerçek niyetinin de o yönde olduğunu gösteren bir karinedir. Hukuki muamelelerin şer'î değerlendirmesinde, onları yapan kişilerin niyeti de etkilidir. O halde çoğunlukla mefsedete vesile olan hukuki muameleleri yapan kişilerin niyeti kötü olmasa bile söz konusu muamelelerin engellenmesi gerekir. Bu ihtiyât prensibinin gereğidir.⁸²⁰

⁸¹⁸ Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 13; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 240.

⁸¹⁹ “Şüpheli konularda hata ve günaha düşmemek için en güvenli usulü ve çözümü benimsemeyi ifade eden fıkıh terimi.” Bkz. Hacı Yunus Apaydın, “İhtiyât”, *DİA*, İstanbul 2000, XXI, 577.

⁸²⁰ Düreynî, *Nazariyyât*, s. 240; Şelebî, *el-Medhal*, s. 465.

Şâtıbî şöyle demiştir: “Genellikle veya nadir olarak değil de çoğunlukla mefsetete götüren şeyler, karışıklık ve tartışmaya açıktır. İmam Mâlik, sedd-i zerâi konusunda, uygulamada çoğunlukla yasak olan şeye ulaşma kastının ortaya çıkması durumunda, bu kastı da dikkate almıştır. Şu var ki, kasıt, insanın iç dünyasıyla ilgili bir durum olması sebebiyle özünde munzabıt değildir. (Bir kimsenin kastını net olarak belirlemek mümkün değildir.) Fakat yasaklanan şeyin çokça meydana gelmesi, onu gerçekleştirme kastının varlığına dair bir mazınne teşkil eder. Her ne kadar zaman zaman mazınne / karine bulunmasına rağmen hükmün bulunmaması durumu söz konusu olsa da bu nadirdir. O halde bir sonucun çokça meydana gelmesi, kişilerin kastının da o yönde olduğunun göstergesi olarak kabul edilir.”⁸²¹

Mâlikîler, tarafların gerçek niyet ve gayelerinin akitler üzerinde etkili olduğu hususunda ittifak halindedir. Fakat bunun müeyyidesi hususunda aralarında görüş ayrılığı vardır. Mâlikî mezhebinin kurucu imamı, İmâm Mâlik’e göre tarafların meşru olmayan gayeleri, hukuki tasarruflar üzerinde etkilidir. Fakat mutlak manada onların hükümsüz bırakılmasına neden olmaz. Bazı durumlarda akdin ortaya çıkardığı hukuki sonuçların bir kısmının izâle edilmesini gerektirir. Örneğin alıcının meşru olmayan bir amaç taşıdığı satım akdi yok hükmünde kabul edilmez. Sadece satıma konu olan malın (hâkim kararı veya yeni bir akitle) müşterinin mülkiyetinden çıkarılması gerekir. Buna karşılık, sonraki Mâlikî fakihler özellikle de Şâtıbî, İmâm Mâlik’in aksine, tarafların meşru olmayan amaçlarının akdi, mutlak olarak bâtil kıldığı görüşündedir.⁸²²

Mâlikîlere göre taraflardan biri, diğerinin meşru olmayan maksadını bilmediği takdirde, akit inikat eder. Fakat bu maksadın sonradan anlaşılması durumunda söz konusu akdin feshedilmesi vacip olur. Yapılan akdin feshedilme imkânı bulunmazsa, mülkiyetin nakli sonucunu doğuran akitlerde, meşru olmayan maksada sahip olan taraf akde konu olan malı, sahih bir sebeple mülkiyetinden çıkarmaya zorlanır. Kullandırma sözleşmeleri ise feshedilir.⁸²³

Hanbeliler de Mâlikîler gibi tarafların meşru olmayan sübjektif gayesini akitlerin hukuki sonuçları üzerinde etkili görmektedir. Onlara göre tarafların irade beyanında sarih bir şekilde zikrettikleri veya akitten önce kararlaştırmış oldukları amaçlarının yanı sıra beyan etmedikleri amaçları da akitlerin hukuki sonuçları üzerinde etkilidir. Ahmed b.

⁸²¹ Bkz. Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III, 77.

⁸²² Desûkî, *Hâşiye*, III, 7; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 242-243.

⁸²³ Bkz. Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, V, 42-43; Desûkî, *Hâşiye*, III, 7.

Hanbel (ö. 241/855) bu hususta sübjektif eğilimi benimsemiştir. Ona göre tarafların meşru olmayan bir sonuca ulaşmak için akdi vesile kıldığı ortaya çıktığı takdirde, yapılan akit batıl olur. Bunun için tarafların gerçek niyetlerini beyan etmiş olmaları zorunlu değildir. Hâlin delâleti veya örf yoluyla, tarafların meşru olmayan amaçları bilinebiliyorsa yapılan akit bâtil olur. Çünkü bu akdin tenfizinde günah ve düşmanlıkta yardımlaşma anlamı vardır. Günah ve isyanda yardımlaşmak ise nass ile yasaklanmıştır.⁸²⁴

Hanbelîler, akdin Şâri tarafından meşru kabul edilmeyen bir gayeye ulaşmak için yapıldığı ortaya çıktıktan sonra akdi geçersiz kılmak için bu gayenin karşı tarafça bilinmesinden başka şart koşmazlar. Bunun için karşı tarafın doğrudan biliyor olması şart olmayıp hâlin delâleti veya örf sebebiyle bilme imkânına sahip olması da yeterlidir.⁸²⁵ Hanbelîlerin bu şartı koşmalarındaki temel sâik, hukuki muamelelere duyulan güveni sağlamak ve istikrarı temin etme düşüncesidir.⁸²⁶

Hanbelîlerden İbn Kayyim (ö. 751/1350) hukuki muamelelerde niyet-lafiz ilişkisini şu şekilde dile getirmiştir.⁸²⁷

1. Akdi inşa eden kimsenin irade beyanı ile niyeti (gerçek iradesi) örtüştüğü takdirde, akit inikat eder ve hukuki sonuçlarını doğurur.

2. İrade beyanında kullandığı ibareler ile asıl kastı (gerçek irade) farklı olur ve asıl kastını gösteren herhangi bir karine olmaz ise diyaneten niyeti sebebiyle günahkâr olur. Ancak kullandığı ibarelerden anlaşılan şekliyle akdin gereğinin yerine getirmesi gerekir.

3. Tarafların maksat ve niyetlerini gösteren herhangi bir karine olduğu takdirde, niyetin kendisine bakılır. Eğer şer'î esaslara ters düşmüyorsa akit sahih olup hukuki sonuçlarını meydana getirir. Aksi takdirde söz konusu akit fasit olup ona hiçbir hukuki sonuç terettüp etmez.

3.2.1. İrade Beyanı ile İlişkisi Bakımından Sübjektif Gaye

Mâlikî ve Hanbelîler, tarafların meşru olmayan amaçlarıyla ilişkisi bakımından akitleri, dört aşamada ele almışlardır. Bu aşamalardan ilkini, tarafların sözlü beyanda bulunmaksızın içlerinden geçirdikleri niyetleri teşkil eder. Hem Mâlikîler hem de

⁸²⁴ Düreynî, *Nazariyyetü't-teassüf*, s. 216; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 238.

⁸²⁵ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 73-77.

⁸²⁶ Düreynî, *Nazariyyetü't-teassüf*, s. 216.

⁸²⁷ İbn Kayyim, *İ'lâm*, IV, 499-505, V, 127-128; Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 16-17.

Hanbeliler, İbadet vasfı ağır basan nikâh akdinde, bunu dikkate almışlar; alım-satım, icâre vs. gibi günlük muamelelerde ise dikkate almamışlardır. İkinci aşama, tarafların ulaşmak istedikleri gerçek amaçları konusunda, akitten önce anlaşmış olmaları durumudur. Akde takaddüm eden şart meselesiyle yakın alakası bulunan bu durumu, bütün akitlerde dikkate almışlardır. Üçüncü aşama, tarafların kararlaştırmış oldukları amaçlarını, irade beyanında şart koşmalarıdır. Bu durumun akit ve diğer hukuki işlemleri doğrudan etkilediği hususunda İslam hukukçuları arasında ihtilaf yoktur.⁸²⁸ Dördüncü aşama ise tarafların kastından ziyade söz konusu hukuki muamelenin sebep olduğu objektif sonuçların dikkate alınmasıdır. Onlara göre bir hukuki muamele genellikle, Şâri tarafından yasaklanmış sonuçları elde etmek üzere yapılıyorsa, yasaklanması gerekir. İtibâru'l-meâl ve sedd-i zerâi prensipleri bunu gerektirir.⁸²⁹

3.2.1.1. Tahlîl Amacıyla Yapılan Nikâh Akdi

Mâlikî ve Hanbelîler tahlîl amacıyla yapılan nikâh akdi hususunda mücerret niyeti dikkate alan bir yaklaşıma sahiptir. Onlara göre evlenecek erkeğin tahlîl amacı taşımasıyla, nikâh akdi fasit hale gelir ve feshedilmesi gerekir. Söz konusu akdin fasit olması için tahlîlin irade beyanında şart koşulmuş olması veya akit esnasında sarih bir şekilde beyan edilmiş olması gerekli değildir. Evlenen erkek, gerçek niyetini gizleyecek olursa, bu hüküm diyani açıdan sadece onu bağlar.

1. Mâlikî Mezhebinin Görüşü

Mâlikîler, bir kimsenin, üç talakla boşanmış bir kadını ilk kocasına helâl kılmak maksadıyla onunla evlenmesini fasit kabul etmektedir. Hülle nikâhı ile ilgili birçok delil bulunmaktadır. Bütün fakihlerin bu konuda delil olarak kullandığı “لعن الله المحلل و المحلل له” ... / ... *Allah muhallile ve kendisi için hülle yapılan lanet etmiştir*⁸³⁰ şeklindeki hadis, Mâlikîler tarafından şu şekilde yorumlanmıştır. Herhangi bir davranışın Şâri tarafından kınanmış veya lanetlenmiş olması dil açısından söz konusu davranışın nehyedildiğine delâlet eden bir göstergedir. Bu nedenle Hz. Peygamber’in (s.a.v.) “لعن الله المحلل... / ... *Allah muhallile lanet etmiştir*” şeklindeki ifadesi de fıkıh usûlü açısından nehiy olarak kabul edilir. Mâlikîlere göre nehiy, nehyedilen şeyin fesadına delâlet ettiği için nehyedilmiş bir nikâh akdi, şer’î nikâh yani hukukî açıdan geçerli bir nikâh olarak

⁸²⁸ İbn Teymiyye, *Beyânu’d-delîl*, s. 31.

⁸²⁹ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, III, 77.

⁸³⁰ Tirmîzî, “Nikâh”, 28.

nitelendirilemez.⁸³¹ Bu nedenle Mâlikî mezhebine göre bir kimsenin tahlîl kastıyla yaptığı nikâh akdi fasit olup ister zifaf gerçekleşsin ister gerçekleşmesin bu akdin feshedilmesi gerekir.⁸³²

Mâlikîler, hülle nikâhının fesâdı hususunda, tahlîl kastıyla evlenen kocanın niyetini dikkate almışlardır. Buna göre boşama salahiyetleri bulunmayan kadının veya onun ilk kocasının tahlîl kastı taşıyor olmaları söz konusu nikâh akdinin sıhhatine engel teşkil etmez.⁸³³ Akdin sıhhati hususunda kadının veya kadının ilk kocasının niyetleri etkili olmadığı için bunlar tahlil niyetine sahip oldukları takdirde, kadının zifaftan sonra herhangi bir sebeple ikinci kocasından ayrılması halinde tahlîl gerçekleşir ve ilk kocasıyla evlenebilmesi mümkün hale gelir. Mâlikîler bu meselede evlenecek erkeğin kastına o kadar önem vermişlerdir ki ister irade beyanında belirtmiş olsun ister olmasın bu kimsenin tahlîl kastı taşıyor olmasını nikâhın fesadı için yeterli bir sebep olarak görmüşlerdir.⁸³⁴

Mâlikîlere göre Şâri tarafından meşru kabul edilmeyen tahlîl niyetinin nikâh akdi üzerinde etkili olabilmesi için objektif göstergelere dayanma zorunluluğu yoktur. Bu nedenle bir kişi tahlîl niyetini irade beyanında şart koşma şeklinde dile getirmese veya daha sonra ikrar etmese bile söz konusu nikâh akdi sırf bu niyet sebebiyle fasit olur. Hatta bir kimse aralarında herhangi bir anlaşma olmaksızın sırf iyi niyetle, bir kadını ilk kocasına helâl kılmak maksadıyla onunla evlenirse, Mâlikî fakihlerin çoğunluğuna göre yapılan akit fasit olur. Evlenecek erkeğin niyetine büyük önem veren Mâlikîler, nikâh esnasında sözlü bir beyanda bulunmaksızın içinden kadını kendisine uygun gördüğü takdirde evliliği devam ettirmeyi, aksi takdirde onu ilk kocasına helâl kılmayı geçiren bir kişinin yaptığı nikâh akdini de sahih görmemiştir.⁸³⁵ Mâlikî mezhebine göre söz konusu nikâh akdi fasit olduğu için taraflar sıhhat şartlarını taşıyan yeni bir nikâh akdi yapmadıkları müddetçe evlilik bağına sürdürmeleri de câiz değildir.⁸³⁶

⁸³¹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 482, 506; Desûkî, *Hâşiye*, II, 258.

⁸³² İbn Rüşd el-Cedd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtûbî el-Endelüsî (ö. 520/1126), *el-Beyân ve't-tahsîl ve'ş-şerh ve't-tevcîh ve't-ta'lîl fî mesâilü'l-müstahrace I-XX*, thk. Muhammed Haccî, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, II. Baskı, 1408/1988, IV, 385; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 506; Desûkî, *Hâşiye*, II, 258.

⁸³³ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IV, 385; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 506; Desûkî, *Hâşiye*, II, 258.

⁸³⁴ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IV, 385; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 506; Zeydân, *Eserü'l-kusûd*, s. 261.

⁸³⁵ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IV, 385-386; Desûkî, *Hâşiye*, II, 258.

⁸³⁶ Desûkî, *Hâşiye*, II, 258; Zeydân, *Eserü'l-kusûd*, s. 261.

2. Hanbelî Mezhebinin Görüşü

Hanbelî mezhebine göre, bir erkeğin tahlîl kastıyla yaptığı nikâh akdi, ister akit esnasında bu niyetini beyan etmiş olsun ister olmasın bâtil bir akittir. Bu konuda kadının veya velilerinin veyahut da ilk kocasının bundan haberdar olup olmadığı önemli değildir. Bu nedenle tahlîl niyetiyle evlenmiş olan bir erkek, evlilik bağına devam ettirmek isterse, yeni bir nikâh akdi yapmak zorundadır. Çünkü daha önceki nikâh, erkeğin Şâri tarafından yasaklanmış niyeti sebebiyle fasit olmuştur. Erkeğin niyetinin sonradan değişmiş olması, fesâdı ortadan kaldırmaz.⁸³⁷

Hanbelîler hülle konusunda, evlenecek erkeğin niyetine o kadar önem vermişlerdir ki onlara göre bir erkeğin mücerret hülle kastı taşıması, nikâhın bâtil olması için yeterlidir.⁸³⁸ Bu nedenle, akitten önce taraflardan biri, tahlîli şart koştuğu halde, akit esnasında bu şartı beyan etmeden erkek hülle niyetlenirse veya öncesinde şart koşmadıkları halde, erkek kendiliğinden nikâh esnasında hülle niyetlenirse yapılan akit bâtildir.⁸³⁹

Erkeğin niyetinin önemini göstermesi bakımından şu örnek de ilginçtir. Hanbelîlere göre bir kimseye, nikâhtan önce kadını ilk kocasına helâl kılması şart koşulsa ve bu kişi, nikâh esnasında hülle niyeti taşıyorsa yapılan akit sahih olur. Kadının veya onun velilerinin tahlile niyetlenmiş olması ise yapılan akdi etkilemez.⁸⁴⁰ Onlara göre kadının boşama salahiyeti olmadığı için niyetinin de bir etkisi yoktur. Bu kural kadının ilk kocası için de geçerlidir. Hz. Peygamber'in onu lanetlemesi tahlîl niyeti taşıması sebebiyle değil, hülle nikâhı yapan bir kadınla yeniden evlenmiş olması sebebiyledir. Bu bakımdan zâni olur ve laneti hak eder.⁸⁴¹

Hanbelîlerdeki genel kanaat hülle niyetiyle yapılan nikâh akdinin uhrevi hüküm bakımından haram olduğu yönündedir. Bununla birlikte bu nikâhın mekruh olduğunu söyleyenler de vardır.⁸⁴² Hülle niyetiyle evlenen bir erkek ister akit esnasında ister akit yapılmadan önce, isterse yapıldıktan sonra gerçek niyetini, beyan etmiş olsun, yapılan

⁸³⁷ Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, III, 51; İbn Teymiyye, *Beyânu'd-delîl*, s. 17-18; İbn Teymiyye, *el-Fetâva'l-kübrâ*, VI, 8.

⁸³⁸ İbn Teymiyye, *el-Ukûd*, s. 402.

⁸³⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 51.

⁸⁴⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 53. İbrahim en-Nehâî ve Hasan Basri'ye göre ister kadın, ister adam, isterse kadının velileri niyetlenmiş olsun tahlil kastıyla yapılan nikâh akdi fasittir. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 53, İbn Teymiyye, *Beyânu'd-delîl*, s. 19-20.

⁸⁴¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 53.

⁸⁴² İbn Teymiyye, *el-Ukûd*, s. 403.

akit hem dünyevî hem de uhrevî hüküm bakımından bâtil olur. Gerçek niyetini gizleyecek olursa, söz konusu akit, diyani hüküm açısından bâtil ve haram olur. Fakat asıl niyeti gizli olduğu için bu hüküm, sadece onu bağlar.⁸⁴³

Hanbelîlere göre hüllenin akit esnasında veya akitten önce şart koşulması arasında fark yoktur. Çünkü Hanbelî mezhebindeki genel kurala göre “*akitten önce koşulmuş olan şart, akit esnasında şart koşulmuş gibidir.*”⁸⁴⁴ Onlara göre iki kişi, herhangi bir konuda anlaşmaya vardıldıktan sonra, bunu akit esnasında beyan etmeden akdi mutlak bir şekilde yapacak olursa, akit daha önce anlaşmış oldukları şartla birlikte yapılmış gibi değerlendirilir.⁸⁴⁵

Hanbelîlere göre erkeğin hülle niyeti taşıdığı bir nikâh akdi bâtil olduğu için bu kişi kadını boşadıktan ve kadın da iddetini tamamladıktan sonra ilk kocasına yeni bir akitle dönecek olursa, bu akit de bâtildir. Zira hülle nikâhı bâtil olduğu için kadın, bu nikâh sebebiyle ilk kocasına helal olmaz.⁸⁴⁶

Hanbelî mezhebine göre bir kimsenin hülle niyetiyle evlenmesinin bâtil olmasının aksine, boşama niyetiyle evlenmesi sahihtir. Bu akdin sıhhati için tek şart, bunun nikâh esnasında şart koşulmamış olmasıdır. Örneğin bir kimse nikâh esnasında şart koşmadan bir ay sonra kadını boşamak niyetiyle evlenirse, yapılan nikâh akdi sahihtir. Evzâi ise bu akdi mut’a olarak görmüş ve sahih kabul etmemiştir.⁸⁴⁷ Fakat belirli bir süre sonra boşama şartıyla evlenirse, söz konusu akit ittifakla sahih olmaz. Söz konusu şart nikâhın bekâsına engel olduğu için yapılan akdin mut’a nikâhına benzemesine sebep olur.⁸⁴⁸

3.2.1.2. Tarafların Meşru Olmayan Bir Amaç Taşıdığı Satım Akitleri

Mâlikî ve Hanbelîlere göre taraflar, Şâri tarafından meşru kabul edilmeyen şahsi gayelerini, satım akdi esnasında veya öncesinde, şart koşma şeklinde beyan edecek olurlarsa, söz konusu beyan, ortak şart gibi algılanır ve satım akdinin şer’î hükmü ve hukuki sonuçları üzerinde etkili olur. Fakat bu şekilde bir beyan bulunmaz ve taraflardan yalnız biri meşru olmayan bir gayeye sahip olursa hem Mâlikîler hem de Hanbelîler, karşı tarafın bundan haberdar olması veya haberdar olma imkânının bulunması durumunda,

⁸⁴³ İbn Teymiyye, *el-Ukûd*, s. 402.

