

İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları

Halit ÇALIŞ*

ABSTRACT

FREEDOM OF CONTRACT IN ISLAMIC LAW OF OBLIGATIONS AND ITS GENERALLY RESTRICTIONS

Islamic Law has given much importance to the individual will in establishing the rights and the responsibilities. On this matter, it has been theoretically accepted that individual should decide to make what kind of contract with who and on which conditions as long as there is no prohibitive norm of law. However, it has been also accepted that this freedom can be restricted necessarily on the principle of right and justice and public benefit. Consequently, it is possible that freedom of contract can be restricted alongside with the differences in time and in social structure in accordance with the principle of justice and maslahat. The main reason for these restrictions is to set up a reasonable balance between the individual and the public benefit.

Keywords: Islamic Law, contract, freedom of contract, restriction

GİRİŞ

Bireyin, diğer kişi veya kişilerle ilişkilerini kendi arzusuna göre düzenlemesine, hak ve mükellefiyetler meydana getirmesine “*irâdenin muhtariyeti/özerkliği*”; bu ilkenin borçlar hukuku alanındaki uygulamasına da “*akit/sözleşme serbestisi*” denir. Daha açık bir ifadeyle akit serbestisi, karşılıklı anlaşma yolu ile kişinin diğer kişi veya kişilerle serbestçe ilişkiler düzenlemesi demek olup, felsefi bir görüş olan iradenin muhtariyeti doktrininin borçlar hukuku alanına uygulanmasıdır.¹

* **Yrd.Doç.Dr.**, Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, halitcalis@hotmail.com.

1 Bkz. Eren Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 1985, I,323; İnan Ali Naim, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, üçüncü baskı, Ankara 1984, s.122; Erman Hasan, “*Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*”, İ.Ü.Hukuk Fakültesi Mecmuası, c.-XXXVIII, s.1-4, İstanbul 1973, s.602; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 1967, I,174. Felsefi bir görüş olan “irâdenin muhtariyeti” doktrini, XVII. ve XVIII. asırlarda hakim olan rasyonalist felsefe ile, bu felsefenin hukuk sahasında tesirlerini teşkil eden tabii hukuk düşüncesinin bir neticesi olup, Fransız İhtilali ile zirvesine erişmiş, liberal ekonomi ile kuvvetlenmiş ve bilâhare Kant’ın irade nazariyesi ile destek bulmuştur. Bu nazariyeye göre, tabiat icabı eşit ve hür olan insanların ancak kendi iradeleriyle bağlanmaları, borç altına girmeleri mümkündür. Borcu meydana getiren, devreden ve iskat ettiren insan iradesidir. Fakat bu görüş zamanla zayıflamış, sosyal eğilim sahipleri, ferdi iradenin müşterek menfaate uyması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Nitekim daha XIX. asrın ikinci yarısında liberalizm teorisi gerilemeye başlamış, gittikçe şiddetlenen bir seyir ile akit serbestisine saldırılmış ve bu prensip bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Özellikle Birinci Dünya

Genel anlamda akitler, üç temel unsurdan (rukün) oluşur: Akdin tarafları, akdin konusu (mahal) ve akit yapmaya dönük irade beyanı (icab ve kabul). Dolayısıyla bir mahal üzerinde tarafların iradesinin birleşmesiyle akit meydana gelir. Bu temel unsurlara dönük kısıtlamalar ise, akit serbestisinin sınırlamalarını teşkil eder.

Akit serbestisi prensibi temelde şu üç hususu ifade eder: *İn'ikad serbestisi* (akit yapıp yapmamakta ve karşı tarafı tayinde serbestiyet), *şekil serbestisi* (iradenin açıklanma biçim ve vasıtaları) ve *tanzim/düzenleme serbestisi*.² Tanzim serbestisi ise, *tip serbestisini* ve *muhtevayı tayin serbestisini* içerir.

Hangi hukuk sistemi için olursa olsun, akitler hukukunun temelinde ferdin ihtiyacı yatmaktadır. O halde bireyin, istediği tarz bir borç münasebeti kurması ve bu ilişkinin karşı tarafını ve muhtevasını da dilediği şekilde tanzim etmesi en tabii hakkı olmalıdır.³ Bunun bir gereği olmak üzere kural olarak hiç kimse iradesi dışında akit yapmaya zorlanamaz. Ayrıca birey, kiminle akit yapacağına hür iradesiyle kendisi karar verir. Bu noktada hukuk, ilke düzeyinde emredici veya tayin edici bir tavır sergilemez. Fakat üçüncü şahısların hukukunu koruma ve toplum menfaatini gözetme gayesiyle zaman zaman bu hürriyete müdahale etmek gerekebilir. Dolayısıyla bireyi, genel anlamda akit yapmaya veya yapmamaya ya da muayyen bir şahısla akit yapmaya zorlayan durumlar, in'ikad serbestisini sınırlayan haller olmaktadır.

Akitlerin teşekkülünü sağlayan karşılıklı ve birbirine uygun iradeler, esas itibariyle kendisini anlaşılabilir bir hale getirecek herhangi bir vasıta ile açıklanabilir. Binaenaleyh bir irade beyanının açıklanması için kullanılan vasıtaya şekil adı verilir.⁴ Dolayısıyla akitlerde şekilden söz edilince, akdi meydana getiren karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin açıklanma tarzı, biçim ve vasıtaları akla gelir. Bu noktada iradeyi açığa vuran dış kalıp, biçim ve vasıtalara dönük sınırlamalar, şekil serbestisinin takyitlerini oluşturur.

Az önce de işaret edildiği gibi, akdin oluşumunda iradenin tayin edici konumunda olduğu bilinmektedir. Öyle ki, rızâya dayanmayan, gerçek iradenin oluşmadığı (bilgisizlik, yanılma gibi) veya iradenin; kişinin gücü dahilinde olup kendisinden kaynaklanan (ciddiyetsizlik gibi) ya da harici bir unsura bağlı olarak (zor ve tehdit altında olma/ikrah gibi) hür ve serbest bir şekilde tezâhür etmediği/edemediği hallerde, yani iradeyi sakatlayan/fesada uğratan durumlarda, akdin hiç oluşmaması veya akitten beklenen neticelerin tam olarak elde edilememesi söz konusudur. Bununla birlikte özellikle

Savaşı, hukukçulara akit serbestisi prensibinin ne kadar mahzurlu olduğunu hissettirmiştir. Öyle ki, mal stoku yapılması karşısında güdümlü ekonomi sistemi, eski liberalizm tezinin yerine kaim edilmiş, İkinci Dünya Savaşı ile birlikte güdümlü ekonomi sistemi daha da rağbet görmüştür. Bkz. Eren, a.g.e., 1,320-322; İnan, a.g.e., s.122-123; Erman, a.g.mkl., s.602; Dönmez İbrahim Kâfi, "İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi Araştırmasına Dair Tenkidî Görüş", İslâm Hukukuna Göre Alış-Verişte Vâde Farkı ve Kâr Haddi, dördüncü baskı, İstanbul 1990. (s.151-160).

