

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İSLAM HUKUKUNDA
HUKUKİ İŞLEMLERİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Doktora Tezi
Tefsir ve Hadis Anabilim Dalı
(İslam Hukuku Bilim Dalı)

T. C.
Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi

10835

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Selahattin EROĞLU

Hazırlayan
H. Yunus APAYDIN

Ankara 1989

ÖNSÖZ

Hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü problemi, bütün hukuk sistemlerinde, Borçlar Hukukunun önemli konuları arasında yer alır. Bu hukuk sistemleri, söz konusu problemin çözümünde hareket noktalarının farklılığı yüzünden değişik sonuçlara ulaşmışlardır. Menşe ve karakter itibariyle diğer hukuk sistemleriyle, aralarında bir çok yönden belirgin farklılıklar bulunan İslam hukukunun söz konusu probleme bakışı diğer hukuk sistemlerinden biraz daha farklıdır. Her şeyden önce İslam hukuku genelde kazuistik bir yapıda geliştiği için, kaynaklarda olaylara ve pratik konulara göre geliştirilmiş hukuki hükümler içinden hükümsüzlük konusundaki genel nazariyyeyi tespit edip çıkarma durumunda idik.

İşte hukuki işlemlerin hükümsüzlüğünü tezimize konu ederken, İslam hukukunun konuya yaklaşımını ve problemin hangi boyutta ele alınıp çözümlendiğini mümkün olduğu ölçüde ilk ve temel kaynaklardan süzüp çıkarmayı ve yer yer modern hukukla karşılaştırmayı düşündük. Bunu yaparken ortaya çıkış tarihleri itibariyle ekoller arası kronolojik sıraya uymaya ve her ekolün görüşünü kendi eserlerinden vermeye gayret gösterdik. Konunun hem fıkıh usulünü hemde furuu ilgilendiriyor olması bizi, bu usuli yönü bir bölüm içerisinde incelemeye sevketti. Buna göre tezimiz konuyu tanıtıcı mahiyetteki genel bilgileri içeren kısa bir giriş ile üç bölümden oluşmaktadır.

Akdin kurulması adını taşıyan birinci bölümde akdin kuruluş şartlarını inceledik. Bu bölümdeki bilgiler bir anlamda butlan teorisinde giriş teşkil edecek mahiyettedir. Çünkü akdin kurulması için öngörülen şartların bulunmaması o akdin hükümsüz olması anlamına gelmektedir.

İkinci bölümde, nehyin yorumu başlığı altında İslam hukuk doktrininde genel bir hükümsüzlük menşei olarak değerlendirilen, "kanun koyucunun yasağı"nı, İslam hukuk ekolleri arasında mukayeseli olarak ele aldık. İslam hukukçularının bir akdin hükümsüzlüğünü ileri sürerken o konuda mevcut bir nehye dayanmaları bizi bu konuyu ayrı bir bölüm halinde incelemeye sevketti.

Üçüncü bölümde ise, hükümsüzlük teorisinin ana hallarını ortaya koymaya çalıştık. Bu bölümdeki çalışmamız, özellikle butlan ve fesad teorisi üzerinde yoğunlaştı. Askı teorisi üzerinde özellikle durmayışımız birazda onun butlan ve fesaddan mahiyet itibariyle farklı oluşundan kaynaklanmıştır.

Bu tezi hazırlarken yardımlarını esirgemeyen ve kıymetli fikirlerinden istifade ettiğim tez danışmanım değerli hocam Doç. Dr. Selahattin Eroğlu ile, tez hazırlama döneminde gerekli kolaylığı gösteren ve gerekli desteklerini esirgemeyen hocam Doç. Dr. Ali Bardakoğlu'na ve başlangıç safhasında plan üzerindeki görüşleriyle tezin çerçevesinin belirlenmesinde yardımcı olan hocam Prof. Dr. Abdulkadir Şener'e burada teşekkürü bir borç bilirim.

H. Yunus Apaydın

İÇİNDEKİLER

Önsöz	II
Kısaltmalar	VII
Giriş	1
I. Genel Olarak Hükümsüzlük Kavramı	1
A. Genel Olarak Tasarruf Kavramı	1
B. Akit	2
II. Genel Olarak Hükümsüzlük Kavramı	5
Birinci Bölüm	
Akdin Kurulması	7
I. Akdin Tarifi	7
II. Akdin Kuruluşu	8
A. Genel Olarak	8
B. Akdin Tabii Unsurları	9
1. Taraflar	9
2. Konu	10
3. İrade Beyanı	12
a. İcap ve Kabul Sigası	14
aa. İradelerin Kesin Olması	14
bb. Anlamda Açıklık	16
b. İcap ve Kabulün Vasfi	16
III. Akdin Kuruluş Şartları	18
A. Taraflarla İlgili Olan Kuruluş Şartları	19
1. Ehliyet	20
a. Akıl ve Temyiz	21
b. Büluğ ve Rüşd	26
2. Aded	29
3. Velayet	31
B. Akdin Konusu İle İlgili Kuruluş Şartları	32
1. Konunun Mevcut Veya Mümkün Olması	32
a. Konunun Mevcut Olması	32
b. Konunun Mümkün Olması	37

aa. Objektif İmkansızlık	37
bb. Subjektif İmkansızlık	39
2. Konunun Teamüle Uygun Olması	40
a. Akid Konusunun Mütakavvim Mal Olması	40
b. Akid Konusunun Hukuka Uygun Olması	40
C. İrade Beyanı İle İlgili Olan Kuruluş Şartları	42
1. İcap ve Kabulün Birbirine Uygunluğu	42
2. Akid Meclisinin Birliği	42

İkinci Bölüm

Nehyin Yorumu	44
I. Genel Olarak Nehyin Tarif ve Kapsamı	44
A. Nehyin Tarifi	44
B. Nehiy Sigası	45
C. Nehyin Mucebi	47
D. Nehyin Tekrar İfade Edip Etmediği Meselesi	48
E. Nehyin Çeşitleri	48
F. Nehyin Mutaallakı	49
G. Nehiy-Kubuh İlişkisi	50
II. Nehiy-Fesad İlişkisi	51
A. Konunun Tanıtımı ve Kavramlar	51
1. Sıhhat-Fesad Ayırımı	52
a. Sıhhat	52
b. Fesad	54
2. Li aynihi - Li gayrihi Ayırımı	54
a. Kavramlar	54
b. Ayırımında Kıstas	56
B. Hukuk Ekollerinin Görüşü	59
1. Hanefi Ekolü	59
2. Şafii Ekolü	67
3. Maliki Ekolü	79
4. Hanbeli Ekolü	82
5. Diğer Görüşler	86

Üçüncü Bölüm

Hükümsüzlük Teorisi	89
I. Genel Bilgiler	89
A. Genel Olarak Hükümsüzlük Kavramı	89
1. Terminoloji	90
2. Müeyyide	91
3. Butlan-İnfisah Farkı	94
4. Butlan-Ademi Nefaz Farkı	95
B. Hükümsüzlüğün Taksimi	95
1. Modern Hukukta	96
a. Klasik Teori	96
aa. Üçlü Taksim	96
bb. İkili Taksim	97
b. Modern Teori	98
2. İslam Hukukunda	99
C. Hükümsüzlüğün Menşei Problemi	102
II. Butlan	104
A. Butlanın Özellikleri	104
1. Bir Şeyin Batıl Olması Ona Dahil Olan ve Onun Üzerine Bina Edilen Şeylerin de Butlanını Gerektirir	104
2. Batıl Akitlerde İcazet	105
3. Butlanı İleri Sürme Hakkı	109
4. Batıl Akitte Zaman Aşımı	109
a. Kabz Vuku Bulmamış Batıl Akitte Zaman Aşımı	110
b. Kabz Vuku Bulmuş Batıl Akitte Zaman Aşımı	111
5. Batıl Akitte Fesih	112
B. Butlanın Sonuçları	114
1. Batıl Akdin Arizi Sonuçları	115
a. Dönüşüm	115
b. Kısmi Butlan	119
c. Akdin Teşekkülünde Hata Teorisi	123
2. Batıl Akdin Maddi Bir Vakıa Olarak Sonuç Doğurması	125
a. Batıl Akitte Tazmin Problemi	125
b. Nikah Akdi	129

III. Fesad	132
A. Fesad Sebepleri	132
1. Cehalet	133
2. Ğarar	134
3. İkraah	135
B. Fasid Akidde Fesh	137
1. Fasid Akdin Feshedilmesinin Gerekliği	137
2. Fasid Akitte Fesih Yetkisi	137
3. Fasid Akitte Fesih Sayılan Şeyler	139
4. Fesih Hakkını Ortadan Kaldıran Sebebler	140
5. Fasid Akitle Kabzedilen Mebiin Hükümü	141
Sonuç	145
Bibliyografya	147



K I S A L T M A L A R

- A.Ü.H.F.D. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Ü.İ.F.D. : Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
b. : İbn
çev. : çeviren
E.Ü.İ.F.D. : Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
İ.İ.E.D. : İslami İlimler Enstitüsü Dergisi
M.K. : Medeni Kanun
krş. : karşılaştırınız
md. : madde
S. : Sayı
s. : sayfa
tah. : tahkik eden
ts. : tarihsiz
v. : varak

GİRİŞ

Muamelat, İslam hukukunun önemli bir bölümünü meydana getirir. Beşeri münasebetlerin iyileştirilmesi bir anlamda bu münasebetlerin hukuki bir form kazanmış şekli olan hukuki işlemin iyileştirilmesine, sağlıklı bir zeminde geliştirilip korunmasına bağlıdır. Ferdi ve ahlaki olgunluğun, hukuki işlemlerin sağlıklı işleyişine katkısı inkar edilemez. Ancak büyük çoğunluğu üçüncü şahısları da yakından ilgilendiren hukuki işlemlerin hukuk düzenince de koruma altına alınması ve aykırılıkların müeyyidelendirilmesi kaçınılmaz bir zarurettir.

İşte bu noktada, tezimize konu teşkil eden "hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü" problemi karşımıza çıkmaktadır.

Bu bölümde iki ayrı başlık altında hukuki işlem ve hükümsüzlük kavramları hakkında kısa bilgi vermeyi gerekli gördük.

I. GENEL OLARAK HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI

A. Genel Olarak Tasarruf Kavramı

Hukuki işlem, modern hukukta, genelde bir ya da birden çok kişinin, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklaması olarak tarif edilmektedir.¹

İslam hukuk literatüründe ise, bu anlamı ifadede genelde tasarruf kelimesi kullanılır. Ancak tasarruf, hukuki işlemden daha geniş bir anlama sahiptir. Tasarruf, bir kimsenin şuurlu olarak dışarıya aksettirdiği ve hukuk düzeninin hukuki sonuçlar yüklediği söz ve fiilleri olup iki çeşide ayrılmaktadır.

Fiili tasarruf, hiç kimsenin mülkiyetinde olmayan bir şeyi koruma altına alıp mülk edinme (İhrazu'l-mubahat), gasp (zorla alma), malı telef etme (itlaf), satılan şeyi (mebi') teslim alma gibi özü itibariyle sözlü olmayan işlerdir.² Bu anlamıyla fiili tasarruf, modern hukukta bir kimsenin doğrudan doğruya fiili bir sonuca ulaşan ve hukuk düzeninin bir hükme

¹ İmre, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1980, s. 222; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1985, I, 145; Aybay, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1979, s. 11.

² ez-Zerka, Mustafa Ahmed, el-Fıkhu'l-Islami fi Sevbihi'l-Cedid, Dimeşk 1967-1968, I, 288-289.

bağladığı, hukuki tağyir ve bazı haksız fiilleri içine alan hukuki fiil kavramına ³ yaklaşmaktadır.

Sözlü tasarruf ise, akdi olan ve akdi olmayan tasarruf şeklinde iki kısma ayrılır.

Akdi olan sözlü tasarruf, karşılıklı ve birbirine uygun iki irade beyanından oluşur. Bu tasarruflar; alım-satım (bey'), kira(icare) gibi iki taraflı hukuki işlemler yani akitlerdir.

Akdi olmayan sözlü tasarrufun ise iki çeşidi vardır:

Birincisi; bir kimsenin, bir hak doğurmaya veya onu sona erdirmeye ya da düşürmeye yönelik tek taraflı kesin iradesini ihtiva eden; vakıf, boşama (talak), ibra, şufa hakkından vazgeçme gibi tasarruflardır ⁴. Bu anlamıyla akdi olmayan sözlü tasarruf, modern hukuktaki tek taraflı hukuki işlemlere oldukça yakındır ⁵.

İkincisi; bir hakkın doğmasına (inşa) ya da düşürülmesine (iskat) yönelik bir iradeyi ihtiva etmeyen; fakat yine de üzerine bazı hukuki sonuçların terettüp ettiği, dava açma, ikrar, inkar gibi sözlerdir⁶. Bu gurup tasarrufların, modern hukuktaki, bildiri, hissiyat açıklamaları, ihtar ve fesih ihbarı gibi hukuki işlem benzeri tasarruflara benzediği söylenebilir. ⁷

B. Akit

Akit, hukuki işlemin özel bir çeşidi olup belirli bir sonucu doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşur ⁸.

Klasik islam hukuk literatüründe akit (akd) kelimesi, gerek sözlük anlamının ⁹ gerekse Kur'an'daki bazı kullanımların etkisiyle, ilk devirlerden itibaren oldukça geniş bir muhtevaya büründürülmüştür.

³ İmre, s. 224-225.

⁴ Zerka, I, 289.

⁵ Akdi "Hukuki işlem" terimini, sadece akit (akdi olan sözlü tasarruf) ve tek taraflı hukuki işlem'i ifade edecek şekilde kullanacağız.

⁶ Zerka, I, 289-290; Sözlü tasarruflar hak. bkz. el-Mahmasani, Subhi, el-Evzai ve Tealimuhu'l-İnsaniyye ve'l-Kanuniyye, Beyrut 1978, s.269.

⁷ İmre, s. 223-224.

⁸ İmre, s. 227.

⁹ Akit, sözlükte, bir şeyin kenarlarını toplamak, ipin iki ucunu birbirine düğümlemek gibi anlamlara gelmektedir. bkz. İbn Manzur, Cemaluddin Muhammed b. Mükerrrem (ö.711/1233), Lisanu'l-Arab, Beyrut 1968, III, 296-300.

Akit kelimesi, Kur'an'da sadece bir yerde ve çoğul olarak "Ey iman edenler, akitleri ifa edin"¹⁰ şeklinde geçmektedir. İlk devir islam alimleri, bu ayette geçen "ukud" kelimesine, Kur'an'daki benzer kullanımların¹¹ da etkisiyle, sırf hukuki bir muhteva yüklemek yerine; onu, bazı hukuki ilişkileri ve bunun yanında hukuki olmaktan ziyade dini olan yani ibadet yönü ağır basan adak adama (nezir), yemin, şart gibi hususları içine alan oldukça geniş bir anlamla yorumlamışlardır¹².

Çağdaş İslam hukukçuları, gerek tek, gerekse karşılıklı iki iradeden doğsun; kendisine hukuki sonuç bağlanabilen hukuki işlemlerin, klasik doktrinde, akit kapsamı içerisinde mütaala edildiği hususunda görüş birliği etmiş olmalarına rağmen, akit kelimesinin kullanımının, ilk devirlerden itibaren, hangi grup tasarruflarda yaygın olduğu hususunda farklı görüştedirler.

Bu yazarların bir kısmı akit kelimesinin, ilk devirlerden itibaren bir veya birden çok kimsenin hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklamasını yani modern hukuktaki hukuki işlemi ifadede kullanıldığını ve bugün de aynı anlamı ifadede kullanılabileceğini ileri sürerken¹³; bir kısmı da akit kelimesinin, daha ziyade karşılıklı iki iradeden doğan hukuki işlemi ifadede kullanıldığını ileri sürmüşlerdir¹⁴.

Klasik İslam hukuk doktrininde, özellikle ilk devirlerde, akdın açık bir tarifine rastlayamadığımız için İslam hukukçularının, akit kelimesine

¹⁰5. Maide, 1.

¹¹ Kur'an'daki benzer kullanımlara örnek olarak şu ayetler zikredilebilir:

"...ve ahdi () ifa edin." (17.İsra,34)

"...Kendileriyle yeminleştiniz() kimselere hisselerini verin." (4.Nisa,33)

"...Farz olan iddet sona ermeden, nikah akdine () azmetmeyin..." (2.Bakara,235)

¹² el-Cassas, Ebu Bekr b. Ahmed b. Ali er-Razi (ö.370/980), Ahkamu'l-Kur'an, tah. Muhammed Sadık el-Kamhavi, Beyrut 1985, III, 285; el-Kiya'l-Herrasi, İmaduddin Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed et-Taberi (ö.504/1110), Ahkamu'l-Kur'an, Beyrut 1983, III, 7-9; İbnu'l-Arabî, Ebu Bekr Muhammed b. Abdillâh el-İşbili (ö.543/1148), Ahkamu'l-Kur'an, tah. Ali Muhammed el-Becavi, Kahire 1959, II, 524-525.

¹³ İbrahim Bey, Ahmed, el-İltizamat fi Ş-Şer'i'l-İslami (Usulu'l-Fıkh ve Tarihu't-Teşri'i'l-İslami adlı eserleriyle birlikte), Kahire ts., s.42; Abdulfaki, Abdulfettah, Nazariyyetu'l-Akd ve'l-İradetu'l-Münferide, Kahire 1984, s.39.

¹⁴ Ebu Zehra, Muhammed (), el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-Akd, Kahire 1976, s.179-181; Yusuf Musa, Muhammed (), el-Emval ve Nazariyyetu'l-Akd, Beyrut 1987, s. 249-253.

yükledikleri hukuki muhtevayı tam olarak tesbit etme imkanına sahip değiliz¹⁵. Bununla beraber, akit kelimesinin tedrici olarak daha ziyade alım-satım, kira gibi iki taraflı hukuki işlemleri; zaman zaman ise vasiyyet, ibra gibi tek taraflı hukuki işlemleri ifadede kullanıldığını ve nezir, yemin gibi hususların, en azından, mutlak akit kavramının dışında tutulduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Nitekim akit kelimesinin bu şekilde bir terimleşme seyri takip etmesinin bir sonucu olarak Curcani(ö.816/1413), akdi; "tasarrufun cüzlerini icap ve kabul ile şer'an birleştirmek" olarak tarif etmiştir¹⁶. Daha sonraları akit kelimesi, Mecelle ile kanun maddesi tekniğinde bir anlatıma kavuşmuştur¹⁷.

İslam hukuk literatüründe akitler, oldukça geniş bir yer tutmasına rağmen, İslam hukukçularının, genel bir akit nazariyesi geliştirmedikleri hususu yaygın bir görüştür¹⁸. Kanaatimizce, İslam hukukunun daha ziyade kazuistik bir gelişme seyri takip etmiş olması, bunun sebepleri arasında sayılabilir. Her ne kadar fıkıh usulü ve özellikle "eşbah ve nezair" türünde yazılan eserlerde bir takım genel kurallar tesbit edilmişse de, İslam hukukunun, hemen her dönemde, vakıa ile sıkı bir bağlantı içinde olduğu ve içinde bulunduğu çevre ve şartlardan kaynaklanan çeşitli problem ve olaylara getirilen çözümlere göre şekillendiği söylenebilir. Bunun yanında, İslam hukukçularının, fıkıhın ibadat, muamelat ve ukubat kısımlarını, birbirleriyle oldukça sıkı irtibatlı olarak değerlendirmeleri ve bunun sonucu olarak bazı meselelerin hükümlerini tesbit için, birbirlerine kıyas etmeleri, akit nazariyesinin kurulamayışının bir diğer sebebi olarak gösterilebilir. Ayrıca İslam hukukçuları, meseleleri genelde hep aynı örnekler çerçevesinde ele almış, ilk dönemlerde yerleşen üslubu devam ettirmişlerdir. Bu da, söz konusu akit nazariyesinin kurulmasına ciddi bir engel sayılabilir.

Ancak İslam hukukçuların genelde Kitab, Sünnet ve İcma'dan meşruiyet

¹⁵Ebu Hanife ve Şafii'nin, "bayram gününde oruç tutmayı nezretme", "bir lafızda üç talaki birleştirme" ve "meclis muhayyerliği" konularındaki görüşlerine "...akitleri ifa edin "(5.Maide,1) ayetini gerekçe göstermeleri, hiç değilse, söz konusu ayette geçen "akd" kelimesini nasıl yorumladıkları hakkında bir fikir vermektedir.bkz. er-Razi, Fahrüddin Muhammed b. Ömer (ö.606/1209), Mefatihü'l-Çayb, Matbaa-i Amire(Istanbul) 1308, III,361.

¹⁶el-Cürcani, es-Seyyid eş-Şerif Ali b. Muhammed (ö.816/1413), et-Ta'rifat, Kahire 1938, s.153.

¹⁷Mecelle-i Ahkam-i Adliyye, md.103.

¹⁸es-Senhuri, Abdurrazzak, Nazariyyetu'l-Akd, Beyrut 1934, s.63; Yusuf Musa, s.249; Mahmasani, s.269; ed-Düreyni, Fethi, en-Nazariyyatu'l-Fikhiyye, Dimeşk 1981, s.247-249; Abdalbaki, s.80-81.

delillerini göstererek, akitleri ayrı ayrı ve büyük ölçüde kendi bütünlükleri içerisinde ele almış olmalarına rağmen, temel akit saydıkları alım-satım akdinde, zaman zaman akdin genel hükümlerine de yer vermişlerdir. Bununla birlikte, bugün elimizde bulunan klasik İslam hukuk literatürünün kazuistik metodun ürünü olması, günümüzde İslam hukukunda genel bir akit nazariyesi kurulmasına engel teşkil etmez. Nitekim Zerka, Senhuri, Mahmasani gibi hukukçular modern hukukun sistematüğinden de yararlanarak bu alanda eserler vermişlerdir.

II. GENEL OLARAK HÜKÜMSÜZLÜK KAVRAMI

Klasik İslam hukuk doktrinde müstakil bir başlık altında akit nazariyesi geliştirilmediğinden, hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü de bir bütünlük içinde ele alınmamış ve bu konudaki genel hükümlerin bir araya getirilmesi yönüne gidilmemiştir. Bununla birlikte İslam hukukçularının, bu konudaki ifadelerinden hareketle, hükümsüzlük nazariyesinin çerçevesini; "akdin hiç kurulmamasını", "eksik veya kusurlu olarak kurulmasını" ve "sahih olarak kurulmuş akdin, ortadan kaldırılmasını gerektiren durumları" içine alacak ölçüde geniş tuttuklarını söylemek mümkündür¹⁹. Ancak sahii ve geçerli olarak kurulmakla beraber, daha sonra ortaya çıkan bir sebeble ortadan kaldırılabilen ve geniş anlamıyla, "fesih halleri" diyebileceğimiz kısım, sonucu bakımından hükümsüzlük kapsamına alınabilirse de, teknik olarak, hükümsüzlükten ayrı düşünölmelidir. Bu sebeble fesih halleri çalışma konumuzun dışında kalacaktır.

Hukuki işlem, teşekkülü esnasında, hukuk düzeninin, kendisinde aradığı şartları tam olarak bulundurmuyorsa hukuk düzenince müeyyidelendirilir. Bu müeyyide, en geniş anlamıyla, "hükümsüzlük" müeyyidesidir. Ancak, hukuk düzeninin ön gördüğü şartlar her zaman aynı önem derecesinde olmadığından, hukuki işlemin maruz kalacağı hükümsüzlüğün derecesi de, eksik veya kusurlu olan şartın önem derecesine göre değişecektir.

Bu dereceleme, en ayrıntılı biçimde Hanefi ekolünde sözkonusu edilmiştir. Hanefi hukukçular, hukuki işlemde bulunması gereken şartları; "kuruluş(in'ikat) şartları", "sıhhat şartları" ve "işlerlik (nefaz) şartları" olmak üzere üç derecedele almışlardır. Bu derecelemeğe göre, kuruluş

¹⁹ Senhuri, Masadiru'l-Hakk fi'l-Fikhi'l-Islami, Beyrut 1953-1954, IV, 124.

şartlarından birini veya bir kaçını taşımayan akit, "butlan"; sıhhat şartlarından birini veya bir kaçını taşımayan akit, "fesad"; nefaz şartlarından birini veya birkaçını taşımayan akit de, "tevakkuf (işlerlik kazanamama)" müeyyidesine tabidir.

Ana hatlarıyla ifade etmek gerekirse, genelde, hükümsüzlük, hukuki işlemin, kurulması esnasında Kanun koyucunun tasvip etmediği bir takım özellikleri taşımasından kaynaklanmaktadır.

Kanun koyucu, yerleştirmek veya korumak istediği hukuk ilkelerine ters düşen bazı hukuki işlemleri genel olarak belirtmiş fakat bunların müeyyidelerini her zaman açık bir şekilde belirtmemiştir. Bu husus daha sonraları doktrin ve uygulamayla açıklığı kavuşmuştur.

İslam hukuk doktrininde, hükümsüzlüğü belirtmekte kullanılan terminoloji, kanaatimizce, özellikle Sahabe, Tabiun ve onu takip eden devirde henüz açık ve belirgin değildi. Bu devirlerde, her hangi hukuki işlemin hükümsüzlüğünü belirtmek için çoğunlukla, "caiz olmaz",²⁰ "helal olmaz",²¹ "sahih olmaz" ve "merdud olur"²² gibi genel ifadeler kullanılmıştır. Daha sonraki devirlerde de devam eden bu genel ifade şekilleri akdin, henüz hüküm ve sonuçlarını tam olarak meydana getirecek ölçüde tamam olmadığını ifadede yeterli olmakla birlikte, öyle zannediyoruz ki, hükümsüzlüğün kısmen de olsa doktriner bir yapıya kavuşup özel terimlerle ifade edilmeye başlaması, ilk Hanefi imamlarla birlikte başlamıştır.

Biz tezimizde, hukuk düzenini ihlal eden çeşitli derecelerdeki bütün aykırılıkları, "hükümsüzlük" terimi ile ifade edip, butlan, fesad ve tevakkuf hallerini bu üst terim altında incelemeyi sistematik açıdan uygun gördük.

²⁰ Abdurrezzak, el-Musannef, VIII, 311; eş-Şeybani, Ebu Abdillâh Muhammed b. Abdillâh el-Hasen (ö. 189/805), el-Huce ala Ehli'l-Medine, tah. Mehdi Hasen el-Keylani, Beyrut ts., II, 478, 543, 667.

²¹ Abdurrezzak, VIII, 202.

²² Abdurrezzak, VIII, 75; el-Buhari, el-Camtu's-Sahih, 40. Vekale, 11/III, 64.

Birinci Bölüm

AKDİN KURULMASI

I.AKDİN TARİFİ

Akit²³, hukuki işlemin önemli bir çeşididir. Kişiler, aralarındaki pek çok hukuki ilişkiyi, hukuk düzeninin kabul ettiği çeşitli akit tipleri ile düzenlerler.

Kadri Paşa (ö.1306/1888), akdi, "tarafardan birinin yaptığı icabın, diğer tarafın kabulü ile, sonucu akdin konusunda gerçekleşecek biçimde birleşmesi" olarak tarif etmiştir²⁴. Akdin Mecelle'deki tanımı de şöyledir: "Akit, tarafların bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki, icap ve kabulün irtibatından ibarettir²⁵.

İslam hukukçularının söz konusu akit tanımları, modern hukukun "bir borc meydana getirmek üzere iki iradenin uyuşması (tevafuluk)"²⁶ şeklindeki akit tanımıyla hemen hemen aynıdır. Ancak bazı çağdaş İslam hukuk yazarları, İslam hukukçularının yaptığı akid tanımının sadece hukuki varlık kazanmış yani in'ikat etmiş akde, modern hukuktaki akit tanımının ise hem batıl hem de mün'akit akde şamil olduğuna dikkat çekmişlerdir²⁷.

Akdin tanımında geçen "sonucu akdin konusunda gerçekleşecek biçimde" kaydını göz önünde bulundurursak, İslam hukukçularının, sadece hukuki varlık kazanmış akitleri tanım dışı bıraktıkları iddiası haklılık

²³ Tezimizin ağırlık noktasını iki taraflı hukuki işlemler yani akidler oluşturduğu için, bu bölümde özellikle akdin kurulmasından bahsedeceğiz.

²⁴ Kadri Paşa, Muhammed (ö.1306/1888), Murşidu'l-Hayran İla Ma'rifeti Ahvali'l-İnsan, Dimeşk ts., s.80.

²⁵ Mecelle, md. 103.

²⁶ Senhuri, Nazariyyetu'l-Akd, s.28; Oğuzman, M.Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1971, s. 101; İmre, s. 227-228.

²⁷ ez-Zuhayli, Muhammed, el-Ukudu'l-Müsemmat, Dimeşk 1983, s.11; Akil, Ferid, el-İltizam, Dimeşk 1982, s.29; Bedran, Ebu'l-Ayneyn Bedran, eş-Şeriatu'l-İslamiyye, İskenderiyye ts., s.366.

kazandır. Nitekim, bu noktaya işaret ederek, modern hukuktaki akit tarifinin, akdin sadece unsurlarını sayıp, hukuki sonucuna değinmemesinin bir eksiklik olduğunu ileri süren modern hukukçular da vardır²⁸.

Ancak, teorideki bu ayrılığın, pratikte önemli bir farklılık doğurmadığını söylemek mümkündür.

Hatta "sonucu akdin konusunda gerçekleşecek biçimde" ifadesinin, sonucu akdin konusunda gerçekleşmemiş, yani in'ikat etmemiş akdin nasıl adlandırılacağı konusunda bazı sıkıntılar doğurduğu da söylenebilir. Sonucu, akdin konusunda gerçekleşmedikçe akit adını alamıyorsa, "batıl akit" ifadesi nasıl izah edilecektir? Nitekim bu sıkıntıyı kaldırmak için, batıl akdin, akit olarak nitelendirilmesinin mecaz olduğu söylenmiştir.²⁹

II. AKDİN KURULUŞU

A. Genel Olarak

Akdin kurulabilmesi ve hükümlerini meydana getirebilmesi için bir takım unsur ve şartların bulunması gereklidir. Akit, karşılıklı iki veya daha fazla kişinin herhangi bir konuda hukuki ilişkiye girmesi demek olduğuna göre, bir akdin söz konusu olabilmesi için herşeyden önce, akde taraf olacak kişilerin yani tarafların (akideyn), akde konu olacak şeyin (mahal, ma'kudun aleyh) ve tarafların irade beyanlarının (siğatu'l-akd) bulunması zorunludur.

Yapı ve mahiyetleri, yapılan akdin muhtevasına göre zaman zaman değişiklik gösterse de, bütün akitlerde bulunmaları mutlak şart olduğu için, "taraflar, "konu" ve "irade beyanı" nı, akdin "tabii" veya "asli unsurlar"ı³⁰ olarak isimlendirmek mümkündür. Nitekim bunlar klasik İslam doktrininde "akdin rükünleri (erkanu'l-akd)" olarak nitelendirilmiştir³¹. Yine, Hanefi hukukçular, "akdin aslı (aslu'l-akd)" tabiriyle, bu unsurları kastetmişlerdir. Tabii unsurlardan birinin bulunmaması halinde, Hukuk'u,

²⁸ Eren, I, 231

²⁹ Mavsılı, IV, 46.

³⁰ Tabii unsurlar olarak nitelediğimiz unsurları, bazı çağdaş İslam hukuk yazarları, "el-Mukavvimatü'l-Esasiyye" olarak isimlendirmişlerdir. bkz. Zerka, I, 312-313; Düreyni, s.255.

³¹ bkz. İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi (ö.595/1199), Bidayetu'l-Müctehid ve Nihayetu'l-Muktesid, Beyrut 1982, II,170-172; el-Beydavi, Abdullah b. Ömer (ö.685/1286), el-Ğayetu'l-Kusva fi Dirayeti'l-Fetva (tah. Ali Muhyiddin el-Karadaği), Kahire 1982, I,457-460.

daha doğrusu, Borçlar hukukunu ilgilendirecek bir durum yok demektir. Başka bir ifadeyle, tabii unsurları olmaksızın akit tasavvur olunamayacağından, hukukun herhangi bir hüküm izafe edeceği akit de "fiilen" yoktur. Ancak buradaki yokluk, bazı modern hukukçular tarafından, akdin esaslı unsurlarından birinin eksikliğine terettüp ettirilen hukuki müeyyide anlamındaki yokluk değil, aksine "hukukun ilgi alanına girememe" diye yorumlanabilecek "maddi (fili) yokluk"tur.

Burada, "maddi yokluk" ile "yok hükmünde olma (hukuki yokluk)" arasındaki farka kısaca işaret etmek gerekmektedir. Maddi yokluk, maddi varlık'ın zıddı, yani bir şeyin fiilen mevcut olmaması demektir. Yok hükmünde olma ise, fiilen var olan bir şeyi "hukukun yok sayması"dır³². Kanun koyucu (Şari)fiilen var olmasına rağmen mümeyyiz olmayan küçüğün (gayri mümeyyiz) irade beyanını yok saymıştır. Bu irade beyanıyla yapılan akitler hukuki varlık kazanamaz.

Kısaca söylemek gerekirse, tabii unsurlardan birinin hiç bulunmaması halinde, hukukun, hüküm ve sonuç yükleyeceği bir hukuki ilişki söz konusu değildir. Bu unsurlardan herhangi biri, hukuk düzeninin ön gördüğü şartlardan bir veya birkaçını taşııyorsa, bu durumda, böyle bir akdin hukuk nazarında, eksik olan şartın önem derecesine göre bir hükmü vardır.

B. Akdin Tabii Unsurları

1. Taraflar

Akdin tarafları, birbirleriyle akit ilişkisine giren kişilerdir. Akdin her bir tarafı, tek kişi olabileceği gibi birden fazla da olabilir. Yine taraflar, akde, "asil" sıfatıyla taraf olabilecekleri gibi vekalet, velayet, vesayet gibi yetkilerle başkalarının "naib"i sıfatıyla da taraf olabilirler.

Mesela, bağışlama (hibe) akdinde taraflar "bağışlayan (vahip)" ve "kendisine bağış yapılan (mevhubun leh)"; kira akdinde, "kiraya veren (mucir)" ve "kiracı (müste'cir)" adını alırlar³³.

³² Kanun koyucunun, mevcud'a, "yok(ma'dum)"; Ma'dum'a,"var(mevcud)" hükmü vermesi hakkında bkz. el-Karafi, Şihabuddin Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdris (ö.684/1285), el-Furuk, Beyrut ts., 1,71; Karafi, el-Umniyye fi İdraki'n-Niyye, Beyrut 1984, s.55-58.

³³ Zerka, I, 313-314.

2. Konu

Akđın konusu,³⁴ akđın hüküm ve sonuçlarının kendisinde ortaya çıkıp gerçekleştiği Şeydir. Konu olmaksızın akđın varlığı düşünülemez. Konu, akđın türüne göre, farklı yapı ve mahiyette olabilir. Alım-satım, rehin gibi bir kısım muavazalı akitlerde akđın konusu "eşya (ayn)"³⁵ iken; kullanma  d nc (iare) gibi akitlerde "eşyanın menfaati"; tarım ortaklığı(müzaraa), bahçe ortaklığı (m sakat) ve hizmet akdinde ise "emek (iş, amel)" olmaktadır.³⁶

Konu, akđın çeŐitine göre farklı isimler alır. Mesela, satım akdinde akđın konusuna, satılan Şey (mebi'), bağışlama akdinde ise bađıŐlanan Şey (mevhup) denilir.

Klasik İslam hukuk literatüründe akđın konusu çoğunlukla "ma'kudun aleyh" terimi ile ifade edilmektedir. Nevar ki, ma'kudun aleyh sözünün muhtevasının ne olduğu, buna bağlı olarak da, semen'in³⁷ bir rükün olup olmadığı hususu İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır.

Ebu Hanife'ye ( .150/767) göre, ma'kudun aleyh akđın rüknü, semen ise akđın hükmüdür. Ebu Hanife bu görüşünü Şöyle açıklar: Konu olmadan akđın varlığı tasavvur edilemeyeceğine göre ve irade beyanı da konu'ya izafe edildiğine göre; konu, akđın rüknüdür. Halbuki semen böyle değildir. Semen, akđın hakikatine dahil olmayıp onun hükmü ve gereği(mucebii)dir. Yani ortada bir akit varsa semen mutlaka vardır, fakat semen denilince bundan bir akđın varlığı anlaŐılmaz. Çünkü semen, amaç(asli maksud) değil konuya bir vesiledir ve bu yüzden de rükün değildir.³⁸

³⁴ Türk hukukunda, akđın konusu yerine, daha ziyade, "akđın mevzuu" terimi kullanılmaktadır. Ancak İslam hukuku terminolojisinde akđın mevzuu ile, akđın, nev'i gayesi yani , akđın hangi hükmü doğurmak üzere vaz edildiği hususu anlaşılır. bkz.Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul 1982, II, 158.

³⁵ "Ayn, muayyen ve müŐahhas olan Şeydir." Mecelle, md. 159.

³⁶ Nikah akdinin konusunun ne olduğu hususu İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Bu konuda bkz. es-Serahsi, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed ( .490/1097), el-Usul (tah.Ebu'l-Vefa el-Afgani), II, 171-172, 198; İbnü'l-Arabi, I, 316-317.

³⁷ "Semen, satılan Şeyin pahasıdır ki, zimmete taalluk eden Şeydir" Mecelle, md. 152

³⁸ eş-Şaşi, Ebu Ali Ahmed b. Muhammed( .344/955), el-Usul (Umdetu'l-Havaşi ile birlikte), Beyrut 1982, s.240; Sadru'Ő-Şeria, Ubeydullah b. Mes'ud el-Mahbubi( .747/1346), et-Tavzih li metni't-Tenkih(TelviŐ haşiyesi ile birlikte), Kahire 1957, I, 220; ez-Zencani, Ebu'l-Menakib Şihabuddin Muhammed b. Ahmed ( .656/1258), Tahricu'l-Furu' ale'l-Usul, tah. Muhammed Edib Salih, Beyrut 1982, s.197-198.

Ebu Hanife, bu görüşüne gerekçe olarak, semenin teslimindeki aczin, akdin sıhhatine mani olmayışını gösterir. Nitekim müflis ve me'zun kölenin satın alması(iştira) sahihtir. Aynı şekilde, semenin, akit esnasında müşterinin mülkiyetinde olması da şart değildir.³⁹ Dolayısıyla, mebi', rükün değildir.

Ebu Hanife'nin şarap(hamr) ve domuz gibi şeylerin, mebi' olması ile semen olması arasında, akdin hükmü açısından fark gözetmesi, kanaatimizce bu ayırım esasına da dayandırılabilir.

Hanefi ekolünde, semen akdin rükünü olarak kabul edilmediği için Hanefi hukukçular, ma'kudun aleyh sözüyle çoğunlukla "kendisine değer biçilen şeyi(müsemmen,mesmun)"kasederler. Bu husus Mecelle'de şöyle ifade edilmiştir: "Mahallu'l-bey' (satım akdinin konusu), mebi'den ibarettir."⁴⁰

Şafii (ö.204/819), muavazalı akitlerde, "ıvaz(bedel)" ile "kendisine bedel ödenen şey(muavvaz)"ın, zat, vasıf ve hüküm bakımından eşit olması gerektiğini ileri sürer.⁴¹ Şafii'ye göre zat bakımından eşitlik; her ikisinin mal olması, vasıf bakımından eşitlik; her ikisinin peşin (hall) veya vadeli (müeccel), ayn veya deyn⁴² olması, hüküm bakımından eşitlik ise; her birinin akit ile kasedilen birer rükün olmasıdır.⁴³ Şafii'nin bu konudaki gerekçesi şudur: Taraflar, haklarına riayet edilmesi, kendilerinden zararın kaldırılması ve akdin, her ikisinin de maslahatı için meşru kılınmış olması açılarından eşit olduklarına göre, semen ile mebi'in de birbirine eşit olması gerekir.⁴⁴ Bu sebeple, Şafii ekolünde, ma'kudun aleyh sözüyle çoğunlukla hem semen hem de müsemmen kasedilir. Maliki ekolünde de durum

³⁹ Serahsi, Usul, II, 162, 280-281; Serahsi, el-Mebcut, Mısır 1331, XIV, 2-3; Ayrıca bkz. Zencani, s.197.

Mebi' ile semenin birbirlerinden farklı olduğu hükümlerden bazıları şunlardır: Kabzdan önce menkul mebi'de tasarruf caiz olmaz, semende olur; kabzdan önce mebi'in telef olması akdin feshedilmesini gerektirir, semenin telef olması halinde akdin feshi gerekmez. Çünkü, akit, semenin ayn'ı üzerine vaki olmayıp zimmete taalluk eder; eldeki semen telef olsa bile, zimmetteki semen aynen kalır. el-Abbadi, Ebu Bekr b.Ali el-Haddadi (ö.800/1397), el-Cevheratu'n-Neyyire, İstanbul 1323, I, 239.

⁴⁰ Mecelle, md.150.

⁴¹ Zencani, s. 197.

⁴² "Deyn, zimmette sabit olan şeydir." Mecelle, md. 158

⁴³ Zencani, s. 197.

⁴⁴ Zencani, s. 197.

aynıdır. 45

3. İrade Beyanı

İrade beyanı, tarafların, akit yapma rızalarını dışa yansıtımlarıdır. Akitlerde asıl olan "karşılıklı rıza"dır. Ancak, açığa vurulmamış rızanın, hukuki hayatı etkilemesi beklenemez. Bu bakımdan, aralarında hukuki ilişki kurmak isteyen taraflar, bu iradelerini açıklamak, birbirlerine duyurmak durumundadırlar.

İslam hukukunda, irade beyanının, rıza'nın "mazınnet"i olduğu dolayısıyla rızanın irade beyanı ile birlikte bulunacağı kabul edilmiştir. 46 Akitlerde irade beyanının ölçü alınması; rızanın, açıklanmadığı süreçte bilinmeyeceği, dolayısıyla, ona bir hüküm terettüp ettirmenin mümkün olmayacağı şeklinde izah edilir. Nitekim, İslam hukuk doktrininde hakim görüş; "açık ve net olduğu -ve aksi ispatlanmadığı- süreçteki akitler konusunda, açıklanan iradeye itibar edileceği" şeklindedir. Bu durum, İslam hukukunun, beşeri ilişkilerde açıklığı ve objektifliği ölçü almasının bir sonucu olarak değerlendirilebilir. 47

İcap ve kabul, karşılıklı rızanın göstergesi sayıldığından, özellikle Hanefi hukukçuları tarafından zaman zaman akdin "yegane rüknü" olarak nitelendirilmiştir. 48 Aynı şekilde modern hukukta da, irade beyanı, bazan hukuki muamelenin "kurucu unsuru" bazan da "en önemli kurucu unsuru" olarak değerlendirilmektedir. 49

İslam hukukunda, irade beyanının prensip olarak "söz" ile yapılması esası getirilmişse de, rızaya delaletleri kesin olmak kaydıyla söz dışında, yazışma vb. şekillerle de irade beyanında bulunulabileceği benimsenmiştir. 50

⁴⁵ İbn Cüzey, Ebu'l-Kasım Muhammed b. Ahmed (ö.741/1340), el-Kavaninu'l-Fıkhiyye, Beyrut ts., s. 163; et-Tesuli, Ebu'l-Hüseyn Ali b. Abdisselam (ö.), el-Behce fi Şerhi't-Tuhfe, Kahire 1951, II, 5.

⁴⁶ Zencani, s. 143-145; Karafi, Furuk, II, 166; Beydavi, Çaye, I, 457; İbnu'l-Hümam, Kemaluddin Muhammed b. Abdilvahid (ö.861/1457), Fethu'l-Kadir, Mısır 1315, V,455; eş-Şevkani, Muhammed b. Ali (ö.1250/1834), ed-Derari'l-Mudiyye Şerhu'd-Dureri'l-Behiyye, Beyrut 1984, II,95,96; Geniş bilgi için bkz. Senhuri, Masadır, I,85-99; Ebu Zehra, Milkiyye, s.210-218.

⁴⁷ Senhuri, Masadır, I,77; Düreyni, s. 263-265; Zerka, I,335; Ayrıca bkz. Zencani, s.143; Tesuli, II,6.

⁴⁸ el-Mavsili, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (ö.683/1284), el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar, İstanbul 1980, II,4; el-Baberti, Ekmeluddin Muhammed b. Mahmud (ö.786/1384), el-İnaye ale'l-Hidaye(Fethu'l-Kadir ile beraber), Mısır 1315., V,445; İbnu'l-Hümam, Feth, V,445.

⁴⁹ Eren,I,145; İmre,s.222.

⁵⁰ Karafi,Furuk,III,145; İbn Teymiyye, Ahmed b. Abdilhalim (ö.728/1327), Nazariyyetu'l-Akd, Kahire 1949, s.220; İbnu'l-Humam, Feth, V,445,461-462; Ayrıca Mecelle,md.173.

Teati⁵¹ şeklindeki alım-satım ise, doktrindeki bazı görüş ayrılıklarına rağmen⁵², İslam hukukçularının çoğu tarafından caiz görülmüştür.⁵³

İslam hukukçularının çoğu, mücerret icap ve kabul ile akdin tamamlanıp hükümlerini meydana getireceği görüşündedirler.⁵⁴ Ancak akdin tamamlanabilmesi için, icap ve kabulün yeterli olmadığı, ayrıca akit konusunun "teslim edilmesi"nin de gerektiği bazı akit türleri vardır. Bu tür akitlere "aynî akitler" adı verilir. Hibe, iare (kullanma ödencü), emanet (vedia) ve rehin gibi akitler bu gurupta yer alır.⁵⁵

İslam hukukunda, akitlerin esasının karşılıklı rıza olduğu ittifakla kabul edilmiştir.⁵⁶ Roma hukukunda, gerek iç gerekse dış şekilciliğin hakim olup, aşağı yukarı bütün hukuki işlemlerin ve bu arada irade beyanlarının belli şekil ve söz kalıplarına uyularak yapıldığı ve batı hukukunda bilhassa iç şekilciliğin kalkmasının, belli bir mücadelenin sonucu olduğu⁵⁷ göz önüne alınınca; İslam hukukunda, akitlerin rızailiği esasının önemi daha iyi anlaşılır. Denilebilir ki, akdin kuruluşunda beyan

⁵¹ Teati, sözlü irade beyanı olmaksızın, satılmak üzere konulmuş şeyi alıp, semeni bırakmaktır. Ebu Ceyb, Sa'di, el-Kamusu'l-Fıkhî, Beyrut 1982, s.252-253(Teati md.), Ayrıca bkz. Atıf Bey, Şerhu Kitabî'l-Buyu' (Mecelle şerhi), Dersaadet 1318, s.36-38(md.175 şerhi).

⁵² Şafii, teati ile kurulamayacağı görüşündedir. Zencani, , s.143-144. Şafii'nin teati şeklinde yapılan bey'i tecviz etmemesi ve Şafii hukukçularının, "icap-kabul" yorumları, Şafii ekolünde, icap ve kabulün, hukuk düzeninin, irade beyanı için öngördüğü bir şekil şartı olarak değerlendirildiği izlenimini vermektedir. Bkz. Zencani,,s.143-144; İbn Dakikî'l-İd, Takıyyuddin Ebu'l-Feth Muhammed b. Ali (ö.702/1302), İhkamu'l-Ahkam Şerhu Umdeti'l-Ahkam, Mısır 1344, II,110.

⁵³ Mavsili, II,4; Karafi,Furuk,III, 144; İzz b. Abdisselam, Ebu Muhammed İzzuddin b. Abdisselam es-Sülemi (ö.660-1262), Kavaidü'l-Ahkam fi Masalihi'l-Enam, Beyrut ts., II,116. İbn Kudame, Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed el-Makdisi (ö.620-1209), el-Mukni' fi Fıkhî İmami's-Sunne, Beyrut 1979, 1,97.

⁵⁴ eş-Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali el-Firuzabadi (ö.476/1083), el-Mühezzeb fi Fıkhî'l-İmami's-Şafii, Mısır 1976, I,342; Zencani, s.186; İbnu'l-Hümmam, Feth, V,456; Ayrıca bkz Atıf Bey, Buyu', s.4-5,24-25(md. 104 ve 149 şerhleri), Zerka, Medhal, I, 336.

⁵⁵ Zerka, , I,336-340.

⁵⁶ Şirazi,Mühezzeb, I,342; Beydavi, Ğaye, I,457; İbnu'l-Hümmam, Feth, V,455. İbnu'-Kayyim, Şemsuddin Ebu Abdillan Muhammed b. Ebi Bekr (ö.751/1350), İlamu'l-Muvakkî'in an Rabbi'l-Alemin, Kahire, III,119-122; Ebu Zehra, Milkiyye, s.210; Zerka, I,318.

⁵⁷ Umur, Ziya, Roma Hukuku, İstanbul 1970,II,110-111; . Senhuri, el-Vasit fi Şerhi'l-Kanuni'l-Medeniyyi'l-Cedid, Masadiru'l-İltizam, Kahire 1952, s.142-144; Ebu Zehra, Milkiyye, s.204-205.

edilen rızanın esas alınıp bunun yeterli sayılması, hukuk tarihinde ilk defa İslam hukukunda söz konusu edilmiştir.⁵⁸

Gerçekten İslam hukuku, başlangıçtan itibaren katı şekilciliğe karşı çıkmış akitlerin kuruluşunda karşılıklı rızanın esas olduğunu belirtmiştir.⁵⁹ Ancak rızanın esas alınması, sözlere itibar edilmeyeceği anlamına gelmez. Hatta sözler, manaların kalıpları olduğu için, aralarında bir çelişki (münafat) bulunmadıkça, sözlere itibar edileceği prensibi mevcuttur. Akdin kuruluşu esnasında, "söz (irade beyanı)", tamamlanması (ifası) anında da "iç irade (rıza)" mutebertutulur.⁶⁰ İbnu'l-Hümmam, bu anlamı teyit eder mahiyette olmak üzere; karşılıklı rızanın hakikatının, akdin hukuki mefhumunun bir cüzü olmadığını, ancak akdin hükmünün hukuken sabit olmasının şartı olduğunu belirtmiş ve yine irade beyanının da, rızanın sübutunun "illeti" değil, "emaresi" olduğunu ifade etmiştir.⁶¹ Nitekim, mükrehin satımında olduğu gibi, irade beyanıbulunduğu halde rıza bulunmayabilir.⁶²

a. İcap ve Kabul Sigası

aa. İradelerin Kesin Olması

İcap ve kabulun hukuken muteberve tarafları bağlayıcı olabilmesi için, tarafların "akit yapma irade"lerini tereddüte mahal bırakmayacak bir kesinlikle göstermesi gerekmektedir. İslam hukukçularının, "fiil zamanları"⁶³ üzerinde titizlikle durmalarının, bu kesinliği sağlama amacına yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Fiil zamanları hakkında İslam hukuk doktrininde hakim olan klasik anlayış şöyle özetlenebilir:

⁵⁸ Senhuri, Nazariyyetu'l-Akd, s.63; Bardakoğlu, Ali, "İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", E.Ü.İ.F.D., yıl0 1983,S.1, s.10.

⁵⁹ Bu husus Kur'an'da şöyle belirtilir: "Ey iman edenler! mallarınızı aranızda batıl bir şekilde yemeyin, ancak karşılıklı rızaya dayanan bir ticaret sonucunda yiyin" (4.Nisa,29).

⁶⁰ Serahsi, Mebsut, XII,79-80; el-Baci, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef el-Endelusi (ö.494/1101), el-Münteka Şerhu'l-Muvatta, Mısır 1332, IV,157.

⁶¹ İbnu'l-Hümmam, Feth, V,455-456.

⁶² İbnu'l-Hümmam, Feth, V,455.

⁶³ Geniş bilgi için bkz. Senhuri, Masadir, 1,85-105; Ebu Zehra, Milkiyye, s.210-212; Zerka, I,322-326; Akitlerde kullanılan lafızların "ihbari" mi "inşai" mi olduğu tartışmaları hakkında bkz. Karafi, Furuk, I,27-30; el-İsnevi, Cemalüddin Ebu Muhammed Abdurrahim b. el-Hasen (ö.772/1370), et-Temhid fi Tahrici'l-Furui ale'l-Usul, tah. Muhammed Hasen Heyto), Beyrut 1984, s.204.

Geçmiş zaman sigası

Geçmiş zaman (mazi) sigası, her ne kadar, Arap dilindeki konuluğu itibarıyla (vaz'an), geçmiş zamanı gösteriyorsa da, akitler konusunda "örfen" şimdiki zamanı gösterir. Bu sigada "gelecek zaman", "vaad" ve "pazarlık" ihtimali bulunmadığı için, tarafların iradelerinin kesin oluşuna delalet eden en uygun siga olarak kabul edilmiştir. Bu siga ile icap ve kabul tamamlanmış sayılır. ⁶⁴

Şimdiki zaman sigası

Şimdiki zaman sigası, Arap dilinde hem şimdiki zamana hem de gelecek zamana ihtimalli olduğundan, bu siga ile icap ve kabulün tamamlanabilmesi için, ayrıca "niyet (icap ve kabul kasdı)"nın da bulunması şarttır. ⁶⁵

Soru sigası

Soru (istifham) sigası ile akit kurulmaz. ⁶⁶ Ancak soran kişi yeniden ve kesin olarak iradesini beyan ederse akit kurulur. ⁶⁷

Emir sigası:

Çoğunluk İslam hukukçuları, emir sigası ile akdin kurulamayacağı görüşünde olup, bundan sadecenikah akdini istisna tutmuşlardır. ⁶⁸ Şafii ekolünde ise, nikah akdine kıyasla emir sigasıyla her türlü akdin kurulabileceği ileri sürülmüştür. ⁶⁹

Çoğunluk İslam hukukçularına göre emir sigasıyla beyan edilen irade, "icaba davet" olarak değer kazanır, yani bir kimse diğerine, "şu malı bana şu fiata sat" deyip, karşı taraf da bu teklifi kabul ettiğini bildirirse, akdin kurulabilmesi için teklifte bulunan şahsın yeniden rızasını kesin olarak beyan etmesi gerekir. ⁷⁰

Burada fiil zamanları üzerinde uzun uzadıya durmak istemiyoruz.

⁶⁴ el-Kasani, Alauddin Ebu Bekr b. Mes'ud (ö.587/1191), Bedai'u's-Sana'i' fi Tertibi's-Şeraif, Mısır 1328, V,133; Düreyni, s.263.

⁶⁵ Kasani, V,133.

⁶⁶ Malik, soru sigasıyla akdin kurulacağı görüşündedir. İbn Rüşd, Bidaye, II,170; Bacı, IV,157.

⁶⁷ Kasani, V,133.

⁶⁸ Cassas, III,130.

⁶⁹ Şirazi, Mühezzeb,I,342; Kasani, V,133.

⁷⁰ Cassas,129; Zerka, I,323.

Çünkü, klasik İslam hukuk literatüründe bu konu kanaatimizce, tamamen Arap dilinin hususiyetlerine göre incelenmiştir. Akitlerini, arapça dışında bir dille yapanlar için, o bilgiler pek fazla bir şey ifade etmeyecektir. Üstelik, akitlerin kuruluşunda, fiil zamanları konusu, kanaatimizce, büyük ölçüde "örfi"dir. İslam hukukçuları da örfün "dil"e hükmettiğini ifade etmişlerdir.⁷¹Buna göre önceleri örf, geçmiş zaman sigasını, nasıl akitler konusunda "şimdiki zaman " olarak tayin ve tesbit ettiyse, belli bir zaman dilimi içerisinde soru sigasına da aynı fonksiyonu yüklemesi mümkündür.⁷²

bb.Anlamda açıklık

İrade beyan edilirken kullanılan lafızların, hangi akdin yapıldığı konusunda tarafları tereddüte düşürmeyecek ölçüde açık ve neblması gerekir. Konu ve hükümleri bakımından birbirlerinden oldukça farklı akit çeşitleri bulunduğundan, taraflar irade beyanında bulunurken, yapmak istedikleri akit çeşidine, örfen açık ve net bir şekilde delalet eden sözcükleri seçmek durumundadırlar. İrade beyanlarıyla tarafların hangi akdi kasdettikleri anlaşılamiyorsa, onları, o akde mahsus hükümlerle ilzam etmek mümkün olmaz.⁷³

b. İcap ve Kabul'ün Vasfı

İlk olarak beyan edilen irade "icap", buna cevap mahiyetinde ikinci olarak beyan edilen irade de, "kabul" adını alır.⁷⁴Bunlardan sadece birinin var olması, "bağlayıcı" değildir. Şöyle ki; icapta bulunan kişi(mucip), karşı tarafın(kabil) kabulünden önce, icabından dönebileceği gibi (hıyaru'r-rücu', vazgeçme muhayyerliği), icaba muhatab olan taraf da, bu icabı kabul edip etmemekte serbesttir (hıyaru'l-kabul, kabul muhayyerliği).⁷⁵ Mucip,

⁷¹ Kasani, V,133; Yine, İmam Malik'in, "insanların bey' saydığı her şey bey'dir" sözü de burada hatırlanabilir. Karafi, Furuk, III, 143. Ayrıca bkz. Zerka, I,326.

⁷² Örfün tayin fonksiyonu hakkında bkz. Karafi, Furuk,I,45-53.

⁷³ Karafi, Furuk,I,319.

⁷⁴ Baberti, V,456; Ayrıca bkz.Yusuf Musa, Emval, s.254.; Ebu Zehra, Milkiye, s.182. Ancak Şafii ve Hanbeli hukukçular, satıcıdan sadır olan ve "temlik"e delalet eden lafız ilk olarak ya da ikinci olarak zikredilmesine bakmaksızın "icap" olarak kabul ederler. Şirazi, Mühezzeb, I,342; İbn Kudame, Mukni, s.97; Ayrıca bkz. Yusuf Musa, Emval,254.

⁷⁵ et-Tahavi, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Sellame (6.321/933), el-Muhtasar, tah.Ebu'l-Vefa el-Afgani, Kahire 1370, s.74-75; Kasani, V,134; Merginani, Hidaye, V,460.

icab'ından dönmeden önce, karşı taraf, "kabul" iradesini beyan etse, artık akit kesinleşmiş ve her ikisi için de dönüş imkanı kalmamıştır. Hanefi ve Maliki ekolüne mensup hukukçuların görüşü bu şekildedir. Hanefi hukukçular bu görüşlerine gerekçe olarak "Taraflar (alıcı ve satıcı), birbirlerinden ayrılmadıkça muhayyerdirler"⁷⁶ hadisini göstermişler ve hadiste geçen "ayrılma(iftirak)" kelimesini, "söz" ile ayrılma yani beden itibarıyla beraber olmaya devam etseler bile, akdin sözlerle, müspet ya da menfi bir sonuca bağlanması olarak yorumlamışlardır.⁷⁷

Şafii ve Hanbeli hukukçular ise, sözü geçen hadisteki ayrılmayı, "bedenlerin ayrılması" olarak yorumlamışlar ve aynı hadise dayanarak "meclis muhayyerliği" teorisini ortaya atmışlardır.⁷⁸ Bu bakımdan kabul, icaptan hemen sonra (fevren, derhal) vuku bulmalıdır. Bu şekilde, akit kurulmuş olur. Ancak taraflar bedenen birbirlerinden ayrılmadıkça, akit bağlayıcı olmaz ve taraflardan her biri akdi fesih hakkına sahiptir.⁷⁹ Şafii ekolünde, akdin, icap ve kabul ile tamamlanmasından sonra, taraflara, birbirlerinden bedenleriyle ayrılmadıkları sürece, akdi feshetme hakkı verilmesi, öyle görünüyor ki, hem icabından dönmesine pek fırsat verilmeyen mucibi, hem de akdi, fazla düşünmeden, derhak kabul etmiş olan tarafı koruma amacına yöneliktir.

