

İSLAM HUKUKUNDA SAİK VE HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ

Yard. Doç. Dr. Abdüsselam ARI*

A-Kavramın Tanımı

Saik, sevk etmekten türemiş bir kelimedir. Sözlükte sevk eden, sürükleyen, götüren hal ve sebep gibi anlamlara gelir.¹

İnsan akli bir konuda karar verirken bağımsız hareket etmez. Çeşitli düşünce ve duyguların etki ve yönlendirmesi ile karar verir. Mesela satıcıyı satın sözleşmesi yapmaya sevk eden sebep, borcunu ödemek, ticarethane açmak, tedavi veya öğrenim masraflarını karşılamak için para elde etmek olabilir. Müşteri de oturmak, ticarethane, kumarhane veya sahte para basma yeri olarak kullanmak için bina satın almış olabilir. Satıcı veya müşteriyi sözleşme yapmaya sevk eden bu sebeplerin her biri satma ve satmalına kararının verilmesinde etkili olmuştur.² O halde bir hukuk terimi olarak saik, şöyle tanımlanabilir: Bir kişiyi belirli içerikte bir sözleşme yapmaya sevk eden düşünce ve tasavvurlardır.³

Bir hukuki işlem yapma iradesinin birden çok saiki olabilir. Bunlardan bazısının iradeyi harekete geçirici bir etkisi olduğu halde diğerlerinin böyle bir etkisi olmaz. Yine bazıları iradeyi harekete geçirmede baş rolü oynadığı halde diğerleri bu konuda geri planda kalabilir. Hukuki işlemi etkileme konusunda göz önüne alınacak olan saik, iradeyi harekete geçiren ve bunda baş rolü oynayan saiktir.

Saik yukarıdaki örneklerde de görüldüğü üzere meşru (hukuk düzeni ve ahlaka uygun) olabileceği gibi, gayr-i meşru (hukuk düzeni ve ahlaka aykırı) da olabilir. Saikin meşru olması durumunda problem yoktur. Saik gayr-i meşru olursa, yapılan hukuki işlem ve sözleşme bundan hangi şartlarla ve nasıl etkilenecektir problemi ile karşı karşıya kalınmış olacaktır.

* İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Bkz. Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Doğu Ltd. Şt., Ankara, 1970, s. 1096.

² Abdürrezzak es-Senhurî, *Masadru'l-Hak fi'l-Fıkhî'l-İslamî*, Daru'l-Fıkr, tarihsiz, cüz 4, s. 26.

³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 1998, c. 1, s. 352.

B-İrade-Saik İlişkisi

İrade, özgürce yapılan her hukuki işlemin temelini teşkil eder. Bu bakımdan iradeleri bulunmayan akıl hastası, temyiz gücü olmayan çocuk ve bunların durumunda olan kimselerin yaptığı hukuki işlem geçersiz olup hiçbir hukuki değer taşımaz.

Ancak iradeyi hukuki işlem yapma yönünde harekete geçiren unsur saiktir. Bu bakımdan mahiyetleri itibarıyla her ikisi de birer psikolojik olgu olan saikle iradeyi birbirinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Bununla birlikte saik ve irade birbirinden farklı şeylerdir. Bu farkları şöyle sıralayabiliriz:

1. İrade hukuki işlemin temelini oluşturan kurucu bir unsurdur. Saikin ise böyle bir işlevi yoktur. O hukuki işlemin kurucu unsurları ve ona varlık kazandıran şartların dışındadır.
2. Bir hukuki işlemde irade her zaman tektir, kişiden kişiye değişiklik göstermez. Halbuki bir hukuki işlemde saik birden çok olup kişiden kişiye değişiklik gösterebilir.
3. İrade daima birbirine benzer hukuki sonuçlar doğurur. Saik ise çok değişik amaçlara yönelik olabilir.
4. Saik iradeyi açığa çıkarıcı bir rol oynar. Buna karşılık iradenin saiki açığa çıkarıcı bir rolünün olması mümkün değildir.
5. Saik iradeye ve buna bağlı olarak, yapılan hukuki işlem veya sözleşmeye meşruluk veya gayr-i meşruluk vasfı kazandırır. İradenin saike böyle bir etkisi olamaz⁴

C-Saik Düşüncesinin Dayanağı

İslam nazarında birey, bağımsız bir varlık ve sorumlu bir şahsiyettir. Ona hürriyet, dokunulmazlık, mülk edinme gibi haklar tanınması bunun bir göstergesidir. Ancak bu bağımsızlık mutlak değildir. Çünkü o, özel olarak içinde yaşadığı toplumla genel olarak da bütün insanlarla iyilik sınırları içinde işbirliği yapmak ve yardımlaşmakla yükümlüdür. İyilik her türlü hayır anlayışını içinde barındıran kapsamlı bir kavramdır. Bu bakımdan hayatın hangi alanında olursa olsun onun hayırlı işlerde yardımlaşma görevi vardır.

⁴ Bkz. Halime Ayet Hamûdî, *Nazariyyetü'l-Bâis fi's-Şeriatü'l-İslamiyye ve'l-Kanûni'l-Vad'î*, Daru'l-Hadâse, Lübnan, 1986, s. 12-15; Fethi ed-Düreyni, *el-Hakku ve Medâ Sultâni'd-Devle fi Takyîdih*, *Nazariyyetü't-Teassîf fi'stimali'l-Hak Beyne's-Şeriatü ve'l-Kanun*, Matbaa'nî Camiati Dimeşk, Dimeşk, 1967, s. 434; Senhurî, a.g.e, cüz 4, s. 16, 25, 26.

Ayrıca Müslümanın başkalarına ve kamu yararına zarar vermeyecek biçimde hareket etme görevi de vardır. Bunlardan her biri İslam'ın emrettiği sosyal boyutlu birer görevdir. Sosyal boyutu ihmal edilmiş veya başka bir ifade ile günah ve başkalarının haklarına tecavüz içeren her tasarruf Allah Teâlâ'nın "İyilik ve takvada birbirinizle yardımlaşın. Günah ve aşırılıkta (meşruluğun dışına çıkmada) yardımlaşmayın."⁵ buyruğu gereğince yasaklanmıştır.

Görüldüğü gibi bu ayet-i kerime, biri olumlu diğeri olumsuz iki yönü bulunan genel bir kuralı ortaya koymaktadır. Olumlu yön, iyilik ve kamu yararı çerçevesinde dayanışma içinde olmak, olumsuz yön ise bütün şekilleriyle günahta işbirliğinden kaçınmaktır.

