

T.C.
ONDOKUZ MAYIS ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı

İSLAM HUKUKUNDA SATIM AKDIYLE İLGİLİ ŞARTLAR

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Hazırlayan
Abdurrahman Haçkalı

Danışman
Doç. Dr. Muhsin Koçak

Samsun-1995

Ondokuz Mayıs Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne

İşbu çalışma, jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Ana Bilim
Dalında YÜKSEK LİSANS tezi olarak kabul edilmiştir.



Başkan

Prof. Dr. Ahmet Turan



Üye

Doç. Dr. Muhsin Kocak



Üye

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Okuyan

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu
onaylarım.

12/09/1995

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Ahmet N. ANCI



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	II
ÖNSÖZ.....	VIII
KISALTMALAR.....	X

GİRİŞ

AKİT KAVRAMI VE SATIM AKDİ

I- AKİT KAVRAMI	1
A- AKDİN TANIMI VE ÇEŞİTLERİ.....	1
1- Akdin Tanımı.....	1
2- Akdin Çeşitleri.....	2
a) İsim Bakımından Akitler.....	2
b) Sıhhat Bakımından Akitler.....	2
c) Geçerlilik Bakımından Akitler.....	3
d) Devamlılık (Bağlayıcılık) Bakımından Akitler.....	3
e) Karşılıklar Bakımından Akitler.....	4
f) Gayesi Bakımından Akitler.....	4
g) Meşruiyet Bakımından Akitler.....	4
h) Aynilik Bakımından Akitler.....	5
ı) Şekle Bağlılık Bakımından Akitler.....	5
j) Tazmin Bakımından Akitler.....	5
k) Zamana Bağlılık Bakımından Akitler.....	6
l) Müstakil Olup olmama Bakımından Akitler.....	6
m) Sonuçları Akitle Beraber Olup Olmaması Bakımından	
Akitler.....	7
II- SATIM AKDİ.....	7
A- TANIMI.....	7

III

B- SATIM AKDİNİN KURULUŞU.....	8
C- SATIM AKDİNİN ÇEŞİTLERİ.....	8
1- Karşılıklar Bakımından.....	8
2- Kârın Belirtilmesi Bakımından.....	9

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞART KAVRAMI VE AKİTLERDEKİ YERİ

I- ŞART KAVRAMI.....	11
A- ŞARTIN TANIMI.....	11
B- ŞARTIN ÇEŞİTLERİ.....	12
1- Şer'i Şart.....	12
2- Ca'li Şart.....	13
a) Tanımı.....	13
b) Çeşitleri.....	13
ba) Ta'liki Şart.....	13
baa) Tanımı.....	13
bab) Özellikleri.....	14
bb) Takyidi Şart.....	14
bba) Tanımı.....	14
bbb) Özellikleri.....	15
bbc) Ta'liki şart ile takyidi şart arasındaki farklar.....	16
bc) İzafi Şart.....	16
II- AKİTLERDEKİ YERİ.....	17

İKİNCİ BÖLÜM

AKİT VE ŞART SERBESTİSİ

I- TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA AKİT VE ŞART SERBESTİSİ VE SINIRLAMALARI.....	19
--	----

IV

A- AKİT VE ŞART SERBESTİSİ.....	19
B- SINIRLAMALARI.....	21
II- İSLAM HUKUKUNDA AKİT VE ŞART SERBESTİSİ.....	23
A- AKİT SERBESTİSİ.....	23
B- ŞART SERBESTİSİ.....	24
1- Daraltıcıların Görüşleri.....	27
2- Orta Yolu Takip Edenlerin Görüşleri.....	30
a) Sahih Şartlar.....	30
b) Fasit Şartlar.....	31
c) Batıl Şartlar.....	31
3- Genişlik Taraftarlarının Görüşleri.....	31
a) Kur'an'dan Delilleri.....	31
b) Sünnetten Delilleri.....	33
c) Akit ve Şartların Günlük (Muamelat) İşlerden Olması.....	36

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞART ÇEŞİTLERİ VE SATIM AKDİNE TESİRLERİ

I- KENDİSİNE MECAZEN ŞART İSMİ VERİLENLER.....	38
A- SATIM AKDİNİN GEREĞİ OLAN ŞARTLAR.....	38
B- SATIM AKDİNİN MEVZUUNUN SIFATI OLAN ŞARTLAR....	39
II- İZAFİ ŞARTLAR VE SATIM AKDİ.....	40
A-YAPISI GEREĞİ MUTLAKA İLERİYE İZAFE EDİLEN AKİTLER.....	41
B- HEM MÜNCEZ OLAN HEM DE İLERİYE İZAFEYİ KABUL EDEN AKİTLER.....	41
C- İLERİYE İZAFEYİ KABUL ETMEYİP DAİMA MÜNCEZ OLAN AKİTLER	41

III- TA'LİKİ ŞARTLAR VE SATIM AKDİ.....	43
A- TA'LİK KABUL ETMEYEN AKİTLER.....	43
B- TA'LİK KABUL EDEN AKİTLER.....	44
C- UYGUN ŞARTA TA'LİKİ KABUL EDEN AKİTLER.....	44
D- SATIM AKDİNİN ŞARTA TA'LİKİ.....	45
IV- TAKYİDİ ŞARTLAR VE SATIM AKDİ.....	55
A- HANEFİ MEZHEBİNE GÖRE TAKYİDİ ŞARTLAR VE SATIM AKDİ	54
1- Sahih Şartlar.....	55
a) Satım Akdinin Gereği Olan Şartlar.....	56
b) Satım Akdinin Gereğini kuvvetlendiren Şartlar.....	56
c) Şer'an Cevaz Verilen Şartlar.....	57
d) Örf Haline Gelen Şartlar.....	58
e) Akitten Sonra Va'd Şeklinde İfade Edilen Şartlar.....	59
2- Fasit Şartlar.....	59
a) Aldatma (Garar) ve Cehalete Yol Açan Şartlar.....	60
b) Haram Bir Şeyi İhtiva Eden Şartlar.....	60
c) Taraflara Menfaat Sağlayan Şartlar.....	61
ca) Satıcıya menfaat sağlayan şartlar.....	61
cb) Müşteriye menfaat sağlayan şartlar.....	61
cc) Ehl-i istihkaktan olan mebi'ye menfaat sağlayan şartlar	62
3- Batıl Şartlar.....	65
a) Kendisinde Zarar Bulunan ve Satıma Konu Olan Şeye Menfaat Sağlayan Şartlar.....	65
b) Taraflardan Başkasına Menfaat Sağlayan Şartlar.....	66
B- MALİKİ MEZHEBİNE GÖRE TAKYİDİ ŞARTLAR VE SATIM AKDİ.....	67

1- Sahih Şartlar.....	68
a) Akde Uygun Şartlar.....	68
b) Satılan Malda Satıcı Lehine Bir Menfaat Sağlayan Şartlar	69
c) Satılan Malda veya Başka Bir Şeyde Bir İş Yapmayı Gerekli Kılan Şartlar.....	69
d) Müşteriyi Satılan Malda Az Bir Tasarruftan Men Eden Şartlar	70
e) İyilik ve Hayır Manasında Bir Şeyi Gerekli Kılan Şartlar	70
2- Batıl Şartlar.....	71
a) Satım Akdini İptal Eden Batıl Şartlar.....	71
b) Satım Akdini İptal Etmeyen Batıl Şartlar	72
C- ŞAFİİ MEZHEBİNE GÖRE TAKYİDİ ŞARTLAR VE SATIM	
AKDİ.....	73
1- Sahih Şartlar.....	73
a) Akdin Maslahatı Bulunan Şartlar.....	74
b) İyilik ve Hayır Manasında Bir Tasarrufu Gerektiren Şartlar..	74
2- Batıl Şartlar.....	75
a) Akdi İptal Eden Batıl Şartlar.....	75
aa) Şer'i hükme aykırı şartlar.....	76
ab) Satım akdinin gereğine aykırı şartlar.....	76
b) Satım Akdini İptal Etmeyen Batıl Şartlar.....	77
D- HANBELİ MEZHEBİNE GÖRE TAKYİDİ ŞARTLAR VE SATIM	
AKDİ.....	77
1- Sahih Şartlar.....	77
a) Satım Akdinin Maslahatı Bulunan Şartlar.....	77
b) Kendisinde Tarafların Menfaati Bulunan Şartlar.....	78
c) Satım Akdinin Mahallinde Bir İş Yapmayı Gerekli Kılan Şartlar	79

2- Batıl Şartlar.....	79
a) Satım Akdini İptal Etmeyen Batıl Şartlar.....	79
b) Satım Akdini İptal Eden Batıl Şartlar.....	80
ba) Satım akdi içerisinde başka bir akdi şart koşmak.....	80
bb) Bir akitte iki şart ileri sürmek.....	81
bc) Satım akdinin maksadına aykırı şartlar.....	82
3- Şartlı Akitler Konusunda Hanbelileri Diğerlerinden	
Ayıran Özellikler	83
SONUÇ.....	85
KAYNAKLAR.....	87



ÖNSÖZ

Kur'an ve sünnetin genel prensipleri değişmez olmakla birlikte, gerek bu prensiplerin anlaşılması ve gerekse uygulanmasındaki ihtilaflar pek çok fer'i problemde derin görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. İncelemiş olduğumuz " İslam Hukukunda Satım Akdiyle İlgili şartlar " konusu buna açık bir misal oluşturur.

İslam Hukukunu yeni araştırmaya başlayan araştırmacıların bu ve benzeri ihtilaflı konuları incelemeleri onlara mes'elelere geniş bir perspektiften bakabilme imkanı verecektir.

Mecelle mazbatasında da belirtildiği gibi, geçmişteki uygulamaların aksine, günümüzde alışverişler çoğu kez şarta bağlı olarak yapıldığı için konunun incelenmesinin yararlı olacağına inandık.

İncelemiş olduğumuz konu Borçlar hukukunun hem özel hem de genel kısmında yer almakta, İslam Hukuku ile ilgili kaynakların da "Muamelat" bölümlerinde bulunmaktadır. Bu kaynaklarda konunun incelenmesi müstakil bir başlık altında olmayıp, "kitabu'l-buyu' " genel başlığı altında, özellikle de, şartlar genelde satım akdini fasit kılıcı kabul edildiğinden "fasit alışverişler" kısmında incelenmektedir.

Çalışmamız giriş ve üç bölümden oluşmaktadır:

Giriş bölümünde akit ve satım akdini genel olarak tanımlayıp, çeşitleri hakkında kısa bilgi verdik.

Birinci bölümde şart kavramını, çeşitlerini araştırdık ve akitlerdeki yeri üzerinde durduk.

IX

İkinci bölümde, şartlı alışverişlerin bir anlamda felsefesini oluşturduğu için "akit ve şart serbestisi" ni ele aldık. Bu bölümde, mukayese imkanı vermesi için, Türk Borçlar Hukukunda konunun ele alınışını da inceledik.

Üçüncü bölümde şartların satım akdine tesirlerini araştırdık. İslam Hukuku kaynaklarında geniş olarak "takyidi şartlar" üzerinde durulduğu için takyidi şartların satım akdine tesirini biz de geniş olarak inceledik.

Konuyu incelerken elimizden geldiğince ilmi kurallar dairesinde hareket etmeye ve araştırılan konu ile ilgili tüm görüşleri delilleriyle birlikte vermeye çalıştık. Bu arada günümüz İslam Hukuku alimlerinin görüşlerine de temas ettik.

Çalışmamız boyunca yardımlarını esirgemeyen danışman hocam Doç.Dr. Sayın Muhsin Koçak'a değerli yardımlarından dolayı teşekkürü bir borç bilirim.

Abdurrahman Haçkalı

KISALTMALAR

a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.y.	: Aynı yer
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
h.	: Hicri
İ.Ü.H.F.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
k.	: Kitap
m.	: Miladi
mad.	: Madde, maddesi
nr.	: Numara
O.H.M.U.K.	: Osmanlı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
ö.	: Ölümü
r.a.	: Radiyellahu anhu
s.	: Sayfa
s.a.v.	: Sallelallahu aleyhi ve sellem
sy.	: Sayı
tah.	: Tahkik eden
T.B.K.	: Türk Borçlar Kanunu
t.y.	: Tarih yok
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
y.y.	: Yer yok

GİRİŞ

AKİT KAVRAMI ve SATIM AKDİ

I- AKİT KAVRAMI

A- AKDİN TANIMI ve ÇEŞİTLERİ

1- Akdin Tanımı

"Akit" kelimesi sözlükte "bağlamak", "bir şeyin uçlarını birbirine bağlamak", "sıkı bağlamak", "iki veya daha fazla şeyi toplamak", "dügümlemek", "bir şeye azmetmek", "sağlam bağ ve düğüm" anlamlarına gelir.¹ Akit kelimesinin ifade ettiği bağ ister maddi olsun ister manevi, ister tek taraftan olsun ister iki taraftan değişmez. ²

Bir hukuk terimi olarak akit çeşitli şekillerde tarif edilmiştir.

Mecelle akdi şöyle tarif etmektedir:

"Akit; tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir."³ Mecellenin bir sonraki maddesi akdin gerçekleşmesi için tarafların iradelerinin meşru bir şekilde uyuşmasını şart koşmaktadır.⁴

Akit şu şekillerde de tarif edilmiştir:

¹ İbnu'l-Manzur, Muhammed b. Mükerrrem, *Lisanu'l-Arap*, Beyrut, 1990, c.III, s. 296, a-k-d-mad.; Cessas, Ebu Bekir Ahmet b. Ali er-Razi, *Ahkamu'l-Kur'an*, Beyrut, 1993, II, 416; Yazır, E. Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, sad. Heyet, İstanbul 1992, c.3, s.142; Zeydan, Abdülkerim, *el-Medhal li Diraseti's-Şeriatil-İslamiyye*, Beyrut 1990, s. 239; Zuhayli, Vehbe, *el-Fikhu'l-İslami ve Edilletuhu*, Şam 1984, c.IV, s. 80

² Zuhayli, a.g.e. , a.y.

³ Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, mad. 103

⁴ Mecelle, mad.104

"Akit; tarafların yekdiğerine bir hususu borçlanma ve taahhüt etmelerini mecbur kılan hukuki bir bağıdır."⁵

"Meşru bir maslahatın gerçekleşmesini sağlayacak şekilde kişiden sadır olan ve onu münferiden veya başkasına karşı bağlayan, yükümlü kılan her tasarrufa akit denir."⁶

2-Akdin Çeşitleri

Bakış açılarına göre akitlerin sınıflandırılması farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Biz bunlara kısaca temas etmek istiyoruz.⁷

a) İsim Bakımından Akitler

Bu açıdan akitler iki kısma ayrılmaktadır.

aa) *İsimli akitler*: Hukukta hususi isimlerle zikredilen ve kendilerine hukukun belirli neticeler yüklediği akitlerdir. Satım, kira, hibe gibi akitler bu kısma dahildir.

ab) *İsimsiz akitler*: Hukukun kendileri için hususi isim ve hükümler koymadığı akitlerdir. Zamanla ortaya çıkan akitler böyledir.

b) Sıhhat Bakımından Akitler

Bu açıdan akitler üç kısma ayrılır.

ba) *Sahih akitler*: Gerek aslı gerekse vasfı ile ilgili umumi ve hususi sıhhat şartları bulunan akitlerdir.

bb) *Fasit akitler*: Esasına değilde teferruatına ait sıhhat şartlarından birini kaybeden akitlerdir.

⁵ Uzunpostalıcı, Mustafa, Hukuk ve İslam Hukuku, Konya 1990, c. I, s.292

⁶ Şazeli, Hasan Ali, Nazariyyetu's-Şart fi'l-Fıkhı'l-İslami, Kahire t.y. , s. 37

⁷ Zerka, M. Ahmet, el-Fıkhı'l-İslami fi Sevbihı'l-Cedid, Şam 1968, c.I, s. 567-583; Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul 1991, c.II, s. 52-59; Zeydan, a.g.e. , s. 305 v.d.

bc) *Batıl akitler*:Asli umumi ve hususi sıhhat şartlarından birini kaybeden akitlerdir.

Akitlerle ilgili olarak fasit ve batıl ayırımı hanefi mezhebine aittir. Diğer mezheplerde fasit ve batıl kelimeleri eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

c) Geçerlilik Bakımından Akitler

Bu açıdan akitler iki kısma ayrılır.

ca) *Nafiz akit*: Hemen geçerlilik kazanan ve taraflardan başkasının iradesine başvurmayı gerektirmeyen akittir.

cb) *Mevkuf akit* : Akdi yapanlardan başkasının iradesine bağlı olup, geçerli olması onun iznine bağlı olan akittir.

d) Devamlılık (bağlayıcılık) Bakımından Akitler

Bu açıdan akitler dört kısma ayrılır:

da) *Lazım akit*: Muhayyerliklerden uzak, taraflar için bağlayıcı olup anlaşma ile feshedilemeyen akitlerdir. Nikah akdi gibi.

db) *Lazım olmayan akit*: İki tarafı bağlayıcı olup feshi kabil olan veya taraflardan birinin muhayyerlik haklarından birine sahip olduğu akittir. Satım ve benzeri akitler böyledir.

dc) *Tek tarafı bağlayıcı akit*: Taraflardan sadece birini bağlayıcı olan akittir, rehin ve kefalet akitleri gibi.

dd) *Taraflardan hiç birini bağlayıcı olmayan akit*: Taraflardan birinin dilediği zaman bozabileceği akitler böyledir.Vekalet akdi gibi.

e) Karşılıklar Bakımından Akitler

Bu açıdan akitler üç kısma ayrılır.

ea) *İvazlı akitler*: Karşılıklı borç doğurma esası üzerine kurulan akitlerdir. Satım, kira gibi akitler böyledir.

eb) *İvazsız akitler*: Sadece bir tarafın diğer tarafa temlik bulunan akitlerdir. Hibe gibi.

ec) *Başta teberru sonunda ivazlı olan akitler*: Kefalet akdi böyledir.

f) Gayesi Bakımından Akitler

Bu açıdan akitler beş kısma ayrılır.

fa) *Gayesi temlik olan akitler*: Satım, bağışlama, vasiyyet gibi akitler böyledir.

fb) *Gayesi ortaklık olan akitler*: Şirket, müzaraa gibi akitler böyledir.

fc) *Gayesi teminat olan akitler*: Kefalet ve rehin akitleri böyledir.

fd) *Gayesi tevkil olan akitler*: Vekelet akdi böyledir.

fe) *Gayesi muhafaza ve koruma olan akitler*: Emanet akdi böyledir.

g) Meşruiyet Bakımından Akitler

Bu açıdan akitler iki kısma ayrılmaktadır.

ga) *Meşru akitler*: Hukukun izin verdiği, caiz gördüğü akitlerdir.

gb) *Yasak (meşru olmayan) akitler*: Hukukun menettiği, yasakladığı akitlerdir. Suç işlemek üzere yapılan akitler böyledir.

h) Aynilik Bakımından Akitler

Bu açıdan akitler iki kısma ayrılmaktadır.

ha) *Ayni akitler*: Ancak akdin mevzuunun teslimi ile tamam olan akitlerdir. Hibe akdi gibi.

hb) *Ayni olmayan akitler*: Yalnızca icap kabul ile tamam olan akitlerdir. Satım akdi gibi.

ı) Şekle Bağlılık Bakımından Akitler

Bu açıdan akitler iki kısma ayrılmaktadır.

ıa) *Şekli akitler*: Muteber sayılması için bir takım şekil ve merasimlerin uygulanmasına tabi olan akitlerdir. Bir takım akitlerin resmi makamlarda yapılması, resmi kayıtlara geçirilmesi şartları vardır. Bu akitlere şekli akitler denir.

ıb) *Rızai akitler*: Sadece karşılıklı rızaya bağlı olan ve bununla tamam olan akitlerdir.

j) Tazmin Bakımından Akitler

Bu açıdan akitler üç kısma ayrılır.

ja) *Tazmin akitleri*: Akdin gereği olarak el değiştiren malın, teslim alanın tazmin sorumluluğuna intikal etmiş olduğu akitlerdir. Bu gibi akitlerde malı teslim alan tarafın elinde hasıl olan hasar ve teleften teslim alan taraf mesul olur.

jb) *Emanet akitleri*: Akdin mevzuunun teslim alan tarafın elinde emanet sayıldığı akitlerdir. Ödünç, şirket, vekalet ve vesayet akitleri böyledir.

jc) *Çift vasıflı akitler*: Bir yönden birinci diğer yönden ikinci guruba dahil olan akitler vardır. Kira ve rehin akitleri böyledir. Zira, kiralanan şeyin aslı emanet, menfaati ise tazminlidir.

k) Zamana Bağlılık Bakımından Akitler

Bu açıdan akitler iki kısma ayrılmaktadır.

ka) *Zamana bağlı olmayan akitler*: İcrası bakımından zamana bağlı olmayan akitlerdir. Satım, sulh, ödünç akitleri gibi.

kb) *Zamana bağlı akitler*: İfa ve icrası bir anda olup bitmeyen, tabiatleri icabı zaman içinde yayılıp devam ederek icra edilen akitlerdir. Kira, Şirket ve vekalet akitleri gibi.

l) Müstakil Olup Olmama Bakımından Akitler

la) *Asli akitler*: Varlık ve yokluğu bir başka şeye bağlı olmayan, kendi başlarına kurulabilen akitlerdir.

lb) *Tabi Akitler*: Varlık ve yokluğu başka bir hakkın varlığına dayanan akitlerdir. Kefalet ve rehin akitleri gibi. Zira borç olmayınca kefalet ve rehin de olmaz.

m) Sonuçları Akitle Beraber Olup Olmaması Bakımından Akitler

Bu bakımdan akitler üç kısma ayrılır:

ma) *Müncez akitler*: Herhangi bir vakte bağlı olmayan veya ilerideki bir vakte izafe edilmeyen akde müncez akit denir. Müncez olan akdin neticeleri hemen gerçekleşir.

mb) *Muzaf akitler*: İcabın ilerideki bir vakte izafe edilerek yapıldığı akittir. Mesela; " evimi gelecek ay başından itibaren sana kiraya verdim " diyerek yapılan kira akdi böyledir.

mc) *Muallak akitler*: Bu akitler; var olmaları, şart edatlarından biriyle, ileride olması muhtemel bir şeye bağlanarak yapılan akitlerdir. " Sefere çıkarsam benim vekilimsin " diyerek yapılan vekalet akdi böyledir.

II- SATIM AKDİ

A-TANIMI

Akitlerin en yaygını alışverişidir. Bu akdin İslam Hukuku terminolojisindeki ismi "bey' " (çoğulu; buyu'), Türk Borçlar Hukukundaki ismi ise "satım akdidir".

İslam Hukuku kaynaklarında satım akdinin tarifleri hemen hemen aynıdır. Biz bunlardan üç tanesini veriyoruz:

"Bey'; malı mala değişmektir." ⁸

"Bey'; mütekavvim malı mütekavvim mal ile değiştirmektir."⁹

"Bey'; mütekavvim malı mütekavvim mal karşılığında mülk edinmek ve mülk edindirmek kaydı ile değiştirmektir."¹⁰

Görüldüğü gibi son tanım daha açık bir tanımdır.İslam Hukukuna göre mütekavvim mal; bilfiil elde edilmiş (muhrez) olan ve hukukun kendisinden yararlanmayı mübah kıldığı her şeydir. Her nevi menkul ve gayri menkul mallar gibi.¹¹

⁸ Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fkhiyye Kamusu, İstanbul 1985, c.VI, s. 5; Mecelle, mad. 105

⁹ Serahsi, Şemsuddin, El-Mebcut, İstanbul 1982, c. XII, s. 109

¹⁰ Mevsili, Abdullah b. Mevdud, el-İhtiyar li Ta'lili'l- Muhtar, İstanbul 1987, c.II, s. 3

¹¹ Ebu Zehra, Muhammed, el-Mülkiyye ve'n-Nazariyyetu'l-Akd fi'ş-Şeriatil-İslamiyye, Daru'l-Fikri'l-Arabi t.y., s. 48-49

"Bey' " kelimesi aslında " şira " yani satın almanın zıddıdır. Ancak hem satmak, hem de satın almak anlamlarında kullanılır. Böylece mülkiyetten çıkarma ve mülkiyete sokma anlamlarına gelir.¹² Bundan dolayı bu akit, akdin iki tarafından her biri için alım ve satım diye isimlendirilir. Satım akdine konu olan şeye " mebi "" denir. Alıcının bu malı kendi mülkiyetine geçirmek karşılığında sarf ettiği şeye ise "semen" denilir. Bu genellikle para cinsinden bir şey olur .¹³

B-SATIM AKDİNİN KURULUŞU

Satım akdi icap ve kabul ile kurulur. İcap ve kabul her iki tarafın bu akde rızalarının olduğunu gösteren söz veya fiildir. Burada irade beyanında kullanılacak sözler belirli olmayıp akdin yapıldığı beldenin örfü esas alınır.¹⁴ Hiç bir şey söylemeden malı alıp bedelini ödemek rızaya delalet ederse, satım akdi yine gerçekleşmiş olur. Satım akdinin kuruluş şartı; akdi yapan tarafların hukuki ehliyete sahip olmaları ve mevzuun mülkiyet tesisine ve nakline elverişli, yani hukuken değerli olmasıdır.¹⁵

C- SATIM AKDİNİN ÇEŞİTLERİ

İslam hukuku kaynaklarında satım akdi iki açıdan sınıflandırılmaktadır.