Kullanılan lafzın, yapılmak istenilen akde delaleti "hakiki" ya da "mecazi" olabilir. Burada önemli olan, kullanılan lafızla hangi akdin kastedildiğinin anlaşılmasıdır. Bu yüzden, kinayeli lafızlarda, kasdın anlaşılabilmesi için bir "karine"ye ihtiyaç duyulmaktadır.⁸⁰ Diyelim ki, S,

⁷⁶ el-Buhari, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail el-Cu'fi (ö.256/870), el-Camiu's-Sahih, İstanbul 1315, 34.Buyu',42/III,17; Müslim, Ebu'l-Hüseyin Müslim b. el-Haccac el-Kuşeyri (ö.261/875), el-Camiu's-Sahih, Mısır 1955, 21.Buyu',43/r.1531.

⁷⁷ el-Mervezi, Ebu Abdillâh Muhammed b. Nasr (ö.294/907), İhtilafu'l-Ulema, tah. Subhi Samerrai, Beyrut 1985, s.254,255; Cassas, III, 132-134; İbnu'l-Hümmam, Feth, V,460-461.

⁷⁸ Şirazi, Mûhezzeb,I,343; İbn Kudame, Mukni' s.103; Her iki görüş ve gerekçeleri hakkında bkz. Sibt İbni'l-Cevzi, Ebu'l-Muzaffer Yusuf b.Ferağlı (ö.654/1256), İsarü'l-İnsaf fi Asari'l-Hilaf, tah. Nasiru'l-Ali en-Nasir Huleyfi, Kahire 1987, s.311-313; Ebu Zehra, Milkiyye, s.184-190; Zerka, I,444-447.

⁷⁹ ed-Demiri, Muhammed b. Abdirrahman ed-Dimeşki el-Osmâni (X. hicri asır) , Rahmetu'l-Ümme fi İhtilafi'l-Eimme (el-Mizanu'l-Kübra ile birlikte), Mısır 1306, I,176; Ayrıca bkz, İbn Rüşd, Bidaye, II,170.

⁸⁰ Şafii ekolünde, kinayeli lafızlarla akdin kurulabilmesi için "niyet (kasıt) şart koşulmuştur. Nikah akdi ise, kinayeli lafızlarla kurulamaz. bkz. Beydavi, Ğaye, I,457.

A' ya bir mal "şu kadar fiyat mukabilinde" hibe ettiğini söylüyor ve A bunu kabul ediyor. Bu durumda her ne kadar "alım-satım" sözü geçmemiş ve onun yerine "hibe" lafzı kullanılmışsa da, "hibe akdinde bedel söz konusu olmayacağı" karinesi ile, bu akit alım-satım akdi olarak gerçekleşmiş olur.⁸¹ Zira akitlerde lafız ya da kalıplara değil, manalara ve maksatlara itibar edilir.⁸² Bu bakımdan, asıl borçluyu ibra (beraetu'l-asil) şartıyla yapılan kefalet akdi, havale akdi olarak; asıl borçlunun sorumluluğunun devam etmesi (mutalebetu'l-asil) şartıyla yapılan havale akdi de kefalet akdi olarak gerçekleşmiş olur.⁸³

III. AKDİN KURULUŞ ŞARTLARI

Akdin kurulabilmesi için tabii (asli) unsurların birtakım şartları haiz olması gerekmektedir. İslam hukukçuları akdin kurulmasında oynadıkları rolün önem derecesinde farklı görüşlerde olduklarından, bunun sonucu olarak bu şartlardan her birinin eksikliğinin akde ne şekilde etki edeceği hususunda da farklı görüşlere sahiptirler. İslam hukukçularının çoğu, prensip itibarıyla akdi; kurulması, sıhhati ve işlerlik kazanması (nefaz) açılarından bir bütün olarak telakki ettikleri için, akdin, hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilecek son şekle gelmesini temin için gerekli olan bütün şartları aynı önem derecesinde tutma eğilimi göstermişlerdir. Fakat bu eğilimin pratiğe her zaman tam olarak yansıtıldığını söylemek de pek mümkün gözükmemektedir.

Hanefi hukukçular ise, cumhurdan farklı olarak, bir akdin kurulup

⁸¹ İbnu'l-Hümmam, Feth,V,458; Ancak "ıvaz şartıyla hibe" de durum biraz farklıdır. Şöyleki; bir kimse diğerine "şu arabayı bana bedel olarak vermen şartıyla, bu evi sana hibe ediyorum" dese böyle bir hibe Züfer'e (ö.158/775) göre hem başlangıç hem de sonuç itibarıyla (ibtida ve intihaen) satım akdi olur. Yani başlangıç itibarıyla satım akdi olduğundan, sıhhati için kabz şart değildir. Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise ibtidaen teberru, intihaen bey'dir. Yani başlangıçta hibe olduğu için mülkiyet söz konusu olamaz. Ancak bedeller karşılıklı olarak kabzedilince, bey' hükümleri sabit olur.bkz. en-Nesefi, Hafızuddin Ebu'l-Berekat Abdullah b. Ahmed (ö.710/1310), el-Musaffa Şerhu'l-Manzume, yazma (E.Ü.İ.F.Kütübhanesinde kayıtsız nüsha), v.211b; Geniş bilgi için bkz. Şener, Abdulkadir, İslam Hukukunda Hibe, Ankara 1984, s. 58.

⁸² Mecelle, md.3;Ayrıca bkz. el-Hamevi ,Ahmed b. Muhammed (ö.1098/1687),Çamzu Uyuni'l-Basair Şerhu'l-Eşbah ve'n-Nezair, Beyrut 1985, I,97 vd.

⁸³ Nesefi, Musaffa, v.211b; Senhuri, Masadır, VI,13.

sonuçlarını meydana getirmesini bir kaç merhalede ele almış ve her bir merhale için farklı önem derecesinde şartlar ileri sürmüşlerdir. Bu merhaleler sırasıyla "kuruluş(in'ikat)", "sıhhat", "nefaz (işlerlik)" ve "lüzum(bağlayıcılık)" adlarını alırlar. ⁸⁴ Akdin bağlayıcı olması, kısaca akdin, muhayyerlik vb. gibi her hangi bir sebep yüzünden, tek taraflı irade ile fesh edilememesi demek olduğundan, taiatı icabı inceleme alanımızın dışında kalacaktır.

Tesbit edebildiğimiz kadarıyla, akdin şartlarının, akdin meydana gelmesinde oynadıkları role göre, sistemli olarak bir derecelendirmeye tabi tutulması, Hanefi hukukçular tarafından ortaya konmuş ve geliştirilmiştir.

Akdin kuruluş şartları, akdin, hukuki varlık kazanabilmesi için gereken şartlardır. Bu şartlardan her hangi birinin eksik olması halinde akit kurulamaz. Bu konuda bütün İslam hukuk ekolleri aynı görüşü paylaşır. Bu durum, modern hukuk sistemlerinde de pek değişmez.⁸⁵

Bu husus prensip olarak kabul edilmiş olmakla beraber, kuruluş şartlarının tesbitinde İslam hukuk ekolleri arasında tam bir fikir birliği yoktur. ⁸⁶ Nitekim, Hanefi ekolünde sıhhat venefaz şartı olarak gösterilen pek çok şart, diğer ekollerde kuruluş şartları arasında yer almıştır.

Hanefi hukukçuların, akdin kuruluşu için geliştirdikleri anahtar cümle şudur: "Akit, ehlinden, mahalline muzaf olarak sadır olursa, bu akdin in'ikat ettiğini söylemek gerekir".⁸⁷ Diğer İslam hukuk ekollerinin hareket noktası da bu olmakla beraber, akde kimlerin ehil olduğu ve hangi şeylerin mahal(akit konusu) olabileceği konusunda Hanefilerle esaslı görüş ayrılığı içerisindedirler.

A. Taraflarla İlgili Olan Kuruluş Şartları

⁸⁴ Kasani, V, 135; İbn Abidin, Muhammed Emin (1252/1836), Reddu'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar, Kahire 1969, IV, 504-505.

⁸⁵ Eren, I, 146, 335-336; Carbonnier, Jean, Theorie des Obligations, Paris 1963, s.193; Senhuri, Vasit, s.486; Senhuri, Masadır, IV, 126.

⁸⁶ Burada, kuruluş şartı olduğunda hemen bütün ekollerin görüş birliği ettikleri şartları inceleyip, kuruluş şartı olup olmadığına ihtilaf edilen, daha doğrusu, Cumhur tarafından kuruluş şartı olarak ileri sürülmekle beraber Hanefi ekolünde sıhhat ya da nefaz şartı olarak kabul edilen şartlarla, her akdin kendine mahsus kuruluş şartlarına yeri geldikçe işaret edeceğiz.

⁸⁷ Neseft, Musaffa, v.253a; Damad Efendi, Şeyhzade Abdurrahman b. Muhammed (6.1078/1667), Mecmau'l-Enhur Şerhu Multeka'l-Ebhur, Matbaa-ı Amire(İstanbul) 1328, II, 2.

1. Ehliyet

İslam hukukçularının, akdi yapan taraflarla ilgili kuruluş şartlarını sayarken, konuyla ilgili görüşlerini ilk bakışta genel olarak yansıtabilecek kelimeler seçmeye özen gösterdikleri söylenebilir. Nitekim, Hanefi hukukçular, akdi yapan kişide (akid) bulunması gerekli in'ikat şartını çoğunlukla, ya sadece "akıl"⁸⁸ veya sadece "temyiz"⁸⁹ ya da "akıl ve

temyiz"⁹⁰ kelimeleriyle ifade etmişler, bazan da yine çoğunlukla akıl ve temyizi kasederek "ehliyet", "ehil olma" sözcüklerini kullanmışlardır.⁹¹

Maliki hukukçular da, çoğunlukla "temyiz" kelimesini tercih etmektedirler.⁹² Hanefi hukukçuların, özellikle akıl ya da temyiz sözcüğünü seçmelerinde; temyiz kudretine sahip kişilerin yaptıkları akdin kurulacağı görüşüne işaret vardır.

Diğer taraftan, Şafii hukukçular, bu konuda çoğunlukla "teklif" kelimesini kullanmışlar, bazan "mutlaku't-tasarruf" (tasarruf yapmaya engeli bulunmama) ifadesine yer vermişlerdir.⁹³ Şafii hukukçuların özellikle seçtikleri "teklif" sözcüğünün altında, mükellef olmayan kişilerin (mümeyyiz çocuk vb.) akit yapmaya ehil olmadıkları fikri yatmaktadır.

Hanbeli ekolünde de, kişinin akit ehliyetine sahip olması şartı genellikle, Şafii hukukçuların ifadesine yakın olarak, "caizu't-tasarruf" olma şeklinde ifade edilmekte ve bununla kişinin "mükellef ve reşit olması" kastedilmektedir.⁹⁴

İslam hukukçularının, değişik amaçlarla, farklı sözcüklerle ifade

⁸⁸ Kasani, V, 135.

⁸⁹ İbnu'l-Hümmam, Feth, V, 455; el-Haskefi, Muhammed Alauddin (ö. 1088/1677), ed-Dürrü'l-Münteka fi Şerhi'l-Mülteka (Mecmau'l-Enhur ile birlikte), Matbaa-i Amire (İstanbul) 1328, II, 3.

⁹⁰ Baberti, V, 455; el-Harezmi, Celaluddin el-Kerani (ö. /), el-Kifaye Şerhu'l-Hidaye (Fethu'l-Kadir ile birlikte), Mısır 1315, V, 456; el-Fetava'l-Hindiyye, Bulak 1310, III, 2.

⁹¹ Bkz. Kasani, V, 135; Mavsili, II, 4; Baberti, V, 455; İbnu'l-Hümmam, Feth, V, 455 Haskefi, ed-Durru'l-Münteka; Damad Efendi, II, 2; Kadri Paşa, s. 107, md. 353.

⁹² İbn Cüzey, s. 163; Halil, Halil b. İshak (ö. 776/ 1374), el-Muhtasar (Cevahiru'l-İklil ile birlikte), Kahire ts., II, 2.

⁹³ er-Rafii, Ebu'l-Kasim Abdulkerim b. Muhammed (ö. 623/1266), el-Aziz Şerhu'l-Veciz (el-Mecmu' ile birlikte), VIII, 105; Beydavi, Çaye, I, 457; Şirazi, et-Tenbih fi'l-Fikhi's-Şafii, Beyrut 1983, s. 87.

⁹⁴ İbn Kudame, Mukni, s. 97; el-Haccavi, Şerefuddin Ebu'n-Neca Musa b. Ahmed el-Makdisi (ö. 960/1553), el-İkna fi Fikhi'l-İmam Ahmed b. Hanbel, Beyrut ts., II, 58.

ettikleri, tarafların hukuki muamele ehliyetine sahip olma keyfiyetini, "ehliyet" genel başlığı altında toplayıp, burada akıl, temyiz, bülüş ve rüşd kavramları hakkında kısaca bilgi vermeyi, konunun kolay anlaşılabilmesi için uygun gördük.

aa. Akıl ve Temyiz

Düşünme (akıl etme), akıl erdirmе(kavrama) melekesi olan akıl, eda ehliyetinin temel ön şartıdır,⁹⁵fakat, -yalnız başına- yeter şart değildir. Nitekim akılı bulunduğu, hatta bazı tabii olaylara akıl erdirebildiği halde, genel olarak hukuki işlemlerin hüküm ve sonuçlarına akıl erdiremeyen, yarar ile zararı temyiz edemeyen çocuk, eda ehliyeti açısından mecnun (deli) hükmünde tutulmuş, tıpkı, mecnunda olduğu gibi onun da bütün akit ve tasarrufları batıl sayılmıştır. ⁹⁶

Temyiz kudretinden yoksunluk, kısaca makul bir şekilde davranmaya muktedir olamama olup, sebebi, çoğunlukla , yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, - ihtilafli olmakla birlikte- sarhoşluk gibi makul davranmayı engelleyen hallerdir.Temyiz gücünden yoksun (gayri mümeyyiz) çocuk Mecelle'de şöyle tarif edilir: "Gayri mümeyyiz çocuk, bey' ve şira'yı fehmetmeyen yani mülkiyeti, bey'in salib (giderici), şira'nın calip (kazandırıcı) olduğunu⁹⁷bilmeyen ve onda beş (%50) aldanmak gibi, "ğabn-fahiş" olduğu zahir olan bir ğabni (aldanmayı), "ğabn-i yesir"den temyiz ve tefrik eylemeyen çocuk olup bunları temyiz eden çocuğa mümeyyiz çocuk denilir". Bu bakımdan "temyiz", eda ehliyetinin, daha da özel bir ifadeyle "medeni eda ehliyeti"⁹⁸nin ilk aktif şartı olarak değerlendirilebilir.

Hukuk düzeni, hukuki işlemlerde karşılıklı rızayı esas almakla birlikte, temyiz kudretinden yoksun çocuğun, henüz yararını bilip ona göre davranabilecek durumda olmayışını göz önüne alarak, onun rızasını yok

⁹⁵ el-Pezdevi, Fahu'l-Islam Ali b. Muhammed (ö.483/1090), el- Usul (Keşfu'l-Esrar ile birlikte), İstanbul 1307, IV,1351.

⁹⁶ Kadri Paşa, s.82, md.268; Yusuf Musa,s.322; Kal'acı, Muhammed Revvas, Mevsuatı Fikhi Ömer b. el-Hattab, Beyrut 1986, s.347.

⁹⁷ Mecelle, md.943.

⁹⁸ Çağdaş İslam hukukçularından Zerka, eda ehliyetini "dini eda ehliyeti" ve "medeni eda ehliyeti" olmak üzere ikikisime ayırmaktadır. Bkz. Zerka, II,829-831. Kanaatimizce böyle bir ayırım, ibadetle hukukun mutlaka beraber düşünölüp, yer yer aynileştirilmesinden doğan bazı güçlükleri kaldırma bakımından yerinde bir ayırımdır.

saymıştır.⁹⁹Bu bakımdan, gayri mümeyyiz çocuğun sözlerinin hukuk nazarında hiçbir değeri yoktur. Ancak, gayri mümeyyiz çocuk, vukuu açısından rızanın bulunup bulunmaması önemli olmayan, gasp, itlaf vb. fiillerinden sorumludur.¹⁰⁰

Temyiz kudretinden yoksunluğun bir diğer sebebi olan cünun (akıl hastalığı, delilik), sürekli ve geçici olmak üzere iki türlü olabilir.¹⁰¹ Birinci halde kişi (mecnun-u mutbık), hiç bir tasarrufu hiçbir zaman yapmaya ehil değildir. Yapacağı tasarrufun, kendisi açısından sırf yarar, ya da sırf zarar olması arasında fark yoktur. Bir tasarrufun hukuken muteber olabilmesi için kasıt ve rızaya dayanması gerekmektedir. Mecnunda ise ne kasıt ne de irade vardır. İkinci halde, yani gelip geçici cünun durumunda ise, böyle bir kişinin (mecnun-ı gayri mutbık), cünun bulunmadığı zamanlardaki tasarrufları, eğer tam bir ifakat yoksa, mümeyyiz ma'tuh hükmündedir. Yani tasarrufları kanuni temsilcisinin onayına (icazetine) bağlıdır.¹⁰²

Hukuki işlemler, kasıt ve rızaya dayandığı için, bu işlemleri yapanlarda temyiz unsurunun bulunması şarttır. Eda ehliyeti, varlık-yokluk, tamlık-eksiklik yönünden, temyiz unsuruna bağlıdır.¹⁰³

Temyiz, teşrii hitabı genel hatlarıyla (icmalen) anlayabilecek idrak ve kavrayışa sahip olup, dini işlerin ve hukuki işlemlerin mana ve sonuçlarını, basit ve genel bir şekilde olsun, anlamak şeklinde tarif edilir.¹⁰⁴

Temyizin belirli bir yaşı yoktur. Kişiden kişiye hatta olaydan olaya değişebilir. Ancak İslam hukukçuları, bunu, mazbut ve açık bir esasa bağlamak amacıyla, prensip olarak yedi yaşın altında temyiz gerçeğe dahi hukuken muteber olmayacağını kabul etmişlerdir.¹⁰⁵

⁹⁹ Karafi, Furuk, I, 164.

¹⁰⁰ Hanefi hukukçulardan Kerhi, bu hususu "söz yönünden sabit olmayan şey, fiil yönünden sabit olabilir." şeklinde ifade etmiştir. el-Kerhi, Ebu'l-Hasen Ubeydullah b. el-Hüseyn (ö.340-951), el-Usul (Te'sisu'n-Nazar ile birlikte), Beyrut ts., s. 163. Bu konuda ayrıca bkz. Karafi, Furuk, I, 164; Şaffi ekolünde, çocuk ve mecnuna, diğer malî mükellefiyetler (el-Muunu'l-maliyye) gibi zekatın da gerekeceği ileri sürülmektedir. Zencani, s.112.

¹⁰¹ Mecelle, md.944.

¹⁰² Kadri Paşa, s.82, md.268; Mecelle, md.980.

¹⁰³ Abdulkaki, s.249; Ayrıca bkz. Kasani, 135; et-Taftazani, Sa'duddin Mas'ud b. Ömer (ö.792/1390), et-Telviḥ ale't-Tavziḥ, Kahire 1957, II, 161.

¹⁰⁴ Zerka, II, 751.

¹⁰⁵ İbnu'l-Kayyim, Tuhfetu'l-Mevdud bi Ahkam'l-Mevlud, Kahire ts., s.227; İbn Lahham, Alauddin Ebu'l-Hasen Ali b. Abbas el-Ba'li (ö.803/1400), el-Kavaid ve'l-Fevaidu'l-Usuliyye, tah. Muhammed

Eda ehliyeti, çocukta , temyiz gücüne sahip olması ve akitleri, akitlerde kullanılan lafızları, kârı, zararı, tefrik etmesiyle birlikte eksik (sınırlı) olarak başlar; bedenen ve aklen olgunlaşma yani büluğ ve rüşd ile tamamlanır. Mümeyyiz çocuk, eksik eda ehliyetine sahip (mahdut ehliyetsiz) olup mümeyyiz ma'tuh, sefeh, gaflet vb. sebeplerle hacr altına alınmış kişiler de, ehliyet bakımından mümeyyiz çocuk hükmünde sayılırlar. ¹⁰⁶

İslam hukukçuları, mümeyyiz çocuğun tasarruflarını, sırf yararına olan (lehteki), sırf zararına olan (aleyhteki) ve hem yarara hem de zarara ihtimali bulunan tasarruflar olmak üzere üç kategoride ele almışlardır.¹⁰⁷ Bu üçlü kategoriye göre mümeyyiz çocuğun sırf yararına olan; hibeyi ve vasiyeti kabul etme gibi zarara uğrama ihtimali bulunmayan tasarrufları, kanuni temsilcisinin (veli veya vasinin) iznine bağlı olmaksızın geçerli olur. İslam hukukçuları, bu konuda görüş birliği etmiş olmalarına rağmen, lehteki tasarrufların neler olduğunda ihtilaf etmişlerdir. Nitekim Hanefi hukukçular, mümeyyiz çocuğun, vekaletle iş görmesini, çocuğun tecrübe kazanması vb. açılardan lehteki tasarrufları gurubuna dahil etmişler¹⁰⁸, Şafii hukukçular ise, prensip itibarıyla mümeyyiz çocuğu bu tür tasarruflara ehil görmemişlerdir.¹⁰⁹ Hanbeli ekolünde de, mümeyyiz çocuğun hibeyi kabul etmesinde, velinin iznine gerek görülmemiş, ancak, hibe edilen şeyin kabzedilmesi konusunda tereddüte düşülmüştür.¹¹⁰

Mümeyyiz çocuğun, sırf zararına olan bağışta bulunma, başkasına kefil olma gibi hukuki işlemleri, kanuni temsilcisi izin verse dahi sahih ve geçerli olmaz. ¹¹¹ Çünkü, icazetin meşru kılınmasının amacı, çocuğu muhtemel

Hamid el-Kifi, Beyrut 1983, s. 16; Ebu Zehra, el-Ahvalü's-Şahsiyye, Kahire ts., s.439; Zerka, II,760.

¹⁰⁶ İbnu'l-Hümmam, Feth, V,455; Mecelle, md.978; Yusuf Musa, s.321-322; Ebu Zehra, Ahval, s.451-452,465; sefeh ve gaflet sebebiyle hacr altına alınmış kişilerin, mümeyyiz çocuktan ayrıldığı hükümler için bkz. Ebu Zehra, Ahval, s.451-452.

¹⁰⁷ Bu konuda bkz. Sibte İbni'l-Cevzi, İsar, s.386-387; İbn Cüzey, s.211; İbn Lahham, s.15-30; es-Suyuti, Celaluddin Abdurrahlan b. Ebi Bekr (ö.911/1505), el-Eşbah ve'n-Nazair fi Kavaidi ve Furui Fikhi's-Şafiiyye, Beyrut 1983, s.219-223., Ayrıca bkz.Yusuf Musa, s.322-323.

¹⁰⁸ Serahsi, Usul, II,346,347.

¹⁰⁹ Zencani, s.246; Ayrıca bkz. Sibte İbni'l-Cevzi, İsar, s.387.

¹¹⁰ İbn Lahham,s.21-22.

¹¹¹ Mümeyyiz çocuğun vasiyyetinin hangi guruba dahil olduğu konusu, İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Ebu Hanife (ö.150/767), Ebu Yusuf(ö.182/798), Muhammed (ö.189/805), ve Şafii(ö.204/ 819),-sahih kavlinde-, mümeyyiz çocuğun vasiyyetinin sahih olmadığı

zarara karşı korumaktır. Sırf zarar olduğu şüphe götürmeyen akitlerde, icazet, meşruiyet amacını ve fonksiyonunu yitirmekte, dolayısıyla, mümeyyiz çocuğun bu tür tasarrufları sahih ve geçerli olamamaktadır.

Mümeyyiz çocuğun, yarar ve zarara ihtimali bulunan tasarruflarına gelince; bunlar, alım-satım, icare gibi her iki tarafa karşılıklı borç yükleyen akitler olup, mümeyyiz çocuğun bu türden akitlerinin, kanuni temsilcisinin icazetiyle geçerli olup olmayacağı hususu İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır.

Hanefi ekolünde mümeyyiz çocuğun, alım-satım, icare gibi akitlerinin in'ikat edeceği görüşü benimsenmiştir.¹¹² Ancak, mümeyyiz çocuğun bu tasarruflarının, sonuçlarını meydana getirebilmesi yani nafiz olabilmesi için, kanuni temsilcisinin iznine ihtiyaç vardır. Bu izin, akitten önce olabileceği gibi, akitten sonra da olabilir.¹¹³ Alım-satım vb. hukuki işlemlerde, kar etme ve zarar etme ihtimali bulunmaktadır. Zarar ihtimalini belli bir seviyede önleyebilmek için, "kamil rey"e sahip birinin yani kanuni temsilcisinin iznine gerek duyulmuştur. Ebu Hanife'ye göre, mümeyyiz çocuğun kusurlu görüşü, baliğ kişi seviyesine çıkmış olur. Bu bakımdan çocuğun yaptığı ve kanuni temsilcisinin izin verdiği akit, ğabni fahişle de yapılmış olsa geçerli olur. Ebu Yusuf(ö.182/798) ve Muhammed'e(ö.189/805) götse, gabni fahiş söz konusu olursa, mümeyyiz çocuğun yaptığı akit geçerli olamaz.¹¹⁴ Çünkü bu takdirde, hukuki işlem, sırf zararolan tasarruflara benzemekte olup, velinin icazetiyle de geçerli hale gelemez.

Hanefi hukukçular göre, bülüğ, gaye değil vasıta olduğundan, alım-satımı kasteden ve ona akli yeten kişi, mecnun da olsa mümeyyiz çocuk hükmünde olur. Eğer akli ermiyorsa, ya da akdi kastetmiyorsa, yani akit yapmak niyetinde değilse, bülüğa ermiş olsa da, yaptığı akit in'ikat etmez. Nitekim, bülüğa ermiş kişinin, latife olarak irade beyanında bulunması durumunda (bey'u'l-hazıl), akit kurulamaz.

görüştüdedirler. Malik(ö.179/795), vasiyyetin sıhhatini, çocuğun ibadeti (kurbet) anlaması şartına bağlamış; Ahmed b. Hanbel de(ö.241/855), on yaşını geçmeyi şart koşmuştur. Bu konuda bkz. Serahsi, Usul, II,350; İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed(ö.456/1064), el-Muhalla, tah.Ahmed Muhammed Şakir, Kahire ts., IX,330 vd.; Beydavi, Çaye,II, 697; İbn Cüzey, s.266.

¹¹² Hanefilerin bu konudaki delili; "...yetimleri, evlenecek çağa (bülüğa erinceye) kadar deneyin....." (4.Nisa,6) ayetidir.

¹¹³ Mecelle, md. 967; Atıf Bey, Şerhu Kitabı'L-Hacr(Mecelle şerhi), s.11, md.967 şerhi.

¹¹⁴ Serahsi,Usul, II,349-350.

Hanefi ekolünde, mümeyyiz çocuğun akdi, mevkuf akit olarak isimlendirilir. Türk hukuk doktrininde de, mümeyyiz çocuğun tasarrufları genelde "askıdaki geçersizlik" olarak nitelendirilmekle beraber¹¹⁵, bunun, "nisbi butlan" olarak değerlendirilmesini doğru bulanlar da vardır.¹¹⁶

Maliki ekolünün, mümeyyiz çocuğun tasarrufları konusundaki görüşleri, Hanefi ekolünden pek farklı değildir; mümeyyiz çocuğun alım-satım vb. hukuki işlemleri sahih olmakla birlikte bağlayıcı olabilmesi, kanuni temsilcisinin iznine bağlıdır.¹¹⁷

Şafii ekolüne göre ise, bülüğa ermemiş mümeyyiz çocuğun alım-satım gibi muavazalı akitleri, velisi izin vermiş olsun veya olmasın, çocuk bu akdi ister kendi adına (asaleten), isterse temsil yetkisiyle başkası adına (niyabeten) yapmış olsun; akdin konusu fazla değerli olmayan (hasis, ucuz) ya da pahalı olsun, batıldır. Başka bir ifadeyle, mümeyyiz çocuk, kasdın muteber tutulduğu hiçbir tasarrufu yapamaz.¹¹⁸ Şafii'ye göre, bülüğa ermeyen çocuk mükellef değildir; mükellef olmayan kişinin yaptığı akitler de, tıpkı mecnunun akitleri gibi sahih olmaz. Böylece Şafii, bülüğ ile teklifi, sebep sonuç ilişkisi açısından aynileştirmiş gözükmektedir.¹¹⁹

Mümeyyiz çocuğun tasarrufları hakkında Zahirî ekolünün görüşleri Şafii ekolündeki gibidir. Buna göre, baliğ olmamış veya baliğ olduğu halde akıl ve temyizden yoksun kalmış ya da mümeyyiz olarak bülüğa erdiği halde, sonradan temyiz gücünü yitirmiş kişiler teklife muhatap değildirler ve dolayısıyla, malları konusundaki hiçbir tasarrufları nafiz olmaz. 120

Hanbeli ekolünde ise, mümeyyiz çocuğun akitlerinin sahih olabilmesi

¹¹⁵ Eren, I,356; İmre, s.405.

¹¹⁶ Aybay, s.51,64.

¹¹⁷ Karafi, Furuk, III,227; İbn Cüzey, s.211.

¹¹⁸ Zencani, s.188; Beydavi, Ğaye, I,458; Şafii hukukçular bu konuda, "Üç kişiden kalem kaldırıldı; ayıncaya kadar mecnundan, bülüğa erinceye kadar çocuktan ve uyanıncaya kadar uyuyandan." (Buhari, 68.Talak,11/VI-169) hadisini delil gösterirler. Şafii ekolünde, önceden izin verilmesi halinde, mümeyyiz çocuğun yapacağı evlenme akdinin sahih olacağı da ifade edilmektedir. Bkz. Şirazi, Tenbih, s.103.

¹¹⁹ el-Kuduri, Ebu'l-Hasen Ahmed b. Muhammed (ö.428/1037), et-Tecrid fi'l-Hılaf, yazma, Fatih no:2040, v.150a; Zühri (ö.124/741) ve Katade (ö.117/736) de "ihtilam oluncaya kadar çocuğun tasarruflarının caiz olmayacağını ieleri sürmüşlerdir. İbn Hemmam, Ebu Bekr Abdurrezzak es-San'ani (ö.211/826), el-Musannef, tah. Habiburrahman el-Azami, Beyrut, VIII,309-310/r.15327.

¹²⁰ İbn Hazm, Muhalla, VIII,323. Zahiriler de bu konuda "Üç kişiden kalem kaldırıldı;..." hadisini delil alırlar.

için, kanuni temsilcisinin akit öncesi bu konuda izin vermiş olması şartı ileri sürülmüş; akit yapıldıktan sonraki icazetin (tasvip,onay) kıymeti olmadığı ifade edilmiştir.¹²¹ Bununla beraber, çocuğun izinsiz olarak, ucuz şeyleri alıp satması caiz görülmüştür.¹²²

Kanaatimizce, henüz bülüğa ermemiş mümeyyiz çocuğun akitlerinin kanuni temsilcilerinin icazetine bağlı olarak kurulması görüşü, hem netice itibarıyla kanuni temsilcisinin görüşü alındığı için, çocuk hakkında bir zarara yol açmaması, hem de, "buluğa erinceye kadar yetimleri deneyin..."¹²³ ayetinin işaret ettiği gibi, onların tecrübe kazanmalarına yardımcı olacağı için, diğer görüşler arasında tercihe şayandır.

Türk medeni kanununda da, mümeyyiz çocuğun, kanuni temsilcinin rızası bulunmadıkça, kendisini borçlandıran işlemleri yapamayacağı ifade edilmektedir.¹²⁴

bb. Bülüğ ve Rüşd:

Bülüğ, şahsın çocukluk devresinden çıkıp fiilen veya hükmen cinsi ve bedeni ergenlik dönemine ulaşmasını ifade eder. Bu beden gelişmesine paralel olarak, kişinin akıl ve idraki de bir gelişme gösterir.¹²⁵

İslam hukukçuları, bülüğ için bir ön şart, iki de ölçü getirmişlerdir. Bülüğün ön şartı, çocuğun belli bir alt yaş sınırına ulaşması olup erkeklerde 12; kızlarda 9 yaşı tamamlamadır. Bu asgari yaş sınırına ulaşmamış çocuğun bülüğ iddiası kabul olunmaz ve mahkemede dinlenmez.¹²⁶

Bülüğün iki ölçüsünden birincisi ve asli olanı fiili bülüğdür. Yani gerekli asgari yaş sınırını geçmiş erkeğin ve kızın cinsi yönden fiili ergenliğidir.¹²⁷

Bülüğün ikinci ölçüsü ise hükmen bülüğ olup, bu da, kişinin belli bir üst yaş sınırına ulaşmasıdır. Ebu Hanife'ye göre erkek 18; kız 17 yaşlarını

¹²¹ İbn Lahham, s.18. Bu görüşü, Demiri ve Şa'ranî Ebu Hanife'ye nisbet ederler ki, doğru olmadığı açıktır. Bkz. Demiri,

¹²² İbn Lahham, s.18. Ahmed b. Hanbel'den "mümeyyiz çocuğun satımının velisinin iznine mevkuf olarak sahih olacağı" şeklinde bir rivayet daha vardır. İbn Lahham, s.19.

¹²³ 6.Nisa,4.

¹²⁴ MK. md.16;krş. MK. md.269,394; Ayrıca bkz. İmre, s.404.

¹²⁵ Zerka, II,777.

¹²⁶ Mecelle, md.988.

¹²⁷ Mecelle, md.985; İbnu'l-Kayyim, Tuhfe, s.232.

tamamlayınca; İslam hukukçularının büyük çoğunluğuna göre ise, erkek-kız ayırımı olmaksızın çocuk, 15 yaşını tamamlayınca, bülüğa fiilen erip ermediğine bakılmaksızın hükmen bülüğa ermiş sayılır.¹²⁸

Bülüğ ile insan, hem bedenlen ve hem de aklen belli ve yeterli basgari olgunluğa eriştiğinden, kural olarak tam bir eda (fiil) ehliyeti kazanır. Baliğ kimse, gerek iman esasları, ibadetler, haramlar, vergi, cihad, ceza ve hukuki mesuliyetler ve gerekse, dini, ictimai ve hukukî zamanın sağladığı haklardan yararlanma yönlerinden tam ehliyet sahibidir. Çocukluk sebebiyle tanınmış olan muafiyetler bülüğ ile kalkar.

Baliğ olan kişi çoğunlukla, aklen mutedil bir duruma geldiği için, hukuk düzeni bülüğü, teamülde kolaylık sağlamak ve üçüncü şahısları ilgilendiren bir konuyu objektif ve değişmez bir ölçüye bağlamak için olsa gerek, aklın gerçekten kemale ulaşması (i'tidal) makamına getirmiş ve böylece busınra ulaşmadan önce akli olgunluk tevehhümünü ve bu sınıra ulaştıktan sonra da eksikliğin devam ettiği tevehhümünü muteber olmaktan çıkarmıştır. Çünkü açık sebep, gizli bir mana yerine konulduğunda, artık hükmün varlığı veya yokluğu bu açık sebebe göre olmaktadır.¹²⁹

Gazzali(ö.505/1111), buhususla işaret ederek, çocuğun, bülüğa yaklaştığı dönemle, bülüğa erme dönemi arasında, akıl ve anlayış kapasitesi bakımından bir fark olmadığını ancak, hukuk düzeninin, bülüğü, teklifin ölçüsü olarak tespit etmesi sebebiyle, teklifin başlaması için bülüğa itibar edildiğini belirtmektedir.¹³⁰

Bülüğün hukuki işlemler açısından önemine gelince; bunu şöyle açıklamak mümkündür: Hukuk düzeni, bülüğü aklın normal seviyeye ulaşmasının bir ölçüsü olarak belirlediğinden, çoğunlukla, rüşdün bülüğle birlikte gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bu bakımdan bülüğle birlikte kişinin yaptığı hukuki işlemler, kimsenin iznine bağlı olmaksızın, geçerli ve bağlayıcı olur. Ancak, bülüğdan sonra, kişide, rüşdün henüz bulunmadığı anlaşılırsa, hukuki işlemler açısından bu bülüğün önemi kalmaz. Böyle bir

¹²⁸ ed-Debusi, Ubeydullah b. Ömer (6432/1040), Te'sisu'n-Nazar, Beyrut ts., s.15-16; İbnu'l-Arabi, I,320; Ayrıca bkz. Ebu Zehra,Ahval, s.441; Yusuf Musa,s. 325-326.

¹²⁹ el-Buhari, Abdulaziz Ahmed b. Muhammed (ö.730/1330), Keşfu'l-Esrar ala Usul'l-Pezdevi, İstanbul 1307, IV,1368-1369.

¹³⁰ el-Gazzali, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed (ö.505/1111), el-Müstesfa min İlmi'l-Usul, Bulak 1322, I,84. Ayrıca benzer bir ifade için bkz. İbn Kudame, Ravdatu'n-Nazir ve Cennetu'l-Menazir, Beyrut ts., s. 26.

kişi, hukuki işlemleri bakımından mümeyyiz çocuk hükmünde olur. Yani bu işlemlerinin geçerli ve bağlayıcı olabilmesi için kanuni temsilcisinin izni şarttır.

Maliki ekolünde, bülüğ ve rüşd'ün birlikte akdinlüzum şartı¹³¹ olarak; Hanbeli ekolünde akdin sıhhat şartı¹³² olarak değerlendirilmesi, hukuki işlemler açısından, bülüğün rüşd ile birlikte bulunduğu zaman bir kıymet ifade ettiğini göstermesi yönünden önemlidir.

İslam hukuk ekollerinin, akdin kuruluşuna etkisi bakımından mücerret bülüğ hakkındaki görüşleri de kısaca şöyledir:

Hanefi ekolünde, bülüğ, akdin kuruluş şartı olarak değerlendirilmediği gibi, prensip itibariyle (fi'l-cümle), akdin nefaz şartı olarak da kabul edilmemektedir. Nitekim, Hanefi ekolünde, baliğ olmamış mümeyyiz çocuğun, başkası adına vekaletle yaptığı alım-satım gibi hukuki işlemlerin nafiz olacağı ileri sürülmüştür.¹³³

Şafii ekolünde ise, bülüğ, akdin kuruluş şartları arasında yer almış, bülüğe ermemiş mümeyyiz çocuğun akitleri batıl kabul edilmiştir.¹³⁴ Diğer taraftan bülüğe erdiği halde, reşid olmayan çocuğun mali tasarruflarının, reşit olduktan sonra sahih olacağı zikredilmiştir.¹³⁵ Hanbeli ekolünün bu konudaki görüşleri, Şafii ekolünden pek farklı değildir.¹³⁶

Maliki ekolünde ise, bülüğ, akdin in'ikat ya da sıhhat şartı değil, lüzum şartı olarak ileri sürülmüştür.¹³⁷

Hukuki işlemleri açısından, rüşd'ün önemine kısaca işaret etmek gerekirse; rüşd, genel olarak malda güzel bir şekilde tasarruf edebilecek basiret ve akli olgunluk olarak tarif edilmektedir.¹³⁸

Rüşd, genelde bülüğle birlikte gerçekleşirse de, bazı durumlarda,

¹³¹ Halil, II,2; Tesuli, II,5.

¹³² İbn Kudame, Muknî', s. 97; Haccavi, İkna, II,58.

¹³³ Kasani, V,135; İbn Abidin, Reddu'l-Muhtar, IV,504.

¹³⁴ Şirazi, Mühezzeb, I,342; Beydavi, Çaye, I,457-458; en-Nevevi, Muhyiddin Yahya b. Şeref ö.676/1277), el-Mecmu' fi Şerhi'l-Mühezzeb, Kahire ts., IX,155.

¹³⁵ el-Müleybari, Zeynuddin b. Abdilaziz (ö. /), Fethu'l-Muin b. Şerhi Kurreti'l-Ayn, Matbaa-i Amire (İstanbul) 1312, s.69.

¹³⁶ İbn Lahham, s.29.

¹³⁷ Halil, II,2; krş. İbnu'l-Arabi, I,322.

¹³⁸ Zerka, II,782; Ayrıca bkz. İbnu'l-Arabi, I,322; İbn Rüşd, Bidaye, II,281.

bülüğdan sonraya da kalabilir. ¹³⁹ Bundan hareketle İslam hukukçuları, kişinin kendi şahsı üzerindeki velayeti, dini, cezai ve hukuki ehliyeti için bülüğü, tek başına yeterli görürken¹⁴⁰, mali tasarruflarında tam serbestliğe kavuşabilmesi için, bülüğün yanı sıra rüşdü de şart koşmuşlardır. ¹⁴¹

2. Aded

"Aded" ya da "teaddüd", genel olarak, bir akit ilişkisine girilebilmesi için, karşılıklı en az iki kişinin bulunmasını ifade eder. Bir kişinin, kendi tarafından "asil", başka birinden de "naib" olmak suretiyle veya her iki tarafında da naibi sıfatıyla "kendi kendisiyle akit yapması", bazı basit görüş ayrılıklarına rağmen, İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından caiz görülmemiştir. ¹⁴²

Ebu Hanife ve diğer Hanefimamlara göre her iki tarafa karşılıklı borç yükleyen (mali muavazalı) akitlerde tek kişi, akdin iki tarafını temsilen kendi kendisiyle akit yapamaz. ¹⁴³ Çünkü mali muavazalı akitlerde, akdin hakları, (hukuku'l-akd) ¹⁴⁴, temsil olunana değil, akdi bizzat yapana raci olduğundan, kendi kendisiyle akit yapan tek kişi teslim, tesellüm, mutalebe gibi birbirine tamamen zıt olan hususları aynı anda yapma durumunda kalacaktır ki bu muhaldir. ¹⁴⁵

¹³⁹ İslam hukukçularının çoğunluğuna göre rüşdün bir üst yaş sınırı yoktur. Ebu Hanife ise, Rüşdün 25 yaşından sonraya kalamayacağını ileri sürmüştür. Cassas, II,340; İbnu'l-Arabi, I,322.

¹⁴⁰ İbnu'l-Arabi, I,321; Karafi, Furuk, I,164; Ayrıca bkz. Ebu Zehra, Ahval, s.442,460; Ebu Zehra, İslam Hukuk Metodolojisi, çev.Abdulkadir Şenir, Ankara 1979, s.287.

¹⁴¹ Bacı, III,273.

¹⁴² Kasani, V,135; İbn Abidin, Reddu'l-Muhtar, IV,504; Atif Bey, Buyu',s.150-151, md. 361 şerhi; Mecelle, md. 1446,1448. Geniş bilgi için bkz. Ebu Zehra, Milkiyye, s.362-368; Bedran, .s.408-412.

¹⁴³ Kasani, V,135; Kendi malını küçük çocuğuna satan , ya da küçük çocuğunun malını değerini vererek ya da normalde herkesin aldanabileceği bir fiatla kendisine satın alan baba "istihsanen" bu prensip dışında tutulmuştur. İstihsan gerekçesi "yetimin malına, en güzel şeklin dışında yaklaşmayın...." (6.En'am, 152) ayetidir. Züfer, kıyasa aykırılığı nedeniyle bu istisnaya karşı çıkmıştır. Kasani, V,135-136.

¹⁴⁴ Akdin hakları akdin kurulmasıyla birlikte konu ve semenle ilgili olarak yapılacak şeylerdir; Teslim, tesellüm , mutabele (semenin ödenmemesi halinde hakkını arama), ayıp nedeniyle mebin iadesi vb.

¹⁴⁵ Kasani, V,525; Sıbt İbni'l-Cevzi, İsar, s.316; İbn Abidin, Reddu'l-Muhtar, IV,525; el-Fetava'l-Hindiyce,III,2; Haskefi, ed-Dürrü'l-Münteka, II,3.

Nikah akdin de ise, akdin hakları, karı-kocaya ait olduğundan ve tarafları temsilen nikah akdini yapan kişi de "elçi (resul)¹⁴⁶ mesabesinde bulunduğundan, tek bir kişi, akdin iki tarafını temsilen nikah akdi yapabilir. Ancak evlenme akdini, her iki tarafı temsilen yapacak olan kişinin, "hukuki yetki"ye sahip olması şarttır. Bir kimse, her iki taraf ya da sadece bir taraf adına "yetkisiz (fuzuli)" olarak evlenme akdini yapıyorsa, Ebu Hanife ve Muhammed'e göre akit kurulamaz; Ebu Yusuf'a göre hak sahibinin icazetine bağlı (mevkuf) olarak in'ikat eder.¹⁴⁷

Şafii ve Züfer buna karşı çıkmışlardır. Şafii'ye göre; tek kişi ve tek irade ile hiç bir akit kurulamaz. Bu konuda bu tek kişinin hukuki yetki'ye sahip olmasıyla olmaması arasında hiçbir fark yoktur. Çünkü, akit her biri bağımsız bir iradeyi temsil eden ve biri diğerinin cevabı olan iki ayrı irade ile yani icap ve kabul ile kurulur. Bu bakımdan icap ve kabul'un tek kişi ve tek iradeyle gerçekleşmesi mümkün değildir.¹⁴⁸

Maliki ve Hanbeli ekolünde ise, tek kişinin, akit ilişkisine girebileceği hukuki bir sığata sahip olmak şartıyla; gerek nikah akdinde, gerekse muavazalı akitlerde, akdin her iki tarafını temsilen kendi kendisiyle akit yapması caiz görülmüştür. Çünkü, Maliki ve Hanbelilere göre akdin hakları, vekil ya da veliye değil, bizzat müvekkile raci olmakta, dolayısıyla, hukuki yetkiye sahip tek kişi gerçekte iki iradeyi temsil etmektedir.¹⁴⁹

Bu konuda, İslam hukuk ekolleri arasındaki görüş ayrılıkları, batı hukuk sistemlerinde de aynı şekilde mevcuttur. Alman kanunu ve İngiliz hukuku, tek kişinin kendi kendisiyle akit yapmasını yasaklarken, Fransa kanunu ve İsviçre kanunu bunu caiz görmüştür. Fakat, tek kişinin, akdin taraflarını temsilen tek başına akit yapmasını mutlak olarak yasaklayan ya

¹⁴⁶ Elçiyi akdin hakları bağlamadığı için, dolayısıyla imkansızlık söz konusu olmayacağı için, bir kimse, her iki tarafın elçisi olabilir. Hakim (kadı) da, elçi mesabesindedir. Kasani, V,136. Resul ile naib arasındaki farklar için bkz. Abdalbaki, s.241-242.

¹⁴⁷ Ebu Zehra, Milkıyye, s.362,364-365.

¹⁴⁸ Şafii hukukçulardan Suyuti. bu görüşü "mucip ile kabil aynı kişi olamaz" şeklinde kaideleştirmiştir. Suyuti, s.280.

¹⁴⁹ Bedran, s.408.

da mutlak olarak serbest bırakan hiç bir hukuk sistemi yoktur. Bu şekildeki işlemi yasaklayan hukuk sistemleri, bazı durumları bu hükümden istisna tutmuş; caiz görenler ise, bazı kısıtlamalar getirmişlerdir.¹⁵⁰

3.Velayet

Velayet, akdi yapacak kişilerin, gerekli hukuki yetkiye sahip olmaları demektir. Bu hukuki yetki; mülkiyet, vekalet, vesayet veya akrabalık sebebiyle kazanılmış olabilir. ¹⁵¹Buna göre bir kimse ya "asil" sıfatıyla kendi malında, ya da "naib" sıfatıyla başkasının malında "kendi adına" ¹⁵² tasarrufta bulunabilecek, aksi takdirde yapılan işlem hükümsüz kalacaktır.

Velayet şartını Şafii hukukçular çoğunlukla, "fuzuli'nin tasarrufları"nın batıl olduğunu göstermek üzere zikretmektedirler.¹⁵³ Hanefilere göre, fuzulinin akdi, mal sahibinin icazetine bağlı olarak kurulmuş sayıldığı için, Hanefiler bu anlamdaki velayeti, akdin in'ikat şartları arasında saymazlar. Bazı Hanefi hukukçuların, akdin kuruluş şartları arasında saydıkları ¹⁵⁴ velayet ise, akdin yapıldığı sırada, akde icazet verme yetkisine sahip birinin bulunması ¹⁵⁵ anlamındadır. Mesela, herhangi bir kimse, gayri mümeyyiz çocuğun malını satsa, bu durumda akdin yapıldığı anda akde icazet verme yetkisine sahip bir kişinin bulunmaması sebebiyle akit gerçekleşemez. Mümeyyiz çocuğun sırf zararolan tasarrufları hakkında da aynı durum söz konusudur. Böylece, bu anlamdaki velayet, bizzat akdi yapan kişinin hukuki yetkiye sahip olması anlamındaki

¹⁵⁰ Geniş bilgi için bkz. Senhuri, Vasit, 201-205; Ebu Zehra, Milkiyye, s.368; Abdalbaki, s.238-241.

¹⁵¹ İbnu'l-Humam, Feth, V,455; Ayrıca bkz. Ebu Zehra, Milkiyye, s.341-342.

¹⁵² Hukuken yetkili bulunmadığı halde (fuzuli olarak) başkasının malında "kendi adına" tasarrufta bulunmak batıldır. Fakat, hukuken yetkili bulunmadığı halde, başkasının malında "mal sahibi adına" yapılan tasarruf, mal sahibinin icazetine bağlı olarak kurulur.

¹⁵³ Beydavi, Çaye, I,458.

¹⁵⁴ İbnu'l-Hümmam, Feth, V,455; Haskefi, ed-Durru'l-Münteka, II,3.

¹⁵⁵ Kerhi, s.168; Akde icazet verme yetkisine sahip kişi akdi bizzat yapan kişi olabileceği gibi, başka biri de olabilir ve akdin yapıldığı yerde hazır bulunması şart değildir.

velayetten ayrılmaktadır. ¹⁵⁶Zira, bu ikinci durumda akdin yapıldığı anda, akde icazet verme yetkisine sahip birinin varlığına rağmen, bizzat akdi yapan kişinin, hukuki yetkiye (asli velayet) ¹⁵⁷sahip olamaması söz konusudur.

B. Akdin Konusu İle İlgili Kuruluş Şartları

1. Konunun Mevcut veya Mümkün Olması

Akit konusunun mevcut olması, onun akdin yapıldığı anda dış dünyada fiilen var olması; mümkün olması ise, onun, mevcut olma yanında bir de "teslim edilebilir(makduru't-teslim)" nitelikte olmasıdır.

İslam hukukçuları tarafından, genelde, birbirlerinden ayrı ayrı ele alınan mevcut olma ve teslim edilebilir olma şartları, çoğu zaman birbirini tamamlayıcı mahiyette olduklarından dolayı birlikte düşünölmeleri kanaatimizce daha uygun gözökmektedir.

a. Konunun Mevcut Olması

İslam hukuk doktrininde, ma'dum'un yani akdin yapıldığı sırada mevcut olmayan şeyin akit konusu olamayacağı prensibi hakimdir. ¹⁵⁸Akdi konusunun, akdin yapıldığı sırada mevcut olmaması genelde üç şekilde söz konusu olur:

Birincisi; konunun, akdin yapıldığı sırada, asıl itibarıyla mevcut olmakla birlikte, henüz gelişmesini tamamlayıp son şekline gelmemiş olması durumudur. İslam hukukçuları bu şekle örnek olarak çoğunlukla, salahlı görölmemiş meyve ¹⁵⁹ile tabiatı gereği bir anda değil de, birbirardına

¹⁵⁶Zerka, I,243.

¹⁵⁷Asli velayet, kişinin gerek kendi adına, gerekse başkası adına "hakikaten ve şer'an" akit yapabilme kapasitesi anlamındadır. bkz.Serahsi, Meksut,XII,203.

¹⁵⁸Şirazi, Mühezzeb, I,348; Kasani, V,138-140; İbn Rüşd, Bidaye, II,148-152; İbn Kudame, Mukni', s.98.

¹⁵⁹Salahlı görölmemiş meyve, yenecek duruma gelmemiş meyveyi ifade eder. Şirazi, Muhezzeb, I,373; İbn Rüşd, Bidaye., II, 157.

farklı zamanlarda yeşerip olgunlaşan meyve ve sebzenin satımını göstermişlerdir.

İslam hukukçuları, konuyla ilgili görüşlerini, Hz. Peygamber'in, "salahı görülmemiş meyvenin satımını yasaklayan" hadisine¹⁶⁰ ve benzer mahiyetteki hadislerle dayandırır. İslam hukukçularının çoğu, ağaç üzerinde olgunlaşmaya bırakılması şart koşulmamak kaydıyla, mutlak olarak ya da hemen devşirme (kat') şartıyla, salahı görülmemiş meyvenin satımını çeşitli gerekçelerle caiz görmüşlerdir.¹⁶¹ Mesela, Serahsi (ö. 490/1097), hadisteki yasağı, "meyvenin olgunlaşınca kadar ağaç üzerinde bırakılması şartıyla satılması durumuna"; Kasani de (ö. 593/1197), "henüz olgunlaşmamış meyvenin, olgunlaşmış meyve gibi satılması durumuna" hamletmektedir.¹⁶²

Meyveleri bir batında ortaya çıkan türlerin, bir kısmı satılabilecek hale gelince tamamının birlikte satılabileceği genelde kabul edilmiş, ancak değişik batınlarda ortaya çıkan yani bir kısmı olgunlaşmış iken bir kısmı henüz ortaya çıkmamış veya olgunlaşmamış sebze ve meyvenin satımında ihtilaf edilmiştir. Maliki ekolü dışındaki hukukçuların çoğu, prensip itibarıyla bu durumda, sadece ortaya çıkıp olgunlaşan bölümün satılabileceği görüşünde olmakla beraber, bir kısmı, teamül ve insanların ihtiyacı gerekçesiyle söz konusu satımın caiz olacağını ileri sürmüşlerdir.¹⁶³

İslam hukukçuları arasındaki çeşitli derecedeki görüş farklılıklarına rağmen, onların gerekçelerinden hareketle, "ğarar" ve "zarar"ı asgariye indirmek şartıyla, salahı görülmemiş meyvenin satımına cevaz verdikleri söylenebilir. Nitekim Kasani bu konuda, "salahı görülmemiş meyve, akdin

¹⁶⁰ Buhari, 34.Buyu', 86/III,34; Ebu Davud, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistani (ö.275/888), es-Sünen, (Hattabi şerhiyle birlikte), İstanbul 1981, 17.Buyu', 23/III,663-665, r.3367. Hadis hakkındaki yorumlar için bkz. el-Hattabi, Hamd b. Muhammed (ö.388/998), Mealimu's-Sünen Şerhu Süneni Ebi Davud (Ebu Davud ile birlikte), İstanbul 1981, III,664; İbn Dakiki'l-İd, III,126-128.

¹⁶¹ Şirazi, Mühezzeb, I,372; Kasani, V,138-139; İbn Rüşd, Bıdaye, II,148-152; İbn Kudame, Mukni', s.112-113; Ayrıca bkz. Yusuf Musa, s.307-308; Senhuri, Masadır, III,15-25.

¹⁶² Serahsi, Mabsut, XII,195; Kasani, V, 139.

¹⁶³ Serahsi, Mabsut, XII, 196-197; Kasani, V,139; İbn Rüşd, Bıdaye, II,157.

yapıldığı anda henüz(fi'l-hal) yararlanılabilecek durumda olmasa bile, yakın gelecekte (fi's-sani) yararlanılabilecek mevcut bir şeyin satımıdır"¹⁶⁴ diyerek, salahı görülmemiş meyvenin satılabileceğini ileri sürmüştür.

İkincisi; akdin konusunun akit esnasında mevcut olmayıp, gelecekte meydana gelmesinin kesin olması halidir. Bu durumda, madum'un satımının batıl olacağını esas alanlara göre böyle bir akdin kurulması mümkün gözükmemektedir. Ancak, insanlar arasındaki teamül ve ihtiyaç, "madumun satımı batıldır" ilkesini zorlamış, sonuçta konuları akdin yapıldığı anda mevcut olmayan "selem"¹⁶⁵ve "ıstıсна"¹⁶⁶ akitleri caiz görülmüştür.

Üçüncü durumda ise, akdin konusu akdin yapıldığı sırada, ya hiç mevcut değildir ya da asıl itibarıyla mevcut olmakla birlikte akitten sonra var olması veya varlığını devam ettirmesi kesin değildir. İşte, İslam hukukçularının büyük bir kısmının caiz görmediği şekil budur. Bu şeklin klasik örnekleri; hayvanın memesindeki süt, mezamin¹⁶⁷ ve melakih vb. şeylerin satımıdır.¹⁶⁸

Akitler, hem yapıları hem de hukuki mahiyetleri itibarıyla birbirinden farklıdır. Farklı mahiyetteki akitlerin konularının, aynı özellikleri taşıması da mümkün değildir.¹⁶⁹ Bu bakımdan İslam hukuk

¹⁶⁴ Kasani, V, 139.

¹⁶⁵ Selem akdi, peşin para ile, henüz mevcut olmayan bir şeyin satın alınmasıdır. Hanefilere göre, Selem akdinin caiz olmasının şartı ana para miktarının açıklanıp hemen teslim edilmesi (ta'cil), ve selem akdinin konusunun (müslem fi'h) belirlenip, tesliminin sonraya bırakılması (te'cil)dir. Bu bakımdan selem akdi ancak "müeccelen" caiz olur. Serahsi, Mabsut, XII, 127, 128.

¹⁶⁶ Serahsi, Usul, II, 202-203; Serahsi, Mabsut; XII, 126, 138; Ayrıca bkz. Senhuri, Masadir, III, 31-42.

¹⁶⁷ Mezamin, dişi hayvanın karnındaki cenin anlamındaki "mazmun" kelimesinin; melakih ise, erkek hayvanın sulbündeki tohum anlamındaki "melkuhe" kelimesinin çoğuludur. İbn Hacer, Şihabuddin Ahmed b. Ali (ö.852/1448), ed-Diraye fi Tahriri Ehadisi'l-Hidaye, Beyrut ts., II, 149.

¹⁶⁸ Bu konuda bkz. Kasani, V, 138-139; Ayrıca bkz. Senhuri, Masadir, III, 42-53.

