

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ (İSLAM HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**İSLÂM HUKUKUNDA İKRÂH
VE
HUKÛKÎ SONUÇLARI**

Doktora Tezi

Mesut BAYAR

ANKARA-2012

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ (İSLAM HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**İSLÂM HUKUKUNDA İKRÂH
VE
HUKÛKÎ SONUÇLARI**

Doktora Tezi

Mesut BAYAR

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Şamil DAĞCI**

ANKARA-2012

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ (İSLAM HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İSLÂM HUKUKUNDA İKRÂH
VE
HUKÛKÎ SONUÇLARI

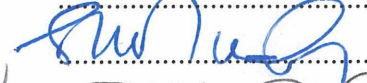
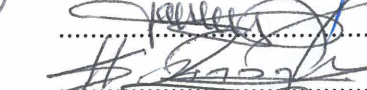
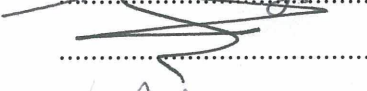


Doktora Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Samil DAĞCI

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Samil DAĞCI	
Prof. Dr. Abdülkerim İNAYAN	
Prof. Dr. Hasan Celal Dinç	
Prof. Dr. Sonner Kutlu	
Yrd. Doç. Dr. Ercan ESEB	

Tez Sınavı Tarihi ..23.11.2012..

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.
(...../...../.....)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Mesut BAYAR

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	V
ÖNSÖZ.....	XIII
KISALTMALAR.....	XIV

GİRİŞ

TEZ İLE İLGİLİ TEKNİK BİLGİLER

I. KONUNUN ÖNEMİ.....	XVI
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	XVII
III. KONUNUN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ.....	XVIII
IV. KAYNAKLARIN ANALİZİ.....	XX
V. KONUNUN SUNULMASI.....	XXIII

BİRİNCİ BÖLÜM

İKRÂH İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

I. EHLİYET KAVRAMI.....	2
A. EHLİYETİN TANIMI.....	2
B. EHLİYETİN SAFHALARI.....	3
1. Vücûb Ehliyeti.....	3
2. Edâ Ehliyeti.....	6
a. Temyîz Öncesi Dönem.....	7
b. Temyîz Dönemi.....	7
c. Bulûğ Dönemi.....	10
d. Rüşd Dönemi.....	11
C. EHLİYET ÂRIZALARI.....	12
1. Semavî Ârızalar.....	14
2. Mükteseb Ârızalar.....	15
II. SORUMLULUK KAVRAMI.....	17
A. SORUMLULUĞUN TANIMI.....	17

B. SORUMLULUK TÜRLERİ.....	18
1. Cezaî Sorumluluk.....	19
a. Cezaî Sorumluluğun Tanımı	21
b. Cezaî Sorumluluğun Unsurları.....	21
ba. Fiilin Hukuka Aykırı Olması.....	22
bb. Failin Ceza Ehliyetine Sahip Olması.....	24
bc. Kusurluluk.....	25
c. Cezaî Sorumluluğu Kaldıran Veya Azaltan Sebepler.....	26
ca. Hukuka Uygunluk Sebepleri	27
cb. Cezayı Düşüren Sebepler.....	29
2. Medenî Sorumluluk.....	30
a. Medenî Sorumluluğun Tanımı.....	30
b. Medenî Sorumluluk Türleri.....	31
ba. Akdî Sorumluluk.....	32
bb. Akit Dışı Sorumluluk.....	33
III. AKİT KAVRAMI.....	36
A. AKDİN TANIMI.....	36
B. AKDİN KAPSAMI.....	37
1. Akit-Tasarruf İlişkisi.....	37
2. Akit-Hukûkî İşlem İlişkisi.....	39
C. AKDİN UNSURLARI.....	40
1. Akdin Tarafları.....	40
2. İrâde Beyanı.....	41
3. Akdin Konusu.....	42
D. AKDİN HÜKÜMSÜZLÜK HALLERİ.....	43
1. Butlân-Fesad.....	44
2. Âdem-i Nefâz.....	45
E. AKİTLERDE İRÂDE.....	45
1. İrâdenin Tanımı.....	46
2. İrâdenin Unsurları.....	46
a. İç İrâde.....	47
b. Dış İrâde.....	49

3. İrâde Sakatlıkları.....	50
a. Hata.....	51
b. Hile.....	56
c. Gabin.....	58
d. İkrâh.....	59

İKİNCİ BÖLÜM

İKRÂH KAVRAMI VE HUKÛKÎ MAHİYETİ

I. İKRÂH KAVRAMI.....	61
A. İKRÂHIN TANIMI.....	61
1. Sözlük Anlamı.....	61
2. Terim Anlamı.....	62
B. İKRÂHIN KAPSAMI	66
1. İkrâh-İcbâr İlişkisi.....	66
2. İkrâh-İlca' İlişkisi.....	68
3. İkrâh-Zarûret İlişkisi.....	69
4. İkrâh-Mücbir Sebeb İlişkisi.....	71
C. İKRÂHIN UNSURLARI.....	72
1. Mükrih.....	73
2. Mükreh.....	73
3. Mükrehün Aleyh.....	73
4. Mükrehün Bih.....	74
D. İKRÂHIN TÛRLERİ.....	74
1. İkrâhın Hukuka Uygun Olup Olmaması Açısından.....	74
a. Meşrû İkrâh.....	75
b. Gayr-ı Meşrû İkrâh.....	76
2. İkrâhın Gerçekleşme Biçimi Açısından	76
a. İslam Hukukunda.....	77
aa. Mülci' İkrâh.....	77
ab. Gayr-ı Mülci' İkrâh.....	78
b. Pozitif Hukukta.....	79

ba. Maddî İkrâh.....	79
bb. Manevî İkrâh.....	81
II. HUKUK SİSTEMLERİNDE İKRÂH.....	82
A. ESKİ HUKUK SİSTEMLERİNDE İKRÂH.....	82
1. Roma Hukukunda İkrâh.....	82
2. Diğer Eski Hukuk Sistemlerinde İkrâh.....	85
3. Roma Sonrası Batı Hukukunda İkrâh.....	86
B. ÇAĞDAŞ HUKUK SİSTEMLERİNDE İKRÂH.....	88
1. Avrupa Ülkelerindeki Hukuklarda İkrâh.....	88
a. Alman Hukukunda İkrâh	88
b. Fransız Hukukunda İkrâh	90
c. İngiliz Hukukunda İkrâh	92
2. İslam Ülkelerindeki Hukuklarda İkrâh.....	93
a. Irak Hukukunda İkrâh	93
b. Mısır Hukukunda İkrâh	94
3. Türk Hukukunda İkrâh.....	95
a. Türk Hukuk Tarihinde İkrâh.....	95
b. Özel Hukukta İkrâh.....	97
c. Ceza Hukukunda İkrâh.....	99
C. İSLAM HUKUKUNDA İKRÂH.....	101
1. İslam Hukukunun Temel Kaynaklarında İkrâh	101
2. Klasik Fıkıh Doktrinde İkrâh	103
3. Modern İslam Hukuku Literatüründe İkrâh.....	104
III. İKRÂHIN GERÇEKLEŞMESİNDE ARANAN ŞARTLAR.....	107
A. MÜKRİHTE ARANAN ŞART.....	107
Tehdidini Gerçekleştirecek Güce Sahip Olması ve İlgili Görüşler.....	107
a. Üst Düzey Kamu Görevlilerinin Zorlamalarını İkrâh Kabul Eden Görüş.....	108
b. Gasıpların Zorlamalarını İkrâh Kabul Eden Görüş.....	109
c. Tehdit Ettiğini Gerçekleştirebilen Herkesin Zorlamalarını İkrâh Kabul Eden Görüş.....	109
d. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	110
B. MÜKREHTE ARANAN ŞARTLAR.....	112

1. Mükrehte Tehdidin Gerçekleşeceğine Dair Esaslı Korkunun Hâsıl Olması.....	112
a. Esaslı Korkunun Gerçekleştiğini Mükrehin Maddi Baskı Görmüş Olmasına Bağlayan Görüş.....	113
b. Esaslı Korkunun Gerçekleştiğini Mükrehte Zann-ı Galibin (Ciddi Kanaatin) Oluşmasına Bağlayan Görüş.....	114
c. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	115
2. Mükrehin Emredileni Yerine Getirmekten Başka Seçeneğinin Olmaması.....	116
3. Mükrehin, Mükrihin Tehdidine Aykırı Davranmaması.....	117
a. Mükrehin, Mükrihe Muhalefet Edememesinin Şart Olduğu Görüşü.....	118
b. Mükrihe Muhalefet İçinde Olma Haline İtibar Edilmeyeceği Görüşü.....	118
c. Muhalefet Durumunun Çeşidine Göre Hüküm Verileceği Görüşü.....	119
4. Mükrehin İkrâh Esnasında Rızasının Bulunmaması.....	120
5. Mükrehin Eda Ehliyetine Sahip Olması.....	121
C. İKRÂHA KONU OLAN FİİLDE ARANAN ŞARTLAR.....	121
1. Fiilin Hukuka Aykırı Olması.....	121
2. İfasının Mükrehi Tehditten Kurtarması.....	123
D. İKRÂHIN GERÇEKLEŞME TÜRÜNDE ARANAN ŞARTLAR.....	123
1. Tehdid Konusu Fiilin Derhal Gerçekleşebilir Olması.....	123
2. Tehdidin İfa Edilmesi İstenen Şeyden Daha Ağır Olması.....	125
3. Tehdidin Verilmiş Bir Mahkûmiyet Kararı ile İlişkinin Olmaması.....	126
4. Tehdidin Ağır Zarar Verici Vasıtalarla Gerçekleşmesi.....	127
a. Vücut Bütünlüğüne Zarar Verme.....	128
b. Malın Yok Edilmesi İle Tehdit Etme.....	129
c. Hürriyeti Kısıtlama.....	130
d. Hakaret.....	130
e. Sürgün.....	130
f. Mükrehin Yakınlarına Yönelik Tehditler.....	131

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İKRÂHIN DİNÎ VE HUKÛKÎ SONUÇLARI

I. İKRÂHIN EHLİYETE VE MÜKELLEFİYETE ETKİSİ.....	134
--	-----

A. İKRÂHIN EHLİYETE ETKİSİ.....	134
B. İKRÂHIN MÜKELLEFİYETE ETKİSİ İLE İLGİLİ GÖRÜŞLER.....	137
1. İkrâhın Mükellefiyeti Ortadan Kaldırdığı Görüşü.....	137
2. Sadece Mülci İkrâhın Mükellefiyeti Ortadan Kaldırdığı Görüşü.....	140
3. İkrâhın Mükellefiyete Etki Etmediği Görüşü	141
4. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	142
II. İKRÂHIN HÜKÜMLERİ.....	144
A. İKRÂHIN FIKIH ALANLARINDAKİ HÜKÜMLERİ.....	145
1. İkrâhın İnanç Alanındaki Hükümü.....	146
a. Gayr-ı Müslim'in İslam Dinini Kabul Etmeye Zorlanması.....	146
b. Mürtedin Yeniden İslam Dinini Kabul Etmeye Zorlanması.....	149
2. İkrâhın İbadetler Alanındaki Hükümü.....	150
3. İkrâhın Muamelat Alanındaki Hükümü.....	151
B. İKRÂHIN TEKLİFÎ HÜKÜMLERİ.....	154
1. İkrâh Sonucu Mübah Hale Gelen Fiiller	155
2. İkrâhın Haram İşleme Ruhsatı Doğurduğu Fiiller.....	156
a. İrtidata Zorlanma.....	157
b. Mümin'e Sövme ve İftira Atmaya veya Malını Yok Etmeye Zorlanma..	158
3. İkrâhın Başka Bir Hükme İkame Etmediği Fiiller.....	159
a. Başkasını Öldürmeye Zorlanma.....	159
b. Kişinin Anne ve Babasını Dövmeye Zorlanması.....	159
c. Erkeğin Zinaya Zorlanması.....	160
C. İKRÂHIN VAZÎ HÜKÜMLERİ.....	160
III. İKRÂHIN SORUMLULUKLARA ETKİSİ.....	161
A. İKRÂHIN DİNÎ SORUMLULUĞA ETKİSİ.....	161
1. Cinsel İlişkiye Zorlanmanın Guslün İfasına Etkisi.....	162
2. Namaz Kılan Kişinin Konuşmaya Zorlanması.....	163
3. Oruçlunun, Orucunu Bozmaya Zorlanması.....	164
4. İbadet Yükümlüsünün İbadetleri İfa Etmemeye Zorlanması.....	164
B. İKRÂHIN CEZAÎ SORUMLULUĞA ETKİSİ.....	165
1. İkrâhın Cezaî Sorumluluğu Ortadan Kaldırdığı Fiiller.....	167
2. Suç Olan Ancak İkrâh Sebebiyle Failinin Cezalandırılmadığı Fiiller.....	167

a. Kişinin Küfür Gerektiren Bir Söz Söylemeye Zorlanması.....	168
b. Zina İftirasında Bulunmaya Zorlanma.....	168
c. Hırsızlığa Zorlanma.....	169
3. İkrâhin Cezaî Sorumluluğu Etkilemediği Fiiller.....	169
a. Öldürme Fiili.....	170
aa. Mükrihin Kısas, Mükrehin Tazir Cezası Alacağı Görüşü.....	171
ab. Sadece Mükrehin Kısas Cezası Alacağı Görüşü.....	172
ac. Sadece Mükrihin Diyet Cezası Alacağı Görüşü.....	173
ad. Hem Mükrihin Hem de Mükrehin Kısas Cezası Alacağı Görüşü.....	174
ae. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	176
b. Müessir Fiiller	177
c. Zina Fiili.....	178
ca. Zinaya Zorlanan Kadının Cezai Sorumluluğu.....	178
cb. Zinaya Zorlanan Erkeğin Cezai Sorumluluğu.....	180
cba. Zinanın Cezai Sorumluluğu Etkilemediği Görüşü.....	180
cbb. Zinanın Cezai Sorumluluğu Ortadan Kaldırdığı Görüşü.....	181
cbc. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	182
C. İKRÂHIN MEDENÎ SORUMLULUĞA ETKİSİ.....	182
1. İkrâh Sonucu Cana ve Vücut Bütünlüğüne Verilen Zararlarda Sorumluluk.....	183
2. İkrâh Sonucu Mala Verilen Zararlarda Sorumluluk.....	183
IV. İKRÂHIN HUKÛKÎ MUAMELELERE ETKİSİ.....	185
A. İKRÂHIN FESHEDİLEMİYEN HUKÛKÎ MUAMELELERE ETKİSİ İLE İLGİLİ GÖRÜŞLER.....	188
1. Hukûkî Muamelenin Sahîh Olduğu Görüşü.....	189
2. Hukûkî Muamelenin Batıl Olduğu Görüşü.....	192
3. Doktrinal Tartışmalar ve Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	195
B. İKRÂHIN FESHEDİLEBİLEN HUKÛKÎ MUAMELELERE ETKİSİ İLE İLGİLİ GÖRÜŞLER.....	202
1. Hukûkî Muamelenin Fasit Olduğu Görüşü	204
2. Hukûkî Muamelenin Mevkuf Olduğu Görüşü	205
3. Hukûkî Muamelenin Batıl Olduğu Görüşü.....	208
4. Doktrinal Tartışmalar ve Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	209

C. İKRAHLA SAKATLANAN HUKÛKÎ MUAMELELERE BAĞLANAN	
SONUÇLAR	212
1. Mükrehin Hukûkî Muameleyi Feshedebilmesi ve Malını Geri Alabilmesi...	214
a. Mükrih Veya Mükrehten Birinin Ölümü.....	215
b. Müşterinin Malda Tasarrufta Bulunmuş Olması.....	216
2. Mükrehin Sözleşmeye İcazet Verebilmesi.....	218
3. Mükrihin Hukuki İşlemden Doğan Zararı Tazmin Etmesi.....	221
a. Tazminatın Hukuki Niteliği.....	222
b. Elden Ele Dolaşan Malın Tazminatı.....	223
c. Vekilin Tazminatı.....	224
V. İKRÂH DAVASI	227
A. İKRÂH SUÇUNUN DAVA EDİLMESİ.....	229
B. İKRÂH SONUCU İŞLENEN FİİLİN DAVASI.....	230
C. İKRÂH İÇEREN HUKÛKÎ İŞLEMLERİN DAVA EDİLMESİ.....	232
SONUÇ	234
BİBLİYOGRAFYA	240
I. TÜRKÇE KAYNAKLAR.....	241
II. ARAPÇA KAYNAKLAR	245
III. İNGİLİZCE KAYNAKLAR.....	256
TEZ ÖZETİ	258
ABSTRACT	259

ÖNSÖZ

İnsanı diğer varlıklardan ayıran en önemli özellik, akla ve irâdeye sahip olmasıdır. Kişinin lehine ve aleyhine olan şeyleri idrâk etmesi, başka bir ifade ile kendi hak ve sorumluluklarının bilincinde olup bunlara anlam vermesi akıyla, dilediğini seçebilmesi ise irâdesi ile olmaktadır. İnsanın akıl ve irâde sahibi bir varlık olduğu gerçeğinden hareket eden çeşitli hukuk sistemleri, bu iki meleke sayesinde insanı davranışlarından sorumlu tutmuştur. İnsanı mükellef bir varlık olarak kabul eden İslâm hukuku da, kişinin teklîfe muhatap oluşunu, davranışlarından aldığı sorumluluğu ve hukûkî muâmelelerinin geçerliliğini akla ve irâdeye; irâdenin hukuksal geçerliliğini ise, beyanda bulunan kişinin ehliyetinin bulunmasına, ayrıca iç irade ile dış iradenin birbirine uygun olmasına bağlamıştır. İkrâha maruz kalan kişinin hukuk nazarında tamamen sorumlu tutulmaması ve hukûkî muâmelelerinin geçersiz sayılması, irâdesinin sözkonusu hukuksal geçerlilik şartlarını ihtivâ etmemesinden kaynaklanır.

İkrâh konusu, çeşitli hukuk sistemleri tarafından ele alınmış ve hakkında çeşitli hukûkî ve cezaî düzenlemeler yapılmıştır. Modern hukuk sistemlerinde hukûkî düzenlemeler özel hukuk, cezaî düzenlemeler ise kamu hukuku disiplini altında tanzîm edilmiştir. İslâm hukukunda ise ikrâh, bir bütün olarak ele alınmış, hukûkî ve cezaî yönü birlikte incelenmiştir. Çalışmamız, İslâm hukukunda ikrâhı ele aldığından, İslâm hukukunun konuya bakışı, ele alınışı ve düzenleyişi örnek alınmıştır. Bununla birlikte konunun bilimsel bir perspektifle çağdaş hukuk anlayışına sunulması için de gayret gösterilmiştir.

Tez sistematığının oluşmasında büyük emeği geçen ve kaynaklara ulaşmamda ciddi yardımlarını gördüğüm değerli danışman hocam Prof. Dr. Şamil DAĞCI'ya teşekkür etmeyi özellikle bir borç bilirim. Tezin teşekkülünde bana yön veren, eleştirileriyle beni yönlendiren tez izleme jürisindeki değerli hocalarım, Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU'na, Prof. Dr. Sönmez KUTLU'ya, Prof. Dr. Abdülkerim ÜNALAN'a ve Yrd. Doç. Dr. Ercan ESER'e ve emeği geçen herkese teşekkür ederim. Uzun süre kahrımı çeken ve rahat çalışmam için elinden geleni esirgemeyen eşime; neşe ve enerjileriyle beni hep motive eden çocuklarıma, beni dualarıyla destekleyen anneme ayrıca teşekkür ediyorum.

Mesut BAYAR

ANKARA -2012

KISALTMALAR

AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİFD.	Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
b.	Bin
Bsk.	Baskı
Bkz:	Bakınız
C.	Cilt.
CMK:	Ceza Muhakemesi Kanunu
DİA:	Diyanet İşleri Ansiklopedisi
EÜHFD:	Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hız.	Hazret-i
İA.	İslam Ansiklopedisi
İFAV	İlahiyat Fakültesi Vakfı
Md.	Madde
Ö:	Ölümü
s.	Sayfa
s.a.v.	Sallallahu Aleyhi Ve Sellem
TDK .	Türk Dil Kurumu
Thk.	Tahkik
Trc.	Tercüme
t.y.	Tarih yok
Üniv.	Üniversitesi
Yay.	Yayınları
y.y:	Yer yok

GİRİŞ

TEZ İLE İLGİLİ TEKNİK BİLGİLER

I. KONUNUN ÖNEMİ

İkrâh konusu; kişinin dinî yükümlülüklerini başkasının baskısı altında kalmadan kendi rızası ile yerine getirmesi, hukukî ilişkilerde irâde hürriyetinin korunması, hak ve sorumlulukların tespit edilmesinde serbest irâdeye dayalı davranışların esas alınması ve kişinin gücü nispetinde mükellef tutulması gibi fikhın önemli ilkeleriyle yakından ilişkili olduğu için İslam hukukunun en önemli konuları arasında yer almıştır.

İnsanların birbirlerinin irâdesine baskı kurarak bir arada yaşamaları mümkün değildir. Bu gerçeği gözönünde bulunduran İslâm hukuku, insanların birbirlerinin irâdelerine müdahale etmelerini yasaklamıştır. Baskı ve tehdit yoluyla başkasını bir şeye inanmaya veya bir davranışta bulunmaya zorlama, İslâm'ın halis fertler yetiştirmedeki asıl gayesiyle çelişmektedir.

İkrâh, İslam hukukunun önemsedığı hür irâdeye yönelik doğrudan saldırı teşkil etmektedir. İrâdeye yönelik bu saldırı, bir kimsenin veya yakınlarının hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmış kişilik hakkı ve hürriyetler alanına yönelmiş tehditler vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Bu yönüyle ikrâh, hukuk alanında en önemli irâde bozukluğu olarak kabul edilmiştir.

İslâm hukukunun önemli konularından birinin ikrâh olduğunu fıkıhçıların eserlerinde konuya gösterdikleri yakın ilgiden de anlamaktayız. Klasik fıkıh kaynaklarında ikrâh, Hanefî hukukçular tarafından bağımsız bir bölüm halinde geniş bir hukukî çerçevede incelenmiştir. Daha çok münferit meselelere yer veren ve İslâm Hukuku'nun temel kaynak eserleri durumunda olan uygulamalı fıkıh kitapları ise, ikrâhı bağımsız bir bölüm olarak almak yerine, ele aldıkları her mevzunun ikrahı ilgilendiren yanlarını geniş olarak izah etmeyi yeğlemişlerdir. Netice itibariyle bütün müellifler, ikrâha maruz kalan kişinin ehliyetine ve hukukî muamelelerine geniş yer vererek konunun önemli olduğunu göstermişlerdir.

İslâm hukukçularının bu açıklamalarına dayanarak ikrâh konusunun bütünlük içinde anlaşılıp tartışmaları nihayetlendirdiği ve bütün boyutları ile ele alınmış olduğu iddia edilemez. Bilakis, uygulamada birçok problemle karşılaşmıştır. Sözelimi, dinde zorlama olmadığına dair nasslardaki kesin ifadeye rağmen tarihin akışı içerisinde savaş hukuku ile ilgili nasslar ikrâh ile ilintili görülerek esas alınmış

ve İslam'ın tebliğ anlayışı savaş hukuku ile ilgili inen ayetler üzerinden değerlendirilmeye tabi tutulmuştur.

İkrâh, çağımızın hayatî ve içtimaî teşekkülü ile paralel olarak gittikçe artmakta ve değişik şartlarda karşımıza çıkmaktadır. Baskı yöntemlerinin değişik şekillerde tezâhürü ve insanların siyasî, kültürel ve dinî âidiyetler üzerinden kendilerini ifade edip değişik alanlarda mücadele etmeleri, ikrâhın hukuksal bir sorun olarak doğmasına sebep olmaktadır.

Klasik dönem eserleri arasında özgün bir çalışma bulmanın mümkün olmadığı ikrâhın, son dönem çalışmalarında muhtasar bir şekilde incelenmiş olması ve bu konuyla ilgili detaylı bir çalışmanın bulunmayışı, konunun önemini artırmış, bizi böyle bir çalışmaya iten önemli bir sâik olmuştur.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

İkrâh, fîrû-ı fikhin neredeyse bütün kaynaklarının değişik başlıkları altında ele alınmış ve kendisine çeşitli hükümler terettüp ettirilmiştir. Çalışmamızda da ikrah teorisinin oluşumuna katkı sağlamak için fikhin değişik alanlarında gerçekleşme alanı bulan ikrâha değinilmiştir. Bununla beraber ikrâh her yönden analitik bir değerlendirmeye tabi tutulmamış, bazı yönlerden sınırlandırılmıştır.

İkrâh, zorlayan kişinin tehdit ve baskısı, zorlanan kişinin de yerine getirmek zorunda kaldığı işi yerine getirmesi ile gerçekleşir. Zorlamaya maruz kalan kişi tarafından yerine getirilen her davranış, bazı istisnalarla beraber zorlayan şahsa da sorumluluklar yüklemektedir. Çalışmamızda ikrâh teorisinin şekillenmesine katkıda bulunması maksadıyla iki tarafın da sorumlulukları dile getirilmiştir. Bununla beraber, konunun esasını zorlamaya maruz kalan kişinin hukukî muameleleri teşkil etmektedir. Zorlayan kişinin hukukî muameleleri ve aldığı sorumlulukları kapsam dışında bırakmakla konuyu sınırlandırdık.

Modern hukuk sistematigi açısından bakıldığında ikrâhın hem özel hukuk alanında, hem de kamu hukuku alanında gerçekleştiği görülür. Kişilerin birbirleriyle hukuki muamelelerini zorlama ve baskı yoluyla gerçekleştirmeleri özel hukuktaki ikrâhın, devletin vatandaşlarını gerekli gördüğü durumlarda zorlaması ve

gerektiğinde onları cezalandırması ise kamu hukukundaki ikrâhın konusudur. Tezimizde ikraha maruz kalan kişinin sorumlulukları tespit edilirken cezai sorumluluğu açıklanmış ise de, ceza hukukunun alanına giren cezalandırma halleri tafsilatlı bir şekilde açıklanmamıştır. Böylece konu, modern hukuk sistematığı açısından özel hukuktaki ikrâh ile sınırlandırılmıştır.

İkrâh, ibadetler alanında nadir gerçekleşmektedir. Bu gerçek, gözönünde bulundurularak ikrâhın ibadetlerdeki etkisine işaret edilmiş ancak detaylı açıklamalar yapılmamıştır. Bu yönden bir değerlendirme yapıldığı zaman tez konumuzun muamelat alanı ile sınırlandırıldığı ortaya çıkmaktadır.

Kavramsal sınırları tayin etmek ve zihinlerdeki karışıklıkları izâle etmek için ayrıca *ikrâhın kapsamı* başlığı altında ikrâhın, *icbâr*, *ilcâ'*, *zarûret* ve *mücbir sebepten* ayrılan yönleri ele alınmıştır.

İkrâhın İslâm hukukundaki konumunun belirlenmesi ve benzer kavramlardan ayırt edilmesi maksadıyla da konunun başında ehliyet, sorumluluk ve âkit kavramları konu ile ilgileri oranında açıklanmıştır.

III. KONUNUN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

İslâm Hukuku'nun, ana kaynaklardan süzülerek ilmi çerçevede tahlil edilmesi ve hukuk ilmine yaptığı katkıların bilimsel bir perspektifle çağdaş hukuk anlayışına sunulması için gayret göstermenin çok önemli olduğuna inanıyoruz. Bu mütevâzi çalışmamızın, her şeyden önce sözkonusu düşünce ve kanaatimizin gerçekleştirilmesi yolunda bir adım olması gayesini taşımaktayız. Bu sebeple tezde, mezheb görüşlerini mukayeseli olarak kapsayacak ve güncelliğini koruyacak bir yaklaşım tarzı tercih edilmiştir. Sözkonusu yaklaşım tarzının bir sonucu olarak tezde belli bir mezhebin görüşüne bağlı kalınmamış; mümkün merteye dört mezhebin ve Zahirî mezhebinin görüşlerine yer verilmiştir. Bununla birlikte bazen Şîî mezhebinin, bazen de itikâd ilmine yakın konularda (mükellefiyet kısmında olduğu gibi) Mu'tezile mezhebinin görüşlerine değinilmiştir. Bu arada, önemli görülen konulardaki mezhepler arası görüş ayrılıklarının nedenleri tartışılmış ve her bir mezhebin dayandığı deliller

anlatılmıştır. Gerekli görülen noktalarda tercih edilen görüşün belirtilmesinde sakınca görülmemiştir.

Tez çalışmasında elde edecek sonuçların, bir ehliyet ârızası ve irâde bozukluğu olan ikrâhın hükmünü bilimsel bir yöntemle ile ortaya çıkaracağı; ikrâhın çerçevesinin tespiti noktasında mezhepler arasındaki mevcut tartışmaların sebeplerini açıklayacağı ve bu görüşler arasındaki ihtilafları genel bir tahlil sonucu çözüme kavuşturacağı umulmaktadır.

Kavramsal çerçevenin belirlenmesinde bazı hukukî kavramların hangi anlamda kullanıldığını belirtmek de gerekmektedir. En başta, ikrâhla aynı anlamı taşıyan, *cebiri* ve *tehdit* kavramlarının hangi yöntem takip edilerek işlendiğini vurgulamak doğru olacaktır. Hukuksal kavram olarak cebir fiziksel zorlamayı, tehdit ve korkutma ise psikolojik zorlamayı ifade eder. Ancak, çalışmanın bazı yerlerinde ikrâh bu kavramların yerine kullanılmış; kimi zaman da bu kavramlar ikrâh yerine kullanılmıştır. Bununla birlikte çalışmanın temel kavramı olması açısından ikrah; mümkün mertebede *cebiri*, *tehdit*, *korkutma* ve *şiddet* gibi zorlama çeşitleri olan tüm kavramları kapsayacak biçimde kullanılmıştır. Analitik bir değerlendirilmeye gidildiği zaman, bu kavramlar arasında ince farklılıkların olduğu görülür. Bu farklılıklar, tezde açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

Konunun kavramsal çerçevesinin oluşumunda ikrâhın unsurları olan *mükrih*, *mükreh*, *mükrehün bih* ve *mükrehün âleyh* kavramları ve bunların kapsamı da önemli bir rol oynamaktadır. Mükrih, hukukî muameleye zorlayan kişi, mükreh irâdesine baskı yapılan kişi, mükrehün bih ikrahta başvuru baskı şekli, mükrehün aleyh ise ikrahın cereyan ettiği hukuksal olaydır. Fıkhın teknik dilinin korunması için mükrih ve mükreh kavramlarının kullanımı tercih edilmiş Türkçe karşılıkları olan zorlayan ve zorlanan kavramlarına yer verilmemiştir. Aynı gayeye ma'tuf, *ağır ikrahı* ifade eden *mülci' ikrah* ve *hafif ikrahı* ifade eden *gayr-ı mülci' ikrah* kavramları da muhafaza edilmiştir.

Aynı anlama sahip oldukları gözönünde bulundurularak bazı terimler, modern Türk hukukunda kullanılan tabirlerle beraber kullanılmıştır. Bu bağlamda *tasarruf* kavramı yerine *hukukî muamele*, akdin hükümsüzlük hallerinden *butlan* kavramı

yerine hükümsüzlük, *fesad* kavramı yerine *geçersizlik*, *mevkuf* kavramı yerine *bağlı* veya *askıda* kavramı da kullanılmıştır.

İkrâha konu teşkil eden durum ya cezayı gerektiren bir suç eylem ya da, taraflara bazı sorumluluklar yükleyen hukukî bir muameledir. Klasik doktrinde kişinin cezalandırılmasına sebep olan durumlar daha ziyade *fiilî tasarruflar*, hukukî muameleler ise *kavlî tasarruflar* başlıkları altında incelenmiştir. Çalışmamızda bu bakış açısı dikkate alınmıştır. Bununla birlikte daha sistematik ve kapsayıcı görülen bir bakış açısı ortaya konmuş, her iki tasarruf sorumluluk başlığı altında incelenmiş, daha sonra hukukî muameleler ele alınmıştır.

IV. KAYNAKLARIN ANALİZİ

İkrâh, fıkıh usûlü kitaplarının şer'î hüküm bölümünde mükellefiyetin bir alt konusu olarak incelenmiştir. Bunlardan özellikle de fukaha (Hanefî) metoduyla kaleme alınan eserlerde konu, ehliyeti etkileyen müktesep arızalar alt başlığı altında ele alınmıştır. Fıkıh fûrû kitaplarında ise ikrâh, kendi klasik sistematığı içinde yeri geldikçe ve ilgisi oranında çeşitli meseleler arasına serpiştirilmiş tarzda işlenmiştir. Bununla birlikte bazı klasik eserlerde ve özellikle Hanefilere ait kaynaklarda *Kitâbü'l-İkrâh* başlığıyla ikraha ayrı bir bölüm tahsis edilerek konu ilgili çeşitli konularda ulaşılan çözümleri açıklayıcı ve toparlayıcı bilgiler verildiği de olmuştur. İkrâhın fıkıh sistematığı içindeki bu konumu sebebiyle klasik dönemde ikrâh konusunda yazılmış müstakil bir eser tespit edilmemiştir.

İslâm hukuk doktrinine ilişkin çağdaş eserlerde ise ikrâh, ehliyet ârızası olarak değil rızâyı bozan sebepler veya irâde sakatlıkları arasında incelenir. Irâdeye doğrudan etki etmesi sebebiyle ikrâh, irâde ve rıza ile ilgili çağdaş araştırmalarda önemli bir yer teşkil etmektedir. İkrâhın irâdeye etkisi hukûkî muameleler alanıyla sınırlı değildir. Buna rağmen mevcut eserlerde ikrâh-irâde ilişkisinin hukûkî muamelelerdeki etkileri önplanda tutulmuştur.

İkrâh konusunda müstakil çalışmalar modern dönemde başlamıştır. Türkiye'de ikrah ile ilgili Nedim Bahçekapılı'nın *İslam Hukuku'nda İkrâh ve Hukukî Tasarruflara Etkisi*, Fatma Keziban Uçar'ın *Kur'an Âyetlerinde İkrâh ve İztirâr*, Mehmet Kasap'ın *İslâm Hukukunda İkrâhın Sözlü Tasarruflara Etkisi*, Sadi İçli'nin

Klasik Fıkıh Doktrinde İkrâh ve Öldürmede İkrâhın Sonuçları adlı yayınlanmamış yüksek lisans tezleri mevcuttur. Hasan Güleç'in *İslam Hukukunda İkrâh*, Hakkı Aydın'ın *İslam ve Türk Borçlar Hukukunda İkrâh I-II*", H.İbrahim Acar'ın *İslâm Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler II – İkrâh*, İsmail Bilgili'nin *Ehliyet Arızalarından İkrâh Şartları ve Kısımları* adlı makaleleri ve Ali Bardakoğlu'nun *İkrâh* adlı ansiklopedi maddesi yayınlanmıştır. Bu çalışmalar, ikrâhı bütün boyutlarıyla ele almaktan ve bir nazariye olarak ortaya koymaktan uzak küçük çaplı çalışmalardır. İkrâh ile ilgili doktora düzeyinde herhangi bir çalışmanın yapılmamış olması bunu göstermektedir.

İslâm hukukunda ikrâhı konu alan Arapça eserlerden ulaştıklarımız ve müellifleri şunlardır:

Hail Hazzam Mehyub Âmirî, *Nazariyyetü'l-İkrâhi'l-Medenî Beyne's-Şerîa ve'l-Kanun*; Abdülfettah Hüseyinî, *el-İkrâh ve Eseruh fi'l-Ahkâmi's-Şer'iyye*; Hasan Lokman İsamüddin, *el-İkrâh ve'z-Zarûre ve Eserühuma âle'l-Mes'ûliyyeti'l-Cinâiyye*; Zekî İsa Muhammed Şekara, *el-İkrâh ve Eseruh fi't-Tasarrufat*; Muhammed Mahmud el-Muhammed, *Eserü'l-İkrâh fi'l-Muâmelâti'l-Mâliyye*; Abdülhasîb Sened Atiyye, *el-İkrâh ve Eseruh âlâ İrâdeti'l-Mükreh fi'l-Ef'ali'l-Cinâiyye ve't-Tasarrufâti's-Şer'iyye ve'l-Ûkûdi'l-Mâliyye fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*.

Bu eserlerin çoğu, ya ikrâhın hukûkî muamelelerdeki etkisi veya cezaî sorumluluğa etkisi yönüyle oldukça sınırlı veya klasik eserlerdeki bilgileri toplayıcı bir mahiyet arz etmektedir. Bu açıdan yukarıdaki eserlerden özellikle Abdülhasîb Sened Atiyye'nin, *el-İkrâh ve Eseruh âlâ İrâdeti'l-Mükreh fi'l-Ef'ali'l-Cinâiyye ve't-Tasarrufâti's-Şer'iyye ve'l-Ûkûdi'l-Mâliyye fi'l-Fıkhî'l-İslâmî* isimli eseri, ikrâh teorisini ortaya koyma noktasında analitik bir özellik taşımaktadır.

İslâm hukukunda ikrâh konusu ile ilgili ulaştığımız İngilizce eserler ve müellifleri ise şunlardır:

Khaled Abou El Fadl, *The Common and Islamic Law of Duress*; Mohamed El Fatih Hamid, *Duress And Its Effect On Contracts In Islamic Law*; Omar, Muhammad Naim, *The Effects of Duress on Contracts Under Islamic Law*. İngilizce kaynakların daha ziyade makale düzeyinde oluşu dikkati çekmektedir.

İkrâh ile ilgili bir teorinin oluşturulması noktasından bakıldığında bu eserlerin çoğunun ikrâhı dar bir alanla sınırlı tuttıkları, güncel olmadıkları ve analitik bir özellik taşımadıkları görülmektedir. Dolayısıyla ikrâh konusunun analitik ve güncel çalışmalarla doktora çalışması düzeyinde desteklenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Türk hukukunda ise konu ile ilgili olarak Fazıl Hüsnü Erdem'in *Eski Hukukumuzda İkrâh*, Ersin Sevindik'in *Borçlar Hukukunda İkrâh* ve Özgür Küçüktaşdemir'in *Maddi ve Manevi Cebir* adlı yüksek lisan tezleri bulunmaktadır. Erdem'in tezi modern hukuk alanında bir çalışma ise de İslam hukukunu ele almakta ve bu özelliğiyle diğer tezlerden ayrılmaktadır.

İkrâh, akdin kuruluşu açısından rıza ve irâde beyânı kavramlarıyla bağlantılıdır. Bundan dolayı, rıza ve irâdeyi konu edinen çağdaş hukuk çalışmalarında ikrâh konusuna yer verilmiştir. Alî Muhyiddîn Karadâğî'nin *Mebdeü'r-Rızâ fi'l-Ûkûd* ve Neş'et İbrahim Dureynî'nin, *et-Terâdî fi Ûkûd'l-Mübâdelâti'l-Mâliyye* ve Muhammed Bahrülulûm'un, *Uyûbü'l-İrâde fi's-Şerâti'l-İslâmiyye* adlı kitaplarında ikrâh konusunda geniş bilgi verilmiştir.

İkrâh, doğurduğu sonuçlar açısından sorumluluk kavramıyla da ilişkilidir. Ahmed Fethî Behnesî'nin *el-Mesû'liyyetü'l-Cinâyîye Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Zuhaylî'nin *Nazariyyetü'd-Damân ev Ahkâmü'l-Mes'ûliyyeti'l-Medeniyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Hüseyin Esen'in *İslam Hukukunda Cezai Sorumluluk* ve Kemal Yıldız'ın *İslam Sorumluluk Hukuku Akit Dışı Sorumluluk* adlı eserlerinde ikrâha geniş yer ayrılmıştır.

Tezimizde dört fıkıh mezhebinin ve diğer mezheplerin ana kaynak eserlerinden ve tefsir, hadis ile lügat kitaplarının dipnotta zikrettiğimiz ana kaynakları konumunda bulunan eserlerinden de büyük ölçüde istifade edilmiştir.

Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, Abdurrezzâk es-Senhûri, Abdülkerîm Zeydân, Vehbe Zuhaylî ve Muhammed Ebu Zehre başta olmak üzere, modern dönem İslam hukukçularının isimlerini dipnotta serdettiğimiz eserleri de konumuzun aydınlatılması noktasında istifade ettiğimiz önemli kaynaklar arasında yer almaktadır.

Pozitif hukukun, İslâm hukuku ile mukâyese edilmesine yardımcı olması amacıyla modern Türk hukukunun temel kaynaklarından da faydalanılmıştır. Bu

bağlamda Fikret Eren ve Ali Naim İnan'ın *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* isimli ayrı kitapları, Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman'ın *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku* adlı eserleri başta olmak üzere dipnotta serdedilen borçlar hukuku ve ceza hukuku ile kaynaklara başvurulmuştur.

IV. KONUNUN SUNULMASI

Tezimiz; giriş, üç bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır.

Tezin giriş bölümünde tez çalışmasının önemi, konunun sınırlandırılması, konu ile ilgili kaynakların analizi, çalışmanın kavramsal çerçevesi ve sunumu gibi konuya hazırlayıcı nitelikteki bilgiler verilmiştir.

Birinci bölümde ikrâhın hukûkî mahiyetinin şekillenmesi noktasında izah edilmeleri gerekli görülen ehliyet, sorumluluk ve âkit kavramları üzerinde kısaca durulmuştur.

Çalışmanın esasını teşkil eden ikinci bölümdür. Bu bölüm, üç alt başlık halinde düzenlenmiştir. Birinci alt başlıkta ikrâhın kavramsal analizi yapılmıştır. Bu bağlamda ikrâhın tanımı, sınırları, türleri ve unsurları açıklanmıştır. İkinci alt başlıkta, tarihsel süreçteki ve günümüzdeki hukuk sistemlerinde ikrâhın hukûkî mahiyeti üzerinde durularak İslâm hukuku ile mukâyese edilebilme imkânı amaçlanmıştır. Üçüncü alt başlık ise ikrâhın hukuken gerçekleşmesi için gereken şartları ihtiva etmektedir.

Üçüncü bölümde ikrâhın dînî ve hukûkî sonuçları açıklanmıştır. Bu bölüm ise beş alt başlığa ayrılmıştır. Birinci alt başlıkta ikrâhın ehliyet ve mükellefiyete etkisi, ikinci alt başlıkta ikrâhın hükümleri, üçüncü alt başlıkta ikrâhın sorumluluklara etkisi, dördüncü alt başlıkta ikrâhın hukûkî muamele üzerindeki etkisi detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Beşinci alt başlıkta ise ikrâhın nasıl dava edileceği konusunda açıklamalar yapılmıştır.

Kaynaklara atıfta bulunurken ilk defa başvuru kaynağın müellifi ve eserin tam adı, basıldığı matbaa, yer ve tarih belirtilmiştir. Aynı kaynağa yapılan daha sonraki atıflarda ise sadece müellifin adı, lakabı ya da künyesini zikretmekle yetinerek kısaltma yoluna gidilmiştir. Aynı müellifin birden fazla eseri

kullanıldığında, karışıklığa yer vermemek için yazarın isim veya künyesinden sonra atıfta bulunulan eserin ilk kelimesi zikredilmiştir. Atıfta bulunulan eserin cilt numaraları Romen, sayfa numaraları ise normal rakamla gösterilmiştir. Kâsânî, V, 345. gibi.

Makalelere yapılan atıflarda ise ilk atıfta makale yazarının, makalenin ve yayımlandığı derginin adı, sayısı ve yayım tarihi belirtilmiş, sonraki atıflarda makale isminin kısaca yazımı ve atfedilen yerin dergide numaralı olduğu sayfanın zikri ile iktifa edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
İKRÂH İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

I. EHLİYET KAVRAMI

A. EHLİYETİN TANIMI

Ehliyet kelimesi “ehl” kökünden ca’lî bir mastar olup, sözlükte “elverişlilik, uygunluk, yeterlilik, liyâkat” anlamlarını ifade eder.¹ "Zaten onlar buna pek layık ve ehil kimselerdi."² meâlindeki âyette geçen ehliyet, liyâkat ve elverişlilik anlamlarında kullanılmıştır.

Terim olarak ehliyet klasik eserlerde: " *insanın lehine ve aleyhine olan meşru haklara sahip olmaya elverişli olması*" şeklinde tarîf edilmiştir.³ Bu tanım, sadece vücûb ehliyetini kapsadığı gerekçesiyle eleştirilmiş ve ehliyetin " *dînî ve hukukî hükme konu olmaya elverişli olmak*"⁴ veya " *Yasa koyucunun şahısta takdir ettiği, onu din ve şer'î hükmün muhatabı olmaya uygun bir mahal haline getiren vasıf*."⁵ gibi tanımları yapılmıştır.

Ehliyet ve sorumluluk, insana hastır. " *Şüphesiz biz emaneti göklere, yere ve dağlara teklif ettik de onlar onu yüklenmek istemediler, ondan çekindiler, onu insan yükledi. Çünkü o çok zalimdir, çok cahildir.*"⁶ meâlindeki âyet-i kerîme, bu gerçeğe işaret etmektedir. Bir hadîs-i şerîfte hayvan, kuyu, maden gibi canlı ve cansız varlıklara sorumluluk yüklenmeyeceğinin belirtilmiş olması da sadece insanın sorumluluğa elverişli olduğunu gösterir.⁷

¹ Hey'et, *el-Mu'cemu'l-Vasît*, Mecmaü'l-Lügati'l-Arabiyye, Mısır, 2004, s. 32.

² *Fetih*, 48/26.

³ صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه , el-Buhârî, Abdülazîz b. Ahmed, (Ö. 730/1330), *Keşfü'l-Esrâr ân Usûl-i Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, (I-IV), Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Beyrut, t.y., IV, 237.

⁴ Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", *İslam Ansiklopedisi (İA)*, TDV, İstanbul, 1994, X, 533.

⁵ ez-Zerkâ, Mustafâ Ahmed, (Ö.1999), *el-Fıkhü'l-İslâmî fi Sevbihî'l-Cedîd el-Medhalu'l-Fıkhîyyü'l-Amm (el-Medhal)*, (I-II), Dârü'l-Kalem, 1.Bsk., Dimeşk, 1988, II, 783; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku (Mukayeseli)*, (I-III), İz Yayınclık., İstanbul, 1999, II, 135.

⁶ *Ahzâb*, 33/72.

⁷ العجماء جبار، والبنر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس "Hayvan(in sebep olduğu mağduriyet) hederdir, kuyu(nun sebep olduğu mağduriyet) hederdir. Maden(in sebep olduğu mağduriyet) hederdir. Değineye humus (beşte bir nisbetinde zekât) vardır.", el-Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmâil (Ö.256/870), *el-Câmiu's-Sahih*; (I-IV), Thk: Muhammed Fuad Abdülbâki, Muhibuddin el-Hatib, el-Matbaatü's-Selefiyye, Kahire, 1979, Zekât, 66/1499; Müslim, b. Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî en-Nişâbûrî (Ö.261/875), *Sahih-u Müslim*, (I-V), Thk: Muhammed Fuad Abdülbâki, Dâru İhyâi'l-Kütübî'l-Arabiyye, 1.Bsk., Kahire, 1991, Hudûd, 45-46 /1710.

Usûlcüler, şer'i hükümler için öngördükleri öğeleri sıralarken "*Mahkûmun Aleyh* "(Hakkında hüküm verilen kimse) diye bir terim geliştirmişlerdir. Mahkûmun Aleyh deyimi ile insan amaçlandığından, şahıs ile ilgili hukûkî durumlar bu kavram adı altında incelenmiştir.

Pozitif hukukta ise ehliyet, medeni hukukun şahsın hukuku kısmında ele alınmaktadır. Şahıs, hak sahibi olabilen veya haklardan faydalanabilen varlığa denir.⁸ Kişilik olarak da ifade edilen ehliyet ise hukuk sujesinin haklara sahip olması, haklarını kullanması, vazife, mükellefiyet ve mesuliyetler yüklenebilmesi halidir.⁹

B. EHLİYETİN SAFHALARI

İslam hukukunda ehliyet, kişinin haklara konu olma aşaması ve bu haklarını kullanabilme aşaması şeklinde ifade edebileceğimiz iki ana safhada mutâlaâ edilir. Fıkıh doktrininde birincisine vücûb ehliyeti, ikincisine ise edâ ehliyeti denilmektedir.

1. Vücûb Ehliyeti

Vücûb ehliyeti, insanın lehine ve aleyhine olan meşrû haklara sahip olmaya elverişli olmasıdır.¹⁰ Doktrinde buna "*ilzâm ve iltizâma elverişli olmak*" denilmiştir. İlzâm; muhataba bir vecîbenin yerine getirilmesi külfetini yükletme veya sorumluluk izâfe etmedir. İltizâm ise; bir şeyi kendi üzerine lazım kılmak, yükümlülük altına girmek demektir.¹¹ Ayrıca ilzâmın, kişinin lehine hakların sabit olmasını; iltizâmın ise kişinin buna ehil oluşunu ifade ettiği ve söz konusu iki kavramın vücûb ehliyetinin iki unsuru olarak görülebileceği de söylenmiştir.¹² İltizâm, bazı fakihler

⁸ Öztan, Bilge, *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*, Turhan Kitabevi, 10.Bsk., Ankara 2001, s.4.

⁹ Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati*, Başbakanlık Basımevi, 3.Bsk. Ankara,1991, s. 81.

¹⁰ Serahsî, Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebu Sehl (Ö. 483/1090), *Usûlu's- Serahsî(Usûl)*, (I-II), Thk: Ebû'l-Vefâ el-Afğânî, y.y., t.y., II, 332.

¹¹ Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 2.Bsk., Ensar Neşriyat, İstanbul, 2005, s. 248.

¹² Bkz. Zerkâ, *Medhal*, II, 786; Bardakoğlu, "Ehliyet", *İA*, X, 534.

tarafından zimmet¹³ kavramına dayandırılarak açıklanmış ise de bu konuda görüş birliği yoktur.

Öte yandan, vücûb ehliyeti kişiye yüklenen vecibeyi bilfiil değil, bilkuvve vücuda getirmektedir. Öz ifadeyle bu ehliyet, kişinin yasa koyucu olan Allah'a karşı sorumlu olma yolunu açan ilk basamak durumundadır. Yani, vecibelerin (yükümlülüklerin) insana yönelmesi için, bu ehliyet türü bir zemin hazırlamaktadır.¹⁴

Vücûb ehliyetinin temelini insan olma vasfı teşkil eder. Bunun yaş, akıl ve rüşd ile alakası yoktur. Ancak bazıları için tam, bazıları için eksiktir. Ana karnındaki çocuk gibi yalnız lehine olan hakların sübûtuna ehil olup aleyhine olan hakların sübûtuna ehil değilse, bu ehliyet eksiktir (nâkıs ehliyet). Leh ve aleyhine olan haklara ehil ise bu ehliyet tamdır (kâmil ehliyet). Cenîn dışındaki bütün insanlar kâmil vücûb ehliyetine sahip kabul edilmektedir.¹⁵ Ancak cenîne annesinin bir parçası olarak bakmak mümkün olduğundan¹⁶ ve ceninin annesinden ölü doğması ihtimal dâhilinde bulunduğu¹⁷ ondaki bu ehliyet eksiktir. O halde vücûb ehliyeti, cenîn devresinde eksik olan, gerçek veya hükmî olarak¹⁸ canlı bir şekilde doğmakla tamamlanan, hayatta kaldığı sürece insandan ayrılmayan ehliyet çeşididir.¹⁹

Hanefiler; ölenin malından borçlarının ödenmesini, teşhîz, tekfîn, vasiyet gibi görevlerin yerine getirilmesini,²⁰ sağlığında iken başlatıp da ölümü sonrasında sonuçlanan bazı fiillerinin kazandırıcı veya borçlandırıcı etkisinin doğrudan öleni veya terekeyi hedef almasını delil göstererek, kişinin zimmet ve vücûb ehliyetinin

¹³ “Zimmet, kişinin kendi lehindeki ve aleyhindeki şeylere ehil olmasını sağlayan vasıftır.” Bkz. Bilmen, Ömer Nasûhî, *Hukuk-i İslâmiyye ve İstilahât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, (I-VIII), Bilmen Yayınevi, İstanbul, t.y., I, 227.

¹⁴ Bilgin, Ahmet, *İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 1989, s.76.

¹⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, II, 785; Karaman, *Mukayeseli*, II, 237.

¹⁶ Zeydân, Abdülkerîm, *el-Vecîz Fi Usûli'l-Fıkh*, (*el-Vecîz*), İstanbul, 1979, s. 73.

¹⁷ Ebû Zehre, Muhammed, (Ö.1974), *Usûlü'l-Fıkh (Usûl)*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, y.y., t.y., s. 331.

¹⁸ Zuhaylî, Vehbe, *Usûlü'l-Fıkhî'l-İslâmî(Usûl)*, (I-II), Dâru'l-Fikr, I.Bsk., Dimeşk, 1986, I, 163.

¹⁹ Şa'ban, Zekiyüddin, *Usûlü'l-Fıkhî'l-İslâmî*, el-Mektebetü'l-Hanifiyye, y.y., t.y., s. 278.

²⁰ Ebû Zehre, *Usûl*, s. 330.

ölüm sonrasında da belli bir süre için bir yönüyle devam ettiğinin delili sayarlar.²¹ Ancak, zimmetin devamı, yeni hükümlerin konması şeklinde değil, daha önceki hükümlerin sonuçlarının tasfiyesi biçiminde kendini gösterir.²²

Klasik İslam Hukuku eserlerinde yer alan açıklama ve tanımlarda, dolaylı olarak devlet, vakıf, beytül-mâl, şirket, mescid vb. kamu malları ve kurumlarının hükmi şahsiyetinin varlığı kabul edilmekte ve dolayısıyla vücûb ehliyetine sahip oldukları fikri benimsenmektedir.²³

Modern hukukta vücûb ehliyetine *hak ehliyeti* denir. Hak ehliyeti, borçlara ve haklara sahip olmayı ifade eder.²⁴ Ayrıca buna *medeni haklardan istifade ehliyeti* de denilmektedir.²⁵ Hukuk düzenince kişi olarak kabul edilmenin mutlak sonucu, hak ehliyetine sahip olmaktır.²⁶

Hak ehliyeti, TMK 8. maddede “*Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.*” biçiminde ifade edilmiştir. Kanununun 28. maddesi “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*” ibaresi ile hukûkî kişiliğin çocuğun sağ olarak doğmasıyla, hak ehliyetinin de ana rahmine düştüğü andan itibaren başladığını kabul etmiştir.

Medeni hukukta tüzel kişilerin ehliyeti de gerçek kişilerin ehliyeti gibi düşünülmüştür. TMK 48.maddesi: “*Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler*” ibaresiyle tüzel kişilerin tam olarak hak ehliyetine sahip olmalarını kabul etmiştir. Bununla beraber gerçek kişilere ilişkin ölüm, doğum, temyiz kudreti, rüşt ve gaiplik gibi hükümler tüzel kişilere uygulanmaz.²⁷

²¹ Bardakoğlu, "Ehliyet", *İA*, s. 535.

²² Bilgin, s.89.

²³ Zuhaylî, *Usûl*, I, 164, Bardakoğlu, "Ehliyet", *İA*, X, 535.

²⁴ Dural, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul, 1984, s. 41.

²⁵ Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usulü*, İFAV Yay., İstanbul, 3.Bsk., 1996, s. 143.

²⁶ Arsebük, Esat, (Ö.1954), *Medeni Hukuk I*, İstanbul, 1938, s. 254.

²⁷ Akıntürk, Turgut, *Medeni Hukuk*, Beta Yay., 13. Bsk, İstanbul, 2008, s.185.

2. Edâ Ehliyeti

Edâ ehliyeti, insanın bir şeyin eda edilmesinin talep olunmasına salahiyetli olması, sözlerinin, fiillerinin mu'teber sayılıp, şer'î neticelerinin husûlüne müsait olmasıdır.²⁸ Edâ ehliyeti, kişinin hem ibâdî, hem de medenî tasarruflarının sahîh olmasını sağlar.²⁹ Edâ ehliyeti, ehliyetin ikinci safhası olup kişinin vücûb ehliyeti sebebiyle faydalanmaya ehil olduğu hakları bizzat kullanmasını, hak ve borçlar doğurabilecek şekilde hukukî işlem yapabilmesini ifade ettiğinden "*muamele ehliyeti, mübaşeret ehliyeti, tasarruf ehliyeti, fiil ehliyeti*" diye de anılır.³⁰

Edâ ehliyeti, akıl ve temyiz gücüne dayanır.³¹ Edâ ehliyeti insan hayatının başlangıcında bulunmazken, şahsın anlama ve kavrama kabiliyeti ile bedensel gelişimine bağlı olarak ortaya çıkar. Temyiz dönemine ulaştığında edâ ehliyeti eksiktir. Beden ve akıl yönüyle gelişim tamamlandığında yani baliğ ve reşit olduğunda edâ ehliyeti tam/kâmil hale gelir.³² Bu sebeple kişilerin edâ ehliyetini kazanması temyiz, bulûğ ve rüşd şeklinde ifade edilen üç kademedede gerçekleşir. Temyiz-bulûğ arası dönemde kişiye akîl melekelerini kullanmadaki noksanlığı sebebiyle eksik edâ ehliyeti, bulûğdan sonra ise bu melekelerin yeteri derecede olgunlaştığı kabul edilerek kural olarak tam edâ ehliyeti tanınır.³³ İmam Şafî'ye göre şahsın tasarruflarının geçerliliği için akîl olgunluk yeterlidir.³⁴

Modern hukukta buna *fiil ehliyeti* denir. Fiil ehliyeti, kişinin iradi tasarruflarda yetkili olmasını, hak ve borç doğuran işlemleri yapabilmesini ifade eder.³⁵ Türk Medeni Kanununun 9. ve 10. maddelerinde ; "*Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir*" şeklinde tanımlanmış

²⁸ Hallâf, Abdülvehhâb, (Ö.1956), *İlm-u Usûli'l-Fıkh*, Mektebetü'd-Da'veti'l-İslâmiyye, y.y., t.y., s. 136.

²⁹ Ebû Zehre, *Usûl*, s.333.

³⁰ Bardakoğlu, "Ehliyet", *İA*, X, 535.

³¹ Zerkâ, II, 742-743; Şa'bân, s. 279; Zuhaylî, *Usûl*, I, 64; Bardakoğlu, "Ehliyet", *İA*, X, 536.

³² Serahsî, *Usûl*, II, 340-341; Karadâğî, Ali Muhyiddîn Ali, *Mebdeü'r-Ridâ fi'l-Ukûd*, (I-II), Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 1.Bsk., Lübnan, 1985, I, 272-273; Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Çocuk*, Kayıhan Yay., 1.Bsk., İstanbul, 1990, s. 68.

³³ Bardakoğlu, "Ehliyet", *İA*, X, 535.

³⁴ Şafî, Muhammed b. İdris, (Ö.204/819), *el-Ümm*, (I-XI.) Thk: Rıf'ât, Fevzî Abdulmuttalib, 1.Bsk., Dâru'l-Vefa, Kahire, 2001, II, 151.

³⁵ Öztan, s. 51.

olup bu ehliyetin kullanma şartları genel olarak şöyle belirlenmiştir: “*Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.*”

Ayrıca kanunun 49.maddesi “*Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.*” ifadesiyle tüzel kişilerin fiil ehliyetinin de bulunduğunu açıklamıştır

Edâ ehliyeti açısından insan hayatı, temyiz öncesi dönem, temyiz dönemi, buluş dönemi ve rüşd dönemi olmak üzere dört safhada incelenmiştir. Rüşd dönemini buluş dönemi kapsamında değerlendirmeler mevcut ise de dörtlü ayrımın konunun anlaşılması noktasında daha faydalı olacağını düşünmekteyiz.

a. Temyiz Öncesi Dönem

Temyiz çağına gelmemiş çocuğun, edâ ehliyeti yoktur. İbadetleri, hukûkî işlemlere dayanak teşkil eden söz ve fiilleri yok hükmündedir. Suç işlediği takdirde fiili suç gibi muamele görmez (işlediği fiili suç sayıldığı halde kendisine ceza verilmez). Deli de temyiz yaşına gelmemiş çocuk hükmündedir.³⁶ Bu sebeple temyiz öncesi dönem, vücûb ehliyetinin hallerinden biridir. Bununla beraber çocuk, malî tazminatlar ve malları üzerindeki vergiler konusunda borçlandırılmaya ehildir. Mala zarar verse veya bir suç işlese velisine malî sorumluluk yüklenir. Zekâtı ödenir. Ancak Hanefiler, mümeyyiz olmayan çocuğun zekâtının velisi tarafından ödenmeyeceği kanaatindedir.³⁷

Temyiz yaşına gelmemiş çocuğun tasarrufları ile ilgili olarak Türk Medeni Kanununun 14. maddesinde fiil ehliyetsizliği başlığı altında “*Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur.*” denilmektedir.

b. Temyiz Dönemi

Henüz bulûğa ermemiş fakat ana hatlarıyla da olsa iyiyi kötüden, kârı zarardan ayırma gücü bulunan çocuk, eksik eda ehliyeti grubunu oluşturur. Burada

³⁶ Zerkâ, *el-Medhal*, II, 895.

³⁷ el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, (Ö. 587/1191), *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*,(I-VII), Dârü'l Kütüb-il İlmiye, 2.Bsk, Beyrut,1986, II, 5; Zerkâ, *el-Medhal*, II, 897–899.

edâ ehliyetinin eksikliği, kişinin her tür hukukî işlem karşısındaki genel konumunu gösteren bir değerlendirme olmayıp onun sadece belli tür fiil ve hukukî işlemleri yapmaya ehil olması, bazıları için ehliyetsiz, bazıları için de sınırlı ehliyetli sayılması anlamındadır.³⁸

Temyizin başlangıç noktasını gösteren ne doğal bir alamet ve ne de bir belirli bir yaş mevcut değildir. Varlığı bütünüyle beyinsel gelişmeye, psikolojik ve biyolojik yapıya bağlı olarak geç veya erken gerçekleşebilir.³⁹ Bununla birlikte İslam hukukçuları tarafından yedi yaşı, Hz. Peygamber'in (s.a.v) bu yöndeki sözleri esas alınarak⁴⁰ ve pratikte bazı kolaylıkları sağladığı gerçeği gözönünde bulundurularak temyiz döneminin başlangıcı olarak kabul edilmiştir.

Klasik fıkhıta mümeyyiz çocuğun tasarrufları konusunda görüş farklılıkları vardır. İhtilafların dayanak noktasını, hangi tasarruflarının kanunî temsilcilerinin izniyle, hangilerinin kendi tasarruflarına bağlı gerçekleşeceği konusu teşkil eder.

Hukukçular, mümeyyizin eda ehliyetini "*dinî edâ ehliyeti*" ve "*medenî edâ ehliyeti*" şeklinde iki kısma ayırmışlardır. Dinî edâ ehliyeti ile imân ve ibâdetler kastedilmektedir. Hanefiler, Allaha iman ve kesinlik arz eden diğer şeyleri kavramanın ve onlara iman etmenin meşakkat olmadığı gerçeğinden yola çıkarak mümeyyizin dînî edâ ehliyetinin bulunduğu kanâat getirmişlerdir.⁴¹ Cumhûr ise edâ ehliyeti için esas olan aklın, mümeyyizde noksan olduğunu delil göstererek iman ehliyetinin bulunmadığı yönünde görüş bildirmişlerdir.⁴² İbadetlerin ifâsında mümeyyizin ehliyetinin olmadığı konusunda ise görüş birliği vardır.⁴³ Zuhaylî,

³⁸ Bardakoğlu, "Ehliyet", *İA*, X, 537.

³⁹ Bilgin, s. 108.

⁴⁰ "علموا الصبي الصلاة ابن سبع سنين واضربوه عليها ابن عشر" "*Çocuklarınız yedi yaşında iken onlara namazı öğretin, on yaşında iken (kılmazlarsa) dövünüz.*" et-Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre es-Sülemî, (Ö. 279/892), *es-Sünen*, Ta'lik: Muhammed Nâsirüddin Elbanî, Mektebetü'l-Maârif, Riyad, t.y., "*Mevâkir*", 187/407; el-Beyhâkî, Ebû Bekir Ahmed b. Hüseyin b. Ali, (Ö.458/1065), *es-Sünenü's Sağir*, (I-IV), Thk: Abdülmü'tî Emin Kal'acî, 1.Bsk., Dârü'l-Vefa, Kahire, 1989, 52/556.

⁴¹ Serahsî, *Usûl*, II, 339.

⁴² es-Suyûtî, Ebû'l-Fadl Celâleddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr, (Ö.911/1505), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, (I-II), Dârü'l Kütüb-il İlmiye, Beyrut, 1983, s. 221; el-Haraşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Ali, (Ö.1101/1689), *Şerhu'l-Haraşî âlâ Muhtasar-i Halîl*, (I-VIII), el-Matbaatu'l-Kübrâ'l-Emiriyye, 2.Bsk, Mısır, 1996, VIII, 69.

⁴³ Heyet, *el-Mevsû'atü'l-Fıkhîyye*, (I-XLV), Vizâretü'l-Evkâf ve'ş-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt, 1983, 2006, VII, 159.

mümeyyizin eda ehliyetini "*Mümeyyizin iman, namaz, oruç ve hac gibi ibadetleri sahihtir, lakin mükellef değildir. İnkârı da sahihtir ancak ukûbeti yoktur.*"⁴⁴ biçiminde özetlemiştir.

Medenî eda ehliyetine gelince; mümeyyiz çocuğun hukûkî işlemleri; tamamen kendi zararına olan hukuki işlemler, tamamen yararlı olan hukuki işlemler ve yarar ile zararın muhtemel olduğu hukuki işlemler olmak üzere üç açıdan değerlendirilmiştir.

Tamamen kendi zararına olan hukuki işlemler, karşılıksız olarak bir mal ve menfaatin elden çıkmasına yol açan işlemlerdir. Sadaka, iâre, borç ikrarı, ödünç gibi salt zarar niteliğinde olan işlemleri ne çocuk ne de kanunî temsilcisi yapamaz.

Tamamen yararına olan hukûkî işlemler, karşılığında herhangi bir şey verilmeden mal veya menfaat kazandıran hukuki işlemlerdir. Kendi lehine yapılan sadaka, iâre, ödünç gibi sadece yarar niteliğinde olan işlemleri velisinin izni olmadan yapabilir.

Yarar ve zararın muhtemel olduğu hukuki işlemler, alım satım, ortaklık, kira gibi hem zarar hem de fayda ihtimali olan işlemleri ise ihtilafıdır. Hanefiler ve Malikîlere göre velisinin izni ile yapabilir. Şafî ve Hanbelîlere göre ise hukûkî işlem yapabilme ehliyeti yoktur.⁴⁵

Türk Medeni Kanununun 16. maddesinde : "*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.*" hükmü yer almaktadır. Mümeyyiz çocuk; ayırt etme gücüne sahip küçük olarak nitelendirilmiş ve ayırt etme gücü 13. maddede şöyle belirlenmiştir: "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*"

⁴⁴ Zuhaylî, *Usûl*, I, 167.

⁴⁵ Heyet, *el-Mevsû'atü'l-Fıkhîyye*, VII, 159.

c. Bulûğ Dönemi

Biyolojik ergenlik anlamına gelen bulûğ, kişinin çocukluk döneminden çıkıp yetişkin insanlar grubuna katıldığı hayatının önemli bir dönüm noktasıdır. Bulûğ, sübjektif bir karakter taşıyan aklî yetişkinlik için de objektif bir ölçü olarak benimsenir ve bu dönemden itibaren kişinin yeteri derecede aklî ve bedenî yetişkinliğe sahip olduğu kabul edilir. Yoksa bulûğun edâ ehliyetini kazanmada tek başına yeterli hatta etkili olmayacağı açıktır. Bulûğla birlikte yeteri derecede aklî yeterlilik kazandığı ve yetişkinlik sayıldığı içindir ki aksini gösteren bir delil olmadıkça kişi akıl ve bulûğ ile kural olarak tam edâ ehliyeti kazanır.⁴⁶ Ancak her insanın yapısı değişik olduğundan akli ve bedenî olgunluğun asgari düzeyde kaldığı kişilerde bulûğ, ehliyet maratonunun sonu sayılmaz. Bunların ayrıca reşit olmaları beklenir.⁴⁷

Kişinin ergen sayılmasının çeşitli fiziki belirtileri vardır. En bariz belirtisi erkeğin ihtilâm, kızın ise adet halleridir.⁴⁸ Bu belirtilerin görülmediği kişide bulûğ çağı, yaşa göre tayin edilmiştir. Ancak yaş konusunun belirlenmesinde ihtilaf bulunmaktadır. Bunun azamî sınırı, Ebû Hanîfe'ye (Ö.150/767) göre kızlarda onyedî, erkeklerde onsekiz yaşdır.⁴⁹ Cumhûra göre cinsiyet ayrımı olmaksızın onbeş yaşını tamamlayan kişi bâliğ kabul edilir.⁵⁰

İslam hukukuna göre bülûğ çağına erişen kişi reşid olsun veya olmasın dinî eda ehliyetini elde eder. Bu itibarla iman etme ve ibadetlerini yerine getirme konusunda Şari'nin tekliflerine muhatab olur. Bulûğ çağına eren kişinin ceza ehliyeti de tam olur. Suç işerse cezasını çeker. Medeni eda ehliyeti ise, reşit olmadan elde edilmeyeceği için, sadece ergenlik yaşına erişmekle sözkonusu olmaz. Bununla beraber bülûğ ile birlikte rüşdün de aynı anda gerçekleştiği kimselerin bu ehliyeti tam olur.⁵¹

⁴⁶ Bardakoğlu, "Ehliyet", *İA*, X, 537.

⁴⁷ Bilgin, s.112.

⁴⁸ el-Kâsânî, VII, 171-172; el-Karâfi, Şihâbuddin Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs, (Ö.684/1285), *ez-Zahîre*, (I-XIV), Thk: Muhammed Hacî, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1.Bsk., Beyrut, 1994, VIII, 237.

⁴⁹ Kâsânî, VII, 172; Karaman, *Mukayeseli*, I, 186.

⁵⁰ Şafîî, *el-Ümm*, II, 151; Kâsânî, VII, 172; Şa'bân, s.281.

⁵¹ Bkz. Mecelle, 981 ve 982. maddeler.

Türk Medeni Kanununun 11. maddesinde bülûğ şöyle ele alınmıştır: “*Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar.*” Böylece onsekiz yaşı ve evlenme, kişiyi ergen kılan sebepler olarak zikredilmiştir.

d. Rüşd Dönemi

Rüşd, Şafiîlere göre, hem dinî vecbelerin doğru bir şekilde eda edilmesi hem de malın düzgün bir şekilde kullanılmasıdır. Cumhûra göre ise rüşd, malın doğru bir şekilde kullanılmasından ibarettir.⁵²

Kişi, rüşde erdikten sonra ehliyeti tamamlanır. Cumhûra göre kişi rüşdünü ispat edince kendisine mal teslim edilir. Ebu Hanîfe ise kişiye malın teslim edilmesi için kişinin hem rüşdünü bilfiil ispat etmesini hem de yirmi beş yaşına girmesinin beklenmesi gerektiğini öngörmüştür. Buna rağmen kişi bu yaşa gelmesine rağmen malını düzgün kullanmıyorsa malı kendisine verilmez ancak bu hacr (ehliyetsizlikten kaynaklanan kısıtlılık) sebebiyle değil, te'dib sebebiyle olur.⁵³

Şu halde, baliğ (ergen) olan kimse, aynı zamanda rüşd niteliğini de elde etmişse, ehliyet konusunda hiç bir problemi kalmamakta ve fiil ehliyeti tam olduğu için bütün hukuki muamelelere girişebilmektedir. Bu durumda olan kişiye, velayet ve vesayet yükünden kurtulduğu için, bütün mallar teslim edilir. Yok, eğer bulûğ ile birlikte rüşdü de elde etmemişse, fiil ehliyeti tam olmadığı için velayet durumu devam eder ve malların idaresi kendisine verilmez. Kur'ân-ı Kerîm'in "*Yetimleri, nikâh çağına erinceye kadar gözetip deneyin. Rüşde erdiklerini yakinen anladığınız takdirde hemen mallarını kendilerine teslim ediniz.*"⁵⁴ mealindeki âyeti, bizi bu sonuca götürmektedir.

Bazı İslam hukuku eserlerinde, kişinin bülûğa ermekle velayetten kurtulduğu ve tam fiil ehliyetine kavuştuğu biçiminde geçen ifadeler, bülûğ ile rüşdün aynı anda gerçekleşmesi ihtimaline dayanmaktadır.⁵⁵

⁵² Heyet, *el-Mevsû'atü'l-Fıkhîyye*, VII, 160.

⁵³ Heyet, *el-Mevsû'atü'l-Fıkhîyye*, VII, 161.

⁵⁴ *Nisa*, 4/6.

⁵⁵ Bilgin, s.114–115.

Rüşdün tespiti oldukça zordur. Çünkü kişinin yapısı ve içinde bulunduğu şartlar başta olmak üzere birçok faktör rüşdün elde edilmesinde etkili olabilir. Bu sebeple rüşd, genel olarak resmi merciler vasıtasıyla veya özel başvuru yöntemleriyle elde edilmektedir.

B. EHLİYET ÂRIZALARI

İnsanın edâ ehliyeti tamamlandıktan sonra onu daraltan, yok eden veya ehliyeti etkilemeksizin ilgili kişiye nispetle bazı hükümlerin değişmesine yol açan durumlar İslâm hukuk terminolojisinde *ehliyet ârizaları* olarak anılır.⁵⁶

Ehliyeti daraltan veya ortadan kaldıran sebepler ile ilgili İslam hukukçularının muhtelif görüşleri bulunmaktadır. Vücûb ehliyeti, zimmete ve insan olma vasfına dayandığı için yaygın kanaate göre kişi hayatta olduğu sürece hiçbir durum vücûb ehliyetine etki etmez. Ancak ölüm gibi ehliyet arızalarının vücûb ehliyetine de etki ettiğini ve sözkonusu ehliyeti ortadan kaldırdığını düşünenler olmuştur.⁵⁷ Fakat ölüm ile birlikte kişilik denen olgunun kalmadığı gerçeğini göz önünde bulundurduğumuzda, cumhûrun ölümün vücûb ehliyetine etki etmediği şeklindeki görüşü doğru olur. Netice itibariyle ehliyetin etkilenmesi, daralması veya yok olması vücûb ehliyeti için değil, edâ ehliyeti için söz konusudur. Nitekim doktrindeki tespitler bu doğrultudadır.⁵⁸

Modern dönem bazı İslam hukukçuları, klasik dönem İslam hukukçularının ehliyet ârizalarından saydıkları bazı halleri ehliyet ârizası kapsamına dâhil etmemişlerdir. İstisna ettikleri haller; irâde sakatlıkları, önceden sahip olduğu özellikleri sebebiyle bir şahısta bulunan eksiklikler (çocukluk gibi) ve bir kısım doğal durumlardır (uyku gibi). Onlara göre edâ ehliyetinin esası akıldır. Aklın sağlıklı çalışmasını engellemeyen durumlar ehliyet ârizalarından sayılmaz. Çağdaş İslam hukukçularından Senhûrî, Zerkâ, Karaman ve Bardakoğlu eserlerinde ehliyet arızalarını bu perspektiften ele almışlardır.

⁵⁶ Heyet, *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, VII, 161.

⁵⁷ Bkz. Abdülazîz el-Buhârî, IV, 262.

⁵⁸ Bkz. Bardakoğlu, "Ehliyet", *İA*, IX, 537.

Ehliyet ârızalarının tespitinde klasik yöntemi takip edenler ise bir durumun ehliyet arızası sayılması için *kişi ile ilgili hükmü değiştirmesini* yeterli görmüşlerdir. Zeydân, Zuhaylî, Ebû Zehre ve Zekiyüddin Şa'ban gibi muasır İslam hukukçularının eserlerinde ehliyet ârızaları bu bakış açısıyla izah edilmiştir. Mesela Zuhaylî: "*Ehliyet ârızaları, insanın başına gelen, insanın ehliyetini daraltan, kaldıran veya bazı hükümleri değiştiren durumlardır.*"⁵⁹ diyerek hükmün değişmesini de ehliyetin ortadan kalkması veya daralması gibi ehliyet ârızalarından saymıştır. Hükümlerin değişmesine sebep olan durumların, ehliyet meselesi ile doğrudan değil, dolaylı olarak ilgili oldukları için ehliyet arızaları kategorisinde görüldüğünü ifade edenler vardır.⁶⁰

Pozitif Türk hukukunda ise ehliyet ârızaları şeklinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yerine fiil ehliyeti açısından kişiler; tam ehliyetli, tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetli ve sınırlı ehliyetsiz biçiminde dört sınıfa ayrılmış ve bu sınıfların kapsamına giren insan gruplarının ehliyet durumları izah edilmiştir. Modern hukuk terminolojisinde ârıza deyimini yaygın değildir. Bilgin, tam karşılığı olmamakla birlikte, *ehliyet engelleri* deyimini kullanmayı tercih etmiştir. Ona göre *arıza* sözcüğü *engel* sözcüğünden farklı bir mahiyet arz etse de engel sözcüğünü geniş anlamak suretiyle, bu farklılık giderilebilir.⁶¹

Ehliyet ârızaları, *semavî ârızalar* ve *müktesep ârızalar* olmak üzere iki kategoride ele alınmıştır. Kelimenin sözlük anlamlarından da anlaşıldığı gibi semavî arızalar, meydana gelmesinde insanın rolü olmayan tabii durumlar, mükteseb arızalar ise insan irâdesinin veya başkasının rolü bulunan kesbî durumlardır. Semavî ârızaların ehliyete etkisi mükteseb ârızalara nazaran daha fazladır. Mükteseb ârıza olarak sefeh ve sarhoşluk, semavî arıza olarak ise delilik ve ateh, İslam hukukçuları tarafından genel kabul görmüştür. İttifak hâsıl olan bu engelleri kısaca açıklamakta fayda görmekteyiz.

⁵⁹ Zuhaylî, *Usûl*, I, 168. Yukarıda isimleri zikredilen İslam hukukçularının ehliyet arızası ile ilgili farklı görüşleri, dipnotta serdettiğimiz eserlerinde geçmektedir.

⁶⁰ Bkz. Bilgin, s.118–119.

⁶¹ Bilgin, s. 120.

1. Semavî Ârızalar

Semavî ârıza kapsamında, akıl hastalıkları olan *Cünûn (delilik)* ve *ateh (bunaklık)* yer almaktadır. Delilik idraki ortadan kaldırır, bunaklık ise idraki zayıflatır. Netice itibariyle ikisi de akli ve temyiz gücünü doğrudan etkileyen hususlardır. İki durumun da sonradan kişiye musallat olma özellikleri, bu iki haletin ehliyet arızası sayılması konusunda ittifak meydana getirmiştir.

a. Delilik

Delilik,(cünûn) eda ehliyetini doğrudan etkiler ve ortadan kaldırır. Çünkü delilik durumunda akıl ve temyiz kabiliyetleri yok olur. Vücûb ehliyeti sırf insan olma vasfına bağlı olduğundan cünun halinde iken yok olmaz. Bunun için cünûn durumunda olan bir kişi mümeyyiz olmayan çocukla aynı kategoride değerlendirilmiştir.⁶²

Ehliyete etkisi yönünden akıl hastalığı, devamlı akıl hastalığı (cünûn-i mutbık) ve devamlı olmayan akıl hastalığı (cünûn-i gayr-ı mutbık) olmak üzere iki kısma ayrılır. Cünûn-i mutbık, yakaladığı kimsenin tüm vakitlerini kaplayan hastalık olup süresi konusunda değişik görüşler mevcuttur. Cünûn-i gayr-ı mutbık ise gelip geçici olan akıl hastalığıdır. Devamlı olmayan akıl hastasının (mecnûn-i gayri mutbık), akli başında olduğu zamanlarda yaptığı bütün işlemler tıpkı normal bir insanınki gibi geçerlidir. Yani, bu tasarrufları için velisinin izin veya icazetine gerek yoktur.⁶³

b. Akıl zayıflığı (Ateh)

Tıp bilimi açısından akıl hastalığı kavramı içinde ele alınabilirse de hukuk açısından bu iki kavram arasında fark vardır. Akıl hastalığı ile akıl zayıflığını birbirinden ayırt etmede hukuki bakımından bir zorunluluk vardır. Çünkü ikisinde de akli dengesizlik sözkonusu ise de, matuh olanlarda çoğunlukla temyiz gücünün bulunmasına karşılık, akıl hasatlarında temyizden kesinlikle söz edilemez. Bunun

⁶² Şa'bân, s. 282.

⁶³ Bilgin, s. 123'te dipnot 1, 2 ve 3'teki yazarlardan naklen.

içindir ki, İslam hukuku, bunakları(matuhları)temyiz gücüne sahip olan ve olmayan diye iki gruba ayırmıştır. Temyiz yeteneği olmayan bunakları akıl hastalığı kategorisine sokan İslam hukuku sadece mümeyyiz olan akıl zayıflarını bunak kabul etmiştir.⁶⁴

TMK, akıl zayıflığı ve akıl hastalığını aynı madde altında düzenlemiştir. 405. maddede “*Akil hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır. Görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idarî makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.*”denmiş ve akıl zayıflığının yalnız resmi sağlık raporu ile ispatlanacağı ve ancak bu yolla kişinin kısıtlanacağı hükmü konmuştur.

2. Mükteseb Ârızalar

Mükteseb arızalar, kişinin bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği işlemler veya gerekli eğitimi almaması sonucu meydana gelen arızalardır.⁶⁵ Müktesep ârızalar kapsamında ise *sükr (sarhoşluk)* ve *sefeh* bulunmaktadır. Müktesep ârızalar da kişinin kendisinden kaynaklanan ârızalar ve başkasından kaynaklanan arızalar şeklinde ikili bir tasnife tutulmuş ve ikrâh başkasından kaynaklanan ârıza olarak açıklanmıştır.

a. Sarhoşluk

Ebu Hanife'ye göre sarhoş, şuurunu kaybeden, yeri ve göğü, kadını ve erkeği birbirinden ayıramayacak derecede olan kimsedir. İmameyn'in de dâhil bulunduğu cumhur-i fukahaya göre ise sarhoş, sözlerinin çoğunda saçmalayacak duruma gelen kişidir.⁶⁶ İradî sarhoşluk ile irade dışı sarhoşluk arasında fark gözetilmiştir. Cumhûr, kendi iradesi ile sarhoş olanın ceza ehliyetinin devam edeceğine dair hüküm

⁶⁴ Zeydân, *el-Veciz*, s. 81.

⁶⁵ Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akitler*, Ahi Yay., İstanbul, 2006, s. 32.

⁶⁶ Üdeh, Abdülkâdir, (Ö.1954),*et-Teşriû'l-Cinâi'l-İslâmî (I-II)*, Dâru'l-Kâtibi'l-'Arabî, Beyrut, t.y., II, 504.

vermiştir. Bazı fakihler ise aralarında bir fark görmemiş, bilinçli sarhoşluğu da irade dışı sarhoşluğa kıyas etmişlerdir.⁶⁷

b. Sefeh

İslam Hukukçuları sefehî; hakikatte akli melekeleri yerinde olmakla birlikte, kişiyi aklın ve şer'in gereğine aykırı bir şekilde hareket etmeye yönlendiren mali konulardaki tedbirsizlik hali⁶⁸ şeklinde tanımlamıştır. Ancak İmamı Şafî sefehînin tanımını yaparken mali konulardaki tedbirsizliğinin yanında o kişinin fasık olmasını da eklemiştir. Daha öz bir ifadeyle sefeh, aklın ve dinin gerektirdiği özeni göstermeme durumudur.⁶⁹

Sefeh, gerçekte bir akıl hastalığı değildir. Ancak, aklının gereğini yapmayıp olayların sonucunu düşünmemekle kendi iradesi ile süreklilik arz eden akılsızlık haline düşmektedir.

TMK 406. maddede sarhoşluk ve sefeh ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Madde metninde “*Savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden her ergin kısıtlanır*” denmektedir.

TMK 409. maddesi ise ehliyet arızaları ile ilgili vasıfları taşıyanların dinlenmeden kısıtlanmayacaklarını hükme bağlamıştır. Madde metni bunu “*Bir kimse dinlenilmeden savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi veya isteği sebebiyle kısıtlanamaz. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmî sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir. Hâkim, karar vermeden önce, kurul raporunu göz önünde tutarak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebilir.*” olarak açıklamaktadır.

⁶⁷ Ebû Zehre, *Usûl*, s.345–346.

⁶⁸ Şa'bân, s.283.

⁶⁹ Heyet, *el-Mevsû'atü'l-Fıkhîyye*, VII, 165.

II. SORUMLULUK KAVRAMI

A. SORUMLULUĞUN TANIMI

Sorumluluk, kelime olarak; “*Bir kimsenin, kendisinin ya da başkalarının davranışları için bir kimseye ya da bir yetkiliye hesap verme, bu davranışların doğurabileceği sonuçlara katlanmayı kabul etme zorunluluğu ya da bunun ahlak açısından gerekliliği*”⁷⁰ olarak tanımlanmıştır. Kelimenin Arapça karşılığı, sual kavramından türeyen "mesuliyet"tir. Sual “*düşük seviyedekinin üstün seviyedeki kişiden istemi*”⁷¹ olarak tarif edilmiştir. Buna göre mes'ûliyet, daha üstün seviyedeki birine karşı yükümlülük anlamına gelmektedir. Kur'ân-ı Kerîm'de, mes'ûliyet kelimesine rastlanmamakla birlikte kökü olan mes'ûl(sorumlu) kelimesi sözlük anlamı çerçevesinde birçok yerde geçmektedir. Nasslardaki kullanımlara baktığımızda mes'ûliyetin; *kendisine vacip olan şeyleri taksir ve ihmalden kaynaklanan hesaba çekilme ve cezalandırılma* anlamını ifade ettiğini görmekteyiz.⁷²

İslâm hukuk terimi olarak sorumluluk “*Uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme, tazminatla yükümlü tutulma, işlenmiş bir suçun gerektirdiği cezayı çekme*”dir.⁷³ Tanımda geçen” *Uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme*” ifadesi hukuk alanına giren ve girmeyen tüm sorumlulukları kapsamaktadır. ” *Tazminatla yükümlü tutulma*” ve “*İşlenmiş bir suçun gerektirdiği cezayı çekme*” ifadeleri ise hukuk alanındaki sorumlulukları işaret etmektedir. “*Tazminatla yükümlü tutulma*”, medenî sorumluluğu “*İşlenmiş bir suçun gerektirdiği cezayı çekme*” ise cezaî sorumluluğu tarif etmektedir.

Klasik fıkıh doktrinde mes'ûliyet (sorumluluk) kavramı, hiçbir zaman günümüzdeki sorumluluk hukukunun tamamını kapsayacak şekilde kullanılmamıştır.⁷⁴ İslâm hukukunda mes'ûliyet kavramının hukuk disiplini içinde

⁷⁰ Heyet, “Sorumluluk”, *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, (I-XXIV), İnterpress Basın ve Yayıncılık, İstanbul, 1986, XX, 10688.

⁷¹ el-Cürcânî, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Alî el-Hüseynî es-Seyyid eş-Şerîf, (Ö.816/1413), *et-Tâ'rifât*, Mektebet-ü Lübnan, Beyrut, 1985, s.128.

⁷² et-Tuncî, Abdüsselâm, *Müessesetü'l-Mes'uliyeye fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Menşûrâtü Cemiyeti'd-Da'veti'l-İslâmiyyeti'l-Âlemiyye, Trablus,1994, s. 50.

⁷³ Yıldız, Kemal, “Sorumluluk” *İA*, TDV, İstanbul, 2009, XXXVII, 380.

⁷⁴ ez-Zühaylî, Vehbe, *Nazariyyetü'd-Damân ev Ahkâmü'l-Mes'uliyeti'l-Medeniyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî (Nazariyyetü'd-Damân)*, Dârü'l-Fıkr, Dimaşk, 1982, s. 6.

ifade edilmesi, batı hukuk sistemlerinin etkisiyle XIX. yüzyılın ortalarından itibaren başlamıştır. Bu dönemde yapılan hukuk alanındaki tercüme ve kanunlaştırma faaliyetlerinin etkisiyle, özellikle mukayeseli ve bilimsel çalışmalarda *mes'ûliyet* kelimesi bir terim olarak kullanılmıştır.⁷⁵

Çağdaş İslâm hukuku literatüründe ise hukuk alanındaki sorumluluk "*tazminat*" kavramı ile karşılanmaktadır. Tazminat (daman) kavramı, günümüz hukuklarında daha ziyade medeni sorumluluğu ifade etmesine karşılık, çağdaş İslam hukukçuları tarafından cezai sorumluluğu da kapsadığı düşünülmüştür. Nitekim Zuhaylî tazminatı "*İnsanın hayatına (ölüm) veya vücut bütünlüğüne (müessir fiil) yönelik bir fiilden yahut başkasına ait bir mal veya menfaatin yok edilmesinden (itlâf) doğan zararın bedelini karşılama (iltizâm) yükümlülüğüdür.*"⁷⁶ biçiminde tarif etmiştir.