⁸⁴⁴ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 53; İbn Teymiyye, *el-Kavâidu’l-nûrâniyye*, s. 302-303; a. mlf., *el-Fetâva’l-kübrâ*, IV, 108.

⁸⁴⁵ İbn Teymiyye, *el-Ukûd*, s. 404-405.

⁸⁴⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 54.

⁸⁴⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 48; İbn Teymiyye, *el-Ukûd*, s. 410.

⁸⁴⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 49.

satım akdinin hukuki sonuçları üzerinde etkili olacağını belirtmiştir. Onlara göre günah ve isyanda yardımlaşmanın Şâri tarafından yasaklanmış olması, amellerin şer'i değerlendirmesinde niyetin dikkate alınması gerektiğine işaret eden hadis, itibâru'l-meâl delili, sedd-i zerâi kâidesi ve hilenin haramlığı ilkesi, bu düşüncenin doğruluğunu ispatlamaya yeterlidir.

1. Mâlikî Mezhebinin Görüşü

Mâlikîlere göre bir alım-satım akdinin Allah'ın mübah ve helal kıldığı sınırlar içinde gerçekleşmesi gerekir. Bu nedenle ister genel ister özel bir hakka taalluk etsin eğer bir alım-satım akdine dünyevî veya dini bir mefsedet terettüp ederse söz konusu akit şer'an menhiyyun anı olur.

Mâlikîlere göre taraflardan herhangi birinin, meşru olmayan bir sonucu elde etmek için alım-satım akdini vesile kılması nehyedilmiştir. Sedd-i zerâi delili bunu gerektirir. Satım akdinin Şâri tarafından meşru kabul edilmeyen bir sonucu elde etmek için vesile kılınması yasaklanmış olduğu gibi meşru kabul edilmeyen bir niyetle yapmış olması da yasaktır. Onlara göre akitler, uhrevî hüküm bakımından tarafların niyetinden mutlak manada etkilenir. Dünyevî hüküm bakımından etkilenebilmesi için ise bu kötü niyetin karşı tarafça bilinmesi veya bilinme imkânının olması yeterlidir. Bu prensipleri sebebiyle Mâlikî mezhebine göre, Müslümanların, haç üreticisine kereste veya şarap üreticisine üzüm satmaları; kilise yapacağı bilinen bir kimseye, binalarını kiralamaları veya satmaları; ipek kumaştan elbise giyeceği bilinen bir kimseye ipek kumaş satmaları yasaktır.⁸⁴⁹ Bir Müslümanın meşru olmayan işlerde kullanacağını bildiği bir kimseye evini kiraya vermesi veya satması haram olduğu gibi şer'an haram olan şeyleri satacağını bildiği bir kimseye dükkânını kiralaması ve satması da haramdır.⁸⁵⁰

Mâlikîlere göre silahın satım akdine konu olması esasında mübah olmakla birlikte; satıcı, müşterinin satın aldığı silah ile insanların güvenliğini tehdit edeceğini ve güven ortamını ortadan kaldırmayı hedeflediğini bilirse, ona silah satması haram olur. Bu nedenle yol kesicilere, isyancılara ve kargaşa çıkaranlara silah satmak haramdır.⁸⁵¹

Müslümanların muharip düşmana silah ve mühimmat satmaları da aynı hükme tabidir.⁸⁵² Fakat onlara savaş aletlerinin dışındaki diğer malların sözgelimi yiyecek

⁸⁴⁹ İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hükkâm*, II, 158; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, V, 42-43.

⁸⁵⁰ Desûkî, *Hâşiye*, III, 7.

⁸⁵¹ Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, V, 42.

⁸⁵² İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hükkâm*, II, 158; Desûkî, *Hâşiye*, III, 7.

maddelerinin satılıp satılamayacağı ihtilafıdır. İbn Yunus ve İbn Habîb, bu tür malların muharip düşmana satışı hususunda, savaş hali ile sulh hali arasında ayırım yapmış ve bunları sulh döneminde satmanın câiz olduğunu söylemişlerdir. Şâtıbî ise mutlak manada, yasak olduğu görüşündedir. İbn Ferhûn ve İbn Cüzeyy bu görüşü, İbnü'l-Kasım'a nispet etmiştir. Şâtıbî'ye göre Müslümanlara zarar vermek için kullanma amacıyla almaları durumunda harbîlere mum satmak haram; fakat kendi bayramlarında kullanma amacıyla almaları durumunda, onlara mum satmak mekruhtur.⁸⁵³

Mâlikîler silah ve mühimmat satışı hususunda ise ayırım yapmamış ve ister sulh, ister barış dönemi olsun muharip düşmana savaş aletleri satmanın yasak olduğunu söylemişlerdir. Çünkü böyle bir akit, Müslümanlarla dolaylı olarak savaşmak anlamına gelir ve onlara silah satan bir kimse, Müslümanların kanına karşılık rüşvet almış gibi olur.⁸⁵⁴

Taraflardan birinin meşru olmayan bir amaç taşıdığı satım akdinin yasaklanması gerektiği hususunda, Mâlikî fakihler ittifak halindedir. Fakat söz konusu akit, yasağa rağmen yapılacak olursa, hukuki müeyyidesi konusunda Mâlikî fukahası arasında ihtilaf vardır. Bu konuda Mâlikîlerin üç farklı yaklaşım sergilediklerini söyleyebiliriz:

1. Mâlikî mezhebinin ilk yaklaşımı Hanefî mezhebi ile benzerlik göstermektedir. Buna göre tarafları akit yapmaya sevk eden sübjektif gaye, sadece uhrevî hüküm bakımından akdin haram olup olmadığı hususunda etkilidir. Dünyevî hüküm bakımından ise yapılan akit sahih olur ve hukukî sonuçlarını meydana getirir. Söz konusu akit bâtil olmadığı gibi feshedilmesi de gerekmez. Fakat bazı durumlarda akdi yapan taraflar, akitten kaynaklanan meşru olmayan neticeleri izâle etmeye zorlanabilir.⁸⁵⁵

Mâlikî fukahasından Derdîr (ö. 1201/1786) şöyle demiştir. “*Müşterinin caiz olmayan bir şeyi amaçladığı bilinen bütün satım akitleri yasaklanır.*”⁸⁵⁶ Öğrencisi Desûkî (ö. 1230/1815) ise Hâşiye’inde bu prensibi şu şekilde açıklamıştır: “*Fesâd ehline câriye; kiliseye veya şarap üretim yerine dönüştürecek kimseye ev; haç yapacağı bilinen kimseye tahta, şarap üreten bir kimseye üzüm; çan yapacağı bilinen kimseye bakır; muharip düşmana silah, eğer vs. gibi savaş aletleri veya savaşta korundukları şeyleri satmak geçerli bir akittir. Fakat meşhur olan görüşe göre, (şer’an meşru ve muteber kabul*

⁸⁵³ Desukî, *Hâşiye*, III, 7.

⁸⁵⁴ İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hükkâm*, II, 157; Desukî, *Hâşiye*, III, 7.

⁸⁵⁵ Bkz. Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 7; Giryânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 200-201; Mesûne el-Hüsni, *el-Bâis*, s. 196.

⁸⁵⁶ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 7.

*edilmeyen amaçlar taşıyan) müşteri yeni bir satım akdi vs. yolla satıma konu olan şeyi mülkiyetinden çıkarmaya zorlanır.*⁸⁵⁷

2. Mâlikî mezhebindeki ikinci görüşe göre satıcının, alıcının meşru olmayan amacını kesin olarak bildiği bir satım akdi fasit olup mebî mevcut olduğu takdirde söz konusu akit feshedilir. Ancak mebî bir şekilde mevcut değilse satıcı, mebînin kıymetine muvafakat eder ve mebînin değerinden fazla bir bedel almışsa fazladan aldığı miktarı tasadduk eder. Ancak satıcı, alıcının meşru olmayan maksadını akit esnasında bilmiyorsa yapılan akit ittifakla sahihtir.⁸⁵⁸ Bu görüşe göre akdin feshedilebilmesi için taraflardan birinin meşru olmayan şahsi gayesinin karşı tarafça bilinmesi ve akdin konusunun akitten sonra mevcut olması gerekir. Aksi takdirde akit, sahih bir şekilde inikat eder.

Muharip düşmana yiyecek maddelerinin satışının yasak olduğu görüşünde olan İbn Rüşd el-Cedd (ö. 520/1126) şöyle demiştir: “*Satıcı, müşterinin kâfir olduğunu bilirse, yapılan akdin feshedilip feshedilmeyeceği ihtilaflıdır. Fakat satıcı, müşterinin Müslüman olduğunu zannederek malını satarsa ittifakla yapılan akit feshedilmez. Fakat müşteri, yeni bir satım akdi vs. bir yolla akde konu olan şeyi elinden çıkarmaya zorlanır.*”⁸⁵⁹ Görüldüğü üzere İbn Rüşd, bu husustaki ihtilafın kaynağını tarafların birbirlerinin amaçlarını bilip bilmemeleri olarak tespit etmiştir. Ona göre müşterinin gayrimüslim olması onun meşru olmayan maksadını gösteren kuvvetli bir karinedir. Bu nedenle bazı fakihlere göre akdin feshedilmesi gerekirken bazılarına göre akit feshedilmeden müşteri mebiyi elinden çıkarmaya zorlanmalıdır.

3. Mâlikî mezhebindeki üçüncü görüşe göre ise satıcının, alıcının şer’an meşru olmayan amacını bildiği bir satım akdi, gayri münakittir. Söz konusu akit inikat etmediği için mebî satıcının mülkiyetinde kalmaya devam eder ve bu nedenle satıcının, satmış olduğu şey karşılığında almış olduğu tüm semeni tasadduk etmesi vaciptir. Ancak satıcı, alıcının amacını bilmezse yapılan akit ittifakla sahihtir.⁸⁶⁰ Sonraki Mâlikî fakihler özellikle de Şâtıbî, bu görüşü tercih etmiştir.

Alım-satım akdi ile ilgili bu örneklerden yola çıkarak şunları söyleyebiliriz. Mâlikîler de Hanefî ve Şâfiîler gibi akitlerin (nikâh hariç) dünyevî hükmünün objektif verilere dayanması gerektiği görüşündedir. Bu nedenle tarafların iç dünyasında gizli

⁸⁵⁷ Desûkî, *Hâşiye*, III, 7.

⁸⁵⁸ Giryânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 201; Mesûne el-Hüsni, *el-Bâis*, s. 196; Desûkî, *Hâşiye*, III, 7.

⁸⁵⁹ Desûkî, *Hâşiye*, III, 7.

⁸⁶⁰ Bkz. Desûkî, *Hâşiye*, III, 7; Giryânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 201; Mesûne el-Hüsni, *el-Bâis*, s. 196.

kalan ve hiçbir şekilde bilinme imkânı olmayan gerçek niyet ve amaçlarını akitler üzerinde etkili görmemişlerdir. Bu nitelikteki akitler, dünyevî hüküm bakımından ittifakla sahihtir. Fakat hâl karinesi veya kötü niyete sahip olan kişinin ikrarda bulunması gibi bir gösterge olduğu takdirde bunu dikkate almış ve akitlerin dünyevî hükmü üzerinde etkili görmüşlerdir. Örneğin bir kimsenin şarap veya haç üreticisi olması onun şer'an meşru olmayan gayesini gösteren kuvvetli bir karinedir. Mâlikîlere göre bu karinenin onunla yapılacak alım-satım vs. gibi hukuki muamelelerin şer'î değerlendirmesinde dikkate alınması gerekir.

2. Hanbelî Mezhebinin Görüşü

Hanbelî mezhebine göre, satım akdinin taraflarından biri, diğer tarafın Şâri'in gayelerine aykırı haram amacını bildiği takdirde söz konusu akit, hem haram hem de bâtıl olur. Böyle bir akit inikat etmez ve ona hiçbir hukuki sonuç bağlanmaz.

Hanbelîler, tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sübjektif gayenin tespitinde, kötü niyete sahip tarafın ikrarının⁸⁶¹ yanı sıra hâl karinesi ve örfün delâletini de dikkate almışlardır. Onlara göre irade beyanında sarîh bir şekilde ifade edilmemiş olsa dahi çeşitli karineler, taraflardan birinin meşru olmayan bir amaç taşıdığına delâlet ediyorsa, yapılan akit bâtıl olur ve ona hiçbir hukuki sonuç bağlanmaz. Fakat karşı taraf meşru olmayan amacı bilmiyor veya bilme imkânına da sahip değilse, bu durumda söz konusu akit kötü niyet sahibi açısından haram, diğer taraf için ise helâl olur.⁸⁶²

Örneğin aldığı bardakla şarap içeceği bilinen kişiye bardağı satmak, satın aldığı yumurta veya ceviz ile kumar oynayacağı bilinen kişiye bunları satmak, şer'î olarak haram kabul edilen bir şekilde cinsel ilişkiye gireceği bilinen kişiye cariye satmak, şarkı söyleteceği bilinen kişiye cariyeyi satmak veya kiralamak, Hanbelî mezhebinde sahih görülmemiştir. Çünkü bu fiillerin tamamı günahdır. Bu nedenle bu fiillerin yapılmasına vesile olan akitler de günaha yardımlaşma manası taşır.⁸⁶³

Hanbelîlere göre şarap üreticisine üzüm veya üzüm şırası satmak, bâtıl bir satım akdidir.⁸⁶⁴ Örneğin müşterinin şarap tüccarı olması, onun üzüm şırasını şarap yapacağı yönünde kuvvetli bir karinedir. Bu nedenle bu kimseye üzüm şırası satmak sahih değildir.

⁸⁶¹ İkrarın akit esnasında, akitten önce veya sonra olması arasında fark yoktur.

⁸⁶² Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, IV, 73; Düreynî, *Nazariyyât*, s. 232; Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 11; Giryânî, *Nazariyyetü'l-bâis*, s. 202.

⁸⁶³ Bkz. Buhûtî, *Keşşâfu'l-kinâ'*, II, 488;

⁸⁶⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 317; Buhûtî, *Keşşâfu'l-kinâ'*, II, 488; İbn Teymiyye, *Mecmû'atu'l-fetâvâ*, XXIX, s. 183.

Hanbelilere göre “alıcının şarap yapma maksadı taşıyor olması” söz konusu akdin sahih bir şekilde inikat etmesine mâni’ teşkil eder. Satıcı, alıcının sarîh beyanıyla veya o duruma has karineler vasıtasıyla onun asıl gayesini bildiği takdirde, söz konusu satım akdi hem haram hem de bâtil olur. Bu hususta müşterinin Müslüman veya zimmi olması hüküm üzerinde etkili değildir. Çünkü Hanbelî mezhebine göre zimmiler de furûatla mükelleftir.⁸⁶⁵

Alıcının üzüm şirasını satın alma maksadı bilinmez veya alıcı hem şarap hem de sirke üretiminde bulunan bir kimse olur ve şarap yapma maksadını ortaya koyan herhangi bir beyanda da bulunmaz ise bu kişiye üzüm şirası satmak câizdir.⁸⁶⁶

Hanbelilere göre şarap üreticisine üzüm şirası satmak Allah’a isyan etmek amacı taşıdığı için sahih değildir. Bu açıdan bir cariye ile zina etmesi veya şarkı söylemesi için hizmet sözleşmesi yapmaya benzer. Ayrıca bu konudaki tahrim, Allah hakkı olup akdin fesadını gerektirir.⁸⁶⁷

Benzer şekilde, şirasını elde etmek için üzümü sıkmak, özünde mübah bir fiil olmasına rağmen üzümü sıkın kişinin gayesi, şarap yapmak olursa yaptığı fiil, Allah Rasûlü tarafından lanetlendiği için haram olur. Benzer şekilde gayesi şarap yapmak olan bir başkası için de üzümü sıkıp şirasını çıkarmak haramdır. Bu fiil haram olduğu için icare akdine konu olması, akdi batıl yapar. Akit bâtil olduğu için bu iş için ücret almak da haramdır.⁸⁶⁸

Hanbelilere göre haram bir şeyin amaçlandığı bütün meselelerde hüküm, şarap üreticisine üzüm şirası satmanın hükmüyle aynıdır.⁸⁶⁹ Buna göre bir kimsenin Müslümanlarla savaş halinde olan harbilere ve yol kesicilere silah satması haram olup yapılan akit de batıldır. Kargaşa ortamlarında fitne ehline silah satmak da aynı hükme tabidir. Bir kimsenin cariyeyi şarkı söylemesi için satması veya onunla şarkı söylemesi için hizmet sözleşmesi yapması; kiraladığı evde şarap satışı yapacağı bilinen kimseye evini kiralaması; kilise veya ateşgede olarak kullanacağı bilinen kimseye evini kiralaması veya satması da haramdır ve yapılan akit de batıldır.⁸⁷⁰ Görüldüğü üzere Hanbeli mezhebine göre akdin taraflarından herhangi birinin sahip olduğu ve şer’an muteber

⁸⁶⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 319; Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ*, II, 488.

⁸⁶⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 319.

⁸⁶⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 319.

⁸⁶⁸ İbn Teymiyye, *Beyânu'd-delîl*, s. 88.

⁸⁶⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 319; İbn Teymiyye, *Beyânu'd-delîl*, s. 79.

⁸⁷⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 319; İbn Teymiyye, *Mecmû'atu'l-fetâvâ*, XXIX, 183.

kabul edilmeyen maksadı akit üzerinde etkilidir. Bunun için karşı tarafın söz konusu amacı bilmesi yeterlidir.

Buhûtî şu ifadeleri kullanmaktadır: “*Müslümanlarla savaş halinde olan harbilere ve yol kesicilere silah satmak sahih değildir. Yine kargaşa ortamlarında da silah satışı sahih değildir. Satıcının, müşterinin bu durumunu çeşitli karineler vasıtasıyla da olsa bildiği durumda yapılan satım akdi sahih değildir. Çünkü Allah şöyle buyurmuştur: “Günah ve isyan hususunda yardımlaşmayın” Adalet sahibi kişilerle isyancı ve yol kesicilerle savaşan kimselere silah satmak ise sahihtir. Çünkü bu (satım akdi) iyilik ve takvada yardımlaşma manası taşır.*”⁸⁷¹

Ahmed b. Hanbel’e göre bir kimsenin şarap içeceğini bildiği kişiye bardak; kumar oynayacağı bildiği çocuklara ceviz veya yumurta; giyeceğini bildiği bir erkeğe ipek satması bâtıldır.⁸⁷² Tüm bu misallerde satım akdine konu olan mal özü itibariyle meşrû ve mütekavvim olmasına rağmen müşterinin maksadının şer’an meşru ve muteber kabul edilmemesi nedeniyle söz konusu satım akdi sahih kabul edilmemiştir.

Konumuz açısından şu örnek de ilginçtir. Hanbelilere göre zındıkların kitaplarını itlaf etmek üzere satın almak sahihtir. Ancak şarabı dökmek üzere satın almak caiz değildir. Zira şarap özü itibariyle haramdır. Zındıkların kitaplarının ise her ne kadar kullanım amacı caiz olmasa da kâğıt maliyeti vardır. Bu nedenle bu kitapları satın almanın hükmü, satın alma amacına göre değişkenlik gösterir. Davul, zurna, tavla ve satranç gibi lehv aletlerini satın almanın hükmü ise şarap satın almanın hükmüne benzer. Bunların tahta maliyeti düşünülerek alınıp satılması caiz görülemez.⁸⁷³

Hanbeli mezhebinde konumuzla alakalı verilen örneklerden bir tanesi de maymun satışıyla ilgilidir. Hanbelilere göre bir dükkânı veya bir malı koruması için maymun satın almak caiz iken, oyun ve eğlence amacıyla maymun satın almak caiz değildir. Görüldüğü üzere Hanbeli mezhebine göre maymunun özü itibariyle akde konu olmasında bir engel yoktur. Ancak maymunun satın alınma amacı yapılan alışverişin sıhhat ölçüsü olarak belirlenmiştir.⁸⁷⁴

Ahmed b. Hanbel’e şarkı söyleme vasfı bulunan bir cariye'nin satım akdine mahal olup olamayacağı sorulduğu zaman, söz konusu cariye'nin şarkı söyleme vasfıyla değil

⁸⁷¹ Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, II, 488.