¹⁶⁹ bkz. Serahsi, Usul, II, 152-153, 172, 203.

doktrininde hakim olan, "ma'dumun satımı batıldır" ilkesini, bütün akit çeşitlerine genellemek pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü, alım-satım, rehin, hibe gibi mali muavazalı akitlerde akdin konusu, "eşya (ayn)" iken, icare, iare gibi akitlerde "eşyanın menfaati", sipariş (istisna') akdi, tarım ortaklığı (müzaraa) ¹⁷⁰ gibi akitlerde konu "emek iş,(amel)"dir. Son iki halde, akdin konusunun, akdin yapıldığı anda mevcut olması mümkün olmadığı gibi, akdin mahiyetine de uygun değildir. Bu durumlarda, akdin konusunun, akitten sonra var olacağına kesin olması, hatta bazı durumlarda bunun kuvvetle muhtemel olması yeterli görülmektedir. Burada asıl önemli olan İbn Teymiyye'nin de belirttiği gibi, akit konusunun, akdin yapıldığı anda varlığı ya da yokluğu değil, sonuçta aşırı aldanma'ya yol açmayacağıdır. ¹⁷¹

Akdin konusunun, akdin yapıldığı anda mevcut olmasının bütün akitlere şamil olan bir şart olmadığı, dolayısıyla ğarar ihtimali bulunmaması, ya da çok az olması şartıyla, ma'dumun akit konusu olmasının, tabii; hatta hukuki hayatta kolaylık ve canlılık sağlamak ve ihtiyaçlara cevap verebilmek için, kaçınılmaz olduğu ileri sürülmüştür. ¹⁷² Maliki hukukçulardan Karafi (ö.684/1285), ma'dumun akit konusu olabildiğini örnekleriyle gösterdikten sonra "ma'dumun akde konu olamayacağını zannedenlere hayret ederim" demektedir. ¹⁷³

¹⁷⁰ Müzaraa, bir taraftan arazi ve bir taraftan amel (emek), yani ziraat olarak hasılat aralarında taksim olunmak üzere bir nevi şirkettir.". Mecelle, md.1431.Ebu Hanife, Malik ve Şeaftiye göre müzaraa akdi catz olmayıp Ebu Yusuf, Muhammed'e göre catzdir. Ahmed b. Hanbel de bu görüştedir. bkz. Tahavi, Muhtasar, s.133; Hattabi, III,683; Mavsili, III,74-75.

¹⁷¹ Bu konuda İbn Teymiyye ve İbnu'l-Kayyim'in değerlendirmeleri için bkz. İbn Teymiyye, Risaletu'l-Kiyas (İbnu'l-Kayyim'in Fusul fi'l-Kiyas adlı eseriyle birlikte "el-Kiyas fi'ş-Şer'l-İslami" adıyla), Beyrut 1975, s.38-44; İbnu'l-Kayyim, l'lam, II,27-30.

¹⁷² Karafi, Ümniyye, s.57; İzz b. Abdisselam, Kavaid, II,122-123,129.

Sonuç olarak, akit konusunun, akdin yapıldığı anda mevcut olması şartı Karafi, İbn Teymiyye gibi hukukçuların da belirttiği gibi, üzerinde titizlikle durulması gereken bir şart değildir. Çünkü böylebir şart insanların ihtiyaçlarını çözümsüz bırakma, en azından insanları güçlüğü düşürme sonucunu doğurur. Bu da Kanun koyucunun insanların maslahatını temin konusundaki maksadına aykırıdır.

Meseleyi günümüz açısından değerlendirecek olursak, akit konusu olan şeyin, akdin yapılması sırasında mevcut olmasını şart koşturmak, bugün insanların teamül haline getirdiği ve pratik hayatta sıkça karşılaşılan çeşitli dergilere, yeni çıkacak kitap veya ansiklopedilere abone olmak, yapı kooperatiflerine üye olmak vb. işlemlerin caiz ve meşru olmamalarını gerektirecektir ki, bunun pratik hayatta birtakım güçlükler doğuracağı açıktır.

Kanaatimizce, İslam hukuk doktrinde; akdin konusunun mevcut olması şartı öyle görünüyor ki, genelde satım akdi çerçevesinde ele alınmış ve daha sonra diğer bazı akitlere teşmil edilmiştir. Bu şartın uygulama alanının genişletilerek diğer akitlere de teşmil edilmesinin sonucunda, hukuki hayatta birtakım güçlükler ortaya çıkmış ve bu güçlükler çeşitli vesilelerle kaldırılmaya çalışılmıştır. Mesela, konu'nun mevcut olması şartını ileri süren hukukçulara göre, menfaatin yani akdin yapıldığı anda mevcut olmayan şeyin satımı olan, dolayısıyla caiz olmaması gereken, icare akdi, "insanların ihtiyacı" gerekçesiyle caiz görülmüştür.

Akit konusunun mevcut olması şartında açılan, icare, selem, istisna gibi gedikler, bu şartın bütün akitlere uygulanmasının mümkün olmadığını göstermiştir. Ayrıca bu şartın, bir akde konu olabilecek bütün şeyler için

¹⁷³ Karafi, Ümniyye, s.57.

geçerli olması da mümkün gözükmemektedir. Bubakımdan, akdin konusunun mevcut olması şartında, açılan, selem, istisna gibi gediklerdende hareketle bu şartın gözden geçirilmesinin uygun olacağı görüşündeyiz.

b. Konunun Mümkün Olması

İslam hukuk doktrinde konunun mümkün olması, genelde, onun teslim edilebilirliği şeklinde ifade edilmektedir.¹⁷⁴ Akdin kurulabilmesi için, konusunun teslim edilebilir olması, yani imkansız olmaması gerekir. İmkansızlık; objektif -ya da mutlak- imkansızlık ve subjektif imkansızlık kısımlarına ayrılır. 175

aa. Objektif İmkansızlık

Objektif imkansızlık, akit konusunun daha genel bir ifadeyle, akitle yüklenilen edim'in, hiç kimse tarafından yerine getirilememesi olup "tabii imkansızlık" ve "hukuki imkansızlık" kısımlarına ayrılır. 176

Objektif imkansızlık batı hukukunda olduğu gibi İslam hukukunda da, akdin kurulmasına engel teşkil eder.¹⁷⁷ İslam hukuk doktrinde, objektif imkansızlığın gerçekleşmesi için mutlak anlamda imkansızlıktan daha ziyade "imkansız gibi(müteazlır)" olması yeterli görülmüş, dolayısıyla, teslimi mutlak anlamda imkansız olmayan kaçmış köle (abık) vb. gibi şeylerin satımı, batıl sayılmıştır. 178

¹⁷⁴ Şirazi, Mühezzeb.l,350; Kasani, V,147-148; İbn Kudame, Mukni, s.98; Karafi, Furuk,III,240-241; Ayrıca bkz. Mecelle, md.198,209; Yusuf Musa, s.422-423.

¹⁷⁵ Senhuri, Masadır, III, 53-55; Ayrıca bkz. Senhuri, Vasit, s.384-385; Abdalbaki, s.408-409.

¹⁷⁶ bkz.eş- Şirbini, Muhammed el-Hatib (ö. /), Muğni'l-Muhtac ila Ma'rifeti Maani Elfazi'l-Minhac, Kahire ts, II,12.

¹⁷⁷ Senhuri, Masadır, III,55.

¹⁷⁸ İbn Ebi Zeyd, Ebu Muhammed Abdullah el-Kayravani (ö.386/996), er-Risaletu'l-Fikhiyye, tah. el-Hadi Hammu ve Muhammed Ebu'l-Ecfan,Beyrut 1986, s.215; Şirbini, II, 12.

Yine İslam hukukunda, batı hukukunda olduğu gibi, imkansızlığın akdin yapıldığı anda söz konusu olması ile daha sonra ortaya çıkması arasında fark gözetilmektedir. İmkansızlık akdin yapıldığı anda mevcut ise, akdin butlanından; imkansızlık, akdin yapılmasından sonra ortaya çıkmışsa, akdin infisah'ından bahsedilir.

Tabii imkansızlık

Tabii imkansızlık, akit konusunun, amdin yapıldığı sırada fiilen hiç kimse tarafından yerine getirilememesi, herkesin bundan aciz kalması durumudur. Bu durumda, akdin kurulması söz konusu değildir. Bir kimseyle mesela güneşe dokunma veya ölüyü diriltme konusunda yapılan anlaşmanın konusu tabii olarak imkansızdır, dolayısıyla akdin kurulması mümkün değildir. İslam hukuk literatüründe tabii imkansızlık hallerine örnek olarak çoğunlukla, havadaki kuşun, denizdeki balığın ve denizin dibine batmış geminin satımı gibi yerine getirilmesi imkansız ya da son derece güç durumlar gösterilir.¹⁷⁹ Zahiri hukukçulardan İbn Hazm(ö. 456/1064), doktorla, bir hastayı iyileştirmek üzere yapılan anlaşmayı tabii imkansızlık çerçevesi içerisinde değerlendirir. Çünkü, ona göre, hastayı iyileştirmek, doktorun kudreti dahilinde değildir. Doktor, ancak hastayı tedavi eder ve kuvvetlendirici ilaçlar verir; hastayı iyileştirmek, Allah'ın elindedir.¹⁸⁰

Hukuki İmkansızlık

Hukuki imkansızlık, akitte yüklenilen edimin yerine getirilmesinin hukuken mümkün olmamasıdır. Bu durumda edimin ifasının "fiilen" imkan dahilinde olmasına itibar edilmez. Akdin konusu olan şeyin ifası, hukuken imkansız ise akit kurulamaz. Mesela evli bir kadınla evlenme durumunda bu

¹⁷⁹ İbn Ebi Zeyd, s. 215; Şirazi, Muhezzeb, I, 350; Serahsi, Mebsut, XII, 10, 12; İbn Ebi Yahya, Ca'fer b. Ebi Yahya Abdisselam(ö. 537/1177), er-Ravdatu'l-Behiyye fi'l-Mesaili'l-Mardiyye, Beyrut ts., s. 209; İbn Kudame, Mukn', s. 98.

¹⁸⁰ İbn Hazm, Muhalla, VIII, 196; krş. İbn Ebi Zeyd, s. 219.

tür bir imkansızlık söz konusudur. Çünkü evli kadının teslimi "fiilen" mümkün olmakla birlikte "hukuken" imkansızdır.

bb. Sübjektif İmkansızlık

Bu çeşit imkansızlık, sadece edimi yüklenen borçlunun özel durumlarıyla ilgilidir. Sübjektif imkansızlık halinde, edimi yerine getirmek, borçlu için imkansızken başka biri için mümkün olmaktadır.

İslam hukuk dortrininde, "yanında olmayan şeyi satma" hadisinden¹⁸¹ çoğu hallerde bu tür imkansızlığın akdin kurulmasına engel teşkil edeceği sonucu çıkarılmıştır. Resim yapmayı bilmeyen bir kimsenin, bir tablo yapmayı taahhüt etmesi, başkasına ait bir şeyi "kendi adına" satması veya kiraya vermesi bu tür imkansızlığın örneklerindedir. İslam hukukçuları, bu işlemlerin kurulamayacağını ifade etmişlerdir. Başkasına ait bir evi kiraya veren bir kimsenin, kiraya verdiği evi asıl mal sahibinden satın alması, fiilen ve hukuken imkansız olmayabilir. Ancak burada önemli olan, kişinin akde konu ettiği şeye akdin yapılışı esnasında malik bulunmasıdır.¹⁸² Nitekim Hanefi hukukçular bunu, satıcı açısından akdin kuruluş şartı olarak ileri sürmüşlerdir.¹⁸³

Modern hukukumuzda, satım konusu olan şeyin, akit zamanında satıcıya ait bulunması zaruri görülmemektedir.¹⁸⁴

Modern hukukta prensip olarak sübjektif imkansızlık'ın akdin kurulmasına engel teşkil etmediği kabul edilirken, İslam hukukunda, bu tür imkansızlığın akdin kurulmasına engel olmadığı durumlar da vardır. Bir kimsenin, gasbedilmiş olan malını satması bunun örneklerinden biridir.¹⁸⁵ Burada, malı teslimle yükümlü olan kişi (satıcı), malı teslim etmekten acizdir. Ancak müşterinin ya da başka birinin, malı, gasbedenden alması mümkün ise akit kurulur.¹⁸⁶ Aksi takdirde, objektif

¹⁸¹ Buhari, 34. Buyu', 55/III,23; Ebu Davud, 17.Buyu', 70/III,768. r.3503.

¹⁸² Tespit edebildiğimiz kadarıyla, bütün İslam hukuk ekolleri bu görüşü benimsemişlerdir. bkz.

Serahsi, Usul, II, 152; Beydavi, Ğaye, I, 460; Karafi, Furuk, III, 240; Tesuli, II, 5.

¹⁸³ Kasani, V, 146-147.

¹⁸⁴ Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1958, s.21.

¹⁸⁵ Kerhi'nin kaçmış(abık) kölenin satılması hakkındaki görüşü bunun başka bir örneğidir. Kerhi'ye göre, abık kölenin satımı in'ikat eder. Köle daha sonraki bir zamanda bulunsa ve müşteriye teslim edilse, akdin yenilenmesine gerek kalmadan bu işlem caiz olur. bkz. Kasani, V,147. Benzer bir görüş için bkz. İbn Ebi Yahya, s.210; Rüşd, Bidaye, II,158; Abbadi, I, 259; İbn Lahham, s. 84.

imkansızlık haline dönüşür ve akit kurulamaz.

2. Konunun Teamüle Uygun Olması

Akit konusunun teamüle uygun olması demek; kısaca, onun öteden beri akde konu edilegelmesi ve Kanun koyucu tarafından buna müdahale edilmemesi, yani akde konu edlimesini serbest bırakması demektir. Bunun yanında, akdin konusunun, yapılmak istenen akdin mahiyetine veya akdin, akit konusu olan şeyin tahsis edildiği amaca aykırı olmaması da teamüle uygunluk başlığı altında yer alabilir. Mesela, alım-satım akdine konu olabilen sebzenin, -normal şartlarda- rehin akdine konu olması, rehin akdinin amacına aykırıdır. Aynı şekilde, icare akdine konu olabilen vakıf malının, satım akdine konu olması da, vakıf malının tahsis edildiği amaca aykırıdır. Dolayısıyla, sebze, rehin akdi açısından; vakıf malı da, satım akdi açısından teamüle uygun değildir. Diğer yandan teamüle uygunluk kavramının muhtevasının, emredici kurallara, genel ahlaka uygunluk gibi hususları içine alacak şekilde geniş tutulması¹⁸⁷ mümkün gözükmemektedir. Ancak biz burada, sadece akit konusunun mütekavvim mal olması konusuyla hukuka uygunluk kavramına yer vereceğiz.

a. Akit Konusunun Mütekavvim Mal Olması

İslam hukukçularının, akdin mevzuunda ittifakla aradıkları şartlardan biri, akit konusunun "yararlanılabilir" olmasıdır.¹⁸⁸ Aksi takdirde akdin amacı olan "menfaatlerin değişimi" gerçekleşemez.¹⁸⁹ Ancak, bir şeyin akit konusu olabilmesi için yararlanılabilir olması yeterli olmayıp, bu yararlanmanın meşru olması yani, emredici kurallara aykırı olmaması da şarttır. Meşru bir şekilde yararlanılabilen mal, Hanefi ekolünde, genellikle mal, diğer ekollerde ise, yararlanılabilen temiz mal, şeklinde ifade edilmektedir.

b. Akit Konusunun Hukuka Uygun Olması

¹⁸⁶Şirbini, II,13.

¹⁸⁷Karaman, II,185.

¹⁸⁸Nitekim Ebu Hanife, alım-satımın caiz olmasının, "intife (yararlanmaya) tabi olduğunu ileri sürmüştür. Zencani,s.189.

¹⁸⁹Düreyni, s.340.

Bir şeyin mal olması (maliyet), onda bir yararın bulunmasına ve insanların o şeyden yararlanıyor olmasına; mütekavvim olması ise, Kanun koyucunun o şeyin kullanımını serbest bırakmasına bağlıdır.¹⁹⁰ Buna göre kendisinden yararlanılamayan leş (meyte), kan (dem) gibi şeyler mal değildir. Bazı insanların kullandıkları ve yararlandıkları, domuz, şarap gibi şeyler onlar açısından mal olamakla beraber, Kanun koyucu tarafından yasaklandığı için mütekavvim mal olmaktan çıkmıştır. ¹⁹¹

İslam hukuk doktrininde, "Allah alım-satımı helal kıldı" ¹⁹² ayetinden hareketle, bir şeyin, yasaklanmadıkça mübah olması esası hakimdir. ¹⁹³

Şafii'ye göre ise, eşyanın alınıp satılmasının caiz olması, onun temiz olmasına tabidir. Bu bakımdan, temiz olmayan köpek, şarap vb. şeylerin satımı caiz olmadığı gibi, telef edilmeleri halinde, tazmin edilmeleri de gerekmez.¹⁹⁴

Ebu Hanife, alım-satımın caiz olma ölçüsünün faydalanma (intifa') olduğu görüşündedir.¹⁹⁵ Bu bakımdan yararlanılması caiz olan şeylerin alınıp satılmasını caiz görmüş ve telef edilmeleri halinde, tazmin edilmeleri gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁹⁶

Hukuka uygunluk, yapılan işlemin, hukukun emredici kurallarına uygun olarak yapılması halidir. Emredici hukuk kuralları, kamu menfaatini sağlama amacı güderler ve uygulamaları zorunludur. Emredici hukuk kurallarına uyulmaksızın yapılan işlem hukuka aykırıdır ve dolayısıyla hükümsüzdür.

Akitlerdeki hukuka aykırılık halleri genelde üç şekilde sözkonusu olur:

a. Hukuk düzeni bizzat akdin yapılmasını yasaklamıştır.

¹⁹⁰ Kasani, V, 142; Ayrıca bkz. İbn Abidin, IV, 501; Düreyni, s. 340; Şafii'ye göre mal; değeri olan ve itlafi halinde tazmini lazım gelen şeydir. Suyuti, s. 327.

¹⁹¹ Meyte, kan ve domuz etini yasaklayan ayetler için bkz. 2. Bakara, 173; 6. En'am, 145.

¹⁹² 2. Bakara, 275.

¹⁹³ İbn Lahham, s. 194-195; el-Ehdel, Abdulhadi Ziyauddin İbrahim b. Muhammed, el-Akmaru'l-Mudie Şerhu'l-Kavaid'l-Fıkhıyye, Cidde 1986, s.89-90.

¹⁹⁴ Zencani, s. 189-191; Şirbini, I, 11. Ayrıca, el-Konevi, Kasım b. Abdillan er-Rumi (ö.978/1570), Enisu'l-Fukaha fi Ta'rifati'l-Elfazi'l-Mütedavile beyne'l-Fukaha, tah. Ahmed b. Abdırrezzak el-Kübeysi, Beyrut 1986, s.200.

¹⁹⁵ Serahsi, Mebsut, XII,199.

¹⁹⁶ Kasani, V, 143-145.

Bu durumda, yasak olan, konusu değil, akdin yapılması, yapılış tarzıdır. Mülabese, münabese vb. akit şekillerinin yasaklanması gibi.

b. Hukuk düzeni, akdin konusunu yasaklamıştır.

Burada, tarafların akitte kararlaştırdıkları edim, hukuka aykırı olup, emredici kurallar böyle bir edimi yasaklamıştır. Kiralık katil tutmak vb.

c. Hukuk düzeni akdin amacını yasaklamıştır.

Akdin amacının hukuka aykırı olabilmesi için her iki tarafça bilinip istenmesi gerekir. Buna örnek olarak, hulle nikahı, mut'a nikahı gösterilebilir.

C. İrade Beyanı ile İlgili Olan Kuruluş Şartları

1. İcap ve Kabulün Birbirine Uygunluğu

Karşılıklı olarak beyan edilen icap ve kabul iradeleri birbirine uygun olmalıdır. ¹⁹⁷ Eğer, kabul, icaba uygun değilse, bu irade beyanı hukuk nazarında mu'teber olmaz. Dolayısıyla akit kurulamaz. Ancak ikinci olarak beyan edilen irade (kabul iradesi), yeni bir icap olarak hukuki varlığını devam ettirir.

Bazı durumlarda, icapta bulunan tarafın lehine olacak bir şekilde, kabul ile icap arasında bir uygunsuzluk olabilir. Bu müsbet uygunsuzluk, akdin kurulmasına engel teşkil etmez. ¹⁹⁸

İcap ile kabul arasındaki uygunsuzluk, semen'de olabileceği gibi, akdin konusunda da olabilir. Müşteri, satıcının icapta bulunduğu şeyin dışında başka bir şey için kabul iradesini beyan ederse, bu durumda akit kurulamaz. ¹⁹⁹

Ayrıca, icabın, kabul vaki oluncaya kadar, sahih olarak kalması da şarttır. ²⁰⁰

2. Akit Meclisinin Birliği

¹⁹⁷ el-Fetava'l-Hindiyye, III, 2; Ibn Abidin, Reddül-Muhtar, IV, 19.

¹⁹⁸ İbnu'l-Hümmam, Feth, V, 459.

¹⁹⁹ Kasani, V, 136-137.

²⁰⁰ Mecelle, md. 183-184; Zerka, I, 347-348.

Akit meclisi, icap ile başlayıp, tarafların anlaşmaları ve dolayısıyla akdin kurulması veya bu anlaşmanın olmayışı ile sona eren bir zaman aralığıdır. Akit meclisi, icapta başlayıp, kabul'un sadır olmasından önce herhangi bir sebeple geçersiz olduktan sonra, beyan edilen kabul iradesi akdin kurulması için yeterli olmaz.²⁰¹ Ancak bu kabul iradesiyle ikinci bir akit meclisi başlamış olur.

Akit meclisinin birliği konusunda İslam hukuk doktrininde iki teori hakimdir:

Birinci teoriye göre, icaptan sonra, icapta bulunan kişiye, karşı tarafın kabulünden önce, icaptan dönme hakkı (hıyaru'r-rücu'), karşı tarafa da kabul edip etmemehakkı (hıyaru'l-kabul) verilmektedir. Ancak, icap kabul ile birleştikten sonra, tarafların seçme hakkı kalmamaktadır. Bu, Hanefi ve Maliki ekolünün görüşüdür.²⁰²

İkinci teoride ise, icaba muhatap olan taraf, icaptan hemensonra (fevren, derhal), kabul iradesini beyan etmek durumundadır. Akit bu suretle kurulduktan sonra, taraflar "bedenen" birbirlerinden ayrılmadıkça, yaptıkları akitten vazgeçme hakkına sahiptirler.²⁰³ Bu vazgeçme hakkına "meclis muhayyerliği (hıyaru'l-meclis)" adı verilir. Bu görüşü Şafii ve Ahmed b. Hanbel ileri sürmüşlerdir.²⁰⁴

²⁰¹ el-Fetava'l-Hindiyye, III, 3.

²⁰² Sıbt İbni'l-Cevzi, İsar, s. 311.

²⁰³ et-Tusi, Şeyhu't-Taife Ebu Ca'fer Muhammed b. el-Hasen (ö.460/1068), en-Nihaye fi Mücerred'l-

Flkh ve'l-Fetava, Beyrut 1980, s. 385; Kasani, V, 137,228; Ayrıca bkz. Zerka, I, 348; Zencani, s. 146.

²⁰⁴ Sıbt İbni'l-Cevzi, İsar, s. 311.

İkinci Bölüm NEHYİN YORUMU

Kanun koyucunun maksadının anlaşılabilmesi, büyük ölçüde onun emir ve nehyinin yorumlanması ile gerçekleştiğinden emir ve nehiy bahsi İslam hukuk metodolojisinin önemli konuları arasında yer alır. Nitekim pek kabul görmese de, bazı İslam hukukçuları tarafından, özellikle nehyin, usulün ana meseleleri arasında yer aldığı dolayısıyla ahad haberlerin nehiy konusunda hüccet olamayacağı dahi ileri sürülmüştür.¹

Emir ve nehiy birbirinin mukabili olduğu için, emir ve nehiyhakkında usulcülerin görüşleri genelde ters simetriklerdir. Biraz sonra görüleceği gibi, genelde emrin mucebini "vucub" olduğunu ileri sürenler, nehyin mucebini "tahrim" olduğunu ifade etmişler; emrin mucebini "nedb (mendubluk)" olduğunu ileri sürenler de nehyin mucebini "kerahet" olduğunu ifade etmişlerdir. Bu itibarla nehyin tarif ve kapsamı başlığı altında yer alacak konularda, zaman zaman emir ile ilgili hükümlere işaret edilecek olmakla beraber, yine de çoğunlukla nehiy konusuna yer verileceği için, emirle nehiy arasındaki bu ters simetri olayının göz önünde bulundurulması uygun olur.

Nehiy fesad ilişkisi kısmında ele alınacak konular ise özellikle nehye ait sayıldığından söz konusu konularda emir ve nehiy arasında böyle bir simetri aranması pek uygun gözükmemektedir.

I. GENEL OLARAK NEHYİN TARİF VE KAPSAMI

A. Nehiy Tarifi:

Nehiy lügatte vaz geçmek ve engel olmak anlamındadır. Nitekim, sahibinin iyi olmayan şeylere düşmesine engel olduğu için akıla, Arab

¹ Şirazi, et-Tabsıra fi Usul'l-Fıkh, tah. Muhammed H. Heyto, Beyrut 1983, s. 101.

dilinde aynı kökten türeyen nūha ismi verilmiştir. ²

Istılahta nehiy, bir şeyin kesinlikle yapılmamasını istemekte kullanılan lafızdır. Nehyin bir hüküm ifade edebilmesi için yasaklama mevkiinde olan kişinin yasağa muhatap olan kişiden üstün olması gerektiği usulcülerin çoğunluğu tarafından benimsenmiştir. ³ Bu bakımdan bir kimsenin kendinden daha yukarda olan birinden bir şeyi yapmamasını istemesi gerçek anlamda nehiy sayılmaz.

B. Nehiy Sığası

Nehiy sığası bir şeyin yapılmamasını talep için konulmuş sığa olup sarih ve gayri sarih olmak üzere iki çeşittir.⁴ Nehyin sarih sığası yapma sığası çok çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Bunlardan başlıcaları şunlardır: ⁵ "tahrim (haram kılma)", "kerahet", "irşad (yol gösterme)", "dua", "beyanu'l-akıbe (sonucu bildirme)", "tahkir (küçümseme)", ve "yeis (ümitsizlik)".

Usulcüler arasındaki yaygın kanaate göre, "zinaya yaklaşmayın" ⁶ ayetindeki nehiy tahrim için, "develerin yattığı yerde namaz kılmayın" hadisindeki nehiy kerahet için "açıklandığı zaman hoşunuza gitmeyecek şeyleri sormayın" ⁷ ayetindeki nehiy irşad için, "Rabbimiz kalblerimizi eğriltme" ⁸ ayetindeki nehiy dua için, "Allah yolunda öldürülenleri ölüler sanmayın..." ⁹ ayetindeki nehiy sonuç bildirme için, "Gözlerini kendilerini dünya hayatının zevklerinden yararlandırdığımız kişilerin sahip oldukları

² İbn Manzur, XV, 346; el-Firuzabadi, Mecduddin Muhammed b. Yakub (ö.817/1414), Basairu Zevit-Temyiz fi Lataifi'l-Kitabi'l-Aziz, Beyrut ts., V, 130-131.

³ Bkz. İbnu'l-Hacib, Cemaluddin Ebu Amr Osman b. Amr (ö.571/1175), Münteha'l-Vusul ve'l-Emel fi İlme'l-Usul ve'l-Cedel, Beyrut 1985, s.100; Sadru's-Şeria, I,149-150; et-Tilemsani, Ebu Abdillahi Muhammed b. Ahmed (ö.771/1369), Miftahu'l-Vusul ila Binat'l-Furui ale'l-Usul, Beyrut 1983, s.36.

⁴ Nehyin sarih sığası olan "yapma" ile gayri sarih sığalarından olan "yasakladı" arasında fark bulunduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. İsnevi, Temhid, s.165; Ayrıca krş. Gazzali, Mustesfa, II, 66-67; Firuzabadi, V, 130.

⁵ Gazzali, el-Menhul min Ta'likat'l- Usul, tah: M. H. Heyto, Dimeşk 1980, s.134-135; Buhari, Keşf, I,256; İbnu's-Subki, İbhac, II,66.

⁶ 17. İsra, 32.

⁷ 5. Maide, 101.

⁸ 3. Al-i İmran, 8.

⁹ 2. Bakara, 154.

şeye dikme"¹⁰ ayetindeki nehiy küçümseme için ve "Bugün hiç mazeret beyan etmeyin"¹¹ ayetindeki nehiy de ümitsizliği belirtmek içindir.

Nehiy sigası yukarıda zikredilen anlamların hepsinde kullanılmakla beraber usülcülerin çoğunluğuna göre bu kullanım sadece "tahrim" ve "kerahet" anlamında hakikat diğerlerinde ise mecazdır.¹² Daha açık ifade etmek gerekirse nehiy sigası gerçek anlamının dışındakullanıldığına delalet eden bir karine olmaksızın, mutlak olarak kullanıldığında tahrime ya da kerahete; eğer aksi yönde bir karine varsa karinenin durumuna göre yukarıdaki mecaz anlamlarından birine hamledilir. ¹³

Nehyin sarih olmayan sigaları üç grupta ele alınabilir.

1) Maksadı yasaklama olan nass: Bu da genelde bir kaç şekilde olabilir;

a. Helallığın nefyedilmesi: "Kadınlara verdiğiniz şeylerden bir kısmını almanız helal olmaz." ¹⁴

b. "Murdar hayvan, kan, domuz eti ve Allah'tan başkası adına boğazlanmış şeyler size haram kılındı." ¹⁵

c. "Zarar vermek ve zarara zararla mukabele etme joktur!." ¹⁶

2. Nehye delalet eden emir sigası:

"...Şarab, kumar, dikili taşlar, şans okları şeytan işi birer pisliktir. Bunlardan kacının!" ¹⁷

3. Nehiy lafzının kullanıldığı ifadeler:

"Allah, fahşa, münker ve haddi aşmaktan nehyeder." ¹⁸

¹⁰ 20.Taha, 131.

¹¹ 66.Tahrim, 7.

¹² el-Amidi, Seyfuddin Ebu'l-Hasen Ali b. Ebi Ali (ö.631/1234), el-İhkam fi Usul'i'l-Ahkam, Kahire 1967, II, 174; Karafi, Şerhu Tenkihi'l-Fusuh, Kahire 1973, s.168; İbnu's-Subki, Tacuddin Abdulvahhab b. Ali (ö.771/1369), el-İbhac fi Şerhi'l-Minhac, II, 66; İbn Nuceym, Zeynuddin b. İbrahim (ö.970/1562), Fethu'l-Gaffar bi Şerhi'l-Menar, Kahire 1936, I, 77; el-İzmiri, Muhammed b. Veli (ö.1165/1752), Haşiye ala Mir'at'i'l-Usul, İstanbul 1309, I, 316; Şevkani, İrşadu'l-Fuhul İla Tahkiki'l-Hakki min İlimi'l-Usul, Kahire 1937, s.109.

¹³ Bağdadi, Usulu'd-Din, s.216; Tlemsani, s. 37; Celizade, Maskul, s.37.

¹⁴ 2. Bakara, 229.

¹⁵ 2. Bakara, 173.

¹⁶ İbn Mace, İ. Ahkam, 17/II, 784; Muvatta, 36.Akdiye, 31/II, 745.

¹⁷ 5. Maide, 90.

¹⁸ 16. Nahl, 90.

C. Nehyin Mucebi

Nehyin herhangi bir kayıt ve açıklama olmaksızın yalın olarak zikredildiğinde, ilk planda mucebinin ne olacağı konusu usülcüler arasında tartışmalıdır. Nehyin mucebi, nehyin zorunlu olarak gerektirdiği fiili durum olarak anlaşılabilir. Nehyin mucebi konusundaki görüşler kısaca şöyle özetlenebilir.

Nehiy mutlak olarak zikredilince "tahrir", "kerahet" , "tahrir ile kerahet arasındaki lafzi veya manevi iştirak", "tahrir ile kerahetin ortak olan miktarı (mutlak terk)", "lafız tahrir veya kerahetten birisi için konulmuş olmakla beraber, hangisi için olduğun belli olmaması (tevakkufl)" ve "ibaha"¹⁹ gibi anlamlara gelebileceği ifade edilmiştir.

Usülcülerin çoğunluğuna göre nehyin mucebi tahrirdir. Yani nehy yasaklanan şeyin haram olmasını, dolayısıyla yasaklanan şeyden kaçınmanın vacib olmasını gerektirir.²⁰ Bu usülcüler görüşlerini genelde şu iki gerekçeye dayandırır:

a. Sahabe, bir şeyin haramlığı konusunda mücerret nehye dayanmıştır. Eğer nehyin mucebi tahrir olmasaydı sahabe böyle davranmazdı.

b. Yasaklanmış şeyi işleyen kişi, kendisinden istenen şeye aykırı hareket etmiş dolayısıyla asi olmuştur. Asi ise cezayı hak etmiş kişi demektir. Failini cezaya müstehak kılan her iş de haram olduğuna göre, nehy tahriri gerektirir.²¹

Kanaatimizce aksine bir delil bulunmadıkça nehyin mucebinin tahrir olduğu şeklindeki bu görüşün isabetli olduğu söylenebilir. Çünkü, nehy gerek lügatteki konumu gerekse Kanun koyucunun genel amacitibariyle, buna daha uygun gözükmektedir.

¹⁹ Karafi, Tenkih, s.168 ; İbn Lahham, s.190 ; İzmiri, I,316-317 ; Ayrıca bkz. Ebu Zehra, Metodoloji , s.157 ; Aynı ihtilaflar emrin mucebi içinde söz konusu edilmiş ve emrin vucub mu yoksa nedb mi ifade ettiği tartışılmıştır. Bir anlamda emir ve nehyin mucebi konusundaki ihtilaflar simetriklerdir. Yani emrini vucub ifade ettiği görüşünde olanlar nehyin tahrir ifade ettiğini; emrin nedb ifade ettiğini ileri sürenlerde nehyin kerahet ifade ettiğini savunurlar.

²⁰ İbn Hazm, İhkam, III,69; Şirazi, Tabsıra, s.99; Razi, Mahsul, I,470; Buhari, Keşf, I,256; İci, Şerhu Muhtasarı'l-Munteha II,95; Krş. Berki, Ali Himmət, Hukuk Mantiği ve Tefsir, Ankara 1948, s. 30.*

²¹ Şirazi, Tabsıra, s.99; Cüveyni, Burhan, I,293; Karafi, Tenkih, s.168; Tilemsani, s.37.

D. Nehyin Tekrar İfade Edip Etmediği Meselesi

Nehyin tekrar yani süreklilik ifade edip etmediği konusu tartışmalı olmakla beraber usulcülerin çoğunluğu emirdeki durumun aksine²² nehyin tekrar ifade edeceği görüşünü benimsemiştir.²³ Bu görüşün gerekçelerinden en meşhuru şöyle ifade edilmektedir: Yasaklanan şeyler kendilerinde mefsedet bulunan şeylerdir. Nehyin amacı da, bu mefsedetlerin meydana gelmesine imkan vermemek olduğuna göre, yasaklanan şeyden kaçınmak gerekir. Kaçınma olayının gerçekleşebilmesi için, kaçınmanın belirli bir zaman limiti ile sınırlı olmayıp bütün zamanlara şamil olması icabeder. Çünkü yasaklanan şeyin belirli bir müddet yapılmayıp daha sonra yapılması durumunda kaçınma olayının gerçekleştiği söylenemez. O halde nehiy süreklilik ifade etmekte ve neticede yasaklanan şeyden her zaman uzak durmak gerekmektedir.²⁴

Fahreddin Razi (ö.606/1209), nehyin tekrar ifade edeceği görüşünün meşhur olduğunu ancak tercih edilenin, nehyin tekrar ifade etmeyeceği şeklindeki görüş olduğunu ifade etmektedir.²⁵

Kanaatimizce nehyi belli bir süre ile sınırlıyan bir karine olmadıkça nehyin süreklilik taşıması ve tekrar ifade etmesi en isabetli sayılabilecek bir görüştür.

E. Nehyin Çeşitleri

Nehiy bir tek şeyden olacağı gibi birkaç şeyden de olabilir. Nehyin bir kaç şeye taalluk etmesi durumunda şu ihtimaller söz konusu olur.²⁶

a. Toptan nehiy (en-nehy ale'l-cem') yasağın taalluk ettiği şeylerin hepsi bu tür nehyde yasak kapsamını girer. Mesela "... size meyte, kân, domuzeti

²² Hanefi, Maliki, Şafii hukukçuların çoğunluğu ile Mutezile ve Zahirilere göre emir tekrar ifade etmez. emredilen şeyin bir defa yapılması ile emir yerine getirilmiş olur. Ancak emrin şarta talik edilmesi durumunda tekrar ifade edeceği çoğunluk usulcüler tarafından benimsenmiştir. bkz. Abdülcabbar, Şer'iyat, XVII, 114; İbn Hazm, İhkam, III, 74, 70-75; Karafî, Tenkih, s.130-131.

²³ Abdülcabbar, XVII, 135, Gazzalî, Menhul, s.108-109; Amidî, II,180-181; Karafî, Tenkih, s.168; İbnu'l-Humam, Tahrir, I,329 ; İbn Lahham, s.191; Ayrıca bkz. İbn Bedran, s.107; İbn Nuceym, Feth, I,77; Keramastî, s.140; Hudari Bey, s.199; Hallaf , s.196.

²⁴ Karafî, Tenkih, s.171; Ayrıca bkz. Zeydan, Veciz, s.252.

²⁵ Razi, Mahsul, Ib 470 (1. cüz 2. kısım); Beyzavi, Minhac, II, 66; Bakillani'de bu görüştür. Bkz. Kelvezani, I, 363.

²⁶ Razi, Mahsul, I, 507-510; Karafî, Tenkih, s. 172-173.

haram kılındı" ayetinde söz konusu şeylerin hepsi yasaklanmaktadır.

b. Süreli seçimli nehiy (en-nehy ani'l-cem) Bu tür nehyde iki şeyin aynı anda ve birlikte yapılması yasaklanmaktadır. Mesela iki kız kardeşi beraberce nikah altında tutma, kadını halası ya da teyzesi üzerine nikahlama yasaklanmıştır. Ancak birlikte yapılması yasak olan bu işlerin ayrı ayrı yapılması yasak değildir. Nitekim bir kimse herhangi bir sebeple ayrıldığı karısının kız kardeşini nikahlayabilir. Yani yasaklanan iki şeyden birini yapmak diğerini sürekli olarak değil belli bir süre ile sınırlı olarak yasak hale getirir.

c. Sürekli seçimli yasak (en-nehy ale'l-bedel); Bu tür nehydeyine iki şey yasaklanmaktadır. Ancak yasaklanan iki şeyden biri yapıldığı takdirde diğerini yapmak ebediyen yasak hale gelir. Mesela hadiste bir kadını nikahlayan kişinin onun annesini nikahlaması yasaklanmaktadır. ²⁷ Kişi evlendiği kadından her ne suretle ayrılırsa ayrılınsın, artık onun annesini nikahlayamaz.

F. Nehyin Müteallakı:

Nehyin müteallakı, nehiyle talep edilenin ne olduğu şeklinde anlaşılabilir. Pratik sonucu bakımından aralarında önemli farklılıklar olmasa da bu konuda genelde iki görüş öne sürülmektedir. Birinci görüşe göre nehyin müteallakı yasaklanan şeyin, -yasaklanan şeye vücut imkanı vermeyen-zıddını yapmaktır. Mesela bir kimsenin hareket etmesi yasaklanmışsa yani ona *hareket etme* denilmişse, bunun anlamı o kişiden durmasının istenilmesidir. Diğer bir deyişle, *hareket etme* yasağı *dur* emri mesabesindedir. Çoğunluk usulcülerin görüşü böyledir.²⁸

Diğer görüşe göre ise nehyin müteallakı yasaklanan işi yapmamadır. Bunu yukardaki misalle izah edecek olursak; *hareket etme* şeklindeki yasakla istenen *hareket etmem*dir. Bu görüş Ebu Haşim'e (ö.321/933) nisbet edilmektedir.²⁹

Söz konusu meseleye benzeyen bir husus da bir şeyin emredilmesinin o şeyin zıddının yasaklanması anlamına gelip gelmeyeceğidir. Bir şeyin

²⁷ Tirmizi, 9. Nikah, 26/ III, 425.

²⁸ Razi, Mahsul, I, 505; Marafi, Tenkih, s.171-172; İbnu's-Subki, İbhac, II, 69.

²⁹ Razi, Mahsul, I, 505; Karafi, Tenkih, s. 171; Beyzavi, Mınhac, II, 70-71; Bu görüşlerin gerekçeleri için bkz. Vefa, Muhammed, Delaletü'l Evamir ve'n-Nevahl, s. 59-60.

emredilmiş olmasının o şeyin zıddının yasaklanmış olması anlamına geleceği görüşünde olanlar, bir şeyinyasaklanmış olmasıyla, eğer o şeyin bir kaç zıddı varsa bütün zıtlarının emredilmiş olacağını kabul etmezler. Çünkü yapmama bakımından (menfi yönden) bütün zıtların bir araya getirilmesi mümkünse de yapma bakımından (müsbet yönden) bu imkansızdır.

Bir kısım hukukçular ise emir ve nehyin zıdlarında hiç bir hüküm ifade etmeyeceğini ileri sürmüşlerdir.

Hanefi hukukçular da genelde bir şeyin emredilmiş olmasının, o şeyin zıddının kerahetini iktiza edeceği görüşünü benimsemişlerdir.³⁰

G.Nehiy-Kubuh İlişkisi

Husun-kubuh meselesi, üzerinde çok tartışılan konulardan biridir. Bu konuda genelde üç görüş ileri sürülmüştür.

Birincisi Mutezile kelimcilerine aittir. Bunlara göre husun (güzellik) ve kubuh(çirkinlik) emir ve nehyden önce eşyada mevcut olup bu hususlar şer'in bildirmesine gerek olmaksızın akıl yolu ile bilinebilir. Ve insanı aklıyla ulaştığı bu bilgiye göre davranmak durumundadır.³¹

İkinci görüş Eş'ari kelimcilerine ait olup Maliki ve Şafii usülcülerin çoğu da bu görüştedir. Buna göre eşyanın güzellik ve çirkinliği akıl yoluyla değil şer'in bildirmesiyle bilinebilir. Bu sebeple yasaklanan şey çirkin emredilen şey güzeldir. Diğer bir ifadeyle *failinin şer'an övüldüğü fiil güzel, kınandığı fiil ise çirkindir*.³² Güzellik ve çirkinlik eşyanın şekliyle değil, emir ve nehye uygun olup olmamasıyla ilgilidir. Mesela öldürme fiili şekil itibariyle haksız yere öldürme durumunda da aynıdır, kısas uygulanması durumunda da aynıdır; ancak birinci şekildeki öldürme şer'an yasaklandığı için çirkin, ikinci durumda ki öldürme ise şer'an emredildiği için güzeldir.³³

Üçüncü görüş Maturidi ekolüne ait olup Hanefi usülcüler genelde bu görüştedir. Buna göre eşyada güzellik ve çirkinlik şer'in vürudundan önce mevcut olup bunlar akıl yoluyla bilinebilir. Ancak bu bilgiye göre davranmak gerekli değildir. Bu sebeple emir ve nehy eşyada çirkinlik ve güzelliği

³⁰ Habbazi, el-Muğni, s. 68-69.

³¹ Mutevellî, el-Ğunye fi Usulî'd-Din, s. 136; İbnu's-Subki, I, 63.

³² Mutevellî, s. 135; İbnu's-Subki, I, 64.

³³ el-Bakillani, el-İnsaf, s.49-50; Gazzali, Müstesfa, II, 7.

gerektirmeyip *sadecete'kit ve tescil* eder.³⁴

II. NEHİY - FESAD İLİŞKİSİ

(Nehyin Fesada Delaleti Meselesi)

A. Konunun Tanıtımı ve Kavramlar

Nehyin yorumu, İslam hukuk metodolojisinde oldukça önemli bir yer işgal eder. Nehyin fesadı gerektirip gerektirmeyeceği konusu uzun uzadıya tartışılmış ve bu konudaki görüş ayrılıkları, uygulamada oldukça farklı sonuçların doğmasına yol açmıştır. Kanaatimizce, İslam hukukunda hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü sisteminin anlaşılabilmesi ve geliştirilebilmesi, nehiy-fesad ilişkisinin açık ve net bir şekilde tesbit edilip ortaya konulmasına büyük ölçüde bağlıdır. Problemin çerçevesinin genel hatlarıyla çizmek gerekirse şunlar söylenebilir.

Kanun koyucu gerek ibadet gerekse muamelatla ilgili bazı konuları yasaklamıştır. ³⁵ Bu yasak nasıl anlaşılmalıdır; acaba Kanun koyucu bu yasakla neyi amaçlamıştır; Yasak, etki bakımından tek dereceli midir yoksa etki ve amaç bakımından bir derecelenmeye tabi midir? İşte bu ve benzeri sorular nehyin yorumunun daha özel bir ifadeyle nehiy-fesad ilişkisinin ortaya konulmasını gerektirmektedir.

Nehyin, muhatabın söz konusu fiili yapmasını haram veya mekruh kılıcı bir sonucu yani muhatabın fiilini hedef alan bir yönü olmasının yanında, yasağa rağmen o işin işlenmesi halinde hangi derecede bir hukuki sonuç doğuracağına da etkisi vardır. Diğer bir ifadeyle yasaklanan işin yapılması, failin ahirette ve dünyada belli bir ceza ile cezalandırılmasını gerektirebilir. Bunun yanı sıra, yasağa rağmen işlenen bu fiil ne ölçüde hukuki geçerlilik ve muteberlik taşır. Hanefilerle Şafiler arasındaki görüş ayrılığının temelini de oluşturan bu ikinci husus, konumuz açısından çok önemli bir metodolojik tartışmadır.

İslam hukuk metodolojisinde, nehiy-fesad ilişkisi konusunda çok

³⁴ Serahsî, Usul, I, 79; Bu konuda geniş bilgi için bkz. Bardakoğlu, Ali, "Husun ve Kubuh Konusunda Aklın Rolü ve İmam Maturîdî", E.Ü.İ.F.D., yıl: 1984, Sayı IV, s. 59-75.

³⁵ İbn Hazm, Allah'ın emirleri ile Peygamberin emirleri arasında fark gözetilenlerin bulunduğunu kaydetmektedir. İbn Hazm, el-İhkam fi Usul'l-Ahkam, III, 24.

çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Problemin boyutunun belirlenmesi ve muhtevasının kolayca anlaşılması bakımından bu görüşleri kısaca zikretmek yerinde olacaktır.

Bir kısım usülcüler nehyin fesadı gerektireceğini, bir kısmıda, nehyin fesadı gerektirmeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Nehyin kural olarak fesadı gerektireceğini benimseyen usulcüler de kendi aralarında görüş ayrılığına düşmüşler, bir kısmı *ibadetlerle ilgili nehy ile muamelat arasındaki nehy* arasında fark gözetirken, diğer bir kısmı nehyi *Allah hakkı ile veya kul hakkı ile ilgili olması ayrımı içerisinde değerlendirmişlerdir*. Birinci ayrıma göre, ibadetler hakkındaki nehy fesadı gerektirir, fakat muamelat hakkındaki nehy fesadı gerektirmez. İkinci ayrımı esas alanlara göre ise, Allah hakkı ile ilgili olan yasak fesadı gerektirir, kul hakkı ile ilgili olan yasak fesadı gerektirmez. Bu görüşlerden son derece farklı diğer bir görüş de nehyin fesadı değil sıhhati gerektireceği şeklindedir.

Bu görüşlerin hepsine yer vereceğiz. Ancak bu görüşlerin İslam hukuk ekolleri açısından uygulamaya yansıtılmasını kolaylaştırmak amacıyla bu görüşlerin belli başlı İslam hukuk ekollerine göre ele almayı uygun gördük. Her ne kadar bazı hukukçular bu konuda mensup oldukları ekolün genel çizgisinden ayrılmakta iseler de, her ekolün bu meselede takip ettiği, çoğunluk tarafından kabul gören bir metodu vardır.

İslam hukuk ekollerinin konu ile ilgili görüşlerine geçmeden önce, bu bölümde *nehy-fesad ilişkisi*, *nehyin fesadı gerektirmesi* gibi ifadelerde kullanılan *fesad* kelimesinin, genelde bunun karşıtı olan *sıhhat* kelimesinin bunun yanında yine sık sık kullanılacak olan *li-aynihi*, *li-gayrihi* kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

1. Sıhhat-Fesad Ayrımı

a. Sıhhat:

Sıhhat ve fesadın gerek ibadetlerle ilgili konularda gerekse muamelatla ilgili konulardaki anlamı çoğunluk Hanefiler (fukaha) ve cumhuriyet (mütekellimun) tarafından farklı şekilde yorumlanmaktadır.

Fukahaya göre, ibadetler hakkındaki sıhhatin, yani ibadetlerin sahih olmasının anlamı, yapılan ibadetin "*kazayı (kaza borcunu) düşürmesinden* ibarettir.³⁶ Mütekellimuna göre ise yapılan işin, -kaza gereksin

gerekmesin- "*şer'in emrine uygun olması*"ndan ibarettir. Başka bir ifadeyle ibadetin sahih olması, onun gerçekte (nefsü'l emr) değil, failin zannında Şari'in emrine uygun olması anlamındadır. ³⁷ Mesela gerçekte abdestsiz olduğu halde, abdestli olduğu zannıyla namaz kılan kişinin namazı, fukahaya göre *fasid*, mütekellimuna *göresahih* tir.

Karafi(684/1285), bu konudafukaha ile mütekellimun arasındaki görüş ayrılığının lafzi olduğunu gerçekte aralarında bir ihtilaf bulunmadığını şöyle ifade eder; heriki grup da, yapılan işin -yukardaki örnekte abdestli olduğu zannıyla kılınan namazın- Allah'ın emrine uygun olduğu, kişinin bu fiil ile sevap kazandığı, abdestsizlik durumuna vakıf olmadıkça kaza gerekmiyeceği ve abdestsizlik durumunun ortaya çıkması halinde ise kaza gerekeceği konularında aynı görüşü paylaşmaktadırlar. ³⁸

Hukuki işlemler konusunda (muamelatta) sıhhatin anlamı akdin hukuken kendisinden beklenen sonuçları meydana getirmesi, başka bir ifadeyle, hükme sebep olmasıdır. ³⁹ Mesela, alım-satım mülkiyetin sebebidir. Eğer alım-satım bu hükmüne sebep olabiliyorsa sahihtir.

Hanefi ekolünde sıhhat, bazan butlan mukabili bazan da fesad mukabili olarak kullanılır. Buna göre nehyin sıhhate delalet etmesi birinci anlama göredir. Yani Hanefiler *nehiy sıhhate delalet eder* derken *butlan mukabili olan sıhhat* i kastederler. Çünkü, nehyin, fesad mukabili olan sıhhata delalet etmeyeceğinde Hanefihukukçular arasında görüş ayrılığı yoktur. Bu ikinci durumda yasaklanan şeyin, aslen meşru olmakla birlikte vasfen meşru olmadığı kabul edilir. ⁴⁰

Amidi(ö.631/1234), sıhhatin "*akit konusu olan şeyden yararlanmaya Şari'in izin vermesi*" olarak yorumlanmasının yanlış olduğunu belirtir ve buna gerekçe olarak da, muhayyerlik şartı bulunan alım satımın, -her ne kadar- müddet kadar muhayyerlik müddeti dolmadan önce akdin feshedilme imkanı mevcut ise de ve busebeple makudun aleyhden yararlanma konusunda Şari'in izni

³⁶ el-Buhari, Keşfu'l-Esrar, I, 258; Ayrıca bkz. er-Rebia, es-Sebeb inde'l-Usuliyin, II, 367; Hudari Bey, Usulü'l-Fıkh, s. 72-74.

³⁷ Gazzali, Müstesfa, I, 94; el-Amidi, el-İhkam fi Usul'l-Ahkam, I, 121; Abdulhak, Kavaidü'l-Usul, s. 12; krş. Alai, Tahkiku'l-Murad, s. 278.

³⁸ Karafi, Tenkih, s.76-77; Ayrıca bkz. Amidi, I, 121; İbn Bedran, el-Medhal, s. 69.

³⁹ İbn Kudame, Ravda, s. 31; Amidi, I, 121; Karafi, Tenkih, s.76; Buhari, Keşf, I, 258; İbn Bedran, s. 69.

⁴⁰ Buhari, Keşf, I, 259.

henüz gerçekleştirmemişse de- sahih olduğunda icma bulunduğunu ileri sürer.⁴¹

İleride de görüleceği üzere Hanefilerin "nehiy sıhhati gerektirir" şeklindeki görüşlerindeki sıhhat bu anlamdaki sıhhat olmayıp genelde *hukuken var olabilme veya gerçekleşebilme imkanı* anlamındaki sıhattir.⁴²

42

b. Fesad

Fesad, burada cumhurun kullanımına uygun olarak butlan anlamında kullanılacaktır. Fesad ibadetlerde, yapılan işin kazayı düşürmemesi muamelatta ise akitlerin, kendileriyle amaçlanan hüküm ve sonuçları meydana getirememesi başka bir ifadeyle *akdin hükme sebep olmaktan çıkması* anlamına gelmektedir.⁴³

Nehyin fesadı gerektirmesine gelince; bu ifade genelde nehyin, yasaklanan şeyin fesadına sebep olması anlamında kullanılmaktadır. Buradaki fesad, Hanefi ekolünde sahih ile batıl arasında bir merteye olarak ihdas edilen fesad değil, butlan anlamındaki fesaddir.

2. Li aynihi-Li gayrihi Ayırımı

Usulcüler nehyi yorumlarken bazen nehyin amacını tesbitte farklı ölçüler kullanmışlardır. Nehyin amacını tesbit ederken nehyin ne ile ilgili olduğunun tesbiti ve her nehye aynı hükmü terettüptirmenin güçlüğü genelde usulcüler *li-aynihi* , *li-gayrihi* ayırımına itmiştir. Burada li-aynihi ve li-gayrihi kavramlarının ve bu ayırımın sonuçlarının kısaca açıklanmasını metod açısından gerekli gördük.

a. Kavramlar

aa. Li-aynihi: Li-aynihi kelimesi çoğunlukla bir şeyin özü veya mahiyeti gibi anlamları ifadede kullanılır. Li-aynihi nehiy denilince bir şeyin herhangi bir vasfı sebebiyle değil bizzat kendisi veya mahiyeti sebebiyle yasaklanmış olması kastedilir. Bu sebeple li-aynihi kelimesi yerine zaman

⁴¹ Amidi, I, 121; Alai, Bu hususu "bilkuve terettüp" ve "bil fil terettüp" şeklinde açıklamaktadır. Alai, s. 281.

⁴² Sıhhatin farklı anlamları için bkz. Karafi, Tenkih, s. 175-6; Alai, s. 386-387; İbn Nuceym, Feth, I, 81

⁴³ Razi, Mahsul, I, 488; Karafi, Tenkih, s. 173; Buhari, Keşf, I, 258; Ayrıca bkz. İbnu'l-Hümam, Tahrir, I, 329-330; İbn Abdışşekur, Müsellem, I, 396; İbn Bedran, s. 69.

zaman *li-zatihi*, ve *nefsü'l-mahiyye* gibi ifadeler de yer verilmiştir. *Li-aynihi kubuh*, *li-aynihi haram* deyimleri de böyledir. *Li-aynihi kubuh* sözüyle bir şeyin özü itibariyle yani mahiyeti bakımından çirkin olması, *li-aynihi haram* sözüyle de bir şeyin dışardan bir sebeple değil bizzat kendi mahiyeti itibariyle haram olması kastedilir.

Hanefi usulcülere göre *li-aynihi* kavramı, "*vad'an li-aynihi*" ve "*şer'an li-aynihi*" olmak üzere iki kısma ayrılır. *Vad'an li-aynihi* kabih denilince söz konusu şeyin, şer'in bildirmesine gerekolmaksızın kendiliğinden çirkin olması ve bunun akılla bilinebilmesi kastedilir. Mesela küfür, *vad'an li-aynihi* kabihtir. Çünkü küfran-ı nimetin çirkinliği, şuur altına yerleştirilmiştir.

Şer'an li-aynihi kabih ise, çirkinliği akıl yoluyla değil, *şer'in bildirmesiyle* bilinen şey demektir. Mesela, hürinsanın satılması *şer'an li-aynihi* kabihtir. Çünkü şer' akdin konusunu mütekavvim mal olarak tesbit etmek suretiyle insanı bu çerçevenin dışında tutmamış olsaydı, hürinsanın satımı aklen makul karşılanabilirdi.

bb. *Li-gayrihi*: *Li-gayrihi* deyimi bir şeyin mahiyetinin, özünün dışındaki şeyleri ifadede kullanılır. Mesela *li-gayrihi* yasaklanmış şey denilince bununla söz konusu şey hakkındaki nehyin o şeyin özünün dışındaki bir sebeple olduğu anlaşılır. *Li-gayrihi kubuh* ve *li-gayrihi haram* deyimleri için de aynı şeyler söz konusudur. *Li-gayrihi* deyimi kendi içerisinde "*vasıf itibariyle li-gayrihi*" ve "*mücavir itibariyle li-gayrihi*" olmak üzere iki çeşittir.

Vasıf itibariyle li-gayrihi nehiy ile, nehyin, yasaklanan şeyin özü hakkında değil de onun kendisinden ayrılması tasavvur olunamayan ve sürekli beraber bulunduğu vasfı hakkındaki nehiy kastedilir. Mesela, bazı günlerde oruç tutmanın yasaklanması durumunda gerçekte, yasaklanan oruç tutma değil, oruç tutma işinin yasak günlerde gerçekleştirilme vasfıdır. Buitibarla, yasak günlerde oruç tutma Allah'ın ziyafetinden yüz çevirme anlamını ihtiva ettiği için *li-aynihi* kabih değil, *li-gayrihi* kabihtir.

Mücavir itibariyle li-gayrihi nehiy durumunda ise bir şey özü ya da vasfı itibariyle değil ayrılması mümkün mücavir bir vasfı itibariyle yasaklanmaktadır. Cuma ezanı vakti alış veriş yapma ile namazı kaçırma arasındaki ilişki böyledir. Yani cuma vakti alış veriş cuma namazının kaçırılmasına yol açabileceği endişesiyle yasaklanmıştır. Fakat

aralarındaki ilişki, kesin sebep-sonuç (mülazemet) ilişkisi değildir. Şöyleki; cuma ezanı vakti alış veriş yapma, namazı mutlaka kaçırmak anlamına gelmeyeceği gibi söz konusu vakitte alışveriş yapmamak da cuma namazına gitmek anlamına gelmez. Bir kimse namaza giderken alış veriş yapabileceği gibi başka bir işle meşgul olmak suretiyle namazı kaçırması da mümkündür.

b. Ayırırında Kıstas

Bir şeyin zat ya da vasıf itibariyle yasaklanmayıp harici bir sebep yüzünden yasaklandığının tesbitinde İslam hukuku ekolleri arasında ittifakla kabul edilen bir kıstas yoktur. Ancak genelde bu ayırım şu şekilde tesbit edilmektedir.