B. SORUMLULUK TÜRLERİ

Kişinin üstlendiği görevlerin gereklerini yerine getirme zorunluluğu ahlakî, dînî, toplumsal ya da hukuksal bir kuraldan kaynaklanabilir. Dolayısıyla mutlak anlamda sorumluluğu *hukukun konusu olan sorumluluk* ile *hukukun konusu olmayan sorumluluk* şeklinde ikili bir tasnife tabi tutmak mümkündür. Hukukun konusu olmayan sorumluluk da *ahlakî sorumluluk* ve *dînî sorumluluk* şeklinde ikiye ayrılabilir. Ancak dînî ve ahlakî sorumlulukları hukûkî sorumluluktan tamamen ayrı tutmak mümkün değildir. Eğer dînî sorumluluktan maksat, kişinin vicdanî veya uhrevî sorumluluğu ise, başka bir ifadeyle Allah'a karşı olan husûsî sorumlulukları ise hukuk alanındaki sorumluluğun dışında kalır. Lakin İslâm'ın kişiyi hem yaratıcısına hem de içinde yaşadığı topluma karşı sorumlu tutması, dînî sorumluluğu hukûkî sorumluluktan tamamen ayırmayı imkânsız kılmaktadır.

Hukuk alanındaki sorumluluğun doktrinde çeşitli tasnifleri mevcuttur. Klasik fıkıh eserlerinde görülmeyen tasnifler, çağdaş İslam hukuku eserlerinde bulunmakta, bu tasniflerde pozitif hukuklarda görülen ayrımlar dikkate alınmaktadır.

⁷⁵ Bkz. Esen, Hüseyin, *İslam'da Suç ve Ceza*, Yeni Akademi Yay., İstanbul, 2006, s. 28.

⁷⁶ Zühaylî, *Nazariyatü'd-Damân*, s. 15.

Ancak hukuk alanında doğurduğu sonuçlar açısından iki tür tasnif görülür. Bunlar, *yaptırımı açısından* sorumluluk türleri ve *konusu açısından* sorumluluk türleridir. Yaptırımı açısından sorumluluk türleri, *medenî sorumluluk* ile *cezaî sorumluluk* şeklinde ortaya çıkar. Konusu açısından sorumluluk türleri ise *kişi ile sorumluluk-malvarlığıyla sorumluluk* biçiminde tasnif edilir.

Çağdaş Türk hukukunda sorumluluk kavramı, konusu açısından *mali sorumluluk*, *siyasal sorumluluk* ve *ceza sorumluluğu* olmak üzere üç boyutta ele alınmaktadır. Mali sorumluluk, malvarlığı ile sorumluluktur. Özel hukuktaki mali sorumluluk medeni sorumluluk, kamu hukukundaki mali sorumluluk ise idari sorumluluktur.⁷⁷ Ancak özel hukukta olsun kamu hukukunda olsun mali sorumluluk ya akit sonucu veya akit dışı fiiller neticesinde meydana gelmektedir. Günümüzde hem akit hem de haksız fiil sonucu meydana gelen sorumlulukların *güven sorumluluğu* olarak tabir edilmesi yaklaşımı ortaya çıkmaktadır.

Çağdaş İslam hukuk kitaplarında hem konusu hem de yaptırımı farklı olan iki tür sorumluluğun mevcut olduğu kabul edilir. Bunlardan biri *cezaî sorumluluk*, diğeri de *medenî sorumluluktur*. Pozitif hukukta medenî sorumluluk yerine *hukuki sorumluluk* deyiminin kullanımı tercih edilmektedir.

Konumuzla ilgisi açısından makul gördüğümüz bu tasnifi esas alarak sözkonusu sorumlulukları açıklamaya çalışacağız.

1. Cezaî Sorumluluk

Ceza, Arapça bir kelime olup *karşılık* anlamına gelir. Günümüz Arapçasında Türkçedeki ceza kavramının karşılığı *ukube*(عقوبة)dir. Klasik fıkıh eserlerinde ukûbe, *Allahın haram kıldığı şeylerin işlenmesini ve emrettiği şeylerin terkini önlemek üzere koyduğu müeyyideler* olarak tarif edilmiştir.⁷⁸ Günümüzün

⁷⁷ Gözler, Kemal, *Hukukun Temel Kavramları*, Ekin Basım Yayın., 8. Baskıdan Ek Baskı, Bursa, 2011, s. 203.

⁷⁸ el-Mâverî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib, (450/1058), *el-Ahkâmü's- Sultâniye ve'l-Vilâyâtü'd-Diniyye*, (*el-Ahkâmü's- Sultâniye*), Thk: Ahmed Mübarek el-Bağdâdî, 1.Bsk., Kuveyt, 1989, s. 288.

teknik ifadesiyle ukûbe (ceza), kanun koyucunun emrini çiğneyene karşı toplumun menfaati için konulmuş müeyyidedir.⁷⁹

İslâm hukuk doktrininde cezanın çeşitli tasnifleri bulunmaktadır. En yaygını, ilişkin olduğu suçun müeyyidesini açıklayan *had*, *kıyas-diyet* ve *tazir* şeklindeki tasniftir.

Had cezaları, Allah'a karşı işlenen suçlar için Allah'ın hakkı olan, bu yüzden de değiştirilemez cezalardır. Had cezasını gerektiren suçlar zina, zina iftirası, şarap içme, hırsızlık, haydutluktur. Bunlardan zina için evli ise recm, evli değilse 100 değnek, zina iftirası (kazif) için 80 değnek, şarap içme için 80 değnek, hırsızlık için bir organın kesilmesi, haydutluk ve yol kesme için de duruma göre öldürme, teşhir ve bir organın kesilmesi gibi cezalar öngörülmüştür.

Kıyas ve *diyet* bir çeşit ödeme, takas cezalarıdır. Bunlar öldürme, bir organın kesilmesi veya para, mal olarak ödeme değildir. Kıyas cezası, kasten öldürme veya kasten müessir fiilde bulunma suçları sebebiyle verilir. Cezalarının nasslarda belirlenmiş olması yönüyle kıyas ve diyet cezaları, had cezasına benzer. Ancak had cezasının kamu haklarının ihlal edilmesi, kıyas cezasının ise kişi haklarının ihlali sonucu verilmesi, sözkonusu iki ceza türünü birbirinden ayırır.

Taz'ire gelince, bundan önce belirtilen cezalardan farklı olarak, önceden sayılmamış suçların nasslarda belirtilmemiş cezaları olup hâkimin takdir hakkına bırakılmıştır. Tazir cezası, nass tarafından tayin edilmemiş cezaların tamamını içine almaktadır.

Cezaî müeyyidelerin nitelik ve ilkeleri; kanûnî ve şahsî olması, genel ve sürekli olması, yetkili kişiler tarafından tatbik edilmesi, caydırıcı olması, uygulanabilir olması, suç-ceza dengesinin gözetilmesi ve cezalandırmada adalet ve hâkkaniyet ölçülerine riâyet edilmesidir.

Modern hukukta ise cezalar, müeyyideleri açısından *ölüm cezası*, *para cezaları* ve *hapis cezaları* olmak üzere üç kısımda mütalaa edilmektedir. *Ölüm cezası*, Anayasanın 38.maddesinde 7.5.2004 tarihli ve 5179 sayılı kanunla yapılan bir değişiklik ile kaldırılmış, 14.7.2004 tarihli ve 5218 sayılı kanunla ağırlaştırılmış

⁷⁹ Üdeh, I, 609.

müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür. Bu sebeple 5237 sayılı yeni TCK'da ölüm cezasına yer verilmemiştir.

Hapis cezaları, infaz süresi ve infaz koşulları bakımından ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur.

Para cezası ise yeni TCK'da adli para cezası olarak değiştirilmiştir. Öncede kanun metninde hukuka aykırı davranışlar; suç ve kabahat ayrımına bağlanmış olduğundan suçlara ağır para cezası, kabahatlere ise hafif para cezası öngörülmekteydi.

Ceza ile ilgili genel bilgiler verildikten sonra cezai sorumluluk konusunu açıklayabiliriz.

a. Cezaî Sorumluluğun Tanımı

Cezaî sorumluluk, Arapça deyimiyile *cinâî mes'ûliyet*(المسؤولية الجنائية), kişinin bilerek ve neticesini idrak ederek, kendi iradesiyle işlediği yasak fiillerin sonucunu yüklenmektir.⁸⁰ Bu tanımda insanın cezaî sorumluluğa sahip olabilmesi için yasak/haram bir fiil işlemesi, kendi ihtiyariyle hareket etmesi ve idrak sahibi olması hususlarına⁸¹ dikkat çekilmiştir.

Klasik dönem fıkıh eserlerinde cezaî sorumluluk yerine benzer bir anlama gelen "*vücûbu 'l-ukûbe*" (وجوب العقوبة) ve "*damân*" ifadeleri geçmektedir. Modern dönemin bazı İslam ceza hukukçuları ise cezaî sorumluluk için *tahammülü't-tebia* (تحمل التبعة) kelimesini kullanmayı tercih etmektedir.⁸²

b. Cezaî Sorumluluğun Unsurları:

İslam Hukuku açısından cezaî sorumluluğun yüklenmesinde belirleyici olan durumlar; failin ehliyeti ve serbest iradesi ile fiilin hukuka uygunluğudur. Bu sebeple

⁸⁰ Üdeh, I, 392.

⁸¹ Esen, s.33.

⁸² Rızâ, Hüseyin Tevfik, *Ehliyyetü 'l-'Ukûbe fi 'ş-Şerî'ati 'l-İslâmiyye ve 'l-Kânûni 'l-Mukâran*, 2.Bsk., Kahire, 2000, s.268.

cezaî sorumluluğun unsurları; *failin ceza ehliyeti*, *fiilin hukuka aykırı olması* ve failin fiili serbest iradesiyle yapılmasını ifade eden *kusurluluk* olarak belirlenmiştir.

ba. Fiilin Hukuka Aykırı Olması

Hukûkî müeyyideye sebep olan davranışlara *suç*, hukuk alanında olsun veya olmasın, yasak davranışların tümüne *günah* ve *haram* denir. *Hukuka aykırılık*, *haram* ve *cerime(suç)* terimlerinin ikisini de kapsar. Suç ve günah kavramlarının da kapsamı farklıdır.

Bazı eserlerde cezaî sorumluluğun esaslarından biri olarak *işlenen fiilin suç olması* gerektiğine vurgu yapılır. Oysa bazı durumlarda suç teşkil eden bir fiil, hukuka uygun hale gelmektedir. Bu sebeple bu unsuru, *fiilin suç olması* şeklinde değil *fiilin hukuka aykırı* olması şeklinde açıklamak daha doğru olacaktır. Hukuka aykırılık unsurunun anlaşılması için suç teriminin kısaca izahı gerekir.

Suç ve Unsurları

Suç, Şari'in insanlara bir hayat modeli olarak sunduğu hukuk nizamını teşkil eden emir ve yasak normlarını ihlal eden insan fiilidir.⁸³ Daha öz bir ifade ile *bir emrin ihmali ve bir yasağın ihlalidir*.⁸⁴

Tanımlardan da anlaşıldığı gibi herhangi bir davranışın veya hukuksal olayın suç sayılabilmesi için üç unsur taşınması gerekir. Bunlar; *kanunilik unsuru*, *maddî unsur* ve *manevî unsurdur*. Bir fiilin suç sayılıp cezalandırılabilmesi için nass veya kanun tarafından suç olarak belirlenmiş olması (kanunî unsur), bilfiil işlenmiş olması (maddî unsur), failin kusurlu olması (manevî unsur) ve ayrıca fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Suça hazırlık mahiyetindeki fiiller ve suça teşebbüs ayrı bir suç teşkil etmediği sürece cezalandırılmaz. İşledikleri suçtan, ancak hür irade ve temyiz gücüne sahip olup kendilerine kusur isnadı kabil olan kimseler sorumlu tutulabilir.

⁸³ Dağcı, Şamil, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller (Şahıslara Karşı Müessir Fiiller)*, DİB Yay., 2.Bsk., Ankara 1999, s.10.

⁸⁴ Dağcı, Şamil, "İslam Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi"(İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi), Marifé, III/1, Konya 2003, s. 72.

1) Kanunîlik unsuru

İlgili fiilin veya terkin kanunda ve şeriatta belirtilmiş olmasını ifade eder. İslam hukukuna göre bir fiilin suç sayılıp sayılmamasında belirleyici olan, Kur'ân ve Sünnettir.⁸⁵ İslam hukukunda "*eşyada aslolan ibahedir*". Suç, ibaha durumuna sınırlandırma getirmektedir. Bir Ayet-i Kerime'de haram (yasak) kılınanların dışında kalan fiiller hakkında "*Bunun dışındakiler size helal kılındı.*"⁸⁶ buyrulmuştur. Kanunilik unsuru, TCK. Mad. 2 (1) maddesinde "*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz*" biçiminde dile getirilmiştir.

2) Maddî unsur

Suçun düşüncede kalmamış olması ve eyleme dönüştürülüp failine isnad edilebilmesidir. Daha öz bir tabirle hareket ile sonuç arasında bir illiyet bağının bulunmasıdır. Maddî unsurun hâsıl olması, icra suçlarında maddi hareketlerin somut olarak görülebilir olması, ihmal suçlarında ise maddî hareketin görülmemesi şartına bağlıdır.⁸⁷

3) Manevî unsur

Failin serbest iradesi ile bunun suç olduğunu bilerek gerçekleştirmesidir. Manevî unsur açısından suç; kaynağını insanın akıl, irade, ruh gibi manevi (psikolojik) fonksiyonlarından alan bir olgudur.⁸⁸ Buna göre suçun, maddî unsurunu oluşturan fiil ile failin irâdesi arasındaki manevî ilişkiye "*suçun manevî unsuru*" denir.⁸⁹ Maddi unsur bakımından bir emrin niçin ihmal edilerek gereğinin yerine getirilmediği, ya da bir yasağın niçin ihlal edilerek çiğnendiği sorularına karşılık

⁸⁵ Dağcı, "İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi", s. 74.

⁸⁶ Nisa, 4/24.

⁸⁷ Dağcı, "İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi", s.74.

⁸⁸ Dağcı, "İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi", s.75.

⁸⁹ Dağcı, *Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, s.15

manevî unsurda; failin fiili nasıl veya ne şekilde işlediği ön plana çıkar. Kısaca maddi unsurda niçin, manevi unsurda ise nasıl sorularına cevap aranır.⁹⁰

İlkel toplumlarda suçun manevî unsuru yoktu. Suç ile suçlu arasında irtibat olduktan sonra suçlunun akıllı, akılsız, ölü, canlı, insan ve hayvan olması farkı yoktu.⁹¹ Tarihsel süreçte manevî unsur, son asra dek uzanan geniş bir zaman diliminde ancak kabul edilmiştir.⁹² İslam hukuk tarihinde böyle bir süreç yaşanmamıştır. Çünkü İslam hukuk tarihinde suçun manevî unsuru temel kaynaklarda yerini bulmuştur.

TCK 21. (1) maddede "*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*" denmiş ve suçun manevi unsuruna dikkat çekilmiştir.

Yukarıda bahsedilen üç şart gerçekleştiikten sonra bir eylem suç olarak nitelendirilir ve failine cezai sorumluluk yüklenir. Ancak bu şartlar gerçekleştiği halde bazı özel şartları taşımaları sebebiyle hukuka aykırılık özellikleri bulunmayan ve bunun doğal bir sonucu olarak cezaî sorumluluk yüklemeyen durumlar vardır. Hukuka aykırılık özellikleri kalktıktan sonra fiillerin suç sayılıp sayılmadığı konusu tartışmalıdır. Ancak suç olduğu halde failine sorumluluk yüklemeyen ve hukuka uygun hale gelen sebepler mevcut olduğundan, çalışmamızda suçun unsurları oldukları konusunda görüş birliği olan unsurlar açıklanmıştır.

bb. Failin Ceza Ehliyetine Sahip Olması

Cezaî ehliyet, insanın sorumluluk altına girerek, bunun gereği olan fiil veya terki ve bu sorumluluğa aykırı hareket ettiğinde öngörülen cezayı üstlenebilme yeterliliğidir.⁹³ Özellikle Hanefî fakihler, hadd ve kısas cezaları için gereken ehliyeti, "*ehliyetü'l-ukube*" olarak ifade etmişlerdir. Diğer fakihler ise bunu daha ziyade

⁹⁰ Dağcı, "İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi", s.75.

⁹¹ Üdeh, II, 13; Dağcı, *Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, s. 12.

⁹² Geniş bilgi için bkz: Dönmezer, Sulhi (Ö.2004)-Erman, Sahir (Ö.1996), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (I-III), Sulhi Garan Matbaası, 4.Bsk., İstanbul,1969, II, 217-220.

⁹³ Rıza, s. 33; Esen, s. 99.

“*teklif*” kelimesi ile karşılaşmışlardır.⁹⁴ Çağdaş hukuk kaynaklarında cezaî ehliyet yerine *isnad kabiliyeti, isnad yeteneği, kusur yeterliliği, isnad ehliyeti, cezayı üstlenme ehliyeti ve suç ehliyeti* gibi ifadeler kullanılmaktadır.⁹⁵

Cezaî ehliyeti ifade eden teklifin üç önemli unsuru vardır: Bilmek, teklifin mükellefin gücü dâhilinde olması ve teklife ehil olmadır. Teklife ehil olan başka bir ifade ile ceza ehliyeti olan kişi, inançlarından, ibadetlerinden, davranışlarından ve hukuki muamelelerinden sorumlu olur. Tam eda ehliyetine sahip olmayanların cezaî ehliyeti olamaz. Çünkü teklif, ehliyetin şartı olan akıl ve bulûğ olmadan gerçekleşemez. Bu durumda cezaî ehliyet, eda ehliyetidir. Ancak fiil ve terk şeklinde şer’î bir hakkın varlığı ve bunun ihlali durumunda cezanın sabit olmasının öngörülmesi bakımından vucûb ehliyeti de sayılır.⁹⁶

Tüzel kişilerin ise idrak ve temyiz gücü olmaması sebebiyle cezaî sorumlulukları yoktur.⁹⁷

Modern hukukta da ancak gerçek kişilerin cezai sorumluluğu bulunmaktadır.⁹⁸

bc: Kusurluluk:

İradeye dayanan fiil, failin bilerek ve isteyerek veya gücü yettiği bir şey konusunda ihmali sonucu meydana gelmişse ortada bir kusurluluk meydana gelir. İrade ile sonuç ilişkisi *kast, kastın aşılması ve taksir* olmak üzere üç şekilde tasavvur edilmektedir. Klasik fıkhıta birincisine *amd*, ikincisine *şibh-i amd*, sonuncusuna ise *hata* denilmektedir. Üçü de kusurluluk özelliklerini bünyelerinde barındırdıkları için cezaî sorumluluk doğurmaktadır. Ancak sorumluluk, işledikleri fiiller ile iradeleri arasındaki ilişkiye göre belirlenir.

⁹⁴ Rıza, s. 33; Esen, s. 98.

⁹⁵ Esen, s. 98.

⁹⁶ Rıza, s.33–34.

⁹⁷ Üdeh, I, 393.

⁹⁸ Gözler, s. 206.

bca. Kast

İrade ile sonuç arasında tam bir mutabakatın bulunduğu durumlara İslam hukukunda *kast* veya *amd* denilmektedir. Aradaki yoğun mutabakat sebebiyle cezalandırılmasında hiçbir hafifletici sebep yoktur. Yoğun bir kast olan taammüd, adam öldürme ve müessir fiillerde cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak kabul edilmektedir.

ccb. Kastın Aşılması

Suçun faili suçu bilerek ve isteyerek işler ama ortaya çıkan sonuç kastettiğinden ağır olabilir. Kastın aşılmasında kast olmasına rağmen irade ve sonuç arasında tam bir mutabakat yoktur. Burada kast ile taksir birleşmiştir. Çağdaş ceza doktrininde buna *kasdın aşılması*, klasik fıkıh doktrininde ise buna *şibh-i amd* denilmektedir. Bu ikisinin cezaya etkisi birbirlerinden farklıdır. Bunun cezası ağırlaştırılmış tazminattır.

ccc. Taksir

Hataen işlenen suçlarda meydana gelir. Suçun faili ile ortaya çıkan sonuç arasında bir mutabakat yoktur. Cezası ağır tazminatı içeren diyetdir.⁹⁹

c. Cezaî Sorumluluğu Kaldıran Veya Azaltan Sebepler

Ceza sorumluluğunu etkileyen sebepler iki grupta incelenir. Birincisi, günümüz hukuk dilinde *hukuka uyguluk sebepleri*, usûl-i fıkıhta *esbabü'l-ibaha* (اسباب الاباحة) biçiminde ifade edilen, işlenen fiili hukuka uygun hale getiren sebeplerdir.

İkincisi ise günümüz hukuk dilinde *cezalandırılmayı kaldıran*, fıkıh dilinde *esbab-ü ref'i'l-ukûbe* (أسباب رفع العقوبة) şeklinde dile getirilen sebeplerdir. Ebu Zehre, cezaî sorumluluk almayanları *ehliyeti nakıs olanlar*, *maddi unsurun mevcudiyetine rağmen isnat kabiliyeti olmayanlar* ve *filleri suç olma vasfını*

⁹⁹ Bkz. Dağcı, "İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi" s.75.

taşımayanlar şeklinde üçe ayırmıştır.¹⁰⁰ *Ûdeh ve Behnesî, ibahe (suç olmaktan çıkarma) sebepleri ve cezayı düşürme sebepleri* şeklinde iki kısımda değerlendirmişlerdir. Esen ise *ceza ehliyetine etki eden durumlar ile kusurluluğu etkileyen durumlar* şeklinde bir tasnife gitmiştir.¹⁰¹ Biz, *Ûdeh ve Behnesî'nin* tasnifini esas alacağız.

Cezayı düşüren sebepler ile hukuka aykırılığını ortadan kaldıran sebepler arasındaki fark, vasfın nispetinde bulunmaktadır. Sorumluluğu etkileyen hallerde; failde bulunan bir vasıf cezalandırmayı engellerken, hukuka uygunluk sebeplerinde, fiilin durumu fiili haram olmaktan çıkarmakta ve fiili mübah hale getirmektedir.¹⁰²

5237 sayılı TCK'nın birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünün başlığı, "*Cezai Sorumluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" şeklinde olup sorumluluğa etki eden tüm sebepler 24–34 maddelerde aynı başlık altında toplanmıştır.

ca. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Bazı fiiller, hukuka aykırılık teşkil etmediğinden suç sayılmazlar ve failine cezai sorumluluk da yüklemeler. Sözkonusu fiiller, çağdaş İslam hukuk doktrininde *esbabül-ibaha*, modern Türk hukukunda *hukuka uygunluk sebepleri* şeklinde tabir edilmektedir. Bunlar; *hakkın kullanımı, görevin yerine getirilmesi, zaruret durumu, meşru müdafaa ve mağdurun rızasıdır*. Bu tür durumlar esasen hukuka aykırı olan bir eylemi hukuka uygun hale getirmekte ve failinden sorumluluğu kaldırmaktadırlar.

caa. Hakkın Kullanımı

Görünüşte mağdurun rızası olmadan meydana geldiği için hukuka aykırı oldukları düşünülen bazı fiiller, hakkın yerine getirilmesi gayesiyle gerçekleştikleri takdirde failine cezai sorumluluk yüklemeler. Kişinin hanımını ve çocuklarını tedip

¹⁰⁰ Ebu Zehre, *el-Cerîme ve'l-Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslâmî, (el-Cerîme)*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, 1988, s. 326.

¹⁰¹ Sözkonusu hukukçuların cezai sorumluluklara engel durumlar ile ilgili değerlendirmeleri, dipnotumuzda serdettiğimiz eserlerde bulunmaktadır.

¹⁰² *Ûdeh*, I, 562–563.

için dövmesi, doktorun tedavi için hastaya şiddet uygulaması, spor müsabakalarında kurallar dâhilinde meydana gelen vukuatlar bu kapsamda değerlendirilmiştir.¹⁰³

Yeni TCK'nin 26.maddesinde "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*" şeklindeki hükme yer verilmiş ve hakkın kullanımı, hukuka uygunluk sebeplerinden sayılmıştır. Buna günümüz modern hukukunda *kanun hükmünü uygulama* denilmektedir.

cab. Görevin İfası

Memur, görevini yetkili bir amirden aldığı, görevi bağlayıcı olduğu, mesleğini kurallarına uygun olarak yerine getirdiği ve emir de hukuka aykırı olmadığı sürece vazifenin ifasından doğacak neticelerden sorumlu değildir.¹⁰⁴ Bu da geniş anlamda bir hak kullanımudur ancak hakkın kullanımında bir yetkiden, görevin ifasında ise bir sorumluluktan dolayı ifa edilen bir fiil vardır. Buna günümüz hukukunda *yetkili merciin emrini ifa* denmektedir.

TCK'nın 24.maddesinde "*Kanun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmez*" hükmüyle görevin ifası, hukuka uygunluk nedenlerinden sayılmıştır.

cac. Meşrû Müdafaa

Hukuka aykırı olarak bir kimsenin veya başkasının mal, can veya ırzına karşı düzenlenen saldırıyı kendisinden veya başkasından uzaklaştırmak amacıyla kişinin, özelliği itibariyle suç olan bir fiili işlemesi demektir. Arapçada "*difa-i şeri*" veya "*Def-u Sail*" şeklinde ifade edilmektedir.¹⁰⁵ Meşru müdafaa'nın hukuksal geçerlilik kazanabilmesi için saldırının hukuka aykırı olması, saldırı ve savunmanın

¹⁰³ Geniş bilgi için Bkz. Behnesî, Ahmed Fethî, *el-Mesû'liyetü'l-Cinâyîye Fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 4.Bsk., Dârü-ş-Şürûk, Kahire, 1988, s.173-184.

¹⁰⁴ Salman, Yüksel, *İslam Hukukunda Cezayı Düşüren Haller*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1993, s.27.

¹⁰⁵ Üdeh, I, 473.

aynı zaman diliminde olması, saldırının başka bir yolla önlenememesi ve saldırı ile savunma arasında makul bir dengenin bulunması gerekir.¹⁰⁶

TCK 25 (1) de meşru savunma " *Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*" biçiminde dile getirilmiştir.

cad. Mağdurun Rızası

İslam hukukunda mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olup olmadığı konusunda ihtilaf bulunmaktadır. Genel eğilim, sorumluluğu ortadan kaldırmadığı yönündedir. Ancak, gasp suçlarında ve malın zarar görmesini gerektiren durumlarda değişik fikirler mevcuttur.¹⁰⁷

TCK 26(2) de ise " *Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*" hükmüne yer verilmiş ve mağdurun rızası, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir.

cb. Cezayı Düşüren Sebepler

Cezai sorumluluğun ortadan kalkmasının esas kısmını teşkil eden, cezayı düşüren sebeplerdir. Bu sebeple bazı hukukçular *cezayı düşüren sebepler* yerine *sorumluluk engelleri* tabirini kullanmayı tercih etmişlerdir. Bunlar; ceza ehliyetini ortadan kaldıran delilik ve ateh gibi akıl hastalıkları, sarhoşluk gibi kendinden geçme durumları, yaş küçüklüğü gibi akıl eksikliğidir. Bunlardan akıl hastalıkları ve kendinde geçme durumları ve akıl eksikliği olan durumlar, ehliyet arızaları kısmında kısaca açıklanmıştır.

¹⁰⁶ Bkz. Çolak, Abdullah, *İslam Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Ekev Akademi Dergisi, XIX, Bahar 2004, s. 145–151.

¹⁰⁷ Bkz. Yüksel, s. 31–32.

İkinci kısım ise kusurluluğu etkileyen durumlardır. Bunlar ikrâh ve zarûrettir. İkrâhın zaruret hallerinden biri olduğunu göz önünde bulundurarak zarûretin hukuka uygunluk sebebi hakkında kısaca bilgi vereceğiz.

Suç vasfını taşıyan bir fiil zarûret halinde işlendiğinde, hukuka aykırı olmaya devam etmektedir. Ancak kişi zarûret halinde olduğu için kusurlu sayılmakta ve suç konusunda mazur kabul edilmektedir. O halde zarûret mazereti, bir suçu hukuka aykırı olmaktan çıkarmaz ancak failinin mazereti sebebiyle cezalandırılmasına engel olabilir.

TCK 25 (2) de "*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*" biçiminde zaruret hükmüne yer verilmiştir.

2. Medenî Sorumluluk

a. Medenî Sorumluluğun Tanımı

Medenî sorumluluk; ihmal, tedbirsizlik, kasıt ile fiili bizzat işleyerek veya fiile sebep olmak suretiyle meydana gelen zarardan mükellef olma, sonucuna tazminle katlanmadır.¹⁰⁸

Tanıma göre medeni sorumluluk tazminle yakından ilişkilidir. Bu sebeple tazminatın da tanımını yapmak gerekir.

Tazminat, Arapça'da *da-me-ne* kökünden tefîl babında bir mastar olan tazmîn kelimesinin çoğuludur. Daman (ضمان), sözlükte olacak bir zarara karşı verilen sağlamlık nesnesidir.¹⁰⁹ Terim olarak ise tazminat; kişinin haksız fiiliyle verdiği zarardan, borcunu ifa etmemesinden veya geç yahut kötü ifa etmesinden dolayı zararı gidermekle yükümlü olmasıdır.¹¹⁰ Bu çalışmada esas alınan medeni sorumluluk,

¹⁰⁸ Tuncî, s. 266.

¹⁰⁹ Cürcânî, s.143.

¹¹⁰ Yıldız, "Sorumluluk", XXXVII, 381.

yukarıda tazminat tarifinin kapsamına giren durumlardır. Modern Türk hukukunda, medenî sorumluluk yerine hukûkî sorumluluk kavramı kullanılmaktadır.¹¹¹

Tazminat; gasp, itlâf, maldaki ayıplar, değişimler, başkasının malından izinsiz tasarruf yapma gibi birçok sebepten kaynaklanabilir. Ancak esas itibarıyla tazminat sebepleri üç ana kısımda mütalaa edilir.

1. Şari'nin sorumluluklarını belirlediği tazminatlar. Diyet ve erş buna örnek olarak gösterilebilir.

2. Borçlanma ve yaptıklarıyla sorumluluk yüklenme anlamındaki iltizâm.

3. Zararlı Fiil.¹¹² Yukarıda verilen "*ihmal, tedbirsizlik, kasıt ile mübâşeretten veya tessebüben meydana gelen zarardan mükellef olma, sonucuna tazminle katlanma*" şeklindeki tanım daha ziyade zararlı fiilleri başka bir deyişle haksız fiillerden doğan medenî sorumluluğu ifade eder.

b. Medenî Sorumluluk Türleri

Genellikle herkes haksız fiilinden, borcunu ifa etmemesinden veya geç yahut kötü ifa etmesinden dolayı sorumludur. Buna Alman doktrininde "*için sorumluluk*" veya "*dolayı sorumluluk*" (-den sorumluluk) denmektedir.¹¹³ Eğer borçlu borcunu ifa etmezse alacaklı alacağını borçlunun mal varlığından alma hakkına sahip olur. Buna da "*ile sorumluluk*" denmektedir.

Öte yandan medenî sorumluluğun konusu ya kişi varlığı veya mal varlığıdır. Kişi ile sorumluluğun tarihsel süreçteki yaptırımı, kişinin alacaklısına köle olması veya öldürülmesi idi. Sonraları çeşitli düzenlemelerle ve ihtiyaca göre borçlunun hapsedilmesi yönüne gidilmiştir.

İkincisi ise malvarlığı ile sorumluluktur. Bu sorumlulukta ödenen bedel kişinin kendisi değil, malvarlığıdır. Günümüzde sorumluluğun sadece mal varlığı ile

¹¹¹ İnan, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s.259.

¹¹² Âmirî, Hail Hazzam Mehjub, *Nazariyyetü'l-İkrahî'l-Medenî Beyne's-Şeria ve'l-Kanun*, el-Mektebü'l-Câmiyyi'l-Hadis, İskenderiye, 2005, s. 213.

¹¹³ Yıldız, Kemal, *İslam Sorumluluk Hukuku, Akit Dışı Sorumluluk(Akit Dışı Sorumluluk)*, Hacegan Akademi Kitaplığı, İstanbul, 2005, s.23-24.

sınırlı olması anlayışı hâkimdir. Malvarlığı ile sorumluluk da *sınırlı sorumluluk* ve *sınırsız sorumluluk* olmak üzere ikiye ayrılır. Alacaklı, borçlunun malının bir kısmına el koyabilme yetkisine sahip ise bu sınırlı sorumluluktur. Sınırlı sorumluluk ya sözleşme ile kararlaştırılır ya da kanunla tayin edilir. Sözleşmede veya kanunda böyle özel bir hüküm yoksa borçlunun bütün malvarlığı ile sorumlu olması asıldır. Alacaklı borçlunun malının tümüne el koyma yetkisine sahipse bu sorumluluk, sınırsız sorumluluktur. Bu el koyma da alacağı miktarı karşılayacak kadar olsa yeterlidir. Doktrinde sınırlı sorumluluk, *sınırlı şahsî sorumluluk* ve *sınırlı aynî sorumluluk* diye ikiye ayrılır. Şayet alacaklı borçlunun dilediği malına el koyma yetkisine sahip olmakla beraber bu yetki belli bir miktarla sınırlandırılmışsa sınırlı şahsî sorumluluk; buna karşı alacaklı, hakkını borçlunun ancak belli bir malından alabilecekse sınırlı aynî sorumluluk söz konusudur.¹¹⁴

Meydana gelen hukuki olayın doğurduğu sonuçlar açısından sorumluluk, *akdi sorumluluk* ve *akid dışı sorumluluk* olmak üzere iki şekilde gerçekleşir.

ba. Akdî sorumluluk

Klasik fıkıh eserlerinde *Damanü'l-akd* biçiminde tabir edilen akdî sorumluluk, iki veya daha fazla kişi arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanır. Akdî sorumluluk, akdi oluşturan tarafların akitten doğan sorumluluklarıdır.

Akit vasıtasıyla zarar iki şekilde meydana gelir. Birincisi, akdin gereği olan vecbeyi yerine getirmeme sebebiyle karşı tarafın zararına sebep olmak; ikincisi ise akit konusu olan mala zarar vermek veya yok etmek suretiyle karşı tarafı zarara uğratmak.¹¹⁵ Akdin icabını yerine getirmemek hukuki sorumluluk yanında cezaî sorumluluk da yüklemektedir.¹¹⁶ Akitten kaynaklanan yükümlüklerin ifa edilmemesini de akdi sorumluluk kapsamında değerlendirenler bulunmaktadır.¹¹⁷

¹¹⁴ Geniş bilgi için Bkz. Yıldız s. 24–25.

¹¹⁵ Yıldız, *Akid Dışı Sorumluluk*, s. 44.

¹¹⁶ Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 82.

¹¹⁷ Eser, Ercan, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 26.

bb. Akit Dışı Sorumluluk

Akit dışında cereyan eden ve haksız fiiller sonucu meydana gelen sorumluluktur. Akit dışı sorumluluk, kusurun olup olmaması açısından "*kusur sorumluluğu*" ve "*kusursuz sorumluluk*" olmak üzere iki kısma ayrılır. Kusursuz sorumluluğa sebep sorumluluğu da denir.

bba. Kusur Sorumluluğu

Kişinin hukuka aykırı ve kusurlarıyla, başka bir deyişle, manevî, ruhî bakımdan kendisinin muaheze edilmesini mucip fiilleriyle sorumlu tutulmasıdır.¹¹⁸ Zararın, failin kusurlu hareketi sonucu ortaya çıktığı dikkate alınarak, bu sorumluluğa *kusur sorumluluğu*, *zararı doğuran fiil*, failin kusurlu iradesine isnat edildiği için de *sübjektif sorumluluk* denilmektedir. Kusur sorumluluğu ile dar anlamda *haksız fiil sorumluluğu* aynı teknik anlamı ifade ettikleri kabul edilmekle birlikte hukukçular, dar anlamda haksız fiil sorumluluğundan ziyade kusur sorumluluğu kavramını kullanmayı tercih etmişlerdir.¹¹⁹

bbb. Sebep Sorumluluğu

Sorumluluk için, kişinin kusuru değil, *zarara sebep olma* yani zarar veren fiilin objektif sonucu arandığı bu sebeple objektif sorumluluk da denilen sorumluluk türüdür.¹²⁰

Kusursuz sorumlulukta; kusurları olmaksızın bir tehlike yaratanların bu tehlikenin meydana getirdiği zararları tazmin etmesine *tehlike sorumluluğu*, meydana gelen zararların hakkaniyet gereği tazmini *hakkaniyet sorumluluğu* ve gerekli özenin gösterilmesi görevinin ihlal edilmesi sonucu meydana gelen zararın tazmini *özensizlik sorumluluğu* denir.¹²¹

¹¹⁸ İnan, s. 262.

¹¹⁹ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (I-II), Beta Yay., 6. Bsk., İstanbul, 1998, I, 459.

¹²⁰ İnan, s. 262.

¹²¹ İnan, 263.

6098 sayılı TBK 49.maddede “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” ibaresiyle kusur sorumluluğu önemsenmiştir. Kusursuz sorumluluklar özel durumları ise 65–71. maddelerinde düzenlemiştir.

Borçlar hukukunda akdin kurulması konusu, akitten doğan sorumluluk konusundan daha önemli bulunduğundan akit dışı sorumluluk önplana çıkmıştır. Dar anlamda sorumluluk hukukunun akit dışı sorumluluğu ifade ettiği söylenebilir. Haksız fiil sorumluluğu olarak da adlandırılan akit dışı sorumlulukların kusura dayanan ve kusura dayanmayan türleri arasındaki yegâne fark, sebep sorumluluğunda kusurun aranmamasıdır.

Bu bağlamda medenî sorumluluğun esası, akit dışı meydana gelen ve daha ziyade zarar vermeye dayalı haksız fiillerdir. Bu haksız fiillerin hangi durumlarda sorumluluk doğurduğu konusunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmakla beraber fiil, zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılık hukuki sorumluluğun esasları olarak kabul edilmiştir. Bu esasların konu ile ilgisi oranında kısaca açıklanmasını faydalı buluyoruz.

bbba. Fiil

Fiilin hukuki bir statüde değerlendirilmesi için irade ile yapılmış olması, niyetten çıkmış olup hareket durumuna geçmiş olması ve bu hareketinin değişiklik olduğunu gösteren bir sonuç sağlaması gerekir. İnsanın kendi fiiliyle hukuken korunan hak ve menfaatleri ihlal edilip başkalarına zarar verilmesi durumunda haksız fiil meydana gelir ve bu isme uygun olarak haksız fiil sorumluluğu gerçekleşir.¹²²

bbbb. Zarar

Hukuka aykırı bir fiili işleyen kimsenin ahlaki ya da cezai sorumluluğu bulunmakla birlikte, zarar meydana gelmedikçe tazminat sorumluluğu yoktur.¹²³

¹²² Eren, I, 481–482.

¹²³ Yıldız, s. 128; İnan, s. 273.

Zararlar, maddî zarar ve manevî zarar olmak üzere iki kısma ayrılır. Dar anlamda zarar ise maddî zararı ele alır. Maddi zarardan bahsedebilmek için kişinin malvarlığında bir eksilme oluşması ve bu eksilmenin mamelek sahibinin iradesi dışında gerçekleşmesi gerekir.¹²⁴

bbbc. İlliyet Bağı

İlliyet bağı, tüm sorumluluk çeşitlerinde mevcut bir unsur olup İslam hukukunda *tesebbüb* ve *mübaşeret* kavramları vasıtasıyla dile getirilmiştir. *Mübaşeret*; terim olarak fiil ile zarar arasına ihtiyara dayalı başka bir fiilin girmemesiyle zararın meydana gelmesi haline denir. *Tesebbüb* ise; terim olarak insan fiilinin doğrudan doğruya değil, onun eserinin başkasına veya başka bir şeye ulaşip zarar vermesi ya da fiil ile zarar arasına ihtiyari bir fiil girmesidir.¹²⁵

bbbd. Hukuka Aykırılık

Meşru bir gerekçe olmaksızın başkasına zarar vermek; hukuk düzeninin uyulmasını istediği emir ve yükümlülüklerle aykırı hareketlerde bulunmaktır.¹²⁶ Hukuka aykırılık bazen kusur olarak da tanımlanmaktadır.

Bu unsurlardan birinin olmaması durumunda medeni sorumluluk gerçekleşmez. Yukarıda belirtilen dört unsurun varlığı hakkında genel anlamda görüş birliği olduğu söylenebilir. Kusurun medeni sorumluluğun esası olup olmadığı tartışmalı olduğundan ve akit dışı tüm sorumlulukları kapsamadığından medeni sorumluluk kapsamında değerlendirilmeyeceği görüşü hâkimdir.

¹²⁴ İnan, s. 274

¹²⁵ Yıldız, , s. 71.

¹²⁶ Eren, II, 124.

III. AKİT

A. AKDİN TANIMI

Akid kelimesi Arapçada a-ka-de fiilinin mastarı olup, sözlükte *bağlamak*, *düğümlemek*, anlamlarına gelmektedir.¹²⁷ Bu mastar, zamanla isimleşmiş ve fıkıh terimi olarak kullanılmaya başlanmıştır. Klasik fıkıh eserlerinde akdin tarifine rastlanmaz. Modern dönem eserlerinde kabul görmüş ortak bir tanım da bulunmamaktadır. Bazı İslam hukukçuları tarafından akdin tanımı yapılmış ise de bu tanımlar genelde tanımı yapanların kendi subjektif görüşlerini yansıtmaktadır. Bütün tasarrufları akit olarak tanımlayanlar olduğu gibi, akdi geleceğe yönelik tasarruflarla sınırlayanlar da vardır. Çalışmalar sonucunda aşağıdaki tarif ön plana çıkmıştır: “*İcap ve kabulün (akdi yapanların irade beyanlarının) akdin mahallinde (akde konu olan işlemde) birbirleriyle uyumlu bir şekilde gerçekleşmesidir*”.¹²⁸ Bunun, akdin özel tanımı olduğu, tek taraflı irade beyanlarını da içine alacak şekilde yapılan tanımların ise akdin genel tanımı olduğu şeklinde değerlendirmeler mevcuttur.¹²⁹

Senhûrî'nin akit tanımı ise tekniktir: “*İki iradenin hakkın meydana getirilmesinde veya hakkın taşınmasında ve yahut hakkın sona erdirilmesinde ittifak halinde olmasıdır*.”¹³⁰ Bu tanım, daha ziyade yükümlülük altına girme anlamındaki *iltizamın* tanımıdır. İltizamın akitten daha geniş anlam içerdiği ve hem akdi hem de başka fiilleri kapsadığı, çoğunluk tarafından kabul edilmiştir.

Yeni TBK 1. maddesinde “ *Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.*” şeklinde geçen ibare, akdin(sözleşmenin) tanımı olarak kabul edilmektedir. Bu tanım, hukuki sonuca atıfta bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmiş ve çeşitli

¹²⁷ ez-Zebîdî, Muhammed Murtazâ, (1205/1791), *Tâcü'l-'Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, (I-XL), Thk: Abdülkerim el- Azbavî, 1.Baskı, Matbaat-ü Hükümeti' l-Küveyt, Kuveyt, 1994, VIII, 394.

¹²⁸ Bkz. Şelebî, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi't-Ta'rif bi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Matbaat-ü Dârü't-Te'lîf, Kahire, 1962, s.367; Dureynî, İbrahim Neş'et, *et-Terâdî fi'l-Ukûd*, Dârü's-Şürûk, 1.Bsk., Cidde, 1982, s. 37; Bahrülülûm, Muhammed, *Uyübü'l-İrâde fi's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Dârü'z-Zehra, 1.Bsk., Beyrut, 1984, s. 54; el-Haffî, Ali (Ö.1978), *Ahkâmu Muâmelâti's-Şer'iyye*, Dârü'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, 2008, s.170.

¹²⁹ Bkz. Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletüh (el-Fıkhü'l-İslâmî)*, (I-VIII), Dârü'l-Fikr, 2.Bsk., Dimeşk, 1985, IV,80; Heyet, *el-Mevsû'atü'l-Fıkhîyye*, XXX, 198.

¹³⁰ es-Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, (Ö.1971), *Nazariyyetü'l-Akd (Nazariyye) Mecmaü'l-İlmi'l-Arabî*, Beyrut, 1971, s. 79.

sözleşme tanımları yapılmıştır. Bu tanımlardan biri şudur: “*Birden ziyade şahsın, müştereken arzu ettikleri bir hukuki münasebeti kurmak veya mevcut hukuki münasebeti değiştirmek ve yahut ortadan kaldırmak şeklinde bir hukuki neticeyi doğurmak üzere karşılıklı ve birbirlerine uygun iradelerini beyan etmeleridir.*”¹³¹

Tanımlardan anlaşıldığı gibi akit; tasarruf ve iltizam (yükümlülük altına girme) çeşitlerinden biridir. Günümüz hukuk diliyle sözleşme, borç kaynaklarından ve hukuki sonuç doğuran sebeplerden biridir. Bu sebeple klasik doktrinde akit yerine kullanılan tasarruf kavramına değinmek faydalı olacaktır.

B. AKDİN KAPSAMI

1.Akit-Tasarruf İlişkisi

Tasarruf, sarf kelimesinden türemiş olup *dönüşüm, başkalaşım* anlamlarına gelmektedir.¹³² Klasik eserlerde tasarrufun tanımını yapılmamıştır. Ancak bu döneme ait eserlerden anlaşıldığına göre tasarruf, insan iradesiyle meydana gelen ve hukukî sonuçlar doğuran her şeydir.¹³³ Bu tanımda kişinin temyiz durumu ile ilgili bir kayıt bulunmamaktadır. Bu sebeple hem sözlü hem de fiili tasarrufları kapsamaktadır. Fiili tasarrufları tarifi dışında bırakmak için mümeyyiz kişinin iradesini tanıma ekleyenler vardır.¹³⁴

Geniş anlamda ise tasarruf şöyle tarif edilmiştir: “*Kişinin iradesiyle meydana gelen, yasa koyucunun üzerine hükümler terettüp ettiği, tek veya çift taraflı, hem hakkın taşınması hem de hakkın düşmesi şeklinde cereyan eden, hem sözlü hem fiili olan, hem faydalı olanı hem de zararlı olanı kapsayan ve hukuki sonuç doğuran işlemlerinin tümüdür.*”¹³⁵

¹³¹ İnan, s.67.

¹³² el-Ezherî, Ebu Mansûr, Muhammed b. Ahmed (Ö.370/980) *Tehzîbü'l-Luğa* (I-XVI), Thk: Heyet, ed-Dâru'l-Mısriyye, Kahire, t.y., XII,161.

¹³³ Heyet, *el-Mevsû'atü'l-Fıkhîyye*, XII,171; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 379.

¹³⁴ Bkz. Medkûr, Muhammed Sellâm, *el-Medhal li'l-Fıkhî'l-İslamî*, Dâru'l-Kitâbi'l-Hadis,2.Bsk., Kahire, 1996, s.519.

¹³⁵ el-Huceylan, Abdülaziz b. Muhammed b. Abdullah, *Tasarrufâtü'l-Emîn fi'l-Ukûdi'l-Mâliyye*, (I-II), y.y., t.y., I, 35.

Son tanım ışığında tasarruf, birçok yönden tasnife tabi tutulabilir. Mesela *sözlü tasarruflar-fiili tasarruflar, hukuka aykırı tasarruflar-hukuka uygun tasarruflar* gibi ayrımlara gidilebilir. Ancak doktrinde tasarrufların, sözlü ve fiilî tasarruflar şeklinde tasnifi genel kabul görmüştür.

a. Fiilî Tasarruflar

Fiilî tasarruflar; söze dayanmayan ve hukuki sonuç doğuran insan fiilleridir. Gasp ve itlaf gibi medeni sorumluluk yükleyen zarar verici fiiller, zina ve öldürme gibi cezai sorumluluk yükleyen fiiller, hukuka aykırı fiilli tasarruflardır. Satım sözleşmesinde malın teslim edilmesi gibi mübah fiiller, namaz ve hacc ibadetlerinin ifası gibi vacip fiiller ise hukuka uygun fiilli tasarruflardır.

b. Sözlü Tasarruflar

Sözlü tasarruflar; söze dayanan, dilden çıkan ve lafızdan ibaret olan tasarruflardır. Yalan ve iftira gibi hukuka aykırı sözler, alışverişteki karşılıklı irade beyanlarını içeren icap ve kabul, namazın kıraat kısmı gibi durumlar da sözlü tasarruflardır. Yazılar ve işaretler de sözlü tasarruflardan sayılmıştır.

Sözlü tasarruflar; *akde dayalı sözlü tasarruflar* ile *akde dayanmayan sözlü tasarruflar* olmak üzere iki kısma ayrılır. Akde dayanan sözlü tasarruflar, iki kişinin karşılıklı irade beyanlarından meydana gelir. Bunlar da *inşâî tasarruflar* ve *ihbarî tasarruflar* şeklinde ikiye ayrılır. İhbarî tasarruflar ikrar gibi durumun ifade edilmesiyle, inşâî tasarruflar ise muamelenin ilk defa meydana gelmesi ile gerçekleşir. Akde dayanmayan tasarruflar ise; bir hak doğuran veya mevcut bir hakkı düşüren tek taraflı irade beyanları ile dava, ikrar, inkâr gibi sözlerden oluşmaktadır.

136

Tanımlardan anlaşıldığı kadarıyla akit, iradeye dayalı olduğu için mutlak anlamda bir hukûkî tasarruftur. Akit, söz ile gerçekleştiği için sözlü tasarruf, iki

¹³⁶ Geniş bilgi için bkz. Heyet, *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, XII, 171; Zerkâ, *el-Medhal* I, 379; Huceylan, I, 36-37; el-Hâşimî, Sultan b. İbrahim b. Sultan, *Ahkâm-u Tasarrüfâti'l-Vekîl fî Ukûdi'l-Muavazati'l-Mâliye*, Dârü'l-Buhûs Li'd-Dirâse, 1.Bsk., y.y., 2002, s.44-48.

kişinin karşılıklı irade beyanlarından meydana geldiği için akde dayalı sözlü tasarruftur.

2. Akit-Hukûkî İşlem İlişkisi

Tasarruf kavramının Türk hukukundaki karşılığı hukuki fiil, sözlü tasarrufların karşılığı da hukuki işlemdir. Modern Türk hukuk doktrinde hakkın inşası, taşınması ve bitirilmesi, başka bir ifadeye borç ilişkisini doğuran, bitiren veya borcu başkasına devreden durumlar; kapsamına göre farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Bunlar *hukuki olay*, *hukuki fiil*, *hukuki işlem* ve *akittir*. Bu kavramların açıklanması akit-hukuki işlem ilişkisini ortaya çıkaracaktır.

Buna göre; hukuk düzeninin, insan iradesi sonucu olup olmadığına bakılmaksızın kendisine hukuki sonuç bağladığı olaylara hukuki olay denir. İnsan iradesine dayanan olaylar olduğu gibi insan iradesine dayanmadan meydana gelen hukuki olaylar da vardır. Hukuki olayın insan iradesine dayanan kısmına hukûkî fiiller denir.¹³⁷

Hukuki fiiller, hukuka *aykırı fiiller* ve *hukuka uygun fiiller* olmak üzere iki kısma ayrılır. Hukuka aykırı fiiller; özel hukukta haksız fiiller, ceza hukukunda ise suç teşkil eden fiillerdir. Hukuka uygun olması açısından hukuki fiiller tasavvur, his ve irade açıklamalarından biriyle meydana gelirler. Söz konusu fiil, bir durumun ikrar ve haber verilmesinden ibaret ise tasavvur açıklaması, af ve etkin pişmanlık gibi his açıklamalarından ibaret ise his açıklaması, insanın iradesini açıklamasından ibaret ise irade açıklaması olur. İrade açıklamaları üç şekilde meydana gelir. Bunlar fiili işlemler, hukuki işlem benzeri fiiller ve hukuki işlemlerdir.¹³⁸

Hukûkî işlem, bir veya müteaddit kimselerin hukuki netice (bir hakkı veya hukuki rabıta) ihdas, tadil veya ıskat) için irade açıklamasıdır.¹³⁹ Hukûkî işlem birkaç açıdan tasnif edilmiştir. Bu tasniflerden biri de hukuki işleme katılan fert

¹³⁷ Esener, Turhan, *Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, AÜHF Yay., Ankara, 1969, s. 6.

¹³⁸ Geniş bilgi için bkz. Gözler, s.139-142.

¹³⁹ Von Tuhr, Andreas,(Ö.1925), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, (I-II) Trc. Cevat Edege, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952, I, 140

sayısına göredir. Buna göre hukuki işlem, *iki veya daha çok kişinin irade beyanlarıyla meydana gelen hukuki işlemler* ve *tek taraflı iradeyle meydana gelen hukuki işlemler* diye ikiye ayrılır. Dar anlamıyla akit, iki tarafın irade beyanlarıyla meydana gelen hukuki işlemin bir çeşididir. Çalışmamızda İslam hukukunu andırması amacıyla hukuki işlem, hukûkî muamele olarak tabir edilmiştir.

C. AKDİN UNSURLARI

Yukarıdaki tanımlardan anlaşıldığına göre; *akdin tarafları*, bu tarafların *irade beyanları* (icap ve kabul) ve *akdin konusu* olmak üzere sözleşmenin üç tane kurucu unsuru vardır. Bunlara *akdin rükünleri* denir. Hanefilerde akdin unsurlarına *in'ikad şartları* denir.

Akdin rükün ve şartlarının tespitinde Hanefiler ile cumhûr arasında görüş farklılığı bulunmaktadır. Hanefilere göre akdin unsuru, karşılıklı irade beyanı manasına gelen *icap-kabulden* ibarettir. İcap-kabul ile akdin kurulabilmesi için ehliyetli tarafların ve akit yapmaya uygun bir mevzuun bulunması şarttır. Akdin kurulması bunlarla gerçekleşmekte olup geri kalan şartlar akdin oluşumundan ziyade akdin geçerlilik ve bağlayıcılığıyla ilgilidir.

Diğer mezheplere göre ise akdin unsurları icap ve kabulden oluşan *sıgatü'l-akd*, irade beyanında bulunan *taraflar* ve *akdin konusudur*.¹⁴⁰

1. Akdin Tarafları

Taraflar, akdin asıl unsuru olup akdi yapan gerçek veya hükmi şahısları ifade eder. Bir taraf icapta bulunur, karşı taraf da kabul eder. Taraflar, iradelerini bizzat beyan edebilecekleri gibi, yetkili bir temsilcinin, taraflardan biri adına iradesini beyan etmesi de mümkündür. Fakat taraflardan birisinin kendisi için asıl, bir başkası için de temsilci olması halinde, akdin iki taraflı olmaması sebebiyle kurulmuş olmayacağı hükmü genel kabul görmektedir.¹⁴¹

¹⁴⁰ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV,192.

¹⁴¹ Bkz. Çeker, *Akidler*, s. 7.

Akittle taraf olan şahısların hukûkî ehliyete sahip olmaları gerekir. Alış veriş veya evlilik akdi yapan kimsenin akıllı ve ergin olması, malının kendisine teslim için kişinin rüşd yaşına ulaşması gerekir.¹⁴² Temyizsiz çocuk, akıl hastası, bunak, ölümcül hasta ve temyizsiz sarhoşun irâde beyanları mûteber değildir.¹⁴³ O halde medeni eda ehliyetine sahip olmayan bir kişinin irâde beyanı geçersiz olduğundan akdi hukuken sabit olmaz. Akdin tarafları hukuki işlem yapma ehliyetine sahip olmayınca irade açıklamalarının bir anlamı da kalmamaktadır.

2. Irâde Beyanı

Akdin kurulmasına katılan tarafların (kişilerin) irade beyanları mevcut değilse akitten bahsedilemez. Bu iki sözden birisi, diğer tarafa akid teklifi; diğeri de bu teklifin kabulü olur. İşte bu iki sözden birincisi icab, ikincisi kabuldür. Klasik fıkhıta buna “*siğatü’l-akd*” denilmektedir. Yani icab ve kabul tarafların birbirine karşı iradelerini açıklamalarıdır. "Satın aldım" ve "sattım" gibi.¹⁴⁴

Teferruatta ictihad farkları bulunmakla beraber genellikle, akit maksadını ifade eden her söz, yazı ve davranış irâde beyânı olarak kabûl edilmiştir. İcab ile kabûlün karşılıklı rızâya delâlet edebilmesi için birbirine uygun olması ve aynı mecliste gerçekleşmesi üzerinde durulmuştur. Hanefiler ve Mâlikîlere göre akit meclisi, akdin kuruluşu ile ilgili fiil ve davranışlar bütünüdür; icab ile başlar, kabûl ile biter. Diğer müctehidlere göre akit meclisi kavramı maddîdir, akdin yapıldığı yer ve akdi yapanların fizik varlığı ile ilgilidir; icab-kabulden sonra başlar, tarafların birbirinden ayrılmasına; yani meclisi terk etmelerine kadar devam eder. Birinci ictihada göre akit, kabûl ile kesinleşirken, bu ictihada göre akit meclisi sona erinceye kadar tarafların, tek taraflı irâde ile akitten rucû etme hakları vardır.¹⁴⁵

Irâdelerin beyan edilmesi akdin kurulması için tek başına yeterli olmayıp beyan edilen irâdelerin de birbirine uygun olması gerekir. Tanımda geçen “*icâb ve*

¹⁴² Döndüren, Hamdi, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, Erkam Yay., y.y.,t.y., s. 59.

¹⁴³ Karaman, Hayrettin, *İslam'ın Işığında Günün Meseleleri*,(Günün Meseleleri, (I-III), İz Yay., İstanbul, 2002, III, 909.

¹⁴⁴ Çeker, *Akitler*, s. 49.

¹⁴⁵ Karaman, *Günün Meseleleri*, III, 909.

kabul irtibatı” bu durumu açıklamaktadır. Yapılan îcâb ve kabul belirli konu veya alanda aynı sonucun doğmasını içerdiği zaman birbirine uygunluk meydana gelir ¹⁴⁶

Ayrıca tarafların irade beyanlarının sorumluluk yüklemesi gerekir. Çünkü hukuki sonuç doğuran bir işlem sorumluluk da yükler. Meselâ havanın sıcak veya soğuk, muayyen bir manzaranın güzel oluşunda anlaşan ve birbirine uygun olarak iradelerini açıklayan kimseler akid yapmış olmazlar.¹⁴⁷

Akitlerde irade beyanı, akdin tüm unsurlarını kapsamaktadır. Bu, iradenin ve irade serbestîsinin İslam hukukunda ne kadar önemli olduğunu gösterir. İrâdenin açıklanamadığı, açıklansa bile şartlara uygun olarak ifade edilmediği durumlar vardır. Bunlara kısaca iradenin ayıpları denilmektedir. İrade ayıpları, tez konumuz ile güçlü ilişkisi göz önünde bulundurularak, *Akitlerde İrade* başlığı altında ayrıca incelenecektir.

3. Akdin Konusu

Akdin sonuç ve hükmünün kendisi üzerinde gerçekleştiği unsura akdin konusu denir. Fıkıh eserlerinde buna *akdin mahalli* denir. Genel olarak akdin konusu mal veya menfaattir. Ancak bazı akitlerde değişik mevzuların da olduğu görülür. Sözgelimi, satım akdinin konusu satılan şey, yani maldır. Kira akdinde, kiralanan şeyden yararlanma; nikâh akdinde karı koca arasında bir hayat ortaklığının kurulması; selem akdinde sonradan verilecek mal; karz (ödünç) akdinde borç verilen para; vedîa akdinde malın korunması akdin konusunu teşkil eder.¹⁴⁸

Akit konusunun mevcut, muayyen ve akde konu olmaya elverişli olması gerekmektedir.¹⁴⁹

Bunlar in'ikad şartları olup, bu şartları taşıyan bir sözleşme kurulmuş bir sözleşme adını alır. Bu şartların birisinde eksiklik bulunan bir akit hükümsüz olur.

¹⁴⁶ Zeydân, Abdülkerim, *el-Medhal li Dirâseti's-Şeriatil-İslâmiyye (el-Medhal)*, Dâr-u Ömer Bin Hattab, İskenderiyye, t.y., s. 289; Karaman, *Mukayeseli*, II, 90–93.

¹⁴⁷ Karaman, *Mukayeseli*, II, 47.

¹⁴⁸ Döndüren, s.62.

¹⁴⁹ Karaman, *Günün Meseleleri*, III, 909.

Türk hukukunda borç ilişkisinin bir unsuru olarak incelenen bu kavrama edim adı verilmektedir.¹⁵⁰

İkrâh, akdin hükümsüzlük hallerinden birini teşkil ettiği için hükümsüzlük halleri de açıklanacaktır.

C. AKDİN HÜKÜMSÜZLÜK HALLERİ

Kişilerin medenî muamelelerinden doğan sorumlulukları vardır. Eğer bu muameleler şart ve rükünlerine uygun bir şekilde kurulmuşsa medenî müeyyideler başka bir ifade ile medenî sorumluluklar devreye girer. Bu müeyyidelerin akitler üzerindeki etkisi akdin bağlanmamasıdır. Daha sonra hak sahipleri gerekirse uğradıkları zararı tazmin ederler.

Cumhûra göre akdin sahîh olması için akdin rükünlerinin şartlarıyla beraber eksiksiz meydana gelmiş olması gerekir. Hanefilere göre ise akdin sıhhati için bu rükünlerin mevcudiyeti yeterlidir. Sahîh akitte akdin tüm hukukî sonuçları meydana gelir. Cumhûra göre sahîh olmayan akit, batıldır. Hanefilere göre ise sahîh olmayan akit ya batıldır veya fasittir. Böylece akit, Hanefilere göre *sahih*, *fasit* ve *batıl* şeklinde üçe; cumhûra göre ise *sahîh* ve *batıl* olmak üzere ikiye ayrılır. Cumhûr, batıl ve fasit kavramını eşanlamlı olarak kullanmışlardır.¹⁵¹

Hanefiler ve Malikîler sahîh akdi *mevkûf* ve *nâfiz* olmak üzere iki kısma ayırmışlardır. Nâfiz akitler, derhal yürürlüğe giren, mevkûf akitler ise izne bağlanan akitlerdir. Nâfiz akitler de *lazım* ve *gayrı lazım* olmak üzere iki kısma ayrılır. Akitlerin bir kısmı, bazı hallerde hepsi, taraflardan birinin tek yanlı iradesiyle feshedilebilir. Eğer tek yanlı irade ile feshedilemiyorsa *lazım*, tek taraflı irade ile bozuluyorsa ve muhayyerlik imkânı veriyorsa *gayrı-lazım* olur.¹⁵² Tek yanlı irade ile de feshedilemeyen akitler vardır. Hul' gibi.¹⁵³

¹⁵⁰ Eren, s. 92.

¹⁵¹ Hafif, s. 329–331.

¹⁵² Hafif, s. 336–337.

¹⁵³ Geniş bilgi için bkz. Medkûr, s. 604.

Modern hukukta da hukuki işlemlerin hukuka aykırılık halleri için müeyyideler öngörülmüştür. Kamu ve özel hukukun müeyyideleri farklıdır. Özel hukukun yaptırımları *cebri icra, tazminat ve geçersizliktir*.¹⁵⁴ Bunlara *hükümsüzlük halleri* denir.

Özetle, akdin kendisinin veya geçerliliğin ortadan kaldırılması durumlarında akit fasit veya batıl; akdin geçerli olduğu ancak bağlanamadığı veya yürürlük kazanmadığı durumlarda ise mevkûf veya gayr-i nafiz olur.

1. Butlân-Fesâd

Cumhûra göre rükünlerinin veya şartlarının bir kısmını kaybetmiş hukûkî tasarruflar batıldır veya fasittir. Bu hukukçulara göre böyle bir tasarruf hiçbir hukûkî sonuç doğurmaz.¹⁵⁵ Akidler, bunlara göre sahîh ve gayr-i sahîh diye iki kısma ayrılır. Gayr-i sahîh akidler, batıl olanlardır. Gayr-i sahîh akidler içinde batıl olmaktan başka bir akid kısmı yoktur.¹⁵⁶

Hanefiler ise butlan ve fesadın farklı hükme tabi olduğunu ileri sürmüşlerdir. Onlara göre akdin rükünlerinden biri eksik ise batıl bir akid olur ve hiç bir hukukî sonuç doğurmaz. Fakat akdin rükünleri eksiksiz ancak bazı şartları yani harici vasıfları eksik ise akid fasid olur bu akidlerin bazı sonuçları hâsıl olur.¹⁵⁷ İbn Abidin "*Aslen meşru, vasfen gayri meşru olan akidler fasid; aslen de vasfen de gayri meşru olan akidler batıldır.*"¹⁵⁸ diyerek fesat ile butlan arasındaki farkı açıklamıştır. Buna göre akdin asli unsurları olan taraflar, irade beyanı ve akdin mevzuundan biri eksik ise bu akit batıldır. Bu üç unsurun değişik şartları vardır. Bu şartlar eksik olduğu takdirde akit fasit olur. Sözelimi; tarafların bir vasfı olan *ehliyet* veya irade beyanının bir vasfı olan *birbirine uygunluk* veyahut akdin konusunun bir vasfı olan *mevcut olma* eksik ise bu akit batıl değil, fasit olur.

¹⁵⁴ Gözler, s. 169.

¹⁵⁵ Zeydân, *el-Medhal*, s. 367.

¹⁵⁶ Çeker, *Akitler*, s. 99.

¹⁵⁷ Zeydân, *el-Medhal*, s. 366–367.

¹⁵⁸ İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer ed-Dımaşkı, (Ö.1252/1836), *Reddü'l-Muhtâr, Ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, (I-X), Thk: Heyet, Dâr-u Alemlî'l-Kütüb, Riyad, 2003, VII, 233.

Günümüz hukukunda ise hukûkî işlemin kurucu unsurlarından birinde eksiklik bulunması halinde “*yokluk*”tan, geçerlilik unsurlarının birinde eksiklik olması halinde “*butlan*”dan, hukuki işlemde sakatlık olması halinde ise “*iptal edilebilirlik*” ten söz edilir.¹⁵⁹

2. Adem-i Nefâz

Hukukî sonuç doğurduğu halde akdin yürürlüğe girmesini engelleyen bazı durumlar vardır. Böyle akitlere *gayr-ı lazım*, yürürlüğe girmemesi haline ise *adem-i nefâz* denir. Âdem-i Nefaz, klasik doktrinde *mevkûf akit* olarak ifade edilmiştir. Mevkûf akit, yetki eksikliği veya üçüncü şahısların haklarının bulunması sebebiyle hukukî sonuç doğurması askıya alınmış akiddir.¹⁶⁰

Bir akdin mevkûf (askıda) olması ya ehliyet ya da akdin konusu ile ilgili bir eksiklikten ileri gelmektedir. Bu sebeplere bağlı olarak birçok mevkûf olma hali mevcuttur.¹⁶¹ Fuzulînin ve mümeyyiz çocuğun (nakıs edâ ehliyetli) akidleri mevkuf akidlerin tipik örneklerini teşkil eder. Fuzûlinin akdi, mahal üzerinde başkasının hakkı olduğundan; mümeyyiz çocuğun akdi de başkasının ehliyet hakkı taalluk ettiği için mevkuf akid olmuştur.¹⁶²

Hanefî ve Malikî mezhepleri mevkuf akdi sahih kabul ederken Şafî mezhebi bunu batıl akit olarak kabul etmektedir. Bazı Hanefî hukukçular mevkûf akdi sahih akit ile fasit akit arasında bir derece olarak kabul etmişlerdir. Ancak bu mezhepte tercih edilen görüş mevkûf akdin sahîh fakat gayr-i nafiz oluşudur.¹⁶³

E. AKİTLERDE İRÂDE

Tez konumuz olan ikrâhın iradeyi bozan durumlardan biri olması, irâde kavramını detaylı bir şekilde açıklamamızı gerektirmektedir. İrâdenin cezaî

¹⁵⁹ Geniş bilgi için Bkz. Eren, s.307–320.

¹⁶⁰ Apaydın, Hacı Yunus, "Mevkuf", *İA*, İstanbul, 2004, XXIX, 438.

¹⁶¹ Karaman, *Mukayeseli*, II, 261.

¹⁶² Çeker, *Akitler*, s.106.

¹⁶³ Apaydın, “Mevkuf” *İA*, XXIX, 439.

sorumluluklara etkisinden bahsedilmişti. Cezaî sorumlulukla ilgili olan kısımda, iradenin sadece konu ile ilgili yönü izah edilmişti. Bu kısımda irade, kavramı daha detaylı incelenecektir.

1. İrâdenin Tanımı

Arapça bir kelime olan irâde; sözlükte, yapmayı istemek, niyetinde olmak, dilemek, emretmek, sahip olmayı istemek, arzulamak, hedeflemek, amaçlamak, istemek, ilgilenmek, elde etmeyi istemek, kast etmek, kurmak, tasarlamak, sevk etmek, kışkırtmak, biri için hayır dilemek, kasıt ve padişah veya sadrazam buyrukları manalarına gelmektedir.¹⁶⁴

Fıkıh terimi olarak irâdenin İslâm hukukçuları tarafından değişik tanımları yapılmıştır. Senhûrî'ye göre irâde, *muayyen bir şey hususunda karar verme olarak gerçekleşen sübjektif bir eylemdir.*¹⁶⁵ İrâde ile ilgili önemli eserleri olan çağdaş bazı hukukçular iradeyi hukuk felsefesi ekseninde tanımlamışlardır. Bunlardan biri Bahrülulûm'dur. Kendisi irâdeyi "*Bilgi ve idrak temeli üzerinde kurulmuş olan azmin bağlandığı arzuyu gerçekleştirmek ve geçerli hale getirmek için meydana getirilen fiil, söz ve davranışla ilgili harekettir.*" şeklinde tanımlamıştır.¹⁶⁶

Dureynî, iradenin oluşumunu dört safhaya ayırır: Yapılacak işlemin zihinde canlandırıldığı algılama safhası, değişik ihtimallerin ve bunların sonuçlarının karşılaştırıldığı düşünme safhası, yapılacak işleme karar verilen kesinleştirme safhası ve iradenin dış âlemde uygulanma safhası.¹⁶⁷

2. İrâdenin Unsurları

İrâde, günümüz İslam hukukçuları tarafından *iç irâde* ve *dış irâde* olmak üzere iki kısımda mütalaa edilmektedir. Klasik fıkıh doktrininde iç irâde daha çok *rızâ* ve *ihtiyâr* kavramlarıyla, dış irâde ise *sîgatü'l-akd* veya *îcab-kabul* terimleriyle

¹⁶⁴ Zebîdî, VIII, 121-122.

¹⁶⁵ Senhûrî, , *el-Vasît fi Şerhi'l -Kanûni'l- Medeni'l-Cedîd (el-Vasît)*, (I-IV), Beyrut, 1970, I, 174.

¹⁶⁶ Bahrülulûm, s.28.

¹⁶⁷ Dureynî, s.51.

ifade edilmiştir. Çağdaş İslam hukukçuları birincisini *iç irâde* veya *gerçek irâde*, ikincisini de *dış irâde* olarak nitelendirmektedir. Dış irâde, ehliyetli kişinin bir hukukî işlemi kurmaya yönelik irâde açıklaması demek olup çağdaş literatürde *irâde beyanı* deyimini ile karşılanmaktadır.¹⁶⁸

Bu bölümde irâdenin çağdaş İslam hukuku literatüründeki tasnifi göz önünde bulundurulacaktır.

a. İç İrâde

İhtiyâr ve rıza gibi beyan edilmemiş irâde çeşididir. İhtiyâr ve rızanın irâdeden farklı olduğu söyleyenler mevcut ise de genel kabul, bunların iç irâdeyi oluşturdukları yönündedir.

Gerçek irâde olarak da bilinen iç irâde, ihtiyâr ve rızânın yanı sıra klasik terminolojideki niyet ve kasıt kavramları ile de kesiştiğinden hukukî işlemler kadar namaz, oruç gibi ibadetlerde, adak ve yemin gibi ibadet içerikli tasarruflarda da mahiyet ve sonucu belirleyici derecede bir önem taşır. Kişilerin hür irâdeleri ve böyle bir irâdeden kaynaklanan tercihleri, hukukî işlemlerin özünü ve en azından diyânî hüküm yönüyle meşrûiyetinin bir ölçütünü teşkil eder. Kur'an'da başka ayrıntılara girilmeksizin sadece ticarî ilişkilerin karşılıklı rızâya dayanması gereğinden söz edilmesi de böyle bir anlam taşır.¹⁶⁹

Genel anlamda hukukun konusu dış irâdedir. Ancak iç irâde ile dış irâde arasındaki uyumluluk hukuku ilgilendirmektedir. Bununla beraber klasik fıkıhta iç irâde olarak addedilen rıza ve ihtiyâr kavramlarına açılımlar getirildiği görülür. Bu sebeple bu kavramların kısaca açıklanması gerekir.

İhtiyâr ve Rıza Kavramları

Fıkha göre irâde, iki unsurdan teşekkül etmektedir. İhtiyâr ve rıza. İrâdenin bulunmadığı yerde bu iki unsur da yoktur. İrâdenin ihtiyâr ve rızadan teşekkül

¹⁶⁸ Dureynî, 105–110; Apaydın, “İrade”, *İA*, İstanbul, 2000, XXII, 384–385.

¹⁶⁹ Apaydın, “İrade”, *İA*, XXII, 385.

ettiğine ilişkin ayırım özellikle Hanefî hukukçular tarafından yapılmıştır. Hanefîlere göre ihtiyâr ve rıza birbirine çok yakın olmakla beraber farklı kavramlardır. Bu hukukçulara göre ihtiyâr bir şeyde ya yapmak veya yapmamaktan birini tercih ile o şeye kalbin yönelmesinden ibarettir. Eğer kalbin bu yönelişi kuvvetli ve sağlam olursa buna rıza denir.¹⁷⁰ Bir başka tanıma göre ihtiyâr, bir fiil ya da bir sözü kastetmektir. Rıza ise fiil veya sözün sonuçlarını kabul etmektir.¹⁷¹

Bazı Hanefî hukukçular ihtiyâr unsurunu *kâmil ihtiyar* ve *nakıs ihtiyâr* şeklinde ikiye ayırmışlardır. Bu ayırımı yapanlara göre kâmil ihtiyârda rıza vardır, nakıs ihtiyârda ise rıza yoktur. Diğer Hanefîler ise ihtiyârı *asgarî ihtiyâr* ve *azamî ihtiyâr* olmak üzere ikiye ayırmışlardır. Bunlara göre asgarî ihtiyâr, hür irâdenin veya herhangi bir baskının sonucu olarak bir şeyi mücerred kastetmektir. Azamî ihtiyâr ise, bir sonucun kastedilerek ona yönelmektir. Bu hukukçulara göre azamî ihtiyâr, ihtiyârın en son mertebesidir.¹⁷²

Hanefîler, hukuki işlemin geçerliliğine etkisi açısından ihtiyârı üç kısma ayırmışlardır. *Sahîh ihtiyâr*, *fasit ihtiyâr* ve *batıl ihtiyâr*.

Sahîh ihtiyâr, üzerinde ikrâh baskısı olmayan veya sadece ikrâh-ı gayr-i mülcî, Türk pozitif hukukundaki ifadesiyle *ağır olmayan ikrâh* baskısı altındaki tam edâ ehliyetine sahip kişinin ihtiyârıdır. Fâsid ihtiyâr, ikrah-ı mülcî, Türk pozitif hukukundaki ifadesiyle *ağır ikrâh* baskısı altında olan kimsenin ihtiyârıdır ki, bu durumda biri mükrihin (zorlayan kişinin), diğeri de mükrehin (zorlanan kişinin) ihtiyârı olmak üzere iki ihtiyâr meydana gelmektedir. Mükrehin ihtiyârı mükrihin ihtiyârına dayalı olarak meydana geldiği için fasiddir. Bâtıl ihtiyâr ise, akıl hastası, uykuda olan ve bayılmış bulunan kişilerle, henüz temyiz çağına ulaşmamış bulunan küçüklerin ihtiyârıdır.¹⁷³

Hanefîler dışındaki diğer İslam hukukçuları, ihtiyâr ile rızanın birbirlerine bağlı olduğunu, rızasız ihtiyâr, ihtiyârsız rıza olmayacağını savunmuşlardır.¹⁷⁴ Bu

¹⁷⁰ Senhûrî, Abdurrezzâk, *Mesâdirü'l Hakk fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, (*Mesâdirü'l Hakk*), (I-VI), Câmîatü'd-Düveli'l-Arabiyye, Kahire, 1971, II, 202.

¹⁷¹ Ebu Zehre, *el-Cerîme*, s. 373.

¹⁷² Ebu Zehre, *el-Cerîme*, s. 374.

¹⁷³ Karadâğî, , I, 206; Bahrülulûm, s. 29; Hafif, 318-321.

¹⁷⁴ Ebu Zehra, *el-Cerîme*, s. 374.

mezheplerde ihtiyar ve rıza ayırımının Hanefilerdeki kadar açık ve belirgin olmamasının sebebi, onlarda söz konusu ayırımı geri plana iten başka prensiplerin bulunmasıdır. Mesela Şâfiî mezhebinde hukukî sonuçların yasa koyucu tarafından belirlenmesi, Hanbelî ve Mâlikî mezheplerinde irâde hürriyeti prensipleri ihtiyâr ve rıza ayırımını geri plana itmiştir. Bu prensipler Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerin hukukî düzenlemelerine hâkim olmuş ve bu mezheplerin fakihleri ihtiyar ve rızayı eş anlamlı iki kelime kabul etmişlerdir. Bu bakımdan ihtiyar ve rızadan biri yoksa diğeri de yok kabul edilmiştir.¹⁷⁵

İbadetler, Allah'a olan inancın ve bağlılığın fiilî ifadesi ve arzı sayıldığından onlarda iç irâde, yani halis niyet daha çok önem ve yeterlilik taşır. Bu sebeple ibadetlerin ve ibadet yönü ağır basan tasarrufların fertle Allah arası ilişki düzeninde ve uhrevî sonuçlar yönüyle geçerliliği için iç iradenin bulunması yeterli görülür, ayrıca bu irâdenin açıklanması şartı aranmaz. Bu yaklaşımlardan ve literatürdeki kullanımlardan hareketle yeterince belirgin olmasa da niyet tabirinin daha çok ibadetlerde, kasıt tabirinin boşama, köle azadı gibi tek taraflı hukukî işlemlerde, rızâ ve ihtiyar tabirlerinin ise özellikle alım satım gibi iki taraflı hukukî işlemlerde, yani akidlerde kullanıldığı söylenebilir.¹⁷⁶

2. Dış İrâde

Bunun diğeri adı irâde beyanıdır. Kişinin, bir işin icrası hususundaki niyet ve tasavvurunu muteber bir tarzda ifade etmesine irâde beyanı denir.¹⁷⁷ Karşılıklı rızanın varlığını tespit edebilmek için irade beyanına ihtiyaç vardır. İrâde beyanı sözle olabileceği gibi söz dışındaki vasıta ve yollar kullanılarak da irâde beyanında bulunulabilir. Bunun klasik fıkıh doktrinindeki karşılığı *siğatü'l-akd* daha açık ifadeyle *icab-kabul* dur.

İrâdeyi hukuk alanına taşıyan irade beyanıdır denilebilir. Ancak her irâde beyanı hukukî niteliğe sahip değildir. Sadece hukukî sonuç doğurmaya yönelik irâde beyanı hukuk ilminin alanına girmekte ve bu irâdeye hukukî sonuçlar bina

¹⁷⁵ Haffif, 313.

¹⁷⁶ Apaydın, "İrade", *İA*, XXII, 386.

¹⁷⁷ Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2005, s. 201.

edilmektedir. Hukuk sahasında akit ve tek taraflı iradeden doğan borçlar kuvvetini irâdeden almaktadır.

Fıkıh doktrininde akdin kuruluşu esnasında irâde beyanına, akdin ifası sırasında ise irâdeye (ihtiyâr ve rızâ) itibar edileceği yönünde ifadeler bulunmaktadır.¹⁷⁸ Buna göre irâde beyanının varlığı rızânın varlığını kesin olarak göstermez; fakat irâde beyanı açık olduğu ve aksi ortaya çıkmadığı sürece rızânın varlığı yönünde güçlü bir belirti sayılır. Bu anlayış sebebiyledir ki, doktrinde irâdeye de irâde beyanına da tek başına itibar edilmemesi ilkesi benimsenmiştir. Böyle olunca da kendisinden bir söz veya fiil sâdır olmaksızın bir kimsenin, geçmiş zamanda malının intikaline rıza gösterdiğine dair beyanı kendisini bağlamayacağı gibi irâdeyi yansıtmadığı anlaşılan beyanının da kural olarak kişiyi bağlamayacağı açıktır. Akıl hastası, gayri mümeyyiz çocuk ve uyuyan kişide irâdenin oluşma imkânı bulunmadığı için, bunlardan sadır olan beyanın da bir değeri yoktur. Ehliyetin asgarî sınırı ve tamlığı konusunda fakihler arasında farklı görüşler bulunsa da, irâde beyanının hukukî işlem ehliyetine sahip kişilerden sadır olması gerektiğinde ittifak edilmesi, beyanın irâdeyi yansıtmaya verilen önemle açıklanır.¹⁷⁹

İrâde beyanında bulunan kişilerin belirli bazı özelliklere sahip olması gerekir. Bunlardan birisi de irâde serbestisine sahip olmalarıdır. Eğer irâde serbestiliği yoksa irade sakatlığı vardır.

3. İrâde Sakatlıkları

İç irâde ile dış irâdenin uyuşmazlığı durumunda irâde ayıplarından (irâde sakatlıklarından) bahsedilir. Ancak uyuşmazlık her zaman irâde sakatlığı şeklinde gerçekleşmez. Dışa akseden beyanın iç irâdeyi yansıtmaması, ya iç irâdenin yokluğundan ya da bulanık olmasından kaynaklanır. İç irâdenin yokluğu yani gerçekleşmemesi, daha çok iç irâde ile beyan edilen irâde arasında tek taraflı veya karşılıklı yaratılan uygunsuzluk durumunda söz konusudur ve bu durum teknik

¹⁷⁸ Apaydın, “İrâde Beyanı”, *İA*, TDV, İstanbul, 2000, XXII, 387.

¹⁷⁹ Zeydân, *el-Medhal*, s.353; Apaydın, “İrâde Beyanı”, *İA*, XXII, 387.

anlamda irâde ayıbı olarak değil *akdin göstermelik oluşu* diye adlandırılır. Bunun da ana sebebi *hezldir*.

İç iradenin lekeli veya bulanık olması durumu, irade ayıpları ya da rızâ ayıpları olarak adlandırılır. İrâde ayıbının hukukî işleme teşebbüs anına, rızâ ayıbının ise teşebbüsün sürecine veya gerçekleşen sonuca ilişkin olarak söz konusu olacağı söylenerek irâde ayıbı ile rızâ ayıbı teknik açıdan birbirinden ayrı tutulabilirse de çağdaş literatürde bunlar eş anlamlı olarak birbirinin yerine kullanılmaktadır.¹⁸⁰

Klasik fıkıh literatüründe sistematik olarak ele alınmayıp değişik konular arasına dağınık bir şekilde serpiştirilmiş bulunan irâde ayıplarının tespit ve sunuşunda çağdaş hukukçularca geliştirilen iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Senhûrî'nin öncülüğünü ettiği ve çağdaş yazarlarca çokça tercih edilen birinci yaklaşıma göre irâde ayıpları batı hukukunda olduğu gibi *ikrâh*, *tedlîs* ve *galat* olmak üzere üç çeşittir. Zerkâ'nın başını çektiği ikinci yaklaşımda ise irade ayıpları *ikrâh*, *hılâbe*, *galat* ve *ihtilâlü't-tenfîz* olarak sıralanmakta ve ilk üçü akdin kuruluşu esnasındaki ayıplar, sonuncusu; akdin kurulmasından sonra umulmadık bir şekilde karşılaşılan bir sebepten kaynaklanan ayıp olarak nitelendirilmektedir. Hıyanet, neceş, tedlîsü'l-ayb ve gabn gibi konular hılâbe kapsamında; satılan malda aldatmasız olarak gözden kaçan bir ayıbın varlığının akidden sonra ortaya çıkması, akdin bölünmesi, satılan malın daha önceden kiraya verilmiş veya rehnedilmiş olduğunun meydana çıkması gibi konular ise ihtilâlü't-tenfîz kapsamında incelenmiştir.¹⁸¹

Günümüz hukukunda irâde sakatlıkları ile hata, hile, gabin ve ikrah kastedilir. Bu ayırım esas alınarak irâde sakatlıkları hakkında kısaca bilgi verilecektir.

1. Hata

Lügatte *doğrunun zıttı*, *kasıtsız*, *günah*, *kusur*, *kabahat*, gibi anlamlara gelir.¹⁸² İstilahta ise, düşünürken, konuşurken veya bir iş yaparken vuku bulan

¹⁸⁰ Apaydın, "İrade", *İA*, XXII, 385; Karaman, *Mukayeseli*, II, 123–124.

¹⁸¹ Apaydın, "İrade", *İA*, XXII, 385.

¹⁸² İbn Manzûr, Ebu'l Fazl Cemalüddin Muhammed b. Mükerrrem, (Ö.711/1311), *Lisânü'l-Arab* (I-XV), Dar-u Sâdir, Beyrut t.y., I, 65-67.

yanlışlık, hedefleneni ve doğruyu tutturamama anlamına gelir.¹⁸³ Hata, çağdaş İslam hukuku eserlerinde genelde *galat* kavramı ile karşılanır. Hata, irade bozukluklarının en subjektif olanıdır.

Sözleşmenin tarafları irâdelerini açıklarken bunlardan birinin beyanı iç irâdesine uygun olmayabilir. Eğer bu uygunsuzluk istenilmeyerek ve bilinmeksizin meydana gelmişse özel ve teknik anlamda bir hata var demektir.¹⁸⁴ Hanbelî mezhebine göre bu durumda irâde prensibi esas alınır ve hataya düşen kimsenin beyanına değil iç irâdesine değer verilir. Hanefî ve Şâfiîler ise akidlerde maksat ve niyetlere değil açıklanan irâdeye önem verirler. Bunun nedeni ise fukahânın akdi yapan tarafların gerçek irâdelerinin saygınlığını düşündükleri kadar teâmülün istikrarı ve düzenliliğini de düşünmüş olmalarıdır. Bunun bir neticesi olarak da hata konusu klasik fıkıh kitaplarında müstakil bir başlık altında incelenmemiştir.¹⁸⁵

Hata, çeşitli açılardan ayırımı tabi tutulmaktadır. Ancak dikkatlice incelendiğinde hatanın iki açıdan değerlendirilmesi sonucu tasniflerin yapılmış olduğu görülür. Birinci tasnifte hatanın konumuna, ikincisinde ise hatanın esaslı olup olmadığına bakılır.

a. Hatanın Beyanda Veya Saikte Olması

Bir şahsın dikkatsizlik veya başka bir nedenle hakiki maksat ve arzusuna uymayan irâde beyanında bulunması şeklinde meydana gelen bu uygunsuzluğa hukukta *beyanda hata* denir. İrâde ile beyan arasında bir uygunsuzluk bulunmadığı halde, geçmişteki, şimdiki veya gelecekteki bir durum hakkında yapılan bazı isabetsiz değerlendirmeler nedeniyle, yanlış bir tahminin yapılması neticesinde isteyerek beyanda bulunarak sözleşme yapılmışsa *saike hata* söz konusudur.¹⁸⁶

Sâikte hata ile beyanda hata arasında farklılık vardır. Beyanda hatada irâde tam olarak teşekkül etmiştir ancak beyanla irâde arasında bir uygunsuzluk vardır.

¹⁸³ Apaydın, H. Yunus, "Hata", *İA*, İstanbul, 1997, XVI, s. 437.

¹⁸⁴ Acar, İbrahim "Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler I-Hata," *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, XIV, 1999, s. 83.

¹⁸⁵ Apaydın, H. Yunus, "Galat", *DİA*, İstanbul, 1996, XIII, s. 298.

¹⁸⁶ Acar, "Hata" *AÜİFD*, XIV, s. 87.

