

İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi

*Abdurrahman HAÇKALI**

ABSTRACT

The principle of Liberty of Contract According to Islamic Law

In this article, the principle of liberty of contract is examined according to Islamic Law, by considering the views of schools of Islamic law. In this context the views of schools of Islamic Law are classified in three major groups and the evidence of each groups is discussed. In result, it is examined that whether the liberty of contract is essence, on principle, according to Islamic Law or not.

Keywords: *Islamic Law, liberty of contract, conditional contracts.*

GİRİŞ

İktisâdî ve ticarî farklılaşma ve gelişmeler neticesinde ortaya çıkan yeni akit çeşitleri ve uygulamalarının İslâm hukûku açısından değerlendirilmesinde farklı tutumların öne çıktığı görülmektedir. Ortaya çıkan yeni sözleşmelerle ilgili olarak, günümüzdeki muameleleri klasik dönem uygulamaları çerçevesinde meşrûlaştırma çabalarının var olduğu görülmekte ve bunlar genellikle bazı zorlama yorumları da beraberinde getirmektedir.¹ Muâmelât konularının önemli bir kısmını oluşturan akitlerle ilgili olarak, İslâm'ın temel yaklaşımını anlayabilmek için konunun, *maslahat* ve *mukâsıd* açısından çok genel sayılabilecek bir yaklaşımla ele alınmasını² yanlış bulmamakla beraber, bu genel yaklaşımla birlikte, *akit serbestisi prensibi* çerçevesinde incelenmesinin ve öncelikle konuyla ilgili temel prensiplerin belirlenmesinin yararlı olacağını düşünüyoruz. Bu nedenle çalışmamızda, *akit serbestisi prensibini* İslâm hukûku açısından incelemeyi amaçladık.

* *Yrd. Doç. Dr.*, Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, abhackali@yahoo.com.

1 Mesela bu yaklaşımlardan biri, sigorta akdiyle ilgili çalışmalarda kendini göstermektedir. Bu akdin, klasik dönemdeki bazı uygulamalara kıyas edilmesiyle kabul veya red yönünde ortaya çıkan yaklaşımlar pek sağlıklı gözükmemektedir. Meselâ Muhammed Fazlı Yusuf sigortanın, klasik dönem ticari faaliyetlerinden mudarebeyle beraber teberru eası üzerine kurulması gerektiğini söylemiştir.. Bkz: Muhammed Fazlı Yusuf, Brief Outline Of On The Concept And Operational System Of Takaful Business (Islamic Insurance), *I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukûkunun Meseleleri Kongresi*, Konya 1997, ss. 931-944, s. 933. Ayrıca benzeri yaklaşımlar ve eleştirileri için bkz.: Beşer, Faruk, İslâm Şeriati açısından Sigorta, *I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukûkunun Meseleleri Kongresi*, Konya 1997, ss., 882-867 ve bu tebliğlerle ilgili müzakereler, s. 972, 977 vd.

2 Böyle bir yaklaşım için bkz.: Beşer, *agt*, s. 853-854.

Çalışmamızda akit kavramı hakkında kısaca bilgi verdik. Ayrıca, akit serbestisi prensibinin günümüz beşeri hukûkunda kullanıldığı anlamlara işaret ettik. Klasik dönem ekollerinin görüşlerini de vererek İslam hukuk görüşünün konuyla ilgili temel yaklaşımlarını belirlemeye çalıştık. Bu çerçevede, özellikle şartlı akitler konusunda İslam hukukçularının görüşlerini, bu makale çerçevesini aşmamaya özen göstererek aktarmaya çalıştık.

I. Akit Kavramı

Akit kavramı çerçevesinde ifade edilen muameleler, insanın hukûka konu olan eylemlerinin önemli bir bölümünü kapsar. Aynı zamanda akitler, medeniyet târihinin gelişimi bağlamında birey irâdesine tanınan serbestinin seyrinin önemli bir göstergesi olarak kabul edilir. Bu nedenle “akit serbestisi”, insan irâdesine saygı ve irâde hürriyetinin belirgin ölçüleri arasında görülmektedir.³

İslâm hukuk tarihinde “akit” kavramının genel ve özel olmak üzere iki anlamda kullanıldığını görmekteyiz. Genel anlamıyla kullanıldığında “akit” kelimesi, tasarruf ve yükümlülük (iltizam) anlamlarına sahiptir. Yani, tek taraflı irâdeden sadır olan vakıf, ibra, talâk, yemin gibi tasarrufları kapsadığı gibi satım, kira, vekâlet ve rehin gibi iki tarafın irâdesine dayanan tasarrufları da içerir.⁴

Özel anlamında kullanıldığında ise akit kavramı, *iki taraftan sadır olan icap ve kabulün bir konu üzerinde birbirine bağlanması, yani anlaşması* anlamına gelir. Nitekim Mecelle, akdi, “Tarafeynin bir husûsu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir” şeklinde tanımlamış ve akdin gerçekleşmesi için tarafların irâdelerinin meşrû bir şekilde uyuşmasını şart koşmuştur.⁵

Bu ve benzeri tanımlar, hukûkî sonuç doğurmak üzere iki irâdenin irtibatını akit olarak tanımlarken, tek taraflı irâdenin akit içerisinde telakki edilmediğini gösterir. Ancak İslâm hukuk târihinde, tek taraflı irâdenin hukûkî sonuç doğurma bakımından geniş bir uygulama alanına sahip olduğu söylenebilir. Bu nedenle bazı İslâm hukukçuları, bir tasarrufu akit sayabilmek için karşılıklı rıza ve en az iki irâdenin varlığı üzerinde dururken diğer bir kısmı ise, tek taraflı irâdeyle tamam olan tasarrufları da akit kavramı içerisinde mütâlâa etmiştir. Meselâ vasiyet, bir akit olarak kabul edilmekte ve hibe, ödünç ve rehin gibi akitlerin tek tarafın irâdesiyle, yani sadece icap ile tamam olup olmayacağı tartışılmaktadır.⁶ Günümüz İslâm hukukçularından bir kısmı, tek taraflı irâdeyi akitten ayırmakta ve bu gibi muâmeleler, sözlük anlamında olmak üzere akit kelimesiyle ifade edilse bile, bunlara tasarruf veya taahhüt denilmesinin daha uygun olacağını belirtmektedirler. Onlara göre tek taraflı irâde ile akit meydana gelmez. Meselâ *vakıf muamelesi* akit değildir. Çünkü ikinci bir irâdenin varlığı gerekmeksizin mal sahibinin irâdesiyle tamam olmaktadır. Bütün bunlar, tek

3 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukûku*, İstanbul 1991, II, 51.

4 Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhu'l-İslâmî*, Şam 1984, IV, 80.

5 *Mecelle*, mad. 103, 104. Ayrıca bkz.: Senhûrî, Abdurrezzak, *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Beyrut ty., I, 73 vd.

6 Karaman, *age.*, II, 47,48.

tarafli irâdenin hukûkî bir netice doğurup doğurmayacağı konusunda olmayıp, bu tasarrufların akit kavramı çerçevesine dahil olup olmadığı noktasındadır.

II. Akit Serbestisi ve İrâde Hürriyeti Teorisi

İnsanın irade sahibi bir varlık olması, onun hukûkî, ahlâkî ve dînî sorumluluğun dayanağını oluşturur. Hukukta, *irâde* ile ilgili olarak iki ana teoriden bahsedilir. Bunlardan birincisi, sözleşmelerde iç irâdeye mi, yoksa dış irâdeye mi itibar edilmesi gerektiği noktasındaki tartışmaları içeren *irâde beyanı teorisi*; diğeri ise, kişilerin sözleşme yapıp yapmama konusundaki serbestilerinin dayanağını oluşturan *irâde hürriyeti teorisi*dir. Dolayısıyla akit serbestisi prensibi incelendiğinde *irâde hürriyeti teorisi*ne inmek gerekir. Konuları farklı olan bu iki teorinin, bir konuda iki zıt görüşü yansıtan teorilermiş gibi ele alınması ve akit serbestisini savunan teorinin irâde hürriyeti teorisi olduğunu, irâde beyanı teorisinin ise, bu teoriye bir aksülamel olarak ortaya çıktığı ifadesi⁷ teorileri eksik yansıtır. Halbuki, *irâde beyanı teorisi*, dışa vurulan iradenin esas alınmasını öncelerken⁸ bunun yanında, hangi durumlarda hukuki istikrar zedelenmeden iç iradenin dikkate alınabileceğini tartışır. *İrâde hürriyeti teorisi* ise, aralarındaki münasebetleri kendi irâdeleriyle düzenleyebilme, sözleşme yapıp yapmama, sözleşmelerden dilediğini seçip seçmeme ve sözleşmelerin doğuracağı sonuçları belirleyip belirleyememe konularında kişilerin irâdelerine serbesti tanımak gerektiğini savunan teoridir. Ancak, rızanın zedelenmesi ve beyan esnasında yanlışlığı meydana geldiği durumlarda iki teori birbirinden farklı iki tutum ortaya koyar. Akit serbestisi rızanın korunması gerektiğini esas alırken, irâde beyanı teorisi ise bu durumda, *hukûkî ilişkilerde güven ve istikrar ortamının kurulması ve korunması*⁹ bağlamında iç ya da dış iradenin ne şekilde dikkate alınacağını tartışır.