İslam hukukçuları bu sosyal dayanışma ve işbirliği kuralını bütün hukuki işlemlere hükmeden genel bir esas kabul etmişlerdir. İşte saik düşüncesi, dayanağını bu ayet-i kerimede bulur. Çünkü hukukçular gayr-i meşru saikle yapılan işlemlerin geçerli sayılmasını, günahta yardımlaşma ve işbirliği kavramı içinde kabul etmişlerdir.⁶

D-İslam Hukukunda Saik Düşüncesinin Yeri

Bireylerin pratik sonuçlar elde etmek için başvurduğu hukuki işlem ve sözleşmeler, toplumda doğup toplumda yaşadıklarından dolayı aynı zamanda sosyal birer olgudur. O halde hukuki işlem ve sözleşmelerin kamu yararını gözetmeleri ve ona uygun olmaları gerekir.⁷ Saik düşüncesinin amacı, kamu yararına ve ahlaka uygun olmayan hukuki işlem ve sözleşmeleri geçersiz sayarak toplumu, bireyden gelebilecek zararlara karşı korumaktır. Bu sebeple sözleşmelerde sadece icap ve kabulün birbirine uygunluğu, tarafların eda ehliyetlerinin tam olması, konunun sözleşmenin doğuracağı hukuki sonuçları kabule elverişli bulunması yeterli olmaz. Zira bireyler, objektif geçerlilik görüntüsünün arkasına sığınarak, kanun koyucunun amaçlarına ters düşen gayr-i meşru hedeflere ulaşmak için, sözleşmeleri bir vasıta olarak kullanabilirler. Bu durumda kanun koyucunun amaçlarını gözetmeme sonucu birey tarafından topluma verilecek zararın önlenmesi lazımdır. Bu da objektif olarak geçerli fakat hukuka aykırı bir amaca ulaşmak için yapılan tasarrufun hükümsüz sayılması ile

⁵ Maide, 5/2.

⁶ Bkz. Düreyîni, a.g.e., s. 228, 229; Ayrıca bkz. Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf el-Fîruzâbâdî eş-Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, Matbaatı İsa el-Bâbî el-Halebî, Mısır, tarihsiz, c. 1, s. 267; Muvaffakuddin Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Kudâme, *el-Muğni*, Daru'l-Fikr, Beyrut, 1984, c. 4, s. 306. Fahrüddin Osman b. Ali ez-Zeyla'i, *Tebyinu'l-Hakayık Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 2. baskı, Daru'l-Marife, Beyrut, tarihsiz, c.6, s.29.

⁷ Bkz. Vahidüddin Sivar, *et-Tabir Ani'l-İrade fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Mektebetü Nahdati'l-Mısırye, Kahire, 1960, s. 475.

mümkün olacaktır.⁸

Bir hukuki işleme, kamu yararı ve ahlak kurallarına uygunluk yahut aykırılık niteliğini saik verir.⁹ Bu sebeple saik düşüncesi temellerini ahlaki prensiplere ve manevi değerlere önem veren hukuk sistemlerinde bulur.¹⁰ Ahlaki değerlere önem veren ve kamu düzeniyle ilgili bir hakkı Allah hakkı gören¹¹ hukuk sistemi içinde saik düşüncesi kendisine geniş bir alan bulur.

E-Saikin Dikkate Alınması İçin Gereken Şartlar

Saik, subjektif, değişken ve psikolojik mahiyette bir unsurdur. Bu sebeple hukuki istikrarın sarsılmaması için, onun ortaya çıkarılması ve tesbiti büyük bir önem taşır. Çünkü taraflardan biri, sözleşmeyi geçersiz kılacak gayr-i meşru bir saikle iradesini beyan ettiğini öne sürerek sözleşme ile altına girdiği borçtan kurtulmak isteyebilir. O halde saikin ortaya çıkarılması ve tesbitinde esas alınacak kriterler konulması gerekir.¹²

İslam hukukçularından hiçbiri, karşı tarafın iradesini sözleşme yapmaya yönelten hukuka aykırı saik bilinmiyorsa onu dikkate almamış ve hukuki işleme etki eden bir unsur olarak kabul etmemişlerdir.¹³ Ancak hukuki istikrarın zarar görmemesi için esas alınacak kriterler mezheplerin objektiflik veya subjektiflik taraftarı oluşuna göre farklılık göstermektedir.

I-Saikin Dikkate Alınması İçin Objektiflik Taraftarlarının İleri Sürdüğü Şartlar

a-Şafiî Mezhebi

Şafiî mezhebi objektiflik taraftarlarının başında yer alır. Bu bakımdan Şafiî hukukçulara göre hukuka aykırı saik, sadece irade yanında açıkça ifade edilmiş olursa dikkate alınır. Onlara göre bir sözleşmenin kurucu unsurları, gerekli şartları ve taraflarının ehliyeti tamam ise ve konusu hukuki sonuçları kabule elverişli bulunuyorsa, irade beyanında ifadesini bulmayan hukuka aykırı saik bu sözleşmeyi batıl kılamaz. İnsanın zihninde taşıdığı gizli niyet, sözleşmenin doğuracağı hukuki sonuçları etkileyemez. Çünkü saik, hukuki

⁸ Sivar, a.g.e., s. 514.

⁹ Bkz. Halime Ayet, a.g.e., s. 16, 3 nolu dipnot.

¹⁰ Halime Ayet, a.g.e., s. 5.

¹¹ Zekiyyüddin Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, çev. İbrahim Kafi Dönmez, 2. baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, s. 286.

¹² Senhûrî, a.g.e, cüz 4, s. 26.

¹³ Sivar, a.g.e., s. 515.

işleme varlık kazandıran bir şey değildir.¹⁴

İmam Şafî (ö.204/820) bu konudaki görüşlerini son derece açık ve net bir şekilde ortaya koyar ve şöyle der: “Benim görüşlerimin temelini oluşturan kural şudur: Objektif olarak sahih olan herhangi bir sözleşmeyi ne (subjektif, saike ilişkin) bir itham, ne de taraflar arasındaki bir adet sebebiyle batıl saymam ve objektif geçerlilik şartlarını taşımasından dolayı onun cevazına hükmederim. Ancak taraflar, açığa çıkarılmış olması halinde satım sözleşmesini fasit hale getirecek bir niyet taşıyorsa bunu mekruh sayarım. Kılıç satan kimseye, haksız yere adam öldüreceğine kanaat getirdiği şahsa onu satmak haram değildir. Çünkü o, bu kılıçla adam öldürmeyebilir. Ona bu satışı fasit de görmem. Ayrıca bir kimsenin şarap yapacağını bildiği bir şahsa üzüm satmasını mekruh sayarım. Fakat ona üzümü satarsa bu satışı satıcıya fasit saymam. Çünkü o, müşteriye (satışı) helal bir malı satmıştır. Üzümü satın alan şahıs onu şarap yapmayabilir. Kılıcı satın alan kimse de onunla hiçbir şahsı öldürmeyebilir. Bir erkek, sadece bir gün, bir günden daha az veya daha çok bir süre beraber olmak amacıyla ve sahih bir akitle bir kadınla evlenirse bu nikahı ona fasit saymam. Yalnız fasit bir akitle evlenirse nikahı fasit sayarım.”¹⁵ Şafîler, irade beyanında ifadesini bulmayan saik insanın iç dünyasında gizli bir niyet olarak kalacağı için, bir kural olarak “Bizi işlerin görünen tarafı ilgilendirir. Görünmeyen taraflar Allah’a aittir.” derler.¹⁶

Başka bir yerde o, daha önce kocasından üç talakla boşanmış olan bir kadının, bu kocaya tekrar dönebilmek için yapacağı ikinci nikah akdi ile ilgili olarak şöyle der: “Şu kadar var ki taraflar nikah akdini mutlak yani şartsız olarak yaparlarsa nikah akdi geçerli olur ve niyet nikahı fasit kılmaz. Çünkü uyet, gönülden geçirilen bir şeydir. Gönüllerinden geçirdikleri şeylerden dolayı insanlardan sorumluluk kaldırılmıştır.¹⁷ Bir kimse bir şeye niyet edip onu yapmayabilir. Yine bir şeye niyet etmeyip onu yapabilir. O halde fiil, niyet olmaksızın da meydana gelir. Aynı şekilde erkek ve kadın her ikisinin yahut onlardan sadece birisinin zihninde, evliliğin sadece birleşmeye yetecek kadar bir süre devam etme niyeti olduğu halde nikah akdi yaparlarsa bu nikah kadını (önceki) kocasına helal kılar. Fasit kılacak bir şartla yapılmadığı sürece nikah

¹⁴ Bkz. İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye, *İlamu'l-Muvakkain an Rabbi'i-Alemin*, Daru'l-Cil, Beyrut, 1973, c. 3, s. 197-198.