Sâikte hatada ise teşekkül eden irâde ile beyan arasında bir uygunsuzluk bulunmamaktadır. Buradaki aksaklık irâdenin gerçekleşmesi sırasında değil karar alınırken kendini gösterir. Sâik hatası akidle bağlı olmama imkânını veren hata olarak kabul edilmez. Bu sebeple için mukavelenin muteberliği üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.¹⁸⁷

Türk Borçlar hukukunda saik hatası esaslı hata değildir. Bu sebeple de akdin geçerliliğini etkilemez. Karşı taraf, saik hatasını bilse bile sonuç değişmez. Fakat bunun üç istisnası vardır. Birinci istisna hile, ikinci istisna temel hatası, üçüncü istisna ise ölüme bağlı tasarruflarda görülür. Bundan dolayı da saik hatası vasiyetnamenin iptali sonucunu doğurur.¹⁸⁸

b. Hatanın Esaslı Olması Veya Esaslı Olmaması

Esaslı hata, hukûkî işlemin hükümsüzlüğüne yol açan ve iptal hakkı veren bir hatadır. Kişinin irâdesi üzerinde olumsuz etkisi olmayan ve akdin sıhhatine tesir etmeyen hata, esaslı olmayan hata olarak adlandırılmaktadır.¹⁸⁹

İlke olarak beyandaki hata esaslı hatadır. Bu sebeple akit üzerinde etkisini gösterir. Ancak yukarıda ifade edilen istisnalarla saik hatası da bazen esaslı hata olabilmektedir. Doktrinde yaygın ve menşei batı hukuku olan esaslı ve beyana dayalı hata çeşitleri kısaca açıklanacaktır.

ba. Akdin Niteliğinde Hata

Bu tür hata, beyanı yapanın dalgınlık sebebiyle telaffuz ettiği kelimelerin gerçek anlamlarına dikkat etmemiş olması veya bu beyan ile muhatabını anladığı manadan başka bir anlam kastedmiş olması sonucunda meydana gelir. Türk hukukunda akdin iptaline imkân tanır. İslam hukukuna göre ise, bu tür akitler batıl olur. Çünkü açıklanan irâde sonunda meydana gelen akit ile kastedilen asıl akit

¹⁸⁷ Acar, "Hata" *AÜİFD*, XIV, s. 88.

¹⁸⁸ Eren, 353; İnan, 201.

¹⁸⁹ Senhûri, *Nazariyye*, s.353–354.

arasında mahiyet ve muhteva farkı vardır. Yani hata akdin mahiyetindedir. Böyle bir hataya düşen taraf o akid ile bağlı olmaz.¹⁹⁰

bb. Akdin Konusunda Hata

Akdin tamamlanmasından sonra, kurulan akit konusunun, üzerine akid yapılan konudan zat ve vasıf bakımından farklı olduğunun ortaya çıkması olup esaslı hata kabul edilir. İslâm hukuku kaynaklarında en çok görülen ve yaygın biçimde ele alınan hata çeşididir.¹⁹¹

Akdin konusunda hata ya akdin cinsinde veya akdin vafında meydana gelir. Akid konusu olan şeyin, akidde söylenenden farklı cinsten çıkması durumunda, akid konusunun cinsinde hata söz konusu olur. Meselâ elmas olması şartıyla alınan bir yüzüğün cam veya kristal olduğunun ortaya çıkması, satın alınan hububatın buğday yerine arpa çıkması böyledir. Akid konusunun cinsinde vâki olan bu hata esaslı hatadır.¹⁹²

Akdin konusunun vafındaki hata ise literatürde, akdin konusunda kişiyi akid yapmaya yönelten asıl özelliğin bulunmaması anlamında *mergûb vasfın fevâtı* olarak adlandırılır. Söylenenle akdin konusunun aynı cinsten olup ikisi arasında menfaat ve değer açısından fahiş olmayan, fakat ilgili şahıs için önemli sayılabilecek ve arzulanan (mergub) bir vasfın yokluğuna yol açan bir farklılığın bulunması durumunda söz konusu olur. Meselâ koç yerine koyun, bir kitap yerine başka bir kitabın, satım akdinin konusunun yapıldığı ortaya çıkması durumunda akid oluşur. Çünkü mebîdeki hata, cinsi değiştirmedeği gibi müşterinin talep ettiğiyle mebîn hakikati arasında da fahiş bir fark yoktur. Ancak arzulanan (mergub) bir vasıf bulunmadığı için müşteri muhayyerdir.¹⁹³

¹⁹⁰ Acar, "Hata" *AÜİFD*, XIV, s.91.

¹⁹¹ Apaydın, "Galat", *İA*, XIII, 299.

¹⁹² Apaydın, "Galat", *İA*, XIII, 299; Acar, "Hata", *AÜİFD*, XIV, 92.

¹⁹³ Apaydın, "Galat", *İA*, XIII, 299.

bc. Şahısta Hata

Akdi yapan taraflardan biri, karşı tarafın kimliğinde veya temel bazı özelliklerinde yanılabilir. Mesela, onu falanca şahıs zanneder, fakat başkası olduğu ortaya çıkar. Veya o kişiyle akraba bağının olduğunu zanneder, ama gerçekte böyle bir şey yoktur.¹⁹⁴

Şahısların önemli olduğu ve nazar-ı dikkate alındığı akit ve tasarruflarda, tarafların şahısları veya lüzumlu ve esaslı vasıfları bakımından bir hata vuku bulunca hataya düşen taraf, akdi feshetme hakkına sahiptir. Çünkü şahısta veya vasıflarda hataya düşülmesi halinde rıza bozulmuş olacaktır.¹⁹⁵

bd. Kıymette hata

İvazlı akidlerde bedellerden biri diğerine nispetle makul ve mutad olmayan ölçüde fazla olursa söz konusu ıvazda hata meydana gelir.¹⁹⁶ Taraflar bedeller arasındaki nispetsizlikten ya haberdardır veya haberdar değildir. Şayet taraflardan biri aradaki bu nispetsizliği bilmeden akde razı olmuşsa bu durumda gabin durumuna varan bir ıvazda hata meydana gelmiş olur. Ama tarafların her ikisi de nispetsizlikten haberleri olduğu halde başka sebeplerle buna razı olmuşlarsa ortada yalnızca gabin vardır. Bu durumda ıvazda hatadan söz edilemez.¹⁹⁷

be. Kanunda Hata

Kanunda hatanın manası akid yapanların akid yaparken akdin doğuracağı hukûkî sonuçları bilmemesidir. İslam hukukunda prensip olarak batı hukuklarında da olduğu gibi kanunu ve şer'i hükmü bilmemek mazeret sayılmamaktadır. Ancak hataya düşen tarafın taksirinin bulunmadığının kesin olduğu hallerde mazeret arz eder ki bu da sadece bir istisnadır.

¹⁹⁴ Apaydın, "Galat", *İA*, XIII, 299.

¹⁹⁵ Karaman, *Mukayeseli*, II, 132.

¹⁹⁶ Karaman, *Mukayeseli*, II, 133; Apaydın, "Galat", *İA*, XIII, 299.

¹⁹⁷ Karaman, *Mukayeseli*, s. 133.

Ceza hukukunda ise hata daha geniş tatbikat sahası bulmuştur. Sebebi ise “cezaların şüpheler bulunduğu takdirde düşürülmesi” prensibidir. Mesela, İslam dininin hükümlerini bilmesede dahi suç işleyene o suçun cezası verilir.¹⁹⁸ Bu nedenle ceza hukuku bakımından cezai hükmün bilinmemesi mazeret kabul edilmemekte ve fail suça öngörülen ceza ile cezalandırılmaktadır.

c. Hata ile Kurulan Akdin Hükümleri

İslam hukukuna göre irâdeyi sakatlayan sebeplerden hatanın vuku bulması halinde akit ya batıl veya fasid olarak kabul edilmektedir. Buna mukabil Türk hukukunda, hata ve diğer irâde kusurları aynı zeminde toplanmış ve akdin iptal edilebilir olması şeklinde tek müeyyideye bağlanmıştır.

Türk hukukunun uyguladığı hata sebebiyle iptal edilebilme müeyyidesini, İslam hukukunun lazım olmayan akitler bahsi içerisinde mütalaa edilebileceğini ifade edenler de bulunmaktadır.¹⁹⁹

2. Hile

Sözlükte *çare*, *mahâret*, *kurnazlık*²⁰⁰ gibi anlamlara gelen hile, hukuk dilinde bir şahsın akid yapması veya tek taraflı bir hukuki muamelede bulunması için onda yanlış bir kanaat uyandırmak suretiyle onu hataya düşürerek yanıltmayı ifade eder.²⁰¹ İslâm hukukunda *tağrîr*, *tedlîs*, *hilâbe*, *gışş* ve *hud'a* terimleriyle karşılanır.

Hile, hileden zarar gören tarafın düşürüldüğü hata sebebiyle tasarrufları etkiler. Karşı tarafı aldatmak için başvuru yolları genelde maddi oldukları için hilenin ispatı daha kolaydır. Hilenin ispatı kolay olunca buna bağlı olarak meydana gelen hatanın ispatı da kolay olacaktır. Bu sebeple irâde ayıplarından hile, objektiflik bakımından ikrâhtan sonra ikinci sırada gelir.²⁰²

¹⁹⁸ Karaman, *Mukayeseli*, s. 139; Apaydın, “Galat”, *İA*, XIII, 300.

¹⁹⁹ Mesela Bkz. Karaman, *Mukayeseli*, 283–310; Acar, "Hata" s. 104.

²⁰⁰ Köse, Saffet, “Hile”, *İA*, İstanbul, 1998, XVIII, 28.

²⁰¹ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV,217.

²⁰² Karaman, *Mukayeseli*, 142.

Hile fiili, sözlü ile sükût ve gizleme yoluyla hile olmak üzere üç şekilde gerçekleşir:

a. Fiili Hile

Akdin taraflarından birinin diğer tarafı akid yapmaya razı edebilmek için bir fiil vasıtasıyla akdin konusu hakkında hile yapması durumudur. Bu tür hile ya akdin konusundaki bir ayıbı örtüp onu ayıpsız gibi göstermek veya akdin konusunu olduğundan üstün nitelikte gösterip fiyat artışına sebep olmak şeklinde gerçekleşir.²⁰³

b. Sözlü Hile

Sözlü hile, akdin taraflarından birinin diğer tarafı akdi imzalamaya razı edebilmek için yalan beyan veya hileli arttırma (neceş) vasıtasıyla hile yapması durumudur.²⁰⁴ Neceş, satıcının anlaştığı kişinin, mala karşı büyük rağbet bulunduğu kanaatini uyandırmak için, satın almak istiyormuş gibi görünerek satıcının malına değerinden fazla fiyat teklifinde bulunmak suretiyle fiyatı yükseltmesidir.²⁰⁵

Yalan beyan ise birçok sözleşmede değişik şekillerde tezahür eder.

c. Gizleme ve Susma Yoluyla Hile

Satıcının konuşması gereken yerde, muhatabını aldatmak için susması ve neticesinde ayıplı bir malı satması durumunda gizleme ve susma vasıtası ile hile gerçekleşmiş olur. Satıcının susması ile alıcı üzerinde, malın ayıpsız olduğu şeklindeki yanlış kanaat devam etmiş olmaktadır.²⁰⁶ Fakihlerin ittifakıyla bu şer'an haram kılınmıştır.

²⁰³ Karaman, *Mukayeseli*, II, 141–143.

²⁰⁴ Karadâğî, I, 606.

²⁰⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 377.

²⁰⁶ Bardakoğlu, Ali, “Gabin”, *İA*, İstanbul, 1996, XIII, 208.

3. Gabn

Gabn kelimesi lügatte “bir şeyi unutmak, gizlemek, yanlış yapmak, alışverişte eksik ödeme ile karşı tarafı aldatmak, eksiklik, noksanlık ve zayıflık” anlamlarına gelir. İstılahta ise gabn, genelde iki taraflı akidlerde bedeller arasındaki dengesizliği ifade ederken özelde ise satım akidinde satılan şeyle fiyatı arasındaki değer yönünden farklılığı ve denksizliği ifade eder.²⁰⁷

Gabn kelimesinin kullanım alanları incelendiğinde bu kelimenin akdin kuruluşu açısından rıza ve irâde beyanı kavramlarıyla, kaynağı itibariyle hata, galat ve aldatma ile sonuçları itibariyle de muhayyerlik ve fesihle yakın ilgisi bulunduğu anlaşılmaktadır. Akidlerde iki bedel arasındaki değer farklılığını ifade eden gabn, aynı zamanda bey’, icâre, şirket, kısmet ve sulh gibi ıvazlı akidlerle de söz konusu edilir. Çünkü bu saydığımız akidler iki tarafa da borç yüklemektedir.²⁰⁸

Gabn-ı yesir ve gabn-ı fahiş olmak üzere iki türlü gabn bulunmaktadır:

a. Gabn-ı Yesir

Basit ve önemsiz gabn anlamına gelir. Genel itibariyle bu çeşit gabinden kaçınmak mümkün değildir. Bu yüzden de maruz kalan tarafın rızasını sakatlamayacağı görüşü hâkimdir. Gabn-i yesir, fiyat tespit komisyonunun takdirleri dâhiline giren şeydir. Diğer bir ifadeyle ihtisas sahiplerinin takdirlerine giren bir aldanmadır. Bu da yaklaşık olarak yüzde on civarındadır. Mesela, 100 liraya alınan bir eşyaya işin ehli olan taraflar tarafından 90 veya 95 lira fiyat biçilmesi gibi.

b. Gabn-i Fahiş

Gabnin ikinci çeşidi ise aşırı ve belirgin gabn anlamında kullanılan gabn-i fâhiştir. Öncekinin aksine bu çeşit aldanmadan kaçınmak mümkündür. Gabn-i fâhiş gerekli olan ve olağan dışı sayılan bir aldanma çeşidi olduğu için rızayı da etkilemez.

²⁰⁷ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 221.

²⁰⁸ Bardakoğlu, “Gabn”, *İA*, XIII, 270.

Yani aldanan tarafın rızası dışında gerçekleşmektedir. Burada fiyat tespit komisyonunun ya da eşya fiyatlarını iyi bilen kişilerin takdirleri dikkate alınmaz.²⁰⁹

4. İkrâh

İkrah, modern İslam hukuk doktrinde irade sakatlıklarından biri olarak sayılmıştır. Klasik fıkıh doktrinde ise ehliyet arızası olarak yerini bulmuştur. Konu, sonraki bölümlerde işlenecektir.

²⁰⁹ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 221.

İKİNCİ BÖLÜM
İKRÂH KAVRAMI
VE
HUKÛKÎ MAHİYETİ

I. İKRÂH KAVRAMI

A. İKRÂHIN TANIMI

1. Sözlük Anlamı

İkrâh, Arapça'da كره-ه harflerinden türemiş if'al babında bir mastardır. Aslının *kerh* (كْرَه) ile *kürh* (كُرْه) kelimelerinden hangisi olduğunu ve sözkonusu iki kelimenin aynı anlama gelip gelmediğini lügat ve kırâat âlimleri tartışmıştır. Lügat âlimlerinin çoğunluğuna göre *kürh* ile *kerh* eşanlamlıdır. Dolayısıyla Kur'an'da birbirlerinin yerine okunabilirler. Başka bir ifadeyle bu kelimelerde kef (ك) harfi, hem zammeli hem de fethalı okunabilir. Ancak Bakara süresinin 216. ayetindeki *kef* harfi sadece zammeli okunur.²¹⁰

Diğer lügat âlimleri ise sözkonusu iki kelimenin anlam bakımından farklı olduğunu düşünmüşlerdir. Bunlardan biri Yahya b. Ziyâd el-Ferra'dır. (Ö.207/823) Ferra'ya göre *kürh* kişinin kendi iradesiyle katlandığı hoş olmayan bir durumu, *kerh* ise insanın dıştan gelen baskı sonucunda katlanmak zorunda kaldığı meşakkati ifade eder.²¹¹ Bu görüşe göre *kürh*, hem insan tabiatı; hem de şariat veya akıl açısından hoş görülmemeyendir.²¹²

Kerh ile *kürh* kelimeleri arasında anlam farkı olduğunu savunan görüş doğrultusunda hareket edilirse *ikrâh*ın *kerh* kavramından türemiş olduğu sonucuna varılır. Nitekim bazı lügat âlimleri *kerhi* *ikrâh* olarak tarif etmişlerdir.²¹³

²¹⁰ Ezherî, VI, 12–13; Zebîdî, XXXVI, 484; İbn Manzûr, XIII, 534. Söz konusu ayet ve mealî şöyledir: كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ “Hoşunuza gitmediği halde savaş size farz kılındı.” Bakara, 2/216.

²¹¹ Ezherî, VI, 12; Zebîdî, XXXVI, 484; İbn Manzûr, XIII, 534; el-Firûzâbâdî, Ebû Tâhir Mecdüddin Muhammed b. Ya'kûb b. Muhammed eş-Şirazî, (Ö.817/1414), *el-Kâmûsu'l-Muhît(I-IV)*, el-Hey'etu'l-Mısriyye el-Amme li'l-Kitab, 1980, IV, 286; el-Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed b. Ali el-Mukrî, (Ö.775/1368), *el-Misbâhu'l-Münîr* (I-II), Matbaatü'l-Emîriyye, 5.Bsk. Kahire 1920, II, 730. Bu dipnotta aktardığımız kaynaklara göre Ferra'nın görüşü, İbn Berri tarafından aşağıdaki Kuran ayetleriyle desteklenmiştir:

رَأَى فَجَاءَ بِهَا وَلِلْأَرْضِ انْتِيَا طَوْعاً أَوْ كَرْهاً “Allah Göğe ve yere “isteyerek veya istemeyerek” gelin dedi”, *Fussilet*, 41/11. Ayette geçen *kerh*, dışarıdan gelen zorlamayı ifade eder ve bu ayetteki *kefîn* harekesini zamme okuyan hiç kimse çıkmamıştır. كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ “Hoşunuza gitmediği halde savaş size farz kılındı.” Bakara, 2/216. ayetinde geçen *kürh* ise kişinin kendi doğasından meydana gelen ızttar halini ifade eder. Burada ise *kefîn* harekesini fetha okuyan hiç kimse yoktur.

²¹² İbn Manzûr, XIII, 534; el-İsfehânî, Ragıp, Ebu'l Kasım el-Huseyn b. Muhammed, (Ö.502/1108), *el-Müfredât fi Ğaribi'l Kur'an*, Şirket-i Matbaati'l Mustafa, el-Babi'l-Halebî, Mısır, 1961, s. 429.

²¹³ er-Râzî, Muhammed b. Ebû Bekir b. Abdülkadir, (Ö.666/11268), *Muhtârû's-Sihâh* Mektebet-ü Lübnan, Beyrut, 1986, s. 237.

İkrâh, sözlükte başkasını *razı olmadığı bir şeye veya hoş görmediği bir işi yapmaya zorlama* olarak tarif edilmiştir.²¹⁴

TDK sözlüğünde ise ikrâh kişiye *isteği dışında (iradesi olmadan) bir şey yaptırma* biçiminde tarif edilmiştir.²¹⁵

2. Terim Anlamı

Fıkıh âlimleri, ikrâhı terim anlamı açısından tarif ederken *terim anlamını lügat anlamıyla sınırlı tutma* ve *lügat anlamına ikrâhın unsurları ve şartlarını da ekleme* metotlarından birini takip etmişlerdir.

Lügat anlamıyla sınırlı tutma yöntemini tercih ederek ikrâhın tanımını yapanlardan biri Hanefî hukukçusu İbnü'l-Hümâm'dır. İbnü'l-Hümâm, "*Başkasını razı olmadığı bir şeye zorlamaktır.*"²¹⁶ biçiminde tarif etmiştir. Bu yöntemi takip ederek ikrâhı tarif edenlerden Zahirî hukukçusu İbn Hazm da, "*Sözlükte ikrah olarak isimlendirilen her şey, hissi açıdan da ikrah olarak tarif edilir.*"²¹⁷ biçiminde bir açıklama getirmek suretiyle sözlük ile terim anlamı arasındaki ilişkiye değinmiştir.

Lügat anlamına ikrâhın unsurlarını ve şartlarını da ekleyerek ikrâhı tarif eden fıkıhçılar ise belirli bir konuya vurgu yapmışlardır. Kimi, ikrâhın nasıl gerçekleştiğini ifade eden baskı unsuruna; kimi ise, ikrâhın neye yönelik olduğunu açıklayan hukuka aykırılık unsuruna vurgu yapmıştır. Baskının irâdeyi etkilemesi ve bu etki ile ikrâhın şekillenmesi, ikrâh tariflerinde baskı unsurunun daha ziyade vurgulanmasını sağlamıştır.

Hanefîler, baskının mahiyeti açısından ikrâhı, mülci' ikrâh ve gayr-i mülci' ikrâh şeklinde iki kısımda mütalaa etmişler ve baskıya maruz kalanın iradesini ifade

²¹⁴ *حمل الغير علي ما لا يرضاه أو علي أمر يكرهه* Ezherî, VI,13; İbn Manzûr. XIII, 535; Cürçânî, s. 32; Isfehânî, s. 429; Feyyûmî, II, 730. el-Mutarrızî, Ebu'l-Feth Nasır b.Abdüsseyyid b.Ali (Ö. 610/1213) *el-Muğrib fî Tertibi'l-Mu'rib*,(I-II) Thk: Heyet, Mektebet-ü Üsâme b.Zeyd, , Haleb 1979, II, 217.

²¹⁵ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yay., 11.Bsk., Ankara, 2011, s.1168.

²¹⁶ Emîr Pâdişâh, Muhammed Emin el-Hüseynî el-Hanefî el-Mekkî, (Ö. 987/1579), *Teyşîru't-Tahrîr*, (I-IV) Thk: Muhammed Emin İmran, Matbaa-i Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Mısır, 1981, II, 307.

²¹⁷ İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî, (Ö.456/1064), *el-Muhallâ* (I-XI), Thk: Muhammed Münir ed-Dîmeşkî, İdâretu't-Tıbbâti'l-Münîriyye, Mısır, 1350, VIII, 330.

eden *rıza* ile *ihtiyâr* üzerindeki etkisine dikkat çekmişlerdir. Fakat yalnız olarak ikrâhtan bahsettiklerinde mülci' ikrâhı kastetmişlerdir. Hanefî mezhebinde en çok kabul gören ikrâh tanımı, Serahsî'nin aşağıya aldığımız tanımıdır: “*İkrâh, kişinin başkasına karşı yaptığı bir fiildir. Bu fiil sebebiyle başkasının(mükrehin) rızası ortadan kalkar ve ihtiyârı bozulur ama mükrehin ehliyeti yok olmaz ve (şer’î) hitabı ortadan kalkmaz.*”²¹⁸ Serahsî'nin ikrâha rızâyı ortadan kaldıran, ihtiyârı bozan, fakat zorlanan açısından ehliyeti yok etmeyen fiil şeklinde bir açıklama getirmesi Hanefî mezhebinin bir kısım tasarruflarda rızâ ve ihtiyâr ayırımını gözetmiş olması sebebiyledir.²¹⁹

Diğer mezhepler ise hangi baskı biçimlerinin ikrâh sayıldığına dair örnekler sunmuşlardır. Malikî hukukçusu Hattab'ın İbn Şaş'tan naklettiği tanım, “*Kişiyeye zarar ve acı veren türden bir fiilin yaptırılması.*”²²⁰ şeklinde olup hangi baskı biçiminin ikrâh sayıldığını açıklamaya yöneliktir. Tanıma göre bir olayın ikrâh sayılabilmesi için mağdurun zarara uğratılmış olması ve maddî-manevî bir acı duymuş olması gerekir.

Şafîî mezhebinden Nevevî, “*zorbalık ve hükümler yoluyla tehdit*”²²¹, Hanbelî mezhebinden Makdisî ise “*ölümle tehdit etme, bir uzvu kesme, şiddetli dövme, uzun müddetle hapsetme ve zincire vurma, malının çoğunu gasp etme, tehçire zorlama, benzeri zarar verici bir şeyle tehdit etme*”²²² gibi baskı biçimlerine örnek vererek ikrâhı tarif etmişlerdir.

²¹⁸ الإكراه اسم لفعلة المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تتعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط (عنه الخطاب), es-Serahsî, *el-Mebsût* (I-XXX), Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, t.y., XXIV, 38; el-Merğînânî, Burhanuddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr, (Ö.593 /1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedi*, (I-VIII), Thk: Naîm Eşref Nûr Ahmed, 1.Bsk., İdaretü'l-Kur'ân ve'l-Ulumü'l-İslâmiyye, Karaçi, 1994, VI, 414; Kadizâde, Şemseddin Ahmed b.Mahmud, (988/1580), *Netâicü'l-Efkâr fî Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr* (VII-X), Thk: Abdurrezzâk Galip el-Mehdî, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1.Bsk., Beyrut, 2003, IX, 238.

²¹⁹ Bardakoğlu, XXII, ”İkrah”, 2000, s.30.

²²⁰ (ما فعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه) Hattâb, Ebû Abdullah Semseddin Muhammed, (Ö.954/1547), *Mevâhibü'l-Celîl li Şerh-i Muhtasari'l-Halîl*, (I-VIII), Dâr-u Alemi'l-Kütüb, Riyad, 2003, V, 312. Tanımda zarar vermekle malvarlığına karşı, acı vermek ile de vücut bütünlüğüne karşı zorlamayı ikrah olarak kabul ettiğini görmekteyiz.

²²¹ (هدد بولاية أو تغلب) en-Nevevî, Muhyiddîn Ebû Zekeriyâ Yahya b. Şeref, (Ö.676/1277), *Minhâcü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Müttakîn*, Thk. Muhammed Tahir Şa'ban, 1. Bsk., Beyrut, 2005, s. 416.

²²² قتل وقطع طرف وضرب شديد وحبس وقيد طويلين وأخذ مال كثير وإخراج من ديار ونحوه el-Makdisî, Ebu'n-Necâ Şerefeddîn Mûsa (Ö. 968/ 1561), *el-İknâ' fî Fıkhü'l-İmam Ahmed b. Hanbel*,(I-IV), Beyrut, t.y., IV, 4.

Zorlamanın niteliği ile ilgili değişik görüşler de bulunmaktadır. Kişinin irâdesini tamamen ortadan kaldıran fiziksel zorlamaların ikrâh değil, ilca' olduğunu savunan usûlcüler bulunmaktadır. Bununla ilgili görüşler, *ikrâhın kapsamı* kısmında açıklanacaktır.

İslam hukukçularının bir kısmı da tanımlarında, *ikrâha konu olan hukûkî olayın mahiyetini vurgulamıştır*. Hukûkî olayın hukuka uygun olup olmadığı, hem sözleri hem de fiilleri kapsayıp kapsamadığı ayrıca yapmaktan mı ibaret olduğu yoksa terk etmeyi de mi ihtiva ettiği gibi konular vurgulanmıştır. Sözelimi; “*İkrâh, mükrihten sadır olan ve mükrehin kendisinden istenileni yapmaya mecbur olduğu haksız fiildir.*”²²³ şeklindeki tanım ikrâha konu olan olayın hukuka aykırılığını vurgulamaktadır.

”*İkrâh, kişiyi yapmak istemediği bir fiile veya söz söylemeye zorlamaktır.*”²²⁴ şeklinde tanım ise ikrahın hem söz söylemeye hem de fiil işlemeye yönelik gerçekleştiğini vurgulamaktadır.

Tanımlardaki bir ihtilaf da talep içeren ikrâhın sadece yapmaktan mı ibaret olduğu yoksa terk etmeyi de mi ihtiva ettiği yönündedir. Genel bakış açısı ikrâhın *yapmaya zorlama* olduğuna yöneliktir. “*İkrâh, cismani bir zararla insanın bedeni üzerinde tazyik kurma veya zarar verme tehdidi ile korkutarak onu bir eylemi yapmaya veya terk etmeye zorlamaktır.*”²²⁵ şeklindeki tanım ise talep içeren ikrâhın sadece yapmaktan ibaret olmadığını ve terketmeyi de ihtiva ettiğini göstermektedir.

İkrâhın en kapsamlı tarifini yapan Hanefilerden Abdülaziz el-Buhârî'dir. Abdülaziz el-Buhârî'nin tanımı “*İkrâh, sevk edenin tehdit ettiği şeyi yapmaya muktedir, sevk edilenin korkar hale geldiği bir tehdit, korkutma ile başkasını*

²²³ İbn Âbidîn, IX, 177.

²²⁴ Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 370; Ebu Zehra, *Usûl*, s. 355.

²²⁵ Zerkâ, s.452. Kendisi tanımdan sonra ikrahın neden terk etmeyi de kapsadığı yönünde geniş açıklamalarda bulunmuştur. Şöyle ki: Hukukçular fiziksel müdahalede bulunmak suretiyle gerçekleşen ikrahı *hissi ikrah*, tehditten ibaret olan ikrâhı ise *nefsi ikrah* şeklinde tabir ederler. İstenen de ya bir fiilin yerine getirilmesi veya bir fiili terketmesine yöneliktir. Bir fiilin yerine getirilmesine yönelik ikrâh için sözleşme imzalamaya zorlama örneği verilebilir. Bir fiilin terkine yönelik ise muhayyerlik şartı ile kurulmuş bir sözleşmenin iptal edilmemesi ile tehdit etmek ve fiziksel baskı kurma örnek olarak verilebilir. Bkz. Zerkâ, s.453.

kaçındığı bir işi işlemeye sevk etmektir. Bu işi yerine getirildiğinde rıza yok olur."²²⁶ şeklindedir.

İkrahı en kapsamlı haliyle şöyle tanımlamak mümkündür: " *İkrah; tehdidini gerçekleştirmeye güç yetirebilen bir şahsın; tehdidin yerine geleceğine zannı galip ile kanaat getiren ve o tehditten sakınmaya güç yetiremeyip korkar hale gelen diğer bir şahsı, kendi rıza ve ihtiyarıyla seçmeyeceği ve hukuka aykırı olan bir işi yapmaya veya bir sözü söylemeye veya bir şeyi terk etmeye, etkili olan gücünü kullanarak haksız yere sevk etmektir.*"

Türk Hukuk Lügatinde ikrâh; " *Bir kimseyi tehdit ve ihafe ile rızası olmaksızın bir iş işlemek üzere birgayr-i hakkın icbar etmek*".²²⁷ şeklinde tanımlanmıştır.

İslam hukukunda ikrâhın kapsamı, Türk hukukundaki ikrâhtan daha geniştir. İslam hukukunda - yeri geldiğinde ifade edileceği gibi- irâdeyi yok eden ve doktrinde maddi ikrâh olarak tabîr edilen zorlama da ikrâh kapsamında değerlendirilirken, çağdaş Türk hukukunda daha manevî ikrâh olarak tabir edilen zorlamalar ikrâh sınırları içinde düşünülmüştür. Mevcut ikrâh tanımları, daha ziyade borçlar hukuku ile ilgili hükümleri ifade eden eserlerde bulunmaktadır. Bu tanımlardan biri şudur: " *İkrah, genel olarak, bir kimseyi korkutmak suretiyle onun bir hukukî muameleyi inşa etmek hususundaki rızasını istihsal etmektir*"²²⁸

İkrâhın rıza kavramı ile ilişkisi ve daha ziyade sözleşme hukukunda uygulanma alanı bulması, ceza hukukunda ikrâh kavramının terkedilmesine, yerine maddi ikrah ile eş anlamlı olan cebir kavramının ve manevi ikrahla aynı anlama gelen tehdit kavramının kullanılmasına sebep olmuştur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ikrâh kavramının geçtiği yerlere *korkutma* kavramı konulmuştur. Cebir ve ikrâh gibi baskı unsurlarının birbirleriyle olan ilişkisi, *ikrâhın kapsamı* kısmında ele alınacaktır. Ayrıca anlatımlarda geçen mülci ikrâh-gayr-ı mülci ikrâh ile maddî ikrâh-manevî ikrâh da *ikrâhın türleri* kısmında açıklanacaktır.

²²⁶ el-Buhârî, Abdülazîz, IV, 383.

²²⁷ Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati*, s.154.

²²⁸ Esener, s.150.

B. İKRÂHIN KAPSAMI

İkrâh tanımlarında baskının ve hukuki olayın niteliğine vurgu yapıldığı ve ihtilafın bu noktada yoğunlaştığı ifade edilmişti. Bazı hukukçular, irâdeyi ortadan kaldıran ikrâha *ilca'*, hukuka uygun bir şekilde meydana gelen ikraha da *icbâr* demişlerdir.

Diğer yandan zorlamaya maruz kalan kişi açısından ikrâh bir zarûret halidir. Ayrıca hukûkî sonuçları gözönünde bulundurulduğunda mücbir sebep ile ilişkisi de görülür. Bu bölümde ikrâhın sözkonusu dört kavramla ilişkisi incelenerek kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır.

1. İkrâh-İcbâr İlişkisi

İcbâr, c-b-r kavramından türemiş if'al babında bir mastardır. Aslı olan cebr, bozuk olan bir şeyi ıslah edip düzeltmek; birine zor kullanarak iş yaptırmak²²⁹ gibi anlamlara gelmektedir. Bundan türeyen ve if'al babının mastarı durumunda olan icbâr kelimesi de, *bir kimseyi bir olaya veya bir işi yapmaya zorlamaktır*.²³⁰

İslam hukukunda zorlama; caiz olup olmaması açısından değerlendirilmiş, icbârın meşru olan zorlamaları, ikrâhın ise meşrû olmayan zorlamaları ifade ettiği görüşü genel kabul görmüştür. Fıkıh kitaplarından elde edilen bilgiler ışığında icbâr ile ikrâh arasındaki farkları şöyle sıralamak mümkündür.

1. İcbârda, iş veya tasarrufu zorlayan; ikrâhta ise zorlanan kimse yapar. Bu sebeple icbâr niteliğinde olan zorlama, ancak yetkili bir kimse tarafından gerçekleştirilmektedir. İcbârın hukuka uygun zorlamalar anlamında kullanılması da bundan kaynaklanmaktadır.

2. İcbâr, hukuken yetkili bir kimsenin şer'î bir hükmü gerçekleştirmek amacıyla bir kimseye bir işi zorla yaptırması veya o işi onun adına, rızası ve ihtiyârı

²²⁹ İsfehânî, s. 85; Zebîdî, X, 347.

²³⁰ Râzî, , s.119–120.

hilâfına cebren yapması durumunu ifade eder. İkrâh ise tam tersine, hukukî ve meşrû olmayan bir zorlamayı ifade eder.²³¹

Aynı kökten türeyen, *cebbar* kavramı Kur'an'da mübalağa ism-i fail kalıbında geçmektedir. Bu kavramın bazen Allahın sıfatı olarak kullanılması suretiyle meşru zorlamayı,²³² bazen ise insana ait olumsuz bir sıfat olarak (zalim-zorba anlamında) kullanılmasıyla da meşrû olmayan zorlamayı²³³ ve haksız zorlamaları ifade eder.²³⁴ Kur'ân'daki kullanımına göre ikrâh ile icbâr arasında fark vardır. Her türlü zorlama icbâr kavramı ile karşılanabilirken ikrâh rızaya dayanmayan zorlamaları kapsamaktadır. Haklı ikrâh gibi bir deyim ve anlatım tarzı Kur'ân'da bulunmamaktadır. Ancak ikrâhın türleri kısmında ifade edeceğimiz gibi klasik fıkıh doktrininde icbâr ve haklı ikrâh deyiminin kullanımı yaygınlaşmıştır. Bu anlatılanlara göre; zorlanan kişinin razı olmadığını ifade eden zorlama ikrâhla, mutlak zorlamayı ifade eden zorlama da icbâr kavramı ile karşılanmıştır.

Fakîhlerin icbâra örnek mahiyetinde tartıştıkları konuların başında kişinin Müslüman olmaya zorlanması ve Müslüman kişinin dînî vecbelerini yerine getirmeye zorlanması gibi inanç ve ibadet alanı ile ilgili durumlar ile ehliyetsiz veya ehliyeti eksik kimselerin üzerinde velayet hakkı kurarak onlar adına hukukî muamelede bulunma gibi muamelat alanı ile ilgili durumlar gelmektedir. Söz konusu durumlar hakkında İslam hukukçularının doktrine yansıyan tartışmaları, sonraki bölümlerde ele alınacaktır.

Pozitif Türk Hukukunda ise cebir kavramının kullanımı İslam hukukundan farklıdır. Cebir kavramı, daha ziyade ceza hukukunda haksız zorlamalar karşılığında kullanılır. Ancak yasaların uygulanması ile meydana gelen zorlamaları ifade eden *kanuni cebir* şeklinde tabirlere de rastlanır. Borçlar hukukunda borcunu ödemeyen kişiye mağdurun isteği üzerine malının haciz edilmesi, ceza hukukunda ise kolluk kuvvetlerinin suçu tespit ve suçluyu yakalayabilme yetkilerini kullanmaları gibi durumlar kanuni cebire örnek olarak gösterilebilir.

²³¹ Bardakoğlu, "İcbar", *İA*. XXI, 409.

²³² *Haşr*, 59/23.

²³³ *Meryem*, 19/14.

²³⁴ *Kâf*, 50/45.

2. İkrâh-İlca' İlişkisi

İlca; zorunda bırakmak, himaye etmek, mecbur bırakmak ve ikrâh gibi anlamlara gelir.²³⁵ Usûl kitaplarında mülci' ikrâh ifadesinde geçen *mülci'*, *ilca'* kavramının ism-i failidir.

İlcâyı ikrâhın ağır hali olarak kabul eden usûlcüler olduğu gibi bunu ikrâh kapsamının dışında tutanlar da bulunmaktadır. Bazı usûlcülere göre ilca', ikrâhtan farklıdır. Zorlama ve baskı, iradeyi devre dışı bırakıyorsa sözkonusu zorlama ikrâh değildir. Bu görüşte olanlardan biri Zerkeşî'dir. Ona göre mülca' olanın (ilca derecesinde baskıya ve zorlamaya maruz kalan kişinin) seçme özgürlüğü yoktur ve zorlayanın elinde bıçak gibi bir alet konumundadır. Ayrıca ilca', (ikrâhın aksine) zarûretin hallerinden biridir.²³⁶ Çağdaş İslam hukukçularımızdan Bardakoğlu da bu görüşe meyiletmiştir. Ona göre bir kişinin elinin tutularak imza artırılması, birinin üzerine itilip zarara sebebiyet verilmesi gibi ZS bulunanın elinde cansız bir alet konumunda görüldüğünden mükellef sayılmaz ve fiilin neticesi asıl faile râci kılınır.²³⁷

Hanefilere ve Şafiîlerin çoğunluğuna göre ise ilca' ağır ikrâh halidir. İlca' sınırına ulaşan ikrâhın hukuki sonuçları farklı olur. Bunların sonuçları tezin sonraki kısımlarında açıklanacaktır.

Çağdaş İslam hukukçularından Karadâğî'ye göre usûlcülerin bahsettiği ilca', Hanefilerin ilca' tasavvurundan farklıdır. Ona göre usûlcülerin tabir ettikleri ilca ile Hanefilerin ifade ettikleri mülci' ikrâh arasında şu farklar bulunmaktadır:

1. İkrâh, şer'î hükümlere muhatab olmayı ve mükellefiyeti ortadan kaldırmaz. Hanefiler, Malikîler, tercih edilen görüşlerinde Şafiîler ve Hanbelîler mükrehin mükellef olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Usûlcülerin zarûret hali olarak gördükleri ilcada ise kişinin irâdesi tamamen yok olduğu için teklif ortadan kalkmaktadır.

²³⁵ Firûzâbâdî, I, 27; Râzî, s. 247.

²³⁶ ez-Zerkeşî, Bedreddin Muhammed b. Bahadır b. Abdullah el-Mısırî, (Ö.794/1392), *el-Bahrü'l-Muhît fi Usûli'l-Fıkh*, Vezâretü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt, 1992, I, 357-360.

²³⁷ Bardakoğlu, "İkrah", *İA*, XXII, s.30.

2. İkrâhta kişi ağır bir zorlama altında olsa da bir fiili yapma veya terk etme arasında bir seçim yapma kudretine sahiptir. Çünkü ikrâhta zorlamaya maruz kalanın irâdesi sakatlanmış ancak yok edilmemiştir. İlcada ise kişinin gücü ve irâdesi tamamen yok edilmiştir. İlca', birini yüksek bir yerden bir şahsın üzerine öldürmesi için iterek atmak gibidir. Usûlcülerin ifadesiyle ilca halinde zorlamaya maruz kalan kişinin üzerine zorlandığı şeyin gerçekleşmesi bir zorunluluktur ve bunun zıddı (yüksek bir yerden aşağı itilen kişinin düşmemesi) imkânsızdır.

3. İlca', sadece fiil ile (fiziksel baskı kurarak) gerçekleşir. Bu sebeple irâde tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Oysa ikrâh hem fiil ile hem de tehdit ile gerçekleşmektedir.²³⁸

Pozitif Türk hukukunda cebir ve maddi ikrâh deyimlerinin mevcut hukûkî açılımlarına bakıldığında bunların irâdeyi tamamen ortadan kaldırma konusunda ilca' ile aynı özelliğe sahip telakki edildikleri görülür. Usûlcülerin ilca' tarifi ile ceza hukukçularının cebir tarifleri birbirleriyle benzerlik arz etmektedir.

İkrah çeşitleri başlığı altında, mülci ikrah ile gayr-ı mülci ikrah arasındaki farklar ve cebir ile maddi ikrah kavramları ayrıca analiz edilecektir.

3. İkrâh-İztırâr İlişkisi

İztırâr, zarar kelimesinden türetilmiş bir terim olup sözlükte, kişinin kendisi için önlem alma imkânı bulunmayan bir durumun ortaya çıkması anlamına gelmektedir.²³⁹ Terim olarak ise bir kimsenin kendisinin veya başkasının hayatını, vukûu kuvvetle muhtemel bir tehlikeden korumak için aslında yapmaması gereken bir şeyi yapmaya mecbur kalması durumudur.²⁴⁰

Zarûret, kişinin normal yolla savuşturması mümkün olmayan ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalması hali olduğuna göre dıştan gelen cebir ve tehdidin yol açtığı durum olan ikrâh da bir nevi zarûret hali sayılır. Bunun için de zarûret ikrâha

²³⁸ Bkz. Karadâğî, II, 421-422.

²³⁹ Cürcânî, s. 142.

²⁴⁰ Erdoğan, s. 217.

göre daha kapsamlı bir kavram, aynı zamanda onun dayandığı hukukî gerekçe niteliğindedir.²⁴¹

Tespitlere göre her ikrâh, zarûret ve ıztırâr halidir. Oysa bazı zarûret halleri ikrâhtır. Zarûretleri *kişinin nefsinden kaynaklanan zarûretler* ve *dışarıdan kaynaklanan zarûretler* diye ikiye ayırdığımızda ikrâh dışarıdan kaynaklanan zarûretler kısmında yer alır. Zarûret ile ilişkisi sözkonusu edilen ikrâh, mülci ikrâhtır. Gayr-ı mülci ikrâh zarûret kapsamında değerlendirilmemiştir.

Zarûret hali, hüküm bakımından ikrâha bağlıdır. Ancak fiilin sebebi noktasında zarûretle ikrâh birbirinden ayrılır. İkrâh halinde zorlanan kişi kendisini zorlayan bir başkasının emriyle ve mecburiyet altında o fiili işlemek durumuyla karşı karşıya kalmaktadır. Zarûret halinde ise, failin fiilini işlemeye sevk eden herhangi bir etken yoktur. Ancak failin içinde bulunduğu şartlardan kurtulabilmesi için, yasaklanan fiili işlemesi gerekmektedir. Zira ancak böylece kendisini veya başkasını tehlikeden kurtarması mümkündür.²⁴²

Konu, detaylıca incelendiğinde zarûret ile ikrâh arasında farklılıkların daha fazla olduğu görülür. Bir kısmını aşağıya alıyoruz.

1. İztırâr, dâhili bir ihtiyaçtan doğar, başkasının onu işlem yapması için zorlamasına gerek yoktur. İkrâh ise dışarıdan gelen zorlama ile meydana gelir.

2. Zarûret halinde olan kişide kast mevcut olduğundan iradesiyle sözleşmeyi imzalamaktadır. İkrâhta ise irâde mevcut değildir.

Bahrülulûm'un bu maddede belirttiği ikrâh, maddi cebir ve usulcülerin tarif ettiği mülci' ikrâhtır. Maddi cebir halinde failin iradesinin varlığından bahsedilemez. Bu sebeple kusurluluğa etki eden bir durumdur. Manevi ikrâhta ve Hanefilerin kabul ettiği mülci' ikrâhta ise irâde mevcuttur ama bozulmuştur.

3. İztırâr halindeki kişinin satışı sahîh iken, mükrehin satışı sahîh değildir.

4. İztırâr halindeki kişinin bazı tasarrufları haklı bir zorlamanın sonucudur. İkrâh ise her zaman haksız bir zorlama sonucu meydana gelir.

²⁴¹ Bardakoğlu, "İkrah" *İA*, XXII, 30.

²⁴² *Üdeh*, I, 576-577.

5. Teklîfî hükümlerde ikisi aynı sonucu verir. Bir tasarrufun sözgelimi, caiz olup olmaması açısından hükmü ikisinde de aynıdır. Ancak sıhhat, sebep gibi vaz'î hükümlerde zarûret ile ikrâh birbirlerinden farklıdır.²⁴³

6. İkrâhta hareket şekli failde dikte edilmiştir. Hâlbuki zarûret halinde fail kendisini bir karar vermeğe mecbur hissetmektedir.

7. Zarûret halinde fail irâdesine sahip olmasına rağmen, ikrâhta failin irâdesi aşırı derecede zorlanmıştır. Bir dereceye kadar zorlanmış irâde dahi bir irâdedir kuralı kabul edilebilirse de, bu hiç bir zaman manevi cebrin, failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracak şekilde gerçekleşmeyeceğini ve böyle bir yoğunluğa ulaşamayacağını göstermez. Tehdidin, yani manevi cebrin bu dereceye ulaşması ve cezasızlıktan bahsedilebilmesi için zaruret halinin bütün şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Basit tehditlerin bu sonucu doğurması mümkün değildir.

8. Manevi cebir halinde fail kötülük yaptığını bilmektedir. Oysa zarûret halinde çoğunlukla fail iyi bir hareket yaptığı kanaatindedir.

9. Zarûret halinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum söz konusu iken; manevi cebirde manevi unsura etki söz konusudur. Zarûret halinde tehlikenin ağırlığının failde aşırı bir korku hissi meydana getirdiği hallerde, bu iki kurum birbirine oldukça yaklaşmaktadır.

10. Zarûret hali ile cebir ve tehdit arasında bir ortak yön bulunmaktadır. Her iki durumda da dışarıdan (üçüncü kişiden veya doğadan) kaynaklanan bir etki üzerine suç teşkil eden eylem gerçekleştirilmektedir.²⁴⁴

4. İkrâh-Mücbir Sebep İlişkisi

Mücbir Sebep; zorlayan, mecbur eden sebep, önceden bilinmesine dolayısıyla ile neticesinin önlenmesine imkân bulunmayan dış tesirlerden meydana gelen sebep ve hadisedir.²⁴⁵

²⁴³ Bahrülulûm, s. 214–215.

²⁴⁴ Kutanoğlu, Mithat, *Özel Hukukta ve Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 62–63.

²⁴⁵ Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul, Yetkin Yayınevi, 2004, s.1363.

Mücbir sebep, hukukta, bir sorumluluğun yerine getirilmesini kısmen veya tamamen, geçici veya daimi surette engelleyen, bu niteliği dolayısıyla sorumluluğu kaldıran veya yerine getirilmesini ve vadesini geciktiren veya sorumluluğun niteliğini değiştiren kişinin önceden beklemediği ve tahmin edemeyeceği, beklese ve tahmin etse bile engelleyemeyeceği dıştan gelen olağanüstü nitelikte bir olay, olgu veya durumdur.²⁴⁶

Mücbir sebep kişiyi önlenemez ve zararlı bir icra veya ihmal hareketinde bulunmaya zorlayan harici, başa çıkılması imkânsız bir gücü ifade eder. Başa çıkılmaz bir gücü ihtiva etmesi yönüyle maddi ikraha benzer. Mücbir, icbar kavramının ism-i faili olup zorlayan/zorlayıcı anlamına gelmektedir.

Ancak, mücbir sebep ile ikrâhı birbirlerinden ayıran durumlar da mevcuttur. Mücbir sebepte insan hareketini kesen bir doğa olayı iken, maddi cebirde söz konusu olan, doğrudan bir insan tarafından başka bir insan üzerine uygulanan bir beşeri kuvvettir. Mücbir sebep, kişiyi belirli bir şekilde davranmaya iten ve ortadan kaldırılması imkânsız olan belirli bir haldir.²⁴⁷

C. İKRÂHIN UNSURLARI

İkrâh dört unsuru ile beraber gerçekleşir. Bunlar mükrih (zorlayan), mükreh (irâdesine baskı yapılan kişi), mükrehün aleyh (ikrâha konu olan hukuki olay) ve mükrehün bih (ikrâh vasıtası)dir.²⁴⁸ Her bir unsur ile ilgili şartlar da bulunmaktadır.

Günümüzde ikrâhın maddî ve manevî unsurundan söz edilmekte ve açıklamalar buna göre yapılmaktadır. Tehdit ve şekilleri ikrâhın maddî unsuru; kişinin korku ve aciziyet içinde olması ise ikrâhın manevî unsuru olarak açıklanmaktadır.²⁴⁹ Modern tasnîfe nazaran daha sistematik ve vakıya uygun gördüğümüz için çalışmamızda klasik tasnîf esas alınacaktır. Bu bölümde ikrâhın

²⁴⁶ Bu doğrultudaki tanım ve örnekler için bkz. Gülşen, s.112.de dipnot 10–14 teki yazarlardan naklen.

²⁴⁷ Dönmezer/Erman, s.336.

²⁴⁸ Serahsî, XXIV, 39.

²⁴⁹ Mesela bkz. Bardakoğlu, “İkrâh”, *İA*, XXII, 32.

unsurlarının sadece tanımları verilecek, sözkonusu unsurlara ait şartlar *ikrâhın gerçekleşmesinde aranan şartlar* başlığı altında detaylıca açıklanacaktır.

1. Mükrih

Mükrih, ikrâh kökünden ism-i fail kalıbında olup kelime olarak *zorlayan* anlamına gelir. Terim olarak, maddi veya manevi baskı kurarak başkasını zorla herhangi bir söz söylemeye veya fiil işlemeye veya bir şeyi terketmeye zorlayan kişidir.

Mükrih, ikrâhın aktif unsurudur. İkrâh sonucu meydana gelen fiilin esas faili sayıldığı için bu davranışından dînî ve hukûkî açıdan sorumlu olur.

Mükrih, tüzel kişi ise buna *zorlayıcı güç* denir. İslam hukukunda tüzel kişilerin ikrâhı ile ilgili doğrudan bir bilgi mevcut değildir. Ancak borcunu ödemeyen kişinin mahkeme kararı ile borcunu ödemeye zorlanabileceği hükmü yer almaktadır. Bu, tüzel kişilerin de mükrih olabileceğini gösterir. Pozitif hukukta da tüzel kişiler mükrih olabilmektedir.

2. Mükreh

Mükreh, ikrâh kökünden ism-i mef'ûl kalıbında olup *zorlanan* anlamına gelmektedir. Terim olarak ise, razı olmadığı ve hoş görmediği halde herhangi bir sözü söylemeye veya fiili yapmaya veya bir şeyi terketmeye zorlanan kişidir. İkrâhın pasif unsurudur.

İkrâh doğrudan doğruya tüzel kişiye değil, organlarını meydana getiren şahıslara yönelmiş olması durumunda dikkate alınmaktadır.

3. Mükrehün Aleyh

Mükrehün aleyh, ikrâha konu olan hukûkî olaydır. İkrâha konu olan hukûkî olay; söz veya fiil, hukuka uygun veya hukuka aykırı olabilir. Talep edilen hukûkî olay, yapmayı veya terk etmeyi içerebilir. Mesela mükrih, mükrehi başkasını öldürme konusunda zorlasa öldürme mükreh aleyh olur. Doktrinde inanma, ibadet,

alışveriş, nikâh, boşama, zina ve öldürme gibi durumlar daha fazla ikrâh konusu yapılmıştır. En yaygın ikrâh konuları yukarıda belirtilen durumlar olmakla beraber hukûkî sonuç doğuran her durum, ikrâh konusu olabilir.

4. Mükrehün Bih

Mükrehün bih, mükrihin ikrâhını gerçekleştirmek üzere mükrehe karşı kullandığı vasıtaadır. Mesela mükrih, mükrehi öldürmekle tehdit etse tehdit mükreh bih olur. Aynı şekilde mükrih, mükrehe karşı fiziksel baskıda bulursa bu fiziksel baskı ve cebir mükrehün bih olur. Buna ikrâhta kullanılan vasıta veya ikrâhin gerçekleşme türü de denir.

D. İKRÂHIN TÜRLERİ

İkrâhin, *mükrehün aleyh* ve *mükrehün bih* unsurlarına göre tasnîf edilmiş türleri bulunmaktadır. Mükrehün aleyhe göre başka bir ifade ile ikrâha konu olan hukuki olaya göre ikrâhin iki tür tasnîfi bulunmaktadır. Birinci tasnîf, hukuki olayın hukuka aykırı olup olmamasına, ikincisi ise fiil veya sözden hangisine yönelik olduğuna göre yapılmıştır.

İkrâhin *söz söylemeye ikrâh* ile *fiil işlemeye ikrâh* şeklindeki tasnîfi Zahirîlerden İbn Hazm'a aittir. Onun bu tasnîfi, hukuki sonuç doğurması bakımından Hanefilerin *ikrâhin sözlü tasarruflara etkisi* ve *ikrâhin fiili tasarruflara etkisi* şeklindeki tasniflerine benzemektedir. İkrâhin sözlü ve fiili tasarruflara etkisi sonraki bölümde ele alınacağı için, ikrâhin söz söyleme ve fiil işlemeyen hangisine yönelik olduğu konusunun bu başlık altında işlenmesine gerek duyulmamıştır. Geriye, ikrâhin hukuka uygunluğu açısından yapılan tasnîf kalmaktadır.

1. İkrâhin Hukuka Uygun Olup Olmaması Açısından

Hukuka uygun olup olmaması açısından ikrâh, zorlamanın hukuka uygun olmasını ifade eden meşrû ikrâh ve zorlamanın hukuka aykırı olmasını ifade eden gayr-ı meşrû ikrâh olmak üzere iki kısma ayrılır. Haksız ikrâh, aynı şekilde bir

haksız fiildir. Bu tasnif, başlangıçta Şâfiîlere ait iken sonradan Hanbelîler de onlara tabi olmuş, zamanla Hanefîlerin²⁵⁰ ve Mâlikîlerin²⁵¹ eserlerine değişik isimlerle yansımıştır. Böylece ikrâhın hukuka uygunluğu açısından tasnifi konusunda -bazıları haklı ikrâh yerine icbâr gibi değişik kavramlar kullanmışlarsa da- ittifak hâsıl olmuştur.

Bardakoğlu'na göre ikrâh, hukuka aykırı zorlamaları ifade ettiğinden ikrâhın hukuka uygunluğu açısından kesinleşmiş bir tasnifi yoktur. Bu sebeple ikrâhın zorlamaya konu olan şey açısından ikiye ayrılıp terim anlamındaki ikrâha haksız ikrâh, icbâra da haklı ikrâh denmesi birinci tür ikrâhtaki hukuka aykırılık unsuruna vurgu yapmak içindir.²⁵²

a. Meşrû İkrâh

Meşrû ikrâh, zorlamanın haklı ve hukuka uygun olmasını ifade eder. Malikîler bunun yerine “*şer’î ikrâh*” tabîrini kullanırlar.²⁵³ İslam’ın vecibelerini ve başkalarının hakkını ihmal edenlerin kanun yoluyla bu vecibelerini ifaya zorlanmaları, *haklı ikrâh* veya *meşrû ikrâh* şeklinde tabîr edilmiştir.

Meşrû ikrâhta Allahın ve insanların rızası, zorlamaya maruz kalan kişinin rızasına tercih edilmektedir. Başka bir ifadeyle kamu yararı, kişinin özel menfaatlerine yeğlenmektedir. Bu yönde yapılan hukuki işlemler, hukuka aykırı olmadığından geçerli olur. Fıkıh doktrininde dine ve hukuka uygun zorlamalara *icbâr* da denilmektedir. Kişinin alacağını tahsil etmek için kanun yoluyla zor kullanması bu ikrâh türüne örnek olarak verilebilir.

İcbâr ile ilgili bilgiler “ikrâhın sınırları” kısmında verildiği için bu kısımda tekrarlanmayacaktır.

²⁵⁰ İbn Âbidîn, IX,177,184.

²⁵¹ Düsûkî, Muhammed Urfe (Ö.1230/1815), *Haşiyetu'd-Düsûkî ale'ş-Şerhi'l-Kebîr*, (I-IV), Thk: İsa el-Bâbi el-Halebî, Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabî, t.y, y.y, II, 367.

²⁵² Bardakoğlu, “İkrah”, XX, 32–33.

²⁵³ Düsûkî, II, 367.

b. Gayr-ı Meşrû İkrâh

Kişinin başkasını öldürme, zina etme, içki içme gibi dinen veya hukuken yasak olan bir şeyi yapmaya zorlanmasıdır. İki kısma ayrılır. Birinci kısım; Allahın normal olarak haram kıldığı ancak ikrâh sebebiyle ruhsat tanıdığı fiillerdir. Küfür sözü söylemeye, ölü hayvan eti yemeye ve içki içmeye zorlanma örneğinde olduğu gibi. Çünkü zarûret hali, suçun isnad kabiliyetini davranışın faili olan mükrehten kaldırmaktadır.

İkinci kısım ise ikrah zarûretine rağmen mükrehtin cezaî sorumluluğunu kaldırmayan fiillerdir. Bunlar öldürme ve zina suçlarıdır.

Hukuka uygunluk açısından ikrâhın, mükrihin sorumlulukları ve hukuki işlemin geçerliliği bakımından farklı hükümleri mevcuttur. Mükrih, hukuka uygun zorlamaya başvurduğunda herhangi bir sorumluluk altına girmez. Bunun gibi mükrih, hukuka uygun bir şekilde başkasını hukûkî işlem yapmaya zorlandığında hukuki işlem sahîh ve geçerli olur.

Haksız ikrah, gerçekleşmenin hukuki sonuçlara etkisi açısından mülci' ve gayr-ı mülci' ikrâh olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ise, ikrâhın gerçekleşme şekli açısından yapılan tasniftir.

2. İkrâhın Gerçekleşme Biçimi Açısından

İkrâh, gerçekleşme şekline göre iki kısma ayrılır. Birincisi, *mülci' ikrah*, diğeri *gayr-ı mülci' ikrâhtır*. Bazı hukukçulara göre üçüncü bir ikrâh çeşidi daha vardır. Bu da mükrehtin yakınlarına yönelen ve doktrinde *manevi ikrâh* veya *edebî ikrâh* şeklinde tabir edilen ikrâhtır. Gerçekleşme şekli açısından ikrâh türleri, borçlar hukukunda irâdeye etkileri açısından, ceza hukukunda da cezai sorumluluğa etkileri açısından farklı sonuçlar doğurmaktadır.

Mülci' ikrâh ve gayr-ı mülci' ikrâh şeklindeki ayırım, Hanefilere mahsustur. Bazı Şafîiler de aynı ayırma gitmiş ancak konuyu Hanefilerden farklı hükümlere bağlamışlardır. Diğer mezhepler ise gayr-ı mülci' ikrâhı kabul etmemişlerdir. İbn Hazm'ın ikrâhı söze ikrâh ve fiile ikrâh şeklinde bir taksimata tabi tutması, varılan

sonuçlar açısından bakıldığında fiile ikrâhın mülcî ikrâha söze ikrâhın mülcî' olmayan ikrâha benzediği görülür.²⁵⁴

Pozitif hukukta ikrâh, gerçekleşme şekline göre maddî ikrâh ve manevî ikrâh şeklinde iki kısımda mütalaa edilmektedir. Ancak maddî ikrâh ve manevî ikrâh kavramları fazla kullanılmamakta yerlerine cebir, tehdit ve korkutma gibi kavramlar tercih edilmektedir.

a. İslam Hukukunda

aa. Mülcî' İkrâh

Doktrinde *tam ikrâh* olarak da tabir edilen mülcî' ikrâh, ağır ikrâhı ifade etmek için kullanılır. Hanefîler ve Şafîîler tarafından mülcî' ikrâhın varlığı kabul edilmiş ise de bu mezheplerin mülcî' ikrâha getirmiş oldukları açılım birbirinden farklıdır. Hanefîlere göre kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne ve malvarlığının tamamına yönelik tehdit, mülcî' ikrâh sayılır. Mecelle'nin 949. maddesinde " *Mülcî ikrâh; itlâf-ı nefis, ya kât'-ı uzuv yahut bunlardan birine müeddî olur. Darb-ı şedîd ile olan ikrâhtır*" denilerek Hanefîlerin mülcî' ikrâha getirdikleri açılım beyan edilmiştir. Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi, malvarlığının tamamının imha edilmesinin de mülcî ikrâh kapsamında olduğunu beyan etmiştir.²⁵⁵

Hanefîlere göre mülcî' ikrâh rızayı yok eder ve ihtiyârı bozar.²⁵⁶ Ancak ihtiyârı ortadan kaldırmaz. Mülcî ikrâh, hukûkî sonuçları birbirinden farklılık arz etse de hem hukûkî işlemlere hem de hukuka aykırı fillere etki eder.

Bazı Şafîî usûlcülere göre ise mülcî' ikrâh, kişinin irâdesini tamamen ortadan kaldıran ve onu mükrihin elinde bir alet durumuna sokan ve fiilin mükrehe nispet

²⁵⁴ Bkz. İbn Hazm, s. 329–330.

²⁵⁵ Ali Haydar, Hoca Emin Efendizâde, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*,(I-IV), Matbaa- i Ebuzziya, Konstantiniye, 1330, III,17.

²⁵⁶ Buhârî, *Keşfü'l Esrâr*, IV, 383; Teftâzânî, Sa'düddin Mes'ud b. Ömer, (Ö.792/1390), *Şerhü't-Telvîh âlâ't-Tavdîh*, (I-II), Thk. Zekeriyya Umeyrât, 1.Bsk., Dâru'l Kütübi'l İlmîye, Beyrut, t.y., II, 414.

edilmesine engel olan en ağır zorlamadır. İrâdenin yok olması ile mükellefiyet de ortadan kalkar.²⁵⁷

Mülcî' ikrâhta mükrehin irâdesi daha fazla etkilenmiş olduğundan hukûkî sonuçları, gayr-ı mülcî' ikrâhın hukûkî sonuçlarından daha ağırdır.

ab. Gayr-ı Mülcî' İkrâh

Hanefilere göre gayr-ı mülcî' ikrâh, kısa süreli hapis, hafif dövme gibi ikinci derecede ağır olan zararları verme ve bu zararlarla tehdit etmektir. Bu çeşit zorlamada öldürme, bir uzvu itlaf, ağır bir şekilde dövme, uzun süreli hapis söz konusu değildir. Buna *nakıs ikrâh* da denir. Hanefilere göre bu tür ikrâh rızayı ortadan kaldırır, ama ihtiyârı bozmaz.²⁵⁸

Diğer mezheplere göre yukarıda sayılan vasıtalarla gerçekleşen zorlama, ikrâh değildir. Çünkü iradesine baskı yapılan kişi, kendisine emredilen işi yapıp yapmama konusunda seçim sahibidir. Fakat irâdesi sakatlanmış olduğundan tam bir seçim sahibi değildir. Mükreh, bu işlemde fiilin kendisini hedeflemiş değildir, aksine iki zarardan hafif olanını tercih etmiştir.

Bazı Şâfiilere ve usûlcülere göre gayr-ı mülcî' ikrâh, mükrehe hareket etme şansı veren zorlamalardan ibarettir. Bu yönüyle fiziksel zorlamaları değil, tehdit içeren zorlamaları kapsamaktadır. Rızayı sakıt etmekle beraber irâde ve ihtiyârı etkilemez. Öldürülme, bir organının yok edilmesi ile tehdit edilme ve şiddetli dövülme gayr-ı mülcî' ikrâh sayılır. Ortada fiilî bir engel olmadığından, ölüm ile de olsa sözle tehdit edildiğinde mükrehin tercih hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla bu durumlarda zorlanması ilca' sayılmaz. İlca' sayılmadığı için de mükreh mükelleftir.²⁵⁹

Bazı Hanefî hukukçuların kabul etmiş olduğu manevî/edebî ikraha gelince; manevî ikrâhta kişinin ne rıza ne de ihtiyârı etkilenmemektedir.²⁶⁰ Dolayısıyla

²⁵⁷ Zerkeşî, *Bahrü'l-Muhit*, I, 355; el-Esnevî, Abdürrahîm b. Hasen, (Ö. 772/1370), *Nihâyetü's-Sül fi Şerh-i Minhâci'l-Vüsûl*, (I-IV), Alemü'l-Kütüb, Beyrut, t.y., I, 321-322, Suyûtî, s. 224.

²⁵⁸ Buhârî, *Keşfu'l-Esrâr*, III, 383.

²⁵⁹ er-Râzî, Muhammed b. Ömer, (Ö.606/1209), *el-Mahsûl fi İlmi Usûli'l-Fıkh (I-VI)*, Thk. Tâhâ Câbir Feyyâz el-Alvânî, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut., t.y., II, 268; Esnevî, I, 325.

²⁶⁰ Buhârî, *Keşfu'l-Esrâr*, IV, 383.

mezhepte bu zorlamanın geçerli olup olmadığı tartışma konusu olmuş, Serahsî, manevî ikrâhı istihsanen kabul ettikten sonra kabul görmeye başlamıştır.²⁶¹

Edebî ikrah, bazen mülci' ikrâh bazen de gayrı mülci ikrâh şeklinde gerçekleştiğinden ayrı bir ikrâh türü olarak kabul edilmeyebilir. Sözelimi, kişinin oğlunun öldürülmesi ile tehdit edilmesi mülci' ikrâhın, oğlunun hapsedilme veya dövülmesi ile tehdit edilmesi ise gayr-ı mülci' ikrâhın gerçekleşmesine sebeptir. Ayrıca insanın akrabalarına olan hassasiyeti göz önünde bulundurulduğunda, akrabalara yapılan kötülüklerin, kişinin rızasını bozmadığını söylemek mümkün değildir. Bu sebeplerden dolayı edebî ikrâh veya manevî ikrâh şeklinde tabir edilen üçüncü bir ikrâh türüne ihtiyaç bulunmadığını düşünmekteyiz.²⁶²

b. Pozitif Hukukta

Gerçekleşme şekline göre ikrâh, pozitif hukukta *maddî ikrâh* ve *manevî ikrâh* olmak üzere iki kısımda mütalaa edilmiştir. Bununla beraber borçlar hukukunda maddî ikrâh pratikte bir anlam ifade etmediğinden ikrâh kavramıyla manevî ikrâh kastedilmiştir. Ceza hukukunda ise maddî ikrâh, cebir gibi başka kavramlarla karşılanmıştır. Bu sebeple çalışmamızda zorlamanın fiziksel olmasını ifade eden maddî ikrâh ve baskının psikolojik olmasını ifade eden manevî ikrâh izah edilirken aynı anlama gelen tehdit, cebir ve şiddet kavramları da tarîf edilecektir.

ba. Maddî İkrâh

Maddî ikrâh, fiziksel güç kullanarak yapılan zorlamalardır. Bir kimsenin elinin tutulması suretiyle zorla sözleşmenin altına imza attırılması şeklinde maddî bir tazyik söz konusu olduğunda maddî ikrâhtan söz edilir. Maddî ikrâhın en önemli

²⁶¹ Bu sebeple Serahsî, “İstihšana göre bu durum bir ikrâhtır. Bu gibi ikrâh altındaki tasarruflar geçerli değildir. Çünkü kişinin babasının veya oğlunun hapsedilmesi ona, kendisinin hapsedilmesinden daha çok üzüntü verir. Bir evlat babasına itaatkâr ise onu hapisten kurtarmak için çalışır, babasını hapisten kurtarmak için onun yerine hapse girer. Nitekim kendisinin hapse atılma tehdidi rızasını yok ettiği gibi, babasının hapsedilme tehdidi de rızasını yok eder.” demiştir. Bkz. Serahsî, *Usûl*, s.144.

²⁶² Aynı düşünce için bkz. Nyazee, Imran Ahsan Khan, *Outlines Of Islamic Jurisprudence*, Advanced Legal Studies Institute, 2000, s.119.

özelliği, irâdeyi ortadan kaldırmasıdır. Maddî ikrâh; ceza hukukunda *maddî cebir* veya yalın olarak *cebir* ve *şiddet* gibi kavramlarla da karşılanmaktadır.

Borçlar hukukunda irâde olmadan hiçbir hukûkî işlem gerçekleşmediği için maddî ikrâhın borçlar hukukunda uygulanma alanı bulunmamaktadır. Böylece akdın kurulmaması söz konusu olmaktadır. Zira sözleşmenin kurucu unsuru olan irâde beyanı, mevcut değildir. Bu doğal netice ile ilgili ayrı bir düzenleme yapmaya kanun koyucu gerek görmemiştir.

Bu kısımda; ceza hukukunda ikrâh ile aynı anlamda kullanılan cebir ve şiddet kavramları hakkında kısaca bilgi verilecektir.

1) Cebir

Bir kimsenin, maddeten yani fiziki güç kullanmak suretiyle zorlanarak bir suçu işlemek zorunda bırakılmasıdır.²⁶³ Bu itibarla, cebir, bir kimsenin karşı konulamaz bir fiziki gücün etkisiyle irâdesinin oluşmasının veya kendi isteği doğrultusunda irâdesini kullanmasının engellenmesiyle, örneğin bir yere kapatılması, yakalanması veya doğrudan doğruya vücudu üzerinde etkide bulunulmak suretiyle bir hareketi yapmaya zorlanması dolayısıyla suçu işlemek zorunda bırakılması şeklinde tanımlanmaktadır.²⁶⁴ Bu tanımda cebir, maddî ikrah ile aynı anlamda kullanılmıştır.

Türk Hukuk Lügatinde cebir: " *Gerek tabii hadiseler sebebi ile ve gerek şahsın fiili dolayısıyla bir kimsenin arzu ve rızası hilafına olarak bu hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlanmasıdır.*" şeklinde tarif edilmiştir.²⁶⁵ Tanımda, doğal olaylar sonucu bir şeyi yapmaya zorlanmaya atıfta bulunulmuş ve aynı kavramdan türeyen mücbir sebebe işaret edilmiştir. Ayrıca terketmeye zorlanmanın da cebir ifade ettiğine değinilmiştir.

²⁶³ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Savaş Yay. Ankara, 2005, s.156–157.

²⁶⁴ Cihan, Erol, *Cebir Kullanma Cürmü*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 63; Gülşen, Recep, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza Mücbir Sebep Cebir ve Tehdit*, Seçkin Yay. Ankara, 2007, s. 132–133.

²⁶⁵ Türk Hukuk Lügati, s.46–47.

2) Şiddet

Şiddet, şahıslar üzerinde maddî tazyik husule getiren faaliyetlerdir. Bu tazyikin, şiddet derecesi ne olursa olsun, istenilen neticeyi doğurmaya elverişli olması yeterlidir. Bu nedenle, somut olayın şartlarına göre değerlendirilmek koşulu ile bazen bir kimsenin omuzuna elini koymak bile şiddet manası taşıyabilir. İtmek, fena kokulu gazlar kullanarak hak sahibini o mahalden uzaklaştırmak, hareket serbestîsinden mahrum etmek gibi haller şiddet sayılabilmektedir.²⁶⁶ Maddi tazyik ve fiziksel baskı yoluyla meydana geldiği için maddi ikrâh ile aynı hukûkî mahiyeti taşır.

b. Manevî İkrâh

Tehdit ve korkutmadan ibaret olan ve herhangi bir fiziksel baskı kurmadan başkasının iradesini etkilemeye *manevî ikrâh* denilmektedir. Borçlar hukukunda uygulanma alanı bulan ikrâh, manevî ikrâhtır. Ceza hukukunda kullanılan manevî cebir ve tehdit şeklindeki tabirler de, manevî ikrâhı ifade etmektedir.

Tehdit, bir kimseye, bir işi yaptırmak amacı ile iradesi üzerinde cebri tesir yapmak, gözdağı vermek, gözünü korkutmaktır. Bu genel anlamı ile tehdit, bireylere tanınmış, iç ve dış hürriyetlerin varlığını ihlal edici fiillerden oluşmakta ve böylece hukuk düzeni tarafından çeşitli vasıtalarla korunan, hürriyet alanlarına müdahaleler gerçekleşmiş olmaktadır.²⁶⁷

Manevî ikrâhı maddi ikrâhtan ayıran en önemli özellik, irade beyanının mevcut olmasıdır. Bu sebeple kişi, iki riskten birini diğerine tercih etmektedir.²⁶⁸ İnan, "*İkrah, kişinin eli tutularak tabanca ve benzeri araçlarla akdin imzalatılması gibi "maddi ikrah" şeklinde olabileceği gibi, evinin yakılacağı, kendisinin veya*

²⁶⁶ Erem, Faruk / Toroslu, Nevzat; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*; Savaş Yay., Ankara 2000, s. 84.

²⁶⁷ Tezcan, Durmuş / Erdem, M. Ruhan; *Ceza Özel Hukuku*; Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2000. s. 23

²⁶⁸ Esener, s. 196.

*yakınlarının sırlarının açıklanacağı tarzındaki baskılarla “manevi ikrah” şeklinde de olabilir.”*²⁶⁹ diyerek iki ikrâh çeşidi arasındaki farkı açıklamıştır.

Şafîî usûlcülerin mülcî' ikrâh için, modern hukukçuların da maddî ikrâh için tayin ettikleri sınırlar büyük oranda benzerlik arz etmektedir. Ancak modern hukukçular, manevî ikrâhın şartlarını Şafîî usûlcülerin gayr-ı mülcî' ikrâh için belirledikleri şartlardan daha hafif tutmuşlar, Hanefilerin gayr-ı mülcî' ikrâh tasavvurlarına yaklaşmışlardır.

II. HUKUK SİSTEMLERİNDE İKRÂH

A. ESKİ HUKUK SİSTEMLERİNDE İKRÂH

1. Roma Hukukunda İkrâh

Roma hukukunda ikrah, (metus), bir kimsenin zihninde önüne geçilmez bir korku yaratarak, normal durumda yapmayacağı bir hukûkî muameleyi yapmaya zorlamadır. Burada bahis konusu olan maddî bir cebir değil, manevî tazyiktir. Mesela bir kimse ya kendisinin veya yakınlarından birinin öldürüleceği veya kaçırılacağı tehdidi ile bir mülkiyeti nakil muamelesi yapmaya veya bir senedi imzalamaya veya stipulato (sözlü akit) ile vaadde bulunmaya mecbur edilir.²⁷⁰

Çağdaş hukuklarda görülen maddî ve manevî ikrâh şeklindeki ayırım, Roma hukukuna dayanmaktadır. Kişinin iradesinin mutlak olarak ortadan kalktığı durumlar için mutlak kuvvet anlamında *vis absoluta*, kişinin iradesinin ortadan kalkmadığı durumlar için ise itici veya zorlayıcı kuvvet anlamında *vis compulsiva* ayırımına gidilmiştir.²⁷¹

Roma Hukuku, *Metus* (ikrah), *Dolus* (hile) ve *Error* (hata) gibi durumları rızayı fesada uğratan sebepler arasında saymıştır.²⁷²

Eski Roma hukuku *Lus Civile*'ye göre hukukunda ikrâh (Metus), ilk zamanlarda akdin feshini mucip olmamakta idi. Zira ilk devirlerde akitler sıkı

²⁶⁹ İnan, s. 216.

²⁷⁰ Rado, Türkan, (Ö.2007), *Roma Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s.200.

²⁷¹ Gülşen, s. 33.

²⁷² Berki, Şakir, *Roma'da Borçların Kaynakları*, AÜHFD, Ankara, 1950, VII/III, s. 395.

merasime tabi idi. Bu devirlerde niyete, irâdeye değil, akid şeklinin tamam olup olmadığına bakılmakta idi. Eski hukûkî tasarruf ve muameleleri, şahitler huzurunda yapılmakta olduğundan rızayı fesada uğratan sebeplere de nadiren tesadüf edilmekte idi. İkrâha maruz kalan kimsenin korunması için pretörler dava hakkı tanıdı.²⁷³ Dolus ve metus, pretörler tarafından *haksız fiiller*²⁷⁴ ve *pretör hukuku özel suçları* olarak tanıdı.²⁷⁵

Praetorlar ikrâh sonucu hukûkî işlem yapan kişilere 3 hak tanımışlardır: Bunlar; ikrâh davası anlamında *actio metus*, ikrâh defi anlamında *exceptio metus* ve eski halin iadesi anlamında *in integrum restitutio* haklarıdır.²⁷⁶ İlkönce bu hakların mahiyeti açıklanacak ardından Roma hukukunda ikrâhin gerçekleşme şartları hakkında bilgi verilecektir.

a. İkrâhtan Doğan Haklar

aa. Actio Metus

İkrâha maruz kalan kişiye tanınmış bir ceza davasıdır. Milattan evvel 78 senesinde ihdas edilmiş olan bu dava, en eski hukukta bir şahıstan zor kullanarak ödünç alanlara karşı açılmakta ve ödünç alınan şeyin istirdadını(geri alınmasını) sağlamakta idi. Bu dava, maruz kalınan zararın dört mislinin ceza olarak verilmesini de temin ederdi. Şu halde actio metus, aynı zamanda cezaî mahiyeti de olan bir davadır.

Actio metus, yalnız ikrâh yapana karşı değil, onun bu ikrâhından dolayı mameleki artmış olan her şahsa karşı açılabilirdi.

²⁷³ Rado, s. 201; Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit (Ö.1971), *Roma Hukuku*, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1952, s.208. İkrâh altında açıklanan irade açıklamasının ahlaka aykırı telaki edilmesi oldukça katı bir tutum olmuştur. Sonraki dönemlerde bu katı tutum terk edilmiştir. İlk dönem özelliği olan bu uygulama konusunda Hayrettin Karaman: "Roma hukuku bu ölçüde oldukça katı davranmış ve en yürekli, en cesur insanı korkutacak dereceye varmayan ikrahı muteber saymamıştır. Hâlbuki bu, insanların günlük hayatlarında ve muamelelerinde, güç ve karakterlerine uymayan bir davranış ile mükellef tutmaktır." demektedir. Bkz. Karaman, *Mukayeseli*, II, 152.

²⁷⁴ Rado, s.199.

²⁷⁵ Oğuzoğlu, s.207.

²⁷⁶ Berki, s.389.

İkrâh sebebiyle açılacak olan davanın zamanaşımı bir sene idi. Bir sene içinde actio metus ikame edilmediği takdirde mağdurun hakkı sakit olmuyordu. Zira zamanaşımından faydalanmamış olana pretör restitutio in integrum bahşederek hiç olmazsa eski halin iadesini sağlıyordu.²⁷⁷

ab. Exceptio Metus

Praetorlar tarafından tanınan ikinci imkândır. Eğer ikrâha maruz kalan kişi bu yüzden bir borç altına girmiş ve borcunu ifa etmesi için aleyhine açılmış bir dava varsa ikrâh defini ileri sürerek mahkûm olmaktan kurtulabiliyordu.

ac. Restitutio in Integrum

Hilede olduğu gibi ikrâhta da, ikraha maruz kalan kişi Praetor'a müracaat ederek eski halin iadesini talep edebilirdi.²⁷⁸ Bazı hallerde bu usûl, tehdit neticesinde görülen zararın dört misline mahkûm olmaya sebep olduğu için, davasından daha pratik neticeler doğurabiliyordu. Mesela tehdit ile bir mirastan feragat etmiş olan restitutio tedbirinden faydalanarak mirasçı sıfatını iktisap ediyor ve kendisine bu sıfatla, lüzumlu dava hakları bahşediliyordu.²⁷⁹

b. İkrâhın Şartları

Cesur bir kimse üzerinde korku yaratabilecek mahiyette olan her fiil metustur. Tehdidin, ikrâhın mutlaka maddî bir fiil ile icra edilmiş olmasına lüzum yoktur, manevi korku yaratan filler de metus sayılır.²⁸⁰ Ayrıca tehdidin hukûkî dayanaktan yoksun olması, tehdit edilenin veya yakının hayatını, hürriyetini, şeref ve namusunu tehlikeye düşürecek kadar ağır ve normal bir insanın ürkütecek kadar ciddi,

²⁷⁷ Geniş bilgi için bkz. Oğuzoğlu, s.208–209.

²⁷⁸ Jacques E. du Plessis, *Compulsion In Roman Law*, Londra 1997. s. 10–11; Graham, Glover, *The Doctrine of Duress in the Law of Contract and Unjustified Enrichment in South Africa*, y.y, 2003, s. 15–19.

²⁷⁹ Oğuzoğlu, s.209.

²⁸⁰ Berki, s. 389.

korkutucu olması ve nihayet tehdit edileni muayyen bir hukuki muameleyi yapmaya sevk etmek maksadıyla yapılmış olması gerekir.²⁸¹

Roma medeni hukuk suçları iki kısımdı. Jus Civile suçları ile Pretör hukuku suçları. İkrâh, hile ile birlikte pretör hukuku suçlarından sayılırdı. Zaten ikrâhın haksız fiil özelliği onun ceza bakımından suç olmasını da ifade etmektedir.

Roma hukukunda, kişinin irâdesinin tümünü kaldıran vis absoluta ile cebir etkisiyle işlenen vis compulsiva halleri dolayısıyla suç işlemeye zorlanan kişi sorumlu sayılmamıştır. Örneğin, izin sonrası kışlasına belirlenen günde cebren engel olunması halinde durum böyleydi. Yine, cebr hareketine maruz kaldığı için cinsel ilişkiye giren kadın, zina suçundan sorumlu sayılmazdı.²⁸²

Roma ceza hukukunda, bir kişinin şahsına karşı cebir ve şiddet kullanarak onu bir şey yapmaya zorlamak, şahıs hürriyeti aleyhine işlenmiş bir suç olarak kabul edilmiştir. İkrâhın silah ile yapılması halinde cezanın ağırlaştırılacağı öngörülmüştür. Önceleri ikrâh suçu için sürgün cezası kabul edilmişti. Daha sonraları, suçlunun sosyal durumu itibariyle yüksek bir sınıfa mensup olması sürgün cezası, aşağı bir sınıfa mensup olması halinde ise ölüm cezası kabul edilmiştir.²⁸³

2. Diğer Eski Hukuk Sistemlerinde İkrâh

Hint hukukunda ikrâh, akitlerin butlanı sonucunu doğuran sebeplerden biri olarak kabul edilmiştir.²⁸⁴ Ayrıca eski Hint kanununda geçerli olan dört çeşit evlilikte de kızın rızası aranmamakta ve kızın rızası olmaksızın ikrâh sonucu yapılan evlilikler geçerli sayılmaktaydı.²⁸⁵

Eski İran hukukunda kızların, eski Çin hukukunda ise gerek kızın, gerekse erkeğin zorla evlendirilmeleri geçerli idi. Ancak eski Çin hukukunda ikrâhla yapılan

²⁸¹ Rado, s. 202.

²⁸² Gülşen, s.133'te Cavallo, Vincenzo, *La Forza Maggiore Nel Diritto Penale*, Napoli, t.y., s. 23'ten naklen.

²⁸³ Okandan, Recai Galip, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, Fakülteler Matbaacılık, İstanbul, 1952, s.471.

²⁸⁴ Arsal, Sadri Maksudi, (Ö.1957), *Umumi Hukuk Tarihi*, İstanbul Matbaacılık, 3.Bsk., İstanbul, 1948, s. 50.

²⁸⁵ Arsal, s. 49; Okandan, s.60–61.

boşanmalar geçerli olarak kabul edilmemiş, boşanma için tarafların karşılıklı rızaları aranmıştır.²⁸⁶

Eski Yunan hukukunda erkeğin evlenmesi için ana ve babanın rızası şart değildi. Ancak kızların evlenebilmesi, veli veya vâsisinin rızasıyla mümkündü.²⁸⁷

Eskiçağlardan beri ikrâhın hukûkî fiillere etkisi konusunda değişik fikirlerin mevcut olduğunu görmekteyiz.

3. Roma Sonrası Batı Hukukunda İkrâh

Roma hukukundan sonra bu sistemin etkileri hiçbir zaman kaybolmuş değildir. Ancak tarihsel süreçte değişik bakış açıları meydana gelmiştir.

Roma sonrası dönemde en etkin hukuk sistemlerinden biri *kilise hukuku* sistemidir. Roma hukuku belli bir süre kilise hukukuna dönüşmüştür. Kilise hukukuna *kanonik hukuk* da denilmektedir. İkrâh ve cebir, kanonik hukukta “*vis corpori illata*” veya “*vis extrinsece*” olarak adlandırılmıştır.²⁸⁸

Kilise hukukunda da ulaşabildiğimiz bilgiler kadarıyla cebir ve ikrâh durumunda zorlanan kişinin cezai sorumluluğu yoktu. İkrâh ve cebir baskısı altında işlenen suçtan dolayı fail sorumlu tutulmazdı.²⁸⁹ Zira böyle bir vaziyetteki kişi sadece kendisine yüklenen hususu yaparak, kendisini idare eden kimsenin elinde mekanik bir araç gibi, az veya çok iradesiyle hareket etmekteydi. Bu itibarla, böyle bir güç tarafından zorlanmış olarak suç teşkil eden bir hareketi yerine getirdiği için kişi, sorumlu sayılmazdı.²⁹⁰

Aynı şekilde cebir kullanma cürmü ile tehdit cürmü arasındaki fark da Roma hukuku ile paralellik arz etmektedir. Bu sebeple pandekt hukukunda ikrâhı ayrıca açıklama gereği duymuyoruz.

²⁸⁶ Arsal, s. 77; Okandan, s.36-37.

²⁸⁷ Arsal, s.131–132; Okandan, s.279.

²⁸⁸ Gülşen, s.133.

²⁸⁹ Gülşen, s.133’ te Arturo, Santoro *Manuele Di Diritto Penale*, Torino,1958. s.426.den naklen.

²⁹⁰ Gülşen, s. 133’te Domenico, Schiappoli, *Diritto Penale Canonico*, Milano,1905, s.744.den naklen.

Özel hukuk alanında ise ikrâhın hukuki niteliği konusunda değişik teoriler ortaya çıkmıştır. Bu teoriler beraber ortaya atılmamış, tarihsel süreçte değişkenlik göstermiştir. Bu teorilere kısaca değineceğiz.

a. Haksız Fiil Teorisi

Tarihsel süreçteki ilk teoriye göre ikrâh haksız fiil idi ikrâha maruz kalan kişinin irâde açıklaması ahlaka aykırılık teşkil ettiğinden mümkün değildi. Bu dönem de şekilcilik anlayışı da hâkimdi. Bunu Roma hukuku kısmında dile getirmeye çalıştık.

b. Yetersiz Irâde Teorisi

Şekilciliğin ortaya çıkması ile hukukçular ikrâhın haksız fiil karakterini terk ederek, onu rızayı eksik hale getiren bir vakia olarak görmeye başlamışlardır. Buna göre ikrâhta irade beyanı vardır, ancak yetersizdir. Çünkü rıza eksiktir. Bu teori 18.yy 'ın en önemli Alman hukukçularından ve Roma hukukunun modern döneme geçişinde en önemli köprü görevi gören Pandekt Hukuku'nun kurucusu *Friedrich Carl von Savigny* tarafından ileri sürülmüştür.

c. Rızanın Mevcut Olmaması Teorisi

Bu sisteme göre, ikrâh altında açıklanan irâdeye dayanarak karşılıklı rızalar arasında uyuşmadan bahsetmek mümkün değildir. Zira ancak derunî irâdeye tekabül eden bir irade açıklaması muteber olur. Şu halde ikrâh altında yapılan bir mukavele, ikrâha uğrayan kimsenin mukavele akdetmek niyetinin bulunmaması ve beyanının iradesine uymadığı sebebiyle muteber olamaz.

d. Beyan Teorisi

Bu nazariyeye göre, sadece açıklanan irâde hukukî bakımdan kıymet taşıdığından mukavelenin ikrâha rağmen muteber surette teşekkül etmesi gerekir. Bu teoriye göre, ikrâh sonucu meydana gelen hukukî işlemler geçerlidir.

e. Güven Teorisi

Bu nazariye iyi niyetli muhatabın, irâde açıklamasını yorumlama şekline itibar ettiğinden, ikrâh altında açıklanan bir beyana muhatap olan kimsenin o beyana atfettiği anlamı araştırmak gerekir. Muhatap iyi niyetle ve mâkul bir insan sıfatıyla ikrâhı, kendisinden beklenen bütün dikkat ve ihtimamı göstermiş olmasına rağmen fark edememişse mukavele ikrâha rağmen muteber surette teşekkül etmiş sayılacaktır.²⁹¹

Yukarıdaki açıklamalara bakıldığında; tarihsel süreç içinde ikrâh altında meydana gelen hukûkî muamelenin, bazen geçerli, bazen geçersiz olarak değerlendirilmeye tabi tutulmuş olduğu görülür. Bu değişik bakış açılarının meydana gelmesinde ikrâha yüklenen anlam etkili olmuştur.