Akit serbestisi prensibi, felsefî bir yaklaşım olan irâde hürriyeti teorisinin hukûka yansımaları olarak kabul edilmektedir. Belirtilen teori, şahıslara aralarındaki hukûkî münâsebetleri düzenleme yetkisinin verilmesi gerektiğini savunur. Dolayısıyla Akit serbestisi, pozitif hukûkun bir kaidesi iken, irâde hürriyeti, bu kaideye esas olan ve bu kaideyi temellendirmeye çalışan felsefî bir görüş olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁰ Bu teoriye göre, insanın hür bir şahsiyete sahip olduğu kabul ediliyorsa, bunun bir tezâhürü olan irâdenin, hukûkî haklar ve borçlar tesis etme yetkisine sahip olduğu da kabul edilmelidir.¹¹ Sözleşmenin hükümlerine uymak, adâletin temel ilkelerinden biri olan 'verilen sözün tutulması/ahde vefâ' prensibine göre zorunlu olduğu gibi özgürlük ve eşitlik de doğal hukûkun temel kavramlarıdır.¹²

7 bkz.: Karaman, *age.*, II, 39.

8 bkz. Apaydın, H. Yunus, *İrade Beyanı, DİA*, XXII,387-391.

9 Apaydın, H. Yunus, *Galat, DİA*, 297-300.

10 Escner, Turhan, *Borçlar Hukuku*, Ankara, 1969, I, 193; Erman, Hasan, *Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İ.Ü.H.F.M.*, XVIII, sy., 1-4, s. 601-619.

11 Karaman, *age.*, II, 38.

12 Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1985, s. 109; Öktem, Niyazi, *Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları*, İstanbul 1995, s. 114,115.

İnsanı sorumlu bir varlık olarak gören tüm yaklaşımlar, onun özgürlüğünü benimsemiş olsalar da, toplum içindeki çeşitli durumların ve bazı sosyal belirlemele- rin, bu özgürlüğü sınırlandırdığı ve yönlendirdiği bir gerçektir. Özellikle gelişmiş ekonominin getirdiği tüketim toplumu olgusunun yanında, kitle haberleşme araçları, toplum eğilimleri, baskı grupları, tekel, kartel ve tröstlerin, bireyi bilinçsiz bir otomatlaştırmaya sürüklediği dolayısıyla bireyin özgür olan iradesinin yönlendirilme- sinde en az bireyin doğal ihtiyaçları kadar etkin oldukları görülmektedir. Yani so- yut bir kavram olan özgürlük uygulamada bu kadar serbest ve bağımsız kalama- maktadır. Bu durumda sosyal devlete önemli görevler düşmektedir. Ayrıca ticaret devrimi, sanayi devrimi ve makineleşme gibi sosyal olgular, sözleşme özgürlüğü- nü suistimal edebilmiş, çalışan, yasal olarak özgür görünmesine rağmen, fiilen özgür ve eşit olamamıştır. Bu durum, akit serbestisi anlayışının yeniden gözden geçiril- mesini gerektirmiş ve sosyal adâlet ilkesinin öne çıkmasına yol açmıştır. Akit ser- bestisi, tarafların eşit şartlar altında masaya oturmaları, sözleşme yapmaları anla- mında olmak üzere bir değişikliğe uğramıştır. Sosyal adâlet ilkesi asgari ücretin saptanması, çalışma saatlerinin azaltılması, ücretli izin, sağlık ve emeklilik sigor- tası hakkı, grev ve sözleşme gibi konuları içermekte ve akit serbestisini sınırlandı- ran bir özellik arz etmektedir.¹³

III. Akit Serbestisinin Anlamları

İslâm hukuk görüşünün konuyla ilgili ilkelerini ve İslâm hukuk ekolleri tarafın- dan bu konuda geliştirilen yaklaşımları ortaya koymadan önce akit serbestisi prensi- binin ifade ettiği anlamları kısaca ifade etmemiz gerekir. Bu anlamları şu şekilde maddeleştirmek mümkündür:¹⁴

a) Akit serbestisi öncelikle, şahısların bir sözleşme yapıp yapmama hususundaki hürriyetlerini ifade eder. Bu, prensip olarak, kişinin akit yapıp yapmamakta serbest olduğu anlamına gelir.

b) Akit serbestisinin ifade ettiği ikinci anlam *şekil serbestisidir*. Şekil, irâdenin belirli bir tarzda ve belirli vasıtalar ile beyan edilmesi demektir. Akitlerde şekilden bahsedilince, irâdenin hangi tarzda açıklanması ve bu açıklamayı sağlayan hukûkî vasıtaların neler olabileceği kastedilmektedir. Şekil serbestisi ise, tarafların, yapmak istedikleri akdi herhangi bir şekilde ve merasime tabi olmaksızın, diledikleri biçimde ve tarzda yapabilmeleri imkânını ifade eder. Meselâ tescil, ilan, resmî şekil ve âdi yazılı şekil, günümüzde akitleri şekli kılan genel durumlardır.

Akitlerin şekli kılınıp kılınmaması noktasındaki tartışmalar, aşırı şekilciliğin de, şekil konusunda tamamen serbest olunmasının da sakıncalı olduğunu göstermekte-

13 Öktem, *a.g.e.*, s. 131, 134, 155, 201; Erman, *a.g.m.s.* 609.

14 Erman, *a.g.m.s.* 603; Bkz.: Saymen, Ferit H., *Borçlar Hukûku Dersleri*, İstanbul 1950, I. 141; Schwarz, Andreas, *Borçlar Hukûku Dersleri*, çev. Bülent Davran, İstanbul 1948, I, 329, 330; Feyzioğlu, F. Necmeddin, *Borçlar Hukûku*, İstanbul 1970, 13-14; Reisoğlu, Safa, *Borç- lar Hukûku*, İstanbul, 1993, s. 97.

dir. Şekil, iradenin daha belirgin olarak ortaya konulabilmesi imkanını içerirken, aynı zamanda akit yapmayı zorlaştırabilir ya da suiistimal vb. hususlara yol açabilir.¹⁵

c) Akit serbestisi, kişilerin, akit çeşitlerinden dilediğini gerçekleştirme hürriyetini de ifade eder. Bu serbesti, isimli akitler sahasında geçerli olduğu gibi, yeni ortaya çıkan isimsiz akitleri de kapsar.

d) Akit serbestisinin diğer bir anlamı ise tanzim serbestisidir. Buna şart serbestisi de denilmektedir. Bu serbesti; akdin konusunu, muhtevasını ve neticelerini tayin edilmeyi ifade eder.

IV. Akit Serbestisinin Sınırlamaları:

Akit serbestisinin esas alınması halinde bile, günümüz hukukunda sınırsız bir serbesti olmadığı belirtilir. Zira bir taraftan hukuk kişinin hürriyetini bazı nedenlerle sınırlandırırken, diğer yandan toplum hayatı, o topluma katılanların hürriyetlerinden kısmen feragat etmelerini zorunlu kılar. Akit serbestisini en fazla savunan liberalistler dahi, hukuk düzeni ve ahlâk kuralları ile çeliştiği zaman sınırlandırmayı kabul ederler.¹⁶ Bunun yanında konuyla ilgili sınırlama ifade eden hususlar kısaca şunlardır:¹⁷ *Emredici hukuk kaidelerine aykırılık, kanuna aykırılık, ahlâk ve âdâba aykırılık, şahsiyet haklarına aykırılık, umûmî nizâma aykırılık, gabin ve imkansızlık.*

V. İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi

İslam Hukûkunun ana kaynağı Kur'ân'da, akitlerle ilgili olarak, özellikle şu iki ayet öne çıkar: "Ey inananlar, akitleri yerine getirin..."¹⁸ ve "Ey inananlar, mallarınızı aranızda bâtilla (doğru olmayan yollarla, haksız yere) yemeyin, kendi rızanızla yaptığımız ticaret olursa başka..."¹⁹ Bu âyetlerde görüldüğü gibi İslâm, akitlerin geçerliliğinde insan irâde ve rızasını esas almıştır. İnsanı irâde sahibi ve buna bağlı olarak sorumlu ve yükümlü bir varlık olarak kabul etmiş, eylem ve tasarruflarına neticeler yüklemiştir.