2 Eren, a.g.e., 1,323; İnan, a.g.e., s.122; Erman, a.g.mkl., s.603; Dönmez, a.g.mkl., s.152.

3 Bardakoğlu Ali, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", E.Ü.İlahiyat Fakültesi Dergisi, sayı:1, Kayseri 1983, s.9.

4 İnan, a.g.e., 123.

muhtevayı tayin bakımından iradenin, farklı düzeylerde sınırlandırıldığı görülmektedir. İşte bunlar da akit serbestisinin, muhtevayı tayin serbestisi itibariyle sınırlamalarını teşkil etmektedir.

Diğer yandan hukukun kaynak metinlerinde (naslarda) ismen anılan sözleşme türlerinin (isimli akitler), genel anlamda akit serbestisi prensibi için sınırlayıcı/tahdîdi nitelikte olup olmadığı önem kazanmaktadır (*tip serbestisi*).

Böylece konunun temel kavramları ve ana çatısı tespit edilmiş olmaktadır. Şu halde konu;

I. İn'ikad serbestisi (akit yapıp yapmamakta ve karşı tarafı tayinde serbesti)

II. Şekil serbestisi

III. Tanzim serbestisi ana başlıkları altında işlenecektir. Tanzim serbestisi de kendi içinde;

A. Tip serbestisi (isimli akitler)

B. Muhtevayı tayin serbestisi kısımlarına ayrılarak tahlil edilecektir.

Bu plan muvâcehesinde İslâm hukukunun akit serbestisi karşısındaki konumu ve bu ilkenin takyitlerine genel bir bakış yapmadan önce hemen belirtilmelidir ki, burada konuyla ilgili genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır. Konunun tüm yönleriyle ve etraflıca tahlili ise, kapsamlı bir çalışmayı gerektirmektedir. Dolayısıyla İslâm hukukunun, akdin tarafları, sebebi, şekli, konusu ile ilgili getirdiği birçok sınırlayıcı hükümlere, genel âdâba ve âmme nizamına aykırı kabul edildiği için meşru sayılmayan sözleşmelere burada değinilmemiştir.

Akit serbestisinin sınırlarının aşılması durumunda uygulanacak müeyyideler de kapsam dışı tutulmuştur.

I. İN'İKAD SERBESTİSİ VE TAHDİTLERİ (AKİT YAPIP YAPMAMAKTA VE KARŞI TARAFI TAYİNDE SERBESTİYET)

İslâm hukuku, in'ikad serbestisi konusunda irade hürriyetine geniş bir alan açmakta ve tarafların iradelerine üstünlük vermektedir. Nisâ Sûresi'nin 29. âyeti, sözleşmelerde "rızâ"nın merkezi konumunu kesin bir şekilde ortaya koymaktadır. "*Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret hali dışında, mallarınızı aranızda bâtil (haksız ve gayr-i meşru yollar) ile yemeyin.*" Dolayısıyla hiç kimse rızâsı dışında akit yapmaya zorlanamaz. Öyle ki, akitlerin kuruluşu için aranan "tarafların ehliyeti" şartını da, netice itibariyle hukuku muteber bir rızanın gerçekleşmesi için alınmış bir tedbir olarak düşünmek gerekir.⁵

Hak ve yükümlülükler meydana getirme hususunda, harici bir müdahale olmaksızın bireyin serbest iradesinin belirleyici olması, bu alanda hiçbir hukukî sınırlamada bulunulamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira hukuk, hak ve yükümlülükler meydana getirme hususunda bireyin iradesine saygı

⁵ Bardakoğlu, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırları", s.10.

gösterdiği kadar, bu yetkinin serbestçe kullanımının, diğer bireyler ve kamu açısından olumsuz sonuçlar doğurmamasına da özen gösterir. Dolayısıyla hak ve adâlet ilkesi ve kamu yararı gereği bazı sınırlamalarda bulunulabilir.⁶ Nitekim bu amaçla Hz. Peygamber (sav) dönemi uygulamalarından günümüze değin, in'ikad serbestisinin çeşitli şekillerde sınırlandırıldığı görülmektedir. Bunun hemen ilk akla gelen örneğini, evvel emirde, bir mala acil ihtiyaç duyan kişilerin bu taleplerini karşılama, nihaî olarak da piyasada denge ve istikrarı sağlama amacı taşıyan karaborsa (*ihdikâr*) yasağı oluşturmaktadır. Kamu yararına istimplâk, borcunu oyalayan borçlunun ve ihtikâr (karaborsacılık) yapanların mallarının yetkili mercilerce cebren satılması, kırsal kesimden şehre mal getiren üreticilerin, pazar fiyatlarına muttali olmadan şehir girişinde mallarının kapatılması yasağı (*telakki'l-celeb*), muhtar durumda bulunan kişinin ihtiyacını giderecek şeyi ona satma mecburiyeti, kamu veya özel sektör eliyle sunulan ve hayatın normal şartlarda idamesi için zorunlu mal ve hizmetleri, onların belirlediği fiyattan alma zorunluluğu (*iltihâki akitler*), olası büyük hasarların önüne geçme amacıyla bazı malların sigortalanması mecburiyeti... in'ikad serbestisinin sınırlandırıldığı diğer bazı uygulamalardır. Tabiatıyla değişen zaman ve gelişip farklılaşan toplumsal yapı ve ihtiyaçlara paralel olarak, adâlet ve maslahat ilkeleri doğrultusunda akit serbestisinin sınırlandırılması, bir taraftan daralma ve genişleme gösterirken, diğer yandan farklılıklar da söz konusu olabilecektir. Fakat burada dikkat çekilmesi gereken husus, malikin irade ve rızasını dikkate almayan cebri akitlerin, kural değil, adaletli bir hukuk düzeninin yukarıda ifade edilen gerekçelerle zaman zaman başvurabileceği bir tedbir olmasıdır.

Hak ve adâlet ilkesi ve kamu yararı gereği in'ikad serbestisinin sınırlandırılmasıyla ilgili teorik kabulün, hukuki düzenleme ve uygulamaya yansıma biçimini görmek bakımından, ilk dönemlerden itibaren literatürde yerini alan ve toplumsal gelişme ve değişmeye paralel olarak yeni ortaya çıkan bazı konuları, akit serbestisinin sınırlanmasıyla olan ilgisi düzeyinde ele almak faydalı olacaktır.