1- Karşılıklar Bakımından:

Bu açıdan satım akdi beş kısma ayrılır.

¹² Huraşi, Ebu Abdullah Muhammed, El-Huraşi ala Muhtasari Seydi Halil, Beyrut 1317, c.V, s. 3 Kamil Miras- Ahmet Naim, Sahih-i Buhari Muhtasari Tecrid-i Sarih Terceme ve Şerhi, Ankara 1984, c. VI, s. 337.

¹³ Bilmen, a.g.e. ,c.VI, s.5

¹⁴ Mecelle, mad.167,168

¹⁵ Mecelle, mad.361

a) **Mutlak satım:** Yaygın olan satım akdi olup, malın para ve onun yerini tutan değişme vasıtaları karşılığında satılmasıdır.¹⁶

b) **Sarf:** Nakdi nakde (parayı paraya) satmaktır. Altını altın, gümüşü gümüş, altını gümüşle satmak gibi.¹⁷

Günümüz de çeşitli para birimlerinin birbiri karşılığında alınıp satılması da böyledir.

c) **Mukayaza:** Nakit nevinden olmayan bir mal (ayn) ı diğer bir mal ile değiştirmektir. Bu gün buna trampa denilmektedir.¹⁸

d) **Selem:** Bedeli peşin ödenmek suretiyle veresiye mal satın almaktır.¹⁹

e) **Istisna':** Bir şeyi yapmak üzere sanat ehliyle mukavele yapmaktır. Yani sipariş vermektir.²⁰

2- Kârın Belirtilmesi Bakımından :

Bu açıdan satım akdi dörde ayrılır.

a) **Müsaveme:** Bir kimsenin almış olduğu malı kendisine kaç mal olduğunu söylemeksizin başkasına herhangi bir fiyata satmasıdır.²¹

b) **Murabaha:** Bir kimsenin almış olduğu bir malı kendisine kaç mal olduğunu söyleyerek ondan fazla bir fiyata satmasıdır.²²

¹⁶ Karaman, Hayreddin, Ana Hatlarıyla İslam Hukuku, İstanbul 1986, c.III, s.261

¹⁷ Merğınani, Burhanuddin, el-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, t.y., c. III, s. 90

¹⁸ Uzunpostalcı, a.g.e., c. I, s. 310

¹⁹ A. e., s.312

²⁰ Bilmen, a.g.e., c.V, s. 7 v.d ; Mecelle, mad. 118, 121, 122, 123, 124

²¹ Heyet,el-Fetava'l-Hindiyye, Bulak 1310, c.III, s. 4

²² Aynı eser, a.y.

c) Tevliye: Bir kimsenin almış olduğu bir malı kendisine kaçā mal olduğunu söyleyerek aynı fiyata satmasıdır.²³

d) Vazıa: Bir kimsenin bir malı kendisine kaçā mal olduğunu söyleyerek ondan noksana satmasıdır.²⁴

²³ Bilmen, a.g.e. , c. V, s.8

²⁴ Bilmen,a.g.e.,c.V, s. 8

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞART KAVRAMI VE AKİTLERDEKİ YERİ

I- ŞART KAVRAMI

A-ŞARTIN TANIMI

"Şart" kelimesi sözlükte; "alamet", "nişan", "yerine getirilmesi gerekli şey", "ma'ruf" gibi anlamlara gelir. Şartın çoğulu "şurut" tur. Şartın benzeri "şerita" olup, bunun da çoğulu "şerait" tir.¹

Terim olarak şart öncelikle vaz'i hükmün kısımlarından birinin ismidir. Bu anlamda şartın tanımı şöyledir: "Şart; bir şeyin varlığının kendisine dayandığı ve o şeyden hariç olan şeydir. "Şart bulununca ona bağlı olan şeyin bulunması gerekli olmaz ancak, şart bulunmayınca ona bağlı olan şeyin de bulunmaması gerekli olur. ²

Mesela, nikahın mevcudiyeti için şahitlerin varlığı, namaz için abdestin varlığı şarttır. Ancak şahitler nikaha müessir değildir, şahit bulunduğu halde nikah bulunmayabilir. İşte bu şart bir şeyin kurucu unsurlarını ifade etmektedir. Buna kanuni şart da denmektedir. Bütün bunların ışığında bu şartı şöyle tarif edebiliriz: "Şart; bir şeyin dışında, ondan ayrı olup, o şeyin varlığının dayandığı ve o şeyin varlığında müessir olmayan şeydir".

¹ Sa'di Ebu Ciyb, el-Kamusu'l-Fıkhî, Şam, 1988, s. 192, Şart mad.; Ergüney, Hilmi, Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar, İstanbul 1973, s.413; Zeydan, Abdülkerim, el-Veciz fi Usulî'l-Fıkh, İstanbul t.y. , s. 59; Sübki, M. Abdülhamit, el -Muhtar min Sıhahî'l-Luğa, Beyrut, t.y. , s. 265.

² Zeydan, a.g.e., a.y.; Sa'di Ebu Ciyb, a.g.e., a.y.

Bizim konumuzu oluşturan şart bu olmayıp ilerde geleceği üzere kaynağı mükellefin iradesi olan şarttır. Bu anlamda şartın tarifleri şöyledir:

"Şart; kendi sıgası ile yapıldığı zaman bir akitte bulunmayan bir şeyin ve durumun gerekli kılınmasıdır." ³

"Şart; satım ve diğer muamelelerde bir şeyi borçlanmak veya borç kılmaktır (iltizam- ilzam)." ⁴

Akitlerde şartın manası; bir hakkın açıklığa kavuşturulması ve o konuda şüphenin giderilmesi, hakkın ikrar edilmesidir. ⁵

Türk Borçlar Hukuku ile ilgili eserlerde şart şöyle tarif edilmektedir: "Bir hukuki muamelenin sıhhati kendisine bağlı bulunan müstakbel ve meşuk bir hadiseye şart (condition) denilir. Ancak şart ile sadece meşuk ve müstakbel bir hadise değil, hukuki muamelenin bir hususa müteallık kaydı dahi ifade olunur." ⁶

B-ŞARTIN ÇEŞİTLERİ

Şart kaynağı açısından ikiye ayrılır: Şer'i (kanuni) şart, ca'li (yapma) şart.

1-Şer'i Şart

Şer'i (kanuni) şart kaynağı "Kanun Koyucu" (Şari') olan şarttır. Yani kanun koyucunun, bir şeyin gerçekleşmesi için koştuğu şarttır. Akitlerde ve ibadetlerde kanun koyucunun koştuğu şartlar böyledir. ⁷

³ İbn Nüceym, Zeynuddin, el-Eşbah ve'n-Nezair, Şam 1973, s. 436

⁴ Firuzabadi, Mecduddin Ebu Tahir, Kamusu'l-Muhıyt, y.y. , t.y. , s. 44

⁵ Şazeli, a.g.e., s.47

⁶ Schwarz, Andreas B., Borçlar Hukuku Dersleri, çev. Bülent Davran, 1948, s. 405

⁷ Zeydan, a.g.e., s. 61

Daha önce de tarifleri verilen ve vaz'i hükmün kısımlarından biri olduğu belirtilen şart budur. Bizim konumuzu oluşturan şart bu olmadığı için üzerinde fazla durmuyoruz.

2-Ca'li Şart

a) Tarifi:

Ca'li şart; kaynağı mükellefin iradesi olan şarttır ki akit ve tasarruflarında tarafların birbiri aleyhine ileri sürdükleri şartlar bunlardır.⁸ Buna ca'li şart denmesinin sebebi; mükellefin onu şart kılması, şart olarak ileri sürmesidir.

b-Çeşitleri:

İnsanların kendi iradelerinden kaynaklanarak ileri sürdükleri bu şartlar üç kısımdır.

ba) Ta'liki Şart

baa) Tanımı:

Ta'lik; bir işin gerçekleşmesini diğer bir işin gerçekleşmesine bağlamaktır.⁹ Ta'liki şart ise; akdin vücuda gelmesinin, olup olmayacağı şüpheli olan bir şeye bağlanmasıdır.¹⁰ Böyle bir şartla yapılmış akde muallak akit denir.

Mesela, bir kimse diğerine: " Şayet borçlu sefere çıkarsa senin onda olan alacağına ben kefilim" derse, bunu söyleyen, kefalet akdinin gerçekleşmesini borçlunun sefere çıkmasına bağlamış, ta'lik etmiş olur.

Normal olarak ta'lik, iki fiili bağlayan şart edatlarından biri ile ifade edilir. "Olursa, olduğu zaman, ne zaman ki,eğer" gibi. Aynı zamanda ta'lik, bizzat şart kelimesiyle yapılabildiği gibi, sözün bizzat şarta

⁸ Zeydan,a.g.e., s.61

⁹ Zerka, a.g.e., c. I, s. 393, 503

¹⁰ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, c. II, s. 149.

delaletiyle de olur.¹¹ " Bu işten elde edeceğim gelir filana hibem olsun " sözünde olduğu gibi. Şart edatlarının girdiği cümle "şart cümlesi" diye isimlendirilir ve akdin ta'lik edildiği işe delalet eder. Diğer cümle ise "ceza" diye isimlendirilir ve muallak akit ve tasarrufları belirtir.¹² Bu iki cümlelerin öne veya arkaya alınmaları bu durumu değiştirmez.

Şartın gerçekleşmesinin akdin gerçekleşmesiyle olan ilişkisi ile ilgili olarak şöyle denmiştir: "Şartın sübutu indinde ona muallak olan şeyin sübutu lazım olur."¹³ Yani, bir şarta bağlı olarak yapılan akit, o şart gerçekleştiği zaman gerçekleşmiş olur.

bab) Özellikleri

Ta'liki şartın özellikleri şunlardır:

1. Bu şart esas tasarruftan ayrı bir şeydir.
2. Akdin bağlandığı şey gelecekte olacak bir iş veya durumdur. Şayet şart koşulan durum akit anında mevcut ise akit hemen gerçekleşmiş olur. Mesela; "filanca filancaya borçlu ise" diyerek bir ta'lik yapılsa ve akit anında o şahsın da borçlu olduğu ortaya çıksa akit daha baştan geçerli olur.
3. Akdin bağlandığı şey şu anda olmayan ancak gelecekte olması muhtemel bir iş veya durum olmalıdır. Gelecekte gerçekleşmesi kesin bir durum olursa bu, ta'lik değil ecel olur.¹⁴

bb) Takyidi Şart

bba) Tanımı

"Takyidi şart; akitleşme anında var olmayan ve akdin aslından fazla olan bir şeyi, taraflardan birisinin, akit yapılırken borçlanmasıdır."¹⁵

¹¹ Nesefti, Ebu'l- Berekat, el- Menar fi Usuli'l- Fıkh, Dersaadet Baskısı, t.y., s. 238

¹² Zerka, a.g.e., c. I, s. 394.

¹³ Mecelle, mad. 82

¹⁴ İbn Nüceym, a.g.e., s. 436

Bu çeşit şartı bazıları "iktiran" kelimesiyle adlandırırılar. Ancak bu çeşit şartın "iktiran" kelimesi ile değil, hanefi ıstılahı olan "takyit" kelimesi ile isimlendirilmesinin daha doğru olacağı da belirtilmiştir. Çünkü "iktiran" kelimesi şartın diğer çeşitlerine de uygun bir mana vermektedir ve bu sebeple bu çeşidi diğerlerinden ayıran özelliğe delalet etmemektedir.¹⁶ Takyidi şartın bir diğer tarifi şöyledir: " Tasarrufun mutlak olması halinde gerektirmediği bir şeyi sözlü tasarruftaki borçlanmadır (iltizam)."¹⁷

Bu çeşit şart; "şu şartla, böyle olması şartıyla, v.b." gibi kelimelerle olabildiği gibi, bu anlamı veren cümlelerle de olur. Mesela, bir kimsenin veresiye alışverişte rehin veya kefil şart koşması, satılan malın, alıcının yerine kadar satıcı tarafından tanınmasının şart kılınması v.b. gibi.Bu misallerden de anlaşıldığı gibi rehin, kefil veya malı satıcının taşınması şartları akdin aslından fazla bir şeydir.

bbb) Özellikleri

1. Bu şart tasarrufun aslından değildir. Ona ilave edilen, fazla bir şeydir. Satım akdinde rehin veya kefil şartı bu akdin aslından değildir. Bunlar olmadan da satım akdi gerçekleşebilir.
2. Şu anda olmayan ve ilerde olması muhtemel bir durum olmalıdır. Zira şart sadece müstakbel olabilir.¹⁸
3. Bu şartın gerçekleşmesi imkan dahilinde olmalı, imkansız olmamalıdır.

¹⁵ Şazeli,a.g.e.,s. 51

¹⁶ Zerka, a.g.e. , c.I, s.506

¹⁷ Aynı eser, a.y.

¹⁸ Remli, Şemsuddin b. Şihabuddin, Nihayetu'l- Muhtac ila Şerhi'l-Minhac, y.y. ,1976, c.III, s. 460

bbc) Ta'liki şart ile takyidi şart arasındaki farklar

1. Ta'liki şartın akdin hüküm ve neticelerine etkisi yoktur. Bu şartın fonksiyonu akit yapıldığı anda başlar ve şartın gerçekleşmesi anında sona erer. Takyidi şart ise akdin hüküm ve neticelerine tesir eder. Böylece ya akdin hüküm ve neticelerini sınırlandırır, ya da onları kuvvetlendirir.
2. Hanefilere göre ta'lik durumunda akit ve hükümleri, akdin ta'lik edildiği şart gerçekleştiği zaman mevcut olur. Şafilere göre, bu durumda akit hemen gerçekleşir, ancak hüküm şartın gerçekleştiği ana tehir edilmiş olur.¹⁹ Takyit şartlarında durum farklıdır. Bir şartla mukayyet akit, şartlarını haiz olarak gerçekleştiği zamandan itibaren geçerli olur ve hüküm ve neticeleri kendisine terettüp eder. Akdin gerçekleşmesinde takyidi şartın tesiri olmaz.

bc) İzafi Şart

İzafi şart; akdin hükmünü gelecekteki belirli bir zamana tehir eden şarttır.²⁰

Mesela, "bu evi sana gelecek ay başından itibaren şu kadar kira bedeli ile bir yıllığına kiraladım" şeklinde yapılan bir kiralama akdi gelecek ay başına izafe edilmiştir.

İzafi şartın ta'liki şarttan farkı şudur: İzafi şartta akdin izafe edildiği zaman bellidir ve vukuu kesindir. Ta'liki şartta ise akdin ta'lik edildiği iş ve durumun vukuu muhtemeldir.

¹⁹ Muhammed Emin-i Emir-i Padişah, Teysiru't-Tahrir ala Kitabi't-Tahrir, Daru'l-Fikri'l-Arabi, t.y., c.III, s. 328; Bilmen, a.g.e., c.I, s. 105-106

²⁰ Zerka, a.g.e., c.I, s.507

II- AKİTLERDEKİ YERİ

Hukuki muamelelerle insanların meydana getirdikleri akitler kesinlik ve yürürlük kabiliyetleri bakımından hep aynı değildir. Hukuki muamelelerin çeşidine, tarafların ihtiyaçlarına, içinde buldukları şartlara ve taşıdıkları maksatlara göre çeşitlidir. Genellikle akitler kesin ve şartsız olarak doğar. Ancak bazı akitler de vardır ki halen mevcut olmayan şeylere bağlanmış, yahut belirli şartlarla kayıtlanmışlardır. İhtiyaçlarına binaen insanların uygulayageldikleri bu muamelelere "şartlı akitler" (şartlı borçlar) denilir.²¹

Mecelle mazbatasında, beşeri muamelelerle, özellikle de şartlı alışverişlerle ilgili olarak şöyle denmektedir: " Zamanımızda cereyan eden alışveriş çok kere bazı şartlara bağlı olup Hanefi mezhebinde ise, akdin yapıldığı anda ileri sürülen şartların çeşitlerinin çoğu alışverişini fesad edici olması sebebiyle kitabul-buyu'un en mühim bahsi "bey'bi's-şart: şartlı alışveriş" faslı olarak cemiyyetimizce pek çok bahs ve münazarayı icap ettirdiğinden geçen tartışmaların hülasasının aşağıdaki şekilde takdimi münasip görülmüştür."²²

Geleceğimizde nasıl olacağını bilemediğimiz pek çok hadise vardır. Mesela, bir kimsenin imtihanında başarılı olup olmayacağı, başka bir şehre taşınıp taşınmayacağı gibi pek çok hadiseyi bilemeyiz. Geleceğimizle ilgili planlar için, düşüncelerimizin tatbiki kendilerine bağlı bulunan bir takım soru işaretleri bizi kaplar. O halde bir takım hukuki muamelelerde bulunduğumuz zaman -ki biz bu muamelelerle

²¹ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, c. II, s. 574

²² Öztürk, Osman, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İslami İlimler araştırma Vakfı, İstanbul, 1973, s. 37-38

hukuki neticeler meydana getiririz- bunların hukuki neticelerini geleceğin bu gibi hadiselerine bağlamak pek mühim bir ihtiyacı karşılayacaktır.²³

"Şartların ve şarta bağlı hukuki muamelelerin büyük ve pratik ehemmiyeti, bunların hukuki muameleye müteallık istek beyanının hükümlerini müstakbel ve gayri muayyen bir vaziyet ve ihtimale bağlamaya imkan vermeleridir."²⁴

²³ Schwarz,a.g.e.,s. 405

²⁴ Aynı eser,a.y.

İKİNCİ BÖLÜM

AKİT VE ŞART SERBESTİSİ

I-TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA AKİT VE ŞART SERBESTİSİ VE SINIRLAMALARI

A-AKİT VE ŞART SERBESTİSİ

Günümüz hukuk sistemlerinde akit serbestisi prensibinin esasını, şahıslara aralarındaki hukuki münasebetleri düzenleme yetkisi veren "irade muhtariyeti doktrini" nde aramak gerekir.¹ Bu doktrini kabul eden hukuklar, şahıslara aralarındaki münasebetleri, hukuki işlemlerle düzenleme yetkisi tanır. İşte akit serbestisi prensibi, felsefi bir görüş olan "irade muhtariyeti doktrini" nin borçlar hukuku alanına uygulanmasıdır.

"Akit serbestisi prensibi" ile "irade muhtariyeti doktrini" birbirinden farklı şeylerdir. Akit serbestisi, pozitif hukuk bakımından tartışma götürmeyen bir kaide iken, irade muhtariyeti bu kaideye esas olan ve bu kaideyi izaha yarıyan bir felsefi görüştür.²

Onyedinci ve onsekizinci asırlarda hakim olan rasyonalist felsefe ile , bu felsefenin hukuk sahasında tesirlerini teşkil eden tabii hukuk düşüncesinin bir neticesi olan,Fransız ihtilali ile ve liberal ekonomi ile kuvvetlenen ve daha sonra Kant'ın "irade nazariyesi" ile desteklenen bu irade muhtariyeti doktrinine göre; tabiat icabı eşit ve hür

¹ Esener, Turhan, Borçlar Hukuku, Ankara 1969, c.I, s. 193

² Erman, Hasan, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak sınırlamaları, İ.Ü.H.F.M, c.XVIII, sy. 1-4, s. 601-619

olan insanların ancak kendi iradeleri ile bağlanmaları, borç altına girmeleri mümkündür.³

Ancak bahsedilen bu felsefi görüş zamanımızda bir hayli zayıflamış durumdadır. Zira sosyal temayüller, ferdi iradenin müşterek menfaate (toplum menfaatine) uyması gerektiğini ileri sürmektedirler.⁴

"İtalyan hukukçusu Emilio Betti şöyle demektedir: " Netice olarak , borçlar hukuku, Pandext hukukçularının, ondokuzuncu asır medenicilerinin ve bu gün dahi liberal edividualizmin tesiri altında kalan bazı müelliflerin inandıkları gibi iradenin hakim olduğu bir saha değil, aksine cemiyetin hakim olduğu bir sahadır." ⁵

Bu ifade, irade serbestisinin cemiyet lehine kısıtlanması gerektiği anlamına gelir.

Günümüz hukuklarında irade bütün borçlanmaların -akitlerin- esası, sınırlarının ve hükümlerinin belirleyicisidir. Bunun için günümüz beşeri hukuklarında şöyle denmektedir: " Netice ve hükümleri açısından, yapılan akit, tarafların kanunudur."⁶

" Şart serbestisi" de akit serbestisi prensibinin ifade ettiği anlamlardan biri olduğu için akit serbestisi içerisinde mütalaa edilmektedir.

Akit serbestisi akitleşme sahasında bir kaç hürriyeti ifade eder. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

1-Akit serbestisi; şahısların bir sözleşme yapıp yapmama hususundaki hürriyeti ifade eder.⁷

³ Erman, a.g.m., s. 602

⁴ Erman, a.g.m.,s. 603

⁵ Erman, a.g.m. ,s. 609

⁶ Ebu Zehra, el-Mülkiyye ve Nazariyytu'l-Akd fi's-Şeriatil-İslamiyye, Daru'l-Fikr,t.y.,s. 225.

⁷ Schwarz, a.g.e., c.I, s. 327; Feyzioğlu, F. Necmeddin, Borçlar Hukuku, İstanbul 1970, s. 13.

Kural olarak kimse bir akit yapmaya zorlanamaz. Akit serbestisi bu anlamı ile T.B.K.'nin özel kısmında bütün şumulü ile varlığını sürdürür.⁸

2-Akit serbestisi; "şekil serbestisi" ni yani, tarafların yapmak istedikleri akdi, herhangi bir şekle ve merasime tabi olmaksızın, diledikleri biçimde ve tarzda yapabilmeleri imkanını ifade eder.⁹

3- Akit serbestisi ; kişilerin , akit çeşitlerinden dilediğini yapma hürriyetini de ifade eder . Bu , isimli akitler sahasından başka,yeni ortaya çıkan akitler için de geçerlidir. ¹⁰

4- Akit serbestisinin bir diğer anlamı da; " şart serbestisi" dir. Şart serbestisi; akdin konusunu, muhtevasını serbestçe tayin edebilme serbestisini ifade eder . Buna "tanzim serbestisi" de denir.¹¹ Gerçekte akit serbestisinin ifade ettiği en önemli anlam da budur.

Bu; akdin neticelerinin sınırlanması ve akit yapmada iki tarafın , aralarında anlaşmış oldukları şartlar ile, özel haklarındaki asli hükümleri değiştirmede iki tarafın iradesinin hakimiyetinin genişliğidir. İşte bu, günümüz hukukunda irade hürriyetinin en önemli tarafını ifade eder.¹²

B- SINIRLAMALAR

Akit ve şart serbestisi tek başlık altında incelendiğinden, bu sahadaki sınırlamalar her iki serbestinin sınırlamaları olarak kabul edilir. Bu konuyla ilgili sınırlamalar T.B.K. mad.19 ve mad.20'de ifadesini bulmuştur. Bu maddeler şöyledir:

⁸ Feyzioğlu, a.g.e. a.y.

⁹ Schwarz,a.g.e., c.I, s. 329

¹⁰ Schwarz, a.g.e. , c.I, s.330

¹¹ Feyzioğlu, a.g.e. , s.13-14; Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku, İstanbul,1993, s. 97

¹² Zerka, a.g.e., c.I, s. 465

"Kanunun emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalif, ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayır bulunmadıkça, iki tarafın yaptığı mukaveleler muteberdir."¹³

"Bir akdin mevzuu ("muhtevası") gayrı mümkün veya gayrı muhik yahut ahlaka (adaba) muğayir olursa o akit batıldır."¹⁴

Bu maddelerdeki mukavelelerden başka,devletin zayıfı kuvvetliye kaşrı koruma görevi bir takım özel kanunlarla akit şartlarını ve muhtevasını tayinde tarafların haiz olduğu bu serbestiyi, zayıfın lehine olmak üzere bir hayli daraltmıştır.¹⁵ Bu konuda sınırlama ifade eden hükümleri şöyle sıralayabiliriz:

1- Emredici hukuk kaidelerine aykırılık: Ferdi irade beyanlarıyla, özellikle de anlaşmalarla kendilerine muhalefet edilemeyen ve kendilerinden ayrılma caiz olmayan hukuk kaidelerine emredici hukuk kaideleri denir.¹⁶

2-Yasağa aykırılık.

3-Umumi nizama aykırılık.

4-Şahsiyet hakkına aykırılık.

5-Gabin: Eda ile mukabil eda arasında aşırı nispetlilik.

6-Ahlaka aykırılık.

7-Hukuka aykırılık: Kanuna aykırı bir iş işlemeyi gerektiren akitler böyledir.

8-İmkansızlık.¹⁷

¹³ Borçlar Kanunu, mad. 19

¹⁴ Borçlar Kanunu, mad.20

¹⁵ Feyzioğlu, a.g.e. ,s. 14; Reisoğlu, a.g.e.,s. 99.