Klasik dönem İslam Hukukçularının çoğunluğuna göre, insan irâdesi akdi meydana getirdikten sonra, hukuk tarafından o akit için tespit edilmiş belirli neticeler gerçekleşir. Yani onlara göre, akitlerin neticeleri, hukuk tarafından belirlenmiştir. Bu nedenle İslam hukukçuları, "akitler gerçekleştirilmiş hukuki sebeplerdir (*esbabun ca'liyye şer'iyye*)", derler.²⁰ Bu yaklaşıma göre, kanun koyucu, akitleri, neticelerini ortaya çıkaran birer sebep yapmıştır. Kanun koyucu böyle bir şey yapmasaydı, o zaman akitler neticelerinin birer sebebi sayılmazdı. Bu ifadelerini onlar; "insanların koy-

15 Daha geniş bilgi için bkz.: Saymen, *age.*, I, 142-143.

16 Erman, *a.g.m.*, s. 609.

17 Schwarz, *a.g.e.*, I, 332; Erman, *a.g.m.*, s. 611; Saymen, *a.g.e.*, I, 103.

18 Mâide, 5/1.

19 Nisâ, 4/1.

20 Muhammed Yusuf Mûsâ, *Emvâl ve Nazariyyetu'l-Akd fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Daru'l-Fikri'l-Arabi, 1987, s. 411

duklardı şart ve neticelerle birbirlerine yapacakları haksızlıkları önlemek” düşüncesiyle açtıkları (ta’lil ederler).²¹

Bu söylenenler, genel yaklaşımları ifade etmekle beraber, konu İslam hukukçuları arasında ihtilaflıdır. Bununla beraber, ekonomik ve iktisâdî gelişmeler sonucu insanların ihtiyaçlarını karşılamak üzere yeni akit çeşitleri gelişmekte ve bunların hukuk tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca örfün ve insanların muamelelerinin sürekli değişmesi sonucu akitlerin neticelerinin değişime uğradığı görülebilir. Bu durum, bazı akitler için getirilmiş düzenlemeler ve hükümlerin yeni akitler meydana getirmede ve şartlar ileri sürmede sınırlayıcı ve belirleyici olup olmayacağı noktasındaki tartışmaları gündeme getirir. İslâm Hukuk târihinde, akitlerde ileri sürülen şartlar konusu oldukça detaylı olarak tartışılmış olup, akit serbestisiyle ilgili görüşleri bu tartışmalarda bulmamız mümkün olmaktadır. Biz öncelikle, konuyla ilgili görüşleri verip, İslâm Hukuku’nun akit serbestisi konusundaki yaklaşımını belirlemeye çalışacağız.

İslâm hukukçularının konuyla ilgili görüşlerinin oldukça farklı ve ihtilafı olduğunu daha önce belirtmiştik. Konuyla ilgili olarak nakledilen şu olay bunun tipik bir örneğidir:

Abdu'l-Varis b. Sa’îd (ö.180/796), çağdaşı İslâm alimlerinden Ebû Hanîfe (ö.150/767), İbn Ebî Leylâ (ö.148/765) ve İbn Şübrüme’ye (ö.144/761) akitte ileri sürülen şartlar konusundaki görüşlerini sorar. Her üçünün cevabı birbirinden farklıdır:

Ebû Hanîfe’ye göre, akit de şart da bâtıldır ve delili, Amr b. Şuayb’dan (ö.118/736) onun babası ve dedesi yoluyla Hz. Peygamber’den rivayet ettiği, “Hz. Peygamber, şartlı satıştan yasakladı” hadisidir.

İbni Ebi Leylâ’ya göre akit câiz, şart ise bâtıldır. Onun delili; Berîre hadisi olarak bilinen rivayettir. Bu rivayete göre, Hz. Âişe (ö.58/678) Cârîye olan Berîre’yi (ö.60/680.) azat etmek üzere sahiplerinden satın almak istediği zaman sahipleri “velâ hakkının”²² kendilerine ait olmasını şart koştular. Resûlullah (s.a.v.) bunu duyunca velâ şartını iptal etmiş, ancak satım akdini iptal etmemiştir.

İbni Şübrüme’ye göre, akit de şart da câizdir. Onun delili ise *Câbir hadisi* olarak bilinen rivayettir. Bu rivayete göre, Resûlullah (s.a.v.) bir seferden dönerlerken Hz. Câbir’den (ö.78/697) bir deve satın aldığıında Câbir (r.a.) Medine’ye kadar deveye binmeyi şart koşmuş ve Resûlullah (s.a.v.) bu şartla alışverişi kabul etmiştir.²³

Akit ve şart serbestisi konusunda İslam hukukçularını üç guruba ayırmak mümkündür: Tarafların irâdelerine serbesti tanımayan *daraltıcılar*, örfü dikkate alan *orta yolu takip edenler* ve tarafların irâdelerini esas alan ve serbesti tanıyan; *genişlik taraftarları*.²⁴

21 M. Yusuf Mūsā, *a.g.e.*, s.412

22 Velâ, köleyi azat eden kişinin, ona mirasçı olabilmesini sağlayan hükmi yakınlıktır. Bkz.: Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1998,, s. 480.

23 Serahsî, Şemsuddin, *Mehsûl*, İstanbul 1982, XIII; 13-14; İbn Rüşd el-Cedd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed, *Mukaddimâtu İbn Rüşd*, Dâru'l-Fikr ty., III, 205; Aynî, Bedruddin, *Umdu'tu'l-Kâri Şerhu Sahîhi'l-Buhârî*, Mısır 1972, IX, 385.

24 Zeydan Abdülkerim, *Medhal li Dirâseti's-Şer'iati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1990, s. 327 vd. Akitte

A. Daraltıcıların Görüşleri

Akitler ve akitlerle ilgili şartlar konusunda “daraltıcılar” nitelemesi, Zâhiri mezhebi hukukçuları için kullanılır.²⁵

Zâhirîlere göre; akitlerde ve akitlerle ilgili şartlarda asıl olan yasak olmaktır. Bu konuda İslâm’ın cevaz verdiği akitler ve şartlar câizdir.²⁶ Dolayısıyla insan irâdesinin akitlerin neticelerini değiştirmede ve şartlar koşmada herhangi bir yetkisi yoktur. İnsan irâdesi ancak kanun koyucunun izin verdiği akitleri yapabilir ve şartlar koşabilir.²⁷

Bu görüşte olanlar, şu delillere dayanmaktadırlar:

a) İnsanların İslâm hukûkunu uygulayabilmeleri, yerine getirebilmeleri için bu hukûkun, insanların bütün işlerini tanzim etmesi gerekir, özellikle de akitleri. Böylece insanlar arasındaki mâlî ve diğer muameleler, insanların birbirlerine zarar vermelerini engelleyen adâlet esası üzerine olur. İslam hukûkunun göstermediği şekillerde akit yapar ve bunu bağlayıcı kabul edersek, dinin bize helal kıldığını haram, haram kıldığını helal kılmış oluruz. Herhangi bir müslümanın da bunu yapması düşünülemez.²⁸ İslâm’ın koyduğu akitleri yapmak, şartları ileri sürmek, Allah’ın koyduğu hükümleri çiğnemek ve dinde fazlalıklar meydana getirmektir. Böyle bir hareket doğru değildir.²⁹ Kur’an’da, “Kim Allah’ın sınırlarını çiğnerse onlar zalimlerin ta kendileridir”³⁰ ve “Bu gün size dininizi kemale erdirdim, size olan nimetimi tamamladım”³¹ buyurulmaktadır.

b) Dinin müsaadesinin belirtilmediği konularda akitler yapmayı yasaklayan hadisler mevcuttur. Bir hadiste şöyle buyurulmuştur. “Kim bizim işimize uymayan bir iş icat ederse o merduttur.”³² Binaenaleyh hakkında hüküm bulunmayan bir akdi veya şartı kim yapar/ileri sürerse hukuk dışı iş yapmış sayılır.