1) Bir şeyin harici bir sebeble yasaklandığı bazan Kanun koyucunun açıkça belirtmesiyle (nass) veya ima etmesiyle bilinir. Mesela Hz. Peygamber, şehirde yaşayan kimselerin, köylülerin şehre getirip satmak istedikleri malı fiyat artışına göre tedrici olarak satmak üzere kendi yanlarında alıkoymaları şeklindeki alım satımı (bey'u'l-hadır li'l-badi) yasaklamış ⁴⁴ ve bu yasağın gerekçesini de "insanları kendi hallerine bırakın! Allah bir kısmını diğer bir kısmından rızıklandırırsın" ⁴⁵ şeklinde ifade etmiştir. Hz. Peygamberin bu ifadesi akdin yasaklanış sebebinin, akdin zatına ya da vasfına raci olmadığını, aksine harici bir sebebe,-ki bu başkasına zarar verme durumudur- raci olduğunu göstermektedir. Aynı şekilde şehre mağetirmekte olan bir kafileyi, şehre inip fiatları öğrenmelerine fırsat vermeden yolda karşılayıp ellerindeki malı satın almanın (telakki'r-rükban) yasaklanması ⁴⁶ durumunda da nehiy, lafız yönünden alım satımla ilgili fakat mana yönünden başkasına zarar verme ile ilgilidir. Buradaki yasak illeti, "mal getirenin aldatılması (tağriru'l-calib)" dir.

2) Nehyin harici bir sebeble olduğu bazan da nehyin sadece varid olduğu şeye has kalmaması yönünden anlaşılır. ⁴⁷ Şöyleki; cuma ezanı sırasında

⁴⁴ Buhari,34. Buyu', 58, 64/III, 24-26; Müslim, Buyu', 11, 12; Hadisin yorumu için bkz. İbn Hacer, Diraye, II, 152; San'ant, subulu's-Selam, III, 21-22; Şevkani, Neyl, V, 164-165.

⁴⁵ Şevkani, Neyl, V, 164.

⁴⁶ Buhari,34. Buyu', 68, 71/III, 27,28; Hadisin yorumu için bkz. İbn Rüşd, Mukaddemat, s. 541; Alai,s. 380; Şevkani, Neyl, V, 166.

⁴⁷ İbn Hazm, cuma ezanı sırasında alım-satım yasağının, başka tasarruflara teşmil edilmesini tenkit eder. Bkz.İbn Hazm, İhkam, III, 95.

alım-satım yasaklanmıştır. Ancak bu yasak sadece alım-satıma has kalmayıp cuma namazından alıkoyacak bütün işler için söz konusudur. Bu da gösteriyor ki, cuma vakti alım-satım yasağı alım-satımın zatı ile yani rükün ve şartlarındaki bir kusurdan dolayı değil, cuma namazının terk edilmesine sebep olmasından dolayıdır.⁴⁸

3. Nehyin harici bir sebeple olduğu bazanda mana yönünden bilinir. Mesela, hayız halindeki kadını boşama yasağında, yasağın hedefi, boşamanın kendisi değildir. Burada kadının, iddetin uzaması sebebiyle uğrayacağı mağduriyeti önleme ve erkeğe düşünme fırsatı verme gibi mülahazalar söz konusu olabilir.⁴⁹

Şarap imalatçısına üzüm satma yasağında da durum aynıdır. Yani yasaklanan satma işi değil, bu işin şarap imalatçısına yapılmasıdır. Bu itibarla, nehyin harici bir vasıf sebebiyle olması durumunda, nehyin fesadı gerektirmeyeceğinde Ebu Hanife ile aynı görüşü paylaşan Şafii'ye göre bu işlem sahih, nehiy konusunda genelde vasıf-mücavir ayırımı yapmayan Ahmed b. Hanbel'e göre ise batıldır.⁵⁰

Nehyin harici bir sebeple olmasına rağmen Şafii'nin anne ile çocuğun birbirinden ayrılması sonucunu doğuran satım akdinin butlanına hükmetmesi, bu akitte teslimin hukuken yasak oluşu ile izah edilir⁵¹. Şer'an imkansız olan, hissene imkansız gibidir. Teslim edilebilirlik, alım-satım akdinin sıhhat şartıdır. Hakkında nehiy varid olduğu için, söz konusu meselede bu şart gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla akit batıl olur.

Şafii ekolünde konu ile ilgili olarak tesbit edilen kural, *nehyin harici bir sebep yüzünden olduğunun ortaya çıkması halinde nehyin fesada delalet etmeyeceği* şeklindedir. Ancak nehyin harici bir sebeple olduğunun ortaya çıkmaması halinde nehiy, yasaklanan şeyin zatından ya da lazım vasfından dolayı yasaklandığının anlaşılmasına gerek kalmaksızın fesada delalet eder.⁵²

⁴⁸ Cassas, V. 341-342; krş. Ebu'l-Huseyn Basri, I, 180; İbnu'l-Arabi, IV, 1805-1806.

⁴⁹ Bkz. eş-Şafii, İhtilafu'l-Hadis, M. A. Abdülaziz, Beyrut 1986, s.190-192; İbn Talla', Ebu Abdillah Muhammed b. Ferec el-Kurtubi (ö. 497/1104), Akdiyetu'r-Resul, Halep 1982, s.80-82; Alai, s. 381.

⁵⁰ İbn Kudame, Mukni', s. 110; Alai, s. 381; İbn Lahham s. 9; İbn Nüceym Eşbah, I,97.

⁵¹ Alai, s. 381.

⁵² Alai, s. 286, 381.

c. Li-aynihi ve lazım vasıftan dolayı yasak ile harici bir sebeple varid olan yasak arasındaki fark

Bir şeyin zatından dolayı (li-aynihi) ve ayrılmaz vasfından dolayı yasaklanması ile harici bir sebepten dolayı yasaklanması arasındaki fark şöyle açıklanabilir; Kur'anda ve sünnette hakkında nehiy bulunan pek çok şey vardır. İslam hukukçuları bir kısım yasakların fesadı gerektireceğinde ittifak etmişlerdir. Bunlar, hayızlı kadının oruç tutması, aşırı bir aldanmaya (ğarar) yol açması kuvvetle muhtemel olan melakih(hayvanın karnındaki yavru)nun satımı, babanın karısını nikahlama ve kadını teyzesi yada halası üzerine nikahlama gibi işlemler hakkında varid olan yasaklardır. Bu işlemlerin fasid(batıl) olduğundan görüş birliği mevcuttur. Buna mukabil, İslam hukukçuları bir kısım yasaklara ise fesad uygulanıp uygulanmaması konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bunlar, cuma ezanı vakti alım satım yasağı, bitmiş veya bitmek üzere olan bir alım-satım üzerine alım satım yasağı ve *hadirin badiye satımı* gibi yasaklardır. Birinci kısım yasakların çoğunda mücerret nehiyden başka fesada delalet edecek başka bir karine olmadığı gibi, ikinci kısım tasarruflarda da sıhate delalet edecek bir karine yoktur.

Ebu Hanife ayırımı bir şeyin zatından dolayı yasaklanması ile harici bir sebeple yasaklanması arasında yapmıştır. Yani nehiy, li-aynihi olursa fesadı gerektirir, li-gayrihi olursa gerek vasfından dolayı olsun, gerekse mücavirden dolayı olsun fesadı gerektirmez. Aksine sıhhati gerektirir.

Maliki ekolünde ise genel temayül, li-aynihi ve li-gayrihi ayırımı yapmaktan ziyade nehyin Allah hakkı ile mi kul hakkı ile mi ilgili olduğuna bakılacağı şeklindedir. Bununla birlikte Malik'ten, bir şeyin vasfından dolayı mutlak olarak varid olan nehyin, o şeyin aslının fesadına delalet edeceği şeklinde bir görüş nakledilmektedir.⁵³

Şafii, bu iki kısım arasındaki vasfı şöyle tesbit eder. Bir şeyin zatından veya ayrılmaz vasfından dolayı yasaklanması fesadı gerektirir. Harici bir sebeple yasaklanması ise fesadı gerektirmez. Çünkü fesad meşruiyete aykırıdır. Bu sebeple zatından veya lazım vasfından dolayı yasaklanan şey meşru değildir. Böyle bir fiili işleyen kimse de bu fiilin zatına nisbetle yasaklanan şeyi irtikap etmiş olur. Halbuki harici bir sebeple yasaklanan şeyi yapan bir kişi tam tersine bu fiilin zatına nisbetle yasaklanan şeyi

⁵³ İbn Abdışşekur, Muhibbullah, Müsellemu's-Subut (Müstesfa ile birlikte), Bulak 1322, 1, 403.

irtikap etmiş olmaz. Şafii'nin bu kuralı, hakkında yasak bulunan şeylere genelde düzenli bir şekilde uyguladığı söylenebilir.

Bu konuda Ahmed b.Hanbel'den değişik rivayetler varsa da onun asıl görüşü; zatından, lazım vasfından yada harici bir sebepten dolayı olmasına bakılmaksızın *yasaklanan şeyin sahih olamayacağı* şeklindedir. Ancak Ahmed b. Hanbel, hayız zamanında yapılan talakın nafız olduğunu, bir lafızda üç talakın birleştirilmesinin caiz olduğunu ileri sürmüş ve Hanbelilerin çoğunluğu da bu görüşü benimsemişlerdir. Bunlara göre bu farklı uygulamanın gerekçesi *ibadetlerde ve akitlerde müsamaha edilmeyen şeylere, ikaat tabir edilen tek taraflı ve düşürücü mahiyetteki tasarruflarda müsamaha edilebilmesidir*.⁵⁴

Çoğunluk tarafından benimsenen "harici sebeple yasaklanma durumunda yasaklanan şeyin sahih olacağı" şeklindeki görüşün delillerinden birisi de Hz. Peygamberin, daha sütlü görünsün diye bir kaç gün özellikle sağılmayan koyunu (musarrat, muhaffele) satın alan kimseye muhayyerlik hakkı vermiş olmasıdır. Müşteriyi aldatma ve kandırma amacıyla yapılan söz konusu *tasriye* işlemi yasak olmakla beraber Hz. Peygamber böyle bir akdin butlanına hükmetmemiştir. Bu uygulama söz konusu akdin in'ikat ettiğine delalet etmektedir.

B. Hukuk Ekollerinin Görüşü

1. Hanefi Ekolü

a. Hissi Fiil-Şer'i Fiil Ayırımı

Hanefi ekolünde nehiy genelde hissi (maddi) fiilden nehiy ve şer'i fiilden nehiy olmak üzere iki kısımda ele alınmıştır.

Hissi fiil; şer'i varlığı olmayıp sadece maddi varlığı bulunan yani hukuk düzeni olmadan da meydana gelmesi mümkün olan zina, zulüm, içki içme gibi fiillerdir.⁵⁵

Şer'i fiil ise; maddi varlığı yanında şer'i varlığı da bulunan namaz, alım satım gibi işlerdir. Alım satımın maddi varlığı icap ve kabuldür. Bu maddi varlık yanında alım satımın şer'i varlığı da vardır. O da, hukuk düzeninin maddi olarak mevcut olan ve hükmen birleşen bu icap ve kabule yüklediği,

⁵⁴ İbn Lahham, s. 111; Ayrıca bkz. Alai, 378.

⁵⁵ Şaşi, s. 165, 168; Sadru's-Şeria, I,215; İbn Melek, Şerhu'l-Menar fi'l-Usul, s. 68.

bedellerin mülkiyetinin nakledilmesi sonucunu doğuran- şer'i anlamdır. Nitekim icap ve kabul, hukuken akit konusu olmaya uygun görülmeyen bir şey hakkında yani mahal dışında vaki olursa, hukuk düzeni buna alım satım olarak itibar etmez.⁵⁶

Şer'i fiilin en açık tanımlarından biri Taftazani(ö. 792/1390) tarafından yapılmıştır. Buna göre şer'i fiil, "*şer'an muteber olan fiil*" anlamında değil, sahih olsun veya olmasın, Şari'in bu isimi verdiği "*muayyen şekil ve özel suret*" anlamındadır.⁵⁷

Hanefilerin bu şer'i fiil-hissi fiil ayırımına çeşitli şekillerde itiraz edilmiştir. Bu itiraz genel hatlarıyla şu şekilde ifade edilebilir; hissi fiillerden sayılan zina, adam öldürme vb. fiiller, fiil olmaları itibariyle, hukuk sisteminden (şer') önce de biliniyorduAncak bunların belli vasıflarla bilinmesi, mesela katile kısas uygulanması ve bunun şartları, zinada recm veya haddin gerekmesi gibi hususlar şer'in bildirmesine bağlıdır. Bu sebeple hükmün, şer'e bağlı olması bakımından hissi fiil ile şer'i fiil arasında fark kalmamaktadır.⁵⁸ Aynı şekilde namaz , zekat ve alım-satım gibi tasarruflar mükelleften, şer'e bağlı olmaksızın da meydana gelebilir.⁵⁹ Yani şer' olmaksızın da bir kimse bu fiilleri yapabilir. Dolayısıyla hissi fiil ile şer'i fiil arasında pek bir fark kalmamaktadır.

Bu itiraza şu şekilde cevap verilmiştir; burada meydana gelmesi şer'e bağlı olmayan, bizzat fiilin kendisi yani maddi fiildir. Ancak bu fiilin, *ibadet* yada meydana gelmesi bir takım şartlara bağlı olan ve üzerine bir takım hükümlerin terettüp edeceği özel *biakit* olma vasfını kazanması şer'e bağlıdır.⁶⁰ Yani söz konusu maddi fiillere ibadet veya akit olma vasfını kazandıran şer'dir.

Yine hissi fiillerle ilgili olarak şöyle bir itiraz daha ileri sürülmektedir; madem ki hissi fiillerden nehiy li-aynihi kubhu iktiza ediyor ve li-aynihi kubuh da icmaen şer'i bir hüküm ifade etmiyor, o halde zina ile hısımlık mahremiyeti (hurmetu'l- musahere) ; gasb ile mülkiyet venasiyet seferiyle de

⁵⁶ Sadru's-Şeria, I,215; İbn Melek, s. 68.

⁵⁷ Taftazani, Telvih, I, 217.

⁵⁸ İbn Melek, s.69.

⁵⁹ Taftazani, Telvih, I,215; Emir Padışah, Teysir, I, 376.

⁶⁰ Taftazani, Telvih, I,215.

ruhsatın sabit olmaması yani masiyetin nimete sebep olmaması gerekir.

Hanefiler bu itiraza şöyle cevap vermişlerdir;

"Bir defa biz hissi fiiller hakkındaki nehyin hüküm ifade etmeyeceğini savunmuyoruz. Zira hissi fiiller hakkındaki nehyin mücavir sebeple olduğuna delil varsa bu takdirde nehyi li-aynihi kubuh ifade etmez. Hayız halindeki kadını boşama yasağının mücavir bir sebeple -ki bu ezadır- olduğuna dair delil bulunduğundan bu boşama hüküm ifade eder"⁶¹

Zina ile hısımlık mahremiyetinin sabit olması meselesine gelince; hısımlık mahremiyetini gerektiren zina olayı değil bu zinanın sebep olduğu çocuktur.⁶² Başka bir ifadeyle, hısımlık mahremiyeti, bizzat zina olayından değil, zinanın *çocuğa sebep olmasından* kaynaklanmaktadır. Çünkü zina li-aynihi kabih olduğu için musahere hürmetini gerektirmez. Musahere hürmetini gerektiren ne suretle olursa olsun, kadın ve erkek tohumlarının birleşmesinden doğan çocuktur.

Gasb ile mülkiyetin sabit olması ise şöyledir⁶³: Gasb li-aynihi kabih olduğu için bununla mülkiyet sabit olmaz. ancak malı gasbedilen kişi malın bedeline malik olunca bu durumda gasb ile mülkiyet maksud olarak değil bir kişinin mülkiyetinde hem bedel hemde bedeli ödenen şey bir araya gelmesinin diye şer'i bir hüküm olan tazminin bir şartı olarak sabit olur.

Amacı masiyet olan yolculukta (seferu'l-masiye) ruhsatlardan yararlanılması ise şöyledir ⁶⁴: ruhsatın sebebi uzun yolculuktur. Yolculuk asıl itibariyle de vasıf itibariyle de kabih değildir. Kubuh, yolculuğa mücavir olan yolculuk esnasında yol kesicilik yapma kasıdır. Kişinin bu kasını değiştirmesi mümkündür. Nitekim bir kimse yol kesicilik kasıyla yola çıktığı halde daha sonra niyetini değiştirip hacca yönelmesi mümkündür. Bu

⁶¹ Sadru'sh-Şeria, I, 221; Kur'an ve sünnetin tasvip etmediği bir şekilde yapılan talakın geçerli olup olmadığı meselesine farklı bir yaklaşım ve değerlendirme için bkz. Eroğlu, Selahattin, " Talak Hakkında Kur'an-ı Kerim'in Genel Tutumu", A.Ü.İ.F.D., C. XXVIII, s. 159-165.

⁶² Serahsi, Usul, I, 92; II, 163-164; Sadru'sh-Şeria, I, 221; krş. Alai, s. 396; Bir kimsenin, babasının zina ettiği kadını nikahlaması, veya kendisinin zinadan olmuş gayri meşru kızıyla evlenip evlenemeyeceği gibi hususlar, zinanın musahare hürmetini gerektirip gerektirmeyeceği hususuyla ilgilidir. Zinanın musahare hürmetini gerektireceği görüşünde olan Ebu Hanife'ye göre söz konusu işlemler caiz değildir. Aksi görüşte olan Şafii'ye göre ise caizdir. Bkz. Şaşi, s. 175; Razi, Mefatih, III, 182

⁶³ Serahsi, Usul, I,93; II, 163, 164; Sadru'sh-Şeria, I, 222; Maliki ekolünde de, tazmin ile, "mülkiyet şüphesi" nin sabit olacağı kabul edilir. Bkz. Şatibi, Muvafakat, III, 161.

⁶⁴ Serahsi, Usul, I, 92.

bakımdan masiyet yolculuğu ruhsatları kullanmaya engel değildir.

Hissi fiil ile şer'i fiili birbirinden ayıran ölçü şöyle ifade edilebilir. Fiil, şer'de, hukuk düzeninin öngördüğü bir takım şartları bulundurması durumunda belli bir hükmü meydana getirmek için konulmuşsa⁶⁵ yani bu fiil, bütün şartlarını taşıyor öyleyse *sahih* veya bu fiil her ne kadar maddi tezahürleri itibariyle mevcut ise de bütün şartlarını tamamlamamıştır dolayısıyla *batıldır* denilebiliyorsa şer'i fiil dir. Aksi halde yani fiil herhangi bir hüküm için konulmamışsa ve yapıldığı takdirde *sahih* veya *batıl* gibi hükümlerle vasıflanamıyorsa hissi fiil dir. Mesela alım satım akdi, mülkiyeti nakletme, nikah akdi erkekle kadının ilişkisini meşrulaştırma (hill) için konulmuştur. Alım-satım ve nikah akdini kendileriyle amaçlanan bu hükümleri meydana getirebilmesi içinde bir takım şartlar öngörülmüştür. Bu şartlara uyulması halinde işlem *sahih* aksi halde işlem *fasiddir*. Diğer taraftan zina, gasb, içki içme gibi fiiller ise, herhangi bir hüküm yani şer'i sonuç meydana getirme özelliğine sahip değildirler. Dolayısıyla bu fiiller meydana geldikleri zaman *sahih* yada *batıl* gibi hükümlerle vasıflanamazlar.

b. Hissi Fiillerden Nehiy

Hissi fiiller hakkında varid olan nehiy eğer bu nehyin li-gayrihi olduğuna dair bir delil yoksa li-aynihi kubhu iktiza eder. Nehyin li-gayrihi olduğuna dair bir delil varsa, bu durumda da iki ihtimal söz konusudur. Bu harici sebep ya vasıf ya da mücavirdir. Eğer bu harici sebep vasıf ise li-aynihi nehiyde olduğu gibi, bunda da nehiy li-aynihi kubhu gerektirir. Ne varki li-aynihi nehyin sonucundaki haram *li-aynihi haram*, ikinci durumdaki haram ise *li-gayrihi haram* dir.

Eğer harici sebep, vasıf değil de mücavirse bu durumda li-aynihi kubhu iktiza etmez. Mesela "...temizleninceye kadar -hayız görmekte olan kadınlara yaklaşmayın"⁶⁶ ayetinde yaklaşma işi, li-aynihi değil, mücavirden dolayı yasaklanmaktadır. Bu mücavir, ezadır. Eza da yaklaşmanın kendisi yada ayrılmaz vasfı değil, yaklaşmanın ayrılabilir yani mücavir bir vasıfıdır. Bu itibarla söz konusu yaklaşma haram değil mekruhtur.⁶⁷ Bu sebeple söz konusu yaklaşma sebebiyle neseb sabit olur,

⁶⁵ Bkz. Taftazani, Telvih, I, 215.

⁶⁶ 2. Bakara, 222.

kişi muhsan olur(ihsanu'r-recm), kadın üç talakla boşanmış biri ise önceki kocasına helal olur ve mehrin tamamlanması gerekir.⁶⁸ Eğer söz konusu nehiy, li-aynihi kubhu iktiza etseydi bu hükümlerin hiç birisi sabit olmazdı.

c. Ser'i Fiillerden Nehiy

Şer'i fiillerden mutlak yani nehyin li-aynihi mi yoksa li-gayrihi mi olduğuna dair karine olmaksızın varid olan nehiy Hanefilere göre *li-gayrihi kubuh, sıhhat ve aslen meşruiyeti* iktiza eder.⁶⁹ Bu itibarla yasaklanan şey, vasıf itibariyle değilse bile asıl itibariyle meşru olur. Böyle bir tasarrufta bulunan kişi, li-aynihi değil, li-gayrihi iharam işlemiş olur. Ancak şer'i fiiller hakkındaki nehyin li-aynihi kubuh sebebiyle olduğuna dair delil varsa bu takdirde işlem batıl olur.

Hanefilerin hissi fiil ve şer'i fiiller hakkındaki nehyin yorumu için öncelikle baş vurdukları ölçü şudur: Hissi fiiller hakkındaki nehiy eğer nehyin li-gayrihi olduğuna delil yoksa li-aynihi olduğunu iktiza eder. Şer'i fiiller hakkındaki nehiy ise, eğer nehyin li-aynihi olduğuna dair bir delil yoksa li-gayrihi kubuh ve aslen meşruiyeti iktiza eder.⁷⁰ Diğer bir ifadeyle hissi fiillerden mutlak nehiy li-aynihi kubuh, şer'i fiillerden mutlak nehiy de li-gayrihi kubuh ve sıhhat iktiza eder.

Hanefiler, diğer ekollerin yoğun tenkidine hedef olan ancak oldukça orjinal sayılabilecek " *şer'i fiiller hakkındaki nehiy, yasaklanan fiilin asıl itibariyle meşru olmasını gerektirir*" şeklindeki bu görüşlerini şöyle izah etmektedirler; nehyin mucibi, yasaklanan şeyden kaçınmaktır. Kaçınmak, var olan bir şeyden olur.⁷¹ Yani nehyin yasaklanan şeyden kaçınmayı gerektirebilmesi için yasaklanan şeyin meşru olarak kalması gerekir.

Aynı şekilde nehyin amacı, yasaklanan fiilin kulun kesb ve ihtiyarına muzaf olarak işlenmemesidir. Bu suretle kul, imtihan edilmiş olmaktadır. Eğer yasaklanan şeyden kaçınırsa sevap kazanır, yasaklanan şeyi yaparsa

⁶⁷ Sadru's-Şeria, I, 215; İbn Abidin, Nesematu'l-Eshar ala İfadati'l-Envar, matbaa-i M. Es'ad 1300, s. 71;

Ayrıca bkz. Şaşi, s. 165; Serahsi, Usul, I, 80-81.

⁶⁸ Nesefti, Keşf, I, 102; Buhari, Keşf, I, 257; Emir Padişah, I, 377.

⁶⁹ Şaşi, s. 165; Sadru's-Şeria, I, 215; Buhari, Keşf, I, 258; Emir Padişah, I, 377; Ayrıca bkz. İbn Abdişşekur, I, 403; İbn Abidin, Nesemat, s. 71-72.

⁷⁰ Sadru's-Şeria, I, 215.

⁷¹ Serahsi, Usul, I, 85-86.

cezaya müstehak olur. Halbuki nehyin yasaklanan şeyin nehyiden sonra "yapılabilir olarak kalmamasını gerektireceği söylenirse, hem imtihan olayı gerçekleşemez, hem de köre görmeyi yasaklamak gibi gerçekleşmesi zaten imkansız olan bir şey yasaklanmış olur. ⁷² Hikmet sahibi olan Şari'in, *acizi nehyetme çelişkisine* düşmesi muhaldir.

Hanefi hukukçular yasaklanan şeyin yasaktan sonrada meşru olarak kalmaya devam edeceği esasından hareketle ribalı akitler, malı şarabı mukabilinde satma, belirsiz bir vade ile satma gibi fasid akitlerin kabz ile hüküm yani mülkiyet ifade edeceğini ileri sürmüşler, bununla birlikte mülkiyet sebebinin fasid olması sebebiyle fasid akitle meydana gelen mülkiyetin ortadan kaldırılması gereken haram bir mülkiyet olduğunu ifade etmişlerdir. Fasid alım-satımda akdin gereği olarak mülkiyet sabit olmuş, nehyin gereği olarak da böyle bir işlem haram olmuştur. Burada mülkiyet ile haramlığın bir araya getirilmesi bir çelişki teşkil etmez. ⁷³ Çünkü bir kimsenin bir şeye malik olması, fakat o şeydeki haramlık sebebiyle tasarruflarda bulunamaması mümkündür.

Ancak, Hanefi hukukçular haramlık vasfı ile aslın bir araya getiremediği durumlar için *denefy* veya nesh teorisini ortaya atmışlardır. Bu teoriye göre yasaklanan vasıf, aslın varlığına imkan vermiyorsa nehiy gerçek anlamında olmayıp, nefy'den mecaz olarak kullanılmış demektir. Mesela "*şahitsiz nikah olmaz*" ⁷⁴ hadisi nikahı gerçekte yasaklamıyor aksine bu vasıftaki bir nikahın gerçekleşmeyeceğini haber veriyor. Mahremiyle evlenme de böyledir. "*...analarınız, kızlarınız...size haram kılındı*" ⁷⁵ ayetinde onlarla evlenme bizzat haram kılınmaktadır. Evlenme

⁷² Şaşı, s. 165; Serahsi, Usul, I, 82, 86-87; Habbazi, el-Muğni, s. 74; Sadru's-Şeria, I, 216; Bazı Şafii hukukçular yasaklanan şeyin nehyiden sonra şer'an değil lügat bakımından imkan dahilinde kalmasını yeterli görmüşlerdir. Hanefiler bu gerekçeyi daha ziyade Şafii'nin, "nehiy, yasaklanan şeyin nesh edilmiş olmasını gerektirir" şeklindeki görüşüne cevap olarak ileri sürmüşlerdir.

⁷³ Şaşı, s. 168; Serahsi, Usul, I, 89-91.

⁷⁴ İbn Hacer, Hadisi bu lafızla görmediğini zikreder. İbn Hacer, Diraye, II, 55; Ancak hadis, Rebi' b. Habib'in müsnedinde "velisiz, mehirsiz ve beyyinesiz nikah olmaz" şeklinde; Şafii'nin müsnedinde de "iki adil şahit ve yol gösterici bir veli bulunmadıkça nikah olmaz" şeklinde geçmektedir. Bkz. Rebi' b. Habib, İbn Ömer el-Ezdi (ö. 170/786), el-Camiu's-Sahih, Kahire ts., II, 30/r.510; Şafii, Tertibu Müsned'i-Şafii, Yusuf Ali ez-Zivavi ve İzzet el-Attar tertibi, Kahire 1951, II, 12.

⁷⁵ 4. Nisa, 23.

akdi ise kadınla erkeğin ilişkisini helal kılmak için meşru kılınmıştır. Haram ile helal bir araya gelemeyeceğine göre ayetteki "haram kılındı" ifadesi nehiy değil "nefy" ifade eder.⁷⁶ Başkasının nikahlı karısıyla veya iddet bekleyen bir kadınla evlenme durumu da böyledir.

Fasid alım-satım ile fasid nikah arasındaki bu fark yani alım-satım konusunda vasıftaki haramlığın asla etki etmemesi, nikah konusunda vasıftaki haramlığın ise asıla etki etmesi, kanatimizce, alım-satım akdi ile nikah akdinin hükümlerinin farklı oluşundan kaynaklanmaktadır. Alım satım akdinin hükmü "*mülkiyet*", nikah akdinin hükmü ise "*hill*" dir.

Burada şöyle bir problem ortaya çıkmaktadır: Mademki şahitsiz nikah batıldır, öyleyse böyle bir nikahta nesebin sabit olmaması, haddin düşmemesi gerekmez mi? Hanefiler bu problemin çözümünde "*akit şübhesi*" fikrine dayanmışlardır. Akit şübhesi akdin mahallinde sureten mevcut olması demektir. Buna göre söz konusu hükümler akdinsahih olmasını değil akit şübhesi bulunmasının sonucu olmaktadır.⁷⁷

Hanefiler nehyin yasaklanan şeyin sıhhatini iktiza edeceği görüşüne gerekçe olarak bir de, bir fiilin haram olmasının o fiilin hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesine engel teşkil etmeyeceği hususunu ileri sürmüşler diğer bir deyişle nehyin bir şeyin hüküm ifade etmeyeceğine değil, o şeyin masiyet olduğuna delalet edeceğini ifade etmişlerdir.⁷⁸ Nitekim kadını hayız halinde boşama, gasbedilmiş evde namaz kılma, gasbedilmiş bıçakla hayvan kesme, cuma vakti alış veriş yapma gibi işler harama şamil olmakla birlikte bu işlere hükümleri terettüp eder.

Uygulama Örnekleri

Şer'i fiillerden nehiy, bunların aslen meşru olmalarını gerektirir prensibine şu örnekler verilebilir.

a. Riba : Riba, muavaza akdinde şart koşulan "*karşılıksız fazlalık*" tır. Bu karşılıksız fazlalık akitte şart koşulunca, akdin ayrılmaz bir vasfı haline gelmektedir. Şöyleki; para ancak kendi misline bedelolabilir. Burada ise bedeli olmayan bir fazlalık söz konusudur. Eksik ile fazlayı birbirine denk

⁷⁶ Şaşi, s. 168; Serahsi, Usul, I, 90; Habbazi, s. 78; Ayrıca bkz. Neseфи, Keşf, I, 104; İbni Abdışşekur, I, 399-402; kırş. Cüveyni, I, 304-305; Gazzali, Mustesfa, II, 29; Zencani, s. 117.

⁷⁷ Neseфи, Keşf, I,105; Sadru's-Şeria, I, 220-221; Taftazani, Telvih, I,221.

⁷⁸ Şaşi, s.169; Sadru's-Şeria, I, 217; Ayrıca bkz. İbn Adışşekur, I, 403-404.

tutmak adalet prensibine aykırıdır. Bu sebeple bedelsiz fazlalık hakkında mübadele gerçekleşmemektedir. Buhusus başka bir şekilde ifade etmek gerekirse şöyle denilebilir; Alım-satım akdinin rüknü, "malı mala değişmek"tir. Burada akdın rüknü mevcuttur. Ne varki tam bir mübadele mevcut değildir. Bu bakımdan mübadelenin aslı mevcuttur fakat tamlik vasfı mevcut değildir.⁷⁹

b. İçki mukabili satım: İçki mütekavvim bir mal değildir. Mebli olması akdi batıl kılarca da, semen olması akdi batıl kılmaz. Çünkü semen, asli amaç değil vasıtaadır. Bu bakımdan vasıf menzilesindedir. Ayrıca alım satımın rüknü olan malı mal ile mübadele gerçekleşmiş, ancak semen mütekavvim olmadığı için tam bir mübadele gerçekleşmemiştir.⁸⁰ Bu vasfın gerçekleşmemesi alım satımın aslına zarar vermez. Bu bakımdan akit, asıl itibariyle meşru, fakat vasıf itibariyle gayri meşru olur.

c. Yasaklanmış günlerde oruç tutma: Vakit, orucun vasfı mesabesinde olduğu için, yasaklanmış günlerde oruç tutmak Allah'ın ziyafetinden yüz çevirmek anlamına gelir. Bu anlam da orucun bir vasfı olmaktadır. Bu vasıfların meşru olmaması orucun aslına etki etmez.

d. Gasbedilmiş evde namaz kılma: Başkasının evini işgal etme namazla değil namaz kılanla ilgili bir husustur. Bu bakımdan başkasının evini işgal etmek ile namaz kılma arasında mülazemet-i ittifakiye söz konusu olmaktadır. Bu namaz Hanefi, Maliki, Şafilere göre sahih, Hanbelilere göre batıldır.

e. Cuma ezanı vakti alım satım: Burada da nida vakti alım-satım ile namaza koştuktan geri kalma arasında ittifaki mülazemet vardır.

Nehyin sıhate delalet edeceği şeklindeki Hanefi ekolünün görüşüne yöneltelen tenkitlerden biri: onların, bu kuralı, hakkında nehiy bulunan bütün şeylere uygulamadıkları şeklinde ifade edilip bu hususa şu örnekler verilir;⁸¹

a) Kurban bayramı günü oruç tutma yasağının o gün tutulan orucun fesadını gerektirmeyeceğini, dolayısıyla orucun sahih olacağını ileri sürmüşlerdir. Gerekçeleri ise nehyin bizzat oruç hakkında değil orucun Allah'ın ziyafetinden yüz çevirme vasfı hakkında varid olduğudur. Bu

⁷⁹ Serahsi, Usul, 1,90; Sadru's-Şeria, 1,220; krş. Sibt İbn'l-Cevzi, s. 284-288.

⁸⁰ Serahsi, Usul, I, 91; Sadru's-Şeria, 1,220; Taftazani, Telvih, 1,220; krş. Şeybani, Asl, s. 104.

⁸¹ bkz. Alai, s. 309-310.

bakımdan bayram günü oruç tutmayı nezreden kişinin nezri sahih olur ve o gün oruç tutarsa haram olmakla beraber nezrini yerine getirmiş olur. Ne varki bu görüş sahipleri aynı kuralı hayızlı kadının namaz kılması hakkında uygulamazlar ve o namazın batıl olacağını ileri sürerler. Halbuki burada da tıpkı yukarıdaki örnekte olduğu gibi yasak bizzat namaz hakkında değil namazın vasfı hakkındadır.

b) Bu görüş sahipleri mut'anikahının batıl, şığar nikahının ⁸² ise sahih olduğunu ileri sürmüşlerdir. Halbuki her iki nikah çeşidi hakkındaki nehiy de bizzat nikah ile değil bunların vasıfları ile ilgilidir.

c) Bu görüş sahipleri, fasidakde her bakımdan sahih akdin hükmünü verdikleri halde, hakimin fasid nikahta tarafları duhul'den(zifaf) önce tefrik etmesi halinde erkeğin kadına mehir vermesi gerekmediğini ileri sürmektedirler.

d) Ümmü veled, müdebber venükatebin satımı batıldır. Bunlar hakkında mülkiyet tasavvur olunamaz. Aynı şekilde bunların alım satımında bedel yapılması da mümkün değildir.

Görüldüğü gibi bu görüş sahiplerine göre nehiy her zaman değil, sadece yasaklanan şeyin vasfı ile ya da harici bir sebeple ilgili olduğu durumlarda yasaklanan şeyin sıhhatini gerektirmektedir. Ne varki bunlar, bu kuralı, vasfı yüzünden yasaklanan bütün şeylere düzenli bir şekilde uygulamamışlardır.

Ashında Hanefi ekolüne yöneltelen bu tenkitlerin pek isabetli olduğu söylenemez. Çünkü Hanefiler herşeyden önce hissi fiil-şer'i fiil ayrımı yapmışlar diğer taraftan lazım vasıf-harici vasıf ayırımına yer vermişlerdir. Bu tenkitlerin daha ziyade söz konusu ayırımları iyi kavrayamamaktan kaynaklandığı söylenebilir.

2.Şafii Ekolü

Nehiy-fesad ilişkisi konusunda ekol içi en farklı yaklaşımlar Şafii ekolüne mensup usülcüler arasında cereyan etmiştir. Şafii usülcüler genelde nehyin fesadı gerektireceği görüşünde olmakla beraber, konuya yaklaşımlarında bazı farklılıklar vardır. Hatta Gazzali ve Razi gibi bazı

⁸² Şığar nikahı, iki velinin, kızlarını biri diğerinin mehri olacak şekilde *mehirsiz* nikahlamaları şeklinde yapılan nikah akdidir.

büyük Şafii usulcileri Şafii ekolünün bu konudaki genel temayülünden ayrılmışlardır. Şafii usulcülerin kendi aralarındaki bu yaklaşım farklılığının sebepleri arasında, Şafii'nin konuya ilişkin görüşlerini az da olsa tam açık ve net olmayışı, hatta zaman zaman ona "nehyin fesadı gerektirmeyeceği" şeklinde bir görüşün nisbet edilmiş olma⁸³ sayılabilir.

Nehiy-fesad ilişkisi konusunda Şafii ekolünün görüşü olarak kabul edilen hatta bazı ekoller tarafından bizzat Şafii'ye nisbet edilen görüş "*nehiy yasaklanan şeyin özünden (li-aynihi) veya lazım vasfından dolayı ise fesada delalet eder*⁸⁴ şeklinde özetlenebilir.

a. Şafii'nin Yaklaşımı

Şafii, "Allah'ın nehyinin ve Rasulünün nehyinin sıfatı" başlığı altında nehyi iki grupta ele almaktadır.

Birinci grup nehyde, yasaklanan şey haram kılınmıştır ve artık Allah'ın, Kitab'ında veya Rasulünün diliyle belirttiği bir şeklin dışında helal olması söz konusu değildir. Bu mahiyetteki nehy kesinlikle tahrim içindir. Şafii bu görüşünü şöyle açıklar: Aslında bütün kadınlar cinsi ilişki yönünden erkeğe haramdır. Ancak, Allah kadınların, nikah ve milk-i yemin ile helal olacağını belirtmiş; Hz. Peygamber de daha önce haram olan cinsi ilişkiyi helal hale getirecek olan nikahta, "veli", "şahitler" ve "dul kadının rızası" nın bulunması uygulamasını getirmiştir. Nikah, öngörülen bu şekilde yapılırsa sahih, bu şartlardan herhangi biri eksik bırakılırsa fasid olur. Çünkü bu durumda nikah Hz. Peygamberin getirdiği nikah uygulamasına uygun olarak yapılmamıştır. Aynı şekilde Allah, iki kız kardeşi aynı anda beraberce nikah altında bulundurmayı, dört hanımı varken beşinciyi nikahlamayı yasaklamış, Hz. Peygamber de buna ilave olarak kadını halası veya teyzesi üzerine nikahlamayı ve yine kadını iddet beklemekte iken nikahlamayı yasaklamıştır. Hakkında yasak varid olduğu için bu tür nikahlar sahih olmaz. Hz. Peygamberin yasakladığı ğarar satımı vb. akidler de bu şekildedir. Aslında bir kimsenin malı başkalarına haramdır. Ancak bazı yollarla bu malın başkalarına helal olacağı belirtilmiştir. Hakkında yasak bulunmayan akitler, malı yemenin meşru yollarıdır. Hz. Peygamberin yasakladığı akitler, başkalarının, aslında haram olan malını helal hale getirmez.

⁸³ Şizari, Luma', s.25; Alai, s.314; İsnevi, Nihaye, II, 74.

⁸⁴ Gazzali, Menhul, s.126; Alai, s.314.

Yasaklanmış akdi yapmak suretiyle günaha girmiş olmak yani masiyet haramı helal hale getirmez. Her halükarda mal, ancak masiyet olmayan bir yolla helal olur.

İkinci grup nehiy ise birinciden farklıdır. Hz.Peygaamberin, avret yeri görünecek şekilde tek bir örtüye sarınmayı (iştimalu's-samma), yemek yerken tabağın kendine yakın olan tarafından yani önünden yemeyip tabağın ortasına uzanmayı yasaklaması bu grup nehiyin örneklerindedir. Burada bir şey yasaklanırken yasaklanan şeyin dışında başka bir şey emredilmiş olmaktadır. Şöyleki birinci örnekteki tek bir örtüye sarınma yasaklanırken, avret yerini açması yasaklanmakta bunun yanında avret yeri görünmeyecek şekilde örtünmesi emrolunmaktadır.⁸⁵

Şafii bu iki grup nehiy arasındaki farkı şöyle ifade eder: Bir kimse yasağı bilerek yasaklanan şeyi yaparsa asi olur. Ancak birinci grup nehiydeki asi ile ikinci grup nehiydeki asi arasında fark vardır. Çünkü masiyetler büyüklük ve küçüklük bakımlarından birbirlerine eşit değildir. Mesela, birinci kısımdaki masiyet sebebiyle kişinin evlenmesi veya başka bir akit yapması haram kılınmaktadır. İkinci grup nehiydeki masiyet ise böyle değildir. Çünkü burada, kişinin aslında kendisi için mübah olan bir şeyi yapması yasaklanmaktadır. Bu sebeple, bu ikinci gruptaki yasak, o işin yapılmasını haram kılmaz. ⁸⁶

Hafız Alai (ö.761/1359), Şafii'nin Risalede'ki bu sözlerini şöyle yorumlar: "Bir şeyin zatından (li-aynihi) ve lazım vasfından dolayı varid olan nehiy, o şeyin fesadına delalet eder. Şafii'nin yasaklama (men') hususunda, mallar ve fûruc konusundaki aslın tahrir olduğu esasına dayanmasından, onun, fesadın mücerret mutlak nehiyden değil, söz konusu esastan kaynaklandığı görüşünde olduğu sonucu çıkarılabilir. Fakat gerek sözün zahirinden ve gerekse Şafii ve daha sonraki Şafii hukukçuların tasarruflarından, bir şeyin zatından veya lazım vasfından dolayı yasaklanmasının, o şeyin fesadına delalet edeceği, bu delaletin lûgat yönünden değil şer' yönünden olacağı ve bir şeyin mücavirden dolayı yasaklanmasının da o şeyin fesadını gerektirmeyeceği kolaylıkla anlaşılmaktadır". ⁸⁷

⁸⁵ Şafii, Risale, s.343-351.

⁸⁶ Şafii, Risale, s.353-354.

Alai, Şafii ekolünde tercih edilen görüşün bu olduğunu belirttiikten sonra, Şafii'nin bu görüşte olduğunu göstermek üzere "*sarhoş olduğunuz zaman ne dediğinizi bilinceye kadar namaza yaklaşmayın*"⁸⁸ ayetindeki nehiyden hareketle Şafii'nin, sarhoşun namazını sahih kabul etmediğini ifade eder.⁸⁹

b. İzz b. Abdisselam'ın Nehiy Tasnifi

Diğer Şafii hukukçuların nehiy yaklaşımlarından farklı olduğu için İzz b. Abdisselam'ın (ö.660/1262) nehiy tasnifini ayrıca vermeyi uygun gördük. O, nehyi beş grupta ele almaktadır.

1) Bir şeyin, rükün veya şartlarındaki bir kusur (halel) sebebiyle yasaklanması durumunda nehiy, yasaklanan şeyin fesadına hamledilir. Mesela, bayram günü oruç tutmak, çöplük vb. pis yerlerde namaz kılmak, ihramlının (muhrim) evlenme veya evlendirmesi, henüz kabzedilmemiş bir malın satımı, sorumluluğunu yüklenmediği bir şeyin kazancı, salahlı görülmemiş meyvenin satımı, hür insanın, mezamin ve melakihin satılması konusunda varid olan nehiyler bu gruba girer.

2) Bir şeyin mefsedetle birlikte bulunmasından dolayı yasaklanması

a) Gasbedilmiş su ile abdest almanın yasaklanmasında, yasaklanan bizzat abdest alma işi değil, bu işin gasbedilmiş su ile gerçekleştirilmesidir. Telef etme korkusu bulunan çok sıcak veya çok soğuk su ile abdest almanın yasaklanması da bu gruba dahildir.

b) Gasbedilmiş evde namaz kılmak, li-aynihi yasaklanmış değildir. Yani yasaklanan, namaz kılmak değil, namazın gasbedilmiş evde kılınma vasfıdır. Burada nehiy, her ne kadar lafız yönünden namaz kılma hakkında ise de, mana itibariyle gasp hakkındadır. Mesela, "*sakin şeytan size engel olmasın*"⁹⁰ ayetindeki nehiy, lafız itibariyle şeytanı muhatap almakta ise de gerçekte nehyin muhatabı insandır.

c) Nida vakti alım-satım, rükünü ve şartları tamam olmakla birlikte yasaklanmıştır. Bu nehiy li-aynihi değildir. Bu sebeple, burada yasaklanan, alım-satım akdi değil, cuma namazını kaçırma veya cuma namazının kaçırılmasına sebep olan alım-satım akdidir.

⁸⁷ Alai, s.317.

⁸⁸ 4. Nisa, 43.

⁸⁹ Alai, s.314; Şafii'nin bu görüşü için bkz. Şafii, Ahkam, 1,58.

⁹⁰ 43.Zuhruf, 62.

d) Bir kimsenin başkasının tamamlanmak üzere olan alış verişine engel olarak kendisi alış veriş yapması yasaklanmıştır. Böyle bir akdin rükün ve şartları tamam olduğuna göre, gerçekte yasaklanan alım satım değil, bu alım satım ile birlikte bulunan "*başkasına zarar verme*" işidir. Hileli artırmanın (neceş), henüz bitmemiş bir pazarlığın üzerine bir pazarlık yapmanın, hali hazırdaki talibi henüz cevaplanmamış bir kadına dünür olmanın yasaklanması da bu kabildendir.

e) Şehirde yaşayan bir kimsenin, taşradan gelen birmalı, söz konusu malın fiyatı yükseldiği sırada daha pahalı satmak üzere satın alması yasaklanmıştır. Ancak burada da yasaklanan alım-satım değil, bu alım-satım akdinin beraberinde getirdiği "*şehir halkına zarar*"⁹¹ endişesidir.

3) Nehyin li-aynihi mi yoksa li-gayrihi mi olduğunun tesbit edilemediği durumlar;

Bu tür nehyde, nehyin gerekçesinin tam tesbit edilememesi yüzünden nehyin delaleti konusunda ihtilaf edilmiştir. Mesela, şek günü ve teşrik günü oruç tutmanın, mekruh vakitlerde namaz kılmanın yasaklanması bu gruba girer.

4) Rükün ve şartlarındaki bir kusurdan dolayı mı yoksa mücavir bir sebepten dolayı mı varid olduğu anlaşılamayan nehiy;

Böyle bir nehiy, lafzın hakikate hamledilmesiyle fesadı gerektirir.

5) Bir şeyin ibadetteki bir faziletin kaybolmasına sebep olmasından dolayı yasaklanması;

Müdafaat-i ahbeseyn yani abdestlinin daralması durumunda namaz kılmanın yasaklanması bu guruba girer. Burada bu şekildeki namazın yasaklanması, o namazın sahih olmayacağını göstermez. Çünkü bu namazın yasaklanması huşu'un kaybolmasına sebebiyet vermesi yüzündendir. Yoksa bir kimse bile bile huşu'u terketse bile namazı fasid olmaz.

Hakimin, çok kızgın yada üzüntülü olduğu bir sırada hüküm vermesinin yasaklanması da böyledir. Yani bu nehiy, hakimin söz konusu durumlarda hüküm vermesi halinde, verdiği hükmün geçerli olmayacağıdır.

⁹¹ Diğer halde de malını, mdaha ucuza satmak suretiyle, köylünün zarar edeceği hususu öne sürülebilir.

Ancak "*zarar-ı amrı def için, zarar-ı has ihtiyar olunur*" (Mecelle, md.26) kaidesinde de ifade edildiği üzere burada halkın zarara uğraması değil tek kişinin zarara uğraması tercihi olunur.

anlamına gelmez.⁹²

c. Şafii ekolünde "nehyin fesadı gerektireceği" konusunda önerülen deliller:

Şafii ekolünde genelde kabul gören görüşü şöyle ifade edilebilir: Nehiy ibadetler hakkında fesadı gerektirir. Çünkü bizzat yasaklanmış bir şeyin aynı zamanda emredilmiş olması mümkün değildir. Muamelat konularındaki nehiy ise; eğer bey'u'l-hasat'da olduğu gibi bizzat akdeyi emelakih satımında olduğu gibi, akdin mahiyetine dahil bir hususa; ya da ribalı satımda olduğu gibi akdin lazım bir vasfına raci olursa fesadı gerektirir. Eğer söz konusu şeyler dışındakde mukarin bir hususa raci olursa fesadı gerektirmez.⁹³

Bu görüşün isabetli olduğunu isbat için öne sürülen deliller; genelde nass, icma ve akli deliller olmak üzere üç grupta toplanmaktadır.

1) Nass

Nakli deliller olarak ifade edilebilecek olan bu deliller iki kısma ayrılır:

a) Genel olarak, yasaklanmış bütün şeylere şamil olan haber: Nehyin fesadı gerektireceği görüşünü benimseyenlerin, genellikle ilk toplandıma öne sürdükleri haber, Hz. Peygamberin "*kim bizim işimizde uymayan (dinimizde olmayan) bir işi yaparsa; o reddedilmiştir*"

(*merdud*)⁹⁴ hadisidir. Bu hadise göre yasaklanmış olan şey, Hz. Peygamberin işine uygun değildir. Dolayısıyla reddedilmiştir. Başka bir ifadeyle, yasaklanan şey dinden olmadığına göre reddedilmiştir. Reddedilmiş olan bir şeyin ise hükme sebep teşkil edilmesi düşünülemez. Çünkü eğer hükme sebep teşkil edecek olsaydı, hiç reddedilmezdi. Reddedilmiş işarada "makbul" ve "sahih" in zıddı olup amel edilecek durumda olmayan "feshedilmiş iş" anlamındadır.⁹⁵

b) Sadece yasaklanmış bazı konulara has olarak varid olan haber

Bu tür haberlerde tek tek bazı işlemler hakkında varid olan nehiyeler ele alınmış ve bu nehiyelerden hareketle işlemin fesadına hükmedilmesi durumu

⁹² İzz b. Abdisselam, II, 20-21.

⁹³ Beydavi, Minhac, II, 68-70; ayrıca bkz. İsnevi, Nihaye, II, 73-74; Bedahşi, Menahicu'l-Ukul, II, 68-69.

⁹⁴ Buhari, 34. Buyu', 60/III, 24; Müslim, 30. Akdiye, 18/II, 1344.

⁹⁵ Şirazi, Tabsıra, s. 101; Kelvezani, Temhid, I, 371-372; krş. Razi, Mahsul, I, 495-496.

söz konusu edilmiştir. Bu haberlere örnek olarak şu iki örnek verilebilir.

Birinci örnekte; Hz. Peygamber tadili erkana riayet etmeden namaz kılan birini görmüş ve ona "git namazını yeniden kıl çünkü sen namaz kılmadın"⁹⁶ demek suretiyle tadil-i erkan ihlal edilerek kılanın namazının yokluğuna hükmetmiştir. Hz. Peygamberin bu tavrı, söz konusu namazın batıl olduğunu ve dikkate alınmadığı göstermektedir.

Diğer örnekte ise Hz. Peygamberin, hakkında nehiybulunan akitlerin redd ve iptaline hükmetmesi söz konusu edilmektedir. Şöyleki Hz. Peygambere Hayber senesi bir şahıstan 9 veya 7 dirhem karşılığında satın alınmış, üzerinde hem altın hem de boncuk bulunan bir gerdanlık getirilmiş, Hz. Peygamber de "*bunları birbirinden ayırmadıkça olmaz*"⁹⁷ diyerek söz konusu alım satımı reddetmiştir. Bu hadisten hareketle Hz. Peygamberin, yasağa rağmen yapılan akitleri yasak gerekçesiyle iptal ettiği ileri sürülmüştür.

Alai, nehyin fesadı gerektireceği ve fasid akdin hiçbir şekilde hüküm ifade etmeyeceğine delil olarak Hz. Peygamberin "*Allah bir şeyin yenilmesini haram kılmışsa mutlaka ondan edilen kazancıda haram kılmıştır*"⁹⁸ hadisini de zikreder.⁹⁹

2) İcma

Bu görüş sahipleri, sahabenin pek çok akdin fesadına, o akitler hakkında varid olan nehiyle istidlal ettiklerini ve bunun, nehyin fesadı gerektireceği konusunda icma' olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹⁰⁰ Buna örnek olarak da İbn Ömer'in(ö.73/692) müşrik kadınlarla yapılan evlenme akdinin fesadına "*müşrik kadınları nikahlamayın*"¹⁰¹ ayetindeki nehiyle istidlal ettiğini; yine sahabenin ribalı akitlerin fesadına "*artık ribadan geriye ne kalmışsa bırakın*"¹⁰² ayetiyle istidlal ettiklerini göstermişlerdir. Pek çok

⁹⁶ Buhari, 83.Eyman, 15/VII, 226; Müslim, 4.Salat, 45/1,298; Ebu Davud, 2. Salat, 148/1,534-535, r.856.

⁹⁷ Ebu Davud, 17.Buyu', 13/III, 647, r.3351.

⁹⁸ Ebu Davud, 17.Buyu', 66/III, 758, r.3488.

⁹⁹ Alai, s.326.

¹⁰⁰ Kelvezani, I, 372; Alai, s.326, 334; krş. Razi, Mahsul, I,496.

¹⁰¹ 2.Bakara, 221; Hz. Ömer'in, velisiz evlenen bir kadının nikahını reddedip, aralarını ayırması bazı rivayetlerde kocayı tazir etmesi hakkında bkz. Abdurrazzak, Musannef, VI, 198,r. 10484, 10485; İbn Hazm, Muhalla, IX, 454; ayrıca bkz. Kal'acı, s.483-484.

¹⁰² 2.Bakara, 278; İbn Ömer'in, Hz. Peygamberin, toprağın kiraya verilmesini yasakladığını duyunca

olayda, sahabenin yasaklanan şeylerin fesadına, nehiyle istidlal etmiş olmaları, bunun, her zaman böyle olmasını gerektirir. Diğer yandan söz konusu akitlerin fesadına hükmedilmesine, bir sahabinin karşı çıktığı ya da yasaklanan şeyin sıhhatine hükmettiği nakledilmemiştir. Bu da onların, nehyin fesada delalet edeceği konusunda icma ettiklerin göstermektedir.¹⁰³

3. Akli deliller

Nehyin fesadı gerektireceği konusunda baş vurulan akli deliller şöylece sıralanabilir.

1) Nehyin amaç açısından değerlendirilmesi

Bu delilde nehyin halis ya da racih bir mefsedetin menşei olduğu noktasından hareketle, nehyin fesadı gerektireceği sonucuna gidilmeye çalışılmaktadır.

Bu delilin muhtevası şudur: İslam hukukçuları başlangıçtan beri, riba ve nikah gibi konularda fesada, nehiyle istidlal etmişler ve bu işlemler hakkındaki mevcut nehyi, onların fesadı için ilk sebep kabul etmişlerdir. Yani nehyi sadece tahrime değil, tahrimle birlikte fesada da hamletmişler ve bunu yaparken de özel karinelere değil sadece nehye dayanmışlardır.¹⁰⁴

Amidi, nehyin fesada delalet ettiğini şu akli gerekçeye dayandırır: Nehiy, bir işin yapılmamasını istemek demektir. Dolayısıyla bu nehyi, Şari'nin bu işin yapılmasını istemeye sevkeden bir amaca ya yöneliktir ya da yönelik değildir; nehyin amaçsız olduğunu iddia etmek, hem ehşünnet usulüne göre hem de Mutezile usulüne göre caiz değildir. Şöyle ki; ehli sünnet usulüne göre Allah'ın fiillerinin hikmetten ve maksattan hali olabileceği caiz görülse bile şer'i hükümlerin kula raci olan bir hikmet ve amaçtan yoksun olacağı caiz görülmemektedir. Fakat şer'i hükümlerin hikmet ve maksattan yoksun olmaması vücut tarikiyle değil vuku hükmüyledir. Bu sebeple, biz tesbit edelim veya etmeyelim, şer'i hükümlerin hikmetten hali olamayacağı konusunda icma edilmiştir. Bazı şeri hükümlerin hikmete mebni olmadığı farz edilse bile, bunların sayısı oldukça azdır. Aynı şekilde Mutezileye göre de nehyin bir amaca yönelik olmaması abes, abes ise kabihtir. Kabihin, Şari'den sadır olması da düşünülemediğine göre nehyi zorunlu olarak bir

toprağını kiraya vermekten vaz geçmesi hakkında bkz. Ebu Davud, 17.Buyu', 32/III, 687-688, r.3294.

¹⁰³ Gazzali, Menhul, s.205; Amidi, II,177; Alai, s.326.

¹⁰⁴ İbnu'l-Hacib, Münteha, s.100; ayrıca bkz. Taftazani, Haşiye, II,96.

amaca yönelik olmaktadır. ¹⁰⁵ Amidi, nehyin bir amaca yönelik olduğunu bu şekilde ifade ettikten sonra bu amacın ne olduğunu tesbite çalışmaktadır. Şöyleki, nehyin bir amacı olduğu sabit olduğuna göre; bu amaç, sıhhatin amacına ya racih yani sıhhatin amacından ya üstün ya ona müsavi ya da onun amacına nisbetle ikinci planda (mercuh) olur.¹⁰⁶ Bu ihtimallerin tek tek değerlendirilmesi sonucunda şu durum ortaya çıkmaktadır; nehyin amacının sıhhatin amacına mercuh olması caiz değildir. Çünkü mercuh, akılsahipleri nazarında arzulanan bir amaç değildir. Şari' de çoğunlukla değiştirme (tağyir) değil, devam ettirme (takrir) cihetine gider. Bu bakımdan amaç olmayan bir şeyin yapılmasını talep etmez. Aksi halde böyle bir şeyi talep etmek hikmetten yoksun olur ki Şari' hakkında bu imkansızdır. Nehyin amacının sıhhatin amacına eşit olmadığı sonucuna da aynı gerekçelerle varılabilir. Geriye bir tek ihtimal kalıyor ki o da nehyin amacının, sıhhatin amacına racih olmasıdır. Bu da işlemin sıhhat ve in'ikadının imkansız olması sonucuna götürür. Aksi takdirde mercuh olmasına rağmen bir işlemin sıhhatine hükmetmek hikmet ve amaçtan yoksun kalır. ¹⁰⁷

2) Yukardaki delile benzeyen bir delil de şöyledir: Yasaklanan şeyin, halis ya da racih bir maslahatı gerçekleştirilmesi düşünülemez. Aksi halde nehyin bu halis yada racih maslahata engel olma amacı güttüğü akla gelebilir ki bu caiz değildir. Çünkü şer'in bütün hükümleri veya hiç değilse bu hükümlerin büyük bir çoğunluğu maslahat ve hikmetle talil edilmektedir. Münasebetin kıyasta illet olması da bu yüzdendir.