¹⁶ Schwarz, a.g.e. cc I, s. 332

¹⁷ Erman, a.g.m. , s. 613 v.d. ; Schwarz, a.g.e. , c.I, s. 332 v.d; Reisoğlu, a.g.e.,s. 102

II- İSLAM HUKUKUNDA AKİT VE ŞART SERBESTİSİ

A- AKİT SERBESTİSİ

İslam hukuku açısından akit serbestisi ve anlamlarını inceleyecek olursak şunları söyleyebiliriz.

1-Akit yapıp yapmama hürriyetinde İslam hukuku, zorlamanın (akdi ikrahın) tüm unsurlarını ortadan kaldırmış ve akdin oluşumunda irade hürriyetini esas almıştır. Kur'an ve sünnet ,insan iradesini , yapılan her akitte ana düstur olarak kabul etmiştir.¹⁸

İslam hukuku, razı olmayacağı bir akitle insanın yükümlü kılınmasını kabul etmez. Sadece devletin ihkak-ı hak niyetiyle adalet adına ifa ettiği, adalet kaideleri ve toplum menfaatinin gerektirdiği durumlardaki akitler müstesnadır.¹⁹

İhtikar topluma zarar verince ihtikar mallarının devlet tarafından satılması bunun misalidir.

2- Şekil serbestisi konusunda İslam hukuku, herhangi bir şekle tabi olmaksızın sadece karşılıklı rızayı akdi doğurucu sebep saymıştır. Buna " akdin rızailiği" de denir. İslam Hukuku bu prensibi benimseyen ilk hukuk sistemidir. Bunun sebebi ; bu hukukun gerek metodoloji gerekse ahkam açılarından dine dayanmasıdır.Nitekim Avrupa laik hukuklarında bile iradeye serbesti tanınmasının kabul edilmesinde Hıristiyan teolojisinin ve kilisenin etkisi olmuştur.²⁰ Fazla şekli olmamakla beraber bunun, İslam hukukunda bir tek istisnası vardır.O da ilan ve gerçekleştiğine şahit tutma şekline tabi olan evlenme akdidir.²¹

¹⁸ Nisa, 4/29

¹⁹ Karaman, Hayreddin, Yeni Gelişmeler Karşısında İslam Hukuku, İstanbul 1992, s.22

²⁰ Senhuri, a.g.e.,c.I, s.40.

²¹ Zerka , a.g.e. , c. I, s.463-464

Sonraları, gayr-ı menkul malların tapu siciline kaydedilmesi veya noter huzurunda yapılmasının şart kılınması bu akitleri kısmen şekli kılmıştır.

3- Akit çeşitlerinden dilediğini inşa etme hürriyeti konusunda, İslam hukukunda insanları belirli akit çeşitleriyle kısıtlamaya ve akitleri bunlarla sınırlamaya delalet eden bir delil yoktur.²² Yani, İslam hukukunun açık bir nass ile yasaklamadığı ve bu hukukun kaide ve usullerinin yasaklanmasını gerektirmediği her konuda insanların akit yapmaları caizdir.

4- Akit serbestisinin en önemli anlamı olan şart serbestisi konusu üzerinde durmamız gerekmektedir. Zira araştırmamızın konusu olan şartlı alışverişlerin esasını da bu serbesti oluşturmaktadır.

B- ŞART SERBESTİSİ

Maide suresi 1. ayette : " Ey inananlar, akitleri yerine getirin..." , Nisa suresi 29. ayette ise " Ey inananlar, mallarınızı aranızda batilla (doğru olmayan yollarla, haksız yere) yemeyin, kendi rızanızla yaptığınız ticaret olursa başka" buyurulmaktadır.

Biz de biliyoruz ki , akit yapmada ve şartlar ileri sürmede ilk etki insan iradesinindir.

İslam Hukukuna göre, insan iradesi akdi meydana getirir, sonra da kanun koyucunun her bir akit için tespit etmiş olduğu belirli neticeler akde terettüp eder. Bu sebeple İslam hukukçuları; " akitler gerçekleştirilmiş hukuki sebeplerdir (esbabun ca'liyyetun şer'ıyyetun) " derler.²³

²² Şafii, Muhammed b. İdris, el-Ümm, Beyrut 1973, c. III, s. 2; Zerka, a. g. e. , c. I, s. 463,464.

²³ Muhammed Yusuf Musa, el-Emval ve'n-Nazariyyetu'l-Akd fi'l-Fıkhi'l-İslami, Daru'l-

Kanun koyucu, akitleri neticelerini ortaya çıkaran birer sebep yapmıştır. Kanun koyucu böyle bir şey yapmasaydı, o zaman akitler neticelerinin birer sebebi sayılamazdı. Fiillerimiz hakkında sabit olan hükümleri, sebebin bizden sabit olmasıyla kanun koyucu koymaktadır.

Bu ifadede hemen hemen bütün fukaha aynı görüştedir.²⁴ Bu ifadelerini onlar; "insanların koydukları şart ve neticelerle birbirlerine yapacakları haksızlıkları önlemek" düşüncesiyle ta'lil ederler.²⁵

Bu söylenenlerde görüş birliği olmakla beraber, bunun ötesinde durum gerçekten ihtilaflıdır. Zira akit yapanlar için bazen, dinin akitler için koymuş olduğu sınırlar ve neticeler yeterli gelir ve tarafların ihtiyaçlarını karşılar ve akdin meşru kılınan eserleri üzerine ilave getiren veya noksanlaştıran bir takım şartlar koyma ihtiyaca duymazlar. Ancak, iki tarafın ihtiyacı karşılanmazsa, kendilerini akitten amaçladıkları hedefe ulaştıracak şartlar koyma ihtiyacı duyarlar.

O halde akit yapanların , akdin getireceği hukuki neticeleri değiştirebilme gücü ve bu gücün sınırı nedir? Acaba bazı akitler için konulmuş olan hükümler , şart koşmada ve başka akitler yapmada sınırlayıcı ve belirleyici olarak görülebilir mi?

Durum ne olursa olsun İslam hukukçuları, tarafların diledikleri akdi yapabilmeleri ve diledikleri şartı ileri sürebilmeleri konusundaki yetkileri hakkında aynı görüşte değildirler. Buna güzel bir örnek olması açısından hadis ve fıkıh kitaplarında anlatılan bir olayı verebiliriz.

Abdu'l-Varis b. Sa'd (ö.180/796) anlatıyor : " Mekke'de idim. Ebu Hanife' nin (ö.150/767) yanına gittim ve ona:

Fikri'l- Arabi, 1987,s.411

²⁴ Zuhayli, a.g.e. , c. IV, s. 200

²⁵ M.Yusuf Musa, a.g.e. , s.412

- "Bir adam alışveriş yapıyor ve bu alışverişinde bir şart ileri sürüyor. Bu konuda ne dersin ?" dedim.

- "Akit de şart da batıldır" dedi.

Bundan sonra İbni Ebi Leyla'ya (ö.148/765) gittim ve aynı şeyi O'na sordum.

- "Akit caiz, şart batıldır " dedi.

Daha sonra İbni Şübrüme'ye (ö.144/761) gittim ve aynı şeyi O'na sordum.

- "Akit de şart da caizdir " dedi.

Kendi kendime; " bunların üçü de Kufe fakihleridir, nasıl olur da aynı meselede bu kadar ayrılığa düşerler " dedim. Daha sonra Ebu Hanife'ye gittim ve diğer fakihlerin verdikleri cevapları O'na söyledim.

-Niçin öyle söylediklerini (delillerini) bilmiyorum ama, bana Amr b.Şuayb (ö.118/736) babasından, O da dedesinden rivayet ettiğine göre " Resulullah (s.a.v.) şartlı satımdan yasakladı" dedi.

Bu defa İbni Ebi Leyla'ya gittim ve diğerlerinin söylediklerini söyledim :

-Niçin öyle söylediklerini bilmiyorum ama bana ulaşan bir hadiste ; Hz. Aişe (ö.58/678) Berire'yi (ö.60/680.) azad etmek üzere sahiplerinden satın almak istediği zaman sahipleri " vela hakkının" nın kendilerine ait olmasını şart koştu. Resulullah (s.a.v.) bunu duyunca vela şartını iptal etti, ancak satım akdini iptal etmedi, dedi.

Bu defa da İbni Şübrüme'ye gittim, diğerlerinin söylediklerini O'na da söyledim. O'da:

-Niçin öyle söylediklerini bilmiyorum ama bana ulaşan bir hadise göre Resulullah (s.a.v.) birseferden dönerlerken Hz.Cabir'den

(ö.78/697) bir deve satın aldı da Cabir (r .a.) Medine'ye kadar deveye binmeyi şart koştu, Resulullah (s.a.v.)'de bunu kabul etti " dedi.²⁶

Anlatılan olay, bu konudaki görüş ayrılıkları hakkında bizlere bir fikir verebilmektedir.

Şart serbestisi konusunda İslam hukukçularını üç guruba ayırmak mümkündür. Tarafların iradelerine serbesti tanımayan; "daraltıcılar", bundan pek çok şartı istisna eden; "orta yolu takib edenler" ve tarafların iradelerini esas alan ve serbesti tanıyan; "genişlik taraftarları."

1- Daraltıcıların Görüşleri

İslam hukuk tarihinde akitler ve akitlerle ilgili şartlar konusunda "daraltıcılar" vasfı Zahiri mezhebi hukukçuları için kullanılır.

Zahirilere göre; akitlerde ve akitlerle ilgili şartlarda asloğan yasak olmaktadır. Bu konuda şeriatın cevaz verdiği caizdir.²⁷

Buna göre; akitler meydana getirmede ve şartlar koşmada tarafların iradelerinin herhangi bir yetkisi yoktur. İnsan iradesi ancak kanun koyucunun izin verdiği sahalarda akit yapabilir ve şartlar koşabilir.²⁸

Bu görüşte olanların dayandıkları deliller şunlardır:

a) İnsanların İslam hukukunu uygulayabilmeleri, yerine getirebilmeleri için bu hukukun, insanların bütün işlerini tanzim etmesi gerekir, özellikle de akitleri. Böylece insanlar arasındaki mali ve diğer muameleler, insanların birbirlerine zarar vermelerini engelleyen adalet

²⁶ İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed, Mukaddimat-ı İbn Rüşd, c. III, s. 205; Ayni, Bedruddin, Umdetu'l-Kari Şerhu Sahihi'l- Buhari, Mısır 1972, c. IX, s. 385

²⁷ İbn Hazm, El-Endelusi, Muhalla, Beyrut t.y. , c. VII, s. 319; İbn Teymiye, Takiyyuddin, El-Fetava'l-Kübra, Beyrut t.y. , c.III, s.470; M.Yusuf Musa, a.g.e. , s. 415

²⁸ Zeydan, a.g.e. ,s. 325

esas ı ızerine olur. Özellikle akitleri yerine getirmekle emrolunduk. İslam hukukunun göstermediği Şekillerde akit yapar ve bunu kendimize gerekli kılsarsak, dinin bize helal kıldığını haram, haram kıldığını helal kılmış oluruz. Herhangi bir müslümanın da bunu yapması düşünülemez.²⁹

İslamın koymadığı akitleri yapmak, Şartları ileri sürmek , Allah'ın koyduğu hükümleri çiğnemek ve dinde fazlalıklar meydana getirmektir. Böyle bir hareket doğru değildir.³⁰ Kur'an'da : "Kim Allah'ın sınırlarını iğnerse onlar zalimlerin ta kendileridir"³¹ ve "Bu gün size dininizi olgunlaştırdım, size nimetimi tamamladım" buyurulmaktadır.³²

b) Dinin msadesinin belirtilmediği konularda akitler yapmayı yasaklayan hadisler mevcuttur. Bir hadiste Şöyle buyurulmuştur. "Kim bizim işimize uymayan bir iş icad ederse o merduttur."³³ Binaenaleyh hukukten hiç hüküm bulunmayan bir akdi veya Şartı kim yapar ileri sürerse hukuk dışı iş yapmış sayılır.

Zahirilerin bu delillendirmesi gerçekte, dinde bid'at telakkisidir. Halbuki bid'at hukuk sahasında değil ibadetler sahasında sözkonusudur. Çünkü hukuk sahasında genel bir kaideye göre aslolan mbahlıktır. " Eşyada aslolan ibahadır " kaidesi bunu ifade etmektedir.

Bir diğer hadis Şöyledir: " Bir gün Berire (r.a.) kitabet creti konusunda yardım istemek üzere Aişe (r.a.)' ya gelmişti ve o güne kadar da kitabet ücretinden bir Şey dememişti. Aişe (r.a.):

²⁹ M.Yusuf Musa , a.g.e. , s. 415

³⁰ Zeydan, a.g.e. , s. 328

³¹ Bakara, 2/229

³² Maide,5/3

³³ Buhari,Muhammed b. İsmail, Sahihu'l-Buhari,İstanbul, 1992, İtisam,96/3;Müslim b. Haccac el-Kuşeyri, Sahihu Müslim, İstanbul,1992, Ekziye, 30/8, nr. 17,18; İbn Mace, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvini, Sünenu İbn Mace, İstanbul, 1992,Mukaddime, 2/14

- " Haydi efendilerine git, velan bana ait olmak üzere kitabet ücretini senin namına ödememi isterlerse ödeyeyim " dedi. Bu teklifi Berire (r.a.) sahiplerine götürdü fakat kabul etmediler ve:

- "Aişe (r.a.), kitabet ücretini senin hesabına hasbi olarak vermek isterse versin" dediler. Mesele Resulullah (s.a.v.)' e arz edildi ve O da Aişe (r.a.)' ya:

- "Sen Berire'yi satın al ve azadla, onlara da velayı şart kıl, vela da muhakkak surette azad edene aittir buyurdu." Sonra Resulullah (s.a.v.) kalktı ve mescitte bir hutbe verdi. Hamd ü senadan sonra:

- " Bilmem ne fikir ile halk Allah'ın kitabında bulunmayan bazı şartlar ileri sürüyorlar. Her kim Aziz ve Celil olan Allah'ın kitabında olmayan bir şartı koşarsa, isterse yüz şart olsun hükümsüzdür. Hak olan Allah'ın şartıdır" buyurmuştur.³⁴

Hadisteki "onlara velayı şart kıl " cümlesi bazıları tarafından hadisin illetli kabul edilmesine sebep olmuştur.³⁵ Ancak bunun anlamı; velayı onlara şart kılsan da kılmasan da birdir, fark etmez demektir. Zira bu batıl olduğu açık olan bir şarttır.³⁶

Zahiriler, buradaki "Allah'ın kitabı" nı, diğer mezheplerin aksine Kur'an olarak anlamışlardır. İleride geleceği üzere diğer mezhepler bunu " Allah'ın hükmü " olarak anlamaktadırlar.

³⁴ Buhari, Buyu',34/67,73; Şurut,54/10,Mükatep,50/5; Müslim, Itk, 20/2, nr. 5,6; Tirmizi,Muhammed b. İsa, Sünenü't-Tirmizi, İstanbul,1992,Buyu',12/33, nr.1256; Nesei, Ebu Abdurrahman, Sünenü'n-Nesei, İstanbul,1992,buyu', 44/85, nr. 4652; Malik b. Enes, Muvatta, İstanbul, 1992,Itk,38/10, nr. 17;Ahmed b. Hanbel, el-Müsned,İstanbul, 1992, c. VI, s. 43,46, 183 Darimi, Ebu Muhammed Abdullah b. Muhammed, Sunenu'd- Darimi, İstanbul, 1992,Talak, 12/15, nr. 2294;

³⁵ Ayni, a.g.e. , c.IX, s.384; Şevkani, Muhammed b. Ali, Neylu'l-Evtar, Kahire, t.y.c.VI, s. 180-181; Miras, Kamil, a.g.e. , c. VII, s. 471- 472

³⁶ Ayni, a.g.e. , c. IX, s. 384

2- Orta Yolu Takip Edenlerin Görüşleri

Akit ve şart serbestisi konusunda insan iradesine herhangi bir yetki tanımayan Zahiri mezhebi hukukçuları ile bu konuda insan iradesini esas kabul ederek ona serbesti tanıyan Hanbeli mezhebi hukukçuları arasında orta bir yer tuttuğu için Hanefi mezhebi hukukçularına "orta yolu takip edenler" denmiştir.

Hanefilerin bu konudaki delili Ebu Hanifenin Amr b. Şuayb'dan Onun da babasından Onun da dedesinden rivayet ettiği şu hadistir: " Resulullah (s.a.v.) şartlı satıştan yasakladı"³⁷ . Bu hadisten hareketle onlar Zahiri mezhebi hukukçularının benimsemiş olduğu akit ve şartlarda aslolanın yasaklık olduğu görüşünü benimsemekle beraber bu görüşü yumuşatarak buna pek çok istisnalar getirmişlerdir.

Hanefilere göre bu konuda aslolan; akdin gerektirmediği, akdin gereğine uygun olmayan, Şer'in cevaz vermediği, örf haline gelmemiş şartların fasit olduğudur.³⁸

Hanefiler şartlar konusunda aslolanın yasaklık olmasını söylemekle beraber bundan, şart serbestisini oldukça genişletecek olan istisnalar yaparlar ve şartları; sahih, fasit ve batıl diye üçe ayırırlar.³⁹

a) Sahih Şartlar

Bu şartları kısaca maddeler halinde şöyle sıralayabiliriz:

aa) Akdin gereği olan,

³⁷ Şeybani, Muhammed b. Hasan, Kitabu'l-Hucce ala Ehli'l-Medine, tah. Seyyid Muhammed Hasan, Haydarabad 1968, c. II, s. 529; Heysemi, Ali b. Ebu Bekir, Mecmau'z-Zevaid ve Menbau'l-Fevaid, Beyrut 1988, c. 4, s. 85.

³⁸ Zeylai, Fahrüddin Osman b. Ali, Tebyirü'l- Hakayık ala Kenzi'd-Dekaik, Mısır, 1314, c.IV, s.57

³⁹ Serahsi, a.g.e., c. XIII, s. 13; İbnu'l- Hümam, Kamaluddin, Fethu'l- Kadir, Mısır, 1970, c. V, s. 442; Kasani, Alauddin Ebi Bekr, Bedayi'u's-Sanai' fi tertibi'Ş-Şerai', Beyrut 1974 ,c. V, s. 171; Şeyhizade, Abdurrahman Efendi, Mecmau'l-Enhur Şerhu Multeka'l-Ebhur, Matbaay-ı Amire, 1328, c. II, s. 63

- ab) Akdin gereğine uygun olan,
- ac) Şer'in cevaz verdiği,
- ad) Örf haline gelen,
- ae) Akiten sonra va'd şeklinde ifade edilen şartlar.

Bir sonraki bölümde bu kısımlar detaylı bir şekilde incelendiğinden burada daha fazla üzerinde durmuyoruz.

b) Fasit Şartlar

Sahih şartın kısımlarından olmayıp taraflara menfaat sağlayan şartlar fasittir.⁴⁰ Fasit şartlar aynı zamanda akitleri de ifsat eden şartlardır. Ancak akitlerde ileri sürülen fasit şartların etkisi akdin çeşidine göre değişir. Bu konuda yerleşmiş olan kaide şudur: "Fasit şart, mali muaveza akitlerini ifsat eder, diğer akitlere tesir etmez."⁴¹

c) Batıl Şartlar

Sahih şartlar dışında kalan ve ne taraflara ne de başkasına faydası olmayan şartlar batıldır.⁴² Bu gibi şartlarla yapılan akitler sahih, şartlar ise batıldır.

3- Genişlik Taraftarlarının Görüşleri

Akit ve şart serbestisi konusunda tarafların iradelerine en geniş yetkiyi veren Hanbeli mezhebi hukukçularındır.

Bu görüş sahiplerine göre; akit ve şartlarında aslolan mübah olmaktadır. Helali haram ve haramı helal kılan şartlar üzerinde anlaşmak ise yasaktır.⁴³

⁴⁰ Şeybani, c. II, s.516 ; Ali Haydar, a.g.e. , c. I , s. 299

⁴¹ Zuhayli, a.g.e. ,c. IV, s. 204

⁴² Şeybani, a.g.e. ,c. II, s. 517; Ali Haydar, a.g.e. , c.I, s. 297

⁴³ Zerka, a.g.e. , c. I,s. 479; Zuhayli, a.g.e. , c.IV , s. 206

Kadı Şureyh (ö.78/697) ve Abdullah b. Şübrüme El-Kufi'nin de görüşleri de böyledir. Maliki mezhebi hukukçularının görüşleri biraz girift ve anlaşılmaz olmakla beraber bu görüşe yakındır.⁴⁴

Bu görüş sahiplerine göre, bu hürriyet , akit ve şartlardaki genel, asli prensip olup Kur'an ve sünnetten çıkarılmıştır.⁴⁵

Hanbeliler, diğer mezheplerin aksine, nikahta dahi şart koşanı açısından meşru bir maslahatı gerçekleştiren şartı sahih kabul ederler.Onların bu konudaki delilleri şu hadistir:

"Yerine getirilmesi en doğru olan şartlar; kendileriyle namusları helal kıldığınız şartlardır."⁴⁶ Bu sebeple Hanbeliler, nikahta ileri sürülen şartların, satım ve diğer muamelelerde ileri sürülen şartlardan daha kuvvetli olduğunu söylemişlerdir.⁴⁷

Bu görüşte olanlar Kur'an ve sünnetten pek çok delil getirmişlerdir.

a) Kur'an'dan Delilleri:

"Ey inananlar, akitleri yerine getirin..."⁴⁸ Bunun anlamı; gerek Allah ile akdettiğiniz, gerek aranızda akdettiğiniz akitler demektir.Yani insanın kendi aleyhine yapmış olduğu borç akitleri, satım,kira, nikah, talak, musalaha gibi.⁴⁹ Bu ayet istisnasız bütün akitlere vefa gösterilmesi gerektiğini gösterir. Vefa ise sadece akit sahih olduğu zaman gerekli olur.

İbn Teymiye (ö. 728/1327) buradaki akit kelimesinin "ahit"le aynı anlamda olduğunu söyler.⁵⁰

⁴⁴ İbn Rüşd, a.g.e. , c. II, s. 132; Öztürk, a.g.e. , s. 38

⁴⁵ Zerka, a.g.e. ,c.I, s. 479

⁴⁶ Buhari, şurut,54/ 6; Müslim, Nikah, 16/8, nr.63; İbn Mace, Nikah, 9/ 41, nr.1954.

⁴⁷ İbn Teymiye, a.g.e. , c. III, s. 475

⁴⁸ Maide,5/1.

⁴⁹ Kurtubi, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmet, el-Cami' li Ahkami'l-Kur'an, y.y. 1959, c. VI, s.33.

⁵⁰ İbn Teymiye, a.g.e., c. III , s. 477; Cassas, a.g.e., c.II, s. 414

"(Ahitleşip) anlaşma yaptığınız zaman Allah'ın ahdini tam olarak yerine getirin (verdiğiniz sözü tutun)"⁵¹

"Ahd de yerine getirin, çünkü (insana) ahd (in) den sorulacaktır."⁵²

"Oysa arkalarına dön (üp kaç) mayacaklarına dair Allah'a söz vermişlerdi. Allah'a verilen sözden sorumlu idiler."⁵³ Bu ayet, insanın kendi aleyhine yaptığı anlaşmaların da "ahit" kelimesi içerisine girdiğini göstermektedir.⁵⁴

"Ey inananlar, mallarınızı aranızda batılla (doğru olmayan yollarla, haksız yere) yemeyin, kendi rızanızla yaptığınız ticaret olursa başka..."⁵⁵ Burada akitleşme için karşılıklı rızadan başka bir şart koşulmamıştır.

Bütün bunların sonucu şudur: Şer'in haram kılmadığı her akit ve şart sahihtir. İnsanların maslahat temini ve ihtiyaçlarını gidermek için yapageldikleri akitleri ve şartları delilsiz yasaklarsak, Allah'ın haram kılmadığını haram kılmış oluruz.⁵⁶

b) Sünnetten delilleri

Resulullah (s.a.v.)'den gelen pek çok hadis akit ve şartlarda aslolanın mübahlık olduğunu gösterir:

"Müslümanlar arasında sulh caizdir. Ancak helali haram, haramı helal kılan müstesna, müslümanlar şartlarına bağlıdırlar, helali haram haramı helal kılan bir şart olmadıkça."⁵⁷

⁵¹ Nahl,16/91.

⁵² İsrâ,17/34

⁵³ Ahzab,33/15.

⁵⁴ İbn Teymiye, a.g.e. , a.y.

⁵⁵ Nisa,4/29.

⁵⁶ İbn Teymiye, a.g.e. ,c III, s. 484

⁵⁷ Buhari,icare,37/14 (bab başlığında senetsiz (talik) zikretmektedir); Ebu Davud, Ekziye, 23/12, nr.3594; Tirmizi,Ahkam, 13/17, nr. 1352; İbn Mace, Ahkam,13/ 23,nr.