⁸⁷² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 319.

⁸⁷³ Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, II, 467.

⁸⁷⁴ Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, II, 465.

saf ve cahil bir cariye olarak akde konu olabileceğini söylemiştir. Bu konuda Hanbeli kaynaklarında senedi ve sıhhati konusunda birçok tartışmanın olduğu şu hadis bulunmaktadır: “لا يجوز بيع المغنيات و لا أثمانهن و لا كسبهن / Şarkı söyleyen cariyelerin satılması caiz değildir. Onların semeni ve kazançları da câiz değildir.”⁸⁷⁵ İbn Kudâme bu hadisin sırf şarkı söyleme vasfı sebebiyle satılmalarına hamledilmesi gerektiği görüşündedir. Buna göre söz konusu cariye'nin şarkı söyleme vasfı dışındaki diğer mübah ve meşru vasıfları batıl kabul edilemez. Zira üzüm şırası da sırf şaraba dönüşme vasfına sahip olduğu için mal olma özelliğini yitirmez ve şarap üretimi dışında başka bir amaçla kullanılacağı takdirde satım akdine konu olabilir. Şarkı söyleme vasfına sahip bir cariye'nin satım akdine konu olması da buna benzemektedir.⁸⁷⁶ Benzer şekilde satıcı şarap veya nebiz yapabildiğini söyleyerek ve bunu şart koşarak bir Ehl-i Kitap bir cariyeyi satacak olsa, alıcı da bu şartla alacak olsa yapılan akit fasittir.⁸⁷⁷

3.2.1.3. Şâri Tarafından Yasaklanmış Sonuçlara Vesile Olan Vadeli Satım Akitleri

İslam hukukçuları, Şâri'in gerekli gördüğü şartları sağlayan vadeli alım-satım işlemlerinin câiz olduğu konusunda görüş birliği içerisinde. Fakat insanlar, bazen birden fazla alım-satım işlemini, birbirine bağlı olarak yapabilirler. Bu işlemlerden bir veya birkaç tanesi vadeli olduğu zaman, akitlerin her biri ayrı ayrı değerlendirildiği takdirde objektif geçerlilik şartlarını taşıdıkları halde, birlikte değerlendirildikleri takdirde Şâri tarafından yasaklanmış “riba”, “selef ve bey” vs. gibi bir sonuca vesile olabilirler. Klasik kaynaklarda “buyû'u'l-âcâl” başlığı altında incelenen bu tür muameleler, fakihler arasında görüş ayrılığına sebep olmuştur.

1. Mâlikî Mezhebinin Görüşü

Mâlikîler birbiriyle bağlantılı olarak yapılan alım-satım akitlerinin bir kısmını ribaya; bir kısmını selef ve bey'e; bir kısmını ise menfaat karşılığı borç vermeye neden olduğu için yasaklanması gerektiği görüşündedirler. Onlara göre sonuçları itibariyle Şâri tarafından yasaklanmış şeylere vesile olan muameleleri yapan kişilerin amaçları, bu yönde olmasa bile söz konusu muamelelerin yasaklanması gerekir. Zira bu muameleleri

⁸⁷⁵ Tirmîzî, “Büyû”, 51.

⁸⁷⁶ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 320.

⁸⁷⁷ İbn Teymiyye, *Mecmû'atu'l-fetâvâ*, XXIX, 183.

yapan insanların kastının çoğunlukla haram olan sonuçları, dolambaçlı yollarla elde etmek olması, onların da kastının da bu yönde olduğuna mazınne teşkil eder.⁸⁷⁸

Mâlikîler, bu tür muamelelerin *töhmət* sebebiyle yasaklanması gerektiği görüşündedir. Mâlikî hukuk anlayışında önemli bir yeri olan töhmət, herhangi bir muameleyi, hukuken aranan unsur ve şartlarına riayet ederek yapan bir kimsenin, bunu meşru kabul edilmeyen amaçlarla yaptığını iddia etmek anlamında kullanılmaktadır.⁸⁷⁹

Mâlikî kaynaklarında haram olan sonuçlara vesile olan alım-satıma birçok örnek verilmiştir. Biz bunlardan *selef ve bey'e* sebep olan alım-satımlar ile *ribaya* veya *menfaat karşılığı borç vermeye* sebep olan alım-satımlar üzerinde durmak istiyoruz.

Selef ve bey' yasağının delilini Abdullah b. Amr b. As'ın (r.a.) Hz. Peygamber'den (s.a.v.) rivayet ettiği “ لا يحل سلف و بيع / *Selef ve bey' helal değildir.*”⁸⁸⁰ şeklindeki hadis teşkil eder. Bu hadiste geçen selef kelimesi, farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bu yorumlardan ilkinde göre selef kelimesi, borçlunun karşılığında herhangi bir maddi bedel ödemediği ödünç / karz; ikincisine göre satılık bir mala karşılık önceden ödenen bedel anlamına gelmektedir.⁸⁸¹ Mâlikîlere göre “*selef ve bey'*” işleminin yasaklanması, safkâtân kapsamına girmesinin yanı sıra bazı durumlarda sonuçları itibariyle haram olan ribaya vesile olmasına dayanmaktadır.

Mâlikî kaynaklarında sonuçlarıyla itibariyle selef ve bey' sebep olan birçok işlem şeklinden bahsedilmiştir. Örneğin Mâlikîlere göre bir kimsenin elindeki iki tane malı, iki dinar karşılığında vadeli olarak satıp bunlardan birini, sonradan bir dinar karşılığında peşin olarak geri alması, sonuçları itibariyle selef ve bey'e sebep olur. Çünkü bu işlem neticesinde satıcının peşin olarak verdiği bir dinar ve bir mal karşılığında, iki dinar alacağı olur. Bu dinarlardan biri nakit verdiği bir dinara karşılık gelir ki bu selef / karz anlamı taşır, diğeri ise müşterinin elinde bulunan malın bedeli olur ki bu da bey' anlamı taşır. Dolayısıyla selef ve bey' tek bir akitte birleşmiş olur.⁸⁸²

⁸⁷⁸ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 76.

⁸⁷⁹ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 76-77; Fahrettin Atar, “Töhmət” maddesi, *DİA*, İstanbul 2012, XLI, 275.

⁸⁸⁰ Mâlik b. Enes, Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes b. Mâlik b. Ebî Âmir el-Asbahî el-Yemenî (ö. 179/795), *el-Muvatta'*, I-II, Kahire: Dâru'r-Reyyân li't-Turâs, 1408/1988, “Büyû”, 69; Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak el-Ezdi es-Sicistânî (ö. 275/889), *es-Sünen*, I-V, Nşr. Muhammed Fuâd Abdulkâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992. “Buyû”, 68; Tirmizî, “Buyû”, 19; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/178.

⁸⁸¹ Nezîh Hammad, *Mu'cemu'l-mustalahati'l-mâliyye ve'l-iktisâdiyye fi luğati'l-fukahâ*, Şam: Dâru'l-Kalem, I. Baskı, 1429 / 2008, “selef” maddesi, s. 248.

⁸⁸² Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 161; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 76. “Şâfilere göre alım-satım ve karz akitleri tek başına yapıldığı takdirde sahihtir. Alım-satım ile karz akdinin, şart koşulmaksızın aynı muamelede birlikte bulunması da caizdir. Hz. Peygamber'in (s.a.v.) yasakladığı işlem, karzın şart

Bey'u'l'ine olarak da isimlendirilen ve sonuçları itibariyle menfaat karşılığı borç vermeye neden olan alım-satım türleri de Mâlikî kaynaklarında buyû'u'l-âcâl kapsamında ve onun alt kategorisi olarak değerlendirilmiştir.⁸⁸³ Bey'u'l-înenin yanı sıra bir kimsenin vadeli olarak satın aldığı bir malı, satın aldığı bedelden daha düşük bir bedelle ve daha kısa vade koyarak aynı kişiye geri satması veya vadeli olarak satın aldığı bir malı daha yüksek bir bedelle ve daha uzun vade koyarak geri satması, bey'u'l-âcâl olarak isimlendirilmiştir. Bu muamelelerin tamamı, sonuçları itibariyle ribaya sebep olduğu için Mâlikîler tarafından caiz görülmemiştir.⁸⁸⁴

Mâlikîlere göre töhmet sebebiyle yasaklanması gereken buyû'u'l-âcâl'ın şu şartları taşıması gereklidir.⁸⁸⁵

1. Birinci satım akdinin vadeli olması gerekir. Birinci satım akdi peşin olduğu takdirde ikincisi ister vadeli ister peşin olsun yapılan muamele bu kapsamda değerlendirilmez.

2. İkinci akde konu olan malın, birinci akde de konu olmuş olması gerekir.

3. Birinci akitte satıcı olan kişinin, ikinci akitte alıcı olması gerekir. Akdi bizzat yapmaları şart değildir. Bir kimse bir malı vadeli olarak sattıktan sonra o malı vekili aracılığıyla peşin olarak geri satın alırsa, bu muamele töhmet sebebiyle yine yasaklanır.

4. İkinci akitteki semenin, birinci akitteki semenle aynı cins olması gerekir.

Mâlikî mezhebinde bir kimsenin, vadeli olarak satın aldığı bir malı, aldığı fiyattan daha düşük bir fiyata, peşin olarak aldığı kişiye geri satması olarak tanımlanan⁸⁸⁶ bey'u'l-înenin haram olduğu konusunda ittifak bulunmakla birlikte gerekçesi hususunda görüş

koşulduğu alım-satım akdidir. Bir kimse diğerine bana 100 dirhem borç vermen şartıyla, kölemi sana 100 dirheme satıyorum demesi durumunda, *selef ve bey'* tek bir akitte birleşmiş olur. Şâfilere göre bu şekildeki alım-satım ve karz işlemi, hem bu konuda nehiy bulunduğu, hem şartlı satım akdi olduğu, hem de menfaat karşılığı borç verme işlemi olduğu için batıldır." Bkz. Mâverdi, *el-Hâvî*, V, 351.

⁸⁸³ Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 160; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celil*, V, 194; Desûkî, *Hâşiye*, III, 76. Mâlikî fakihlerden İbnü'l-Cellâb (v. 378/988) günümüz bankacılık işlemlerinde yaygın olarak kullanılan Murahaba işlemlerine benzeyen ve "bir kimsenin diğeriyle anlaşmalı bir şekilde onun nakit on dinara bir başkasından aldığı bir malı, ondan vadeli olarak on iki dinara satın alması" şeklinde tasvir ettiği alım-satım türünü bey'u'l-îneye örnek olarak zikretmektedir. Bkz. İbnü'l-Cellâb, Ebu'l-Kasım Ubeydullah b. el-Hüseyn b. el-Hasan el-Basrî (ö. 378/988), *et-Tefrî' I-II*, thk. Hüseyin b. Sâlim ed-Dehemânî, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, I. Baskı, 1408/1987, II, 163.

⁸⁸⁴ İbnü'l-Cellâb, *Tefrî'*, II, 163.

⁸⁸⁵ Desûkî, *Hâşiye*, III, 77.

⁸⁸⁶ Kurtûbî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh (v. 671 / 1273), *el-Câmi' li ahkâmî'l-Kur'an ve'l-mübeyyenü lima tedammenehu mine's-sünneti ve âyi'l-Furkân I-XXIV*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türkî, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, I. Baskı, 1427 / 2006, II, 296.

ayrılığı vardır.⁸⁸⁷ Bazıları bu yasağın gerekçesini, riba ehlinin çoğunlukla bu muameleyi yapmayı adet edinmeleri olarak görürken bazıları ise sedd-i zerâi delili olarak görmektedir.⁸⁸⁸

Mâlikî fakihlerin çoğunluğuna göre sonuçları itibariyle harama vesile olan vadeli alım-satımların yasaklanması, insanların söz konusu akitleri yapmaktaki maksadının çoğunlukla riba vs. gibi Şâri tarafından yasaklanmış bir sonucu, alım-satım görüntüsü altında elde etmek olduğu için töhmete dayanmaktadır.⁸⁸⁹ Bu bakış açısında göre eğer bir kimsenin riba kastını alışkanlık haline getirdiği biliniyorsa yapmış olduğu akit, fasit kastına hamledilir. Diğer bir deyişle zâhiri şartlar itibariyle câiz olduğu halde yasak olan sonuçlara ulaştıran satım akitleri, bu akitleri yapan insanlar bizzat o yasak sonucu kastetmemiş olsalar bile, insanların çoğunlukla bu amaçlara ulaşmak için yapıyor olmaları nedeniyle yasaklanır.⁸⁹⁰ Bu hususta tarafların haram olan sonucu kastetmemiş olmalarının dünyevi hüküm bakımından bir etkisi olmayıp bu durum, sadece uhrevi hüküm bakımından günahkâr olmamalarına neden olur.⁸⁹¹

Bu konudaki dabit şudur: Eğer taraflar, caiz olmayan bir şeye ulaşmak için caiz olan bir şeyi izhar etmeyi kastederlerse ve bu konuda insanların kastı çoğunlukla bu yönde olursa, yapılan akit feshedilir. Ancak riba kastı mümkün olmakla birlikte bu husustaki töhmetin derecesi azalır, şekil açısından töhmet edilen şey bulursa bile, akit caiz olur.⁸⁹²

Karâfi, Şâfiîlerin sonuçları itibariyle fesada sebep olan herhangi bir akdin, rükünleri sahih olduğu takdirde (objektif geçerlilik şartlarını sağladığı zaman) fasit olmayacağı yönündeki iddialarını aktardıktan sonra şöyle demiştir. “*Muhaliflerimiz,*

⁸⁸⁷ Mâlikîler de Hanefiler gibi Hz. Âişe'den rivayet edilen şu haberi delil olarak kullanmıştır. “Zeyd b. Erkâm'ın ümmü veledi bir gün Hz. Aişe'ye şöyle dedi: “Ey müminlerin annesi! Ben Zeyd b. Erkâm'a sekiz yüze veresiye bir köle sattım. Sonra peşin olarak altı yüze geri aldım.” Bunun üzerine Hz. Âişe şöyle dedi: “Ne kötü satış! Ve ne kötü bir alış! Zeyd b. Erkâm'a, Allah Rasûlü ile birlikte yaptığı cihadı (bunu yapmakla) iptal ettiğini söyle. Ancak tövbe ederse başka!” Bunun üzerine kadın şöyle dedi: “Peki anaparamı geri alırsam olur mu?” Hz. Âişe cevap olarak şu ayeti okudu: “*Kime Rabbinden bir öğüt gelir ve bu sebeple (faizden) vaz geçerse, daha önce yaptıkları (aldıkları) kendisine aittir. Ve onun işi Allah kalmıştır.*” (Bakara, 2/275)” Bkz. Dârekutnî, Sünen, III, 477. Karâfi şöyle demiştir: “Böyle ağır bir tehdidi Hz. Âişe, kendi içtihadına dayalı olarak söylemiş olamaz. (Dolayısıyla tevkifidir.) O halde, bu haberde zikredilen zerâanın (buyû'u'l-âcâl) yasaklanması gerekir.” Bkz. Karâfi, *el-Furûk*, III, 408.

⁸⁸⁸ Kurtûbî, *el-Câmi'*, II, 296-297; Karâfi, *ez-Zehîra*, V, 16; Karâfi, *el-Furûk*, III, 411.

⁸⁸⁹ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Mukaddemât*, V, s. 392; Desûkî, *Hâşiye*, III, 76.

⁸⁹⁰ İbnü'l-Cellâb, *Tefrî'*, II, 163-164; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, V, 194; Desûkî, *Hâşiye*, III, 76.

⁸⁹¹ Desûkî, *Hâşiye*, III, 76.

⁸⁹² Karâfi, *el-Furûk*, III, 411.

rükünleri sahih olduğu takdirde, fesada sebep olan veya fesadı gerektiren akitlerin fasit olmayacağını söylemişlerdir. Örneğin, şarap üreticisine üzüm veya yol kesicilere silah satmak her ne kadar sonuçları itibariyle fesada sebep olsa da onlara göre fasit değildir. O halde bey'u'l-inenin de fasit olmaması gerekir. Biz bu itiraza şöyle cevap veririz. Şarap üreticisine üzüm satışında veya yol kesicilere silah satışında, netice itibariyle fesat bulunmakla birlikte bunlardaki fesat ile bey'u'l-îne'deki fesat birbirinden farklıdır. Şöyle ki, söz konusu satışlardaki fesat bizzat akdin maksudu değildir. Tartışma konumuz olan bey'u'l-îne'de ise tarafların fasit amaçları, akdin yapılma sâikidir. Çünkü tarafların amacı olan riba, ancak bu akitle elde edilir. Ancak, diğer örneklerdeki satım akdi, ne yol kesmeyi ne de şarap üretmeyi doğrudan sağlamaz.”⁸⁹³ Buradan yola çıkarak Karâfi'nin hukuki muamelede bulunan kimselerin amacının doğrudan akdin sebebi olmasıyla dolaylı olarak akdin sebebi olmasının arasını ayırdığını; şahsi gayenin doğrudan akdin sebebi olması durumunda, akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili olması gerektiğini düşündüğünü söyleyebiliriz.

Mâlikî fetva kaynaklarında, bey'u'l-îneyi tamamen tarafların kastına göre değerlendiren ifadeler de bulunmaktadır. Venşerîsi'ye (ö. 914/1508) göre, bir kimsenin peşin olarak sattığı bir malı, daha sonra vadeli olarak geri satın almasının hükmü, bu kişinin geri satın alma niyetinin ne zaman oluştuğuna göre farklı değerlendirilir. Buna göre malını peşin olarak satan kişi, bedelini ister almış olsun isterse olmasın, akit gerçekleştirildikten sonra, söz konusu malı vadeli olarak geri almak isterse yapacağı akit caiz olur. Fakat ilk satım akdini yaparken, sattığı malı vadeli olarak geri alma niyeti taşırsa yapacağı akit caiz olmaz. Bu konuda ikinci akitteki bedelin birinci akitteki bedele eşit veya ondan fazla olması arasında fark yoktur.⁸⁹⁴

Bey'u'l-înenin yasak olmasını, sedd-i zerâi deliline dayandıran Mâlikî fakihler de vardır. Bu gerekçenin öncekinden farkı şu şekildedir. Tarafların kastını dikkate alan bakış açısı, sübjektif değerlendirmelere sebep olurken, sedd-i zerâi deliline dayanan bakış açısı, tarafların kastı harama ulaşmak olmasa bile söz konusu muamelenin sonuçları itibariyle haram olan ribaya vesile olduğu için yasaklanmasını gerektirir. Bu durumda alım-satıma konu olan mal ve bedelin başlangıçta hangi tarafın mülkiyetinde olduğuna ve sonuçta

⁸⁹³ Karâfi, *el-Furûk*, III, 410-411.