Uygulamayı da yansıtan bazı sınırlamalara geçmeden önce hemen belirtmelidir ki, adâlet ve denge esasları üzerine kurulu olan İslâm hukuku, ne bireylere rağmen toplumu ne de topluma rağmen bireyleri korumuştur. Bilakis maslahat-mefsedet dengesi, bütünüyle toplumsal olandan tamamen kişisel olan her davranış ve tasarrufta gözetilmiş, bireyle toplum arasında âdil bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Aslında hayatını diğer insanlarla birlikte

6 İslâm hukukunda hak ve adâletin temini için in'ikad serbestisine getirilen sınırlamalar hususunda bkz. İbn Teymiyye, *Mecmûatu'l-fetâvâ*, Tahric: Âmir el-Cezzâr-Enver el-Bâz, Riyad 1418/1997, XXVIII,47-48; a.mlf., *el-Hisbe fi'l-İslâm*, Takdim: Muhammed el-Mübârek, Dârü'l-kütübî'l-arabiyye, yy. 1387/1967, 16; İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hukmiyye fi's-siyâseti's-şer'iyye (el-Firâsetü'l-mardiyye ft ahkâmi's-siyâseti's-şer'iyye)*, thk: el-Fikî Muhammed Hâmid, Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, tsz 244 vd.; Kırkağâci Süleyman, *Şerh Hâtimeti Kavâidil-usûl ve'l-furû'*, y.y., tsz. 51-52; Dirîni Muhammed Fethî, *Buhûs mukârene fi'l-Fikhi'l-İslâmî ve Usûlih*, Beyrut 1994, 1,561-564,574; Abbâdi Abdüsselâm Davûd, *el-Milkiyye fi's-Şeriatil-İslâmiyye, tabiatuhâ ve vâzifetuhâ ve kuyûduhâ*, Amman 1974, II,168-180; Dönmez, a.g.m.kl., s.153; Bardakoğlu, a.g.m.kl., s.10.

ve bir toplum içinde geçiren insanın hiçbir faaliyet ve tasarrufunun tesirinin/sonuçlarının, tamamen kişisel olduğunu söylemek mümkün değildir. Doğrudan ya da dolaylı olarak içinde yaşadığı cemiyeti de ilgilendiren bir boyutu mutlaka söz konusudur. Dolayısıyla İslâm hukukunda akit serbestisine getirilen herhangi bir sınırlamanın amacının, fert yararını mı, yoksa kamu yararını mı sağlamaya dönük olduğunun tespiti tamamen ichtihâdî bir faaliyettir ve tağlîb yoluyla olmaktadır. Nitekim İslâm hukukçularının zaman zaman aynı meseleyi her iki duruma da örnek göstermeleri, ya da bir hukukçunun fert yararına dediği bir husus için diğerinin kamu yararından söz etmesi de bu halin bir yansımasından ibarettir.

Amaç itibariyle durum böyle olduğu gibi, -birazdan görüleceği üzere- sınırlamanın niteliği bakımından da aynı hal söz konusudur. Öyle ki herhangi bir akit serbestisi sınırlamasında hem in'ikad serbestisinin sınırlandırılması, hem de tanzim serbestisinin sınırlandırılması görmek mümkündür. Şu var ki, bu tür meselelerde çoğu kere tanzim serbestisinin sınırlandırılması, aslında in'ikad serbestisinin sınırlandırılmış olmasının sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. Kamu Yararının Gözetildiği Sınırlamalar

İslâm, getirdiği düzenlemelerde ferdi de, toplumu da ihmal etmemiştir. Zira çağdaş İslâm düşünürlerden Sezai Karakoç'un ifadesiyle, "*ferdi feda edilmiş toplumun, toplumu hesaba katmamış ferdin mutlu olmasına imkan yoktur. Görünüşte toplumla ferdin faydaları çatışıyorsa da, aslında bu iki fayda uzlaştırılmadan, bağdaştırılmadan, bir denge haline getirilmeden ne kişi ve ne toplum için mutluluk düşünülebilir.*"⁷

Birey ve toplum maslahatlarının gözetilmesi ve birinin diğerine feda edilmemesi düşüncesi, her iki maslahatın da aynı anda sağlanmasının mümkün olmadığı durumlarda, dengeyi sağlamaya dönük bazı hukukî düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır. İşte bu noktada "*kişisel yarar ile kamu yararı çatışırsa, öncelik kamu yararının sağlanmasına verilir*", "*genel zararı gidermek için özel zarara katlanılır*", "*daha büyük ve kalıcı zararları gidermek için, gerekirse daha küçük ve geçici zararlar irtikab edilir*"⁸ gibi Kur'an ve Sünnet'in bütününden istikrâ ile elde edilmiş tümel ilkeler, çatışma halinde kamu maslahatının öncelenmesini gerektirmektedir.

Bireyin maslahatı, in'ikad serbestisini istediği gibi kullanabilmesini gerektirir. Akit yapıp yapmayacağına, ne zaman ve kiminle akdî ilişkiye gireceğine, söz konusu akdî ilişkiden elde edeceği yarar göz önünde bulundurmak suretiyle kendisi karar verecektir. Bu noktada prensip itibariyle onu zorlayan herhangi bir hukuk normu bulunmamaktadır. Kaldı ki alım-satım muamelesi esas itibariyle mübâh olan bir muameledir. Ancak bireyin bu serbestiyetinden/hürriyetinden, zaman zaman toplum zarar görebilir. Dolayısıyla bireyin in'ikad serbestisinden kamunun zarar görmesi durumunda, muasır fakihlerden Ömer Nasuhi Bilmen'in de belirttiği gibi, esasen mübâh olan

⁷ Karakoç Sezai, *İslâm Toplumunun Ekonomik Strüktürü*, İstanbul 1985, s.35.

⁸ Bkz. *Mecelle*, md.26-30.

alım-satım muamelesi vâcib hükmünü alır.⁹ Şu halde bir malın satışa arz edilmemesinden fert veya kamunun ciddi biçimde zarar gördüğü durumlar bu hükmün örneklerini teşkil etmektedir.