Ancak böyle bir tutum, inanç ve ibadet konularıyla muamelat konularının tek kategori olarak görüldüğünü gösterir. İnanç ve ibadet ilkelerinde değişmezlik ve dinin bildirdiği gibi uygulama (taabbud) esas iken, muamelat konularında asıl olan mübah ol-

ilgili şartlar konusunu, bu makale çerçevesinde, takyîdî şartlar açısından inceleyecek olup, izâfi ve ta’likî şartlar konusuna girmeyeceğiz *Takyîdî şart*; yalın bir şekilde yapıldığında akitte bulunmayan bir yükümlülüğü ve akdin aslından fazla olan bir şeyi, akit yapılırken şart koşturmak suretiyle, taraflardan birinin borçlanmasını ifade eden şarttır. *İzâfî şart*; akdin hükmünü gelecekte belirli bir zamana tehir eden şarttır. Mesela, “bu evi sana gelecek ay başından itibaren şu kadar kira bedeli ile bir yılına kiraladım” şeklinde yapılan bir kiralama akdi gelecek ay başına izafe edilmiştir. *Ta’likî şart* ise; akdin vücuda gelmesinin, olup olmayacağı şüpheli olan bir şeye bağlanmasıdır. Böyle bir şartla yapılmış akde muallak akit denir. Mesela, bir kimse diğerine: “Şayet borçlu hapsedilirse onda olan alacağına ben kefilim” derse, bunu söyleyen, kefalet akdinin gerçekleşmesini borçlunun hapse girmesine bağlamış, ta’lik etmiş olur.

25 Zeydan, *age.*, s. 328.

26 İbn Hazm, Ebü Muhammed Endelusi, *Muhallâ*, Beyrut ty., VII, 319; İbn Teymiye, Takiyyudin, *Fetâva'l-Kübrâ*, Beyrut ty., III, 470; M. Yusuf Musa, *age.*, s. 415

27 Zeydan, *age.*, s. 325

28 M. Yusuf Müsâ, *age.*, s. 415

29 Zeydan, *age.*, s. 328

30 Bakara, 2/229

31 Maide, 5/3

32 Buhârî, İ'tisam, 96/3; Müslim, Ekziye, 30/8, nr. 17, 18; İbn Mâce, Mukaddime, 2/14

maktır. “Eşyada asıl olan ibâhâdır”³³ kaidesi bunu ifade eder. Dolayısıyla hadisin bu konuda delil olarak kullanılması doğru değildir.

Bir diğer hadis ise yukarıda temas edilen Berîre hadisidir. Hadisin son kısmında Hz. Peygamber şöyle buyurmaktadır: *Her kim Aziz ve Celil olan Allah'ın kitabında olmayan bir şartı koşarsa, isterse yüz şart olsun hükümsüzdür. Hak olan Allah'ın şartıdır.*³⁴

Hadisteki “onlara velâyî şart kıl” cümlesi hadisin problemlili kabul edilmesine sebep olmaktadır. Ancak bu kısım, *velâyî onlara şart kılman da kılman da birdir, fark etmez, zira bu bâtil olduğu açık olan bir şarttır*, şeklinde yorumlanmıştır.³⁵

Zâhirîler, buradaki “Allah'ın kitabı” ifadesini, diğer görüşlerin aksine Kur’ân olarak anlamışlardır. Aşağıda geleceği üzere, diğer mezhepler bunu “Allah'ın hükmü” olarak anlamaktadırlar.

B. Orta Yolu Takip Edenlerin Görüşleri

Akit ve şart serbestisi konusunda insan irâdesine herhangi bir yetki tanımayan Zâhirî mezhebi hukukçuları ile bu konuda insan irâdesini esas kabul ederek ona serbesti tanıyan Hanbelî mezhebi hukukçuları arasında orta bir yer tuttuğu için Hanefîlere *orta yolu takip edenler* denilmiştir.

Hanefîlerin bu konudaki delili Ebû Hanîfe'nin Amr b. Şuayb'dan, onun babası dedesi yoluyla rivayet ettiği şu hadistir: “Resûlullah (s.a.v.) şartlı satıştan yasakladı”³⁶ Onlara göre konuyla ilgili prensip, bu hadisin ifade ettiği anlamdır. Ancak örfü esas alarak bu görüşü oldukça yumuşatmışlardır. Aslında bu tutumları, Hanefîlerin akit serbestisi konusunda, yasaklığı esas almadıklarını da gösterir. Bazı şart çeşitlerinde farklı düşünmekle beraber Şâfiîler de yaklaşım olarak Hanefîler ile aynı grupta yer alırlar.

Hanefîler, akitle ilgili şartları sahih, fâsit ve bâtil olmak üzere üç kısma ayırırlar.³⁷

33 Bu kaide için bkz.: Râzî, Fahrüddin, *Mahsûl*, Beyrut 1992, VI, 97 vd; İbn Nüceym, Zeynelabidin İbrahim, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Beyrut 1985 (Ğamzu Uyûni'l-Besâir ile birlikte), I, 223; Hamevî, Ahmed b. Muhammed, *Ğamzu Uyûni'l-Besâir*, Beyrut 1985, I, 223; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *Medhalu'l-Fikhi'l-'Amm*, Dimeşk 1968, II, 1082 Bu kaide için ayrıca bkz.: Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul 1988, s. 76; Erdoğan, Mehmet, *İslâm Hukûkunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul, 1990, s. 141, 143.

34 Buhârî, *Buyû'*, 34/67,73; Şurût, 54/10, Mükâtep, 50/5; Müslim, *İtk*, 20/2, nr. 5, 6; Tirmizî, *Buyû'*, 12/33, nr. 1256; Neseî, *Buyû'*, 44/85, nr. 4652; Muvatta, *İtk*, 38/10, nr. 17; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI, 43,46, 183; Dârimî, Sünen, Talak, 12/15, nr. 2294. Hadisin açıklamaları için bkz., Aynî, *age.*, IX, 384

35 Aynî, *age.*, IX, 384

36 Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *Kitâbu'l-Hucce alâ Ehli'l-Medîne*, tah. Seyyid Muhammed Hasan, Haydarabad 1968, II, 529; Heysemî, Ali b. Ebû Bekr, *Mecmau'z-Zevâid ve Menhau'l-Fevâid*, Beyrut 1988, IV, 85. Ayrıca bkz.: Zeylâ'î, Ebû Muhammed Abdullah, *Nasbu'r-Râye*, Kâhire 1357, IV, 17-18; Şevkânî, Muhammed b. Ali, *Neşlu'l-Evtâr*, Beyrut 1. baskı, V, 202

37 Serahsî, *age.*, XIII, 13; İbnu'l-Hümâm, Kamâluddîn, *Fethu'l-Kadir*, Mısır, 1970, V, 442; Kâsânî, Alâuddin Ebî Bekr, *Bedâi'u's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*, Beyrut 1974, V, 171 Mecelle. mad. 186-189.

1) Sahih Şartlar

a) Akdin Gereği Olan Şartlar:

Bunlar, akit sonucu olarak meydana geldiği kabul edilen ve bizzat akitle gerçekleşen şeyleri ifade eden şartlardır. Bunların şart olarak isimlendirilmeleri mecâzendir. Ayrıca bu şartların sahih olduğu konusunda ihtilaf yoktur.³⁸ Malın müşteriye teslimi, satıcıya paranın teslimi, müşterinin maldan dilediği gibi faydalanması gibi akdin gereği olan hususlar şart olarak ifade edildiklerinde akdin sıhhatine dokunmadığı gibi, belirtilmeleriyle belirtilmemeleri de aynıdır. Çünkü akit mutlak olarak yapıldığı zaman bunlar sabit olmaktadır.³⁹

b) Akdin Gereğini Kuvvetlendiren Şartlar:

Bu şartlar, bizzat akitle sabit olmayan ancak akdin gereğini kuvvetlendiren ve akdin gereğine uygun olan şartlardır.⁴⁰ Mesela; veresiye satışlarda belirlenmiş bir şeyi rehin olarak şart koşmak böyledir.⁴¹

Hanefiler, bu çeşit şartların genel kâideden istisna olarak, istihsan yoluyla sahih olduklarını söylerler. Çünkü Hanefiler'e göre şart akde uygun olsa da akdin gereğini ifade eden bir şart olmadıkça, kıyasa göre fâsittir. Zira bu gibi şartlar bir akit içerisinde iki akit olarak görülebilir.⁴²

c) Nasslarda Cevaz Verilen Şartlar

Bu şartlar akdin gereği olmayan, onu kuvvetlendirmeyen ancak, naslarla caiz olduğu belirtilen şartlardır.⁴³

Muhayyerlik şartları ile vade şartı bu kısma dahildir. Bu şartlar kıyasa ve akdin gereğine aykırı gözükür. 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 zarûretten 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..."⁴⁴

Muhayyerlik şartına, satım akdinin in'ikadını engellediği halde, cevaz verilmiştir.⁴⁵ Bunun dayanağı şu hadistir: "Satın aldığında; aldatmak yok, üç gün muhayyer-

38 Ali Haydar Efendi, Hoca Eminzâde, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 229

39 Serahsî, *age.*, XIII, 14; İbn Abidin, Muhammed Emin, *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, yy.ty., IV, 167

40 İbnü'l-Hümmam, *age.*, IV, 443.