⁸⁹⁴ Venşerîsi, Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Yahyâ el-Venşerîsi et-Tilimsânî el-Fâsî (ö. 914/1508), *el-Mi'yâru'l-mu'rib ve'l-câmi'u'l-Mağrib 'an fetvâ ehli İfrikiyye ve'l-Endelüs ve'l-Mağrib I-XIII*, thk. Muhammed Haccî, Beyrut: Dâru'l-Mağribi'l-İslâmî, 1981, VI, 196-197.

kimin mülkiyetine geçtiğine bakılır. Yani tarafların sözlerine değil fiillerine itibar edilir. Dolayısıyla bu işlemi yapan kişilerin bunu alışkanlık haline getirmiş ehlü'l-îneden olup olmaması sonucu değiştirmez.⁸⁹⁵

Çağdaş müelliflerden Vehbe Zuhayli bu duruma şu şekilde dikkatleri çekmiştir: “Buyû’u’l-âcâl hususunda ihtilaf noktası, riba kastının açıkça ortaya çıktığı durumlar değildir. Zira bunun caiz olmadığı açıktır. İhtilaf, riba amacının açık olmadığı hallerde söz konusudur. Mâliki ve Hanbeliler, söz konusu akdin bizzat kendisini, riba amacına delil / gösterge olarak kabul etmişlerdir. Çünkü bu akit netice itibariyle, peşin beş liranın, vadeli on lira ile mübadelesinden ibarettir. Akde konu olan mal ise göstermelik olup bir anlamı yoktur.”⁸⁹⁶

2. Hanbelî Mezhebinin Görüşü

Hanbelîler bey’u’l-îneyi, Allah’ın haram kıldığı ribâyâ ulaşmak maksadıyla yapılan bir hile olarak değerlendirdikleri için bâtıl kabul etmişlerdir. Onlara göre insanları bu muameleyi yapmaya sevk eden sebep, haram olan ribâyı dolambaçlı yollarla elde etmektir. Bunun ise haram olduğu açıktır.⁸⁹⁷

Hanbelî mezhebine göre şer’an meşrû kabul edilmeyen bir sonucu elde etmek üzere yapılan hukukî tasarruflar objektif geçerlilik şartlarını taşımasalar dahi batıl kabul edilirler. Bu nedenle Hanbelîlere göre, bir kimsenin vadeli olarak sattığı bir malı, sattığı fiyattan daha düşük bir fiyatla geri satın alması câiz değildir.⁸⁹⁸ Çünkü bu şekilde yapılan bir akit, ribaya vesile olmaktadır. Fakat bir kimsenin vadeli olarak sattığı bir malı, sattığı fiyata eşit veya daha yüksek bir fiyatla geri satın alması câizdir. Zira söz konusu akit, bu durumda ribaya vesile olmaz.⁸⁹⁹ Hanbelîlere göre taraflar ribaya ulaşma kastını ister taşısın ister taşımasın bey’u’l-îne câiz değildir.

⁸⁹⁵ Karâfi, *el-Furûk*, III, 411.

⁸⁹⁶ Zuhaylî, *el-Bâis*, s. 20.

⁸⁹⁷ İbn Teymiyye, *Beyânu’-d-delîl*, s. Zeydân, *Eseru’l-kusûd*, s. 263.

⁸⁹⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 260. İbn Kudâme şöyle demiştir: “Ahmed b. Hanbel’e göre “إذا تبايعتم بالعينة” /îne satışı yapmaya başladığınızda...” (Ebû Dâvûd, Büyû‘, 56) hadisinde geçen “îne” kavramı bir kimsenin elindeki malları sadece vadeli olarak satması anlamına gelmektedir. Bu nedenle Ahmed. b. Hanbel, bir kimsenin tüm ticaretinin îneye dayalı olmasını (sadece veresiye satış yapmasını) kerih görmektedir. Hem vadeli hem de peşin satış yapmasında ise bir beis yoktur. İbn Akîl, Ahmed b. Hanbel’in vadeli satışları ribaya vesile olduğu için kerih gördüğünü söylemiştir. Çünkü vadeli satış yapan bir kimse genellikle, vade karşılığında bir fazlalığı amaçlamaktadır. O halde “îne” kavramının hem “salt vadeli satış” hem de “bir kimsenin vadeli sattığı bir malı daha düşük bir fiyatla geri satın alması” anlamına bir arada gelmesi mümkündür.” Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 262.

⁸⁹⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 261.

Hanbelilere göre birinci satım akdi gerçekleştikten sonra mebûde meydana bir eksiklik nedeniyle, fiyatta indirim giderek daha düşük bir bedelle onu ilk sahibine satmak ise câizdir. Çünkü mebûde meydana gelen bir eksiklik nedeniyle bedelinde indirim gitmek, ribaya ulaşma kastı taşımaz.⁹⁰⁰

Hanbelîler tarafından bey' u'l-îne ile ilişkilendirilerek ele alınan meselelerden birisi de bir kimsenin peşin olarak sattığı bir malı, sattığı fiyattan daha yüksek bir fiyata vadeli olarak geri satın almasıdır. Ahmed b. Hanbel'den gelen bir rivayete göre mesele, bu şekilde bey' u'l-îneye benzemekte olup, ribaya vesile olduğu için câiz değildir. Sattığı fiyattan daha düşük bir fiyatla geri almasında ise riba şüphesi bulunmadığı için bir sakınca yoktur. Bazı Hanbelî fakihler ise hîle veya anlaşma olmadığı müddetçe böyle bir satım akdini câiz görmüşlerdir. Buna göre tarafların tasarladıkları bir şey olmaksızın akit kendiliğinden meydana gelirse câizdir. Hanbelî mezhebindeki yerleşik kurala göre aksine bir delil olmadığı müddetçe akitlerde aslolan helâl olmalarıdır. Bey' u'l-îne ise hakkında bulunan rivayet sebebiyle haramdır.⁹⁰¹

Hanbelîler de Hz. Âişe hadisini kullanmıştır. Hanefiler gibi Hanbelîler de bunun tevkifi olduğu görüşündedir.⁹⁰²

Hanbelî kaynaklarında sonuçları itibariyle ribaya vesile olan bir diğer akit türü, bey' u'l-emâne olarak isimlendirilen akit türüdür. Söz konusu akit, Hanefî kaynaklarında bey' bi'l-vefâ olarak isimlendirilmektedir.

Nakde ihtiyaç duyan bir kimsenin sahip olduğu bir malı, malın bedelini alıcıya geri ödediği takdirde geri almak şartıyla satmasına; alıcının da bu süre zarfında maldan bizzat veya başkalarına icâzet vermek suretiyle faydalanma hakkının bulunmasına “bey' u'l-emâne” denir.⁹⁰³

Hanbelî mezhebine göre bey' u'l-emâne, bâtil bir akittir. Çünkü bu akit, sonuçları itibariyle bir bedel karşılığında karz akdi yapmaya benzer ve ribâ anlamış taşır. Bey' u'l-emâne bâtil bir akit olduğu için akde konu olan malın satıcıya; bedelin ise müşteriye teslim edilmesi gerekir. Eğer müşteri akde konu olan maldan bizzat faydalanmışsa, satıcı bedeli iade ederken faydalanmanın karşılığı olacak şekilde bedelde indirim gidebilir.⁹⁰⁴

⁹⁰⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 261.

⁹⁰¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 262.

⁹⁰² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 261.

⁹⁰³ Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 262.

⁹⁰⁴ Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, II, 498, 500.

İbn Teymiyye, taraflar ister akit esnasında şart koşma şeklinde beyan etmiş olsunlar isterse akitten önce anlaşmış olsunlar bey'u'l-emâne bâtil bir akit olduğunu söylemiştir. Böyle bir durumda gayri menkulün kendi sahibine ve bedelin de yine asıl sahibine iade edilmesi gerekir. Hatta ona göre taraflar bu akdin haram olduğunu bildikleri takdirde, tazir cezasıyla cezalandırılmaları da gerekir.⁹⁰⁵

Hanbelîler, objektif geçerlilik şartları bakımından sahih olan bey'u'l-emâneyi, akdin tarafları bilinçli bir şekilde ribâ kastı taşımasalar bile, söz konusu akit sonuçları itibariyle ribâyâ sebep olduğu için bâtil kabul etmişlerdir. Bu ise itibâr'u'l-meâl ilkesinin bir uygulamasını teşkil eder. Taraflar bu akdi anlaşmalı bir şekilde yaptıkları için *ittifak haline* örnek olduğunu da söyleyebiliriz.

3.2.1.4. Borçlunun Alacaklısına Hediye Vermesi

Hem Mâlikî hem de Hanbelî mezhebine göre, bir kimsenin kendisine borçlu olan bir kimseden hediye kabul etmesi uygun değildir. Borçlu olan kimsenin bu hediyeyi vermekteki maksadının borcunu erteletmek olduğunu gösteren karineler ortaya çıkarsa, söz konusu hediye ribâ anlamı taşıyacağı için câiz olmaz. Fakat daha önce aralarında süregiden bir hediyeleşme alışkanlığının bulunması gibi şer'an meşru kabul edilen ve ribâ ihtimalini ortadan kaldıran çeşitli karineler olursa bu durumda borçlu olan kişinin alacaklısına hediye vermesinde bir sakınca yoktur.⁹⁰⁶

3.2.1.5. Başkasına Zarar Verme Amacıyla Yapılan Hukuki Tasarruflar

İslam hukukçuları, bir kimsenin hakkını başkasına zarar vermek kastıyla kullanmasının haram olduğu konusunda görüş birliği içerisindeyler. Fakat zarar verme kastıyla hakkını kullanan bir kimsenin bu tür faaliyetlerine, hukuken engel olunup olunamayacağı hususunda aralarında görüş ayrılığı vardır.

Mâlikî ve Hanbelîler bu meseleyi sedd-i zerâi bağlamında ele almıştır. Onlara göre bir hak hangi gaye için verilmişse o gaye doğrultusunda kullanılması gerekir. Bir kimsenin hakkını başkasına zarar verme gayesiyle kullanması ise Şâri'in gayelerine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle hukuken engellenmesi gerekir.⁹⁰⁷ Görüşlerini

⁹⁰⁵ İbn Teymiyye, *Mecmû'atu'l-fetâvâ*, XXIX, 184, 217.

⁹⁰⁶ Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 259.

⁹⁰⁷ Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 234.

delillendirmek için vasiyet⁹⁰⁸, boşama⁹⁰⁹ ve ric'at⁹¹⁰ gibi tasarrufların zarar verme amacıyla yapılmasını yasaklayan nassları kullanmışlardır.

Hem Mâlikîler hem de Hanbelîler hakların kullanımı hususunda menfaat-zarar dengesine büyük önem vermişlerdir. Onlara göre bir kimsenin hakkını kullanmasından doğan zarar, ondan elde edilecek menfaata göre daha ağır ise ya da hakkını kullanan kişi, bu davranışıyla karşı tarafa zarar vermeyi amaçlamışsa veya hakkın kullanımından dolayı umumi bir zarar meydana geliyorsa⁹¹¹ söz konusu hakkın kullanılmasına mâni

⁹⁰⁸ Mâlikîlere göre bir kimsenin başkasına zarar verme kastıyla vasiyette bulunduğu ispatlanırsa; vasiyet, varislerin dışındaki bir kimseye yapılmış olsa bile batıldır. (İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hükkâm*, II, 174)

Hanbelilere göre bir kimsenin vasiyette bulunması câiz olmasına rağmen, varislere zarar vermek kastıyla vasiyette bulunması haramdır. Varislerin bu nitelikteki bir vasiyeti iptal etme hakkı vardır. Bu nedenle müsa lehin, varislerin rızası olmaksızın o malı alması, haramdır. (İbn Teymiyye, *Beyânu'd-delîl*, s. 86)

Bir kimse malının üçte birinden fazlasını vasiyet ettiği takdirde, ister varislere zarar vermeyi kastedmiş olsun ister olmasın, bu vasiyet reddedilir. Fakat üçte birinden daha azını, vasiyet ettiği takdirde, varislere zarar verme amacının olup olmadığı bilinmiyorsa vasiyet geçerli olur. Fakat böyle bir niyetinin varlığı biliniyorsa, müsa lehin vasiyet edilen malı alması haram olur ve bu kişinin vasiyeti reddetmesi gerekir. (İbn Receb, Ebu'l-Ferec Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Abdurrahmân Receb el-Bağdâdî ed-Dımaşkî (ö. 795/1393), *Câmi'u'l-'ulûm ve'l-hikem fî şerhi hamsîne hadîsen min cevâmi'i'l-kelim*, thk. Târik b. Avedullâh b. Muhammed, Dammâm: Dâru İbnü'l-Cevziyye, IV. Baskı, 1423, s. 573; İbn Teymiyye, *Beyânu'd-delîl*, s. 87) “Bir kişi, başkasına zarar vermeyi kasteder ve zarar verirse, günah olarak; ona zarar vermeyi kasetmediği halde zarar verirse, sapkınlık / cenef olarak isimlendirilir.”

⁹⁰⁹ Örneğin ölüm hastalığı halindeki bir kimsenin karısını mirastan mahrum bırakmak amacıyla bâin talakla boşaması, İslam hukukçuları tarafından zarar vermek amacıyla yapılmış bir hukuki tasarruf olarak kabul edilmektedir. Bu boşamanın geçerli olduğu hususunda ittifak eden İslam hukukçuları, böyle bir boşamanın hukuki sonuçları konusunda ise ihtilaf etmiştir. Hanefîler, kadın iddetini tamamlamadan kocanın ölmesi halinde (İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, IV, 129) Hanbelîler, başkasıyla evlenmediği müddetçe (İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 194-195) Mâlikîler ise ister iddetini tamamlamış olsun ister olmasın; ister başkasıyla evlenmiş olsun ister olmasın her hâlükârda kadının kocasına mirasçı olacağını söylemişlerdir. (İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hükkâm*, II, 157) Şâfîiler ise bu boşamanın tüm hukuki sonuçlarını doğurduğunu kabul ettikleri için kadının kocasına mirasçı olamayacağını düşünmektedirler. (Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, X, 134)

⁹¹⁰ Karısını ric'î talakla boşayan bir kişi, kadın iddetini tamamlamadan yeni bir nikâh ve mehre gerek kalmaksızın ona dönme hakkı bulunmaktadır. Fakat bu hakkını, kadının iddet müddetini uzatmak amacıyla kullanması yasaktır. (el-Bakara 2/231) İslam hukukunda boşama hakkının üçle sınırlandırılmış olması da kocanın talak ve ric'ât yoluyla kadına sürekli eziyet etmesinin önüne geçmek amacına matuftur. Mâlikîlere göre bir kimsenin karısının iddet müddetini uzatmak maksadıyla, iddet müddetinin dolmasına az bir süre kala, ona dönmesi ve tekrar boşaması durumunda, kadının iddet müddeti yeniden başlamaz. Bu durumda iddet, öncekinin üzerine bina edilir. Diğer bir deyişle kadına zarar verme kastı taşıyorsa, iddet müddeti yeniden başlamaz. Aksi takdirde yeniden başlar. Hanbelîler ise bu durumda iddetin yeniden başlaması gerektiğini düşünmektedir. (İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 571-572; İbn Receb, *Câmi'u'l-'ulûm*, s. 574)

Hanbelîlere göre karısını ric'î talakla boşayan bir kişinin, karısına dönme hakkı, evliliğe devam etme niyeti olduğu takdirde sabittir. Böyle bir niyeti olmadığı halde, sırf kadının iddet müddetini uzatmak amacıyla ona dönmesi ise yasaktır. Benzer şekilde muhâlaa, karı ile koca Allah'ın nikâh ile ilgili hududuna aykırı davranmaktan endişe ettikleri takdirde caizdir. (İbn Teymiyye, *Beyânu'd-delîl*, s. 86)

⁹¹¹ İtibârü'l-meâl prensibi, hakkın kullanılması neticesinde fahiş bir zararın ortaya çıkması durumunda bu durumun dikkate alınmasını gerektirir.

olunmalıdır. Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine mensup fakihler, hakların nisbîliği ilkesini benimsedikleri için birçok problemin çözümünde bu prensibi uygulamışlardır.⁹¹²

3.2.1.5.1. İhtikâr Amacıyla Alım-Satım

Mâlikî ve Hanbelîler, umumî bir zararın doğması halinde ihtikâr yapmanın yasaklanması gerektiğini düşünmektedirler. Onlara göre piyasadaki malları saklayıp depolayan kimsenin amacı, insanlara zarar vermek olmasa bile, bu durum neticede fahiş bir zarara neden oluyorsa engellenmesi gerekir.⁹¹³

Klasik dönemde ihtikâr yasağı kapsamında değerlendirilebilecek mallar konusunda en kapsamlı anlayışa sahip mezhep, Mâlikî mezhebidir. Diğer fakihlerin aksine Mâlikîler, yiyecek, giyecek, kitap, hayvan vs. gibi insanların ihtiyaç duyduğu her türlü maddeyi ihtikâr yasağı kapsamında görmektedir. Onlara göre piyasa fiyatlarının aşırı artmasına sebep olarak umumi bir zararın doğmasına neden olan her türlü ihtikâr yasaklanır. Böyle bir zarar oluşmuyorsa, bir kimsenin piyasadaki malları saklayıp depolaması ise engellenemez.⁹¹⁴

Mâlikîlere göre bir kimsenin limana yanaşmış ticaret gemisindeki malları satın alması veya onlara mal satması zarar verme kastı bulunmadığı takdirde câizdir. Onlara göre söz konusu durum ihtikâr anlamı taşımaktadır. Gemi limana yanaşmadan, gemideki malların satın alınmasının ise telakki'r-rukân manası taşıdığını düşünmektedirler.⁹¹⁵

Hanbelîlere göre ihtikârın haram olarak nitelenebilmesi için umumî bir zararın doğması şarttır. Bu nedenle tüccarların uğrak mekânı olan şehirlerde yapılacak ihtikâr, haram olarak nitelenemez. İhtikâr yapmanın haram olduğu malları, temel gıda maddeleri ile sınırlı tutan Hanbelîler, insanların genelinin ihtiyaç duymadığı maddeleri saklayıp depolamayı haram olarak görmemektedir. Bu nedenle (klasik eserlerin kaleme alındığı dönemde temel gıda maddesi olarak görülmeyen) zeytinyağı, helva, bal ve hayvan yemlerinin saklanıp depolanması, Hanbelîler tarafından haram olan ihtikâr kapsamında kabul edilmemiştir. İhtikârın yasaklanmasının hikmetini umumi zararın doğması olarak

⁹¹² Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 221, 225, 234, 238.

⁹¹³ Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 313-314; İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve 't-tahsîl*, VII, 360; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 316-317.

⁹¹⁴ Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 313-314.

⁹¹⁵ Mevvâk, *et-Tâc ve 'l-iklîl*, VI, 252.

belirleyen Hanbelîler, bir kimsenin temel gıda maddelerini piyasadan toplamak amacıyla yaptığı satım sözleşmesini ise geçerli kabul etmektedir.⁹¹⁶

3.2.1.5.2. Telakki'r-Rukbân Amacıyla Alım-Satım

İmam Mâlik telakki'r-rukban'ın yasaklanmasını, Şârî'nin piyasada tekellerin oluşmasını engellemek istemesine bağlamaktadır.⁹¹⁷ Onlara göre bu fiil, belde halkına zarar verdiği için engellenmesi gerekir. Hanbelîler ise telakki'r-rukbanın, hem mal getiren celebe hem de belde halkına zarar verdiği için Şârî tarafından yasaklandığını düşünmektedirler. Zira bu durumda kervandaki malları satın alan kişi, aldığı malı piyasaya arz etmeden pahalılaşması için bekleyebilir. Celep ise getirmiş olduğu mal, gerçek fiyatını bulmadan satmak zorunda kaldığı için zarar görebilir.⁹¹⁸

Telakki'r-rukban'ın alım-satımın hukuki sonuçları üzerindeki etkisi ise şu şekildedir:

Mâlikî mezhebinde tercih edilen görüşe göre söz konusu satım akdi geçerlidir.⁹¹⁹ Onlara göre bu akit geçerli olduğu için kafiyeleleri karşılayan kişinin satın almış olduğu şeyler elinden alınmaz. Sadece tedip edilir. Fakat bu kimse tüm mallara tek başına sahip olacak olursa, satın almış olduğu malları çarşı esnafına veya şehir halkına arz etmesi için zorlanır.⁹²⁰ Bununla birlikte İmam Mâlik'ten söz konusu akdin geçerli olmadığı yönünde bir görüş de aktarılmıştır. Bu görüşe göre bir kimsenin kafiyeleleri karşılayarak onlardan mal satın alması, câiz olmadığı için yapılan akdin feshedilmesi gerekir.⁹²¹

Hanbelî mezhebinde tercih edilen görüşe bir kimsenin kafiyeleleri karşılaması yasak olmakla birlikte, onlardan mal satın almak için yapacağı sözleşme geçerlidir. Fakat müşterinin uğradığı zararı gidermek için ona muhayyerlik hakkı tanımışlardır. Onlara göre müşteri, şehre girdikten sonra aldandığını anlarsa, akdi feshedip etmeme hususunda da muhayyerlik hakkı bulunmaktadır. Bu görüşün yanı sıra Hanbelî kaynaklarında yapılan akdin bâtil olduğu yönünde Ahmed b. Hanbel'e isnad edilen bir rivayet de mevcuttur.⁹²²

⁹¹⁶ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 316-317.