1. İhtikâr (Karaborsa) Yasası

Esasen İslâm hukukunun servete ve mal biriktirmeye karşı olumsuz bir tavrı yoktur. Hatta en başta hayatın idamesi ve bunun yanında yeryüzünün imarı, bir çok hayırlı faaliyet muayyen bir maddî güç gerektirdiğinden, bu amaçla kazanç peşinde koşmak takdir gören bir tutumdur. Öte yandan insanın, özellikle kıtlık ve yokluk zamanlarında kullanmak, kimseye el-avuç açmak zorunda kalmamak amacıyla malından bir şeyler biriktirmesi de yerinde bir davranıştır. Nitekim Kur'ân, Hz. Yusuf (as)'un, iyi ve bol mahsulün alındığı yedi yıl ihtiyaç fazlası mahsulleri, onu takip edecek yedi kurak ve kıtlık yılları için ambarlarda depolayıp böylece Mısır halkını açlık sebebiyle helâk olmaktan kurtarması ve sonrasında gelişen olaylardan övgüyle bahsederken¹⁰; malı biriktirip saklayan ve topluma karşı görevlerini yerine getirmeyenler için oldukça ağır ifadeler kullanmaktadır. "*Altın ve gümüşü hazineye tıkıp da Allah yolunda harcamayanlar var ya, işte onlara gayet acı bir azabı müjdele!*"¹¹

Kur'ân'ın malı biriktirip yığılma ve toplum hizmetine sunmama hususundaki bu genel yaklaşımını Hz. Peygamber (sav), belki de günlük ekonomikticarî hayatta en yaygın şekilde karşılaşılan karaborsa (ihtikâr) uygulamasıyla örneklemektedir. Toplumun ihtiyaç duyduğu malları, kıtlık ve yokluk zamanında pahalıya piyasaya sürme amacıyla stoklama demek olan ihtikâr, "*Pazara mal getiren (câlib) rızıklandırılmış, karaborsacı ise lânetlenmiştir*"¹²; "*Karaborsacı ne fena bir kuldür! Allah Teâlâ fiyatları ucuzlatırsa keyfi kaçır, yükseltirse ferahlar*"¹³; "*Kim müslümanlara karşı bir yiyecek maddesini stoklarsa, Allah onu cüzzam ve iflâsla cezalandırır*"¹⁴ gibi hadislerle kınanmış ve lânetlenmiştir.

Karaborsacılık esasen, insanın durmak bilmeyen, ölçü ve sınır tanımayan daha fazla kazanma hırsının (tamah) ürünüdür. Ticarî faaliyetlerde sürekli kazançlı çıkma beklentisi normal ve makul bir davranış olmakla birlikte, müslümanın tek hedefinin daha fazla kazanma ve kârına kâr katma olmasını İslâm hoş karşılamamaktadır. Zira bu duygu, ölçü tanımamaya ve topyekün toplumu, sömürülmesi mübah bir grup olarak telakki etmeye sebep olabilmektedir. Halbuki İslâm'ın öngördüğü toplumsal yapı, toplumu oluşturan bireylerin karşılıklı ilişkilerinin kardeşlik esasına göre şekillendiği bir yapıdır. Sürekli fırsat kollayan, toplumun ihtiyaç duyduğu malları piyasaya sun-

9 Bilmen Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, tsz., VI, 17.

10 Yusuf 12/47-49,55. Bkz. Yeniçeri Celâl, *İslâm İktisadının Esasları*, İstanbul 1980, s.285.

11 Tevbe 9/34.

12 İbn Mâce, Ticârât 6.

13 Naim Ahmed-Miras Kâmil, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecdîd-i Sarîh Tercemesi*, Ankara 1984, VI, 449.

14 İbn Mâce, Ticârât 6.

ma hususunda sırf kendisi açısından en uygun zaman ve fiyatı bekleyen, insanların zaaf anlarından yararlanmaya çalışan bir karakter özelliğini İslâm doğru bulmamakta ve bunu islâh etmeyi hedeflemektedir. Bütün bunlardan dolayı Kamil Miras'ın ifadesiyle, *halkın felâketiyle saadet temin etmek isteyen muhtekirler, beşeriyetin en sefil tabakası olduğu için, İslâm dini en büyük savaşlarından birini bunlara karşı açmıştır*.¹⁵

Karaborsacılığın topluma yönelik çift yönlü zararı söz konusudur. Bir taraftan ihtiyaç duyulan şeylerin zamanında tedarik edilememesi, diğer taraftan da bu nesnelere normal piyasa değerinin üstünde bir bedelle almak zorunda kalma. Şu halde ihtikârın topluma zarar veren bir uygulama olduğu açıktır. Toplumdan zararı def' etmek ise, genel velâyet yetkisine sahip devletin temel görevlerindedir. Dolayısıyla elindeki malı depoda muhafaza edip topluma arz etmeyen malik ile, onun bu tavrından zarar gören kamu arasında âdil bir dengenin kurulması gerekmektedir. İslâm hukukçuları bu dengenin, malın emsâl fiyattan (piyasa fiyatından) satışa sunulmasıyla sağlanabileceği görüşündedirler.¹⁶ Böylece hem kamu yararı temin edilmiş, hem de malik herhangi bir zarara maruz bırakılmamış olmaktadır.

Dikkat edilirse burada malik, hem in'ikad hem de tanzim serbestisinin sınırlanmasıyla karşı karşıyadır. Zira rızasının olup olmadığına bakılmaksızın akit yapmaya zorlanmış (in'ikad serbestisinin sınırlanması); üstelik fiyatı istediği gibi tayin etme yetkisi de elinden alınmıştır (tanzim serbestisinin sınırlanması). Kaynağını kanundan alan bu sınırlama, kamu yararı amacını taşımaktadır.

İnsan yiyeceği ve temel gıda maddelerinde ihtikârın haram olduğunda görüş birliğine varan fakihler¹⁷; bunlar dışındaki emtianın bu kapsama dahil edilip edilemeyeceğinde, müstahsil ve ithalatçıların (yerel pazara dışarıdan mal getirenler) mallarını piyasaya arz etmeyip stoklamaları ve daha sonra yüksek fiyattan satmalarının ihtikâr sayılıp sayılmayacağına ve malın stoklanma süresinde/piyasaya sunmama müddetinde ihtilaf etmişlerdir. Korumuzun ana çerçevesinin dışına çıkmamak amacıyla bu tartışmanın teferuatına¹⁸ girmeksizin şunu söyleyebiliriz:¹⁹ İnsanların ihtiyaç duydukları ve eksikliği durumunda zarara maruz kalacakları şeylerin saklanması ih-

15 Naim-Miras, *Tecrid-i Sarîh Tercemesi*, VI,450. Krş. Yeniçeri, a.g.e., 285.

16 Hillî, Ebu'-Kâsım Necmüddîn Ca'fer b. el-Hasen, *Şerâiu'l-İslâm fi mesâilil-helâl ve'l-harâm*, tah: Abdülhuseyn Muhammed Ali, Nefes 1389/1969, II,21; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i fi tertibi's-şerâ'i*, Beyrut 1974, V,129; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII,47.

17 İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, tah: Abdülmu'tî Emin Kal'âci, Kahire 1414/1993, XX,69-70.