B. ÇAĞDAŞ HUKUK SİSTEMLERİNDE İKRÂH

1. Avrupa Ülkelerindeki Hukuklarda İkrâh

a. Alman Hukukunda İkrâh

Alman hukukunda ikrahın karşılığı *Drohung* olup hukuksal bir işlemi gerçekleştirmek için geleceğe yönelik korkutma anlamına gelmektedir. Kişinin bu durumda kendisini tehdit altında hissetmesi, ikrâhın hukuksal açıdan gerçekleşmesi için yeterli olduğundan, tehdide konu olan durumun gerçekleşmiş olması şart koşulmamıştır.²⁹²

Alman Medeni Kanununun, 119, 120 ve 123. paragraflarına göre hata, hile veya ikrâh ile sakatlanmış irâde beyanları (ve sözleşmeler) asıl itibariyle geçerli olduğundan irâdesi sakatlanan kimse tarafından feshedilebilirler.²⁹³

²⁹¹ Geniş bilgi için bkz. Esener, s. 151–152.

²⁹² Hadjiani, Armin, *Duress and Undue Influence in English and German Contract Law: a comparative study on vitiating factors in common and civil law*, *European Journal of Comparative Law*, Vol. 3 Afl., 2002, p. 133-233, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/hadjiani.shtml>. (Son Erişim: 11.07.2012.)

²⁹³ Hadjiani, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/hadjiani.shtml>. (Son Erişim: 11.07.2012); Çağa, Tahir, *Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri Veya Gabin İle Malul Sözleşmelerde Fesh Beyanı ve Bunun Süresi*, *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (EÜHFD), y. 1, Sayı: 1, 1980, 39–49, s. 39.

Alman sözleşme hukukunda kişinin hukûkî işlemlerinin sonucundan muaf tutulması maddî ikrâh (vis compulsiva) ile sınırlı değildir, manevî ikrâha (vis absoluta) maruz kalanın da hukukî işlemlerinin sonucundan muâf olma hakkı vardır.123. paragrafın birinci bendinde “*Dolandırıcılık yoluyla ve yasadışı tehditlerle irâde beyanında bulunan kişi, irâde açıklamasının sonucunu iptal edebilir*” denilmektedir. Hukuki işleme zorlanan kişinin rızası tehdit sebebiyle fasit olmalı, korku ile sözleşme arasında bir illiyet bağı olmalıdır.²⁹⁴

Alman Medeni Kanunun söz konusu paragraflarına göre ikrâh ve tehdidin hukuka aykırı olması, hem maddî hem de manevî ikrâhın dikkate alınması gibi şartları bulunmaktadır.

Kanun, ikrâha maruz kalan kişiye hukûkî muameleyi iptal edebilme hakkını vermektedir.124.paragrafa göre ikrâh sonucu meydana gelen hukuki işlem, hükümsüz veya iptal edilebilir niteliktedir. Buna göre ikrâha maruz kalan kişi bir yıl içinde bu hakkını kullansa sözleşmeyi iptal edebilir.²⁹⁵

Ceza hukuku açısından ikrâha gelince; Almanya İmparatorluk Mahkemesi uygulamasına dayanan anlayışa göre cebir (*Nötigung*) olayının hukuken geçerli olabilmesi için beden üzerinde fiziki güç gerekir. Bu sebeple sözgelimi bedeni üzerinde fiziki güç sayılmayan narkoz kullanımı veya uyuşturucu ilaç, cebir kapsamı içine alınmamıştır.²⁹⁶ Bu uygulama Federal Yüksek Mahkemenin 1969 yılında verdiği *Laeppe Kararı* ile değişmiştir. Ne var ki bu durum Almanya hukukundaki kıyas yasağını ihlal etmesi düşüncesiyle fazla taraftar bulmamıştır.

Mahkemenin kararıyla cebrin unsurları asgari düzeyde de olsa fail tarafından beden gücünün kullanılmış olması, bu gücün kullanımından kaynaklanan zorlanma etkisinin mağdurca bedenen hissedilmesi ve zorlamanın mevcut veya beklenen direncin kırılması amacına yönelik olması şeklinde belirlenmiştir. Bu kararların değişik olması Alman Ceza Hukuku doktrinde cebrin sınırı konusunda mevcut ihtilaflardan kaynaklanmaktadır. Ancak Alman Doktrininin çoğunluğuna göre

²⁹⁴ Hadjiani, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/hadjiani.shtml>.(Son Erişim:11.07.2012.)

²⁹⁵ Hadjiani, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/hadjiani.shtml>.(Son Erişim:11.07.2012.)

²⁹⁶ Üzülmöz, İlhan, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 34–35.

cebirin mevcudiyeti için gerekli olan zorlamanın beden üzerinde fiziki baskı yaratarak meydana gelen etkili zorlama ile sınırlı değildir. Bunlara göre kişiyi korumaya yönelik her türlü zorlama, cebir kapsamında değerlendirilir.²⁹⁷

Alman hukukunda cebir ve ikrâhın hukûkî niteliklerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Manevî cebir veya manevî ikrâh kapsamında değerlendirilen tehdit ise, Federal Alman ceza yasasının *kişi özgürlüğüne karşı suçlar* kısmında düzenlenmiştir.²⁹⁸

b. Fransız Hukukunda İkrâh

Fransız Medeni Kanununda ikrâh *Violence* kavramı ile karşılanır. Fransız Medeni Kanunu *Code Civil*'in 1111–1115. maddeleri, ikrah ile ilgili hükümleri ihtiva etmektedir.

Fransız Medeni Kanunu, 1111.maddesi, sözleşmenin tarafları arasında meydana gelen ikrâhın hükmünü üçüncü kişilerin ikrâhından farklı tutmuştur. Buna göre taraflar kurulan sözleşmelerde, ikrâh sözleşmenin butlan sebebidir. Ancak üçüncü kişilerin ikrâhı sonucu meydana gelen sözleşme, bağlayıcı olmaya devam eder.

Kanunun 1112.maddesinde ikrâh sonucu kurulan hukûkî işlemlerin, doğru düşünme melekesine sahip olan kişiler tarafından gerçekleştiği takdirde geçerli olacağı hükmü yer almaktadır. İkrâhın hukuki açıdan makbul sayılmasında akli başında olan insanların psikolojisinin ölçü alınacağı ve ikraha maruz kalan şahısların yaşına, cinsiyetine ve diğer durumlarına bakılması gerektiği hükmüne de yer verilmiştir.

Kanunun 1113.maddesine göre; ikrâhın sözleşmelerde butlan sebep olması için baskının sadece akdin taraflarına karşı yapılmış olması şart değildir, kişinin eşine, usûl ve fûrûna yönelik baskı da akdi hükümsüz hale getirir.

²⁹⁷ Üzülmöz, s.38

²⁹⁸ Çınar, Ali Rıza, *Tehdit Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.47'de Jescheck, Hans/Heinrich, Weigend, *Strafgesetzbuch*, 31 Auflage, Stand 1.April 1998, s.112'den naklen.

Kanunun 1114. maddesi, kişinin yakınlarının başına gelecek tehlikenin mücerret korkudan ibaret olmasının sözleşmenin iptali için yeterli sebep teşkil etmediği hükmüne yer vermektedir. Bunun için ayrıca tehdidin gerçekleşmesi şartı aranmaktadır.

Kanunun 1115.maddesinde, ikrâhın etkisinin bitmesinden sonra ikrâha maruz kalan kişinin sözleşmeye açık veya zımnen onay vermesi veya kanunun kendisine tanıdığı yasal süreçte herhangi bir itirazda bulunmaması durumunda sözleşmesinde bir sakatlığın kalmayacağı hükmü yer almaktadır.²⁹⁹

Fransız medeni hukukuna göre ikrâh; kesin, haksız ve yasadışı olmalı, ikrâha maruz kalan mağdur gerçek kişilik olmalıdır. Tüzel kişilere yönelik veya yasalara uygun olan baskı çeşitleri ikrâh kapsamında değerlendirilmez. Mesela grev yoluyla psikolojik baskı kurmak, ciddi şiddete sebep olmadığı sürece, kurumların tüzel kişiliklerine yönelik olduğundan ve yasal çerçevede gerçekleşeceğinden ikrâh kategorisinde değerlendirilmez.³⁰⁰

Fransız medeni hukukundan farklı olarak Fransa ceza hukukunda ise cebir ve tehdit için ayrı hükümlerin düzenlenmesi gereği duyulmuştur. Bu gerekliliğe istinaden 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanunu (m.122/2) “*Direnemeyeceği bir cebrin egemenliği altında hareket eden kimse sorumlu sayılmaz.*³⁰¹” hükmünü getirmiştir. Böylece Fransız hukuku, ikrahı hem medeni sorumluluk hem de cezai sorumluluk açısından ele almıştır.

Fransız ceza hukukunda tehdit kavramı suç açısından da değerlendirilmeye tabi tutulmuştur. Kişiye karşı suçlar olarak görülen cebir, ikrâh ve tehdit için ayrı kanunlar düzenlenmiştir. Ancak *basit tehdit* ile *kayda bağlı tehdit* arasında cezalandırılabilirlik şartları açısından ayırım yapılmıştır. Herhangi bir şartın yerine getirilmesi kaydına bağlı olmayan tehdidin cezalandırılabilirliği, tehdidin tekrarlanması, tehdidin ciddiliğini gösteren yazı, resim ve tehdit söz konusu ise tehdidin hangi yolla gerçekleşeceğine bakılmaksızın cezalandırma söz konusu

²⁹⁹ *Senhûrî, Nazariyetü'l-Akd*, s.418; Youngs, Raymond, *English, French and German Comparative Law*, London, 1998, s. 397.

³⁰⁰ Youngs, s.397-398.

³⁰¹ Dönmezer, Sulhi, /Erman, Sahir, , II,11.

olacaktır. Şartlı tehdidin cezası, basit tehdide göre daha fazladır. Tehdidin her iki türü bakımından tehdidin konusunu, icrası suç teşkil eden kötülüğün gerçekleştirileceği beyanı oluşturmaktadır. Tehdidin konusu ölümden ibaret ise her iki tehdit türü bakımından cezada artırım öngörülür. Yasa koyucu tehdidi başka bir suçun ögesi ya da ağırlatıcı nedeni olması dışında, tek başına da cezalandırmaktadır. Bununla birlikte tehdit gibi cebir kullanma suçunu yaptırım altına alan bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir.³⁰²

c. İngiliz Hukukunda İkrâh

İngiliz hukukunun *common law* olarak isimlendirdiği bu hukuk sistemi İngiltere ve ABD gibi ülkelerde yaygın olmasına rağmen sözkonusu hukuk sistemine kaynak teşkil etmesi nedeniyle sadece İngiliz hukukuna değineceğiz.

İngiliz hukukunda da hem medeni hukukta hem de ceza hukukunda ikrâh (*duress, coercion, compulsion*) ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Bir kısmını aşağıya alıyoruz.

İkrâhın hukuken gerçekleşebilmesi için kişinin ölüm ile tehdit edilmiş olması, bedene verilen zararın ciddi olması, tehdidin acilen gerçekleşmesi ve zorlanan kişi için kaçınılmaz oluşu gibi şartlar mevcuttur. İslam hukukunda görülen hukuka uygun ve hukuka aykırı ikrâh ayrımı İngiliz hukukunda da görülmektedir.

Cezaî sorumluluğu ortadan kaldıran ikrâh için üç şart koşulmuştur. Birinci şart, ölüm veya yaralama gibi ciddi bir tehdit içermesi,³⁰³ ikincisi tehdidin hukuk alanında makbul sayılması için esaslı bir korku içermesi, üçüncüsü ise kişinin kendisini tehditte kurtaracak çaresinin bulunmamasıdır.³⁰⁴

İngiliz hukukunda *şahsa karşı ikrâh, mala karşı ikrâh ve ekonomik ikrâh* olmak üzere üç çeşit ikrâh bulunmaktadır. Şahsa karşı ikrâh, en fazla görülen ikrâh

³⁰² Üzülmez, s.73.

³⁰³ Ireland Law Reform Commission, *Consultation Paper Duress and Necessity*, Dublin, Law Reform Commission, First Published, 2006, s.10.

³⁰⁴ Shankland, Russel, *Duress and Underlying Felony*, The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol:99, No:4,,p.1227-1259, Northwestern University, 2009, s.1235; Westen,Mangiafico/ Peter,James, *The Criminal Defense of Duress, Not an Excuse--And Why it Matters*, Buffalo Criminal Law Review Vol. 6, No. 2 (January 2003), pp. 833-950, s.842.

çeşidi olup kişinin hayatına, sağlığına ve hukuki işlemlerdeki özgürlüğüne yönelik tehditleri içermektedir.³⁰⁵

İngiliz hukukunda zorlamaya maruz kalan kişinin ikrâh davasını öne sürme hakkı lordlar kamerası tarafından verilmiştir.³⁰⁶

İngiliz sözleşme hukuku, zorlama altında sözleşme imzalayan kimsenin kesin kanıt göstermesi durumunda sözleşmenin iptal edilebileceğini hükme bağlamıştır. Ancak İngiliz sözleşme hukukuna göre ikrâh, haksız fiil olarak kabul edilmediği sürece ikrâha maruz kalan kişiler, ikrâhtan doğan tazminat hakkını elde edemezler. Ağır baskı altında olma ise, sözleşmenin geçersiz olmasında etkili olur.³⁰⁷

Batı hukukunda önemli yer tutan ülkelerin borçlar hukukunda; tehdidin hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşmesi, hem ağır hem de hafif ikrâhın dikkate alınması ve her birine ayrı hukuki sonuçların bağlanması gibi özellikler olduğu görülür. Ayrıca batı hukuklarında ikrâh engelinin, irâdesine baskı yapılan kişiye sözleşmelerde iptal edilebilirlik hakkını verdiği, bu hakkın yasal bir süreçte kullanılması gerektiği şartı bulunmaktadır.

Bu ülkelerin ceza hukuklarında ise ikrâh; sorumluluğu ortadan kaldıran nedenlerden ve şahsa karşı işlenen suçlardan sayılmıştır. Türk hukukundaki eğilim de bu yöndedir.

2. İslam Ülkelerindeki Hukuklarda İkrâh

a. Irak Hukukunda İkrâh

Irak Medeni Kanununun 112–116. maddeleri ikrâh konusuna ayrılmış, ikrâh medeni kanunda irâdenin ayıplarından biri olarak düzenlenmiştir. Kanun maddelerine göre ikrâh, hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşen zorlamaları kapsamaktadır.

³⁰⁵ Bkz. Hadjiani, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/hadjiani.shtml>.(Son Erişim:11.07.2012)

³⁰⁶ Shankland, s.1235.

³⁰⁷ Youngs, s. 395.

İkrâh, cana kıyma veya vücut üzerinde iz bırakacak şekilde dövme, şiddetli işkence ve önemli miktarda malvarlığının yok edilmesi gibi büyük ve kesin bir tehlike ile tehdit etme şeklinde olursa mülci, bunların dışında kalan hapis ve dövme gibi-insanların durumuna göre- daha hafif bir tehlike ile tehdit şeklinde olursa gayrı mülci olur.

Ana ve babaya eşe veya nikâh düşmeyecek derecede yakın akrabaya zarar verme tehdidi ile şeref ve haysiyete dokunan tehlike tehdidi ikrâh sayılır ve çeşitli durumlara göre mülci veya gayrı mülci ikrâh olarak kabul edilir.

İkrâhın hukuk alanında muteber sayılması için zorlayan kişinin tehdit ettiği şeyi yapabilir konumda olması, tehdide maruz kalan kimsenin de üzerine zorlandığı şeyi yapmadığı takdirde tehdit edildiği tehlikenin başına geleceğinden zannı galib seviyesinde korkması şarttır. İkrâh şahısların durumuna, yaşlarına, zaaflarına, mevkilerine, sosyal vaziyetlerine, hapis ve darbdan müteessir olma ve acı duyma derecelerinin azlık, çokluk, şiddet ve zaaf durumuna göre değişir.³⁰⁸

1969 tarihli Irak Ceza Kanununda ise ikrâh, cezai sorumluluğu engelleyen hallerden biri olarak değerlendirilmiştir. 62. maddeye göre ikrâhın cezai sorumluluğu kaldırabilmesi için tehdidin *karşı konulamaz* olması şart koşulmuştur. Irak ceza kanununun cezai sorumluluk engeli olarak saydığı diğer durumlar ise sarhoşluk hali gibi idrak ve iradeyi ortadan kaldıran haller, yaş küçüklüğü ve zarûret halidir.

b. Mısır Hukukunda İkrâh

Mısır Medeni Kanununun 127–128 maddeleri, ikrâh ile ilgili hükümleri ihtiva etmektedir. Kanunun 127. maddesine göre ikrâhın etkisiyle kurulan hukuki işlem iptal edilebilir. Hukuki işlemi meydana getiren taraflardan birinde, karşı taraftan kendisine yönelen haksız tehdit sebebiyle korku hâsıl olması sonucu ikrâh gerçekleşir.

İkrâh anlık olmalı, kişiye, onun onuruna ve malvarlığına yönelik, ciddî, ağır ve elem verici bir baskı içermelidir. İkrâhın hukuken gerçekleşmiş olmasında kişinin sosyal prestiji, yaşı ve psikolojik hali gibi durumlar göz önünde bulundurulur.

³⁰⁸ Bkz. Karaman, *Mukayeseli*, II, 156–157.

Mısır Medeni Kanununun 128.maddesine göre ikrâh akdin taraflarından birinden değil de üçüncü bir kişiden sadır olduğunda belirli şartları taşıması halinde iptal edilmez.³⁰⁹ Lübnan borçlar kanununun 210.maddesine göre ise baskının, akdin taraflarından veya başkası tarafından veya akit dışında bir konuda meydana gelmesi arasında fark yoktur.

Suriye medeni kanununun 128. ve 129. maddeleri ile Libya medeni kanununun 128–129 maddelerine bakıldığında, Mısır medeni kanunu ile aynı hükümleri ihtiva ettikleri görülür.³¹⁰

Mısır Ceza Kanununun 61. maddesi, etkin güç kullanmak suretiyle suç işlemeye zorlanan kişinin cezai sorumluluğunun olmayacağını hükme bağlamıştır. İkrâhın zarûret hallerinden biri olarak sayılmasını sağlayan etkin güçtür. Kanun metninde ikrâh yerine ilca' kavramının kullanılmış olması, mülci ikraha işaret olabileceği gibi zaruret halini de ifade etmiş olabilir.

İslam ülkelerindeki hukuk sistemleri, doğal olarak İslam hukukunun etkisi altındadırlar. Bu ülkelerin hukuk sistemlerinde ikrâh konusunda kanunlarda yapılan düzenlemelerdeki farklılıklar, fıkıh mezheplerinin ikrah konusundaki görüş farklılıkları ile paralellik arz etmektedir. Bu hukuk sistemlerinde düzenlenen ikrâhın kapsamı ve şartları arasında ciddi bir fark bulunmamaktadır.

3. Türk Hukukunda İkrâh

a. Türk Hukuk Tarihinde İkrâh

Osmanlı devletinin kuruluşundan gerileme dönemine kadar gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk alanlarında esas itibarıyla İslam hukuku tatbik edilmiştir. Özellikle özel hukuk alanında İslam hukukunun tamamıyla tatbik edildiği bilinen bir gerçektir. Bu dönemde özel hukuk alanındaki yasama faaliyeti müçtehit hukukçular tarafından gerçekleştirilmiştir. Müçtehit hukukçular İslam hukukunun kaynaklarına dayanarak ihtiyaç duyulan hukuki meselelerde yaptıkları içtihatlarla yeni kurallar

³⁰⁹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, II,175–176.

³¹⁰ Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, II,176.

koyuyorlar, diğer hukuk uygulayıcıları da bu içtihatlarla göre verdikleri fetvalarla ve hükümlere hukuki uyumsuzlukları çözüyorlardı.

Ülkede Şafîî, Malikî ve Hanbelî mezheplerine bağlı bulunan vatandaşlar bulunmakla beraber halkın çoğunluğu Hanefî mezhebine bağlı olduğundan Osmanlı devleti Hanefîliği kendisine bir tür resmi mezhep olarak seçmişti. Bu nedenle hâkimler hukuki meselelerin çözümünde Hanefî mezhebine bağlı olarak hüküm vermek üzere görevlendiriliyorlardı.³¹¹

Osmanlı devletinin duraklama döneminde, tüm diğer alanlarda olduğu gibi hukuk alanında de gerileme yaşanmıştır. Zamanla özellikle özel hukukun bir kısmını bir araya getiren bir *mecelle* meydana getirildi. Borçlar hukuku, gayri menkul hukuku aynı haklar usul hukuku ve şahıs hukuku ile sınırlı olan Mecelle daha ziyade Hanefî mezhebinin görüşleri esas alınarak hazırlandı. Mecelle bugünkü kanunların aksine meseleci bir metotla incelenmiştir.

İkrâh, Mecelle'nin dokuzuncu kitabında düzenlenmiştir. Dokuzuncu kitabın mukaddimesinde ikrâhın tanımı ve çeşitleri, bu kitabın ikinci babında ise ikrâhın hükümleri ele alınmıştır.

Tanzimat döneminde özel hukuk alanında gerçekleştirilen bir başka kanun da *Hukuk-ı Aile kararnamesidir*. Kararnamenin önemi, ilk defa diğer mezheplerin de görüşlerinden faydalanılarak tedvin edilmiş bir kanun olmasıdır. Sözgelimi ikrâh ile ilgili hükümlerde diğer mezheplerin görüşleri esas kabul edilmiştir.³¹²

Eski hukukumuzda ceza hukukunun konumu, düzenlenişi ve ikrâhın ceza hukuku içerisinde ele alınışı özel hukuktan farklılık arz etmektedir. Her şeyden önce ceza hukuku kamu hukukunun bir dalı olup ihtiva ettiği suçların bir kısmı kamusal menfaati ilgilendirmektedir. Bunun sonucu olarak ceza hukukunun en azından belli bir bölümü özel hukuktan farklı olarak padişahların düzenleme alanlarına

³¹¹ Erdem, Fazıl Hüsnü, *Eski Hukukumuzda İkrâh*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 1990, s. 15–16.

³¹² Cin, Akgündüz/ Halil, Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011, s. 508.

girmiştir.³¹³ Bunda özellikle tazir cezasının padişahın inisiyatifine olmasının da etkisi vardır.

Tazimattan sonra ilk olarak 1840 tarihli *Ceza Kanunname-i Hümayunu* tedvin edilmiştir. Kanunnamenin onuncu faslının birinci maddesi salt ikrâh suçunu ve cezasını düzenlemiştir. Bu kanunnameden sonra yürürlüğe giren 1851 tarihli *Kanun-u Cedid*'in birinci faslının 17.maddesi de aynı suçu hükme bağlamıştır. Bu dönemde son olarak yürürlüğe giren 1858 tarihli *Ceza Kanunmae-i Hümayunu*'nun 42.maddesi de ikrâh altında suç teşkil eden bir fiili işleyen bir kişinin cezai sorumluluğunu düzenlemektedir.³¹⁴

b. Özel Hukukta İkrâh

ba. Borçlar Kanununda İkrâh

İkrâh, 6098 sayılı borçlar kanununun 37–39 maddelerinde irâde bozuklukları başlığı altında yer almaktadır. Yasanın 37. ve 38.maddeleri korkutma ile ilgili hükümleri açıklamaktadır. 39.madde ise ikrâh da dâhil tüm irade sakatlıklarının hukuki sonucunu açıklamaktadır.

Yasanın 37.maddesi, korkutmanın hükmüne ayrılmıştır. Buna göre irâde bozukluklarından biri olan korkutma, ister sözleşmenin taraflarından birinden gelsin isterse de sözleşmenin taraflarından birine karşı üçüncü kişi tarafından gerçekleşsin, korkutma meydana geldikten sonra korkutulan sözleşmeye bağlı değildir. (Korkutulanın sözleşmeye bağlılığı ortadan kalkar.) Ancak korkutan, üçüncü kişi olup diğer taraf korkutmayı bilmiyor veya bilecek durumda değilse bu takdirde karşı tarafın zararını hakkaniyet ölçüsünde karşılamakla yükümlüdür.

6098 sayılı Borçlar kanunu 38. maddesinde korkutmanın şartları düzenlenmiştir. 38. maddenin ilk bendi ikrâhın şartlarını özetlemektedir. Buna göre ikrâhın gerçekleşme şartları; korkutmanın kişinin veya yakınlarının kişilik haklarına veya malvarlıklarına yönelik olması, zararın ağır ve yakın olması, korkutulanın kanaatinde haklı olması gibi durumlardır. Maddenin ikinci bendine göre bir hakkın

³¹³ Erdem, s.18.

³¹⁴ Erdem, s.19.

veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması halinde, korkutmanın varlığı kabul edilir. O halde, özünde yasal olsa bile yasal hakkın kullanılmasında aşırı bir menfaat sağlanmışsa korkutmanın varlığı kabul edilir.

Kanunun 39. maddesinde irâde bozukluğunun giderilmesi anlatılmaktadır. Bu maddeye göre korkutulan kişi, korkutmanın etkisi bittikten sonra korkutmanın sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılan işlemlere bağlı olmadığını bir yıl içerisinde karşı tarafa bildirebilir. Bu durumda baştan beri sakat olan işlem veya sözleşmenin geçerliliği kalmaz, korkutmaya uğrayan şahıs korkutmanın ortadan kalkmasından itibaren bir yıllık süre içerisinde sözleşmenin korkutma (zorlama) altında yapıldığını bildirmezse sözleşmeyi onamış sayılır. Artık bu sözleşme askıda değil, geçerli bir sözleşme haline gelir. Sözleşmeye icazet verilmesi, sözleşmenin ikrâh altında yapılması sebebiyle talep edilecek olan tazminat hakkını ise ortadan kaldırmaz.

bb. Medeni Kanunda İkrâh

bba. Aile Hukukunda İkrâh

4721 sayılı Medeni Kanunun 150–152. maddeleri, ikrâhın karşılığı olan korkutmayı evlilik akdinin dava edilmesi sebeplerinden biri olarak saymaktadır. 150. maddeye göre korkutma, evliliğin dava edilmesi hakkını kazandırır.

151. maddede “*Kendisinin veya yakınlarından birinin hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilmiş eş, evlenmenin iptalini dava edebilir.*“ ibaresiyle bu korkutma ve ikrâh durumunun çerçevesi çizilmiş, borçlar hukukundaki ikrâhtan farklı olarak malvarlığına yönelik tehdit, akdin bozulma sebepleri arasında sayılmamıştır. 152 madde ise, bu hakkın, ikrâhın etkisinin bitmesiyle başlayacağını, belli şartlarla altı ay, herhalde ise beş yıla kadar kullanılabileceğini öngörmektedir.

Medeni kanunda düzenlenen, ikrâh sonucu gerçekleşen evlenmenin hükmü, borçlar kanununda düzenlenen ikrâh sonucu meydana gelen hukuki işlemin

hükümünden farklılık arz etmektedir. Borçlar hukukunda sözleşme ölü doğmaktadır. Oysa ikrâh ile bağlanan evlenme akdi ilk başta geçerli ve sahîhtir. Ancak iptal edilebilirlik özelliğine sahiptir. Tarafların başvurusu sonucu iptal edilebilmektedir.³¹⁵

Medeni kanunun, 504 ve 557. maddelerinde de ikrâhtan bahsedilmektedir. 504.madde, ikrâhı ifade eden korkutma ve zorlamanın ölüme bağlı tasarrufların geçersiz olma sebeplerinden biri olduğuna değinmektedir. Aynı madde, korkutma ve zorlamanın etkisinin bittiği günden başlayarak bir yıl içinde mükrehin dava açmaması durumunda tasarrufunun geçerli hale geleceğini ifade etmektedir.

bbb. Miras Hukukunda İkrâh

557.madde, korkutma ve zorlama sonucu yapılan ölüme bağlı tasarrufların iptal davası sebeplerinden biri olduğu açıklamasını vermektedir. Sonraki maddeler ise dava hakkının nasıl kazanılacağını ve hangi sürelerde hakkın düşeceğini açıklamaktadır.

Borçlar hukukunda korkutma fiilinin esaslı olması aranmaktayken vasiyetnamelerin iptali için korkutmanın esaslı olup olmayacağı konusu ihtilaf konusu olmuştur. Bazı hukukçulara göre, korku ile ölüme bağlı tasarruf arasında bir illiyet bağı bulunması vasiyetnamenin iptal edilebilirliği için yeterlidir.³¹⁶

Miras sözleşmelerinde Borçlar Kanunu hükümlerinin baskın olması gerektiğini düşünen güven teorisi taraftarları ise, korkutma hâlinin iptale sebebiyet verebilmesi için esaslı olması gerektiğini ileri sürerler.³¹⁷

c. Ceza Hukukunda İkrâh

01–06. 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda geçen zorlama, korkutma ve tehdit ile cebir gibi kavramlar ceza hukukundaki ikrâh ile ilgilidir. Ceza Kanununda ikrâh, biri ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan

³¹⁵ Köprülü, Kaneti/ Bülent, Selim, *Aile Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul,1989, s.241

³¹⁶ Mesela bkz. Oğuzman, Kemal Mustafa (Ö.1995), *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık,15.Bsk., İstanbul, 2008, s.103.

³¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Miras Hukuku*, Filiz Kitapevi, 3.Bsk. İstanbul,1987. s. 332.

nedenler, diğeri ise suçlar kısmında olmak üzere iki yerde geçmektedir. İkrâh, bunlardan ikinci bölümde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler arasında zikredilmektedir. Her biri için ayrılmış 11 maddede cezai sorumluluğu kaldıran ve azaltan sebepler zikredilmiştir. İkrâh ile eşanamlı olan korkutma, şiddet ve tehdit ise 28. maddede geçmektedir.

Bu maddede üç ayrı tespit yapılmaktadır. Birincisinde; ceza sorumluluğunu kaldıran ikrâhın şartları ve bu durumda işlenen suçun tehdidi kullanana ait olacağı vurgulanmaktadır. Kanun hükmünden ikrâh şartlarının, *zorlanan kişinin karşı koyamaması, bu işlemde kurtulamaması, zorlamanın gerçek olması ve ağır olması* gibi haller olduğu anlaşılmaktadır.

İkrâha ayrıca kişilere karşı işlenen suçlar kısmında da değinilmiştir. Bu suçlar, 10 kısıma ayrılmış ve her biri için ayrı bölüm oluşturulmuştur. Bu bölümlerin yedincisinde tehdit, şantaj ve cebir de hürriyete karşı suçlardan sayılmıştır. Böylece ikrâh ceza hukukunda suç olarak da kabul edilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 106 maddesinde tehdit, 107 maddesinde şantaj ve 108. maddesinde cebir suç olarak düzenlenmiştir.

106. maddede tehdidin kişiye ve yakınlarına, bunların hayat, vücut veya cinsel dokunmazlıklarına karşı işlenmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Malvarlığına yönelik tehdidin suç sayılması için malvarlığı açısından büyük bir zarara uğratılma tehdidinin olması gerekir. Malvarlığına yönelik hafif tehdit durumlarında ise suçun oluşmayacağı belirtilmektedir. Maddenin ikinci bendinde, tehdit suçuna karşılık verilecek cezanın hangi hallerde artırılacağı üzerinde durulmaktadır. Bu artırım sebepleri, genel olarak kolektif ve sistematik tehditleri içermektedir. Son olarak tehdit amacı ile kasten öldürme ve yaralama suçunun işlenmesi durumunda tehdit suçunun cezasından başka bu suçlara yönelik cezalar da ek olarak verilir.

107. madde bir tehdit türü olan şantaj suçu ile ilgili hükümleri ihtiva etmektedir. 108. maddede ise maddi ikrâh sebebiyle işlenen cebir suçunun kasten yaralama suçuna ek bir artırım sebebi olacağı vurgulanmaktadır. 109'dan 118'e kadar hürriyete karşı işlenen suçlar sıralanmaktadır. Burada dikkati çeken husus, sözkonusu suçların tehdit ve cebirle işlenmesinin ceza artırımına sebep olacağının belirtilmiş olmasıdır.

Hırsızlık suçu, cebir ve tehdit yoluyla işlendiğinde gasp, (korkutarak faydalanma) suçuna dönüşür. Bu sebeple gasp suçu, hırsızlık ile cebir ve (veya) tehdit suçlarının birleşmesinden meydana gelen mürekkep bir suçtur. Kendini birleştiren suçlara ayrılamaz. Gasp suçu sırasında, TCK 86/2. maddesinde kalan yaralama gasp suçunun unsurudur. Gasp suçunda tehdit ve cebir, suça konu malın alınması için veya eşyanın alınmasına yönelik olarak kullanılmalıdır. Hırsızlık suçu tekemmül edinceye kadar kullanılan cebir ve tehdit, hırsızlık suçunu gasba döndürür.

C. İSLAM HUKUKUNDA İKRÂH

1. İslam Hukukunun Temel Kaynaklarında İkrâh

İkrâh kavramı, İslam hukukunun temel kaynakları olan Kur'ân ve sünnette önemli bir yer teşkil etmektedir. Kur'ân'da ikrâh kavramının geçtiği ayetlerde; dinde zorlamanın bulunmadığı,³¹⁸ inkâra zorlanan müminlere inkâr sözünün iman açısından zarar vermediği,³¹⁹ kadınların mal gibi mirasa konu edilmeye zorlanmasının çirkinliği,³²⁰ baskı altında işlenen günahlarda Allah'ın bağışlayıcı ve merhametli olduğu³²¹ ve kadınların fuhşa zorlanmaması gerektiği³²² üzerinde durulur. Bütün bu anlatımlarda ikrâh, insanların *bir şeye inanmaya, bir sözü söylemeye veya bir işi yapmaya zorlanması* şeklinde ortak bir anlama sahiptir. Ayrıca ayetlerin ikrâhı haksız bir fiil olarak gördüğü, bu sebeple dinde ikrâha yer olmadığı, ikrâh altında işlenen günahların sorumluluk doğurmadığı, sorumluluğun mükrihe avdet ettiği sonucu çıkmaktadır.

³¹⁸ Dinde zorlamanın olmadığını en sarih bir şekilde açıklayan ayet şudur: *“Dinde zorlama yoktur.”*, Bakara, 2/256. Aynı doğrultuda başka bir ayet de imanda zorlamanın olmadığını belirtir: *“Eğer Rabbin dileyseydi, ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين: Yunus, 10/99. Öyleyse sen mi onlar mümin olana kadar onları zorlayacaksın?”*

³¹⁹ *“Kalbi iman ile mutmain olmak dışında her kim imandan sonra küfre dönerse...”*, Nahl, 16/106.

³²⁰ *“Ey iman edenler, kadınlara zorla mirasçı olmanız size helal değildir.”*, Nisa, 4/19.

³²¹ *“İna Amna Birina Liğfir لنا خطايانا وما أكرهتنا عليه من السحر والله خير وأبقى Sihir yapmaya bizi zorlamana karşın günahlarımızı bağışlaması için şüphesiz Rabbimize iman ettik.”*, Tâhâ, 20/73

³²² *“Dünya hayatının geçici menfaatlerini elde edeceksiniz diye, namuslu kalmak isteyen cariyelerinizi fuhşa zorlamayın. Kim onları zor altında bırakırsa, bilinmelidir ki, zorlanmalarından sonra Allah (onlar için) çok bağışlayıcı ve merhametlidir.”*, Nûr, 24/33.

Hukûkî muamelelerin karşılıklı rızaya dayanması gerektiğine vurgu yaparak ikrâhın yasak olduğuna işaret eden ayetler de vardır.³²³ Karşılıklı rıza, tarafların ikrâha maruz kalmadan öz iradeleriyle hukûkî muamele yapmalarını ifade eder. Kerhen işlenen fiilin uhrevî açıdan bir faydası yoktur. İhlâs, amellerin makbul olmasını sağlar.

Hadislerde de insanların küfür teşkil eden sözleri söylemeye veya müslüman olmaya icbar edilmesinin, evlenme, boşama, alım satım gibi hukukî işlemlerde bulunmaya zorlanmasının dünyevî ve uhrevî sonuçlarına ışık tutacak bazı açıklamaların yer aldığı görülür. Bunların en önemlisi, ikrâhın sorumluluğu ortadan kaldırdığını ifade eden hadistir.³²⁴

Hukûkî ve şerî muamelelerde karşılıklı rızayı açıklamak suretiyle ikrâhın haksız fiil ve hukûkî muamelelerde geçersizlik sebebi olduğuna işaret eden hadisler de vardır.³²⁵

Bu ayet ve hadisler, sonraki dönemde ikrâhın terim olarak tanım ve mahiyeti, sözlü ve fiilî tasarruflara etkisi konusunda zengin bir hukuk doktrini geliştiren ve bunu inanç ve ibadetlerden ceza ve borçlar hukukuna kadar hayatın her alanına uygulayan İslâm âlimleri için önemli bir hareket noktası teşkil etmiştir.³²⁶

Ayet ve hadislerden de anlaşıldığı gibi ikrâh; kişinin şerî hitabın konusu olmasını, yani dinî ödevlerle mükellefiyetinden hukukî işlem ve davranışlarının geçerliliğine ve bunlardan dolayı birtakım hak ve sorumlulukların doğmasına kadar

³²³ *يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا لَا تَأْكُلُوْا اَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ۗ اَلَا تَتَجَارَفُ ۗ اَنْ تَكُوْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ* *iman edenler! Mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka" Nisa, 4/29.*

³²⁴ *إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه* *"Allah ümmetinden hata, unutmama ve zorlandıkları şey(ler)le sorumlu tutmaktan) vazgeçmiştir.* et-Taberânî, Ebû'l-Kasım Süleyman b. Ahmed, (Ö.360/971), *el-Mucem'ül-Kebir*, (I-XXV), Thk: Hamdi Abdülmecîd es-Silefi, Mekebet-ü İbn-i Teymiyye, Kahire, 1974, 172/1430, Hadisin geçtiği diğer kaynakların metinlerinde sadece küçük kelime farkları bulunmaktadır. Ancak netice itibarıyla tüm kaynaklardaki hadisler, aynı gerçeğe temas etmektedir.

³²⁵ *إنما البيع عن تراضٍ* *"Alışveriş ancak karşılıklı rıza ile olur."*, İbn Mâce, Ebû Abdullah, Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni, (Ö.275/808) *es-Sünen* (I-II), Thk: Muhammed Fuad Abdülbakî, Dâr-u İhyâ-i Kütübü'l- Arabiyye, y.y.,t.y., Kitâbü't-Ticârât, 18/2186.

³²⁶ Bardakoğlu, , "İkrah", XXII, 31.

şer'î hükümle olan bağımlı yakından ilgilendirir. Bu sebeple fıkıh literatüründe ikrâh, fıkıhın her bölümünde yaygın olarak tartışılmıştır.³²⁷

İkrâh ile ilgili ayet ve hadislerde yer alan hükümlerin temelinde yatan düşünce, özel hukuk açısından insanların her türlü dış baskılardan uzak tutularak serbest düşünebilmelerini sağlamak, ceza hukuku açısından ise insanların ikrâh sonucu işledikleri suç teşkil edici fiillerden sorumlu tutulmamasıdır.

2. Klasik Fıkıh Doktrinde İkrâh

Klasik dönemde, fıkıh usulünün özellikle fukaha metoduyla kaleme alınan eserlerinde ikrâh, ehliyeti etkileyen müktesep arızalar alt başlığı altında ele alınmıştır. Fürû' eserlerinde ise kendi klasik sistematığı içinde yeri geldikçe ve ilgisi oranında çeşitli meseleler arasına serpiştirilmiş tarzda işlenmiştir. Bununla birlikte klasik literatürde ve özellikle Hanefî kaynaklarında konuya ayrı bir bölüm tahsis edilerek ikrâhla ilgili çeşitli ferî meselelerde ulaşılan çözümleri açıklayıcı ve toparlayıcı bilgiler verildiği de olmuştur. Hanefîlerin bu tutumu, ikrâhın söz ve fiillere etkisi konusundaki hayli farklı görüşleri sebebiyle birçok eleştiri almış olmaları ve mezhep çizgisini savunabilmek için ikrâh konusunu teorik çerçevede ve müstakil bir bölüm halinde ele almaya ihtiyaç hissetmeleriyle açıklanabilir.

Fürû literatüründe ikrâhla ilgili olarak cereyan eden fikhî tartışmalar mükrehin satımı, haram bir maddeyi yemesi, içmesi, eşini boşaması, suç teşkil eden bir fiili işlemesi gibi konularda yoğunlaşır, mezhepler bu tür örneklerden hareketle doktriner ve metodolojik açıklamalara girerler. Bu sebeple de fıkıh ekollerinin ikrâh konusunda geliştirdikleri doktrinin mütakellimîn usulünde kısmen, fukaha usulünde ise tamamen tümevarıma bir metotla ele alındığı, fürû literatürünün ise bu doktrinin örneklendirme ve açılımını teşkil ettiği söylenebilir.³²⁸

³²⁷ Safian, Yasmin Hanani Mohd, *Necessity (Zarure) in Islamic Law: A Study with Special Reference to the Harm Reduction Programme in Malaysia*, 2010, s. 94.

³²⁸ Bkz. Bardakoğlu, s. 31.

3. Modern İslam Hukuku Literatüründe İkrâh

Modern İslam hukuk literatüründe, ikrâhın ehliyet ile ilişkisi terkedilmiş irâde ile ilişkisi ele alınmaya başlanmıştır. İslâm hukuk doktrinine ilişkin çağdaş araştırma ve yayınlarda ikrâh, ehliyet arızası olarak değil rızâyı bozan sebepler veya irâde sakatlıkları arasında ele alınarak incelenir. Senhûrî, Mustafa Ahmed Zerkâ ve Hayrettin Karaman gibi günümüz İslam hukukçuları, ikrâhın ehliyete herhangi bir etkisinin olmadığı fikrinden yola çıkarak ehliyet arızalarından sayılmadığına kanaat getirmişlerdir. Bu sebeple ikrâh ile ilgili bilgileri, eserlerinin ehliyet ile ilgili bölümünde değil, rızanın ayıpları için ayırdıkları bölümde vermişlerdir.³²⁹

Hanefî doktrinde irâde ayıbı halleri içinde en çok ikrâh üzerinde durulmuştur. Bunun sebebi ikrâhı bir bozucu sebep olarak kabul etmenin, bir yandan hakiki irâdeye diğer yandan da hukûkî istikrar prensibine birlikte riayet etmeyi mümkün kılması, bu iki açıdan bir mahzur doğurmamasıdır. Çünkü ikrâh için başvuru yollar genellikle maddi ve objektiftir.³³⁰

Mükrehte (zorlananda) korku uyandırmak ve dolayısıyla irâdeyi bozmak için başvuru vasıtaları genelde açık ve maddî şeyler olduğu için ikrâh, irâdeyi bozan sebepler içinde objektifliğe en yakın olanıdır. Objektif niteliği sebebiyle, hukukî işlemlere duyulan güveni koruma ilkesiyle gerçek irâdeye saygı ilkesi birbiriyle çelişmez. İkrâh özellikle de akid yapan tarafların birisinden kaynaklanıyorsa, söz konusu ilkelerin her ikisini birlikte gözetmek daha fazla mümkündür. İkrâh, mükrehin irâdesini onda meydana getirdiği korku vasıtasıyla etkiler. İrade hür olarak değil de bu korku etkisiyle oluştuğu için ayıplıdır.³³¹

İrâde ayıbı olarak hukûkî mahiyeti tartışılan manevî ikrâhtır. Çünkü irâde, maddi ikrâhta meydana gelmediği için medenî muamelelerde hukukî sonuç doğurmamaktadır.

Türk borçlar hukukunda da -yukarıda geçtiği gibi- ikrâh, iç irâde ile dış irâde arasında istenmeden meydana gelen uyumsuzluklardan sayılmıştır. İkrâhın ayıpları yerine aynı anlama gelen *irade sakatlıkları* tabiri tercih edilmektedir.

³²⁹ Söz konusu hukukçuların tezde atıfta bulunduğumuz eserlerine bakılabilir.

³³⁰ Karaman, *Mukayeseli*, s.149–150.

³³¹ Senhûrî, *Mesâdirü'l-Hak*, II, 183.

Çağdaş İslam hukukçularının düşüncesi, ikrâhın hukûkî işlemlerle sınırlı hükümleri ihtiva ettiği şeklinde anlaşılmalıdır. İkrâh konusunu sözleşmelerdeki irâde ve rıza sakatlıkları kısmında işlemiş olmakla beraber İslam hukukçuları; ikrâhın hem medenî, hem cezaî, hem de dinî mahiyetinin olduğunun altını çizmişlerdir.³³² İkrâhın mükellefiyeti ortadan kaldırıp kaldırmadığı ile ilgili tartışmalar ikrâhın dinî mahiyetini açıklamaya yöneliktir. Cezaî sorumluluğu ortadan kaldıran sebeplerden sayılması da ikrâhın cezaî mahiyetini izah etmeye matuftur.

İkrâh teorisinin özel hukuktaki uzantısının temelini *düşünce ve tasarruf hürriyeti* oluşturmaktadır. İslam hukukunda hata, hile ve ikrâh gibi hallerde yapılan tasarrufların geçersiz olduğunun prensip olarak kabul edilmesi, düşünce ve tasarruf hürriyetinin dikkate alınması sonucu olmuştur.

İkrâh teorisinin ceza hukukundaki uzantısının temelini ise *şahıs hürriyeti* oluşturmaktadır. Gerek salt ikrâh suçunda ve gerekse ikrâh sonucu suç teşkil eden fiillerin işlenmesi hallerinde hukukun koruma altına almış olduğu şahıs hürriyeti çeşitli yönleriyle ihlal edilmektedir. Ayrıca ceza hukuku açısından önemli olan diğer bir husus, ikrâh teorisinin suçların iradiliği esasına dayanmış olmasıdır. Zira İslam ceza hukukunda cezaî sorumluluğun esasını irâdeye dayandırılmıştır. Böylece ikrâh sonucu suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi halinde hem cezaî müeyyidenin ortadan kalkacağı hem de fiilin mübah olacağı kabul edilmiştir.³³³

Modern İslam hukukunda ikrâhın hukûkî mahiyetini bir bütün olarak şöyle açıklamak mümkündür:

İkrâh, sözleşmenin kurulmasında esas olan irâdenin etkilendiği durumlardan biri olduğu için borçlar hukukunun önemli konularından biridir. Cezaî sorumluluğun ortadan kalkmasında da kusurluluğa etki eden en önemli sebeplerden birinin ikrâh olması, ikrâhı ceza hukukunun da önemli konuları arasına dâhil etmiştir. Bu iki yönüyle dinî mahiyeti şekillenen ikrâh, nihaî aşamada mükellefiyet açısından değerlendirilmiş teklifi ortadan kaldırıp kaldırmadığı tartışmaları doktrine yansımıştır.

³³² Zerkâ, s.314.

³³³ Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1982, s.125.

Son olarak; ikrâh konusunda İslam hukukunun batı hukuklarından ayrıldığı noktalara temas edelim:

1. İslam hukukunun ilahî kaynaklı olmasının bir gereği olarak ikrâh, hem yasak fiilleri mübah ve serbest hale getirmekte hem de ikrâh sebebiyle işlenen suçların çoğunda ceza ehliyetini ortadan kaldırmaktadır.

Bugünkü hukuk sistemlerinde ise ikrâh, yasak fiili serbest hale getirmez sadece suçun failinden cezayı kaldırır.³³⁴

2. İslam hukukunda ikrâh, irâde fesadına sebep olan diğer durumlardan farklıdır. Batı hukuklarında hile, hata ve ikrâh gibi irâde bozukluklarının müeyyidesi önemli oranda aynı iken İslam hukukunda ikrâhin müeyyidesi diğer irâde sakatlıkları olan hile ve hatadan daha ağır tutulmuştur. İkrâhin hukûkî işlemlerdeki müeyyidesi, batı hukuklarında iptal edilebilirlik (kabil-i fesh)tir.

İslam hukukunda ise ikrâhin müeyyidesini hafif tutan Malikî mezhebidir. Malikîler ikrâhi diğer irâde ayıpları gibi lüzuma engel bir sebep olarak görmüş, akdin, kabil-i fesih hale getirdiğini ileri sürmüştür.

3. İslam hukukunda ikrâh, bir haksız fiil olduğu için mükrihe hukukî sorumluluk yüklemekte, mükrehe ise birtakım haklar sağlamaktadır. İslam hukukunda ikrâhin bu yönü, ikrâh konusunun bir bütün olarak anlaşılmasını kolaylaştırmıştır.

Batı hukuk sistemlerinde ise ikrâh ile ilintili konular ayrı ayrı incelendiği için sözgelimi, cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluk ayrı ayrı ele alındığı için ikrâh konusunun bir bütün olarak anlaşılması güçtür. Batı hukukunda ikrâh konusu ile ilişkili olarak ele alınan haksız fiil, zarûret, meşrû müdafaa vb. kavramlar, ayrı bölümlerde ele alındığından ikrâh konusu ile ilgili bütünlüğü yakalamak kolay değildir.³³⁵

³³⁴ Üdeh, s.161.

³³⁵ Senhûrî, *Mesadiru'l-Hak*, II,184–185; Karaman, *Mukayeseli*, II, 150.

III. İKRÂHIN GERÇEKLEŞMESİNDE ARANAN ŞARTLAR

Hukûkî sonuç doğurması için ikrâhın birtakım şartları taşıması gerekir. Klasik fıkıh eserlerinde ikrâhın dikkate alındığı hukukî olaylar, ikrâha başvuran kişinin pozisyonu, ikrâhın gerçekleştiği vasıtalar ve ikrâha maruz kalan kişinin irâdesinin etkilenme düzeyi ile ilgili çeşitli hükümler bulunmaktadır. İşte bunlar, ikrâhın hukuken gerçekleşmesi için fakîh ve usûlcülerin tespit ettikleri şartlardır.

Esasen ikrâhın rızâyı yok ettiği, irâde ve ihtiyârı sakatladığı dikkate alındığına göre bu sonucu doğuran her türlü cebir ve tehdidin ikrâh sayılması gerekir. Ancak bu durum her olaya, özellikle de ikrâha mâruz kalan kimsenin içinde bulunduğu şartlara, ruh hali ve algılama biçimine göre değişiklik gösterebilecek nitelikte bulunduğu, öte yandan hukukun uygulanmasında güvenlik ve istikrarı sağlayacak bazı objektif belirlemelere gidilmesi zorunlu olduğu için böyle bir kuralla yetinmek mümkün değildir. İkrâhın şartları konusunda doktrinde gündeme gelen ayrıntılar da bu belirlemeyi yapmaya matuf çabalardır.³³⁶

İkrâhın gerçekleşmesi için ikrâhın unsurlarında (mükrih, mükreh, mükrehünaleyh ve mükrehün bihte) aşağıda açıklanacak şartların bir olayda birlikte bulunması şartı aranmaktadır.

A. MÜKRİHTE ARANAN ŞART

Mükrihin Tehdidini Gerçekleştirebilecek Güce Sahip Olması

Mükrih, baskı yoluyla başka bir kişiyi herhangi bir davranışta bulunmaya veya terketmeye zorlayan kişidir. Mükrih, tehdidini gerçekleştirebilecek güce sahip olmalıdır. Kişi bu güce sahip değilse tehdidi sadece bir hezeyan olur.³³⁷ Ancak burada mükrihin bu güce objektif olarak sahip olup olmamasından ziyade mükrehin bu yöndeki inanç ve kanaati esas alınır. Mükrihin tehdidini gerçekleştirecek gücü ve imkânı yoksa zorlamaya maruz kalan kişi de bunun farkındaysa *esaslı korku* meydana gelmez. Esaslı korku meydana gelmediği için ikrâh gerçekleşmemiş

³³⁶ Bardakoğlu, "İkrah", XXII, s. 33.

³³⁷ Serahsî, XXIV, *el-Mebsût*, 39.

sayıldığından mükreh yaptıklarından sorumlu olur ve kendisine tanınan ruhsatlardan ve diğer haklardan yararlanmaz.

Fukaha, mükrihin tehdidini gerçekleştirebilecek güce sahip olması gerektiği hususunda ittifak etmiştir.³³⁸ İhtilaf, tehdidini gerçekleştirebilecek güce haiz olan kişinin vasfı noktasında meydana gelmiştir. Bu konuda üç görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre ancak devlet başkanı ve benzeri üst düzey kamu görevlileri mükrih olabilir. İkinci görüşe göre hırsız ve gasıp gibi zorla mal alan kişiler, üçüncü görüşe göre ise baskı yoluyla isteğini yerine getiren herkes mükrih olabilir. Bu görüşlerin analizi ve görüş sahiplerinin delilleri şunlardır:

a. Üst Düzey Kamu Görevlilerinin Zorlamalarını İkrâh Kabul Eden Görüş

İmam Ebu Hanîfe,³³⁹ bir rivayetinde İmam Ahmed³⁴⁰ ve Şa'bi'nin görüşüdür. Bunlara göre kudret; iktidarsız olmaz, iktidar ise ancak devlet başkanının sahip olduğu bir güçtür. Bu sebeple tehditlerini ancak devleti temsil eden en yüksek makamdaki kamu görevlisi gerçekleştirebilir.³⁴¹

Ebu Hanîfe'ye göre şahıslardan gelen tehdit, devlet tarafından önlenilmektedir. Mükreh, maruz kaldığı tehlike karşısında yetkililerden yardım isteyerek kurtulabilir. Fakat mükrih, devlet başkanı gibi en üst makamdaki bir kamu görevlisi ise zorlanan kişinin sığınacağı bir yer ve kurtulma imkânı olmaz.³⁴²

³³⁸ İbn Kudâme, Muvaffaküddin Ebu Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, (Ö.620/1223) *el-Muğni*, (I-XV), Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki-Abdulfettâh Muhammed el-Hulv, Dârü Alemi'l Kütüb, 3.Bsk, Riyad, 1997, X, 353; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 39; İbn Hazm, VIII, 335; en-Nevevî, *Minhâc*, s. 416, el-Kayrevânî, Ebî Muhammed Abdullah b. Abdurrahmân, (Ö.386/996), *en-Nevâdir ve'z-Ziyadât ala ma fi'l-Müdevvene ve Gayriha Mine'l-Ümmehât*, (I-XV) Thk: Muhammed'ül-Emin Buhbûze, 1.Bsk. Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1999, X, 249.

³³⁹ Kâsânî, VII, 176.

³⁴⁰ el-Ba'li, Ebu'l-Hasen, Ali b. Abbas, (Ö.803/1401), *el-Kavâ'id ve'l-Fevâ'idü'l-Usûliyye*, Thk: Muhammed Hamid el-Fıkî, Matbaatü's-Sünneti'l-Muhammediyye, Kahire, 1956, s. 48.

³⁴¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 39–40; Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmurz b. Alî, (Ö.885/1480), *ed-Dürerü'l-Hükkâm fi şerhi Gurer-il-Ahkâm*, (I-II), Mîr Muhammed Kütüphâne, Karaçi, t.y., II, 270; İbn Âbidîn, IX, 168.

³⁴² Kâsânî, VII, 175; Zeylaî, Fahrüddin Osman b. Ali, (Ö.743/1343), *Tebyinu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, (I-VI), Matbaatü'l-Emiriyye, Kahire, 1310, V, 182.

Kendisiyle görüş birliği içinde olanların kanıtları da aynı doğrultudadır. Eğer mükrehin kurtulma şansı varsa ikrâhın gerçekleşmemiş olduğu kabul edilir.

b. Gasıpların Zorlamalarını İkrâh Kabul Eden Görüş

Hırsızlık suçu, cebir ve tehdit yoluyla işlendiğinde gasp, (korkutarak faydalanma) suçuna dönüşür. Bu sebeple gasp suçu, hırsızlık ile cebir ve (veya) tehdit suçlarının birleşmesinden meydana gelen mürekkep bir suçtur. Fıkıh kaynaklarında zorlama yoluyla malın gasp edilmesi hırsızlık olarak nitelendirilmiştir. Şa'bi'den rivayet edilen başka bir görüştür. Şa'bi'ye göre gasp edicilerden gelen ikrâh muteber, devlet başkanından gelen ikrâh ise muteber değildir. Çünkü gasıp, talep ettiğini yerine getirmeyen kişiyi öldürür ama devlet başkanı emrini yerine getirmeyen şahsı öldürmez.³⁴³

Şa'bi, zorlanan kişinin genelde devlet başkanı tarafından öldürülmediğinden hareket ederek mükrehin devlet başkanı tarafından şahsına yönelen tehditten kurtulma imkânı olduğuna kanaat getirmiştir. Buna dayanarak gasıbın tehdidini devlet başkanının tehdidinden daha ağır tutmuştur.

Sözkonusu görüşler içindeki en zayıf görüştür. Ona atfedilen bu görüşe başkasına ait eserlerde değinilmiş olması ve kendisinin bu konuda Ebu Hanîfe ile aynı düşündüğünü gösteren başka rivayetler sebebiyle bazı eserlerde onun bu görüşüne yer verilmemiştir.

c. Tehdit Ettiğini Gerçekleştirebilen Herkesin Zorlamalarını İkrâh Kabul Eden Görüş

Cumhûrun görüşüdür. Cumhura göre tehdidini gerçekleştirme imkânına sahip herkes mükrih kabul edilir. Hanefîlerden İmam Muhammed ve Ebu Yûsuf, Malikîler, Şafîîler, Hanbelîler, Zahirîler³⁴⁴ ve günümüz fıkıhçıları³⁴⁵ bu görüştedir. Mecelle

³⁴³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 353.

³⁴⁴ İbn Hazm, VIII, 335; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 353; Kâsânî, VII, 175; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 39; Nevevî, *Minhâc*, s. 416; Kayrevânî, X, 249.

³⁴⁵ Zeydân, *el-Veciz*, s.110; Ebu Zehre, *Usûl*, s.186. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, V, 388.

de” Mücbirin tehdidini *ikâa* (gerçekleştirmeye) muktedir olması şarttır. Binaenaleyh, tehdidini *ikâ* ve *icrâya muktedir olmayan kimsenin ikrâhu muteber olmaz.*³⁴⁶ diyerek bu görüşü kabul etmiştir.

Buna göre, kişinin mükrih kabul edilmesinin esas ölçüsü, tehdidini gerçekleştirme kudretidir, ehliyetin şartları olan akıl ve bülûğ değildir. Kendisine itaat edilen mümeyyiz çocuk ve matuh baliğin zorlamasıyla da ikrâh sabit olur.³⁴⁷ Fakat sözgelimi, yatalak bir hastanın sağlıklı bir şahsı istediği şeyi yapmadığı takdirde bizzat döveceği hususunda tehdit etmesi ile ikrâh gerçekleşmez. Çünkü doğal şartlar tehdit eden kişinin tehdit ettiğine gücünün yetmediğini açıkça göstermektedir.

d. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Tehdit ettiğini gerçekleştirme imkânına sahip herkesi mükrih kabul eden görüş, tercihe şayandır. Görüşler arasındaki ihtilafın temel prensiplerden kaynaklanmaması ve görüş sahiplerinin yaşadıkları zaman ve toplumlarının sosyo-politik yapısını gözeterik hüküm vermeleri, mükrih olma vasfının kayıt altına alınmayacağını, başkasının irâdesine baskı kurarak menfaat elde etmek isteyen herkesin hukuken mükrih sayıldığını göstermektedir.

Bugün itibariyle üçüncü görüşte icmâ hâsıl olmuştur. Zaten Hanefiler de Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed’in görüşünü tercih etmişler ve iki görüş arasında bir te'vile gitmişlerdir. Buna göre, Ebû Hanîfe ile iki talebesinin bu noktada farklı düşüncelerinin sebebi delîl ve hüccetlerin ihtilafı değil; zamanın ihtilafıdır. Çünkü Ebû Hanîfe zamanında tehdit ettiğini gerçekleştirmeye devlet başkanından başkasının gücü ve imkânı yoktu. Ebû Hanîfe kendi zamanında tanık olduğu şeylere binaen hükmünü vermiştir. İmameyn’in zamanında ise bozulmalar baş göstermiş, anarşi her tarafı sarmış ve her zorba tehdit ettiğini yapabilecek duruma gelmiştir.³⁴⁸

³⁴⁶ Mecelle, 103.Md.

³⁴⁷ Kâsânî, VII, 176. Atiyye, Abdülhasîb Sened, *el-İkrâh ve Eseruh ala Irâdeti'l-Mükreh fi'l-Ef'ali'l-Cinâiyye ve't-Tasarrufâti's-Ser'iyye ve'l-Ukûdi'l-Mâliyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Dârü'l-Gad, Kahire, 2001, s. 15.

³⁴⁸ el-Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd, (Ö.683/1284), *el-İhtiyâr li Ta'lili'l-Muhtâr*, (I-IV), Dârü'r-Risaleti'l-Alemiyye, 1.Bsk., Beyrut, 2009; II, 509; Kâsânî, II, 176.

Diğer yandan ikrâh altındaki irâde beyanlarının dinî sorumluluk yüklemeyeceğini ifade eden ayetin sebab-i nüzûlü olarak gösterilen Ammar olayı da bu fikri destekler niteliktedir. Rivayetlere göre Ammar'a şiddet, cebir ve tehdit uygulayarak dinini değiştirmesi yönünde baskı kuran Mekkeli putperestler, şehir yönetiminin en üst makamında ve devlet başkanı konumunda bulunan kişiler değildi. Ayrıca bunlar gasıp da değildi. O halde hadis rivayetleri de üçüncü görüşü desteklemektedir.

Çağdaş Türk hukukunda, ikrâha başvuran kişi ve ikraha maruz kalan kişi şeklinde bir ayırım yapılmamış olmakla beraber verilen bilgilerden, tehdit uygulayan veya cebir ve şiddete başvuran kişinin sahip olması gereken özelliklerin neler olması gerektiği anlaşılmaktadır. Buna göre ikrâhın hukuken gerçekleşmesi için ilk olarak korkutma teşkil eden eylemli veya eylemsiz bir davranış ve bu davranışın insan eliyle meydana gelmiş olması gerekir. Korkutan kimsenin ceza ehliyetinin olması da gerekmez, korkutma teşkil eden davranışı kasten yapabilecek durumda olması yeterlidir.³⁴⁹

Yukarıdaki tespitten mükrihin ceza ehliyetine sahip olmayabileceğini ve korkutma ve ikrahın kasten yapılmış olması durumunda davranışının ikrâh kabul edildiğini anlamaktayız.

İkrâhın şartlarından biri olan *ikrâhın ciddi olması*, izah edilirken mükrihin vasfını açıklama mahiyetinde bazı örnekler verilmektedir. Mesela 8–10 yaşlarındaki bir çocuğun bıçak tehdidi ile irâdesini açıkladığını söyleyen kimsenin sözleri dikkate alınmayacağı³⁵⁰ şeklindeki açıklama buna örnek olarak gösterilebilir.

Özellikle fiziksel baskı şeklinde gerçekleşen zorlamalarda kişinin taşıması gereken fizyolojik özelliklerine dikkat çeken bilgilere de bu perspektiften bakmak mümkündür. Buna göre failin gücü, mükrehin direnme gücü ile ilişkili olduğundan cebir uygulayanın belirli kriterleri taşıması gerekir. Failin yaşı, cinsiyeti ve kilosuna bu özelliklere örnektir. Bunların belirlenmesinden sonra da cebir uygulayanın özelliklerine bakılacaktır. Bu bağlamda hafifi sıklet birinin ağır sıklet birine

³⁴⁹ Sevindik, Ersin, *İkrah*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008. s.23'te dipnot 65-68'deki yazarlardan naklen.

³⁵⁰ Acar, İbrahim, *İslâm Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler II- İkrah*, Sayı: 18, Yıl: 2002, s. 15'te Erzurumluoğlu, Erzan, *Borçların Genel Kuralları*, Ankara, 1978, s. 38'den naklen.

direnemeyeceği açıktır. Ya da yaşlı bir adam genç bir adama direnemeyecektir. Aynı şekilde bir kadın bir erkeğin fiziksel gücüne çoğu zaman karşı koyamayabilir. Failin bu özellikleri modern tıp bilimi sayesinde nicelik olarak belirlenebileceğinden deneysel ölçüler esas alınabilecektir.³⁵¹

B. MÜKREHTE ARANAN ŞARTLAR

Mükrehte aranan şartları üç ana kategoriye ayırmak mümkündür.

Birincisi; mükrihin tehdit ve baskısına karşı mükrehin konumunu açıklayıcı nitelikteki şartlardır. Bunlardan birincisi, mükrihin tehdidini gerçekleştireceğine dair mükrehte güçlü bir kanaat oluşması, diğeri ise mükrehin sözkonusu tehdit ve baskıyı bertaraf etme gücünden yoksun olmasıdır.

İkinci kategoride ise mükrihin talebi ile mükrehin uygulamaları arasındaki ilişkiyi açıklayan şartlar bulunmaktadır. Bunlar da mükrehin mükrihe muhalefet etmemesi, mükrihin baskısı ile mükrehten istenen işin aynı seviyede olmasıdır.

Son kategoride ise mükrehin hukûkî ehliyetini ve rızasını açıklayan şartlar bulunmaktadır. İkrâhın unsurlarına göre yapılan tasnifi kullanmayı tercih ettiğimiz için ikrâhın şartları bu kategorilere göre açıklanmayacaktır.

1. Mükrehte Tehdidin Gerçekleşeceğine Dair Esaslı Korkunun Hâsil Olması

İkrâha maruz kalan tarafta, kendisinden talep edilen işi yerine getirmediği takdirde tehdit edildiği şeyin gerçekleştireceğine dair esaslı bir korku hâsil olmalıdır. Mükreh, kendisine yönelik tehdidin gerçekleşmeyeceği, mükrihin sadece tehdit ve korkutma ile yetineceği kanaatine varırsa ikrâh şeklen mevcut ise de hukuken sabit olmaz. Zira kendisinde tehdidin gerçekleştiğine dair güçlü veya kesin kanaat hali meydana gelmemiştir.³⁵²

³⁵¹ Küçüktaşdemir, Özgür, *Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 71.

³⁵² Kâsânî, VII,176.

Mükrehin kendisine yönelen ciddi bir tehlikenin var olduğunu görmesi sebebiyle nefsinde esaslı bir korku duyması gerektiği konusunda fukaha arasında görüş birliği bulunmakla beraber mükrehin korkuyu *güçlü kanat* ile mi yoksa *kesin kanaat* ile mi hissetmesi gerektiği konusunda ihtilaf bulunmaktadır. Güçlü kanaati yeterli görenler, mücerred tehdit halinde, kesin kanaati şart koşanlar ise mükrehin fiziksel baskı görmesi durumunda ikrahın hukuken vuku bulduğuna karar verilebileceğini düşünmüşlerdir.

Mükrehin kanaati mükrihin tehdidini gerçekleştirme gücünün olup olmadığının belirlenmesinde da esas alınmıştır. Bu iki şart ile beraber ikrâhın belirlenmesinde ikrâha maruz kalanın kanaatlerinin gerçekten önemli olduğunu anlıyoruz. Tehlikenin ağırlığı, mükrehin kanaatine etki eder ama tehdidin ikrâh sayılması noktasında belirleyici değildir.

Bazı fakihler, tehdidin bir kısmının fiziksel baskı uygulanarak gerçekleşmesi halini *maddi ikrâh*, ileride uygulanacağını mükreh tarafından ciddi bir kanaat ile bilinen tehditleri *manevi ikrâh* olarak tarif etmişlerdir.³⁵³ Bu tasnif, modern hukukta görülen maddi ikrâh ve manevi ikrâh şeklindeki ayırım ile büyük oranda paralellik arz etmektedir.

a. Esaslı Korkunun Gerçekleştiğini Mükrehin Fiziksel Baskı Görmüş Olmasına Bağlayan Görüş

Bazı Malikîler ve bir rivayetinde İmam Ahmed, fiziksel bir şiddete maruz kaldıktan sonra mükrehte tehdidin gerçekleşeceğine dair kesin kanaat oluşacağını düşünmüşlerdir.³⁵⁴ Bunlara göre mükreh üzerinde maddi cebir ve şiddet uygulandıktan sonra esaslı korku meydana gelir ve ikrâh da ancak bu şartlar altında gerçekleşir Bu görüşte olanların delilleri şunlardır:

1. Müşrikler Ammar'ı yakalamış ve şirke dönmesi için onu zorlamışlardı.(Ona fiziksel şiddet uygulamışlardı.) Ammar, buna direnemeyip onların taleplerini yerine getirmişti.(Küfür gerektiren söz söylemişti.) Gözyaşları içinde ağlayarak Hz.

³⁵³ Buhûfî, Mansûr b. Yûnus, (Ö.1051/1641), *Keşşâfu'l-Kina' an Metni'l-İkna'*, (I-XV) Thk: Heyet, 1. Bsk, 2008, V, 236; Üdeh, I, 565; Esen, 242-243.

³⁵⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*. X, 353; Hattâb, III, 46.

Peygambere gelmiş (ve durumu anlatmış) idi. Hz. Peygamber, elleriyle onun gözyaşlarını silmiş ve ”Eğer müşrikler yine senden aynı şeyleri isterlerse yap” buyurmuştur.³⁵⁵

Ammar kendisine yapılan işkenceler, dayanılmaz bir hal almayana kadar dinden dönmeyi gerektiren sözler söylememiştir. Bu işkence ile onların ölüm dâhil tehditlerinin sonucunun gerçekleşeceğine kesin kanaat getirmişti. O halde fiziksel baskı kurmadan kesin kanaatten söz edilemez.

2. Hz. Ömer’den rivayet edildiğine göre şöyle demiştir:”Birisini aç bıraksanız veya dövseniz veya bağlasanız, bu bir eylem gerektirir.” İşte bu durumda ikrâh meydana gelir.³⁵⁶ Bu rivayette aç bırakma, dövme ve bağlama gibi fiziksel baskılar örnek mahiyetinde zikredildiğine göre ortada bir fiziksel eylem olmadan mücerred korkuyla ikrâh gerçekleşmez.

Fiziksel baskı olmadan mükrehte esaslı korku meydana gelmediğini düşünen ve ikrâhın gerçekleşebilmesi için tehdidin yetersiz olduğu görüşünde olanlar, manevi baskı ve tehdidi ikrâh kapsamında görmeyip ikrâhın gerçekleşme şartını ağır tutanlardır. Bu görüşe göre, tehdidin ikrâh sayılabilmesi için mükrehe maddi bir fiilin uygulanması ve bunun kişiyi zorlandığı şeyi yapmaya sevk etmesi gerekmektedir.

Hangi tür baskının ikrâh kapsamında görüldüğü ile ilgili tartışmalar ise ikrâhın gerçekleşme türlerini ifade eden *İkrâhın Gerçekleşme Türlerinde Aranan Şartlar* başlığında açıklanacaktır

b. Esaslı Korkunun Gerçekleştiğini Mükrehte Zann-ı Galibin (Ciddi Kanaatin) Oluşmasına Bağlayan Görüş:

Hanbelîlerin bir görüşü ile Hanefiler ve Şafîîlerin görüşü bu yöndedir. Bu görüşe göre, mükrehin mükrih tarafından tehdit edilen durumun gerçekleşeceğini zann-ı galip ile bilmesi ile esaslı korku meydana gelmiş olur, maddi bir acının

³⁵⁵ et-Taberî, Ebu Ca’fer Muhammed b. Cerîr, (Ö.310/923) *Câmiü'l- Beyan an Te’vili Âyi'l-Kur’ân*, (I-XXIV) Thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Hicr Li’t-Taba’, Kahire, 2001, XIV, 373–374; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 353. Bununla birlikte İbn Kudâme, bu görüşte değildir. Kendisi zann-ı galip ile dahi olsa esaslı korkunun meydana gelmesini savunan cumhur ile aynı görüşü paylaşmaktadır. Çünkü Hanbelîlerin de çoğu zannı galip ile esaslı korkunun meydana geleceğini düşünmektedir.

³⁵⁶ İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 352.

verilmesi şart değildir.³⁵⁷ Hatta bazı İmâmiyye fakihlerinin güçlü bir kanaatin oluşmasını dahi şart koşmadıkları ve yalın zannı yeterli gördüğü de ifade edilmiştir.³⁵⁸ Bu görüşte olanlar da kendi görüşlerini destekleyen deliller getirmişlerdir. Bu delillerden birini aşağıya alıyoruz.

*"Bir adam bal sağlamak için bir ipe (kayadan aşağı) sarkar. Hemen karısı gelir ve: "Vallahi, ya ipi keserim ya da beni boşarsın!" der. Adam: "Allah aşkına yapma!" diye yalvarırsa da kadın dinlemez. Mecbur kalır ve boşar. Sonra Hz. Ömer'e gelir ve olanları ona anlatır. Hz. Ömer: "Karına dön, çünkü bu bir talak değildir." der."*³⁵⁹

Bu rivayete göre adamın hanımı ipi kesmiş değildir. Sadece ipi kesmekle kocasını tehdit etmektedir. Ama adamda kadının ipi keseceğine dair zann-ı galip (güçlü bir kanaat) oluşmuştur.³⁶⁰

c. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Mükrehte hâsıl olan korku, kendisine yönelik tehdidin ağırlığıyla alakalı olsa da sadece tehdidin ağırlığına bağlanmış değildir. Tehlikenin ağır olmasının yanında tehdidin yeri ve zamanı, kullanılan araçlar, korkutulan kişinin içinde bulunduğu ruh hali ve karakteri gibi birçok durum, kişinin zann ve kanaatinin oluşumuyla ilişkilidir. Bu sebeple ikrâhın gerçekleşmesi için mükrehin fiziksel bir baskı görmüş olmasını şart koşmayan cumhûrun görüşü tercihe şayandır.

Modern Türk hukukundaki hüküm, cumhûrun görüşünden pek farklı değildir. Borçlar Kanunumuzun 38. maddesine göre korkutulan kimse, istenilen işlemi yapmadığı takdirde, kendisinin veya yakınlarının şahıs yahut malvarlığına yönelik, ağır ve yakın bir tehlikenin gerçekleşeceğine kanaat getirmiş olmalıdır. Maddede yer alan *kanaat* tabiri, korkutulan tarafta ortaya çıkmış esaslı, ciddi bir korkunun arandığını, ayrıca cebir ve şiddet uygulamaya gerek olmadığını göstermektedir. Kişinin sübjektif durumu özellikle cinsiyeti, yaşı, karakteri, bilgi düzeyi dikkate

³⁵⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 39; Suyûtî, s. 209; Ba'lî, s. 48.

³⁵⁸ Bkz. Bardakoğlu, "İkrah", *İA*, XXII, 32.

³⁵⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 352

³⁶⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 352; İbn Hazm, VIII, 331.

alınmalıdır. Çünkü bir tehdit yalnız yaşayan bir kadın üzerinde ağır bir korku duygusu yaratırken genç ve cesur bir erkek üzerinde aynı etkiyi yaratmayabilir.³⁶¹

Ceza Kanununun 28. maddesinde "*muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit*" şeklindeki ibarenin de bu şartla aynı paralelde bir fikir oluşturduğunu düşünüyoruz. Tehlikenin *muhakkak* olmasına vurgu yapılması, zanna dayalı tehlikelerin cezai sorumluluğu ortadan kaldıran cebir ve ikrâhın gerçekleşmesi için yeterli olmadığını göstermektedir. Korkutma ve tehdit ibareleri ise, fiziksel baskı olmadan kanaat oluşmasının mümkün olduğuna işaret etmektedir.

2. Mükrehin Emredileni Yerine Getirmekten Başka Seçeneğinin Olmaması

Mükreh ile ilgili diğer bir şart da mükrihin baskısına karşı koyma, tehlikeyi bizzat bertaraf etme, kaçma veya başkasından yardım alma gibi tehlikeyi savuşturacak önlemlerden yoksun olmasıdır.³⁶² Eğer mükrehin bir kurtuluş ümidi varsa ikrâh gerçekleşmemiş sayılır.³⁶³ Bu sebeple tehdit edilen kişinin, tehditle kendisinden istenen hususu yerine getirmekten başka bir seçeneğinin olmaması gerekir.

Eğer mükreh tehlikeyi bertaraf etme gücüne sahipse bu onun aciz ve güçsüz olmadığını gösterir. Başkasından yardım alma ve kaçma gibi imkânları varsa bu da mükrehin çaresiz olmadığını gösterir. Her iki durumda da zarûret halinin oluşması mümkün değildir. Dolayısıyla mükrehin kendisine uygulanan baskıdan kurtulmak için ne imkân varsa kullanması gerekir. İmkânların tükendiği yerde zarûret hallerinden biri olan ikrâh muteber kabul edilir.

Yeni TCK'nın 28. maddesinde *karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet* denilerek *failin karşı koyamama ve kurtulamama* halleri ikrâhın şartları olarak ifade edilmiştir. Netice itibariyle her iki durum da ikrâha ve cebre maruz kalan kişinin tehlikeyi bertaraf etme imkânının olmadığını açıklamaktadır.

³⁶¹ Eren, s. 429.

³⁶² er-Remlî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza, (Ö.1004/1595), *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, (I-VIII), Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2.Bsk., Beyrut, 2003, VI, 446; Buhûfî, XII, 190.

³⁶³ Suyûtî, s. 209.

Kişinin bu hallerinin hukuk nazarında kabul edilmesi için suçun ağırlığı artıka, tehdit altındaki kişinin tehditten kaçınmanın yollarını araması, suçun ağırlığı oranında yoğun bir çaba ve uğraş göstermiş olması gerekir.

Borçlar Kanununda böyle bir şarta değinilmemiş olması, mücerred korkunun ikrâh olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple tehlikeyi savuşturamama şartı, fiziksel baskıyı zorlama olarak kabul eden ceza hukuku alanına hasredilmiştir. İleri derecedeki ikrâh olan cebirin ceza hukuku alanında gerçekleşme şartlarından bahsedilirken zarûreti ifade etmek için bu şarttan bahsedildiği olur. Buna göre cebirden bahsetmek için, hukuk düzeni tarafından öngörülen koruma amaçlarına başvurarak tehlikeden kurtulmaya ilişkin olarak makul kuvvetli bir ihtimal olmamalıdır.³⁶⁴

Mükrehin kendisine yönelik tehdidi savuşturma imkânından mahrumiyet durumu, mükrehin mükrihin elinde bir alet gibi hareket etmesini ifade eden ilca ve cebir kullanma durumundan farklıdır. İkisinde de tehlikeyi savuşturacak seçeneklerden mahrumiyet sözkonusudur. Ancak manevi ve gayr-ı mülci' ikrâhta tehdit edildiği duruma razı olup kendisinden isteneni yapmama ve tehlikeyi göze alma seçeneği bulunmaktadır. Bu durumda mükrehin ihtiyarı bozulmuş ama tamamen yok olmamıştır.

Maddi ikrâh ve cebirde ise bu yetki elinden alınmıştır. Maddi ikrâhta karşı koyamama durumu, fiziksel açılarından imkânsızlık ile alakalı olduğu için tam bir mahrûmiyet sözkonusudur. Kısaca ifade etmek gerekirse tehlikeyi savuşturmadan mahrum olma, iki ikrâh türünde de bulunmakta; manevi ikrâhta tehlikeyi bertaraf etmeden tehlide katlanmak seçeneği de mevcut iken, maddi ikrâhta tam bir mahrûmiyet sözkonusudur.

3. Mükrehin, Mükrihin Tehdidine Aykırı Davranmaması

Malikî mezhebi dışındaki diğer mezheplerde mükrihin tehdidine mükrehin aykırı davranmaması şartı bulunmaktadır. Ancak bunu şart görenlerin de mükrehin

³⁶⁴ Gülşen, s.134'te Padovani, Tullio, *Costringimento Fisico e Psicico*, Torino, 1989, s.213.den naklen

mükrihe nasıl muhalefet edebileceğine dair farklı görüşleri bulunmaktadır. Şafîler aralarında muhalefetin olmaması şartını mutlak bir şekilde, Hanefîler ise belirli şartlarla kabul etmişlerdir. Aralarındaki muhalefete itibar edilmeyeceğini beyan eden Malîkîlerin görüşü ile beraber bu konuda üç görüş ortaya çıkmaktadır. Mezheplerin konu ile ilgili görüşleri ve dayandıkları deliller şunlardır:

a. Mükrehin Mükrihe Muhalefet Edememesinin Şart Olduğu Görüşü

Şafî mezhebinin görüşüdür. Şafîlere göre ikrâhın hukuken muteber olması için mükrih ne istiyorsa mükreh onu yapmalıdır. Eğer mükreh kendisinden istenen şeyden farklı bir muameleye girişirse bu onun ihtiyâr sahibi olduğunu gösterir. Mükrehin tehdit edildiği işe muhalefet etmesi ve mükrihin emrine aykırı davranması, hukûkî muameleleri ikrâh ile yapmadığı anlamına gelir ve rızaya dayalı gerçekleştiği gözönünde bulundurularak sözkonusu muameleleri geçerli kabul edilir.

Sözgelimi bir adam, üç talakla hanımını boşamaya zorlandığında bir veya iki talakla hanımını boşarsa, sarîh (açık) talakla boşamaya zorlandığında kinayeli talakla boşar ise, muallâk (bağlı, şartlı) talak ile hanımını boşamaya zorlandığında maktu (koparılmış) talakla onu boşarsa, müphem (belirsiz) talakla hanımını boşamaya zorlandığında muayyen talakla onu boşarsa ikrâh hukuken gerçekleşmemiş sayılacağı için muamelesi geçerli olduğu için talakı da geçerli hale gelir. Hanbelîler de aynı doğrultuda görüş bildirmişlerdir.³⁶⁵

b. Mükrihe Muhalefet İçinde Olma Haline İtibar Edilmeyeceği Görüşü

Malîkî mezhebinin görüşüdür. Malîkîlere göre mükrehin mükrih tarafından kendisine emredilenin aynısını yapıp yapmaması, ölçü değildir. İkrâhın ağır baskısı altındaki mükreh, deli gibi ne yaptığını bilmeyen kişidir. Delinin tasarrufları geçersiz olduğuna göre mükrehin de tasarrufları geçersizdir. Dolayısıyla kişi, tehdit edildiğine aykırı davranırsa da mükreh kabul edilir.

³⁶⁵ Nevevî, *Ravzatü't-Tâlibîn*, (Ravza), (I-VIII), Thk: Adil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed Muavviz, Alemü'l-Kütüb, Beyrut, 2003, VI, 54; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 354.

Sözgelimi talak gibi bir konuda irade beyanı geçersiz olacağından talakı da geçersiz olur ve talak işi gerçekleşmez. Yahut cariyesini satmaya zorlanan bir kişi onu hibe derse ikrâh gerçekleşmiş kabul edildiğinden ve ikrâh alışverişi geçersiz kıldığı için muamele geçersiz olur.³⁶⁶

c. Muhalefet Durumunun Çeşidine Göre Hüküm Verileceği Görüşü

Hanefiler ve sahîh görüşlerinde Hanbelîler, mükrehin kendisine emredilenden daha fazlasını yapması veya emredilenden farklı bir hukûkî muameleye yönelmesi durumlarını, mükrehin emredilenden daha azını yerine getirmesi konusundan farklı tutmuş ve ikisini ayrı hükümlere bağlamışlardır. Hanefîlerin ve Hanbelîlerin, mükrehin kendisine emredilenden daha fazlasını yapması veya emredilenden farklı bir şekilde bir hukûkî muameleye yönelmesi konularındaki görüşleri, Şafîîlerin görüşü ile paraleldir. Sözgelimi mükreh, kendi eşini boşamaya zorlandığında boşanması istenen kadından farklı bir kadını boşarsa veya bir talak ile boşamaya zorlandığında üç talakın tamamını kullansa ikrâhın şartları gerçekleşmediği için ikrâh ruhsatından faydalanmaz, dolayısıyla boşama gerçekleşir.³⁶⁷

Diğer yandan Hanefiler ve Hanbelîler kişini kendisine emredilenin daha azını yerine getirmesi durumunda ikrahın gerçekleşeceğini savunurlar.³⁶⁸ Serahsî, kitabında 1000 dinarı söylemeye zorlanan kişinin 500 demesi durumunda ikrarının geçerli olduğunu beyan etmiştir.³⁶⁹

Sonuç olarak Şafîîler, ihtiyarın varlığına delalet ettiği gerekçesiyle muhalefet durumlarını ikrâha engel olarak, haliyle de ikrahın gerçekleşmesinde etkili; Malîkîler, mükrehi deli gibi ne yaptığını bilmeyen bir kişi olarak nitelendirmiş ve haliyle de ikrâhın gerçekleşmesinde etkisiz kabul etmişlerdir. Hanefî ve Hanbelîler

³⁶⁶ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, V, 379-380.

³⁶⁷ Kâsânî, VII,190; Nevevî, *Ravza*, VI, 54; Buhûtî, IV, 209.

³⁶⁸ Kâsânî, VII,190; el-Hacâvî, Şerefuddin Musa b. Ahmed b. Musa Ebu'n-Necâ,(Ö.968/1561), *el-İknâ' Li't Tâlibi'l-İntifa'*,(I-IV), Thk. Heyet, 3.Bsk, Riyad, 2002, III, 460.

³⁶⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 52.

ise istenenden az olması durumunu hariç tutmuşlar, diğer durumların ikrâhin gerçekleşmesinde etkili olacağı hükmünü tercih etmiştir.

4. Mükrehin İkrâh Esnasında Rızasının Bulunmaması

Bu şart, ilk iki şartın bir sonucudur. Esaslı korkunun meydana gelmesi ve baskıya mukavemet göstermekten aciz olma durumu, mükrehin rızasının kalmadığını gösterir. Zorlama sonucu meydana gelen bir hukûkî muamelede mükrehin rızası varsa ikrâh gerçekleşmez.³⁷⁰

Olay hukuka aykırı da olsa mükrehin rızası ikrâhı ortadan kaldırır. Zina yapma, içki içme vb. gibi dinen caiz olmayan veya başkasının malını telef etme gibi kişinin razı olmayacağı konularda meydana gelen zorlamalar ikrâh sayılır. Ancak zorlanan kimse daha önce bu filleri işleyen birisi olup işlediği fiilden razı ise bu fiillere zorlanması ikrâh sayılmaz.³⁷¹

Hanefi mezhebinde ihtiyâr ve rıza kavramlarının farklı olduğu, tam ve nakıs ikrâh ayrımındaki kriterin ihtiyâr ve rıza olduğu gerçeği göz önünde bulundurularak başlıkta zorlanan kişinin *ihtiyârının olmaması* tabiri yerine *rızasının olmaması* tabiri tercih edilmiş, böylece başlığın Hanefilerin görüşünü kapsamaya amaçlanmıştır. Çünkü Hanefilerde ikrâh rızayı ortadan kaldırırsa bile ihtiyârı (seçme hürriyetini) ortadan kaldırmamaktadır. Rıza ve ikrâh birbirlerinin zıddı olan iki terim olduğu için mantıksal açıdan da ikrâh ile meydana gelen bir hukûkî olayda rıza mevcut olamaz.

Bu aşamada hangi durumların/muamelelerin kişinin rızasına delalet ettiği meselesi önplana çıkmaktadır. Kişinin rızasının olmadığı birer alameti olan *emredilenden sakınmayı* örnek vermek mümkündür. Emredilenden sakınma; alışverişe zorlanma konusunda olduğu gibi ya kişinin kendi hakkı sebebiyle olur. Ya da başkasının malvarlığını yok etme mevzusunda olduğu gibi şahıs başkasının hakkı

³⁷⁰ Al-Fawzân, Salih, *A Summary of Islamic Jurisprudence* (I-II), Al-Malman, Publishing House, Riyad, 2005, II, 11.

³⁷¹ Bardakoğlu, Ali, “İkrah”, XXII, 32; Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, V, 389.

sebebiyle sakınır. Bazen ise içki içme, zina ve öldürme olaylarında olduğu gibi kendisi şeriatın hakkı sebebiyle çekinebilir.³⁷²

İfa etmekten çekinmesi sebebiyle sözkonusu durumlarda mükrehin rızası bulunmamaktadır. Çünkü çekinme durumu, bir nevi razı olmama durumudur.