¹⁵ Ebu Abdullah Muhammed b. İdris eş-Şafîi, *el-Ümm*, 1. baskı, el-Matbaatü'l-Emiriyye, Mısır, Hicrî 1321, c. 3, s. 65.

¹⁶ İbnü'l-Kayyim, a.g.e, c. 3, s. 199.

¹⁷ Burada şu hadîse atıf yapılmaktadır: “Şüphesiz Allah söz veya davranış haline getirmediği benim için ümmetimi gönüllerinden geçen şeylerden sorumlu tutmamıştır.” Buhari, İtk, 6; Müslim, İman, 201, 202; Ebu Davud, Talak, 15.

geçerli olur.”¹⁸

Bu ifadelerde görüldüğü üzere İmam Şafîî sözleşmenin maddi unsurlarına önem verir ve onun haram kılınmış bir amaca vasıta kılındığını açıkça gösterse de karineleri dikkate almaz. Buna bağlı olarak gayr-i meşru bir saikle yapılan hukuki işlem veya sözleşmeyi eğer bu saik irade beyanında açıkça ifade edilmemişse geçerli sayar. O, hukuka aykırı saike sadece uhrevi bir müeyyide (mekruhluk) öngörür. Bu yaklaşımla Şafîîlere göre hakim, tarafların iç dünyasında saklı kalan “saik”i araştırma yükünden kurtulmuş ve hukuki işlemlerin istikrarı en geniş manada korunmuş olur.¹⁹

Gayr-i meşru saiki, sadece irade beyanında açıkça ifade edilmiş olması durumunda dikkate alan Şafîîler, şarap imalatçısına üzüm, sarhoş edici içki yapımında kullanacak kimseye hurma, cinayet işleyecek kimseye silah satışı²⁰, bey’u’l’iyyeyi²¹ ve nihai olarak (beynûnet-i kübrâ) boşanmış bir kadının önceki kocasıyla evlenebilmesine imkan sağlama (tahlil-hülle) maksadıyla yapılan nikah akdini sahih kabul ederler. Aynı şekilde ölüm hastalığı sırasında bاین talakla boşanmış olan bir kadının kocasına varis olamayacağına hükmederler.²²

Ancak İmam Şafîî’nin dinen faydalanılması yasaklanan bir şeyin satışını fasit sayma konusunda hanefilerle aynı görüşü paylaşması bu kuralın sertliğini yumuşatıcı bir rol oynar. Mesela müzik aletleri böyledir. Bazı hanefiler dinen faydalanılabilir bir mal kabul etseler de bu aletler meşru olmayan amaçlar için kullanıldıklarından dolayı satışları caiz değildir.²³

b-Hanefi Mezhebi

Hanefiler saikin dikkate alınması için şu şartları ileri sürerler:

1-Saik irade beyanında şart koşma şeklinde ifade edilmiş olmalıdır.

Hanefiler saikin dikkate alınması konusunda ileri sürdükleri bu şartla Şafîîlerle aynı görüşü paylaşırlar. Hanefi hukukçulardan Kâsânî (ö. 587/1191)

¹⁸ Şafîî, a.g.e., c. 5, s. 71.

¹⁹ Düreynî, a.g.e, s. 442, Sivar, a.g.e., s. 517, Halime Ayet, a.g.e., s. 208-209.

²⁰ Şirâzî, a.g.e., c. 1, s. 267.

²¹ Bey’u’l’iyye: Başkasına bir malı vadeli olarak belirli bir fiyatla satıp henüz parasını teslim almadan o malı o kimseden peşin olarak daha az bir fiatla satınalmaktır (Vehbe ez-Zühaylî, *el-Fıkhu’l-İslamî ve Edilletüh*, 2. baskı, Dârü’l-Fıkr, Dımeşk, 1985, c. 4, s. 32).

²² Abdülkerim Zeydan, *Mecmuatü Buhus Fıkhiyye*, Müessesetü’r-Risale, Beyrut, 1986, s. 255-256.

²³ Gazali, *Veciz*, c. 1, s. 134.

şöyle der: “Bir kimse şarkıcı olmasını arzu ederek ve bunu şart koşarak bir cariye satın alsa bu satım akdi fasittir. Çünkü şarkı söyleme lehv (eğlence) olduğu için yasaklanmış bir sıfattır. Şarkıcı olma sıfatının satım akdinde şart koşulması onun fasit olmasını gerektirir. Aynı şekilde bir kimse ses çıkarır özellikte olmak şartıyla bir kumru, konuşur olmak şartıyla bir papağan, uzak bir yerden (yuvasına) gelir obnak şartıyla bir güvercin, toslayıcı olmak şartıyla bir koç veya döğüşçü olmak şartıyla bir horoz satın alırsa bu satış Ebu Hanife'ye (ö.150/767) göre fasittir. Bu aynı zamanda İmam Muhammed'e (ö.189/805) ait iki görüşten biridir. Çünkü bunlar, adeten lehv olarak yararlanılan sıfatlardır. Levh ise yasaklanmıştır. O halde bunlar yasak birer şart olup yapılan satım sözleşmelerinin fasit olmasını gerektirir.”²⁴

Yine Kâsânî “Müslüman şehirlerinden birinde zimmî bir vatandaş şart koşarak herkese açık bir kilise yapmak için bir müslümandan ev kiralarsa, bu kira sözleşmesi caiz değildir. Zira bu, konusu günah olan bir kira sözleşmesidir.” der.²⁵

Haskefî (ö. 1088/1977) de “Şarkı, ağıt ve lehv gibi günahlar için hizmet sözleşmesi yapmak sahih değildir. Hizmet verecek taraf şart koşmaksızın alacak olursa ücret mübah olur.”²⁶ demektedir.

Hanefi hukukçulardan bazıları, beynûnet-i kübra diye ifade edilen kesin ve nihaî boşamadan sonra sırf önceki kocası ile evlenmesine imkan sağlama (tahlil-hulle) maksadı şart koşularak yapılan evliliği geçerli sayarlar. Bu meselede onlar saikle ilgili olmayan gerekçeler göstererek Hanefi mezhebinin irade beyanında açıkça zikredilen saikle ilgili prensibinden ayrılmışlardır.