18 İhtikârın kapsamı hususunda fıkıh mektepleri ve fakihlerin görüşleri için bkz. İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XX,69-70; Kâsânî, *el-Bedâ'i*, V,129; Mevsilî, *el-İhtiyâr li ta'lîlil-Muhtâr*, Dâru'l-ma'rife, Beyrut, tsz., IV,160-161; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Beyrut 1405,1984, IV,154; Behûti, *er-Ravdu'l-murbi' bi şerh zâdî'l-müstakni'*, tah: Muhammed Abdurrahman Avad, beşinci baskı, Beyrut 1414/1994, s.254; Hillî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,21. Ayrıca bkz. Ebu Zehra, *el-İmâm Zeyd*, Dâru'l-fikr, Kahire, tsz., s.292; Karadâvî Yûsuf, *Devru'l-kiyem ve'l-ahlâk fi'l-iktisâdîl-İslâmî*, Beyrut 1417/1996, s.313; Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, s.263-264; Kallek Cengiz, "İhtikâr", *DİA*, İstanbul 2000, XXI,560-564.

19 Krş. Kallek, "İhtikâr", XXI,561-563; Mevâfi, Ahmed, *ed-Darar fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Hober 1418/1997, I,230.

tikârdır. İhtiyaç duyulan bu şey, gıda maddesi olabileceği gibi, ilaçtan giyime kadar her türlü madde de olabilir. Öte yandan ihtikârın gerçekleşmesi açısından malın, başka bir şehirden veya başka bir ülkeden getirilmiş olması ile, içerden satın alınması veya şahsın bizzat kendi üretimi olması arasında fark yoktur. Stoklama süresi ise her malın niteliğine göre değişir.

Kaynak, amaç ve nitelik itibariyle ihtikârla benzerlik arz eden hususlardan biri de istimlâk uygulamasıdır.

2. İstimlâk (Kamulaştırma)

Kamunun gereksinim duyduğu bazı hizmetlerin yerine getirilmesi veya mevcut hizmet biriminin ihtiyacı karşılamada yetersiz kalması gibi durumlarda, özel mülkiyet altında bulunan yerlere gerek duyulabilmektedir. Hatta zaman zaman ihtiyacın ötesinde zorunluluk söz konusu olmaktadır. İşte bu gibi durumlarda, bireyin rızasının olup olmamasına bakılmaksızın, kamu maslahatı icabı istimlâk yoluna gidilir.

Özel mülkiyet altındaki taşınmazın kamu yararı amacıyla bedeli ödenecek malikinin rızası aranmaksızın cebren satın alınması ve kamu malı haline getirilmesini ifade eden istimlâk²⁰ işleminin dört temel unsuru vardır: Kamu yararı, istimlâke ve kamu yararını tespitte yetkili merci, istimlâk bedeli, cebri temellük. Akit serbestisinin sınırlandırılması bakımından istimlâk bedeli ve cebri temellük unsurları bizi doğrudan ilgilendirmektedir. İstimlâk bedeli, birlikçi tarafından tespit edilir. Dolayısıyla malik, kendi iradesiyle belirlemediği bir fiyattan taşınmazını satmak zorunda bırakılmaktadır (tanzim serbestisinin sınırlandırılması). Cebri temellük ise, taşınmaz sahibinin rızasının aranmaması demektir. Halbuki kural olarak hiç kimse, rızası olmaksızın bir akdi ve sonuçlarını kabullenmek zorunda bırakılamaz. Ayrıca akdin karşı tarafını da taşınmaz sahibi belirlemiş değildir. Şu halde bireyin, taşınmazını bir akde konu edip etmeme ve bu akdi kiminle yapacağına karar verme yetkisi (in'ikad serbestisi), âmme maslahatı gerekçesiyle sınırlandırılmış olmaktadır.

Kamu yararı gereği taşınmaz malikinin mülkünde dilediği gibi tasarrufla bulunma yetkisi sınırlanırken, bireyin zarara uğratılmaması için, kamulaştırma bedelinin âdil ve peşin olması zorunlu bir şart olarak tespit edilmiştir.

3. Müstahsilin Şehir Girişinde Karşılanması (Telakki'l-celeb/Telakki'r-rukban) ve Şehirlinin Köylü Adına Satış Yapması Yasağı (Bey'u'l-hâzir li'l-bâdi)²¹

Aslında her iki durumda da rızâya dayalı bir akit söz konusudur. Dolayısıyla akdin unsurları (tarafklar, mahal ve irâde beyanı) itibariyle herhangi bir sorun (eksiklik, kusur gibi) olmadığı için, akdin, sonuçlarıyla birlikte geçerli olması gerekir. Bununla birlikte kanun koyucu, birey ve âmme maslahatı açısından sakıncalar/zarar doğuracağı gerekçesiyle bu tür işlemleri yasaklamıştır.

20 Aktan Hızma, "İstimlâk", DİA, İstanbul 2001, XXIII,365.

21 Buhârî, Buyû 58,64,68,72; Muslim, Buyû 21; Nesâî, Buyû 18; Ebu Dâvud, Buyû 45; Tirmizî, Buyû 17,18.

Şehirlinin köylü adına satış yapması (*bey'u'l-hâzır li'l-bâdî*) veya pazara inmekte olan köylülerin ve dışarıdan mal getirenlerin yoluna çıkıp, onlar henüz pazara girmeden mallarının şehir girişinde kapatılmasından (*telakki'l-celeb, telakki'r-rukban*) hem üretici ve pazara mal getirenler, hem de tüketici kesim zarar görmektedir. Çünkü köylü ya da pazara mal getirenler, henüz piyasa fiyatını öğrenmeden malını satmış olacak; bu durumda piyasa fiyatlarını şehirlî belirleyeceğinden, tüketiciler -alternatiften yoksun bıraktıkları için- bunu kabullenmek zorunda kalacaklardır. Halbuki İslâm hukuku piyasada fiyatların, her türlü dış müdahale ve baskıdan uzak, tabii arz-talep dengesi içinde şekillenmesini öngörmektedir.²² Dolayısıyla hem bireylerin kişisel yararları, hem de kamu maslahatı, rızaya dayansa da bu tür muamelelere izin verilmemesini gerektirmektedir.

Dikkat edilirse şehirlinin köylü adına satış yapması ve üretici ya da pazara mal getirenlerin şehir girişinde karşılaşılması yasakları ile, ihtikâr ve istimlak uygulamaları arasında in'ikad serbestisinin sınırlanması bakımından kaynak ve amaç birliği olmakla birlikte, iradenin hukukî sonuç elde etmeye yönelmesi itibariyle fark vardır. İlk grupta serbest iradeyle oluşan akit hukuk tarafından geçerli kabul edilmemekte, ikinci grupta ise, rızâsı olmamasına rağmen kişi, belli bir akdi muayyen bir tarafla yapmayı kabullenmek zorunda bırakılmaktadır.