⁹¹⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 570.

⁹¹⁸ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 313.

⁹¹⁹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 570.

⁹²⁰ Desûkî, *Hâşiye*, III, 70.

⁹²¹ Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklil*, VI, 252.

⁹²² İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 313.

Şehirlinin köylü adına satış yapması meselesinde de benzer bir yaklaşım söz konusudur. Mâlikîler, şehirli tüccarın köylü adına satış yapmasının yasaklanmasını, şehir halkının zarar görmesini engellemeye yönelik olduğunu düşünmektedirler.⁹²³ Yapılan satım akdinin geçerli olup olmadığı hususunda Mâlikî mezhebinde iki farklı görüş vardır. Bunlardan ilkinde göre yapılan akit geçerlidir. İkinci görüşe göre ise akdin feshedilmesi gerekir.⁹²⁴

Hanbelîlere göre bir kimsenin, piyasa fiyatlarından habersiz bir şekilde mal getiren köylü adına satış yapması haramdır. Yapılan satım akdinin geçerli olup olmadığı hususunda, Hanbelî mezhebinde birbirini nakzeden görüşler bulunmaktadır. Bazı Hanbelîler bu konudaki nehyin umumundan hareketle söz konusu akdin bâtil olduğunu söylemiştir.⁹²⁵ Bazıları ise Hz. Peygamber'in şehirli tüccarın köylü adına satış yapmasını İslam'ın ilk dönemlerinde, bu alışverişler Müslümanlara zorluk yaşattığı için yasakladığını; bu nedenle şehirlinin köylü adına satış yapmasında bir beis olmadığını söylemiştir.⁹²⁶ Fakat Hanbelî mezhebinde ilk görüş tercih edilmiştir. Onlara göre şehirlinin köylü adına satış yapması nehyedilmiştir. Nehiy ise nehyedilen şeyin fesadını gerektirir. O halde bu satım akdinin fasit olması gerekir.⁹²⁷

3.2.1.5.3. Neceş Amacıyla Pazarlığa Katılma

Hem Mâlikî hem de Hanbelîlere göre bir kimsenin gerçek alıcı olmadığı halde, satıma konu olan malın fiyatını yükseltmek amacıyla pazarlığa katılması (neceş), hile ve aldatma anlamı taşıdığı ve Şâri tarafından nehyedilmiş olduğu için haramdır.⁹²⁸

Fakihler neciş konusunu değerlendirirken, satıcının neciş yapıldığından haberdar olması durumu ile haberdar olmadığı durumun arasını ayırarak ele almışlardır. Her bir durum için neciş uygulanacak hukuki müeyyide farklılık göstermektedir.

Mâlikîler bir kimsenin neciş amacıyla pazarlığa katılmasını haram görmeye birlikte, söz konusu satım akdini sahih kabul etmektedirler. Onlara göre satıcı, neciş yapıldığını bilmesine rağmen alışveriş tamamlanıncaya kadar susarsa, müşterinin satıma

⁹²³ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 571; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, VI, 251.

⁹²⁴ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 69.

⁹²⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 310.

⁹²⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 309.

⁹²⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 310.

⁹²⁸ Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, VI, 250; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 304.

konu olan malı geri verme hakkı vardır. Satıcı neceş yapıldığının farkında olmadığı takdirde ise müşterinin geri verme hakkı bulunmaz.⁹²⁹

Hanbelî mezhebinde tercih edilen görüşe göre neceş, satım akdini etkilemez. Söz konusu akit sahih bir şekilde meydana gelir. Zira neceş ile ilgili nehiy, satım akdinin taraflarını değil; neceş yapan kimseye taalluk etmektedir. Bu nedenle ister satıcı ile neceş yapan şahıs anlaşmış olsun, ister olmasın; neceş satım akdinin sıhhatine etki etmez. Fakat müşteri aldatıldığını iddia edecek ve ispatlayacak olursa, muhayyerlik hakkı bulunur. Mâlikîlerin aksine Hanbelîler, müşterinin muhayyerlik hakkı konusunda da satıcı ile neceş yapan kimsenin anlaşmış olup olmaması arasında bir fark görmemektedir. Ahmed b. Hanbel'den rivayet edilen bir görüşe göre neceş, satım akdinin bâtil olmasına neden olur. Çünkü nehiy nehyedilen şeyin fesadını gerektirir. O halde neceş hakkındaki nehiy, satım akdinin bâtil olmasına neden olur.⁹³⁰

Neceşle bağlantılı mevzulardan bir tanesi de açık artırma yoluyla satılan bir malın fiyatının belirli bir miktarın üzerine çıkarmamak amacıyla müzayedeye katılan kişilerin anlaşması durumudur. İbn Rüşd el-Cedd müzayedeye katılan kişilerin bu şekilde anlaşmış olmalarının satıcıya zarar verdiğini gerekçe göstererek, bu durumun ispatlanması durumunda, satıcının muhayyer olduğunu düşünmektedir.⁹³¹

3.2.1.5.4. Ölümle Sonuçlanan Hastalık Halinde Başkasına Zarar Vermek Amacıyla Yapılan Hukuki Tasarruflar

Ölümle sonuçlanan hastalık halindeki bir kimsenin tasarrufları, Mâlikî mezhebinde, bu kimsenin zarar verme kastının olup olmadığına veya böyle bir kastı bulunsun bulunmasın bu haldeyken yapılan bir tasarrufun çoğunlukla zarar vermek amacıyla yapılıyor olup olmamasına göre farklı şekillerde değerlendirilmiştir.

Ölümle sonuçlanan hastalık halinde yapılan tasarruflar ile ilgili Mâlikîlerin ortaya koymuş olduğu çözümler de büyük oranda hakkın, zarar verme kastıyla kullanılmasının yasaklığı prensibiyle ilişkilidir. Bu konuda birçok örnek vardır. Bunlardan birkaçını şöyle sıralayabiliriz.

⁹²⁹ Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, VI, 250; Desûkî, *Hâşiye*, III, 68.

⁹³⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 305.

⁹³¹ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve 't-tahsil*, VII, 367-368; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, VI, 250.

1. İmam Mâlik'e göre ölümle sonuçlanan hastalık halindeki bir kimsenin, oğluna kölesini satmasının câiz olması, iltimas maksadı taşıyor olması şartına bağlıdır.⁹³²

2. Ölüm hastalığında olan kadını evlendirmek veya ölüm hastalığı halinde bulunan bir kimsenin evlenmesi İmam Mâlik'e göre caiz değildir. Fakat bu akit ile ilgili Mâlikî kaynaklarında yer alan açıklamalardan anlaşıldığı kadarıyla, buradaki adem-i cevaz, nikâhın fasit olması anlamına gelmemektedir.⁹³³ Çünkü bu durumdaki kişilerin iyileşmesi durumunda Mâlikî mezhebinde tercih edilen görüşe göre nikâh akdi devam ettirilir. Bununla birlikte İmam Mâlik'ten böyle bir nikâh akdinin feshedilmesi gerektiği yönünde bir görüş de vardır.

Bu akitle ilgili tartışmalar, daha çok mehir ve miras meselelerinde görülmektedir. Buna göre ister kadın ister erkek ölüm hastalığı halinde olsun, nikâh akdi yapıldıktan sonra zifaf gerçekleşir ve daha sonra taraflardan biri vefat edecek olursa kadın mehire hak kazanır; fakat aralarında mirasçılık hükümleri cereyan etmez. Kadının mehrinin, kocanın malının tamamından değil, üçte birlik kısmından karşılanması gerekir. Zifaf gerçekleşmediği takdirde kadın mehire de hak kazanmaz. Bu akdin özü itibariyle değil mirasçılara zarar verme kastıyla yapıldığı gerekçesiyle yasak olduğunun bir diğer göstergesi, ölüm hastalığı halinde bulunan kişinin mirasçılarının izin vermesi durumunda akdin sıhhatinin tartışma konusu edilmemiş olmasıdır. Bu nikâh akdine terettüp ettirilen sözü edilen hükümlerin tamamı, bu haldeki kişinin evlenmesinin, mirasçılarının arasına bir tane daha eklemek suretiyle onların mirastaki paylarını azaltıp onlara zarar verme kastı taşıdığı şeklinde yorumlandığını göstermektedir.⁹³⁴ Çağdaş araştırmacıların önemli bir bölümü İmam Mâlik'in bu yaklaşımını hakkın kötüye kullanılması teorisi kapsamında değerlendirmektedir.

3. Ölüm hastalığında olan bir kimsenin bu haldeyken yaptığı boşama tasarrufu da Mâlikî mezhebinde benzer şekilde ele alınmıştır. Buna göre bir kimse ölümle sonuçlanan hastalık halinde karısını boşarsa, kadın ister iddetini tamamlasın ister tamamlamasın, ister

⁹³² Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 205.

⁹³³ Zeydân, Mâlikîlerin bu akdi fasit gördüğünü söylemektedir. "İmam Mâlik, vârislerin arasında yeni bir mirasçı katma maksadıyla yapılmış olmakla itham edildiği için bu akdi sahih görmemektedir. Mâlikî mezhebinde genel kabul gören görüşe göre taraflardan birinin ölüm hastalığında olduğu esnada yapılan nikâh akdi fâsit olup, bu durumda eşler arasında mirasçılık hükümleri cereyan etmez." Bkz. Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 260-261.

⁹³⁴ Sahnûn, *el-Müdevvene*, II, 170-171; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, IV, 306. "İmam Mâlik'e göre bir hak verildiği maksadın dışında kullanılmış veya hakkın kullanımından fahiş bir zarar ortaya çıkmış veyahut da hak başkasına zarar vermek kastıyla kullanılmış ise hakkın kötüye kullanılması söz konusudur." Bkz. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 225

yeni bir evlilik yapmış olsun ister olmasın, mutlak bir şekilde vefat eden kocasına mirasçı olur. Çünkü bu durumdaki adam, karısını mirastan mahrum bırakarak ona zarar verme kastı taşımakla itham edilir ve amaçladığı şeyin nakiziyle cezalandırılır.⁹³⁵ Böyle bir durumda, karısını bâin talakla boşayan kimsenin amacı, ister karısını mirastan mahrum etmek olsun isterse olmasın, İmam Mâlik bu durumda mazınneyi dikkate almış ve ölüm hastalığı halinde yapılan boşama tasarrufunun çoğunlukla kadını mirastan mahrum etmek maksadıyla yapıldığından yola çıkarak, bu durumdaki kadını kocasına mirasçı kılmıştır. Ona göre ölüm hastalığı bu hükmün mazınnesidir. Def-i mefâsid, sedd-i zerâi ve hakkın kötüye kullanılması ilkeleri gereğince bu şartlar altında yapılan boşama kadının mirasçılığı hususunda engel teşkil etmez.⁹³⁶

İmâm Mâlik bu hususta kadının medhûl bihâ olup olmamasını da dikkate almamıştır. Ona göre her halükârda adamın kötü niyeti reddedilir ve kadın mirasçı olur.⁹³⁷ Şu örnek bu hükmün istisnasını teşkil eder: İmâm Mâlik'e göre, ölümle sonuçlanan hastalık halinde yapılan nikâh akdi sahih olmadığı için bir kimse bu haldeyken evlendiği karısını yine bu haldeyken boşarsa, vefat ettikten sonra kadın ona mirasçı olamaz. Zifafın gerçekleşmesi durumunda sadece mehire hak kazanır.⁹³⁸ Bu durumda her iki tasarrufun da ölümle sonuçlanan hastalık halinde yapılmış olması, ızzar kastı için mazınne teşkil etse de bunlardan önce gerçekleşen yani nikâh akdi dikkate alınmış, boşama tasarrufu ise dikkate alınmamıştır.

4. Mâlikî mezhebinde ölümle sonuçlanan hastalık halindeki bir kimsenin varislerden biri lehine borç ikrarında bulunması durumunda, karineler dikkate alınır. Borç ikrarında bulunan mûrisin kötü kastına delâlet eden karineler bulunursa bu ikrar geçersiz olur. Fakat onun kötü kastını gösteren bir karine bulunmazsa ölüm hastalığı halinde bulunan kişi, lehine ikrarda bulunduğu kişiyi kayırmakla itham edilemez ve yapılan ikrar geçerli olur. İkrarın geçersiz kabul edilmesi, mukirrin vârislerden birini kayırıp diğerlerine zarar verme kastının bulunduğu dair bir mazınnenin bulunmasına bağlıdır. Böyle bir mazınne bulunmadığı zaman söz konusu ikrar geçerli olur.⁹³⁹ Örneğin mirasçılarının arasında kızı ile birlikte amcasının kızı buluna bir kimse, kızının lehine borç ikrarında bulunursa, söz konusu tasarruf töhmet barındırdığı için kabul edilmez.

⁹³⁵ İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hükkâm*, II, 157; Zeydân, *Eserü'l-kusûd*, s. 260.

⁹³⁶ Düreynî, *Nazariyyât*, 246.

⁹³⁷ Sahnûn, *el-Müdevvene*, II, 86.

⁹³⁸ Sahnûn, *el-Müdevvene*, II, 88.

⁹³⁹ Zeydân, *Eserü'l-kusûd*, s. 261.

Fakat amcasının kızı lehine borç ikrarında bulunursa, yaptığı ikrar geçerli olur. Zira böyle bir ikrarda bulunan kimse, amcasının kızını kayırmayı ve kendi kızının hissesini eksilterek ona zarar vermeyi amaçlamakla itham edilemez. Mâlikîlere göre ölüm hastalığı halinde yapılan ikrarın yasaklanmasının gerekçesi, mukirrin kötü niyetli olma ihtimali ve töhmet olduğundan yasağın sadece bunların varlığına delâlet eden durumlarla sınırlı olması gerekir.⁹⁴⁰

Hanbelî fakihler, ölüm hastalığı halinde vârislerden biri lehine yapılan borç ikrârı konusunda, Mâlikîlerle benzer görüşlere sahiptir. Buna göre ikrarda bulunan kişinin, diğer vârislere zarar verme kastını gösteren bir karine olursa yapılan ikrâr bâtil olur. Fakat diğer vârisler, bu ikrarı kabul edecek olursa geçerli hale gelir. Çünkü bu ikrarın bâtil kabul edilmesi diğerlerinin hakkını korumaya yöneliktir. Onların kabul etmesiyle, bu töhmet ortadan kalkar.⁹⁴¹

Ölüm hastalığı halinde olsun olmasın, zarar vermeyi kastetmiş olsun olmasın; Hanbelîler bir kimsenin malının üçte birinden fazlasını vasiyet etmesi durumunda söz konusu vasiyetin, varislerin icazetiyle geçerli olacağını düşünmektedir. İkrar veya farklı bir ispat vasıtasıyla vasinin bu tasarrufu zarar verme amacıyla yaptığı ortaya çıkacak olursa, İmam Mâlik'e göre vasiyetin reddedilmesi gerekir. Hanbelî mezhebindeki görüş de bu doğrultuda şekillenmiştir.⁹⁴²

Hanbelîler, ölüm hastalığı halinde yapılan bâin boşamanın geçerli olduğunu düşünmektedir. Fakat bu boşama başkasına zarar vermek kastıyla yapıldığı için birtakım hukuki sonuçlarını meydana getirmez. Zira söz konusu boşamanın ölüm hastalığı esnasında yapılmış olması, kocanın kadını mirastan mahrum bırakmak amacıyla yaptığını gösteren bir kârine olarak kabul edilir ve kocanın bu kötü kastı engellenir. Koca bu hastalık sebebiyle vefat ederse, kadın iddetini ister tamamlasın ister tamamlamasın başka birisiyle evlenmediği müddetçe, kocasına mirasçı olur. Bunun için zifafın gerçekleşmiş olması da şarttır. Hanbelî mezhebine göre zifaf gerçekleşmediği takdirde, ölüm hastalığı hâlinde bâin talakla boşanan kadın, kocasına mirasçı olamaz.⁹⁴³

⁹⁴⁰ Desûkî, *Hâşiye*, III, 399.

⁹⁴¹ İbn Receb, *Câmi 'u'l-ulûm*, s. Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 263.

⁹⁴² İbn Receb, *Câmi 'u'l-ulûm*, s. 573.

⁹⁴³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 194-195; Zeydân, *Eseru'l-kusûd*, s. 263.

3.2.1.5.5. Veliyyü'l-Yetimin Tasarrufları

Bütün fakihler, yetim çocuğun velisinin tasarruflarında çocuk için en hayırlı ve faydalı olanı gözetmesi gerektiği hususunda ittifak etmiştir. Yetim çocuğun velisi daha iyisini yapma imkânı varken onu yapmazsa emanete hakkıyla riayet etmemiş olur ve bunun mesuliyetini yüklenir. Şu ayet sorumluluğu altında bulunan yetim çocuğun malında tasarrufta bulunan veya bu çocukla ilgili velâyet hakkını kullanan kimsenin çocuğun maslahatını gözetmesi gerektiğine işaret etmektedir: “ ولا تقربوا مال يتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده / *Büluğ çağına erinceye kadar yetimin malına en güzel şekilde olmadıkça yaklaşmayın!*” (el-En'âm, 6/152; el-İsrâ, 17/108) Mâlikî fakihler bu konuda velinin tasarruflarını, onun asıl niyetini dikkate alarak değerlendirmişlerdir. Bu konuda şu örnek ilginçtir: İbnü'l-Kasım'a bir kimsenin velâyeti altındaki yetim bir çocuğu, kendi kızıyla evlendirebilip evlendiremeyeceği sorulduğu zaman şöyle cevap vermiştir. “Eğer kendi kızı, yetim çocuğun sahip olduğu kadar mala sahipse, ona denk ve uygun olup yapılan akit caiz olur. Fakat kendi kızının malı bulunmaz ve bu kimsenin asıl amacı, nikâh akdiyle yetimin malını elde etmek olursa söz konusu akit câiz olmaz.”⁹⁴⁴

İbn Rüşd el-Cedd (ö. 520/1126) bu meselede, aksi ortaya çıkıncaya kadar velinin söz konusu tasarrufunun kötü niyet ve töhmet sebebiyle, sedâd olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Ona göre, insanların velayetleri altında bulunan yetim çocukları, çocuğun maslahatından ziyade genellikle kendi maslahatlarını gözeterek kızlarıyla evlendiriyor olmaları -asıl niyetinin yetim çocuğun malını elde etmek olmadığı ortaya çıkıncaya kadar- bu kimsenin kastının da bu yönde olduğunu gösteren bir karine olarak kabul edilir. Böyle bir dava hâkime arz edildiği zaman, hâkimin kızın durumuna bakması ve yetim çocuğa denk değilse nikâhı feshetmesi gerekir. Kız, yetime denk olur, fakat mehir olarak alınan mal, kızın emsallerine göre fazla olursa, hâkim nikâhı devam ettirir ve fazla olan kısmı ise mehir miktarından eksiltir.⁹⁴⁵

İmâm Mâlik bir kimsenin velâyeti altında bulunan yetim bir kızla evlenmesini veya kendi yakınlarından birisiyle evlendirmesini hoş görmemiştir. İbnü'l-Mevvâz ise mala veya bedene dokunan açık bir zarar olmadığı müddetçe yapılan akdin istihsânen devam ettirilmesi gerektiğini belirtmiştir. İbn Rüşd de daha büyük bir zarara sebep olması durumunda akdin feshedilmesinin sahih olmadığını söylemiştir.⁹⁴⁶

⁹⁴⁴ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IV, 487.

⁹⁴⁵ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IV, 487.

⁹⁴⁶ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IV, 487.