" Resulullah (s.a.v.) alışverişte istisnadan yasakladı ancak bilinmesi şartıyla müstesna."⁵⁸ Burada istisna edilen miktarın belli olması şartıyla, alışverişte satılan şeyin bir kısmını istisna eden şartın caiz olduğu belirtilmektedir.⁵⁹

Cabir (r.a.) hadisi: O şöyle anlatmıştır: "Mekke fethinden dönerken devem yürümez oldu, beni kafileden geri bıraktı. Bu sırada Resulullah (s.a.v.) yanıma geldi ve:

- Ey Cabir, sen misin? dedi,

- Evet, benim, dedim.

- Niye geri kaldın ? diye sordu.

- Devem yürümedi, beni geri bıraktı, dedim.

Resulullah (s.a.v.) asasıyla devemi çekti ve :

-Haydi şimdi bin, buyurdu.

Bu defa da devemin çok hızlı yürümesinden dolayı Resulullah (s.a.v.)' in önüne geçmesinden korkuyordum." Sonra Resulullah (s.a.v.) tekrar Cabir (r.a.)' in yanına gelir ve O'nun yeni evliliği hakkında bir takım sorular sorar.Cabir (r.a.) devamla: " Bundan sonra Resulullah (s.a.v.):

- Deveni bana satar mısın? buyurdu.

- Medineye kadar binmek şartıyla evet satarım,dedim.

Resulullah (s.a.v.) Medineye benden önce ulaştı. Ben kuşluk vakti geldim. Resulullah (s.a.v.):

- Şimdi mi geldin ? dedi.

- Evet, dedim.

235;Darekutni, Ali b. Ömer, Sünen-i Darekutni, tah. Abdullah Hişam, Kahire t.y., c. 3, s.27 ; Acluni, Keşfu'l-Hafa, Hıms 1971 , c. II, s. 209.

⁵⁸ Buhari, Şurut,54/18;Müslim, buyu', 21/16,nr. 85;Ebu Davud, Buyu', 22/33,nr.3404,3405; Tirmizi, Buyu,12/ 55,nr. 1290; Nesei, Buyu', 44/74,nr.4630,4631; Ahmed b. Hanbel, c. III, s. 313,356;

⁵⁹ Şevkani, a.g.e., c. V, s. 151; Seyyid Sabık, a.g.e. , c. III, s. 143

- Deveni bırak ta mescitte iki rekat namaz kıl ,buyurdu.

Sonra Resulullah (s.a.v.) Bilal (r.a.)'e devenin ücretini tartıp bana vermesini emretti.O' da verdi. Ben parayı alıp giderken Resulullah (s.a.v.) beni çağırıp:

- Deveni al, bedeli de senin olsun, buyurdu. "60

"Dört haslet vardır ki kimde bulunursa o münafıktır. Onlardan bir tanesi kimde bulunursa bırakıncaya kadar kendisinde münafıklık alameti vardır:Konuşunca yalan söyler, söz verince yerine getirmez, ahitleşince ahdini bozar ve mahkemeleşirken günaha başvurur."61

"Yerine getirilmesi en doğru şartlar kendileriyle namusları helal kıldığımız şartlardır."62

Berire (r.a.) hadisinde zikredilen "Allah'ın kitabı" ndan maksat kesinlikle Kur'an değildir. Çünkü sahih kabul edilen şartların pek çoğu zaten Kur'an'da yoktur, bilakis Sünnetten öğrenilmiştir. Burada "Allah'ın kitabı" ndan maksat "Allah'ın hükmü" dür. Şu ayet buna delalet eder: ".kitabullahi aleyküm (Allah'ın size yazdığı hükmü)". Resulullah (s.a.v.)'in şu sözü de buna delalet eder:"Dişin kırılmasında Allah'ın kitabı (hükmü) kısastır."63

Allah ve Resülü "vela" nın köleyi azad edene ait olduğuna hükmedince, bunun aksini şart koşmak Allah'ın hükmüne muhalefet olur. Allah'ın haramlığı konusunda bir şey söylemediği akit ve şartların haram kabul edilmesiyle ilgili olarak burada bir delil yoktur. Gerçekte Allah'ın

⁶⁰ Buhari, Şurut,54/4;Müslim, Müsakat,22/21,nr. 109,110; Ebu Davud, Buyu',22/69,nr. 3505; Tirmizi, Buyu',12/ 30,nr. 1253; Nesei, Buyu',44/ 77, nr. 4634; Ahmet b. Hanbel, c. II,s.299.

⁶¹ Buhari, İman, 2/ 24; Müslim, İman, 1/25, nr. 106,107,108; Tirmizi, İman, 38/14, nr. 2631,2632; Nesei, İman, 47/20, nr. 5017,5018.

⁶² Bkz. s. 30

⁶³ İbnu'l-Kayyim, Muhammed b. Ebu Bekr, İlamu'l-Muvakkiiin an Rabbi'l-Alemin, Beyrut, t.y.,c.I, s. 348

koyduğu hududları aşmak; Allah'ın helal kıldığını haram, haram kıldığını helal kılmak, haramlığına dair bir şey söylemediği şeyleri haram kabul etmektir, mübah saymak değil.⁶⁴

Şart olarak ileri sürülen şeyin normalde yapılması yasaksa şart olarak ileri sürülmesi de yasaktır. Aksi halde bu, Allah'ın hükmüne aykırı olur. Şart koşulan şeyin normalde yapılması mübah olmalıdır ki şartla bağlayıcılık kazanması caiz olsun. Yani normalde mübah olan şeyler şart koşulabilir.⁶⁵

c) Akit ve Şartların Günlük (Muamelat) İşlerden Olması:

Bu gibi işlerde ise aslolan; haramlığına delalet eden bir delil olmadıkça mübah olmaktır. " Eşyada aslolan ibahadır" prensibi bunu ifade eder. " Size haram kılınan size açıklandı "66 ayeti hem mal olan şeyleri, hem de fiilleri içeren genel ('amm) bir ifadedir. Üstelik Şeriatte akit ve şart cinsinin haramlığına delalet eden bir asıl da yoktur.⁶⁷ İnsanlar bir işi yaptıkları zaman ona olan ihtiyaçlarından dolayı yaparlar. Zira işin yapılması kendisine olan ihtiyacın belirtisidir. Akit ve şartların da haramlığına delalet eden bir delil olmadığına göre, dinin zorluğu kaldırma (adem-i harac) prensibinden dolayı akit ve şartlar caiz olur.⁶⁸

Şatıbi konuya şöyle açıklık getiriyor: " Muamelat konusuna gelince; bu gibi konularda şartın sadece (nasslara) aykırı olmamasıyla yetinilecektir. Çünkü bunlarda aslolan taabbudilik değil, içerdikleri mana ve hikmetleri dikkate almaktır. Muamelat konusunda aslolan; aksine delil

⁶⁴ İbnu'l-Kayyim, a.g.e., c. I, s.348.

⁶⁵ İbn Teymiye, a.g.e. ,c. III, s. 488

⁶⁶ En'am,6/119.

⁶⁷ İbn Teymiye, a.g.e., a.y.

⁶⁸ İbn Teymiye, a.g.e., c. III, s. 486

bulunmadıkça izin olmaktadır."⁶⁹

Şartlara riayet genel ve umumi bir şekilde emredilmiştir. Ancak muayyen bir şartın yasaklığına dair bir delil varsa bu, umumi hükümden hariç tutulur. Kanun koyucunun özel bir hükümle yasaklamadığı şey Kitabın genel hükmü ile mübahtır, şart olarak ileri sürülebilir ve Kitaba da aykırı düşmez.⁷⁰

Yukarıda adları geçen fakihler yanında, aynı zamanda Hz.Ömer'e (ö. 23/644) ait olan bu görüş, günümüz kanunlarının kabul ettiği "iradenin gücü prensibi" nde ve genel kaidelere, adaba yahut o bölümle ilgili kanun metinlerine muhalif olmayan şartlar koşmaları için akit yapanlara serbesti tanımada modern kanunlara uymaktadır.⁷¹

Hanbeliler bütün bunlardan şu üç durumu istisna ederler:⁷²

- ca) Şartın akdin maksadına ve gereğine aykırı olması,
- cb) Şartın Alah'ın ve Resulü'nün hükmüne aykırı olması,
- cc) Akdi yapan tarflardan birinin, karşı tarafa başka bir akit

daha yapmayı şart koşması.

⁶⁹ Şatibi, Ebu İshak, el- Muvafakat fi Usuli's-Şeri'a, Çev. Mehmet Erdoğan, İstanbul 1990, c.I, s. 283

⁷⁰ Zeydan, a.g.e., s. 331

⁷¹ Zuhayli, a.g.e. ,c. IV, s. 209; Karaman,Mukayeseli İslam Hukuku, c.II, s.199

⁷² İbn Teymiye, a.g.e., c. III, s. 486; El-Ceziri, Abdurrahman, el-Fıkh ale'l-Mezahibi'l-Erbe'a, Beyrut t.y. ,c. II, s. 230; Yusuf Musa, a.g.e. , s. 427.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞART ÇEŞİTLERİ VE SATIM AKDİNE TESİRLERİ

I- KENDİSİNE MECAZEN ŞART İSMİ VERİLENLER

A- SATIM AKDİNİN GEREĞİ OLAN ŞARTLAR

Akdin gereği olan şartlar; kanun koyucunun akde netice olarak yüklediği şeyleri ifade eden şartlardır.¹ Bu şart ayrıca belirtilse de belirtilmese de bizzat akitle gerçekleşen şeyleri ifade etmektedir.²

Malın müşteriye teslimi, satıcıya paranın teslimi gibi akdin gereği olan şartlar akdin sıhhatine dokunmadığı gibi, belirtilmeleriyle belirtilmemeleri de aynıdır.³ Çünkü akit mutlak olarak yapıldığı zaman bunlar sabit olur.⁴

Nevevi şöyle demektedir: " Kusurdan dolayı malın geri verilmesi, meclis muhayyerliği, müşterinin maldan dilediği şekilde faydalanması gibi akdin gereği olan şartların sahih olduğunda ihtilaf yoktur." ⁵

İşte akdin gereği (muktezası) olarak bizzat akitle sabit olan şeylerin ayrıca belirtilmelerine şart isminin verilmesi mecazendir.⁶

¹ el-Ceziri, a.g.e. ,c. II, s. 228

² Ali Haydar Efendi ,a.g.e., c. I, s. 229

³ İbn Abidin, Muhammed Emin ,Reddu'l-Muhtar ale'l-d-Dürri'l-Muhtar, y.y.,t.y., c. IV,s. 167

⁴ Serahsi, a.g.e. , c. XIII, s. 14; Merğınani, a.g.e. ,c.III, s. 53.

⁵ Nevevi, Ebu Zekeriyya Muhyiddin, el-Mecmu' Şerhu'l-Mühezzeb, tah. M. Necib el-Mutii, Cidde t.y.,c. IX, s. 446

⁶ Şazeli, a.g.e., s.176

B- SATIM AKDİNİN MEVZUUNUN SIFATI OLAN ŞARTLAR

İslam hukukçuları satılan şeyde, aranan bir vasfı şart koşmayı Şer'in cevaz verdiği şartlar arasında zikrederler ve " vasfı merğub ile muttasıf bulunmak " şartını caiz görürler.⁷ Ancak bununla ilgili bir takım kayıtlar ileri sürerler. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

1- Başka şeye dönüşmesi mümkün olmayan sadece sıfat olan şeylerde olmalı.⁸

2-Şart koulan vasıf kendisine rağbet edilen bir şey olmalı aranmayan, gözetilmeyen bir şey olmamalı.⁹

3- Aldatma (garar) ve cehalete yol açmamalı. Bu konuda kaide şudur: "Kendisinde garar gerçekleşmeyen sıfatların şart koşulması caizdir."¹⁰

4-Şart koşulan vasıf munzabıt olmalı.¹¹ Yani anlaşmazlığa yol açmayacak şekilde belirli ve belirlenebilir olmalıdır.

5-Şart koşulan vasıf meşru bir maksadı gerçekletirici olmalı.¹² Bu şart akdin maslahatı ile ilgili bir şarttır. Akdin maslahatı; satılan şeyin vasıflarını bilmektir.¹³ Satın alanın satın aldığı şeyde gözetdiği bir takım vasıflar için onu almaktadır. Bunun için onun maksadına mutlaka riayet etmek gerekir.¹⁴

Gerçekte bu, şart mefhumuna da dahil edilemez. Çünkü bu, satım anında satılan şeyde belli bir şeyin var olup olmadığını sorgulamaktadır.¹⁵ Şart ise ancak gelecekte olacak olan bir şeyi ifade

⁷ Ali Haydar, a.g.e. , c.I ,s. 296

⁸ Kasani, a.g.e. ,c. V, s. 167-172

⁹ Ali Haydar, a.g.e., a.y.

¹⁰ İbn Abidin, a.g.e. ,c. IV, s. 96

¹¹ Ramli, a.g.e. c III, s. 460

¹² Zuhayli, a.g.e.,c. IV,s. 422

¹³ Şirbini, a.g.e. , c. II, s. 34

¹⁴ Remli, a.g.e. , c. III, s. 460

¹⁵ Aynı eser, a.y.

edebilir. Bu şart anlaşmazlığa da yol açmaz. Zira satılan şeyde şart koşulan vasfın olup olmadığı biraz araştırma ile anlaşılır. Mesela hayvanın hamile olup olmadığını ehli bilebilir. Bunun için bu şart sahihtir.¹⁶ Ayrıca bu şart, satım akdinin meşru kılınmış hikmetine de uygundur. Çünkü satım akdi insanların farklı farklı olan ihtiyaç ve meşru maksatlarını gerçekleştirmek için, başkalarında bulunan ve ihtiyaç duydukları şeyleri elde edebilmeleri için meşru kılınmıştır.¹⁷

Müşteri ileri sürdüğü şartın, satın aldığı malda var olduğunu zannederek alır ve bu şartın onda olmadığını görürse, yani şart gerçekleşmezse müşterinin muhayyerlik hakkı vardır. Mecellenin ilgili maddesi şöyledir:

"Bayiin bir vasfı merğub ile muttasıf olmak üzere satmış olduğu mal, ol vasıftan ari çıksa müşteri muhayyerdir. Dilerse bey'i fesheder, dilerse semeni müsemma ile mebi kabul eder; buna hıyarı vasıf denir."¹⁸ 2Hanbelilere göre; müşteri gerçekleşmeyen vasfın karşılığını alabilir. Eğer malı iade edemeyip fesih imkanı ortadan kalkarsa, kaybolan vasfın karşılığını alması taayyün eder.¹⁹

II- İZAFİ ŞARTLAR VE SATIM AKDİ

İzafi şart; inşa edilmiş sözlü tasarrufun hükmünü gelecekteki belirli bir zamana tehir eden şarttır.²⁰

Burada izafi şartı kabul edip etmeme açısından akitleri incelememiz gerekiyor. Zira bütün akitlerin izafeyi kabul etmediği açıktır.

¹⁶ Remli, a.g.e., c.III, s. 460

¹⁷ Şazeli, a.g.e., s. 163

¹⁸ Mecelle, mad. 310

¹⁹ Zuhayli, a.g.e., c. IV, s. 523

²⁰ Zerka, a.g.e., c. IV, s. 507

Akitler izafi şartı kabul edip etmeme açısından üç guruba ayrılır:

A- YAPISI GEREĞİ MUTLAKA İLERİYE İZAFE EDİLEN AKİTLER

Bunlar vasiyyet ve vesayet akitleridir. Bu akitler ister müncez olsun ister muallak olsun mutlaka izafe edilir. "Şu işim olursa filanca vakfa şu kadar para vasiyyet ettim " demek böyledir. İşte bu vasiyyetin hükmü, vasiyyet edenin ölümünden sonra gerçekleşir.²¹

B- HEM MÜNCEZ OLAN HEM DE İLERİYE İZAFİYİ KABUL EDEN AKİTLER

Bu akitler müncez olarak yapıldıklarında hükümleri hemen gerçekleşen, muzaf olarak yapıldıklarında hükümleri izafe edildikleri zaman gerçekleşen akitlerdir. Kira, ödünç, müzaraa gibi menfaat üzerine kurulan akitler, kefalet, havale gibi teminat akitleri, vekalet, idari işler ve ticarete ruhsat gibi serbest bırakma (itlakat) akitleri bu sınıfa dahildir.²²

C- İLERİYE İZAFİYİ KABUL ETMEYİP DAİMA MÜNCEZ OLAN AKİTLER

Satım, hibe, borç ibrası gibi ıvazlı mali muameleler, bağışlamalar ve nikah akdi gelecek zamana izafeyi kabul etmezler. Çünkü bunların neticelerinin derhal var olması gerekir. Geleceğe izafe edilince neticeleri akitten sonraya kalır ki, bu akitlerin gayesine aykırı düşer.²³ İslam hukukçuları, satılan mal veya bedel olarak verilen malda vade şartını fasit şartlardan saymışlardır.²⁴

²¹ Zuhayli, a.g.e. ,c. IV, s. 244-247; Koçak; Muhsin, İslam Vasiyyet Hukuku, Samsun 1991, s.12-13

²² İbn Kadı Simavna, Mahmud b. İsmail, Cami'u'l-Fusuleyn, y.y. 1300, c.II, s. 7 v.d.; Zerka, a.g.e., c. I, s. 513-514

²³ Serahsi, a.g.e., c. XIII, s. 18; Yusuf Musa, a.g.e. ,s. 425

²⁴ Serahsi, a.g.e. , c.XIII, s. 15; Karaman, a.g.e. ,c. II, s. 187

"Günümüzde kullanılan "müddetli borçlar" ifadesinden kastedilen de budur. Buradaki müddet iki şahıs arasında mevcut hukuki rabitanın doğurduğu hak ve borçları geri bırakan veya düşüren, geleceğe ait, vukuu kesin bir hadisedir".²⁵ Bu müddet ya hukuki muamelenin hüküm ve neticelerinin başlatılması, ya da bu hüküm ve neticelerin sona erdirilmesi içindir. Bunların birincisine bağlı kılınan akde " muzaf akit ", ikincisine bağlı kılınan akde de " muvakkat akit " denir. Birinci şekildeki şarta izafi şart, ikinci şekilde olan şarta da infisahi şart denir.²⁶

İslam hukukçularına göre, satım akdi gerek izafi şarta gerekse infisahi şarta bağlanamaz. Zira mali muaveza akitleri bu açıdan ecel kabul etmez.²⁷ İnfisahi şart; satım ve benzeri mali muaveza akitlerinin gereğine ve şer'i maksadına tamamen aykırıdır. Bunun için bu şartla yapılan satım akdi daha baştan batıldır.

Ancak ilerde incelenmiş olan, uygun ta'lik şarta satım akdinin ta'lik edilebileceğini söyleyenlerin görüşleri ve getirdikleri deliller satım akdinde ta'lik, takyit ve izafenin sahih olmasını gerektirmektedir.

Ayrıca Osmanlı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 64. maddesinin de bütün tasarruflarda ve aiktlerde ta'lik, takyit ve izafenin sahih olmasını gerektirdiği söylenmiş olmakla beraber²⁸ biz, bu kanunun , her ne kadar Osmanlı devletinde uygulanmış olsa da, tamamıyla Fransız menşeli olması sebebiyle, bu konuda delil olarak kullanılmasını doğru bulmuyoruz.

Söz konusu madde şöyledir: " Kanunen ve nizamen memnu ve adab-ı umumiyye muğayir ve asayış-i umumiyyeyi muhil olmayan ve

²⁵ Karaman, a.g.e. ,c. II, s. 581

²⁶ Karaman, a.g.e.,c. II, s. 583

²⁷ Serahsi, a.g.e., c.XIII, s.581.

²⁸ Zerka, a.g.e., c.I, s. 515.

şeraiti kanuniye ve nizamiyeye muvafık olan mukavele senetlerinin ahkamı mer'i ve muteber addolunur. Fakat bu misillu mukavelat yalnız akit imza edenler hakkında muteber olup, imzası olmayanlara şumulü olamaz ve aharın hukuk ve menafiine tecavüz etmez.²⁹

III- TA'LİKİ ŞARTLAR VE SATIM AKDİ

Daha önce de geçtiği gibi İslam hukukçularına göre ta'likî şart; bir cümlemin ifade ettiği şeylerin gerçekleşmesini, diğer bir cümlemin ifade ettiği şeyin gerçekleşmesine bağlayan şarttır.³⁰

" Mallarım filan yerden gelirse sana sattım " demek gibi. İslam hukukçuları hangi akitlerin şarta ta'lik edilebileceğini, hangilerinin de edilemeyeceğini belirtmişler, açıklamalarda bulunmuşlardır.

Ta'lik kabul edip etmeme açısından akitler üç kısma ayrılır:

A- TA'LİK KABUL ETMEYEN AKİTLER

Gerek mali muaveza akitleri olsun gerek mali muaveza akitleri olmasın temlikat akitleridir.³¹ Satım, kira , ödünç, nikah gibi akitler bu sınıfa dahildir.

Mülkiyeti geçirici akitlerin kesin ve sarih olması gerekir. Böylece akdin gerçekleşmesinde esas olan rıza meydana gelir ve neticeler hasıl olur.

Alimlerin çoğunluğunun satım akdinin ta'lik kabul etmeyeceğini söylemelerinin sebebi şudur: Satım akdi mülkiyetin hemen

²⁹ O.H.M.U.K., mad. 64

³⁰ İbn Nuceym, Zeynuddin, el-Bahru'r-Raik, Matbaa-yı İlmiyye t.y. , c.IV, s. 2

³¹ Kasani , a.g.e. , c.V ,s. 166; İbn Kadı Simavna, a.g.e. , c. II, s. 2-4; Bilmen,a.g.e., c.VI, s.23.

karşı tarafa geçişini sağlayan ve bunun için konmuş bir akittir, ta'lik ise buna aykırıdır.³²

B- TA'LİK KABUL EDEN AKİTLER

Vasıyyet, vasi tayini, vekalet, sırf ıskat olan akitler -boşama, şuf'adan ıskat gibi-ta'lik kabul eder.³³

Bu gibi akitlerin şartta bağlanmalarında taraflar için bir zarar yoktur.

Mesela, vasiyyet kesin olarak vasiyyet edenin ölümüne bağlıdır. Bunun gibi, başka bir şeye de ta'liki caiz olur.³⁴

C- UYGUN ŞARTA TA'LİKİ KABUL EDEN AKİTLER

Havale, kefalet, velayet akitleri, ıtlakat akitleri, takyidat ve iltizamat akitleri uygun şartta ta'liki kabul eder. Küçüğe " onbeş yaşına gelirsene sana ticaret izni verdim " demek gibi.³⁵ Ancak yağmur yağarsa, rüzgar eserse gibi şartlar bu akitlere uygun olmadığı için caiz değildirler.³⁶

D- SATIM AKDİNİN ŞARTA TA'LİKİ

Satım akdinin şartta ta'lik edilemeyeceğini söyleyenlerin görüşleri ile bu akdin kısmi de olsa şartta ta'likine cevaz verenlerin görüşleri üzerinde durmak gerekmektedir.

Konuyla ilgili olarak Camiu'l-fusuleyn' de şu açıklama yer almaktadır: " Taraflardan birinin icabından sonra kabulün ta'liki caiz midir? Şöyle denmiştir: " Para bana ulaşırsa sattım " der ve o mecliste

³² Şazeli, a.g.e., s. 94.

³³ Mevsili, a.g.e.,c. III, s. 197; Zerka, a.g.e., c. I, s. 513-514

³⁴ Zeydan, a.g.e.,s. 311; Koçak, a.g.e., s. 156.

³⁵ İbn Kadı Simavna, a.g.e., c. II, s. 7; Zerka, a.g.e., c. I s. 514

³⁶ Şazeli, a.g.e., s. 64

para kendisine ulaşırsa istihsanen caizdir. " Parayı şuna verirsen sattım " der ve müşteri de parayı mezkur şahsa verirse, satım istihsanen caizdir. Bunun caiz olmadığı ve zahiru'r-rivaye'ye aykırı olduğu da söylenmiştir."³⁷

Satım akdinin, paranın satıcıya ulaşması şartına ta'liki, bu akdin muktezası olan şarta ta'likidir.Çünkü bu akit, tamam olduktan sonra paranın satıcıya teslimini şartsız gerektirir.

Serahsi (ö.490/1097) şöyle demektedir: " Müşteri; " üç güne kadar parayı getirmezssem aramızda alışveriş olmasın " diyerek şart koşarsa, kıyasa göre bu akit fasittir.Bu İmam Züfer'in görüşüdür. Ebu Hanife, Ebu Yusuf (ö.182/798) ve İmam Muhammed'e (ö.189/805) göre istihsanen caizdir."³⁸

Burada istihsan Abdullah b. Ömer (r.a.)' den (ö.73/692) rivayet edilen bir habere dayanmaktadır.Zira O, bu şart ile alışveriş yapmıştır.³⁹ Bunun kaidesi şudur: "Sahabi, kıyasa muhalif bir söz söylediği, bir iş yaptığı zaman onunla amel etmek gerekli olur, kıyas terkedilir."⁴⁰

Bu, mecellede " hıyar-ı nakit " olarak zikredilir.İlgili madde şöyledir: " Bayi' ve müşteri filan vakte kadar tediye-i semen olunmak, olunmazsa beynlerinde bey' olmamak üzere pazarlık etseler sahih olur, buna hıyar-ı nakd denir."⁴¹ Bunun açıklaması şöyledir: Bir kimse diğerine ; "sen bu malı sat, eğer alan parasını vermezse ben veririm" der ve malı alan da parayı vermezse , bu va'di eden kimsenin parayı vermesi lazım olur.⁴²

³⁷ İbn Kadı Simavna, a.g.e. , c.II, s. 3

³⁸ Serahsi, a.g.e. , c. XIII, s. 17; Kasani, a.g.e. ,c. V, s. 175

³⁹ Serahsi, a.g.e., a.y.