41 Serahsî, *age.*, XIII, 19; Kâsânî, *age.*, VI, 4.

42 Serahsî, *age.*, XIII, 19.

43 Ali Haydar, *age.*, I, 296

44 Bakara, 2/282.

45 Mevsîfî, Abdullah b. Mevdud, *el-İhtiyâr*, II, 12; Şevkânî, *age.*, V, 182.

rim, de."⁴⁶ Vade şartında müddetin belirlenmiş olması, muhayyerlik şartında ise muhayyerliğin üç günü geçmemesi şarttır.⁴⁷ Bu Ebû Hanîfe'nin görüşüdür. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre; taraflar muhayyerliğin müddetini daha uzun tutabilirler. Mecelle de bu görüşü kabul etmiştir.⁴⁸

d) Örf Haline Gelen Şartlar

Hanefilerin muâmelât konularında örfe önemli bir yer verdikleri bilinmektedir. Akit serbestisi konusunda da bu tavırları belirleyicidir. Nitekim, sonradan ortaya çıkan bazı akitleri ve örf ve adet halini alan şartları örf ve ihtiyaca binaen meşrû kabul etmişlerdir. Mecellenin konuyla ilgili bazı maddeleri şunlardır: "*Müteâref, yani örf ve âdeti beldede cârî olan şartla bey' dahi sahih ve şart muteberdir* (mad. 188). *Âdet muhakkemdir* (Mad. 36). *Nâs'ın istimali bir hüccettir ki anıyla amel vâcib olur* (Mad. 37). *Örfe maruf olan şey şart kılınmış gibidir* (Mad. 43). *Beynettüccar maruf olan şey beynlerinde meşrû gibidir* (mad. 44). *Örf ile tayin nas ile tayin gibidir* (mad. 45).

Hanefilere göre, çoğu kere taraflardan birine, akdin gereğinden fazla olmak üzere bir menfaat sağladığı için, kıyas bu gibi şartların fâsit olmasını gerektirir de bu gibi şartlar istihsânen câizdir. İstihsan yönü şudur: Hanefilere göre bu konularda örf ile amel caiz olmaktadır. Çünkü örf kıyastan öncedir ve fiil icma gibidir. Örf ile kıyas terk edilir, eser tahsis edilir.⁴⁹ Şart örf haline gelmişse taraflar arasında tartışma sebebi olmaz. Böylece akitten maksat olan şey, mesela karşılıklı temlik-temellük gerçekleşmiş olur.⁵⁰

Ayrıca akdin çerçevesini belirlemede sadece tarafların ortak niyetlerine bakılmaz. Bunu belirlemede örf dikkate alınır. Çünkü örf, özel bir açı olarak ticari muamelelerde kanun makamına kâimdir. İşte burada, örf haline gelen şartlar da –velev ki akde fiilen katılmamış olsun– akde katılır. Yani, akit bu şartlarla yapılmış kabul edilir. Bu çeşit şartlar akitlerde geçerli sayılır.⁵¹ Mecelle maddelerinin ifade ettiği anlam da budur.

Görüldüğü gibi, Hanefilerin bu yaklaşımı, akitlerde asıl olanın yasaklık olduğu görüşüne değil, asıl olanın mübahlık olduğu görüşüne ve insanların zamanla ortaya çıkan ihtiyaçlarının karşılanmasına daha uygun düşmektedir.

e) Akitten Sonra Va'd Şeklinde İfade Edilen Şartlar

Akitten sonra va'd şeklinde ifade edilen şart sahih olup, akdin sıhhatine zarar vermez. Va'd sebebiyle bu şartın yerine getirilmesi gerekir.⁵²

Bu saydıklarımız Hanefî mezhebinde sahih kabul edilen takyidi şartları oluşturur. Bunların dışındaki şartları Hanefiler; hem kendisi geçersiz (fâsit) olup hem de akdi

46 Buhârî, Buyû', 34/48, İstikraz, 43/19; Müslim, Buyû', 21/ 12, nr 48; Ebû Dâvûd, Buyû', 22/ 66, nr. 3500, 3501; Tirmizî, Buyû', 12/28, nr. 1250.

47 Mevsilî, *age.*, II, 13.

48 Mecelle, mad. 300 ; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukûku İslâmîyye ve İstilâhâtı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul 1985, VI, 56.

49 İbnü'l-Hümmam, *age.*, V, 442.

50 Ali Haydar, *age.*, I, s. 295.

51 Senhûrî, *age.*, VI, 15-16.

52 Serahsî, *age.*, XIII, 13 ; İbn Abidin, *age.*, IV, 8 ; Ali Haydar, *age.*, I, 290 v.d.

geçersiz kılan şartlara “fâsîr şart” ve kendisi geçersiz olduğu halde akdi geçersiz kılmayan şartlara “bâtıl şart” diyerek iki kısma ayırırlar.

2- Fâsîr Şartlar

Yukarıda da değindiğimiz gibi Hanefilere göre fâsîr şart; akdi de ifsat etmektedir. Bu şartları bir kaç gurup altında toplayabiliriz:

a) Aldatma (garar) ve bilinmezliğe yol açan şartlar

Akit anında bilinmesi mümkün olmayan hususları ifade eden ve ileride anlaşmazlığa yol açan şartlarla yapılan akitler fâsîr kabul edilmiştir. Ancak bu durum daha çok mâlî muâveza akitlerini etkilemekte ve fâsîr kılmaktadır.⁵³ Belirli bir miktar süt vermesi şartıyla inek vs. satın almak, şu kadar mahsul vermesi şartıyla bahçe satın almak, süresiz muhayerlik şartı ve meçhul vade şartları böyledir.⁵⁴

b) Haram Bir Şeyi İhtiva Eden Şartlar:

İnsanları din ve dünya işlerinden alıkoyan, dinen yasaklanmış şeylerin şart koşulması da akitleri ifsat eder.⁵⁵ Dövüşken olması şartıyla koç, boğa, horoz almak, adam öldürme şartıyla silah, şarap imal etme şartıyla üzüm vs. satmak veya almak gibi hususları ifade eden şartlar böyledir.⁵⁶

Bu gibi şartlarda meşrû bir maksat bulunmamakta, akdin meşrû kılınış sebebine aykırı olup yasaklanmış bulunan bir sonuca ulaştırmaktadırlar. Bu şart altında akdin mahallinden ziyade sebebi ile ilgilidir. Bilindiği gibi Hanefiler, akdin sahih olup olmamasını değerlendirirken, tarafların iç niyet ve kasıtlarına (iç irade) bakmayıp ifadelerine/beyanlarına (dış irade) bakmaktadırlar. Burada, taraflardan birisi, meşrû olmayan bu iç niyetini beyanına da yansıttığı için akit fâsîr kabul edilmiştir

c) Taraflara Menfaat Sağlayan Şartlar:

Sahihtin kısımlarından birine dahil olmadığı halde taraflardan birine, akdin aslında fazla bir menfaat sağlayan şartlar fâsittir. Bunlar, 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 müşteriyi veya satıcıyı başka bir akit yapmaya zorlayan şartlar da bu kısma dahildir.⁵⁷

Satıcının elbise dikmesi şartıyla kumaş vs., öğütüp un yapması şartıyla buğday satın almak veya satıcının müşteriyeye ödünç vermesi, bir şey hibe etmesi, başka bir

53 İbnü'l-Hümmam, *age.*, V, 447 ; Kâsânî, *age.*, V, 160

54 Merğânî, Burhânuddîn, *el-Hidâye*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye ty., III, 555.

55 Kâsânî, *age.*, V, 169.

56 Kâsânî, *age.*, V, 169.

57 Ali Haydar, *age.*, I, 300

şeyi şu fiyata satması gibi müşteriye menfaat sağlayan şartlar da böyledir.⁵⁸ Aşağıda geleceği gibi Mâlikî ve Hanbelî mezheplerindeki görüşe göre ise, bu nevi şartlar, bazı sınırlamalarla caiz kabul edilmiştir.

Hanefilerin bu konuda dayandığı deliller şunlardır:

i) "*Resûlullah (s.a.v.) şartlı satışı yasakladı*"⁵⁹ hadisi.