Yasaklanan şey halis yada racih maslahatı gerçekleştirilmeyeceğine göre, geriye şu üç ihtimal kalmaktadır; yasaklanan şey ya halis ya racih ya da müsavi mefsedetin menşei olacaktır. İlk iki ihtimale göre, fesada hükmetmek gereklidir. Aksi takdirde abes söz konusu olur. Akılsahiplerinin de abese rağbet etmeyecekleri açıktır. Öyleyse ilk iki durumda fesada hükmetmek, bu mefsedeti yok etmeye çalışmak demektir. Üçüncü ihtimalde yani yasaklanan şeyin müsavi mefsedetin menşei olması durumunda da fiilin yapılması aynı şekilde abestir. Bu sebeple fesada hükmetmek zorunludur. ¹⁰⁸

¹⁰⁵ Amidi, II, 175; Alai, s336.

¹⁰⁶ Nehyin amacının sıhhatin amacına racih olması, nehyin amacının daha ağır basması demektir.

¹⁰⁷ Amidi, II, 176; Alai, s.336-337.

3) Yine yasaklanan şeyin halis yada racih mefsedete şamil olduğu noktasından hareketle, yasaklanan şeyin iki bakımdan sahih olmaması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁹; birincisi, yasaklanan şeyin sahih olduğunu söylemek, bu mefsedetın husule gelmesi sonucungötürür. Yasaklanan şeyin fasid olduğunu söylemek ise tam tersi bir sonuca götürür.Şer' nazarında mefsedetın husule gelmesi ihtimali, husule gelmemesi ihtimaline nisbetle racih değildir. Yani şer', mefsedetın husule gelmemesinitercih eder. Bu itibarla, mercuha götüren şey mercuh, racihe götüren şey de racihtir. Zaten nehyin fesada delalet etmesinin anlamı da bundan ibarettir.

İkincisi; yasaklanan şeyin sahih olmayacağı, hakkında yasak bulunması sebebiyle fesadına hükmedilmiş işlemlere kıyas edilerek de anlaşılabilir. Bunların ortak noktası olan fesada hükmetmek, halis ya da racih mefsedeti tamamen yok etmeye çalışmak demektir.

4) Yasağı daha ziyade mükellef açısından değerlendiren bu delil de kısaca şöyledir: ¹¹⁰

Yasağa rağmen bir işi yapan kişi, yasaklanan şeyi işlemiş olur. Yasaklanan şey de, emrolunan şeyden başka olduğuna göre, böyle bir kişi emrolunan şeyi yapmamıştır. Dolayısıyla böyle bir kişi, teklif uhdesinde kalmaya devam eder. İşte nehyin ibadetlerde fesadı gerektirmesinin anlamı budur.

Karafi, nehyin muamelet konularında da fesadı gerektireceği hususunda şunları söyler:¹¹¹ Nehiy, yasaklanan şeydeki halis ya da racih mefsedete dayanır. Yasağa rağmen mülkiyet ve tasarruf izninin sabit olması söz konusu mefsedetın devam ettirilmesi anlamına gelir. Halbuki mefsedetın devam ettirilmesi caiz değildir. Eğer bu caiz olsaydı, nehyin varid olmasına gerek kalmazdı. Nehiy varid olduğuna göre mefsedetın gerçekleşmesine engel olmak gerekir. Bunun yolu da, yasaklanan şeyin fesadına hükmetmektir.

5) Burada söz konusu edilen nehy, tahrimi gerektiren nehy olduğuna göre yasaklanan şey, "haram" ve bunu yapmak da "masiyet" olmaktadır. İbadetin sevap kazandırması ve Allah'a yaklaşma sayılması , akitlerde

¹⁰⁸ Razi, Mahsül, I, 494; Alai, s.337-338.

¹⁰⁹ Alai, s.339.

¹¹⁰ Şirazi, Tabsıra, s.102; Karafi, Tenkih, s.174; ayrıca bkz. Kelvezani, I, 374; Alai, s.339-340.

¹¹¹ Karafi, Tenkih, s. 174.

mülkiyetin meydana gelmesi, yapılan işlemin sahih olması gibi hususlar birer "nimet" tir. O halde masiyetin nimetesebep olmaya değil nimetten mahrum bırakmaya sebep olması daha uygundur. Nitekim yasaklanmış pek çok şeyin fesadına hükmedilmiş olması, masiyetin nimete sebep olamayacağına yani nehyin fesada delalet edeceğinin bir delilidir. ¹¹²

6) Yasaklanan şey, "kabih" ve "haram"dır. Haram kılınmış olan bir şeyin "meşru" olması, meşru olmayan bir şeyin de "sahih" olması düşünülemez. Her sahih meşru olduğuna göre ve yasaklanan şey de sahih olamayacağına göre nehiy fesadı gerektirir. ¹¹³

7) Nehiy fesada delalet etmeseydi, hür insanın satımı, mahremiyle evlenme gibi yasaklanmış ve fasid olduğu söylenmiş her işlemin, nehyin dışında fesada delalet eden başka bir karineden dolayı fasid olması gerekirdi. Halbuki durum bunun aksinedir. O halde, fesad mücerret nehye istinat etmektedir. Eğer böyle olmasaydı, yasaklanmış işlemin fesadına delalet eden karine hepsinde değilse bile bir kısım işlemlerde açıkça belirtilirdi. ¹¹⁴

8) İbadet ancak ya "emre uygun" olunca ya da "kazayı düşürücü" olunca sahih olur. Bunların her ikisi de sonuçta sevabın kazanıldığı "emri yerine getirme" fiili ile olur. Yasaklanan şey ise, masiyet olduğu için, sevap kazanmaya sebep olamaz. Aksine yasaklanan şeyi yapan kişi için, ceza sözkonusudur. O halde yasaklanan şeyi yapmak zimmetin borçtan kurtulmasına veya kaza borcunun düşmesine sebep olamaz. Çünkü eğer buna sebep olsaydı, bir fiilin aynı anda hem "taat" hem de "masiyet" olması gerekirdi ki böyle bir şey imkansızdır. ¹¹⁵

9) Nehyin bir faydası olması gerekir. Bu fayda, nehyin fesada delalet etmesidir. Bir işin yapılmaması isteniyorsa, bu ya o işte bir mefsedet bulunmasından, ya o işte bir fayda bulunmayışından ya da o işten kaçınmakta bir fayda bulunmasından dolayıdır. Yasaklanan şeyin bu üç özellikten birine sahip olmadığı farz edilecek olursa, söz konusu işin bir maslahata şamil olması ve onda bir mefsedet bulunmaması ve bu sebeple

¹¹² Alai, s.345.

¹¹³ Alai, s. 345-346.

¹¹⁴ Alai, s. 346.

¹¹⁵ Alai, s. 346-347.

de söz konusu işin yasaklanmış değil emredilmiş olması gerekirdi. Halbuki durum tersinedir. Öyleyse bu nehyin faydası fesada delalet etmekten ibarettir.

Nehyin hiçbir faydaya mebni olmaması caiz değildir. Şöyleki; mefsedetın bizzat akitten kaynaklanacağı yada o akde hükümlerin terettübü vasıtasıyla ortaya çıkacağından hareketle, nehyin mefsedet için olmadığını ve yasaklanan şeyin hükümlerini ifade ettiğinin farz edilmesi durumunda birinci şık batıldır. Çünkü akit sigalarında her hangi bir mefsedet yoktur. Bu yüzden akitlerin hemen hemen hiç birinde siga sebebiyle günaha girilmiş olmaz. İkinci şık da aynı şekilde batıldır. Çünkü mefsedet, eğer hükümden doğmuş olsaydı hükmün hiç sabit olmaması gerekirdi. Çünkü hüküm, şer' i bir konuma sahiptir ve Şari'in mefsedetleri vaz'etmesi düşünülemez. Durum böyle olunca, nehyin, kaçınmadaki bir faydaya hamledilmesi de doğru değildir. Kendisinde fayda bulunan bir şeyden kaçınmak -ki karşı görüş sahiplerinin iddasına göre bu fayda hükmün terettüp etmesidir- faydasızdır. ¹¹⁶

10) Akdin hem yasaklanması hem de bu yasağa rağmen hüküm ve sonuçlarını doğuracağıının söylenmesi çelişik bir durum arzeder. Şöyleki; akit hakkındaki nehy, onun halis ya da racih bir mefsedete şamil olduğunu gösterdiğine göre, şayet bu akitler yapıldıkları takdirde kendileriyle ulaşılmak istenen amaçları gerçekleştirebiliyorlarsa bu, bir anlamda insanları söz konusu akitleri yapmaya teşvik anlamına gelir. Halbuki akitler hakkındaki nehy, onlarda bulunan halis yada racih mefsedetler sebebiyle varid olduğu için bu nehyin, o akitlerin yapılmasına engel teşkil etmesi lazımdır. Şer'in bir şey hakkında hem "engelleyci" hem de teşvik edici" bir tavır takınması çelişkili bir durumdur ve böyle bir şey imkansızdır. İmkansıza götüren şey de imkansızdır. Bu çelişkiyi kaldırmak için nehyin fesada delalet ettiğini kabul etmek gerekir.¹¹⁷

11) Akitlerin hüküm ifade edebilmesi, onların şer'e uygun olarak yapılmış olmalarına bağlıdır. Eğer şer'e uygun olarak yapılmamışsa emval ve furuc asılları üzerine yani haram olarak kalır. Buna dayanılarak da bu tür akitlerin fesadına hükmedilir. ¹¹⁸

¹¹⁶ Alai, s.347.

¹¹⁷ İbn Kudame, Ravda, s. 114; Alai, s. 348.

3.Maliki Ekolü

Baci (ö.474/1081) ve Mazeri'nin (ö.536/1141) nakline göre, çoğunluk Maliki hukukçular, nehyin fesada delalet edeceği görüşündedirler. Bu görüş aynı zamanda Malik'e nisbet edilmektedir. Fakat yine Maliki hukukçulardan İbn Şas(ö.616/1219), bu görüşün tam aksini nakleder ve Maliki hukukçulara, delil bulunmadıkça akitler hakkındaki nehyin, fesada delalet etmeyeceği görüşünü nisbet eder.¹¹⁹

Maliki ekolünün bu konudaki görüşlerini nakleden Alai (ö. 761/1359), bu iki farklı rivayeti, "Maliki ekolüne göre ibadetler hakkındaki nehy , fesadı gerektirir, akitler hakkındaki nehy ise fesadı gerektirmez" şeklinde birleştirir. ve Maliki ekolünün görüşünü nehy "fesad şüphesi" iktiza eder şeklinde ortaya koyar. ¹²⁰

Maliki hukukçuların kendi ifadelerine baktığımızda temelde iki ayrı görüşle karşılaşırız:

1. Birinci görüş; Tilemsani'nin(ö.771/1369) naklettiği ve Maliki ekolüne nisbet ettiği¹²¹ şu görüştür: "Bir şey hakkındaki nehy, eğerAllah hakkından dolayı ise yasaklanan şey fasid olur, kul hakkından dolayı ise yasaklanan şey fasid olmaz."

a. Yasaklanan şeyin kul hakkıyla ilgili olması

Tilemsani bu görüşe gerekçeolarak Hz. Peygamberin "tasriye¹²² yasağı"nı zikreder. Hz. Peygamber " deve ve koyunları musarrat hale getirmeyin! Kim musarrat bir hayvan alırsa, iki seçenek arasında muhayyerdur; Dilerse, hayvanı elinde tutar, dilerse bir sa' hurma ile birlikte geri iade eder"¹²³ buyurmuş, satım akdinin feshine hükmetmemiştir. Eğer söz konusu satım akdi feshi gerekli bir akit olsaydı, Hz. Peygamber, müşteriye "musarrat"ı elinde tutma konusunda muhayyer bırakmazdı. Hz.

¹¹⁸ Alai, s. 349.

¹¹⁹ Alai, s. 305-306.

¹²⁰ Alai, s. 308.

¹²¹ Tilemsani, s. 40.

¹²² Tasriye, müşteri aldatma amacı güderek hayvanın daha sütü gösterip daha fazla fiata satmak için kasıtlı olarak bir kaç gün sağlamamak anlamına gelir.

¹²³ Buhari, 34.Buyu', 64/III, 25; Muslim, 21.Buyu', 11/II,1155, r.1412; Ebu Davud, 17. Buyu', 48/III,722,r.3443; Muvatta, 31. Buyu', 96/II,683-684.

Peygamberin, müşteriye, malı elinde tutma konusunda muhayyer bırakması, satım akdinin feshedilmesinin gerekmediğine delildir. Bunun sebebi de, burada

söz konusu olan hakkın, Allah hakkı değil kul hakkı olmasıdır.¹²⁴

b. Yasaklanan şeyin Allah hakkıyla ilgili olması

Nehiy, Allah hakkından dolayı ise yasaklanan şey fasid olur. Bu yüzden cuma ezanı vakti yapılan alım-satım akdinin feshi gerekir.¹²⁵ Çünkü bu yasak, Allah hakkını ilgilendirmektedir.

Maliki ekolünde talakın fesih sayıldığı nikah akdi ile talakın fesih sayılmadığı nikah akdi arasındasi ayırımın ölçüsü de "Allah hakkı-kul hakkı" ayırımından hareketle tesbit edilmiştir. Buna göre; karı, koca ya da veli üçlüsünden herhangi birinin, akdi imza ve fesih hakkına sahip olduğu nikah akdinde, ilgili tarafın bu hakkını kullanmasından önce talak söz konusu olmuşsa, nikah akdi bu talak ile feshedilmiş olur. Çünkü böyle bir nikah hakkındaki nehiy, muhayyer kılınan tarafın hakkını koruma amacına yöneliktir. Bu bakımdan , nikah, zati itibariyle fasid değil, mün'akittir.

Ancak, söz konusu üç kişiden yani karı, koca ve veliden herhangi birinin muhayyer bulunmadığı nikah akdinin, her halükarda feshedilmesi gerekir. Ayrıca bu nikah, talak'tan başka bir şekilde de feshedilebilir.Çünkü burada feshin gerekliliği, söz konusu üç kişiden birinin hakkı için değildir. Eğer böyle olsaydı, fesih, fesih hakkına sahip olan kişinin, bu hakkını düşürmesiyle düşerdi. Fesih, bunlardan birinin ıskatı ile, sakıt olmadığına göre, burada Allah hakkı söz konusudur. Allah hakkı söz konusu olduğu için de, nikah akdi, "fasid gayrı mün'akit"tir. Dolayısıyla bu nikahın feshedilmesi için talaka ihtiyaç yoktur. Çünkü talak akit bağına çözme demektir. Burada herhangi bir akit bağı olmadığına göre çözme de olamaz.¹²⁶

b. Karafi de nehiy-fesad ilişkisi konusunda Malik'e daha farklı bir görüş nisbet eder; "*Nehiy mülkiyet şüphesi sabit olacak bir şekilde fesad ifade*

¹²⁴ Tilemsani, s. 40; bu görüşü, Mazeri'nin naklettiği de belirtilmiştir. Alai, s.302.

¹²⁵ İbnu'l-Arabi, IV, 1805-1806; ayrıca bkz. Cassas, V, 341; el-Kiya'l-Herrasi, IV, 416; Şatibi'nin, "emir ve nehiyin taabudi bir manası bulunması gerektiği" şeklindeki yorumu da burada hatırlanabilir. bkz. Şatibi Muvafakat, III, 147.

¹²⁶ Tilemsani, s. 40.

eder.¹²⁷ Yani nehiy, fesadı ifade eder fakat fesada rağmen mülkiyet şübhesi sabit olur.

Malikilere göre eşyanın mülkiyeti ne fasid akitle ne de Hanefilerde olduğu gibi fasid akitte söz konusu olan kabz ile intikal eder. Fasid akitte mülkiyetin satıcıdan alıcıya geçmesi için, akit konusu olan şeyin yok sayılmasını (fevat, fevt) gerektiren bir sebebin bulunması gerekir. Bu sebepler "piyasanın değişmesi (tağayyuru'l-esvak)" "eşyanın değişmesi (tağayyyuru'l-ayn)", "eşyanın helak olması" ve "eşyaya üçüncü şahısların haklarının taalluk etmesi" olarak ifade edilmektedir. Fasid alım-satımdan sonra müşteri malı kabzedip söz konusu fevat sebeplerinden biri cereyan ederse, artık malın mülkiyeti kıymet mukabilinde müşteriye geçmiş olur.¹²⁸

Karafi'den nakledilen bu görüşe göre, fasid akit bazı durumlarda mülkiyeti nakletmektedir. Ancak bu mülkiyetin intikal olayını fasid akdin hüküm ifade etmesi şeklinde anlamak pek uygun gözükmemektedir. Öyle görünüyorki mülkiyetin intikal gerekçesi, "akit şüphesi" ve satıcının müşteriye, mebi'i kabzedip onda tasarruf etme konusunda verdiği "izin" dir. Hatta mülkiyetin naklinin, bir zaruretin sonucu olduğunu söylemek de mümkündür. Çünkü mebi' telef olmamışsa, onun aynen iadesi gerekli görülmekte, bunun mümkün olmaması halinde mebiin bedelinin "kıymet" ya da "misil" olarak ödenmesi yönüne gidilmektedir.

Sonuç itibarıyla Maliki ekolündeki "akit şüphesi" fikrinin hiçbir ayırım gözetilmeksizin hem li-aynihi, hem de li-gayrihi nehiy için kullanıldığı söylenebilir.

Uygulama Örnekleri

1. Henüz kesin cevap verilmemiş dünürlük üzerine yeniden başkasının dünür gitmesinin yasaklanması:

Bu konudaki yasağa rağmen bir kimse söz konusu şekilde bir evlilik yapsa bu evliliğin hükmü hakkında Maliki ekolünde üç görüş vardır.

a) Böyle bir akit, her halükarda fesh edilir. Bu görüş, Maliki ekolünün usulüne uygun olarak kabul edilen görüştür.

b) Akit, yapıldıktan sonra artık feshedilmez. Bu görüşü de İbnu'l-Arabi sahih kabul etmektedir.

c) Söz konusu nikah akdine binaen duhul(zifaf) meydana gelmemişse

¹²⁷ Karafi, Tenkih, s.77,174; krş. Karafi, Furuk, III, 82-86.

¹²⁸ Karafi, Tenkih, s. 175; krş. Alai, s. 305-308.

akit fesh edilir, duhul meydana gelmişse feshedilmez.

Bu görüşlerden hareketle söz konusu evlenme hakkındaki nehyin, fesada delalet etmediği sonucu çıkarılabilir. Çünkü fesada delalet etseydi, akit feshe ihtiyaç duymazdı. Bununla birlikte söz konusu bu hüküm, üzerine akit yapılması mümkün olan durumlar için geçerlidir. İddet bekleyen kadını nikahlama, beşinci kadını nikahlama gibi hiç bir şekilde akdi kabul etmeyen durumlar ittifakla batıldır. Şığar nikahı da Malikilere göre bu kısma dahildir. Ancak her iki kadın için de ayrı ayrı mehir tesmiye edilmişse bu durumda akit duhulden önce feshedilir, meşhur görüşe göre duhulden sonra da feshedilir.

Maliki ekolünde, henüz bitmemiş olan bir alım-satım üzerine alım-satım yapmak ve neceş(hileli artırma) hakkında da yaklaşık olarak aynı şeyler söylenmiş, nida vakti alım satım konusunda ise ihtilaf edilmiştir. Meşhur olan görüşe göre fevt olmadıkça, nida vakti yapılan akit feshedilir.

2. İbadetler hakkındaki yasağa gelince; Malikiler ibadetlerle ilgili vacipleri, şart olan ve şart olmayan olmak üzere iki kısma ayırmışlar; buna göre şart olmayan vacip hakkındaki nehyin, her ne kadar nehyin irtikab edilmesi söz konusu ise de, fesadı gerektirmediğini ileri sürmüşlerdir. Bununla ilgili olarak hiç kimsenin olmadığı yerde çıplak olarak namaz kılan kimsenin bu namazı mutlak olarak mı yoksa muayyen bir vakitte mi iade edeceğinde ihtilaf etmişlerdir.

4.Hanbeli Ekolü

Nehiy, hem ibadetler hem de muamelat konusunda fesadı gerektirir. Nehyin li-aynihi ya da li-gayrihi olması arasında fark yoktur. Bu görüş Ahmed b. Hanbel'e, Hanbeli hukukçuların büyük çoğunluğu ile diğer Zahiri hukukçulara nisbet edilmektedir.¹²⁹

Ahmed b. Hanbel, bu görüşüne şöyle bir gerekçe gösterir: "Nehiy, mefsedetlere dayanmaktadır. Bu bakımdan, hakkında nehy varid olan akit ve tasarrufu biz tamamen iptal ederiz. Çünkü, akdin vasfım, aslından ayrı düşünemeyiz. Eğer bu vasıf olmasaydı, belki de taraflar böyle bir akdi yapmak istemeyeceklerdi. Bu yüzden, nehye rağmen yapılan akit, hiç yapılmamış gibi olur. Bu akde istinaden teslim ve tesellümsöz konusu olmuş

¹²⁹ Kelvezani, I,369; Karafi, Furuk, II,82; ayrıca bkz. Alai, s. 299-300, 303,378; İbn Lahham, s. 111.

ise , bunlar akit bağı olmaksızın yapılmış olur. Başka bir ifadeyle , böyle bir akit, mülkiyetin nakline sebep olamaz".¹³⁰ Buradan hareketle, Ahmed b. Hanbel, gasbedilmiş su ile alınan abdestin, şer'an yok hükmünde olduğunu, şer'an yok sayılan şeylerin "hissen" de yok sayılacağını ileri sürmüştü, dolayısıyla abdestsiz kılınan namaz ile gasbedilmiş su ile alınmış abdestle kılınan namazı aynı hükme tabi tutmuştur.¹³¹

Ancak Hanbeliler, nehyin mutlak olarak fesadı gerektireceği kuralını ikaat'ta (hayızlı kadını talak, üç talak, bir lafızla söyleme vb.) genelde uygulamamışlardır.¹³² Ancak daha sonraki Hanbeli hukukçulardan İbnu'l-Kayyim, bir lafızda üç talakın vaki olmayacağını ileri sürmüştür.¹³³

Ahmed b. Hanbel'e nisbet edilen bu görüş, şu şekilde de ifade edilmiştir: Nehiy, eğer hüküm ifade eden bir sebep hakkında varid olmuşsa, onun fesadını gerektirir. Bu konuda nehyin li-aynihi veya li-gayrihi olması , ibadetler veya muamelat hakkında olması arasında fark yoktur.¹³⁴ Çarar satımı, nida vakti alım-satım, mescitte alım-satım, müzabene satımı, mut'a ve şıgar nikahı gibi akitlerin yasaklanması durumunda olduğu gibi, nehy, her halükarda fesadı gerektirir.¹³⁵ Ancak hadır'ın badi'ye satımı, mal getiren kafileyi karşılama (telakki'r-rukban) ve neceş¹³⁶ yasaklarında olduğu gibi, nehyin fesadı değil desebebin işlenmesi yüzünden günah veya keraheti gerektirdiğine delil varsa, bu durumda nehyin fesadı gerektirmez.¹³⁷

Öyle görünüyorki Hanbeli ekolüne nisbet edilen yumuşatılmış bu görüş sonraki Hanbeli hukukçulara aittir. Nitekim, neceş satımı ve telakki'r-rukban hakkında Ahmed b. Hanbel'den gelen rivayet söz konusu akitlerin batıl olacağı yönündedir. Ayrıca neceş satımı hakkında Hanbeli ekolündeki meşhur görüş, -eğer hileli artırmayı yapan kişi ile satıcı arasında bu konuda

¹³⁰ Karafi, Furuk, II, 84.

¹³¹ Karafi, Furuk, II, 84; İbn Lahham, s. 117.

¹³² Alai, s. 311.

¹³³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. İbnu'l-Kayyim, İlam, III, 30-38; İğase, I, 280-335.

¹³⁴ Abdulhak Bağdadi, Kavaid, s. 27.

¹³⁵ İbn Kudame, Mukni', s. 100, 104; Buhuti, s. 213.

¹³⁶ Hanbeli ekolünde, mal getiren kafileyi yolda karşılayarak yapılan akdin ve neceş satımının batıl olduğu şeklinde rivayetler mevcuttur. bkz. İbn Kudame, Mukni', s. 104; Alai, s. 309; San'ani, Sübül, III, 18

¹³⁷ İbn Bedran, s. 105-106; ayrıca bkz. İbn Kudame, Mukni', s. 101.

bir anlaşma varsa- neceş satımının fasid olacağı şeklindedir. ¹³⁸ Diğer yandan, hadır'ın badiye satımı konusunda da iki rivayet bulunmaktadır. Bu bilgilerden hareketle, Ahmed b. Hanbel'in konuyla ilgili görüşlerinin biraz daha katı olduğu söylenebilir.

Tufi de nehiy-fesad ilişkisi konusunda Hanbeli ekolünün görüşünü şöyle özetler: Bir şeyin zatından ya da lazım vasfından dolayı yasaklanması, o şeyi batıl kılar. Bir şeyin harici bir sebeple yasaklanması ise batıl kılıcı değildir. Bir şeyin lazım olmayan bir vasfından dolayı yasaklanmasında ise tereddüt vardır. Fakat evla olan bu şekildeki bir akdin sahih olmasıdır. ¹³⁹

İbn Lahham, nehyin fesadı gerektireceği konusunda titizlik gösterilmesine rağmen, Hanbeli ekolünde gerek ibadetlerde gerek muamelatta, hakkında nehiy bulunduğu halde fesadına hükmedilmeyen pek çok meselenin bulunduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁰ Bu da gösteriyor ki Ahmed b. Hanbel'in benimsediği görüş uygulamaya pek müsait değildir. Çünkü nehyin, yasaklanan şeyin zatına mı yoksa zat dışında başka bir şeye mi raci olduğuna bakılmaksızın, mutlak olarak fesadı gerektireceği görüşünün izahı zordur.

Hanbelilere nisbet edilen "nehyin mutlak olarak nehyi gerektireceği" görüşü aynı şekilde Zahirilere de nisbet edilmektedir. Bu açıdan nehiy-fesad ilişkisi konusunda Hanbelilerle Zahirileri birlikte değerlendirmek mümkündür. Ancak Zahirilerin bu konuda Hanbelilere nisbetle daha katı oldukları söylenebilir.

Zahiri ekolünde nehyin fesadı gerektireceği konusundaki hareket noktası "kim bizim işimizde olmayan bir şeyi yaparsa o iş merduddur" hadisinden çıkarılan "*ma'siyet taat yerine geçmez*" ilkesidir. Buna göre, durumu ve bu durumda söz konusu işi yapmanın caiz olmadığını bilmek şartıyla - pis veya gasbedilmiş elbise ile namaz kılmak; içerisinde bulunulması yasaklanmış bir yerde -mesela, pis yerlerde hayvan barınağında, gasbedilmiş bir yerde veya mezarlıkta- namaz kılmak gasbedilmiş suyla abdest almak, gasbedilmiş bıçakla hayvan boğazlamak gibi hallerde farz yerine getirilmiş olmaz. Daha açıkçası, yukarıda zikredilen şekilde namaz kılan kişi, hiç namaz kılmamış gibidir. Yukarıdaki tarzda

¹³⁸ İbn Kudame, Mukni, s. 104; San'ani, Sübül, III, 18.

¹³⁹ İbn Bedran, s. 106.

¹⁴⁰ İbn Lahham, s. 193.

gasbedilmiş bıçakla boğazlanan hayvan "murdar" hükmündedir. Yenilmesi helal değildir. Çünkü, emredilen şeyin,yasaklanan şey olmadığı aklen zaruri olarak bilenen bir husustur. ¹⁴¹

Gasbedilmiş evde namaz:

Gasbedilmiş evde kılınan namazın sıhhati konusunda farklı rivayetler vardır.

a. Gasbedilmiş evde namaz sahih değildir. Çünkü, eğer böyle bir namazın sahih olduğu söylenirse, bu, zat (ayn) itibariyle "tek" olan bir fiilin aynı anda hem haram hem vacip olması sonucuna götürür. Bu ise çelişik bir durumdur. Kişinin gasbedilmiş evde bulunması ve orada hareket etmesi yasaktır ve cezayı gerektirir. Rûku', secde gibi davranışları ise mükafatı gerektirici fiillerdir. Bir kimse cezalandırılacağı bir fiili yaparak ibadet etmiş olamaz ve isyan ettiği bir fiil ile taat etmiş sayılamaz. ¹⁴²

Bu görüşü benimseyenlere göre yasağı irtikap etmek, ibadetin bir şartını ihlal ederse o ibadeti fasid kılar. Mesela, abdestsiz namaz kılma yasağını hiçe sayarak abdestsiz kılınan namaz, namaz olmaz. İbadet niyeti namaz için şarttır. Ma'siyet ile ibadetin gerçekleşmesi muhaldir. Dolayısıyla gasbedilmiş evde bulunması yasak olan kişinin, orada kıldığı namazın ibadet olması da mümkün değildir.

b. Gasbedilmiş evde namaz sahihtir. Çünkü burada bir yönden istenen (matlup) , bir yönden de istenmeyen (mekruh) bir fiil vardır. Bir fiilin ikâyri yönü bulunması ve birinden matlup, diğerinden mekruh olması muhal değildir. Muhal olan, bir fiilin bir tek yönden hem *matlup* hem *demekruh* olmasıdır. Gasbedilmiş evde kılınan namazın iki ayrı yönü vardır; biri namaz olması itibariyle matlup olması, diğeri de gasbedilmiş evde yerine getirilmesi itibariyle mekruh olması. Namaz ve gasb birbirlerinden ayrı düşünülmesi mümkün olan iki ayrı fiil olduklarından gasbedilmiş evde namaz kılan kişi, namaz kıldığı için emre uygun hareket etmiş, gasb fiilinden dolayı da cezayı hak etmiş olur.

Bu görüşü benimseyenler de nehyi üç kısımda ele alırlar.¹⁴³

a. Yasaklanan şeyin zatına raci olan ve onun vücubuna tezat teşkil eden

¹⁴¹ İbn Hazm, İhkam, III, 59-62; İbn Hazm, Nebze, s. 67; krş. Alai, s. 378.

¹⁴² İbn Kudame, Ravda, s. 24.

¹⁴³ İbn Kudame, Ravda, s. 24-25; krş. İbn Lahham, s.59, 61.

nehiy: "zinaya yaklaşmayın" ayetinde olduğu gibi.

b. Yasaklanan şeyin zatına raci olmayan ve onun vucubuna tezat teşkil etmeyen nehiy, Hz. Peygamberin "ipekli giymeyiniz" yasağı ile beraber "namaz kılın" emri gibi. İpekli elbise ile namaz kılan kişi hem matlubu, hem de mekruhu yapmış olur.

c. Nehyin yasaklanan şeyin aslına değil de vafına raci olması: "namazı kılın" emriyle, "sarhoşken namaza yaklaşmayın" ve "hayız günlerinde namazı terket" yasağında, ayrıca mezarlıkta namaz, mekruh vakitlerde namaz gibi yasaklarda olduğu gibi.

Ebu Hanife nehyin, yasaklanan şeyin aslına değil, vafına raci olması durumunda, söz konusu işlemleri batıl olarak değil fasid olarak nitelendirir. Şafii ve Hanbelilere göre ise bununla, nehyin asla raci olması arasında fark gözetilmez.

Mezarlıktave hamamda kılınan namaz kişi, nehyi bilmese dahi sahih değildir.

5. Diğer Görüşler

a. Nehiy ibadetler hakkında fesadı gerektirir, muamelat hakkında fesadı gerektirmez. Bu görüş Kaffal, İmamı'l-Harameyn ve Gazzali gibi Şafii usülcülere, bir kısım Hanefilere ve bir grup Mutezili hukukçuya nisbet edilmektedir¹⁴⁴. Gazzali bu konuda şöyle der:¹⁴⁵ "Alım-satım, nikah ve hüküm ifade eden diğer tasarruflar hakkındaki nehyin fesadı gerektirmemesi tercihe şayan olan görüştür. Fesad, bu işlemlere hükümlerinin terettüp etmemesi ve bu tasarrufların hükme sebep olmaktan çıkması demektir. Kanun koyucunun, "hayız halindeki kadını boşamanı yasaklıyorum. Fakat yine de yapacak olursan boşama vaki olur." Aynı şekilde "hayvanı, gasbedilmiş bıçak ile kesmeni yasaklıyorum. Fakat buna rağmen kesecek olursan kesilen hayvan helal olur" demesi imkansız değildir. Bu ifadelerde "karını boşamanı yasaklıyorum ve boşamanı emrediyorum yada mübah bırakıyorum" ifadesindeki gibi bir çelişki söz konusu değildir. Çünkü bu ikinci ifadede vucub ile tahrim birbirine zıttır. Halbuki ilk ifadelerde haram bir şeyin, mülkiyete helalliğe ve diğer

¹⁴⁴ Amidi, II, 175; ayrıca bkz. Gazzali, Mustesfa, II, 25-27; krş. Cuveyni, Burhan, I, 293.

¹⁴⁵ Gazzali, Mustesfa, II, 25.

hükümlere alamet kılınmasında herhangi bir çelişki yoktur. Çünkü bir şeyin haram kılınması, haram kılınan şeye hüküm ve sonuçlarının dünyada terettüp etmemesini değil, haram kılınan şeyi işleyenkişinin ahirette cezaya maruz kalmasını gerektirir. Yani haram dünyevi değil uhrevi bir sonuç doğurur. O halde nehiy hukuki işlemlerde fesadı gerektirmez."

Gazzali'nin söz konusu görüşünü isbat sadedinde kullandığı gerekçelerden bir diğeri de şudur¹⁴⁶ "Satma , boşama ve nikahlama sözleri fesada delalet edecek olsaydı bu delalet ya lügatbakımından yada şer'an olacaktı. Nehyin fesada lügat yönünden delalet etmesi imkansızdır. Çünkü bazan taat mahiyetinde olan şeylerin ve şer'i sebeplerin nehyedilmesi dilde zaman zaman söz konusu olabilmektedir. Yani bir kimse mülkiyet ifade eden mesela, şu şekildeki satım akdini yapma diyebilir. Bu bakımdan nehyin fesada delaletinin lügat yönünden anlaşılması mümkün değildir. Diğer taraftan nehyin fesadı gerektirdiğine bir delil varsa ve bu delil, Hz. Peygamberden sarıh bir şekilde nakledilmişse bu şer'in lügatte bazı değişikliklerde bulunması anlamına gelir."

b. Nehiy fesad ilişkisi konusunda farklı görüşlerden bir diğeri genelde Caferi ekolüne mensup hukukçular tarafından ileri sürülen "*nehiy, ne sihhate nede fesada delalet eder*"¹⁴⁷ şeklindeki görüştür. Bu görüşe göre nehiy, bir ibadetin kaza edilmesinin gerekeceğine veya bir tasarrufun sonuçlarını doğurmayacağına değil, sadece yasaklanan şeyin "kabih", "mekruh" ve "mahzur" olduğuna delalet eder.

Sonuç olarak söylemek gerekirse, Kanun koyucu, bir şeyi yasaklamışsa, bu yasağa uyma gerekli ve arzulanan bir durumdur. Ancak bu yasağın ihlal edilmesi halinde gerek ihlal eden gereksüçüncü şahıslar açısından ne gibi sonuçların söz konusu olacağı da, hukuki bir zeminde tartışılması da ayrı bir zarurettir. Bu noktadan hareketle İslam hukukçuları, öncelikle nehyin amacını tesbit için "nehyin yorumu" üzerinde özellikle durma gereğini hissetmişler ve bu sebeple hükümsüzlüğün başta gelen kaynaklarından olan

¹⁴⁶ Gazzali, Mustesfa, II, 26. Nehiy fesadı gerektirir diyenlere Gazzali'nin verdiği cevap için bkz. Gazzali, Mustesfa, II, 26-28.

¹⁴⁷ el-Hilli, Ebu Mansur Cemaluddin el-Hasen b. Yusuf (ö. 726/1326), Mebadtu'l-Vusul İla İlmil'Usul, tah. Abdulhuseyn M. Ali el-Bakkal, Beyrut 1986, s. 118; es-San'ani, Muhammed b. İsmail el-Emir (ö. 1182/1768), İcabetu's-Sail Şerhu Buğyetu'l-Amil, tah. Huseyn Seyaği ve Hasen Makbuli el-Ehdel, Beyrut 1986, s. 294-295.

nehyi (Kanun koyucunun yasağı), çeşitli yönlerden yorumlama yönüne gitmişlerdir. Kanun koyucunun yasağı, sınırlı muayyen olaylar hakkında varid olduğu için, tartışmalar genelde bu belli örnekler üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu örnekler belki de oğünkü sosyal hayatta vaki olan ve sıklıkla ihlal edilen konuları teşkil etmektedir. İslam hukukçuları bu konular hakkında varid olan yasağı yorumlarken farklı ölçüler kullanmışlar ve tabiatıyla farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Çoğunluk İslam hukukçuları Kanun koyucunun yasağını korumada titizlik göstermekle beraber hayata intibaki sağlamak için de bazan nehyi adeta etkisiz bırakan yorumlar getirmişlerdir. Bunda salt hukuki düşüncenin mi yoksa gelişen ve değişen sosyal şart ve ihtiyaçların mı önemli rol oynadığını tesbit oldukça güç gözükmektedir.

Nehiy, yalnız başına hükümsüzlük menşei olmamakla beraber, İslam hukukunda hükümsüzlük teorisinin, işlenerek, hukukçuların pratik hayatla yakın ilgisi olan kendi doktriner görüşleriyle beslenmesi sonucunda doğup geliştiği söylenebilir.

Üçüncü Bölüm

HÜKÜMSÜZLÜK TEORİSİ

I. GENEL BİLGİLER

A. Genel Olarak Hükümsüzlük Kavramı

Kanun koyucunun veya daha genel bir ifade ile hukuk düzeninin, akitlerin muteberliği için öngördüğü *ehliyet*, *irade beyanı* ve *akit mahalli* ile ilgili olarak aradığı şartlara sahip olmayan akitler hükümsüzdür. İlk bakışta çok basit görünen bu durumdan hiç bir güçlük çıkmayacağı zannedilerek; mademki, bir akit hüküm ifade etmemektedir; o halde hükümsüz akitten , hukuk bakımından üzerinde durulabilecek her hangi bir sonuç meydana gelmez denilebilir. Ancak meseleniniçine girildiğinde, gerek teorik ve gereksepratik bakımdan bunun böyle olmadığı anlaşılır. Bir kere hukuki işlem, hükümsüz bile olsa hukuk bakımından bir hiç değildir ve en azından maddi (fili) bir mevcudiyeti vardır. Mesela, genel ahlaka aykırı olan; iki kız kardeşi beraber nikahlama, başkasının nikahlı eşini nikahlama hatta bir mahremi nikahlama gibi durumlar tetkik edilince meselenin hiç de sanıldığı kadar basit olmadığı görülecektir. Burada taraflar arasında bir irade uygunluğu olduğu gibi akdin bir konusu da vardır ve işlem çok defa ifa edilmiştir veya ifasına başlanmıştır. Bu suretle ortada "*fili bir durum*" vardır. Bu gibi işlemlerin hükümsüz olduğunu söylemekle fazla bir şey ifade edilmiş olmaz. Çünkü, hükümsüz olduğu ve kanun koyucu nazarında hiç bir kıymeti olmadığı söylenen bu hukuki işleme dayanarak tarafların mal varlıkları (mamelek) arasında fiilen bir değişiklik husule gelmiş, edimler yani karşılıklı bedeller alınıp verilmiştir. İptal edilmiş veya hükümsüzlüğü hakim tarafından tesbit edilmiş bile olsa hükümsüz işlemler hukuki hayattan peşlerinde hiç bir iz bırakmaksızın tamamen çekilemezler. Şu halde burada üzerinde durulması gereken husus; hükümsüzlüğün derecelerini tesbit, hükümsüz akdin kim tarafından, ne suretle vane zaman hükümden düşürüleceği, mahkemeye başvurmanın zaruri olup olmadığı gibi konulardır. Yine bilinmesi gereken diğer bir husus da, hükümsüz bir işlemin

sonradan yapılan irade beyanı ile yani icazet ile veya belirli bir sürenin geçmesi ile kanun koyucu nazarında muteber hale gelip gelemeyeceği ve hükümsüz bir akdin hiç değilse zahiren meydana getirdiği bütün hüküm ve sonuçların ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı keyfiyettir.

Bütün bu hususlar göz önüne alınca, hükümsüzlük ile ilgili olarak ortaya çıkan meseleler; hükümsüzlüğün mahiyeti ve çeşitleri, hükümsüzlüğü ileri sürme hakkı olanlar, hükümsüzlüğü ileri sürme şekli, davaya gerek olup olmadığı, hakimin batıl akit karşısındaki durumu, hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının zaman aşımıyla ortadan kalkıp kalkmayacağı şeklinde sıralanabilir.

İslam hukuk ekolleri, hükümsüzlük problemini oldukça detaylı olarak ele alıp incelemişlerdir. Öyle ki, kimi ekoller modern teorilerin bugün tartıştığı konuları o gün için tartışmaya açmışlardır.

Hükümsüzlük teorisinin hareket noktası, hukuki ilişkilerin kamu düzenini haleldar etmeyecek gayelere yönelik olmasını, diğer bir ifade ile kanun koyucunun maslahatları gerçekleştirme ve koruma hususundaki maksadına uygun olmasını temindir.

1. Terminoloji

İslam hukukçuları hükümsüzlüğü ifadede değişik terimler kullanmışlardır. İslam hukukçularının çoğunluğu tek dereceli bir hükümsüzlük sistemini benimsedikleri için akdin hükümsüzlüğünü ifade* konusunda *batıl* ve *fasid* terimlerini birbirinin müradifi olarak kullanmışlardır. Bu sebeple hükümsüzlük için bir üst kavrama ihtiyaç hissetmemişlerdir. Hanefi hukukçular ise cumhurun aksine prensip olarak iki dereceli bir hükümsüzlük sistemi benimsedikleri için bu iki farklı dereceyi içine alan bir üst kavrama ihtiyaç hissetmişler ve *fasid* terimine hem *butlan* hem *defesad* hatta bazı hukukçuların hukuki bir muhteva yükledikleri *kerahet*¹ halini içine alacak bir anlam yüklemişlerdir. Ancak aynı zamanda bir hükümsüzlük mertebesini belirtmek için kullanılan *fasid* teriminin bir üst hükümsüzlük kavramı olarak seçilmesi pek çok karışıklıklara, yanlış anlamalara yol açtığından dolayı biz her iki hükümsüzlük derecesini hatta *işlerlik kazanamama* (askı, tevakkuf) halini içine almak üzere *hükümsüzlük* terimini bir üst kavram, *başlık terim*

¹ Mekruh terimi hakkında bkz. Eroğlu, Selahaddin, "Mekruh", İ. İ. E. D., S. V, s.297-

olarak kullanmayı uygun gördük.

Kanaatimizce, aslında bir hükümsüzlük mertebesi olarak yorumlanabilecek olan askı halinin, çoğunluk Hanefi hukukçularınca, hükümsüzlük çerçevesi dışında tutulmasının sebepleri arasında, her derecedeki hükümsüzlük hallerini içine alabilecek bir üst kavramın bulunmayışı ve bir de batıl ve fasid terimlerinin kelime yapılarında bulunan menfi anlamın, mevkuף sözcüğünde bulunmayışı sayılabilir. Nitekim, tek dereceli hükümsüzlük anlayışını benimseyen cumhur hukukçular, Hanefi hukukçuların *mevkuף* saydığı, fuzuli'nin akdini batıl saymışlardır.

Bütün hükümsüzlükleri içine alan bir üst kavramın varlığı pek çok konunun daha kolay anlaşılmasını sağlayacaktır.

Türk Hukukunda da hükümsüzlüğü ifade için üzerinde ittifak edilmiş bir terim bulunmamaktadır. Bu yüzden hükümsüzlüğü belirtmek için, sakatlık, çürüklük gibi genel ifadelere yer verilmiştir.²

2. Müeyyide

Kişiler, istedikleri hukuki sonuçları elde edebilmek için çeşitli hukuki işlemlere başvururlar. Bu yönüyle hukuki işlemler insanlar arasındaki hukuki ilişkilerin düzenlenmesini sağlayan birer hukuki araç olmaktadır. Bir hukuki işlemde bahsedilebilmesi için öncelikle tarafların bu hukuki işlemin sonuçlarına razı olduklarını gösteren bir irade beyanlarının varlığı zaruridir. Kişiler dilekleri akitleri seçme ve sınırlı ölçüde de olsa akdin muhtevasını tayin hususunda serbesttirler. Ancak kişilere tanınan bu irade muhtariyeti mutlak değildir. Yani kişiler hukuk düzeninin çizdiği sınırın dışına çıkmadan yine hukuk düzenince belirlenen şart ve unsurlara riayet etmek şartıyla diledikleri akitleri yapmakta serbesttirler. Başka bir ifade ile bir akdin muteberliği için konulan şartlara uyulmadan yapılan işlemler, kendileriyle ulaşılmak istenen sonuçları doğuramazlar. Demek oluyor ki, kişilere tanınan irade muhtariyeti akdin muteberliği için konulmuş olan unsurlara riayetle kayıtlanmaktadır.

Hukuk düzeninin aradığı şartları tam olarak kendinde toplayan bir akit muteber olup, tarafların bu akitle elde etmek istedikleri hukuki sonuçları meydana getirir ve taraflar böyle bir akitten doğan yükümlülüklere riayet etmek durumundadırlar.

Bununla beraber öyle haller olabilir ki, başlangıçta muteber olan bir akit

² Bu konuda bkz. Güral, Jale, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953, s. 14-18.

sonradan ortaya çıkan bazı sebepler yüzünden hukuk düzeninin öngördüğü şartlara uygunluğunu kaybeder. Tarafların o akitle bağlı kalmakta devam etmeleri, toplumun adalet ve hakkaniyet hislerini rencide edebilir. Kanun koyucunun emir ve yasakları maslahatı gerçekleştirme ve mafsedei ortadan kaldırma amacına yönelik olduğu için O'nun koyduğu sınırları aşmak bu konudaki genel gayesine aykırı davranmak demektir. Kanun koyucunun kendi hukuk anlayışına asli noktalarda uymayan işlemleri meşru kabul etmesi düşünülemez. Bu yüzden Kanun koyucu bu şekildeki işlemlere hüküm ve sonuç terettüp ettirmez. Bazen de hukuk işlem daha teşekkülü anında muteberlik şartlarına sahip olmayabilir. Bu durumda, bulunmayan veya kusurlu bir şekilde bulunan şartın önem derecesine göre Kanun koyucu, değişik müeyyidelere tabi tutar. Yasaklanmış olan ve hukuk düzeninin aradığı şartlara uygun olmayan bir işlemi, duruma göre hiç bir irade beyanına gerek kalmadan butlan müeyyidesine tabi tutar. Bazen de tek taraflı bir irade beyanı veya bir dava yoluyla itiraz yetkisi verir ki, sonuçta hukuk düzeninin aradığı şartlara uygun olmayan akit ortadan kalkar. Şu halde, bu anlamdaki hükümsüzlük, hukuk düzeninin çeşitli sebepler yüzünden benimsemediği hukuki işlemlere uyguladığı bir müeyyide olmaktadır. Teknik anlamda hükümsüzlük terimiyle anlatılmak istenen de budur.

Hukuk sistemlerinin insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemek, onların genel ve özel çıkarlarını korumak, adaleti gerçekleştirmek ve aşırılıklara engel olmak için tesis edildikleri bilinen bir husustur.

Hukuk düzeni insan toplumunun düzenli yaşama arzusunun bir tezahürüdür ve bu sebeple hukuk insanlar için vardır. Bu itibarla hukukun, kurduğu düzeni ayakta tutabilmesi, onu yaşatabilmesi ve kendisinden beklenen gayeyi gerçekleştirebilmesi için koymuş olduğu kuralları çiğneyenleri, çizdiği sınırı aşanları kurallara uymaya ve çizilen sınıra bağlı kalmaya "zorlayıcı" bir güce sahip olması da gerekmektedir.³ Aksi takdirde hukuk zorlayıcı özelliğini yitirir ve uyulması gerekli bir düzen olmaktan ziyade yol gösterici ahlaki öğütler mahiyetini alır. Bu durum beraberinde kurallara aykırı davranma kolaylığını getirir; kurala uyma ile

³ Müyyide hakkında bkz. Akı, Erol, Hukukun Temel Kavramları, İzmir 1985, s. 23;

İmre, s.4,8;Hayyat, Abdulaziz, El-Müeyyedatü't-Teşriyye, Kahire 1986, s.15-21;

Zerka,

II,591-604;Ayrıca bkz. İzz

b. Abdİsselam, I, 150-167.

uymama sonuç bakımından değişmiyorsa, kişinin kurallara aykırı hareket etmekten kaçınması için bir sebep kalmaya bilir. İşte bunoktada hukukun pratiğe yansıyan en önemli özelliklerinden biri olan zorlayıcılık vasfı karşımıza çıkmaktadır. Bir hukuk sistemine bağlı olarak yaşayan kişilerin hukuka boyun eğmeleri, onun emredici kurallarına saygı göstermeleri gerekir. Diğer bir ifade ile, insanlar gerek olağan işlerinde gerekse aralarında cereyan eden hukuki işlemlerinde hukuk düzeninin çizdiği sınıra bağlı kalmak, onun fillere terettüp ettirdiği sonuçlara katlanmak zorundadırlar. Bu noktadan hareketle İslam hukukunda da diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi zorlayıcılık karakteri karşımıza temel karakter olarak çıkmaktadır. Bu zorlayıcılık vasfının inanç, ibadet ve ahlak konularında maddi müeyyide açısından söz konusu olmadığı genelde kabul edilmektedir.

Kanun koyucu insanlar arasında cereyan eden muameleler için bir takım şartlar getirmiş ve bunlara uyulmasını istemiştir. Mesela nikah akdinde icap ve kabulün dışında tarafların ehliyetini, şahitlerin şahadetini ve mehrin belirlenmesini; aynı şekilde alım-satım akdinde tarafların ehliyetini, akit konusunun mütekavim mal olmasını şart koşturmuştur. Kanun koyucu hukuki işlemler için belirlediği bu akit sistemine uygun davranılmasını sağlayabilmek için bunu garanti edecek birtakım hükümler de getirmiştir ki, bunlara en genel anlamda "müeyyide(yaptırım)" adı verilmektedir.

Müeyyide, hukuka uygun davranışın bir anlamda garantörü sayıldığından farklı mahiyet ve derecedeki hukuka aykırılık hallerinin müeyyidesinin mahiyet ve derecesi de farklı olacaktır. Bu bakımdan müeyyide genel olarak cezai müeyyide ve medeni müeyyide olmak üzere iki kısma ayrılır.

Cezai müeyyide: Hukuka aykırı davranış, toplumun emniyetini sarsacak bir suç ise, bunun müeyyidesi, kişinin bu suçu bir daha işlemeye teşebbüsten vaz geçmesini nisbeten sağlayacak bir ceza olur. Bu cezabedeni, mali, hapis ve sürgün gibi hürriyeti kısıtlayıcı olabileceği gibi, topluma teşhir etmek gibi manevi de olabilir. Bazan bu ikisinin birlikte olması da mümkündür. Bu cezai müeyyidenin, toplumda bir daha suç işlenilmemesini tamamiyle garanti ettiği söylenemez. Çünkü insanların davranışlarını tam bir kontrol altına almak mümkün değildir.

Medeni müeyyide: Hukuk düzeni, toplumun üyelerinin kendi iradeleri ile arzu ettikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlamak üzere toplumun

bütün üyelerinin uymak zorunda olduğu bir takım kurallar koymuştur. Hukuk düzeninin, koymuş olduğu bu kurallara bağlı kalmadan yapılan akitlere tepki göstereceği ve koymuş olduğu bu kurallara kayıtsız kalınmasını müeyyidelendireceği açıktır.

Hukuka aykırı davranış, hukuk düzeninin değişik akit türleri için öngördüğu şartların ihmal edilmesi kabilinden ise bu türden aykırı davranışlara engel olmak için, böyle bir işlemi yapan kişinin söz konusu işlemden elde etmek istediği semerelerden mahrum bırakılması yönüne gidilir. Yani işlem kanun koyucu nazarında boşa gitmiş sayılır ve arzulanan sonuçları meydana getirmez. İşte bu müeyyide en genel anlamda *hükümsüzlük* adını almakta ve kendi arasında birkaç türü bulunmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse akit yapma sistemine esaslı bir yönden aykırı olan işlem *butlan* müeyyidesine, ferî bir yönden aykırı olan işlem *fesad* müeyyidesine tabi tutulur. Yapılan akit üçüncü şahısların haklarına dokunuyorsa , üçüncü şahısların hakkını himaye amacına yönelik bir müeyyide uygulanır. Bu müeyyide genel anlamda *işlerlik kazanamama* müeyyidesidir. Akit, tarafların karşılıklı hakları arasında bulunması gereken dengeyi ihlal ediyorsa bu takdirde zarara uğrayan tarafa dilediği takdirde akdi feshetme serbestliği verilir. Bu serbestlik *deahyir (muhayyer bırakma)* adını alır.

Bu açıklamalardan sonra butlanı, akdin daha yapıldığı sırada, asli unsurlarından birisini kaybetmesi şeklinde tarif etmek mümkündür.

3. Butlan-İnfisah Farkı

İnfisah, akdin sonuçlarını meydana getirememesi bakımından butlana benzemekle birlikte aralarında önemli farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıkları iki temel noktada toplamak mümkündür.

Birincisi; akdin butlanı, akit yapılırken hukuk düzenine esaslı bir noktada aykırı davranılmasından ileri gelmekte, dolayısıyla akit asıl itibariyle meydana gelememektedir. Akit, bünyesinde hukuk düzenine bir aykırılık bulunmadığı için sahih olarak kurulduktan sonra artık onun batıl olması düşünülemez. Fakat daha sonra akdin butlanını gerektirecek gizli bir aykırılığın varlığı ortaya çıkarsa akde verilen muteberlik geri alınır ve akit başlangıçtan itibaren geçersiz sayılır.

İnfisah ise, akdin taraflardan birinin veya ilgili şahıs ya da mercilerin feshetmesine gerek kalmaksızın kendiliğinden sona ermesidir. Bu da, satılan şeyin, akdin sahih olarak kurulmasından sonra ve teslimden önce

satıcının yanında helak olması gibi akdin gerçekleşmesine veya devam etmesine imkan vermeyen ani bir sebebin ortaya çıkmasıyla söz konusu olur.⁴ Aslında kuruluşu itibariyle böyle bir akitte herhangi bir aykırılık bulunmadığı gibi mebiin teslimden önce helak olması da akit sistemine aykırı değildir. Ancak, mebiin helak olması akdin uygulanabilirliğine imkan vermeyen bir olay olduğu için akit kendiliğinden infisah eder.

İkincisi; butlan söz konusu olunca akit , başlangıçtan itibaren sürekli olarak yok sayılır. Fakat, infisah durumunda akit yine geriye dönük olarak ortadan kalkmakta ise de icare ve şirket akdinin infisahında olduğu gibi bazan infisah sebebinin ortaya çıkmasından itibaren ortadan kalkar. Bu halde akdin infisahına kadar olan süre içerisinde meydana getirmiş olduğu sonuçlar meşru sonuç olarak kabul edilebildiği halde, butlan sebebinin sonradan ortaya çıkması durumunda akdin, butlanın anlaşıldığı vakte kadar olan sonuçları pek meşru sonuç olarak kabul edilmez.

4. Butlan Adem-i Nefaz Farkı

Adem-i nefaz, akdin herhangi bir şahıs veya muayyen şahıslar karşısında sonuçlarını meydana getirememesi demektir. Batıl akit de sonuçlarını meydana getirememekle birlikte aralarında önemli farklar vardır. Bu farklılığı göstermek üzere zikredilen örneklerden biri şudur; duvardaki bir taşın satılması durumunda butlan değil, adem-i nefaz sözkonusudur. Bu sebeple, satıcı böyle bir akitten sonra duvardaki taşı söküp, müşteriye getirirse müşteri taşı almaya zorlanır. Sözkonusu akdin başlangıçtaki adem-i nefazı, akdin rüknünde veya akdin konusunda bulunan bir halden değil satıcı için sözkonusu olan *zarar* dan dolayıdır. Taş söküldükten sonra söz konusu engel ortadan kalkmıştır. Bu sebeple akit, o zamana kadar henüz müşteri tarafından feshedilmemişse normal olarak işlerlik kazanır ve sonuçlarını meydana getirir. Ancak buğdaydaki unun satımı durumunda ise, akit konusu mevcut olmadığı için akit kurulamamıştır. Dolayısıyla, satıcı akitten sonra buğdayı un haline getirip müşteriye teslim etse müşteri almaya zorlanamaz.⁵

B. Hükümsüzlüğün Taksimi

⁴ Kasani, V, 238; Abbadi, I, 264; Ayrıca bkz. Zuhayli, M., s. 356.

⁵ Bu konuya bkz. Kasani, V, 139; Abbadi, I, 259; krş. İbnü'l-Hümam, Feth, VI, 42; Abdülbaki, s.464-465.

1. Modern Hukukta

Modern hukukta hükümsüzlük teorileri; klasik teori ve modern teori olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Klasik teori, hükümsüzlüğü hukuki işlemlerin teşekkülündeki bir sakatlık olarak görürken modern teori bunu, bir müeyyide veya bir hukuki sonuç olarak görür. Bu bakımdan klasik teori hükümsüzlük hallerini *butlan* ve *iptal kabiliyeti* veya *mutlak butlan* ve *nisbi butlan* olmak üzere iki kategoride inceler. Halbuki, modern teori buiki hükümsüzlük kategorisi dışında, bunlardan birine veya diğerine yaklaşan ara kategorilerin varlığını kabul eder.⁶

a. Klasik Teori

aa.üçlü taksim:

Klasik teoriye göre hükümsüzlük; *yokluk*, *mutlak butlan* ve *nisbi butlan* olmak üzere üç kısma ayrılır. Ancak bu kısımların tarif ve sınırları konusunda, özellikle yokluk-mutlak butlan ayırımında, bu teori savunucularının ittifak ettikleri söylenemez. Hükümsüzlüğün üçlü taksiminin hareket noktası şöyle ifade edilir;⁷ akdin muteber bir şekilde kurulabilmesi için asli unsurlarının ve bu unsurların şartlarının bulunması gerekir. Bu şartlar asli unsurlara sıhhat kazandıran şartlardır. Akdin temel unsuru karşılıklı rızadır. Rıza; bir *konu* ve bir *sebebe* taalluk edeceğinden, akdin unsurları rıza, konu ve sebep olmaktadır. Bu üç unsura aynı akitlerde *teslim*, evlilik akdinde de *şekil* eklenir. Bu kurucu unsurlardan bir veya bir kaç eksik olursa akit *yok* sayılır. Bu merteye mutlak butlandan daha ağır bir hükümsüzlüğü gösterir.

Bu unsurların tamamı mevcut fakat herhangi birinde bir kusur varsa mesela konu muayyen değilse veya sebep meşru değilse, bu durumda akit mutlak butlanla batıl olur.