⁴⁰ İbnu'l-Lehham, Alaaddin Ali b. Abbas, el-Kavaid ve'l-Fevaidu'l-Usuliyye, tah. M. Hamid Feyki, Beyrut 1983, s. 295

⁴¹ Mecelle, mad. 313

⁴² Berki, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle, s. 27

Mecellenin bir maddesi de şöyledir: " Va'dler suret-i ta'liki iktisab ile lazım olur."⁴³

Dikkat edilirse buralarda satım akdi, yine bu akdin muktezası olan bir şeye bağlanmıştır.

Ayrıca Hanefiler, satım akdinin yabancı namına muhayyerlik şartını ifade eden "filanca razı olursa sana bunu sattım" cümlesini istisna ederler.⁴⁴

Satım akdiyle ilgili olarak , akit meclisine yakın olan birinin meşveretini içeren şarta ta'liki, muhayyerlik müddetince Malikilere göre de caizdir.⁴⁵

Hanbeli kitaplarında, satım akdinin ta'lik kabul edip etmemesi hususunda iki görüş vardır. Ahmet b. Hanbel'in bunu caiz gördüğü, caiz görmeyenlerin sonraki alimler olduğu söylenmiştir.⁴⁶

Mali muaveza akitlerinin ta'lik kabul etmeyeceğini söyleyenler şu delillere dayanırlar:

a) Bu akitler temlikat akitleridir, mülkiyeti nakledici akitlerdir, yapıldığı anda neticeleri hasıl olur. Bu akitlerin şarta ta'lik edilmeleri muktezalarına aykırıdır. Ayrıca ta'likte kumar manası vardır.⁴⁷ Yine ta'likte garar veya garar şüphesi vardır.⁴⁸

b) Mülkiyetin intikali rızaya dayanır. Rıza ise kesinlikte olur. Ta'likte ise kesinlik yoktur. Zira ta'likte olup olmama şüphesi vardır.⁴⁹

c) Resulullah (s.a.v.) münabeze ve mülamese akitlerinden nehyetmiştir.⁵⁰

⁴³ Mecelle , mad. 84

⁴⁴ İbn Kadı Simavna, a.g.e., c. II, s. 3; Ali Haydar, a.g.e. , c. I, s. 296

⁴⁵ Şazeli, a.g.e. , s. 72

⁴⁶ İbnu'l-Kayyim, a.g.e. ,c.III, s. 3.

⁴⁷ Zeydan, a.g.e., s. 310

⁴⁸ Karaman, a.g.e., c. II, s. 583

⁴⁹ Zeydan,a.g.e.,s. 310.

İleri sürülen bu delillerin incelenmesi gerekir. Birinci delilde ileri sürülen "temlikat akitlerinin neticelerinin hemen hasıl olduğu" mukaddimesi tartışılabilir. Zira Kitap, sünnet, icma' ve kıyasın kabul ettiği esas kaide şudur: Akitte aslolan; tarafların rızalarıyla belirledikleri ve akit yapmakla kendi üzerlerine gerekli kıldıkları şeylerdir. Haramı helal, helali haram kılmadıkça kendi rızalarıyla kabul ettikleri şeylere vefa gereklidir.⁵¹ Maide suresi 1. ayet akitlere vefayı genel bir şekilde emretmiş, Nisa suresi 29. ayet temlik ve temellükte karşılıklı rızayı esas almıştır. Ayrıca Kur'an ve sünnette anlaşmalara uymayı emreden pek çok ayet ve hadis vardır. Bu konu da bu ayetlerin umumuna dahil olur.⁵²

Ayrıca şunu da ekleyebiliriz. Akdin muktezasına aykırı olan şey; akdin meşru kılınmasındaki gaye ve maksada aykırı olan ve akdin esası olan rızayı ortadan kaldıran şeydir, nikahta talakın şart koşulması gibi.⁵³

Tarafların akdi gelecekte olacak bir şarta bağlamalarında akdin muktezasına aykırılık yoktur. Zira akdin muktezası; Şariin çizdiği sınırlar içerisinde tarafların rızalarıyla kabul ettikleri şeydir. Akdin hemen gerçekleşmesinde anlaşılırsa bu onlara gerekli olur, eğer akdin muallak olmasında anlaşılırsa bu da onların hakkı olur. Bunda kendi menfaatleri olduğu sürece gerek kendilerine, gerek başkalarına herhangi bir zarar da yoktur. Bu tasarruf helali haramı helal kılmadıkça ve bundaki menfaat meşru buldukça İslam Hukuku bunu zulüm kabul edip reddetmez.⁵⁴

⁵⁰ İbn Abidin, a.g.e., c.V, s. 151.

⁵¹ Şazeli, a.g.e.,s. 122

⁵² Şazeli, a.g.e. , s. 123

⁵³ İbn Teymiye, a.g.e., c. III, s. 477

⁵⁴ Şazeli, a.g.e., a.y.

Birinci delilde zikredilen bir başka mukaddime şuydu:
" Ta'likte kumar manası vardır. Kumar ise şüphe yollu temliktir. Diğer bir ifadeyle ta'lik garara yol açar. Garar ise yasaklanmıştır. Çünkü Resulullah (s.a.v.) garar satışını yasaklamıştır.⁵⁵

Burada öncelikle gararı tanımlamamız, yasak olanını belirtmemiz, ta'likin garar olup olmadığını açıklamamız gerekiyor.

Garar sözlükte; "tehlike" anlamına gelir.. Asıl itibarıyla garar; zahiren sevilen ve batınen sevilmeyen şey demektir. Bunun için dünyaya "metau'l-ğurur" yani "aldanış metaı" adı verilmiştir.⁵⁶ Buna göre garar; kişinin kendini veya malını bilmeksizin helake maruz bırakmasıdır.

Yine garar; gerçekleşmediği zaman rızanın olmayacağına belirtisi olan şeydir.⁵⁷

Garar tariflerindeki ortak payda; akıbeti kapalı, asıl itibarıyla husule gelip gelmeyeceği bilinmeyen, aldatma, hile ve cehalettir.

Garar ile ilgili olarak verilen hadisler şunlardır:

" Resulullah (s.a.v.) garar satışından; husat (satışın)dan yasaklamıştır."⁵⁸

"Husat (veya "hasat ") satışı" birkaç anlama gelmektedir:

i. Taraflardan birisinin; "Şu elbiselerden hangisinin üzerine bu taşı koyarsam onu sattım -veya aldım- " demesi ve taşı elbisenin üzerine bırakarak akdi kesin hale getirmesi şeklinde olan satım akdidir.

ii. Eline aldığı taşı atıp, araziden o taşın düştüğü yere kadar satmak şeklinde olan satım akdidir.

⁵⁵ Buhari, Buyu',34/61; Müslim, Buyu'21/42,nr. 4; Ebu Davud, Buyu', 22/24,nr. 3376; Tirmizi, Buyu',12/17,nr. 1230; Nesei, Buyu',44/27, nr. 4515; İbn Mace, Ticarat, 12/23, nr. 2194,2195;Malik b. Enes, Buyu', 31/34,nr. 75;İbn Hanbel, c. I, s.116,c. II, s. 154,155; Darimi, Buyu', 18/20,nr.2557.

⁵⁶ Zuhayli, a.g.e. , c. IV, s. 435

⁵⁷ Seyyid Sabık,Fıkhu's-Sünne, Kahire t.y. , c. III, s. 144.

⁵⁸ bkz. 55 no'lu dipnot.

iii. Taşları atıncaya kadar muhayyerlik şart koşma şeklinde yapılan satım akdidir.

iv. Bizzat taşın atılmasını satım akdi olarak kabul etmek.⁵⁹

Abdullah b. Ömer'den (r.a.) rivayet edildiğine göre; Resulullah (s.a.v.) habelulhabeleyi, yani gebe devenin dişi doğan yavrusunun hamlini satmaktan nehiy buyurmuştur. Cahiliyye halkı arasında -akıbeti meçhul- böyle bir alışveriş şekli vardı (garerle mal alır satarlardı).⁶⁰

Ebu Said'den (r.a.) (ö.74/693) rivayet edildiğine göre; Resulullah (s.a.v.) doğurana kadar hayvanların karnındaki ceninin, sağılıp ölçülünceye kadar hayvanın göğsündeki sütün, kaçmış kölenin, taksim edilinceye kadar ganimet malı hissesinin, elde edilinceye kadar sadakaların, avcının vuracağı avın satışını yasaklamıştır.⁶¹

Resulullah (s.a.v.) ;" sudaki balığı satmayımız, çünkü o garardır" buyurmuştur.⁶²

"Resulullah (s.a.v.) mülamese ve münabeze satışlarından yasaklamıştır".⁶³ Bu hadis taliki kabul etmeyenlerin üçüncü olarak ileri sürdükleri bir delil olduğundan açıklamasını aşağıda vereceğiz.

Bunların ışığında garar satışı; akdi yapanlardan birisi hakkında sözkonusu olan ve sonuçta malının zayi olmasına sebep teşkil edecek bir tehlike içeren satıştır.⁶⁴

⁵⁹ Şevkani, a.g.e., c. V, s. 145,146.

⁶⁰ Buhari, Buyu',31/61;Müslim, Buyu', 21/5-6, nr. 1513; Ebu Davud, Buyu', 22/24, nr.3380; Nesei, Buyu',44/67, nr. 4626; Açıklaması için bkz. Miras, Kamil, a.g.e. , c. VI, s. 467

⁶¹ Tirmizi, Siyer, 19/14, nr. 1563; İbn Mace, Ticarat,12/ 24; İbn Hanbel, a.g.e.,c. III, s. 42;açıklaması için bkz. Miras,Kamil,a.g.e.,c. VI, s. 465.

⁶² İbn Hanbel, c. I, s. 388.

⁶³ Buhari, Buyu',34/62,63;Müslim, Buyu',21/1,nr. 1,2; Ebu Davut, Buyu, 22/24,nr. 3377; Tirmizi, buyu, 12/69, nr. 1310; Nesai, Buyu, 44/23,nr. 4506, 44/25, nr. 4508; İbn Mace, Ticarat, 12/12, nr. 2196;Malik b. Enes, Buyu, 35/76; İbn Hanbel, c. II,s. 319,379,380; Darimi, Buyu, 18/28, nr. 2565.

⁶⁴ İbn Rüşd, Mukaddimat, c. III, s. 208

Bunun manası şudur: Garar; malın müşteriye teslimi ile akitten maksadın hasıl olması ve malın müşteriye teslim edilememesiyle maksadın gerçekleşmemesi arasında mütereddid olan şeydir.⁶⁵

Satım akdinin müstakbel şarta taliki açısından garar şöyle olabilir: Akit yapıldıktan sonra karşılıklardan biri taraflardan birine teslim edilir, diğer karşılık ise teslim edilme ile teslim edilememe arasında veya elde edilip edilememe arasında şüphede kalırsa garar söz konusu olur. Eğer karşılık elde edilemezse, diğer tarafa teslim edilen şey herhangi bir şeye karşılık olmaz, karşılıksız olur. Bu durum malı batıl bir yolla yemek olur. Bu da sudaki balığın, havadaki kuşun satılması gibidir. Müşteri balığı alabileceği gibi alamayabilir de. Kuşun bazen avlanması mümkün olur, bazen olmaz. Eğer müşteri bu durumlarda alacağını alamazsa satıcı müşteriden aldığı şeyi batıl yolla almış olur. Bu ise ayet-i kerime ile yasaklanmıştır.⁶⁶

Akitlerde gararın durumu hep aynı değildir. Havadaki kuşun satılmasında olduğu gibi akdin sıhhatine engel olan çok garar, Hırkanın pamuğunun satılmasında olduğu gibi akdin sıhhatine engel olmayacak kadar az olan garar ve bu ikisinin arasında olup ne ilkinine ne de ikincisine dahil edilemeyen ve ihtilaf konusu olan garar.⁶⁷

Akdin sıhhatine engel olmayan garar iki şekilde olur:

Birincisi; satılan şeye tabi olan şeyler garar sayılmaz.

İkincisi; ya kendisinde bulunan meşakkatten dolayı, ya da değerinin azlığından dolayı insanların aralarında örf ve teamülen müsamaha gösterdikleri şeyler de garar sayılmamaktadır.⁶⁸

⁶⁵ Şazeli, a.g.e., s.124

⁶⁶ Bakara, 2/188

⁶⁷ Karaman, a.g.e., c.II, s. 167

⁶⁸ Şevkani, a.g.e., c.V,s. 148; Seyyid Sabık, a.g.e., c. III, s. 144-145

Gararın satım akdinde yedi noktada söz konusu olduğu da söylenmiştir ki bunların hepsi de satılan şey ile ilgilidir. Bunlar da satılan şeyin;

1. varlığında olan garar; kaçan kölede olduğu gibi,
2. elde edilip edilemeyeceğinde olan garar; havadaki kuş gibi,
3. cinsinde olan garar; adı belirtilmeyen bir mal gibi,
4. çeşidinde olan garar; markasını söylemediği bir araba gibi,
5. miktarında olan garar; atılan taşın düştüğü yere kadar satmak gibi,
6. tayininde olan garar;iki elbiseden birini belirlemeden satmak gibi,
7. satılan malın devam ve bekasıyla ilgili olarak gerçekleşen garar; kurtulduğu belli olmayan meyveyi satmakta olduğu gibi.⁶⁹

Satım akdinin müstakbel şarta ta'likinde bu manalar gerçekleşmez. Zira şart gerçekleşirse akit tamamlanmış, lazım hale gelmiş olur. Eger şart gerçekleşmezse akit tamamlanmamış olur, herhangi bir netice hasıl olmaz ve sanki hiç anlaşma olmamış gibi karşılıklar tamamiyle sahiplerinin elinde kalır. Böylece ta'like , malların batıl yolla yenme sonucu terettüp etmez .Dolayısıyla ne tehlike ne de garar olmuş olur.⁷⁰

İşte bu durum uygulama ve sonuç açısından mevkuf satış gibidir. Mevkuf satış; haberi olmadan bir kimsenin malını satmaktır.⁷¹ Bir kimse sahibinin izni olmadan malını satsa ve sonra da mal sahibi izin verse satış geçerli olur. İzin vermese satış geçerli olmaz, karşılıklar ve mallar sahiplerinde kalır.

⁶⁹ Karaman, a.g.e., c. II, s. 167

⁷⁰ Şazeli, a.g.e. , s. 124

⁷¹ Mecelle, mad. 377

Yukarıdaki hadisi şeriflerden de anlaşıldığı gibi gararın tefsiri akdin mahalli ile ilgilidir. Yani garar; akdin mahalli ya olmayan, ya bilinmeyen veya elde edilmesi kesin olmayan bir şey olursa gerçekleşir. Bu ise müstakbel şarta yapılan ta'likten tamamiyle farklıdır. Ta'likte akdin mahalli açık, belirli ve sınırlıdır. Bunda garar yoktur. Ta'lik ancak akdin gerçekleşmesi ve bağlayıcılığı ile ilgilidir, bu konularda kendini gösterir. Çünkü ta'lik bunları şartın tahakkuku zamanına tehir eder. Şart gerçekleştiğinde karşılıkların alınıp verilemesi (teslim-tesellüm) tamamlanmış, akit bu vakitte müncez hale gelmiş olur. Daha önce de geçtiği gibi şarta bağlı satım akdi, tarafların irade rıza ve niyetleriyle yapıldıktan sonra tamam olmuştur. Tarafların bunda gerçek bir maslahatları vardır. Bu maslahat; meşru olmayan bir durum ile şaibeli hale gelmedikçe, Allah'ın haram kıldığı bir şeyi helal, helal kıldığı bir şeyi de haram kılan bir unsur içermedikçe şer'an mutad olarak gözetilegelmiş bir maslahattır.⁷² Çünkü Allah ve Resulünün haram kılmadıkları ve insanlara faydası olan her şey helaldir, bunları kimsenin haram kılmaya hakkı yoktur.⁷³

Satım akdinin bizzat kendisi garar değildir, garar olarak isimlendirilemez. Gerek müncez olsun gerek muallak olsun bu satış belli bir vasıfla satıştır. Bu vasıftan başka bir şeyi de içermez.

Gerçekte aldatma şudur: Müşteri ile akit yapılır ve malı alınır, onun alacak olduğu karşılık ise şüphede kalır. Şayet müşteri alacağını alamazsa, satıcı müşterinin malını batıl yolla almış olur. İşte kumar manasına olan garar budur. Allah ve Resulü bundan menetmişlerdir.⁷⁴

⁷² Şazeli, a.g.e. , s. 124

⁷³ İbnu'l-Kayyim, a.g.e. , c. II, s. 345

⁷⁴ Şazeli, a.g.e., a.y.

Akde gelince, bağlayıcılık şartı bulunur; bağlayıcı olur, bağlayıcılık şartı bulunmaz; bağlayıcı olmaz. Gerçekleşme şartı bulunur; gerçekleşmiş olur, gerçekleşme şartı bulunmazsa gerçekleşmez. Akit gerçekleşmezse maksat ta gerçekleşmez. Her iki durumda da taraflar diğerinin malını batıl yolla yemezler. Bu yukarıdaki yasağa girmez, kumar manası da bulunmaz.

Ta'liki kabul etmeyenlerin ileri sürdükleri ikinci delil de; mülkiyetin intikalinin rızaya dayandığı, rızanın ise ancak kesinlik halinde olduğu, ta'likte ise kesinlik olmadığı için rızanın da olmayacağı, dolayısı ile ta'likin caiz olmayacağı idi.

Öncelikle söylememiz gerekir ki bu doğru olmayan bir ta'lildir. Eskilerin tabiriyle burada " müsadere alelmatlub " yapılmaktadır. Müstakbel bir şarta ta'lik edilmiş akdin de dayanağı rızadır. Zira akdin esası olan icap-kabul rızanın varlığına delalet eder. Bu durumda burada rızanın olmadığı söylenemez. Bundan fazla olarak bu akit belli bir vasfı da içermektedir. Bunda da karşılıklı rıza vardır ve bu vasıf gerçekleşirse akit te gerçekleşir ve bağlayıcı olur. Gerçekleşmezse akit te gerçekleşmez ve bağlayıcı olmaz.⁷⁵

Ayrıca müstakbel şarta ta'liki caiz olan kefalet ve vasiyyet gibi akitlerde rızanın yok olduğu da söylenemez.

Ta'liki kabul etmeyenlerin üçüncü delilleri; Resulullah (s.a.v.)'den rivayet edilen ve O'nun mülamese ve münabeze satışlarından yasakladığını ifade eden hadistir.⁷⁶

⁷⁵ Şazeli, a.g.e. , s. 128

⁷⁶ bkz. tez metni,s. 49.

Mülameşe satışı; kişinin gece veya gündüz arkadaşının, mesela kumaşına eliyle dokunması ve bunun görme muhayyerliğini ıskat edecek şekilde alışveriş olarak kabul edilmesidir.⁷⁷

Münabeze satışı ise; taraflardan biri diğer tarafa kendi kumaşını atar ve hiçbirinin diğerinin malına razı olup olmadığına bakmaz, bu atışma ile alışveriş gerçekleşmiş kabul edilir ve muhayyerlik hakkı düşer.⁷⁸

Mülameşe ve münabeze satışlarının tefsirleri bu noktalarda toplanır. Görülüyor ki, bu tefsirlere göre bu satışlarda müstakbel bir şarta ta'liki men eden veya bunu gösteren bir işaret yoktur. Bütün bu açıklamalardan, bu alışverişlerin cehalet, alışveriş sigalarını kullanmamak, muhayyerlik hakkını ıskat ve en önemlisi garar gibi durumlardan dolayı batıl olduğunu anlıyoruz.⁷⁹

Münabeze ve mülameşe satışlarında garar ve butlan bizzat satılan maldan kaynaklanmaktadır. Ta'lik durumunda akdin mahalli açık, belirli ve sınırlıdır. İcap-kabul vardır ve akit sigaları düşürülmemiştir. Bunlardan dolayı bahsedilen hadis ta'likin sıhhatine mani olmaz.⁸⁰

Bütün bunları münakaşa ettikten sonra şöyle bir sonuca ulaşılmaktadır: Akit ve şartlarına vefayı emreden ayet ve hadislerin umumunun ifade ettiği anlamda mali muaveza akitleri için bu deliller geçerli olamaz. Bu konuda aslolan; neticesi insanların mallarını batıl yolla yemek olmadıkça bu gibi tasarrufların yapılmasının sahih olduğudur.⁸¹ Taraflar için meşru bir maslahat gerçekleştiren hakiki bir maslahat ışığında konuya yeniden açık bir şekilde bakmak gerekir. Kendisine ihtiyaç varsa,

⁷⁷ Merğınani, a.g.e. ,c.III, s. 49; Kamil Miras, a.g.e. ,c. II, s. 294.

⁷⁸ Merğınani, a.g.e., a.y.

⁷⁹ Şevkani, a.g.e. ,c.V , s. 150;Kamil Miras, a.g.e. c. II, s. 295

⁸⁰ Şazeli, a.g.e. ,s. 131

⁸¹ Şazeli, a.g.e. ,s. 132

maslahat varsa, zaruret varsa mali muaveza akitlerinin de uygun ta'liki şarta bağlanmaları caizdir.⁸²

IV- TAKYİDİ ŞARTLAR VE SATIM AKDİ

Daha önce de geçtiği üzere takyidi şart; akitleşme anında var olmayan ve akdin aslından fazla olan bir şeyi tarafların borçlanmalarıdır.⁸³

İslam Hukuku kaynaklarının şart bahislerinde incelenen şartlar genellikle bunlardır. Bu bahisler incelendiğinde bu konudaki ihtilafların çokluğu hemen görülecektir. Bu durum mecelleyi hazırlayanlar tarafından müşkil kabul edilmiş ve Hanefi mezhebi esas alınmıştır.⁸⁴

Konuyu hukuk mezhepleri açısından ele almakta yarar gördüğümüz için tek tek mezheplerin görüşlerini inceledik.

A- HANEFİ MEZHEBİNE GÖRE TAKYİDİŞARTLAR VE SATIM AKDİ

Hanefi mezhebi hukukçularına göre satım akdinde ileri sürülen takyidi şartları üç guruba ayırabiliriz:

1-Sahih şartlar

2-Fasit şartlar

3-Batıl şartlar

Hanefiler, bunları da kendi içerlerinde daha detaylı ele almış ve her birini bir kaç kısma ayırmışlardır. Biz de aynı usulü takip edeceğiz.

1- **Sahih Şartlar:**Hanefi mezhebi hukukçularına göre sahih olan takyidi şartları beş madde halinde incelemek mümkündür.

⁸² Şevkani, a.g.e. ,c. VI, s. 100; Zeydan, El-Veciz, s. 61 (1 no'lu dipnotta)

⁸³ Firuzabadi,a.g.e., s.44

⁸⁴ Berki, a.g.e. , s. 37-38

- a) Satım akdinin gereği olan şartlar
- b) Satım akdinin gereğini kuvvetlendiren ve ona uygun olan şartlar
- c) Şer'in cevaz verdiği şartlar
- d) Örf haline gelen şartlar
- e) Akitten sonra va'd şeklinde ifade edilen şartlar

a) Satım Akdinin Gereği Olan Şartlar:

Bunlar, Kanun koyucunun, akit sonucu olarak meydana geldiğini kabul ettiği ve bizzat akitle gerçekteşen şeyleri ifade eden şartlardır. Daha önce de belirttiğimiz gibi bunların şart olarak isimlendirilmeleri mecazendir. Ayrıca bu şartların sahih olduğu ve bu konuda ihtilafın olmadığını da belirtmiştik. Bundan dolayı bu şartları burada tekrar incelemiyoruz.

b) Satım Akdinin Gereğini Kuvvetlendiren Şartlar:

Bu şartlar bizzat akitle sabit olmayan, ancak akdin gereğini kuvvetlendiren ve akdin gereğine uygun olan şartlardır.⁸⁵

Mesela; veresiye satışlarda belirlenmiş bir şeyi rehin olarak şart koşmak, kefil şart koşmak, ihtilaflı olmakla beraber, tercih edilen görüşe göre havale (parayı satıcının başkasından almasını) şart koşmak böyledir. Bütün bu şartlar satıcı için bir güvence olup, akdin gereği olan paranın elde edilmesini kuvvetlendirdikleri için sahihtirler.⁸⁶

Hanefiler, bu çeşit şartların genel kaideden istisna olarak, istihsan yoluyla sahih olduklarını söylerler. Çünkü hanefilere göre şart akde uygun olsa da akdin gereğini ifade eden bir şart olmadıkça, kıyasa

⁸⁵ İbnü'l-Hümmam, a.g.e. , c.IV, s. 443.