5. Mükrehin Eda Ehliyetine Sahip Olması

Eda ehliyeti olmayan veya tasarruflarından sorumlu kabul edilmeyen çocuk ya da akıl hastasına yönelik ikrâh, geçerli değildir.³⁷³ Bu şart, ikrâhın ehliyeti ortadan kaldırmadığını göstermesi açısından önemlidir.

C. İKRÂHA KONU OLAN FİİLDE ARANAN ŞARTLAR

1. Fiilin Hukuka Aykırı Olması

Mükrihinin mükrehten talep ettiği fiilin hukuka aykırı olması, zorlamanın haksız ve haram olmasıdır.³⁷⁴ Yapılması şer'an gerekli ve mübah olan bir şey için vuku bulan zorlama ikrah değildir.³⁷⁵ Mesela, borcunu ödemesi için borçluyu malını satmaya zorlamak -istenileni yapmadığında hapisle tehdit etmek- ikrâh değildir. Malı olduğu halde borcunu ödemeyen kişinin mallarını hâkimin zorla satması geçerlidir.³⁷⁶ Yine nafaka borçlusunun bunu ödemeye zorlanması ya da amme ihtiyacı için istimlâk icbarı gibi meşru konularda vaki olacak zorlamalar ikrâh sayılmaz.³⁷⁷ Bu durumlar hukuka uygun zorlamaları ifade eden icbâr kavramıyla karşılanmaktadır.

Hâkimin bir suç veya hakkın ikrarı için yaptığı icbarı ikrâhı meydana getirip getirmeyeceğini İslam hukukçuları tartışmıştır. Hanefî hukukçularına göre darp,

³⁷² Serahsî, *el-Mebsût*, XIV, 39; Suyûtî, s.209.

³⁷³ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 43.

³⁷⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 39; Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. el-Hatîb, (Ö.977/1570), *Muğni'l-Muhtâc İlä Ma'rifet-i Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, (I-IV), Thk: Muhammed Halil Ayntanî, Beyrut, 1997, III, 290; Ebu Zehre, *Usûl*, s. 356.

³⁷⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 39; Bilmen, VII, 320; Senhûrî, *Mesâdir*, II, 194.

³⁷⁶ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, V, 389.

³⁷⁷ Karaman, *Mukayeseli*, II, 154.

hasar hapis ve benzeri fiillerle tehdit etmek suretiyle sağlanan ikrar, geçerli değildir. Çünkü icbârın haklı ve meşrû olabilmesi için önceden hakkın sübûtu gerekir. Bir kimsenin suçlu veya borçlu olduğu sabit olmadıkça sabit olmayan suç veya borcu ikrarı için yapılan zorlama haklı olmaz. Şafî ve Malikî hukukçuların bu konudaki görüşleri berraklık kazanmamıştır, mezhep içi ihtilaflar bulunmaktadır.³⁷⁸

İkrâh ve icbârı birbirlerinden farklı kılan zorlama ve baskının meşruiyetidir. İkrâhın tüm şartları gerçekleşse dahi zorlama hukuka uygun ise ikrâh gerçekleşmiş olmayacaktır. Yalın olarak ikrâhtan bahsedildiğinde haksız ikrâh kastedilir.³⁷⁹ Bu konu ile ilgili tezin önceki kısımlarında yeterli bilgi verildiğinden bu kadar açıklama ile yetinilecektir. İkrâhın meşruiyeti ile ilgili fıkıh alanlarında mevcut tartışmalar da ayrıca ele alınacaktır.

Pozitif Türk hukukunda gerek borçlar hukukunda gerekse de ceza hukukunda ikrâhın hukuka aykırı olması gerektiğine dair tespitler bulunmaktadır.³⁸⁰ Bilindiği gibi modern hukuk açısından da özellikle ceza hukukunda zorlama, meşruiyet açısından ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur.

İkrâh konusunun hukuka aykırı olması, ikrâh sonucu meydana gelen hukûkî muamelede başvuru yöntem ve vasitanın da hukuka aykırı olmasına sebep olur. İkrâh böylece hukuka aykırı bir hukûkî olay olur.

Borçlar hukukundaki hukuka aykırılık, ikrâhın haksız fiil olmasını ifade ettiğinden borçlar kanununda ikrâh, hukuki sorumluluk doğuran sebeplerden biri sayılmıştır. Borçlar Kanununda *haksızlık* yahut *hukuka aykırılık* ifadesi açıkça zikredilmemiş olsa bile hukuka aykırılık, ikrâhın bünyesinde kendiliğinden vardır. Zaten ikrâh özü itibariyle bir haksız fiildir. Kaldı ki, hukuk düzeninin bir taraftan hukuka uygun kıldığı bir davranışa, öte taraftan bu davranışın gerçekleştirilmesi halinde yaptırım uygulaması düşünülemez.³⁸¹

³⁷⁸ Karaman, *Mukayeseli*, II,154.

³⁷⁹ Hamid, Mohamed el-Fatih, *Duress and its Effect on Contract in Islamic Law*, Sudan Law Journal and Reports, 1971, pp. 334–344, s.341.

³⁸⁰ Bkz. Eren, s.367.

³⁸¹ Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 470.

Ceza hukukundaki hukuka aykırılık ise ikrâhın suç olmasını ifade eder. Bu sebeple Türk ceza kanununda ikrâh ve cebir, *hürriyete karşı suçlar* kapsamında zikredilmiştir.

2. İfasının Mükrehi Tehditten Kurtarması

İkrâha konu olan hukûkî olay, mükrehi tehditten kurtarmalıdır. Mükrih, ifası imkânsız bir olay ile mükrehi tehdit etse bu tehdidi hukuken geçersiz sayılır. Mesela "*Kendini öldür yoksa ben seni öldüreceğim.*" diye tehdit etse bu tehdidi geçersizdir. Çünkü bu tehdit ile emredilen iş, ifadan daha ağır değildir. Üç mezhebin ve Hanbelîlerin tercih edilen görüşleri bu yöndedir.³⁸²

D. İKRÂHIN GERÇEKLEŞME TÜRÜNDE ARANAN ŞARTLAR

1. Tehdit Konusu Fiilin Derhal Gerçekleşebilir Olması

Tehdit konusu fiil(tehlike), ikrâh esnasında gerçekleşmesi mümkün olan bir fiil olmalıdır. Mükreh, tehdit konusu fiili yerine getirmediğinde tehdit o an gerçekleşebilir olmalıdır. Tehlikenin anlık olmaması ve derhal vuku bulmaması, mükrehe baskı ve zorlamayı defetme hakkı vereceğinden ikrâh gerçekleşmemiş olur.³⁸³

Tehlikenin anlık ve derhal vuku bulması gerektiği konusunda fukaha ittifak halindedir.³⁸⁴ Bir tehdidin hukuken mülci ve ağır sayılması ancak acil ve filhal gerçekleşmesi ile mümkündür.³⁸⁵

Klasik fıkıh doktrinin de ikrâhın şartları arasında sayılan *Mükrihin veya Vekilinin Önünde Gerçekleşmesi* şartını da bu başlık altında değerlendirmek gerekir.

³⁸² Serahsî, XXIV, *el-Mebsût*, 68, Kayrevânî, X, 273; Şirbînî, IV,17; el-Merdâvî, Alâeddin Ebi'l-Hasan Ali b. Süleyman, (885/1480), *el-İnsâf fi Marifeti'r-Râcih mine'l-Hilâf alâ Mezhebi Ahmed b. Hanbel*, (I-XII),Thk: Muhammed Hamid el-Fıkî, Matbaatü's- Sünneti'l-Muhammediyye, I.Bsk. Kahire, 1957, IX, 62.

³⁸³ Üdeh, II,138.

³⁸⁴ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, V, 389; Karaman, II, 52.

³⁸⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 39.

Mecellede bu kural şöyle dile getirilmiştir: "*Zorlanan, eğer mükrehun aleyhi mücbirin yahut adamının huzurunda işler ise ikrâh muteber olur. Amma mücbirin yahut adamının gıyabında işler ise ikrâhın zevalinden sonra isteyerek (tav'an) işlemiş olacağı cihetle bu ikrâh muteber olmaz.*"³⁸⁶

Anlık olmayan ikrâhın muteber kabul edilmemesi, mükrehin devletten veya yakınlarından yardım isteme imkânına sahip olması ile açıklanabileceği gibi, ikrâh hali mevcut değilken ifa edilmiş olması da ikrâha maruz kalan kişinin irâdesinin mevcudiyetine yorumlanmış olabilir. Fakat otorite boşluğu olan bölgelerde zorlananın -o anda- yardım görebileceği bir yakını veya müracaat edebileceği bir merci yoksa yapılan tehdidin geçerliliği düşünülmelidir. Zorlayan tehdidini her an için yerine getirme imkânına sahipse ikrâh halinin devamına hükmedilmelidir. Bu ve benzer durumlar zamana, bölgeye ve oluşan şartlara göre değerlendirilmelidir.³⁸⁷

Ancak acil olmayan tehditlerin, sözgelimi "*Eşini boşamazsan seni bir ay sonra öldüreceğim*" şeklindeki tehdidin ikrâh olarak kabul edilip edilmediği konusunda ihtilaf vardır. Hanefîlerin cumhûru, Şafîler ve Hanbelîler ikrâhın hukuken geçerli olması için tehlikenin filhal olmasını şart koşarlar. Bunlara göre ertelenen tehdid, korkutulan kişinin bir şekilde kurtulmasına sebep olacaktır. Kurtulma seçeneğinin olması ise ikrâhın hukuken gerçekleşmesine engeldir.³⁸⁸

Malikîler bu konuda farklı düşünmüş ve kişinin vicdanında acı duymaya sebep olma özelliğini gözönünde bulundurarak ertelemeli de olsa ikrâhın vuku bulacağı şeklinde görüş bildirmişlerdir.³⁸⁹ Zuhaylî, Malikîlerin görüşünün tercihe şayan olduğunu ifade etmiştir.³⁹⁰

³⁸⁶ Bkz. Mecelle, Md:1005. Kişinin devlet başkanının veya elçisinin önde olması, onun kendisine yapılacak baskılara karşı çıkamayacağını göstermektedir. Mükreh, bu durumda karşı çıkmanın aleyhine kötü sonuçlar doğuracağını farkındadır.

³⁸⁷ Bilmen, VII, 320; Bilgili, İsmail, "Ehliyet Arızalarından İkrâh Şartları ve Kısımları", *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Bahar, 2010, 1,(1), 237–270, s.252.

³⁸⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XIV, 39; el-Büceyrimî, Süleyman b. Muhammed b. Ömer, (Ö.1221/1806), *Hâşiyetü'l Büceyrimî ala'l Hatîb*, (I-IV), Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2.Bsk. Beyrut, 1996, IV, 272; Makdisî, Bahaeddin Abdurrahmân b. İbrahim, (624/1226), *el-Udde Şerhü'l-Umde fi fikhî İmami's-Sünne Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî*, Thk. Halid Muhammed Muharrem, el-Mektebetü'l-Asriye, Beyrut,1997, s. 491.

³⁸⁹ Düsûkî, II, 368.

³⁹⁰ Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî*, V, 389.

Zorlayanın, "*Şunu yapmadığın takdirde yarın seni döveceğim.*" demesi ikrâh olarak değerlendirilmez. Fakat zorlayanın hakikaten yakın bir zaman zikretmesi veya tehdit unsurunun adeten tahakkuk edecek bir zamanda gerçekleşecek olması ikrâhı sabit kılar.

Modern hukuka göre de ileride vuku bulacak tehlikelere ilişkin tehditler ikrahı meydana getirmez ve akdin muteberliğini etkilemez. İleride meydana gelebilecek bir tehlike endişesi, "derhal" kavramına girmediğinden ikrah'ın hükmüne engel olur. Örneğin altı ay sonra bitecek bir sözleşmeyi yenilemediği takdirde altı ay sonra kendisini öldüreceğini söyleyen kimsenin tehdidi karşısında ona maruz kalan tarafın bu korkuya dayanarak sözleşmeyi şimdiden yenilediği şeklindeki iddiası geçersiz kabul edilir. Çünkü tehdit edilen şahsın önünde söz konusu tehdidin gerçekleşmemesi için gerekli tedbirlerin alınmasına imkân verecek uzun bir süre vardır. Bu süre içinde yetkili makamlara başvurarak gerekli tedbirleri alabilir.³⁹¹

Tehlikenin anlık olması, mükrehin tehlikeyi savuşturmaktan mahrum olmasına sebep olur. Böylece ikrâhın şartlarının birbirleriyle ilişkili olduğunu anlamaktayız.

2. Tehdidin İfa Edilmesi İstenen Şeyden Ağır Olması

Eğer tehdit konusu, tehlike ile müsavi ise veya tehlikeden az zarar içeriyorsa ikrâhın herhangi bir anlamı kalmaz. Bu sebeple tehdidin en azından ifa edilmesi istenen iş ile aynı ağırlıkta olması gerekir. Sözelimi toplumda değer sahibi olmayan bir şahsı, malvarlığını yok etmediği takdirde tokatlayacağı konusunda tehdit etmek ikrâh değildir. Çünkü tehdit ifa edilmesi istenen işten daha az zarar içermektedir.³⁹²

Yine bir kişi, bir başkasına; "*Kendini öldürmezsen malının tamamını yok edeceğim*" veya "*Kolunu kesmezsen seni uzun süre hapsedeceğim*" diyerek tehdit etse -mükrehun aleyh tehdit unsurundan daha ağır olduğundan- baskı altında olan kişi tehdit konusu olan kendini öldürme veya kolunu kesme fiilini yerine getirmemelidir. Zira zorla yaptırılmak istenen fiiller, tehdit unsuru olan fiillerden daha çok zarar

³⁹¹ İnan, s. 217.

³⁹² Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, V, 389.

vericidir. Tehlike itibariyle hafif olan ağır olana tercih edilir. Tehdit konusu, bir başka şahsın hayatına son verme olmamalıdır. Zira zorlama altında da olsa cana kıymak caiz değildir.³⁹³

Bu şarta göre tehdit türü ile tehdit konusu eşit seviyede de olmamalıdır. "*Filancayı öldürmezsen veya bir uzvunu sakat bırakmazsan ben de seni öldürür veya sakat bırakırım*" şeklindeki tehdide maruz kalan zorlananın tehdidi yerine getirmesi caiz değildir. Çünkü insanların dokunulmazlıkları eşit olup bir kimse kendisinden zararı aynı şekilde başkasına zarar vererek uzaklaştırılmaz.³⁹⁴

Modern hukukta bu durum daha fazla ceza hukuku doktrininde sözkonusu olup tehdidin şartları kısmında *makul orantı* ile karşılanmaktadır. Türk Ceza kanununun 28.maddesi metninde tehdidin yöneldiği hukuksal değer konusunda herhangi bir açıklama yer almamakla beraber doktrinde tehdidin gerçekleşme şartları arasında sayılmıştır. Suç genel teorisine göre, dolaylı failliğin kabulü için, tehdidin yöneldiği hukuki değer, tehdidin etkisiyle işlenen suçla ihlal edilen değere nazaran daha ağır ve önemli olması veya bunların en azından eşdeğerde olması gerekir.³⁹⁵

Dikkati çeken husus "*en azından eşdeğerde olması*" tabirinin geçmesidir. Eşdeğerde olma şartının koşmasıyla tehdidin ifa edilmesi gereken şeyden daha ağır olmasını her halükarda şart koşan İslam hukukundan ayrılmaktadır. Bu sebeple bazı ceza hukuk kitaplarında *tehdit ile ifa edilmesi istenen şey arasında makul bir orantının bulunması* şeklinde bir tabir tercih edilmiştir.

3. Tehdidin Mükreh Hakkında Verilmiş Bir Mahkûmiyet Kararı İle İlişkinin Olmaması

İkrâha konu olan hukûkî olay, önceden mükrehin hak ettiği bir ceza veya mali yükümlülük ise dikkate alınmaz. Kıyas cezasına mahkum edilmiş verilmiş bir kişinin öldürülmekle veya malına haciz kararı verilen kişinin malının yok edilmesi

³⁹³ Serahsî, , XXIV,45

³⁹⁴ Bardakoğlu, , İkrâh', XXIV, 37.

³⁹⁵ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan, 1999, sayı 1-2, s. 75.

hususunda tehdit edilmesi ikrâhın gerçekleşmesine engel sayılmıştır. Çünkü kendisi tehdit edilmeseydi de yine aynı işi yapacaktı.³⁹⁶

4. Tehlikenin Ağır Zarar Verici Vasıtalarla Gerçekleşmesi

Tehlikenin ağır zarar verici nitelikte olması gerektiği konusunda tam bir görüş birliği bulunmaktadır. Fıkıh eserlerinde ruhun daralması, organların itlaf edilmesi, uzun süren hapis v.b gibi örnekler verilerek ikrâhın ağır zarar verici nitelikte olması gereği üzerinde durulur.³⁹⁷ Bununla beraber konu derinliğine incelendiğinde bir tehlikenin, hangi durumlarda ağır zarar verici sayılabildiği konusunda önemli ihtilafların mevcut olduğu görülür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, zorlamanın kişinin rızasını yok edici düzeyde olup olmadığıdır. Bu da kişiye ve duruma göre değişkenlik göstermektedir.³⁹⁸

Bu tür tehdit, zorlanan kişilere, zorlama sebeplerine, tehdidin yöneldiği organın çeşidine ve vasıta ile netice arasındaki ilişkinin durumuna göre değişebilir. Sözgelimi bir tokat, toplumda saygın bir kişi için ağır ikrâh olurken sıradan biri için hafif ikrâh sayılır.³⁹⁹ Böyle olunca hâkimin bu gibi vakıaları kendi değerleri ölçüsünde yorumlaması ve hükmünü ona göre vermesi gerekir.⁴⁰⁰

Yahut kuvvetli bir kimse için birkaç sopa darbesi zararlı olmayabilir ve zorlayıcı olarak kabul edilmeyebilir, ancak zayıf bir kimse için tek bir sopa darbesi yerine göre zararlıdır ve zorlayıcı olarak kabul edilir.⁴⁰¹

Bazı insanlar uzun süre hapiste kalabilir ve hapisane hayatı kendileri için ikrâh sebebi olmaz. Fakat bir gece karakolda sabahlamak kimine göre ikrâhtır.⁴⁰²

³⁹⁶ Remlî, VI, 447.

³⁹⁷ Bkz. es-Semerkândî, Alâuddîn Ali bin Yahyâ, (Ö.539/1144), *Tuhfetü'l-Fukahâ*, (I-III), Dârü'l Kütüb-il İlmiye, 1.Bsk. Beyrut, 1984, III, 273; Hattâb, V,312; Şirbînî, III, 282; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, (I-IV), Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Hicr Li't-Taba', 1.Bsk, Kahire,1997, IV.435.

³⁹⁸ Molla Hüsrev, II, 270; Ebu Zehra, s.383; Bardakoğlu, "İkrah", *İA*, XXIV, 32.

³⁹⁹ Şirâzî, Ebu İshak İbrahim b. Ali, (Ö.476/1083), *el-Mühezzeb fî Fıkhi'l-İmâmi's-Şâfi*, (I-VI),Thk. Muhammed Zuhaylî, Darü'l-Kalem, 1.Bsk. Dimeşk,1996, IV, 280, İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 353.

⁴⁰⁰ İbn Atiyye, Abdülhak b.Gâlib el-Endelüsî, (Ö.546-1151), *el-Muharrerü'l-Vecîz fî Tefsîri'l-Kitâbi'l-Azîz*, (I-V), Thk. Abdüsselâm Abdüşşâfi Muhammed, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1.Bsk, Beyrut, 2001, III, 424.

⁴⁰¹ Karaman, *Mukayeseli*, II,151.

Tehdidin yöneldiği organ çeşidi de ikrâhın gerçekleşip gerçekleşmemesinde etkilidir. Sözgelimi, bir kimsenin beline iki sopa darbesiyle vurulacağına dair olan bir tehdit ile muteber bir ikrâh meydana gelmez. Fakat göz gibi nazik bir organ üzerine vurulacak bir sopa darbesiyle ikrâh meydana gelir.⁴⁰³

Ayrıca tehdit zorlama sebeplerine göre de değişkenlik gösterebilir. Örneğin adam öldürme suçunda dövme, hapis ve ölümlle tehdit ikrâh nedeni olarak kabul edilmez. Bu sebeple ikrâhın cezai sorumluluğa etkisi ikrâhın ağırlığıyla sınırlı olmayıp işlenen suçun da ağırlığıyla ilgilidir. İhtilafa konu olan bu durumları ayrı ayrı bir şekilde ele alacağız.

Pozitif hukukta da tehlikenin ağırlığı kişinin öznel bakışına göre değerlendirilmiştir. Mesela eski bir mobilyanın yok edileceği tehdidi objektif açıdan ağır bir tehlike oluşturmasa da, söz konusu mobilyanın korkutulan kişiye annesinden tek hatıra kalan şey olması, korkutulan kişi açısından paha biçilemez nitelikte olması halinde, tehlike ağır sayılması gerektiğine kanaat getirilmiştir.⁴⁰⁴

Bu kısımda fıkıh doktrininde ağır zarar verici oldukları kabul edilip ikrâha örnek verilen bazı durumları herhangi bir tasnife tabi tutmadan açıklayacağız.

a. Vücut Bütünlüğüne Zarar Verme

Vücut bütünlüğüne zarar verme, zarar görenin beden veya ruh bütünlüğünün maddî veya manevî bir zarar meydana gelecek şekilde bozulmasını ifade etmektedir. İslam hukukçularına göre mükrehin bir organının yok edilmesi veya bir organının fonksiyonunu yerine getirmeyecek derecede dövülmesi ya da dövmekle tehdit edilmesi durumlarında ikrâh sabit olur. Toplumda saygın olanlar için dövmenin fiziksel ağırlık taşıması şart değildir. Basit bir dayak önemsiz bir kimse için belki ikrâh sayılmayabilir ancak eşraftan birisi için şeref ve haysiyetini zedeleyeceğinden büyük bir dayak hükmünde kabul edilir.⁴⁰⁵ Bu nedenle ikrâhın ciddi oluşunun

⁴⁰² Üdeh, II,135.

⁴⁰³ Bilmen, VII, 319.

⁴⁰⁴ Sevindik, s.34.

⁴⁰⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 353.

objektif esaslara göre değil, bizzat ikrâha maruz kalanın sübjektif durumuna göre ölçülmesi gerekir.

Hanefîlerin hangi tür işkenceleri mülci' ikrâh hangilerini de gayr-ı mülci' ikrâh olarak saydıkları konusu hariç tutulursa vücut bütünlüğüne zarar vermenin ikrâh kabul edildiği konusunda görüş farklılığı yoktur.

b. Malın Yok Edilmesi ile Tehdit Etme

İslam hukukçuları, bir kimsenin, malının yok edilmekle tehdit edilmesinin ikrâh kabul edilip edilmeyeceği konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Genel kanaat, zorlanan kişinin malının az bir kısmının yok edilmesi ile ikrâhın gerçekleşmeyeceği yönündedir. Şafî ve Malikî hukukçuları ile Ahmed b. Hanbel'e göre kişinin az miktardaki malının yok edilmesiyle tehdit edilmesi durumunda ikrâh sabit olmaz. Ancak; büyük miktardaki malın yok edilmesi yönünde yapılan tehdit, ikrâhı sabit kılar. Bunlara göre malın az veya çok olduğunu tespit ve tayin etmede uygulanacak miktar; şahsın gelir düzeyi, mala karşı olan meyli ve malı temin şartlarına göre değişmektedir. Bir şahıs için az olduğuna hükmedilen mal, bir başkası için çok sayılabilir.⁴⁰⁶

Hanefî mezhebinde kaide olarak malın yok edilmesi yönünde yapılan tehdit ikrâh değildir; zarar mal sahibi açısından büyük olsa bile ikrâhı sabit kılmaz. Zira ikrâhın konusu mal değil şahıstır. Fakat bazı Hanefî hukukçularına göre mala zarar vermekle tehdit etmek, ikrâhtır.⁴⁰⁷

Ancak bu görüş sahipleri arasında da ihtilaf bulunmaktadır. Bunların bir kısmı, yapılan tehdidin geçerli olabilmesi için mükrehin malının tamamını kapsamaması gerektiğini şart koşarlar. Bir kısım görüşlere göre, malın tamamının yok edilmesi şart değildir; mal sahibine ağır zarar verecek kadarının yok edilmesi ile ikrâh sabit olur, bu şekilde yapılan tehdit de ikrâh sayılır.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Şirbînî, III, 282; Makdisî, IV/4; Üdeh, II, 310.

⁴⁰⁷ İbn Âbidîn, IX, 178.

⁴⁰⁸ Üdeh, II, 310.

c. Hürriyeti Kısıtlama

Hürriyeti sınırlandırma, uzun süre hapsedme veya bağlama ile gerçekleşir. Ancak bunun için belirli bir süre şart koşulmuştur. İslam hukukçularına göre bir günlük hürriyetin kısıtlanması ile ikrâh gerçekleşmez, süre bir günden fazla olmalıdır.⁴⁰⁹ Ancak Serahsî: *“İkrâh sayılan hapsin ölçüsü, açıkça üzüntü ve gam çekmeye sebep olan miktardır. İkrâh sayılan darbin ölçüsü dövülen kişinin şiddetli acı duyduğu miktardır. Bu noktada, ilave ve çıkartma mümkün bulunmayan bir sınır ve miktar yoktur; Çünkü akla dayanan görüş ile miktarlar tayin edilemez. Bu ölçü, dava kendisine getirildiği takdirde hâkimin takdirine bağlıdır. O, yapılanı ikrah olarak değerlendirirse buna maruz kalanın itiraf ve ikrarını iptal eder. Çünkü bu ölçü insanların durumuna göre değişir; mesela hapsedilmek; manevi mevkiini sarsan bir önemli kişi için bir günlük hapis ve nezaret; başkası hakkındaki bir aylık haptisten daha tesirli olabilir. Bunun için bu mevzuda bir ölçü koymadık ve –ikraha maruz kalanın durumuna bakarak- takdiri hâkime bıraktık”* diyerek bunun da belirli bir ölçüsünün olmayacağını açıklamıştır.⁴¹⁰ Serahsî'nin açıklamalarından, vücut bütünlüğüne zarar verme durumunda olduğu gibi hürriyeti sınırlandırma durumunda da kişinin duyduğu acının dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

d. Hakaret

İslam hukukçuları, toplumda saygın bir yeri olan; makam, mevki ve itibar sahibi kişilerin toplum huzurunda hakaret edilmesi ve küçük düşürülmesi tehdidini ikrâh olarak değerlendirirler. Zira toplum huzurunda küçük düşürülme saygın kişilere fazlasıyla sıkıntı ve elem verir. Bundan da madden ve manen zarar görürler.⁴¹¹

e. Sürgün:

Hanefiler, mükrehin memleketinden çıkartılmak suretiyle ailesinden ayrı bırakılması/ sürgün edilmesi tehdidini ikrâh olarak değerlendirirler ve bu davranışı

⁴⁰⁹ İbn Kudâme, X, 353.

⁴¹⁰ Serahsî, XXIV, 51.

⁴¹¹ Suyûtî, s.209.

müebbet hapisle bir sayarlar.⁴¹² Hanbelîlerin de bunu ikrâh olarak kabul ettiklerine dair rivayetler vardır.⁴¹³

Buraya kadar açıklanan tehdit şekilleri kişiye yöneliktir. İslam hukukçuları mükrehin yakınlarına yönelik tehditleri de ikrâhtan saymışlardır.

f. Mükrehin Yakınlarına Yönelik Tehditler

Yakınlarına yönelik tehditlerin ikrâh sayılıp sayılmayacağı konusunda ihtilaf bulunmaktadır. Mâlikîlere göre, mükreh, vicdanında acı duyduğu takdirde yabancı bir kimse ile dahi tehdit edilse ikrâh gerçekleşir.⁴¹⁴ Bu hüküm, Malikîlerin ikrâhı, *zarar verici ve vicdana acı verici durumlar* şeklindeki tariflerinin bir sonucudur.

İlk dönem Hanefî fukahası başkalarına yönelen tehditleri ikrâh kapsamında değerlendirmemişlerdir. Ancak sonradan baba, çocuk ve diğer zevilerhama yönelen tehditlerin ikrâh sayılacağı fikri hâsıl olmuştur.⁴¹⁵ Şafîilerin görüşü de bu yöndedir.⁴¹⁶ Hanbelîler ise sadece ebeveyn ve çocuklara yönelik tehdidi ikrâh olarak görmüşlerdir.⁴¹⁷ Görüldüğü üzere kişinin yakınları ile tehdit edilmesi konusunda sınırı en geniş tutan Malikîler, en dar tutanlar ise Hanbelîlerdir.

İsviçre Borçlar Kanununda kendisine yapılan tehdit yanında yalnız yakın akrabalar değil bilakis kişi ile yakın bağlantısı olan kimselere yapılan tehdit de dikkate alınarak hükmün kapsamı geniş tutulmuştur. Hukuk sistemimizde de bunun hükmü geniş bir yoruma tabi tutarak nişanlı, arkadaş, meslektaş, uzun zamandan beri yanında çalışan hizmetçi müstahdem gibi aralarında yakından bağlı olma özelliği olan herkes bu deyimden kapsama sokulabilir. Böyle olunca da bu deyimden, kendisine yakınlık bağlantısı olan veya fiili bir yakınlık hisseden, sıkı bir bağla bağlı

⁴¹² Buhârî, IV, 385.

⁴¹³ Makdisî, IV, 4.

⁴¹⁴ Hattab, IV, 45.

⁴¹⁵ İbn Âbidîn, IX, 178.

⁴¹⁶ Şirbînî, III, 282.

⁴¹⁷ Hacâvî, IV, 40.

olan kimseler anlaşılmalıdır. Böylelikle akraba olmayan şahıslara yönelmiş tehlikeler de ikrâh konusunda dikkate alınabilecektir.⁴¹⁸

⁴¹⁸ İnan, s. 216;

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İKRAHIN DİNÎ VE HUKÛKÎ SONUÇLARI

I. İKRÂHIN EHLİYET VE TEKLİFE ETKİSİ

İkrâh sonucu meydana gelen bir olay, mükrih ve mükrehe karşılıklı hak ve sorumluluklar yüklemektedir. Cebir ve şiddet uygulayarak başkasını herhangi bir davranışta bulunmaya zorlamanın İslam dini açıdan büyük günah olduğu, hukuki açıdan ise başkasının hürriyetine yönelik ağır suçlardan sayıldığı konusunda herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Mükrih için oldukça nesnel bir durum olan bu hüküm, sorumluluk ve ehliyet açısından değerlendirilmeyi gerektirmektedir. Bu sebeple hem klasik literatürde hem de modern doktrinde *ikrâhın hukuki sonuçları* deyimiyile *mükrehin davranışlarından doğan hukuki sonuçlar* kastedilmektedir. Biz de bu bölümde mükrehin davranışlarından doğan hukûkî sonuçları değerlendirmeye gayret edeceğiz.

İkrâh sonucu vücuda gelen bir hareketin mükreh için hukûkî bir sonuç doğurup doğurmadığı yönünde doktrinde ciddi tartışmalar vardır. İkrâha maruz kalan bir kişinin hukûkî kişiliğinin ortadan kalkıp kalkmadığı veya ikrâhın Şari tarafından yükümlü tutulmaya engel teşkil edip etmediği konusu gündeme getirilmiştir. Bu konudaki tartışmalar sonucunda hem kişinin davranışlarında, hem fikhın uygulanma alanlarında ikrâhın sınırları tayin edilmiştir. Bu gerçeği gözönünde bulundurarak ikrâhın ehliyete ve mükellefiyete etkisini tespit etmekle konuya giriş yapacağız.

İkrâhın hukûkî sonuçları mevcut olduğuna göre fukaha ve usûlcülere göre ikrâh, ehliyet ve teklifi ortadan kaldırmamaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi bu bölümde kastedilen hukûkî sonuçlar, mükrehten sadır olan davranışların, hukuk alanındaki tüm hükümlerdir. Modern hukuk çalışmalarındaki gibi sadece hukuki işleme bağlanan sonuçlar değildir.

A. İKRÂHIN EHLİYETE ETKİSİ

İkrâh, klasik dönem fıkıh ve usûl eserlerinde ehliyetin arızalarından müktesep arızalar kısmında ele alınmıştır. Ehliyet konusunda da ifade edildiği gibi müktesep arızalar, insanın irâdesi ile meydana gelmektedir. Usûlcüler müktesep arızaları *kişinin kendi müdahalesi ile meydana gelen müktesep arızalar* ve *başkasının müdahalesi ile meydana gelen müktesep arızalar* şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutmuş

ve başkasının müdahalesi ile meydana gelen ehliyet arızası olarak sadece ikrâhı saymışlardır.

İnsanın eda ehliyeti tamamlandıktan sonra onu daraltan, yok eden veya ehliyeti etkilemeksizin ilgili kişiye nispetle bazı hükümlerin değişmesine yol açan durumlar İslâm hukukunda *ehliyet arızalan* olarak anılır.⁴¹⁹ İkrâhın ehliyet arızası olarak kabul edilmesi için ehliyeti daraltma, yok etme veya ehliyeti etkilemeksizin kişiye nispetle bazı hükümlerin değişmesine sebep olma özelliklerinden birisini taşıması gerekir. Fakihlerin, ikrâhın ehliyete etkisi ile ilgili görüşlerini şu şekilde açıklamak mümkündür:

1. Ehliyet arızaları, vücûb ehliyetini hiçbir şekilde etkilemez. Çünkü vücûb ehliyeti, hayatta olmaya dayandığından ancak ölümle ortadan kalkmaktadır. Bu durumda ikrâh, ehliyet arızalarından sayılsa bile vücûb ehliyetini etkilemez.

2. Eda ehliyeti, akıl ve temyize dayanır. İkrâha maruz kalan kişinin akıl melekesi ve temyiz gücü zarar görmediği için ikrâh, eda ehliyetini de etkilemez. Ancak ehliyet arızaları tanımında geçen *ehliyeti etkilemeksizin ilgili kişiye nispetle bazı hükümlerin değişmesine yol açan durumlardan* biri kabul edilebilir. İkrâhın ehliyet arızalarından sayılması, daha ziyade hükümlerin değişmesine yol açması ile ilgilidir.

İkrâhın ehliyetle ilişkisini, Hanefîler izah etmeye çalışmışlardır. Hanefîlerden Serahsî, ikrâhın ehliyete etkisini ikrâhın tanımında yer verecek derecede önemli görmüş ve tarifinde ikrâhın ehliyeti ortadan kaldırmadığına dikkat çekmiştir. Ayrıca rıza ve ihtiyâra etkisini açıklamıştır.⁴²⁰ Hanefîlerin ikrâhı ehliyetten çok irâde ile ilişkilendirmeleri, bu mezhepte ikrâhın hukuk alanında cezaî ehliyete etkisi açısından değil, irâdeye dayalı davranışlardan kaynaklanan cezaî ve medenî sorumluluklara etkisi açısından önemli görüldüğünü göstermektedir.

Serahsî, ikrâhın ehliyeti ortadan kaldırmadığını beyan ettikten sonra mükrehin hukuksal açıdan konumunu açıklamaya çalışmıştır. Serahsî'ye göre mükreh, belaya maruz kalan bir kişidir. Nitekim ikrâha maruz kalmadığı konularda şerî teklife zaten

⁴¹⁹ Heyet, *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, VII,161.

⁴²⁰ Tezin 218 nolu dipnotu.

muhataptır, ikrâha maruz kaldığı durumlarda ise durumuna nispetle teklifi hükümler, kendisi için mübah, ruhsata tabi ve haram gibi değişiklik arz etmektedir. Böylece ikrâhı *ehliyeti etkilemeksizin ilgili kişiye nispetle bazı hükümlerin değişmesine yol açan durumlardan* saymıştır.⁴²¹ Pezdevî de ikrâhı üç kısımda ele almış ve hiçbirinin ehliyeti bozmadığına dikkat çekmiştir.⁴²²

Kısaca ifade etmek gerekirse ikrâha maruz kalan kişinin zimmeti mevcut olduğundan vücûb ehliyeti, akıl ve temyiz yeteneği de kaybolmadığından eda ehliyeti mevcuttur. İkrâh, böylece ehliyetin aslına zarar vermez. Ancak ehil olan insanın davranışlarından aldığı sorumlulukları ve hukûkî muameleleri ikrâhın derecesine göre etkiler.

Mütekellimin metodu ile yazan usûlcüler ise ikrâhı ehliyete etkisi yönünden değil, teklife (dini sorumluluk yüklemeye) etkisi yönünden incelemeye tabi tutmuşlardır. İhtilafların yoğunlaştığı kısım da burasıdır.

Gerçekten teklif, ehliyetten daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Çünkü ehliyet hukûkî kişilik şartlarını açıklamakla sınırlı olup teklifin şartlarından sadece biridir. Fakat ehliyet olmazsa da teklifin mevcut olduğu istisnai durumlar vardır.

Öte yandan ikrâhın *teklifte kudret* şartı bağlamında teklifle güçlü bir ilişkisi vardır. İkrâh ile ilgili hükümlerin belirlenmesinde kişinin gücünün yetmediği bir şeyle mükellef tutulmaması prensibi gözönünde bulundurulmuştur.

Kişinin sorumluluklarının belirlenmesi de teklifin sınırlarının tespitiyle mümkündür. Sorumlulukların belirlenmesinde iradenin rolüne temas edilmiş olması da ikrâhın teklif ile ilişkisinin yoğunluğunu gösteren başka bir örnektir.

Günümüz hukukunda ikrâhın ehliyete etkisi hukuki bir mesele olmaktan çıkmış, ikrâh irâdenin ayıplarından sayılmaya başlanmıştır.⁴²³ Bütün bu örnekler ikrah-teklif ilişkisinin tespit edilmesinin önemini ortaya koymaktadır.

⁴²¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV,39; Zeydân, *el-Vecîz*, s.137;

⁴²² el-Pezdevî, Ali b. Muhammed, (Ö.493/1100), *Usûl'ül-Pezdevî*, (*Kenzü'l-Usûl ilâ Ma'rifeti'l-Usûl*), Mîr Muhammed Kütüphâne, Karaçi, t.y., s. 357.

⁴²³ Zerkâ, II, 351 vd; Senhûrî, *Nazariyye*, s. 346.

B. İKRÂHIN MÜKELLEFIYETE ETKİSİ İLE İLGİLİ GÖRÜŞLER

Teklif, esas itibariyle Allah'ın fiilidir. Teklifi mükellefe yükleyen ve bazı durumları mazeret kabul ederek teklifi kaldıran da Allahın zatıdır. Allah'ın mükellefiyeti kaldırması, kişinin dinî yükümlülük almaması anlamına gelir. Dinî yükümlülük almama, kişinin hukûkî sorumluluklarını da etkiler.

Usûlcüler, ikrâhın şerî teklife muhatap olmayı ortadan kaldırıp kaldırmadığı konusunu tartışmışlardır. Tartışmaların esasını, *mükrehin akli ve temyiz gücü değil, mükrihin elinde bir alet olup olmadığı* konusu teşkil eder. Bu ise ikrâhın irâdeye etkisinin sınırlarını belirler. Bu gerçek gözönünde bulundurularak, fukaha ve usûlcülerin ikrâhın mükellefiyete etkisi konusundaki görüşleri aktarıldıktan sonra ikrâhın sorumluluk açısından etkileri değerlendirilecektir.

İkrâhın mükellefiyete etkisi konusundaki tartışmalar, mütekellimin metoduna göre yazılmış fıkıh usûlü eserlerinde geçer. Sözkonusu eserlerde ikrâhı bir bütün olarak ele alıp teklif kavramıyla ilişkilendirenler olduğu gibi, mülcî' ikrâh ile gayr-ı mülcî' ikrâh arasında ayırım yaparak iki ikrâh çeşidini farklı hükümlere tabi tutanlar da bulunmaktadır. İkrâhı bir bütün olarak teklif kavramıyla ilişkilendirenlerin bir kısmı; dini yükümlükleri ortadan kaldırdığına, diğer taraf ise sözkonusu yükümlülüğü kaldırmadığına kanaat getirmiştir. Bu kısımda ikrâhın teklife etkisinin tespit edilmesinde ortaya çıkan bu görüşler analiz edilecek ve değerlendirilmeye tabi tutulacaktır.

1. İkrâhın Mükellefiyeti Ortadan Kaldırdığı Görüşü

Bu görüş Mutezile'ye aittir. Mutezile mezhebi, mükrehi mükellef kapsamında değerlendirmemiştir. Mutezile mezhebinin bu konudaki görüşlerine kendi eserlerinden değil, ehl-i sünnet âlimlerinin eserlerinden ulaşılmaktadır. Hanbelîlerden Tûfî de bu görüştedir.⁴²⁴ Mu'tezile uleması, bu görüşlerini şu delillere dayandırmışlardır:

⁴²⁴ et-Tûfî, Necmeddîn, Ebi'r-Rebî' Süleyman b. Abdülkavî b. Abdülkerîm, (Ö. 716/1316), *Şerh-u Muhtasari'r-Ravda*, (I-III), Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Vizâretü's-Şuûni'l-İslâmiyye, 2.Bsk., Riyad, 1998, I,194; İbnü'n-Neccâr, Ebû'l-Beka Takiyyüddin Muhammed el-Futuhî, (Ö.

1. Teklif, mükellefin yerine getirmesi gereken vacip bir konuda ise yaptıklarının ödülünü almasını gerektirir. Oysa ikrâh olayında emre uymanın itici gücü, mükrihin çağrısıdır, Şari'nin çağrısı değildir.⁴²⁵ Şari'nin dışında başka bir şeye zorlanan kişi, karşılığını almayacağı için mükellef de tutulmaz.⁴²⁶ Mükrehin fiilinde zarar bulunduğu ve Allahın geniş tuttuğu hükmü daraltma mevcut olduğu için şer'i adalet onun mükellef olmamasını gerektirir. Ama ikrâh konusu bir masiyet ise emre karşı gelmenin itici gücü Şari olduğundan mükellefiyet ortadan kalkmaz.⁴²⁷

Mutezile mezhebi, ikrâhın dinî yükümlüğe etkisini açıklarken ikrâha konu olan olayın dinî mahiyetini gözönünde bulundurmuşlardır. Onlara göre mükrehin yerine getirilmesi gereken bir vecibe ise teklifi ortadan kaldırır, masiyete zorlanma dinî yükümlülüğe engel teşkil etmez.

2. Başkasının zorlaması sonucu meydana gelen fiil, kişinin seçme özgürlüğünü yok ettiği için mükellef tutulma geçerliliğini de ortadan kaldırır. Çünkü mükellef tutulma, kişinin seçme özgürlüğüne bağlıdır.

3. Mükellef, ikrâhla bir fiili işlediğinde kendisini ezadan kurtarmaya çalışmış, emre itaat amacı gütmemiştir. Bu ise mükâfat ve karşılığı almaya engeldir. Bu sebeple sözgelimi ibadete zorlanan kişi, ibadetle mükellef olmaz.

Mutezile'nin ikrâhı sorumluluğa engel olarak görmelerinin sebebi, ikrâhın fiilen irâdeyi tamamen ortadan kaldırması değil, sözkonusu irâdenin özgür bir şekilde vuku bulmaması olması ve kişinin seçme hürriyetini (ihtiyarını) yok etmiş olmasıdır.

Mutezilenin bu görüşünü aktaran ulema, sözkonusu fikirlere yönelik itirazlarını da yazmışlardır. Mesela Gazalî, Mutezile'nin "*Kişinin seçme gücü kalmamıştır.*" şeklindeki birinci görüşlerine yer verdikten sonra şu cümlelerle itiraz eder. "*Kişinin seçme hürriyeti vardır. Çünkü kendisine emredileni terk etmeye muktedirdir. Bu yüzdendir ki, eğer bir müslümanı öldürmeye zorlanmışsa zorlandığı şeyi terk etmesi vaciptir; yılanı öldürmeye zorlanmışsa öldürmesi vaciptir; şarabı*

972/1564), *Şerh-u Kevkebi'l-Münîr*, (I-IV), Thk: Muhâmmed Zühayli-Nezih Hâmmad, Mektebetü'l-Ubeykân, Riyâd, 1993, I, 508.

⁴²⁵ Ba'li, s.39; Zerkeşî, *Bahrü'l-Muhît*, I, 290.

⁴²⁶ Duveyhî, Ali b. Sa'd b. Salih, *Arâü'l-Mu'tezileyyeti'l-Usûliyye*, Riyad, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad, 1995, s. 294.

⁴²⁷ Tûfî, I, 199.

*yere dökmeye zorlanmışsa bunu yapması vaciptir. Bu açıktır, fakat yine de bunda bir derinlik ve incelik vardır. Şöyle ki: Emre uymanın(imtisal) taat olabilmesi için, emre uyma düşüncesinin itici gücünün, ikrah değil emir ve teklif olması gerekir. Eğer kişi zorlayanın kılıcından kurtulmak için emre uymaya yönelmişse, bu takdirde, şarının sevk edici çağrısına icabet etmiş olmaz. Eğer bir işi şarının sevk edici çağrısı sebebiyle, ikrâh olmasa da zaten yapacak ve hatta terkine zorlansa bile yine de yapacak idiyse, bu fiilin taat olarak meydana gelmiş olması imkânsız değildir. Fakat her ne kadar korkutma, biçimsel olarak var ise de, bu kişi mükreh olmaz."*⁴²⁸

Gazalî'ye göre ikrâh sonucu işlenen bir fiil, emre itaat olmadığından ibadet sayılmayabilir. Bu yönüyle Mutezile'nin doğru tespit yaptığını ifade etmektedir. Ancak sözgelimi ibadet gibi ikrâh olmazsa da müslümanın ifa etmesi gereken bir konuda, ikrâha rağmen sözkonusu davranış ibadet olabilir. Bu sebeple mükâfat ve karşılığı olabilir.

Mutezile'nin "*Teklifin maksadı, mükellefin yaptıklarının karşılığını vermektir.*" şeklindeki görüşlerine başka itirazlar da yöneltilmiştir. Buna göre yaptıklarının karşılığını almak, mükellef olmanın şartı değildir. Allah Teâlâ mükâfat ve karşılık olmadan da insanları mükellef tutabilir. Allah'ın insanlara mükâfat vermesi onun fadl ü keremindedir, insanların bu ödüllere müstahak olmalarından ve amelleri ile ödülleri alma mecburiyetlerinden değildir.⁴²⁹

Mutezile'ye nispet edilen görüşlerinden onların mülci' ikrâhı sözkonusu etmedikleri anlaşılmaktadır. Ancak Ünlü usulcü Zerkeşî, Mutezile'ye nispet edilen görüşlerde yanlışlıklar ve onlardan nakledilen rivayetlerde eksik bilgiler bulunduğunu belirterek, Mutezile'nin mükrehi mükellef gördüklerini ifade eder. Zerkeşî, ikrâhla istenen işte bir meşakkat ve zorluk mevcut olduğundan, teklif teriminde de anlam itibariyle meşakkat ve zorluk anlamı bulunduğundan hareket eden Mutezile'nin, mükrehi ihtiyâr sahibi kişiye göre daha ziyade teklife layık gördüklerini belirtir. Ardından onların *ilca* denilen ağır zorlamayı teklif dışı kapsamında mutalaa ettiklerini açıklar. Sözkonusu yanlışlığın, ikrâh ile ilcanın kimi

⁴²⁸ el-Gazâlî, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed, (Ö. 505/1111), *el-Mustasfa min İlmi'l-Usûl*, (I-IV), Thk:Hamza b. Züheyr Hâfiz , Medînetü'l- Münevvere, t.y., I, 302-303.

⁴²⁹ el-Cüveynî, Ebu'l-Meâlî Rüknuddîn Abdülmelik b. Abdullah b. Yûsuf, (Ö.478/1085), *el-Burhân fî Usûli'l-Fikh*, (I-II), Thk: Abdülazîm ed-Deyb, Dârü'l-Ensâr, Kahire, t.y., I, 106; Tûfî, I, 199.

usûlcü tarafından bir olarak görülmesinden kaynaklandığını, ilca halindeki kişinin gücünün zaten yok edildiğini, ikrâhta ise güç ve kudret bulunduğunu vurgular.⁴³⁰ Zerkeşî'nin görüşü dikkate alındığı takdirde Mutezile'nin bu konuda Şafîî usûlcülerden farklı bir görüşlerinin olmadığı ortaya çıkar.

Mutezile'nin böyle bir görüşe meyletmesinde, onların insan fiillerinin yaratılıp yaratılmadığı noktasında yoğunlaşan tartışma konusu fikirlerinin etkili olduğunu düşünüyoruz. Onların *insanı kendi fiillerinin yaratıcısı olarak görmeleri* sebebiyle *insanın mutlak irâde sahibi olduğu kanaatine varmaları* ve sorumluluk almayı da bu irâdeye bağlamaları dikkate alındığında böyle bir görüşe meyletmelerinin genel fikirleriyle paralel olduğu görülür.

2. Sadece Mülci' İkrâhın Mükellefiyeti Ortadan Kaldırdığı Görüşü

Çoğunluğu Şafîîlerin oluşturduğu usûlcülerin görüşüdür. İrâdeyi ortadan kaldıran zorlamanın ikrâh ve ilca kavramlarından hangisi ile karşılanacağı konusunda bir ihtilaf bulunduğunu *İkrahın sınırları* kısmında ifade etmiştik. Çok nadir olan, kişinin aksini yapmasını imkânsız kılan zorlama biçimlerini ikrâh kapsamına almayanlar olduğu gibi bunu mülci ikrah şeklinde bir ayırım yapmak suretiyle ikrâh kapsamına dâhil edenler de vardır. Bu seviyedeki zorlamayı ikrâh gören ve buna mülci' ikrâh diyen bazı Şafîî usûlcüler, bu seviyedeki ikrâhın teklifi ortadan kaldırdığına kanaat getirmişlerdir.

Bu görüşte olanların delilleri de şunlardır:

1. İlca seviyesinde olan zorlamada kişinin kudreti (eylemde bulunma gücü), tamamen yok edilmiştir. Bir eylemde kudret ve ihtiyarı bulunmayan bir şahıs, sorumlu tutulamaz. İlca', birini yüksek bir yerden bir şahsın üzerine öldürmesi için iterek atmak gibidir. Bu durumda mükrehin üzerine zorlandığı şeyin gerçekleşmesi bir zorunluluktur ve bunun zıddı (yüksek bir yerden aşağı itilen kişinin düşmemesi) imkânsızdır.

2. Mülci ikrâhta irâdesi elinden alınmış kişinin kudreti yok olunca ihtiyârı (seçme hürriyeti) da tamamen yok olur, böylece kişinin dinî yükümlülüğü kalmaz.

⁴³⁰ Zerkeşî, *Bahrü'l-Muhît*, I, 358–360.

Çünkü kişiyi gücü yetmediği bir konuda sorumlu tutmak teklifin şartlarına aykırıdır. Nitekim Allah Teâlâ: "*Allah kişiye ancak gücünün yettiğiyle mükellef tutar.*"⁴³¹ buyurmaktadır.

Bununla ilgili olarak Râzî, "*İkrâh, bazen ilca' sınırına varır bazen ise varmaz. Eğer ilca' haddine varırsa teklif imkânsız olur. Çünkü bu durumda ikraha konu olan şey, meydana gelmesi kesin gerekli, zıddı olan kolaylığın meydana gelmesi ise imkânsız bir hal alır. Meydana gelmesi gerekli ve aksi durumu imkânsız olan bir şey ile teklif ise caiz değildir. Ama eğer ikrâh, ilca sınırına varmamışsa mükrehin mükellef kılınması sahîhtir.*"⁴³² diyerek bu görüşü açıklar.

Hanefilerin mülci' ve mülci' olmayan ikrâh şeklindeki ayrımları ise, *irâdenin sübûtu ve selbi üzerine değil, irâdenin sıhhat ve fesadı üzerine* mebnidir. Onlara göre mükreh ne kadar ağır bir ikrâh altında olsa da irâdesi selbedilmiş değildir. Dolayısıyla Hanefiler, sınırlarını çizdikleri mülci' ikrâhı teklif kapsamında mütalaa etmişlerdir.

Bu görüşe ilke olarak itiraz yöneltmiş değildir. Çünkü irâdesini tamamen ortadan kaldıran bir zorlamaya maruz kalan kişiyi sorumlu tutmak mümkün değildir. Ancak -yukarıda da ifade edildiği gibi- bu görüş sahipleri ile diğer görüş sahipleri, irâdeyi yok eden zorlamaya ikrâh denilip denilmeyeceği noktasında ihtilafa düşmüşlerdir.

3. İkrâhın Mükellefiyete Etki Etmediği Görüşü

Çoğunluğu teşkil eden fıkıh bilginleri, irâdeyi tamamen ortadan kaldıran ağır zorlamayı ilca olarak kabul etmiş, bu sebeple ikrâhın mükellefiyeti etkilemediğini açıklamışlardır. Bu görüşe göre ikrâh, gerek mülci' gerekse de gayr-ı mülci' olsun mükellefiyeti kaldırmaz. Bu görüş, Hanefilerin ve ikrâh-ilca ayrımını yapan usûlcülerin görüşüdür. Bunlara göre kişi ikrâh halinde müptela (belaya maruz kalmış) bir kişi olsa da muhtar olduğu için mükelleftir.

⁴³¹ Bakara, II/286.

⁴³² Râzî, II, 267–268.

Bu görüş sahipleri de fikirlerini desteklemek için aşağıdaki delilleri getirmişlerdir:

1. Mükrehin akli, gücü ve seçme irâdesi bulunmaktadır. Mükreh muhtar bir mükellef gibidir.⁴³³

2. İslam dinine zorlama sonucu giren kişinin Müslümanlığı muteberdir. İbadetleri yapmaya zorlansa ibadetleri geçerlidir. Mükrehin iç dünyasında takiyye varsa da, şeriat zahire göre hüküm verdiği için takiyye yapması müslümanlığının ve ibadetlerinin geçerliliği ile ilgili hükmü değiştirmez. Bu misal, ikrâhın mükellefiyeti etkilemediği anlamına gelir.⁴³⁴

3. Ümmetten sorumluluğu kaldıran durumlardan birinin ikrâh olduğu hadiste ifade edilmiştir. Buna göre mükrehin muameleleri muteber olduğu için sorumluluğu etkilenmektedir.

4. Mükrehin davranışlarının mübah, haram ve mendup gibi farklı hükümlere tabi olması onun mükellef olduğunu gösterir. Eğer ikrâh teklifi ortadan kaldırmış olsaydı değişik hükümler meydana gelmez, ikrâha bağlı tek bir hüküm bulunurdu.

5. İrâdenin tamamen selbedilmiş olması imkânsızdır. Bu sebeple ikrâhın teklifi ortadan kaldırması mümkün değildir. Buna göre mükreh sadece müpteladır.⁴³⁵

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi:

Mükrehin mükellefiyeti ile ilgili ihtilaflar, genel olarak irâdesinin mükrih tarafından tamamen elinden alınıp alınmadığı esasına dayanmıştır. İrâdenin alınıp alınmadığı ise kişinin seçme gücü bulunup bulunmadığı ile belirlenir. Bu ise ancak mükrehin kudretinin mevcut olup olmadığı ile bilinebilir. Bazı İslam hukukçularına göre mükrehin irâdesinin tamamen ortadan kaldırılması, onu mükrihin elinde bir alet haline getirir. Bu ibare, mükrehin kudretinin kalmadığını ifade eder. Kişinin gücünün ve kudretinin olmadığı durumda mükellef tutulmayacağı Kur'an'da açıkça ifade edilmektedir.

⁴³³ Cüveynî, I, 106; Tûfî, I, 194.

⁴³⁴ Tûfî, I, 194.

⁴³⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 39.

Diğer hukukçular ise en ağır baskı altında dahi kişinin irâdesinin yok olmadığını düşünmüşler ve ikrâhın dinî yükümlülüğü düşürmediğini belirtmişlerdir.

Bizce bilkuvve (potansiyel) mükellefiyet ile bilfiil (hareketli) mükellefiyetin karıştırılması ihtilafların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İkrâhın teklifi ortadan kaldırmadığını düşünenler, mükrehin ikrâh esnasında veya ikrâh dışında teklifin şartlarına haiz olmasını göz önünde bulundurmuşlar. Onlara göre mükrehin ehliyetine, bilgisine ve gücüne herhangi bir hâle gelmemiştir. En ağır baskı ve tehdit bile mükrehin irâdesini yok etmez. Mükreh bilkuvve mükellef olduğundan ikrâh teklifi ortadan kaldırmaz.

İkrâhın teklifi ortadan kaldırdığını düşünenler ise mükrehin mükrihin elinde bir alet olduğunu, mükellef olmanın şartlarından biri olan kudretin yok edildiğini düşünmüşlerdir. Onlara göre mükreh her ne kadar bilkuvve kudret sahibi ise de bilfiil bu onun elinden alınmıştır. Mükreh artık mükrihin elindeki cansız bir alet hükmündedir. İhtilafın esası bu olmasına rağmen görüş sahiplerinin iddialarını ispatlamak için değişik sebepleri de dile getirdikleri görülür.

Görüş sahiplerinin irâdenin konumuna yaptıkları vurgu, ikrâhta kullanılan vasitanın başka bir deyişle baskı türünün sınırlarının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Kişinin iradesini tamamen ortadan kaldıran zorlamanın ikrâh sayılmayacağını buna ancak ilca' denilebileceğini düşünenler, ikrâhın teklifi ortadan kaldırmadığını aksine ilcanın teklifi ortadan kaldırdığını ifade etmişlerdir. İkrâhın sınırları kısmında bu konu hakkında bilgi verilmiştir. Ancak ilca seviyesinde bile olsa zorlamanın yine ikrâh sayıldığını savunanlar ikrâhın teklifi ortadan kaldırmadığını düşünmüşlerdir.

Hanefilerin ilca kriteri ile usulcülerin ilca kriteri de birbirlerinden farklıdır. Hanefilerdeki ilca, ağır baskı içeren zorlama olmasına rağmen mükrehi mükrihin elinde alet durumuna sokmaz. Bu yönüyle usulcülerin ilca diye tabir ettikleri zorlama kadar ağır bir ikrâh değildir. Bununla ilgili bilgiler ikrâhın çeşitleri kısmında geçmişti.

Mutezile ise davranışlarında kişinin irâdesi ve seçme özgürlüğünün kalmadığını bunun sonucunda amellerinin karşılığının verilmeyeceği gerçeğinden

hareket ederek mükreh için teklifin kalmadığına ve ikrâhın teklifi ortadan kaldırdığına kanaat getirmişlerdir.

İkrâhın teklife etkisi ile ilgili İslam âlimlerinin birbirlerinden farklı görüşleri yoktur. İlca kavramı ayrı değerlendirildiği takdirde-ki bu durum sosyal hayatta oldukça nadiren vuku bulur- bütün fukahanın ikrâhın dinî yükümlülüğü ortadan kaldırmadığına kanaat getirdikleri söylenebilir. O halde ikrâh ne ehliyeti ne de mükellefiyeti ortadan kaldırmamaktadır. Ancak mükrehe nispetle hükümlerin değişmesine neden olmaktadır.

İkrâhın mükellefiyeti ortadan kaldırmadığı kabul edildikten sonra mükellefin davranışlarına ve hukûkî muamelelerine ne derecede etki ettiği konusu gündeme gelir. Bu sebeple ikrâhın ilk hükmü kısaca izah edildikten sonra ikrâh sonucu meydana gelen olayın hükümleri değiştirmesi konusu ele alınacaktır. Buna göre ikrâh ya bir hükmü hiç etkilemez veya kısmen etkiler veyahut tamamen etkiler. Bazı durumlarda meydana gelen zorlamanın ikrâh sayılmadığı görülür.

II. İKRÂHIN HÜKÜMLERİ

İkrâhın, kişinin mükellef olmasına engel teşkil etmediği ancak mükellefin davranışlarını değişik hükümlere ikame ettiği anlaşıldığına göre ikrâhın etkisiyle değişen hükümleri inceleyebiliriz.

İkrâh, teklîfi hükümleri de vaz'î hükümleri de etkilemektedir. Bununla ilgili bilgilere geçmeden önce hükmün tanımını, teklîfi ve vaz'î hükümlerin tarifini yapmak faydalı olacaktır.

Hüküm, fıkıh usulünde şer'î hüküm, genelde "*Şari'in mükellefin fiillerine ilişkin hitabı*" olarak tanımlanır. Bu sebeple de usûl literatüründe şer'î hüküm konusu, hüküm koyma yetkisinin sahibi (hâkim), hükme konu olan fiiller (el-mahkûm fih) ve hükmün muhatabı mükellef (el-mahkûm aleyh) kavramlarıyla beraber ele alınır.⁴³⁶

Fıkıh usulünde *şer'î hükmün Allah'ın iktiza, tahyir ve vaz' bakımından mükelleflerin fiillerine ilişkin hitabı ve bu hitabın eseri* şeklinde tanımlanmasının bir sonucu olarak şeri hüküm başlangıçta *teklîfi hüküm* ve *vaz'î hüküm* diye ikiye ayrılır.

⁴³⁶ Beyânünî, Muhammed Ebu'l-Feth, "Hüküm", XVIII, *İA*, TDV İstanbul, 1998, s.466.

Teklifî hüküm, Şari'in bir mükelleften bir işi yapmasını veya yapmamasını istemesi ya da onu muhayyer bırakmasıdır. Bu hüküm; vücûb, nedb, ibaha, kerahet ve tahrîm şeklinde ortaya çıkar. Vazi hüküm ise Şari'in bir şeyi başka bir şey için sebep, şart ve mani kılmasıdır. Bu hüküm de rükün, şart, mani, sıhhat, fesat ve butlan gibi kısımlara sahiptir.⁴³⁷

Tezimizin bu kısmı, ikrâhın hükümlerini ihtiva etmektedir. Ancak konu ele alınırken ikrâhın teklifî hükümlere ve vazî hükümlere etkisi şeklinde bir tasnif esas alınmayacaktır. Modern yöntem takip edilecek, teklifî hükümler ikrâhın dinî sorumluluğa etkisi, vazî hükümler ise medenî sorumluklara ve cezaî sorumluluklara etkisi başlıkları altında açıklanacaktır. Medenî sorumluluk içinde önemli bir yere sahip olan hukukî muameleler, geniş açıklama gerektiğinden ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir.

A. İKRÂHIN FIKİH ALANLARINDAKİ HÜKÜMLERİ

Gerek itikadî gerekse amelî planda olsun kişilerin hür irade ve seçimlerinin korunması, diğer değerlendirme açılarından yanı sıra dinin de temel ilkelerinden olduğundan bir kimseyi haksız bir şekilde cebir ve tehdide mâruz bırakma, zorlayan açısından dinen haram ve zulüm sayılan bir davranıştır; kul hakkı ihlâli olup büyük günahdır. Bu şekilde elde edilen mal ve menfaat de gasbedilmiş mal hükmündedir.⁴³⁸ Konunun bu yönü üzerinde ittifak bulunmaktadır.

Bir kimsenin üzerine şer'an hukuken vacip olan bir işe, meselâ ibadet etmeye, hacizli borçlunun malını satmaya zorlanması ise literatürde genelde *icbar* terimiyle karşılanır. Hukuka uygun olan bu tür zorlamalarda fiilin mükrihe nispet edildiği konusunda fakihler ittifak etmiştir.⁴³⁹ Çünkü mükrehin zorlandığı şey, zaten yasa koyucu tarafından kendisine emredilmiş bir yükümlülüktür. Kendisi istemese de Şari bunu ikrâh ve zorlama yoluyla kendisine yaptırır. Dolayısıyla böyle bir zorlama

⁴³⁷ Geniş bilgi için bkz. Beyânûnî, "Hüküm", *İA*, XVIII, 467.

⁴³⁸ Bardakoğlu, "İkrah" *İA*, XXII, 33.

⁴³⁹ İbn Abidin, IX,177; Haraşî, IV, 33; Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-Kavâid*, (I-III),Thk: Teysir Faik Ahmed Mahmud, Abdüssettâr Ebu Gudde, Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1.Bsk., Kuveyt, 1982, I, 194, İbn Müflih, Ebu İshak Burhaneddin İbrahim b. Muhammed, (Ö.884/1480), *el-Mübdî' Şerhü'l-Mukni'*, (I-VIII), Thk: Muhammed Hasan Muhammed Hasan İsmail, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1997, VI, 297.

teklifi hüküm açısından haram olmadığı gibi, irade ve ihtiyarı da ifsat etmez.⁴⁴⁰

İkrâh, ya bir şeye inanmaya, ya bir söz söylemeye veya bir fiili işlemeye yönelik gerçekleşir. Şari'in mükellefleri ifa etmeye zorladığı sebeplerin sınırını belirlemede İslam hukukçularının değişik görüşleri bulunmaktadır. Konu iyi incelendiğinde İslam hukukçularının bu sınırın belirlenmesinde fikhın inanç, ibadet ve muamelat alanlarının her birini ayrı hükümlere tabi tuttıkları görülür. Biz de bu kısımda sözkonusu ayrımı dikkate alacağız.

1. İkrâhın İnanç Alanındaki Hükümü

İnanç alanındaki zorlama, doğrudan fıkıh ilminin konusu değildir. Ancak inanç alanında da olsa, baskı kurarak bir kişiyi irâde beyanında bulunmaya zorlama, zorlanmanın gerçekleştiği olayı fıkıh ilminin konusu haline getirir. Bu sebeple bu konu, fikhın konusu olarak da görülmüş ve fıkıh kitaplarında geniş bir şekilde izah edilmiştir.

İnanç alanındaki zorlama, Müslüman bir kişinin dinden çıkmaya zorlanması ve Müslüman olmayan bir kişinin İslam dinini kabul etmeye zorlanması gibi olaylarda meydana gelir. Müslüman bir kişinin dinden çıktığını beyan etmesi teklifi hüküm kadar vazî hüküm ile de ilgilidir. Bu sebeple bu konu vaz'î hükümlerinin açıklandığı *İkrâhın Cezai Sorumluluğa Etkisi* bölümünde ele alınacaktır.

a. Gayr-ı Müslim'in İslam Dinini Kabul Etmeye Zorlanması

İslam hukukçuları, Müslümanlarla savaş halinde olan inkârcılar ile savaş halinde olmayanlar arasında ayırım yapmışlardır. Müslümanlarla mücadele halinde olmayanların İslam dinini kabul etmeye zorlanmayacakları konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Müslümanlarla savaş halinde olan ve Müslüman iken dinini terk edip mürted olanların İslam'ı kabul etmeye zorlanıp zorlanmayacaklarında ise ihtilaf vardır. Buna göre müslümanlarla mücadele içinde olanlar zorlanabilirlerken zimmîler

⁴⁴⁰ es-Sübki, Tâcuddîn Abdülvehhâb b. Ali b. Abdülkâfi, (Ö.771/1370), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, (I-II), Thk: Adil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed Muavviz, 1.Bsk. Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1991, II, 14.

ve müslüman devletten eman isteyen kişiler, İslam dinini kabul etmeye zorlanamazlar. Ancak Müslümanlarla savaş halinde olanlar, Müslüman olmaya zorlanırlar.

Haneffilerin bu konuda iki görüşü bulunmaktadır. Birinci görüşe göre zorlanan kişi ister zimmî olsun isterse de harb halinde olsun müslümanlığı istihsanen geçerlidir. O halde bir inkârcı, cebren müslüman edilirse, müslümanların içine girip İslamın nimetlerini görmesi ve hakikaten müslüman olması için bu kişinin mümin olduğuna hüküm verilir. Nitekim Kur'an ayetlerinde buna işaret vardır.⁴⁴¹ Dolayısıyla cebren Müslüman olan kişi de müslüman olduğunu söylediği takdirde kâfirlerin içine iade edilmeyip, müslümanların içinde tutulur.⁴⁴²

Diğer bir görüşe göre zimmî ile harbînin hükmü farklıdır. Buna göre Müslüman olması için zorlanan kişi harbî ise müslümanlığı geçerli, zimmî ise müslümanlığı geçerli değildir. Çünkü harbînin müslüman olması için zorlanması ikrâh değil, bir hakır.⁴⁴³ İkinci görüş, diğer mezhepler tarafından da tercih edilmektedir.⁴⁴⁴

Netice itibariyle mürted ve harp halindeki kâfir gibi Müslümanlarla bilfiil mücadele halinde olup Müslümanların gücünü zayıflatmak için uğraşanlar, Müslümanlarla mücadele etmeyen veya Müslümanlarla antlaşmaları olanlardan farklı bir hükme tabi tutulmuşlardır.

Sözkonusu zorlamaların mübah görülmesinin, dönem şartı ile ilgili olduğunu ve evrensel hüküm ifade etmediklerini düşünenler bulunmaktadır. Bunlardan biri Bardakoğlu'dur. Bardakoğlu'na göre İslâm'ın ilk asırlarında Ehl-i kitap'la zimmî statüsüne geçip cizye ödemeye razı oluncaya kadar savaşılması, müşriklere din hürriyeti tanınmayıp onların ve dinden dönenlerin Müslüman olmaya zorlanması, yarımada'daki müşrik Araplar'ın İslâm'la kılıç arasında muhayyer bırakılması gibi uygulamaları, Kur'an'ın savaş âyetleriyle temellendirmekten ve dinin kalıcı bir çizgisi

⁴⁴¹ “Ey iman edenler! Mümin olduklarını söyleyen kadınlar, size muhacir olarak geldikleri zaman onları imtihan edin. Onların imanlarını Allah daha iyi bilir. Mümin olduklarını öğrendiğiniz zaman da onları kâfirlere iade etmeyin.” *Mümtehine*, 60/10.

⁴⁴² Kâsânî, VII, 178–179.

⁴⁴³ İbn Âbidîn, IX, 177.

⁴⁴⁴ Şirbînî, III, 381–382; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 351.

olarak görmekten ziyade yeni bir dinin ve siyasî birliğin kuruluş şartlarıyla açıklamak daha isabetlidir.⁴⁴⁵

Müslümanlarla savaş halinde olan bir inkârcıyı dini kabul etmeye zorlamanın mübah oluşu, İslam'ın güçlenmesi ve İslam'ın hakikatlerini tatma imkânını vermesi gayesine matuftur. Onların İslam dinine zorlanmalarının mübah oluşu, ayrıca bu zorlamanın vacip olduğu anlamına gelmez. O halde Müslüman, mümkün olduğu sürece zorlamaya başvurmamalıdır. İslam dinini kabul etmeye zorlama birçok açıdan islamın temel ilkeleri ile çelişki arz etmektedir. Bir kısmını aşağıya alıyoruz.

1. Kur'an'da "*Dinde İkrâh yoktur*" ifadesi insanların normal durumlarda rızalarının esas alınması gerektiğini gösterir. Samimiyet, iyi niyet ve ihlâs ve sadece Allah'ın rızasını gözetme gibi yüksek hallerin hiçbiri, zorlama ile meydana gelmez.

2. Bir şahsı, İslâm dinini kabule zorlayarak müslüman yapmanın kişiye sağlayacağı uhrevî bir yarar söz konusu değildir. Bu davranışın Müslümanlara dünyevî bir faydası da olmaz. Aksine böyle bir şahıs, kendi isteğiyle tercih etmeyip, başkalarının zoruyla böyle bir karar vermek durumunda kaldığı için, inanmadığı halde inanmış gibi gözükererek münafıklık yapmış olacaktır. Bu durumda, İslâm toplumu açısından en tehlikeli grup olan münafıkların sayısının artması söz konusu olacağından, topluma daha büyük bir zarar dokunacaktır. O halde din bir tercih işi, bir gönül meselesidir.⁴⁴⁶

3. İkrâha maruz kalarak İslam'dan çıktığını açıklayan kişinin kâfirliğine hükmedilmeyeceği hükmü, kıyas yoluyla bir kişinin mümin olmasına da uygulanabilir. Dinden çıkışta esas alınan bir kuralın dine girişte esas alınmaması çelişki oluşturacağı için bu kuralı kıyas yoluyla dine girişte de düşünmek en doğru yoldur.

4. Kur'an-ı Kerim'de özellikle inanca dair konularda ikrâhın caiz olmadığına dair açık ayetler bulunmaktadır. "*Dileyen inansın dileyen inkâr etsin.*"⁴⁴⁷ mealindeki ayet, bunun en güzel örneğidir. Ancak bu ayetlerden, İslam'ın insanları tamamen

⁴⁴⁵ Bardakoğlu, İA, "İkrah", İA, XXII, 34

⁴⁴⁶ Acar, Halil İbrahim, "Hürriyet ve Eşitlik Kavramları Ekseninde Demokrasi ve İslâm Konusunda Bazı Mülâhazalar", *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, XVI., Sayı,1, Ankara, 2003, s. 88.

⁴⁴⁷ Kehf, 18/30.

ihmal ettiği ve insanlara İslam'ın müslümanlarca tebliğ edilmeyeceği anlamı çıkarılamaz. İslami emir ve yasaklar, kendi bağlılarına uygulanmalı ve bağlı olmayanlara da anlatılmalıdır.

5. Cihad konusu, dine girişe zorlamanın meşru olduğuna dair bir delil olarak zikredilmiştir. Oysa ayetlerin arkaplanı araştırıldığında cihad ayetlerinin İslam'ı zorla kabul ettirmek için delil olarak sunulmayacakları anlaşılacaktır. Çünkü cihad ayetlerinde mutlak bir hüküm yoktur. Şartlara göre değişen hükümler vardır. Sözelimi aşağıdaki ayet, cihadın farz kılınışını, Müslümanların zulme maruz kalmasına bağlamaktadır. "*Kendileriyle mukatele edilenlere (düşmanın hücumuna uğrayan mü'minlere) uğradıkları o zulümden dolayı, (bilmukabele harbe) izin verildi.*"⁴⁴⁸

b. Mürtedin Yeniden İslam Dinini Kabul Etmeye Zorlanması

Mürted, klasik dönem İslam hukuk doktrininde harbî olanlarla bir tutulmuş bu sebeple İslam dinini kabul etmesi için zorlanabileceği konusunda görüş birliği hâsıl olmuştur. Dini değiştiren kişinin öldürüleceğini ele alan hadisi⁴⁴⁹, dinden çıkanın tekrar dine döndürülmesi gerektiğine, dine tekrar dönmediği takdirde öldürülmesi gerektiğine delil olarak sunulmaktadır. Ayetlerde dinden dönenin dünyevi cezası hakkında bir bilgi bulunmadığından mürtedin öldürülmesi gerektiği ile ilgili hükümlerin kaynağı hadis ve sahabe uygulamaları olmuştur.

Günümüzde mürtedin öldürülmesi ile ilgili hükümlerin yerel olduğu şeklinde bir anlayış bulunmaktadır. Konuya ilişkin hadislerin ve fihkî görüşlerin gerekçeleri dikkate alındığında bu hükmün müslümanın *dinini değiştirmesi* sebebine değil *sosyal düzeni bozma, İslâm'a ve Müslümanlara karşı savaşma* gibi sebeplere bağlı olduğu görülür. Üç sebepten dolayı Müslüman kanın helal olacağını ifade eden hadiste⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Hacc, 22/39.

⁴⁴⁹ "Dinini değiştireni öldürün." Buhârî, *Kitabu İstıtabeti'l-Mürtedin*, 2(6922).

⁴⁵⁰ لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وإني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس والثيب الزاني والمارق من الدين التارك للجماعة "Müslüman kişinin kanı ancak üç şeyden biri ile helal olabilir. Bunlar evli olup zina eden, başkasını öldüren ve cemaati terk edip dinini değiştirenlerdir." Bkz. Ebu Davud, Süleyman b.el-Eş'as, es-Sicistani, (Ö.275/888. es-Sünen, Thk: Ebu Ubeyde Meşhur b. Hasen Alu Selman, Mektebet'ul-Maarif, Riyad, 1996, Hudüd, I (4352).

dinden ayrılmanın yanında cemaati terk etme ibaresinin eklenmesi bunu göstermektedir. Bu hadisin hükmüne göre yalnız haliyle dinden ayrılma, öldürmeyi gerektirmez. Öldürme cezasının sebebi, cemaati yalnız bırakıp düşman saffına iltihak etmektir.

Kur'an'da dinden dönenin ahirette şiddetli bir cezaya çarptırılacağı belirtilmekte ancak dünyevi bir müeyyideden bahsedilmektedir. Hz. Peygamber devrinde dinden dönenlerin, genelde *Müslümanlarla savaş halinde olan kâfirlerle* aynı kategoride değerlendirildiğini bu sebeple onlarla aynı hükme tabi kılındıklarını düşünüyoruz.

2. İkrâhın İbadetler Alanındaki Hükümü

İkrâhın ibadetler alanındaki hükümü, ibadetini ihmal eden müslümanın ibadet yapmaya zorlanması, bir müslümanın ibadetini bozan davranışları yapmaya zorlanması ya da bir müslümanın ibadetten menedilmesi gibi durumlarda tartışma konusu olur. Ancak teklifi hüküm açısından sınırını belirleyen kısmı, ibadetini ihmal eden müslümanın ibadet yapmaya zorlanmasıdır.

Zorlamanın ibadetlerdeki meşruiyeti namaz örneği ile açıklanabilir. Bu konuda da klasik fıkıh anlayışı ile modern İslam hukuku anlayışı arasında kısmen bir ayrım bulunduğu görülmektedir. Klasik literatürde namaz kılmayan kişi, bir mürted ve harbi bir kâfir ile aynı konumda mütalaa edilmiştir. Bazı mezheplerin namaz kılmayanı kâfir olarak görmeleri, bu anlayışın bir sonucudur.

Günümüzde ise bir ayrıma gidilmektedir. Bardakoğlu'na göre çocukların erken yaşta namaza, bedenen güç yetirebildiği dönemden itibaren de oruca alıştırılmasının ve gerektiğinde zorlanmasının tavsiye edilmesi bu ibadetlerin dinde çok önemli olmasından ve İslâm'ın beş esası arasında yer almasından ziyade dinî eğitimin küçük yaşta başlatılması gerektiği, ibadet bilincinin de ancak erken dönemde kazanılan bir alışkanlık üzerine bina edilerek kazanılabileceği teziyle ilgilidir. Hadislerde namazın önemi vurgulanıp terkedenler ağır bir dille ayıplandığı, terkin kötü sonuçlarına dikkat çekildiği ve diğer temel ibadetler için de benzeri açıklamalar yapıldığı halde bu ibadetlerin mükelleflere zorla yaptırılması teklifi yer almaz.

Doktrinde namazı kasten terkeden ve terki alenî bir inat haline getiren, ramazan orucunu açıkça ihlâl eden kimseler hakkında bazı maddî yaptırımların öngörülmüş ve bunlardan bir kısmının zaman zaman uygulamaya da yansımış olması ibadet mükellefiyetine vurgu, kamu düzenini koruma ve toplumda kötülüklerin alenen işlenmesini engelleme gibi mülâhazalardan kaynaklanır. Zekât ödemeye yanaşmayanlardan zekât borçlarının zorla tahsil edilebilmesi ve Hz. Ebû Bekir'in böyle bir direniş gösterenlerle savaşı bile göze alması, bu ibadetin kul ile Allah arasında kalan dinî özelliğinden çok zekâtın ihtiyaç sahiplerinin hakkını ilgilendiren sosyal yönü ve onların hakkının da ancak böyle bir cebri tahsille korunabileceği, ayrıca o dönemde devlet tarafından tahsil edilen zekât vergisini ödememe yolundaki direnişin yönetime karşı bir isyan niteliği taşıması gerçeğiyle ilgilidir.⁴⁵¹

3. İkrâhın Muamelat Alanındaki Hükmü

İkrâhın söz ve davranışlara etkisinin en çok tartışıldığı alan, muamelât alanıdır. Burada ikrâh ile haksız ikrâh kastedilir. Borç ilişkilerinden suçun faile isnad edilip edilmeyeceğine kadar her türlü konu aynı şekilde hukuk alanı da sayılan muamelat kısmında tartışılır. Bununla beraber bu başlıkta bizi ilgilendiren muamelat alanındaki zorlamaların teklifi hüküm açısından sınırını tayin etmektir. Meşru zorlamayı ifade eden cebir kavramının en sık kullanıldığı alan da muamelat alanıdır. Bardakoğlu bu alanda meşru ikrahın uygulanma alanlarını şöyle açıklamıştır:

İcbar ya koca, veli, vakıf mütevellisi gibi kanunun kendisine yetki verdiği bir şahıs veya muhtesip, hâkim, devlet başkanı gibi bir kamu yetkilisinden gelir.⁴⁵² Hukuk, toplumda yürürlükte olan ve kamu otoritesi tarafından yaptırıma bağlanan kurallar bütünü olduğundan, İslâm toplumunda kazâî nitelikteki dinî hükümlerin ve hukuk kurallarının ifası sürecinde taraflar arası bir anlaşmazlık, kamu düzenini ya da üçüncü şahısların haklarını ihlâl eden bir durum ortaya çıkarsa kamu yetkililerinin devreye girmesi kaçınılmaz görülür

⁴⁵¹ Bardakoğlu, "İcbar", *İA*, XXI, 438.

⁴⁵² Bardakoğlu, "İcbar" *İA*, XXI, 439

Miras hükümlerinin uygulanmasında hâkimin devreye girmesi, belli durumlarda annenin çocuğunu emzirmeye veya yakınların aile içindeki küçük çocukların bakım ve eğitimi görevini üstlenmeye zorlanabilmesi, ödeme imkânı bulunan borçlunun ödemeye, belli durumlarda esnaf ve sanatkârın mesleğini icra etmesine, nafaka yükümlüsünün sorumlusu olduğu şahısların geçimini sağlamasına ve elinin altındaki hayvanın yeterince bakımını yapmayan kimselerin satım'a zorlanması, ayrıca ihtikârî önlemek için alınacak zecrî tedbirler, kamu yararı için istimlâk ve narh uygulaması, ortaklığın giderilmesinde ve şüf a hakkının sağlanmasında yargı yolu, arazi sahibinin elindeki fazla suyu satıma zorlanabilmesi gibi durumlar böyledir. Devlet başkanının veya diğer kamu yetkililerinin dinin caiz ve mubah alanına giren konularda getirebileceği kısıtlamalar, kamu yararının sağlanmasına veya dinin bir ilkesinin korunmasına yönelik olarak alacağı tedbirler de yine cebrî uygulamanın bir diğer türünü oluşturur.⁴⁵³

Çağdaş Türk hukukunda hukuka uygun şekilde gerçekleşen zorlamalar, *icra*, *müsadere* ve *zor kullanma* olarak açıklanmaktadır. Normal şartlarda her vatandaş; istediği gibi inanma, yaşama, kendisini ifade etme hakkına sahiptir. Bu konuda seçiminde hür ve özgürdür. Bu özgürlük onu hiçbir şekilde başka bir inanca, dünya biçimine ve kendisini ifade etme biçimine zorlamamaya götürür. Onu bu konuda zorlayanlara devletin bu hakları koruma gayesiyle zorlayana yaptırım uygulaması kaçınılmaz olur. Bu yaptırımların en önemlisi, zorlamanın en büyüğü olan savaş halidir.

Anayasanın 15. maddesine göre savaş seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Görüldüğü gibi, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasının yanı sıra Anayasanın tanıdığı güvenceler de ortadan kaldırılabilir. Bununla beraber bazı hakların kullanılmasının durdurulması ya da ortadan kaldırılması söz konusu olamayacaktır. Anayasanın 15. maddesine göre, savaş, seferberlik,

⁴⁵³ Bardakoğlu, "İcbar", *İA*, XXI, 439.

sıkıyönetim ve olağanüstü hal ilanında dahi kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz (Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı hariç tutulmuştur.). Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasından, 1961 Anayasası'nın sıkıyönetimi düzenleyen 124. maddesinde de söz edilmekteydi. 1982 Anayasası'nın farkı, ayrı bir madde olarak düzenlemesi ve Anayasada öngörülen güvencelerin kaldırılabilmesine imkân tanınmasıdır. Özellikle yargısal denetimin kaldırılması, yapılan işlemlerin, olağanüstü durumun gereklerine uygun yapıp yapılmadığını denetlemeyi olanaksız kılmaktadır. Bu nedenle 15. madde uygulamada insan hakları için tehlikeli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.⁴⁵⁴ Madde metni şöyledir:

Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz

Birleşmiş Milletler antlaşmasının birinci maddesinde kuruluş amacının milletlerarası barışın temini olduğu söylenmiştir. Aynı antlaşmanın 41 ve 42.maddelerinde ise barışın sağlanması için gerekirse zor kullanma yetkisinin kullanılabilceği yazılıdır.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ *Temel Hak Ve Hürriyetler*, www.anadolu.edu.tr/aos/kitap/IOLTP/2293/unite06.pdf. (Son Erişim 11.07.2012)

⁴⁵⁵ 41.madde ile 42. maddelerin metnini aşağıya alıyoruz.

Güvenlik Meclisi, kararlarını yürütmek için silâhlı kuvvet kullanılmasını gerektirmeyen ne gibi tedbirlerin alınması lazım geleceğini tespit ve Birleşmiş Milletler Üyelerini bu tedbirleri

B. İKRÂHIN TEKLÎFÎ HÜKÜMLERİ

Dini yükümlülükler, fıkıh usulü kitaplarında *ef'al-i mükellefîn* şeklinde tabir edilir. İnsanların ibadetleri ve medenî muameleleri gibi tüm davranışları, mükellef olması sebebiyle kendisine sorumluluklar yükler. Bunlar farz vacip, mübah, mekruh ve haram gibi direk yapılması, yapılmaması ve yapıp yapmama arasında serbest bırakılması istenen teklifi hükümler veya bir şeyin başka bir şeye sebep, şart ve mani olması gibi vazî hükümlerdir. İkrâhın değişik hükümleri doğurması, tasarruf şeklinden kaynaklanmaktadır. İkrâhın sınırlarının tayin edilmesinde de tasarrufun biçimi etkilidir.

İkrâhın hükümlere etkisi konusunda doktrinde değişik tespitler ortaya çıkmıştır. İkrâhın teklifi hükümlere etkisine geçmeden önce bu konuda biraz açıklama yapmakta fayda görmekteyiz.

İkrâhın hükümlerini tasarrufun mahiyetine göre tasnif eden Hanefî mezhebi olmuştur. Hanefiler ikrâhın fiili tasarruflara etkisini ikrâhın mülci olup olmamasına göre açıklamışlardır. Tam ikrâhta mükreh, mükrihin elinde bir alet olarak görülür. Eksik ikrâhta ise böyle bir durum yoktur. Bu sebeple ikrâhın fiilî tasarruflara etkisini de *mükrehin mükrihin elinde alet olduğu haller* ile *mükrehin mükrihin elinde alet olmadığı haller* olmak üzere iki kısma ayırmışlardır. Yeme, içme ve cinsel ilişkiye dayalı fiili tasarruflarda mükreh mükrihin elinde bir alet gibi olamaz. Başkasının ağzıyla yeme içme veya başkasının cinsel organıyla zina etmek mümkün değildir.

Diğer fiilî tasarruflarda ise mükreh, mükrihin elinde bir alet gibidir. Bu ise ya suç mahallini değiştirmeye veya değiştirmemeye dayanır. Eğer başkasının malını yok etmeye veya başkasını öldürmeye zorlama gibi suç mahallini değiştirme kastı varsa fiil mükrihe yani zorlayan kişiye nispet edilir. Kişi malvarlığına saldırı ile malın

uygulamağa davet edebilir. Bu tedbirlere, ekonomik münasebetlerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer ulaştırma vasıtalarının tamamen veya kısmen kesilmesi ile siyasi münasebetlerin kat'ı dâhil olabilir.

Güvenlik Meclisi 41. maddede derpiş olunan tedbirlerin uygun olamayacaklarına veya uygun olmadıklarının sabit olduğuna hükmederse, milletlerarası barış ve güvenliğin muhafazası veya yeniden tesisi için, hava, deniz veya kara kuvvetleri vasıtasıyla gerekli addettiği her türlü teşebbüse geçebilir. Bu teşebbüse, nümayişler, abluka tedbirleri ve Birleşmiş Milletler Üyelerinin hava, deniz veya kara kuvvetleri tarafından yapılacak başka hareketler dâhil olabilir

tazminatını başkasını öldürmekle de içtihadı göre kısas veya diyet ile nefis sorumluluğunu yüklenmektedir.

Şafîler ise hukûkî sonuç doğurma bakımından ikrâhın haklı veya haksız olması arasında ayırım yapmışlardır. Onlara göre eğer haklı bir ikrâh varsa failine dayanır ve hukûkî sonuç da doğurur. Eğer haksız ise zarûret seviyesinde olup olmadığına bakılır. Şafîler yukarıda belirttiğimiz üzere mülci ve gayr-ı mülci ikrâhı sorumluluğun düşüp düşmediği ile ilgili konularda dikkate alırlar.