Akdin unsurları, şartlarını tam olarak taşıyorsa fakat *rıza fesadı* söz konusu ise; mesela, rıza eksik ehliyetli birinden sadır olmuşsa veya *galat*, *tedlis* veya *ikrah* ile ayıplanmışsa akit nisbi butlanla batıl olur. Ancak klasik teorinin bu üçlü hükümsüzlük taksimi değişik yönlerden tenkit edilmiştir.⁸ Bu tenkitlerin en önemlileri iki noktada toplanmaktadır.

Birincisi; yokluk ile mutlak butlanı ayrı ayrı dereceler olarak kabul

⁶ Güral, s. 91; Tunçomağ, I, 171; Eren, I, 355.

⁷ Senhuri, Nazariyyetu'l-Akd, s.603-604; Vasit, I, 489.

⁸ Yokluk-Mutlak butlan ayırımının tenkidi için bkz. Güral, s.76-89.

etmek gereksizdir. Modern hukukçuların çoğu klasik teoriyi bu ayırım yüzünden tenkit etmişlerdir. Bunlara göre "yokluk-mutlak butlan ayırımı" mantıkla çatıştığı gibi pratik bir faydası da yoktur. Mutlak butlanla batıl olan akit , hukuki varlığa sahip olmadığına göre bu bakımdan yok akitle bir farkı kalmamaktadır. Bu ayırımın pratik bir faydası da yoktur. Çünkü, yok akdin hükümleri batıl akdin hükümleri gibidir. Her ikisi de hukuki sonuç doğurmaz, icazetle muteberlik kazanmaz ve zaman aşımına uğramaz. O halde, butlanla yokluğu ayrı ayrı mertebeler olarak değil de, bir tek mertebe olarak kabul etmek daha uygundur.

Yokluk-mutlak butlan ayırımı ne Roma hukukunda⁹ ne de eski Fransız hukukunda vardır. Bu ayırımı yeni Fransız hukuku evlilik akdi münasebetiyle ortaya atmıştır. Yeni Fransız hukuku, evlilik akdini sarsıntılardan korumak için "*evlilik akdinde kanun maddesi olmaksızın butlan olmaz*" kuralını getirmişti. Fakat "aynı cinsten iki kişinin evlenmesi", "resmi yetkisi olmayan birinin nikah akdini yaptırması" gibi durumlarla karşılaşınca, bu gibi durumlardaki kanun boşluğunu doldurmak üzere yeni Fransız hukukunda *yokluk teorisi* ortaya atılmıştır.¹⁰ Bazı hukukçular, yokluk-mutlak ayırımının sadece tabiatı icabı diğer akitlere benzemeyen nikah akdinde yapılabileceğine işaret etmişlerdir.¹¹

bb.ikili taksim

Klasik teoriyi, yokluk ile mutlak butlanı ayrı dereceler olarak kabul etmesi yüzünden tenkit eden çoğunluk hukukçular, bu ayırımı gerek olmadığını ve hükümsüzlüğün mutlak butlan ve nisbi butlan olmak üzere iki kategoride incelemenin hukuk tekniği açısından daha isabetli olduğunu öne sürmüşlerdir. Bu suretle bazı istisnalar hariç, mutlak butlanın bütün halleri bir kurala; nisbi butlanın bütün halleri de başka bir kurala tabi olacağından hükümsüzlük sistemi daha kolay kavranılabilecektir.

Bu taksime göre mutlak butlan genellikle objektif esaslara dayanmaktadır. Akdin üç kurucu unsuru vardır. Bunlardan herhangi biri

⁹ Roma hukukunda sadece tek dereceli bir hükümsüzlük anlayışı vardı. akit kendisi için öngörülen şekil'e uyulmadan veya kuruluş şartlarından biri eksik olarak yapılmışsa mahkeme kararına gerek olmadan *kanun hükmüyle* batıl olurdu.

Daha sonraları butlanınyanında eksik ehliyetlileri korumak amacıyla *istirdad davası* denilen bir müessese ihdas edilmiştir. Senhuri, Nazariyyetu'l-Akd, s.602-603.

¹⁰ Senhuri, Nazariyyetu'l-Akd, s.607; Vasit, I, 489.

¹¹ Senhuri, Vasit, I, 490; Aybay, s.49.

bulunmazsa akit mevcut olamaz. Bir unsurun yok olması, o unsurun şartlarından birinin kusurlu olması demektir. Mesela rıza unsurunda; temyizinin bulunması ve kabulün icaba uygun olması şarttır. Bu şartlardan herhangi biri kusurlu olursa akit batıl olur. Burada butlanı eşyanın tabiatı gerektirmekte veya kanun, kamu yararını korumak için onu varsaymaktadır.

Nisbi butlan ise daha ziyade rıza unsuruyla ilgili olarak meydana gelmektedir. Buna göre ehliyet eksikliği vızanın ayıplı olması durumunda genel kurallar uyarınca nisbi butlan söz konusu olur. Bununla birlikte kanun bazı durumlarda akdin nisbi butlanla batıl olduğunu özel olarak belirtir. Mesela kanun başkasının mülkünü satmanın nisbi butlanla batıl olacağına hükmetmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki bu butlan nisbidir; fakat nisbi butlanla ilgili genel kurallardan değil kanun metninden anlaşılmaktadır.

Nisbi butlanın temelinde yatan fikir şudur: Kanun, taraflardan birini -ki bu çoğunlukla zayıf taraftır-, himaye etmek istemektedir. Bu sebeple zayıf taraf, tecrübesizliği veya iradesinin fesada uğraması nedeniyle beyan ettiği iradeyle bağlı kalmaz. Kanunun zayıf tarafı himaye etmesinin, sadece özel maslahatı değil aynı zamanda genel maslahatı koruma amacına yönelik olduğu da ifade edilmektedir.

b. Modern Teori

Modern hukuktaki hükümsüzlük teorilerinden biri de modernteoridir. Bu teori, birbirinden kesin çizgilerle ayrılmış ikili veya üçlü hükümsüzlük kategorisini reddederek bu kategoriler dışında bunlardan birine veya diğerine yaklaşan ara kategorilerin varlığını kabul eder. Modern teoriyi savunan hukukçulara göre klasik teorinin ikili hükümsüzlük anlayışı, çeşitli ihtiyaçlara cevap veremeyecek ölçüde, dar ve donuktur. Hükümsüzlüğü iki veya üç dereceye hasretmek doğru değildir. Bgörüşte olanların hareket noktası şöyle ifade edilmektedir: Kanun muayyen sonuçlar doğurabilmesi için, akdin birtakım şartlara riayet edilerek yapılmasını öngörmüştür. Bu şartlardan herbiri muayyen bir gayenin gerçekleşmesi için konulmuştur. O halde akdin şartlarından birinde bir kusur varsa, akdin sadece söz konusu şarta tekabül eden yönden hükümsüz olması gerekir. Bu suretle kanunun hedeflediği gayelere uygun olarak çeşitli derecelerde hükümsüzlük çeşitleri olacaktır. Bu teorinin uygulama bakımından daha esnek olduğu ileri sürülmekle beraber, bu teoride çeşitli yönlerden tenkide

uğramıştır. ¹²

2. İslam Hukukunda

Genel olarak hukuki işlemin, hukuk düzenine, daha özel bir ifadeyle emredici kurallara aykırılığının bir sınıflaması olarak ifade edilebilecek olan hükümsüzlüğün taksimi meselesi, Batı hukuklarında olduğu gibi, İslam hukukunda da söz konusu edilmiş ve özellikle Hanefi ekolü ile diğer ekoller arasında esaslı bir görüş farklılığına yol açmıştır.

İslam hukuk ekollerinin hükümsüzlük anlayışları, buna bağlı olarak hükümsüzlüğün taksimi meselesine yaklaşımları oldukça farklıdır. Öyle görünüyorki bu farklılığın sebeplerinden birisini; onların akdin şartlarını tesbitteki görüş ayrılığı teşkil etmektedir. Nitekim Hanefi hukukçular akdin meydana gelmesi için gereken şartların akdin kuruluşuna aynı oranda etki etmediklerini, bu sebeple akdin kuruluşunda aynı öneme sahip olmayan şartların, tek dereceli bir hükümsüzlük müeyyidesine tabi tutulmasının uygun olmayacağını ileri sürmüşler ve tek dereceli hükümsüzlük yerine, ihlal edilen şartın, akdin kuruluşunda oynadığı role göre değişebilen iki dereceli bir hükümsüzlük sistemi kurmuş ve geliştirmişlerdir.

Cumhur hukukçular ise Hanefi hukukçuların aksine, akdin şartlarını bir bütün olarak ele almış ve genelde eşdeğerde kabul etmişlerdir. Bu sebeple akdin tek tek herbir şartının eksikliğinde uygulanacak müeyyide pek değişmemiştir.

Buna göre, gerek akdin şartlarının tesbit ve tasnifinde ve gerekse buna bağlı olarak hükümsüzlüğün tesbit ve taksiminde, İslam hukukçuları arasındaki görüş ayrılığının temelinde, *asli unsur-fer'i unsur* anlayışındaki, farklılığın yattığı söylenebilir.

İslam hukuk doktrinde "yokluk" ve "butlan" ayırımı yapılmadığını, diğer bir ifadeyle yokluk ile butlanın aynı kabul edildiğini bu arada ifade edelim.

Hanefi ekolünde tek dereceli bir hükümsüzlük yerine, prensip itibariyle iki dereceli bir hükümsüzlük anlayışı benimsenmiştir. Ebu Hanife'nin bu konuda getirdiği *asıl'a asıl ile vasıfa vasıf ile mukabele etme* ¹³ şeklindeki ölçünün onun prensip itibariyle en az iki dereceli bir hükümsüzlük

¹² Senhuri , Nazariyyetü'l-Akd, s. 608-609; Masadır, IV, 86-87.

¹³ Karafî, Furuk, II.84.

anlayışına sahip olduğunu açıkça gösterdiği söylenebilir. Bu anlayışın tabii sonucu olarak Hanefi ekolünde iki dereceli bir hükümsüzlük anlayışı benimsenmiş ve batıl akit ile fasid akit şeklinde ikili bir hükümsüzlük taksimine gidilmiştir. Bu ayırımı göre batıl akit, 'şarap ve hür insanın satımı'nda olduğu gibi, aslı itibarıyla in'ikat etmeyen akit; fasid akit ise 'ribalı alım-satım' gibi asıl itibarıyla in'ikat etmiş fakat vasfı itibarıyla in'ikat etmemiş akit şeklinde tarif edilmiştir.¹⁴

Asıl ve vasıf terimleri biraz daha açılarak, butlan ve fesad ayırımı şu şekilde de ifade edilebilir; rükün veya mahallinde bir kusur bulunan akit batıl, rükün ve mahallinin dışında bir hanel bulunan akit ise fasiddir.¹⁵ Mesela, gayri mümeyyiz çocuğun yapacağı alım-satım, rükünün bulunmaması sebebiyle "aslen memnu" iken, ribalı alım-satım bir akit çeşiti olması sebebiyle "meşru" fakat ribalı olması itibarıyla de "memnu"dur.

Hanefi hukukçular bir şeyin vasfı itibarıyla memnu olmasının, aslı itibarıyla de memnu olmasını gerektirmeyeceği kuralını esas alarak sahih ile batıl arasında yeni bir "*ara mertebe*" ihdas etmişlerdir.

Hanefi ekolü dışındaki cumhur hukukçular, Hanefilerin ikili hükümsüzlük sistemlerine karşı çıkararak, tek dereceli bir hükümsüzlük anlayışını benimsemişlerdir. Bu sebeple cumhur hukukçular batıl ile fasidi Hanefilerin aksine birbirinin müradifi olarak kullanmışlardır. Aynı şekilde akdin vasfının da tıpkı aslı gibi taraflarca arzulandığını bu bakımdan vasıftaki sakatlığın asıla da zarar vereceğini ve vasfın vasıflanandan ayrı mevcut olamayacağını ileri sürerek Hanefilerin *asıl-vasıf* ayırımını tenkit etmişlerdir.

Şafii ekolünde butlan ve fesad terimleri, aralarında hiçbir fark gözetilmeksizin birbirinin müradifi olarak kullanılmaktadır.¹⁶ Ancak, butlan ile fesad arasında ayırım yapılmaması prensip olarak kabul edilmekle beraber, bir çok fer'i meselede bu prensibe aykırı olarak batıl-fasid ayırımı yapıldığı ifade edilmektedir.¹⁷ Şafii hukukçulardan İznevi, Şafii

¹⁴ İbnü'l-Hümem, Feth, VI, 42; İbn Nuceym, Eşbah, s. 185; Molla Husrev, Dürer, II, 168.

¹⁵ Kasani, V,299, 305; Ayrıca bkz. Mecelle, md. 362,364; Almi Haydar, II, 668; Atuf Bey, Buyu', s.152; Alai, batıl-

fasid ayırımını lugatte bir dayanağı bulunmadığını bu sebeple Hanefilerin bu ayırım konusunda şer'i bir dayanak getirmeleri gerektiğini ifade eder.Alai,s. 283

¹⁶ Zencani, s. 168; İznevi, Temhid, s. 59; Taftazani, Telvih, II, 123; Ayrıca bkz. Gazzali, Mustesfa, I,95.

ekolünde batıl-fasid ayırımı yapılan konuları şöyle ifade eder;

Kitabet ve Hul': Kitabet ve hul', eğerkan vb. gibi asla maksud olmayan bir bedel (ıvaz) karşılığında yapılırsa veya akdi yapan kişide küçüklük yada sefeh gibi bir kusur söz konusu ise batıl olur. Bunun dışında diğer akitler için butlan sebebi olan hususlar kitabet ve hul'u fasid kılar.

Bu akitlerdeki batılın hükmüne gelince, batıl kitabet ve hul' işlemine her hangi bir mal terettüp etmez. Yani söz konusu işlemler batıl olduğu için ne köle ne de karı bir mal ödemek durumunda kalır. Bu akitlerin fasid olması durumunda ise, itk ve talak gerçekleşir. Yani fasid kitabet ve hul', fesada rağmen sonuçlarını meydana getirir. Bununla birlikte koca ve efendi isterlerse *kıymet* ile rücu edebilirler.¹⁸

Ariyet: İsnevi'nin (ö.771/1369) ifadesine göre ariyetteki butlan-fesad ayırımına, Gazzali (ö.505/1111), Vasit isimli eserinde, dirhem ve dinarın ödünç verilmesinin(iare) sahih olup olmadığı konusundaki ihtilafı ele alırken değinmiş ve bu akdin iptal edilmesi halinde, söz konusu iare fasid olduğundan tazmin gerekeceğini; bir kısım hukukçulara göre ise dirhem ve dinar, iare akdine konu olmaya uygun bulunmadığından söz konusu iare akdinin batıl olacağını ve batıl akitte tazmin söz konusu olmayacağını belirtmiştir.

İsnevi, Şafii ekolünde batıl-fasid ayırımının sadece söz konusu bu meselelerle sınırlı olmadığını, icare ve hibe gibi *tazminin söz konusu olmadığı* akitlerde de bu ayırımın geçerli olduğunu ileri sürerek, icare ve hibe akdindeki batıl-fasid ayırımını şöyle ifade etmektedir.¹⁹ İcare ve hibe akdi sefih veya mümeyyiz olmayan küçük tarafından yapılırsa, kiraya verilen veya hibe edilen malın, kiracı veya hibeyi kabul eden kişi elinde telef olması halinde tazmin gerekir. Tazmin gerekip gerekmemesi bakımından her hangi bir akdin sahihi ile fasidi arasında bir fark olmadığına göre; eğer söz konusu akit fasid olsaydı tazmin gerekecekti; tazmin gerekmediğine göre akit fasid değil batıldır.

Hanbeli ekolünde de prensip olarak fasid-batıl ayırımı yapılmamış ve her iki terim birbirinin müradifi olarak kullanılmıştır. Ancak tıpkı Şafii ekolünde olduğu gibi Hanbeli ekolünde de bir çok konuda batıl-fasid ayırımına başvurma zorunda kalınmıştır. ²⁰ Hanbeli ekolünde fasid nikah

¹⁷ İsnevi, Temhid, s.59-60.

¹⁸ İsnevi, Temhid, s.59.

¹⁹ İsnevi, Temhid, s.60.

ile batıl nikah arasındaki farkı göstermek üzere kabul edilen ölçü şudur: Fasid nikah, hükmü konusunda ictihadın caiz olduğu, diğer bir ifadeyle “hükmü, ulema arasında *muhtelefun fih*” olan nikah akdi fasid, “batıl olduğu konusunda *icma* olan nikah akdi” de de batıldır.

C. Hükümsüzlüğün Menşei Problemi

Nehiy-fesad ilişkisi konusunda İslam hukuk ekollerinin görüşlerinin hükümsüzlüğün menşei problemine kısmen de olsa ışık tuttuğu söylenebilir. Genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse; nehyin fesadı gerektireceği görüşünde olan hukukçular bir anlamda hükümsüzlüğün menşei olarak nehyi kabul etmiş sayılabilirler. Bununla birlikte bir kaç sınırlı ve örtülü işaret bir tarafa bırakılacak olursa İslam hukukçularının söz konusu problemi açıkça belirttiklerini söylemek zor gözükmemektedir.

Bununla birlikte İslam hukuk ekollerinin gerek nehy-fesad ilişkisi gerekse genel hukuk anlayışları göz önüne alınarak söz konusu problem hakkındaki görüşlerinin yaklaşık olarak tesbit edilmesi mümkün gözükmemektedir. Hanefi ekolünde nehy, prensipitibariyle hükümsüzlük menşei olarak kabul edilmemektedir. Daha önce de belirtildiği gibi Hanefi ekolünde öncelikle bütün akitlere uygulanabilen asli unsur-feri unsur ayırımı ve bu unsurların tesbiti büyük ölçüde yapılmış olup, hükümsüzlük bu unsurların eksikliğinin tabii bir sonucu olarak değerlendirilmiştir. Eğer nehy akdin asli bir unsurunun gerçekleşmemesi sonucunu doğuruyorsa, yani nehyin yöneltildiği husus olmaksızın akdin meydana gelebilmesi mümkün olamıyorsa, bu durumda nehy *nefy*'den mecaz olur ve akit, nehyin sonucu olarak değil asli bir unsurunu kaybetmenin bir sonucu olarak batıl olur. Eğer nehy akdin fer'i bir unsuru ile ilgili ise bu durumda akit fer'i bir unsurunu kaybetmenin bir sonucu olarak fasid olur.

Burada teorik yönden önemi büyük olan konulardan biri, Hanefilerin asli unsur ve fer'i unsuru tesbitteki ölçülerinin belirlenmesidir. Bu ölçünün belirlenmesinde asıl fonksiyonu kanun koyucunun emredici kuralları mı yoksa daha ziyade akli ölçülere dayalı akit tasavvurunun mu yüklendiği hususu açıklığa kavuşturulursa Hanefilerin hükümsüzlük menşei konusundaki görüşlerine dolaylı da olsa ışık tutulmuş olacaktır.

²⁰ İbn Kudame, Ravda, s.31; Abdülhak, Safiyyüddin Abdülmümin el-Bağdadi (ö.739/1338), Kavaidü'l-Usul ve Meakidü'l-Fusul, Beyrut 1986, s.12; İbn Lahham, s.

Hanefi ekolündeki bu asli unsur-fer'i unsur yaklaşımından hareketle Hanefi ekolünde akdın canlı bir organizmaya benzetildiği ve hükümsüzlüğün hukuki işlemin unsurlarındaki bir sakatlık olarak değerlendirildiği söylenebilir. Bu anlayışın gereği hukuki işlemin canlılığını ve işlerliğini doğrudan sağlayan unsurlara *asli unsur* denmiş ve bunlar genelde akdın rüknü ve mahalli olarak belirlenmiştir. Hukuki işlemin işlerliğine yardımcı olan ikinci derecede unsurlar *isfer'i unsurlar* olarak kabul edilmiştir. Buna göre rükün veya mahallinde bir kusur bulunan akit batıl, bunun dışında bir kusuru bulunan akit ise fasiddir.

Şafii ve Hanbeli ekolünde nehiy-fesad ilişkisine getirilen yorumlardan hareketle nehyin hükümsüzlük menşei olarak ele alındığı söylenebilir. Nitekim Şafii hukukçulardan Rafii (ö.623/1226) bunu, "*hükümsüzlüğün (fesadın) sebebi nehiydir*"²¹ sözüyle açıkça belirtmektedir.

Çoğunluk hukukçulara göre husun-kubuh, emir ve nehye racidir. Bir şey bizzat(liaynihi) güzel ve çirkin olamaz. Bir şeyin kabih ve haram olmasının anlamı, söz konusu şeyin nehyin müteallakı olmasıdır.²² Bu bakımdan bayram günü oruç tutma nezri, nezir olarak gerçekleşmediği gibi, o gün tutulan oruç da sahih olmaz. Bunun sebebi, hakkında varid olan nehiydir.

Aynı şekilde nehyin mefsedetlere dayandığı hususu göz önüne alınırsa, *mefsedet* ile *hükümsüzlük* arasında, sebep-sonuç ilişkisine yakın bir ilişkinin varlığı söylenebilir. Buradan hareketle de , hükümsüzlüğün, kanun koyucunun mefsedetleri yok etme ve maslahatları gerçekleştirme amacına aykırılığın bir müeyyidesi olarak yorumlanması mümkün gözükmemektedir. Nitekim Şatibi (ö. 790/1388), konun koyucunun maksadına aykırı olarak yapılan işlemlerin yok hükmünde tutulacağına işaret etmektedir.²³

Sonuç olarak söylemek gerekirse, İslam hukukunda *hükümsüzlüğün menşei*, Kanun koyucunun emredici hükümleri ile korumayı amaçladığı fertlerin birbirleriyle olan hukuki münasebetlerinde *istikrarın bozulması* olarak ifade edilebilir. Bu bakımdan Kanun koyucunun özel bir yasağı olmadığı halde bazı hukuki işlemler *gayr-i mutad* olduğu gerekçesiyle hükümsüz sayılmıştır.²⁴

²¹ er-Rafii, Abdulkerim b. Muhammed (ö. 623/1226), Fethu'l-Aziz Şerhu'l-Veciz (el-Mecmu' ile birlikte), Kahire ts., VIII, 190.

²² Zencani, s. 244.

²³ eş-Şatibi, Ebu İshak İbrahim b. Musa el-Ğirnati (ö. 790/1388), el-Muvafakat fi Usuli's-Şeria, Kahire ts., II, 344.

²⁴ Mavsili, II, 7.

II.BUTLAN

Butlan, hukuk düzeninin, akdin rükün ve şartlarının eksikliğine terettüp ettirdiği bir "ceza" olarak değerlendirilebilir. Butlan daha ziyade, akdin asli unsurlarının yokluğundan kaynaklandığı için butlan sebepleri; "ehliyet yokluğu", "akdin konusunun yapılan işleme uygun olmaması" ve kanunun belirli akitler için öngördüğü "şekil" şartının bulunmaması olarak özetlenebilir. Buna göre, küçük ve delinin yaptığı akit; vakıf malının satılması, mahremiyle evlenme gibi konunun akde elverişli olmadığı akitler ile şahitsiz evlenme gibi, şekil şartına uyulmadan yapılan akitler batıldır.

A. Butlanın Özellikleri

1.Bir şeyin batıl olması ona dahil olan ve onun üzerine bina edilen şeylerin de butlanını gerektirir

Butlanın özelliklerinden biri de, batıl akdin prensip itibariyle herhangi bir şeye sebep ya da mesnet olmamasıdır. Buhusus Mecelle'de "*Bir şey batıl oldukça, onun zımındaki şey dahi batıl olur*"²⁵ şeklinde ifade edilmiştir. Bu bakımdan batıl akde istinaden meydana gelen söz ve fiiller de batıl olur. Mesela normal halde, teati ile alım-satım akdi yapılabildiği halde batıl akde istinaden yapılan bir teati ile akit kurulmaz.

Aynı şekilde bir kimse akit esnasında mülkiyetinde bulunmayan bir malı sattıktan sonra ona malik olsa ve önceden yaptıkları akde binaen müşteriye teslim etse temelde batıl bir akit bulunduğu için, bu teati bir şey ifade etmez ve akit batıl olarak kalmaya devam eder. Burada tarafların, batıl akdi tenfiz etmek üzere karşılıklı olarak semen ve mebli kabzetmeleri teati ile alım-satım sayılmaz. Çünkü taraflar bu karşılıklı kabzı batıl akit üzerine kurmayı kasetmişlerdir. Ancak karşılıklı kabz (teati), batıl akde bina edilmeyerek ve batıl akdi tenfiz kasdıyla olmayıp, batıl akitten kuruluş şartlarına haiz *teati* işlemine dönülerek yapılmış olursa, bu teati hüküm ve sonuç meydana getiren yeni bir akit, daha doğrusu batıl akdin *fiili olarak yenilenmesi* olur. Butlanın bu özelliği konusunda şu örnekler verilebilir:

²⁵ Mecelle, md. 62.

Batıl olarak vuku bulan bir akit, bazı şartları ihtiva ediyorsa ve semen de akit esnasında belirlenmişse, akdin batıl olmasıyla birlikte bu şartlar ve semen tayini de batıl olur. Taraflar bu şartlarla bağlı olmaz. Taraflar, akdi yeniden sahîh bir şekilde yapsalar dahi önceki şart ve fiyat tayini batıl olduğu için, şartları ve semeni yeniden ele alıp belirlemek durumundadırlar.

Aynı şekilde, bir kimse bir mal satın parasını alsa ve müşteri satıcıyı semenle ilgili her türlü davadan ibra etmiş olsa; daha sonra mebi' kendisinde başkasının hakkı bulunması sebebiyle (bi'l-istihkak), müşteriden geri alınsa, bu durumda böyle bir akdin zımında söz konusu edilen ibra'nın hiç bir etkisi kalmaz ve ibra batıl olur. Dolayısıyla müşteri vermiş olduğu semeni satıcıdan geri alır.

Yine bir kimse batıl bir akit ile satın aldığı şeyi kabzedip başka birine satsa, müşterinin bu tasarrufu, ilk satıcının mebiî ikinci müşteriden geri almasına engel teşkil etmez. Çünkü batıl bey' mebiin mülkiyetini birinci müşteriye nakletmemiş, dolayısıyla birinci müşteri kendi mülkü olmayan bir şeyi satmıştır.

Senhuri, bu şekildeki akdin sıhhatinin, asıl malikinin icazetine bağlı olduğunu söyler ki kanaatimizce, batıl akdin icazetle sıhhat kazanacağı anlamını ihtiva eden bu görüş, İslam hukuk doktrinindeki butlan anlayışına tamamen aykırı gözükmektedir.

2. Batıl Akitlerde İcazet

Mecelle'de, rızaya delalet eder her türlü fiil ya da söz olarak tarif edilen *icazet*,²⁶ İslam hukuk literatüründe zaman zaman hem önceden *izin verme* hem de yapılmış bir işlemi sonradan *tasvip etme (onaylama)* anlamında kullanılabilir. Fakat bu terim çoğunlukla, mevkuף akit, muhayyerlik şartı bulunan akit, veya vekilin vekalet sınırlarını aşarak yaptığı akitlerde olduğu gibi, kanunun kişiye devam ettirme (takrir) veya ortadan kaldırma (red) hakkını verdiği, mevcut fakat hüküm ve sonuçlarını meydana getirmeyen işlemlere işlerlik kazandırmaya yarayan tek taraflı irade beyanı anlamında kullanılmaktadır.²⁷ İşlemi takrir ve red yetkisine sahip kılınan kişi dilerse akde icazet verir ve akit hükümlerini doğurur, dilerse işlemi reddeder ve akit batıl olur.

Batıl akitlerin icazeti meselesine gelince; bu, hükümsüz bir akitteki

²⁶ Mecelle, Md. 303, 304.

²⁷ Zerka, II, 665; krş. Kasani, V, 148; Ali Haydar, II, 475-479.

butlan sebebini öğrendikten sonra, ilgili tarafların, bunu muteber saydıklarını ya da ona rıza gösterdiklerini tek taraflı irade beyanlarıyla bildirmeleridir. Bu tasvip, sarıh bir şekilde olabileceği gibi zımni bir şekilde de olabilir. Hükümsüzlük sebebini öğrenmelerine rağmen, ilgililerden birinin hiç ses çıkarmaması ve hükümsüzlüğe rağmen batıl akdi ifa etmesi zımni tasviptir. Bu tasvip, bir bakıma, hükümsüzlüğü dermeyan etme(ileri sürme) hakkından vazgeçme anlamındadır.

Tasvip, ilgili tarafların, hükümsüz olan işlemi sonradan düzeltmelerine yani hükümsüzlüğü gerektiren sebebi ortadan kaldırmak suretiyle, işlemi kanunun aradığı muhtevaya irca etmeleri anlamında da kullanılmaktadır. Ancak bu, gerçek anlamdaki tasvip değildir. Her iki anlamıyla da tasvip, batıl akitler için söz konusu değildir. Yani taraflar, ne butlan sebebine razı olduklarını bildiren irade beyanlarıyla ne de butlan sebebini ortadan kaldırmak suretiyle batıl akde muteberlik ve işlerlik kazandırabilirler. Çünkü, batıl akit hukuk nazarında *yok hükmünde* sayıldığı için, tasvipte gayesine ulaşması yani sonuçlarını meydana getirmesi mümkün değildir. Diğer taraftan, tek taraflı bir irade beyanı olan tasvip, hukukun yok saydığı bir akde varlık kazandırma gücüne sahip değildir.²⁸ Şafii, bu hususa şu örneği verir: Bir kimse, bir kadını, kadının izni -ve rızası- olmaksızın nikahlasa; daha sonra kadın bu durumu öğrenip akde icazet verse (akdi tasvip etse), söz konusunun nikah akdi başlangıçta *kanuna aykırı (menhiyyun anı)* olarak meydana getirildiği için bu icazetle caiz hale gelmez.²⁹

Taraflar, batıl akdin gayesine ulaşmasını istiyorlarsa, bunun için takip edecekleri bir tek yol, bir tek çözüm vardır; o da, söz konusu akdi bütün şartlarına uygun olarak *yeniden* yapmaktır. Bu husus şöyle açıklanabilir. Akit, taraflardan birisinin ehliyet yokluğundan dolayı batıl olmuşsa, tasvipte muteber hale gelmesi mümkün değildir. Mesela, akli dengesi yerinde olmayan bir kimse(mecnun), bir şey satsa veya mümeyyiz olmayan küçük, malının bir kısmını hibe etse, söz konusu kişiler tasarruf ehliyetine kavuştuklarında yani mecnun, akli başına geldiğinde, çocuk büluğa erdiğinde, yapmış oldukları akitleri tasvip etseler, bu tasvip, ehliyetleri yok iken yaptıkları akitlere muteberlik kazandırmaz. Çünkü, bu akitler, yapıldıkları anda batıl oldukları, bazı modern hukukçuların benzetmesiyle

²⁸ Dureyni, s. 383; Ayrıca bkz. Serahsi, Mabsut, XI, 65; Kasani, V, 77; Hamevi, II, 274;

Sadra, s. 78; Akil, s. 199.

²⁹ Şafii, Risale, s. 348.

ölü doğdukları için, artık tasviple muteber hale getirilmeleri, *diriltilmeleri* mümkün değildir.³⁰ Batıl akdin, icazetle geçerli hale gelemeyeceği hususuna şu örnekler verilebilir.

Veli ya da vasisi, mümeyyiz olmayan küçüğün malından bağışta bulunsalar ya da malının bir kısmını gabn-ı fahişle satsalar, mümeyyiz olmayan küçük bülüğa erdikten sonra, kendi malından yapılan bu işlemleri tasvip etse, söz konusu akitler baştan beri batıl oldukları için, bu tasviple muteber hale gelmez.³¹ Aynı şekilde, fuzulinin yaptığı alım-satım akdinin, işlerlik kazanması (nefaz), asıl malikin icazetine bağlıdır. Asıl malik, fuzulinin kendi malından yaptığı bu tasarruftan haberdar olunca önce tasvip etmediğini beyan etse, artık bu menfi beyanından dönüp, söz konusu işlemi tasvip edemez. Çünkü akit önceki red ile batıl olmuştur ve artık icazetle muteberlik kazanması mümkün değildir.³² Akdin meydana gelip hükümlerini doğurması isteniyorsa, akdin "*yeniden*" yapılması gerekir.³³ Burada şöyle bir soru sorulabilir: Taraflar yaptıkları işlemin batıl olması üzerine, yeniden yaptıkları işlemi, sarih irade beyanlarıyla batıl akdin yapıldığı andan itibaren geçerli hale getirebilirler mi?

Kanaatimizce, İslam hukukundaki genel butlan anlayışı göz önüne alınınca bu soruya olumlu cevap vermek pek mümkün gözükmemektedir.

Bu kuralın örneklerinden biri de şudur: Taraflardan biri icapda bulunsa, öteki taraf önce bu icabı reddetse, sonra kabul ettiğini beyan etse akit kurulmuş olmaz. Çünkü, icap, ilk önce vuku' bulan red ile batıl olmuştur. Bununla birlikte daha sonra beyan edilen kabul iradesi, yeni bir icap olarak varlığını devam ettirir. İlk defa icapda bulunan tarafın, bu yeni icabı kabul etmesi halinde akit kurulmuş olur.³⁴

Batıl akdin niçin icazeti kabul etmediği açıktır. Bu, her şeyden önce butlanın mahiyetinin tabii bir sonucudur. Çünkü batıl akde, "hukuk

³⁰ Senhuri, IV, 135; Atif Bey, Buyu', s. 156; krş. Cancino, s. 124-125.

³¹ Mağniyye, III, 64; Zerka, II, 667; Akil, s. 199.

³² Şaşi, bu meseleyi bazı harflerin anlamlarından bahsederken şu şekilde zikreder:

Bir carıye, efendisinden izinsiz olarak yüz dirhem mehir karşılığında evlense, efendisi durumu öğrenince "ben bu akdin yüz ydirhem mukabilinde yapılmasına icazet vermiyorum fakat yüz elli dirhem mukabilinde yapılmasına icazet veriyorum" dese, akit ilk defa söylenen icazet vermiyorum sözüyle batıl olduğu için artık ikinci icazetle sahih hale gelmez. Şaşi, s. 210; krş. Kerderi, V, 44-45.

³³ Zerka, II, 667.

³⁴ Zerka, II, 667.

nazarında yok sayılma" gibi bir muhteva yükledikten sonra, onun icazetle muteber hale gelmesini beklemek anlamsızdır. Çünkü *yok olan bir şey tasvip edilemez*.³⁵

Diğer taraftan butlan, menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebildiğine göre, ilgililerden birinin, batıl akdi tasvip edip muteberhale getirmesi, bu batıl akit sebebiyle menfaati haleldar olan diğer ilgililerin butlanı ileri sürme haklarından mahrum bırakılması sonucunu doğurmaktadır. Bu da onların zarara uğratılması demektir ki caiz görülmez.

Aynı şekilde batıl akitte tarafların, butlanı ileri sürme haklarından vazgeçmeleri caiz değildir. Taraflar batıl akde rıza göstermek suretiyle butlanı ileri sürme hakkından vazgeçseler dahi, batıl akit sahih hale gelmez.³⁶

İcazet (tasvip) ile tecdid (yenileme) arasındaki farklar şöyle sıralanabilir: ³⁷

a. İcazet tek taraflı bir irade beyanı olduğu halde, akdin yeniden kurulması için karşılıklı iki iradenin uyuşması gerekir.

b. İcazet, yeni bir borç ihdas etmeyip eski borcu muteber hale getirdiği halde; yenileme durumunda eski borç ortadan kaldırılıp, yeni bir borç ihdas edilir.

c. İcazette, makale şümül vardır ve tasvip edilen akdin hükümve sonuçları, akdin ilk yapıldığı andan itibaren meydana gelir. Halbuki yenilemede akdin hüküm ve sonuçları yenileme tarihinden itibaren meydana gelir.

Butlan sebebinin sonradan giderilerek akdin tashih edilmesinin mümkün olmadığı hususu, İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından benimsenmiştir. Bununla birlikte Hanefi ekolünde bu konuda batıl ile fasid arasında fark gözetilmektedir. Buna göre, batıl akdin sahihe dönüşmesi mümkün görülmezken, fesad sebebinin kaldırılmasıyla fasid akdin sahihe dönüşebileceği kabul edilmektedir.³⁸ Diğer İslam hukuk ekollerindeki yaygın kanaate göre, butlan sebebinin sonradan giderilmesiyle batıl akdin tashih edilmesi mümkün değildir. Nitekim, Maliki ve Şafii ekolünde, fasid

³⁵ Akil, s. 199; Gural, s. 47.

³⁶ Attar, s. 250.

³⁷ Senhuri, Vasit, I, 501-515; Gural, s. 50-51.

³⁸ bkz. Serahsi, Mabsut, XI, 106; krş. Şeybani, Asl, s.91; Abbadi, I, 263; Damad Efendi, II,

bir şart yüzünden fasid (batıl) olan bir akdin, tarafların bu şartı gerek akit meclisinde gerekse daha sonra kaldırmalarıyla sahih hale gelebileceği ifade edilmiştir.³⁹

3. Butlanı ileri sürme hakkı

Batıl akit yok hükmünde olduğu için, butlanı ileri sürme hakkı sadece batıl akdin taraflarıyla sınırlı kalmaz. Butlanı ileri sürmekte bir çıkarı olan herkes butlanı dermeyan edebilir.⁴⁰ Taraflar eğer ifada bulunmuşlarsa, butlanı dermeyan etmek suretiyle verdiklerini geri alabilirler. Akdin batıl ya da sahih olmasından etkilenmeyen kişiler, bunda daha başka maslahatları olsa bile, akdin butlanını ileri süremezler. Mesela bir tacir, kendisine rakip olmasından çekindiği bir şirket akdinin butlanını ileri süremez.⁴¹ Başka bir ifadeyle butlan, kamu menfaati gerekçesiyle söz konusu olduğu için butlanın özel menfaate vasıta yapılması, butlanı ileri sürme hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir.

Butlanı, menfaati olan herkesin ileri sürebileceğine dair şu örnekler verilebilir:

Batıl bir satım akdi yaptıktan sonra ölen bir kimsenin varisleri, batıl satım akdiyle satılmış olan mebiin terekede kalması, kendi menfaatlerine uygun olduğu için, söz konusu akdin butlanını ileri sürebilirler.

Aynı şekilde, mürtehin, rahinin merhun malı satmasının; kiracı da kiraya verenin (mucir) kiralanmış malı satmasının butlanını ileri sürebilir. Çünkü her ikisinin de butlanı dermeyan etmekte maslahatları vardır.

Şufa hakkına sahip olan kişi (şefi'), batıl alım-satımda şufa hakkını kullanamaz. Çünkü satıcı, akdin butlanını ileri sürerek, şefi'in şufa hakkını kullanmasına engel olabilir. Burada butlanı ileri süren kişi batıl akdin taraflarından biridir ve butlanı, diğer tarafa değil üçüncü şahıslara karşı ileri sürmektedir.⁴²

4. Batıl akitte zaman aşımı

Zaman aşımı (tekadüm, mürur-ı zaman), bir kimsenin zimmetindeki bir hak üzerinden veya bir kimsenin elindeki başkasına ait olan ve sahibinin

³⁹ Nevevi, Ravda, III, 410; Tesuli, II, 60.

⁴⁰ Senhuri, Masadır, IV, 135; Dureyni, s. 383; Sadra, s. 74.

⁴¹ Attar, s. 249-250.

⁴² Senhuri, Masadır, IV, 135.

hiçbir engel olmadığı halde peşine düşmediği(mutalebe) bir mal üzerinden belirli bir müddetin geçmesidir.

Zaman aşımı, ya gerçekte önceki halleri üzere kalmakla beraber bir mülkiyetin veya bir hakkın mahkeme önünde dava edilmesine engel olur, ya da zilyedin, elindeki mala malik olmasına ve ihmalkar davranan hak sahibinin hakkının kesinlikle sona ermesine sebep olur. Birinci tür zaman aşımı *düşürücü (iskati) zaman aşımı*, ikincisi ise aslında başkasına ait olan bir şeyin mülkiyetini, başka bir şahsa kazandırdığı için *kazandırıcı (iktisabi) zaman aşımı* adını alır.⁴³

M.Alauddin Efendi'nin(ö.1306/1888) ifade ettiği, İslam hukuk literatüründe akit davalarına pek yer verilmediği ve bunun bir eksiklik sayılacağı⁴⁴ şeklindeki görüşte haklılık payı vardır. Nitekim ne tür davaların ne kadarlık bir süreyle kayıtlı olduğu dahi sarih bir şekilde tespit edilmemiş gözükmektedir.

Bununla birlikte Hanefi hukukçuları kural olarak, hükmün zaman ve mekanla kayıtlanabileceğini ve tahsis edilebileceğini caiz görmüşlerdir. Bu bakımdan devlet başkanı, üzerinden onbeş sene geçmiş davalara bakılmamasını emretse, devlet başkanının emri mübahı vacip hale getirdiği için artık belirlenen süreyi geçmiş davalar dinlenmez.⁴⁵

Batıl akitler hakkında zaman aşımı konusunu, kabzdan önce ve kabzdan sonra olmak üzere iki kısımda ele almak mümkündür.

a. Kabz vuku' bulmamış batıl akitte zaman aşımı:

Batıl akit, prensip itibariyle hukuk nazarında yok sayıldığı için, üzerinden uzun bir zamanın geçmesiyle, hukuki varlık kazanamaz ve sonuçlarını meydana getiremez.⁴⁶ Bu konuda İslam hukukçularının çoğunluğu aynı görüştedir. Ancak Maliki ekolünde fevat sebeplerinin gerçekleşmesi halinde, batıl akdin mülkiyet ifade edeceği düşüncesi hakim gözükmektedir.

Batıl akit hukuken yok sayıldığı için, üzerinden uzun bir zamanın geçmesi, bu akdin icrasını engellemek için, butlanın ilerisürülmesine engel teşkil etmez. Mesela batıl bir satım akdinde, müşteri onbeş yıl süresince

⁴³ Zerka, I, 243; zaman aşımı hakkında geniş bilgi için bkz. Sadra, s. 86-92; Gural, s.

54.

⁴⁴ Alauddin Efendi, VII, 428.

⁴⁵ Hamevi, I, 369(eski baskı); Alauddin Efendi, VII, 428.

⁴⁶ İbn Hazm, Muhalla, VIII, 421.

mebii kabzetmemiş olsa, daha sonra satıcı mebi müşteriye teslim etmek ve semeni ödettirmek için dava açsa, müşteri akdin butlanını ileri sürerek davayı reddedebilir. Ters bir işlem için de aynı durum söz konusudur. Yani bu defa da , müşteri zaman aşımı süresinin geçmesinden sonra, mebi teslim etmesi konusunda satıcı aleyhine dava açsa, satıcı akdin butlanını ileri sürerek davayı defi edebilir.⁴⁷

Söz konusu defi hakkı, satıcı ve müşteri, zaman aşımı süresi içerisinde butlanı ileri sürmemiş olsalar da kabul edilir. Çünkü batıl akdin iptaline gerek olmaması sebebiyle her ikisi de, batıl akdin iptali için mahkemeye başvurmakla mükellef tutulmamışlardır.

b. Kabz vuku' bulmuş batıl akitde zaman aşımı:

Batıl akde istinaden edimler ifa edilmişse, yani teslim ve tesellüm vuku bulmuşsa, acaba bu durumda zaman aşımı söz konusu olacak mıdır? Bu konuda, İslam hukukçularının çoğunluğu, her ne suretle olursa olsun batıl akdin zaman aşımına tabi olmadığını belirtmişlerdir. Çünkü İslam hukuk doktrininde hakim olan görüşe göre zaman aşımı kesinlikle hakkı düşürme özelliğine sahip değildir.⁴⁸ Hatta hakim, zaman aşımı gerekçesiyle hakkın düşmesine karar verse bile, bu karar İslam hukukçularının çoğuna göre geçerli olmaz.⁴⁹

Bununla birlikte batıl akitte karşılıklı teslim ve tesellümle akdin ifası tamamlanıp üzerinden zaman aşımı müddetinin geçmesinden sonra, satıcı butlanı ileri sürerek mebi *geri alma(istirdad) davası* açsa müşteri bu durumda, mebi satıcıdan batıl bir akitle satın aldığını itiraf etmeksizin, mebiin kendi elinde zaman aşımına uğradığını ileri sürerek davayı defedebilir. Bir kısım hukukçular, hiçbir engeli bulunmadığı halde otuz üç yıl, hakkını aramayıp daha sonra dava açan bir kimsenin, bu davasının dinlenmeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Çünkü imkan dahilinde olduğu halde dava açmamak görünüşte hakkın olmayışına delalet eder. Burada sakıt olan hak değil davanın dinlenmesidir.⁵⁰ Bu halde, istirdad davasının reddine karar verilir. Çünkü batıl akdin her ne kadar iptali için dava açmaya gerek

⁴⁷ Attar, s.250; Akil, s. 200.

⁴⁸ İbn Abidin, Redd, IV, 492; Alauddin Efendi, VII, 485.

⁴⁹ İbn Abidin, IV, 492; Bunun yanında Mahkeme bulunan bir yerde olduğu halde üç yıl zarfında hak kını aramayan kişinin hakkının batıl olacağını ileri sürenler de vardır. İbn Abidin, Redd, IV, 492

⁵⁰ Alauddin Efendi, VII, 485.

yoksa da, mebiin teslim edilerek akdin yürürlüğe konmasından sonra, mebiin istirdadı için dava açılması gereklidir. Bu bakımdan istirdad davası zaman aşımı kurallarına boyun eğmektedir. Çünkü özel haklar konusunda zaman aşımı süresi içerisinde dava açmamak, bu davanın mahkemede dinlenmesine engel teşkil eder. Bu durum *zaman aşımı, akdin butlanına değil istirdad hakkına etki etmektedir*.⁵¹

Burada zaman aşımının akdin butlanına değil de, istirdad hakkına etki etmesi arasındaki farka bir örnekle işaret etmek yerinde olacaktır. Bedellerin teslim ve tesellümü akit tarihinden sonraya kalsa, bu durumda batıl akit üzerinden zaman aşımı geçmiş olsa , akitten sonraya kaldığı için teslim ve tesellüm üzerinden zaman aşımı geçmemiş olacaktır. Dolayısıyla taraflar, akdin butlanını ileri sürerek verdiklerini isteyebilirler. Taraflardan hiçbiri batıl akdin üzerinden zaman aşımı geçtiğini ileri sürerek davayı def edemez.⁵² Çünkü zaman aşımı butlana tesir edemez ve istirdad hakkı da henüz zaman aşımına uğramamıştır.

Sonuç olarak söylemek gerekirse, ölçüleri tam tespit edilmemekle beraber zaman aşımı problemi İslam hukuk doktrininde ele alınmış ve yer yer batıl akitlere tatbik edilmiştir.⁵³ Ancak bu durumda *istihkak davası* açılıp açılmayacağına dair bir sarahat göremediğimizi belirtmek yerinde olacaktır.

5. Batıl akitte fesih

Fesih, hukuki varlığı olan akitler hakkında söz konusu olur ve fesih hakkı, akit bağından veya akdin devamından ayrılma hususunda muhayyer olan tarafa ait olur. Bu durumda fesih hakkına sahip olan taraf, *karşı tarafın rızasına ve mahkeme kararına(kaza)* gerek kalmadan muhayyerlik süresi içerisinde akdi feshedebilir. Fesihden sonra akit hiçyapılmamış gibi olur.⁵⁴ Fesihte, bazan ayıp muhayyerliğinde olduğu gibi, karşı tarafın

⁵¹ Zerka, II, 670-671.

⁵² Zerka, II, 671.

⁵³ Nitekim Maliki ekolünde prensip olarak ribaya vesile yapıldığı için caiz görülmeyen "parayı ne zaman getirirsem, sattığım bu malı geri alırım" şeklinde yapılan akdin (Buyu'u's-sünya) zaman aşımına uğrayacağı kabul edilmektedir. bkz. Tesuli, II, 60; Söz konusu akit Hanefi ekolünde bey'u'l-vefa olarak adlandırılmış ve genelde rehin hükümlerine tabi tutularak caiz görülmüştür. bkz. Senhuri, Masadır, IV, 134.

⁵⁴ Kasani, V, 238; krş. Zerka, II, 654-655; Abdalbaki, s. 465. Fesih sebepleri hakkında

rızasına veya mahkeme kararına ihtiyaç duyulabilir. Her halükarda, feshedilebilir akit, belirli süresi içerisinde feshedilmezse akit hukuken mevcut olmaya devam eder.

Batıl akitte ise böyle bir durum söz konusu değildir. Batıl akit hukuk nazarında yok sayıldığı için fesihle ortadan kaldırılmasına gerek olmadığı hatta bunun anlamsız olduğu açıktır. Bu bakımdan taraflar batıl akde istinaden herhangi bir ifade bulunmamışlarsa batıl akdi gerekçe göstererek birbirlerini ifaya zorlayamazlar.

Diğer taraftan batıl akit tarafları bir borç veya bağ altına sokmaz ve akit hürriyetlerini kısıtlamaz. Yani taraflar hiç akit yapılmamış gibi davranabilirler. Mesela, batıl olan akit satım akdi ise, satıcı, batıl akde konu olan mebiî hala kendi mülkiyetinde olduğu için ikinci defa satabilir veya onda herhangi bir tasarrufta bulunabilir.

Aynı şekilde, batıl olan akit, evlenme akdi ise, kadın başka biriyle yeniden evlenebilir. Ancak, batıl olan evlilikte duhul vuku bulmuşsa, söz konusu bu fiilin hükmü olarak kadının iddet beklemesi gerektiğinden iddet süresi içerisinde evlenmesi caiz olmaz.

Batıl akitten ifa borcu doğmayacağı için müşteri, mebiin kendisine teslim edilmesi, batıl evlenme akdinde de koca, kadının kendisine verilmesi için dava açsa, diğer taraf yani satıcı ve kadının kendisi veya velisi akdin butlanını ileri sürerek bu davayı def edebilir. Üstelik butlanı ileri süren taraf, batıl akdin iptali için dava açma durumunda da değildir.⁵⁵ Açılan butlan davasına *def(defi)* ile mukabele eder.

Bununla birlikte butlanı ileri süren kimsenin, iptal davası açmasına teorik olarak gerek yoksa da, bazan butlanın varlığını tesbit için bir tesbit davasına ihtiyaç duyulabilir. Bu durum özellikle batıl akde istinaden edimlerin ifa edilmiş olması durumunda kendini gösterir.⁵⁶ Satıcı, batıl akit sonucunda, -butlanı bildiği halde veya bilmeyerek- müşteriye teslim ettiği mebiî müşteriden geri alamıyorsa, yine dava açmak durumundadır. Bu dava, istihkak davası ya da sebepsiz zenginleşme davası mahiyetindedir. Bununla birlikte hukuka ya da ahlaka aykırı bir sonuç elde etmek için verilen şeyler sebepsiz zenginleşme davasıyla da geri alınamaz.

Aynı şekilde, butlan sebebinde bir karışıklık veya kapalılık varsa,

bkz. Kasani, V, 298-299; Nevevi, Ravda, III, 498; Usul, s.27.

⁵⁵ Zerka, II, 668; krş. Senhuri, Vasit, I, 530; Eren, s.358.

⁵⁶ Zerka, II, 668-669.

butlanı ileri süren tarafın hakimın görüş ve takdirine başvurması gerekir. Aksi halde, sonraki tasarruflarını ilk akdin batıl olduğu zannı üzerine bina eder. Mahkemenin aksine bir karar vermesi durumunda tasarrufları bozulur.

Her ne sebeple olursa olsun, butlanı ileri süren tarafın mahkemeye başvurması sonucunda hakimın vereceği karar, akdin iptali mahiyetinde değil, butlanın tesbit ve tavriri mahiyetindedir. Yani butlan konusunda hakimın kararı, *kurucu(inşai)* değil, *bildirici(ızhari)* dir.⁵⁷

Batıl akit mahkeme önünde hüccet olarak da kullanılamaz. Yani herhangi bir hususta batıl akdin delil olarak öne sürülmesi mümkün değildir. Bu durum, batıl akdin iptale gerek duymaksızın kendiliğinden batıl olmasının gerektirdiği bir sonuçtur. Dolayısıyla hakim, maslahatı olan birinin kendi huzurunda butlanı ileri sürmesi halinde, karşı taraf butlan definde bulunmasa bile, batıl akitle ihticac edilmesini reddeder. Her ne kadar batıl akit iptale gerek duymasa da ileri sürülmesi halinde, butlanı tesbit için ayrıca bir talebe gerek yoktur.⁵⁸

B. Butlanın Sonuçları

Butlanın genel olumsuz bir sonucu vardır. O da, batıl hukuki işlemin, hükme sebep teşkil etme özelliğini kaybetmesi ve buna bağlı olarak, sahih olması halinde meydana getirecek olduğu sonuçları meydana getirememesidir. Eğer batıl olan işlem bir akit ise, bu akit borç doğurmaz; eğer ikrar ise, ikrarda bulunan kişi bu ikrarıyla bir sorumluluk altına girmez; eğer ibra ise borcu düşürmez. İslamhukuk doktrininde bütün hukuki işlemlerin butlanı hakkındaki genel kanaat bu yöndedir. Bu tavır, İslam hukukçularının "*batıl akde hiç bir hüküm terettüp etmez*" şeklindeki prensiplerini ortaya koymaktadır.

Bir kısım çağdaş İslam hukukçuları, batıl akdin bir hükmü bulunmadığı şeklindeki genel kanaatin pek isabetli olmadığını ileri sürerek, batıl akdin, hüküm ve sonuçlarını meydana getirememesinin, onun hukuki hükmü olduğunu ifade etmişlerdir.⁵⁹ Bu iddia hareket noktası itibariyle tutarlı sayılabilir. Ne varki, İslam hukukçuları, "*batıl akde hiç bir hüküm terettüp etmez*"⁶⁰ derken, bununla batıl akde, akdin sahih olarak kurulması

⁵⁷ Zerka, II, 669; Akil, 200.

⁵⁸ Zerka, II, 669-670; Akil, s.200; krş. Abdulbaki, s. 508.

⁵⁹ Zerka, II, 655-656.

halinde. Kanun koyucunun, söz konusu akit için koymuş olduğu hükümlerin terettüp etmeyeceğini kasetmişlerdir.⁶¹ Bu husus bir örnekle şöyle açıklanabilir; alım-satım akdine mebiin mülkiyetini nakletme fonksiyonu yüklenmiştir. Alım-satım batıl olursa bu fonksiyonunu icra edemez.

1. Batıl Akdin Arızı Sonuçları

İslam hukuk doktrininde, tıpkı modern hukukta olduğu gibi, batıl akdin hiç bir sonuç doğurmayacağı, ona hiç bir hükmün terettüp etmeyeceği ortak kanaat ve genel prensip olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte bu prensibin olanca katılığı ile uygulanması bazan "adalet" ve "hakkaniyet" ölçüleriyle çatışabilir. Müeyyide olarak butlanın amacı, muayyen maslahatları korumaktır. Fakat, bazan batıl akdin ifa edilmesiyle korunmaya daha layık haklar ortaya çıkabilir. Bu bakımdan bu prensip çeşitli açılardan kısmen yumuşatılmıştır. Akit şüphesi teorisi bu yumuşamanın en belirgin örneklerinden sayılabilir. Batıl akit, hukuki bir işlem değil, maddi bir vakıa vasfıyla bazı hukuki sonuçlar doğurabilir. Bunun sebebi, hukuki hayattaki istikrarın ve iyi niyetli tarafın korunması zarureti olarak ifade edilebilir.

a. Dönüşüm

Batıl akit, prensip itibariyle hiç bir sonuç doğurmamakla birlikte maddi bir vakıa olarak mevcuttur. Burada şöyle bir soru akla gelmektedir: Bu maddi vakıa, tarafların ilk önce kasettikleri akdin dışında başka bir akdin unsur ve şartlarını taşıyorsa, o akde dönüştürülmesi, başka bir deyişle batıl akdin enkazıyla yeni bir akit kurulması mümkün müdür?

Alman hukukçuları tarafından ortaya atılan ve daha sonra, Fransız ve Mısır Mahkemelerince benimsenen ve *akdin dönüşümü*(*tahavvül, inkılab*) olarak adlandırılan bu teoriye göre, akdin dönüşümü şu üç şarta uygun olması kaydıyla mümkün görülmektedir.⁶²

Birinci şart; asıl tasarrufun batıl olmasıdır. Eğer asli tasarruf sahihse, başka bir işlemin şartlarına uysa ve tarafların niyeti de bu yönde olsa dahi akdin dönüşümü gerçekleşemez. Mesela, vasiyyetin şartlarını taşıyan sahih bir hibe akdi vasiyyete dönüşmez.

⁶⁰ kasani, V, 305; İbn Nuceym, Bahr, VI, 75; Molla Hüsrev, Durer, II, 168.

⁶¹ bkz. Abbadi, I, 258.

⁶² Senhuri, Vasit, I, 498; Abdalbaki, s. 500-501; Geniş bilgi için bkz. Bedevi, s. 405-432; Zenun, s. 79-80; Sadra, s.118.

İkincisi; batıl olan tasarrufun, başka bir tasarrufun bütün unsurlarını taşımasıdır. Eğer, batıl akdin başka bir akde dönüşmesi için yeni bir unsurun ilavesi gerekirse, bu takdirde dönüşüm gerçekleşmez.

Üçüncüsü de; tarafların muhtemel iradelerinin bu yönde olmasıdır. Bunun anlamı, taraflar yaptıkları işlemin batıl olduğunu bilmeleri halinde, bu ikinci işlemi tercih edeceklerinin farzedilmesidir. Hakim, bu faraziyeye, şu iki husustan hareketle ulaşabilir: Biri, biraz önce ifade edilen, yeni tasarrufun, bütün unsurlarının mevcudiyeti ve taraflar ilk akdin batıl olduğunu bilseydiler, bu ikinci tasarrufu tercih edecek olmalarının farzedilmesi, diğeri de, yeni tasarrufun, tarafların batıl olan ilk akitle kasdettikleri sonucu doğurabilmesidir.

Dönüşüm bu şekilde gerçekleşince, yeni tasarruf, tarafların gerçek iradelerinin yöneldiği akit olmadığı için yeni akit, batıl akdin arzi bir sonucu olarak değerlendirilmiştir.

Meselenin İslam hukuk doktrininde bu çerçeve ve boyutta elâlındığını söylemek pek mümkün gözükmemekle beraber, bazı prensip ve münferit uygulamalardan hareketle, İslam hukukunda, "akdin dönüşümü" teorisinin yer yer uygulandığı ileri sürülmüştür.