Hanefilere göre bu hadis geneldir. Şartlı satışların tümünü içerir, ancak, sahih şartlar kısmına giren şartlar onu tahsis etmiştir.⁶⁰ Ayrıca bu hadisin, "bir sözleşme içerisinde, o sözleşmenin gereği olmayan ekstra bir menfaat sağlayan bir şart ilave etmeyi" ifade ettiği de günümüzde belirtilmektedir.⁶¹ Bu yorum, klasik dönemde hadisle ilgili yaklaşımla da örtüşmektedir.

ii) "*Resûlullah (s.a.v.) ödünç içeren satım akdini yasaklamıştır.*" hadisi.⁶²

Yani Resûlullah (s.a.v.) satım akdinin ayrıca ödünç verme akdini içermesini yasaklamıştır. Bu hem şartlı satımdır hem de bir akit içerisinde iki akit yapmayı içermektedir ki aşağıda geleceği üzere bu da yasaktır.

iii) "*Resûlullah (s.a.v.) bir satış içerisinde iki satış, yine bir akit içerisinde iki akit yapmayı yasakladı*" hadisi.⁶³

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.⁶⁴

iv) *Bu çeşit şart taraflar arasında anlaşmazlığa veya rızanın yok olmasına yol açar.*⁶⁵

v) *Bu çeşit şartlarda faiz şüphesi vardır.*⁶⁶

Burada belirtilen menfaatler, akitte şart koşulmuş bir fazlalık olarak kabul edilir. Bu fazlalığa karşılık bir şey verilmemiş, bir şey ödenmemiştir. Mâli muâveza akitlerinde karşılığı olmayan fazlalık faiz kabul edilir. Yahut bunda faiz şüphesi vardır. Faiz şüphesi ise akdi ifsat eden bir sebep olarak kabul edilmiştir.⁶⁷

58 Serahsî, *age.*, XIII, 16; İbnü'l-Hümmam, *age.*, V, 441-442

59 Geçti.

60 Şeybânî, *age.*, II, 529; Mevsilî, *age.*, II, 24.

61 Aktan, Hamza, Ticaret Hukûkunun Yeni Bazı Problemleri Üzerine İslam Hukûku Açısından Bir Değerlendirme (Borsa, Teminat Mektubu, Leasing), *I. İslam Ticaret Hukûkunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, Konya 1997, ss. 209-228, s. 225.

62 Serahsî, *age.*, XIII, 16. Hadis için bkz.: Buhârî, Buyû' 34/73; Ebû Dâvûd, buyû', 22/68, nr. 3504; Tirmizî, Buyû', 12/19, nr. 1234; Nescî, Buyû', 44/71, nr. 4626; Muvatta, buyu, 31/30, nr. 69; Dârimî, Buyû'. 18/ 26, nr.2563.

63 İbnü'l-Hümmam, *age.*, V, 447. Hadis için bkz. Ebû Dâvûd, buyû', 22/53, nr.3461; Tirmizî, Buyû'. 12/18, nr.1231; Nescî, Buyû',44/73, nr. 4629; İbn Hanbel, II, 71, 174, 175, 177; Muvatta', Buyû', 31/33, nr. 72; Heysemî, *age.*, IV, 84.

64 Şevkânî, *age.*, V, 152. Dönmez, İ. Kafi, Garar, *DA*, XIII, 366-371.

65 Serahsî, *age.*, XIII, 15; Bilmen, *age.*, VI, 24

66 İbn Abidin, *age.*, IX, 244.

67 İbnü'l-Hümmam, *age.*, V, 442-443; İbn Abidin, *age.*, IV, 177-178; Karaman, *age.*, II, 193.

Fâsîr şartların etkisi bütün akitlerde aynı değildir. Bu konuda esas olan kaide şudur: Fâsîr şart mâlî muâveza akitlerini ifsat eder, diğer akitlere tesir etmez. Mesela, mal ile mal olmayan şeyin mübadelesinde, hibe, borç gibi teberrularda, vekili azletme, boşama, azat gibi ıskatlarda, rehin, kefâlet, havâle ve vasiyet gibi tasarruflarda fâsîr şart akdi iptal etmez.⁶⁸

3. Hükümsüz (Bâtıl) şartlar:

Kısaca belirtecek olursak bâtil şartlar, sahih şartlar dışında kalan ve ne taraflara ne de başkasına faydası olan şartlardır.⁶⁹ Bu şartlar akde tesir etmezler.

Sözgelimi satmamak, hibe etmemek veya atmak, kullanmamak şartıyla herhangi bir şey satmak gibi şartlarla yapılan satım akdi sahih olup bu şartlar geçersiz kabul edilir.⁷⁰

Bunlar müşterinin malında dilediği gibi tasarruf etmesini engellediği gibi, ona zarar da vermektedir. Ayrıca bu şartlar satım akdinin maksadına da aykırıdır. Bunların 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.⁷¹

C. Genişlik Taraftarlarının Görüşleri

Akit ve şart serbestisi konusunda tarafların irâdelerine en geniş yetkiyi tanıyanlar, Hanbelî mezhebi hukukçularıdır.

Bu görüş sahiplerine göre; akit ve şartlarında asıl olan mübah olmaktır. Helali haram ve haramı helal kılan şartlar üzerinde anlaşmak ise yasaktır.⁷²

Kadı Şureyh (ö.78/697) ve Abdullah b. Şübrüme el-Küfî'nin de görüşleri de böyledir. Mâlikî mezhebi hukukçularının görüşleri biraz girift ve anlaşılmaz olmakla beraber bu görüşe yakındır.⁷³ Bu görüş sahiplerine göre bu hürriyet, akit ve şartlardaki genel ve aslî prensip olup Kur'an ve sünnetten çıkarılmıştır.⁷⁴

Hanbelîler, diğer mezheplerin aksine, nikahta dahi şart koşanı açısından meşrû bir maslahatı gerçekleştiren şartı sahih kabul ederler. Onların bu konudaki delilleri şu hadistir: "Yerine getirilmesi en doğru olan şartlar; kendileriyle namusları helal kıldığınız şartlardır."⁷⁵ Bu sebeple Hanbelîler, nikahta ileri sürülen şartların öncelikle yerine getirilmesi kanaatinde dirler.⁷⁶

Bu görüşte olanların Kur'an ve sünnetten getirdikleri deliller şunlardır:

68 Karaman, *age.*, II, 192-193.

69 Şeybânî, *age.*, II, 517; Ali Haydar, *age.*, I, 297

70 Kâsânî, *age.*, V, 170; Ali Haydar, *age.*, I, 297 v.d.

71 Ali Haydar, *age.*, a.y.

72 Zerkâ, *a.g.e.*, I, 479.

73 İbn Rüşd Hafid, Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetu'l-Müctehid*, İstanbul 1987, II, 132.

74 Zerkâ, *age.*, I, 479.

75 Buhârî, Şurût, 54/ 6; Müslim, Nikah, 16/8, nr.63; İbn Mace, Nikah, 9/ 41, nr.1954.

76 İbn Teymiye, *age.*, III, 475.

a) Kur'an'dan Delilleri:

"Ey inananlar, akitleri yerine getirin..."⁷⁷ ayeti. Bunun anlamı; gerek Allah ile akdettiğiniz, gerek aranızda yapmış bulunduğunuz satım, kira, nikah, musâlaha gibi sözleşmeler demektir.⁷⁸ Bu ayet akitlere vefâ gösterilmesini emretmektedir. Vefâ ise sadece akitler geçerli kabul edilirse gerekli olur. İbn Teymiye (ö. 728/1327) buradaki akit kelimesinin "ahit"le aynı anlamda olduğunu da söylemiştir.⁷⁹

"(Ahitleşip) anlaşma yaptığınız zaman Allah'ın ahdini tam olarak yerine getirin (verdiğiniz sözü tutun)"⁸⁰

"Ahdî de yerine getirin, çünkü (insana) ahd (in) den sorulacaktır."⁸¹

"Oysa arkalarına dönüp kaçmayacaklarına dair Allah'a söz vermişlerdi. Allah'a verilen sözden sorumlu idiler."⁸² Bu ayet, insanın kendi aleyhine yaptığı anlaşmaların da "ahit" kelimesi içerisine girdiğini göstermektedir.⁸³

"Ey inananlar, mallarınızı aranızda bâtıla (doğru olmayan yollarla, haksız yere) yemeyin, kendi rızanızla yaptığınız ticaret olursa başka..."⁸⁴ Burada akitleşme için karşılıklı rızadan başka bir şart koşulmamıştır.