Ebu Hanife (ö.150/767) tahlil şartı irade beyanında açıkça zikredilerek yapılan nikahı sahih ve kadının önceki kocasıyla evlenmesini helal sayar. Çünkü ona göre nikah, yapılışı sırasında öne sürülen fasit şartların etki etmediği aksine şartın kendisinin fasit olduğu bir akittir. Ancak böyle bir şartla yapılan nikah mekruhtur.

İmam Muhammed (ö.189/805) de böyle bir nikahı geçerli sayar. Fakat o, bu nikahla kadının önceki kocasıyla evlenmesinin helal olmayacağı

²⁴ Alâuddin Ebu Bekir b. Mes'ud el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi'*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1997, c. 7, s. 18.

²⁵ Kâsânî, a.g.e., c. 5, s. 527.

²⁶ Alâuddin Muhammed b. Ali el-Haskefî, *ed-Dürrü'l-Muhtar (Reddü'l-Muhtar kenarında)*, Daru'l-Tibâati'l-Âmire, 1257, c. 5, s. 46; Ayrıca bkz., Zeyla'î, a.g.e., c. 5, s. 125.

görüşündedir.

Ebu Yusuf (ö.182/798) ise hanelî mezhebinin, irade beyanında açıkça zikredilen saik konusundaki prensibine bağlı kalarak, adı geçen nikahın fasit olduğuna, bunun sonucu olarak kadının önceki kocasına helal olmayacağına hükmeder.²⁷

2-Saik irade beyanında dolaylı bir şekilde ifade edilmiş olmalıdır.

Saikin irade beyanında dolaylı bir şekilde ifade edilmiş olduğu sonucuna sözleşmenin konusunu teşkil eden şeyin temel niteliğine bakılarak varılır.²⁸

Kâsânî der ki, “Maymun (satın alınan caiz olup olmaması) konusunda Ebu Hanife’den iki görüş nakledilmiştir. Satın almayı caiz saymayan görüşün delili şudur: Maymundan faydalanma dinen caiz değildir. Bu bakımdan o, domuz gibi mal sayılmaz. Satın almayı caiz sayan görüşün delili de şudur: Maymunun kendisinden faydalanmak mümkün değilse de derisinden faydalanmak mümkündür. Sahih olan birinci görüştür. Çünkü maymun âdeten derisinden faydalanmak için değil lehv için satın alınır. Levh ise haramdır. O halde bu satış, haram bir şey için haram bir şeyin satışı olur. Bu da caiz değildir.”²⁹

Kâsânî’nin söylediklerinden anlaşılacağı üzere hanefiler, akde konu olan şeyin niteliğine bakarak gayr-i meşru saiki dolaylı bir şekilde ifade edilmiş kabul etmektedirler.

O başka bir yerde de şöyle demektedir: “Ud, davul, nefesli sazlar ve def gibi çalgı aletlerinin satışı Ebu Hanife’ye göre caiz fakat mekruhtur. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed’e göre ise bunların satışı batıldır. Çünkü bunlar lehv, yani dini kuralları çiğnemek ve kötü şeylerde kullanılmak için yapılmış aletlerdir. O halde bu aletler mal değillerdir. Dolayısıyla satışları da caiz olmaz. Ebu Hanife’nin delili şudur: Bu aletler bazı şeyler için kap yapılarak ve benzeri şekillerde yararlanılması mümkün olan şeylerdir. Bu sebeple mal olmaktan çıkmazlar. Ebu Yusuf ile İmam Muhammed’in “Bunlar lehv ve dini kuralları çiğnemedeki kullanılan aletlerdir.” görüşlerine gelince, evet bu doğrudur fakat onların mal olmamalarını gerektirmez... Çünkü bu aletler lehv için kullanılmaya

²⁷ Bkz. Burhanuddin Ebu’l-Hasen Ali b. Ebi Bekr el-Merğînânî, *el-Hidaye Şerhu Bidâyeti’l-Mübtedâ*, Mısır, tarihsiz, c. 2, s. 11; Kâsânî, a.g.e., c. 4, s. 405.

²⁸ Senhûri, a.g.e., cüz 4, s. 58.

²⁹ Kâsânî, a.g.e., c. 6, s. 557.

elverişli oldukları gibi başka şeyler için de kullanılmaya elverişlidirler. O halde haramda kullanılmaları yönüyle değil de mutlak olarak faydalanılmaları yönüyle bunlar mal sayılırlar. Hatta bir kimse bunları kıracak olsa, Ebu Hanife'ye göre tazminat öder. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ödemez. Tavla ve satranç satışının hükmü de bu görüş ayrılığına göredir. Sahih olan Ebu Hanife'nin görüşüdür. Zira bu ikisinden her biri, terazi kefesi olarak kullanılmak suretiyle dinen kendisinden faydalanılması caiz olan bir şeydir. Öyleyse onlar bu açıdan mal olup, satışa konu olur ve kırılmaları halinde tazminat da ödenmesi gerekir.³⁰

Hanefi hukukçuların buradaki uygulamada satım sözleşmesinin konusunu farklı bir şekilde değerlendirip farklı sonuçlara ulaştıklarını görüyoruz. Ebu Hanife, saik ile sözleşme konusunu birbirinden ayırmaya özen gösterip adı geçen çalgı aletlerinin hem çalma hem de çalma dışında başka amaçlar için kullanmaya elverişli oluşlarından hareketle, dolaylı da olsa gayr-i meşru saikin ifade edilmiş sayılmayacağına, buna bağlı olarak yapılan satım sözleşmesinin mekruh olmakla birlikte geçerli olacağına hükmetmiştir.

İmameyne göre bu aletlerin asıl nitelikleri çalgı aleti olmasıdır. Kap veya terazi kefesi olarak kullanılmaları nadirdir. Kural gereği, nadir olan bir şey yok hükmündedir. Bundan dolayı sözü edilen çalgıların satımında gayr-i meşru saik dolaylı bir şekilde ifade edilmiş sayılır. Dolaylı bir şekilde ifade edilen gayr-i meşru saik ise satım sözleşmesini batıl kılar. İmameyn Ebu Hanife'nin aksine saiki adeta sözleşmenin konusuyla mezcetmiş ve bu çalgıları mal bile saymamışlardır. Hanefi hukukçulardan İmam Muhammed sözleşme konusunu dikkate almakla birlikte gayr-i meşru saiki de göz önünde bulundurup bu saikle yapılan işlemi mekruh sayar. Bu sebeple şuf'a hakkının ve zekatın düşürülmesi amacıyla görünüşte caiz olan hibe işlemine başvurulması, sadece ona göre mekruhtur. Zira burada hibe kanun koyucunun amacına aykırı bir amaçla yapılmıştır.³¹

Çalgı aletlerinin satışı konusunda Ebu Hanife ve İmameyn farklı sonuçlara varmış olsalar da prensipte hepsi görüş birliği içindedir. Bu prensip, gayr-i meşru saikin sözleşmenin konusuna bakılarak dolaylı bir biçimde ifade edilmiş sayılması durumunda onu geçersiz hale getirmesi, dolaylı bir biçimde ifade edilmiş sayılmaması durumun etki etmemesidir.³²

³⁰ Kâsânî, a.g.e., c. 5, s. 559.