İslam hukukçuları, akdin yapılışı sırasında semen ve ücretin nefyedildiği alım-satım ve kira akdinin batıl olduğuna hükmetmişlerdir.⁶³ Bu bakımdan "sana şu arabayı *semensiz*(parasız) satıyorum" veya "şu evimi sana *ücretsiz* kiraya veriyorum " sözleriyle alım-satım ve kira akdi kurulmuş olmaz. Çünkü alım-satım ve kira akitleri karşılıklı bedel esası üzerine kaim olan akitlerdir. Bu sebeple, semenin sarıh olarak nefyedilmesi durumunda, akdin hakikatı yani -karşılıklı bedel esası- ortadan kalkmış olur. Ancak, hemen belirtelim ki, alım-satım ve kira akdinin hiç semen ya da ücret zikredilmeksizin yapılması durumunda yani akdin "ben arabamı sana satıyorum" ya da "şu evimi sana kiraya veriyorum" şeklinde yapılması durumunda, akit batıl olmaz. Çünkü bu durumda, "*semeri*" ve "*ücret*" her ne kadar sarıh olarak zikredilmemişse de, semen ve ücretin varlığı zımnen göz önüne alınmaktadır. Ancak söz konusu akitte semen ve ücret bilinmediği için akit fasid olur.

Semen'in nefyedilmesi durumunda alım-satım akdi batıl olduktan sonra İslam hukukçuları bu satım akdinin "*hibe*" ye , ücret nefyedilerek yapılan

⁶³ Merğınani, VI, 96; Abbadi, I, 263; İbnu'l-Hümmam, VI, 96; Molla Hüsvrev, Dürer, II, 169;

krş. Nevevi, Ravda, III, 411.

icare akdinin de "icare" ye dönüşüp dönüşmeyeceğinde ihtilaf etmişlerdir. Yine semen nefyedilerek ve süre kaydı getirilerek yapılan satım akdinin *icare* akdine dönüşüp dönüşmeyeceği de bu tartışmaya dahil edilebilir.

Bir kısım hukukçular, "*akitlerde itibar, elfaz ve mebaniye değil, makasid ve maani'yedir*"⁶⁴ ve "*sözün i'mali, ihmalden evladır*"⁶⁵ gibi prensiplerden hareketle, akdin dönüşümü fikrini benimsemişlerdir. Bir kısmı da, batıl akdin, yok hükmünde olduğunu ve yokun vara dönüşmesinin mümkün olmayacağını ileri sürerek, bu dönüşüme karşı çıkmışlardır. Hanefi ekolünde çoğunlukla bu ikinci görüş kabul edilmiştir. Bazı çağdaş İslam hukukçuları bu genel kurallardan hareketle, "akdin dönüşümü" fikrini kabul etmişlerdir.⁶⁶

Kanaatimizce, batıl akdin dönüşümü imkanını, söz konusu genel kurallara istinat ettirmek pek uygun gözükmemektedir. Çünkü, bu kurallar, genelde hukuki varlığı olan işlemlerin tashihi gibi amaçlara yöneliktir. Hukuken "yok" sayılan bir şeyi, başka bir şekilde diriltmek, esas itibariyle bir çelişkiye götürür.

Bununla birlikte, İslam hukuk doktrininde özellikle Hanefi ekolünde, akitlerin mümkün merteye değişik bir mahiyette de olsa, hukuki varlıklarını devam ettirme eğiliminin hakim olduğu da bir gerçektir. Nitekim *müslümanların akitlerinde asıl olan sıhhattir*⁶⁷ prensibinden hareketle bir dirhem ve bir dinarın, iki dirhem ve iki dinar mukabilinde satılması caiz görülmüştür. Görüldüğü üzere, söz konusu akitte, bir dirhem in ikidinar, bir dinarın da iki dirhem mukabili satıldığı farzedilerek akdin tashihi yönüne gidilmiştir. Ancak, bir dirhem in iki dirhem, bir dinarında iki dinar mukabilinde satıldığı tasrih edilmişse, artık akdin fasid olması kesinleşir.

Hanefi ekolünde, akdin mümkün merteye korunması yaklaşımına örnek olarak şu hususlar da zikredilebilir:

Mümeyyiz çocuk, velisinden izinsiz olarak bir hizmet akdi yapsa, -bu

⁶⁴ Mecelle, md. 3; krş. İbn Nüceym, s.12; Ayrıca bkz, İbnu'l-Kayyim, İ'lam, III, 119.

⁶⁵ Mecelle, md. 60; krş. İbn Nüceym, s. 68.

⁶⁶ Zerka, II, 659-661; Akl, s.197-198; Attar, s. 257.

⁶⁷ Kerhi, s.162-163; Sibti İbni'l-Cevzi, s. 288-289, 293-294; krş. İbnu'l-Hümmam, Feth, VI,

44; Kasani, muvazaalı (göstermelik) akdin kıyasen sahih olmaması gerektiğini belirttikten sonra onun istihsanen sahih olacağını şöyle ifade eder: *Taraflar sahih bir akit yapmayı kasdetmişlerdir. Bu sebeple mümkün ölçüde akdi sıhhate hamletmek gereklidir.* Kasani, V, 177.

akdın işlerlik kazanması, kanuni temsilcisinin iznine bağlı olmakla beraber- eğer çocuk işi tamamlamışsa, sözleşmede konuşulan ücrete hak kazanır. Şöyleki, çocuğun tasarrufunun, kanuni temsilcisinin iznine bağlı olması çocuğun zarara uğramasına engel olmak içindir. Söz konusu akitte çocuk işi tamamlayıp ücreti hak ettiğine göre, artık akdinbaştan itibaren geçerli kabul edilmesi gerekir.⁶⁸ Çünkü böyle bir durumda çocuğun yaptığı tasarrufun geçerli kabul edilmesinde değil, velisinin icazetine bağlı kılınmasında çocuğun zarara uğrama ihtimali vardır.

Aynı şekilde, kısıtlı(mahcur) köle, belli bir müddet için hizmet akdi yapsa, bu akit, efendinin zarara uğramasına engel olmak amacıyla, sahih olmaz. Ancak, iş tamamlandıktan sonra, akdin fesadına hükmetmek, kölenin menfaatini bedelsiz olarak hibe etmek suretiyle, efendiye zarar vermek olur. Bu bakımdan, bu durumda efendinin zarar görmemesi, akdin fesadıyla değil, akdin sahih kabul edilmesiyle gerçekleşir.⁶⁹

Her ne kadar bu örneklerde, dönüşüm değil tashih söz konusise de bu ve benzeri örneklerden hareketle batıl akdin sahihedönüşmesi konusunda ilk olarak, akdin batıl olarak kalması durumunda, iyi niyetli tarafın -veya çok daha özel bir ifadeyle, kanunun himaye etmek istediği tarafın zarara uğrama ihtimalinin söz konusu olması şartı getirilebilir. Yani batıl akdin yeni bir kisveyle devam ettirilmemesi durumunda taraflar için veya sadece iyi niyetli taraf için bir zarar söz konusu oluyorsa, böyle bir durumda akdin dönüşümüne imkan verilebilir.

Bundan sonraki şart, batıl olan akdin, başka bir akdin şartlarını taşımasıdır. Bu iki şartın mevcudiyetiyle birlikte, tarafların, kasıtlarının da bu yönde olduğu anlaşılırsa, dönüşümün gerçekleşeceği söylenebilir.

Batıl akdin dönüşümünün bazan mümkün olabileceğine örnek olarak batıl ibra'nın vasiyete dönüşmesi zikredilebilir. Şöyleki; şarta talik eden ibra batıl olduğu halde, alacaklı ibrayı kendi ölümüne talik etse yani mesela; alacaklı borçluya hitaben: " *Ben ölürsem sen zimmetindeki alacağım dan berisin*" dese, sahih olur. Burada bu ta'lik mecaz anlamda kullanılmış olarak vasiyete hamledilir. ⁷⁰ Bunun yanında, böyle bir dönüşüme imkan verilmediği durumlar da vardır. Mesela; bir kimse diğerine "*evimin menfaatini bir seneliğine sana kiraya veriyorum*" dese bu icare"*ariyet*"

⁶⁸ Serahsi, Usul, II, 346; Kerderi, V, 43; İbn Emiri'l-Hacc, II, 170.

⁶⁹ Kerhi, s. 168-169.

⁷⁰ Bilmen, I, 268.

akdine dönüşmez, "*fasid icare*" akdi olur.⁷¹

Aynı şekilde, batıl hukuki işlem, Her hangi bir hukuki işleme dönüşmemekle birlikte bazan yan sonuçlar de doğurabilir. Nitekim, bir kimse daha önce yapmış olduğu vasiyyetten(vasiyyet-i sabıka) sonra ikinci bir vasiyyette(vasiyyet-i lahika) bulunsa bu ikinci vasiyyet batıl olsa dahi, *ilk vasiyyetten vazgeçmeye*ye dönüşür.

b. Kısmi Butlan

Bir akdin ihtiva ettiği bölümlerden bir kısmı, akit hürriyetinin sınırlarını aşarken, diğer kısımları bu sınırlar içinde kalabilir. Bu gibi hallerde, akdi tamamen batıl saymak mı icabeder, yoksa, meşru olan kısmı sahih kabul edip sadece akit hürriyetinin sınırlarını aşan yani meşru olmayan kısımları mı batıl saymak icabeder? Bu problemin cevabı, klasik İslam hukuk literatüründe dar anlamda "*tefrıku's- safka*" olarak geçen günümüzde ise *akdin eksilmesi* veya *akdin bölünmesi* (intikasu'l-akd) olarak adlandırılan, bizim de *kısmi butlan*⁷² olarak adlandıracağımız teoridedir.

Kısmi butlan konusunda, İslam hukukçularının yaklaşımları birbirlerinden oldukça farklıdır. Bir kısmı buna prensip olarak imkan tanırken, bir kısmı tamamen karşı çıkmıştır. Bu farklı yaklaşımın en tipik örneklerinden biri *Hanefi ekolü* nde görülmektedir.

Ebu Hanife, konuyu *safka*'nın (akdin) bölünüp bölünmemesi açısından ele almış ve *safka*'nın bölünmeyeceği kanaatinde olduğu için de prensip itibarıyla akdin bölünemeyeceğini ileri sürmüştür. Ancak Ebu Hanife, alınıp satılması meşru olmayan maddeleri "*meşru olmadığı nass veya icma ile sabit olan*" ve "*meşru olmadığı icthad ile sabit olan*" maddeler olmak üzere iki kısma ayırmaktadır. Bu ayırma göre, birinci kısımdaki meşru olmayan şeyler ile, meşru olan şeylerin birlikte bir akitle satılması durumunda, meşru olmayan kısımdaki fesad -nass veya icma'a dayanması bakımından- güçlü olduğu için, diğer kısma da sirayeteder ve akit tamamen batıl olur. Çünkü, alım-satım lafzı tekerrür etmediğinden ve alıcı ve satıcı da aynı kişiler olduğundan, akit tektir ve tek olan bir şeyin aynı zamanda hem *fasid* hem de sahih olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.⁷³

Mesela, hür insanla kölenin, içki ile meyve suyunun birlikte satılması

⁷¹ Kerderi, V, 14; İbn Abidin, Redd, V, 678.

⁷² Bu konuda bkz. Sadra, s.107-109; Akıl, s. 195.

⁷³ Debbusi, s. 26; Kasani, V, 145; krş. Kerhi, s. 165; Karafi, Furuk, IV, 32.

durumunda veya birlikte satılan iki köleden birinin, akitten sonra hür olduğunun ortaya çıkması durumunda, fesad güçlü olduğu için diğer tarafa da sirayet eder ve akit tamamen batıl olur. Söz konusu şeylerin toplam fiattaki payları ayrı ayrı belirtilmiş olsa da, durum değişmez. Eğer akit, hür insana ya da içkiye eklenerek bir akitle satılan şey hakkında caiz olsaydı, bu "*ibtidaen hisse mukabilinde satım*" olurdu ki, akit anında semenin bilinmemesi yüzünden böyle bir akit caiz değildir.

Diğer taraftan, alım-satıma konu olmayacağı nass veya icma ile değil de ictihad yoluyla sabit olmuş, vakıf malı, müdebber, ümmü veled gibi şeyler genel itibariyle akde konu olması caiz olan başka şeylerle birlikte akde konu olabilirler. Ancak daha sonra bu sayılan şeyler akitten çıkarlar. Bu durumda, "*beka halinde hisse mukabili satım*" olur ki, bu akdi fasid hale getirmez. Yani bu durumda akit bölünür ve meşru olmayan kısım hakkında fasid, diğer kısım hakkında caiz olur.⁷⁴

Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise, satımı caiz olan ve caiz olmayan iki şey, fiatları ayrı ayrı belirtilerek birlikte bir safkada satılırsa; akit, satımı caiz olan şey hakkında sahih olur. Çünkü fiatları ayrı ayrı belirtildiği için, iki ayrı akit(safka) yapılmış olur. Fakat, fiatları ayrı ayrı belirtilmemişse, -iptidaen hisse mukabili bey' olacağı için- her ikisi de batıl olur.⁷⁵ Ebu Yusuf ve Muhammed'in bu konudaki ölçüleri şu şekilde ifade edilebilir: Nasıl ki hüküm illet miktarıncadır; aynı şekilde *fesad da müfsid miktarıncadır*. Buna göre söz konusu meselede fesadasebep olma özelliği iki şeyden sadece birine has olduğu için, hükmün genelleştirilmesi doğru değildir. Diğer taraftan fesad sebebi olsa olsa *fiatın bilinmemesi (cehaletu's-semen)* yönünden olurdu ki, akde konu edilen şeylerden her birinin toplam fiattaki payı belli olduğundan, semenin bilinmemesi durumu da söz konusu değildir.⁷⁶ Bu itibarla akdin bölünmesine her hangi bir engel yoktur.

Burada, akit bölündükten sonra tarafların, akdin bu yeni muhtevasına bağlı kalıp kalmamakta muhayyerliklerinin olup olmadığı hususunun da açıklanması gerekmektedir.

Ebu Yusuf ve Muhammed, bu konuda muhayyerliği, akde konu edilen şeyin haram olduğunun yani meşru olmadığıнын bilinip bilinmemesine göre

⁷⁴ Serahsi, Mebsut, XIII, 3; krş. Abbadi, I, 264-265; Molla Hüsrev, Dürer, II, 168-169;

Ayrıca bkz. Senhuri, Masadır, IV, 141-142.

⁷⁵ Debbusi, s.26; Kasani, V, 145; Damad Efendi, II, 54; Leknevi, s. 350-351.

⁷⁶ Kasani, V, 145; krş. Şevkanî, Seyl, III, 51.

takdir etmişlerdir. Eğer (satıcı) bu durumu biliyor idiysen akit kendi aleyhine bölündüğü için, muhayyerlik sabit olmaz.

Züfer ise , söz konusu ikişeyden birinin kabul edilmesi, diğ erinin kabul edilmesinin şart kılındığı gerekçesinden hareketle kısmi butlana hiç imkan tanımaz. Bu yorum, biraz farklılıkla Ebu Hanife'nin görüşüne gerekçe olarak da zikredilmiştir. Şöyleki; müşteri eğer hakkında akdin batıl olduğu kısım olmasaydı, diğ eri hakkında da akdi kabul etmeyecek idiyse, bu durumda akit tamamen batıl olur. Bu durum söz konusu değilse müşteri sahih olan kısmı kabul edip etmemekte muhayyerdir.⁷⁷

Kısmi butlana örnek olarak zikredilen bir diğ er olay da şudur:

Bir kimse 500 liraya bir koyun satın alsa, henüz parasını ödemededen aldığı koyunu ve başka bir koyunu ikisini birlikte tekrar ilk satıcıya satsa, bu akit satıcıdan satın almış olduğu koyun hakkında batıl, diğ er koyun hakkında caiz olur. Çünkü, satıcıdan aldığı koyun hakkındaki fesad, "riba şüphesi"nden dolayıdır ve bu özellik, diğ er koyun hakkında varit değildir.⁷⁸

Kısmi butlan konusunda *Maliki ekolü* nde de, geneldaki farklı görüş mevcuttur.⁷⁹ Bir görüşe göre, helal veharam yani satımı meşru olan ve olmayan iki şeyin birlikte satılması halinde akit her ikisi hakkında da batıl olur.

Diğ er bir görüşe göre de, meşru olan ile meşru olmayan şeyin toplam fiattaki payları belli ise bu durumda, akit meşru şey hakkında sahih diğ eri hakkında batıl olur. Mesela, bir kimse, kendine ait olan bir şey ile bir başkasına ait olan bir şeyi bir akitle bir araya getirip satsa, akit her iki şey hakkında da sahih olur. Kendi mülkü hakkında yaptığı satım akdi satıcı için bağlayıcı olur; fakat başkasına ait mülk hakkındaki akdin bağlayıcılığı asıl malikin icazetine bağlıdır. İcazet verilirse, akit tamamen sahih ve bağlayıcı olur. İcazet verilmezse, bu kısım batıl olur, diğ er kısım sahih olarak kalır.

Safii ekolü nde, söz konusu mesele ile ilgili olarak yukarıdaki görüşlere benzer iki görüş vardır.⁸⁰ Birinci görüşe göre, akdin bölünmesi mümkündür. Yani helal ve haram akde konu edilmişse, akit, helal olan şey

⁷⁷ Kasani, V, 145; Senhuri, Masadır, 141-142.

⁷⁸ Bkz. Leknevi, s. 273, 333.

⁷⁹ İbn Cüzey, s. 172; krş. Karafi, Furuk, IV, 32.

⁸⁰ Nevevi, Minhac, II, 40-42; Mecmu', IX, 379; İzz b. Abdisselam, II, 153; Suyuti, s. 108;

Ehdel, s. 149.

hakkında sahih, diğeri hakkında batıl olur. Müşteri eğer bu durumu bilmiyor idiyse, dilerse sahih olan kısmı , toplam fiattaki payı -bir görüşe göre toplam semen- mukabilinde kabul eder. İsterse akdi fesheder. Satıcise muhayyer değildir.

Aynı şekilde, bir kimse elindeki iki koyunu satsa ve koyunlardan biri teslimden önce ölse; akit, ölen koyun hakkında infisah etse bile, diğerkoyun hakkında infisah etmez. Ancak,müşteri akde bu şekliyle bağlı kalıp kalmamakta muhayyerdır.

Yine bir akitte, icare ile alım-satım veya selem gibi farklı hükümdeki iki akdin bir araya getirilmesi durumunda, her iki akit de sahih olur.

İkinci görüşe göre ise akit bölünmez. Yani akit hem helal hem de haram olan kısım hakkında batıl olur.

Ancak , bu durumda butlan illetini tesbit konusunda Şafii hukukçular arasında ihtilaf meydana gelmiş ve şu görüşler ileri sürülmüştür:

a. Akit helal ve haramı bir araya getirmiştir. Bu durumda haram ağır basacağından akit tamamen batıl olur. Bu konuda her birinin semendeki payının bilinip bilinmemesi önemli değildir.

b. Akit, semenin bilinmeyişi yüzünden batıl olmuştur. Eğer akit konusu olan şey parçalara ayrılabilir ve herbir parçanın tutarı belli ise bu durumda akit bölünebilir.

Hanbeli ekolünde, bir akitte satımı caiz olan ile caiz olmayanın bir araya getirilmesi konusu genelde üç şekilde tasvir edilmektedir.⁸¹

Birincisi; malum ile meçhulün birlikte satılmasıdır ki, bu vasıftaki bir akit sahih değildir.

İkincisi; ortak arazi gibi, kendisi ile başkası arasında müşterek olan bir şeyin satımı veya iki eşit ölçek buğdayın satımı gibi, semenin parçalara göre bölünebildiği satım akdidir ki, semendeki payı mukabilinde sahih olur. Şafii ekolünde olduğu gibi, müşteri bu durumu bilmiyor idiyse, muhayyer bırakılır.

Üçüncüsü ise; içki ile meyve suyunu, hür ile köleyi satmak ki, bu konudaki iki rivayetten tercih edileni, akdin sahih olmamasıdır.

Görüldüğü üzere, hemen bütün İslam hukuk ekollerinde,güçlü veya zayıf şekilde de olsa, akdin bölünmesi fikri söz konusu edilmiştir. İslam hukukçuları, bu konuda öncelikle akdin bölünmeye uygun olup olmadığı noktasından hareket etmişler, zaten görüş ayrılıkları da bu nokta da yani, akdin bölünmeyi kabul etmesi durumunda, bunun hukuken mümkün olup

⁸¹ İbn Kudame, Mukni', s. 100; Buhuti, s. 212-213; krş Senhuri, Masadır, IV, 144-145.

olmadığı noktasında baş göstermiştir.

Probleme en farklı yaklaşım "akde konu edilen şeydeki fesad güçlü ise bu fesad meşru olan tarafa da sirayet eder ve akdin bölünmesi imkansızlaşır" şeklindeki görüşü ile Ebu Hanife'den gelmiştir. Bu aslında oldukça objektif bir gerekçedir. Bu bakımdan tarafların mefruz iradeleri sonucu değiştirmez.

Diğer bir kısım İslam hukukçuları ise, genelde akde konu edilen şeylerin tek tek fiatları belli ise, müşteriye, -aslında bunu, bölünmeden zarar gören tarafa diye anlamak daha doğru gözükmektedir- muhayyerlik hakkı tanıyarak akdin bölünmesine imkan tanımışlardır.

Kanaatimizce bu sonuncu görüş, hukuki hayattaki istikrarın ve iyi niyetli kişilerin korunması bakımından daha isabetli gözükmektedir.

c. Akdin Teşekkülündeki Hata Teorisi

Bir tasarruf sahih olursa, alacaklı bu tasarrufa dayanarak akdin ifasını talep edebilir. Borçlunun borcunu ödememesi halinde, alacaklı bedel ödetmeyi (ta'viz) isteyebilir. Bu bedel ödetme, hem alacaklının kaçıracağı muhtemel kazanca, hem de akdin ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zarara şamildir.

Acaba aynı durum, hukuki işlemin batıl olması durumunda da söz konusu olur mu? Bir kere, batıl akitte alacaklının ifa talebi mümkün değildir. Çünkü ifa talebine mesnet teşkil eden sebep -ki bu akittir-, butlan yüzünden bu görevini yerine getiremeyecek durumdadır. Fakat bazan, hukuki işlemin batıl olmasından dolayı, taraflardan biri zarar görmüş olabilir. Acaba bu durumda, bu zarardan doğan sorumluluk, *akdi sorumluluk* mudur, yoksa *taksiri sorumluluk* mudur? Bu sorumluluğun, akdi olduğunun kabul edilmesi halinde, batıl akdin ikinci dereceden dolsa direkt sonuç doğurduğu da kabul edilmiş olur.

Rızayı fesada uğratan hata durumunda, taraflardan birine akdi iptal hakkı verilmesi ve akdin butlanından zarar gören tarafa 'ta'viz' ödenmesi de bu konuya örnek olarak gösterilmektedir; şöyleki, bir kimse, bir çanak çömlek satıcısından, yeni yapılmış bir çanağı, onu antika zannederek alıyor. Yani çanağı antika zannetmese, bu çanağı almaya niyeti yok. Bu durumda, müşteri, -eğer hata sadece kendi tarafından kaynaklanmışsa- akdi iptal edebilir. Ancak, bu iptal, satıcıya söz konusu çanağı, o çanağı arayan ve almak isteyen birine satma fırsatını kaçırmaması sebebiyle zarar vermiş olabilir. Eğer, satıcının, çanağı başka birisine satma fırsatını kaçırmaması,

kendi kusurundan dolayı değilse, yani çanağı, yeni bir çanak diye satmadıysa, bu durumda, satıcı lehine bir tazmin söz konusu olacak mıdır?-
82

Batıl akit yüzünden zarara uğrayan *iyi niyetlinin korunması* olarak da ifade edilebilecek bu problem İslam hukuk doktrininde pek sözkonusu edilmemiş gözükme tedir.

Akdin butlanına taraflardan biri sebebiyet vermişse ve diğer taraf akdin sahih olduğu inancıyla iyi niyetli olarak akit yapmışsa ve akdin butlanının ortaya çıkmasıyla bir zarara uğramışsa, bu durumda iyi niyetli taraf, butlana sebebiyet veren taraftan bedel alma (taviz) hakkına sahip midir ve bu talep hangi hukuki esasa dayanacaktır, akdin butlanı, butlana sebebiyet verenin sorumluluğunu gerektirir mi?

Genelde, gerek iradi gerekse gayr-iradi olarak batıl olmuş bir akit hukuk nazarında hiçbir şekilde muteber sayılmamakta, bu sebeple, mümkün mertebeye batıl akde hiçbir hüküm yüklememe yönüne gidilmektedir.

Ancak, bazı durumlarda butlana -bile bile- sebebiyet veren kişiye bir *cezaî sorumluluk* yüklenmiştir.

Türk hukukunda batıl hukuki işlemlerde kusurlu olan tarafın, kusursuz olan karşı tarafın menfi zararını yani hukuki işlemi geçerli zannetmesinden doğan zararı ödemekle yükümlü tutulacağı belirtilmiştir. Buna göre akdin konusunun imkansız olduğunu veya şekil noksanını bildiği halde akit yapan taraf sorumlu tutulacaktır. ⁸³

İslam hukuk doktrininde batıl akitten akdi sorumluluk doğmayacağı düşüncesi hakimdir. ⁸⁴

Butlan durumunda "*eski halin iadesi*" gerekir. Ancak bazan eski halin tam anlamıyla iadesini taraflardan birinin iyi niyetli olması imkansız

⁸² Akdin teşekkülündeki hata teorisi, Alman hukukçu Ihering'e aittir. Konuyla ilgili olarak bkz. Bedevi, s. 384-405; Senhuri, Vasit, I, 503-512; Cancino, s. 85-86; Saleilles, s. 186-189.

⁸³ Reisoglu, Safa, Borçlar Hukuku, Ankara 1981, s. 85.

⁸⁴ Hatta Hanefi ekolünde, haksız fiil konusunda dahi genelde müsbet ya da menfi zararın tazmini düşüncesine pek yer verilmemiştir. Bu sebeple, bir kimse başkasının evini gasbedip onbeş sene otursa, Hanefi hukukçulara göre gasbedenin tek borcu evi teslim etmektir. Evde oturduğu sürenin kira bedelini ödemek zorunda olmadığı gibi, mal sahibinin gasptan doğan diğer zararlarından da sorumlu değildir. Debbusi, s. 128-129.

kılabilir ve o taraf mesela batıl bir satış akdine istinaden kendisine teslim edilmiş olan mebi'den elde ettiği semereleri iade ile mükellef tutulmayabilir.

2. Batıl Akdin Maddi Bir Vakıa Olarak Sonuç Doğurması

a. Batıl Akitte Tazmin Problemi

Batıl bir akitte, bedeller el değiştirmedikçe yani teslim ve tesellüm vuku' bulmadıkça, herhangi bir problem söz konusu değildir. Yani, mebi', kabzdan önce helak olursa satıcının sorumluluğunda helak olmuş olur. Batıl akit mülkiyeti nakil fonksiyonunu üstlenemediği için, bedeller sahiplerinin mülkiyetinden çıkmaz. Ancak batıl bir akdin akabinde teslim ve tesellüm vuku' bulmuşsa durum ne olacaktır?

Burada önce iki ihtimal söz konusudur; akdin konusu ya "*satıcının izni alınmaksızın*" ya da "*onun izniyle*" kabzedilmiştir. Eğer, müşteri batıl akit sonucunda mebi satıcının izni olmaksızın kabzedilmişse buna "*gasp*" hükümlerinin uygulanacağına hemen bütün İslam hukuk ekolleri aynı görüştedir. İslam hukukçuları arasındaki görüş ayrılığı ikinci ihtimalde yani batıl akde binaen müşterinin akit konusu olan şeyi "*satıcının izniyle*" kabzetmesi durumunda kendini göstermektedir. Daha doğrusu ihtilaf batıl akde binaen yapılan kabzdan sonra, akit konusu olan şeyin müşterinin elinde telef olması durumunda, müşterinin tazminle mükellef olup olmadığı konusunda ortaya çıkmaktadır.

Konunun çerçevesi; batıl akitte, mebiin kabzı konusunda verilen iznin muteber olup olmadığı, malın telef olmasında müşterinin kusurlu olması ya da olmamasının tazmin borcuna etkisi gibi problemlerle çizilebilir.

Batıl akit sonucunda, satıcının izniyle kabzedilen mebiin, müşterinin elinde telef olması durumunda, müşterinin tazminle mükellef olup olmadığı konusunda, İslam hukuk doktrininde biri tazminin gerekeceği, diğeri tazmin gerekmeyeceği olmak üzere iki görüş ileri sürülmüştür.

Tazmin gerekmeyeceği görüşünü ileri sürenler, batıl akde konulan şeyin "*satıcının izniyle*" kabzedildiğini, batıl akdin ise *hukuken* değil *sureten* mevcut olduğunu dolayısıyla yok hükmünde tutulacağını geriye de sadece satıcının kabz iznine istinaden yapılan "mücerret kabz" işinin kaldığını bu itibarla da batıl akde istinaden satıcının izniyle kabzedilen malın müşteri elinde "*emanet*" hükmünde olduğunu, emanetin de kusur(teaddi) olmaksızın tazmin edilemeyeceğini gerekçe göstermişlerdir⁸⁵.

⁸⁵ Kasani, V, 305; Mavsılı, II, 23; Baberti, VI, 44; İbnu'l- Hümam, VI, 44; Ayrıca bkz.

Mecelle, md.370; Zühayli, Daman, s. 150.

Bu görüş Ebu Hanife'ye nisbet edilmektedir.

Batıl akitte tazmin gerekmeyeceği sonucuna, emanet fikrinden değilde sadece "batıl akitte iznin muteber olduğu" noktasından hareketle ulaşan bir kısım Hanefi hukukçular buna örnek olarak şöyle bir olay zikretmişlerdir: Bir Müslüman bir zimmiden , içki satın alıp içse içkinin bedelini ödemek zorunda olmadığı gibi, içkiyi tazmin etmesi de gerekmez. Çünkü söz konusu alım-satım batıldır ve müşteri içkiyi satıcısının izniyle içmiştir. Batıl akitteki bu izin muteber olduğu için, müşteri hiç bir şekilde tazmin sorumlu tutulamaz. ⁸⁶

Çoğunluk İslam hukukçuları satıcının izniyle kabzedilen ve müşterinin elinde telef olan mebiin, müşteri tarafından tazmin edilmesi gerektiği görüşündedirler.⁸⁷ Ancak batıl akit mevcut olmadığına göre, batıl akitteki tazmin ciheti ne suretle izah edilecektir?

Acaba batıl olan akit dışında, taraflar arasında mücerret birbirine uygun iki iradenin mevcudiyeti sebebiyle ortaya çıkıp devam eden *zımni bir garanti sözleşmesi* mi vücuda gelmiştir yoksa icabın öbür tarafa varmasıyla, esas itibariyle teşekkül etmiş bir akit mi söz konusudur veya tazmin, bunların dışında başka mülahazalar sebebiyle mi gerekmektedir?

Öyle görünüyor ki, İslam hukuk doktrininde batıl akitte tazminin gerekliliği hususuna ikinci ihtimal yani tazminin, esasen mevcut bir akte binaen söz konusu olması varit değildir. Çünkü İslam hukukunda batıl akde hukuki varlık verilmemiş ve hiç bir sonuç yüklenmemiştir. Bu bakımdan "tazmin sorumluluğu" hiç bir şekilde batıl akitten kaynaklanmaz.

Ebu Yusuf ve Muhammed'in tazmin gerekçesi olarak önesürdükleri "satıcının , malın bedelsiz (bedeva) olarak elinden çıkmasına rıza göstermeyeceği" hususu,⁸⁸ zımni bir garanti sözleşmesinin var sayıldığını hissettirmektedir. Bunun yanında tarafların taşıdıkları "muavaza

⁸⁶ Kerderi, IV, 394; Hamevi, IV, 156; Bu görüşün bir takım keyfi davranışlara sebebiyet vereceği açıktır. Zimminin iyi niyeti ve kendi inancına göre, ticareti ve kullanımı caiz olan bir şeyi satma hakkının korunması hukuk düzeninin görevleri arasında sayılmak lazım gelir. krş. İbn Ferhun, II, 199.

⁸⁷ İbn Ebi Zeyd, s. 215; Bacı, VI, 191; Nevevi, Ravda, III, 408-409; Mavsili, II, 23; Karafi, Furuk, II, 207; İbn Receb, s. 68; İbn Cüzey, s. 220; İbn Lahham, s. 112; krş. Zuhayli, Daman, s. 150-151; Dureyni, s. 383-384.

⁸⁸ Mavsili, II, 23.

(*bedellerin değişimi*)"fikrini⁸⁹ de unutmamak lazımdır.

Batıl akitte kabzedilip telef edilen şeyin tazmini gerekeceği görüşünde olanların ileri sürdükleri ve yine zımni bir garanti sözleşmesinin varlığını hissettiren bir diğer husus; batıl akde istinaden kabzedilen şeyin, *sevm-i şira*⁹⁰ kaydıyla kabzedilen şeyden hiç de aşağı olmadığıdır. Sevm-i şira üzere kabzedilen şeyde tazmin gerektiğine göre batıakde dayanılarak kabzedilen şey de evleviyetle gerekir.⁹¹

Maliki ekolünde genelde fasid akitte, tazmin sorumluluğunun kabz ile müşteriye intikal edeceği kabul edilmiştir. Bu bakımdan kabz edilen şeyin gelirinin de müşteriye ait olacağı ileri sürülmüştür.⁹²

Şafii ve Hanbeli ekolünde, batıl akitte tazmin problemin ile ilgili olarak tazmin gerekeceği yönünde bir görüş benimsenmiştir.⁹³

Hanbeli ekolünde bir görüşe göre fiat söz konusu edilmeksizin kabzedilen mebi tazmin edilmez. Çünkü, böyle bir akitte mebi' henüz satıcının mülkiyetindedir. Ancak Hanbeli ekolündeki hakim kanaat bunun aksinedir.⁹⁴ Diğer taraftan Hanbeli ekolünde fasid akitte tazminin *konusulan fiat(şemen)* üzerinden mi yoksa *kıymet* üzerinden mi yapılacağı tartışılmıştır. Ekoldeki yaygın görüş tazminin *konusulan fiat* değil *kıymet* üzerinden olacağı yönündedir. Çünkü müşteri üzerinde anlaşılan fiatı akitten doğan bir sorumluluğun sonucu olarak verecekti. Halbuki burada alım-satım batıl olduğuna göre, tazmin başka bir sebepten dolayı gerekli olmaktadır. Bu sebep, mebiin müşteri elinde teleflmasıdır. Batıl alım-satımda tazminin anlaşılan fiat üzerinden olacağı görüşünü ileri sürenler bu görüşlerine; fasid nikah akdinde duhul(zifaf) ile *konusulan mehrin (mehr-i müsemma)* gerektiğini gerekçe olarak göstermişlerdir.

Ca'feri ekolünde de genelde tazmin gerekeceği şeklindeki bu görüş benimsenmiş ve tazmin gerekçesi olarak şu hususlar ileri sürülmüştür.⁹⁵

⁸⁹ Zerka, II, 658-659; Senhuri, Masadır, IV, 135-137; krş. Dureyni, 383.

⁹⁰ Sevm-i şira, fiat konuşulduktan sonra müşterinin, satın almak üzere mebli alıp götürmesine denir. Bu durumda mebi' müşterinin yanında helak olursa müşteri mebli tazminle mükellef tutulur.

bkz. Mecelle, md. 298.

⁹¹ Kasani, V, 305; İbn Abidin, Redd, IV, 573-574; krş. Zerka, II, 658-659.

⁹² Tesulli, II, 60, 61.

⁹³ Nevevi, Ravda, III, 408-409; krş. Suyuti, s. 283.

⁹⁴ İbn Receb, s. 67-68.

⁹⁵ Mağniyye, III, 47-50.

1. Batıl akit sonucunda, bedellerin mülkiyeti el değiştirmemiş ve bedeller ilk sahiplerinin elinde kalmıştır. Temlik ve temellük sebebi olan akit batıl olduğu için, bu akdin müsebbebi (temlik, temellük) de batıldır.

2. "Eda edinceye kadar el(kişi) aldığından sorumludur." hadisi.

3. Bir kimsenin malını telef eden kişinin o malı tazminle sorumlu olacağı kaidesi .

4. Müslümanın malı tıpkı canı ve kanı gibi korunmaya layık(muhterem)dir. Bu bakımdan müslümanın malı, ancak onun gönül rızasıyla helal olur ve hiç bir kimsenin hakkı batıl olmaz.

5. Çoğunluk alimler bu görüştedir. Neredeyse bu konuda icma vardır.

Batıl akitteki tazmin problemine benzeyen bir mesele de şudur:

Mezun olmayan mümeyyiz çocuk birisiyle akit ilişkisine girse ve satın alma, ödünç alma gibi yollardan birisi ile ondan birşey alsın (teslim alsın) ve bunu telef etse, telef ettiği bu şeyi tazmin etmesi gerekir mi, gerekmez mi?

Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre, bu durumda mümeyyiz çocuk tazminle mükellef değildir.⁹⁶ Çünkü malın telef olması, malı mezun olmayan çocuğa teslim eden mal sahibinin çocuğu malda tasarruf etmeye yetkili kılması(taslit) sebebiyle olmuştur. Çocuk malı kendiliğinden alıp telef etmemiştir. Bu bakımdan burada fiilden kaynaklanan bir tazmin (damanu fi'l) değil, akitten kaynaklanan bir tazmin(damanu akd) söz konusudur. Çocuk da, akitten kaynaklanan tazmini yüklenmeye ehil olmadığı için söz konusu olayda çocuk tazminle mükellef değildir

Ebu Yusuf'a göre çocuk tazminle mükellef tutulur. Çünkü akit, mezun olmayan çocuk hakkında nafiz değildir. Öyleyse burada sadece "telef etme fiili" söz konusu olmaktadır. Çocuk isterse temyiz kudretinden yoksun olsun, başkasına verdiği fiili zararı tazminle mükelleftir. Bu bakımdan yukardaki meselede tazmin söz konusudur ve bu "fiilden kaynaklanan tazmin" dir.⁹⁷

Ebu Yusuf haksız fiille, hiç olmazsa şeklen var olan bir akde dayanan fiili bir tutmaktadır .

Kanaatimizce, batıl akitte kabzedilen ve telef edilen malın, tazmin edilmesinin gerekeceğini öne sürergörüş daha isabetlidir. Öyle görülüyor ki, batıl akitte tazmin söz konusu olmadığını isbat için emanet teorisine sarılmak pek yeterli gözükmemektedir. Çünkü toplumsal değişme "emanet"

⁹⁶ İbn Nüceym, Eşbah, s. 152-153; krş. Zerka, II, 770; Zuhayli, Daman, s. 82.

⁹⁷ Zerka, II, 770.

anlayışını bir hayli değiştirmiştir. Nitekim, ilk devirlerde "emanet tazmin olunmaz" hadisine dayanılarak, emanet olarak verilen şeylerin hiç bir şekilde tazmin ettirilmesi dūřunulmez iken, toplumun ahlaki değerler açısından erozyona uğraması sonucunda İşlam hukukularını genelde emanetin, hiç değilse emaneti elinde bulunduran şahsın kusur ve teaddisine dayanılarak tazmin ettirilmesinin gerekliliği üzerinde durma zaruretini hissetmişlerdir.

Dięer taraftan, batıl akdin tarafları başlangıçta ellerindeki malın "*bedelsiz olarak*" ıkmasına kesinlikle razı değillerdir. Emanet teorisine göre hareket edilecek olursa satıcı ; ne başlangıçta ne de sonuçta razı olduğu bir zararı yüklenmek durumunda bırakılmış olacaktır ki, bu durumun adalet ve hakkaniyet prensibiyle ne lde bağdaşacağını açıktır. Bu bakımdan batıl akitte, mūřterinin kabzettiği malını tazmin etmesi daha makul gözükmektedir.

Aynı şekilde butlanı bilip bilmemenin tazmin açısından pek etkisi bulunmadığını da kabul edilen bir husustur.

Ancak, batıl akitteki bu *tazmin olayının gerekçesi ne olmalıdır* sorusuna, uygun ve yerinde bir cevap bulmak gerekmektedir.

İşlam hukuk doktrininde, batıl akitte tazmin gerekçesi olarak ileri sürülen belli başlı iki husus vardır; bunlardan biri haksız fiil, diğeri muavaza dūřunsesidir.

Pek açık olarak belirtilmemekle beraber, haksız fiil olgusu, İşlam hukuk doktrininde zaman zaman batıl akitte tazmin gerekçesi olarak öne sürülmektedir.⁹⁸ Batıl akitteki tazmin olayını haksız fiille izah etmek mümkün görülebildiğini gibi İşlam hukuk doktrininde pek söz konusu edilmeyen "*sebepsiz zenginleşme*" olayını ile de açıklanması mümkündür. Çünkü bu olayda sebepsiz zenginleşmenin unsurları-yani bir tarafın mal varlığında azalma ve bunların meşru bir sebebe dayanmaması - mevcuttur.

Bununla birlikte batıl akitte tazmin gerekçesinin zımni bir garanti sözleşmesi ya da muavaza dūřunsesi olması -*iyi niyet prensibinin işletilmesi açısından* - daha uygun gözükmektedir.

b. Nikah Akdi

⁹⁸ İbn Nüceym, Eşbah, s. 152-153; Hamevi, III, 169-170; Mağniyye, III- 50; İbn Hazm,

batıl akitte kabzedilen şeye gasb hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir.

İbn

Hazm, Muhalla, VIII, 421.

Batıl akdin maddi bir vakua olarak sonuç doğurması en belirgin olarak nikah akdinde görülmektedir.

Hanefi ekolünde, nikah akdinde batıl-fasid ayırımı yapılmadığı genelde kabul edilmektedir.⁹⁹ Bunun sebepleri; birincisi, nikah akdinin, taraflara mali mükellefiyetler yükleyen bir akit olmaması diğeri de nikahın bazı yönlerden ibadete benzetilmesi olmak üzere iki noktada toplanabilir.

Batıl evlenme akdi, fiili varlığa sahipse de hukuki varlığa sahip değildir. Bu bakımdan hukuki bir tasarruf olarak sonuç doğurması beklenemez.

Batıl nikah akdi, duhulden önce ne akit ne defilli durum olarak bir hükme sahiptir. Ancak, böyle bir akdin bünyesinde "*duhul*" vukua gelmişse, akitten olmasa bile, fiilden kaynaklanan bazı hükümler söz konusu olmaktadır.

Batıl nikah akdiyle, nikahın asli hükmü olan "*cinsi ilişkinin helal olması (hullu'l-istimta)*", "*nafaka*" ve "*miras*" hükümleri hiç bir şekilde sabit olmaz.¹⁰⁰ Fakat, batıl akitte "*duhul*" gerçekleşmişse, kadının mutlaka *iddet beklemesi*, *çocuğun nesebinin sabit olması*, *kadının mehire hak kazanması* gibi hususlar söz konusu olmaktadır. Aslında dikkatlice bakıldığında, bunların, nikah akdiyle doğrudan ilişkili olmadığı, daha başka sosyo-psikolojik genel gayelere yönelik hükümler olduğu ve nikahtan değil "*duhul*" fiilinden kaynaklandığı kolayca anlaşılır. Mesela, batıl bir akitte kadına verilen mehir, tıpkı, bir afet sonucu yakınlarını kaybeden kimselere devletin yardımında bulunması gibi "*maddi teselli*" mahiyetinde gözükmektedir. Aynı şekilde kadının *iddet beklemesi*, *çocuğun nesebinin* sahih kabul edilmesi, İslam hukukunun, "*neseb*" konusundaki titizliğinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. İslam hukuk doktrininde, -sırf maddi yönüyle- cinsel ilişkinin, sebebin meşru olup olmaması yönünden mutlak iki farklı sonuçtan birini meydana getireceği kabul edilmektedir; *had cezası* veya *mehir*. Eğer ilişki zina mahiyetinde ise had cezası uygulanır, sahih bir akdin ya da akit şüphesinin sonucunda ise

⁹⁹ Ebu Zehra, Milkiyye, s. 208-210.

¹⁰⁰ Türk Medeni Kanununa göre, gerek mutlak butlan gerekse nisbi butlanla muallle olan evlenme akdi, butlan kararına kadar sahih evlenmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu sebeple nisbi butlan davası açıldıktan sonra, fakat butlan kararı verilmeden önce, davacı ölse, hayatta kalan eş, onun sahih eşi imiş gibi mirasçı olur. Netice itibarıyla, devlet, nisbi butlan davasını devam ettirmekte, menfaat sahibi sayılamaz. bkz. Berkî, Şakir, *Türk Medeni Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan*, A. Ü. H. F. Dergisi, C. XIX, yıl: 1962, S. 1-4, s. 202,225.

kadına "mehir" verilir.

Akdin butlanı durumunda terettüp eden bu hükümler nikah akdinin değil "duhul" fiilinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, söz konusu hükümlerin terettübüne mesnet teşkil eden duhul'un mücerret duhul değil, hiç değilse sureten mevcut bir akde dayalı "duhul" olduğu unutulmamalıdır. Aksi takdirde, zinadaki duhul ile bu duhul arasında fark kalmaz.

Batıl nikah akdinin maddi bir vakıa olarak doğurduğu sonuçlar daha ziyade mehir ve iddet başlangıcı konularında ortaya çıkmaktadır.

Mehir:

Züfer dışındaki üç Hanefi imama göre, batıl akitte, verilecek mehir, *mehr-i misil* ve *mehr-i müsemma*dan hangisi daha az ise odur. Züfer ise, miktarı ne olursa olsun *mehr-i misil*'in verileceği görüşündedir. Züfer'in bu konudaki gerekçesi şudur; menfaatler de tıpkı eşyada olduğu gibi sahih ve fasid akitle mütekavvim hale gelir. Bu takavvümün izhar edilmesi lazımdır. Bu da miktarı ne kadar olursa olsun *mehr-i misil* gerekli kılmakla olur. Çünkü, *mehr-i misil*, kadından yararlanmanın (menafiu'l-bud') kıymetidir. Akit sahih olsaydı, akit esnasında kararlaştırılan mehir (*mehr-i müsemma*) ödenecekti. Fakat burada akit dolayısıyla da tesmiye sahih olmadığından, diğer fasid akitlerde olduğu gibi fasid nikah akdinde de kıymetin tamamının ödenmesi gereklidir.¹⁰¹

Diğer üç imamın bu konudaki gerekçeleri ise şudur: taraflar, menfaatlere müsemmadan daha fazla bir değer biçmemişlerdir. Bu sebeple müsemma'dan fazla bir değere sahip olamaz. Dolayısıyla *mehr-i müsemma*'yı geçen bu fazlalık, akit olmaksızın elde edilmiş olur ki bunun kıymeti yoktur. Ancak *mehr-i misil*, müsemma'dan az olursa, bu takdirde müsemma miktarına çıkarılmaz. Çünkü kadın, *mehr-i misil*ine razı olduğuna göre bu miktara da razı olmuştur.¹⁰²

Maliki ekolünde mehirden dolayı fasid olan nikah akdiyle, akdin yapıyla ilgili bir sebepten fasid olan nikah akdi arasında mehir açısından fark gözetmişlerdir. Birinci nevi fesatta duhul vuku bulursa *mehr-i misil*, ikincisinde ise *mehr-i müsemma* gerekir ve bu ikinci tür fesatta musahere hürmeti sabit olur ancak, kadın üç talakla boşanmış biriyse önceki kocasına helal olmaz ve eşler bu nikahla muhsan hale gelmezler.¹⁰³

¹⁰¹ İbnu'l-Humam, Feth, III, 243.

¹⁰² İbnu'l-Humam, Feth, III, 244; Senhuri, Masadır, IV, 139.

İddet:

Batıl nikah akdinde *duhul* meydana gelmişse, kadının iddet beklemesi gerekli görülmektedir. Ancak, iddetin başlangıç tarihi konusunda İslam hukukçuları farklı görüştedirler.¹⁰⁴ Züfer dışındaki üç Hanefi İmama göre, iddetin başlangıcı *ayrılma (tefrik)* tarihidir. Züfer'e göre ise iddetson *cinsi ilişki* tarihinden itibaren başlar. Buna göre kadın son ilişki tarihinden sonra ve tefrikten önce üç defa adet görse iddetini, batıl nikahla evlendiği kişinin yanında tamamlamış olur. Çünkü iddet, ilişki sebebiyle gerekmektedir ve bir amacında kadının hamile olup olmadığı (istibrau'r-rahm) anlaşılmasıdır. Dolayısıyla *iddet, nikahın değil cinsi ilişkinin hükümüdür*. Ayrılmanın duhulden önce olması durumunda iddet beklemenin gerekmemesi de bu sebeptedir.

Diğer üç Hanefi imamın iddetin tefrik tarihinden itibaren başlayacağı konusundaki gerekçeleri ise şöyledir: Fasid nikah duhulden sonra yatak hakkında (fi hakkı'l-firaş) in'ikat etmektedir. Çünkü tefrikten önce bu kadınla ilişkide bulunması halinde kocaya had gerekmediği gibi kaç defa ilişkide bulunursa bulunsun sadece bir mehir vermesi gerekir. Tefrikten sonra ilişkide bulunursa had uygulanır. Eğer haddin uygulanmasına engel olan bir şüphe varsa bu durumda yeniden başka bir mehir daha vermesi gerekir. *Fasid nikah akdinde tefrik, sahih nikah akdindeki talak mesabesinde* olduğu için sahih nikahta talak tarihinden başlayan iddet, fasid nikahta tefrik tarihinden itibaren başlar. Fasid nikah gerçekte bir nikah akdi olmadığı için *fasid nikahta söz konusu olan halvet iddeti gerektirmez*.¹⁰⁵

III. FESAD**A. Fesad Sebepleri**

Fesadın tarifinden de anlaşılacağı üzere, fesad halleri bir tek genel sebebe

¹⁰³ İbn Ebi Zeyd, s. 198; Şafii'ye göre zina, musahere hürmeti gerektirmez. Zencani, s.272

¹⁰⁴ İddet konusunda geniş bilgi için bkz. ed-Direbi, Ebu'l-Abbas Ahmed b. Ömer(ö. 1151/1738), Ğayetu'l-Maksud, Limen yeteate'l-Ukud, Beyrut 1986, s. 58-100.

¹⁰⁵ İbnu'l-Humam, Feth, III, 245; krş. Senhuri, Masadır, IV, 140; Halvet sahih olsaydı mehrdin tamamı ve iddet gerekirdi. Sibt ibni'l-Cevzi, s.144.

racidir, o da akdin, hukuki yapısına, fer'i bir yönden aykırı olmasıdır. Bu sebep farklı akitlerde çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Fesadı gerektiren bu şekillerin bir kısmı bütün akidlere şamil olup, bunlara *genel fesad sebepleri* denilir, bir kısmı da, bazı akidler için fesad sebebi olur ki, bunlarda *özel fesad sebepleri*dir.

Özel butlan sebepleri, nasıl ki her akdin özel in'ikat şartlarının eksikliği ile ortaya çıkıyor, aynı şekilde, özel fesad sebepleri de, heakdin kendine has *sihhat sebeplerine* aykırı davranmakla ortaya çıkar. ¹⁰⁶

Bütün akidlere şamil olan genel butlan sebeplerini de "*cehalet*", "*ğarar*" ve "*ikrah*" olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür.

1. Cehalet

Hanefi doktrinde, akitleri fasid kılan cehaletle, çoğunlukla taraflar arasında, tarafların hüccetlerinin eşit olması sebebiyle "*çözümü güç bir anlaşmazlık*" a yol açan "*fahiş cehalet*" kastedilir. ¹⁰⁷ Mesela, bir kimsenin, bir sürü içinde belirlenmemiş bir koyunu satması fahiş cehalet sayılır. Çünkü, satıcı bu durumda koyunun belirlenmemiş olduğunu öne sürerek müşteriye kötü bir koyunu verebilir. Müşteri de aynı gerekçe ile, iybir koyun almayı isteyebilir. Bu konuda her ikisinin gerekçesi de aynıdır: *koyunun akdin yapıldığı anda tayin edilmemiş olması*. Aynı şekilde, ortakları arasında kazancın(kar) nasıl taksim edileceği belirlenmemiş bir şirket akdinde de durum böyledir.

Bu şekildeki bir anlaşmazlığa yol açmayan *basit cehalet(bilinmezlik)* akde zarar vermez. Mesela, bir kimse, bir sandıkta veya evde bulunan şeylerin tamamını satabilir. Her ne kadar, mebi, -evde veya sandığın içindekileri bilinmeyişi yüzünden- meçhul ise de, bizzat sandık veya ev olarak belirlenmiştir . Bu tayin ise , hem tarafları bağlar, hem de anlaşmazlığı sona erdirmeye yeterlidir. Eğer evin içindeki şey, satıcının tahmin ettiğinden fazla çıkarsa müşterinin hücceti daha üstün olduğu için, her hangi bir anlaşmazlığa mahal yoktur. Tam tersine, evin içerisindeki eşya, müşterinin zannettiğinden daha az ise , bu takdirde de satıcının hücceti daha üstündür. Dolayısıyla yine her hangi bir anlaşmazlık söz konusu değildir.

Bu bakımdan, Hanefi doktrinde, muavazalı akitlerde, "*tayin muhayyerliği*" şart koşma esnekliği getirilmiştir. Taraflardan birine,

¹⁰⁶ bkz. Kerderi, IV, 144-145; İbn Abidin, Redd, III, 136.

¹⁰⁷ Zerka, II, 691-692.

belirleme(ta'yin) yetkisi verilerek muayyen şeylerden birinin satılması, akdi yapan kişinin danışıp düşünmeye ihtiyacından dolayı caiz görülmüştür. Bu durumda, mebi'in akit anında tam olarak bilinmeyişi akde zarar vermez. Çünkü, bu bilinmezlik taraflar arasında halledilemeyecek bir anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Akdin fesadına sebep olan cehalet genelde şudört noktada toplanmaktadır. ¹⁰⁸

a. Akid konusundaki cehalet alım-satım akdinde mebi'in cehaleti, kira akdinde kiralanan şeyin cehaleti...

b. Mali muavazalı akitlerde bedelin cehaleti; alım -satım akdinde semenin cehaleti.

c. Bağlayıcı süreli akitlerde, sürenin bilinmemesi; icare akdinde kira müddetinin bilinmemesi; alım-satım akdinde , semenin ne zaman ödeneceğinin bilinmeyişi

Mülzim olmayan akitlerdeki sürenin bilinmemesi, mesela şirket akdinin ne kadar devam edeceğinin bilinmemesi akde zarar vermez.

d. Akitte şart koşulan tevsik vasıtalarının cehaleti: Mesela, satıcı, müşteriye bir kefil getirmesini şart koşmuşsa, bu kefilin muayyen olması şarttır. Yoksa akit fasid olur.

İslam Hukukçularının, akdi fasid kılan cehaleti, nizaya yol açan cehalet olarak vasıflamışlardır. Buradaki niza tabiri de mutlak anlamda niza değil, tarafların, hüccetlerinin eşit oluşu yüzünden, sonuca bağlanması güç olan niza anlamındadır. Yoksa, akit sahih olarak kurulsa bile niza söz konusu olabilir. Bu takdirde, bu anlaşmazlığı mahkemeler çözer.

2. Ğarar

Ğarar, lugatte aldatmak anlamına gelir. İslam hukukçuları ise bununla, akdin, sonu belli olmayacak bir biçimde yapılmasını kastederler. Bunun fesad sebebi olması, Hz. Peygamber'in "ğarar satımını" yasaklamasına dayanır.

Hanefi doktrinde, tıpkı cehalette olduğu gibi, gararda da akit konusunun aslı ile ilgili olan Ğarar ile vasıf ve miktardaki Ğarar arasında fark gözetilmektedir.¹⁰⁹ Akit konusunun aslında olan Ğarar butlan sebebidir. Mesela, hayvanın karnındaki ceninin satılması böyledir. Çünkü bu ceninin hiç doğmaması veya ölü doğması mümkündür. Darbetu'l-ğais¹¹⁰

¹⁰⁸ Kasani, V, 156-157; krş. İbn Ebi Yahya, s. 211-212; Ali Haydar, II, 324-331.

¹⁰⁹ İbn Rüşd, Bidaye, II, 155; Karafi, Furuk, III, 265-266.

böyledir. Burada da akit in'ikat etmez. Çünkü bu akitten ziyade kumara benzemektedir.

Vasıf ve miktardaki garara gelince, akdi fasid kılan garar budur.

Bir kimse, bir inek satarsa - günde şu kadar süt verdiğini şart koşarak satım fasid olur. Çünkü inek belkide o kadar süt vermeyecektir. Ancak, bol sütlü olduğunu söyleyerek satarsa fasid olmaz, fakat örfe göre o inek bol sütlü sayılmazsa, müşteri "*meşrut vasfin fevatı* " muhayyerliği ile akdi feshedebilir.

Şirket akdinde, herbirinin alacağı kar miktarı net olarak ayda 100.000 lira olarak belirlense, fasid olur. Çünkü şirket o kadar kar edemeyecek, belki de zarar edecektir.

3. İkraah

İkraahın, akdin fesadına mı yoksa, mevkuf olmasına mı sebep olduğu Hanefi doktrinde münakaşalıdır.

Ebu Hanife, ikraahın akdi fasid kılacağını ve diğer fasid akitlerin hükümlerinin buna aynen tatbik edilebileceğini ileri sürer. Bu bakımdan ikraah söz konusu olan akit, teslimle birlikte akit mülkiyet ifade eder.

Züfer ise ikraah söz konusu olan akdin "*fasid değil, sahih mevkuf*"¹¹¹ olduğu dolayısıyla, tenfiz ile hüküm ifade etmeyeceğini ileri sürmüştür. Mevkuf oluşunun delili ise, "*ikraahın kalkmasından sonra icazeti kabul etmesi*" dir. Çünkü fesad feshedilmekle kalkar, icazetle kalkmaz, bu bakımdan ikraah sıhate değil , nefaza manidir.

Ebu Hanife, ikraahın fesad sebebi olduğunu, dolayısıyla, mükrehin alım-satımına da , diğer fasid akidlere uygulanan hükümlerin uygulanacağını, Züfer ise, ikraah söz konusu olan akdin fasid değil "*sahihi mevkuf* " olacağını ifade etmiştir.

Bu tartışmanın bir sonucu olarak İbn Nuceym, mükrehin satımının, fuzulinin satımı gibi sadece mevkuf değil, hem fasid hem dmevkuf olduğunu ifade etmiştir.¹¹²

Aynı şekilde İbn Abidin , Hanefi doktrinde mevkuf akdin, zahiren hükmü olmamakla birlikte sahih olduğunu, bu sebeple mükrehin satımının, fesadına rağmen mevkuf sayılamayacağını ifade ederek, önce İbn Nuceym'in yukardaki "*fasid-mevkuf*" yorumunu tenkit etmiş, dahna sonra mevkuf

¹¹⁰ Balıkçı, henüz ağıni sudan çıkarmadan, aga düşecek olan balığı satın alma .

¹¹¹ Sıbt İbn'l-Cevzi, s. 379; İbn Nuceym, Bahr, V, 277; Leknevi, s. 332.

¹¹² İbn Abidin, Minha, V, 277.

akdin, "sahih-mevkuf", "fasid-mevkuf" olmak üzere iki kısma ayrılabilceğini ifade etmiştir. Mükrehin satımı ile sıhhat şartlarından birinin bulunmayışı yüzünden fasid olan akitler arasında bir takım farklılıklar mevcuttur.