Mâlikîler, bir kimse velâyeti altında bulunan yetim çocuğu, kendi yakınlarıyla değil de başka bir kadınla evlendirirse, aksi ortaya çıkıncaya kadar, bu kimsenin kötü niyetli olmakla itham edilemeyeceğini söylemişler ve yapılan akdi câiz görmüşlerdir.⁹⁴⁷

Mâlikî fakihler, hukuki tasarrufta bulunan kimselerin maksatlarının etkisini aşamalı olarak değerlendirmişlerdir. Buna göre meşru olmayan bir amacı gerçekleştirmek üzere yapılan bir hukuki tasarruf bilfiil ortaya çıktıktan sonra mümkün olduğu kadar ortaya çıkan zararı, izale etme yolunu tercih etmişlerdir. Örneğin sadedinde bulunduğumuz meselede, kız kendisine denk olmadığı takdirde yetim çocuğun hiçbir maslahatı bulunmadığı için yapılan akit feshedilirken; kız kendisine denk olduğu takdirde akdin özünü ilgilendiren bir zarar bulunmadığı için akit devam ettirilmiş ve sadece mehir miktarında düzenlemeye gidilmiştir.

3.2.2. Akdin Mahalliyle İlişkisi Bakımından Sübjektif Gaye

Mâlikî ve Hanbelîler, tarafları akit yapmaya sevk eden şahsi gayenin şer'î esaslara aykırı olduğu ortaya çıktığı takdirde, bunu söz konusu muamelenin hukuki sonuçları üzerinde etkili görürler. Onlara göre irade beyanında ister zikredilmiş olsun ister olmasın, tarafların dolaylı amaçları, Şâri'in gayelerine aykırı olduğu takdirde, akdin hükümsüz olmasına sebebiyet verir. Bu nedenle akde konu olan şeyin genellikle şer'an meşru kabul edilmeyen amaçlar için kullanılıyor olması veyahut da tarafların böyle bir amacının bulunması, akdin hukuki sonuçlarını etkiler.

1. Mâlikî Mezhebinin Görüşü

Mâlikîlere göre bir şeyin satım akdine konu olabilmesi için şer'an intifaa elverişli olması şarttır. Onlara göre a'yân "özünde hiçbir menfaat bulunmayan şeyler" ve "bir menfaat vecihi bulunan şeyler" olmak üzere iki kısımdır. Menfaat vecihi bulunan şeyler ise "şarap, leş, kan, domuz eti gibi Şâri'in nehyi taalluk ettiği için bütün faydaları haram olan şeyler", "kumaş, meyve vs. gibi bütün faydaları helal olan şeyler" ve "hem haram hem de helal faydaları bulunan şeyler" olmak üzere üç kısma ayrılır. Faydalanma vecihlerinin tamamı haram olan şeylerin konu olduğu akitlerin geçersiz; faydalanma vecihlerinin tamamının helal olduğu şeylerin konu olduğu akitlerin ise sahih olduğu hususunda ihtilaf yoktur. Fakat haram ve helal faydalanma vecihleri bulunan şeylerin konu olduğu akitlerin sıhhati, Mâlikî fakihler arasında ihtilafıdır.⁹⁴⁸

⁹⁴⁷ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IV, 487.

⁹⁴⁸ Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, V, 54-55.

Mâlikîlere göre bir şeyin faydalanma vecihlerinin büyük bir çoğunluğu haram olur ve o şeyi kullanan kişilerin amacı, bu haram vecihlerden birisi olursa, bu şey bütün vecihleri haram olan şeyler gibi değerlendirilir. Örneğin necis olan zeytinyağının yenilme, yağlanmak için kullanılma, sabun yapılma, yakılma gibi faydalarının tamamı meşhur olan görüşe yasaktır. Fakat necis zeytinyağı, mescit olmayan mekânlarda yakılabilir veya insanların dışındaki diğer canlılar için kullanılabilir. Bunlar tali faydalar olup, necis zeytinyağının satım akdine konu olmasını geçerli hale getirmez.⁹⁴⁹

Mâlikîlere göre bir şeyin faydalanma vecihlerinin büyük bir çoğunluğu helal olur ve o şeyi kullanan kişilerin amacı, bu helal vecihlerden birisi olursa, bu şey bütün vecihleri helal olan şeyler gibi değerlendirilir. Örneğin hurmanın birçok faydaları vardır. Fakat sarhoş edici içecek yapımında da kullanılabilir. Bu ise tali bir faydalanma veçhi olup, hurmanın satım akdine konu olmasını geçersiz hale getirmez.⁹⁵⁰

Bir şeyin faydalanma vecihlerinin büyük bir çoğunluğu helal olduğu halde bir kimse onun haram olan faydalanma veçhini kastederse; bu durum, Mâlikî fakihler arasında ihtilâflıdır. Çoğunluğa göre bu tür şeylerin konu olduğu satım akdi sahih değildir. Haram faydalanma vecihleri bulunan bir şeyin konu olduğu akdin sahih olması ise tarafların bu haram veçhi kastetmemiş olmasına bağlıdır. Aksi takdirde yapılan akit geçerli olmaz.⁹⁵¹

2. Hanbelî Mezhebinin Görüşü

Hanbelîlere göre bir şeyin satım akdine konu olabilmesi için şer'an mal olması gerekir. Faydası bulunmayan şeyler ise şer'an mal kabul edilmezler. Onlara göre akde konu olabilecek mallar hususunda herhangi bir nas bulunmadığı için bu konuda insanların örfü dikkate alınır. Bu nedenle bir şeyin mübah bir faydalanma veçhi bulunduğu takdirde, akde konu olması geçerlidir. Onlara göre balıkları avlamak amacıyla kullanılan kurt vs. gibi canlı yemlerin; kanı emmesi amacıyla sülügün; sesini dinlemek amacıyla bülbül, papağan, kumru vs. kuşların satım akdine konu olması sahihtir. Zira bunlar mübah menfaatlerdir. Fakat hiçbir faydası bulunmayan haşerelerin, akde konu olması geçerli değildir.⁹⁵² Örneğin bir kimse vahşi bir hayvanın yumurtasını, o yumurtadan ileride elde

⁹⁴⁹ Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, V, 55; Desûkî, *Hâşiye*, III, 7. İbn Ferhûn şöyle demiştir: “*Lehv aletlerini satan kimse tedip edilir. Yapılan akit ise feshedilir. Levh aletleri kırılır. Nehyedilmiş resimler de bu hükme tabidir. Fakat resim elbise veya yere serilen halı üzerinde olursa caizdir.*” Bkz. İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hükkâm*, II, 158.

⁹⁵⁰ Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, V, 55.

⁹⁵¹ Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibu'l-celîl*, V, 55-56.

⁹⁵² Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, II, 464.

edeceği yavruyu eğiterek av hayvanı olarak kullanmak amacıyla satın alırsa yapılan akit geçerlidir. Fakat vahşı hayvanın yumurtalarını yemek amacıyla satın alacak olursa, bu yumurtaları yemek mübah olmadığı için söz konusu akit sahih olmaz. Benzer şekilde maymunu dükkân, ev vs. bir yeri koruması amacıyla satın almak geçerli iken onu lehv amacıyla satın almak ise sahih değildir. Ahmed b. Hanbel ise maymunun satım akdine konu olmasını, alıcı veya satıcının amacından bağımsız bir şekilde kerih görmüştür.⁹⁵³

⁹⁵³ Buhûtı, *Keşşâfu'l-kınâ'*, II, 465.

SONUÇ

İslam hukukunda sübjektif gayenin akitlerin hukukî sonuçlarına etkisini tespit edebilmek amacıyla yaptığımız çalışmamızda elde ettiğimiz sonuçları şu şekilde ifade edebiliriz:

Batı hukuk sistemlerinde hukuk-ahlak ilişkisi bağlamında tartışma konusu edilen hukukî fiil-sübjektif gaye ilişkisi, fikhın kendine has yapısı gereği, klasik dönemde ibadetlerden cezalara geniş bir yelpazede ve birbiriyle irtibatlı bir şekilde ele alınmıştır. XIX. yüzyıldan itibaren yapılmaya başlayan çalışmalarda ise bu alanların birbirinden ayrı mütalaa edildiği; genellikle Batılı kavram ve teorilerin merkeze alındığı araştırmaların yapıldığı görülür. Böylece Borçlar hukukunda niyetin hukukî fiillere etkisinin “sebebe teorisi”, “irade teorisi” ve “beyan teorisi” başlıkları altında incelendiği çalışmalar, ortaya çıkar. Biz tezimizde bu teoriler çerçevesinde tartışma konusu edilen problemlerden birisi olan beşerî iradeyi hukukî bir tasarrufta bulunma yönünde harekete geçiren *sübjektif gaye* üzerinde durduk. Bu kavram, modern hukuk çalışmalarında *cause impulsive / sâik sebep / bâis* olarak isimlendirilmekte ve hukuka ve ahlaka aykırı bir amacı bulunan hukukî işlemlerin medenî müeyyidesinin ne olduğu, diğer bir deyişle bunların hükümsüz olup olmadığı tartışma konusu edilmektedir.

İslam hukukçuları arasında tarafları hukuki muamelede bulunmaya sevk eden sübjektif gayenin, söz konusu muamelenin hükmü ve hukuki sonuçları üzerinde etkili olduğu hususunda ihtilaf yoktur. Amellerin şer’î değerlendirmesinde niyetin dikkate alınması gerektiğine işaret eden hadis de bunu göstermektedir. Buna göre tarafların şahsi gayesi, Şâri’in o akdi vaz’ etmesindeki gâye ile uyum içerisindeyse veya şer’î esaslara aykırı değilse, akdin sıhhatine etki etmez. Fakat Şâri’in gayelerine ve şer’î esaslara aykırı sübjektif gâyenin akitler üzerinde nasıl bir etkiye sahip olacağı ihtilaflıdır.

Fakihler arasındaki ihtilaf, tabiatı gereği içsel, değişken ve bilinmez olan şahsi gayenin tespitinde esas alınması gereken kıstaslar hususunda yaşanmaktadır. Bazı fakihler sübjektif gayenin akitlerin hukukî sonuçlarını etkileyebilmesi için irade beyanında akdî şart olarak ifade edilmesini, dolayısıyla tarafların ortak amacı haline gelmesini gerekli görürken; bazı fakihler bu kriterin yanı sıra tarafların şer’î esaslara aykırı şahsi gayelerinin akdin mahalline bağlı olarak taraflar açısından sürpriz sayılmayacak nitelikte olmasını da yeterli görmüştür. Bazı fakihler ise tarafların ortak amacı haline gelmemiş olsa bile taraflardan biri, karşı tarafın şer’î esaslara aykırı şahsi

gayesini bildiği veya bilme imkânına sahip olduğu takdirde, akdin hükümsüz olması gerektiğini savunmuştur. Bu son görüşü savunan fakihlere göre söz konusu muamele hukuki bir ihtilafa konu olduğu takdirde, muhakeme usulü açısından yeterli görülen her türlü ispat vasıtası kullanılabilir. Ayrıca sözleşmeyi çevreleyen şartlar ve hal karinesi de tarafların sübjektif gayesinin şer'î esaslara aykırı olup olmadığının tespitinde önemli vasıtalaradır.

Hanefiler, tarafların şer'î esaslara aykırı sübjektif gayelerinin akitlerin hukuki sonuçları üzerinde etkili olabilmesi için irade beyanı ile birlikte açıklanmış olmasını gerekli görür. Onlara göre irade beyanı ile birlikte açıklanmayan sübjektif gaye, ancak akdin mahalliyle iç içe geçtiği durumlarda dikkate alınır. Diğer bir deyişle bu durumda temel kıstas, akdin mahallinin meşruiyetidir. İrade beyanında yer verilmeyen veya akdin mahallinin tabiatından da anlaşılabilen sübjektif gaye ise dünyevî hüküm bakımından dikkate alınmaz. Onlara göre bu niteliklere sahip şahsi gaye sadece akdin uhrevî hükmü üzerinde etkili olur. Hanefilerin bey'u'l-îneyi fâsit bir akit olarak nitelendirmeleri onların karineler yoluyla anlaşılabilen sübjektif gayeyi dikkate aldıkları anlamına gelmez. Zira taraflar bu muameleyi riba maksadıyla yapmamış olsalar bile, söz konusu akit, zâhiri şartlar itibarıyla mukâssa anlamı taşıdığı ve Hz. Âişe'den (r.a.) gelen rivayet sebebiyle istihsânen fasit kabul edilmiştir.

Günlük muamelelerde hukuki emniyet ve nizam düşüncesine çok önem veren Şâfîiler de Hanefiler gibi akitlerin hukuki değerlendirmesinde objektif unsurları esas alırlar. Bu nedenle tarafları hukuki mumalede bulunmaya sevk eden sübjektif gaye şer'î esaslara aykırı olduğu takdirde, dünyevî hüküm bakımından akdi etkileyebilmesi için irade beyanında sarîh bir şekilde ifade edilip edilmediğine bakarlar. Onlara göre taraflardan biri şer'î esaslara aykırı gayesini irade beyanında şart olarak zikredecek olursa, bu durum akdin hukuki sonuçları üzerinde etkili olur, aksi takdirde olmaz. Bu konuda Hanefilere nazaran daha katı bir tavra sahip olan Şâfîiler, Hanefilerin aksine tarafların akdin mahallinin tabiatından anlaşılabilen şahsi gayelerini ise sınırlı sayıda meselede, akdi hükümsüz bırakan bir sebep olarak kabul etmişlerdir.

Hukuk anlayışı büyük oranda Şâfîî mezhebine dayanan İbn Hazm'a göre tarafların mücerret kastı, akitlerin hukuki sonuçları üzerinde etkili değildir. Bu nedenle, bir kimsenin şahsi gayesi şer'an yasaklanmış olsa bile, irade beyanında zikretmediği takdirde, akdi etkilemez. Modern çalışmalarda bir kimsenin şarap üretiminde bulunduğunu bildiği bir şahsa üzüm şırası satmasını, fasit bir akit olarak nitelendirmesi

nedeniyle, İbn Hazm'ın tarafları akit yapmaya sevk eden sübjektif gayeyi mutlak olarak dikkate aldığı ifade edilmektedir. Fakat İbn Hazm, böyle bir akdin fasit olduğu yönündeki hükme tarafların şahsi gayesinin şer'î esaslara aykırı olduğu gerekçesiyle değil; günah ve isyanda yardımlaşmanın yasaklanmış olması ve nehyin de mutlak manada fesadı gerektirdiği şeklindeki prensibi sebebiyle ulaşmıştır. Bu durum, onun tarafları akit yapmaya sevk eden sübjektif gayeyi mutlak bir şekilde dikkate aldığı anlamına gelmez.

Zeydî fakihler de Hanefî ve Şâfiî mezheplerinin görüşlerine benzer görüşler taşımaktadır. Bu nedenle hem irade ile ilgili problemlerin çözümünde hem de sübjektif gayenin akitlerin hukuki sonuçlarına etkisi hususunda genellikle objektif kriterleri esas almışlardır.

Mâlikî ve Hanbelîlere göre tarafların şer'î esaslara aykırı şahsi gayelerinin, akde etki edebilmesi için karşı tarafın bilmesi veya bilme imkânına sahip olması yeterlidir. Herhangi bir hukuki muamele böyle bir gerekçeyle hukuki ihtilafa konu olduğu takdirde, hâkim tarafından her türlü ispat vasıtası dikkate alınır. Bu mezheplere mensup fakihler, akdi çevreleyen şartlar ve tarafların içinde buldukları durumun onların maksadına delâlet etmesi (delâletü'l-hâl), tarafların asıl amaçlarının tecrübe veya örf yoluyla bilinmesi veya bu hususta zann-ı gâlibin bulunması gibi daha sübjektif kriterleri de yeterli görmüştür. Onlara göre bu yollardan herhangi biriyle taraflardan biri diğerinin meşru olmayan asıl amacını biliyorsa veya bilme imkânına sahipse akit fâsid olur. Mâlikîlerin bu konudaki temel dayanakları “itibâru'l-meâl” delili ve bu küllî delilin uzantısı olan “sedd-i zerâî” kaidesidir. Hanbelîler ise bu meseleyi daha çok “hiyel” bağlamında ele almışlardır. Ayrıca Mâlikîler gibi “sedd-i zerâî” delilini de kullanmışlardır.

Genellikle usûli açıdan sedd-i zerâî delilini muteber kabul eden fakihler, tarafları akit yapmaya sevk eden sübjektif gayenin akitlerin hukuki sonuçları üzerinde etkili olduğu; usûli açıdan sedd-i zerâî delilini muteber kabul etmeyen fakihler ise tarafları akit yapmaya sevk eden sübjektif gayenin akitlerin hukuki sonuçları üzerinde etkili olmadığı görüşündedirler. Çünkü objektif bakış açısına göre, herhangi bir fiilin muhtemel sonuçları değil, oluştuğu andaki durumu dikkate alınır. Dolayısıyla sedd-i zerâî prensibinin bu mezheplere göre işletilme imkânı yoktur. Zira sedd-i zerâî prensibinde şahsi maksat ve niyetler yalnız başına değil, olası sonuçlarıyla birlikte değerlendirilir. Tarafların şahsi gayesini, akitlerin hukuki sonuçları üzerinde etkili gören Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin sedd-i zerâî prensibine göre çözüme kavuşturduğu birçok mevzuyu, Hanefî ve Şâfiîler, nehyin fesada delâleti bağlamında çözmüştür. Bu nedenle Mâlikî ve

Hanbelîlere göre sonuçları itibariyle mefsedete sebep olduğu için fasit kabul edilen birçok hukuki muamele; Hanefî ve Şâfîlere göre *haram li ğayrihi* kategorisinde olduğu için dünyevî hüküm bakımından sahih kabul edilmiştir.

Caferî fakihler ise hem irade ile ilgili problemlerin çözümünde hem de şahsi gayenin akitlerin hukuki sonuçlarına etkisi hususunda, objektif kriterleri dikkate alan bir yaklaşıma sahiptir. Caferîlere göre haram olan amacın doğrudan kastedilmesi ile dolaylı olarak kastedilmesi arasında fark bulunmaktadır. Onlara göre haram olan amaç, irade beyanında zikredildiği takdirde doğrudan kastedilmiş kabul edilir ve akdin fasit olmasına neden olur. İrade beyanında zikredilmeyen fakat karinelerin delâlet ettiği haram amaçların ise akdin hukuki sonuçlarını nasıl etkileyeceği ihtilaflıdır. Caferî mezhebinde tercih edilen görüşe göre bu tür muameleler, vaz'î hüküm bakımından sahihtir. Bununla birlikte böyle akitlerin inikat etmeyeceğini söyleyen Caferî fakihler de bulunmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

- ABDÜLAZİZ BUHARÎ**, Alâuddîn Abdülazîz b. Ahmed b. Muhammed (ö. 730/1330), *Keşfu'l-esrâr fî şerhi Usûli'l-Pezdevî I-IV*, thk. Abdullah Mahmûd Muhammed Ömer, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418 / 1997.
- AHMED B. HANBEL**, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî el-Mervezî (ö. 241/855), *el-Müsned*, Nşr. Muhammed Fuâd Abdalbâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.
- ALİ EL-HAFÎF**, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, Kâhire: Dâru'l-Fikri'l-Arâbî, 1429/2008.
- , *et-Tasarrufu'l-infirâdî ve'l-İradetü'l-münferide*, Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1430/2009.
- ALİ HAYDAR**, *Dürerü'l-hükkâm şerhu mecelleti'l-ahkâm I-IV*, Riyad: Dâru 'Âlemü'l-Kütüb, 1423/2003.
- ÂMİDÎ**, Ebu'l-Hasen (Ebu'l-Kâsım) Seyfüddîn Alî b. Muhammed b. Sâlim es-Sa'lebî (ö. 631/1233), *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm I-IV*, Riyad: Dâru's-Samî'î, I. Baskı, 1424/2003.
- ÂMİLÎ**, Muhammed Cevâd (ö. 1226/1811), *Miftâhu'l-kerâme I-XXVI*, thk. Muhammed Bâkır el-Hâlisî, Kum: Müessetü'n-neşri'l-İslâmî, I. Baskı, 1418.
- ANSÎ**, Ahmed b. Kâsım b. Miftâh el-Ansî el-Yemânî es-San'ânî, *et-Tâcu'l-müzheb li ahkâmi'l-mezheb şerhu metni'l-ezhâr fî fikhi'l-ümmeti'l-ethâr I-IV*, San'a: Dâru'l-Hikmeti'l-Yemâniyye, 1414/1993.
- APAYDIN**, Hacı Yunus, "Hata", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XVI, 437-442, İstanbul: TDV Yayınları, 1997.
- , "İhtiyar", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XXI, 575-576, İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- , "İhtiyât", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XXI, 577-579, İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- , "İne", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XXII, 283-285, İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- , "İrade Beyanı", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XXII, 387-391, İstanbul: TDV Yayınları, 2000.