³¹ Merğînânî, a.g.e., cüz 4, s. 39; Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd el-Mevsîlî, *el-İhtiyar li Ta'lîl-i'l-Muhtar*, 2. baskı, Matbaatü Mustafa el-Bâbî 'l-Halebi, Mısır, 1951, cüz 2, s. 48; Düreynî, a.g.e., s. 439.

³² Bkz. Senhûrî, a.g.e., cüz 4, s. 58-59.

Buna başka bir örnek olarak Zeylaî'nin (ö.743/1342) söylediklerini de ekleyebiliriz: "Şarapçıya üzüm şırası satmak caizdir. Çünkü günah, üzüm şırası ile değil şıranın şaraba dönüşmesinden sonra işlenir. Ama kargaşa çıkaran kimselere silah satmak böyle değildir. Zira günah bizzat silahın kendisi ile işlenir. Bu sebeple kargaşa çıkaranlara silah satmak onlarla işbirliği yapmak ve onların (haksız yere) adam öldürmelerine sebep olmak demektir. Halbuki adam öldürmek ve taşkınlık konusunda işbirliği yapmak yasaklanmıştır.³³ Ayrıca üzüm şırası dinen caiz olan şeylerde kullanılmaya elverişlidir. O halde fesat (hukuka aykırı saik) müşterinin iradesindedir."³⁴ Hanefi hukukçular üzüm şırasının satışında, şıranın temel niteliğine bakıp gayr-i meşru saikin dolaylı da olsa zikredilmediği ama silah satışında silahın öldürmede kullanıldığını göz önüne alarak gayr-i meşru saikin dolaylı bir şekilde ifade edilmiş olduğu sonucuna varmışlardır. Yurt içinde kargaşa çıkaran kimselere silah satılması durumunda hanefi hukukçular sözleşme konusu silahın temel niteliğini göz önüne alarak gayr-i meşru saikin dolaylı bir şekilde ifade edilmiş olduğu sonucuna varmışlardır.

Hanefi mezhebinde irade beyanında açıkça zikredilmesi veya sözleşme konusunun temel niteliğine bakılarak anlaşılması durumlarında gayr-i meşru saik dikkate alınır. Bunun dışında saike fazla önem verilmez. Hatta karinelerin güçlü bir şekilde delalet ettiği gayr-i meşru saik dikkate alınmaz. Nitekim üzüm şırası satın alan kimsenin şarap imalatçısı olması hukuka aykırı saiki gösteren çok kuvvetli bir karine olduğu halde dikkate alınmamıştır. Ancak bey'ul'îyne, ölüm hastalığı (maradul-mevt) sırasında karı boşama ve varislerden biri lehinde yapılan borç ikrarında bu genel kuraldan bir istisna olarak gayr-i meşru saik dikkate alınmıştır.³⁵

Daha önce bey'u'l'îyenenin başkasına bir malı vadeli olarak belirli bir fiyatla satın daha parasını almadan önce o malı aynı şahıstan öncekinden daha az bir fiyatla peşin olarak satın alma işlemi olduğunu zikretmiştik. Görünüşte bu işlemde hukuka aykırılık yoktur. Ancak malın vadeli olarak satılmasından sonra satıcı tarafından daha aşağı bir bedelle satın alınması dinen yasaklanmış olan ribaya ulaşma saikiyle yapılmıştır. Burada ilk satış geçerli fakat satıcının ribaya ulaşmak için yaptığı satın alma fasittir.³⁶ Çünkü bu satın alma önceki müşteriden alınacak fazlalığın helal olması için bir kılıf haline gelmektedir. Halbuki satın

³³ Maide, 5/2.

³⁴ Zeylaî, a.g.e., c. 6, s. 28, 29; Ayrıca bkz. Haskefî, a.g.e., c. 5, s. 344.

³⁵ Zühaylî, a.g.e., c. 4, s. 186; Zeydan, a.g.e., s. 266.

³⁶ Kâsânî, a.g.e., c. 7, s. 95; Kemalüddin Muhammed b. Abdilvahit (İbnü'l-Hümâm) *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, el-Matbaatü'l-Kübrâ'l-Emîriyye, Bulak, 1315-1317, c. 5, s. 211; Sivar, a.g.e., s. 524, 525; Merğînânî, a.g.e., cüz 3, s. 47.

alma sözleşmesi böyle bir amaca ulaşmak için meşru kılınmamıştır.

Bir kimsenin ölüm hastalığı sırasında miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla karısını bâin talakla boşarsa, gayr-i meşru saik, bu boşamanın doğuracağı hukuki sonuçlara etki eder. Hanefilere göre kadın, kocası iddet süresi içinde ölecek olursa ona varis olur.³⁷ Bu boşamaya talaku'l-fârr denilir. Kocanın bu saikle karısını boşamış sayılması için şu şartların gerçekleşmiş olması gerekir.

1-Boşama bâin talakla yapılmalıdır.

2-Koca bir tehlide maruz kalmaksızın kendi isteği ile boşama işlemini gerçekleştirmiş olmalıdır.

3-Boşanma karının isteği üzerine yapılmış olmamalıdır.

4-Boşanma anından kocanın ölümüne kadar geçen süre içinde kadının mirası hak etmiş durumda olmalıdır.³⁸

Bu şartlar gerçekleşirse kocayı boşama iradesine sevkeden saikin, karısını mirastan yoksun bırakma düşüncesi olduğuna hükmedilir. Ancak bu saik, ölüm hastalığı sırasında yapılan boşamayı geçersiz kılmaz. Bu sebeple kadın, iddet süresi içinde kocasından önce ölecek olsa aralarındaki nikah bağı, bain boşama ile sona erdiği için koca karısına varis olamaz. Bu meselede gayr-i meşru saik evliliğin sadece kadının varis olması açısından hükmen devam ettirilmesini sağlar. Ölüm hastalığı sırasında yapılan boşamanın sağlıklı iken yapılan boşamadan tek farkı budur.³⁹

Ölüm hastalığı sırasında varislerden biri lehinde yapılan borç ikrarı, malı yakın bir gelecekte varislere intikal etmek üzere olan mukırrın,⁴⁰ o varisi kayırıp (muhâbât) diğer varislere zarar verme kasdıyla ikrarda bulunduğu kabul edilerek

³⁷ Mergînânî, a.g.e., cüz 2, s. 3.

³⁸ Miras bırakan kişi ile varis olan kişinin din ayrılığı mirasçılığa engeldir. Örneğin koca müslüman karısı gayr-i müslim olursa, karı kocanın malına varis olamaz. Buna göre kocası ölüm hastalığına yakalanmış olan bir kadın, boşanma sırasında gayr-i müslim olup, kocasının ölümünden önce İslama girerse veya boşanma sırasında müslüman olup kocası ölmeden önce irtidat ederse bu durumda kocanın karısını mirasından mahrum etmek için boşadığı sonucu çıkarılamaz. Çünkü zaten karı boşanma sırasında mirası hak etmiş durumda değildir. Bkz. Muhammed Muhyiddin Abdülhamit, *el Ahvâlüş'-Şahsiyye fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Kitabi'l-Arabi, Beyrut, 1984, s. 284, 285.