Bunlardan birincisi, mükrehin, ikrahın kalkmasından sonra akde icazet vermekle, onu feshetmek arasında muhayyer olması başka bir ifadeyle, mükrehin satımının fasidin - diğer fasid akitlerde olduğu gibi -vacip olmamasıdır. Çünkü, ikrah sebebiyle fasid olan akit, şer'in hakkından dolayı değil, mükrehin hakkının taalluk etmesinden dolayı fasid olmuştur. Bu sebeple, mükreh, ikrahın kalkmasından sonra, önce yaptığı akde razı olursa fesad sebebi ortadan kalkar. Halbuki ikrah sebebiyle değil de, sıhhat şartlarından birinin bulunmayışından dolayı fasid olan akitlerde fesad, şer'in hakkından dolayıdır ve taraflardan hiç birinin şer'in hakkını değiştirmeye gücü yetmediği için tarafların bu akdi feshetmeleri vaciptir ve bu akitler, onların tek tek veya birlikte icazet vermeleri ile sahîh hale gelmez.¹¹³

Mükrehin akdinin diğer fasid akitlerden ayrıldığı bir diğer nokta; diğer fasid akitlerde, müşteri mebi kabzettikten sonra, başka birisine satsa, fesih hakkı kalktığı halde, ikrah sebebiyle fasid olan akitte, müşteri mebi başkasına satsa bile mükreh olan satıcının fesih ve mebi istirdad hakkı kalkmaz.

Mükrehin akdi ile diğer fasid akitler arasındaki üçüncü fark da , mükrehin elinde bulunan şey gerek semen gerekse mebi' olsun, emanet hükmünde olup, mükrehin taaddi ve kusuru olmaksızın helak olması halinde, tazmin edilmesinin gerekmeyeceğidir. Halbuki diğer fasid akitlerde, taaddi olsun ya da olmasın, semen ve mebi' tazmin ettirilir.¹¹⁴

Bu genel fesad sebeplerinin dışında, Hanefi doktrininde, fesad sebebi sayılan "müfsid şart", "akde, haram bir şeyin sokulması" gibi hususlar da vardır. Buna göre şarap ve domuz mukabili satım fasid olmaktadır.¹¹⁵

Fesad sebeplerinin farklılığı açısından Hanefi doktrininde genelde iki türlü fesad halinin var olduğu söylenmektedir. Nitekim, bu ikili fesad halini bir kısım Hanefi hukukçular, "kabz ile mülkiyeti nakledebilen fesad", kabz söz konusu olsa bile "mülkiyeti nakletemeyen fesad"¹¹⁶ şeklinde; bir kısmı -fasid şart ve fasid ecel den

¹¹³ Atf Bey, Hacr ve İkra, s. 25-26.

¹¹⁴ Atf Bey, Hacr, s. 26-27.

¹¹⁵ Şaşı, s. 150; krş. Şeybantı, Asl, s. 97,100, 104.

kaynaklanan fesadda olduğu gibi- "caize (sahih) dönüştürülen fesad", şarap mukabili satımda olduğu gibi "caize dönüştürmeyen fesad"¹¹⁷ şeklinde ve diğer bir kısmı da "feshi vacip olan fesad" ve " feshi vacip olmayan fesad"¹¹⁸ şeklinde olmak üzere çeşitli açılardan yorumlamışlardır.

B. Fasid Akitte Fesih

1.Fasid Akdin Feshedilmesinin Gerekliği

Fasid akit feshedilmesi gerekli bir akittir. Şöyleki; alım-satım her ne kadar meşru ise de, bu akde fesad bulaşmıştır.Fesadın kaldırılması vacip olduğuna göre ve fesadın kaldırılması da ancak akdin feshedilmesi ile mümkün olduğuna göre fasid akdin feshedilmesi gereklidir. Ancak bu gereklilik li-aynihi değil, li-gayrihidir. Yani eğer akdi feshetmeksizin fesadın kaldırılması mümkün ise, fesih cihetine gidilmeyip fesadın diğer şekilde kaldırılması cihetine gidilir. Nitekim, fesad, vadenin bilinmeyişinden kaynaklanması durumunda taraflar vadeyi tamamen kaldırırlarsa, fesad kalkar ve akit -aslı üzere- meşru olarak kalır. Fasid akdin feshedilmesinin gerekli oluşunun bir gerekçesi de şudur: riba şartı, belirsiz muhayyerlik şartı ve bilinmeyen vadenin akde sokulması gibi hususlar ma'siyettir, masiyete engel olmak ise vaciptir. Akdin feshedilmesinin gerekli oluşu, masiyete engel olabilecek mahiyettedir. Çünkü, eğer taraflar akdin feshedilmesinin gerekli olduğunu bilirlerse, çoğunlukla o akdi yapmaktan çekinirler.¹¹⁹ Öyleyse akdi feshedilmesi gerekir.

2. Fasid Akitte Fesih Yetkisi:

Fesad, fesadın bedele raciolup olmaması bakımından iki türdür. Eğer alım-satım akdi içki mukabilinde yapılıyorsa fesad, bedele racidir. Eğer akit, taraflardan biri için zait bir menfaatin şart koşulmasıyla ya da belirsiz bir vade ile yapılmışsa, bu durumda fesad bedele raci değildir.

a. Kabzdan önce

Eğer fasid akitte henüz kabz vuku bulmamışsa, fesad sebebi ne olursa olsun, taraflardan her biri karşı tarafın rızası olmaksızın akdi feshedebilir.

¹¹⁶ bkz. Kadıhan, II, 134; İbn Melek, s. 360; Hamevi, II, 274.

¹¹⁷ bkz. Kadıhan, II, 167; Kerderi, IV, 361,404; Kuduri de, hiç bir şekilde ortadan kalkmayan fesad ve hakimın hükmüyle kalkabilen fesad olmak üzere iki çeşit fesad'dan bahseder. Kuduri, Tecrid, v. 146b.

¹¹⁸ Atf Bey, Hacr, s. 26.

¹¹⁹ Kasani, V, 300

Çünkü fasid akit, kabzdan önce hiçbir hüküm ifade etmez. Bu bakımdan fasid akdin kabzdan önce feshedilmesi de, icap ve kabulden imtina mesabesinde sayılır ve taraflardan her biri bu imtina hakkına sahiptir.

b.Kabzdan sonra

Eğer fasid akitte kabz vuku bulmuş ise ve fesad, bedele raci ise, tıpkı kabzdan önceki durumda olduğu gibi, taraflardan her biri diğer tarafın rızasına gerek olmaksızın tek taraflı olarak akdi feshedebilir. Çünkü bu durumda fesad akdin bünyesinde. Diğer fesad şekillerinden farklı olarak, bu fesadın tashih edilmesi de mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, akit ancak iki bedel (mebi ve semen) ile kaim olduğuna ve bedeldeki fesad kavi (güçlü) olduğuna göre, bu fesad akdin bünyesine mutlaka etki eder. Bu etki de, söz konusu akdin "bağlayıcı olma" vasfını alma yönünde olur. Fesad yüzünden akit, her iki taraf için de bağlayıcı sayılmadığına göre, taraflardan her biri tek taraflı olarak akdi feshedebilir.

Fesadın bedele raci olmaması durumunda ise, fesih yetkisi (velayetu' l-fesh), şartı öne süren kişiye ait olur. Hanefi doktrininde, bedele raci olmayan fesadın, -hazf ve iskatının muhtemel olması sebebiyle -, kavi olmadığı genelde kabul edilmektedir. Bu bakımdan fesih yetkisi, şartı ileri süren kişiye aittir ve akit bu kişi açısından bağlayıcı değildir. Kerhi, bu konuda, Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a, her iki tarafında fesih yetkisine sahip olduğu görüşünü, Muhammed'e de; sadece lehine menfaatin şakışulduğu kişiye ait olduğu görüşünü nisbet etmektedir.¹²⁰

Muhammed'in gerekçesi şu şekilde ifade edilebilir; Lehine menfaat şart koşulan kişi, bu müfsid şartı kaldırmak suretiyle akdi düzeltmeye (tashih) kadirdir. Fesih yetkisi, diğer tarafa da verilecek olursa, lehine şart koşulan kişinin hakkını iptal etmiş olur ki bu caiz değildir.

Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'un gerekçesi ise şudur; akit, içerisinde fesad bulunduğu için, bağlayıcı değil aksine fesadın kaldırılması bakımından feshi gereklidir. Her ne kadar müfsidin kaldırılması mümkün ise de, müfsid kaldırılınca kadar akit mevcuttur ve bu durum akdin bağlayıcı olmasına manidir. Bu sebeple karşı tarafın da, fesih yetkisine sahip olması, şart sahibinin hakkını iptal etmez. Çünkü sabit olmamış bir hakkın iptali imkansızdır. ¹²¹

Hanefi doktrininde, fasid akdin feshinin taraflar için bazan bir hak

¹²⁰ Kasani, V, 300; Baberti, VI, 97; Ibnu'l-Humam, VI, 97.

¹²¹ Kasani, V, 300.

bazan bir görev olduğu kabul edilmekle beraber, tarafların fasid akdi feshetme niyetinde olmamaları başka bir ifadeyle fesada rağmen fasid akdi devam ettirmeyi arzu etmeleri durumunda, taraflardan birinin veya her ikisinin talebi olmaksızın hakimin "cebren" akdi feshedip edemeyeceği konusunda pek ittifak edilmemiş gözükmektedir. Bir kısım Hanefi hukukçular hakimin fasid akdi re'sen ve cebren feshedebileceğini ilersürerken¹²² bir kısmı hakim kararına hiç gerek görmemişler ve fesih olayını taraflar arasına hasretmişlerdir.¹²³ Bunun yanında bir kısım hukukçularda hakimin fasid akdi re'sen ve cebren feshi konusunda şöyle bir ölçü getirmişlerdir;¹²⁴ Hakim ancak şer'in hakkı (kamu hakkı) bulunan konularda tarafların talebine gerek kalmadan fasid akdi re'sen fesheder. Fakat akdi fesih yetkisinin taraflara verildiği durumlarda hakimin re'sen fesih yetkisi yoktur.

Kanaatimizce, Hanefi dotrinindeki fesad teorisinin muhtevasına en uygun olan görüş bu üçüncü görüştür.

3. Fasid Akitte Fesih Sayılan Şeyler

Fasid akdin feshi, kavli ve fiili olmak üzere iki yolla olabilir.¹²⁵ Kavli fesih, fesih yetkisine sahip olan kişinin, "akdi feshediyorum", "reddediyorum" gibi sözleriyle gerçekleşebilir. Bu durumda akit, gerek kabzdan önce gerek kabzdan sonra olsun, hakim kararına (kadau'l-kadi) ve karşı tarafın rızasına gerek kalmaksızın feshedilmiş olur. Fesih, fesadın kaldırılmasını ihtiva ettiği için, fasit akit, Allah hakkı yüzünden feshedilmeyi hak etmiştir. Bu sebeple taraflardan her biri bu hakka sahiptir ve bu bakımdan feshin sahih olması, mahkeme kararına ve karşı tarafın rızasına bağlı değildir.

Fiili fesih ise, mebi, mesela satmak, hibe etmek, ödünç vermek vb gibi herhangi bir suretle satıcıya geri vermekle olur. Bu durumda müşteri, tazminden kurtulmuş(beri) olur. Aynı şekilde, müşteri, mebi, satıcının vekiline de satsa, vermekle yükümlü olduğu mebi iade etmiş ve tazminden kurtulmuş olur.

Feshin sahih olmasının şartı:

Fasid akdin feshinin sahih olması için, diğer tarafın huzurunda yapılmış olması gerekir. Kerhi, bu konuda Hanefi imamlar arasında bir görüş

¹²² İbn Nuceym, Bahr, VI, 103,110.

¹²³ Kerderi, IV, 405.

¹²⁴ Sadru's-Şehid, Şerhu Edebi'l-Kadi, II, 141-142.

¹²⁵ Kasani, V, 300.

ayrılığı zikretmemekle beraber, yukardaki görüşün Ebu Hanife ve Muhammed'e ait olduğu, Ebu Yusuf'a görse, feshin sahih olması için, karşı tarafın huzurunda yapılmasının şart olmadığı da ifade edilmiştir.¹²⁶

4. Fesih Hakkını Ortadan Kaldıran Sebepler

Fasid akdin feshi, Allah hakkından dolayı gerekli olmuştur. Allah hakkı için sabit olan bir şeyi düşürmeye de hiç bir kimsenin gücüyetmez. Fakat Allah hakkı için sabit olan fesih hakkı, bazan zaruret sebebiyle veya fesih mahallinin fevt olmasıyla ortadan kalkabilir. Fasid akitte fesih hakkını kaldıran sebepler üç noktada toplanabilir; 1) Müşterinin fasid akitle kabzettiği mebi, bir hukuki işlemle elinden çıkarması, 2) Mebiin müşterinin elinde artması ya da azalması, 3) Mebiin gayri menkul olması durumunda mebi'de yapılan maddi fiil.

1) Müşteri fasid bir akitle satın aldığı malı, satsa veya hibe etse, fesih hakkı batıl olur. Müşterinin "kıymet" veya "misil" ödemesi gerekir.¹²⁷ Müşterinin bu tasarrufu kendi mülkiyetinde olan bir şey hakkında olduğu için nafiz olur. Satıcının artık müdahale etmesine imkan yoktur. Çünkü, müşteri mebi, kendisinin verdiği yetki ile (teslit) kabzetmiştir. Mebi, ilk müşterinin aksine ikinci müşteriye helal olur (tib). Çünkü ilk müşteri onu fasid bir akitle almıştır.

Mebi', fasit bir akitle satın alan ve başkasına satan müşterinin eline yeniden şart, rü'yet veya ayıp muhayyerliklerinden biri sebebiyle dönse, bu durumda fesih hakkı da yeniden döner. Ancak müşteri, söz konusu mebi, ikinci kez satın alsa veya başka bir sebeple eline dönse, artık fesih hakkı dönmez. Çünkü sebebin değişmesi yüzünden mülkiyet de dağılmıştır. İki mülkün değişmesi de iki akdin değişmesi sayılır.

Müşteri, fasid akitle satın aldığı şeyi kiraya verse, kira akdi sahih ve lazım olur ancak, fesih hakkı kalkmaz.¹²⁸

Bir malı fasid bir akitle alan müşteri ölse, satıcının, bu malı, ölenin varislerinden geri alma hakkı vardır. Aynı şekilde satıcı ölse, varisleri bu malı geri alabilirler.

2) Mebi, müşterinin elinde artarsa;

a. Eğer bu artış asıldan doğmuş ve muttasıl ise, kaymak vb. gibi. Feshe

¹²⁶ Kasani, V, 301.

¹²⁷ Şaşi, s. 151; Serahsi, Mabsut, XIII, 16; krş. Şeybani, Asl, s. 95,98, 102.

¹²⁸ İbn Nuceym, Bahr, VI, 104.

mani olmaz. Çünkü bu artış gerçekte asla tabidir.

b. Eğer asıldan doğmamış ise bu artış feshe manidir.

c. Eğer artış munfasıl ise, ve asıldan doğmuş ise hayvanın yavrusu sütü vb. Feshe mani değildir. Satıcı asıl ve ziyadeyi alma hakkına sahiptir.

Eğer mebi helak olmuş fakat ziyade duruyorsa, satıcı , ziyadeyi alıp aslı tazmin ettirebilir.¹²⁹

Mebi müşterinin elinde azalır

a. semavi bir afetle: istirdada mani değildir. Satıcı isterse, mebi ve eksilmenin bedelini alır.

Mebi kendi fiili ile eksilmesi de böyledir.

b. eksilme, müşterinin fiili ile olursa aynı şekildedir.

c. eksilme, yabancı birinin fiili ile olursa, satıcı bu eksilmenin ürşünü müşteriden (müşteri de o yabancıdan), isterse , o yabancıdan alır. O yabancı müşteriden bir şey talep edemez.

3]Mebii kumaş ise ve müşteri boyamışsa iki yönü var; birincisi, feshe manidir. Yani kıymeti tazmin ettiri. İkincisi, satıcı dilerse, boyanın parasını vererek mebi geri alır.

Mebii arazi ise ve müşteri oraya ev yapmışsa , Ebu Hanife'ye göre feshe mani, Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise ev yıkılır.¹³⁰

5.Fasid akitle kabzedilen mebiin hükmü:

Müşteri, fasid akit ile malik olduğu mebi'de, satın, hibe, icare vb.gibi, mebiin kendisinden direkt olarak yararlanmadığı bütün tasarrufları yapabilir. Ancak bizzat mebi'den yararlanmayı ihtiva eden, yeme, içme, giyme araba ise binme, ev ise oturma gibi tasarrufları yapması helal değildir. Çünkü fasid akitle sabit olan mülkiyet habis (pis) bir mülkiyettir. Pis mülkiyet ise kaldırılması vacip olduğu için yararlanma sebestliği vermez. Mebiden yararlanmakta, fesadın devam ettirilmesi durumu vardır. Fasid akdin kabzdan önce hüküm ifade etmemesi de, teslim etmek suretiyle fesadı tekrirden kaçınmak içindir.

Fasid akitle satın alınan şey ev ise, şefi' için şüfa hakkı sabit olmaz. Çünkü mebiden, satıcının hakkı henüz kesilmemiştir. Şüfa da, müşterinin malik olmasıyla değil, satıcının hakkının kesilmesiyle sabit olur.

Fasid akdin mülkiyet ifade etmesinin iki şartı vardır; birincisi kabz'dır. Kabzdan önce mülk ifade etmez. Çünkü fesadı kaldırmak için akdi feshetmek

¹²⁹ İbn Nuceym, Bahr, VI, 105.

¹³⁰ Merğınani, VI, 102; Kasani, V, 303-304.

lazımdır. Eğer fasid akitte mülkiyet kabzdan önce sabit olsaydı, satıcının mebi müşteriye teslim etmesi lazım gelirdi. Teslimde ise, fesadın devam ettirilmesi (takrir) vardır.

İkincisi, kabzın satıcının izniyle olması;

Eğer izinsiz kabzederse, kesinlikle mülkiyet sabit olmaz.

Hanefi imamlarından Züfer ile Malik, Şafii ve Ahmed aksi görüştedir.¹³¹ Yani fasid akit kesinlikle mülkiyeti nakletmez. Taraflar aldıklarını ifade ile yükümlüdürler.¹³²

Hanefi doktrininde ortaya atılıp geliştirilen fesad teorisi tam anlamıyla bugüne kadar hiç bir hukuk sisteminde bu ölçüde ve genişlikte söz konusu edilmemiştir. Bu teori modern hukuktaki nisbi butlana benzemekle beraber, gerek muhteva gerekse amaç bakımından aralarında önemli farklılıklar vardır.

Bir defa modern hukuktaki nisbi butlanda fesih yetkisi kural olarak kanunun himaye etmek istediği tarafa verilirken, fesad durumunda bu yetki her iki tarafa da verilmekte, üstelik bu bir hak değil bir borç olarak değerlendirilmektedir. Bunun yanında nisbi butlan durumunda hakim fesih yetkisine sahip olan tarafın talebi olmaksızın akdi feshedemediği halde fesad teorisinde tarafların talebi olmasa, hatta fasid akdin devam etmesi arzusunda olsalar bile hakim, duruma vakıf olması halinde söz konusu fasid akdi feshetme yetkisine sahiptir. Bu fesadın, her ne kadarmaddi yönü itibariyle sadece iki taraf arasında cereyan etse ve kar-zarar açısından bu sınırı taşımaya da sosyal muhtevası itibariyle çoğu zaman toplumu da ilgilendirmektedir. Diğer bir ifade ile hakime verilen bu müdahale hakkı, akitteki fer'i de olsa bu bozukluğun kamu düzenini ve umumi vicdanı ihlal etmesinin bir sonucudur. Yine aynı gerekçeden hareketle nisbi butlan anlayışının aksine Hanefi hukukçular fasid akit için bir zaman aşımı süresi öngörmemişlerdir. Öyle görünüyor ki bunun sebebi, ne kadar geç olursa olsun fesadın mümkün mertebeye ortadan kaldırılması amacına yöneliktir. Hanefi ekolünde fasid aktin feshedilmesine engel olan sebeplerin ortadan kalkmasıyla birlikte tarafların fesih hakkına yeniden kavuşacaklarının kabul edilmesi de bu yaklaşımın bir sonucudur. Fasid alım-satım ile

¹³¹ Serahsi, Mabsut, XI, 64; Kasani, V, 304; Sibt, İbnu'l-Cevzi, s. 284; İbnu'l-Humam, VI, 45; krş. Konevi, s. 209-210.

¹³² Nevevi, Ravda, IV, 408; Karafi, Furuk, II, 207.

kabzedilen mebiin müşterinin mülkiyetine geçtiği kabul edilmekle beraber, söz konusu mülkiyete bazı manevi kısıtlamalar getirilmiş ve taraflar psikolojik olarak akdi ortadan kaldırmaya zorlanmışlardır. Nitekim fasid akde dayanılarak kabzedilen mebi' yiyecek maddesi ise müşterinin bunu yemesinin helal olmayacağı belirtilmesi bunun güzel bir örneğidir. Bu durum, fesad ve nisbi butlanın, muhtevası itibarıyla farklılığını göstermeye yeter sanıyoruz.

Diğer taraftan fesad, nisbi butlandan amaç ve hareket noktası itibarıyla de ayrıdır. Şöyleki; fesad, nisbi butlanda olduğunun aksine, kanun tarafından himaye edilmek istenen tarafın haklarını koruma amacına yönelik olmaktan ziyade, hakkullah ya da hakku's-şer' fikrinden hareketle toplum düzeninin, hukuki istikrarın sağlanması amacına yöneliktir. Fesad, bu anlamıyla gerçekte, ikinci bir hükümsüzlük mertebesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Fesad teorisi, nisbi butlanda olduğunun aksine, aynen butlanla gözetilen gayelere yöneliktir. Ne var ki, güç ve etki bakımından daha aşağı bir derecedir.

Askı teorisinin de hükümsüzlük teorisi içerisinde yer alabileceğini ifade etmiştik. Bu mümkündür, ancak, askı teorisi hiç bir zaman butlan veya fesad gibi, hakkullah ya da hakku's-şer' fikrinden hareket etmeyip, tıpkı modern hukuktaki nisbi butlanda olduğu gibi, menfaati haleldar olan tarafın korunması amacını gütmektedir.

İslam hukuk doktrininde Hanefi hukukçuları tarafından ortaya atılan fesad teorisi -genel kabul gören butlan teorisinin aksine- sebep ve sonuçlarının, örf, adet ve zamana göre değiştirilmesi mümkün bir muhtevaya sahip gözükmektedir. Nitekim, Hanefi hukukçulardan bir kısmının batıl dediğine diğer bir kısmının fasiddemesi, yine batıl ile fasid arasında, bazan birine bazan diğerine yakın farklı fasid nitelendirmelerinin temelinde, fesad teorisinin bu elastiki mahiyetinin yattığı da söylenebilir.

Hanefi hukukçuları, gerçekte orjinal bir yorum ve yaklaşımla, fesadı, butlan ile sihhat arasında bir ara derece, Zerka'nın ifadesiyle "faydalı bir durak" yapmışlardır. Hanefilerin, söz konusu teoriyle hukuki hayata bir canlılık bir akıcılık kazandırdıkları söylenebilir. Eğer fesad teorisi olmasaydı, akdi fasid kılan şart, "batıl kılıcı" bir hüviyete bürünürdü. Dolayısıyla da, akdin hukuki hayata kazandırılması akdi yeni baştan yapmadıkça mümkün olmazdı. Halbuki fesad teorisi sayesinde, akdin yeni baştan yapılmasına gerek kalmadan, akit, fasid şartın izale edilmesiyle

hukuki hayata dönme imkanına kavuşmaktadır.

Hanefiler bu yaklaşımlarıyla özellikle Şafii ve Hanbeli hukukçuların aksine, akdi bir çırpıda ortadan kaldırma veya yok sayma tavrını bir kenara bırakmış ve akdin, "düzeltilebilir" vasıflarla birlikte bulunabileceğini kabul etmişlerdir. Bu açıdan, hukuki hayata bir kolaylık ve ferahlık getirdiği ve akdi münasebetlere ayrı bir işlerlik kazandırdığı söylenebilir. Fesad teorisi, bir anlamda Hanefi doktrininde hakim olan "hukuki işlemin mümkün merteye butlandan koruma" anlayışının bir tezahürü olarak da değerlendirilebilir.



SONUÇ

Hukuki işlemler, hukuk sisteminde, belli hüküm ve sonuçlara sebep olarak konulmuş birer hukuki vasıta olup, öngörülen bu hüküm ve sonuçlara sebep olabilmesi için kanun koyucunun belirlediği unsur ve şartları kendisinde toplamış olması gerekmektedir. Bu unsurlar, asli unsurlar ve ferî unsurlar olarak iki grupta ele alınabilir.

Hukuk düzeni, gerekli şartları bulundurmadan yapılmış olan hukuki işlemi, eksik olan şartın akdin teşekkülünde oynadığı role göre bir hükümsüzlük müeyyidesine tabi tutar. Bu açıdan, hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü, bütün hukuk sistemlerinin ortak konusudur. Hukuk sistemleri bu problemin çözümünde farklı nokta ve gerekçelerden hareket etseler bile, hepsinin amacı ve ulaştığı sonuç yaklaşık olarak aynıdır. O da; "kanunun öngördüğü şartlara uyulmadan yapılan hukuki işlemin hukuki varlık kazanmasına bütünüyle veya sınırlı bir ölçüde engel olma"dır.

İslam hukukunun beşeri kaynağı yanısıra dini kaynağının da olması, haliyle, modern hukuk sistemlerine göre birtakım farklılıklar arzemesine yol açmaktadır. Hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü konusunda iki hukuk sistemi arasında belli oranda da olsa bir yaklaşım birliğinin olduğu söylenebilir. Fakat İslam hukukunun, olayı dini açıdan da değerlendirmeye tabi tutması ayrı bir önem ve farklılık arzeder. Şöyle ki ; diğer hukuk sistemlerinde eksik hukuki işlem sonuçta "batıl" veya "iptal kabiliyetli" olarak vasıflandığı ve bu suretle sonuç doğurması engellendiği halde, İslam hukukunda aynı ameliye bir de dini açıdan yapılmış ve eksik hukuki işlem "haram" veya "mekruh" vasıflamasıyla ikinci bir tenkit ve müeyyideye tabi tutulmuştur. Bu sebeple çoğunluk İslam hukukçuları bu iki müeyyideyi, yani medeni müeyyide olan butlan ile dini müeyyide olan haram ve günahı sebep-sonuç ilişkisiyle birbirine bağlamışlar, yapılması haram olan bir işlemin batıl, batıl olan bir işlemin de haram olduğunu ifade etmişlerdir.

Hanefi hukukçulara gelince, belki de İslam hukuk tarihinde ilk defa olarak, onların medeni müeyyide-dini müeyyide ayırımı yaptıkları görülmektedir. Hanefilere göre ; bir işlemin yapılmasının haram olması, o işin hükme sebep olmaktan çıkacağı, diğer bir ifadeyle hiçbir hukuki sonuç

doğurmayacağı anlamına gelmez. Mesela, ribalı alım-satım veya şarap mukabili satım haramdır. Fakat bu haramlığın akdin sonuç doğurmasına engel olması söz konusu değildir. Çünkü, bir işlemin bellihukuki sonuçlar doğurması, ilk planda hukuk düzenini ilgilendiren "dünyevi" bir olaydır. Halbuki haram ve mekruh bir fiile terettüp edecek ceza ve günah, hadisenin "uhrevi" yönünü bildirmektedir. Bu bakımdan aralarında vazgeçilmez bir bağımlılık, mutlak bir sebep-sonuç ilişkisi yoktur.

Hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü konusunda İslam hukuku ile modern hukuk arasındaki belirgin farklardan birisi de şöyle ifade edilebilir: Modern hukukta olduğu gibi İslam hukukunda da, butlanın ortaya çıkışında "kamu yararı" mülahazasının önemli bir payı vardır. Hükümsüzlüğün iki kademede ele alınması yönünden de İslam hukuku ile modern hukuk arasında büyük bir yakınlığın, hatta İslam hukukundaki "butlan" ile modern hukuktaki "mutlak butlan" anlayışı arasında ayniyetin bile olduğu söylenebilir. Ancak, hükümsüzlüğün ikinci kademesinde önemli bir farklılık göze çarpmaktadır. İslam hukukunda bilhassa Hanefiler tarafından göndeme getirilen fesad anlayışında kamu yararı mülahazası hakim olduğu halde modern hukuktaki nisbi butlan sadece "hakkı ihlal edilen ve kanun tarafında himaye edilen tarafın hakkına koruma" amacına yöneliktir. Kanaatimizce bu fark oldukça önemlidir. Bu farklılığın, İslam hukukunun aykırılığı önleme ve kaldırmada daha titiz ve hassas davranmasından kaynaklandığı söylenbilir.

Hanefilerin, hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü konusunda geliştirdikleri "fesad teorisi", ciddi boyutta olmayan eksiklik ve aykırılıkları bir çırpıda hükümsüzlükle sonuçlandırmayıp onlara belli bir oranda sonuç doğurabilme ve telafi edilebilme imkanı tanıdığından, oldukça orjinal bir mahiyet arz etmektedir. Hükümsüzlükteki bu ara kademe ile hem sosyal şart ve ihtiyaçlara daha iyi uyum sağlanmış hem de hukuki münasebetlerin devamlılık ve istikrarı belli bir ölçüde korunmuştur.

BİBLİYOGRAFYA

- el-Abbadi, Ebu Bekr b. Ali el-Haddadi (ö. 800/1397)
el-Cevheratu'n-Neyyira (el-Lübab ile birlikte), Matbaa-i Muhammed Arif, 1323.
- Abdulgani, Abdulfettah,
Nazariyyetu'l-Akd ve'l-İradetu'l-Munferide, Kahire 1984.
- Abdulcebbar, el-Kadi Ebu'l Hasen el-Esedabadi (ö. 415/1024),
el-Muğni fi Ebvabi't-Tevhid ve'l-Adl, eş-Şeriyat, Kahire 1963.
- Abdülhak Bağdadi, Safiyyuddin Abdulmu'min b. Kemaliddin (ö. 739/1338).
Kavaidu'l-Usul ve Maakidu'l-Fusul, tah. Ahmed Muhammed Şakir, Beyrut 1986.
- Abdurrezzak, Ebu Bekr Abdurrezzak b. Hemmam es-San'ani (ö. 211/826),
el-Musanef, tah. Habiburrahman el-A'zami, Beyrut 1972.
- el-Alai, el-Hafız Salahuddin Ebu Said Halil b. Emir Seyfuddin (ö. 761/1359),
Tahkiku'l-Murad fi Enne'n-Nehye Yektedi'l-Fesad, tah. İbrahim Muhammed es-Selkini, Dimeşk 1982.
- Alauddin Ef, Muhammed,
Kurretü Uyuni'l-Ahyar Tekmiletü Reddi'l-Muhtar.
- el-Amidi, Seyfuddin Ebu'l-Hasen Ali b. Ebi Ali (ö. 631/1234),
el-İhkam fi Usuli'l-Ahkam, Kahire 1967.
- Akı, Erol,
Hukukun Temel Kavramları, İzmir 1985.
- Akil, Ferid,
el-İltizam, Nazariyyetu'l-İltizamati fi'l-Kanuni'l-Medeniyyi's-Suri ve fi'l-Fıkhî'l-İslami, Dimeşk 1982.
- Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade,
Dureru'l-Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam, İstanbul 1317.
- Atuf Bey,
Şerhu'l-Mecelle, Dersaadet 1318.

el-Attar, Abdunnasır Tevfik,

Nazariyyetu'l-İltizam fi's-Şeriatil-İslamiyye ve't-Teşriati'l-Arabiyye (el-Kitabu'l-Evvel fi Masadiri'l-İltizam-el Ukud ve'l-Uhud-), Kahire 1975.

Aybay, Aydın,

Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1979.

el-Baberti, Ekmeluddin Muhammed b. Mahmud (ö. 786/1384),

el-İnaye ale'l-Hidaye(Fethu'l-Kadir ile birlikte), Mısır Mısır 1315-1317.

el-Baci, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef el-Endelusi (ö. 474/1081),

el-Munteka Şerhu'l-Muvatta, Mısır 1332.

el-Bağdadi, Ebu Mansur Abduhkahir b. Tahir (ö. 429/1038),

Usulu'd-Din, İstanbul 1928.

el-Bakillani, el-Kadi Ebu Bekr b. et-Tayyib (ö. 403/1012),

el-İnsaf fima Yecibu İ'tikaduhu vela Yecuzu'l-Cehlu bih, tah. Muhammed Zahid el-Kevseri, Dimeşk 1980.

Bardakoğlu, Ali,

İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı, E.Ü.F.İ.D., yıl 1983, S. I, s.9-29.

Husun-Kubuh Meselesinde Aklın Rolü ve İmam Matüridi, Yıl 1987, S. IV, s.59-75

el-Bedahşi, Muhammed b. el-Hasen,

Menahicu'l-Ukul Şerhu Minhaci'l-Vusul, Beyrut 1984.

Bedevi, Hilmi Behcet,

Asaru't-Tasarrufati'l-Batile, Mecelletu'l-Kanun ve'l-İktisad, S.III, s.379-438; IV, s.317-373.

Bedran, Ebu'l-Ayneyn Bedran,

eş-Şeriatu'l-İslamiyye, Tarihuha ve Nazariyyetu'l-Milkiyye ve'l-Ukud, İskenderiye, ts.

Berki, Ali Himmet,

Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 1948.

el-Beydavi, Abdullah b. Ömer (ö. 685/1286),

el-Ġayetu'l-Kusva fi Dirayeti'l-Fetva, tah. Ali Muhyiddin el-Karadaği, Kahire 1982.

Bilge, Necip,

Borçlar Hukuku Dersleri, Ankara 1958.

Bilmen, Ömer Nasuhi,

Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul 1967.

el-Buhari, Abdulaziz b. Ahmed (ö. 730/1330),

Keşfu'l-Esrar ala Usuli'l-Pezdevi, İstanbul 1307.

el-Buhari, Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail (ö. 256/870),

el-Camiu's-Sahih, Daru't-Tibaati'l-Amire (İstanbul) 1315.

el-Buhuti, Mansur b. Yunus b. Salahiddin (ö. 1051/1641),

er-Ravdu'l-Murbi' bi Şerhi Zadi'l-Mustekni', Beyrut ts.

Büyük Haydar Efendi (ö.1903),

Usul-i Fıkıh Dersleri, İstanbul ts.

Cancino, Francisco Cuevas,

La Nullite Des Actes Juridiques, Canada 1950.

Carbonnier, Jean,

Théorie Des Obligations, Paris 1963.

el-Cassas, Ebu Bekr b. Ahmed b. Ali er-Razi (ö. 370/980),

Ahkamu'l-Kur'an, tah. Muhammed Sadık el-Kamhavi, Beyrut 1985.

el-Curcani, es-Seyyid eş-Şerif Ali b. Muhammed (ö.816/1413),

et-Ta'rifat,

Damad Efendi, Şeyhzade Abdurrahman b. Muhammed (ö.1078/1667),

Mecmau'l-Enhur Şerhu Multeka'l-Ebhur, Matbaa-i Amire 1328.

ed-Debbusi, Ubeydullah b. Ömer (ö. 432/1040),

Te'sisu'n-Nazar, Beyrut ts.

ed-Demiri, Muhammed b. Abdirrahman,

Rahmetu'l-Umme fi İhtilafi'l-Eimme (el-Mizanu'l-Kubra ile birlikte),

Mısır 1306.

ed-Dureyni, Fethi,

en-Nazariyyatu'l-Fıkhiyye, Dımeşk 1981.

Ebu Ceyb, Sa'di,

el-Kamusu'l-Fıkhi -Luğaten ve İstilahen-, Beyrut 1982.

Ebu Davud, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistani (ö.275/888),

es-Sunen, İstanbul 1981.

Ebu'l-Huseyn el-Basri, Muhammed b. Ali (ö. 436/1044),

el-Mu'temed fi Usuli'l-Fıkıh, Beyrut 1983.

Celizade, Molla Muhammed el-Kuyi (ö.1217/1802),

el-Maskul fi İlmi'l-Usul, tah. Abdurrezzak Bimar, Beyrut 1981.

el-Cuveyni, İmamü'l-Harameyn Abdulmelik b. Abdillahir (ö.487/1094),

el-Burhan fi Usulil-Fıkh, tah. Abdulazim ed-Dib, Kahire 1980.

Ebu Zehra, Muhammed,

el-Ahvalu's-Şahsiyye, Kahire ts.

İslam Hukuk Metodolojisi -fıkh usulü-, çev. Abdulkadir Şener, Ankara 1979.

el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-Akd fi's-Şeriatil-İslamiyye, Kahire 1977.

el-Ehdel, Abdulhadi Ziyaüddin İbrahim b. Muhammed,

el-Akmaru'l-Mudie Şerhu'l-Kavaidil-Fıkhıyye, Cidde 1986.

Emir Padişah, Muhammed Emin el-Hüseyni,

Teysiru't-Tahrir, Kahire 1932.

Eren, Fikret,

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1985.

Eroğlu, Selahattin,

"Mekruh", İ.İ.E.D., S.V, s.297-303.

"Talakkı Hakkında Kur'an-ı Kerim'in Genel Tutumu", A.Ü.İ.F.D., S. XXVIII, s.159-165.

el-Fetava'l-Hindıyye, Bulak 1310.

el-Firuzabadi, Mecduddin Muhammed b. Ya'kub (ö.817/1414),

Basairu Zevit-Temyiz fi Letaifil-Kitabil-Aziz, tah. Muhammed Ali en-Neccar, Beyrut ts.

el-Gazzali, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed (ö.505/1111),

el-Menhul min Ta'likatil-Usul, tah. Muhammed Hasen Heyto, Dımeşk 1980.

el-Mustesfa min İlmi'l-Usul, Bulak 1322.

el-Habbazi, Celaluddin Ebu Muhammed Ömer b. Muhammed (ö.691/1292),

el-Muğni fi Usulil-Fıkh, tah. Muhammed Mazhar Beka, Riyad 1983.

el-Haccavi, Şerefuddin Ebu'n-Neca el-Makdisi (ö. 960/1553),

el-İkna' fi Fıkhil-İmam Ahmed b. Hanbel, Beyrut ts.

Halil, Ebu Ziya Halil b. İshak (ö. 776/1374),

el-Muhtasar (Cevahiru'l-İklil ile birlikte), Kahire ts.

Hallaf, Abdulvahhab (ö. 1956),

İlmu Usuli'l-Fıkh, Mısır ts.

el-Hamevi, Ahmed b. Muhammed (ö. 1098/1687),

Çamzu Uyuni'l-Basair Şerhu'l-Eşbah ve'n-Nezair, Beyrut 1985.

el-Harezmi, Celaluddin el-Kerlani,

el-Kifaye ale'l-Hidaye (Fethu'l-Kadir ile birlikte), Mısır Mısır 1315-1317.

el-Haskefi, Muhammed Alauddin (ö.1088/1677),

ed-Dürrü'l-Munteka fi Şerhi'l-Multeka (Mecmau'l-Enhur ile birlikte), Matbaa-i Amire 1328:

el-Hattabi, Hamd b. Muhammed (ö. 388/998),

Mealimu's-Sunen Şerhu Suneni Ebi Davud (Ebu Davud ile birlikte), İstanbul 1981.

Hayyat, Abdulaziz,

el-Müeyyedatu't-Teşri'iyye, Kahire 1986.

Hudari Bey, Muhammed (ö. 1927),

Usulü'l-Fıkh, Kahire 1969.

el-Hilli, Ebu Mansur Cemaluddin el-Hasen b. Yusuf (ö. 726/1326),

Mebadiu'l-Vusul ila İlmü'l-Usul, tah. Abdulhuseyn M. el-Bakkal, Beyrut 1986.

İbn Abdişşekur, Muhibbullah (ö. 1119/1707),

Musellemu's-Sübut fi Usuli'l-Fıkh (el-Mustesfa ile birlikte), Bulak 1322.

İbn Abidin, Muhammed Emin (ö. 1252/1836),

Minhatu'l-Halık Haşiyetu'l-Bahri'r-Raik(el-Bahrur-Raik ile birlikte), Mısır 1311.

Nesematu'l-Eshar ala İfadati'l-Envar, Matbaa-i Muhammed Es'ad 1300.

Reddu'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar, Kahire 1969.

İbnu'l-Arabî, Ebu Bekr Muhammed b. Abdillâh el-İşbili (ö. 543/1142),

Ahkamu'l-Kur'an, tah. Ali Muhammed el-Becavi, Mısır 1957.

İbn Bedran, Abdulkadir Ahmed b. Mustafa (ö. 1308/1890),

el-Medhal ila Mezhebi'l-İmam Ahmed b. Hanbel, Dimesşk ts.

İbn Cuzey, Ebu'l-Kasım Muhammed b. Ahmed el- Ğrnatî (ö. 741/1340),

- el-Kavaninu'l-Fıkhiyye, Beyrut ts.
- İbn Dakiki'l-İd, Takiyyuddin Ebu'l-Feth Muhammed b. Ali (ö. 702/1302),
İhkamu'l-Ahkam Şerhu Umdeti'l-Ahkam, Kahire 1344.
- İbn Ebi Yahya, Şemsuddin Ca'fer b. Ahmed Abdusselam (ö.537/1142),
er-Ravdatu'l-Behiyye fi'l-Mesaiil'l-Mardiyye, Beyrut ts.
- İbn Ebi Zeyd, Ebu Muhammed Abdullah el-Kayravani (ö. 386/996),
er-Risaletu'l-Fıkhiyye, tah. el-Hadi Hammu ve Muhammed Ebu'l-
Ecfan, Beyrut 1986.
- İbn Hacer, Şihabuddin Ahmed b. Ali (ö. 852/1448),
ed-Diraye fi Tahrici Ehadisi'l-Hidaye, tah. Abdullah Haşim el-
Yemani, Beyrut ts.
- İbnu'l-Hacib, Cemaluddin Ebu Amr Osman b. Amr (ö. 646/1248),
Muntehe'l-Vusul ve'l-Emel fi İlmeyi'l-Usuli ve'l-Cedel, Beyrut 1985.
- İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (ö. 456/1064),
el-İhkam fi Usuli'l-Ahkam, tah. Ahmed M. Şakir, Beyrut 1983.
el-Muhalla, tah. Ahmed M. Şakir, Kahire ts.
en-Nebzetu'l-Kafiye fi İhkami Usuli'd-Din, tah. Muhammed Ahmed
Abdulaziz, Beyrut 1985.
- İbnu'l-Humam, Kemaluddin Muhammed b. Abdilvahid (ö. 861/1457),
Fethu'l-Kadir, Mısır 1315-1317.
et-Tahrir fi'l-Usul (et-Takrir ile birlikte), Mısır 1316.
- İbnu'l-Kayyim, Şemsuddin Ebu Abdillah Muhammed b. Ebi Bekr (ö.
751/1350),
İğasetu'l-Lehfan min Masayidi's-Şeytan, tah. Muhammed H. el-Faki,
Kahire 1939.
İlamu'l-Muvakki'in an Rabbi'l-Alemin, Kahire ts.
Fusul fi'l-Kıyas(el-Kıyas fi's-Şer'i'l-İslami adıyla, Risaletu'l-Kıyas ile
birlikte), Beyrut 1975.
- İbn Kudame, Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed el-Makdisi (ö. 620/1209),
el-Mukni' fi Fıkhi İmami's-Sunne, Beyrut 1979.
Ravdatu'n-Nazır ve Cennetu'l-Menazır, Beyrut ts.
- İbn Lahham, Ebu'l-Huseyn Alauddin (ö. 803/1400),
el-Kavaid ve'l-Fevaidu'l-Usuliyye, tah. Muhammed Hamid el-Faki,
Beyrut 1983.

- İbn Mace, Ebu Abdillah Muhammed b. Yezid el-Kazvini (ö.275/888),
es-Sunen, İstanbul 1981.
- İbn Manzur, Cemaluddin Muhammed b. Mukerrem (ö. 711/1311),
Lisanu'l-Arab, Beyrut 1968.
- İbn Melek, Abdullatif b. Abdilaziz (ö. 885/1480),
Şerhu'l-Menar, İstanbul 1965.
- İbn Nuceym, Zeynuddin b. İbrahim (ö. 970/1562),
el-Bahru'r-Raik Şerhu Kenzi'd-Dekaik, Mısır 1311.
el-Eşbah ve'n-Nezair, Dersaadet 1298.
Fethu'l-Ğaffar bi Şerhi'l-Menar(Mişkatu'l-Envar), Kahire 1936.
- İbn Recep, Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Receb(ö. 795/1393),
el-Kavaid fi'l-Fihi'l-İslami, Kahire 1971.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed (ö. 520/1126)
el-Mukaddemat ve'l-Mumehhedat, Mısır ts.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed (ö. 595/1199),
Bidayetu'l-Muctehid ve Nihayetu'l-Muktesid, Beyrut 1983.
- İbnu's-Subki, Tacuddin Abdulvahhab b. Ali (ö. 771/1369),
el-İbhac fi Şerhi'l-Minhac, tah. Şaban Muhammed İsmail, Kahire
1981.
- İbn Talla', Ebu Abdillah Muhammed b. Ferec el-Kurtubi (ö. 497/1104),
Akdiyetu Resulillah, Haleb 1982.
- İbn Teymiyye, Ahmed b. Abdilhalim (ö. 728/1327),
Nazariyyetu'l-Akd, Kahire 1949.
Risaletu'l-Kiyas (el-Kiyas fi's-Şer'i'l-İslami adıyla, Fusul fi'l-Kiyas ile
birlikte), Beyrut 1975.
- İbrahim Bey, Ahmed,
el-İltizamat fi's-Şer'i'l-İslami (İlmu Usuli'l-Fıkh ve Tarihu't-Teşri'l-
İslami isimli eserleriyle birlikte), Kahire ts.
- el-İci, el-Kadi Adududdin (ö. 756/1355),
Şerhu Muhtasaru'l-Munteha, Bulak 1316.
- İmre, Zahit,
Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1980.
- el-İsnevi, Cemaluddin Ebu Muhammed Abdurrahim b. el-Hasen (ö.
772/1370),
et-Temhid fi Tahrici'l-Furui ale'l-Usul, Beyrut 1984.

- Nihayetu's-Sul Şerhu Minhaci'l-Vusul (Bedahşi şerhi ile birlikte),
Beyrut 1984.
- el-İzmiri, Muhammed b. Veli b. Resul (ö.1102/1691),
Haşiye ala Mir'ati'l-Usul, Dersaadet 1309.
- İzz b. Abdisselam, Ebu Muhammed İzzuddin Abdulaziz es-Sulemi (ö.
660/1262),
Kavaidu'l-Ahkam fi Mesalihi'l-Enam, Mısır ts.
- Kadri Paşa, Muhammed (ö. 1306/1888),
Murşidu'l-Hayran ila Ma'rifeti Ahvali'l-İnsan, Dimeşk 1981.
- Kal'acı, Muhammed Revvas,
Mevsuatu Fikhi Ömer b. el-Hattab, Beyrut 1986.
- el-Karafi, Şihabuddin Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdris (ö. 684/1285),
el-Furuk, Mısır 1211.
Şerhu Tenkihi'l-Fusul, Kahire 1973.
el-Umniyye fi İdraki'n-Niyye, Beyrut 1984.
- Karaman, Hayrettin,
Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul 1982.
- el-Kasani, Alauddin Ebu Bekr b. Mahmud (ö. 587/1191),
Bedaiu's-Sanai' fiTertibi'ş-Şerai', Mısır 1328.
- el-Kelvezani, Mahfuz b. Ahmed b. Hüseyin (ö. 510/1116),
et-Temhid fi Usuli'l-Fıkh, tah. Müfid Mustafa Ebu Amşe, Cidde 1985.
- el-Keramasti, Yusuf b. Hüseyin (ö. 906/1500),
el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh, tah. Abdullatif Kessab, Kahire 1984.
- el-Kerderi, Muhammed b. Muhammed(ibü'l-Bezzaz) (ö. 827/1424),
el-Camiu'l-Veciz, Beyrut 1986.
- el-Kerhi, Ebu'l-Hasen Ubeydullah b. el-Huseyn (ö. 340/951),
el-Usul (Te'sisu'n-Nazar ile birlikte), Beyrut ts.
- el-Kiya'l-Herrasi, İmaduddin Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed et-Taberi (ö.
504/1110),
Ahkamu'l-Kur'an, Beyrut 1983.
- el-Konevi, Kasım b. Abdillan er-Rumi (ö. 978/1570),
Enisu'l-Fukaha fi Ta'rifati'l-Elfazi'l-Mutedavile beyne'l-Fukaha, tah.
Ahmed b. Abdirrezzak el-Kübeysi, Beyrut 1986.

- el-Kuduri, Ebu'l-Hasen Ahmed b. Muhammed (ö. 428/1037).
 et-Tecrid fi'l-Hilaf, yazma, Fatih no: 2040.
- el-Leknevi, Ebu'l-Hasenat Abdulhayy(ö. 1304/1887).
 en-Nafiu'l-Kebir Şerhu'l-Camii's-Sağır, Beyrut 1986.
- Mağniyye, Cevad,
 Fıkhu'l-İmam Ca'fer,
 el-Mahmasani, Subhi,
 el-Evzai ve Tealimuhu'l-İnsaniyye ve'l-Kanuniyye, Beyrut 1978.
- el-Mavsili, Abdullah b. Mahmud (ö. 683/1284),
 el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar, İstanbul 1980.
- Mecelle-i Ahkam-i Adliyye,
 el-Merğınani, Burhanuddin Ebu'l-Hasen Ali b. Abdilcelil (ö. 593/1197),
 el-Hidaye (Fethu'l-Kadir ile birlikte), Mısır 1315-1317.
- el-Mervezi, Ebu Abdillah Muhammed b. Nasr (ö. 294/907),
 İhtilafu'l-Ulema, tah. Subhi es-Samerrai, Beyrut 1985.
- el-Muleybari, Zeynuddin b. Abdilaziz (hicri X. asır),
 Fethu'l-Muin bi Şerhi Kurreti'l-Ayn, Matbaa-i Amire 1312.
- Müslim, Ebu'l-Huseyn Müslim b. el-Haccac (ö. 261/875),
 el-Camiu's-Sahih,
 el-Mütevelli, Ebu Said Abdurrahman b. Muhammed (ö. 478/1085),
 el-Ğunye fi Usuli'd-Din, tah. İmadudin Ahmed Haydar, Beyrut 1987.
- en-Nesefi, Hafızuddin Ebu'l-Berekat Abdullah b. Ahmed (ö. 710/1310),
 Keşfu'l-Esrar ale'l-Menar, Mısır 1317.
 el-Musaffa Şerhu'l-Manzume, yazma, E.Ü.İ.F. Kütüphanesi(kayıtsız)
- en-Nevevi, Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref (ö. 676/1277),
 el-Mecmu' fi Şerhi'l-Muhezzeb, Kahire ts.
 Ravdatu't-Talibin ve Umdetu'l-Müftin, Kahire ts.
 el-Usul ve'd-Davabit, tah. Muhammed H. Heyto, Beyrut 1986.
- Oğuzman, M. Kemal,
 Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1971.
- el-Pezdevi, Ali b. Muhammed (ö. 483/1090),
 el-Usul (Keşfu'l-Esrar ile birlikte), İstanbul 1307.
- er-Rafii, Ebu'l-Kasım Abdulkerim b. Muhammed (ö. 623/1226),
 (Fethu'l-) Aziz Şerhu'l-Veciz (el-Mecmu' ile birlikte)- Kahire ts.

- er-Razi, Fahrüddin Muhammed b. Ömer (ö.606/1209),
el-Mahsul fi İlmi Usulî'l-Fıkh, tah. Taha Cabir Feyyad el-Ulvani,
Riyad 1979.
Mefatihü'l-Ğayb, Matbaa-i Amire 1308.
- Rebi' b. Habîb, İbn Ömer el-Ezdi (ö. 170/786),
el-Camiu's-Sahih, Kahire ts.
- Rebia, Abdulaziz b. Abdîrrahman,
es-Sebeb inde'l-Usulîyyin, Riyad 1980.
- es-Sadra, Abdulmun'im Ferec,
Muhadarat fi'l-Kanuni'l-Medeni, Nazariyyetu'l-Akd fi Kavanini'l-
Biladi'l-Arabiyye, Kahire 1959.
- Sadru's-Şeria, Ubeydullah b. Mes'ud el-Mahbubi (ö. 747/1346),
et-Tavzih li Maani't-Tenkih (Telvih haşiyesi ile birlikte), Kahire 1957.
- Saleilles, Raymond,
Borcun Genel Teorisi Hakkında Bir Etüt, çev. Mişor Ventura, İstanbul
1949.
- es-San'ani, Muhammed b. İsmail el-Emir (ö. 1182/1768),
İcabetu's-Sail Şerhu Buğyeti'l-Amil, tah. Hüseyin b. Ahmed Es-Seyağî
ve Hasen Muhammed Makbuli el-Ehdel, Beyrut 1986.
Subulü's-Selam Şerhu Buluğî'l-Meram, Kahire 1960.
- es-Senhuri, Abdurrezzak,
Masadiru'l-Hakk fi'l-Fıkhî'l-İslami, Beyrut 193-1954.
Nazariyyetu'l-Akd, Beyrut 1934.
el-Vasit fi Şerhi'l-Kanuni'l-Medeniyyi'l-Cedid, Masadiru'l-İltizam,
Kahire 1952.
- es-Serahsi, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed (ö. 490/1097),
el-Mebhut, Mısır 1331.
el-Usul, tah. Ebu'l-Vefa el -Afğani, Kahire 1372.
- Sıbt İbnu'l-Cevzi, Ebu'l-Muzaffer Yusuf b. Ferağlı (ö. 654/1256),
İsarü'l-İnsaf fi Asari'l-Hılaf, tah. Nasiru'l-Ali en-Nasır el-Huleyfi,
Kahire 1987.
- es-Suyuti, Celaluddin Abdurrahman (ö. 911/1505),
el-Eşbah ve'n-Nezair fi Kavaidi ve Furu' Fıkhî's-Şafiyye, Beyrut 1983.

- eş-Şafii, Ebu Abdillah Muhammed b. İdris (ö. 204/819),
 Ahkamu'l-Kur'an (derleyen: Ebu Bekr el-Beyhaki ö.458/1066) Beyrut
 1980.
 İhtilafu'l-Hadis, tah. Muhammed A. Abdulaziz, Beyrut 1986.
 er-Risale, tah. Ahmed M. Şakir, Kahire 1979.
- eş-Şaşi, Ebu Ali Ahmed b. Muhammed (ö. 344/955),
 el-Usul (Umdetu'l-Havaşi ile birlikte), Beyrut 1982.
- eş-Şatibi, Ebu İshak İbrahim b. Musa el-Ğırnati (ö. 790/1388),
 el-Muvafakat fi Usuli's-Şeria, Kahire ts.
- Şener, Abdulkadir,
 İslam Hukukunda Hibe, Ankara 1984.
- eş-Şevkani, Muhammed b. Ali (ö. 1250/1834),
 ed-Derari'l-Mudiyye Şerhu'd-Dureri'l-Behiyye, Kahire 1347.
 İrşadu'l-Fuhul ila Tahkiki'l-Hakki min İlmi'l-Usul, Beyrut 1979.
 Neylu'l-Evtar Şerhu Munteka'l-Ahbar, Kahire 1297.
 es-Seylu'l-Cerrar el-Mutedeffik ala Hadaiki'l-Ezhar, Kahire 1982.
- eş-Şeybani, Ebu Abdillah Muhammed b. el-Hasen (ö. 189/805),
 el-Asl (el-Kısmu'l-Evvel), tah. Şefik Şahhate, Kahire 1954.
 el-Camiu's-Sağir (en-Nafiu'l-Kebir ile birlikte), Beyrut 1986.
 el-Hucce ala Ehli'l-Medine, tah. Mehdi Hasen el-Keylani, Beyrut ts.
- eş-Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali el-Firuzabadi (ö. 476/1083),
 el-Luma' fi Usuli'l-Fıkh, Beyrut 1985.
 el-Muhezzeb fi Fıkhı'l-İmami's-Şafii, Mısır 1976.
 et-Tabsıra fi Usuli'l-Fıkh, tah. Muhammed H. Heyto, Beyrut 1983.
 et-Tenbih fi'l-Fıkhı's-Şafii, Beyrut 1983.
- eş-Şirbini, Muhammed el-Hatib (hicri X. asır),
 Muğni'l-Muhtac ila Ma'rifeti Maani'l-Minhac, Kahire ts.
- et-Taftazani, Sa'duddin Mes'ud b. Ömer (ö. 792/1390),
 Haşiye ala Şerhi Adudiddin (li Muhtasari'l-Munteha), Bulak 1316.
 et-Telvih ale't-Tavzih, Kahire 1957.
- et-Tahavi, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed (ö. 321/933),
 el-Muhtasar, tah. Ebu'l-Vefa el-Afğani, Kahire 1370.
- et-Tesuli, Ebu'l-Huseyn Ali b. Abdisselam,
 el-Behce fi Şerhi't-Tuhfe, Kahire 1951.

- et-Tilemsani, Ebu Abdillah Muhammed b. Ahmed (ö. 771/1369),
Miftahu'l-Vusul ila Binai'l-Furu' ale'l-Usul, tah. Abdulvahhab
Abdullatif, Beyrut 1983.
- et-Tirmizi, Ebu İsa Muhammed b. İsa (ö. 279/892),
es-Sunen, İstanbul 1981.
- et-Tusi, Şeyhu't-Taife Ebu Ca'fer Muhammed b. el-Hasen (ö. 460/1068),
en-Nihaye fi Mucerredil-Fıkh ve'l-Fetava, Beyrut 1980.
- Umur, Ziya,
Roma Hukuku, İstanbul 1970.
- Vefa, Muhammed,
Delaletu'l-Evamir ve'n-Nevahi fi'l-Kitab ve's-Sunne, Kahire 1984.
- Yusuf Musa, Muhammed,
el-Emval ve Nazariyyetu'l-Akd, Beyrut 1987.
- ez-Zencani, Şihabuddin Muhammed b. Ahmed (ö. 656/1258),
Tahricu'l-Furu' ale'l-Usul, Beyrut 1982.
- Zenun, Hasen,
Muhadarat fi'l-Kanuni'l-Medeniyyi'l-İraki, Nazariyyetu'l-Akd, (Cami-
atu't - Duveli'l-Arabiyye), 1956.
- ez-Zerka, Mustafa Ahmed,
el-Fıkhü'l-İslami fi Sevbihil-Cedid, el-Medhalu'l-Fıkhıyyi'l-Amm,
Dımeşk 1967-1968.
- ez-Zuhayli, Muhammed,
el-Ukudu'l-Musemmat, Dımeşk 1983.
- ez-Zuhayli, Vehbe,
Nazariyyetu'd-Daman, Dımeşk 1982.