Bütün bunların sonucu şudur: İslâm'ın haram kılmadığı her akit ve şart sahihtir. İnsanların maslahat temini ve ihtiyaçlarını gidermek için yapageldikleri akitleri ve şartları delilsiz yasaklarsak, Allah'ın haram kılmadığı bir şeyi haram kılmış oluruz.⁸⁵

b) Sünnetten delilleri

Resûlullah (s.a.v.) den gelen pek çok hadis akit ve şartlarda asıl olanın mübahlık olduğunu gösterir:

"Müslümanlar arasında sulh câizdir. Ancak helali haram, haramı helal kılan müstesna; müslümanlar şartlarına bağlıdırlar, helali haram haramı helal kılan bir şart olmadıkça."⁸⁶

"Resûlullah (s.a.v.) alışverişte istisnadan yasakladı ancak bilinmesi şartıyla müstesna."⁸⁷ Burada istisna edilen miktarın belli olması şartıyla, alışverişte satılan şeyin bir kısmını istisna eden şartın câiz olduğu belirtilmektedir.

77 Mâide, 5/1.

78 Kurtubî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmet, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, y.y. 1959, VI, 33.

79 İbn Teymiye, *age.*, III, 477.

80 en-Nahl, 16/91.

81 İsrâ, 1734

82 Ahzâb, 33/15.

83 İbn Teymiye, *age.*, III, 477.

84 en-Nisâ, 4/29.

85 İbn Teymiye, *a.g.e.*, III, 484

86 Buhârî, İcâre, 37/14 (bir kısmını bab başlığında senetsiz (talik) zikretmektedir); Ebû Dâvûd, Ekziye, 23/12, nr.3594; Tirmizî, Ahkâm, 13/17, nr. 1352; İbn Mace, Ahkam, 13/ 23, nr. 235; Dârekutnî, Ali b. Ömer, *Sünen, Beyrut 1966*, III 27 vd.; Beyhaki, .Ebû Bêkr, es-Sunenu'l-Kubrâ, Beyrut ty., VI, 63-65. Burada ayrıca bu ifadenin, Hz. Ömer'in Ebû Müsâ el-Eş'arî'ye yazdığı mektupta da var olduğu belirtiliyor.

87 Buhârî, Şurût, 54/18; Müslim, buyû', 21/16, nr. 85; Ebû Dâvûd, Buyû', 22/33, nr.3404, 3405;

Câbir (r.a.) hadisi: Oldukça uzun olan bu hadiste, Mekke fethinden dönerken Resûlullah s.a.v. Hz. Câbirden, devesini kendisine satmasını istemiş, o da Medîne'ye kadar kendisinin binmesi şartıyla bunu kabul etmiştir. Medîne'ye gelince Resûlullah s.a.v. önce devenin parasını ödemiş, sonra deveyi de Hz. Câbir'e hibe etmiştir.⁸⁸

Hanbelîlerin dayandıkları bir diğer hadis de, yukarıda nikah akdiyle ilgili olarak bahsi geçen hadistir.

Onlara göre, Berfire (r.a.) hadisinde zikredilen "Allah'ın kitabı"ndan maksat Kur'ân değildir. Çünkü sahih kabul edilen şartların pek çoğu zaten Kur'ân'da yoktur, bilakis Sünnet'ten öğrenilmiştir. Burada "Allah'ın kitabı"ndan maksat "Allah'ın hükmü"dür. Şu ayet buna delalet eder: "...kitâbellâhi aleyküm (Allah'ın size farz kıldığı hükümü)"⁸⁹. Resûlullah 'ın (s.a.v.)'şu sözü de buna delalet eder: "Dışın kırılmasında Allah'ın kitabı (hükmü) kısastır."⁹⁰

Bu hadiste Allah'ın, haram olduğu konusunda bir şey söylemediği akit ve şartların haram kabul edilmesiyle ilgili bir delil yoktur. Gerçekte Allah'ın koyduğu sınırları aşmak; Allah'ın helal kıldığını haram, haram kıldığını helal kılmak ve haramlığına dair bir şey söylemediği şeyleri haram kabul etmektir; mübah saymak değil.⁹¹

Dikkat çekilen bir diğer husus ise, şart olarak ileri sürülen şeyin normalde yapılması yasaksa şart olarak ileri sürülmesinin de yasak olduğudur. Aksi halde bu, Allah'ın hükmüne aykırı olur. Şart koşulan şeyin normalde yapılması mübah olmalıdır ki şartla bağlayıcılık kazanması câiz olsun. Yani mübah olan şeyler şart koşulabilir.⁹²

c) Akit ve Şartların Muâmelâtın Olması:

İbâdetlerin aksine, muâmelâta dâhil olan konularda asıl olan; haramlığına delalet eden bir delil olmadıkça mübah olmaktadır. "Eşyada asıl olan ibâhadır" prensibi bunu ifade eder. "...size harâm kıldığını size ayrıntılı olarak açıkladı .."⁹³ ayeti hem mal olan şeyleri, hem de fiilleri içeren genel ('âm) bir ifadedir. Üstelik İslâm'da akit ve şart cinsinin haramlığına delalet eden bir asıl da yoktur.⁹⁴ İnsanlar bir işi yaptıkları zaman ona olan ihtiyaçlarından dolayı yaparlar. Akit ve şartların haramlığına delalet eden bir delil olmadığına göre, yine dinin zorluğu kaldırma (adêm-i harac) prensibinden dolayı akit ve şartlar, haram kılınmış bulunan hususlar hariç, câiz olur.⁹⁵

Şâtîbî konuya şöyle açıklık getiriyor: "Muâmelât konularına gelince; bu gibi konularda, (mesclâ akitlerde ileri sürülen) şartın sadece naslara aykırı olmamasıyla ye-

Tirmizî, Buyû', 12/ 55, nr. 1290; Nescî, Buyû', 44/74, nr. 4630, 4631; Ahmed b. Hanbel, III, 313, 356.

88 Buhârî, Şurût, 54/4; Müslim, Müsakat, 22/21, nr. 109, 110; Ebû Dâvûd, Buyû', 22/69, nr. 3505; Tirmizî, Buyû', 12/ 30, nr. 1253; Nescî, Buyû', 44/ 77, nr. 4634; Ahmet b. Hanbel, II, 299.

89 Nisâ. 4/24.

90 İbn Kayyim, Muhammed b. Ebû Bekr, *İlamu'l-Muvakkîn*, Beyrut, ty., I, 348

91 İbn Kayyim, *age.*, I, 348.

92 İbn Teymiye, *age.*, III, 488

93 En'am.6/119.

94 İbn Teymiye, *age.*, III, 488.

95 İbn Teymiye, *age.*, III, 486

tinilecektir. Çünkü bunlarda asıl olan taabbudîlik değil, içerdikleri mana ve hikmetleri dikkate almaktır. Muâmelât konusunda asıl olan; aksine delil bulunmadıkça serbesti olmaktadır."⁹⁶

Akit ve şartlara riayet genel ve umûmî bir şekilde emredilmiştir. Ancak muayyen bir akdin ya da şartın yasaklığına dair bir delil varsa bu, umûmî hükümden hâric tutulur. Şâri'in özel bir hükümle yasaklamadığı şey mübahtır ve şart olarak ileri sürülebilir.⁹⁷

Yukarıda adları geçen fakihler yanında, aynı zamanda Hz. Ömer'e (ö. 23/644) ait olan bu görüş *genel kâidelere, âdâba yahut o hölümle ilgili kanun metinlerine muhalif olmayan şartlar* koşmaları için akit yapanlara serbesti tanımada günümüz kanunlarına prensipte uymaktadır.⁹⁸

Hanbelîler, akit ve şartlarda asıl olanın mübah olması kuralından şunları istisna ederler:⁹⁹

a) Akdin ve şartın haram olan bir şeyi ifade etmesi. Helali haram, haramı helal kılan şartlar da bu kısma dahildir.

b) Şartın akdin maksadına ve gereğine aykırı olması.

c) Akdi yapan taraflardan birinin, karşı tarafa, aynı îcap ve kabul içrisinde başka bir akit daha yapmayı şart koşması.

d) İslâm'ın getirdiği hükümlere aykırı olması.

e) Akdin ya da şartın ifasının imkansız olması.