³⁹ Bazılarına göre bu, hukuka aykırı saikin boşama işlemine yaptığı bir etki değil, boşama hakkını kötüye kullanmasından dolayı kocanın boşama işlemine, kasdının aksi yönde bir hukuki sonuç bağlanarak ona verilmiş bir cezadır (Bkz. Sivar, a.g.e., s. 526).

⁴⁰ İkrar eden kişi.

geçersiz sayılmıştır.⁴¹

Sonuç olarak hanefilere göre gayr-i meşru saik, irade beyanında açıkça zikredilmez veya sözleşme konusunun temel niteliğine bakılarak dolaylı bir şekilde zikredildiği sonucuna varılmazsa, hukuki işlem ve sözleşmeyi genel olarak etkilemez. Sadece birkaç işlem bu prensipten istisna edilmiştir.

c-Hanbeli Mezhebi

Ahmet b. Hanbel (ö.241/855) subjektiflik taraftarı olan bir hukukçudur. Buna bağlı olarak o, irade beyanında açık veya dolaylı olarak zikredilmemiş olsa da gayr-i meşru saiki dikkate alır. Meşru olmayan bir gayeye ulaşmak için vesile yapıldığı ortaya çıkan akdi batıl sayar. Zira böyle bir durumda yapılan akdin geçerli sayılması günah işlemekte işbirliği yapmaktır ki bu Kur'an-ı Kerim'de "Günah işlemek ve aşırı gitmekte işbirliği yapmayınız."⁴² buyrulmuş yasaklanmıştır.

Sözleşmenin gayr-i meşru bir saikle yapıldığı ortaya çıktıktan sonra bunun geçersiz sayılması için karşı tarafın "saik"i bilmesinden başka bir şart öne sürmezler ve bu bilgiyi hukuki işlemlerde istikrarı sağlayan yeterli bir garanti olarak görürler.⁴³

İbn Kudame (ö.620/1223) şöyle der: "Şarap imalinde kullanacak bir kimseye şıra satmak batıldır. Bu konuda söylenenlerin özeti şudur: Şarap yapacağı kesin olarak bilinen bir kimseye şıra satmak haramdır... Çünkü o, şırayı günah (şarap imali) için satın aldığı bir kimseye sattığından dolayı şarap satışı için sözleşme yapmış olur. Bu, sanki zina için sözleşme yapacağını bildiği bir kimseyle cariyesi üzerinde hizmet sözleşmesi yapmaya benzer... Bu esas belirlenince (şöyle deriz): Satıcı müşterinin o amacını bilirse şıra satışı haram ve batıl olur. Bu amaç ya müşterinin beyanı ya da şıra satışına mahsus ve o amacı gösteren karinelerle bilinir.

Ama şırayı, ne yapacağı bilinmeyen veya hem sirke hem de şarap imal eden fakat şarap yapma amacına irade beyanında yer vermeyen kimsenin satın alması gibi, durum ihtimalli olursa satış caizdir. Müslümanlarla savaşılanlara, yol kesenlere veya kargaşa zamanı silah satmak gibi haram bir amaç gözetilerek yapılan her işlemde hüküm böyledir. Bir kimsenin, binasını, içinde içki satışı yapılmak veya kilise, ateşgede ve benzeri bir amaçla kullanılmak üzere kiraya

⁴¹ Merğînâni, a.g.e., cüz 3, s. 190; Zeyla'î, a.g.e., c. 5, s. 25.

⁴² Maide 5/2.

⁴³ Düreynî, a.g.e., s. 442; Sivar, a.g.e., s. 530.

vermesi haram ve akit batıldır.”⁴⁴

Hanbeli hukukçulardan İbn Teymiyye (ö.728/1327) ve öğrencisi İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye (ö.751/1350) saik düşüncesine çok büyük önem verir. Özellikle İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye gayr-i meşru saiki göz ardı ederek sözleşmeleri geçerli sayanlara gerçek manada bir tepki göstermiş ve saikin görmezden gelinemeyeceğini, onu dikkate almanın zorunluluğunu ve hukuki işlemler hakkında hükmün ona göre verilmesi gerektiğini güçlü delillerle hararetle bir şekilde savunmuş ve bunda büyük ölçüde başarılı da olmuştur.⁴⁵

O bu konuda şöyle der: “Kasıtların⁴⁶ hukuki işlemlerde dikkate alınması gerektiğini ve onların bir hukuki işlemin saih veya fasit, helal veya haram olmasına etki ettiğini gösteren delil ve kaideler ortadadır. Bunun da ötesinde, niyet ve kasıt farklılığı irade beyanı gerektiren hukuki işlemlerin bazen saih bazen fasit olmasını gerektirdiği gibi, kasıtlar irade beyanı gerektirmeyen hukuki fiillerin bile helal veya haram sayılmasına etki edip niyet ve kasıt farklılığından dolayı bu fiiller bazen helal bazen da haram olurlar. Mesela eti yenen bir hayvanın boğazlanması böyledir. Hayvan yenmek için (Allah adına) boğazlanırsa helal, Allah'tan başkası adına boğazlanırsa haram olur... Aynı şekilde şarap olması niyetiyle üzüm sıkmak günahır. Bunu yapan Peygamber (s.a.v.)'in diliyle lanetlenmiştir.⁴⁷ Sirke ve pekmez olması niyetiyle üzüm sıkmak ise caizdir. Halbuki yapılan işin şekli birdir.”⁴⁸ Allah Rasulü (s.a.v.) şarap için üzüm sıkana da sıkıtrana da lanet etmiştir. Bilindiği gibi üzüm sıkın kimse (âsir) sadece üzümün suyunu çıkarmıştır. Ancak niyeti şarap elde etmek olunca görünüşte üzüm suyu çıkarması ona fayda vermez. İçteki kasıt ve arzusu onu lanetten koruyamaz. O halde hukuki işlem ve hukuki fiillerde dikkate

⁴⁴ İbn Kudâme, a.g.e., c. 4, s. 305-306.

⁴⁵ İbnü'l-Kayyim, itikadi alanda bidatlerle mücadele ettiği gibi dış görünüşün esas alındığı fikhi yapılanma ile de mücadele etmiş bir kimsedir. Onun felsefi alandaki irade özgürlüğü prensibi ile borçlar hukuku alanındaki irade özgürlüğü prensibi arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu bakımdan İbnü'l-Kayyim'in borçlar hukuku alanındaki subjektif eğilimini, itikadi alandaki genel subjektif eğiliminden ayırmak mümkün değildir. Onun şu sözleri bunun açık bir göstergesidir: “Sadece dış görünüş ve sözler üzerinde durup maksat ve manaları gözetmeyenlerin misali, kendisine ‘bidatçi bir şahsa selam verme’ denilen, bidatçiye selam vermeyip onun elini ve ayağını öpen kimse gibidir.” Bkz. Sivar, a.g.e., s. 432-433 ve s. 433'teki dipnot.

⁴⁶ İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye, *İ'lamü'l-Muvakkûin* adlı eserinde “saik” ve “iç irade” kavramlarını ifade etmek üzere ayrı ayrı terimler değil bu kavramların her ikisi için ayırdetmeksizin “kast”, “maksat” ve “niyet” kelimelerini kullanır. Bkz. Sivar, a.g.e., s. 531.