İkrâh, genelde kişinin rızası olmadan masiyeti işlemeye yönelik gerçekleştiği için eserlerde masiyeti ifade eden haram hükmüne etki etkisi gündeme gelir. Vacibe yönelik zorlama, haklı ikrâh kategorisinde değerlendirildiği için hükmü etkilemez. Mübaha yönelik zorlama ise hayatın akışı içinde neredeyse görülmez. Geriye haram olan bir fiilin ikrâhın etkisiyle başka hükümlere dönüşmesi kalmaktadır.⁴⁵⁶

Bu bölümde ikrâhın etkisiyle değişen teklifi hükümler açıklanacaktır.

1. İkrâhın Etkisiyle Mübah Hale Gelen Fiiller

İkrâhın etkisiyle mübah hale gelen tasarruflarda insanın hakkı değil, Allahın hakkı bulunmaktadır. Ölü etini veya domuz etini yeme, içki veya kan gibi haram maddeleri içme ile ilgili fiiller bu kapsamda değerlendirilmektedir. Hanefilere göre yenmesi ve içilmesi haram olan bir madde, gayr-ı mülci ikrâh halinde mübah hale gelemez. Çünkü Şari, bu durumları ancak zarûret sebebiyle helal kılmıştır. Gayr-ı mülci ikrâhta ise zarûret durumu hâsıl olmamıştır. Lakin mülci ikrâhta zarûret şartları hâsıl olduğundan mükreh için tüm bunlar mübah hale gelir. Allah Teâlâ " *Şüphesiz size ölü hayvan etini, kanı, domuz etini, Allah'tan başkası için kesilen hayvanı haram kılmıştır; fakat darda kalana, başkasının payına el uzatmamak ve zaruret miktarını aşmamak üzere günah sayılmaz. Çünkü Allah bağışlayandır, merhamet edendir.*"⁴⁵⁷ buyurmaktadır. Mükreh, bunlara zorlanır ancak zorlandığını yerine getirmekten imtina edip ölse günahkâr olur. Çünkü mükreh, bu hareketiyle kendi nefisini tehlikeye

⁴⁵⁶ Heyet, *Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, VI, 106.

⁴⁵⁷ *Bakara*, 2/173.

atmıştır. Oysa ayette "*Elinizle kendinizi tehlikeye atmayın.*"⁴⁵⁸ buyurmaktadır. Çünkü kişi, mübah bir şeye zorlansa mübah fiilin ifası kendisine farz-ı ayn olur.⁴⁵⁹

Mâlikîler, Şâfiiler, Hanbelîler ve Zâhirîler ise mülci ikrâh veya gayr-ı mülci ikrâh ayrımını yapmadan sözkonusu fiillerin ikrâhla mübah hale geldiğini savunmuşlardır. Ancak Mâlikîlerin çoğunluğuna göre, diğer haram maddelerin aksine içki, ikrâh vasıtasıyla mübah hale gelmez. Onlara göre insan ancak boğazında takılıp kalan bir şeyi mideye indirmek için başka bir sıvı bulunmadığı takdirde içkiye başvurabilir ve tıkanan şeyi götürecektir miktarda alabilir. Fakat hayatta kalma zarûreti, içkiyi mübah hale getirmez.⁴⁶⁰

2. İkrâhın Haram İşleme Ruhsatı Doğurduğu Fiiller

Sözlükte kolaylık anlamına gelen ruhsat, terim olarak şer'an geçici mazeretlere binaen normal durumlara ait hükmün gereğine uymamayı meşru hale getiren, kolaylaştırma esasına dayalı geçici hükmü ifade eder.⁴⁶¹ Verilen müsaadenin fiilin yapılmasına veya yapılmamasına yönelik olmasına göre iki kısma ayrılır. Haramı işleme ruhsatı ve vacibi terketme ruhsatı.⁴⁶²

Hanefî usûlcüler, hakikat ve mecaz anlamında kullanılması açısından ruhsatı iki kısma ayırırlar. Hakikî ruhsatlar, azimetler mukabilinde konulmuş, ancak delili bulunduğu için azimetle de amel etmenin caiz olduğu ruhsatlardır. Bunlar da ikiye ayrılır. Birincisi; haram kılan sebep ve haram hükmü baki kalmakla birlikte Şari'in mübah kıldığı şeyler. Mülci ikrâh altında küfür kelimesini söylemek böyledir. İkincisi ise haram kılan sebep bulunduğu halde haramlık veya vücûb hükmünün ileriye ertelendiği ruhsatlardır. Ramazan ayında yolcunun oruç tutmaması buna örnektir. Hakiki ruhsatlara terfih ruhsatı da denir. İkrâh halinde, azimetle amel etmek her iki tür hakikî ruhsata tercih edilmektedir.

⁴⁵⁸ *Bakara*, 2/195.

⁴⁵⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 48–49; Kâsânî, VII, 176.

⁴⁶⁰ Üdeh, I, 570; Esen, s. 253.

⁴⁶¹ Dönmez, İbrahim Kâfi, "Ruhsat", *İA*, 2003, XXXV, 207.

⁴⁶² Dönmez, "Ruhsat", *İA*, XXXV, 208.

Mecazî ruhsatlar: mukabilinde azimet bulunmayan ruhsatlardır. Bunlar da ikiye ayrılır: Birincisi eski ümmetlerde mevcut bazı ağır hükümlerin İslam ümmeti için şari tarafından kaldırılması. Ganimetlerin helal kılınması buna örnektir. İkincisi genel kurala aykırı bazı hukuki işlemleri yapabilme ruhsatıdır. Selem ve istisna akitleri böyledir. Bu tür ruhsatlara, azimetle amel etme hükmü düştüğü için, "iskat ruhsatı" denilmektedir. İkrâh halinde, bu ruhsatlarla amel etmek vaciptir.⁴⁶³

Diğer mezhepler ise ruhsatı vacip, mendup, mubah ve efdal ruhsat gibi kısımlara ayırmışlardır. Ruhsat teorisi ile ilgili değişik tespitler mevcut ise de genel itibariyle dini yükümlülüklerin ortadan kaldırılması veya hafifletilmesi bağlamında değerlendirilir ve ikrâh durumu ruhsat sebeplerinden biri olarak ele alınır. İşte bu bölümde bunlar açıklanacaktır.

İkrâh, mükellefe haram işleme ruhsatını vermektedir. Yani mükellefin fiili haram olmaktan çıkmamakta sadece zarûret hâsıl olması sebebiyle kolaylık prensibi gereği mükrehin haram işlemesi affedilmektedir. İslam hukukçuları, bu yönde bir hükme örnek olarak özellikle dinden çıkmaya zorlanmayı, ayrıca mümine sövmeye, ona iftira atmaya ve malını yok etmeye zorlanmayı örnek gösterirler.

a. İrtidata Zorlanma

İslam hukukçularına göre ikrâh altında küfür kelimesi söyleyen ve dini hafife alan kişinin mürted olduğuna hükmedilmez. "*Kalbi iman ile mutmain olmak dışında her kim imandan sonra küfre dönerse...*",⁴⁶⁴ ayeti ile ikrâha maruz kalanın ikrar ve itiraflarının küfrü icap etmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Hz. Peygamber de Ammar'a "*Aynı işkenceyi tekrar yaparlarsa sen de aynı şeyleri tekrarla*" demiştir.⁴⁶⁵

Kişinin küfür kelimesini söylemesinin ikrâh olarak muteber sayılması için iki şart vardır.

1. Dili ile küfür kelimesini söylerken kalbiyle iman etmiş olmak. Eğer söylediğine kalbinde de onay veriyorsa bu kişinin mürted olduğuna hükmedilir.

⁴⁶³ Abdülaziz Buhârî, I, 199; İbn Âbidîn, I, 264; Dönmez, "Ruhsat", *İA*, XXXV, 208.

⁴⁶⁴ *Nahl*, 16/106.

⁴⁶⁵ Beyhakî, *Kitâbü'l-Mürted*, 3/3283.

2. İkrâhın mülci' olması gerekir. Bunu Hanefîler ve Malikîler şart koşmuşlardır. Malikîler, küfür kelimesini söylemenin cevazını sadece öldürme konusu ile sınırlı tutmuşlardır. Şâfiî, Hanbelî ve Zahirîler ise, öldürme, hapsetme, bağlama ve dövme gibi her türlü ikrâhın küfür kelimesini söylemeyi mübah hale getirdiğine kanaat getirmişlerdir. Kuran'ı hakir görmek, namazı inkâr etmek gibi uygulamalar da küfür kelimesinin hükmüne tabidir.

Malikî mezhebine göre dinden dönmeye zorlanan insanın açıkça kâfir olduğunu söylemesi caiz değildir. Kelime oyunları yaparak çıkar yol bulması gerekir.⁴⁶⁶

Fiilin, haram işleme ruhsatı doğurduğunu söyledik. O halde mükellef, ruhsatı kullanmama hakkına da sahiptir. Kişi, dilerse direnir azimeti seçer. Hatta bu uğurda direnir ve şehid olursa sevap kazanır. Birçok sahabenin hayatı azimet örnekleri ile doludur. Özellikle bu uğurda canını verenler de vardır.

Mesela Hubeyb b. Adiyy, Mekkeli müşriklere yakalandığında putlarını övmemiş, Hz. Peygamber'e sövmemiş ve neticede şehid edilmişti. Hz. Peygamber, bu haberi duyunca onu şehitlerin en üstünü olarak nitelendirmiştir.⁴⁶⁷ Şâfiîlere ait iki görüşten biri, sadece küfür kelimesini söylemesi gerektiği yönündedir. Ruhsat ise hükmün kolaylık prensibi açısından mükellefe tanınmıştır.

b. Mümin'e Sövmeye, Ona İftira Atmaya Veya Malını Yok Etmeye Zorlanma

Hanefîler, müslümana sövmeye ve onun malını yok etmeye zorlamanın şartını da ikrâhın mülci olmasına bağlamışlardır. Çünkü müslümanın ırzı ve haysiyeti her halükarda korunmuştur. Hz. Peygamber, müslümanın kanı, ırzı ve malının dokunulmaz olduğunu⁴⁶⁸ dile getirmiştir.⁴⁶⁹ Hanefîler, iftar açmaya zorlanan

⁴⁶⁶ el-Kurtubî, Ebû Abdullah, Muhammed b. Muhammed b. Ebî Bekr (671/1273), *el-Câmi' li-Ahkâmi'l-Kur'ân*, (I-XXIV), Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle, 1.Bsk. Beyrut, 2006, XII, 443-444.

⁴⁶⁷ Kâsânî, VII, 176; Remlî, VII, 417; İbn Hazm, VII, 203.

⁴⁶⁸ كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَمَالُهُ وَعِرْضُهُ . "Her Müslümanın namusu, kanı, malı ve onuru Müslümana haramdır." Müslim, *Kitabul-Birr*, 32/2064.

⁴⁶⁹ Kâsânî, VII, 177.

oruçlunun yolcu olmaması durumunda takınması gereken tavrı da bu kapsamda değerlendirmişlerdir.⁴⁷⁰

Malikîler, mümine sövmeyi bu hükmün kapsamına almamışlar ancak mümine iftira atmayı küfür kelimesi ile aynı hükme bağlamışlardır.⁴⁷¹

Diğer mezhepler ise haram işleme ruhsatı ile ilgili görüşlerini iftira için de dile getirmişlerdir.⁴⁷²

3. İkrâhın Başka Bir Hükme İkame Etmediği Fiiller

Fukaha; ikrâhın başka bir hükme ikame etmediği fiiller ile ilgili olarak başkasını haksız yere öldürme, zina etme ve ebeveyni dövme konularını örnek olarak göstermişlerdir.

a. Başkasını Öldürmeye Zorlanma

İkrâh, ister mülcî olsun isterse de gayr-ı mülcî olsun, hiçbir şekilde başkasının hayatını ortadan kaldırmayı caiz kılmaz. Her durumda kişiye uhrevî bir sorumluluk yükler. Bu konuda âlimler arasında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır.

Müslümanın sağlığına ve vücut bütünlüğünün ihlaline yönelik (yaralama, ağır darp) zorlama da bu kapsama alınmıştır.⁴⁷³

b. Kişinin Anne ve Babasını Dövmeye Zorlanması

Az olsun, çok olsun anne ve babasını dövmeye zorlanan kişiye bu şiddet, hiçbir şekilde caiz olmaz.⁴⁷⁴

Çocukları tarafından ikrâh ile dahi olsa dövülmelerinin haram kılınması, anne baba hakkının çok önemsenmesi ile açıklanabilir.

⁴⁷⁰ Abdülaziz Buhârî, IV, 399.

⁴⁷¹ Düsûkî, II, 369.

⁴⁷² İbn Hazm, VII, 203.

⁴⁷³ Kâsânî, VII, 177; Abdülaziz Buhari, IV,399; İbn Hazm, VIII, 330.

⁴⁷⁴ Kâsânî, VII, 177.

c. Zinaya Zorlanma

Zina, erkek için hiçbir halükarda günah olmaktan çıkmaz. Hanefî, Şâfiî, Hanbelî ve Zahirîler bu görüştedir.⁴⁷⁵ Malikîler, öldürülme korkusu ve dövme gibi durumlarda erkek için zinanın mübah hale geleceğini ancak hapis ile tehdidin zinayı mübah hale getirmeyeceğini söylerler.⁴⁷⁶

Kadının zinaya zorlanması ise bir önceki başlıkta açıklamasını yaptığımız ruhsatlı hükme tabi kılınmıştır. Fakat ikrâh hali, duhul anına kadar sürmüş olduğu takdirde böyledir. İkrâh hali, duhulden önce ortadan kalkmışsa kadının isteğiyle zina etmiş olacağından haram olur.⁴⁷⁷

Bu hükümde kadın ile erkeğin farklı olmalarının sebebi: Erkek zina fiilini bizzat yapan ve bunun için âletini kullanan kimsedir. Hâlbuki zina fiili ölüm tehdidi ve zorlama sebebiyle dahi ortadan kalkamayan bir haramdır ve işleyenden -hiçbir halde- günah sakıt olmaz. Kadına gelince o zina fiilini bizzat yerine getirmiyor, bu fiili onun üzerinde bir başkası işliyor, kadının yaptığı mani olmamak ve teslim olmaktır; zarûret halinde bu teslimiyet -günahsız olarak- caizdir. Zarûret hali dışında direnmemesi ise caiz değildir.⁴⁷⁸

İkrâhın ehliyeti ve dini yükümlülüğü ortadan kaldırmaması, mükrehin mükellef kıldığını, mükellef olması sebebiyle kimi fillerinin helal, kimilerinin haram ve kimi fillerinin ise ruhsata tabi kılındığını gördük. Fillerinin mükellef bir kişiden sadır olması ve bazen uhrevi sorumluluklar yüklemesinin yanında dünyevi hükümler diyebileceğimiz hukuki sorumlulukları da etkilemektedir

C. İKRÂHIN VAZ'Î HÜKÜMLERİ

İkrâh sonucu meydana gelen bir fiil, ceza hukukunda cezalandırılma engeli, medeni hukukta hukuki muamelenin butlân veya fesat sebeplerinden biridir. Dolayısıyla doktrinde ikrâhın vaz'î hükümleri daha yaygın bir şekilde tartışılmıştır.

⁴⁷⁵ Kâsânî, VII, 177; Şirbinî, IV,145; İbn Hazm, VIII, 330.

⁴⁷⁶ Kurtubî, XII, 437.

⁴⁷⁷ Zeylaî, I, 327.

⁴⁷⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 38.

Bu konuda geniş bir literatür meydana geldiği için ikrâhın vaz'î hükümleri çeşitli başlıklar altında ele alınmıştır.

İkrahın doktrinde üç vaz'î hükümden bahsedilebilir. Mükreh için cezai sorumluluk engeli, tazminat alma sebebi, hukuki muamelenin fesat veya butlân sebebi, ibadetlerin çoğunda sıhhat sebebidir.

Biz bu başlıkta vaz'î hükümlere etkisi şeklinde bir başlık takip etmeyecek, modern bakış açısıyla ele alındığında aynı gerçeğe işaret eden sorumluluklara ve hukuki muamelelere etkisini ayrı başlıklarda değerlendirmeye çalışacağız.

Burada ele aldığımız ikrâh, hukuka aykırı bir şekilde meydana gelen ikrâh olup mükreh açısından hangi sonuçları doğurduğuna dair hükümleri ihtiva etmektedir. Çünkü konunun başında ikrahın mükellefiyet ve ehliyet engeli olmadığı ve bazı hükümlerin değişmesine sebep olduğu açıklanmıştı.

III. İKRÂHIN SORUMLULUKLARA ETKİSİ

İkrâhtan doğan vaz'î hükümler şart, sıhhat, mani, butlan, sebep gibi hukûkî durumlardır. Bunlardan mani olmak, cezai sorumluluğa etkisinde; sıhhat ve butlân ise hukuki sorumluluğun belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. İbadet sorumluluğu ise genel olarak ikrâhtan etkilenmemektedir. Çünkü ikrâh, ibadetlerin sıhhatine etki etmemektedir. Dolayısıyla bu başlığın ilk alt başlığında ikrâhın dinî sorumluluğa etkisi ibadetlerin sıhhatine tesiri örneğinde açıklanacak ve genel bilgiler vermekle yetinilecek. Ardından cezaî ve medenî sorumluluklara etkisi geniş bir şekilde incelenecektir. Medenî sorumluluk konusu içinde akdi sorumluluk ile ilgili literatür zenginliği bulunduğundan hukuki muamelelere etkisi ayrı bir başlık altında incelenecektir.

A. İKRÂHIN DİNÎ SORUMLULUĞA ETKİSİ

Bu başlıkta ikrahın ibadetler üzerindeki etkisi açıklanacaktır. İslam hukukuna göre nadiren meydana gelen davranışların herhangi bir hukuki sonucu yoktur. Bu

davranışlar, az vuku bulduğu için kendilerine hüküm bağlanmamış ve sık görülen durumlara nispet edilmişlerdir.⁴⁷⁹

İbadet sorumluluğunun ifa edilmesinde de ikrâhın nadiren vuku bulduğu kabul edilerek hukuki sonuç doğurmadığı hükmüne varılmıştır.

İbadetlerin kişi ile Allah arasında bir mahiyet arzemesi sebebiyle araya başka bir insanın girip kişinin ibadetlerine engel olması, pratik hayatta oldukça nadir görülür. Fıkıh kitaplarına baktığımızda namaz, oruç ve hacc ile ilgili hükümlerin ikrâh altında eda edilmesinin küçük istisnalar dışında genelde hükmü değiştirmedığı görüşünün egemen olduğunu görmekteyiz.⁴⁸⁰ Mâverdî, seyrek gerçekleşen olayların, fakihlerce gerçekleşmemiş gibi kabul edildiğini açık bir şekilde dile getirmiştir.⁴⁸¹

Bu kısımda konuya ışık tutması bağlamında özellikle pratik hayatta daha sık vuku bulmalarını gözönünde bulundurarak namaz ve oruç konularında bazı örnekleri vermekle yetineceğiz.

1. Cinsel İlişkiye Zorlanmanın Guslün İfasına Etkisi

Baskı altında gerçekleşen cinsel ilişki, serbest irâde ile gerçekleşen ilişki gibi gusül almayı gerektirir.⁴⁸² Bu konuda mezheplerin görüş birliği bulunmaktadır. Bu görüşün ispatı için aşağıdaki deliller getirilmiştir:

1. Allah Teâlâ Kuran'da, "*Cünüp olduğunuz takdirde yıkanın.*"⁴⁸³ buyurmaktadır. Cünüplükten yıkamayı gerektiren hallerden biri olan meninin çıkması serbest irade ile meydana geldiği gibi, irade dışı (uykuda) da meydana gelir.

⁴⁷⁹ Sübkî, II, 227, Zerkeşî, *el-Mensur F'il-Kavâid*, (*el-Mensur*), III, 246.

⁴⁸⁰ Mesela bkz. Haskefî, Alâeddin Muhammed b. Ali, (Ö.1088/1676), *ed-Dürrü'l-Muhtâr fî Şerh-i Tenvîrî'l-Ebsâr*, Thk: Abdülmun'im Halil İbrahim, Dârü'l Kütüb-il İlmîye, 1.Bsk., Beyrut, 2002, s.84; el-Cezirî, Abdurrahman, (Ö.1941) *el-Fıkh ale'l- Mezâhibi'l-Erbâa*, (I-V), Dârü'l Kütüb-il İlmîye, 2.Bsk., Beyrut, 2003, I, 270; İbn Hazm, III, 203; er-Râfî, Ebû'l- Kasım Abdülkerim b. Muhammed, (Ö.623/1226) *el-Azîz Şerhu'l-Vecîz*, (I-XIII), Thk: Adil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed Muavviz, Dârü'l Kütüb-il İlmîye,1.Bsk.,Beyrut, 1997, II,47; Nevevî, *Ravza*, I, 395; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, II, 448.

⁴⁸¹ Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, (*el-Hâvi*), (I-XVIII), Thk: Adil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed Muavviz Dârü'l Kütüb-il-İlmîye,1.Bsk., Beyrut, 1994, II, 280.

⁴⁸² Serahsî, I, *el-Mebsût*,195; İbn Kudâme, *Şerhül-Kebir*, II, 92; İbn Hazm, IV, 153, Şekara, Zekî İsa Muhammed, *el-İkrah ve Eseruh fi't-Tasarrufat*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1987, s. 135.

⁴⁸³ *Maide*, V/6.

Uykuda ihtilam olanın cünüplükten istisna edilmemesi, ikrâh sonucu cinsel ilişkinin de guslü gerektirmeyeceğini gösterir. Çünkü uykuda olanın da mükrehin de iradesi yoktur.⁴⁸⁴

2. Rivayetlere göre Hz. Ali," *Ben fazla mezi akıtan biri idim. Bunu Hz. Peygambere açıklama konusunda hayâ ediyordum. Mikdad'a bu konuyu Rasulullah'a sormasını emrettim. Mikdad, Hz. Peygambere sormuş Hz. Peygamber de Mikdad'a "Abdest almanın gerekli olduğu" cevabını vermiştir.*⁴⁸⁵

Hz. Ali'den sadır olan bu mezi durumu, onun iradesi dışında gerçekleştiği halde abdest alması gerektiği söylenmiştir. O halde mükreh için de durum aynıdır.⁴⁸⁶

3. İbadetlerde ikrâhın nadir vuku bulması da bir fıkıh kuralı olarak bu örneğe tatbik edildiğinde aynı durum ortaya çıkacaktır.⁴⁸⁷

Görüldüğü gibi sebeplerden biri ikrahın nadiren gerçekleşmesidir. Ayrıca mükrehin, iradeye dayanmadan uykuda ihtilam olan veya isteği dışında mezisi gelen kişiye de kıyası yapılmıştır.

2. Namaz Kılan Kişinin Konuşmaya Zorlanması

Âlimlerin çoğunluğu, namazda konuşmaya zorlamanın namazı bozduğuna hükmetmişlerdir.⁴⁸⁸ Zorlanarak namazı bozan, bilerek bozan gibidir. Bu kimsenin namazı, sabah namazını dört rekât kılması, tek rekât yerine iki rekât yapması, tek rükû yerine iki rükû yapmasına benzer. Kişinin namazda konuşmaya zorlanması nadirdir. Bu, abdestsiz namaz kılmak gibidir.⁴⁸⁹

⁴⁸⁴ Nevevî, *el-Mecmu' Şerhu'l-Mühezzeb*, (I-XXIII), Thk. Muhammed Necîb el-Mutiî, Mektebetü'l-İrşâd, Riyad, t.y., II, 73.

⁴⁸⁵ Buhârî, *Kitabü'l-Güsl*, 13/269.

⁴⁸⁶ Nevevî, *Mecmu'*, II, 73.

⁴⁸⁷ Mâverdî, *el-Hâvi*, I, 280.

⁴⁸⁸ Haskefî, II, 371; Uleyş, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, (Ö. 1299/1882), *Şerh-u Minehi'l-Celil ala Muhtasari'l-Allame Halil*, (I-IV), Mektebetün-Necah, Trablusgarp, t.y., I, 187; Nevevî, *Minhac*, s.108. İbn Teymiyye, Ebu'l-Berekât, Abdüsselâm b. Abdullah b. el-Hadr el-Harranî, (Ö 652/1254), *el-Muhharer fil-Fikh*, (I-II), Dâru'l-Kâtibi'l-'Arabî, Beyrut, t.y I, 72.

⁴⁸⁹ Nevevî, *Ravza*, I, 395; İbn Kudâme, *el-Mugnî*, II, 448.

Zahirîlere, Şafîîlerden bir vecihe (İmam'ın dışındakilerin görüşlerine) ve Hanbelîlerden bir kavile göre konuşmaya veya namazı bozan başka bir duruma zorlanma namazı bozamaz.⁴⁹⁰

3. Oruçlunun, Orucunu Bozmaya Zorlanması

Fıkıhçılar, başlangıçta oruç tutmamaya zorlamanın sonradan kazayı gerektirdiği ve ikrâhın orucun bozulmasını mubah hale getiren sebeplerden biri olduğu konularında ittifak halindedir.⁴⁹¹ Ancak oruç tuttuktan sonra orucu bozmaya zorlamanın orucu bozup bozmadığı ve bunun sonucu olarak kazayı gerektirip gerektirmediği konusunda ihtilaf vardır.

Hanefîler ve Mâlikîlere göre gerek serbest irâde ile gerekse ikrâh yoluyla olsun kişinin orucu bozulur ve kendisine kaza gerekir. Bunlar, mükrehin durumunu hastanın durumuna kıyaslamışlardır.⁴⁹²

Hanefîlerden Züfer, en sahih görüşlerinde Şafîîler, Hanbelîler ve Zâhirîlere göre ise mükrehin orucu sahihtir.⁴⁹³

4. İbadet Yükümlüsünün İbadetleri İfa Etmemeye Zorlanması

Cumhûra göre abdestten alıkonulan kişinin teyemmümle kıldığı namazı sonradan iade etmesi gerekmez. Çünkü kişi emrolunanı yapmış ve böylece bu işin sorumluluğundan kurtulmuştur ve meşrû olan teyemmümle meşrû bir şekilde namaz kılmıştır. Bu kişi hasta ve yolcuya benzer. Ancak Hanefîler, abdesti terk için zorlanan mükrehin teyemmümle namazını kılabilceğini fakat sonradan namazın iade edilmesi gerektiği görüşünü dile getirmişlerdir.⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ İbn Hazm, III, 203, 227. Râfî, II, 47. Şekara, s.133–134.

⁴⁹¹ Şekara, s.134

⁴⁹² Merginanî, s.44; Şekara, s.135.

⁴⁹³ Kâsânî, II, 91; Nevevî, *Minhac*, s.181; el-Kermî, Ebu Bekr el-Makdisî el-Hanbelî Mer'i b. Yusuf, (1033–1624), *Delilü't-Tâlib li Neyli'l-Metâlib*, Thk: Sultan b. Abdurrahman, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, t.y., s.196; İbn Hazm, VI, 224.

⁴⁹⁴ Hüseyinî, Abdülfettah, *el-İkrâh ve Eseruh fi'l-Ahkâmi's-Şer'iyye*, Mektebetü't-Türasi'l-İslâmî, Kahire, 1992, s.76–78.

Yukarıdaki tespitler, cumhûrun ikrâhı ibadetlerde etkili görmediğine işaret etmektedir. Netice itibariyle ikrâhın dini sorumlulukların ifasına etki etmediği ortaya çıkmaktadır.

Bundan sonra ele alınacak sorumluluklar, hukuk alanı ile ilgili olup iradenin önemli olduğu ve hukuki sonuç doğurduğu sorumluluklar olacaktır. Ancak bunun da bazı istisnalarının olduğunu ifade etmek gerekir. Bazen insanın hukuki amelleri de, gerek zorlama ile olsun gerekse de özgür irâde ile olsun, aynı tabii sonucu verir. Sözgelimi, bir kişinin cinsel ilişkide bulunması veya süt emzirmesi gibi durumlar ister özgür irâde ile olsun isterse de zorla olsun, süt emen çocuğun bedeninin şekillenmesinde veya cinsel ilişki sonucu doğan çocuğun sağlıklı bir şekilde doğmasında doğal bir etkileri yoktur. Bu sebeple bu eylemler, ikrâh ile de gerçekleşse bu olaylara bağlanan hükümler herhangi bir sonucu değiştirmez. Böylece ikrâh burada hukuki sonuç doğurmaz.⁴⁹⁵

Bu istisnalar hariç, genel olarak iradeye dayanan davranışlarda sorumluluklar meydana gelmektedir.

B. İKRÂHIN CEZAÎ SORUMLULUĞA ETKİSİ

Fıkıh kitaplarında dinî sorumluluk için uhrevî hükümler, hukukî ve cezaî sorumluluk için ise dünyevî hükümler tabiri kullanılmaktadır. İkrâhın cezaî sorumluluğa etkisi, dinî sorumluluğa etkisi ile büyük bir benzerlik arz etmektedir. İkrâhın cezaî sorumluluğa etkisi ile ilgili hükümlerin detayına geçmeden önce konuya hazırlayıcı nitelikte bilgiler sunmanın faydalı olacağını düşünüyoruz.

1. İkrâhın cezaî sorumluluğa etkisinin belirlenmesinde *zararın aynı büyüklükteki başka bir zarar ile ortadan kaldırılamayacağı* kaidesi ile *şiddetli zararın hafif zarara katlanılarak ortadan kaldırılacağı* kuralı etkili olmuştur. İkrâhın cezaî sorumluluğa etkisinin bazı olaylarda farklı şekillerde tezahür etmesi, bu kaidelerin dikkate alınmış olmasının bir sonucudur.

2. İkrâhın etkisiyle mübah hale gelen filler, genel itibariyle cezaî sorumluluğu da kaldırmaktadır. Çünkü cezaî sorumluluğun hukuka aykırılık ilkesi eksik kalmakta

⁴⁹⁵ Bkz. İbn Âbidin, IV,440; Zerkeşî, *Bahrü'l-Muhit*, I, 364.

ve fiil hukuka uygun hale gelmektedir. Başka bir ifade ile hukuka uygunluk sebebi ile failin ceza sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Sözgelimi, içki içmenin cezası olan had, mülcî' ikrâh altında içki içen kişiye uygulanmaz. Tahminimizce ikrâh altındaki kişinin içki içmesi, hukuka uygunluk sebeplerinden zarûret olarak kabul edilebilir.

3. İkrâhın etkisiyle ruhsatlı duruma gelen fiiller, failini ceza yaptırımını ile karşılaşmaktan kurtarmaktadır. Ancak failin suç olma niteliği devam etmektedir. Sözgelimi, ikrâhın etkisiyle küfür kelimesini söyleyen kişi mürtede uygulanan cezalara maruz kalmamakta lakin onun bu hali, fiiline meşruiyet kazandırmamaktadır. Bu kategori altındaki fiiller, failinin cezalandırılmaması konusunda birinci kısımdaki fiillerle aynı hükme tabi iken, failin suç olma özelliğini koruması konusunda birinci kısımdaki fiillerden ayrılırlar.

4. İkrâh ile mübah hale gelmeyen bazı fiiller de vardır ki ikrâh mazereti dahi onları etkilemez. İkrâh onları suç olmaktan çıkarmadığı gibi faillerini de cezalandırılmaktan kurtarmaz. Hangi suçların bu kategoride değerlendirildiği ihtilafli olduğu gibi bu suç kategorisinde ele alınan failin cezasının ne olduğu da doktrinde tartışmalıdır. Sözgelimi ikrâhın hayata karşı suçlarda cezaî sorumluluğu ortadan kaldırmadığı konusunda görüş birliği vardır ancak bu cezanın olduğu gibi mi (kıyas mı) yoksa hafifletilerek mi (diyet ve tazir cezalarına mı indirgeneceği) uygulanacağı konusunda ihtilaflar mevcuttur.

5. Modern hukuk açısından değerlendirilecek olursak, ikrâhın tüm çeşitleriyle cezaî sorumluluğu ortadan kaldırdığı görüşünün ağır bastığını görmekteyiz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 28.maddesinde *”Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.”*denilmektedir. Kanun maddesi, cebir ve şiddet kavramıyla maddî ikrâhı, ağır korkutma ve tehdit kavramlarıyla da manevî ikrâhı cezaî sorumluluğun engeli olarak görmüştür.

6. İkrâhtan doğan cezaî sorumluluk, hem ikrâhın gerçekleşme şiddetine bağlı olarak hem de ikrâhın üzerinde cereyan ettiği suçun niteliğine göre değişmektedir. Mesela ikrâh, ilca seviyesine ulaşmadığı sürece hiçbir suçta cezaî sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Mülcî ikrâh gerçekleştiği halde cezaî sorumluluğu kaldırmayan

suçlar konusunda ise ihtilaf bulunmaktadır. Sözelimi ikrâh sonucu meydana gelen hırsızlık, kadının zinası, içki içme gibi suç fiillerinin cezalarının hangi hükme tabi olduğu konusunda ihtilaf bulunmaktadır. Bu sebeple çoğunluğun görüşünü dikkate alarak tasnif ve analiz yapmaya çalışacağız.

1. İkrâhın Cezaî Sorumluluğu Ortadan Kaldırdığı Fiiller

İkrâh sonucu mübah hale gelen fiiller, birkaç istisna dışında ceza sorumluluğunu da ortadan kaldıran fiillerdir. Yukarıda örnek olarak sunduğumuz domuz etinin veya ölü etinin yenilmesi, kan, içki ve necasetlerin içilmesi kişinin cezai sorumluluk almasını engellemektedir. Hatta kişinin direnip bu fiilleri işlememesi suç olur. Çünkü bu durumda daha hafif bir zarar uğruna daha ağır bir zarara sebebiyet vermiş olur.

Bu tür fiillerin medenî sorumluluk da doğurmadığı söylenmiştir. Çünkü bunların zararından doğacak tazmine yer yoktur. Ancak, mükreh sözelimi domuz etini çalmaya zorlansa bu durumda onun medenî sorumluluğu olacaktır.⁴⁹⁶

İkrâhın genel kural olarak had suçlarından doğan cezalar için bir engel olduğu belirtilmiştir. Bunun için öldürme ile tehdit edilme veya vücut bütünlüğüne saldırı ve darp ile bedeni üzerinde fiziksel tazyikte bulunulması kişinin ceza almamasını mümkün kılabilir.⁴⁹⁷

2. Suç Olan Ancak İkrâh Sebebiyle Failinin Cezalandırılmadığı Fiiller

Bunlar genelde ruhsat hükmüne tabi olan fiillerdir. Sözelimi, kişinin ikrâh altında küfür kelimesini söylemesi, haramlığını ortadan kaldırdığı gibi riddet suçu için öngörülen cezayı da ortadan kaldırır. Kişinin başkasının malına zarar vermesi, kadının zina etmesi, bazı mezheplere göre içkinin içilmesi bu kategoride değerlendirilmektedir.

⁴⁹⁶ İsamüddin Hasan Lokman, *el-İkrah ve'z-Zarure ve Eserühuma ale'l-Mes'ûliyeti'l-Cinaiyye*, Mektebetü's-Şerifi'l-Akadimiyye, y.y., 2006, s.155-156.

⁴⁹⁷ Peters, Rudolph, *Crime and Punishment In Islamic Laws*, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 23.

Bunlardan bir nevi ikrar ve itiraf olan küfür kelimesinin söylemesine gelince, bunun tespitinin nasıl olacağı konusu gündeme getirilmiştir.

a. Kişinin Küfür Gerektiren Bir Söz Söylemeye Zorlanması.

Dinden çıkma, itiraf ve ikrara dayanan söz ile gerçekleştiği gibi fiille de gerçekleşir. Dile ile irtidatı gerektiren bir sözün ruhsata tabi kılındığını ve İslam âlimleri arasında bu konuda herhangi bir ihtilafın bulunmadığını zikretmiştik. Buna göre dinen kâfir sayılmadığı gibi ceza sorumluluğunu da taşımayacaktır. Kendisi mürted uygulamasına maruz kalmayacağı için sözgelimi hanımı kendisinden boşanmış sayılmayacak, müslüman mirasçılara varis olabilecektir. Hanefiler, bunun istihsan kuralını işletmek suretiyle mümkün olduğunu söylemiştir. Çünkü kıyas, söylenenlerin mükrehin irtidatına delalet ettiğini göstermektedir.⁴⁹⁸

Küfrü gerektiren iş, Allah dışında başka bir varlığa secde edilmesi veya Kur'an'a fiilî hakarete bulunmak gibi fiille gerçekleşse çoğunluğa göre fiil, cezaî sorumluluğa engel olur. Cumhûr, irtidat konusunda söz ile fiil arasında bir ayırım yapmamışlar ikisini de aynı hükümlere tabi kılmışlardır.

b. Zina İftirasında Bulunmaya Zorlanma

Kişinin ikrâh altında başkasına zina iftirasında bulunmasının cezaî sorumluluk yüklemeyeceği ancak sözkonusu fiilin günah ve suç olmaktan çıkmayacağı hükmü, fukahânın cumhûru tarafından kabul edilmiştir. İkrâh tam olduğu takdirde bu böyledir. Fakihler, iftiraya zorlanmanın hükmünü dinden çıkmaya zorlanmanın hükmü ile kıyaslamışlar, dinden çıkmanın daha büyük suç olduğu halde ruhsata tabi kılındığını ve failine ceza verilmediğini, bu sebeple daha hafif bir günah ve suç olan iftiraya zorlanmanın cezaî sorumluluk sebebi olmamasının daha evla olacağını düşünmüşlerdir.⁴⁹⁹ Hatta Şâfiî hukukçularından Remlî, ikrâh altında kazfın vacip olduğuna kanaat getirmiştir.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ Kâsânî, VII, 176.

⁴⁹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 77.

⁵⁰⁰ Remlî, VII, 415.

İkrâhın tam olmaması durumunda ise mükrehin başkasına iftira atmasına ruhsat yoktur. Ceza alıp almadığına (cezası olan 80 sopa) gelince, Hanefiler ve Malikîler mülcî olmayan ikrâh ile başkasına zina iftirasında bulunmaya zorlanan kişinin cezasının ortadan kaldırılmayacağına kanaat getirmişlerdir. Çünkü kişinin gayr-ı mülcî ikrâhta ihtiyarı bozulmuş değildir.⁵⁰¹ Bunların dışında kalanlar ise ikrâh altındaki kazfın bir hükmünün olmadığını söylemişlerdir. Bir kişiyi başka birine iftira atması için zorlayan kişinin (mükrihin) cezaî sorumluluğunun olmadığı konusunda ise görüş birliği bulunmaktadır. Çünkü kişi, başkasının diliyle konuşamaz.

c. Hırsızlığa Zorlanma

Arapçada *sirkat* denilen ve halk dilinde hırsızlık şeklinde ifade edilen bu suçta zorlanmanın hükmü konusunda değişik görüşler ortaya atılmıştır. Öncelikle malvarlığına yönelen bir tehdit olduğu için cezaî sorumluluktan çok medenî sorumluluk devreye girer.

Mülcî' ikrâh sonucu hırsızlık yapan kişi, had cezasına çarptılmaz. Çünkü irâdesi ile bunu yapmamıştır.⁵⁰² Bunun için herhangi bir miktar da önemli değildir. Çünkü netice itibariyle zarûret hâsıl olmuştur.⁵⁰³

Ancak gayr-ı mülcî ikrâha maruz kalmışsa cezaî sorumluluk alır. Hatta fiil de günah olmaktan çıkmaz. Cumhûr, ikrâhın gerçekleşme şartlarını ağır tuttıkları için ikrâhın hırsızlığın haddi konusunda mazeret olduğuna kanaat getirmişlerdir.

3. İkrâhın Cezai Sorumluluğu Etkilemediği Fiiller

İslam hukukunun karakteristik özelliklerinden birisi, başkalarına zarar vermenin hiçbir durumda mazeret olarak kabul edilmemesidir. İkrâh sonucu işlenen bazı suçlar, üçüncü kişinin şahsına veya malvarlığına yönelik tehdit ve imha niteliğinde olabilir. Durum ne olursa olsun üçüncü bir kişinin mağduriyeti sözkonusu

⁵⁰¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV,77; Haraşî, IV, 35.

⁵⁰² Kâsânî, VII,187; Hattab, V, 294; Şîrbînî,4,19; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 10, 158–159.

⁵⁰³ F.Fortre, David, *İslamic Law and the Crime od Theft*, Cleveland State Law Review 47, 1985, s. 57.

olursa mükrehin tasarrufları hukuki sonuç doğurmaz. Burada ikrâhın neden olup olmadığına bakmadan mükrehe de sorumluluk yüklenir. Öldürme ve zina konularında başkası mağdur edilmektedir. Bu konuda fikhın genel kuralları olan iki maddeyi hatırlatmakta fayda görüyoruz.

1. *Zarûret, başkasının hakkını iptal etmez.*⁵⁰⁴ Zarûret halinde bile olsa kimse başkasının hayat bütünlüğüne ve kişiliğine saldırıda bulunamaz.

2. *Caiz olma, tazminata engel değildir.*⁵⁰⁵ Kişi, zarûret sebebiyle başkasının malını yok etse cezaî sorumluluk almaz. Çünkü artık kendisi için caiz durumuna gelmiştir. Ama bu sözkonusu malının tazminatını ödemesini, yani medenî sorumluluğunu düşürmez.

Bu temel prensipler sebebiyle ikrâhın cezaî ve medenî sorumluluklara etkisinde bazı istisnalara gidilmiştir. Öldürme ve zina gibi konularda mükrehin cezaî sorumluluğunun genel kuraldan istisna edilmesi, yukarıda ifade edilen fıkıh kurallarının dikkate alınmasından kaynaklanmaktadır.

Mükrehin ceza sorumluluğunun derecesi ve sorumluluğun mükrih ile mükreh arasında ne şekilde dağıtılacağı konularında görüş ayrılıkları bulunmakla beraber ilgili durumların mazeret olmadığı konularında görüş birliği bulunmaktadır.

Ayrıca burada verilen hüküm, *verilen zararın tehdit edilen zarardan daha hafif olmamasından* da kaynaklanmıştır. Bu yönüyle bu kısımdaki fiiller, ikrâhın hukuken gerçekleşmemiş olarak kabul edildiği durumlardan sayılır. Bu bölümde ikrâh sonucu işlenen suçların sorumlulukları ne derecede etkilediği konusu analiz edilecektir.

a. Öldürme Fiili

İslam hukukunda cana yönelik işlenen suçların cezası, failin kasdine bağlı olarak değişen kısas ve diyettir. Cumhûrun kanaati, kısas ve diyet gerektiren suçlarda ikrâhın hiçbir şekilde cezayı kaldırmadığı yönündedir. Buradaki kaide, *darda kalan*

⁵⁰⁴ Kâsânî, VII,182; Zeylâî, V, 181.

⁵⁰⁵ Zerkâ, *Şerhü'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, 2.Bsk., Darü'l-Kalem, Dımeşk, 1989, s. 449.

*kişinin kendisini kurtarmak için ölümü hak etmemiş bir kimseyi öldürmeyeceğidir. Çünkü öldürüleceği kişi kendisinden daha fazla ölümü hak etmiş birisi değildir.*⁵⁰⁶

Bilerek birini öldürme, kastın aşılması şeklinde öldürme veya taksir ile öldürmede olaylarında ceza, malum olunduğu gibi kısas ve diyetten biridir. Çünkü Allah "*Allahın haram kıldığı bir canı haksız yere öldürmeyin*" buyurmaktadır.⁵⁰⁷ Ayette de görüldüğü gibi ikrâh ile ilgili bir mazeret ortada yoktur.

İslam hukukçuları öldürmeye zorlanan kişinin başkasını öldürmesi durumunda cezalandırılacağı konusunda görüş birliği içinde olmasına rağmen bu cezanın niteliği konusunda fikir ayrılığına düşmüşlerdir. Bununla ilgili olarak dört görüş ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerin bir kısmı, ikrâhın cezai sorumluluğu azalttığını açıklamaktadır. Bu konudaki dört görüşü, delilleri ile beraber açıklamaya çalışacağız.

aa. Mükrihin Kısas, Mükrehin Tazir Cezası Alacağı Görüşü

Ebu Hanîfe ve İmam Muhammed, Malikîlerden Sahnûn, bir kavilde Şafiîler bir görüşünde Hanbelîler, Zahirîler ve Zeydîlere göre,⁵⁰⁸ ikrâh sonucu meydana gelen öldürme olayında mükrihe kısas, mükrehe ise ta'zir cezası verilir. Onların bu görüşü Hz. Ali, Ebu Hureyre ve Ata'ya dayandırılmıştır.⁵⁰⁹

Bu görüşü mükreh açısından değerlendirecek olursak, ikrâha maruz kalması cezasını tamamen ortadan kaldırmamış ancak hafifletmiştir. Normal şartlarda öldürmenin cezası kısastır. Bu görüş sahiplerince tazir cezasına dönüştürülmüştür. Bu görüş sahiplerinin delilleri şunlardır:

⁵⁰⁶ el-Fadl, Khaled Abou, *The Common and Islamic Law of Duress Arab Law Quarterly*, Leiden: Brill, Vol. VI, No. 2, 1991, pp. 121–159, s.148.

⁵⁰⁷ *İsra*, 17/33.

⁵⁰⁸ Kâsânî, VII,179; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 72; Şirâzî, V, 27; Remlî, VII, 246; İbnü'l- Arabî, Ebu Bekr, Muhammed b. Abdullah, (Ö.541/1148), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, (I-IV), Thk: Muhammed Abdülkâdir Atâ, Dârü'l Kütüb-il İlmiye, 3.Bsk., Beyrut, 2003, III, 164.

⁵⁰⁹ İbn Hazm, X, 508.

1. Mükrehin mutlak anlamda cezaî sorumluluğunun olmadığını bildiren hadisin hükmü esas alındığında bu olayda da gereken cezayı almaması gerekir. O halde mükreh, öldürmenin cezası olan kısas cezası alamaz.⁵¹⁰

2. Mükreh, burada saldırganın katiline benzer. İkisinde de kendisini korumak için başkası öldürülmektedir. Saldırganın katiline kısas gerekmediğine göre mükrehin başkasını öldürmesi durumunda kendisine de kısas gerekmez.⁵¹¹

3. Mükreh, burada gerçek katil değildir. Gerçek katil, mükrihtir. Eğer mükrih olmasaydı kendisi kurbanın kanını akıtmayacaktı. Mükreh, öldürme olayında mükrihin elindeki bir bıçak gibi suç aleti konumundadır.⁵¹²

Üçüncü delil, suç aletinin başkasını öldüremeyeceği gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Çünkü mükrehte bu kötü işten kaçınma irâdesi mevcuttur. Buna rağmen bu işten kaçınmamış, dolayısıyla günah işlemiştir.⁵¹³

4. Şari'in kısas cezasında maksadı "*Sizin için kısasta hayat vardır.*"⁵¹⁴ ayetinde belirttiği gibi hayat kurtarmaktır. Mükrehin burada ayetin muhatabı konumunda olduğu söylenemez. Dolayısıyla ceza sadece mükrihindir.⁵¹⁵

ab. Sadece Mükrehin Kısas Cezası Alacağı Görüşü

Hanefilerden Züfer'e göre zorlama altında işlenen öldürme cinayetinde mükrih değil, mükreh kısas cezasına çarptırılır. Şafîilerin ve Hanbelîlerin bir kısmı ile Zahirî İbn Hazm da bu görüştedir.⁵¹⁶ Hanefilerden Tahâvî de bu görüşü tercih etmiştir. Onların bu görüşü ise Hakem b. Uteybe, Hammâd b. Ebu Süleyman, Şa'bî ve Süfyan-ı Sevrî'ye dayandırılmıştır.⁵¹⁷

⁵¹⁰ Kâsânî, VII, 180.

⁵¹¹ Şirâzî, V, 27.

⁵¹² Remlî, VII, 258.

⁵¹³ Buhûtî, IV, 252.

⁵¹⁴ *Bakara*, II, 179.

⁵¹⁵ Kâsânî, VII, 180.

⁵¹⁶ Buhûtî, IV, 50.

⁵¹⁷ İbn Hazm, X, 508.

Bu görüşe göre öldürme olayı, mükrehin cezaî sorumluluğunu etkilemez. Başka bir ifade ile mükrehin ceza sorumluluğu başkasını öldürme durumunda kesinlikle ortadan kalkmaz ve cezası hafifletilmez. Bu görüş sahiplerinin de delilleri şunlardır:

1. Allah " *Bir kimse zulmen öldürülürse, onun velisine (hakkını alması için) yetki verdik. Ancak bu velî de kısasta ileri gitmesin*"⁵¹⁸ ayetinde maktulun velisine katil kim olursa olsun kısas yetkisini vermiştir. Şartın siyakındaki nekire, umum sığalarındandır. O halde bunun ikrâh ile takyid edilmesi yanlış olur.⁵¹⁹

2. Mükreh, zarûret halinde olduğundan başkasını yemek için öldüren kimsenin durumundadır. Kişi, zarûret halinde kendisini korumak için başka bir insanı kurban edemez. Mükreh, kendi nefsinin kurtarmak için başkasının nefsinin öldürdüğü için, kendisini başkasına tercih ettiği için kısas cezası alacaktır.⁵²⁰

3. Gerçek olarak da hükmen de katil olan mükrehtir. Gerçek katil olması, öldürmenin bizzat kendisi tarafından gerçekleşmesinden, hükmi katil olması da başkasını öldürmüş olmasından kaynaklanmaktadır.⁵²¹

ac. Sadece Mükrihin Diyet Cezası Alacağı Görüşü

Hanefilerden Ebu Yûsuf bu görüştedir. Ona göre ikrâh sonucu işlenen öldürme olayında ne mükrihe ne de mükrehe kısas cezası uygulanmaz ancak mükrihe diyet cezası verilir.⁵²²

Bu görüşe göre mükrehin cezaî sorumluluğu yoktur. Öldürme suçunda da ikrâh, cezaî sorumluluğu tamamen ortadan kaldırmaktadır. İkrâh sonucu işlenen cinayette suçlu ve gerçek fail mükreh değil, mükrihtir. Bu görüş sahiplerinin getirdikleri deliller şunlardır:

⁵¹⁸ *İsra*, 17/33.

⁵¹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 72.

⁵²⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 72.

⁵²¹ Zeylaî, V,186; Remlî, VII, 258.

⁵²² Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 72.

1. Öldürme kâmil bir şekilde ne mükrih ne de mükreh tarafından gerçekleşmiş değildir. Öldürme, cinayeti bizzat işlemesi yönüyle mükrehe, bu cinayete sebep olması yönüyle de mükrihe izafe edilmektedir. Böylece her iki taraf için de şüphe meydana gelmektedir. Hadler, şüpheler ile uygulanmaz. Cinayetin müsebbibi olan mükrihe kısas gerekmiyorsa, cinayetin mübaşiri (bizzat işleyen kişi) olan mükrehe daha evla bir yolla gerekmez.⁵²³

2. Kısas düştüğü zaman kendi bedeli olan cezaya taşınır. Bedeli ise diyetdir. Bu ise ancak gerçek failine olmalıdır. Gerçek fail, mükrihtir. O halde diyet cezasını mükrih alır.

ad. Hem Mükrihin Hem de Mükrehin Kısas Cezası Alacağı Görüşü

Malikîlerin çoğunluğu, Şafîîlerin en sahih görüşü ve Hanbelîlere göre kısas hem mükrihe hem de mükrehe uygulanır.⁵²⁴

Bu görüşe göre öldürme fiilinin cezaî sorumluluğa hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Öldürme olayına kişi ister sebep olsun isterse de bizzat suçu işlesin, cezaî sorumluluğu ne düşer ne de azalır. Böylece dört görüşten iki görüş ikrâhın cezayı ortadan kaldırmadığını, bir görüş kaldırmamakla beraber cezayı hafiflettiğini, bir görüş de cezai sorumluluğu ortadan kaldırdığını ifade etmektedir. Son görüşün delilleri şunlardır:

1. İkrâhı sözkonusu eden hadis, mükrehin dünyevî ve uhrevî sorumluluğunun kaldırılmış olduğunu gösteriyorsa da öldürme olayında bu hüküm müstesnadır. Çünkü kendisi, öldürdüğü kişiden daha çok hayata layık değildir.⁵²⁵

2. Mükrih her ne kadar öldürmeye sebep olmuş gibi gözükse de esas itibarıyla kendisi bu konumda cinayet fiilini bizzat işlemiş gibidir.⁵²⁶

İslam hukukçuları öldürmeyi emretmeyle öldürmeye zorlama arasında fark gözetirler. Öldürme emrinde, emredilen kişi suçu işlemeye zorlanmış olmaz ve kendi

⁵²³ Kâsânî, VII, 179.

⁵²⁴ Haraşî, VIII,10; Şirbînî, ,IV,15; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 456.

⁵²⁵ Heytemî, VIII, 448; Buhûtî, IV, 252.

⁵²⁶ Şirâzî, V,27; İbn Kudâme, *Kâfi*, V, 143.

irâdesiyle suç işlemiş olur. Her ne kadar suçu işlemek için emir almışsa da bu emrin, kendi irâdesi üzerinde etkisi yoktur. Emreden kişinin emredilen üzerinde hâkimiyeti olabilir. Babanın küçük çocuğuna emretmesi gibi. İdarecinin memura emretmesi de böyledir. Emreden kişinin, emrolunan kişi üzerinde bir etkisi olmayabilir. Bu durumda emir, suçu işlemek hususunda sadece teşvik anlamı taşır. Bu hallerin her birisinin ayrı hükmü vardır.

Emrolunan kişi çocuk veya deli gibi mümeyyiz olmayan birisi ise, İmam Malik, İmam Şafî ve İmam Ahmed, emredene kısas hükmünün uygulanması görüşündedir. Her ne kadar emrolunan kişi öldürme filini bizzat işlemişse de emreden öldürmeye sebep olmuş ve emrolunanın aracı durumuna gelmiştir⁵²⁷

İmam Ebu Hanîfe ise, emredene, kısas hükmünün uygulanmasını kabul etmez. Çünkü amir, bizzat öldürmemiş, sadece öldürmeye sebep olmuştur. Ebu Hanîfe'ye göre, müteebbibe kısas hükmü uygulanmaz.

İkrâha maruz kalarak murisini öldüren varisin mirastan menedilip edilmeyeceği konusu gündeme getirilmiştir. Konu ile ilgili olması hasebiyle bu konuya da değinmekte fayda görüyoruz.

Hanefî mezhebine göre kısas ve kefarete gerektiren her şey, mirastan mahrumiyeti de doğurur. Ebu Hanîfe ve İmam Muammed'in görüşü dikkate alınırsa mükreh mirastan mahrum bırakılmaz ama Züfer'e göre mükreh mirastan da menedilir. Malikîler, öldürmenin mirası engellemesini iradeye bağlamazlar. Dolayısıyla ikrâh ile de olsa murisini öldüren mirastan mahrum bırakılır. Şafîler ve Hanefîler de öldürmenin mirastan menedilme meselesini herhangi bir şarta bağlamazlar.

Böylece cumhurun ikrâhın mirastan mahrumiyet meselesinde etkili olmadığı kanaatine vardıkları ortaya çıkmaktadır.⁵²⁸

⁵²⁷ Şirâzî, II, 189.

⁵²⁸ Atiyye, s. 61.

ae. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Cumhûra göre öldürme suçunun cezası, hiçbir zaman affedilemez. Cumhûr, esas itibariyle öldürme suçundan daha hafif zarar bulunmadığı ilkesinden hareket ederek bu hükme varmıştır. Bunlara karşı çıkanlar ise daha ziyade mükrehin mükrihin elinde bir alet olmasını göz önünde bulundurmuş ve mükrehi mükrihin elindeki bir bıçak ve silah şeklinde tasavvur etmişlerdir.

Bizce mükrehin alet konumunda tasavvur edilmesi mümkün değildir. Çünkü netice itibariyle mükreh, *öldürerek kurtulma* veya *öldürmeyerek kendisinin öldürülmesine razı olma* seçenekleri arasında bir seçim yapmakta ve kendisini öldürdüğü kişiye tercih etmektedir.

Kendisi doğrudan öldürme fiilini gerçekleştirdiği için tüm sorumlulukları mükrehe yükleyip mükrihi sorumsuz kabul etmek de yanlış bir tutumdur. Bu çerçevede mükrehin masum bir şahsı öldürmesinde maddi bir değerlendirmede bulunarak, kısasın sadece mükrehe uygulanması gerektiğini söylemek de hatalıdır. Görünürde suçu işleyen olmasını bahane ederek mükrehi yegâne sorumlu kabul etmek ve mükrihe hiçbir cezai sorumluluk yüklememek, fiilin gerçekleşmesinde mükrihin rolünü görmemek anlamına gelir. Oysa mükrih olmasaydı, mükreh öldürme eylemini işlemeyecekti. Bu itirazlardan sonra kanaatimizi açıklayabiliriz.

Öncelikle mükrihe kayıtsız şartsız kısas gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü öldürme işleminin gerçek planlayıcı ve azmettiricisi mükrihtir. Bazı görüş sahiplerinin ifade ettiği gibi suçu sadece ölüme sebebiyet vermek değildir. Objektif bakış açısı, mükrihin kendisini kısas cezasından kurtarmak veya cezasını hafifletmek için başka bir kurbanı seçtiğini göstermektedir.

Mükrehe gelince, bunun hiçbir cezaî sorumluluğunun olmadığını ve sadece suç aleti konumunda olduğunu söylemek mümkün değildir. Manevî açıdan dayanılmaz bir baskı altında olsa bile maddî açıdan tercihini yapmıştır. Bu tercihi, ona bir derece sorumluluk yüklemelidir. Ama sorumluluğunun mükrih ile eşdeğerde olmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bu durumda birinci görüş, tercihe şayandır.(Mükrihe kısası, mükrehe tazir cezasını öngören görüş). Ancak bu tazirin de ağır bir ceza olması kamu yararı adına daha faydalı olacaktır.

b. Müessir Fiiller

İkrâh sonucu, masum insanın herhangi bir uzvunu kesmek, onu yaralamak veya bu tür eylemleri ikrâh altındaki kişinin kendine uygulama zorunda kalması durumuna ilişkin hükümlerde fukaha arasında görüş ayrılıkları vardır.

Hanefî mezhebine göre, ikrâh sonucu bir müslümanın öldürülmesine izin verilmediği gibi herhangi bir uzvunun kesilmesine de izin verilmez. Hatta herhangi bir uzvu kesilen kişi zorlama olmaksızın kendi irâdesiyle uzvunun kesilmesine izin verse bile kesen kişi günahkâr olur. Bir kişinin ikrâh sonucu, masum birinin elini kesmesinde, öldürmede olduğu gibi mükreh alet mesabesinde olup, kesme fiili mükrihe nispet edilir ve kısas mükrihe uygulanır. İkrâh ile ateşe veya suya atılmak sonucu birinin öldürülmesinde, maktûlün velisinin mükrihe uygulanmak üzere kısas hakkı vardır.⁵²⁹

Şâfî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre, bir kimse tam ikrâha maruz kalsa bile, bir müslümanın parmak uçları dâhil herhangi bir uzvunu kesmesi caiz değildir. Bu durumda zorda kalan kişi kendi ölümüne rıza göstermeli, fakat başkasının parmağının kesilmesine rıza göstermemelidir. Buna göre ikrâh sonucu birinin uzvunun kesilmesinde mükrehe, doğrudan kesme eylemini gerçekleştiren kişi; kesmeye zorlayana da sebep olmasından dolayı kısas tatbik edilir.

Zahirî mezhebine göre, ikrâh sonucu öldürme mübah olmadığı gibi yaralama veya bir uzvu kesme de mübah değildir. İkrâh sonucu birini yaralayan veya uzvunu kesen kişiye kısas uygulanır. Çünkü, mükreh yapılması haram olanı yapmıştır.

Cumhura göre masum bir şahsı öldürmek için ikrâh edilen kişiye, mağdurun katle rızası bulursa da istenileni yapması için kesinlikle izin verilmez ve mağdurun katle rızası, öldürme fiilini mübah hale getirmez. Bu hüküm yaralama ve organları kesme hususunda da geçerlidir.

Ebû Hanîfe, İmam Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre *katle rıza*, şüphe olarak kabul edildiği için mükreh ve mükrihten kısas cezasının düşmesine sebeptir. Nitekim Hz. Peygamber, "*Şüphenin varlığında cezaları kaldırınız*" buyurmaktadır.

⁵²⁹ Serahsî; *el-Mebsût*, XXIV, 66–70.

İmam Züfer ise bu durumda katle izin vermeyi şüphe olarak kabul etmez ve fâile kısas cezasının gerekeceğini söyler.

Katle izni şüphe kabul eden fıkıh bilginleri, öldürme olayının sonundaki affin kısası düşürdüğü gibi; olayın başındaki iznin de kısası düşüreceği benzetmesinde bulunmuşlardır. Oysa iznin mutlak olarak şüphe kabul edilmesi uygun olmakla beraber, öldürmenin başındaki iznin sondaki affa kıyaslanması uygun bir kıyas değildir. Çünkü af, önceden işlenmiş bir fiil için söz konusudur ve bu kapsamda anlam kazanmaktadır. Öldürmenin gerçekleşmesinden sonraki affin anlam ve amacı, olayın basında verilen izinde yoktur.⁵³⁰

c. Zina Fili

İkrâha maruz kalarak zina yapan kişinin günahkâr olacağı hususunda fakihler görüş birliği içerisinde. Ancak zina eden kadın veya erkeğe had cezasının gerekip gerekmediği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Fıkıh âlimleri, ikrâha maruz kalarak zina eden erkek ve kadının cezaî sorumluluğunu farklı mütalaa etmişler, kadının durumunu erkeğe nazaran daha hafif tutmuşlardır. Bunu gözönünde bulundurarak kadın ve erkeğin cezai sorumluluklarını farklı başlıklarda değerlendirmeye çalışacağız.

ca. Zinaya Zorlanan Kadının Cezaî Sorumluluğu

Fıkıhçıların çoğunluğuna göre ikrâha maruz kaldığı için zina eden kadının had cezası düşer.⁵³¹ Aşağıdaki ayet, ikrâha maruz kalan kadının cezaî sorumluluk almayacağına delil gösterilmektedir: “*Cariyeleriniz iffetlerini korumak istedikleri halde dünya hayatının geçici menfaatlerini elde etmek maksadıyla onları zinaya zorlamayın. Kim onlara bunu zorlarsa bilinmelidir ki hiç şüphesiz onların zorlanmalarından sonra Allah onları çok bağışlayıcıdır, çok merhametlidir*”⁵³²

⁵³⁰ Bkz. İçli, Sadi, *Klasik Fıkıh Doktrininde İkrâh ve Öldürmeye İkrâhın Sonuçları*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2007, s.24–25.

⁵³¹ Merğînânî, V, 60.

⁵³² *Nûr*, 24/33.

Bu ayet, kadının dinî ve uhrevî sorumluluğunu ortadan kaldırdığına göre cezaî sorumluluğunu da ortadan kaldırmaktadır.

Ayrıca hadisler ve sahabeden gelen rivayetler de kadının cezaî sorumluluk almayacağını göstermektedir. İki tanesini aşağıya alıyoruz.

1. Resulullah döneminde namaz kılma maksadıyla bir kadın evinden dışarı çıktı. Ona yolda bir adam rastladı. Adam kadının kendisine teslim olmasını istedi. (Kadın diretmesine rağmen adam) kadına tecavüz etti. Bunun üzerine kadın bağırdı. Adam kaçtı. Kadının yanından başka birisi geçti. Kadın: "*Bana bu işleri yapan işte bu adamdır.*" dedi. Kadın muhacirlerden bazı erkeklerin yanından geçti ve onlara: "*Şu adam bana şöyle şöyle yaptı*" dedi. Muhacirlerden olan o kişiler, kadının kendisine tecavüz ettiğini sandığı, o adamı yakalayıp kadına getirdiler. Kadın: "*Evet, işte bu adam*" dedi. Bunun üzerine adamı alıp Resulullah'a getirdiler. Resulullah bu adamın recmedilmesini emredince asıl kadına tecavüz eden adam ayağa kalktı ve "*Ey Allah'ın Rasulü! Bu işi o kadına ben yaptım*" dedi. Bunun üzerine Resulullah kadına: "*Haydi git, Allah seni affetti*" dedi. Suçsuz adama güzel şeyler söyledi. Kadına tecavüz eden adam İçin de: "*Bunu recmedin*" dedi ve sonra şöyle buyurdu: "*Bu adam öyle bir tevbe ile tevbe etti ki, eğer o tevbeyi Medine halkı yapsa idi, elbetteki tevbeleri kabul edilirdi.*"⁵³³

Görüldüğü gibi Peygamber Efendimiz, zorla kendisiyle zina edilen kadına zina cezası uygulamamıştır.

2. Hz. Ömer döneminde Beytü'l malın kölelerinden biri ganimet malının beşte bir payına ait olan bir cariyeye tecavüz etti ve onun bekâretini bozdu. Bunun üzerine Hz. Ömer, tecavüz eden köleye zina cezası uyguladı ve onu sürgün etti. Hz. Ömer, cariyeye kendisine cebren tecavüz edildiğinden dolayı herhangi bir ceza vermedi.⁵³⁴

⁵³³ رَأَى امْرَأَةً خَرَجَتْ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تُرِيدُ الصَّلَاةَ فَتَلَقَّاهَا رَجُلٌ فَتَجَلَّلَهَا فَقَضَى حَاجَتَهُ مِنْهَا فَصَاحَتْ وَأَطْلَقَ قَمَرًا عَلَيْهَا رَجُلٌ فَقَالَتْ إِنَّ ذَلِكَ فَعَلَ بِي كَذَا وَكَانَ وَمَرَّتْ عَصَابَةً مِنَ الْمُهَاجِرِينَ فَقَالَتْ إِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ فَعَلَ بِي كَذَا وَكَانَ. فَهَلَّطَ خُنُورًا لِلرَّجُلِ الْأَدِيِّ ظَدَّتْ أَنْتَهُ وَقَعَ عَلَيْهَا فَأَتَوْهَا بِهِ فَقَالَتْ نَعَمْ هُوَ هَذَا فَأَتَوْا بِهِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا أَمَرَ بِهِ قَامَ صَاحِبُهَا الْأَدِيُّ وَقَعَ عَلَيْهَا فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنَا صَاحِبُهَا فَقَالَ أَنْهَبِي فَقَدْ غَفَرَ اللَّهُ لَكَ. وَقَالَ لِلرَّجُلِ قَوْلًا حَسَنًا. قَالَ لَوْ دَاوُدَ يَعْنِي الرَّجُلَ الْمَأْخُوتَ قَالَ لِلرَّجُلِ الْأَدِيِّ وَقَعَ عَلَيْهَا أَرْجُمُوهُ فَقَالَ لَقَدْ تَابَ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا أَهْلُ الْمَدِينَةِ لِقَبُولِ مِنْهُمْ Tirmizî, *Hudûd*, 22/ 1454.

⁵³⁴ أن صفيية بنت أبي عبيد أخبرته: أن عبدًا من رقيق الإمارة وقع على وليدة من الخمس، فاستكرهها حتى اقتضتها، فجلده. Buhârî, *Ikrah*, VI/6948. ولم يجلد الوليدة من أجل أنه استكرهها.

Bu rivayetlerde geçen ikrâhın mülci mi gayr-ı mülci mi olduğu ile ilgili herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Bu sebeple Hanefiler, ikrâhın mülci' olup olmaması arasında herhangi bir fark gözetmemişlerdir. Netice itibariyle kadının teslim olması onun rızası olduğu anlamına gelmemektedir. İkrâhın mülci' olması veya olmaması hükmü değiştirmez.⁵³⁵

Bazı fakihler ise kadının ikrâh durumunda da ceza alacağını söylemişlerdir. Onlara göre erkek zina yapma işini, kadın ise imkân verme işini yapmaktadır.⁵³⁶ Bu sebeple ikisinin de iradeleriyle hareket ettiği anlamı çıkmaktadır.

cb. Zinaya Zorlanan Erkeğin Cezaî Sorumluluğu

İslam hukukçuları, zinaya zorlanan erkeğin cezaî sorumluluğu konusunda değişik görüşler ortaya atmışlardır. Bazı hukukçular, ikrâhla cezaî sorumluluğun ortadan kaldırıldığını düşünürken, diğer bir kısmı ikrâh sonucu zina eden erkeğin cezalandırılacağını düşünmüşlerdir.

cba. Zinanın Cezaî Sorumluluğu Etkilemediği Görüşü

Birinci görüşünde İmam Ebu Hanîfe, meşhur görüşlerinde Malikîler ve Hanbelîler ve en zahir olmayan kavillerinde Şafîiler bu görüştedir. Bu görüşte olanların delilleri şunlardır:

1. Erkekten zina fiilinin sadır olması için erkeğin bunu istemesi ve erkeklik organının sertleşmesi gerekir. İstek ve ereksiyon hali varsa rıza da vardır. Bu durumda erkeğin gönüllü olduğu kabul edilir ve had cezası uygulanır.⁵³⁷

Cinsel ilişki, başkasının aleti ile gerçekleşmesi mümkün olmayan bir fiildir. Dolayısıyla cinsel ilişkinin kendisine nispet edilmesinden başka bir seçenek yoktur. Kadın ise böyle değildir, uykuda veya muğma aleyh iken de kendisiyle cinsel ilişkiye

⁵³⁵ Kâsânî, VII, 181.

⁵³⁶ Şirâzî, V, 79; Mâverdî, *el-Hâvi*, XIII, 241; İbn Kudâme, *Muğnî*, XII, 348.

⁵³⁷ Kâsânî; VII/180; Merğînânî; III 312; İbn Kudâme, *Muğnî*, VIII, 187 Nevevî, *Minhâc*, s. 503; Şirbînî, IV, 145; Haraşî, VIII, 80.

girilebilir.⁵³⁸ Erkeğin ise tenasül uzvunun harekete geçmesi, içinde istek ve ihtiyarın bulunduğunu göstermektedir.⁵³⁹

2. Korku, cinsel organın ereksiyon halinde olmasına engeldir. Hanbelî mezhebinde cezaî sorumluluk sebebi olarak gösterilmiştir. Buna rağmen zina olayında ereksiyon hali mevcut olduğundan had cezası infaz edilir.⁵⁴⁰

cbb. Zinanın Cezai Sorumluluğu Ortadan Kaldırdığı Görüşü

Hanefilerden Ebu Yusuf ve Muhammed ve ikinci görüşünde İmam Ebu Hanîfe, meşhur olmayan görüşlerinde Malikîler zahir kavillerinde Şafîiler, bir kısım Hanbelîler ve Zahirîler,⁵⁴¹ ikrâhın tam olarak gerçekleşmesi durumunda zinanın cezaî sorumluluğu ortadan kaldıracağını düşünmüşlerdir.⁵⁴² Delilleri de şunlardır.

1. Sorumluluğun ikrâh halinde kaldırılmış olduğunu açıklayan hadisin mutlak ifade ettiğinden hareket etmişlerdir.

2. Hadler şüphelerle düşmektedir. İkrâh, bünyesinde suçun kime nispet edileceği noktasında bir şüphe barındırmaktadır. Dolayısıyla had cezasının uygulanmasına engel teşkil eder.⁵⁴³

3. Cinsel organın ereksiyonu o an için tabii bir durumdur. Bu hali, onun zinaya razı olduğu anlamına gelmez. Nitekim uykuda olanın ihtilam olması da irâde dışıdır.⁵⁴⁴

4. Hadlerin maksadı, kötü bir fiilin bir daha işlenmemesini sağlamaktır. İkrâh altında gerçekleşen zina fiilinde kişinin ihtiyarı olmadığı için haddin uygulanması, niyetinin değişmesine etki etmeyecektir.⁵⁴⁵

⁵³⁸ Zeylaî, V,189.

⁵³⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 88.

⁵⁴⁰ İbn Kudâme; *el-Muğnî*, V, 251.

⁵⁴¹ İbn Hazm, VIII, 331.

⁵⁴² Şirbînî, IV, 145.

⁵⁴³ Remlî, VII, 502; Kâsânî, VII, 34.

⁵⁴⁴ Merğînânî, V,273; İbn Hazm, VIII, 331.

⁵⁴⁵ Zeylaî, V, 189.

cbc. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Zinaya zorlanmanın cezaya etkisi açısından erkek ile kadın arasında farkın gözetilmiş olması hakkaniyet açısından oldukça önemlidir. Cezalarının niteliği tartışmaya açık olsa bile erkek ile kadının zina fiilinde aynı konumda olmadıkları açıktır. Bu sebeple kadın ile erkeğin cezaî sorumluluğunu farklı tutan görüşü tercih ediyoruz.

Erkek için cezaî sorumluluğun azalması gerektiğini ifade eden görüşün daha doğru olduğunu düşünüyoruz. Erkeği zina mazeretine rağmen tamamen sorumlu tutmak ve iradesiyle zina işleyenle aynı konumda mütalaa etmek, İslam'ın hükümlerdeki maslahat prensibine aykırıdır.

C. İKRÂHIN MEDENÎ SORUMLULUĞA ETKİSİ

Medenî sorumluluğun akdî sorumluluk ve akit dışı sorumluluk olmak üzere iki kısımdan meydana geldiğini ilk bölümde açıklamıştık. Akdî sorumluluktan çok akdin kurulması önemli olduğundan borçlar hukukunda daha fazla akit dışı sorumluluk önplana çıkmıştır. Dar anlamda sorumluluk hukukunun akit dışı sorumluluğu ifade ettiği söylenebilir. Bu bağlamda medenî sorumluluğun esası, haksız fiillerdir. Bu gerçeği gözönünde bulundurarak bu kısımda haksız fiilden doğan sonuçları zikredecek, akit sorumluluğunu "ikrâhın hukûkî muamelelere etkisi" başlığı altında detaylı bir şekilde açıklayacağız.

İkrâh, medenî sorumluluğu hiçbir şekilde ortadan kaldırmaz. Çünkü medenî sorumluluk, vücûb ehliyetine bağlıdır. Ancak medenî sorumluluğun tespitinde ikrâhın gerçekleşme şiddeti etkilidir. Cezaî sorumluluk babında bazı suçların cezalarının tazminata dönüştüğünü söylemiştik. Konu detaylıca incelendiğinde ikrâhın medenî sorumluluğa etkisinin sadece malvarlığına verilen zararlarla ilişkili olmadığı, hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik zararları da kapsadığı, cezasını belirli durumlarda medeni sorumluluk ifade eden diyet cezasına indirdiği görülür. Bu bölümde cana ve beden bütünlüğüne yönelik zararlar ile mala yönelik zararlar ayrı bir başlıklar halinde ele alınacaktır.

1. İkrâh Sonucu Cana ve Vücut Bütünlüğüne Verilen Zararlarda Sorumluluk

İkrâh sonucu başkasının hayatına veya onun bedeninin bir parçasının yok olmasına sebep olma, mükreh açısından cezaî sorumluluk doğurur, cezaî sorumluluğunun ağır olması onun ayrıca medenî sorumluluk yüklenmemesi anlamına gelmektedir. Ebu Yusuf, mükrihin diyet cezası ödemesi gerektiğini söylemiş olmakla beraber bu ikrâha maruz kalan bir kişinin eyleminin sorumluluğa etkisi çerçevesinde değil, başkasını işine araç yaparak cinayet işlemenin sorumluluğa etkisi kapsamında değerlendirilebilir.

Bu konu ile ilgili bilgiler öldürme fiilinin cezaî sorumluluğa etkisi kısmında geçtiği için bu kadar bilgi ile yetiniyoruz.

2. İkrâh Sonucu Mala Verilen Zararlarda Sorumluluk:

İkrâh sonucu malvarlığına yönelen zararlar ya başkasının malını yok etmeye veya başkasının malını kendi zimmetine geçirmeye yönelik olabilir.

İkrâhın nakıs olması durumunda medenî sorumluluk mükrehe ait olur. Çünkü mükreh bu durumda mükrihin elindeki bir alet gibi değildir. Sözkonusu ikrâh, tam ikrâh ise hükmü şöyledir: Eğer ikrâh etkisi bittikten sonra alınan mal sağlam ise mal sahibine iade edilir. Malın yok edilmesi durumunda mükrihin malın tazminatını ödemekle yükümlü olacağı konusunda fukaha arasında görüş birliği mevcuttur. Ancak mükrehin tazminat ödemekle yükümlü olup olmadığı konusunda ihtilaf hâsıl olmuş ve bu konuda beş görüş ortaya çıkmıştır:

1. Hanefîler, bir görüşte Şafîîler⁵⁴⁶ ve en sahih görüşlerinde Hanbelîler, mükrihin tazminat ödemekle yükümlü olduğu, mükrehe ise hiçbir şey gerekmediği yönünde görüş bildirmişlerdir. Bunlara göre mükrehin başkasının malını yemesi vaciptir. Zarûrette olan kişi nasıl nefsinin kurtarmak için başkasının malını yiyebiliyorsa mükreh de tam ikrâhta zarûret halini yaşadığı için aynısını yapabilir.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ Meydânî, Abdülğani el-Ğanîmî, (Ö.1298/1881), *el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitab*, (I-IV), Thk: Muhammed Muhyiddîn Abdülhamîd, el-Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut, t.y., IV,11; Buhûtî, II, 264; Remlî, VIII, 22.

⁵⁴⁷ Meydânî, IV,111; Suyûtî, I, 310; Buhûtî, IV, 171.

Çünkü gerçekte malı telef eden mükrihtir. Mükreh burada alet konumundadır. Zararın tazmini alete değil aleti kullanana ait olur.⁵⁴⁸ Hanefîlere göre mükrehin mükrihin elinde bir alet olmadığı bir durum mevcut olursa o zaman mükreh tazminat ödemekle yükümlü olur. Ayrıca Hanefîlere göre mükrehin malı herhangi bir şekil yememesi(zimmetine geçirmemesi) şarttır.⁵⁴⁹

Diğer yandan zarûret, başkasının malını telef etmeyi mübah kılıyorsa bu durum kendisinin tazminat ile sorumlu tutulmasına engeldir.⁵⁵⁰ Ancak bu delil "*Cevaz tazminata engel değildir. İkrâh gibi zarûret hali başkasının hakkını iptal etmez*" fıkıh kuralınca eleştirilmiştir.⁵⁵¹

2. Malikîler ise mükrehin tazminatı ödemesi gerektiğini düşünmüşlerdir. Ancak mal yoksa ve mal sahibi mükrehin sorumluluğunu takdir etmiyorsa o zaman tazminat mükrihin olur. Çünkü ikisi de netice itibariyle malın telef edilmesinde rol oynamışlardır. Beraber işlenen bir fiilde, bizzat fiili işleyen o işe sebep olandan önce sorumlu tutulduğu için bu mükrihten önce mükreh sorumlu tutulur. Ayrıca hitabın şeri nitelik alması açısından mükreh ile muhtar arasında malın tazminatı açısından bir fark yoktur⁵⁵²

3. Şafîîler, ilk başta mükrehin tazminat ödemekle yükümlü olduğunu ancak mükrihi sorumlu tutunca sorumluluğun mükrihe avdet ettiğini söylemişlerdir. Çünkü esas itibariyle tazminat mükrehten talep edilmektedir. Ancak mükrih zalim, haddi aşan kişi olduğundan tazminat mükrihe döner.⁵⁵³ Bu yönüyle Şafîî ve Malikîler arasında oldukça benzerlik bulunmaktadır. Bu sebeple Zuhaylî, iki mezhebin görüşünü aynı saymıştır.⁵⁵⁴

4. Bir kavilde Şafîîler, bir rivayette Hanbelîler, mükrih ile mükrehin tazminatlarının iki ortak gibi tasnif edileceğini söylemişlerdir. Bunlar, başkasının

⁵⁴⁸ Kâsânî, VII, 179; Buhûtî, III, 141.

⁵⁴⁹ Molla Hüsrev, II, 654.

⁵⁵⁰ Nevevî, *Ravza*, VII,23; Buhûtî, I,171.

⁵⁵¹ Zerkâ, *Kavâid*, s.213, 449.

⁵⁵² Üleys, III, 512; Düsûkî, III, 444; Haraşî, VI,132; Hattab, VII, 313.

⁵⁵³ Şirbînî, IV,15.

⁵⁵⁴ Zuhaylî, *Daman*, s.74.

malını telef etmeyi, başkasının canına kıymaya kıyaslamışlardır.⁵⁵⁵ Can ile mal arasında fark olduğu gerekçesiyle bu görüş reddedilmiştir.⁵⁵⁶

5. Bir kavillerinde Hanbelîler, tazminatın sadece mükrehe gerektiğini söylemişlerdir.⁵⁵⁷ Bunlar mükrehi, boğulmak üzere olan bir kişinin durumuna kıyaslamışlardır. Ancak maalfarik bir kıyas olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

Görüldüğü gibi başkasının malına zarar vermeye zorlanan kişinin medenî sorumluluğu ile ilgili muhtelif görüşler bulunmaktadır. Bu konuda tercih ettiğimiz görüş, ikisini de sorumlu sayan Malikî ve Şafîilerin görüşüdür. Çünkü "*Şer'i özürlere kul hakkını mübah kılmaz.*"⁵⁵⁸ kuralı bunu gerektirir.

Modern hukukta başkasının karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı ağırlıkta cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu, başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hâle getiren veya kirleten ya da haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, ise yaramayacak hâle getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi cezalandırılmayıp, cebir ve tehdit eden veya korkutan ve tehdit eden dolaylı fail cezalandırılır.⁵⁵⁹

IV. İKRÂHIN HUKÛKÎ MUAMELELERE ETKİSİ

İkrâhtan doğan medenî sorumluluğun ikinci ayağını akdî sorumluluk oluşturmaktadır. Ancak ikrâhın hukûkî muameleler üzerindeki etkisinin tespit edilmesiyle akdî sorumluluğun sınırı belirlenir. Bu gerçeği gözönünde bulundurarak önce ikrâhın akde etkisini, ardından doğurduğu sorumlulukları değerlendireceğiz. Konu ile ilgili doktrinadaki tartışmalara geçmeden önce -cezaî sorumluluk kısmında olduğu gibi- genel bilgiler verilecektir.

⁵⁵⁵ Esnevî, *et-Temhid fî Tahrîci'l-Fürû' ala'l-Usûl, (Temhid)*, Thk: Muhammed Hasan Heyto, Müessesetü'r-Risâle, 2.Bsk., Beyrut, 1981, s.125; İbn Müflih, *el-Fürû'*, (I-XII), Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle, 2.Bsk., Beyrut, 2003, VII, 250.

⁵⁵⁶ Ba'lî, s.43.

⁵⁵⁷ Merdâvî, XV, 298.

⁵⁵⁸ Mecelle, Md. 33.

⁵⁵⁹ Turabi, Selami, *Mala Zarar Verme Suçu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s.143.

1. İkrâhın çeşitlerinden olan ikrâh-ı mülcî ikrâhı yok eder, ihtiyârı ise ifsat eder. İhtiyar fasit olunca rızanın yok olması tabiidir. Çünkü rıza, ihtiyârın gayesidir. Zorlanan kimse hiçbir zaman zorlandığı şeyi gönül hoşluğuyla yapmayacaktır. Bununla beraber yapılan şey, kasıtsız olarak yapılan fiillerden de değildir. Her şeye rağmen bir kasıt, bir irâde bir ihtiyâr vardır. Ancak bu ihtiyâr fasit olmuştur. İkrâhın diğer bir çeşidi olan ikrâh-ı gayrî mülcide ise rıza yoktur, fakat ihtiyâr vardır ve sıhhatli bir durumdadır.⁵⁶⁰

Hukûkî muamelelerde sözkonusu olan ikrâh, irâdeyi yok etmeyen ve kişiyi başkasının elindeki bir alet durumuna sokmayan ikrâhtır. Çünkü ikrâh tam ise hukûkî muamele baştan yok hükmündedir. Bu sözleşme kurulmamış sayıldığından herhangi bir sonuç doğurmaz.

İkrâh, mükrehte meydana getirdiği korku vasıtasıyla onun irâdesini etkiler. İrâde hür olarak değil de bu korku etkisiyle oluştuğu için ayıplıdır.⁵⁶¹

Pozitif hukukta da maddî cebir altında yapılan bir hukukî işlem ve sözleşmede, gerçek bir irade beyanı ve özellikle sözleşme iradesi olmadığı için sözleşme meydana gelmez. Bu halde bir uyuşmazlık ve dolayısıyla sözleşmenin kurulmaması söz konusu olur. Bu sebeple korkutulan tarafın iptal talebinde bulunmasına da gerek yoktur.⁵⁶²

Tam ikrâh, yukarıda da detaylıca anlatıldığı gibi sadece cezaî sorumluluğa etki eder.

2. Akdin oluşumunun en önemli esaslarından biri olan rıza, nasslarda vurgulanmış ve hukûkî muamelelerin tamamında önemli bir ilke olarak görülmüştür. İkrâhın rızayı bozan veya ortadan kaldıran hallerin en önemlisi olması, ikrâhın akitler ve günümüz tabiriyle hukukî işlemler üzerindeki etkisi konusunda doktrinde geniş bir bilgi malzemesinin oluşmasını sağlamıştır. Hatta ikrâhın cezaî sorumluluk üzerindeki etkisinden çok irâde ayıplarından biri olarak hukukî işlemler üzerindeki etkisi önemslenmektedir.

⁵⁶⁰ Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 486.

⁵⁶¹ Senhûrî, *Mesâdirü'l-Hak*, II, 183.

⁵⁶² Esener, s.152; Eren, s. 374.

3. Hanefilerin rıza olgusunu akitlerde sıhhat şartı, cumhûrun ise bunu in'ikad şartı ve rüknü saymaları, akdin hukûkî muamelelerdeki etkisi konusunda Hanefiler ile cumhûr arasında önemli görüş farklılıklarının meydana gelmesine sebep olmuştur.

4. Hanefilere göre; mükrehin tüm sözlü tasarrufları kendisine nispet edilir. Çünkü kişi başkasının diliyle konuşamaz, dolayısıyla da onun elinde bir alet hükmünde değildir. Ardından Hanefiler sözlü tasarrufların iki şekilde cereyan edebileceğini, hiç hukuki işlem olmadan herhangi bir şeyi itiraf etmek veya ikrarda bulunmaktan ibaret olan sözlü tasarrufun birinci tür sözlü tasarruf; hukûkî muamele sonrası gerçekleşen bu sebeple de inşâî denilen tasarrufların da ikinci tür sözlü tasarruf olduğuna hükmetmişlerdir. Hanefiler ikrâhın etkisini itirafa dayanan sözlü tasarruflar ile hukûkî muameleyle dayanan sözlü tasarrufları aynı şekilde etkilemediğini düşünmüşlerdir.

Daha ziyade hukûkî muamele ile meydana gelen inşâî tasarrufları da tasnife tabi tutmuşlardır. Bunlar da *feshedilebilen tasarruflar* ile *feshedilemeyen tasarruflar* olmak üzere iki kısımdır. Talak ve nikâh gibi feshedilemeyen hukûkî muameleler ihtiyara dayanmaz ve bu muameleler ikrâha rağmen hukuki sonuç doğurmaktadır.

Alışveriş ve kira sözleşmeleri gibi feshedilebilen hukûkî muameleler ise fasit bir şekilde hukûkî sonuç doğurur. Ehil olan bir kişiden sadır olması onun hukûkî sonuç doğurmasını sağlar, ancak ehil kişilerde bulunması gereken vasıflardan rızanın olmayışı sebebiyle de sakat hale gelir. Mükreh icazet verdikten sonra geçerli hale gelir.⁵⁶³

5. Hanefilerin dışındaki İslam hukukçularına göre ikrâh haklı ise hukûkî muamele sahîh ve nafiz olur. Eğer ikrâh haksız ise ikili bir ayrıma tabi tutulur. Eğer zorlamaya konu olan olay ikrâh ile mübah olmuyorsa neticeleri mükrehe ait olur, eğer mübah kılıyor ise fiil mükrihe nispet edilir. Bu eğer mümkün ise böyledir. Eğer mükrihe de nispet edilemiyorsa sorumluluk ikisinden de düşer.⁵⁶⁴

6. İkrâr niteliğindeki sözleşmeler konusunda Hanefiler, cumhûr ile aynı görüşü paylaşmaktadır. Eğer ikrâha konu olan durum ikrâr nevinden olursa ikrâh

⁵⁶³ Senhuri, *Mesadiru'l-Hak*, II, 208; Karaman, *Mukayeseli*, II, 155.