- , “İrade”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XXII, 384-387, İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- , *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, (Basılmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989.
- ARI**, Abdüsselam, “İslam Hukukunda Sâik ve Hukuki İşlemlere Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 2 (2000), s. 203-220.
- , “Rıza”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XXXV, 56-57, İstanbul: TDV Yayınları, 2008.
- , *İslam Hukukunda Rıza ile İrade Beyanı Arasında Uyumsuzluk*, (Basılmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996.
- ARSEBÜK**, Esat, “Akit Mefhumu Etrafında İncelemeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, sy. 1-4 (1953), s. 369-425.
- ASKERÎ**, Ebû Hilâl el-Hasen b. Abdillâh b. Sehl el-Askerî (v. 400 / 1009’dan sonra), *el-Furûku’l-luğaviyye*, thk. Muhammed İbrahim Selim, Kahire: Dâru’l-İlm ve’s-Sekâfe, 1418 / 1997.
- ASLAN**, Mehmet Selim, “İctihad ve Fetva Faaliyetlerinde Olası Sonuçların Dikkate Alınması (İtibâru’l-Meâlât)”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 27 (2016), s. 183-218.
- ATAR**, Fahrettin, “Töhmets”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XLI, 274-277, İstanbul: TDV Yayınları, 2012.
- ATEŞ**, Derya, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, (Basılmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006.
- AYBAKAN**, Bilal. “Meclis”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XXVIII, 239-241, Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- BAHRULULÛM**, Muhammed, *Uyûbu’l-irade fi’s-Şerî’ati’l-İslâmiyye*, Kahire: Şeriketü Mektebeti’l-elfîn, II. Baskı, 1421 / 2001.
- BECHOR**, Guy, *The Sanhuri Code and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, Leiden / Boston: Brill, 2007.
- BOYNUKALIN**, Ertuğrul, “Makâsıdu’s-Şerîa”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XXVII, 423-427, Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- BUHÂRÎ**, Muhammed b. İsmâil (ö. 256/870), *el-Câmi’u’s-Sahîh*, I-VIII, Nşr. Muhammed Fuâd Abdalbâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.

- BUHÛTÎ**, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn (ö. 1051/1641), *Keşşâfu'l-kına 'an metni'l-İknâ' I-V*, thk. Muhammed Emin ed-Dinnâvî, Beyrut: Âlemu'l-Kütüb, I. Baskı, 1417 / 1997.
- BURULLUSÎ**, Şehâbeddîn Ahmed Umeyre el-Burullusî (ö. 957/1550) *Hâşiyetü'l-Burullusî 'alâ Şerhi'l-Mahallî 'ale'l-Mihnâc (el-Kalyûbî'nin haşiyesiyle birlikte) I-IV*, Kahire: Şeriketü Mektebe ve Matbaa Mustafa el-Bâcî el-Halebî, 1375 / 1956.
- CESSÂS**, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi (ö. 370/981), *Ahkâmu'l-Kur'an*, thk. Muhammed es-Sâdık Kamhâvî, Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, 1412/1992. -----, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî I-VIII*, Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, I. Baskı, 1403/1983.
- CEVHERÎ**, Ebû Nasr İsmâil b. Hammâd el-Cevherî (ö. 400/1009'dan önce), *Tâcu'l-luğa ve sıhahu'l-'Arabiyye I-VII*, thk. Ahmed Abdülğafûr Attâr, Beyrut: Dâru'l-İlmi'l-Melâyîn, IV. Baskı, 1990.
- CÛRCÂNÎ**, Ebu'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Alî es-Seyyid eş-Şerîf el-Cürcânî el-Hanefî (ö. 816/1413), *Kitâbu't-Ta'rîfât*, Beyrut: Mektebetü Lübnân, 1985.
- CÛVEYNÎ**, İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rüknuddîn Abdülmelik b. Abdillâh b. Yûsuf el-Cüveynî et-Tâi en-Nîsâbûrî (ö. 478/1085), *Nihâyetü'l-matlab fî dirâyeti'l-mezheb I-XX*, thk. Abdulazîm Mahmûd ed-Dîb, Cidde: Dâru'l-Minhâc, I. Baskı, 1428/2007.
- DÂREKUTNÎ**, Ali b. Ömer (ö. 385/995), *Sünenü'd-Dârekutnî I-VI*, thk. Hasan Abdülmün'im eş-Şelebî ve Abdüllatif Hırzullah, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, I. Baskı, 2004.
- DEMİRCİ**, İslam, *İslam Borçlar Hukukunda Hata*, (Basılmamış doktora tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2011.
- DERDÎR**, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed ed-Derdîr el-Adevî (ö. 1201/1786), *eş-Şerhu'l-kebîr 'alâ Muhtasari Sîdî Hâlîl I-IV*, Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, y.y. t.y.
- DESÛKÎ**, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafe (ö. 1230/1815), *Hâşiyetü't-Desûki 'ale's-Şerhi'l-kebîr I-IV*, Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, y.y. t.y.
- DÖNMEZ**, İbrahim Kâfi, "Amel", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, III, 16-20, İstanbul: TDV Yayınları, 1991.

- , “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler (Batı Hukuku ile Mukayeseli Olarak)”, *İLAM Araştırma Dergisi*, C. 1, sy. 1 (1996), s. 9-62.
- , “Niyet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XXXIII, 169-172, İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- , “Temyiz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XL, 437-439, İstanbul: TDV Yayınları, 2011.
- DRAZ**, Muhammed Abdullah, *Düstûru'l-ahlâk fi'l-Kur'an*, çev. Abdussabûr Şâhîn, Müessesetü'r-Risâle, y.y. t.y.
- DÜREYNÎ**, Fethi, *el-Hakk ve medâ sultani'd-devle fi takyîdihî*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, III. Baskı, 1404/1984.
- , *en-Nazariyyâtu'l-fıkhiyye*, Şam: Menşûratu Câmiatu Dimeşk, IV. Baskı, 1417/1997.
- , *Nazariyyetü't-teassüf fi's'ti'mâli'l-hakk fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, IV. Baskı, 1408/1988.
- EBÛ DÂVÛD**, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak el-Ezdî es-Sicistânî (ö. 275/889), *es-Sünen*, I-V, Nşr. Muhammed Fuâd Abdulbâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.
- EBÛ ZEHRÂ**, Muhammed, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd fi 'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, y.y. t.y.
- EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, XXI. Baskı, 2017.
- ERGÜN**, Çağdaş Evrim, “Sözleşmeler Hukukunda Consideration / Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti Kavramı ve Causa / Hukuki Neden ile İşlevsel Denkliği Meselesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, sy. 4 (2004), s. 85-100.
- ERMAN**, Hasan, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 38, sy. 1-4 (1973), s. 601-620.
- ESENER**, Turhan, *Borçlar Hukuku - Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, Ankara: AÜHFY, 1969.
- EŞKAR**, Ömer Süleyman, *Makâsıdu'l-mükellefîn fi mâ yuteabbedu bihî li Rabbi'l-âlemîn / en-Niyyât fi'l-ibâdât*, Kuveyt: Mektebetü Felâh, I. Baskı, 1981/1401.

- KÜÇÜK**, Eşref, “XII. Yüzyıl Rönesansı Ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, sy. 4 (2007), s. 111-122.
- FEYYŪMÎ**, Ahmed b. Muhammed (ö. 770/1368), *el-Misbâhu’l-münîr*, Beyrut: Mektebetü Lübnân, 1987.
- FÎRŪZÂBÂDÎ**, Ebu’t-Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Ya’kûb b. Muhammed el-Fîrûzâbâdî (ö. 817/1415), *el-Kâmusu’l-muhît*, Şam: Müessesetü’r-Risâle, VI. Baskı, 1998.
- GAZZÂLÎ**, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed et-Tûsî (ö. 505/1111), *el-Vecîz fî fıkhi’l-İmâmî’ş-Şâfi’ I-II*, thk. Ali b. Muavviz ve Âdil Ahmed el-Mevcûd, Beyrut: Şeriketü Dâru’l-Erkam b. Ebi’l-Erkam, I. Baskı, 1418/1997.
- , *İhyâu ulûmi’d-dîn*, Beyrut: Dâru İbn Hazm, I. Baskı, 1426/2005.
- GİRYÂNÎ**, Mahmûd Selâme, “Nahve te’sîlin cedîdin li nazariyyeti’l-bâis fî’l-fıkhi’l-İslâmî”, *Mecelletü Külliyyeti’d-Da’veti’l-İslâmiyye*, sy. 20 (2003), s. 188-210.
- GÖZLER**, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref, “Akdin İnikadında İtimat Nazariyesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 12, sy. 1 (1957), s. 125-135.
- HÂDİMÎ**, Nûreddin Muhtâr, *İlmu’l-makâsıdu’ş-Şerî’a*, Riyad: Mektebetü’l-‘Abîkân, I. Baskı, 1421/2001.
- HAMMÂD**, Nezîh, *Mu’cemu’l-mustalahati’l-mâliyye ve’l-iktisâdiyye fî luğati’l-fukahâ*, Şam: Dâru’l-Kalem, I. Baskı, 1429/2008.
- HAMŪDÎ**, Halime Âyet, *Nazariyyetü’l-bâis fî’ş-Şerî’ati’l-İslâmiyye ve’l-kânûni’l-vaz’î*, Beyrut: Dâru’l-Hadese, 1986.
- HÂNSÂRÎ**, Mûsa İbnü’l-Mirzâ Muhammed İbnü’ş-Şeyh Ebû Adnân en-Necefî el-Hansârî (ö. 1363/1944), *Münyetü’t-tâlib fî hâşiyeti’l-mekâsib*, Kum: Müessesetü’n-Neşri’l-İslâmî, III. Baskı, 1431.
- HASKEFÎ**, Alâuddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefî ed-Dîmeşkî (ö. 1088/1677), *ed-Dürrü’l-muhtâr şerhu Tenviri’l-epsâr ve câmi’i’l-bihâr*, thk. Abdulmun‘im Halil İbrahim, Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, I. Baskı, 1423/2002.
- HAŞLÂN**, Hâlid b. Sa’d b. Fahd, *Hakîkatu’l-bâis fî’l-fıkhi’l-İslâmî*, Riyad: Dâru Kunûz İşbiliye, I. Baskı, 1428/2007.

- HATEMÎ**, Hüseyin, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, (Gözden geçirilmiş doçentlik tezi), İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- HATTÂB ER-RUAYNÎ**, Ebû Abdullah Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahman el-Mâlikî el-Mağribî er-Ruaynî (ö. 954/1547), *Mevâhibu'l-celîl fî şerhi Muhtasari's-Şeyh Halîl I-VII*, thk. Muhammed b. Muhammed Nâsır, Moritanya: Dâru'r-Rıdvân, I. Baskı, 1431/2010.
- HUSARÎ**, Ahmed, *Nazariyyetü'l-hükm ve mesâdiru't-teşrî' fî usûli'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire: Mektebetü'l-külliyâtu'l-Ezheriyye, 1401/1981.
- HÜRR EL-ÂMİLÎ**, Muhammed b. el-Hasen b. Alî el-Hürr el-Âmilî el-Meşgarî (ö. 1104/1693), *Tafsîlu Vesâilu's-Şi'a ilâ tahsili mesâili's-Şerî'a I-XXX*, Kum: Müessesetü Âli'l-Beyt, II. Baskı, 1414/1994.
- İBN ÂBİDÎN**, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseyinî ed-Dımaşkî (ö. 1252/1836), *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhi Tenvîri'l-ebşâr I-XIII*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Muavviz, Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003.
- İBN EMÎRU HÂC**, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed b. Muhammed el-Halebî (ö. 879/1474), *et-Takrîr ve't-tahbîr I-III*, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, II. Baskı, 1403/1983.
- İBN FERHÛN**, Ebu'l-Vefâ (Ebû İshâk) Burhânüddîn İbrâhîm b. Alî b. Muhammed el-Ceyyânî el-Medenî (ö. 799/1397), *Tebşiratu'l-hükkâm fî usûli'l-akziye ve menâhici'l-ahkâm I-II*, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1423/2003.
- İBN FÛREK**, Ebû Bekr Muhammed b. el-Hasen b. Fûrek el-İsfehânî en-Nîsâbüri (ö. 406/1015), *Kitâbu'l-hudûd fî'l-usûl / el-Hudûd ve'l-muvâda'ât*, thk. Muhammed es-Süleymânî, Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, I. Baskı, 1999.
- İBN HACER**, Ebu'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. Alî b. Muhammed el-Askalânî (ö. 852/1449), *Fethu'l-Bârî şerhu'l-Câmi'i's-Sahîhi'l-Buhârî I-XIII*, thk. Abdülkadir Şeybetülhamd, I. Baskı, Riyad: 1421/2001.
- İBN HAZM**, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî (ö. 456/1064), *el-Muhallâ I-XI*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir - Abdurrahman el-Cezîrî - Muhammed Münîr ed-Dımeşkî, Mısır: İdâretü't-Tıbaati'l-Münîra, I. Baskı, 1347-1352.

- İBN KAYYİM EL-CEVZİYYE**, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb ez-Zura'î ed-Dımeşkî el-Hanbelî (ö. 751/1350), *Bedâi'u'l-fevâid I-V*, thk. Ali b. Muhammed el-İmrân, Dâru'l-Âlemi'l-Fevâid, y.y. t.y.
- , *İ'lâmu'l-muvakki'in 'an Rabbi'l-Âlemîn I-VIII*, thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Hasan Âli Selmân ve Ebû Ömer Ahmed Abdullah Ahmed, Dammâm: Dâru İbni'l-Cevziyye, 1423.
- İBN KUDÂME**, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Makdisî (ö. 620/1223), *el-Muğnî I-XV*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türkî-Abdulfettâh Muhammed, Riyad: Dâru 'Âlemi'l-Kütüb, III. Baskı, 1417/1997.
- İBN MANZÛR**, Ebu'l-Fazl Cemâluddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî (ö. 711/1311), *Lisânu'l-'Arab I-VI*, thk. Abdullah Ali el-Kebîr - Muhammed Ahmed Hasebullah - Hâşim Muhammed eş-Şâzelî, Kâhire: Dâru'l-Me'ârif, t.y.
- İBN MELEK**, İzzüddîn Abdüllatif b. Abdilazîz (ö. 821/1418'den sonra), *Şerhu'l-Menâr*, Dersâadet: Matbaatu Usmâniyye, 1315.
- İBN NÜCEYM**, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî (ö. 970/1563), *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik I-IX*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1997.
- İBN RECEB**, Ebu'l-Ferec Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Abdirrahmân Receb el-Bağdâdî ed-Dımaşkî (ö. 795/1393), *Câmi'u'l-'ulûm ve'l-hikem fi şerhi hamsîne hadîsen min cevâmi'i'l-kelim*, thk. Târik b. Avedullâh b. Muhammed, Dammâm: Dâru İbnü'l-Cevziyye, IV. Baskı, 1423.
- , *Takrîru'l-kavâ'id ve tahrîru'l-fevâid I-III*, thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Hasan Âli Selmân, Dâru İbn Affân.
- İBN RÜŞD EL-CEDD**, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtûbî el-Endelüsî (ö. 520/1126), *el-Beyân ve't-tahsîl ve's-şerh ve't-tevcîh ve't-ta'lîl fi mesâili'l-müstahrace I-XX*, thk. Muhammed Haccî, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, II. Baskı, 1408/1988.
- , *el-Mukaddemât (el-Müdevvene ile birlikte)*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, 1415/1994.
- İBN RÜŞD EL-HAFÎD**, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî el-Endelüsî (ö. 595/1198), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Thk. Ali

Muhammed Muavviz ve Adil Ahmed Abdulmevcûd, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1428/2007.

İBN TEYMİYYE, Ebu'l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm b. Mecdiddîn Abdisselâm el-Harrânî (ö. 728/1328), *el-Fetâva'l-kübrâ I-VI*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ-Mustafa Abdülkadir Atâ, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, 1408/1987.

-----, *el-'Ukûd*, thk. Ebû Ya'kûb Neş'et b. Kemâl el-Mısırî, Mektebetü'l-Mevrid, I. Baskı, 1423.

-----, *el-Kavâ'idu'l-nûrâniyyetu'l-fikhiyye*, thk. Ahmed b. Muhammed el-Halîl, Dâru İbnü'l-Cevziyye, I. Baskı, 1422.

-----, *Kitâbu beyânu'd-delîl 'ala butlâni't-tahlîl*, thk. Muhammed Abdulmecîd es-Selefî, el-Mektebetü'l-İslâmî, I. Baskı, 1418/1998.

-----, *Mecmû'atu'l-Fetâvâ I-XXXVII*, Dâru'l-Vefâ, III. Baskı, y.y. t.y.

İBNÜ'L-CELLÂB, Ebu'l-Kasım Ubeydullah b. el-Hüseyin b. el-Hasan el-Basrî (ö. 378/988), *et-Tefrî' I-II*, thk. Hüseyin b. Sâlim ed-Dehemânî, Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, I. Baskı, 1408/1987.

İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî (ö. 861/1457), *Şerhu fethu'l-kadir 'ale'l-Hidâye şerhi Bidâyeti'l-mübtedî I-X*, thk. Abdürrezzak Ğâlib el-Mehdî, Beyrut: Dâru'l-Fikri'l-İlmiyye, I. Baskı, 1424/2003.

-----, *et-Tahrîr I-III*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, II. Baskı, 1403/1983.

İBNÜ'L-MUTAHHAR EL-HİLLÎ, Cemâlüddîn el-Hasen (el-Hüseyn) b. Yûsuf b. Alî İbnü'l-Mutahhar el-Hillî (ö. 726/1325), *Kavâ'idu'l-ahkâm fi ma'rifeti'l-helâl ve'l-haram I-XXVI*, thk. Muhammed Bâkır el-Hâlisî, Kum: Müessetü'n-Neşri'l-İslâmî, I. Baskı, 1418.

MÂLİK B. ENES, Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes b. Mâlik b. Ebî Âmir el-Asbahî el-Yemenî (ö. 179/795), *el-Muvatta'*, I-II, Kahire: Dâru'r-Reyyân li't-Turâs, 1408/1988.

İSFEHÂNÎ, Ebu'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed er-Râğıb, *el-Müfredât fi garîbi'l-Kur'an I-II*, Mektebetü Nizâr Mustafa el-Bâz, t.y.

İZMİRÎ, Mevlânâ Mehmed (ö. 1165/1751), *Hâşiye 'alâ Mir'âti'l-usûl I-II*, y.y t.y.

KADRİ PAŞA, Muhammed, *Kitâbu Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân*, Bûlâk: Matbaatu'l-Kübrâ, III. Baskı, 1308/1891.

- KALLEK**, Cengiz “İhtikâr”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XXI, 560-565, İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- KALYÛBÎ**, Şihâbüddîn Ahmed b. Ahmed Selâme (ö. 1069/1659) *Hâşiyetü'l-Kalyûbî 'alâ şerhi'l-Mahallî 'ale'l-Minhac (el-Burullusî'nin Hâşiyesiyle birlikte) I-IV*, Kahire: Şeriketü Mektebe ve Matbaa Mustafa el-Bâcî el-Halebî, 1375/1956.
- KARÂFÎ**, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân el-Mısrî el-Karâfî (ö. 684/1285), *el-Furûk I-IV*, thk. Ömer Hasan el-Kıyyâm, Beyrut: Müessetü'r-Risâle, I. Baskı, 1424/2003.
- , *el-Ümniyye fî idrâki'n-niyye*, thk. Müsâid b. Kâsım el-Fâlih, Riyad: Mektebetü'l-Haremeyn, I. Baskı, 1408/1988.
- , *ez-Zehîra I-XIV*, thk. Muhammed Haccî, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, I. Baskı, 1994.
- KARAMAN**, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku I-III*, İstanbul: İz Yayıncılık, IV. Baskı, 2006.
- KÂSÂNÎ**, Alâuddîn Ebî Bekr b. Mes'ûd (ö. 587/1191), *Bedâi'u's-Sanâi' fî Tertîbiş-ş-Şerâi' I-X*, Thk. Ali Muhammed Muavviz ve Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, III. Baskı, Beyrut, 2010.
- KAŞIKÇI**, Osman, “Şart”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, XXXVIII, 365-367, İstanbul: TDV Yayınları, 2010.
- KÂTİB ÇELEBÎ**, Mustafa b. Abdullah Hâcî Halife (ö. 1067/1657), *Keşfü'z-zünûn 'an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn I-II*, Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsi'l-'Arabî, t.y.
- KEYLÂNÎ**, Abdullah İbrahim Zeyd, *Nazariyyetü'l-bâis ve eseruha fî'l-'ukûd ve't-tasarrafât fî'l-fikhi'l-İslâmî*, Amman: Vizâretü'l-Evkâf, t.y.
- KOCA**, Ferhat, “Kinâye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XXVI, 36-37, Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- KÖSE**, Saffet “Hile”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XVIII, 28-29, İstanbul: TDV Yayınları, 1998.
- , “Hülle”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XVIII, 475-477, İstanbul: TDV Yayınları, 1998.
- , “Şâfiî Zâhirliğinin Analizi-Hukûkî İşlemlerde Geçerlilik ve Cevâz Ayırımı”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 23 (2014), s. 11-24.
- , *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul: İFAV Yayınları, 1997.