⁴⁷ Ebu Davud, Eşribe, 2; Ahmet b. Hanbel, 1-316, 2-97.

⁴⁸ İbnü'l-Kayyim, a.g.e., c. 3, s. 109-110.

alınması gereken şey, görünürdeki beyanlar ve davranış biçimleri değil bunların iç yüzleri ve maksatlarıdır. Hukuki işlemlerde kasıtları dikkate almayı görünüşteki beyanlara göre hüküm verenlerin, (üzüm sıkımda) kasdının şarap olduğunu bilse bile ona lanet etmemesi, herkese üzüm sıkımayı caiz görmesi, kendisine göre kasıt akde tesir etmediği için, onun ücret alması lazım geldiğine hükmetmesi gerekir.”⁴⁹ “İslam hukukunun yıkılması caiz olmayan ilkesi şudur: Maksat ve düşüncelerin Allah’a yaklaşmak için yapılan fiil ve ibadetlerde dikkate alındığı gibi hukuki fiil ve irade beyanlarında da dikkate alınır. Kasıt, niyet ve düşünce bir şeyi helal veya haram, sahih veya fasit, itaat veya isyan kılar.”⁵⁰ “Ameller niyetlere göredir. Herkes için ancak niyet ettiği şey vardır...”⁵¹ “Peygamber (s.a.v.) buradaki birinci cümlede amelini sadece niyetle meydana geleceğini açıklamıştır. Bu sebeple niyetsiz hiçbir amel meydana gelmez. Sonra ikinci cümlede amel sahibinin ameline karşılık olarak sadece niyet ettiği şeyi alabileceğini açıklamıştır. Bu (kural), ibadetleri, muamelâtı, yeminleri, nezirleri ve diğer hukuki işlemlerle hukuki fiilleri kapsar.”⁵²

Buraya kadar yapılan alıntılardan anlaşılacağı üzere Hanbelîler saike büyük bir önem verir ve onu dikkate alırlar. Buna bağlı olarak onlar, faize vasıta yapıldığı için el-bey’u bi’l-vefa⁵³, ve bey’u’l-îyneyi, kayırma kasdıyla yapıldığı için ölüm hastalığı sırasında varislerden biri lehinde yapılan borç ikrarını, nihaî ve kesin olarak boşanmış (beynunet-i kübra) bir kadının önceki kocasına helal olması amacıyla yapılan nikahı, şarap yapacağı bilinen bir kimseye üzüm satışını geçersiz (batıl) sayarlar. Ayrıca mirastan mahrum kalması için ölüm hastalığında yapılan bain boşamada kadının başkasıyla evlenmediği sürece kocasına varis olmasını kabul ederler.⁵⁴

Hanbelilerin gayr-i meşru saikin dikkate alınması için taraflardan birini sözleşme yapmaya sevk eden bu saikin diğer tarafca bilinmesini şart koştuklarına daha önce işaret etmiştik. Ancak bu bilme, fiilen bilme ile sınırlı değildir. Özellikle teberru işlemlerinde, saikin şartlara ve karinelere bakarak bilinecek durumda olması da yeterlidir. Bu sebeple borçlu, adeti olmadığı halde henüz borcunu ödemediği önce alacaklıya hediye verirse bunun faiz olduğuna hükmedilir. Çünkü menfaat sağlayan her borç faizdir. Burada alacaklının,

⁴⁹ İbnü’l-Kayyim, a.g.e., c. 3, s. 95.

⁵⁰ İbnü’l-Kayyim, a.g.e., c. 3, s. 95, 96.

⁵¹ Buharî, Bed’ü’l-vahiy, 1; Müslim, İmare, 155.

⁵² İbnü’l-Kayyim, a.g.e. c. 3, s. 111.

⁵³ Bey’i bi’l-vefâ: Bir malı satış bedeli geri verildiği zaman satana iade etmek üzere yapılan satış. Elinde bulunduğu sürece müşteri maldan yararlanır. Müşteri bu şekilde satın aldığı malı başkasına satamaz. Buna “bey’ bi şarti’l-vefâ” da denir (Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstalahâtı Fıkhiyye*, Bilmen Yayınevi, 1970, c. 6, s. 7).

⁵⁴ Bkz. Zeydan, a.g.e., s. 262-264.

borçluyu hediye vermeye sevk eden saiki bilmesi gerekir. Dolayısıyla alacaklı hediye veren borçlunun bu amacını gerçekten bilmesi de bu hediye caiz değildir.

Aynı şekilde vatandaşların hakim ve devlet memuruna, memurların amirlerine verdiği hediyeler, onlar bu görevlere gelmeden önce hediye verme adetleri yoksa rüşvet sayılır. Hediye alanların karşı tarafı hediye vermeye sevk eden gayr-i meşru saiki bilmesi gerekir.⁵⁵

d- Malikî Mezhebi

Saiki dikkate alma konusunda objektifliğin en ileri noktasında yer alan Şafîîlerin tam aksine Malikiler subjektifliğin en ileri noktasında yer alırlar. Bunlar da Hanbeliler gibi bir sözleşmenin sahih veya batıl oluşuna hükmedebilmek için gayr-i meşru saikin sadece irade beyanında zikredilmiş olmasına bakmazlar. Taraflarından birini sözleşme yapmaya sevk eden saiki diğer tarafın bilmesini yeterli görürler.⁵⁶

Maliki hukukçulardan Şâtıbî (ö.790/1388) der ki: “Şâri’in mükelleften istediği şey onun bir şey yaparken taşıdığı amacın Şâri’in o şey hakkında hüküm koyarken gözettiği amaca uygun olmasıdır... Mükelleften istenen şey, davranışlarında bu amaca göre hareket etmek ve Şâri’in kasdettiği amaçlara aykırı bir amaç taşımamaktır... (O halde) İslam hukukunun yükümlü tuttuğu şeylerde bunların meşru kılmış amaçları dışında bir amaca ulaşmak isteyen herkes, İslam hukuk düzeniyle çelişmiş olur.”⁵⁷ Bu çelişkiye düşülmemesi için Malikî mezhebinde gayr-i meşru saikin irade beyanında açıkça veya dolaylı olarak zikredilmesine bakılmamış, onu gösteren karinelere de yararlanılmıştır.

Malikilere göre haram olan faize vasıta yapıldığı için bey’u’l-iyne⁵⁸, şarap imalatçısına üzüm, ipek giymesi haram olan kimseye ipek giysi, haç imal eden kimseye kereste, harbîlere ve fitne çıkaracak kimselere silah, kilise çanı yapacak kimseye bakır madeni, kilise olarak kullanacak kimseye ev satışı batıldır.⁵⁹

Alacaklının borçludan her hangi bir hediye kabul etmesi de caiz değildir. *

⁵⁵ Senhûrî, a.g.e., cüz 4, s. 77-78.

⁵⁶ Sivar, a.g.e., s. 536; Zeydan, s. 258; Ali Muhyiddin el-Karadâğî, *Mebdeü’r-Rıza fî’l-Ukud*, Dâru’l-Beşâirî’l-İslamiyye, Beyrut, 1985, c. 2, s. 1251.