⁵⁶⁴ Zeydân; *el-Veciz*, s. 303.

isterse mülci olsun isterse de gayrı mülci olsun ikrârı hem iptal eder hem de ilga eder. Biri evlendiğini veya boşandığını itiraf etmeye ve ikrar etmeye zorlansa hükmü batıl olup herhangi hukukî sonuç doğurmaz. Çünkü ikrar konusunda doğru söylemenin yalan söylemeye tercih edildiğini gösteren güçlü emareler olmalıdır. Tehdit altındaki kişinin doğru söyleme ihtimali zayıf olduğu için söyledikleri dikkate alınmaz. Kişi burada daha çok kendi nefsinden zararı defetmeye çalışmaktadır.⁵⁶⁵ Kişinin küfrü mucip bir söz söylemeye zorlanması ikrara dayalı sözlü tasarrufların en önemli örneği olarak gösterilmektedir.⁵⁶⁶

7. İkrâhın hukukî muamelelere etkisi iki aşamalı olarak ele alınacaktır. Birinci aşamada ikrâhın etkisiyle meydana gelen sözleşmelerin geçerlilik durumları analiz edilecektir. Bu konudaki mevcut görüşlerle beraber hukukî muamelenin durumu belirlendikten sonra değişik sonuçlar ortaya çıkacaktır. Sözgelimi, ikrâh sonucu meydana gelen hukukî muamelenin batıl olduğu görüşü kabul edildiğinde sözleşmenin geçerli olmadığı ortaya çıkacak ve geçersiz olmasının sonuçları hakkında bilgi verilecektir.

Biz öncelikle aralarında nikâh ve talak gibi önemli konuların da bulunduğu ve Hanefilerin feshedilmez dedikleri hukuki işlemlerin ikrâhla ilişkilerini ele alacak daha sonra feshedilebilenlere ve son olarak bunlara bağlanan hukukî sonuçlara değineceğiz.

Bu bölümde, daha sistematik gördüğümüz için Hanefilerin tasnifini esas alacağız.

A. İKRÂHIN FESHEDİLEMİYEN HUKUKÎ MUAMELELERE ETKİSİ İLE İLGİLİ GÖRÜŞLER

Hanefilere göre feshedilemeyen sözlü tasarruflar şunlardır. Evlenme, boşama, ric'at (boşamadan dönüş) itâk (köle azadı), yemin etme, ilâ (hanımına dört ay yaklaşmayacağına yemin etmek), fey (ilâ'dan dönmek), nezir (adak), kısası affetme, zihar (erkeğin karısını annesi gibi evlenmesi yasak olan birine benzetmesi).

⁵⁶⁵ İbn Âbîdîn, V, 183.

⁵⁶⁶ Zeydân; el-Vecîz, s. 303.

Bunlar; sözlü inşâ tasarruflar olup feshedilemezler. İkrâhın feshedilemeyen hukûkî muamelelere etkisi ilgili olarak cumhûr ile Hanefiler arasındaki ciddi tartışmalar yapılmıştır. Hanefiler, feshedilemeyen hukûkî muamelelerde ikrâhın etkisinin bulunmadığını bu sebeple de mükrehin bu işlemlerde tasarruflarının geçerli olduğunu düşünmüşlerdir. Diğer mezhepler ise hukukî işlemlerde feshedilebilen-feshedilemeyen ayrımı yapmadan onlara hukukî sonuçlar terettüp etmişlerdir. Bu iki görüşün değerlendirmeleri ve getirmiş oldukları delilleri aşağıya alıyoruz:

1. Hukûkî Muamelenin Sahîh Olduğu Görüşü

Birinci görüşe göre feshedilemeyen inşâ tasarruflara ikrâh etki etmemektedir. Kâdî Şurayh (Ö.78/697), Saîd b. el-Müseyyeb (Ö.94/713), İbrahim en-Nehâî (Ö.96/714), bir rivayete göre Zührî (Ö.124/742), Süfyân es-Sevrî (ö. 161/778) ve Hanefî mezhebinin görüşü bu yöndedir. Bunlara göre zorlama altında söylenen sözler geçerlidir ve neticeleri hâsıl olur.⁵⁶⁷ Bu görüşte olanlar, sahâbîlerden bazılarının özellikle Hz. Ömer ve Hz. Ali'nin de bu görüşü tercih ettiklerini rivayet etmişlerdir.⁵⁶⁸

Bu görüşte olanlara göre, bu tür hukukî muameleler, feshedilemez oldukları için ikrâh ile de fesholunmazlar. O halde bu tür muamelelerde ikrâha rağmen sözleşme bağlayıcı olur. Bu görüş sahipleri kendi fikirlerini destekleyecek deliller getirmişlerdir. Delillerin özellikle nikâh ve talak konularında yoğunlaştığını görmekteyiz. Bir kısmını aşağıya alıyoruz.

1. Tasarruflarda esas olan rıza değil, ihtiyârdır. İkrâha maruz kalan şahıs, mükreh bih ile mükreh aleyh arasında tercih yapmış ve tercihini hafif olandan yana kullanmıştır. Bu ise ihtiyârının olduğu anlamına gelmektedir. İhtiyâr ile meydana gelen akitler geçerli olur.⁵⁶⁹

⁵⁶⁷ Köse, Saffet, "İslam Hukukunda İkrâhın Sözlü Tasarruflara Tesiri Konusundaki Tartışmalar ve Sosyal Hayattaki Yansımaları", *Diyanet İlmî Dergi*, c.32. Sayı: 2, 1996, s.35-53, 35.

⁵⁶⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 39-41, Karadâğî, I, 447-448.

⁵⁶⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 40- 42; Kâsânî, VII, 182; Merğinanî, III, 278; Mevsîlî, II, 106; Molla Hüsrev, s. 361.

Bu delile göre mükrehin rızası olmamasına rağmen ihtiyârı bulunmaktadır. Seçme özgürlüğünün bulunması hukukî muamelenin geçerli olmasına sebep olmuştur. Hanefilerin ihtiyar ile rızanın hükümleri arasında bu konuda da bir ayrıma gittikleri bilinen bir husustur.

2. Kişinin, evlenmeye, talaka, kısası affetmeye, zihara vb. durumlara zorlanması, sözkonusu tasarrufları şaka ile ifa etmesine benzer. Tasarruflarda ciddilik ve hezl (şaka) arasında fark yoktur. Hz. Peygamber, "*Üç şey vardır ki ciddisi de şakası da ciddidir. Nikâh, Talak ve Rec'at.*"⁵⁷⁰ buyurmuştur. Bu hadise göre nikâhın ciddi ile şakalı olması arasında fark bulunmamaktadır. Ciddi olması ile şaka ile olması arasında fark olmadığına göre, kişinin rızası ile meydana gelmesi ile ikrâhın etkisiyle vuku bulması arasında da fark yoktur. Çünkü şakacı da mükreh de akde razı olmadıkları halde akdi bağlamayı kastetmektedirler.⁵⁷¹

3. Feshedilemeyen sözlü tasarruflar hakkında nasslarda geçen ibareler mutlak olup herhangi bir kayıt ile sınırlandırılmamışlardır. Bu ifadelerin mutlak olması, sözkonusu tasarrufların çeşitli istisnaî hükümlere maruz bırakılmasını imkânsız kılmaktadır. O halde hiçbir gerekçe yokken bu mutlak ifadeler, ikrâh durumunda da takyid olunmamalıdır. Yemin,⁵⁷² talak,⁵⁷³ nikâh,⁵⁷⁴ başta olmak üzere feshedilemeyen bazı tasarruflardaki irade beyanlarını ifade eden ayetler, mutlak anlam ifade etmektedirler.⁵⁷⁵

Konunun daha iyi anlaşılması için Hanefilerin delil olarak gösterdikleri ayetlerin bir kısmının dipnotta orijinali ile verilmesi uygun görülmüştür.

⁵⁷⁰ ثَلَاثٌ جُدُّهُنَّ جُدٌّ وَهَزَلُهُنَّ جُدٌّ: الذَّكَاحُ ، وَالطَّلَاقُ ، وَالرَّجْعَةُ ، İbn Mâce, *Talak*, 13/ 2039; Ebû Dâvûd, *Talak*, 9/ 2194; Tirmizî, *Talak*, 9/ 1184.

⁵⁷¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 39. 42, 64: Kâsânî, VII, 182; Karadâğî, I, 448; Bahrülulûm, s.312.

⁵⁷² وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا "Yeminlerinizi bozmayın..." *Nahl*, 16/91.

⁵⁷³ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِحَظَّتِهِنَّ *Peygamber kadınları boşadığınızda....Talak*, 65/ 1.

⁵⁷⁴ فَإِنْ كُورُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَذْنَى وَثَلَاثَ رِبَاعٍ "Size helâl olan kadınlardan ikişer, üçer, dörder olmak üzere nikâhlayın." *Nisa*, 4/ 3. Hanefiler, bu üç ayet dâhil, feshedilemez olarak gördükleri tüm hukuki işlemlerle ilgili ayetler sunmuşlar ve bu ayetlerde takyide yer olmadığını ifade etmişlerdir.

⁵⁷⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 40- 42.

4. Bu görüş sahiplerinin müstakil konularda bazı ayet, hadis ve eserleri de bu hüküm kategorisinde değerlendirerek delil getirdikleri olmuştur. Bir kısmını aşağıda sunmaya çalışacağız.

a. Allah, " *Sizden bekâr olanları, kölelerinizden ve cariyelerinizden durumu uygun olanları evlendirin.*"⁵⁷⁶ buyurmuştur. Ayette geçen "evlendirin" sözkonusu bekâr ve kölelerin zorla evlendirebileceğine işaret etmektedir. Bu ayet, mutlak bir anlam ifade etmekte olduğundan rıza ile kayıt altına alınmış olduğunu söylemek mümkün değildir.⁵⁷⁷

b. Başka bir hadiste ise :"*Her boşama geçerlidir. Ancak kendi işini yapmaktan aciz olan akıl hastasının boşaması hariç.*"⁵⁷⁸ buyrulmuştur. Hadis-i şerifte, akıl hastasının boşaması dışında bütün boşamaların geçerli olacağından bahsedilmektedir. Bu hadisin hükmüne göre mükrehin boşaması geçerli olmaktadır.

c. Başka bir rivayet de şudur: "*Bir kadın bıçağı alıp kocasının göğsüne dayamış ve ona: "Eğer beni boşamazsan, seni bıçakla keserim."* demiştir. Bunun üzerine adam onu boşamış ve Resulullah'a gelerek, boşamasının geri alınmasını istemiştir. Resulullah da ona: "*Boşamada kaylule yoktur*" cevabını vermiştir.

Serahsî, hadis-i şerifte zikredilen "*boşamada kaylule yoktur*" ifadesinden ya "*boşama bozulmaz, geri alınmaz*" manasının kastedildiğini veya bu ifadeden "*kuşluk uyku, boşamanın gerçekleşmesini engelleyemez. Sen böyle bir uyku ile imtihan oldun, senin boşaman geçerlidir*" manasının kastedildiğini söylemekte ve birinci görüşü tercih ettiğini belirtmektedir.⁵⁷⁹

d. Hz. Ömer'in şöyle söylediği rivayet edilir: "*Dört şey vardır ki aynı renktedir. Kapıları kapalıdır, onlardan dönüş yoktur: Bunlar, boşamak, azad etmek, evlenmek ve bir şeyi adamaktır.*"

⁵⁷⁶ وَأَنْكَحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَائِكُمْ وَإِمَائِكُمْ " *Sizden bekâr olanları, kölelerinizden ve cariyelerinizden durumu uygun olanları evlendirin.*", Nur, 24/32.

⁵⁷⁷ Kâsânî, VII, 184.

⁵⁷⁸ كُلُّ طَلَقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَقَ الْمَعْنُوهِ, Tirmizî, *Talak*, 15/ 1191.

⁵⁷⁹ بَيْنَا رَجُلَيْنِ أَلَمَ يَرُغُهُ إِلَّا وَأَمْرًا أَنَّهُ جَالِسَةٌ عَلَى صَنْدَرِهِ ، وَأَضِيعَةُ السَّكِينِ عَلَى فُوَادِهِ ، وَهِيَ تَقُولُ لِرَجُلٍ قَنِي أَوْ لَا قَلْدَكَ ، فَطَلَّقَهَا ، ثُمَّ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَتَكَرَّرَ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَا قَبِيلُوهُ فِي الطَّلَاقِ ، وَلَا قَبِيلُوهُ فِي الطَّلَاقِ " Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 40-42.

e. Said bin Müseyyeb'e: "*Bir adam oğlunu döverek hanımını boşattırdı denilmiş, Said de: "O adam ne kötü bir iş yapmış"* cevabını vermiştir. Said'in bu sözünden boşanmanın geçerli olduğu anlaşılmıştır.

f. Ömer bin Abdülaziz'in de zorlama ile hanımını boşayanın boşamasını geçerli saydığı rivayet edilmektedir.⁵⁸⁰

Bu görüşün doğru olduğunu ispat etmek için eserlerde getirilen rivayetler oldukça fazladır. Bu kadar rivayetin konuya ışık tuttuğu kanaatindeyiz.

5. Nikâh vb. akitler, akdi sözlü bir tasarruftur. Sözlü tasarruflarda, kişinin başkasının diliyle konuşması mümkün değildir. Akdi sözlü tasarruflar kişiyi başkasının elinde bir alet konumuna sokmamaktadır. Dolayısıyla ikrâhla meydana gelen nikâh da geçerli olur.⁵⁸¹

Görüldüğü gibi bu görüşe mensup olan âlimler bir kısım deliller ileri sürmüşler ve görüşlerinin isabetli olduğunu ispatlamak istemişlerdir.

2. Hukûkî Muamelenin Batıl Olduğu Görüşü

Sahabe ve tâbiîn ile döneminin fakihleri ve mezhep müçtehitlerinin cumhuruna göre ikrâh sonucu söylenen sözlerin hukuki açıdan bir değeri yoktur, bu sözler geçersizdir ve sonuç doğurmaz. Bu görüşte olanlar; Hz. Ömer (Ö.23/644), Hz. Ali (Ö.40/661), Abdullah b. Abbâs (Ö.68/687), Abdullah b. Zübeyr (Ö.68/687), Câbir b. Semüre (Ö.76/695), Cabir b. Zeyd (Ö.93/711), bir görüşe göre Ömer b. Abdülazîz (Ö.101/720), İkrime (Ö.105/723), Tâvûs (Ö.106/724), Hasan el-Basrî (Ö. 110/728), Atâ (Ö.114/732), Eyyûb es-Sahtiyânî (Ö.131/748), Evzâî (Ö.157 /774), İbn Avn (Ö.231/845), Ebû Sevr (Ö.240/854), Mâlikîler, Şâfiîler, Hanbelîler ve Zahirîler (Ö.456/1064)'dir.⁵⁸² Eserlerinde ikrâh ile ilgili konulara yer veren Muhammed Ebû Zehre (Ö.1974), Abdülkerim Zeydân, Ali Muhyiddîn Karadâğî, Zekiyüddin Şa'ban, Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, Hüseyin Halef Cübûrî gibi muasır İslâm hukukçuları da

⁵⁸⁰ Geniş bilgi için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 40–42.

⁵⁸¹ Kâsânî, , VII, 185.

⁵⁸² Şîrâzî, , II, 79; İbn Hazm, X, 202-205; İbn Kudâme., VIII, 260; Nevevî, *Ravza*, VI, 53; Kurtubî, *el-Câmi*., XII, 438-441; İbn Hazm, *Muhalla*' ,VIII, 335.

mükrehin sözlü tasarruflarının geçerli olmadığı görüşünü benimsemişlerdir.⁵⁸³ Çoğunluğu teşkil eden fukahanın bu konudaki delilleri ise şunlardır:

1. Mükreh, akid esnasında özgür bir seçim ve irâde sahibi değildir. Akitlerde irâde serbestîsi, esas ilkedir. Bu akdin sonradan feshedilebilir veya feshedilemez olması mükrehin serbest irâde sahibi olmamasını etkilemez. Dolayısıyla feshedilemezlik, mevcut hükmü değiştirmez.⁵⁸⁴

2. Sahîh hadisler, kızın rızası olmadan evlendirilmesinin caiz olmadığını göstermektedir. O halde rızası alınmamış kişinin nikâhı batıldır. Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "*Dul kadın emri olmadan evlendirilemez. Bekâr kız izni sorulmadan evlendirilemez.*

—*Ey Allah'ın Rasulü! Bekâr kızın izni nasıldır? diye sorulunca Resulullah (sav): "Onun izni susmasıdır,"* cevabını vermiştir.⁵⁸⁵ Bu hadise göre lisanı kal ile olsun lisan-ı hal ile olsun kişinin rızası olmadan nikâhı kıyılmaz. Onun rızasını gösteren bir işaret olmadığı sürece nikâhı geçersizdir.

Başka bir rivayette ise Hıdam'ın kızı Hansa'dan şunları söylediği rivayet edilir: "*Hansa dul iken babası onu evlendirmiş. Fakat Hansa bu evlendirmeye rıza göstermeyerek Resulullah'a başvurmuştur. Resulullah da nikâhını reddetmiştir.*"⁵⁸⁶ Aynı doğrultuda başka hadisler de bulunmaktadır.

3. Sahîh hadisler ikrâh ile gerçekleşen talakların da batıl olduğunu göstermektedir.⁵⁸⁷ Resulullah şöyle buyurmuştur: "*Kilitli(iğlak) bir durumda iken yapılan herhangi bir boşama ve azad etme işlemi geçersizdir.*"⁵⁸⁸ Buna göre iğlak bir ikrâh halidir.

⁵⁸³ Köse, "İkrahın Sözlü Tasarruflara Etkisi", *Diyanet İlmî Dergi*, XXXII, 35.

⁵⁸⁴ Karadâğî, I, 445; Bahrülulûm, s.311.

⁵⁸⁵ "الصُّمُوتُ" Buhârî, Nikah, 41, Müslim, Nikah, 64/ 1419; Ebû Dâvûd, Nikâh, 24/2092; İbn Mâce, Nikah, 11, / 1871; Tirmizî, Nikah, 18/ 1107.

⁵⁸⁶ عن خنساء بنت خدام أن أباهما زوجها وهي كارهة وكانت ثيبا فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه Buhârî, 42; Ebû Dâvûd, Nikah, 26/ 2101; İbn Mâce, Nikah, 12/1873.

⁵⁸⁷ Şîrbînî, IV, 137; Kurtubî, X, 180, 191; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VII, 118.

⁵⁸⁸ لا طلاق ولا عتاق في إغلاق, İbn Mâce, Talak, 16/ 1046; Ebû Dâvûd, Talak, 8/2193.

4. Unutma, hata ve zorlamanın ümmetten sorumluluğu kaldırdığını bildiren hadis gözönünde bulundurulduğunda evlenme ve boşama gibi hukûkî muamelelerin istisna edilmesini gerektiren bir durumun olmadığı görülür.

5. Resulullah şöyle buyuruyor: *"Ameller ancak niyetlere göredir. Kişiyeye ancak niyet ettiği şey vardır. Kim, Allah ve Resûlu için hicret ederse, onun hicreti Allah ve Rasülü içindir. Kimin de hicreti dünya malı veya nikâhlayacağı kadın için ise, hicreti onun içindir."*⁵⁸⁹ Bu hadis-i şerifte, amellerin niyete göre olduğu bildirilmektedir. Mükrehin hanımını boşamaya niyeti olmadığına göre, hanımı boşanmış sayılmaz.⁵⁹⁰

6. İsmail bin Ebu Uveys diyor ki: Abdülmelik bin Kudâme, babası Kudâme bin İbrahim el-Cumahi'den şunu rivayet etmiştir: *Hiz. Ömer'in halifeliği döneminde, bir adam bal almak maksadıyla bir yerden aşağıya doğru ipi tutarak indi. Hanımı gelip adamın tuttuğu ipin ucunda durdu ve: "Yemin olsun ki beni ya üç talakla boşarsın veya mutlaka ipi keseceğim" dedi. Adam kadına Allah'ı ve İslam'ı hatırlattı. Fakat kadın diretti. Bunun üzerine adam onu üç talakla boşadı. Kendisini kurtarınca Hiz. Ömer'e geldi. Ona kadınla aralarında geçenleri anlattı. Hiz. Ömer de ona: "Ailene dön, bu boşanmak değildir" cevabını verdi.*⁵⁹¹

Görüldüğü gibi bu olayda kişinin hanımını zorlama yoluyla boşaması meselesi zikredilmiş ve Hiz. Ömer, bunu boşama saymamıştır.

7. İkrâh halindeki sözlü tasarrufları geçerli kabul edenlerin delil olarak ileri sürdükleri hadisler zayıftır. Sahîh olanlar da mükrehin sözlü tasarruflarının geçerli olduğuna delalet etmemektedir.⁵⁹²

⁵⁸⁹ إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله ، فهجرته إلى الله ورسوله ، Buhârî, *Bedu'l-Vahy*, 1/ 6; Müslim, *İmare*, 155/1907; Ebû Dâvûd, *Talak*, 11/2201; Nesai, Abdurrahman Ahmed b. Şuayb, (Ö.303/916), *es-Sünenü'l-Kübra*, (I-XXII), Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle, I.Bsk, Beyrut, 2001, *Taharet*, 59/ 75, İbn Mâce, *Zühd*, 26/ 227; Tirmizî, *Fedailu'l-Cihad*, 16/1647.

⁵⁹⁰ İbn Hazm, X, 205; Kurtubî, XII, 439.

⁵⁹¹ أَنَّ رَجُلًا عَلَى عَهْدِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ تَدَلَّى بِسِتَارٍ عَسَلًا ، فَأَقْبَلَتْ امْرَأَتُهُ ، فَجَلَسَتْ عَلَى الْحَبْلِ ، فَقَالَتْ : لَمُطَلِّقَتِهَا ثَلَاثًا أَوْ لِأَطْعَمَ الْحَبْلَ هَذَا وَالْإِسْلَامَ ، فَأَبَتْ ، فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، ثُمَّ خَرَجَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ لَهَا : قَالَتْ لِي : فَقَالَ رَجِعْ إِلَى أَهْلِكَ ، فَلَيْسَ هَذَا بِطَلَّاقٍ Ibn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 119.

⁵⁹² Görüş sahipleri, hadisin sened kritiği ile ilgili itirazlar da yapmışlardır. Bu meseleye sadece dikkat çekmekle yetiniyor, konunun dağılmaması için hadis kritiği ile ilgili tartışmaların detaylarına inmiyoruz.

8. Hanefilerin ikrâh halindeki kişinin talakı ile latife beyanında bulunanın (hâzil) talakını birbirine kıyaslamaları da isabetli değildir. Çünkü hâzil, kendi isteği ile ve geçerli bir ihtiyâr hali içinde söz söyleyen, fakat sözüne sonuç bağlanması değil istihza ve eğlenme maksadı taşıyan kimsedir. Özellikle helallik-haramlık yönü itibariyle Allah hakkı ihtiva eden işlemlerde hâzilin şaka ve eğlenme niyetini dikkate almayıp, sözünü geçerli saymak suretiyle ona ağır bir hüküm uygulamak, onun fiiline uygun düşer. Çünkü kula, Yaratıcısına karşı şaka ifadesi kullanmak yaraşmaz.

Mükrehe gelince, onun, sözü söylemede ne arzusu vardır ne de geçerli bir ihtiyâr hali içinde söylemiştir. Ayrıca, bu sözü söylemede istihza veya eğlenme maksadı da yoktur. Sadece tehdidi altında bulunduğu eziyeti, başından savmak istemektedir. Böyle kimseye uygun düşen hüküm ise, durumunu ağırlaştırma değil, hafifletmedir. Bunun için tutunması gereken tavır da İslâm hukukçularının çoğunluğunca kabul edildiği şekilde, hukukî işlemler arasında fark gözetmeksizin mükrehin sözlerini geçersiz saymaktır.⁵⁹³

9. Bir tasarrufun caiz olabilmesi için kasdın bulunması şarttır. Bu sebeple küçük çocuk ve delinin tasarrufları sahih değildir. Aynı durum ikrâh halinde de mevcuttur. Çünkü zorlama ile kasd ortadan kalkmaktadır. Zira zorlanan kişi söylediği söz ile onun ifade ettiği manayı kastetmiş değildir. Maksadı, kendisinden zararı uzaklaştırmaktır.⁵⁹⁴

3. Doktrinal Tartışmalar ve Görüşlerin Değerlendirilmesi

Cumhûrun, Hanefilerin iddialarına karşı getirmiş oldukları deliller kısaca bunlardır. Ancak bu delillere karşı Hanefilerin cevapları da bulunmaktadır. Şimdi de Hanefilerin vermiş olduğu cevapları aktaralım:

a. Hanefilerin İddialara Cevabı

1. İkrâh altında işlenen amellerden sorumluluk doğmadığını ifade eden hadisin kastettiği itikadî konulardır ve bunlar ikrardan sayıldıkları için onlara ikrâhin

⁵⁹³ Bkz. Karadâğî, I, 458–459.

⁵⁹⁴ İbn Hazm, X, 204; Kurtubî, XII, 439.

tesiri yoktur. Bu sebeple zor altında küfür gerektiren bir söz söyleyen kişi kâfir olmuş olamaz. Çünkü İslâm'ın ilk yıllarında zorlanılan konuların başında gelen nokta bu idi.

Bir başka husus da şudur. İnsan konuşurken başkasının dilini kullanamaz. Bu sebeple konuşan kişi söylediği şeyi bilinçli ve söylemiş tercihini yapmıştır.

2. Tasarrufun caiz olması için kasdın (niyet) şart olduğu görüşünü de kabul edemeyiz. Nitekim latife beyanında bulunan kişinin (hâzil) boşaması vaki olmaktadır. Hâlbuki bu durumda koca, sözüyle talakı kastetmemiştir. Tasarruflarda kasdın esas olduğunu dikkate alsak bile o şart ikrâh halinde de mevcuttur. Çünkü zorlanan kişi kendisine gelecek zararı bertaraf etmeyi kastetmiştir. Bu da ancak söylediği sözün ifade ettiğini kastederse bertaraf olabilir. Böylece zorlanan şahıs, zarurî olarak sözün ifade ettiği manayı kastetmiştir. Bundan başka mükrehin talâkının vaki olmadığı şeklindeki hadis ve sahabe sözleri bu tür bir talakın geçerli olduğunu ifade eden eserlere muhaliftir. Bu sebeple karşı görüşte olanların naklettikleri eserler bizim rivayet ettiğimiz eserlerden daha fazla kabule şayan değildir.⁵⁹⁵

Sonraki iddialar karşısında cumhûr adına cevaplar verildiğini ve tartışmanın devam ettirildiğini görmekteyiz. Bu karşılıklı tartışmalardan bir demet sunduktan sonra görüşlerin değerlendirilmesine geçeceğiz.

b. Hanefilerin İddialarına Verilen Cevaplar

1. Hz. Peygamber'in İslâm ümmetinden ikrâhın etkisi ile meydana gelen davranışların hukuki sonuç doğurmadığını bildirme babında sözkonusu edilen hadisi genel hüküm bildirmektedir. Hanefilerin iddia ettiği gibi sadece itikadi konulara ve şirk konusuna hâs değildir. İtibara alınması gereken *sebebin hususi olması değil lafzın umumi olmasıdır*. Bu sebeple hadis, ikrâh halindeki sözlü ve fiili tasarrufların sonuçlarının hâsıl olmadığını ifade etmektedir. Bunlardan birisinin diğerine tercihini sağlayacak bir delil yoktur. Bu hadisle ilgili değerlendirmelerde de çelişki vardır. Hanefiler hadisin küfr sözünü telaffuz etme ile ilgili olduğunu iddia ederlerken, bir

⁵⁹⁵ Serahsî, XXIV, 58; Kâsânî, VII, 182; Köse, "İkrâhın Sözlü Tasarruflara Etkisi" XXXII, s. 46.

başka yerde de bu hadisin sözlü tasarrufları kapsamadığını savunmaktadırlar. Oysa küfrü telaffuz etmek de sözlü tasarruflardandır.⁵⁹⁶

2. İnsanın başkasının diliyle konuşamayacağı bu sebeple de zorlanan kişinin zorlayana alet kabul edilemeyeceği anlayışından hareketle sözlü tasarrufların neticelerinin hâsıl olduğunu savunan Hanefiler, içki içme, domuz eti yeme gibi fiili tasarrufları mubah -hatta vacip- görmektedirler.⁵⁹⁷ Oysa bu durumdaki kişi de zorlayana alet konumunda kabul edilmemektedir. Çünkü bir şahıs, başkasının diliyle konuşamadığı gibi, ağzıyla da yiyip içemez. İkrâhı konuşmada müessir görmeyip, yemede müessir kabul etmek bir çelişkidir.⁵⁹⁸

3. Hanefiler başkasının malını telef etmeye zorlanan kişinin bu fiilinden doğan zararı zorlayana yüklemektedirler. Çünkü bu olayda zorlanan kişinin rızası ve ihtiyarı ortadan kaldırıldığından zorlayanın aleti durumundadır ve gerçek manada malı itlaf eden zorlayan kişidir.⁵⁹⁹ Hâlbuki aynı şekilde nikâh ve talak gibi sözlü tasarruflara zorlanan kişinin de ihtiyârı ortadan kaldırılmıştır ve aynı durum burada da sözkonusudur.

Ayrıca Hanefilerin, ikrâhın kişinin ihtiyârına tesiri konusundaki görüşlerinde de çelişkiler vardır. Kimi yerde ikrâhın ihtiyârı yok etmediğini ve ifsat ettiğini savunurlarken bazen da ihtiyârı tamamen yok ettiğini, bazı yerlerde de ihtiyâra tesir etmediğini söylemektedirler. Bu konuda da bir karışıklık göze çarpmaktadır.⁶⁰⁰

4. Talak, nikâh gibi sözlü tasarrufların ikrâh halinde geçerli kabul edilmesi tehlikeli ve zararlı sonuçlar doğurur. Nikâh ve talak namusla ilgilidir. Onu helal veya haram kılar. Bunların neseb gibi önemli sonuçları vardır. Bu sebeple bu tür akitler zulüm ve baskıdan uzak bir halde yapılmalı ve akdi yapanların iradelerine daha fazla saygı gösterilmelidir. Mükrehin sözlü tasarruflarını geçerli saymak zalimlere, zorbalara, anarşistlere, hırsızlara uygun ortam hazırlamak demektir. Böylece bu yola başvuran kişi, işlediği suç cinsinden bir cezaya çarptırılmaktan, daha önce üzerinde

⁵⁹⁶ Karadâğî, I, 457.

⁵⁹⁷ Bkz. Kâsânî, VII, 178.

⁵⁹⁸ Karadâğî, I, 457-458.

⁵⁹⁹ Kâsânî, VII, 179.

⁶⁰⁰ Karadâğî, I, 458.

durulan deliller dikkate alınmadan, "Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye acelecilik gösterirse, ondan mahrum bırakılmak suretiyle cezalandırılır" kaidesi gözetilmeden istediğine kavuşacak ve buna da yardımcı olunacaktır. Selim akıl böyle bir kapının açılmasını çirkin bulur, din bunu kabul etmez, aksine bu tür tasarrufların iptal edilip ortadan kaldırılmasını öngörür.⁶⁰¹

Dehlevi, ikrâh altında gerçekleşen talakın geçerli sayılmasının bir tehlikeye de işaret edeceğine değinmiş ve "Eğer mükrehin talakına itibar edilirse, bu zorlama kapısı için bir açma sebebi olur. Bu durumda olan bir güçlü bir zayıfı kaçıtır ve onu insanların bilmeyeceği bir şekilde kılıçla korkutur ve talaka zorlar. Eğer biz hanımına rağbet ettiği halde onun ümidini boşa çıkarırsak ve muradını ters çevirirsek bu durum insanların ikrah yoluyla kendi aralarında zulüm yapmalarına sebep olur."⁶⁰² demiştir.

5. Hanefi ekolünün nasslarda geçen ifadeleri mutlak ifade eder tarzda kabul ettikleri görülmektedir. Gerek ayetlerde ve gerekse hadislerde her halükârda bu tür tasarrufların sahih olduğuna işaret eden bir delâlet sözkonusu değildir ve bu nasslar umumilik ifade etmemektedir. Aksine bu nassların takyîd ve tahsîs'e elverişli olduğunu gösteren deliller vardır. "Allah alış-verişi helal kıldı." ayeti buna örnektir.⁶⁰³ Bu ayetteki *bey'* lafzı her türlü alış-verişin sahih olduğu konusunda genel hüküm bildirmektedir.

Ancak Hanefilere göre de bu ayet ikrâh halindeki alış-verişin fasit olduğu görüşüyle tahsis edilmiş ve bu konumdaki alış-veriş, helal olan alış-verişin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunun gibi Hanefilerin umum ifade ettiğini söyledikleri ayetler, mükreh'in talâkı, nikâhı, köle azadı gibi sözlü tasarruflarının sahih olmadığını ifade eden delillerle tahsis edilmiştir.⁶⁰⁴

İkrâh altındaki irâde beyanlarının geçersiz olduğu görüşü sonraki dönem muhakkikleri ve çağdaş İslam hukukçuları arasında da tercih edilen görüştür. Muasır

⁶⁰¹ Karadâğî, I, 459; Köse, *Diyanet İlmi Dergi*, s. 48.

⁶⁰² ed-Dehlevi, Ebü'l-Feyyâz Ahmed bin Abdürrahîm bin Vecîhüddîn, (Ö.1176/1762), *Huccetullâhi'l-Bâliğa*, (I-II), Thk: Es-Seyyid Sabık, 1.Bsk., Dârü'l-Ceyl, Beyrut, 2005, II, 214.

⁶⁰³ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا, *Bakara*, 2/275.

⁶⁰⁴ Karadâğî, I, 448-449.

İslam hukukçularından Zeydân, şöyle demiştir: "Hanefiler, şaka yapan kimsenin boşamasının geçerli olduğunu kabul ediyorlar. Ayrıca nikâhının da ikrâh altında sahih olduğunu söylüyorlar. Onların bu görüşleri doğruyu yansıtmamaktadır. Çünkü şaka yapan kişi ikrâha maruz kalmış kişi arasında fark vardır. Şöyle ki,

Şaka yapan yaptığı şakanın manasını ve doğuracağı hukuki neticesini bildiği gibi, bu hukuki neticenin sebebinin de serbest irâdesi ile kendisi meydana getiriyor. Hâlbuki mükreh, yaptığı şeyi bir, tehdit altında ve kendisine yönelmiş olan bir eziyeti engellemek maksadıyla yapıyor. Mükreh başkasının sözünü hikâyeye eden bir kimse konumunda bulunuyor. O halde bunların birbiriyle ilgisi nedir? Bunlar, meydana getirecekleri hükümler bakımından birbirlerine nasıl eşit olabilirler? Diğer taraftan şaka ile yapılacak olan bir boşamanın geçerli olacağını belirten "üç şeyin ciddisi de, şakası da ciddidir. Nikâh, talak ve köle azad etmek." mealindeki hadis ve benzerleri vardır. Hâlbuki mükrehin boşamasının geçerli olduğunu belirten herhangi bir nas yoktur.

Ayrıca alış-veriş gibi akitlerde gerekli olan karşılıklı rıza, evlenme ve boşanma gibi daha önemli akitlerde evleviyet yoluyla gereklidir. Çünkü evlenme ve boşanma gibi meseleler, alış-veriş gibi meselelerden daha büyük ve önemli hususlardır. Allah, rızası olmaksızın başkasının malını almayı haram kıldığına göre, evlenme ve boşanma gibi şeylerin karşılıklı rıza olmadan helal olmayacağı yine evleviyet yoluyla sabittir. Bu yüzdendir ki bir velinin rızası olmadan bir kadını evlendirmesi dinde yasaklanmıştır."⁶⁰⁵

Ebu Zehre ve Zerkâ da Zeydan ile aynı görüşü paylaşmışlardır.⁶⁰⁶

Hanefilerin bu konudaki görüşlerinin sosyal hayattaki karşılığının sorunları beraberinde getireceğine dair alimlerin sözleri dikkate alınmış ve Hanefilerin bu görüşü mezheb doktrininde de kimi zaman esnek gösterilmiş, kimi zaman ise değişik hükümlere bağlanmıştır. Mesela İmam Ebu Hanife'nin hocası Nehai'den gelen bir rivayete göre, talak, nikâh vb. feshedilemeyen tasarrufların geçersizliği için tevriye şartı vardır. "Eğer İkrâha maruz kalan kimse, (nikâh ve talak gibi meselelerde) evlenme veya boşama sözlerini söylerken tevriye yaparsa (içinden başka bir söz

⁶⁰⁵ Zeydân, *el-Vecîz*, s.116–118.

⁶⁰⁶ Ebu Zehre, *Usûl*, s.284–285; Zerkâ, *Medhal*, ,1,403.

geçirerek(nikâh veya talakının aksini kastederek herhangi bir ifade kullanırsa) evlenme veya boşanma gibi sözlü tasarrufları geçersiz olur. Eğer tevriye yapmazsa geçerli olur" demiştir.⁶⁰⁷

Hanefî mezhebini resmi mezheb olarak kabul eden Osmanlı devletinde bu hükümler dikkate alındığı için uygulamada büyük sorunlar görülmüştür. Bu sebeple hem nikâh⁶⁰⁸ hem de talak⁶⁰⁹ ile ilgili hükümlerde ()Hanefi mezhebinin dışına çıkmak suretiyle hüküm verilmiş ve kanunlaştırılmıştır.

Türk Medeni Hukukunda da bu kategoride değerlendirilebilecek olan evlilik akdi, borç sözleşmelerinden farklı hükümlere tabi kılınmıştır. Borçlar hukukunda sözleşme ölü doğmaktadır. Oysa ikrah ile bağlanan evlenme akdi ilk başta geçerli ve sahihtir. Ancak iptal edilebilirlik özelliğine sahiptir. Tarafların başvurusu sonucu iptal edilebilmektedir.⁶¹⁰ Böylece ikrah sonucu meydana gelen hukuki işlemin hem *feshedilebilme* hem de *feshedilme davası açılmayana kadar ikraha rağmen bağlayıcı olma* özelliğine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

c. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Hanefilerin ikrâhın hukuki işlemlere etkisi konusundaki düşünceleri genel olarak diğer mezheplerden daha yumuşaktır. Hanefilerin feshedilemeyen hukuki işlemlere etkisi konusundaki görüşleri ise diğer mezheplerden tamamen farklıdır.

⁶⁰⁷ Molla Hüsrev, s.361; Bilmen, I, 238–240.

⁶⁰⁸ Hukuk-i Aile Kararnamesinde şöyle denilmiştir: Nikâh-ı mükreh: Mezheb-i muhtara göre ihtiyar ile vuku bulan nikâh muteberdir. Asırlardan beri icra edilen tecrübeye göre bu hüküm-i muhtar bir takım şerirlere cür'et vermiş ve birçok namuslu ailelerin şeref ve haysiyetini ihlale sebep olmuştur. Nice muhaddirat kaçırılarak imal-i cebr ve şiddede eşirradan birbirine nikâh edilmiş ve muahharan kızlarını kurtarmak için vuku bulan teşebbüsleri akim kalıp bu hal çok kerre büyük felaketler intaç eylemiştir. Hâlbuki nikâh-ı mükrehin âdem-i sıhhatine kail olan İmam-ı Şafî (r.a) Hz.lerinin kavli kabul edildiği takdirde bu türlü fenalıkların önü alınmış olacağından 57. madde müşarün ileyhın re'yine tevfikân tanzim edildi.

⁶⁰⁹ Hukuk-i Aile Kararnamesinde şöyle denilmiştir: Talak-ı mükreh: Bir de talak-ı mükrehin muteber olması cumhur tarafından kabul edilmiş ise de lafz-ı talakın zevcden kerhen sadır olduğu hâkim huzurunda sabit olduktan sonra ona şer'an bir çare bulmaktan aciz kalmak muvafik-ı maslahat olmadıktan başka emsalini teşvik etmek demektir. Hâlbuki Hâniyye'de bir kimse talak-ı ikrara cebrolunub o da ikrar eylese talakı vâkî olmayacağı beyan edildiği gibi Telvîh'de dâhi mükrehen talakın batıl olduğu gösterilmiştir ve İmam-ı Malik b. Enes el-Asbahî Hz.lerinin de makbulü olan re'y-i mezkûr ahval-ı zamana daha muvafik görülmekle 105. madde ona göre tanzim edildi.

⁶¹⁰ Köprülü, Kaneti/ Bülent, Selim, *Aile Hukuku*, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986, s. 103–104.

Hanefiler, feshedilemeyen hukuki işlemlerde ikrâhın hiçbir etkisinin olmadığını, bu tür muamelelerin sahih ve geçerli olduğunu ifade ederken; cumhûr, ikrâhın hukuki işlemi tüm dal ve budaklarıyla etkilediğini ve ikrâhın etkisiyle meydana gelen bir hukuki işlemin hükümsüz olduğunu, bu hukuki işleme hiçbir hükmün terettüp etmediğini kabul etmiştir. Görüşlerinin mantıksal açıdan daha güçlü olması ve delil olarak getirdikleri hadislerin daha sahih olması sebebiyle cumhurun görüşleri tercihe şayandır.

Toplumsal hayatta evlilik ve boşama gibi oldukça önemli iki konuyu ikrâha rağmen geçerli kabul etmek, İslam'ın muamelelerde karşılıklı rızaya verdiği önemle çelişmektedir. Bu aynı zamanda hükmün kötü niyetli kişiler tarafından kötüye kullanılmasının kapısını açar.

Hanefilerin ikrâhı şaka ile kıyas etmeleri, bu hükme ulaşmalarında önemli rol oynamıştır. Hanefilerin görüşlerine verilen cevaplarda da belirtildiği gibi bu kıyas sorunludur. Kıyas öncülleri, ikisinin de iç irâdeleri ile dış irâdelerinin birbirlerine uymaması gibi görünebilir. Ancak gerçekte ikrâhta zaten iç irâde (rıza) yoktur. Başkasının zorlamasıyla sadece dış irâde (irâde beyanı) vardır.

Tarihsel süreçte bazı Hanefi usulcülerin cumhurun görüşleri doğrultusunda hüküm vermeleri, evlilikte denklik olduğu takdirde ikrâh sonucu meydana gelen evliliğin geçerli olacağı şeklinde sınırlamalar getirilmiş olması, cumhûrun görüşlerinin kanunlaştırılması, günümüz fıkıhçılarının da cumhurun görüşlerini kabul etmeleri bu konuda artık bir ihtilafın kalmadığını göstermektedir.

İkrâh sonucu meydana gelen bir evlilik akdinin butlanına hükmedilmesi, evliliğin gerçekleşmediği anlamına gelir. Ancak Hanefilere göre, zorlama ile evlenmeyi kabul edenin nikâhı sahih sayılmaktadır. Bununla beraber mehrin miktarı ve tarafların birbirlerine denk olup olmamaları, (küfü) cebren yapılan nikâhın, zorlama kalktıktan sonra, devam edip etmeyeceğinde etkili olmaktadır. İkrâh sebebiyle bir tazminat gerekirse o tazminat mükrihe ödettirilir. Mesela bir adam, mehr-i müsemma ile bir kadınla evlenir ve duhulden önce boşanmaya zorlansa talak

sahih olur. Ancak kadına verilmesi gereken mehri kendisi değil, boşamaya zorlayan mükrih öder.⁶¹¹

Hüküm, bunu ifade ettiğine göre günümüzde ikrâh altında gerçekleşen nikâh ve talak da dâhil her türlü hukuki muamelenin gayr-ı sahih hükmüne dâhil olduğunu ifade etmek mümkündür.

İkrâhın hukuki işlemlere etkisi ile ilgili görüşleri, Hanefilerin bu sistematığına göre nakletmeye devam edeceğiz. Tüm görüşler aktarıldıktan sonra ikrâha bağlanan sonuçlar açıklanacaktır.

B. İKRÂHIN FESHEDİLEBİLEN HUKÛKÎ MUAMELELERE ETKİSİ

Feshedilebilen sözleşmeler, sözlü tasarrufların en önemli türünü teşkil etmektedir. Bunlar, *alışveriş, kira, şufa, sulh, kefalet, vekâlet, vakıf, hibe, ibra, vedia, rehin* gibi v.b mülk edinmeye sebep olan hukuki işlemlerdir. Bunlar Hanefilere göre feshedilebildikleri için feshedilemeyen hukuki işlemlerden farklı hükümlere bağlanmışlardır. Bunlar daha ziyade borçlandırıcı ve karşılığında bir bedel olan mali muamelelerdir.

Fukaha, mali akitlerde rızanın şart olduğu konusunda ittifak halindedir. Yine haklı bir sebebe dayanan ikrâhın satışın sıhhatine zarar vermeyeceği konusunda da hemfikirdirler. Sözelimi, alacaklı borçluyu mahkemeye vermekle tehdit etse bu tehdit caiz olduğu için hukuki sonuç doğurur.⁶¹²

Haksız bir yere hukuki işleme zorlanan kişinin rızasının olmaması durumunda hukuki işlemin bağlayıcı olmadığı konusunda da fikir birliği mevcuttur. İhtilaf, bağlayıcı olmayan akdin, hükümsüzlük halleri olan butlan(kesin hükümsüzlük), Fesad (geçersizlik) ve mevku (bağlı)tan hangisi hali aldığı konusunda meydana gelmiştir. Hukuki işleme bağlanan sonuçlar da akdin hükümsüzlük hallerini teşkil eden bu durumlara göre değişmektedir.

Hukuki işlemler iki veya daha fazla kişi arasında meydana geldiğinden ikrahın kime yönelik olduğu da gündeme gelir. Bir kimse bir şeyi satmaya veya satın

⁶¹¹ Bilmen, VII, 323.

⁶¹² Zerkâ, I, 400.

almaya zorlanırsa bu kimsenin yapmış olduğu hukuki tasarruf geçerli olmaz. Hanefilere göre müşteri, ikrâh ile satılan şeyi teslim aldığı anda onun maliki olur.

Satım akdinin her iki tarafı da ikrâha maruz kalırlarsa taraflardan her biri ikrâhın ortadan kalkmasından sonra muhayyer olurlar. Buna göre, alıcı malı teslim aldıktan sonra icazet verirse sadece onun hakkında akde icazet verilmiş olur ama satıcının muhayyerliği devam eder. Tarafların her ikisi de ikrâhın ortadan kalkmasından sonra akde icazet verirlerse bu durumda her ikisinin de muhayyerliği sona erer.⁶¹³

Satım akdinde ikrâhtan bahsedebilmek için ikrâhın gerek satışın yapılması esnasında ve gerek teslimde mevcut olması gerekir. Aksi halde bir kimseye satması için zor kullanılır fakat teslim etmesi için zor kullanılmaz ise ikrâhın varlığında söz edilemez. Böyle bir durumda hukuki işlem geçerli olur. Teslim süresine kadar zorlamanın devam etmemesi, kişinin hukuki işlemleri rızası ile imzaladığı anlamına gelir.

Yine hukuki işlemin kendisine değil de sebebine zorlanmak da gündeme getirilmiştir. Bir kimsenin, meselâ para ödemeye zorlanan kimsenin malını satmak zorunda kalması doktrinde genelde zarûret halinde satımın bir türü olarak görülür ve ikrâh altında yapılan satım akdi konusundaki görüş farklılıkları belli ölçüde bu konuya da yansır. Ancak fakihler hukukî işlemlerde istikrar ve hukuk güvenliğini sağlayabilmek, iyi niyetli üçüncü şahısların haklarını koruyabilmek için bu tür satımları ilke olarak geçerli sayma eğilimindedir.

Meselâ Hanefiler, malın piyasa değerine göre aşırı fiyat farklılığı ile (gabn-i fahiş) satımı halinde muztarın alım satımını fâsid sayar. Bu tür satım Mâliki mezhebinde "bey'u'l-madgüt" adıyla anılmakta olup mezhepte bir görüş böyle bir akdin sahih ve bağlayıcı (lâzım), ağırlıklı görüş ise sahih fakat gayri lâzım olması yönündedir. Diğer mezheplerde de benzeri tartışmalar vardır.⁶¹⁴

Bu bölümde öncelikle görüşler, delilleri ile beraber verilecek ardından her bir görüşe göre hukuki işleme bağlanan sonuçlar ele alınacaktır. Diğer mezhepler

⁶¹³ Bilmen, VII, 324.

⁶¹⁴ Bardakoğlu, "İkrah", *İA*, XXII, s.33.

açısından ise burada ifade edilen hükümler tüm hukuki işlemler için geçerli sayılmaktadır.

Konu ile ilgili genel bilgiler verdikten sonra İslam hukukçularının görüşlerini delilleriyle vermeye başlayabiliriz.

1. Hukûkî Muamelenin Fasit Olduğu Görüşü

Ebu Hanife, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre ikrâh altında gerçekleşen mali akit, münakid olmakla beraber fasittir (geçersizdir). Bu görüş sahipleri, akdin sıhhat şartı olan rızanın bulunmamasını, akdin butlanına değil, fesadına sebep saymışlardır. Konu ile ilgili getirdikleri ilk deliller, akdin fesat sebeplerini açıklama mahiyetini görmektedir. Sonraki aşamada getirilen deliller ise fasit akdin sonuçlarına yöneliktir. Ancak şu kadarını söylemek gerekir ki ikrâhın etkisiyle meydana gelen akitte, diğer fasit akitlerde olduğu gibi malın alınması (kabzedilmesi) ile beraber hakkın taşınması gerçekleşir.

Mükrehin baskı ve korku altında satış bedelini kabzetmesi veya satılan şeyi isteyerek teslim etmesi de akdi bağlayıcı hale getirir. Ancak mükrehe, ikrâh halinin zevalinden sonra (korkutma ve tehdidin etkisinin bitmesinden sonra) muhayyerlik hakkı vardır. İsterse imzalar ve geçerli olur isterse de akdi feshedip satmaya zorlandığı malını geri alır.⁶¹⁵ Bu görüş sahipleri aşağıdaki delilleri getirmişlerdir.

1. İkrâh, akitlerde rızayı ortadan kaldırmaktadır. Bu tür akitlerde rıza akdin inikad şartı değil, sıhhat şartıdır. Sıhhat şartı olduğu için ikrâhın etkisiyle meydana gelen akit, fasit olur. Eğer inikad şartı olsaydı akit batıl olurdu. İkrâh, rızayı ortadan kaldırdığında akdin sıhhati da beraber ortadan kalktığı için akit, fasit şartlardan etkilenmiş gibi fasit hale gelir. Akdin sıhhat şartı olan rıza mevcut olmayınca şarta dayanan lüzum (bağlayıcılık) da gerçekleşmez. Ancak ikrâhla da olsa sözkonusu hukuki muamele, tam ehliyetli kişi tarafından akde konu olan eşya üzerinde sağlıklı bir şekilde gerçekleşmiştir.⁶¹⁶

⁶¹⁵ Mevsilî, II, 260; Zuhaylî, V, 406.

⁶¹⁶ Mevsilî, II, 261.

2. Fasit akitlerin içinde, bağlayıcılığı taraflardan birinin onayına bağlı olan mükrehin akdidir. Diğer fâsit tasarruflar icâzetle geçerli hale gelmezler. Çünkü diğer fasit akitlerin fesat sebeplerinde Şari'nin hakkı, ikrâhta ise kişinin hakkı zarar görmektedir. Sözgelimi; mahiyetinde cehalet bulunduran veya içinde faiz olan bir akitte Allahın hakkı bulunduğu için kulun rızasına ve onayına bağlanarak ortadan kaldırılamaz. İkrâh ile fasit hale gelen akit ise, kul hakkına dayandığı için hakkın ortadan kalkması, mükrehin icazet ve rızasına bağlanmıştır.⁶¹⁷

3. İkrâhın etkisiyle meydana gelen akdin geçersiz olmasına rağmen kurulmuş sayılması akdin taraflarının icap ve kabulü gerçekleştirmiş olma gibi bazı özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Akdin fasit olması ise, akdin sıhhat şartı olan rızanın olmayışından kaynaklanmaktadır. Şart olan rıza olmayınca sıhhat şartının sonucu olan bağlayıcılık da meydana gelmemektedir. Akdin münakid (kurulmuş) olması ve kurulmuş olmasının bir sonucu olarak mülkün taşınmasını ifade etmesi ise akdin rüknü ve kurucu unsuru olan icap ve kabulün gerçekleşmiş olmasından kaynaklanmaktadır.⁶¹⁸ Böylece bağlayıcı olmadan akdin kurulmuş olması mümkün hale gelmektedir.

2. Hukûkî Muamelenin Mevkûf Olduğu Görüşü

Hanefîlerden Züfer,⁶¹⁹ Malikîlerin çoğunluğu⁶²⁰ ve Hanbelîlerin bir kısmı,⁶²¹ ikrâhın etkisiyle kurulan akdin mükrehin onayına bağlı olmasını ifade eden mevkuf bir akit olduğunu düşünmüşlerdir. Bunlara göre akit, başlangıçta fasit olarak değil, sahih olarak meydana geldiği için geçerlidir. Ancak yürürlüğü mükrehin onayına bağlanmıştır. Bu onay bekleme durumu, akdi mevkûf hale getirmektedir.

Akdin hükümsüzlük halleri kısmında da belirtilmiş olduğu gibi Hanefîler ve Malikîler, sahih akdi *mevkuf* ve *nafiz* olmak üzere iki kısma ayırmışlardır. Nafiz akitler, derhal yürürlüğe giren, mevkuf akitler ise izin ve onaya bağlanan akitlerdir.

⁶¹⁷ Kâsânî, VII, 186; Ali Haydar, II, 661.

⁶¹⁸ Kâsânî, VII, 186.

⁶¹⁹ Kâsânî, VII, 186; Merğînânî, III, 275.

⁶²⁰ Düsûkî, III, 6; Haraşî, V, 9.

⁶²¹ Merdâvî, XI, 16.

İkrâh sonucu meydana gelen akit, derhal yürürlüğe girmediğinden ve mükrehin iznine bağlanmış olduğundan mevkûf bir akid sayılmaktadır.

Nafiz akitler de *lazım* ve *gayrı lazım* olmak üzere iki kısma ayrılır. Akitlerin bir kısmı, bazı hallerde hepsi, taraflardan birinin tek yanlı iradesiyle feshedilebilir. Eğer tek yanlı irâde ile feshedilemiyorsa lazım, eğer tek taraflı irade ile bozuluyorsa ve muhayyerlik imkânı veriyorsa gayr-ı lazım olur. İkrâhla meydana gelen akit mükrehin tek taraflı irade beyanı ile bozulduğundan ayrıca gayr-ı lazım bir akit de sayılır. Neticede Malikîlerin lüzûm ile nefâzdaki maksatları aynı olduğundan ikisi de mevkûf akit hükmünü ifade etmektedir.

Bu görüş sahipleri de öncelikle akdin neden mevkûf olduğunu ve fasit akit sayılmadığını açıklamaya ağırlık vermişlerdir. Bunların delillerini aşağıya alıyoruz.

1. Mevkûf akit, geçerli olmasına rağmen yürürlüğü tamamen mükrehin onayına bağlıdır. O halde malın kabzedilmesi ile mülkün taşınması gerçekleşmez. Bu açıdan düşündüğümüzde ikrâhın etkisiyle meydana gelen bir akitte, alışveriş ve köle azadı gibi hiçbir hakk değişimi, mükreh tarafından onaylanmadığı sürece gerçekleşmez.⁶²²

2. Akdin yürürlüğü mükrehin onayına bağlı olduğu için akit sahihtir. Dolayısıyla bu akdi biz fasit akitlerden sayamayız. Çünkü fasit bir akit hiçbir şekilde sahih akit haline gelmez. Nitekim ikrâh dışındaki fasit akitlerde hüküm böyledir.⁶²³

3. Malını satan mükrehin, ikrâh hali bittikten sonra malını geri isteme hakkı vardır. Bu süreç içinde sözkonusu mal veya menfaat birkaç alım ve satımdan geçip el değiştirse bile sözkonusu hüküm değişmez. Ama fasit bir akitte böyle bir hüküm mevcut değildir.⁶²⁴

4. Mükrehin satışı, fuzûlî (yetkisiz temsilci) nin satışına benzer. Çünkü ikisinde de başkasının malı kişinin emri ve isteği olmadan satılmakta, onayı olmadan

⁶²² ed-Derdîr, Ebu'l-Berekât Sîdî Ahmed b. Muhammed, (Ö.1201/1786), *eş-Şerhu's-Sağir ala Akrahi'l-Mesalik ila Mezhebi'l-İmam Malik*, (I-IV), Thk: Mustafa Kemal Vasfi, Darü'l- Maârif, Kahire, t.y., III, 18.

⁶²³ Zuhaylî, *Fıkhü'l-İslami*, V, 406-407.

⁶²⁴ Zeylaî, V,183.

söz konusu satış bağlayıcı hale gelmemektedir. Bu sebeple mükrehin akdi fasit sayılamaz.⁶²⁵

5. Akdin tarafları, aralarındaki sözleşmenin hezl (şaka) olduğunu ve akdi kastetmediklerini açıklasalar, ikisinin irâde beyanları da birbirleriyle uyumlu olduğundan satın alan kişinin malı kabzetmesi onu mal sahibi yapmaz. Satıcı, mükreh bir konumda olduğu zaman kendisi için de aynı hüküm geçerli olur.

Genel olarak Hanefilerin akdin mevkuf olduğuna karar verdikleri söylenebilir. Çünkü fasit akit, icazet ile sahih hale gelmez. Nitekim bu görüş Mecelle'nin kararlarına yansımıştır.⁶²⁶ Ancak Mecelle'nin verdiği kararın mezhepteki iki görüşün de tercihlerine uygun olduğunu söyleyenler vardır. Buna göre, Mecellede ikrâhın ortadan kalkmasından sonra icazet hakkının verileceğinden bahsedilmesi önemlidir. Çünkü ikrâhın etkisiyle fasit hale gelen hukuki işlem, ikrâhın etkisi bittikten sonra sahih hale gelmektedir.⁶²⁷

İmam Züfer'in bu tür akidleri fâsid değil de mevkuf olarak adlandırmasının sebebi fâsid bir akdin sonradan geçerli kabul edilmesinin doğru olmayacağını düşünmesidir. Züfer'in bu görüşü mezhep içerisinde eleştiri almış olsa bile günümüz İslam hukukçuların tercih ettiği görüştür. Modern hukukta da bu görüşe benzer bir anlayış mevcuttur.

Malikîlerin ikrâh altındaki hukûkî muameleyi *mevkuf* değil *gayr-ı lazım* olarak telakki ettikleri görüşü de mevcuttur. Mevkûf ile gayr-i lazım arasında aynı hükmün farklı yorumlanması dışında bir fark bulunmadığından bazı eserlerde iki görüş bir sayılmıştır. Bizim düşüncemiz de aynı doğrultu da olduğu için ikisini aynı başlık altında sunmayı tercih ettik.

Öte yandan Malikîlere göre ikrâhın etkisiyle meydana gelen hukuki muamele, feshedilebilen hukuki işlemlerde gerçekleştiğinde mevkuf, talak ve nikâh gibi feshedilemeyen hukuki işlemlerde gerçekleştiği zaman gayr-ı lazım olur.⁶²⁸

⁶²⁵ Haraşî, V, 9.

⁶²⁶ Mecelle md. 1006.

⁶²⁷ Erdem, s.72.

⁶²⁸ Âmirî, Hail Hazzam Mehyub, *Nazariyyetü'l-İkrahî'l-Medenî Beyne's-Şeria ve'l-Kanûn*, el-Mektebü'l-Câmiyyi'l-Hadis, İskenderiye, 2005, s.202–203.

Netice itibariyle ikrâh sonucu meydana gelen hukuki işlem, rükünlerinden müteşekkil bir halde gerçekleştiği için geçerlidir. Ancak taraflardan birinin rızası olan sıhhat şartı bulunmadığı için bağlayıcı hale gelmemektedir.

3. Hukûkî Muamelenin Batıl Olduğu Görüşü

Malikîlerden İbn Cüzey,⁶²⁹ Şaffîler,⁶³⁰ Hanbelîlerin çoğu⁶³¹ ve Zahirîler, ikrâhın etkisiyle meydana gelen akdin hükümsüz(batıl) olduğu yönünde görüş bildirmişlerdir. İkrâh altında söylenen sözler lağv hükmündedir, kendilerine itibar edilmez. Akdin butlanı, kendilerine herhangi bir hükmün bağlanmaması demektir. Akdin esaslarından biri olan rıza, ikrâhın etkisiyle meydana gelen hukuki işlemde eksik olduğu için sözkonusu akit, meydana gelmemiş sayılır.

İbn Hazm bu konu ile ilgili olarak “ *Mükrehin herhangi bir söz söylemeye zorlanması hiçbir şeyi gerektirmez. Çünkü mükreh, zorlandığı sözün lafızlarının sadece hikâyecisidir. Hikâyeci konumunda olana hiçbir şeyin gerekmediği konusunda ise ihtilaf yoktur.*”⁶³² demiştir.

Bunun modern hukuktaki karşılığı hükümsüzlüktür. Bu görüş sahiplerinin getirmiş olduğu deliller şunlardır:

1. Ticari işlemleri ve özellikle alışverişi karşılıklı rızaya dayandıran ayet⁶³³ ve hadisin⁶³⁴ hükmü, beraberinde şu hükmü de bize açıklamaktadır: Karşılıklı rızayla meydana gelmeyen ticarete, başkalarının malları yenilmiştir.⁶³⁵ Bu ayet ve hadise

⁶²⁹ İbn Cüzey, Ebü'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbî, (Ö.741/1340), *el-Kavânînü'l-Fıkhîyye*, Thk: Muhammed b. Seydi, Kuveyt, t.y., s.391.

⁶³⁰ Nevevî, *Minhâc*, s.210; Suyûtî, s. 203.

⁶³¹ el-Kermî, Ebu Bekr el-Makdisî el-Hanbelî Mer'i b. Yusuf, (Ö.1033–1624), *Delilü't-Tâlib li Neyli'l-Metâlib*, Thk: Sultan b. Abdurrahman, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, t.y., s. 243.

⁶³² İbn Hazm, VIII, 329.

⁶³³ *Nisa*, 4/29.

⁶³⁴ İbn Mâce, 18/2186.

⁶³⁵ Şirbînî, II, 12.

göre başkalarının malının yenilmiş sayılmaması için ticari akitler, karşılıklı rıza ile yapılmalıdır.⁶³⁶

2. Küfür sözü telaffuz etmeye zorlamanın bir sonuç doğurmadığını ihtiva eden ayetin hükmüne göre, sözlü bir tasarruf olan akitlerin de ikrâhın etkisiyle hukuki sonuç doğurmaması gerekir.⁶³⁷ Büyük sorumluluk gerektiren küfür kelimesi eğer tasarrufların etkisini düşürüyorsa ondan küçük olan tasarrufların da etkisini düşürür.⁶³⁸

4. Doktrinal Tartışmalar ve Görüşlerin Değerlendirilmesi

a. Görüş Sahiplerinin Konu ile İlgili Tartışmaları

İkrâhın feshedilemeyen hukûkî işlemlere etkisi konusunda olduğu gibi feshedilebilen hukuki işlemlere etkisi konusunda da doktrinde tartışmalar yapılmıştır. Görüş sahipleri, birbirlerinin delillerini karşılıklı olarak eleştirmişlerdir Konuya ışık tutması açısından bir kısmını aşağıya alıyoruz.

Mükrehin satışını batıl olarak nitelendirenler, mükrehin satışının mevkûf veya fasit olduğunu ifade edenleri aşağıdaki delilleri getirmek suretiyle eleştirmişlerdir:

1. Mükrehin satışı, mal sahibinin icazetine dayanması yönüyle mevkûf satışa, temliğin (mal sahibi olmanın) caiz olmaması yönüyle fasit satışa benzer. Bu iki benzerlikten mevkûf satışa benzediği için, malik ne zaman satışa icazet verirse mevkûf akit caiz olup kurulur. Fasit satışa benzediği için de kabzedildikten sonra mülk ifade eder. Burada birbirlerine benzeyen iki yönden her biri ile amel edilmiş olmaktadır. Oysa biz bir akdin mevkûf olduğunu kabul ettiğimizde malın kabzedilmesi ile birlikte mülk edinmenin de gerçekleştiğini kabul etmiş olmaktadır. Bu durumda yekdiğerine benzeyen iki durumdan biri olan fasit akde benzerliği

⁶³⁶ Omar, Muhammad Naim, "The Effects of Duress on Contract under Islamic Law" *Labuan Journal of Muamalat and Society*, 2009, 3. pp. 1-8, s.6.

⁶³⁷ Şirâzî, III, 10.

⁶³⁸ Şâfiî, III, 236.

ortadan kalkmaktadır. Oysa hükümlerin biri ile amel edilebilir.⁶³⁹ Bu benzerlik, akdin ne fasit ne de mevkuf olduğunu göstermektedir. O halde sözkonusu akit batıldır.

2. Mükrehin satışı, muhayyerlik şartının bulunduğu şartlı satışlardan biri değildir. Çünkü muhayyerlik şartının bulunduğu satışta satıcı, satışın niteliğine değil, satışın kendisine razıdır. Mükreh ise satışın kendisine razı değildir.⁶⁴⁰

Mevkûf görüşünün tarafları ikinci eleştiriye şu şekilde cevap vermişlerdir:

Muhayyerlik şartı ile satan kişi, filhal (anında) sebebine razı değildir. Çünkü onu bir şarta bağlı hale getirmiştir, şart gerçekleşmeden onun rızası tamamlanmış sayılmaz. Böylece şartlı satış, mükrehin satışından daha zayıf olur. Çünkü mükreh, kendi nefsinden şerri defetmek için satışa razı olmuştur. Fakat o hükmün bizzat kendisine razı olmuş değildir. Çünkü mükreh, iki şerri görmüş ve hafif olan şerri ağır olana tercih etmiştir. Bu davranışıyla mükreh, satışı kasteden ve onu seçen bir kişi durumuna gelmiştir, lakin seçimi işlemin kendisine yönelik değil, nefsinden şerri defetmeye yöneliktir.⁶⁴¹

3. İkrâhın etkisi bittikten sonra mükrehin hukuki işlemi geri alma hakkı, sözkonusu mal elden ele geçse bile -diğer fasit satışlarının aksine- devam eder. Çünkü genel kurala göre müşteri bir malda tasarrufta bulunduğu zaman satıcı tekrar o malı geri almaz. Böylece o, yetkisiz temsilcinin sözleşmesi gibi olur.

Buna ise şu şekilde cevap verilmiştir:

Satışlardaki fesat, şeriatın hakkı içindir. Birinci müşteri, onda tasarrufta bulunduğu zaman ikinci satışta kulların hakkına (ikinci müşterinin hakkına) bağlanır. İnsanın muhtaç olması, Allahın ise hiçbir şeye muhtaç olmaması gerçeğinden hareketle kul hakkı, Allahın hakkından önce değerlendirilmiştir.

Mükrehin satışına gelince, hem ilk satış hem de ikinci satışta bünyesinde kul hakkı barındırmış olduğu gerçeği kabul edildiği için malını geri alabilme hakkı vardır. Bu şartlara göre, iki hak müsavidir, ikinci hak için birinci hak iptal olmaz.

⁶³⁹ el-Muhammed, Muhammed Mahmud, *Eserü'l-İkrâh fi'l-Muâmelâti'l-Mâliye*, Mecelletü'd-Dirasati'l-İctimaiyye, Sayı:12 (Temmuz-Aralık), 2001,s.189-249, s. 219'da, Kifâye, VII, 169. den naklen.

⁶⁴⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 54.

⁶⁴¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 55.

4. Mükrehin satışı, şakacının satışı gibidir. Eğer alıcı ile satıcı arasındaki satışın şaka olduğu geçerli sayılsa o zaman müşteri satılı malı kabzetmekle mülk elde etmez. Satıcı mükreh olduğunda da durum aynıdır.

Buna verilen cevap şöyledir:

Şakacı, satışın aslına razı değildir. Çünkü satış, şeriat açısından üzerine hüküm terettüp eden ciddi bir işlemin ismidir. Hezl (şaka), ciddiyetin zıttıdır. İkisinin mülkün sebebi olan ve tüm şart ve rükünleriyle yerinde olan akdi içeren mülkün sebebi konusunda bir araya gelmeyecekleri açıktır. Şakacının aksine mükreh ciddiyete davet edilmektedir ve bu davet sonucu yaptığı da ciddiyet gerektirmektedir. Davet edildiğinin aksini yerine getirirse itaat ehli(gönüllü) olur. Bu yönüyle mükrehin satışı şakacının satışından daha güçlüdür. Mükreh açısından fiilin ortadan kalkması ancak fiilin mükrihe nispet edilecek hale gelmesi ile olur. Bu ise mükrehin mükrihin aleti olması ile sınırlı tutulmuştur. Alışverişlerde ise mükrehin, mükrihin aleti olmasına imkân yoktur. Çünkü başkasının diliyle konuşma, bu tasarruflarda gerçekleşmemektedir.⁶⁴²

b. Görüşlerin Değerlendirilmesi

İkrâhın feshedilemeyen hukuki işlemlere etkisinde tercih ettiğimiz görüş akdin mevkuף sayan görüştür. Akdin fasit sayılması ile mevkuף sayılması arasında pratikte bir fark bulunmamaktadır. Hukuk sistematığı açısından bakıldığında fasid bir işlemin sahihe dönüşmesi kabul edilecek bir durum değildir. Günümüz modern hukuk kitaplarının ikrâhı irade sakatlığı olarak saymaları ve mükrehe *iptal edilebilirlik* hakkını vermeleri bu görüşün uygulanmaya elverişli ve hakların gözetilmesi noktasında tercih edilmeye sebep olduğunu göstermektedir.

Akadin tamamen hükümsüz olduğu şeklindeki görüşü, ikrâhın psikolojik baskı içermesi sebebiyle aşırı bulduğumuzu ifade etmek isteriz. Netice itibarıyla bunu iradesi elinden alınmış olan mükrehin onayına bırakmak karşılıklı rıza prensibine daha uygundur.

⁶⁴² Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 54–55.

Modern hukuk sistemlerinde hüküm de, iptal edilebilirliği ifade eden mevkuf olma halidir. Borçlar hukukunda bu yönde tartışmalar yapılmıştır. Konuya ışık tutması ve mukayese imkânını vermesi için pozitif hukukumuzdaki ikrahın hukuki işlem üzerindeki etkisinden kısaca bahsedilecektir.

6098 sayılı borçlar kanununun 37. maddesinde "*Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir.*" denilmektedir. Buna göre borçlar hukukunda ikrâh, iptal edilebilirlik özelliğine sahiptir. Fakat bu seçim için mükrehe bir yıl gibi bir zaman tanınır. Bu zaman geçtikten sonra mükrehin icazet veya fesih hakkı ortadan kalkar. Bu konuyu *ikrah ile sakatlanan hukuki işleme bağlanan sonuçlar* kısmında ele alacağız.

İkrâh ile sakatlanan sözleşmenin kurucu unsurları mevcut olduğu için yoklukla malul değildir. Çünkü ikraha maruz kalanın iradesi sakatlanmış olsa da, bir irade beyanı mevcuttur.⁶⁴³

Şafî ve Hanbelîlerin sonuçlarını ağır tutmaları, ikrâhın gerçekleşme şartlarıyla paralel olmuştur. Hanefilerin gayr-ı mülci ikrahın gerçekleşme şartlarını oldukça hafif tuttıkları, Malikîlerin de eza ve elem veren her acıyı fiziksel bir baskı olmazsa bile ikrâhın gerçekleşmesi için yeterli kabul etmeleri bu iki mezhebin ikrâhın sonuçlarını da hafif görmelerini sağlamıştır.

Genel sonuç itibariyle hukuki işlemlerin hükümleri, Hanefilerin tabir ettiği vecihle ister fesh olunabilirlikleri olsun isterse de olmasın ikrâhın etkisiyle değişmektedir. Ancak bu değişimin kapsamı tartışmalıdır. Karşılıklı rıza önemli bir esas olduğundan ikrâhın etkili olması doğaldır. Bir daha onarılamaz bir etki ile nitelendirmek de tamamen rıza ile yapılmış gibi kabul de yanlış bir tercih olacaktır.

C. İKRAHLA SAKATLANAN HUKÛKÎ MUAMELELERE BAĞLANAN SONUÇLAR

Akitlerdeki hükümsüzlük hallerine bağlanmış bazı hukuki sonuçlar bulunmaktadır. Her bir hükümsüzlük halinden doğan sonuç farklıdır. İkrâh ile sakatlanan hukuki işlem, bu hükümsüzlük hallerinden hangisine bağlanmışsa ona

⁶⁴³ Sevindik, s. 62.

göre sonuç doğurur. Sözelimi geçersiz akitler ile kesin hükümsüz akitler aynı hükme tabi değillerdir. Bu perspektiften İslam hukukçularının görüşüne bakalım:

Kesin hükümsüzlüğü ifade eden ve klasik doktrinde *batıl* olarak ifade edilen cumhurun görüşü esas alındığında ikrâhın etkisiyle sözleşmenin baştan itibaren bağlanmadığı kabul edilecektir. Onlara göre mükrehin tasarrufları hükümsüzdür. Bu sebeple akit yapılmamış sayılır. Çünkü hukûkî muamele baştan ölü olarak doğmuştur. Bu sebeple bu görüş sahipleri, akdi feshedilebilen ve feshedilemeyen akitler şeklinde bir ayrıma tabi tutmamışlardır. Yine onlara göre akdin bağlayıcı ve askıda akitler şeklinde bir tasnifi bulunmamaktadır. Mali akitler olsun diğer akitler olsun, taraflarda karşılıklı rıza mevcut olmadığı için ikrâh etkisiyle hükümsüz hale gelmektedirler.

Bu görüşe göre değerlendirme yapıldığında akdin taraflara hiçbir hak ve sorumluluk yüklediği sonucu çıkar. Dolayısıyla sözkonusu hukûkî muameleye bağlanacak yeni bir hukûkî neticeden bahsedilemez.

Ancak akdin fasit, mevkuf veya gayr-ı lazım şekillerinden biri ile sakat olarak doğduğu görüşü tercih edildiğinde bu sonuca bağlı olarak yeni hükümlerin ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır. Hanefî ve Malikî hukukçular, ikrâh sonucu meydana gelen ve kesin hükümsüzlük içermediği hükmü verilen akitlere üç sonucun bağlandığını tespit etmişlerdir. Bunlardan birincisi; mükrehin akdi feshedebilme ve bu feshe bağlı olarak ikrâh ile sattığı mal ve menfaatini geri alabilmesidir. İkincisi; ikrâh sonucu imzalamak zorunda kaldığı sözleşmeden doğan zararların telafisi için tazminat alabilmesidir. Son olarak da gerektiğinde sözleşmeye onay vererek, askıda olan hukuki işlemi bağlayıcı hale getirmesidir.

Bu sonuçlar, ikrâh ile meydana gelen bir hukuki işlemin mükrehe haklar kazandırdığını, mükrihe ise sorumluluklar yüklediğini göstermektedir.

Malikîler, akitleri feshedilebilen ve feshedilemeyen akitler şeklinde bir ayrıma gitmedikleri için aşağıya alacağımız tespitleri hukuki işlemlerin hepsinde geçerli olan tespitlerdir. Hanefilerin bu kısımda açıklayacağımız tespitleri feshedilebilen hukuki işlemlerle sınırlıdır.

Aslında başkasının irâdesine baskı yaparak onu istemediği davranışlarda bulunmaya zorlamak sadece hukuki sorumluluk değil, cezai sorumluluk ve dini

sorumluluk da yükler. İkrâhın öldürmeye etkisi kısmında açıkladıklarımızdan da anlaşıldığı gibi bazı fıkıhçılara göre, ikrâha sebep olan kişi salt ikrâh zulmü sebebiyle göreceği uhrevi ceza dışında ayrıca öldürmenin cezası olan kısas veya daha hafifletilmiş hali olan diyet ile cezalandırılmaktadır.

Konu ile ilgili genel bilgiler verdikten sonra ikrâha bağlanan hukuki sonuçların açıklamasına geçebiliriz. Bu bölümde sözkonusu iki mezhebin görüşlerine başvurulacaktır. Sadece tazminatın sebebi konusunda genel bir değerlendirmeye gidilecektir.

1. Mükrehin Hukûkî Muameleyi Feshedebilmesi ve Malını Geri Alabilmesi

Fesih, kelime olarak bozmak, bağı çözmek, bir şeyi izale etmek ve kaldırmak gibi anlamlara gelir.⁶⁴⁴ Terim olarak ise akdin bağına çözmek demektir.⁶⁴⁵

Hukuki işlemin fasit(geçersiz) ve mevkûf (askıda) olduğunu düşünenlere göre mükrehin, sözleşmeyi feshedip malını geri alma hakkı vardır.⁶⁴⁶ Malın geri alınması, fesih sonucu elde edilen bir haktır. Mükreh, hukuki işlemi feshettikten sonra malını geri alır.

Hukukî işlemin batıl olduğunu düşünenlere göre sözleşme zaten baştan geçerli olmadığı için hukukî sonuç doğurmaz. Bu sebeple mal, mülk sahibinin elinde kalmaya devam eder. Dolayısıyla mükrehin akdi feshedebilmesi ve malını geri alabilmesi, akdin kesin hükümsüzlük ifade etmediğini düşünenlerin düşünmüş oldukları bir haktır.

Doktrinde mükrehin, ikrâhın etkisi bitikten sonra sözleşmeyi feshedip malını geri alma hakkına sahip olduğu ifade edilmiş ise de bu hakkının hangi şartlarda gerçekleşeceği konusu tartışılmıştır. Şimdi bunları ele almaya çalışalım.

Sözleşmeyi gerektiğinde feshedebilme hakkı sadece mükrehe tanınmıştır.

⁶⁴⁴ Feyyûmî, "f-s-h" mad.

⁶⁴⁵ İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrahim el-Mısrî, (Ö. 970/1563), *el-Eşbâh ve'n-Nezair*, Thk: Muhammed Mutî' el-Hafız, Darü'l-Fıkr, Dımeşk, 1983, s. 402.

⁶⁴⁶ Kadizâde, VIII, 169; Düsûkî, III, 6.

Çünkü fesih hakkı mükrehin korunması gayesine yöneliktir. Sözgelimi bir alışveriş sözleşmesinde satıcının mükreh olması, fesih hakkını sadece kendisine verir. Ama sözkonusu alışverişte alıcı, mal ve menfaati özgür iradesiyle aldığı için fesih hakkına sahip kabul edilmemiştir.⁶⁴⁷

Sözleşmeyi feshetmenin en önemli etkisi alınan malın (edimin) iadesidir. Buna fıkıh ıstılahında “istirdad” denilmektedir. Malikilere göre bütün hukuki işlemlerde fesih hakkı mükrehindir. Bunun için edimin iadesi hakkı da sadece kendisinindir. Çünkü edimin iadesi tamamen feshin bir sonucudur.⁶⁴⁸

Hanefiler, feshedilebilen ve feshedilemeyen akitleri, farklı hükümlere bağlamışlardır. Feshedilemeyen akitlerde fesih yetkisi mükrehe tanınmamıştır. Ancak mükreh, fasit akit ile de olsa malı karşı tarafın mülküne geçirdiğini gerekçe göstererek karşı taraftan tazminat isteyebilir. Lakin feshedilebilen sözleşmelerde müşterinin malda tasarrufu olmuş ve hatta mal sürekli el değiştirmişse de, mükreh sözleşmeyi feshetme ve malını alma hakkına sahiptir.⁶⁴⁹ Fesih hakkı tanındıktan sonra akdin hiçbir bağlayıcılığı ve geçerliliği kalmaz.

İslam hukukçuları bu konu ile ilgili bazı meseleleri de tartışmışlardır. Bu kısımda tartışmaya açtıkları meseleler hakkında bilgi verilecektir.

a. Mükrih Veya Mükrehten Birinin Ölümü

Mükrih veya mükrehin ölümü durumunda bu hakkın varislerine geçip geçmeyeceği konusu gündeme getirilmiş, mükreh veya mükrihin ölmeleri durumunda fesih ve istirdat hakkının iptal olmayacağı hükmü verilmiştir. Bu hak, taraflardan ölenin varislerine intikal eder. Mükrehin varisi, fesh ve iptal hakkını, mükrihin varisi ise malın geri verilmesi ve malın yok olması durumunda tazminini varis olarak alır.⁶⁵⁰ Bu konuda herhangi bir görüş farklılığı bulunmamaktadır.

⁶⁴⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 94; Âmirî, s. 206.

⁶⁴⁸ Hattab, IV, 248.

⁶⁴⁹ Kâsânî, VII, 187; Kadizâde VIII,175.

⁶⁵⁰ Haraşî, V,10.

Çocuk ve ürün gibi kişiden ayrı olan ve kişi için ilavelik ifade eden ve kişinin hukuk önünde mali durumunu değiştiren haller, mükrehin feshetme hakkını iptal etmez. Kişinin kendisinde mevcut olan bazı ziyadelik halleri ile de evla olan görüşe göre iptal olmamaktadır.

Kısaca ifade etmek gerekirse mükreh ve mükrihin ölümleri veya çocuklarının nitelik ve nicelik değiştirmesi veya mallarında meydana gelen değişiklikler veya kendilerinin kişilik ehliyetlerinde görülebilecek farklılıklar bu hakkın düşmesi için bir sebep teşkil etmemektedir.

b. Müşterinin Malda Tasarrufta Bulunmuş Olması

Eğer müşteri, zorla aldığı mal veya menfaatte tasarrufta bulunmuşsa (sözgelimi zorla almış olduğu koyunu boğazlamışsa) mükrehin malını geri alma hakkının düşüp düşmediği konusu tartışılmıştır.

Malikîlere göre mükreh olan satıcının malını geri isteme hakkı yine devam eder. Müşterinin aynî maldaki tasarrufu, malın yok edilmesi sebebi ile ancak akdi fasit hale getirmiş olur. Fesat hali ise malın geri iade edilmesine engel değildir. Dolayısıyla bu hak yine devam eder.⁶⁵¹ Malikî hukukçusu Derdir derki “ *Mükrihin satışına veya sebebine zorladığı şeyi geri vermesi gerekir. Mülkün elden ele değişmesi, köle ise özgürlüğüne kavuşturulması, malın başkasına hibe edilmesi veya başka bir malın doğmasına sebep olması malın geri alma hakkını ortadan kaldırmaz.*”⁶⁵²

Hanefiler ise bu tasarrufun feshedilip edilmediği noktasından hareket etmişlerdir. Hanefilere göre eğer zorlama konusu feshi kabul etmeyen bir tasarruf ise akdin konusu da aynî mal ise müşteri olan mükrehin artık bunun hükmünü bozma yetkisi ve malını geri isteme hakkı yoktur. Onun hakkı, tazminat talep etmeye dönüşür. Bu aynî mala, helak olan malın hükmü gibi itibar olunur.⁶⁵³

⁶⁵¹ Hattab, IV, 48.

⁶⁵² Derdir, III, 6.

⁶⁵³ Kadizâde VIII, 175.

Fakat feshedilebilen bir hukuki işlemde bu durum gerçekleşmiş ise mükreh bunu aldıktan sonra malda tasarrufta bulunmuşsa elde ele dolaşsa bile mükrehin malını geri isteme hakkı devam eder. Yani birinci müşteri ikinciye, ikincisi üçüncüye ve üçüncü müşteri de başkasına satarsa dahi, mükreh tüm bu akitleri feshetme hakkına sahiptir.⁶⁵⁴ Serahsî, hem feshetme hem de birazdan ele alacağımız icazet verme ile ilgili süreci çok güzel bir şekilde açıklamıştır:” *Eğer, 10 tane akitten her biri, bir sonrakinin hükmünü ortadan kaldırmışsa yine de mükreh, tüm bu akitlerin hükmünü ortadan kaldırıp malını geri alabilir. Birinci, ikinci veya sonuncusunu teslim ederse bu defa tüm satışlar caiz olur. Çünkü teslim etmesi, onun geri alma hakkının düşmesi anlamına gelir.*”⁶⁵⁵

Borçlar hukukunda ikrahın manevi ikrahtan ibaret olduğunu söylemiştik. Bu sebeple irade ortadan yok olmamış aksine irade sakatlanmıştır. Eğer irade sakatlanmamış da ortadan kalkmış olsaydı mükrehin yaptığı tasarruflar bağlayıcı olmayacaktı. Bu sebeple ikrah altında gerçekleşen bir sözleşme aslında mevkuftur. Şeklen geçerli ise de tüm şartları meydana gelmiş değildir. Bu durum mükrehe sözleşmeyi bozabilme hakkı tanımaktadır. Sözleşmeyi feshetmek isteyen mükreh, ikrah ortadan kalktıktan sonra bir yıl içerisinde bunu karşı tarafa bildirmelidir.⁶⁵⁶ İslam hukukunda ise zaman aşımı ile hak düşmez.

Türk borçlar hukukunda da ikraha maruz kalan kişiye akdi feshedebilme yetkisi tanınmaktadır. İkraha maruz kalan sözleşmeyi iptal edip etmemekte serbesttir. Bu hak, ikrah nedeniyle zarara uğramış olsalar dahi üçüncü kişiler tarafından kullanılamaz.⁶⁵⁷

Müteselsil borçlulukta, müteselsil borçlulardan birinin ikrâh altında olması halinde, iptal hakkı sadece ikrâha maruz kalan kişiye aittir, diğer borçlular tarafından kullanılamaz. Zira müteselsil borçluluk ilişkisinde gerçekte borçlu sayısı kadar borç ilişkisi vardır. Dolayısıyla her bir borçlu farklı hükümlere tabi olabilmektedir. Bu

⁶⁵⁴ Kadizâde VIII, 169.

⁶⁵⁵ Serahsî, XXIV, 95.

⁶⁵⁶ Saymen H.Ferit/Elbir, Halit K, *Türk Borçlar Hukuku(I-II)*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958, II, 277-78.

⁶⁵⁷ Sevindik, s.76’ da, Özkaya, Eraslan, *Açıklamalı İçtihatlı Hata – Hile – İkraha Davaları*, Ankara, 2000, s. 450’ den naklen.

sebeple iradesi ikrâh nedeniyle sakatlanan taraf iptal hakkını kullandığı vakit sadece ikrâha maruz kalan borçlu ile alacaklı arasındaki dar anlamda borç ilişkisi hükümsüz hale gelir (kısmi hükümsüzlük hali söz konusu olur). Bununla birlikte iradesinde sakatlık olmayan diğer borçlular, iptal hakkını kullanan borçlu olmasaydı bu sözleşmeyi kurmayacak idiysele sözleşmeyi tamamen hükümsüz kılabilirler.⁶⁵⁸

İptal hakkının kullanılması askıda olan hukuki işlemi kesin hükümsüz hale getirir. Artık hükümsüz bir hukuki işlemin tüm sonuçları, bu sözleşme için de geçerli bir hale gelir. İkrâh nedeniyle sakatlanmış iradenin mahsulü sözleşme, baştan itibaren kesin hükümsüz hale geldiği için, tarafların sözleşmeden doğan borçları da ortadan kalkar. Eğer taraflar sözleşmenin ifasına hiç girişmemişlerse durumda bir değişiklik olmaz. Fakat sözleşme kapsamında yerine getirilmiş edimler varsa bunların iadesi gerekir.⁶⁵⁹

2. Mükrehin Sözleşmeye İcazet Verebilmesi

İcazet, kelime olarak izin(onay) demektir.⁶⁶⁰ Terim anlamı ise, ikrâh gibi engellerin etkisi geçtikten sonra akde onay verip hukuki işleme rıza göstermektir.⁶⁶¹

İcazet iki çeşittir. Sözlü açık icazet ile fiili icazet. Açık söz ile icazet vermesi mükrehin “satışı, icareyi veya hibeyi icazet ettim” demesi veya “Ona icazetini verdim.” gibi açıkça izne delalet eden lafızlardır.⁶⁶²

Fiilî icazete gelince; zımnî bir şekilde icazete delalet eden her fiildir. Eğer mükreh, ikrâhın bitişinden sonra müşteriden semeni alıp kabzetse, akdi onayladığı anlamına geldiğinden onun için bir icazet sayılır. Çünkü kabzetmek, karşılıklı uyumun bir göstergesi olup akdin sıhhati için şart olan rıza için bir delildir.⁶⁶³

İkrâh hali ortadan kalktığında mükrehin ikrâh halinde iken imzalamak

⁶⁵⁸ Oğuzman/ Öz, , s.821,

⁶⁵⁹ Sevindik, s.90.

⁶⁶⁰ Feyyûmî, s.118.

⁶⁶¹ Âmirî, s.209.

⁶⁶² Kâsânî, VII, 188.