⁸⁶ Serahsi, a.g.e. , c. XIII, s. 19; Kasani, a.g.e. , c. VI, s. 4.

göre fasittir.Zira bu gibi şartlarda akdin gerektirmediği, fazladan bir menfaat vardır ve bu bir akit içerisinde iki akittir.⁸⁷

c) Şer'an Cevaz Verilen Şartlar

Bu şartlar akdin gereği olmayan, onu kuvvetlendirmeyen ancak, Şer'in cevaz verdiği şartlardır.⁸⁸

Muhayyerlik şartları ile vade şartı bu kısma dahildir. Bu şartlar kıyasa ve akdin gereğine aykırı gözüktür. Satım akdi paranın ve malın karşılıklı olarak mülk edinilmelerini gerektirir. Bu şartlar ise buna aykırıdır. Ancak ödemeyi belli bir vakte kadar tehir edenin durumu göz önüne alındığında, onun bunu bir zarureten dolayı istediği, parası olmadığı halde bir ihtiyacını gidereceği görülür. Ona bir kolaylık olması, bu müddet içerisinde parayı temin etme imkanı için vade şartı Kanun koyucu tarafından mübah sayılmıştır. Bunu ifade eden ayet şudur: "Ey inananlar, belirli bir vakte kadar birbirinize borçlandığınızda..."⁸⁹

Muhayyerlik şartına da satım akdinin in'ikadını engellediği halde şer'an cevaz verilmiştir.⁹⁰ Bunun dayanağı şu hadistir: " Satın aldığımda; "aldatmak yok, üç gün muhayyerim" de."⁹¹

Vade şartında müddetin belirlenmiş olması, muhayyerlik şartında ise muhayyerliğin üç günü geçmemesi şarttır.⁹² Bu Ebu Hanife'nin görüşüdür. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre; taraflar muhayyerliğin müddetini daha uzun tutabilirler.Mecelle de bu görüşü kabul etmiştir.⁹³

⁸⁷ Serahsi, a.g.e., c. XIII, s. 19.

⁸⁸ Ali Haydar, a.g.e. c. I, s. 296

⁸⁹ Bakara, 2/282.

⁹⁰ Mevsili, a.g.e. ,c. II, s. 12; Şevkani, a.g.e. c. V, s. 182.

⁹¹ Buhari, Buyu', 34/48, Istikraz, 43/19; Müslim, Buyu', 21/ 12, nr. 48; Ebu Davut, Buyu', 22/66, nr. 3500,3501; Tirmizi, Buyu', 12/28, nr. 1250.

⁹² Mevsili, a.g.e. , c. II, s. 13.

⁹³ Mecelle, mad. 300 ; Bilmen, a.g.e., c. VI, s. 56.

d) Örf Haline Gelen Şartlar

Bu şartlar; taraflardan birine menfaat sağlayan, akdin gereği ve akdin gereğine uygun olmayan ancak, insanların örfen teamul haline getirdikleri şartlardır.

Mecellenin konuyla ilgili maddesi şöyledir: "Mütearef, yani örf ve adeti beldede cari olan şartla bey' dahi sahih ve şart muteberdir."⁹⁴

Yine bu konuyla ilgili olarak sayabileceğimiz mecelle maddeleri şunlardır:

"Adet muhakkemdir."⁹⁵

"Nasın isti'mali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur."⁹⁶

"Örfen ma'ruf olan şey şart kılınmış gibidir."⁹⁷

"Beynettüccar ma'ruf olan şey beynlerinde meşrut gibidir."⁹⁸

"Örf ile tayin nass ile tayin gibidir."⁹⁹

Mesela; hanefi hukukçularının zamanlarında örf haline gelen; na'line tasma takmak v.s.¹⁰⁰ ve günümüzde ise; satıcının malı alıcının yerine kadar taşınması, belli bir müddet tamir garantisi gibi şartlar böyledir.

Hanefilere göre, çoğu kere taraflara menfaat sağladığı için, kıyas bu gibi şartların fasit olmasını gerektirse de bu gibi şartlar istihsanen caizdir.¹⁰¹

⁹⁴ Mecelle, mad. 186

⁹⁵ Mecelle, mad. 36

⁹⁶ Mecelle, mad. 37

⁹⁷ Mecelle, mad. 43.

⁹⁸ Mecelle, mad. 44

⁹⁹ Mecelle, mad. 45

¹⁰⁰ Serahsi, a.g.e. , c. XIII, s. 14 ; İbnü'l-Hümmam, a.g.e. , c. V, s. 442

¹⁰¹ Şeyhizade, a.g.e. , c.II, s. 63

İstihsan yönü şudur: insanlar bu şartları örf haline getirmişlerdir. Bununla teamül caiz olur.çünkü örf kıyastan öncedir ve fiili icma gibidir. Örf ile kıyas terkedilir, eser tahsis edilir.¹⁰²

Şart örf haline gelmişse taraflar arasında tartışma sebebi olmaz. Böylece satımdan maksat olan karşılıklı temlik-temellük gerçekleşmiş olur.¹⁰³

Ayrıca akdin çerçevesini belirlemede hakim sadece tarafların ortak niyetlerine bakmaz. Bunu belirlemede hakimin başvuracağı bir kaynak ta örfdür.Çünkü örf, özel bir açı olarak ticari muamelelerde kanun makamına kaimdir. İşte burada, örf haline gelen şartlar da -velevki akde fiilen katılmamış olsun- akde katılır. Yani, akit bu şartlarla yapılmış kabul edilir. Bu çeşit şartlar akitlerde geçerli sayılır.¹⁰⁴

e) Akitten Sonra Va'd Şeklinde İfade Edilen Şartlar

Akitten sonra va'd şeklinde ifade edilen şart ta sahihtir, akdin sıhhatine zarar vermez. Belki va'd sebebiyle bu şartın yerine getirilmesi gerekir.¹⁰⁵

Bu saydıklarımız Hanefi mezhebinde sahih kabul edilen takyidi şartları oluşturur. Bunların dışındaki şartları Hanefiler; akdi ifsat eden "fasit şart" ve akdi ifsat etmeyen "batıl şart" olarak ikiye ayırırlar.

2- Fasit Şartlar

Daha önce de geçtiği gibi Hanefilere göre fasit şart; hem kendisi fasit olan ve hem de satım akdini ifsat eden şarttır.

¹⁰² İbnü'l-Hümmam, a.g.e. , c. V, s. 442.

¹⁰³ Ali Haydar, a.g.e., c. I, s. 295.

¹⁰⁴ Senhuri, a.g.e., c.VI, s. 15-16.

¹⁰⁵ Serahsi, a.g.e. , c.XIII, s.13 ; İbn Abidin, a.g.e. , c.IV, s. 8 ;Ali Haydar, a.g.e. , c. I, s. 290 v.d.

Bu şartları bir kaç gurup altında toplayabiliriz:

a) Aldatma (garar) ve Cehalete Yol Açan Şartlar

Satım anında bilinmesi mümkün olmayan ve ileride anlaşmazlığa yol açan şartlarla alışveriş fasit kabul edilmiştir. Çünkü mali muaveza akitlerini fasit şart ifsat eder.¹⁰⁶

Belirli bir miktar süt vermesi şartıyla inek v.s. satın almak, şu kadar mahsul vermesi şartıyla bahçe satın almak, süresiz muhayyerlik şartı ve meçhul vade şartları bu çeşit şartlardandır.¹⁰⁷

Bu şartların özellikleri şunlardır:

- i) Akit anında şart koşulan bu şeylerin gerçekte olup olmayacaklarını bilmek imkansızdır.
- ii) Akdin mahallinde şart koşulan bu şeylerin ondan ayrılması ve aslen değişmesi mümkün olan şeylerdir.
- iii) Şart bazen miktarı belli, bazen belli değildir.

Burada dikkat edilen nokta satım akdinin şartlı olarak yapılmasından ziyade, ileri sürülen şartın anlaşmazlığa sebebiyet verecek şekilde cehalet ve garar içermesidir.

b) Haram Bir Şeyi İhtiva Eden Şartlar:

İnsanları din ve dünya işlerinden alıkoyan, dinen yasaklanmış şeylerin şart koşulması satım akdini ifsat eder.¹⁰⁸

Dövüşken olması şartıyla koç, boğa, horoz , şarkıcı olması şartıyla cariye satın almak v.s. gibi şartlar böyledir. Bu şartlar aynı zamanda aldatmaya da yol açar.¹⁰⁹

¹⁰⁶ İbnü'l-Hümmam, a.g.e. , c. V, s. 447 ; Kasani, a.g.e. , c. V, s. 160

¹⁰⁷ Merğınani, a.g.e. ,c. III, s. 555.

¹⁰⁸ Kasani, a.g.e. , c. V, s. 169.

¹⁰⁹ Kasani,a.g.e.,c.V, s. 169.

Bu gibi şartlarda meşru bir maksat yoktur ve satım akdinin meşru kılınış sebebine aykırı olup, yasaklanan bir sonuca ulaştırır.

Bu şart aslında akdin mahallinden ziyade sebebi ile ilgilidir. Bilindiği gibi hanefiler, akdin sahih olup olmamasını değerlendirirken, tarafların iç niyet ve kasıtlarına bakmayıp ifadelerine, beyanlarına bakmaktadırlar. Burada, taraflardan birisi bu iç niyetini beyanına da yansıttığı için akit fasit kabul edilmiştir.

c) Taraflara Menfaat Sağlayan Şartlar:

Bu çeçit şartı; satıcıya menfaat sağlayan şart,müşteriye menfaat sağlayan şart ve ehli istihkaktan olan mebiye menfaat sağlayan şart olmak üzere üç kısma ayırabiliriz.

ca) Satıcıya menfaat sağlayan şartlar:

Bu şartlar; sattığı evde belli bir müddet oturmayı, sattığı bineğini belli bir müddet kullanmayı, sattığı arazinin bir yıl mahsulünü almayı şart koşması gibi satıcıya sattığı malda menfaat sağlayan şartlardır.

Müşterinin satıcıya ödünç vermesi, bir şey hibe etmesi, herhangi bir malını satması şartı gibi müşteriye başka bir akit yapmaya zorlayan şartlar da bu kısma dahildir.¹¹⁰

cb) Müşteriye menfaat sağlayan şartlar:

Satıcının elbise dikmesi şartıyla kumaş v.s., öğütüp un yapması şartıyla buğday satın almak veya satıcının müşteriye ödünç vermesi, bir şey hibe etmesi, başka bir şeyi şu fiyata satması gibi müşteriye menfaat sağlayan şartlar böyledir.¹¹¹

¹¹⁰ Ali Haydar, a.g.e. , c. I, s. 300

¹¹¹ Serahsi, a.g.e. , c. XIII, s. 16 ; İbnü'l-Hümmam, a.g.e. , c. V, s. 441-442

cc) Ehl-i istihkaktan olan mebi'ye menfaat sağlayan şartlar:

Ehli istihkaktan olan mebi' köledir. Eski uygulamada satım akdine konu olan kölelere menfaat sağlayan şartları da hanefiler fasit şartlar arasında saymışlardır.

Bunun en önemli örneği; azad etmek şartıyla köle satın almaktır. Hanefilerde tercih edilen görüşe göre bu şart fasit olup satım akdini de ifsat eder.¹¹²

Özetle söyleyecek olursak fasit şartlar; akdin gerektirmediği, akdin gereğine uygun olmayan, şer'an cevaz verilmemiş, örf haline gelmemiş olup taraflara menfaat sağlayan veya haram kılınmış bir şeyi içeren şartlardır. Hanefilerin bu konuda dayandığı deliller şunlardır:

i) "Resulullah (s.a.v.) şartlı satışı yasakladı"¹¹³ hadisi.

Hanefilere göre bu hadis genel ('amm) dir. Şartlı satışların tümünü içerir, ancak aşağıdaki şeyler onu tahsis etmiştir:¹¹⁴

1. Akdin gereği olan şartlar.
2. Akdin gereğini kuvvetlendiren şartlar.
3. Şer'in cevaz verdiği şartlar.
4. Örf haline gelen şartlar.

ii) "Resulullah (s.a.v.) ödünç içeren satım akdini yasaklamıştır." hadisi.¹¹⁵

Yani Resulullah (s.a.v.) satımın ayrıca ödünç verme akdini de içermesinden yasaklamıştır. Bu hem şartlı satımdır hem de bir akit

¹¹² Kasani, a.g.e. , c. V, s. 171 ; Fetavayı Hindiyeye, c. III, s. 134 ; Haskefi , Alaeddin, Dürri'l-Münteka fi Şerhi'l-Mülteka, Matbaayı Amire 1328, c. II, s. 63.

¹¹³ Şeybani,a.g.e. , c.II, s. 529; Mevsili, a.g.e. , c.II, s. 24.

¹¹⁴ Şeybani,a.g.e. , c.II, s. 529; Mevsili, a.g.e. , c.II, s. 24.

¹¹⁵ Serahsi, a.g.e. , c. XIII, s. 16; Buhari, Buyu' 34/73;Ebu Davud, buyu', 22/68, nr. 3504; Tirmizi, Buyu',12/19, nr.1234; Nesei, Buyu',44/71,nr. 4626; Malik, Muvatta, buyu,31/30,nr. 69; Darimi, Buyu', 18/ 26, nr.2563.

içerisinde iki akit yapmayı içermektedir ki aşağıda geleceği üzere bu da yasaktır.

iii) "Resulullah (s.a.v.) bir satışta iki satıştan, bir akitte iki akitten yasakladı " hadisi.¹¹⁶

Bu hadisin açıklaması iki noktada toplanır: Birincisi; satıcının "şu mal peşin şu kadar, veresiye şu kadar "deyip müşterinin, aldığı fiyatı belirtmeden ayrılması, ikincisi; satıcının, müşterinin başka bir şey satmasını şart koşmasıdır.¹¹⁷

iv)Bu çeşit şart taraflar arasında anlaşmazlığa yol açar.

Satım akdinin gereği; satıcının paraya alıcının da mala sahip olması ve dilediği gibi tasarrufta bulunmasıdır. Halbuki ileri sürülen bu şartlar, bu durumu engeller. Çünkü lehine menfaat şart koşulan taraf şartın yerine getirilmesini isteyecektir. Karşı taraf özellikle yukarıda belirtilen nasslara dayanarak bu şartı yerine getirmekten kaçınacaktır. Bu durum aralarında anlaşmazlık çıkmasına yol açar.¹¹⁸ Böylece akit tamamlanmamış sayılır.

Bazen bu şartın anlaşmazlığa yol açmaması onun fasit kabul edilmesini engellemez. Çünkü anlaşmazlık ihtimali bu şartın cinsinde vardır. Bu sebepten tek tek şartlara itibar edilmez. Zira her zaman anlaşmazlığa götürme ihtimali vardır. Anlaşmazlığa yol açan her şey fasit ve müfsittir.¹¹⁹

Bu şartın bu çeşit akitleri ifsat etmesinin bir diğer sebebi; lehine menfaat şart koşulmuş tarafın akde ancak bu şart ile razı

¹¹⁶ İbnü'l-Hümmam, a.g.e. , c. V, s. 447; Ebu Davud, buyu', 22/53, nr.3461; Tirmizi, Buyu', 12/18, nr.1231;Nesei, Buyu',44/73, nr. 4629; ;Malik b. Enes, Buyu',31/33, nr. 72; İbn Hanbel, c.II, s. 71,174,175,177 Heysemi, a.g.e., c.IV,s. 84.

¹¹⁷ Şevkani, a.g.e. ,c. V, s. 152.

¹¹⁸ Serahsi, a.g.e. , c. XIII, s. 15 ; Bilmen, a.g.e. , c. VI, s. 24

¹¹⁹ Ali Haydar, a.g.e. , c. I, s. 299.

olmasıdır. Şart fasit olup bundan beklenen menfaat elde edilemeyince bu durum rızayı ortadan kaldırır. Bu da akdin fasit kabul edilmesinin sebebidir.¹²⁰

v) Bu çeşit şartlarda faiz şüphesi vardır.¹²¹

Burada belirtilen menfaatler, akitte şart koşulmuş bir fazlalık olarak kabul edilir. Bu fazlalığa karşılık bir şey verilmemiş, bir şey ödenmemiştir. Satım akdinde bu fazlalığa bir şey tekabül etmez. Bu gibi muamelelerde karşılığı olmayan her fazlalık faiz kabul edilir. Yahut bunda faiz şüphesi vardır. Faiz şüphesi ise akdi ifsat eden bir sebeptir.¹²²

Diğer mezhep hukukçularının delil kabul ettiği Cabir (r.a.) hadisi ve Berire (r.a.) hadisi hakkında hanefiler farklı görüştedirler.

Onlara göre Berire (r.a.) hadisinde Urve'nin şüphesi vardır. " Onlara velayı şart kıl " cümlesinin anlamı; "onlara velanın hakikatini bildir" demektir. " Allah'ın kitabında olmayan şart; Allah'ın hükmüne aykırı şart demektir.¹²³

Cabir (r.a.) hadisine gelince; burada gerçekten bir alışveriş olmamıştır. Aralarındaki iş; güzel dostluk ve muamele nevindendi. Çünkü Medine'ye geldiklerinde Resulullah (s.a.v.) devenin parasıyla birlikte deveyi de Cabir'e (r.a.) vermişti.¹²⁴

Fasit şartların etkisi bütün akitlerde aynı değildir. Bu konuda esas olan kaide şudur: Fasit şart mali muaveza akitlerini ifsat eder, diğer akitlere tesir etmez.¹²⁵

¹²⁰ Karaman, a.g.e. , c. II, s. 193

¹²¹ İbn Abidin, a.g.e., c. IX, s. 244.

¹²² İbnü'l-Hümmam, a.g.e. , c. V, s. 442-443 ; İbn Abidin, a.g.e. ,c. IV, s. 177-178; Karaman, a.g.e. a.y.

¹²³ Serahsi, a.g.e. , c. XIII, s. 14.

¹²⁴ Serahsi, a.g.e.,c. XIII, s. 14.

¹²⁵ Tantavi, M. Muhammed, el-Medhal ile'l-Fıkh'l-İslami, Kahire 1987, s. 304.

Mesela, mal ile mal olmayan şeyin mübadelesinde, hibe, borç gibi teberrularda, vekili azletme, boşama, azat gibi ıskatlarda, rehin, kefalet, havale ve vasiyyet gibi tasarruflarda fasit şart akdi iptal etmez.¹²⁶

Bu çeşit şartların mali muaveza akitlerini ifsat etmesinin sebepleri yukarıda açıklanmıştı.

Fasit şartların akitten önce, akit anında ve akitten sonra ileri sürülmelerinin akde etkisinin farklı olduğu söylenmiştir. Akitten önce iki taraf bir şart ileri sürüp ondan sonra şartı belirtmeksizin akitte bulunsalar ve akdi ona bina ettiklerinde ittifak etseler akit o şart ile yapılmış olur, ittifak etmezlerse, akit o şart ile yapılmış kabul edilmez.¹²⁷ Akitten sonra ona fasit bir şartı ilave etseler, tercih edilen görüşe göre asıl akde bitişmez ve akdi ifsat etmez.¹²⁸ İbni Abidin şöyle der: "Bana göre, fasit şartı akitten önce veya sonra şart koşar ve akdi ona bina ederlerse akit fasit olur."¹²⁹

3- Batıl şartlar

Bu şartlar akde tesir etmeyip kendileri boş (mülga) olan şartlardır. Bunları şu şekilde sınıflandırabiliriz:

a) Kendisinde zarar bulunan ve satıma konu olan şeye menfaat sağlayan şartlar: Başkasına satmama, hibe etmeme veya atması, kullanmaması şartıyla herhangi bir şey satmak gibi şartlarla yapılan satım akdi sahih olup bu şartlar boş kabul edilir.¹³⁰ Burada akde konu olan şey ehl-i istihkaktan (köle) değildir.

Bu şartlar müşterinin malında dilediği gibi tasarruf etmesini engellediği gibi, ona zarar da vermektedir. Ayrıca bu şartlar satım akdinin

¹²⁶ Karaman, a.g.e. , c. II, s. 192-193.

¹²⁷ Bilmen, a.g.e. ,c. VI, s. 24.

¹²⁸ Kasani, a.g.e., c. V, s. 216; Bilmen, a.g.e., c. VI, s. 24.

¹²⁹ İbn Abidin, a.g.e. , c. IV, s. 167.

¹³⁰ Kasani, a.g.e. , c. V, s. 170; Ali Haydar, a.g.e. , c. I, s. 297 v.d.

maksadına da aykırıdır. Bu şartların yerine getirilmesini isteyecek kimse olmadığı için bu şartlarla yapılan satım akdi sahih kabul edilmiştir. Çünkü bu şartlar taraflardan birinin hakkı değildir. Bu şartların herhangi bir faydası olmadığından boş kabul edilir, anlaşmazlığa da yol açmazlar ve böyle olunca varlıkları ile yoklukları aynı olur.¹³¹

b) Taraflardan Başkasına Menfaat Sağlayan Şartlar

Filanın oturması şartıyla ev, başkasına şu kadar ödünç vermek şartıyla herhangi bir şey satmak gibi taraflardan başkasına menfaat sağlayan şartlar batıldır.¹³²

Mescit inşa etmek, vakfetmek, fakirlere tasadduk etmek şartıyla yer v.s. satmak ta böyledir.¹³³ Bu şartların satım akdini ifsat edeceği de söylenmiştir.¹³⁴

Kendisinde ne menfaat ne de zarar bulunan şartlar da batıldır. Çünkü anlamsız olarak söylenmişlerdir. Giymesi şartıyla elbise, yemesi şartıyla yiyecek satmak gibi.¹³⁵

Bilindiği gibi Hanefilere göre "fasit" ile "batıl" arasında fark vardır. Diğer mezhepler bu iki kelimeyi birbirinin eş anlamlısı olarak kullanırlar.¹³⁶ Hanefilere göre fasit akit; rukün ve şartları tamam olup harici vasıflarından birini kaybeden akittir.¹³⁷ Parada hâlel vaki olması, akde fasit bir şartın bitişmesi gibi. Batıl akit ise; rukün ve şartlarından birisi eksik olan akittir.¹³⁸ Hukuken mal sayılmayan bir şeyi satmak veya

¹³¹ Ali Haydar, a.g.e. , a.y. ; Şazeli, a.g.e. , s. 206.

¹³² İbnü'l-Hümmam, a.g.e. , c. v, s. 447; Ali Haydar, a.g.e. , c. I, s. 298.

¹³³ Şazeli, a.g.e. , s. 207.

¹³⁴ Fetavayı Hindiyye, c. III, s. 135.

¹³⁵ Kasani, a.g.e. , c. V, s. 170.

¹³⁶ Ceziri, a.g.e. , c. II, s. 224.

¹³⁷ İbn Nüceym, a.g.e. , s. 401; Haskefi, a.g.e. , c. II, s. 62

¹³⁸ Fetavayı Hindiyye, c. III, s. 147; İbn Nüceym, a.g.e., s. 401.

akdi,o akdi yapmaya hukuken ehliyetli olmayan bir kimsenin yapması gibi.

Hanefiler bu ayrımı muamelat konusunda yaparlar. Onlara göre de ibadetlerle ilgili olarak bu iki terim aynı anlama gelir.¹³⁹

Hanefilerin dışındakilere göre rukün ve şartlarını veya şer'an muteber harici bir vasfını kaybeden akitlere hem fasit hem de batıl denir ve aralarında hüküm olarak bir farklılık yoktur.¹⁴⁰

Hanefilere göre fasit akit satıcının izniyle mülkiyet ifade eder.¹⁴¹ Ancak akdi fasit kılan gayri meşru vasıflar var olduğu müddetçe akit taraflarca feshedilebilir. Fasit akdin ifade ettiği mülkiyet sahih akit gibi değildir. Bu akit ile elde edilen maldan yemek, içmek, kullanmak gibi faydalanmalar caiz değildir. Ancak malı alan onu bir başkasına satarsa bu akit geçerli olur ve ikinci şahıs için sahih bir mülkiyet ifade eder. Malın ilk sahibinin fesih hakkı ortadan kalkmakla beraber malın bedelini isteme hakkı saklıdır.¹⁴²

B- MALİKİ MEZHEBİNE GÖRE TAKYİDİ ŞARTLAR VE SATIM AKDİ

Malikiler şartlar konusunda hanefi ve şafii hukukçularından daha geniş düşünürler ve bu konuda hanbeli mezhebi hukukçularına yakın bir tavır takınırlar. Onlar sahih kabul ettikleri şartlar konusunda şöyle derler: " Akdin veya taraflardan birinin menfaatini gerçekleştiren şart sahihtir."¹⁴³ Malikilerin takyidi şartlar konusundaki görüşlerini öncelikle sahih ve batıl olmak üzere iki kısma ayırabiliriz.

¹³⁹ Ceziri,a.g.e. ,c. II, s. 224.

¹⁴⁰ Karaman, a.g.e. ,c. II, s. 268.

¹⁴¹ Mevsili, a.g.e. , c. II, s. 22; Şeyhizade, a.g.e. , c. II, s. 62.