- KÜÇÜKYALÇIN**, Arzu “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, sy. 4 (2004), s. 101-124.
- LORENZEN**, Ernest G., “Causa And Consideration In The Law Of Contracts”, *Yale Law Journal*, Vol. XXVIII (Mayıs 1919), s. 621-646.
- MAHALLÎ**, Ebû Abdullah Celâluddîn Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Ensârî el-Mahallî (ö. 864/1459), *Kenzü'r-râğibîn fî Şerhi Minhâci't-tâlibîn I-IV*, Kahire: Şeriketü Mektebe ve Matbaa Mustafa el-Bâcî el-Halebî, 1375/1956.
- MÂVERDÎ**, Ebu'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî (ö. 450/1058), *el-Hâvi'l-kebîr I-XVIII*, thk. Ali Muhammed Muavviz ve Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, 1414/1994.
- MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE**, Haz. Ali Himmet Berki, İstanbul 1978.
- MERGİNÂNÎ**, Burhanuddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl (ö. 593/1197), *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî I-IV*, thk. S. Yusuf, Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, I. Baskı, 1425/2004.
- MESSİCK**, Brinkley, “Hukukî Fiillerde Niyet ve İfade”, çev. Necmettin Kızılkaya ve Necmettin Güney, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 17 (2011), s. 145-166.
- MESÛNE EL-HATÎB EL-HÛSNÎ**, *el-Bâis ve eseruhu fî'l-'ukûd ve't-tasarrufât fî'l-fikhi'l-İslâmî*, (Basılmamış yüksek lisans tezi), Câmîiatu Dımeşk Külliyyetü'ş-Şerîa, Şam 1424/2003.
- MEVVÂK**, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yûsuf b. Ebi'l-Kâsım el-Mevvâk el-Abderî el-Gırnâtî (ö. 897/1492), *et-Tâc ve'l-iklîl 'alâ Muhtasari Halîl I-VIII*, thk. Zekeriyya Umeyrât, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1423/2003.
- MOLLA HÛSREV**, Mehmed b. Ferâmurz (ö. 885/1480), *Kitâbu'd-Düererü'l-hükkâm fî şerhi Ğureri'l-ahkâm I-II*, Ârâmbâğ / Karaçi: Mir Muhammed Kütübhanesi, t.y. -----, *Mir'âtu'l-usûl fî şerhi Mirkâti'l-vusûl I-II*, y.y. t.y.
- MORCOS, SOLİMAN & WADİDE FARAG**, “Yeni Mısır Medeni Kanunu”, çev. Coşkun Üçok, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, sy. 1-4 (1953), s. 742-754.
- MUHAKKİK EL-HİLLÎ**, Ebu'l-Kâsım Necmüddîn Ca'fer b. el-Hasen b. Ebî Zekeriyyâ Yahyâ el-Muhakkık el-Hillî el-Hüzeli (ö. 676/1277), *el-Muhtasaru'n-nâfi' fî'l-fikhi'l-İmâmiyye*, Beyrut: Dâru'l-Edvâ', III. Baskı, 1405/1985.

- , *Şerâi 'u'l-İslâm fî mesâili'l-helâl ve'l-harâm I-II*, Beyrut: Dâru'l-Kârî, XI. Baskı, 1425 / 2004.
- MUTÎ'Î**, Muhammed Necîb, *Tekmiletü'l-Mecmû' XII-XXIII*, Cidde: Mektebetü'l-İrşâd, t.y.
- MÜNZİR EL-FADL**, *el-Vasût fî Şerhi'l-kânûni'l-medenî (Dirâse mukârane beyne'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kavânîni'l-medeniyyeti'l-'Arabiyye ve'l-ecnebiyye)*, Erbil: Dâru Ârâs, I. Baskı, 2006.
- MÜSLÎM**, Ebu'l-Hüseyin Müslîm b. Haccâc (ö. 261/875), *el-Câmi 'u's-Sahîh*, I-III, Nşr. Muhammed Fuâd Abdulbâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.
- NESÂÎ**, Ebu Abdirrahman Ahmed b. Şu'ayb (ö. 303/915), *es-Sünen*, I-II, Nşr. Muhammed Fuâd Abdulbâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.
- NESEFÎ**, Ebu'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en-Nesefî (ö. 710/1310), *Kenzü'd-dekâik*, thk. Sâid Bekdâş, Medine: Dâru's-Sirâc, I. Baskı, 1432/2011.
- NEVEVÎ**, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî en-Nevevî (ö. 676/1277), *Kitâbu'l-Mecmû' şerhu'l-mühezzeb li'ş-Şîrâzî I-IX*, thk. Muhammed Necîb el-Mutî'î, Cidde: Mektebetü'l-İrşâd, t.y.
- , *Minhâcu't-tâlibîn ve umdetu'l-müftîn*, thk. Muhammed Tahir Şaban, Beyrut: Dâru'l-Minhâc, I. Baskı, 1426/2005.
- , *Ravdatu't-tâlibîn I-VIII*, thk. Âdil Ahmed Abdulmevcûd ve Ali Muhammed Muavviz, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1423/2003.
- OUSSAMA ARABÎ**, "Intention And Method in Sanhûri's Fiqh: Cause As Ulterior Motive", *İslamic Law and Society*, C. 4, sy. 2 (Leiden: Brill, 1997), s. 200-223.
- ÖZEL**, Ahmet "Ensârî, Şeyh Murtaza", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, XI, 254, İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- PETERSON**, Samuel, "The Evolution of "Causa" in the Contractual Obligations of the Civil Law", *Bulletin of the University of Texas*, sy. 46 (1905), s. 32-55.
- RAYSÛNÎ**, Ahmet, "Makâsîd ve İctihad: Şâtübî Merkezli Bir Bakış", çev. Ahmet Yaman, *Makâsîd ve İctihad İslam Hukuk Felsefesi Araştırmaları* içinde, haz. Ahmet Yaman, 127-157, Konya: Yediveren Yayınları, 2002.
- REMLÎ**, Şemsüddîn Muhammed b. Ebi'l-Abbâs Ahmed b. Hamza İbn Şihâbüddin er-Remlî el-Ensârî (ö. 1004/1596), *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-minhâc I-VIII*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003.

- RÛYÂNÎ**, Ebu'l-Mehâsin Fahrulislâm Abdulvâhid b. İsmâil b. Ahmed er-Rûyânî et-Taberî (ö. 502/1108), *Bahru'l-mezheb fi furû'î'l-mezhebi's-Şâfi' I-XIV*, thk. Târik Fethî es-Seyyid, Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, 2009.
- SADRUŞŞERÎA**, Ubeydullah b. Mes'ûd b. Tâcişşerîa el-Mahbûbî el-Buhârî (ö. 747/1346), *et-Tavdîh li metni't-Tenkîh fi usûli'l-fikh I-II*, thk. Zekeriyya Umeyrât, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, t.y.
- , *et-Tenkîh fi usûli'l-fikh I-II*, thk. Zekeriyya Umeyrât, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, t.y.
- SÂFÎ HABÎB**, *Makâsıdu'l-mükellefin ve âsâruhâ fi'l-'ukûdi'l-muâmelât*, (Basılmamış doktora tezi), Vahran (Oran) Üniversitesi, Cezayir 2012.
- SAHNÛN**, Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenûhî (ö. 240/854), *el-Müdevvenetü'l-kübrâ I-IV*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, 1415/1994.
- SAN'ÂNÎ**, el-Hüseyn b. Ahmed b. el-Hüseyn el-Yemenî es-San'ânî (ö. 1221/1807), *Kitâbu'r-Ravdi'n-nadîr şerhu Mecmû'u'l-fikhi'l-kebîr I-IV*, Beyrut: Dâru'l-Cîd, t.y.
- SEMERKANDÎ**, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkandî (ö. 539/1144), *Tuhfetu'l-fukahâ I-III*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, 1405/1984.
- SENHÛRÎ**, Abdurrezzak, *el-Vasît fi şerhi'l-kânûni'l-medenî I-IV*, y.y. t.y.
- , *Mesâdiru'l-hakk fi'l-fikhi'l-İslâmî I-VI*, Beyrut: Menşûratu'l-Halebiyyi'l-Hukukiyye, 1998.
- , *Nazariyyetü'l-akd I-II*, Beyrut: Menşûratu'l-Halebiyyi'l-Hukukiyye, 1998.
- SERAHSÎ**, Şemsü'l-Eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl (ö. 490/1097), *Kitâbu'l-Mebsût I-XXX*, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1409/1989.
- SEYYÎD AHMED BEK**, Ahmed b. Ahmed b. Yusuf el-Hüseynî, *Kitâbu Nihâyetü'l-ahkâm fi beyâni mâ li'n-niyyeti mine'l-ahkâm*, Bûlâk: el-Matbaatu'l-Kübra el-Emîriyye, I. Baskı, 1320/1903.
- SEYYÎD BEY**, *Usûl-ü Fıkıh Dersleri Mebâhisinden İrade Kaza ve Kader*, Dersaadet, 1338.
- SİVÂR**, Vahîdüddîn, *et-Ta'bîr 'ani'l-İrade fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire: Mektebetü'n-Nahdiyye, 1960.

- STOYANOV**, Dimitar, *Causa and Consideration – A Comparative Overview*, Proceedings of the International Conference “Challenges of the Knowledge Society”, Bucharest, X. Baskı, Mayıs 2016, s. 254-265.
- ŞA‘BÂN**, Zekiyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fıkh)*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara: TDV Yayınları, VII. Baskı, 2004.
- ŞÂFİÎ**, Muhammed b. İdris (ö. 204/820), *el-Ümm I-XI*, thk. Rifat Fevzî Abdulmuttalib, Dâru’l-Vefâ, I. Baskı, 1422 / 2001.
- ŞÂTİBÎ**, Ebû İshâk İbrahim b. Mûsa b. Muhammed (ö. 790/1388), *el-Muvâfakât I-VI*, thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Hasan Âli Selman, Dâru İbni Affân, I. Baskı, 1417/1997.
- ŞEBRÂMELİSÎ**, Ebu’d-Diyâ’ Nüreddîn Ali b. Ali eş-Şebrâmelisî el-Kâhirî (ö. 1087), *Hâşiye I-VIII*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1424/2003.
- ŞELEBÎ**, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi’l-fikhi’l-İslâmi ta’rifuhu ve tarihuhu ve mezâhibuhu nazariyyetü’l-milkiyye ve’l-‘akd*, Beyrut: ed-Dâru’l-Câmia, X. Baskı, 1405/1985.
- ŞEVKÂNÎ**, Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkânî es-San’anî (ö. 1250/1834), *es-Seylü’l-cerrâr el-mütedeffik ‘ala hadâiki’l-ezhâr*, Beyrut: Dâru İbn Hazm, I. Baskı, 1425/2004.
- , *Neylü’l-evtâr şerhu Münteka’l-ahbâr*, Lübnan: Beytu’l-Efkâri’d-Düveliyye, I. Baskı, 2004.
- ŞİRÂZÎ**, Ebû İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf eş-Şîrâzî (ö. 476/1083), *et-Tebşira fi usûli’l-fikh*, thk. Muhammed Hasan Heyto, Şam: Dâru’l-Fikr, 1403/1983.
- , *el-Mühezzeb fi fikhi’l-İmâmi’s-Şâfiû I-VI*, thk. Muhammed Zuhaylî, Şam: Dâru’l-Kalem - Beyrut: Dâru’s-Şâmiyye, I. Baskı, 1412/1992.
- ŞİRBÎNÎ**, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şîrbînî (ö. 977/1570), *Muğni’l-muhtâc ilâ ma’rifeti meânî elfâzi’l-minhâc I-IV*, thk. Muhammed Halil İtânî, Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, I. Baskı, 1418/1997.
- TÂCÜDDÎN ES-SÜBKÎ**, Ebû Nasr Tâcüddîn Abdülvehhâb b. Alî b. Abdilkâfi es-Sübkî (ö. 771/1370), *el-Eşbâh ve’n-nezâir I-II*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Muavviz, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, I. Baskı, 1411/1991.

- TAFTÂZÂNÎ**, Saduddîn Mes'ûd b. Ömer (ö. 792/1390), *et-Telvih 'ale't-Tavdîh li metni't-Tenkîh fî usûli'l-fikh I-II*, thk. Zekeriyya Umeyrât, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, t.y.
- TAHÂVÎ**, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısırî et-Tahâvî (ö. 321/933), *Muhtasaru't-Tahâvî*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Efgânî, Haydarâbâd, t.y.
- TAKİYYÜDDÎN ES-SÜBKÎ**, Ebu'l-Hasen Takiyyüddîn Alî b. Abdilkâfî b. Alî b. Temmâm es-Sübkî (ö. 756/1355), *Tekmiletü'l-Mecmû' X-XI*, thk. Muhammed Necîb el-Mutî'î, Cidde: Mektebetü'l-İrşâd, t.y.
- TEHÂNEVÎ**, Muhammed A'lâ Ali b. Muhammed Hamid b. Muhammed Sâbir el-Fârûkî (ö. 1158/1745) *Keşşâfu istilâhâti'l-fünûn ve'l-'ulûm I-II*, thk. Ali Duhrûc, Lübnan: Mektebe Lübnân, I. Baskı, Lübnan 1417/1996.
- TİRMİZÎ**, Muhammed b. İsa (ö. 279/892), *es-Sünen*, I-V, Nşr. Muhammed Fuâd Abdalbâkî, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.
- TÛSÎ**, Ebû Ca'fer Muhammed b. el-Hasen b. Alî et-Tûsî (ö. 460/1067), *el-Mebsût fî fikhî'l-İmâmiyye I-VIII*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, t.y.
- VENŞERÎSÎ**, Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Yahyâ el-Venşerîsî et-Tilimsânî el-Fâsî (ö. 914/1508), *el-Mi'yâru'l-mu'rib ve'l-câmi'u'l-Mağrib 'an fetvâ ehli İfrîkiyye ve'l-Endelüs ve'l-Mağrib I-XIII*, thk. Muhammed Haccî, Beyrut: Dâru'l-Mağribi'l-İslâmî, 1981.
- ZENCÂNÎ**, Ebu'l-Menâkîb Şihâbuddîn Mahmûd b. Ahmed (ö. 656/1258), *Tahrîcu'l-Furû' 'ale'l-usûl*, thk. Muhammed Edip Salih, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1402/1982.
- ZERKA**, Mustafa Ahmed, *el-Medhalu'l-fikhiyyu'l-'âmm I-II*, Şam: Dâru'l-Kalem, I. Baskı, 1418/1998.
- ZERKEŞÎ**, Ebû Abdillâh Bedrüddîn Muhammed b. Bahâdır b. Abdillâh et-Türkî el-Mısırî el-Minhâcî ez-Zerkeşî eş-Şâfîî (ö. 794/1392), *el-Bahru'l-muhît fî usûli'l-fikh I-VI*, thk. Abdülkadir Abdullah el-Ânî, Kuveyt: Dâru's-Safve, II. Baskı, 1413/1992.
- , *el-Mensûr fî'l-Kavâ'id I-II*, thk. Muhammed Hasan İsmail, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, 1421/2000.
- ZEYDÂN**, Abdülkerim (ö. 2014), "Eseru'l-kusûd fî't-tasarrufât ve'l-'ukûd", *Mecmûatu Buhûsun Fikhiyye* içinde, 247-270, Bağdat: Mektebetü'l-Kudüs - Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1407/1986.

ZEYLAÎ, Ebû Muhammed Fahrüddîn Osman b. Ali b. Mihcen b. Yûnus es-Sûfî el-Bârîf ez-Zeylaî (ö. 743/1343), *Tebyînu'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik I-VI*, Bûlâk: Matbaa-ı Âmiriyye, I. Baskı, 1314.

ZİMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York: Oxford University Press, II. Baskı, 1996.

ZUHAYLÎ, Vehbe (ö. 2015), *el-Bâis ale'l-'ukûd fi'l-fikhi'l-İslâmî ve usûlihî*, Şam: Dâru'l-Mektebî, I. Baskı, 1420/2000.

-----, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu I-VIII*, Şam: Dâru'l-Fikr, II. Baskı, 1405/1985.

-----, *Mevsûatu'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kadâya'l-muâsıra I-XIV*, Şam: Dâru'l-Fikr, III. Baskı, 1433/2012.



EKLER**Ek 1. Orjinallik Raporu**

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Zuhal DAĞ
Öğrenci Numarası	111212202
Enstitü Anabilim Dalı	Temel İslam Bilimleri
Programı	Doktora
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Mehmet ERDEM
Tez Başlığı (Türkçe)	"İslam Hukukunda Sübjektif Gayenin / Sâik Sebebin Akitlerin Hukukî Sonuçlarına Etkisi"

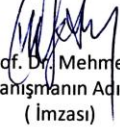
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE


Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 271 sayfalık kısmına ilişkin, 08 / 12 / 2017 tarihinde Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orjinallik raporuna göre, tezin benzerlik oranı % 9 'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç,
- 2- Kaynakça hariç
- 3- Alıntılar hariç/dâhil
- 4- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Yukarıda bilgileri verilen öğrencinin doktora tezi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulu tarafından belirlenen azami benzerlik oranlarını aşmadığını ve tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim. Gereğini saygılarımla arz ederim.


 Prof. Dr. Mehmet ERDEM
 Danışmanın Adı-Soyadı
 (İmzası)


 Prof. Dr. Erkan YAR
 Anabilim Dalı Başkanı
 (İmzası)

F.Ü.LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ÖĞRETİM YÖNETMELİĞİ

Madde 41- Lisansüstü tezleri ile birlikte teslim edilmesi gereken belgeler şunlardır:

- a) Lisansüstü tezler, savunma öncesinde **intihal program raporu** ve ilgili makale şartını sağladığına dair belgeleri ile birlikte enstitüye teslim edilir.
- b) İntihal raporu ile ilgili olarak etik kurallar dâhilindeki benzerlik oranları ilgili Enstitü Yönetim Kurulu tarafından belirlenir. (Enstitü Yönetim Kurulu tarafından tezin, intihal kapsamı dışında değerlendirilmesi için TURNITIN'den alınan raporda "benzerlik oranı"nın, "alıntılar hariç" en fazla %10, "alıntılar dâhil" % 30'u geçmemesi şeklinde kabul edilmiştir).

ÖZ GEÇMİŞ

1982 yılında Elazığ'da doğdu. 1999 yılında Elazığ İmam Hatip Lisesi'nden; 2008 yılında Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nden mezun oldu. Aynı yıl Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde yüksek lisans çalışmalarına başladı. 2011 yılında “*İslam Hukuk Usûlünde Emir ve Nehiy Sıygalarının Zutlarına Delâleti*” adlı teziyle yüksek lisansını tamamladı. 2007-2013 yılları arasında altı yıl süreyle Kur'an Kursu Öğretici olarak görev yaptı. 2013 yılında beri Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

İletişim: dag.zuhal@hotmail.com / 05334951362