4. İltihâkî Akitler²³

Ekonomik düzen ve sosyal adâlet gereği kişilerin diğerlerine nazaran bağımsız olmadığı düşüncesi, bireyin, toplu ulaşım hizmetlerinden, su, gaz, elektrik gibi ancak muayyen müesseselerce sağlanması mümkün olan hizmetlerden yararlanmasını zorunlu kılmıştır. Şayet bu müesseseler müşterilerin isteklerini reddetme hakkına sahip olsalardı, tüketiciler arasında bir eşitsizlik ve adâletsizlik doğacaktı. Böylece hukuk düzeni belirli hizmetlerin imtiyaz yolu ile veya bir kamu hizmeti olarak görülmesini herkesin yararına düzenlemiştir. Bu düşünce aynı zamanda, kanun koyucunun bu tür hizmetleri herkese açık tutmasını gerektirmiştir.²⁴

Yasal veya bir imtiyaz sözleşmesi nedeniyle bir kuruluş veya kişi ile yapılan ve şartları, kural olarak o kişi/kuruluş tarafından belirlenmiş bir sözleş-

22 Bu tür muamelelerin piyasa fiyatının oluşmasına etkisi için bkz. Döndüren Hamdi, *İslâm Hukukuna Göre Alım-Satımda Kâr Hadleri*, Balıkesir 1984, s.134-138.

23 Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, I,244. Hayreddin Karaman, çağdaş Arap yazarların/hukukçuların "akdü'l-iz'ân" ifadesiyle karşıladıkları bu nevi hukuki işlemleri, söz konusu Arapça kullarındaki "iz'ân" kelimesinin sözlük anlamından (tarafardan birine diğerinin iradesine teslim olması, boyun eğmesi) hareketle "intisâbî akit" şeklinde kavramlaştırmıştır. *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1987, II,103. İltihâkî akitler konusunda geniş bilgi için bkz. Senhûrî Abdürrezzâk, *Mesâdiru'l-hak fi'l-Fikhi'l-İslâmî, dirâse mukârene bi'l-Fikhi'l-Ğarbî*, Dâru'l-fikr, Beyrut, tsz., II,74-77; Karaman, a.g.e., II,103 vd.; İslâm Konferansı Teşkilatı bünyesinde faaliyet gösteren İslâm Fikih Akademisi 11-16 Ocak 2003 (8-13 Zilkade 1423) tarihleri arasında Doha'da gerçekleştirdiği 14.dönem toplantısında iltihâkî akitler konusunu ele almıştır. Alman kararlar için bkz. <http://www.islamonline.net/Arabic/doc/2003/01/article06-d.SHTML> (28.07.2003 tarihi itibariyle).

24 Bkz. Eren, a.g.e., I,327-328; Erman, a.g.mkl., s.606.

me yapma zorunluluğunu ifade eden iltihakî akitler²⁵, kamu düzeni düşüncesiyle, toplumsal gelişme ve değişmelere koşut olarak gelişmiş özel bir akit türüdür.

Gerçekten de şehir içi toplu ulaşım vasıtalarından faydalanmadan elektrik, su, doğalgaz, telefon ve posta gibi hizmetlere kadar birçok husus, aslında bu tür mal ve hizmetleri satanlarla/sunanlarla yararlananlar arasında bir sözleşme niteliği taşıması ve bağlayıcı hukukî sonuçlar meydana getirmesine rağmen, bu hizmetlerden faydalananlar, hem böyle bir hukukî ilişkiye girmeye mecburdurlar, hem de hukukî işlemin içeriğine müdahale yetkileri bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle irade ve rızâlarının hiçbir belirleyiciliğinin olmadığı bir akdî ilişki içinde bulunmaktadırlar.²⁶ Bu nevi mal ve hizmetleri satın alan veya yararlananlar, böyle bir hukukî ilişkiye girmeye mecburdurlar; zira bu hizmetler hayatın normal şartlarda sürdürebilmesi için zarûfidir. İşlemin içeriğine müdahalede bulunamazlar; çünkü söz konusu mal ya da hizmetin satım şartlarını olduğu gibi kabul etmek zorundadırlar; yeni bir teklif sunma veya pazarlık şansları yoktur. Aslında bu tür mal ve hizmetlerin satımı konusunda teklif (icâb), aynı şartlarla bütün insanlardır ve teklif pazarlığa kapalıdır. Mal veya hizmet karşılığı belirlenen bedelin insaf ve adâlet ölçüleriyle bağdaşmadığı kanaatinde olan tüketiciler ya da hizmetten faydalananlar, sadece mahkemeye müracaat hakkına sahiptirler.

İltihakî akitlerde, akit konusu mal ve hizmetleri sunanlar bakımından kanunî ya da fiilî bir tekel durumu söz konusu olduğu için, fiyatların ve akdî şartların, kamunun sömürülmesi sonucunu doğuracak şekilde belirlenmesi olasılığı her zaman için variddir. Dolayısıyla bu tür mefsedetlere fırsat vermeyecek, mal/hizmet ve bedeli arasında âdil bir dengeyi sağlayacak şekilde idarî kontrol/murâkabe sistemi işletilmek durumundadır.²⁷

Şu halde insanca bir hayat sürmenin zorunlu araçları arasında bulunan mal ve hizmetlerin, karşı tarafın belirlediği şartlardan satın alınması zorunluluğu, bireyin akit serbestisinin sınırlandırılması demektir.

5. Mecburî sigorta

Gerek gerçek kişiler, gerek tüzel kişiler ve hatta bütün varlıklar, doğumlarından ölümlerine, kuruluşlarından sona ermelerine kadar hırsızlık, sel, deprem gibi çok sayıda ve değişik türde risklere maruz kalabilmektedirler. Sana-

25 Yılmaz Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1982, s.222.

26 Bu tür ilişkilerin akit sayılıp sayılmayacağı hususunda batılı hukukçular farklı kanaatlere sahiptirler. Hukukî anlamda akdin, serbest/hür iki iradenin uyumu suretiyle meydana geldiğini, burada ise ne hürriyetten, ne de rızadan söz etmenin mümkün olduğunu söyleyen hukukçular, bu nevi işlemlerin akit kapsamında değerlendirilemeyeceği, bir kanun hükmü gibi yorumlanacağı görüşündedirler. Kamu hukukçularının ekseriyeti, özel hukuk mütehasıslarının ise, azınlıkta kalan bir kısmı bu görüştedir. Diğer yandan özel hukuk otoritelerinin ekseriyetinin savunduğu ikinci görüşe göre ise, her ne kadar iradelerden biri diğeri karşısında zayıf konumda ise de, bu, bahse konu işlemin akit olmadığı anlamına gelmez. Yani işlem akit niteliğindedir ve sözleşme hükümlerine tabidir. Bkz. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II,75-76.