SÖNÜÇ

Bütün bu görüşler ve deliller ışığında, İslâm Hukûku'nun akit ve şart serbestisi konusundaki yaklaşımını şu şekilde tespit etmek mümkündür:

1- Akit yapıp yapmama konusunda İslâm Hukûku, zorlamanın tüm unsurlarını ortadan kaldırmış ve akdin oluşumunda irâde hürriyetini ve rızayı¹⁰⁰ esas almıştır. Kur'ân ve Sünnet, insan irâdesini ve rızasını, akitlerde ana düstur olarak kabul etmiştir. Bu konuda İslâm hukukçuları hemfikirdir.¹⁰¹

İslâm Hukûku, razı olmayacağı bir akitle insanın yükümlü tutulmasını, prensip olarak kabul etmez. Ancak bu mutlak olmayıp, devletin ihkâk-ı hak niyetiyle adâlet adına ifâ ettiği, adâlet kaideleri, hakkaniyet ve toplum menfaatinin gerektirdiği durumlardaki akitler,¹⁰² bu serbestinin sınırlandırmasını ifade eder. Meselâ, ihtikâr (karaborsacılık), toplum menfaatine aykırı olduğu için, ihtikar mallarının devlet tarafın-

96 Şâtibî, Ebû İshak. *Muvafakat*. Çev. Mehmet Erdoğan, İstanbul 1990, I, 283.

97 Zeydan. *age.*, s. 331

98 Karaman, *Mukayeseli İslam Hukûku*, II, 199

99 İbn Teymiye, *age.*, III, 486; Buhûtî, Mansur b. Yunus, *Keşşâfu'l-Kimâ'*, Beyrut 1982, III, 190, 193-195; Cezîrî, Abdurrahman, *el-Fıkh ale'l-Mezahibi'l-Erbe'a*, Beyrut ty., II, 230; Yusuf Musa, *age.*, s. 427.

100 Nisâ. 4/29.

101 Bardakoğlu, Ali, İslâm Hukûkunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı, *EÜİFD*, sy. 1, ss., 9-28, s. 16.

102 Karaman, Hayreddin, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukûku*, İstanbul 1992, s. 22.

dan satılması bu sınırlamanın bir örneğidir. Dolayısıyla, toplum menfaati gerektirdiğinde, bu serbesti kısıtlanabilmektedir.

2- Şekil serbestisi konusunda İslâm Hukûku, herhangi bir şekle tabi olmaksızın, sadece karşılıklı rızayı akdi doğuran sebep saymıştır. Buna “akdin rızâîliği” denmektedir. İslâm Hukûkunun, bu prensibi benimseyen ilk hukuk sistemi olduğu ifade edilmektedir.¹⁰³

Tamamen şekli olmamakla beraber, nikâh akdi için şart koşulan hususları, akit serbestisinin bu anlamının sınırlaması olarak görmek mümkündür. Çünkü nikah akdinin gerçekleşmesi için, ilân edilmesi ve şahit bulundurulması şarttır. Sonraları, bazı akitlerin noter huzurunda yapılması ve bir kısmının da sicil kaydıyla gerçekleşmiş sayılması, bu akitleri nispeten şekli akitler sınıfına sokmuştur. Bu misallerde olduğu gibi, gerekli olduğunda, akitler şekil şartlarına bağlanabilmektedir.

3- Akit çeşitlerinden dilediğini inşa etme hürriyeti konusunda, İslam hukûkunda, insanları belirli akit çeşitleriyle kısıtlamaya ve akitleri bunlarla sınırlamaya delalet eden bir delil yoktur.¹⁰⁴ Yani, İslam hukûkunun açık bir nas ile yasaklamadığı ve bu hukûkun kaide ve usullerinin yasaklanmasını gerektirmediği her konuda insanların akit yapmaları mümkündür.¹⁰⁵

4- Şart serbestisi ile ilgili olarak İslâm hukukçularının yaklaşımlarını, yukarıda onları üç kısma ayırarak belirtmiştik. Kısaca ifade edersek, İslâm hukukçuları, şart serbestisini genel olarak kabul etmiş olmakla beraber, bu serbestiyi bazı kayıtlarla sınırlandırmışlardır.

Verilen bilgilerden de anlaşıldığı gibi, *akdin gereği* yaklaşımı tüm ekollerde, şart serbestisi konusunda belirleyici bir rol oynamaktadır. Taraflar, ileri sürdükleri şartlarla akdin gereğini iptal edememektedirler. Bu yaklaşım, sözleşmelerle ilgili olarak düzenin sağlanması ve anlaşmazlıkların giderilmesi bakımından gereklidir. Ancak, akdin gereğini, zaman içerisinde dondurmanın ve yeniden düzenlenebilmesine imkan tanımanın, hukûkun bu bölümünün zamanla uygulama dışı kalmasına yol açabileceği de kabul edilmelidir. Akdin gereğini belirlemede Hanefîlerin, hukuk kaidelerinin yanında örfü de dikkate aldıklarını yinelememiz gerekir. Nitekim Mecelle mazbatasında, şartlı akitler konusunun oldukça tartışmalı ve önemli bir konu olduğu belirtilmekte, sırf mezhebî kaygıdan dolayı değil, uygun bir yol gözüktüğü için bu konuda Hanefîler’in yaklaşımının esas alındığı belirtilmektedir.

İslâm hukukçularının, akdin maksadına aykırı şartları geçersiz saydıklarını belirtmiştik. Ancak, akdin maksadına ve gereğine tam aykırı olmayan ve bu konuda nisbi bir aykırılık ifade eden, mesela tarafları, aldıkları maldan az sayılabilecek bir tasarruftan alıkoyan; satılan malı belli bir müddet daha kullanma, satılan evde belli

103 Bardakoğlu, *a.g.m.*, s. 10.

104 Zerkâ, *age.*, I, 463-464.

105 Senhûrî, *age.*, I, 80; Döndüren, Hamdi, İslâm Hukûkuna Göre Akdin Feshinden Doğan Tazminat, Rekabet, Reklâm-Promosyon ve Acentelerin Temsil Yetkisi, *I. Uluslararası İslâm Ticaret Kongresi*, Konya 1997, ss., 112-138, s. 116.

bir müddet daha oturma vb. şartlar ise, Mâlikîler ve Hanbelîler tarafından istisna edilmiş ve akdin gereğine tam aykırı bulunmamıştır.

Haram kılınan bir hususu içeren şartlar, şart serbestisinin bir diğer sınırlandırmasını ifade eder. Yasaklanmış bulunan bir şey akdin konusu yapılamayacağı gibi, şart olarak da ileri sürülemez.

Aldatmaya ve haksızlığa yol açan şartlar da, bu serbestinin bir sınırlandırmasını oluşturur. Yani, ileri sürülen şart, aldatmaya yol açacak bir şart olmamalıdır. Aldatma ve haksızlığın yasaklanmış olması, sadece şart serbestisinin bir sınırlandırması olmayıp, akit serbestisinin de sınırlamasını oluşturur.

Anlaşmazlığa yol açan şartlar da yasaklanmıştır. Akdin ifâ edilmesi noktasında taraflar arasında anlaşmazlık doğuracak ve akdin ifâsını engelleyecek hususlar, akitlerde müfsit olarak kabul edilir. Dolayısıyla bu duruma yol açacak şartlar câiz görülmemiştir. Bilinmezliğe yol açan şartlar da böyledir.

Burada faizi müstakil olarak zikretmek gerekir. Faiz içeren muameleler câiz değildir. Akitlerde karşılığı bulunmayan ve somut olarak belirlenebilir bir fazlalığı ifade eden şartlar bu kısma dahil edilmiştir. Ancak, Hanefîler'in örf yoluyla sabit olan şartları bundan istisna ettiklerini söylemiştik. Eğer böyle bir şart örfen uygulanıyorsa, daha baştan akit bütünlüğü içerisine dahil kabul edilmiş olmakta ve bir fazlalık olarak görülmemektedir.

Görüldüğü gibi İslâm hukûku, muâmelât konularında çoğunlukla genel prensipler vaz' ederek insanları yönlendirmiş ve muâmeleleri bu çerçevede içerisinde örf ve zamana bırakmıştır. Bu konuları, dinin inanç ve ibadet ilkeleriyle aynı kategoride ele almak, yanlış sonuçlara ulaşılmasına yol açmaktadır. İnanç ve ibadet ilkelerinde prensip *taabbud* (din tarafından bildirildiği gibi kabul etmek) olduğu halde, muâmeleler konusunda *ta'ail*, yani kendilerindeki maksat ve maslahatı esas almak ve insanların yararına olarak bu konuları, dinin prensiplerine uygun olarak örf ve insanların ihtiyaçlarını dikkate alarak düzenlemek esastır. İslâm hukûkunun, prensipte akit serbestisini benimsediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, akit ve şart serbestisi konusunda, dinin gayri meşrû kabul ettiği hususlar hariç tutularak örfün ve yetkililerin bu bağlamda yapacağı düzenlemelerin esas alınmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.