⁶⁶³ et-Tûrî, Muhammed b. Huseyn b. Ali (Ö.1138/1724), *Tekmiletü'l-Bahri'r-Raik* (I-IX), Thk: Zekeriyya Umeyrât, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1.Baskı, Beyrut 1998, VIII, 71.

zorunda olduğu muameleye hem onay verme hem de malının aynısını alıp sözleşmeyi feshedebilme hakkı vardır. İkrâh durumu ortadan kalktığında bu tasarrufları imzaladığı takdirde bu onun ilgili hukuku işleme icazet verdiğini ve feshetme hakkının düştüğü anlamına gelir.⁶⁶⁴

Mükrehin tasarrufunun lüzum ifade etmediğini söyleyen Malikîlerin çoğunluğu, ikrâhın etkisinin bitmesinden sonra mükrehin icazet verebileceğini düşünmüşlerdir. Satıcı isterse icazet verir, semeni müşteriye verir ve satmaya zorlandığı ürünü alır. İsterse de bu işi terk eder ve akdi imzalar.⁶⁶⁵

Bu anlatımlardan ikrâhın etkisi bitmeden mükrehin icazetinin dikkate alınmayacağı hükmü çıkmaktadır. Bu icazetin en önemli şarttır. Ancak icazet hakkının kullanımı için birkaç şart daha vardır:

1. Mal sahibinin icazet vermesi. Mal sahibinin vekilinin icazetine itibar edilmez.

2. İkrâh ile alınan malın mevcut olması. Ma'dum olan malın satışına icazet anlamsız bir durumun ifadesi olur. Ayrıca icazet ve onay, malın var olmasına bağlıdır. Mevcut olmayan bir malın icazeti mümkün değildir.⁶⁶⁶

3. Hukuki işlemin fasit olmasına sebep olan engelin ortadan kalkması. Eğer engel devam ediyorsa ikrâh da devam ediyor demektir.⁶⁶⁷

4. İslam hukukunda sözleşmeye icazet verme yetkisi için herhangi bir süre tayin edilmemiştir. Şerî özür olan korku mevcut olduğu sürece mükrehin ikrâh davası açma yetkisi bulunmaktadır. Lakin korkunun eseri biter ve aradan da belirli bir süre geçtikten sonra ikrâh davası açarsa onun davası dinlenmez. Korkunun bittiği an itibariyle onun sözkonusu sözleşmeye icazet verdiğine hükmedilir.⁶⁶⁸

Modern hukukta ise ikrâh davası için belirli bir süre tayin edilmiştir. Borçlar kanununün hükmüne göre bir yıl boyunca sözleşmeyi iptal etmeyen kişi, sözleşmeye

⁶⁶⁴ Tûrî, VIII, 71.

⁶⁶⁵ Düsûkî, III, 6.

⁶⁶⁶ Kâsânî, VII, 188.

⁶⁶⁷ Âmirî, s. 210–211.

⁶⁶⁸ Âmirî, s. 205.

icazet vermiş sayılır.⁶⁶⁹ Modern hukuka göre de hem fiili icazet yoluyla hem de bir yıl boyunca icazet hakkını kullanmadığı için zımnen icazet yoluyla olur. İslam hukukunda korkunun bitmesi ile süre başlarken modern hukukta sözleşmenin kurulmasından sonra başlamaktadır.

5. Malikî ve Hanefîlerin dışındaki İslam hukukçularına göre ikrâh altında gerçekleşen bir akit hükümsüz olduğundan, hükümsüz olan bir hukuki işlemin icazet yoluyla sahih hale getirilmediğinden sözleşmeye icazet verme hakkı da yoktur. Diğer mezheplerin ikrâhı gerçekleşme şekli açısından ayrıma tabi tutmamaları ve gerçekleşme şartlarını daha ağır tutmaları, ikrâhın iradeyi çok etkilediği anlayışına götürmüş bu da haliyle hukuki muameleye etkisine yansımış ve bu hukukçular ikrâhın etkisiyle hukuki işlemin baştan ölü doğduğu kanaatine varmışlardır. Ölü doğan başka bir ifadeyle doğmayan ve gerçekleşmeyen bir muamele olduğundan sonuçları da bulunmamaktadır. Bu sebeple hukuki işlemin bir sonucu olan icazet hakkı da bulunmamaktadır.

6. İcazet hakkının kullanımı, fesih hakkını düşürür. Hukuki işlemin icazet yoluyla sahih hale gelmesi ise onu bağlayıcı hale getirir, sözleşme bağlayıcı hale geldikten sonra artık hukuki işlemin bozdurulması mümkün değildir.⁶⁷⁰

7. İcazet yoluyla sahih hale gelen hukuki işleme icazet verildikten sonra mı yoksa ikrâhla kurulduğu andan itibaren mi geçerlilik başlar? Bu konuda İslam hukukçuları iki kısma ayrılmışlardır. Birinci görüşe göre ikrâhla kurulduğu andan itibaren meydana gelen tüm tasarrufları sahih hale getirir. Çünkü icazet, mükrehin sözleşmeyi iptal etme hakkının düşmesi ve hukuki işleme rıza göstermesi anlamına gelmektedir. Malikîler, Hanefîler ve Şîîlerin çoğu bu görüştedir.⁶⁷¹

İkinci görüşe göre ise icazet anından itibaren sözleşme sahih hale gelir. Aradan geçen süreye itibar edilmez. Sadece bazı Şîîler icazetten itibaren hukuki işlemin geçerliliğine hükmetmişlerdir.⁶⁷²

⁶⁶⁹ Saymen/Elbir, I/I, 280.

⁶⁷⁰ Kâsânî, VII, 189.

⁶⁷¹ Kâsânî, VII, 189; Hattab, IV, 48; Âmirî, s. 211.

⁶⁷² Âmirî, s. 211–212.

Borçlar kanununun, 39. maddesinde “Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onanmış sayılır. Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.” denilmektedir. Madde metnine göre kişinin kendisine verilen süreyi susarak geçirmesi sözleşmeye razı olduğu anlamına gelmektedir.

Sözleşmeye icazet verme hakkı ikrâha maruz kalan kimseye aittir. Zira ikrâhın önem derecesini en iyi takdir edecek olan odur. Şüphesiz bu değerlendirmenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi ikrâhın yarattığı esaslı korkunun ortadan kalkmış olmasına bağlıdır. İşte bu nedenle icazetin hüküm doğurabilmesinin en temel şartı ikrâha maruz kalan kimsenin esaslı korkunun etkisinden kurtulmuş olmasıdır. Henüz korkunun etkisinden kurtulmadan verilen icazet sonuç doğurmayacaktır.⁶⁷³

Görüldüğü üzere modern hukukta icazet, sözleşmeyi kesin bağlayıcı hale getirdiğinden artık ikinci bir icazet verme imkânını ortadan kaldırır. İcazet, korkunun eserinin bitmesi ile başlar, korkunun etkisinin bitmesini takip eden bir yıl sonra son bulur. Bir yıl geçtiği halde sözleşmenin kurulmasına itiraz etmeyen sözleşmeye onay vermiş sayılır.

3. Mükrihin Hukuki Muameleden Doğan Zararı Tazmin Etmesi

Zararın tazmini, akdi sorumluluğun bir sonucudur. Bir akit, taraflara değişik sorumluluklar yüklemektedir. Ancak medeni sorumluluğu ifade eden tazminatın oluşabilmesi için mağdura zarar verilmiş olması esastır. Burada sözkonusu olan tazminat; hem malın telef olması durumunda mükrehin talep edeceği maddi tazminatı, hem de akdin imzalanmasında uğradığı manevi zararın tazminatını ihtiva etmektedir. Lakin fukahanın daha fazla edimin akıbetine yönelik tazminatları gündeme getirdikleri görülmektedir.

⁶⁷³ Von Tuhr, II, 322; Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s.370; Sevindik, 104.

a. Tazminatın Hukuki Niteliği

Akdin fasit olması esnasında satıcının elinde olup teslim edilmeyen mal veya menfaat, müşteri tarafından kabzedilmediği sürece herhangi bir sonuç doğurmaz. Eğer mal yok olsa yine ilk sahibi üzerinde kalır. Müşteri bu malı veya menfaati aldıktan sonra mülküne geçtiği için tazminatı da kendisine geçer. İşte böyle bir durumda hangi tür tazminatın ödeneceği konusunda kıymetiyle tazmin, gasptan doğan tazmin ve akitten doğan tazmin olmak üzere üç görüş ortaya çıkmıştır. Bu kısımda bu görüşlerin değerlendirmeleri izah edilecektir.

aa. Kıymetiyle Tazmin Görüşü

Bazı fıkıhçılara göre satılan malın teslim alınmasından doğan tazminatın kıymetinin ödenmesi gerekir. Müşteri haksız bir şekilde bir malı teslim alıp kabzeder ve satıcının rızası olmazsa sözkonusu malı tekrar satıcıya geri vermelidir. Müşteri aldığı malı iade etmez ve mal hakikî veya hükmi bir şekilde yok olursa ona sebep olan kişinin tazminatı gündeme geleceğinden, benzerinin başka bir ifade ile kıymetinin tazmini olur. Çünkü fasit bir akit ile kabzedilmiştir. Fasit bir akit ile kabzedilen mal, daha ziyade Hanefilere göre kıymeti ile tazminat olur.

İkrâh altında kabzedilen mal, fasit bir akit ile kabzedilmiştir. Fasit bir akitle kabzedilen bir mal, misli gaspta olan durum gibi mallardan ise misli ile tazmin edilecek, kıyemi mallardan ise kıymeti ile tazmin edilecektir.⁶⁷⁴

ab. Gasptan Doğan Tazmin Görüşü

Cumhur-u fukaha, fasit akdin mülkiyetin naklini gerçekleştirmediği gerçeğinden yola çıkarak, tazminatın malın kendisi veya mislini ödeme şeklinde değil, başkasının malını batıl bir şekilde yemekten kaynaklanan gasp ve itlaftan doğan tazminat olduğunu düşünmüşlerdir.

Zorlayanın üçüncü kişi olması da bu hakkını ortadan kaldırmaz. Bu durumda mükreh kimden bu hakkını alacağı konusunda muhayyer olur. İsterse tazminatı

⁶⁷⁴ Şirbînî, II,273; İbn Hazm, VIII, 421.

mükrihten isterse de müşteriden alır. Çünkü ikisi de malının yok edilmesinde pay sahibidir. Birisi bizzat, diğeri ise bir vasıta ile malı yok etmiştir.⁶⁷⁵

Eğer mükrih gasıp hükmünde olduğundan tazminat öderse müşteriye onun kıymeti rücu eder. Çünkü mükrih, tazminat ödedikten sonra mükrehin yerine geçer. Gasp edenin gasp ettiği tazminatı nasıl ki başkasından istemiyorsa müşteri tazminatı ödediğinde onun mülkü tazminatla ve kabz ile sabit olduğundan onun da tazminatı artık kimseden istenmez. Onun geçerliliği, mükrehin fesih hakkının düşmesi ile mümkündür. Diğer fasit satışlarda olduğu gibi malı tazmin ettiği zaman mülkü geçerli olur.⁶⁷⁶

ac. Akitten Doğan Tazmin Görüşü

Bazı hukukçular ise burada ifade edilen tazminatın akdin icabını yerine getirmemek vb. durumlardan kaynaklanan akdi tazminat olduğunu söylemişlerdir.⁶⁷⁷ Zararın hukuki işlem üzerinde görülmesi, bu görüş sahiplerini sözkonusu zararın akdi sorumluluktan doğan tazminat sayılacağı düşüncesine sevketmiştir.

b. Elden Ele Dolaşan Malın Tazminatı

Mükrih, satılı malda tasarruf eder ve mal elden ele dolaşırsa mükreh istediği müşteriden tazminat talep edebilir. Birinci müşteri tazminatını öderse diğer tüm satışlar caiz olur. Çünkü ilk akit sahih hale gelmiş ve kendi mülkünü satmış gibi olur.⁶⁷⁸

Fakat örneğin ikinci müşteri veya beşinci müşteri tazminatını öderse, bu kendinden sonraki akitleri caiz hale getirir ama kendinden önceki akitleri fasit bir halde bırakır. Oysa icazette durum aksinedir. İkisi arasındaki fark şudur. Tasarrufun geçerliliğine mani olma vasfı mükrehin hakkıdır. İcazetiyle bu hakkı ortadan kalkar. Bu durumda hepsi caiz olur. Oysa tazminatta durum böyle değildir. Çünkü tazmin

⁶⁷⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 394; Tûrî, VIII, 72.

⁶⁷⁶ Kadizâde, VIII, 171.

⁶⁷⁷ Âmirî, s.214-215.

⁶⁷⁸ Kadizâde, 171; Tûrî, VII, 75.

“*kabz öncesine değil, kabz anına dayanarak sabit olur.*” Bu sebeple tazmin hakkı düşmez. Çünkü kıymetini alma malın kendisinin geri alınması gibidir. Bu durumda ondan önceki satışlar batıl olur.⁶⁷⁹

c. Vekilin Tazminatı

Burada ilk önce sormamız gereken mükrihin vekili ardından da mükrehin vekilidir. Önce mükrihin vekilinden başlayalım. Mükrihin vekili tazminat ödemeye mecbur mu? Bu konuda iki görüş bulunmaktadır: Bunlardan birincisi vekilin de tazminat ödemesi gerektiğini ifade ederken diğer görüş, mal sahibine muhayyerlik hakkını vermektedir. Bunları kısaca açıklayalım:

ca. Gayr-ı Mülci İkrâhta Vekilin de Tazminat Ödeyeceği Görüşü:

Hanefilerin görüşüdür. Bunlara göre vekilin ikrâhı ya mülci ikrâh ya da gayrı mülci ikrâh şeklinde olur. Eğer ikrâh mülci ise vekilin tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü o mülci bir ikrâhla yanında başkasının filine itibar kalmayacak derece zorba ve zalim seviyesine çıkmıştır. Bu durumda tazminat sadece kendisinedir. Bu hüküm hem mal sahibi hem de müşteri mükrih iseler geçerlidir. Ne vekile ne de müşteriye bir şey gerekmez.

Çünkü onlar onun elinde bir alet gibidirler. Eğer malik ve vekil mükrih ise müşteri mükrih değilse o zaman mal sahibi, ondan bir satımla malı kabzettiği için müşteriye kıymetini tazmin edip mükrihe tazmin eder ve devri müşteriye döner. O, malikin yerine geçtiği için tazminattan sonra mal, onun mülkü haline gelmiştir.⁶⁸⁰

İkrâh mülci olmadığı zaman ise, mal sahibi muhayyerdur. İsterse müşteriden isterse de vekilden tazminat verir. Çünkü gayrı mülci ikrâh, tam olarak fiili gerçekleştirmiş olmaktan onu alıkoymamaktadır. Malik yerine geçeceği için müşteriye tazmin döner. Çünkü tazminatla mülkü de onun mülküne dönüşür.⁶⁸¹

⁶⁷⁹ Kadizâde, s. 171.

⁶⁸⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 48–49.

⁶⁸¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 49.

cb. Mal Sahibine Mutlak Muhayyerlik Hakkı Veren Görüş

Malikîlerin görüşüdür. Onlara göre malik muhayyerdir. İsterse vekile malının edasını ve kabzetmesini tavsiye ettiği için, tazminat ödemesi hukuken sabit olduğunda mükrihe tazmin ettirir, isterse de vekile tazmin eder. Bu durumda “Zorlama altındaydım, nefsimden korkuyordum” sözüne iltifat edilmez.⁶⁸²

Türk borçlar hukukunda zararın giderimini ifade eden tazminat talebi, edimin iadesi talebi ve sözleşmenin feshedilmesi talebi gibi haklardan biridir. Hatta borçlar kanunu maddesine göre sözleşmeye onay verilmesi bile tazminat hakkını düşürmez.⁶⁸³ İkrâha maruz kalan tarafın iptal hakkını kullanması, zararlı sonuçların ortadan kaldırılması amacını her zaman sağlayamayacaktır. Şu halde ikrâha maruz kalan taraf sözleşmeyi iptal ettikten sonra dahi karşılanamayan zararlarını karşı taraftan veya üçüncü kişiden isteyebilecektir.⁶⁸⁴

Türk borçlar hukukunda da İslam hukukunda olduğu gibi tazminatın hukuki niteliği tartışmalıdır. Buna göre tazminat, akdi sorumluluk sonucu meydana gelen zararın tazmini mi yoksa ikrâh aynı şekilde bir haksız fiil de olduğundan haksız fiilden doğan tazminat mı? İkrâh davası her ikisi de ispat edilerek mi açılır yoksa birisinin dava edilmesi yeterli midir?

Doktrinde ihtilaflar bulunmakla beraber tercih edilen görüş iki yönden de tazminat davası yapılabileceğidir. Çünkü sözleşmenin karşı tarafının ikrâh teşkil eden davranışı hem haksız fiil hem de culpa in contrahendo niteliğindedir. Sözleşmenin karşı tarafı korkutmaya sebep olmuşsa her iki sorumluluk da alır. Zira sözleşmenin karşı tarafı ikrâh teşkil eden davranışıyla hem bir haksız fiil işlemiş hem de; sözleşme müzakereleri safhasında kendisine yükletilen koruma yükümlerini ihlal etmiştir. Bu nedenle ikrâha maruz kalan kimsenin, ikrâhı gerçekleştiren karşı tarafa yönelteceği tazminat talebi haksız fiil esasına dayanabileceği gibi borca aykırılık esasına da dayanabilecektir.⁶⁸⁵ Hâkim görüşüne göre bu durumda bu talepler tam

⁶⁸² Haraşî, V,10; Düsûkî, III, 6.

⁶⁸³ Eren, 357.

⁶⁸⁴ Oğuzman/ Öz, s. 99; Von Tuhr, s.328.

⁶⁸⁵ Sevindik, s.122.

anlamıyla yarışılır, başka bir ifade ile zarara uğrayan kimse haksız fiil veya borca aykırılık rejimlerin dilediğine başvurarak zararının tazminini sağlayabilir.⁶⁸⁶

Üçüncü kişi ise, diğer tarafla birlikte veya onun temsilcisi sıfatıyla sözleşme müzakerelerine katılmadığı için onun ikrâhı culpa in contrahendo teşkil etmez. Üçüncü kişi ile ikrâha maruz kalan arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmadığı için, üçüncü kişinin koruma yükümüne ve borca aykırı davranışından bahsedilemez. Bu sebeple, ikrâha maruz kalanın, üçüncü kişiye yönelteceği tazminat talebi haksız fiil esasına dayanacaktır.⁶⁸⁷

İkrâha maruz kalan kimsenin sözleşmeyi iptal etmesi halinde, sözleşme baştan itibaren geçersiz hale geleceğinden, talep edilebilecek zarar yalnızca menfi zarardır. Zira iptal hakkının kullanılması ile ortada geçerli bir sözleşme kalmamıştır.⁶⁸⁸

Tazminat hukukunun genel bir ilkesine göre hiç kimse kendi sebep olduğu zararın tazminini başkasından isteyemez. Sözleşmeye icazet veren kimse de kendisi açısından daha faydalı olacağı saikiyle hareket etmiş bu nedenle de geçerli hale gelen sözleşmeden doğmuş zararları kendi rızası ile üzerine almıştır. Bu nedenle sözleşmeye icazet verilmesi halinde kural olarak zarar ve ziyan talebinde bulunulamayacaktır.⁶⁸⁹

Ancak istisnai şartların oluşması, icazet verdiği halde tazminat almayı sağlayabilir. Çünkü bazı durumlarda sözleşmeyi iptal etmek de uğranılmış olan zararları bertaraf etmeyebilir. Bu gibi hallerde doğması muhtemel daha büyük zararlara katlanma mecburiyeti korkutulana yüklenemez.⁶⁹⁰

Kanun koyucu, ikrahın irade özgürlüğüne müdahale düzeyini dikkate alarak, ikrâhı gerçekleştiren kişinin kim olduğuna bakmaksızın sözleşmenin iptaline imkan

⁶⁸⁶ Oğuzman/ Öz, s. 674–675;

⁶⁸⁷ Tunçomağ, s. 377; Oğuzman/ Öz, S. 99; Saymen./Elbir, s.278.

⁶⁸⁸ Tunçomağ, , s. 377.

⁶⁸⁹ Tunçomağ, s. 378; Sevindik, s.128–129.

⁶⁹⁰ Sevindik s.129.

tanımıştır. Dolayısıyla ikrah üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilse bile, sözleşme iptal edilebilecektir. Buna karşılık üçüncü kişinin ikrahını bilmeyen ve bilebilecek durumda da olmayan karşı tarafın, sözleşmenin iptali nedeniyle bazı zararları ortaya çıkabilir. Şüphesiz irade sakatlığının gerçekleşmesinde kusuru olmayan karşı taraftan bu zararlara katlanmasını beklemek hakkaniyete aykırı olacaktır. İşte kanun koyucu tarafından, üçüncü kişinin ikrahını bilmeyen ve bilebilecek durumda da olmayan karşı tarafa, sözleşmenin iptali nedeniyle uğradığı zararlar varsa bunların tazminini talep edebilme imkânı tanınmıştır.⁶⁹¹

V. İKRÂH DAVASI

Bir işin ikrâh sonucu meydana gelmesi ancak ispat ile mümkün olabilmektedir. Bu sebeple bir davanın ispatsız sonuca bağlanması mümkün değildir. Konumuz ilgili olarak düşündüğümüzde cezai sorumluluk almama veya hukuki işlemi feshedebilme, ikrâh davasının açılması ve ikrâh olgusunun ispat edilmesi ile mümkün olmaktadır.

Mükrehin ikrâhı delil göstererek yukarıda belirttiğimiz hakları elde etmesi, ikrâh davasını açmasıyla mümkündür. Bunun için ikrâhı nasıl dava edeceği ve iddiasını hangi şekilde ispatlaması gerektiği konuları gündeme gelir.

Kuran ve sünnette zina suçunda olduğu gibi ikrâh suçunun nasıl ispat edileceği ile ilgili belirli bir açıklama bulunmamaktadır. Fıkıh eserlerinde de ikrâhın ispatı ile ilgili detaylı açıklamalara ulaşılmamıştır. Bu sebeple ikrâhta kullanılan vasıtaların (dövme, bağlama, aç bırakma) ölçü olabileceği dile getirilmiştir. İkrâhın meydana gelmiş olduğunu gösteren bağlanma, hapse atılma gibi bizzat müşahede edilen durumlar da olabilir. Kişinin hapse atılmış olması ve bağlanmış olması, kendisi için ispat vasıtalarından tanık hükmüne geçer.⁶⁹²

Bunun gibi diğer ispat vasıtaları ile de ispat etmek mümkündür. Bu ise ikrâhın biçimine göre değişkenlik gösterir. Sözelimi, dövmek suretiyle cebir ve şiddet uygulanmışsa başka bir ifade ile maddi ikrâh meydana gelmişse ispat vasıtası

⁶⁹¹ Eren, s.367.

⁶⁹² İbn Kudâme, V, 151.

darb izleri olur. Ama tehdit ve gözdağı ile bir muamelede bulunma gerçekleşmişse ispat vasıtası tanık olacaktır.

Diğer yandan ikrâhın gerçekleşme şartlarından *Tehdidinin Ciddi Zarar İçermesi* kısmında ele aldığımız ve sınırlarını tayin ettiğimiz tüm hallerin bir ikrah vasıtası olarak da değerlendirilebileceği söylenebilir. Bu durumda, ikrar ve beyyineler önemli görev görmektedir.

Bütün bu tespitler, ikrâhın ispatının gerçekten zor olduğunu bize göstermektedir. Özellikle manevi ikrâhın tespiti çok zordur. Sözelimi tanık ifadelerinin çakışması, davayı büyük bir sıkıntıya sokacaktır. Maddi ikrâhta da sözkonusu darb izlerinin davalıya ait olup olmadığı konusu için kriminal çalışmalara gereksinim duyulacaktır.

Modern hukukta bununla ilgili bazı teoriler geliştirilmiştir. Buna göre sözelimi cebir suçu davasında mahkeme ilk olarak uygulanan fiziki kuvvet hususunda bulguları ve delilleri araştıracaktır. Bu durumda adli tıp verilerine dayanılabilir. Çünkü mağdur üzerinde uygulanan her fiziki güç eğer aradan uzun bir zaman geçmemişse fiziki bir iz de bırakacaktır. Uygulanan fiziki gücün niteliğinin belirlenmesi ile beraber faili fizyolojik özellikleri değerlendirilerek fiziki gücün fail açısından etkisi ortaya çıkartılmaya çalışılacaktır. Böylelikle failin karşı koyup koyamayacağı açığa çıkartılmış olur.

Son olarak failin maddi cebirden kurtulma olanakları araştırılacaktır. Bu yapılırken failin sübjektif özelliklerinden çok olayın akış biçimi, olayın geçtiği mekân ve zaman göz önüne alınarak objektif bir değerlendirmede bulunulmaya çalışılacaktır.⁶⁹³

Fiilin suç oluşturduğuna karar verildikten sonra hukuka uygunluk nedenlerinin ve failin kastının ya da taksirinin var olup olmadığına bakılacaktır. Eğer hukuka uygunluk nedenleri de yoksa ve failin kasıtlı veya taksirli ise failin sorumluluğunun incelenmesine geçilecektir.

Mükreh, üç şekilde ikrâh davası açabilir:

⁶⁹³ Küçüktaşdemir, s.136.

Birincisinde ikrâh bir suç olarak görülür ve ikrâh suçunu işlemekten dava açılır, suçlunun cezasının çekilmesi istenir.

İkincisinde mükreh, tehdit ve cebir altında kalarak suç işlemek zorunda kaldığını ifade ederek kendisine verilecek cezadan kurtulma talebinde bulunur. Çünkü ikrâh, cezai sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır.

Üçüncüsünde ise ikrahın etkisiyle kurulmuş hukuki işlem dava edilir. Kişi, ikrâh sonucu imzaladığı hukuki işlemi süresi içinde dava ederek iptalini, malını geri almayı ve tazminatını talep edebilir.

Mükreh, birinci tür davada sadece şikâyetçi konumunda iken diğer dava türlerinde kendisini de savunmaya çalışmaktadır. Her üç durumda da mükreh, davasını ispatlamak zorundadır. Davasını ispat etmek için ikrahın gerçekleşme şiddetine göre ispat vasıtalarına başvurur. İspat vasıtası olmadan ikrâh iddiasında bulunmak, kişiye hiçbir hak sağlamamaktadır.

A. İKRÂH SUÇUNUN DAVA EDİLMESİ

İkrâh, bünyesinde başkasına baskı ve şiddet uygulamayı içerdiği için bir zulüm, İslam dinine göre büyük bir günahdır. İslam ceza hukuku açısından da bir suçtur. İkrâhın gerçekleşme şekline göre çeşitli cezaları bulunmaktadır.

İkrah suçunun dava edilmesinde mükrih davalı olur. Mükrihe ikrâh suçunu işlemekten dava açılır, ikrâh suçuna ceza verilmesi talebinde bulunur. Bu davayı açacak olan mükrehtir. Ancak bu bölümde mükrehin dava açma nedeni ikrâh sonucu kendisinin işlediği bir fiilin cezasından kurtulma değil, bizzat cebir ve tehdit suçlarından mükrihin cezalandırılmasını talep etmektir. Bu davada ikrâhın maddi ve manevi olması, suçun niteliğini etkiler. Manevi ikrâh davası modern hukukta aynı şekilde bir tehdit suçu davasıdır. Maddi ikrâh davası ise cebir ve şiddet suçları davasıdır. Mükreh, sözkonusu olayda yaralanmışsa bu yaralanmanın cebir ve şiddet uygulanarak gerçekleştiğini belirtir.

Kişiye yönelen suçların çoğunda bahse konu olan eylemin cebir ve tehdit ile yapılması, yeni TCK'ya göre, suçun cezasının ağırlaşması için bir sebeptir. O halde

mükreh, cebir ve tehdit suçları için dava açarak mükrihin yaralama suçunu ağırlaştırmaktadır.

Mükrihin cebir ve tehdit suçları sebebiyle alacağı ceza, konumuz ile doğrudan ilişkili değildir. Çünkü çalışma alanımız, mükrehin hukuki konumu ile sınırlıdır. Doktrinde cebir ve tehdit suçları ve cezaları ile ilgili bilgilere yer vermediğimiz için bu suçların dava edilmesine de değinmeyeceğiz. İkrâh suçunun dava edilmesini bu bölümde açıklamamız, mükrehin açabileceği dava çeşitlerine dikkatleri çekmek içindir.

Konumuz açısından önemli olan; ikrâh sonucu işlenen fiilin cezai sorumluluğu kaldırması ve ikrâh içeren herhangi bir hukuki muamelenin iptal edilmesi veya tazminat alabilmesi için mükreh tarafından dava edilmesidir.

B. İKRÂH SONUCU İŞLENEN FİİLİN DAVASI

İkrâh sonucu işlenen bir fiil, mükreh tarafından iki gerekçe gösterilerek dava konusu yapılabilir. Birincisi; ikrâhın bir suç olduğunu göstererek cebir ve tehdit suçlarından mükrihe dava açma, ikincisi ise kendi işlediği suçu ikrâh altında işlediğini ifade ederek cezai sorumluluk almaktan kurtulmak için dava açmasıdır. İkincisinde de suçun mükrihe yüklenmesi amaçlanmaktadır. Ancak burada mükreh, suçu başkasına yüklerken kendi işlediği suçtan da kurtulmak istemektedir. İkrâh ve cebire maruz kalan kişi, herhangi bir davranışta bulunmazsa sadece ikrâh suçunu dava eder. Bazı durumlarda ikrâh ve cebir suçun ağırlaşma sebebi olabilir.

Bu davada mükrehin bazı halleri, ispat delillerinden karine hükmüne geçmektedir. Kendisinin yaralı olması, kendisine cebir ve şiddet uygulandığına dair birer karine görevini görür. Kriminal incelemeler sonucu, sözkonusu şiddetin davalı mükrih tarafından gerçekleştirildiği sabit olursa ancak o zaman suç kendisine nispet edilir.

Mahkeme, ikrâhın tüm şartlarının gerçekleşmiş olup olmadığını araştırmalıdır. Tüm bu şartların gerçekleştiği kanaati hâsıl olunca suç teşkil eden fiilden doğan cezai sorumluluğun mükrehe ait olmadığına karar verir.

İspat sorunu ikili değerlendirme (test) açısından ele alınmalıdır. İlk başta tehdidin niteliği ve failin kişisel özellikleri, olayın gerçekleştiği koşullar dikkate alınarak, tehdidin fail üzerinde korku ve zorlama yaratmaya elverişli olup olmadığını tespiti gerekecektir.

5271 nolu CMK'nın 217.maddesinde "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*" denilerek suçun ispat delilleri geniş tutulmuştur.

Aynı kanunun 220.maddesinin 3.fikrasında ise TCK'nın 25.maddesinde düzenlenen zorunluluk hali ya da 28. Maddesinde düzenlenen cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği hükme bağlanmıştır. Madde metnine göre "*Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi*" cezalandırılmama sebebidir.

Maddi ikrâhın tespiti yukarıda da ifade edildiği gibi yara ve darp izinin mevcut olması ve bunun mükrih tarafından gerçekleştiğinin sabit olması ile mümkündür.

Manevi ikrâhın tespiti ise daha farklı ve detaylı bir süreç gerektirmektedir. Küçüktaşdemir'e göre mahkeme tarafından bu fiil, tipik suç çerçevesinde değerlendirilecektir. Fiilin suç oluşturduğuna karar verildikten sonra hukuka uygunluk nedenlerinin ve failin kastının ya da taksirinin var olup olmadığına bakılacaktır. Eğer hukuka uygunluk nedenleri de yoksa ve faili kasıtlı veya taksirli ise failin sorumluluğunun incelenmesine geçilecektir. İşte te bu noktada failin manevi cebir altında suçu işlediğinin tespiti için hakim ikili değerlendirmeye başvurmalıdır. İkili değerlendirme sonucunda failin cebir altında fiili işlediğini ve bu fiili işlemekten başka çaresinin olmadığına karar verirse ceza verilmesine yer olmadığına hükmetmesi gerekir. Bunun dışındaki hallerde fail ortalama insan ölçütlerine uymamışsa veya başka saiklerle kendi de suça iştirak etmişse bu hüküm uygulanamayacaktır.⁶⁹⁴

Manevi ikrâhta mükrehin ilgili suçu mükrihe yükleme çalışması, onun hiçbir cezaya maruz kalmayacağı anlamına gelmez. İkrâhın cezai sonuçlarından

⁶⁹⁴ Küçüktaşdemir, s.138.

bahsederken sözgelimi öldürme suçunun cezası olan kısas suçundan beraat edebileceğini ancak mükrehin diyet cezasından veya başka bir tazir cezasından kurtulmayacağı tespitlerini aktarmıştık. Bu yönde mahkemeye gelen bir dava elbette bu tespitler gözönünde bulundurularak karara bağlanacaktır.

C. İKRÂH İÇEREN HUKUKİ İŞLEMLERİN DAVA EDİLMESİ

Bünyesinde ikrâhı barındıran bir olayın mahkeme önüne intikali halinde, ikrâh iddiasının kim tarafından ve hangi ispat araçlarıyla ispatlanacağı sorunu ile karşılaşırız. Bu sorun bünyesinde iki alt problemi barındırır. Bunlardan ilki ikrâh iddiası ortaya çıktığında bunu ispat yükünün kimin üzerinde olduğu, ikincisi ise ispat yükü kendisinde olan tarafın usul hukuku esasları içerisinde hangi vasıtalarla iddiasını ispatlayabileceğidir.

MK'nun 6. maddesinde "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*" denilmektedir. Bu genel ilkeye göre; ikrahla hukuki işlemi imzaladığını iddia eden kişi, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür.⁶⁹⁵

İspat vasıtalarından ikrar, davanın şikâyetine yönelik kabul edilen en önemli ispat aracıdır. Mükrehin ikrarı, davanın ispat edilmesi için önemlidir. Ancak bu ikrar dahi ikrâh ve zorlama altında ise hiçbir değeri yoktur. Çünkü ikrâhın hukuki sonuçlarını açıklarken ikrah altındaki ikrâhın geçerliliğinin olmadığı konusunda bir görüş birliğinin hâsıl olduğunu ifade etmiştik.

HMK.203.maddede "*hukuki işlemlerde irade bozuklukları*" ibaresiyle irâde bozuklukları senetle ispat istisnası sayılmış ve bunlar için tanık dinlenmesi yeterli görülmüştür. O halde hukukumuzda, irade bozukluklarından sayılan ikrâh davası için de tanık dinleme yeterlidir. Hukuki işlemi ikrâh ve korkutma altında imzaladığını iddia eden mükreh, iddiasını tanık ile ispatlar.

⁶⁹⁵ Sevindik, s.135–136.

İslam hukukuna göre ikrâh davası açmak için belli bir süre şart değildir. Önemli olan etkisinin geçip geçmediğini tespit etmektir. Modern borçlar hukukunda ise davanın zamanaşımı bile düşmesi mümkündür. Bu sebeple kişi ikrâh davasını olayın üzerinden bir yıl geçmeden açmak zorundadır.

Tüm dava çeşitlerinde mevcut olan ortak nokta, ikrâhın yasak olmasının bir sonucu olarak mükrihe maddi ve manevi sorumluluklar yüklemesi, mağdur olmasının bir sonucu olarak mükrehe ise hak kazandırmasıdır. Sonuç itibariyle insanlar arası ilişkiler karşılıklı rızaya dayanmadığı zaman herhangi bir şekilde askıya alınabilmektedir.

SONUÇ

İslam hukukunda ikrâh ve hukûkî sonuçlarını açıklayan bu araştırma neticesinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

İkrâhın “ *Başkasını istemediği bir şeye baskı kurarak zorlama*” şeklindeki tarifinde İslam hukukçuları arasında görüş birliği bulunmakla beraber sözkonusu baskının mahiyeti konusunda ihtilaf bulunmaktadır. Hanefiler, baskının mahiyeti açısından ikrahı mülci ikrah ve gayr-ı mülci ikrah şeklinde tasnife ve her birini ayrı hükümlere tabi tutmuşlardır. Diğer mezhepler ise böyle bir ayrıma gitmemiş, daha ziyade hangi baskı şekillerinin ikrâh sayıldığını tartışmışlardır. İkrâhta başvuru vasıtayı ifade eden baskı türünün mahiyeti ile ilgili bu farklı bakış açısı, ikrâhın hukuki çerçevesinin belirlenmesinde görülmekte ve ikrâhla ilgili hukuki sonuçlara da yansımaktadır.

Çalışmamız sonucunda Hanefilerin bu tasnifleri sebebiyle, ikrâh ile ilintili konuların çoğunda farklı bir görüşe yönelmiş olduklarını fark ettik. İkrâh-irâde ilişkisini sistematik bir yöntemle ele almaları günümüz fıkıhçıların işini kolaylaştırmıştır.

Baskı türlerinin çeşitliliği ve sözkonusu baskıların irâde üzerindeki etkilerinin farklı oluşu, ikrâhın hukûkî çerçevesinin tespiti noktasında değişik görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bazı fakihler, iradeyi tamamen ortadan kaldıran baskı ve zorlamaların hukûkî açıdan ikrâh sayılmadığını ve zarûretle eşanlamı olan ilca kavramının kapsamına dâhil edilmesi gerektiğini düşünmüşlerdir. Diğer hukukçular ise, irâdeye yönelik her türlü baskıyı ikrâh olarak nitelendirmiş, ancak irâdeyi ortadan kaldırdığında mülci ikrâh, iradeyi ortadan kaldırmamakla beraber irâdeyi bozduğunda gayr-ı mülci ikrâh şeklinde bir tasnife tabi tutmuşlardır. Hanefi mezhebinin mülci-gayr-ı mülci şeklindeki ayrımları, baskının şiddetine ve iradeyi bozup bozmadığına, Şafîî usûlcülerin aynı isim altındaki ayrımları ise irâdeyi tamamen ortadan kaldırıp kaldırmadığına göredir. Pozitif hukuktaki maddî ikrâh ve manevî ikrâh ayrımında da bu bakış açısı hâkimdir. Bu ayrımların her birinin farklı hukûkî sonuçları olduğundan İslam hukuk doktrininde ikrâhın hukuki sonuçları ile ilgili önemli ihtilaflar meydana gelmiştir.

Çalışmamızda ikrâh ile ilişkili terimlerin yeteri düzeyde bilinmediğini gördük. İkrâh, icbâr ve ilca' gibi kavramların tahlilini yapmak suretiyle bu eksikliği bertaraf etmeye çalıştık.

İkrâhın hukuken sabit olması, ikrâhın dört unsurunun bir arada gerçekleşmesi ile mümkündür. *Mükrih, mükreh, mükrehun aleyh ve mükrehün bih* şeklinde dörtlü bir tasnife tabi tutulmuş olan bu unsurlardan her birinin kendisine has bir takım şartları bulunmaktadır. Herhangi bir olayda ikrâhın dört unsuru mevcut ise de bu unsurlara ait şartlar eksik olduğu takdirde ikrâh, hukuken gerçekleşmemiş kabul edilir. Mesela hukuka uygun olan bir zorlamada ikrâhın tüm unsurları mevcuttur. Ama bu zorlamada *mükrehün aleyh* unsurunun şartlarından olan hukuka aykırılığın eksik olması bu zorlamanın ikrâh olarak kabul edilmemesine sebep olur. İslam hukukçuları sözkonusu unsurlara ait şartlarda da ciddi bir ihtilaf yaşamışlardır. Mükrehin ne derecede bir zarûret hali yaşadığı, müptela olduğu baskıya direnme gücünün olup olmadığı ve sözkonusu baskıyı herhangi bir şekilde bertaraf etme imkânına sahip olup olmadığı gibi konular, hukukçular arasındaki ihtilafların en önemli sebepleridir.

Çalışmamızda ikrahın gerçekleşme şartları ile ilgili görüşlerin büyük çoğunluğu verilmiştir. Böylece ikrahın hukuki mahiyeti ile ilgili ciddi bir ihtilafın mevcut olduğunu gösterdik.

Hukuk sistemlerinin tamamında olduğu gibi İslam hukukunda da ikrâhın hem sorumluluk hem de irâde ile ilişkisi gündeme getirilmiştir. İkrâhın sorumluluk ile ilişkisi genel itibariyle mükrehin cezai ehliyeti çerçevesinde şekillenmiştir. İkrâhın irâde ile ilişkisi ise hem hukuki işlemin geçerliliği açısından hem de iradenin konumuna göre cezai sorumluluğun tespit edilmesi yönünden tartışılmıştır. Bu tartışmalarda ikrâhın zaruret hali çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusu önemli rol oynamıştır. Çalışmamızda bu tartışmaların çoğu verilmiş ve ikrah teorisinin oluşumu noktasında önemli bir katkı sağlanmıştır.

Doktrindeki bu hususlar dikkate alındığı takdirde ikrâhın hem dini hem de hukuki sonuçlarının tespitinde her şeyden önce ele alınması gereken husus, ikrâhın kişinin ehliyetine ve mükellef tutulmasına etkisidir. İkrâhın ehliyeti ortadan kaldırdığı sonucuna varıldığı takdirde ikrâhın sorumluluklara ve hukuki tasarruflara

etkisi ile uğraşmaya gerek kalmayacaktır. Gerek klasik dönem fakihleri gerekse de çağdaş İslam hukukçuları, ikrâhın ehliyeti ortadan kaldırmadığı konusunda görüş birliği içindedir. Çünkü ikrâhta kişinin hayatı ve akıl melekesi değil, iradesi etkilenmektedir.

Klasik dönem usulcöleri, ikrahın mükellef tutulmaya etkisinin olup olmadığı hususunu ehliyetten ayrı olarak tartışmış, ikrahın mükellef tutulmaya etkisini ehliyete olan etkisinden daha fazla gündeme getirmişlerdir. Fakih ve usulcöler, öncelikle ikrâhın mükellefiyeti kaldırıp kaldırmadığı konusunu ele almışlardır. Eğer ikrâh, mükrehin mükellefiyetini ortadan kaldıran durumlardan biri ise mükrehin davranışları ve hukuk alanındaki muamelelerini incelemenin herhangi bir anlamı olmaz. Çünkü mükellefin hukuki tasarrufları da dini tasarrufları da teklif kapsamındadır. Ancak teklifi ve şeri hükümlere muhatap olmayı ortadan kaldırmadığı sonucu çıkmış ve bunun tabii bir sonucu olarak dinî ve hukûkî tasarruflara etkisi detaylı bir şekilde incelenmiştir. Teklifi ortadan kaldırdığına kanaat getirenler, mülci ikrâhı ilca ve zarûret kapsamında değerlendirip bir müptela olma halinden ibaret olan ikrâhtan ayrı tutmuşlardır. Kısacası ikrâhın kişinin mükellef tutulmasını engelleyici bir etkisi bulunmamaktadır. Çünkü büyük bir korku ve endişe içinde dahi olsa kişi tercih yapma gücünden yoksun değildir. O halde kişinin ikrâh sonucu davranışları, kısmen de olsa kendisine sorumluluk yüklemektedir.

İkrâhın dinî ve hukûkî tasarruflara etkisi konusunda ise iki konu gündeme gelmiştir. Birinci konu, mükrehin davranışlarından cezaî ve medenî sorumluluk alıp almadığı; ikincisi ise mükrehin hukuk alanındaki muamelelerinin geçersiz olup olmadığıdır. Sözkonusu iki konu, başka iki konunun açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Birincisi ikrâh ile meydana gelen hukûkî olayın ikrâhın aktif unsuru olan mükrihe ne gibi hukuki ve cezai sorumluluklar yüklediği, ikincisi ise ikrâhın pasif unsuru olan ve ikrâhın hükümlerine esas muhatap olan mükrehin ikrâh sebebiyle ne gibi dini, cezai ve medeni sorumluluklar yüklediği ve hangi hakları elde ettiği konusudur.

İkrâhın cezai sorumluluğuna etkisinin tespitinde farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Genel olarak ikrâh, cezai sorumluluğa etki etmektedir. Ancak bu etkisi, cezai

sorumluluğu her halükarda ortadan kaldırma şeklinde değildir. İkrâha konu olan olay, özellikle üçüncü kişilerin aradan mağdur edilmesi sözkonusu olduğunda cezai sorumluluğu ortadan kaldırmamaktadır. Bu sebeple fıkıh bilginleri, başkasını öldürmeye zorlanan kişinin öldürülme pahasına da olsa başkasını öldürmemesi gerektiğini vurgulamışlar ve başkasını öldürdüğü takdirde cezai sorumluluk alacağı hükmünü vermişlerdir. Erkeğin zinaya zorlanması ve bir kişinin başkasının vücut bütünlüğünü yok etmeye zorlanması (öldürmeye zorlanması) konuları bu kategoride mütalaa edilmiştir.

Pozitif hukukta da ikrâh cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak zikredilmiştir. Ancak doktrinde bunun istisnalarının olup olmadığına değinilmemiştir. Mükrehi tamamen suçsuz kabul etmek suretiyle İslam hukukundan farklı hüküm verilmiştir. Ancak bu hüküm doktrinde eleştirilere maruz kalmıştır.

İkrâhın hukuki sorumluluğa etkisi ise; biri haksız fiil sorumluluğu olarak da tabir edilen denilen akit dışı sorumluluklara olan etkisine, diğeri ise akdi sorumluluğun bir türü olan hukûkî işlemlere etkisine göre incelenir. Medeni sorumluluk, vücup ehliyetine bağlı olduğu için ikrâhın etkisiyle hiçbir zaman ortadan kalkmaz. Ancak hukuki sorumluluğun telafisini ifade eden tazminatın kime ne miktarda ödettirileceği ile ilgili hükümleri bir derece etkiler. Doktrinde, ikrâhın etkisiyle verilen zararların mükrihe ödettirilerek tazmin edilmesi görüşü ağır basmıştır.

İkrâhın hukuki işlemlere etkisinde, hukuki sorumluluktan çok hukuki işlemlerin geçerliliği önemlidir. Çünkü hukuki sorumluluk, hukuki işlemin geçerli olup olmamasına göre şekillenir. Bu gerçek göz önünde bulundurularak akitler ve hukuki işlemlere olan etkisi, sorumluluktan ayrı bir başlıkta geniş bir şekilde incelenmiştir. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre ikrâhla bir hukuki işlemi imzalamaya zorlanan kişinin muamelesi geçersiz olduğu için taraflara ayrı bir sorumluluk yüklememektedir. Ancak Hanefiler ve Malikîler her halükarda taraflara bir sorumluluk yüklediğine kanaat getirmişlerdir. Hanefilere göre eğer zorlama konusu olan hukuki işlem feshedilemeyen cinsten ise ikrâhın hiçbir etkisi olmadığı kabul edileceğinden sahih bir akdin sorumluluklardaki tüm sonuçları sabit olur. Eğer

feshedilebilen hukuki işlemlerden iseler kesin hükümsüzlük ifade etmedikleri için mükrehin hukuki işlemi feshedip tazminat isteme hakkı mevcuttur.

Malikîler ise feshedilebilirlik özelliğine bakmadan tüm hukuki işlemlerin askıda olduğunu mükrehin onayından sonra bağlayıcı hale geldiğini düşünmüşlerdir. Bu sebeple Hanefilerde olduğu gibi mükrehe akdi feshetme ve tazminat isteme hakkını tanımışlardır.

Şafîî, Hanbelî ve Zahirî hukukçular ise ister feshedilebilen hukuki işlemler olsun isterse de feshedilemeyen hukuki işlemler olsun ikrâhla meydana gelen hukuki işlemin batıl olduğuna kanaat getirmişlerdir. Bu görüş sahiplerine göre ortada imzalanmış bir hukuki işlem olmadığı için taraflara herhangi bir sorumluluk yükleme ihtimali de kalmamaktadır.

Pozitif hukukun bu konudaki ikraha bakış açısı Hanefî ve Maliki mezheplerinin görüşüne yakındır. İkraha altındaki hukuki işlemin feshedilebildiğini veya gerekirse mükrehin onayına bırakıldığını belirtmek suretiyle bu yakınlığı göstermiştir. Feshedilemeyen hukuki işlemlerin ikrâha rağmen geçerli kabul edilmesi de Hanefî mezhebinin görüşü doğrultusundadır. Ancak modern hukukta Hanefilerden farklı olarak akit sahih olarak bağlandıktan sonra da ikrâh davası açılabilmektedir.

Mükrehin hak elde edebilmesi ikrâhı dava konusu yapması ile mümkündür. Bu haklar mükrih açısından ikrahtan doğan sorumluluklardır. Mükreh, ikrâh sebebiyle maruz kaldığı zarar için tazminat ve benzeri davalar açabileceği gibi ikrâhı bir cebir ve tehdit suçu olarak kabul edip mükrihi suçlu olarak da dava edip cezai sorumluluk almaktan kurtulabilir.

Hülâsa, ikrâhın hukuk alanında etkileri, hükümleri tamamen ortadan kaldırma şeklinde değil, hükmün niteliğini değiştirmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ehliyeti ve mükellefiyeti tamamen ortadan kaldırmadığı halde, ehliyet sahibi insanın fiillerini haram olmaktan çıkarıp mübah hükmüne dönüştürmesi, mükrehin mükellef kabul edildiğini göstermektedir. Doktrinadaki tartışmalar, ikrâhın etkisiyle değişen hükmü tespit etmeye yöneliktir.

BİBLİYOGRAFYA

I. TÜRKÇE KAYNAKLAR

- Acar, İbrahim, "Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler I- Hata," (Hata) Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:14, Erzurum, 1999.
- , "İslâm Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler II- İkra", Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:18, Erzurum, 2002.
- , "Hürriyet ve Eşitlik Kavramları Ekseninde Demokrasi ve İslâm Konusunda Bazı Mülâhazalar", İslâmî Araştırmalar Dergisi, C. XVI, Sayı:1, Ankara, 2003.
- Akıntürk, Turgut, (Ö.2009), *Medenî Hukuk*, Beta Yay., 13. Bsk, İstanbul, 2008.
- Ali Haydar, Hoca Emin Efendizâde, (Ö.1355/1936), *Dürerü'l-Hükkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm*, (I-IV), Matbaa- i Ebuzziya, Konstantiniye, 1330.
- Apaydın, Hacı Yunus, "Galat", XIII, *İA*, TDV, İstanbul, 1996.
- , "Hata", XVI, *İA*, TDV, İstanbul, 1997.
- , "İrade", XXII, *İA*, TDV, İstanbul, 2000.
- , "İrade Beyanı", XXII, *İA*, TDV, İstanbul, 2000.
- , "Mevkuf", XXIX, *İA*, TDV, İstanbul, 2004.
- Arsal, Sadri Maksudi, (Ö.1957), *Umumi Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1948.
- Arsebük, Esat, (Ö.1954), *Medeni Hukuk I*, Tan Matbaası, İstanbul, 1938.
- Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usulü*, İFAV, İstanbul, 1996.
- Bardakoğlu, Ali, "İcbar", XXI, *İA*, TDV, İstanbul, 2000.
- , "Ehliyet", X, *İA*, TDV, İstanbul, 1994.
- , "Gabn", XIII, *İA*, TDV, İstanbul, 1996.
- , "İkra", XXII *İA*, TDV, İstanbul, 2000.
- Berki, Şakir, "Roma'da Borçların Kaynakları", AÜHFD, C:7, Sayı:1-2, Ankara, 1950.
- Beyânûnî, Muhammed Ebu'l-Feth, "Hüküm", XVIII, *İA*, TDV, İstanbul, 1998.

- Bilgili, İsmail, "Ehliyet Arızalarından İkraah Şartları ve Kısımları", İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Bahar, 2010, 1,(1), 237–270.
- Bilgin, Ahmet, *İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 1989.
- Bilmen, Ömer Nasûhî, (Ö.1971), *Hukuk-i İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, (I-VIII), Bilmen Yayınevi, İstanbul, t.y.
- Cihan, Erol, *Cebir Kullanma Cürmü*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- Cin, Akgündüz/ Halil, Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.
- Çağa, Tahir, "Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri Veya Gabin ile Ma'lul Sözleşmelerde Fesih Beyanı ve Bunun Süresi", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1980, Sayı:1, s.39–49.
- Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Çocuk*, Kayıhan Yayınları, 1.Bsk., İstanbul, 1990.
- , *İslam Hukukunda Akitler, (Akitler)*, Ahi Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Çınar, Ali Rıza, *Tehdit Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Çolak, Abdullah, "İslam Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa", Ekev Akademi Dergisi, XIX, Bahar 2004, s.135–156.
- Dağcı, Şamil, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, (Şahıslara Karşı Müessir Fiiller)*, DİB Yay., 2.Bsk., Ankara, 1999.
- , "İslam Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi (İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi)", Marife, III/1, Konya, 2003.
- Döndüren, Hamdi, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, Erkam Yay., y.y., t.y.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, "Ruhsat", XXXV, İA, TDV, İstanbul, 2003.
- Dönmezer, Sulhi (Ö.2004)-Erman, Sahir (Ö.1996), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (I-III), Sulhi Garan Matbaası, 4.Bsk., İstanbul, 1969.
- Dural, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul, 1984.
- Erdem, Fazıl Hüsnü, *Eski Hukukumuzda İkraah*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 1990.

- Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 2. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2005.
- Erem, Faruk,(Ö.1998)-Toroslu, Nevzat; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*; Savaş Yayınevi, Ankara, 2000.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (I-II), Beta Yay., 6. Bsk., İstanbul, 1998.
- Esen, Hüseyin, *İslam'da Suç ve Ceza, (İslam Hukukunda Cezai Sorumluluk)*, Yeni Akademi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Esener, Turhan, *Borçlar Hukuku I, (Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği)*, AÜHF Yay., Ankara,1969.
- Eser, Ercan, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- Gözler, Kemal, *Hukukun Temel Kavramları*, Ekin Basım Yayın., 8. Baskıdan Ek Baskı, Bursa, 2011.
- Gülşen, Recep, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza Mücbir Sebep Cebir ve Tehdit*, Seçkin Yay. Ankara, 2007.
- Heyet, “ Sorumluluk”, *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, (I-XXIV), İnterpress Basım ve Yay. İstanbul, 1986, XX, 10688.
- İçli, Sadi, *Klasik Fıkıh Doktrininde İkraah ve Öldürmeye İkraahın Sonuçları*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2007.
- İnan, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Sevinç Matbaası, Ankara,1979.
- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku (Mukayeseli)*, (I-III), İz Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- , *İslam'ın Işığında Günün Meseleleri, (Günün Meseleleri)*, (I-III), İz Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Miras Hukuku*, Filiz Kitapevi, 3.Bsk., İstanbul, 1987.

- Köprülü, Bülent-Kaneti, Selim,(Ö.1992), *Aile Hukuku*, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986.
- Köse, Saffet, “Hile”, XVIII, *İA*, İstanbul, 1998.
- , *İslam Hukukunda İkrahin Sözlü Tasarruflara Tesiri Konusundaki Tartışmalar ve Sosyal Hayattaki Yansımaları*, Diyanet İlmi Dergi c.32. Sayı: 2, 1996, s.35–53.
- Kutanoğlu, Mithat, *Özel Hukukta ve Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- Küçüktaşdemir, Özgür, *Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
- Oğuzman, Kemal Mustafa, (Ö.1995), *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 15.Baskı, İstanbul, 2008.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit, (Ö.1971), *Roma Hukuku*, Güney Matbaacılık, Ankara, 1952.
- Okandan, Recai Galip, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, Fakülteler Matbaacılık, İstanbul, 1952.
- Özgenç, İzzet, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1999, sayı 1–2.
- Öztan, Bilge, *Şahsın Hukuku Hakikî Şahıslar*, Ankara, 1993.
- Rado, Türkan, (Ö.2007), *Roma Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Salman, Yüksel, *İslam Hukukunda Cezayı Düşüren Haller*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1993.
- Saymen H.Ferit/Elbir, Halit K, *Türk Borçlar Hukuku*, (I-II), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958.

- Sevindik, Ersin, *İkrah*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, M. Ruhan; *Ceza Özel Hukuku*; Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2000.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Savaş Yay. Ankara, 2005.
- Turabi, Selami, *Mala Zarar Verme Suçu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007.
- Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yay., 11.Bsk., Ankara, 2011.
- Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati*, Başbakanlık Basımevi, 3.Baskı, Ankara, 1991.
- Üzülmez, İlhan, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Von Tuhr, Andreas, (Ö.1925), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, (I-II), Trc. Cevat Edege, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul, Yetkin Yayınevi, 2004.
- Yıldız, Kemal, "Sorumluluk" XXXVII, *İA*, TDV, İstanbul, 2009.
- , *İslam Sorumluluk Hukuku, Akit Dışı Sorumluluk, (Akit Dışı Sorumluluk)*, Hacegan Akademi Kitaplığı, İstanbul, 2005.

II. ARAPÇA KAYNAKLAR

- Âmirî, Hail Hazzam Mehyub, *Nazariyyetü'l-İkrâhi'l-Medenî Beyne's-Şeria ve'l-Kanûn*, el-Mektebü'l-Câmiyyi'l-Hadis, İskenderiye, 2005.
- Atiyye, Abdülhasîb Sened, *el-İkrâh ve Eseruh ala İrâdeti'l-Mükreh fi'l-Ef'ali'l-Cinâiyye ve't-Tasarrufâtü's-Şer'iyye ve'l-Ukûdi'l-Mâliyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Dârü'l-Gad, Kahire, 2001.
- Bahrülulûm, Muhammed, *Uyûbü'l-İrâde fi's-Şer'iati'l-İslâmiyye*, Dârü'z-Zehra, 1.Bsk., Beyrut, 1984.

- el-Ba'lı, Ebu'l-Hasen, Ali b. Abbas, (Ö.803/1401), *el-Kavâ'id ve'l-Fevâidü'l-Usûliyye*, Tahkik: Muhammed Hamid el-Fıkî, Matbaatü's-Sünneti'l-Muhammediyye, Kahire, 1956.
- Behnesî, Ahmed Fethî, *el-Mesû'liyetü'l-Cinâyîye Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 4.Bsk., Dârü-ş-Şürûk, Kahire, 1988.
- el-Beyhakî, Ebû Bekir Ahmed b. Huseyin b. Ali, (Ö.458/1065), (I-IV), *es-Sünenü's Sağir*, Abdülmü'tî Emîn Kal'acî, 1.Bsk.,Dârü'l-Vefa, Kahire, 1989.
- el-Büceyrimî, Süleyman b. Muhammed b. Ömer, (Ö.1221/1806), *Hâşiyetü'l-Büceyrimî ala'l Hatîb*, (I-IV), Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2.Bsk. Beyrut, 1996.
- el-Buhârî, Abdülaziz b. Ahmed,(Ö. 730/1330), *Keşfü'l-Esrâr an Usûl-i Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, (I-IV), Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Beyrut, t.y.
- el-Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail (Ö.256/870), *el-Câmiu's-Sahîh*; (I-IV), Thk. Muhammed Fuad Abdülbâki, Muhibuddin el-Hatib, el-Matbaatü's-Selefiyye, Kahire,1979.
- el-Buhûtî, Mansûr b. Yûnus, (Ö.1051/1641), *Keşşâfu'l-Kina' an Metni'l-İkna'*, (I-XV) Thk. Heyet, 1. Bsk, 2008.
- el-Cezirî, Abdurrahman, (Ö.1941), *el-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa*, (I-V), Dârü'l Kütüb-il İlmiye, 2.Bsk., Beyrut, 2003.
- el-Cürcânî, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Alî el-Hüseynî es-Seyyid eş-Şerîf, (Ö.816/1413), *et-Tâ'rifât*, Mektebet-ü Lübnan, Beyrut,1985.
- el-Cüveynî, Ebu'l-Meâlî Rüknuddîn Abdülmelik b. Abdullah b. Yûsuf, (Ö.478/1085), *el-Burhân fî Usûli'l-Fıkh*, (I-II), Thk. Abdülazîm ed-Deyb, Dârü'l-Ensâr, Kahire, t.y.
- ed-Dehlevî, Ebü'l-Feyyâz Ahmed bin Abdürrahîm bin Vecîhüddîn, (Ö.1176/1762), *Huccetullâhi'l-Bâliğa*, (I-II),Tahkik: Es-Seyyid Sabık, 1.Bsk., Dârü'l-Ceyl, Beyrut, 2005.

- ed-Derdîr, Ebu'l-Berekât Sîdî Ahmed b. Muhammed, (Ö.1201/1786), *eş-Şerhu's-Sağir ala Akrabi'l-Mesalik ila Mezhebi'l-İmam Malik*, (I-IV), Thk: Mustafa Kemal Vasfî, Darü'l- Maârif, Kahire, t.y.
- Dureynî, İbrahim Neş'et, *et-Terâdî fi'l-Ukûd*, Dârü's-Şürûk, 1.Bsk., Cidde, 1982.
- Duveyhî, Ali b. Sa'd b. Salih, *Arâü'l-Mu'tezileyyeti'l-Usûliyye*, Riyad, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad, 1995.
- ed-Düsûkî, Muhammed Urfe (Ö.1230/1815), *Haşiyetu'd-Düsûkî ale's-Şerhi'l-Kebîr*, (I-IV), Thk. İsa el-Bâbi el-Halebî, Dâru İhyâi'l-Kütüb'l-Arabî, t.y., y.y.
- Ebu Davud, Süleyman b.el-Eş'as, es-Sicistanî, (Ö.275/888. es-Sünen, Tahkik: Ebu Ubeyde Meşhur b. Hasen Alu Selman, Mektebet'ul-Maarif, Riyad, 1996.
- Ebû Zehre, Muhammed, (Ö.1974), *el-Cerîme ve'l-Ukûbe fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, (el-Cerîme)*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, 1988.
- , *Usûlü'l-Fıkh, (Usûl)*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, y.y., t.y.
- Emîr Pâdişâh, Muhammed Emin, (Ö. 987/1579), *Teyşîru't-Tahrîr*, (I-IV), Tahkik. Muhammed Emin İmran, Matbaa-i Mustafa el-Bâbî el-Halebî.
- el-Esnevî, Abdurrahîm b. Hasen, (Ö.772/1370), *Nihâyetü's-Sûl fi Şerhi Minhâci'l-Vüsûl*, (I-IV), Alemü'l-Kütüb, Beyrut, t.y.
- , *et-Temhîd fi Tahrîci'l-Fürû' ala'l-Usûl*, Tahkik: Muhammed Hasan Heyto, Müessesetü'r-Risâle, 2.Bsk., Beyrut, 1981.
- el-Ezherî, Ebu Mansûr Muhammed b. Ahmed, (Ö.370/980), *Tehzîbü'l-Luğa*, (I-XVI), Thk. Heyet, ed-Dâru'l-Mısriyye, Kahire, t.y.
- el-Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed b. Ali el-Mukrî, (Ö.775/1368), *el-Misbâhu'l-Münîr* (I-II), Matbaatü'l-Emîriyye, 5.Bsk. Kahire, 1920.
- el-Firûzâbâdî, Ebû Tâhir Mecdüddin Muhammed b. Ya'kûb b. Muhammed eş-Şirazî (Ö.817/1414), *el-Kâmûsu'l-Muhît(I-IV)*, el-Hey'etü'l-Mısriyye el-Amme li'l-Kitab, 1980.

- el-Gazâlî, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed, (Ö. 505/1111), *el-Mustasfa min İlmi'l-Usûl*, (I-IV), Tahkik: Hamza b. Züheyr Hâfız, Medînetü'l-Münevvere, t.y.
- el-Hacâvî, Şerefuddin Musa b. Ahmed b. Musa Ebu'n-Necâ,(Ö.968/1561), *el-İknâ' Li't Tâlibi'l-İntifa'*,(I-IV), Thk. Heyet, 3.Bsk, Riyad, 2002.
- el-Hafîf, Ali (Ö.1978), *Ahkâmu Muâmelâti's-Şer'iyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, 2008.
- Hallâf, Abdülvehhâb, (Ö.1956),*İlm-u Usûli'l Fıkh*, Dâru'l Fikri'l Arabî, 1995.
- el-Haraşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Ali, (Ö.1101/1689), *Şerhu'l-Haraşî ala Muhtasar-i Halîl*, (I-VIII), el- Matbaatu'l-Kübrâ'l-Emiriyye, 2.Bsk, Mısır, 1996.
- el-Haskefî, Alâeddin Muhammed b. Ali, (Ö.1088/1676), *ed-Dürrü'l-Muhtâr fi Şerh-i Tenvîrü'l-Ebsâr*, Thk. Abdülmun'im Halil İbrahim, Dâru'l Kütüb-il İlmiye, 1.Bsk.,Beyrut, 2002
- el-Hâşimî, Sultan b. İbrahim b. Sultan, *Ahkâm-u Tasarrüfâti'l-Vekîl fi Ukûdi'l-Muavazati'l-Mâliye*, Dâru'l-Buhûs Li'd-Dirâse, 1.Bsk., y.y., 2002.
- Hattâb, Ebû Abdillah Semseddin Muhammed, (Ö. 954/1547), *Mevâhibu'l-Celîl li Şerh-i Muhtasari'l Halîl*, (I-VIII), Dâr-u Alemlî'l-Kütüb, Riyad, 2003.
- Heyet, *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, (I-XLV),Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt, 1983–2006.
- Heyet, *el-Mu'cemu'l-Vasît*, Mecmaü'l-Lügati'l-Arabiyye, Mısır, 2004.
- el-Huceylan Abdülaziz b. Muhammed b. Abdullah, *Tasarrufâtü'l-Emîn fi'l-Ukûdi'l-Mâliyye*, (I-II), y.y., t.y.
- Hüseynî, Abdülfettah, *el-İkrah ve Eseruh fi'l-Ahkâmi's-Şer'iyye*, Mektebetü't-Türasi'l-İslâmî, Kahire,1992.
- el-Isfehânî, Ragıb Ebu'l Kasım el-Huseyn b. Muhammed b. Mufaddal, (Ö.502/1108), *el-Müfredât fi Ğaribi'l Kur'an*, Şirket-i Matbaati'l Mustafa, el-Babi'l-Halebî, Mısır, 1961.

- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer ed-Dımaşkî , (Ö.1252/1836), *Reddü'l-Muhtâr Ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, (I-X), Thk, Heyet, Dâru Alemi'l-Kütüb, Riyad, 2003.
- İbn Atiyye, Abdülhak b. Gâlib el-Endelüsî, (Ö.546–1151), *el-Muharrerü'l-Vecîz fî Tefsîri'l-Kitâbi'l-Azîz*, (I-V), Thk., Abdüsselâm Abdüşşâfi Muhammed, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1.Bsk, Beyrut, 2001.
- İbn Cüzey, Ebü'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbî, (Ö.741/1340), *el-Kavânînü'l-Fıkhîyye*, Thk: Muhammed b.Seydi, Kuveyt, t.y.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd el-Endelüsî el-Kurtubî, (Ö.456/1064), *el-Muhallâ*, (I-XI), Thk: Muhammed Münir ed-Dımeşkî, İdâretu't-Tıbbâati'l-Münîriyye, Mısır,1350.
- İbn Kudâme, Muvaffaküddin Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed, (Ö.620/1223), *el-Muğnî*, (I-XV), Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî-Abdülfettah Muhammed el-Hulv, Dâr-ü Alemi'l-Kütüb, 3.Bsk, Riyad, 1997.
- , *el-Kâfi*, (I-IV), Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Hicr Li't-Taba', 1.Bsk, Kahire,1997.
- İbn Mâce, Ebû Abdullah, Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni, (Ö.275/808) *es-Sünen* (I-II), Tahkik. Muhammed Fuad Abdülbakî, Dâr-u İhyâ-i Kütübi'l-Arabiyye, y.y.,t.y
- İbn Manzûr, Ebu'l Fazl Cemalüddin Muhammed b. Mükerrrem, (Ö.711/1311), *Lisânü'l-Arab* (I-XV), Dar-u Sâdır, Beyrut, t.y.
- İbn Müflih, Ebu İshak Burhaneddin İbrahim b. Muhammed, (Ö.884/1480), *el-Mübdî' Şerhü'l-Mukni'* , (I-VIII), Thk: Muhammed Hasan Muhammed Hasan İsmail, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1997.
- , *el-Füru'*, (I-XII), Tahkik: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle, 2.Bsk.,Beyrut, 2003.

- İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrahim el-Mısrî, (Ö. 970/1563), *el-Eşbâh ve'n-Nezair*, Thk: Muhammed Mutî' el-Hafız, Darü'l-Fıkr, Dımeşk, 1983.
- İbn Teymiyye, Ebu'l-Berekât, Abdüsselâm b. Abdullah b. el-Hadr el-Harranî, (Ö 652/1254), *el-Muhharer fil-Fıkh*,(I-II), Dâru'l-Kâtibi'l-Arabî, Beyrut, t.y.
- İbnü'l- Arabî, Ebu Bekr, Muhammed b. Abdullah, (Ö.541/1148), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, (I-IV), Thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Dâru'l Kütüb-il İlmiye, 3.Bsk.,Beyrut, 2003.
- İbnü'n-Neccâr, Ebû'l-Beka Takiyyüddin Muhammed el-Futuhî, (Ö. 972/1564), *Şerhu Kevkebi'l-Münîr*,(I-IV), Thk. Muhâmmmed Zühayli- Nezih Hâmmad, Mektebetü'l- Ubeykân, Riyâd, 1993.
- İsamüddin, Hasan Lokman, *el-İkrah ve'z-Zarure ve Eserühuma ale'l-Mes'ûliyeti'l-Cinaiyye*, Mektebetü'ş-Şerifi'l-Akadimiyye, y,y., 2006.
- Kadizâde, Şemseddin Ahmed b. Mahmud el-Edirnevî, (988/1580), *Netâicü'l-Efkâr fî Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr*, (VII-X), Thk: Abdurrezzâk Galip el-Mehdî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1.Bsk., Beyrut, 2003.
- el-Karadâğî, Ali Muhyiddîn Ali, *Mebdeü'r-Ridâ fi'l-Ukûd*, (*Mebdeü'r-Ridâ*), (I-II), Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 1.Bsk., Lübnan, 1985.
- el-Karâfî, Şihâbuddin Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs, {684/1285), *ez-Zahîre*, (I-XIV), Thk: Muhammed Hacî, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1.Bsk., Beyrut,1994.
- el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, (Ö. 587/1191), *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*, I-VII, , Dâru'l Kütüb-il İlmiye, 2.Bsk, Beyrut,1986.
- el-Kayrevânî, Ebî Muhammed Abdullah b. Abdurrahmân, (Ö.386/996) *en-Nevâdir ve'z-Ziyadât ala ma fi'l-Müdevvene ve Gayriha Mine'l-Ümmehât*, (I-XV) Thk. Muhammed'ül-Emin Buhbûze, 1.Bsk. Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1999.
- el-Kermî, Ebu Bekr el-Makdisî el-Hanbeli Mer'i b. Yusuf, (Ö.1033–1624), *Delilü't-Tâlib li Neyli'l-Metâlib*, Tahkik: Sultan b.Abdurrahman, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, t.y.

- el-Kurtubî, Ebû Abdullah, Muhammed b. Muhammed b. Ebî Bekr (671/1273), *el-Câmi' li-Ahkâmi'l-Kur'ân*, (I-XXIV), Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle, 1.Bsk. Beyrut, 2006.
- el-Makdisî, Ebu'n-Necâ Şerefeddîn Musa, (Ö. 968/1561), *el-İknâ' fî Fıkhı'l-İmâm Ahmed b. Hanbel*, (I-IV), Beyrut, t.y.
- el-Makdisî, Bahaeddin Abdurrahmân b. İbrahim, (Ö. 624/1226), *el-Udde Şerhü'l-Umde fî fıkhı İmami's-Sünne Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî*, Thk. Halid Muhammed Muharrem, el-Mektebetü'l-Asriye, Beyrut, 1997.
- el-Mâverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib, (Ö. 450/1058), *el-Ahkâmu's-Sultâniye ve'l-Vilâyâtü'd-Diniyye, (el-Ahkâmu's-Sultâniye)*, Thk. Ahmed Mübarek el-Bağdâdî, 1.Bsk., Kuveyt, 1989.
- , *el-Hâvi'l-Kebîr, (el-Hâvi)*, (I-XVIII), Tahkik: Adil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed Muavviz Dârü'l-Kütübi'l-İlmiye, 1.Bsk., Beyrut, 1994.
- Medkûr, Muhammed Sellâm, *el-Medhal li'l-Fıkhı'l-İslamî*, Dârü'l-Kitâbi'l-Hadis, 2.Bsk., Kahire, 1996.
- el-Merdâvî, Alâeddin Ebi'l-Hasan Ali b. Süleyman, (Ö.885/1480), *el-İnsâf fî Marifeti'r-Râcih mine'l-Hilâf alâ Mezhebi Ahmed b. Hanbel*, (I-XII), Tahkik: Muhammed Hamid el-Fıkî, Matbaatü's-Sünneti'l-Muhammediyye, 1. Bsk., Kahire, 1957.
- el-Merğînânî, Burhanuddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr, (Ö.593 /1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedi*, (I-VIII), Tahkik. Naîm Eşref Nûr Ahmed, 1.Bsk., İdaretü'l-Kur'ân ve'l-Ulumü'l-İslâmiyye, Karaçi, 1994.
- el-Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd, (Ö.683/1284), *el-İhtiyâr li Ta'lili'l-Muhtâr*, (I-IV), Dârü'r-Risaleti'l-Alemiyye, 1.Bsk., Beyrut, 2009.
- Meydânî, Abdülğanî el-Ğanîmî, (Ö.1298/1881), *el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitab*, (I-IV), Thk: Muhammed Muhyiddîn Abdülhamîd, el-Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut, t.y.

- Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmurz b. Alî, (Ö.885/1480), *ed-Dürerü'l-Hükkâm fî şerhi Gurer-il-Ahkâm*, (I-II), Mîr Muhammed Kütüphâne, Karaçi, t.y.
- el-Muhammed, Muhammed Mahmud, *Eserü'l-İkrâh fî'l-Muâmelâti'l-Mâliye*, Mecelletü'd-Dirasati'l-İctimaiyye, Sayı:12 (Temmuz-Aralık), 2001.
- el-Mutarrızî, Ebu'l-Feth Nasır b. Abdüsseyyid b.Ali, (Ö. 610/1213), *el-Muğrib fî Tertîbi'l-Mu'rib*, (I-II), Tahkik: Heyet, Mektebet-ü Üsame b. Zeyd, Haleb, 1979.
- Müslim, b. Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî en-Nişâbûrî (Ö.261/875), *Sahîh-u Müslim*, (I-V), Thk. Muhammed Fuad Abdülbâki, Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, 1.Bsk, Kahire, 1991.
- Nesaî, Abdurrahman Ahmed b. Şuayb, (Ö.303/916), *es-Sünenü'l-Kübra*, (I-XXII), Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle,1.Bsk, Beyrut, 2001.
- en-Nevevî, Muhyiddîn Ebû Zekerîya Yahya b. Şeref, (Ö. 676/1277), *Minhâcü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Müttakîn*, Tahkik: Muhammed Tahir Şa'ban, 1.Bsk., Beyrut, 2005.
- *Ravzatü't-Tâlibîn*, (*Ravza*), (I-VIII), Thk, Adil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed Muavviz, Alemü'l-Kütüb, Beyrut, 2003.
- , *el-Mecmu' Şerhu'l-Mühezzeb*, (I-XXIII), Thk. Muhammed Necîb el-Mutiî, Mektebetü'l-İrşâd, Riyad, t.y.
- el-Pezdevî, Ali b. Muhammed, (Ö.493/1100), *Usûl'ül-Pezdevî*, (*Kenzü'l-Usûl ilâ Ma'rifeti'l-Usûl*), Mîr Muhammed Kütüphâne, Karaçi, t.y.
- er-Râfî, Ebû'l- Kasım Abdulkerim b. Muhammed, (Ö.623/1226), *el-Azîz Şerhu'l-Vecîz*, (I-XIII), Tahkik: Adil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed Muavviz, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye,1.Bsk., Beyrut, 1997.
- er-Râzî, Muhammed b. Ebû Bekir b. Abdülkadir, (Ö.666/11268), *Muhtâru's-Sihâh* Mektebet-ü Lübnan, Beyrut, 1986.

- er-Râzî, Muhammed b. Ömer,(Ö.606/1209), *el-Mahsûl fi İlmi Usûli'l-Fıkh, (I-VI)*,
Thk: Tâhâ Câbir Feyyâz el-Alvânî, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut., t.y.
- er-Remlî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza, (Ö. 1004/1595), *Nihâyetü'l-
Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc, (I-VIII)*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2.Bsk.,
Beyrut, 2003.
- Rızâ, Hüseyin Tevfik, *Ehliyyetü'l-'Ukûbe fi'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûni'l-
Mukâran, 2.Bsk.*, Kahire, 2000.
- es-Semerkândî, Alâuddîn Ali bin Yahyâ, (Ö.539/1144), *Tuhfetü'l-Fukahâ, (I-III)*,
Dârü'l Kütüb-il İlmiye, 1.Bsk., Beyrut, 1984.
- es-Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, (Ö.1971), *Mesâdirü'l Hakk fi'l-Fıkhî'l-İslâmî,
(Mesâdirü'l Hakk)*, (I-VI), Câmiatü'd-Düveli'l-Arabiyye, Kahire,
1971.
- , *Nazariyyetü'l-Akd*, Mecmaü'l-İlmi'l-Arabî, Beyrut, 1971.
- , *el-Vasît fi Şerhi'l-Kanûni'l- Medeni'l-Cedîd*, (I-IV), Dâr-u İhyâi't-
Türâsi'l-Arabî, Beyrut, 1970.
- es-Serahsî, Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl (Ö. 483/1090), *el-Mebsût*
(I-XXX), Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, t.y., XXIV, 38.
- , *Usûlü's-Serahsî, (Usûl)*, (I-II), Thk: Ebû'l-Vefâ el-Afgânî, y.y., t.y.
- es-Suyûtî, Ebü'l-Fadl Celâleddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr, (Ö.911/1505), *el-Eşbâh
ve'n-Nezâir*, (I-II), Dârü'l Kütüb-il İlmiye, Beyrut, 1983.
- es-Sübkî, Tâcuddîn Abdülvehhâb b. Ali b. Abdülkâfi, (Ö.771/1370), *el-Eşbâh ve'n-
Nezâir*, (I-II), Tahkik: Adil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed
Muavviz, 1.Bsk. Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1991.
- Şa'ban, Zekiyüddin, *Usûlü'l-Fıkhî'l-İslâmî*, el-Mektebetü'l-Hanifiyye, y.y,t.y.,
- Şafîî, Muhammed b. İdris (Ö.204/819), *el-Ümm*, (I-XI,) Thk: Rıf'ât. Fevzî
Abdulmuttalib, 1.Bsk., Dârü'l-Vefa,Kahire,2001.
- Şekara, Zekî İsa Muhammed, *el-İkrah ve Eseruh fi't-Tasarrufat*, Müessesetü'r-Risâle,
Beyrut, 1987.

- Şelebî, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi't-Ta'rif bi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Matbaat-ü Dârü't-Te'lîf, Kahire, 1962.
- eş-Şirâzî, Ebu İshak İbrahim b. Ali, (Ö.476/1083), *el-Mühezzeb fi Fikhi'l-İmâmi's-Şâfiî*, (I-VI), Tahkik: Muhammed Zuhaylî, Darü'l-Kalem, 1.Bsk., Dımeşk, 1996.
- eş-Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. el-Hatîb, (Ö.977/1570), *Muğni'l-Muhtâc İlä Ma'rifet-i Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, (I-IV), Thk., Muhammed Halil Ayntanî, Beyrut, 1997.
- et-Taberânî, Ebü'l-Kasım Süleyman b. Ahmed, (Ö.360/971), *el-Mucem'ül-Kebir*, (I-XXV), Thk. Hamdi Abdülmecîd es-Silefî, Mekebet-ü İbn-i Teymiyye, Kahire, 1974.
- et-Taberî, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerîr, (Ö.310/923) *Câmiü'l- Beyan an Te'vili Âyi'l-Kur'ân*, (I-XXIV) Thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Hicr Li't-Taba', Kahire, 2001.
- et-Teffâzânî, Sa'düddin Mes'ud b. Ömer, (Ö.792/1390), *Şerhü't-Telvîh âlä't-Tavdîh*, (I-II), Tahkik: Zekeriyya Umeyrât, 1.Bsk., Dârü'l Kütübi'l İlmîye, Beyrut, t.y
- et-Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre es-Sülemî (Ö. 279/892), *es-Sünen*, Ta'lik: Muhammed Nâsırüddin Elbanî, Mektebetü'l-Maârif, Riyad, t.y.
- et-Tûfî, Necmeddîn, Ebi'r-Rebî' Süleyman b. Abdülkavî b. Abdülkerîm, (Ö. 716/1316), *Şerh-u Muhtasari'r-Ravda*, (I-III), Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Vizâretü's-Şuûni'l-İslâmiyye, 2.Bsk., Riyad, 1998.
- et-Tuncî, Abdüsselâm, *Müessesetü'l-Mes'uliyye fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Menşûrât-ü Cemiyyeti'd-Da'veti'l-İslâmiyyeti'l-Âlemiyye, Trablus, 1994.
- et-Tûrî, Muhammed b. Huseyn b. Ali, (Ö.1138/1724), *Tekmiletü'l-Bahri'r-Raik*, (I-IX), Thk: Zekeriyya Umeyrât, Darü'l-Kütübi'l-İlmîye, 1.Bsk., Beyrut, 1998.

- Ûdeh, Abdülkâdir, (Ö.1954), *et-Teşriû'l-Cinâi'l-İslâmî* (I-II), Dâru'l-Kâtibi'l-'Arabî, Beyrut, t.y.
- Uleyş, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, (Ö.1299/1882), *Şerh-u Minehi'l-Celil ala Muhtasari'l-Allame Halil*, (I-IV), Mektebetün-Necah, Trablusgarp, t.y.
- ez-Zebîdî, Muhammed Murtaazâ, (Ö.1205/1791), *Tâcü'l-'Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, (I-XL), Thk. Abdülkerim el- Azbavî, 1.Baskı, Matbaat-ü Hükümeti'l-Küveyt, Kuveyt, 1987–2001.
- ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed,(Ö.1999), *el-Fıkhü'l-İslâmî fî Sevbihi'l-Cedîd el-Medhalu'l-Fıkhî'l-Âmm (el-Medhal)*, (I-II), Dârü'l-Kalem,1.Baskı, Dimeşk, 1988.
- , *Şerhü'l-Kavâidi'l-Fıkhîyye*, 2.Bsk., Darü'l-Kalem, Dimeşk, 1989.
- ez-Zerkeşî, Bedreddin Muhammed b. Bahadır b. Abdullah el-Mısrî, (Ö.794/1392), *el-Bahrü'l-Muhît fî Usûli'l-Fıkh*, (*el-Bahrü'l-Muhît*), Vezâretü'l-Evkâf ve'ş-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt, 1992.
- , *el-Mensûr fî'l-Kavâid*, (*el-Mensur*), (I-III), Thk: Teysir Faik Ahmed Mahmud, Abdüsettar, Ebu Gudde, Vizâretü'l-Evkâf ve'ş- Şuûni'l-İslâmiyye, 1.Bsk., Kuveyt, 1982.
- Zeydân, Abdülkerîm, *el-Vecîz Fi Usûli'l-Fıkh*, (*el-Vecîz*), İstanbul, 1979.
- , *el-Medhal li Dirâseti'ş-Şeriatil-İslâmiyye*, Dar-u Ömer Bin Hattab, İskenderiyye, t.y.
- ez-Zeylaî, Fahrüddin Osman b. Ali, (Ö.743/1343), *Tebyinu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*,(I-VI), Matbaatü'l-Emiriyye, Kahire,1310.
- ez-Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletüh*, (*el-Fıkhü'l-İslâmî*), (I-VIII), Dârü'l-Fıkr, 2.Bsk., Dimeşk, 1985.
- , *Nazariyyetü'd-Damân ev Ahkâmü'l-Mes'ûliyyeti'l-Medeniyye fî'l-Fıkhî'l-İslâmî*, (*Nazariyyetü'd-Damân*), Dârü'l-Fıkr, Dimeşk, 1982.
- , *Usûlü'l-Fıkhî'l-İslâmî*, (*Usûl*), (I-II), Dârü'l-Fıkr,1.Bsk., Dimeşk, 1986.

III. İNGİLİZCE KAYNAKLAR

- Al-Fawzân, Salih, *A Summary of Islamic Jurisprudence*, (I-II), Al-Malman Publishing House, Riyad, 2005.
- el-Fadl, Khaled Abou, "The Common and Islamic Law of Duress", *Arab Law Quarterly*, Leiden: Brill, Vol. VI, No. 2, 1991, pp. 121–159.
- F.Fortre, David, *Islamic Law and the Crime of Theft*, *Cleveland State Law Review* 47, 1985.
- Graham, Glover, *The Doctrine of Duress in the Law of Contract and Unjustified Enrichment in South Africa*, y.y, 2003, s. 15–19.
- Hadjiani, Armin, *Duress and Undue Influence in English and German Contract Law: a comparative study on vitiating factors in common and civil law*, *European Journal of Comparative Law*, Vol:3, Afl:., p.133-233, 2002.
- Hamid, Mohamed el-Fatih, "Duress and its Effect on Contract in Islamic Law", *Sudan Law Journal and Reports*, 1971, pp. 334–344.
- Ireland Law Reform Commission, *Consultation Paper Duress and Necessity*, Dublin, Law Reform Commission, First Published, 2006.
- Jacques, E. du Plessis, *Compulsion In Roman Law*, Londra, 1997.
- Nyazee, Imran Ahsan Khan, *Outlines Of Islamic Jurisprudence*, Advanced Legal Studies Institute, 2000.
- Omar, Muhammad Naim, "The effects of Duress on Contract under Islamic Law", *Labuan Journal of Muamalat and Society*, (2009), 3. pp. 1-8.
- Peters, Rudolph, *Crime and Punishment In Islamic Laws*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- Safian, Yasmin Hanani Mohd, *Necessity (Zarure) in Islamic Law: A Study with Special Reference to the Harm Reduction Programme in Malaysia*, 2010.
- Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1982.

Shankland, Russel, *Duress and Underlying Felony*, The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol:99, No:4,,p.1227-1259, Northwestern University, 2009.

Westen, Mangiafico/ Peter, James, *The Criminal Defense of Duress*, Not an Excuse-- And Why it Matters, Buffalo Criminal Law Review Vol. 6, No. 2 (January 2003), pp. 833-950.

Youngs, Raymond, *English, French and German Comparative Law*, London, 1998.

ÖZET

Bayar, Mesut, “İslam Hukukunda İkraah ve Hukuki Sonuçları” Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. Şamil DAĞCI, Ankara Üniversitesi, 2012, XXIV+259 s.

Tez, giriş ve üç bölümden oluşmaktadır.

Giriş kısmı, tez ile ilgili teknik bilgilere ayrılmıştır.

Birinci bölümde, ikraah konusunun hukuki mahiyetinin belirlenmesinde yardımcı olan, ikraahın hukuki zeminde uygulanma alanı bulması imkânını veren ehliyet, sorumluluk ve akit kavramları konu ile ilgili oluşları oranında açıklanmıştır.

Konunun esasını teşkil eden ikinci bölümde ise ikraahın hukuki nitelikleri hakkında bilgi verilmiştir. Bu kısımda öncelikle ikraahın tanımı, türleri, sınırları ve unsurları gibi temel bilgiler sunulmuştur. Tarihsel süreçteki ve günümüzdeki hukuki sistemlerinin ikraaha bakış açıları da bu kısımda izah edilmiştir. Bu bölümde ayrıca ikraahın hukuken gerçekleşmesi için gereken şartlar ve bir zorlama türü oldukları halde hukuksal açıdan ikraah kategorisi dışında kalan durumlar üzerinde durulmuştur.

İkraahın hukuki sonuçları, üçüncü bölümde ele alınmıştır. Bu bölümüm ilk kısımlarında ikraahın ehliyete ve sorumluluklara etkileri, sonraki kısımlarda ise hukuki işlemlere etkisi ve buna bağlanan sonuçlar detaylıca incelenmiştir.

ABSTRACT

Bayar, Mesut, "Coercion in İslamic Law and its Legal Effects" PhD Thesis, Supervisor: Professor Şamil DAĞCI, Ankara University, 2012, XIV+259 p.

This thesis consists of an introduction and three chapters.

Introductory chapter is on technical informations about the thesis.

In the first chapter concepts of competence, responsibility and contract which serve to identification of legal nature of coercion and which make possible implementation of Coercion on legal stage are explained in aspect of relevancy with the subject.

In the second chapter, which constitutes the base of the subject information about legal qualifications of coercion is given. In this chapter, firstly, basic information as definition of coercion and its types, as well as its scopes and its elements are given. Also, viewpoints of judicial systems of historical processes and present day relevant to coercion are expounded in this chapter. Furthermore, it is emphasized in this chapter that conditions required for coercion and circumstances excluded from coercion category despite being a kind of coercion.

Effects of coercion on field of law are mentioned in third chapter. In the first sections of this chapter, effects of coercion to competence and responsibility and in the other sections its effects to contracts are studied in detail.