27 <http://www.islamonline.net/Arabic/doc/2003/01/article06d.SHTML>.

yi devrimi ile başlayan, teknik gelişmelerle devam eden ve ulaşım ve iletişim alanındaki devâsâ gelişmelerle zirve noktasına doğru ilerleyen hızlı gelişme ve değişimler, her zaman için söz konusu olan riskleri bir yandan artırıp çeşitlendirirken, diğer yandan bu risklerin meydana getirdiği hasarlar, altından kalkılması oldukça güç boyutlara ulaşmıştır. Bu faaliyetlerin yol açtığı zararların önlenmesinde “kusura dayalı sorumluluk” esasının yetersiz kaldığını gören hukuk çevreleri, bir çok yeni kusursuz sorumluluk hali öngörmeye başlamıştır. Ancak sorumluluk rejiminin katılığı, zarar görenlerin sonuçta mutlaka tazminat elde etmelerini sağlayamamaktadır. Zarardan sorumlu kişinin mali durumu bazen yetersiz olmakta ve bu gibi hallerde sorumluluk kağıt üzerinde kalmaktadır. İşte mecburî sigortalar, sorumlu şahsın malvarlığını aşan zararlarda mağdur için bir teminat teşkil etmektedir.²⁸

Mecburî sigorta, ihtiyarî sigortanın zıddıdır. Yani sigorta ettiren, kanunen mecbur olmadığı halde sigorta akdi kurmuş ise ihtiyarî, kanunî mecburiyet dolayısıyla sigorta akdi kurmuş ise, mecburî sigorta söz konusudur.

Biz burada, ne genel anlamda sigorta konusunu, ne de özelde mecburî sigorta uygulamasını tartışacağız. İşin bu yönü başka/müstakil çalışmaların konusudur. Sadece konunun akit serbestisi ve sınırlandırılmasıyla olan ilgisi-ne dikkat çekeceğiz.

Sözleşme yapıp yapmamada birey serbest bırakılmayıp, çeşitli gerekçelerle icbâr söz konusu ediliyorsa, orada in'ikad serbestisinin kanunî sınırlanması vardır. Mecburî sigorta uygulamasında böyle bir durum söz konusudur. Kanun koyucu bazı hususlarda sigorta zorunluluğu getirerek, belli bir rizikoya maruz kalanların korunması, milli servetin muhafazası, sosyal fayda ve emniyet tesisi düşünceleri ile akit serbestisini sınırlamıştır. Şu halde mecburî sigorta uygulaması, sigorta konusu nesnenin/malın/faaliyetin niteliğine göre, öncelikli olarak fert ya da kamu maslahatı düşüncesine dayanmaktadır.

Kamu yararının sağlanması ve kamudan zararın bertaraf edilmesi amacı taşıyan bu tür sınırlamalar, her bir uygulama ile ilgili cüz'î naslar yanında, Kur'an ve Sünnet'in bütününden istikrâ ile elde edilmiş, çatışma halinde kamu yararının kişisel yarara, daha büyük ve kalıcı zararın giderilmesinin, daha küçük ve geçici zararlara tercih edilmesini ifade eden ilkelere (Mecelle, md.26-30) dayanmaktadır.

Klasik fıkıh literatüründe geniş bir şekilde ele alınan in'ikad serbestisi sınırlamalarının diğer bir grubunu, fert yararına sınırlamalar oluşturmaktadır.

B. Fert Yararının Gözetildiği Sınırlamalar

Bu başlık altında şufa, borcunu oyalayan borçlunun mallarının satılması, rehlin paraya çevrilmesi ve muzdarrın ihtiyacını giderecek şeyi ona satma zorunluluğu hakkında, in'ikad serbestisinin sınırlanması bakımından kısa bilgi verilecektir.

28 Türk hukukunda mecburî sigorta konusu için bkz. İlyas Çelikaş, “Türk Hukukunda Mecburî Sigortalar”, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/mecburî_sigortalar.htm. (08.07.2003 itibarıyla).

1. Şufa

Ortaklık ve komşuluk ilişkisi içinde bulunmak kişiye, diğer şahıslara göre farklı/ayrıcalıklı bir konum kazandırmaktadır. Bu, ortaklığa veya komşuluk ilişkisine dayalı hukukun korunması ve hatirasının canlı tutulması, kırgınlıklara meydan verilmemesi yanında, mülkiyetin küçük parçalara bölünmesinin önüne geçme gibi sosyal-iktisadî amaçlar da taşımaktadır. Satım akdine konu olan bir taşınmazın aynında ya da haklarında ortaklığı bulunanların veya taşınmaza bitişik/komşu akarı olanların, müşteriye mal olduğu bedel karşılığında mülkiyetine geçirme hakkı demek olan şufa, az önce işaret edilen amaçlarla meşru kılınmış bir uygulamadır.

Şufa sebepleri konusunda fakihler görüş birliğine varamamışlarsa da²⁹, şeffî olanların öncelik hakkı bulunduğu; akarın bu şahıslara teklif edilmeden başkasına satılması halinde, makul süre içinde talepte bulunmak şartıyla şeffî'in, satım bedeli üzerinden cebren temellük hakkının bulunduğu ittifak halindedirler. Esasen şufa konusunun bizi ilgilendiren yönü de, akdin kiminle yapıldığı ve bedelinin nasıl tespit edildiği hususudur.

Taşınmaz maliki, satım konusu taşınmazın aynında veya haklarında ortak olanlar ya da komşu durumunda bulunanların akarı satın almak istemeleri halinde, bunlar dışında birisiyle akit yapamamakta; yapsa bile söz konusu işlem geçerlilik kazanmamaktadır. Diğer bir ifadeyle hür iradesiyle seçmediği bir karşı âkit taraf ile akit yapmak zorunda bırakılmıştır ki, bu da in'ikad serbestisinin sınırlandırılmasından başka bir şey değildir. Aynı zamanda bu sözleşmeyi, şeffî'ler dışındaki şahıslarla yaptığı ilk sözleşme bedelinden yapmak durumundadır. Bu açıdan da tanzim serbestisinin sınırlandırılması söz konusudur. Ne var ki hukuk düzeni, girişte ifade edilen maslahatlar sebebiyle taşınmaz malikinin akit serbestisini sınırlandırmayı, yarar-zarar dengesi açısından faydalı görmüştür.