⁵⁷ Ebu İshâk b. Musa (eş-Şâtıbî), *el-Muvafakat fî Usûli’l-Ahkâm*, Tahkik: Muhammed Muhyiddin Abdülhamid, Matbaatü’l-Medenî, Kahire, 1969, c. 2, s. 243-244.

⁵⁸ Ebu’l-Velîd Muhammed b. Ahmed (İbnü Rüşd el-Hafîd), *Bidayetü’l-Müctehid ve Nihayetü’l-Muktesid*, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1985, e. 2, s. 117.

⁵⁹ Halime Ayet, a.g.e., s. 213-214.

Eğer borçlunun borç almadan önce ona hediye verme adeti yoksa, bu hediyein borcu erteletme kasdıyla verilme ihtimali vardır ve bu da faizdir. Ama borç işleminden önce aralarında böyle bir adet varsa, bu ihtimal ortadan kalktığı için hediye verme geçerli olur.⁶⁰ Hulle maksadıyla yapılan nikah da batıldır ve hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Çünkü bu nikahın amacı Şari'in nikahı meşru kılma amacına aykırıdır. Bir kimsenin ölüm hastalığı sırasında varisi lehinde yapacağı ikrar da, kayırma ve başka varislere zarar verme kasdından dolayı geçersizdir.⁶¹

Maliki hukukçuların ölümcül hastalığa yakalanmış bir kimsenin bu hastalık sırasında yaptığı nikah akdi ve boşama işlemine gayr-i meşru saik sebebiyle bağladıkları hukuki sonuçlardan hareket ederek onların subjektiflik açısından diğer mezheplere göre ne kadar ileri bir noktada yer aldıkları kolayca anlaşılabilir.

Ölüm hastası olan kimse hastalığı esnasında evlenecek olursa bu evlilik sahih midir? Karı veya kocadan birinin ölmesi durumunda diğeri ona varis olabilir mi? Malikiler dışında kalan bütün mezheplere göre bu nikah sahihtir ve hayatta kalan eş ölen eşe varis olur.

İmam Malik'e (ö.179/795) göre ise ölümcül hasta olan kimse bu evliliği önceki varisler arasına yeni bir varis daha katma saikiyle yaptığı için geçersizdir. Aralarında geçerli bir evlilik bağı olmadığı için eşler birbirine varis olamazlar.

Hatta bazı Malikiler derler ki, bir müslüman ölüm hastası iken ehl-i kitap bir kadınla evlense, bu evlilik varislere zarar verme ihtimalinden dolayı geçersizdir. Zira kadın evlendikten sonra İslam'a girip kocasına varis olabilir. Saikin bu kadar hukuki işleme etki ettirildiğini bir başka mezhepte görmek mümkün değildir.

Yine ölüm hastası olan bir kimse bu hastalık sırasında zifafa girmiş olduğu eşini bâin talakla boşayacak olsa bütün mezhepler boşamanın geçerli olduğu konusunda görüş birliği içindedir. Ancak bu hastalık sonucu ölen kocaya kadının varis olması konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Daha önce de belirtildiği üzere Şafîîlere göre kadın, kocasına hiçbir şekilde varis olamaz. Hanefilere göre koca iddet süresi içinde ölecek olursa varis olur. Hanbelilere göre kocanın iddet süresi içinde veya dışında ölmesi, kadının varis olup olmamasını etkilemez. Kadın başka bir kocayla evlenmedikçe ölen kocasına varis olur. Malikilere göre ise, koca ister iddet süresi içinde ister iddet bittikten sonra ölsün, kadın ister başka bir kocayla evlensin isterse evlenmesin her

⁶⁰ Zeydan, a.g.e., s. 259.

⁶¹ Zeydan, a.g.e., s. 261.

durumda kocasına varis olur. Koca karısını mirastan yoksun bırakmak maksadıyla boşadığı için bu boşamaya kocanın maksadına aksi yönde bir hukuki sonuç bağlanarak onun kötü niyeti etkisiz hale getirilir. Dolayısıyla bu sonuç için kocanın iddet süresi içinde veya dışında ölmesini yahut kadının evlenmiş veya evlenmemiş olmasını şart koşmanın bir anlamı yoktur.

Koca henüz zifafa girmemiş olduğu karısını ölüm hastalığı sırasında boşarsa Hanefilere ve Hanbelilere göre kadın kocasına varis olamaz. Bu meselede adı geçen iki mezhep zifafa girilen kadının boşanmasında verdikleri hükümden ayrılmışlar ama İmam Malik gayr-i meşru saikle yapılan boşamayla ilgili kuralına burada da bağlı kalmış ve zifafa girilmeyen eşin de varis olacağına hükmetmiştir.⁶²

Ölüm hastalığı sırasında yapılan boşamaya gayr-i meşru saik sebebiyle bağladıkları hukuki sonuçlar göz önüne alındığında dört mezhebin subjektiflik açısından kaçınıcı sırada yer aldığını kolayca görmek mümkündür.

Şafiîlerde subjektiflik yerini tamamen objektifliğe bırakmıştır. Onlar ölüm hastalığında yapılan boşama beyanında açıkça zikredilmediği için hukuka aykırı saiki dikkate almamış ve kadını kocasına varis saymamışlardır.

Hanefilerde subjektiflik çok zayıf kalmıştır. Bunlar saik konusundaki kurallarının bir istisnası olarak, boşamanın hukuka aykırı bir saikle yapıldığına hükmedip kocanın iddet süresi içinde ölmesi halinde kadının mirasçı olması görüşünü benimsemişlerdir.

Hanbelilerde subjektif eğilim epeyce güçlenmiş ve Hanefilerden daha ileri giderek başka bir kocayla evlenmediği sürece kadını ölüm hastalığı sırasında boşayan kocasına varis kabul etmişlerdir.

Malikilerde subjektiflik en üst seviyeye çıkmış ve kadın başka bir kocayla evlense bile kocasına varis sayılmıştır.

Mezheplerin subjektiflik açısından bu meseledeki sırasının kendini hemen hemen her meselede göstermesinden yola çıkılarak⁶³ şöyle bir sonuca ulaşmak mümkündür. Aslında bütün İslam hukukçuları saik düşüncesine yer vermiştir. Aralarındaki görüş ayrılığı sadece saikin göstergesi sayılacak delil ile ilgilidir. Bu delil konusunda ileri sürülen görüşler dolayısıyla biri objektif diğeri subjektif iki eğilim ortaya çıkmıştır. Objektif eğilimi benimseyenler, irade

⁶² Zeydan, a.g.e., s. 259-261.

⁶³ Bkz. Sivar, a.g.e., s. 526.

beyanında açıkça zikredilme veya sözleşme konusunun temel niteliğine bakılarak anlaşılma yoluyla saike ulaşılabilir derler. Subjektif eğilimde olanlar ise bu delili, objektif eğilimde olanların kabul ettikleriyle sınırlı tutmaz, saike gösterge olarak karineleri de yeterli bir delil görürler. Bu sebeple saik düşüncesi subjektif eğilimli mezheplerde kendisine geniş bir alan bulduğu halde, objektif eğilimdeki mezheplerde sınırlı kalmıştır.⁶⁴

⁶⁴ Bkz. Düreyni, a.g.e., s. 443; Sivar, a.g.e., s. 546.