¹⁴² Mecelle, mad. 372.

¹⁴³ Şazeli, a.g.e. , s. 215.

1- Sahih Şartlar

Sahih şartları, daha iyi anlayabilmek için beş grupta toplamak mümkündür:

a) Akde Uygun Şartlar:

Sahih muhayyerlik şartı, belirlenmiş bir zamana kadar olan vade şartı, rehin, kefil şartı, veresiye satışta müşteri parayı ödeyinceye kadar satmak, hibe etmek gibi tasarruflarda bulunmaması şartı gibi şartlar akde uygun şart kabul edilir.¹⁴⁴ Bu ve benzeri şartlar akitle gerekli olmayıp şartla gerekli olan ve akdin gereğine de aykırı olmayan şartlardır. Üstelik bu şartlarda akdin maslahatı da vardır.¹⁴⁵

Malikilerin bu gibi şartları sahih kabul etmede dayandıkları deliller şunlardır:

Vade şartında;

"Ey iman edenler, belirli bir vakte kadar birbirinize borşlandığımızda..."¹⁴⁶ ayeti,

Rehin şartında;

"Ve eğer seferde olur da yazacak birini bulamazsanız, alınan rehinler (yeter)."¹⁴⁷ ayeti,

Kefil şartında;

"Zekeriyya'yı da O (nun bakımı) na memur etti."¹⁴⁸

" Dediler ki : " Kralın su tasını kaybettik (onu arıyoruz). Onu getirene bir deve yükü (mükafat) var. Ben buna kefilim."¹⁴⁹ ayetleridir.

¹⁴⁴ el-Ceziri, a.g.e.,c.II, s. 228.

¹⁴⁵ Şazeli, a.g.e. , s. 217.

¹⁴⁶ Bakara, 2/282

¹⁴⁷ Bakara, 2/283

¹⁴⁸ Al-i İmran, 3/37

¹⁴⁹ Yusuf, 12/72

b) Satılan Malda Satıcı Lehine Bir Menfaat Sağlayan

Şartlar:

Sattığı evinde çok uzun sayılmayacak bir müddet oturmayı, sattığı bineğini belirli bir müddet kullanmayı şart koşturmak v.b. gibi şartlar bu kısma dahildir ve satım akdini iptal etmez.¹⁵⁰

Malikilere göre; bu şartlar akde tamamiyle aykırı değildir. Zira müşteriyi mülkünde tasarruftan mutlak olarak engellemez, paraya da tesir etmez. Burada müşteriyi malında tasarruftan az bir engelleme varsa da bu akdin sıhhatini bozmaz.¹⁵¹

Malikilerin bu konudaki delilleri Cabir (r.a.) hadisidir. Onlara göre bu hadis satıcının sattığı malda belirli müddetle az bir menfaati şart koşabileceğini gösterir. Ayrıca onlara göre satım akdiyle kira akdinin bir akitte toplanması caizdir. Çünkü bu ikisi aynı cinstendir.¹⁵²

Müşteriyi mülkünde, başkasına satmaması gibi genel bir tasarruftan engelleyen şart malikilere göre de caiz değildir.¹⁵³

c) Satılan Malda veya Başka Bir Şeyde Bir İş Yapmayı

Gerekli Kılan Şartlar:

Satıcının dikip elbise yapması şartıyla kumaş, öğütüp un yapması şartıyla buğday v.s., alıcının yerine taşınması şartıyla herhangi bir şey almak böyledir.¹⁵⁴ Yine, başka bir elbisesini tamir etmesi şartıyla elbise almak ta böyledir.

Bu şartlar akdin gerektirmediği şeyler olup, bir akit içerisinde iki akdin - satım ve kira - yapılmasını içermektedir.

¹⁵⁰ Malik b. Enes, Müdevvenetu'l-Kübra, Daru'l-Fikri'l- Arabi, t.y., c. III, s. 262.

¹⁵¹ İbn Abdilberr, Kitabu'l-Kafi fi Fıkhi Ehli'l-Medineti'l-Maliki, tah. Muhammed Uhayd, Riyad 1980, c. II, s. 683 ; İbn Rüşd, Bidayetü'l-Müctehid, c. II, s. 133 ; Mukaddimat, c. III, s. 205.

¹⁵² İbn Rüşd, Bidayetü'l-Müctehid, c. II, s. 133; Malik b. Enes, a.g.e. , c. III, s. 262.

¹⁵³ İbn Rüşd, a.g.e., c. II, s. 178.

¹⁵⁴ İbn Rüşd , a.g.e. c. II, s. 133-134.

d) Müşteriyi Satılan Malda Az Bir Tasarruftan Men Eden

Şartlar:

Aldığı evi sadece filancaya yahut sadece bir kaç kişiye satmamasını şart koşturmak, iki evin birini satmak ve aralarındaki duvarı yükseltmemesini şart koşturmak gibi şartlar malikiler tarafından az bir tasarruftan engelleme sayılır ve caiz kabul edilir.¹⁵⁵

Bu şartlar müşteriyi malında az bir tasarruftan engellediği için akdin gereğine tam aykırı değildirler. Aynı zamanda satıcıdan bir zararı giderir ve ona belli bir menfaat sağlar. Bu şartların paraya etkisi de yoktur. Satıcı bu şartları ileri sürerken kendi iyiliği için dikkate aldığı bir takım şeyler vardır. Bu çeşit şart taraflardan zararı kraldırmayı ve onlara fayda sağlamayı gerektirir. Kuşkusuz ev ve akar gibi konularda insanlar, kendilerine komşu olunmada her zaman rahat olamazlar ve kendilerine bu gibi yerlerden zarar gelmesini istemezler. İşte bu durumda kendilerinden zararı giderecek şartlar ileri sürerler, müşteri de bu şarttan zarara uğramaz. Bu şartları kabul etmek, insanların kendi meşru maslahatlarını gerçekleştirecek şekilde mallarından yararlanma imkanı verir.¹⁵⁶

e) İyilik ve Hayır Manasında Bir Şeyi Gerekli Kılan

Şartlar:

Satılan şeyi vakfetmek, hibe etmek, tasadduk etmek gibi şeyleri ifade eden şartlar böyledir. Eski uygulamada, malikilere göre kölenin hemen azad edilmek şartıyla satışı caizdir.¹⁵⁷

Bu şart akdin gereğine aykırıdır.Çünkü bu ve benzeri şartlarda

¹⁵⁵ İbn Rüşd, a.g.e. , c. II, s. 133-134.

¹⁵⁶ Şazeli, a.g.e. , s.225-226.

¹⁵⁷ İbn Rüşd, a.g.e. , c. II, s. 134; Malik b. Enes, a.g.e. , c. III, s. 212.

satın aldığı malın müşterinin mülkiyetinden çıkarılması şart koşulmuştur. Normalde bu gibi şartlar satım akdini ifsat eder. Ancak Kanun koyucu bu gibi konuları teşvik sadedinde çokça dile getirmiş ve insanları bunlara özendirmiştir.¹⁵⁸

Malikilerin sahih olarak kabul ettikleri şartların özellikleri şunlardır:

- i) Bu şartlar akdin gereği olan şeyler değildir, bizzat akitle gerçekleşmezler.
- ii) Bu şartlar akdin gereğine tamamen aykırı değildirler.
- iii) Bu şartlarda ya akdin ya tarafların ya da toplumun maslahatı vardır.
- iv) Bu şartlar akdin sıhhat şartlarından hiçbirinin ihlaline yol açmazlar.
- v) Bu şartlar aldatma ve cehalete yol açmazlar.
- vi) Bu şartların bir kısmının sıhhati nass ile sabittir. Diğerleri ise nassa aykırı olmayıp şer'i kaidelerle sabit olmuşlardır.¹⁵⁹

2- Batıl Şartlar

Malikilere göre batıl şartlar iki kısımdır:

a) Satım Akdini İptal Eden Batıl Şartlar:

Bu şartlar ya dinen yasaklanmış bir harama veya aldatmaya yol açan şartlardır.

Sattığı evin kumarhane v.s. olarak kullanılmasını şart koşturmak, faiz şartı gibi haram olan şeyler veya müşterinin, yaşadığı müddetçe satıcıya bakması, gebe olup olmadığı belli olmayan hayvanı fiyatı artırılarak gebe olduğu şartıyla satmak gibi şartlar satım akdini ifsat eder.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Malik b. Enes, a.g.e., c. III, s. 212 .

¹⁵⁹ Şazeli , a.g.e., s.227.

¹⁶⁰ İbn Rüşd, mukaddimat, c. III, s. 205.

Bu şartları incelediğimizde satım akdinin, şartlı olarak yapıldığı için değil, ileri sürülen şartların dinen yasaklanan hususları içerdikleri için batıl kabul edildiğini görürüz.

Malikilere göre Nisa suresi 29. ayette geçen " mallarınızı aranızda batılla (haksız yere) yemeyin" 'den maksat; aldatma ve haram bir unsur içerecek şekilde yemeyin demektir.¹⁶¹

Malikilere göre her akitte bulunabilecek olan ve az sayılan garar akdi ifsat etmez.¹⁶²

b) Satım Akdini İptal Etmeyen Batıl Şartlar :

Bu kısımdan olan şartlar, ya akdin taraflar için sabit kıldığı bir hakkı düşürürler, ya şeriat nasslarına aykırı olur ya da kendilerinde herhangi bir amaç bulunmaz ve amaçsız olurlar.

Satıcının istihkak ve kusur konusunda herhangi bir sorumluluğu olmamasını şart koşması, kusur muhayyerliğini daha baştan düşürmesi, sattığı köle azad edildiği zaman vela hakkının kendisine ait olmasını şart koşması gibi şartlar böyledir.¹⁶³

Hukuki şartlarını ve rukünlerini haiz olarak gerçekleşen akitler taraflar için bazı haklar doğurur. Bu haklar taraflarca düşürülemez. Bu haklara aykırı olan şartlar geçersiz kabul edilir.¹⁶⁴

Malikilere göre bir takım şartlar daha vardır ki ileri sürüldüklerinde akdi iptal ederler. Ancak, ileri süren bu şartlardan vazgeçince akit sahih olur.¹⁶⁵

Bu şartların esası da akdin maksadını engellemek ve paraya hanel getirmektir.

¹⁶¹ İbn Rüşd, a.g.e. , c. III, s. 207-208.

¹⁶² İbn Rüşd, a.g.e. , c. III, s. 209.

¹⁶³ el-Ceziri, a.g.e. , c. II, s. 197.

¹⁶⁴ Şazeli, a.g.e. , s. 241.

¹⁶⁵ İbn Rüşd, a.g.e. , c. III, s. 205.

Sadece filanın oturması, kiraya vermemesi şartıyla ev, binmemesi şartıyla binek, müşteri aldığı şeyi ilerde satacak olursa aynı fiyata kendisine satmak şartıyla herhangi bir şey satmak v.s. böyledir. Bu ve benzeri şartlar akdi batıl kılar, ancak bu şartlar daha sonra düşürülürse akit sahih olur.¹⁶⁶

Bu ve benzeri şartların bir kısmında satım akdiyle ödünç verme akdinin birleştirilmesi vardır. Bu ise caiz değildir.¹⁶⁷ İşte bu durumda ödünçü ifade eden şarttan vazgeçerse akit sahih olur.¹⁶⁸ Zira ödünçü satıcı şart koşarsa bedelin eksilmesi, müşteri şart koşarsa bedelin artması vardır.¹⁶⁹

Bu mezhepte tercih edilen görüş budur. Bu konuda şart düşürülse dahi akdin batıl olacağını söyleyen bir görüş daha vardır.¹⁷⁰

Malikilerin bu konudaki delilleri Amr b. Şuayb'ın rivayet ettiği şu hadistir: "Resulullah (s.a.v.) şartlı satıştan yasakladı ". Malikilere göre buradaki şart ya akdin muktezasına aykırı olur ya da karşılıklarda halel meydana gelir. Onlar bu hadisi böyle anlamışlardır.¹⁷¹

C- ŞAFİİ MEZHEBİNE GÖRE TAKYİDİ ŞARTLAR VE SATIM AKDİ

Şafii mezhebi hukukçularına göre bu konuyla ilgili olarak takyidi şartları iki kısma ayırabiliriz.:Sahih şartlar ve batıl şartlar.

1- Sahih Şartlar:

Sahih şartları da kendi içerisinde iki kısma ayırabiliriz:

¹⁶⁶ İbn Abdilberr, a.g.e. , c. II, s. 723-724; Malik b. Enes, a.g.e. , c. III, s. 194.

¹⁶⁷ İbn Abdilberr, a.g.e. , c. II, s. 735.

¹⁶⁸ Malik b. Enes, a.g.e. , c. III, s. 194; İbn Abdilberr, a.g.e. , c. II, s. 724.

¹⁶⁹ Malik b. Enes, a.g.e. , c. III, s. 194; İbn Abdilberr, a.g.e. , c. II, s. 724.

¹⁷⁰ Malik b. Enes, a.g.e. , c. III, s. 194; İbn Abdilberr, a.g.e. , c. II, s. 724.

¹⁷¹ Şazeli, a.g.e. , s. 234; hadis için bkz. tez metni, s. 30

a) Akdin Maslahatı Bulunan Şartlar:

Üç gün müddetle muhayyerlik şartı, belirli bir müddetle yapılan vade şartı, rehin, kefil, şahit şartları gibi akdin maslahatı bulunan şartlarla yapılan satım akdi sahihtir.¹⁷²

Şafiilerin bu konudaki delilleri, mealleri Maliki Mezhebinin bu konudaki delilleri sıralanırken verilmiş olan şu ayetlerdir:

Vade şartında; Bakara suresi,282. ayet,

Rehin şartında;Bakara suresi,283. ayet,

Şahit şartında;Bakara suresi ,283. ayet,

Kefil konusunda;Ali İmran suresi;37. ayet.

Şafiiler bu gibi şartlara insanların ihtiyaçları olduğunu da söylerler. Resulullah (s.a.v.)' den rivayet edilen ve O'nun şartlı satımdan yasakladığını ifade eden hadisinin yukarıdaki gibi naslarla tahsis edildiğini söylerler.¹⁷³

Yine onlara göre bu hadis tartışmaya götürme ihtimali ile talil edilmiştir.Yani satım içerisinde şart tartışmaya yol açtığı için yasaklanmıştır.

Şafiilere göre yukarıda belirtilen şartlar sahih olup yerine getirilmedikleri zaman şart koşanın muhayyerlik hakkı vardır.¹⁷⁴

b) İyilik ve Hayır Manasında Bir Tasarrufu Gerektiren Şartlar:

İyilik ve hayır manasında bir şeyi gerçekleştiren; satılan şeyi vakfetme, azad, tasadduk gibi şartlarla yapılan satım akdi caizdir.¹⁷⁵

¹⁷² Şirbini, el-Hatib, Mu ni'l-muhtac ila şerhi'l-Minhac, Mısır t.y., c.II, s. 31; El-Ceziri, a.g.e., c. II, s. 228-229.

¹⁷³ Şazeli, a.g.e. , s. 253.

¹⁷⁴ Şirbini, a.g.e. , c. II, s. 32.

¹⁷⁵ Remli, a.g.e. , c. III, s. 456; Şirbini, a.g.e. , c. II, s. 32.

Bu şartlar gerçekte satım akdinin gereğine aykırı şartlardır. Zira bu şartlarda tarafların mallarının mülkiyetlerinden çıkarılması söz konusudur.

Ancak bu şartlardan maksat; kölelerin hürriyete kavuşturulmalarını sağlamak, fakirlerin ihtiyaçlarının giderilmesi gibi iyilik ve hayır manasında bir işi gerçekleştirmektir.Şari' de bu manaya insanları teşvik etmiştir.¹⁷⁶

Bu gibi şartların sahih kabul edilmesi, "akdin gereğine aykırı olan şartların batıl kabul edileceği" kaidesinden istisna edilmiştir. Bunun delili Berire (r.a.) hadisidir.Çünkü Aişe (r.a.) Berire (r.a.)' yı sahiplerinden azad etmesi ve velasının da sahiplerine ait olması şartıyla satın almıştı. Resulullah (s.a.v.) vela şartını iptal etti ancak azad etme şartını iptal etmedi.¹⁷⁷

Ancak belirtmemiz gerekir ki bu mezhepte azad etme şartı ile ilgili ihtilafların yanında iyilik ve hayır anlamında olan şartların sahihliği konusunda da ihtilaf vardır.¹⁷⁸

2- Batıl Şartlar

Şafiiler de batıl şartları; akdi iptal eden ve akdi iptal etmeyen batıl şartlar olmak üzere iki kısma ayırırlar

a) Satım Akdini İptal Eden Batıl Şartlar:

Bu şartlar ya şer'i hükümlere aykırı olur veya akdin gereğine aykırı olur.

¹⁷⁶ Remli, a.g.e. , a.y.

¹⁷⁷ Şirbini, a.g.s.,c. II, s. 32.

¹⁷⁸ Nevevi,a.g.e., c. IX, s. 450.

aa) Şer'i hükme aykırı şartlar: Şafilere göre dinin yükümlü kılmadığı bir şeyi gerekli kılan şartta satım akdini iptal eder.

Mesela; sattığı evin içerisinde her gün şu kadar fazla namaz kılma şartı böyledir.¹⁷⁹

Yine, satım akdi içerisinde başka bir akdi daha ifade eden şartlar da batıldır. Satım ve ödünç, satım ve hibe gibi durumlar böyledir.¹⁸⁰

ab) Satım akdinin gereğine aykırı şartlar:

Satılan şeyde herhangi bir tasarruftan, istifadeden devamlı veya belli bir müddet engelleyen şartlar satım akdinin gereğine aykırıdır.

Sattığı şeyden müşterinin faydalanmamasını şart koşmak, başka tarafa götürmeme, sadece filana satma ve satılan malın menfaatlerini belli bir müddet istisna eden şartlar gibi müşterinin malında tasarruf hürriyetini engelleyen şartlar satım akdinin gereğine aykırıdır ve satım akdini ifsat ederler.¹⁸¹

Taraflardan birinin satılan malda veya başka bir şeyde herhangi bir iş işlemlerini gerektiren şartlar da satım akdinin gereğine aykırıdır.¹⁸² Satıcının dikip elbise yapması şartıyla kumaş satın almak, müşterinin kendisine başka bir ev satması şartıyla ev satmak gibi şartlar böyledir.

Bütün bu ve benzeri şartlar akdin gereğine aykırıdır. Bunlar tarafların mallarından belli müddet istifadesini engelleyen veya taraflara gerekli olmadığı halde herhangi bir şeyi gerekli kılan şartlardır. Bu şart

¹⁷⁹ Şirbini, a.g.e. , c. II, s. 33.

¹⁸⁰ el-ceziri, a.g.e. , c. II, s. 229.

¹⁸¹ Şirbini, a.g.e. , c. II, s. 34.

¹⁸² el-Ceziri, a.g.e. , c. II, s. 228.

konusunda Cabir (r.a.) hadisinden dolayı bir takım ihtilaflar varsa da Şafii mezhebinde esas kabul edilen görüş bu şartların batıl olduğudur.¹⁸³

Şafiilere göre bu şartlarla yapılan satım akdi fasit olduğundan kabz gerçekleşse dahi müşteri mala sahip olamaz.¹⁸⁴

Şafiiler bu konuda şu iki hadise dayanırlar:

"Resulullah (s.a.v.) şartlı satıştan yasakladı."¹⁸⁵

"Ödünç içeren satış ve bir satışta iki şart helal değildir."¹⁸⁶

2-Satım Akdini İptal Etmeyen Batıl Şartlar

Herhangi bir maksadı gerçekleştirmeyen şartlar batıl olup bu çeşit şartla yapılan satım akdi sahih olur.

Bu gibi şartlar herhangi bir anlam ifade etmezler. Sattığı bineği belli günlerde kullanmak v.s. gibi şartların varlığı ile yokluğu birdir.¹⁸⁷

D- HANBELİ MEZHEBİNE GÖRE TAKYİDİ ŞARTLAR VE SATIM AKDİ

Daha önce de geçtiği gibi İslam hukuk ekolleri içerisinde akit ve şart serbestisi konusunda tarafların iradelerine en geniş yetkiyi tanıyan ekol Hanbeli ekolüdür. Bu anlayışı takyidi şartlar ve satım akdine tesirleri konusunda sonuçlarını açık bir şekilde görmekteyiz. Hanbeliler satım akdiyle ilgili olarak takyidi şartları iki kısma ayırırlar.

1-Sahih Şartlar

a)Satım Akdinin Maslahatı Olan Şartlar:

Belli bir zamana kadar olan vade şartı, rehin, kefil ve şahit getirme şartları satım akdinin maslahatı bulunan şartlardır.¹⁸⁸

¹⁸³ Şazeli, a.g.e. , s. 26.

¹⁸⁴ Remli, a.g.e. , c. III, s. 451.

¹⁸⁵ bkz. tez metni,s. 30; Şevkani,a.g.e., c.V, s. 178.

¹⁸⁶ bkz. tez metni,s.63.

¹⁸⁷ Şirbini, a.g.e. , c. II, s. 33-34.

Misallerden de anlaşılacağı üzere bu gibi şartlar akdin gereğini kuvvetlendirir. Hanbelilere göre bu gibi şartlarla yapılan satım akdi sahihtir.Şart gerçekleşmezse şart koşanın fesih hakkı, parayı iade hakkı vardır.¹⁸⁹

b)Kendisinde Tarafların Menfaati Bulunan Şartlar:

Bu şartlar satım akdine konu olan şeyin bir takım menfaatlerinin taraflardan biri lehine istisna edilmesi şeklinde gerçekleşen şartlardır.

Sattığı evde bir ay veya daha fazla oturmayı şart koşturmak, sattığı bineğini belli bir müddet kullanmayı şart koşturmak veya sattığı şeyden bir başkasının belli bir müddet istifade etmesini şart koşturmak gibi şartlar böyledir.¹⁹⁰

Bu gibi şartlar satım akdinin gereği olmadıkları gibi bunlarda satım akdinin herhangi bir menfaati de yoktur. Ancak bu gibi şartlar taraflara veya başkasına fayda sağlarlar.Bu gibi şartların yerine getirilebilmesi için şu iki hususa uygun olmaları gerekir.

i) Bu gibi şartlarla gerçekleşen menfaat mübah bir menfaat olmalı, haram bir unsur içermemelidir.

ii) İstisna edilen menfaat belirli olmalıdır.¹⁹¹

Bu özellikleri taşıyan şartlar caizdir

Bu konuda Hanbelilerin delilleri şunlardır:

1. Cabir (r.a.) hadisi.¹⁹²
2. "Resulullah (s.a.v.) alışverişte istisnadan yasakladı,ancak belirlenmiş olması şartıyla müstesna."¹⁹³

¹⁸⁸ el-Ceziri, a.g.e., c. II, s. 230.

¹⁸⁹ İbn Kudame, Muhammed, el- Muğni ve Şerhuhu'l-Kebir,Beyrut 1972 c.IV, s. 63.

¹⁹⁰ İbn Teymiye, a.g.e., c. III, s. 474.

¹⁹¹ İbn teymiye, a.g.e. a.y.

¹⁹² İbn Teymiye, a.g.e., c. III, s. 476.Bkz. tez metni,s. 35.

¹⁹³ bkz. tez metni, s. 34.

3. Ümmü Seleme (r.a) Sefine (r.a.)'yı ömür boyu Resulullah (s.a.v.)'e hizmet etmesi şartıyla azad etmiştir. Azat etmede cariye'nin hizmetini şart koşmak ; satımda istisna gibidir.¹⁹⁴

4. Kıyas: Satım akdinde malın tesliminin geciktirilerek menfaatinin belli bir müddet istisna edilmesi kiralınmış evin satılmasına, evli cariye'nin satılmasına ve ekilmiş arazinin satılmasına kıyas edilebilir.¹⁹⁵

c) Satım Akdinin Mahallinde Bir İş Yapmayı Gerekli Kılan

Şartlar:

Satın alınan malın alıcının yerine kadar taşınmasını şart koşmak, alınan zirai mahsulün hasadının satıcıya şart koşulması, aldığı maden v.s. den kılıç v.b. şeyler yapmasını şart koşmak gibi şartlar hanbelilere göre caizdir.¹⁹⁶

Görüldüğü üzere bu şart ta atrlardan birine menfaat sağlamaktadır.

Satıcının sattığı malda belli bir menfaati şart koşması, satım içerisinde icareyi gerektirse de bu iki akdin bir akit içerisinde toplanmaları caizdir. İşte bu şart ta buna kıyas edilir ve böylece sahih olur.¹⁹⁷

2- Batıl Şartlar

Hanbelilere göre batıl kabul edilen şartlar; akdi iptal eden ve akdi iptal etmeyen şartlar olmak üzere iki kısma ayrılır.

a) Satım Akdini İptal Etmeyen Batıl Şartlar

Bu şartlar satım akdinin gereğine aykırı şartlardır. Bunları üç kısma ayırabiliriz:¹⁹⁸

¹⁹⁴ Ebu Zehra, a.g.e. , s. 350.

¹⁹⁵ İbn Kudame, a.g.e. , c. IV, s. 211.

¹⁹⁶ el-Ceziri, a.g.e. , c. II, s. 230.

¹⁹⁷ Şazeli, a.g.e. , s. 281-282.

¹⁹⁸ İbn Teymiye, a.g.e. , c. III, s. 476-477; El-Ceziri, a.g.e., c. II, s. 229-230.

aa) Satıcının müşteriye malında umumi veya hususi bir tasarruftan men eden şartı:

Sattığı şeyi müşterinin satmamasını, hibe etmemesini veya filancaya satmamasını şart koşturmak gibi şartlar böyledir.

ab) Satılan şeyde belirli bir tasarrufu gerektiren şart:

Yukarıdaki misallerin aksine bu, satıcının müşteriye aldığı malı satmasını v.s. şart koşturmasıdır.

ac) Şer'i nasslara ve hükümlere aykırı bir iş işlemeyi gerektiren şart:

Berire (r.a.) hadisinde olduğu gibi vela hakkının satıcıya ait olmasını şart koşturmak, satın aldığı şey bir afete uğrarsa satıcının parayı iade etmesini şart koşturmak gibi.¹⁹⁹

Görüldüğü gibi bu şartlar Şer'in hükümlerine aykırıdır.

Hanbelilerin bu konudaki delilleri Berire (r.a.) hadisidir. Aişe (r.a.) O'nu satın alırken sahipleri velayı kendileri lehine şart koştular. Resulullah (s.a.v.) bu şartı iptal etmiştir, akdi iptal etmemiştir. Vela akdin maksadına ve muktezasına aykırı olmasa da Şer'i hükme aykırıdır.²⁰⁰

b) Satım Akdini İptal Eden Batıl Şartlar

ba) Satım akdi içerisinde başka bir akdi şart koşturmak

Bu çeşit şartın misalleri açıktır. Taraflar satım akdi yapıp, bu akit içerisinde mesela selem, ödünç, kira gibi akitleri şart koştular, bir akit içerisinde iki akit yapma yasağına gireceği için satım da şart ta batıl olur.²⁰¹

¹⁹⁹ Şazeli, a.g.e., s. 228.

²⁰⁰ İbn Teymiye, a.g.e., c. III, s. 486.

²⁰¹ el-Ceziri, a.g.e., c. II, s. 230.

Hanbeli mezhebi hukukçuları bu çeşit şartı akdin gereğine aykırı görmezler.Çünkü bu birinci akdin hüküm ve neticelerini etkilemez.Bundan dolayı hanbeliler bu şartı akdin gereğine aykırı şartlar içerisinde saymamışlardır.

Ancak hanbelilere göre bu şart fasit olup şart olarak ileri sürülmesi haramdır. Bundan dolayı bu mezhepte tercih edilen görüşe göre satım akdini de iptal eder.²⁰²

Bu konuda hanbelilerin delilleri şunlardır:

1. Resulullah (s.a.v.)'den şöyle dediği rivayet edilmiştir: " Ödünç içeren satış ve bir satışta iki şart helal olmaz."²⁰³
2. Bir hadiste Resulullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: " Bir satışta iki satış, bir akitte iki akit helal olmaz ."²⁰⁴
3. Şart batıl olup kabul edilmeyince şart koşan tarafın akde rızası kalmadığından akdin iptal edilmesi gerekir.²⁰⁵

Bu çeşit şartların satım akdini iptal eymeyip sadece kendilerinin batıl olduğu da söylenmiştir. Bunlar bunu akdin gereğine aykırı olan şartlara kıyas ederler.²⁰⁶

bb) Bir akitte iki şart ileri sürmek

Hanbeliler birden çok olarak ileri sürülen şartları tek bir kategoride ele almazlar.

Onlara göre birden çok olarak ileri sürülen şartların fasitliği ve akdi iptal etmesi; bu şartların iki veya daha çoğunun fasit şart olmasıyla gerçekleşir. İleri sürülen şartlar ne kadar çok olursa olsun sahih şartlar iseler, iki veya daha fazla olmaları akdin fasit olmasını gerektirmez.

²⁰² İbn Kudame, a.g.e. , c. IV, s. 61.

²⁰³ bkz. s. 61..

²⁰⁴ bkz. s.62

²⁰⁵ İbn Kudame, a.g.e. , c. IV, s. 214.

²⁰⁶ İbn Kudame, a.g.e. , c. IV, s. 212, İbn Rüşd, a.g.e., c. II, s. 134.

Mesela bir satım akdi muhayerlik, rehin ve ecel şartlarıyla yapılmış olsa hem şartlar hem de akit sahih olur. Akdi iptal eden iki şart; ikisi de fasit olan şartlardır.²⁰⁷

Mesela; satıcı sattığı şeyin hem satılmamasını hem de satılırsa aynı fiyata kendisine satılmasını şart koşarsa iki fasit şart koştuğu için satım akdi batıl olmuş olur.

İki şarttan yasaklayan hadisin umumi olduğu ve sahih olsa bile iki şartın akdi iptal edeceği de söyleyenler olmuş ve onlara şöyle cevap verilmiştir: " Yasaklamanın umumu üzere olduğunu söylemek doğru değildir. Zira akdin gereği olan ve akdin maslahatı bulunan şartların akde tesir etmediğinde ihtilaf yoktur.²⁰⁸

bc) Satım akdinin maksadına aykırı olan şartlar

Hanbelilere göre akdin maksadına aykırı olan şartlar fasit olup akdi de ifsat eder. Alışverişte feshi, nikahta boşamayı şart koşmak gibi.²⁰⁹

Akdin maksadına aykırı olarak ileri sürülen şart, birbirine aykırı olan iki şeyi bir arada bulundurur. Yani maksadın elde edilmesi ile elde edilmesinin yasaklanmasını bir arada bulundurur. Böylece bir şey hasıl olmamış olur.²¹⁰

Akitler ve şartlar Kanun koyucunun helal kıldığını haram, haram kıldığını helal kılamazlar. Ancak Kanun koyucunun mübah saydığı bir şey ise akit ve şartlarla vacip hale getirilebilir. Zira akitteki şartın anlamı zaten vacip olmayanı vacip kılmaktır. Kanun koyucunun vacip kıldığı şeylerin ise akit ve şartlarla vücubiyeti kaldırılamaz.²¹¹

²⁰⁷ İbn Kudame, a.g.e. , a.y.

²⁰⁸ İbn Kudame, a.g.e., c.IV, s.212.

²⁰⁹ İbn Teymiye, a.g.e. , c. III, s. 486.

²¹⁰ İbn Teymiye, a.g.e. , c. III, s. 486; M.Yusuf Musa, a.g.e. , s. 430.

²¹¹ İbn Teymiye, a.g.e. , c. III, s. 481-483.

3- Şarh Akitler Konusunda Hanbelileri Diğerlerinden Ayıran Özellikler:

Dört mezhep imamı arasında akit yapmada ve şartlar ileri sürmede en geniş düşünen, Ahmet b. Hanbel'dir.²¹²

Ona tabi olarak Hanbeli fukahasının bu konuda temayüz ettiği sahalar şunlardır.

a) Hanbeliler, evlenme akdiyle diğer akitler arasında şart koşma serbestisi açısından bir fark görmediği gibi, evlenme akdinde ileri sürülen şartları uyulması daha doğru, yerine getirilmesi daha gerekli görürler.²¹³ Onların bu konuda delilleri şu hadistir:

"Yerine getirilmesi en doğru (gerekli) olan şartlar; kendileriyle namusları helal kıldığımız şartlardır."²¹⁴

b) Sahih şartlar kısmında da gördüğümüz gibi hanbeliler, diğer mezheplerden farklı olarak akitlerle intikal eden mülkiyetin sınırlanmasına cevaz vermişlerdir.²¹⁵

Bu üç şekilde olur. Birincisi; malikin birtakım faydalanma yollarını sınırlar. -müşterinin, sattığı evde belli bir müddet oturmayı şart koşması gibi-, İkincisi; bu haklardan bazılarını malikten başkası için istisna eder -kölşenin azad edilmesi gibi-, Üçüncüsü; malike bir takım vecibeler yükler -satılan malın alıcının yerine kadar taşınması gibi-. Bu ve benzeri şartları diğer mezhep hukukçuları kabul etmez. Çünkü bu şartlar onlara göre akdin gereği olan tasarruf hürriyetine aykırıdır. Hanbeliler, İslam dininin bu konuda taraflara bir takım yetkiler tanıdığı görüşündedirler.²¹⁶

²¹² İbn Teymiye, a.g.e. , c. III, s. 474.

²¹³ Ebu Zehra, a.g.e., s. 349.

²¹⁴ Bkz. s. 32

²¹⁵ Zerka, a.g.e. , c. I, s. 488; Ebu Zehra, a.g.e. , s. 349.

²¹⁶ Zerka, a.g.e. , c. I, s. 492.

c) Hanbeli mezhebi, üzerine fiyat tespiti yapılmayan satım akdini (el-bey' bi kat'i's-si'r), yani ilerde belirli zamandaki pazar fiyatını malın fiyatı kabul etme yoluyla yapılan satışı caiz kabul etmiştir.²¹⁷

d) Hanbeli ictihadı evlenme dahil bütün akitlerin ve fesihlerin şarta talikini caiz görmüştür.²¹⁸ Ancak bu konuda bu mezhepte dahi ihtilafların bulunduğunu belirtmemiz gerekir.

Bunun açıklaması şöyle yapılmaktadır: "Akitleri, fesihleri, bağışlamaları, borçlanmaları ve diğerlerini şarta talik etmek zaruret, ihtiyaç ve maslahatın gerektirdiği bir iştir. Bu sebeple mükellef bundan kurtulamaz. İmam Ahmet, evlenmeyi, boşanmayı, satım ve ibrayı şarta talik etmeyi kabul etmiştir.²¹⁹

e) Hanbeli hukukçuları, pey akçesini (urbun) caiz kabul etmişlerdir.²²⁰ Günümüzde, bunun hukuktaki karşılığı "cezai şart" tır.

Bilindiği gibi, pey akçesi uygulaması modern asırlarda ticari uygulamalarda genel bir irtibat garantisidir ve ticari kanunlar ve örf buna dayanır. Boş tutma ve bekletme sebebiyle başkasına verilen zararın tazmini için bu esastır.²²¹ Hanbeliler bu konuda şu habere dayanırlar:

Hz. Ömer (r.a.)'in Mekke valisi olan Nafi (ö.117/735), Safvan b. Ümeyye'den (ö.36/656) Hz. Ömer (r.a.) için bir hapihane binası almış ve ona, şayet Ömer (r.a.) bu binaya razı olmazsa, belirli bir malın safvanın olacağı şartını koşmuş ve Hz. Ömer (r.a.) bu şartı kabul etmiştir.²²²

²¹⁷ Ebu Zehra, a.g.e. , s. 354.

²¹⁸ Zerka, a.g.e. , c. I, s. 193.

²¹⁹ İbnu'l-Kayyim, a.g.e., c. IV, s. 23.

²²⁰ Ebu Zehra, a.g.e. , s. 354.

²²¹ Zerka, a.g.e. , c. I s. 495-496.

²²² İbn Kudame, a.g.e. , c. IV, s. 209.

SONUÇ

Satım akdiyle ilgili şartlar konusu hukukta irade hürriyeti esasına dayanan bir konudur. Hukuk tarihinde çok farklı uygulamalara sahne olmuş olan bu konu, günümüzde birtakım sınırlamalar konulmuş olmakla beraber genelde irade serbestisine dayandırılmıştır.

İslam hukukçularının da bu konuda görüşleri çok farklı olmuş, tamamen yasakçı görüşler, bu yasaklamaya birtakım istisnalar getiren görüşler ve bu konuda serbestiyi esas alan görüşler varolagelmıştır.

Zahiriler, mezheplerinin usulundeki genel görüşlerinden de hareketle bu konuda aslolanın yasaklık olduğunu söylemişler, şer'i naslarda geçerli olduğu belirtilen şartların caiz olduğunu kabul etmişlerdir.

Hanefiler ve şafiiler, diğer hukukçuların zayıf kabul ettikleri satım ve şarttan yasaklayan hadise dayanarak satım akdinin şartlı yapılamıyacağını söylemişler, bu hadisin genel ifadesinden de şer'in cevaz verdiği, akde uygun olan, örfün uyguladığı v.s. gibi şartları istisna ederek bu konuya genişlik getirmişlerdir.

Malikilerin görüşleri, biraz anlaşılmaz ve girift olmakla beraber onlar, Hz. Peygamberden gelen sahih hadislerin hepsiyle amel ederek aralarını uyuşturduklarını söylemişlerdir. Malikilerin bu konudaki görüşleri, esası serbesti olan hanbeli görüşüne yakındır

Hanbeliler, satım ve şarttan yasaklayan hadisin sıhhatinin sabit olmadığını söylemişler, Berire (r.a.) hadisindeki "Allah'ın kitabında olmayan şart" ı Allah'ın hükmüne aykırı şart olarak algılamışlardır. Maide suresindeki: "Ey inananlar, akitleri yerine getiriniz..." ayetinin genel anlamı, Nisa suresi 29. ayetin ticarete karşılıklı rızayı esas alması ve Cabir (r.a.) hadisi gibi delillere dayanarak bu konuda aslolanın serbesti

olduğunu söylemişlerdir. Onların dayandıkları bir diğer delil bu ve benzeri muamelat konularında aslolanın mübahlık olmasıdır. İslam hukukunda bunu ifade eden genel kaide şudur: " Eşyada aslolan ibahadır." İbadetler sahasının aksine, muamelat konuları incelendiğinde, bu konularda hüküm koyma metodunun bu prensip doğrultusunda olduğu görülür.

Satım akdinin izafi ve ta'liki şartlara bağlanamayacağı cumhur tarafından söylenmiş olmakla birlikte, bu akdin bu şartlara bağlanabileceğini savunan görüşler de vardır. İlgili bölümde açıklandığı üzere satım akdinin uygun izafi ve ta'liki şarta bağlanması caizdir.

Bu görüş, günümüzdeki hukuk sistemlerinin benimsedikleri; "hukuka, o konuyla ilgili genel kaidelere, ahlak ve adaba uygun düşmeyen şartların yasak, bunun dışındaki şartların mübah olduğu" görüşüne uygundur.

Bu görüş, menşei ilahi olmayan hukuk sistemlerinde belki 18. yüzyıldan itibaren kabul edilmeye başlanmış iken , daha İslamın ilk zamanlarında Hz. Ömer, Kadı Şureyh, İbn Şubrume, Ahmed b. Hanbel ve hanbeliler tarafından kabul edilmiş, savunulmuş ve uygulanmıştır.

İslam Hukukunun bu önceliği ve öncülüğü onun ilahi bir hukuk olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca bu durum, İslam hukukunun birtakım hukuklardan alıntı olmadığı, nevi şahsına münhasır orjinal bir hukuk olduğunun göstergesidir.

KAYNAKLAR

Acluni, İsmail b. Muhammed (ö. 1162/1749), **Keşfu'l-Hafa** , Hıms 1971.

Ahmed b. Hanbel (ö.241/855), **el- Müsned**,İstanbul, 1992.

Ali Haydar Efendi,Hoca Eminzade (ö.1936), **Dureru'l-Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam**,İstanbul, 1330.

Ayni, Bedruddin (ö. 855/1451), **Umdetu'l-Kari Şerhu Sahihi'l- Buhari**, Mısır 1972.

Berki, Ali Himmet, **Açıklamalı Mecelle**, İstanbul,1985.

Bilmen, Ömer Nasuhi (ö. 1971), **Hukuk-ı İslamiyye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul 1985.

Buhari, Muhammed b. İsmail (ö. 256/869), **Sahihu'l-Buhari**,İstanbul, 1992.

Cessas, Ebu Bekir Ahmet b. Ali er-Razi (ö. 370/980), **Ahkamu'l-Kur'an**, Beyrut, 1993

El-Ceziri, Abdurrahman, **el-Fıkh ale'l-Mezahibi'l-Erbe'a**, Beyrut t.y.

Darekutni, Ali b. Ömer (ö. 358/995), **Sünenu'd- Darekutni**, tah. Abdullah Hişam, Kahire, t.y.

Darimi, Ebu Muhammed Abdullah b. Muhammed (ö. 255/868), **Sunenu'd-Darimi**, İstanbul, 1992.

Düstur, (I. Tertip)

Ebu Davud ,Süleyman b. Eş'as (ö.275/889), **Sünenu Ebi Davud**, İstanbul,1992.

Ebu Zehra, Muhammed (ö. 1974), **el-Mülkiyye ve'n-Nazariyyetu'l-Akd fi'ş-Şeriatil-İslamiyye**, Daru'l-Fikri'l-Arabi t.y

Ergüney, Hilmi, **Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar**, İstanbul 1973

- Erman, Hasan, **Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak sınırlamaları**, İ.Ü.H.F.M, c.XVIII, sy. 1-4, s. 601-619
- Esener, Turhan, **Borçlar Hukuku**, Ankara 1969.
- Feyzioglu, F. Necmeddin, **Borçlar Hukuku**, İstanbul 1970
- Firuzabadi, Mecduddin Ebu Tahir (817/1414), **el-Kamusu'l-Muhıyt**, y.y.,t.y.
- Haskefi , Alaeddin (ö.1088/1667), **Dürrü'l-Münteka fi Şerhi'l-Mülteka**, Matbaayı Amire, 1328.
- Heyet,**el-Fetava'l-Hindiyye**, Bulak 1310.
- Heyet, **Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye**
- Heysemi, Ebu'lHasan Ali b. Ebu Bekir (ö.807/1404), **Mecmau'z-Zevaid ve Menbau'l-Fevaid**, Beyrut 1988.
- Huraşi, Ebu Abdullah Muhammed (ö. 1101/1690), **El-Huraşi ala Muhtasari Seydi Halil**,Beyrut 1317.
- İbn Abdilberr, Muhammed el- Kurtubi (ö. 463/1071), **Kitabu'l-Kafi fi Fıkhi Ehli'l- Medineti'l-Maliki**,tah. Muhammed Uhayd, Riyad 1980.
- İbn Abidin, Muhammed Emin (ö.1252/1836),**Reddu'l-Muhtar ale'!d-Dürri'l-Muhtar**, y.y.,t.y.
- İbn Hazm, Ebu Muhammed el-Endelusi (ö. 456/1063), **el-Muhalla**, Beyrut, t.y.
- İbnu'l- Hümam, Kamaluddin (ö. 861/1457), **Fethu'l- Kadir**, Mısır, 1970.
- İbn Kadı Simavna, Mahmud b. İsmail (ö. 823/1420), **Cami'u'l-Fusuleyn**, y.y. 1300
- İbnu'l-Kayyim, Muhammed b. Ebu Bekr (ö. 751/1350), **İ'lamu'l-Muvakkin an Rabbi'l-Alemin**, Beyru t.y.

- İbn Kudame, Muhammed (ö. 620/1223), **el- Muğni ve Şerhuhu'l-
Kebir**,Beyrut 1972 .
- İbnu'l-Lehham, Alauddin Ali b. Abbas (ö.803/1400), **el-Kavaid ve'l-
Fevaidu'l-Usuliyye**, tah. M. Hamid Feyki, Beyrut 1983
- İbn Mace, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvini (ö. 275/888),
Sünen-i İbn Mace, İstanbul,1992
- İbnu'l-Manzur, Muhammed b. Mükerrerem (ö. 711/1311), **Lisanu'l-Arap** ,
Beyrut,t.y.
- İbn Nuceym, Zeynuddin (ö. 970/1563), **el-Bahru'r-Raik**, Matbaa-yı
İlmiyye t.y.
- , **el-Eşbah ve'n-Nezair**, Şam 1973
- İbn Rüşt, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed (ö. 595/1199),**Mukaddimatu
İbn Rüşt**, Daru'l-Fikri'l-Arabi, t.y.
- İbn Teymiye, Takiyyuddin (ö.728/1328) , **El-Fetava'l-Kübra**, Beyrut t.y.
- Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, İstanbul 1991.
-----, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, İstanbul 1986.
-----, **Yeni Gelişmeler Karşısında İslam Hukuku**, İstanbul 1992.
- Kasani,Alauddin Ebi Bekr(ö.587/1191),**Bedayi'u's-Sanai' Fi Tertibi's-
Şerai'**,Beyrut 1974.
- Koçak, Muhsin, **İslam Vasiyet Hukuku**, Samsun 1991.
- Kurtubi, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmet (ö. 671/1273), **el-Cami' li
Ahkami'l-Kur'an**, y.y. 1959.
- Malik b. Enes (ö. 179/795), **Muvatta**, İstanbul, 1992
-----,**el- Müdevvenetu'l-Kübra**, Daru'l-Fikri'l- Arabi, t.y.
- Merğmani, Burhanuddin, **el-Hidâye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi**, Daru'l-
Kütübi'l-İlmiyye, t.y.

- Mevsili, Abdullah b. Mevdud, **el-İhtiyar li Ta'lili'l- Muhtar**, İstanbul 1987.
- Miras Kamil (ö.1958)- Ahmet Naim (ö. 1957), **Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Terceme ve Şerhi**, Ankara 1984.
- Muhammed Emin, Emir Padişah, **Teysiru't-Tahrir ala Kitabi't-Tahrir**, Daru'l-Fikri'l- Arabi, t.y.
- Muhammed Yusuf Musa, **el-Emval ve'n-Nazariyyetu'l-Akd fi'l-Fıkhi'l-İslami**, Daru'l-Fikri'l- Arabi, 1987
- Müslim b. Haccac el-Kuşeyri (ö. 261/874), **Sahihu Müslim**, İstanbul,1992
- Nesai,Ebu Abdurrahman (ö. 279/892), **Sünenü'n-Nesei**, İstanbul,1992
- Nesefi, Ebu'l- Berekat (ö.537/1142), **el- Menar fi Usuli'l- Fıkıh**, Dersaadet Baskısı, t.y
- Nevevi, Ebu Zekeriyya Muhyiddin (ö.676/1277), **el-Mecmu' Şerhu'l-Mühezzeb**, tah. M. Necib el-Mutii, Cidde t.y.
- Öztürk, Osman, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İslami İlimler Araştırma Vakfı, İstanbul, 1973
- Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku**, İstanbul,1993
- Remli, Şemsuddin b. Şihabuddin (ö. 1004/1596), **Nihayetu'l- Muhtac ila Şerhi'l-Minhac**, y.y. ,1976.
- Sa'di Ebu Ciyb ,**el-Kamusu'l-Fıkhi**, Şam, 1988
- Schwarz, Andreas B., **Borçlar Hukuku Dersleri**, çev. Bülent Davran, İstanbul1948.
- Serahsi, Şemsuddin (ö. 490/1097), **El-Mebsut**,İstanbul 1982.
- Seyyid Sabık,**Fıkhu's-Sünne**, Kahire t.y.
- Sübki, M. Abdülhamit, **el -Muhtar min Sıhahi'l-Luğa**, Beyrut, t.y.
- Şafii, Muhammed b. İdris (ö. 204/819), **el-Ümm**, Beyrut 1973.

- Şatibi, Ebu İshak (ö. 790/1388), **el- Muvafakat fi Usuli's-Şeri'a**, Çev. Mehmet Erdoğan, İstanbul 1990.
- Şazeli, Hasan Ali, **Nazariyyetu's-Şart fi'l-Fıkhı'l-İslami**, Kahire t.y.
- Şevkani, Muhammed b. Ali (ö. 1255/1839), **Neylu'l-Evtar**, Kahire,t.y.
- Şeybani, Muhammed b. Hasan (ö. 189/805),**Kitabu'l-Hucce ala Ehli'l-Medine**,tah. Seyyid Muhammed Hasan, Haydarabad,1968.
- Şeyhzade, Abdurrahman b. Muhammed (ö.1103/1667), **Mecmau'l-Enhur Şerhu Multeka'l-Ebhur**, Matbaay-ı Amire, 1328.
- Şirbini, el-Hatib (ö. 977/1568), **Muğni'l-muhtac ila şerhi'l-Minhac**, Mısır t.y..
- Tantavi, M. Muhammed, **el-Medhal ile'l-Fıkhı'l-İslami**, Kahire 1987
- Tirmizi, Muhammed b. İsa (ö. 279/892), **Sünenu't-Tirmizi**, İstanbul,1992
- Uzunpostalcı, Mustafa, **Hukuk ve İslam Hukuku**, Konya 1990
- Yazır, E. Muhammed Hamdi (ö.1942), **Hak Dini Kur'an Dili**, sad. Heyet, İstanbul 1992
- Zerka, M. Ahmet, **el-Medhalu'l-Fıkhı'l-'Am (el-Fıkhı'l-İslami fi Sevbihı'l-Cedid)**, Şam,1968.
- Zeydan, Abdülkerim, **el-Veciz fi Usuli'l- Fıkh**, İstanbul t.y.
- ,el-Medhal li Diraseti's-Şeriati'l-İslamiyye, Beyrut 1990
- Zeylai, Fahrudin Osman b. Ali (ö. 7434/1342), **Tebyinu'l- Hakayık ala Kenzi'd-Dekaik**, Mısır, 1314.
- Zuhayli, Vehbe, **el- Fıkhı'l- İslami ve Edilletuhu**, Şam 1984