2. Borcunu Oyalayan Borçlunun (Mütemerrid Borçlunun) ve Müflisin Mallarının Satılması

Darlık içinde bulunan kişinin sıkıntılarının giderilmesi, bu durumda bulunanlara hiçbir dünyevî karşılık beklemeden hasbeten-li'llâh borç/ödünç verilmesi, borçluya kolaylık sağlanması, vâde tanınması İslâm'ın hep teşvik ettiği hususlardandır.³⁰ Ancak sıkıntı içinde bulunan şahıs/borçlu, bu fedakârlığı, iyi niyeti suiistimal etmeme, borcunu zamanında ve eksiksiz ödeme durumundadır. Ödeme imkanından mahrum bulunduğu için ödemenin vaktinde yapılamaması elbette iyi niyetin kötüye kullanımı olarak görülméz; fakat ifaya muktedir olunan muaccel bir borcun, alacaklının talebi ve

29 Konuyla ilgili rivâyetler için bkz. Buhârî, Şufa 14; Şerike 8-9; Ebu Dâvud, Buyû' 75; İbn Mâce, Şufa 2. Şufa konusunda geniş bilgi için bkz. Abdullah b. Abdülazîz ed-Der'ân, *Ahkâmü's-şufa fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Riyad 1415/1994. Mukayese için bkz. Oğuzman-Seliçi, M.-Kemal-Özer, *Eşya Hukuku*, altıncı baskı, İstanbul 1992, s.485-493,500-508.

30 Bakara 2/245, 280; Mâide 5/12; Hadîd 57/11,18; Teğâbun 64/17; Müzzemmil 73/20; Müslim, Müsâkât 32.

ifayı kabule hazır olmasına rağmen zamanında ifa edilmemesi, yani temerrüd³¹, Hz. Peygamber (sav)'in diliyle zulümdür.³²

İslâm, bir yandan fertlerdeki hayır ve dayanışma, düşenin elinden tutma, mağdura yardım etme, borçlunun sıkıntısını giderme gibi ahlâkî-dinî duyguların zayıflaması ya da yok olmasının önüne geçme; diğer yandan da, bu alandaki iyi niyetin kötüye kullanımına fırsat vermemeye amacıyla borç ilişkilerine dönük bazı müeyyide nitelikli sınırlamalar getirmiştir. Borcunu oyalayan borçlunun, hapsedilmesi, hakkında mahkemece hacir kararı verilmesi, ihtiyâtî haciz yoluna başvurulması, mallarının satılarak alacaklıların mağduriyetlerinin giderilmesi de bu tür düzenlemelerdendir.³³

Tâbiün alimlerinden Şa'bî (104/722)'nin de dikkat çektiği gibi³⁴ mütemerrid borçlu, hapis, hacir gibi yaptırımlara maruz kalacağını bilmezse, borçlarını ifaya koşmaz, hileli iflas gibi yollara başvurabilir. Dolayısıyla bu tür yaptırımlar, alacaklıların haklarını koruma ve mütemerrid borçlunun tasarruflarından zarar göklerini önleme bakımından zorunludur.

Hapsine hükmedilip hakkında hacir kararı alınan mütemerrid borçludan, borçlarını ödemesi ve gerekiyorsa mallarını satması istenir. Ancak makul bir süre geçmesine rağmen borçlu, kendi serbest irâdesiyle borçlarını ödemezse, alacaklıların talebi üzerine hâkim, borçlunun mallarını en küçüklerinden başlamak üzere borçlarını karşılayacak seviyeye ulaşıncaya kadar satar.³⁵ Her ne kadar klasik fıkıh doktrininde mütemerrid borçlunun mallarının satımı konusunda prosedür bu şekilde belirlenmişse de, öncelikle satışa sunulacak mallarının tespitinin bilirkişi marifetiyle yapılması, iki tarafın da maslahatı bakımından daha doğru olur. Zira ekonomik değer itibarıyla küçük görülen bazı mallar borçlu bakımından çok önemli/lüzumlu olabilir. Ayrıca bu tür malların satışıyla borcun karşılanabilmesi için çok miktarda malın satılması da gerekebilir. Halbuki borcu karşılayacak nitelikte ve borçlu açısından daha az lüzumlu bir malın satışı pekâlâ mümkündür.

Mütemerrid borçlu için söylenenler aynen müflis için de geçerlidir. Zira müflisin mallarına alacaklıların hakkı taalluk etmektedir. İslâm hukukunda eşya üzerindeki yetkileri, yetkinin nitelik ve gücüne göre "milk", "hukûk" ve

31 Temerrüt, İslâm hukuku kaynaklarında "mumâtele" kelimesiyle ifade edilir ve mumâtele, borcu, borcun vadesini bugün yarın diye uzatıp tehire bırakmaktır. Böyle hareket eden bir borçluya medyûn-ı mumâtil denir. Borcunu edaya muktedir olduğu halde tehir edip duran kimse demektir. Bkz. Bilmen, *Hukuk-ı İslâmîyye Kamusu*, VII,269. Ayrıca bkz. Yaran Rahmi, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İstanbul 1997, s.63.

32 Buhârî, İstikrâz, 13; Ebu Dâvud, Buyû, 10.

33 Mütemerrid borçluyla ilgili olarak başvurulabilecek hukukî usuller ve fakihlerin görüşleri için bkz. Sâlih Abdülğaffâr İbrahim, *el-İflâs fi's-Şer'ati'l-İslâmîyye, Dirâse mukârene*, Kahire 1400/1980, s.79 vd.; Hatîb Ahmed Ali, *el-Hacr ale'l-medîn li hakkî'l-ğuremâ fi'l-Fıkhi'l-İslâmî ve'l-Kânûni'l-mukârene*, Kahire 1384/1964; Atar Fahrettin, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul 1990, s.157,203; Yaran, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi*, s.99-110; Çalış Halit, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyete Getirilen Sınırlamalar*, (yayımlanmamış doktora tezi), Konya 2001, s.241-251.

34 Atar, a.g.e., s.45 (İbn Mâze, *Şerh Edebi'l-Kâdî*, II,355-356'den).

35 Bkz. *Mecelle*, md.998; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.164.

“*ibâha*”³⁶ şeklinde belirleyen Hanbelî hukukçu İbn Receb (795/1393), hukûk nitelikli yetkileri beş kısma ayırmakta ve bunlardan birinin de “*hakku't-taalluk*” olduğunu belirtmektedir. Bu gruba giren yetkilerde hak sahibi, nesnenin aynına da menfaatine de o anda malik değildir. Sadece herhangi bir sebeple doğmuş olan bir hakkın elde edilmesi bu nesneye bağlı kılınmıştır. İşte iflâs ilan edilmiş şahsın malı üzerinde alacaklıların hakkı, bu tür bir haktır.³⁷

Hemen ifade edelim ki, İslâm hukukuna göre bir kişi hakkında iflâs ve hacir kararları alınmasıyla, borçlunun malları alacaklılara intikal etmez. Malların mülkiyeti yine müflis borçluda kalır. Alacaklılar, borçlunun mallarının paraya çevrilmesi ve satıştan elde edilen paralardan tatmin edilmek hususunda bir talep hakkına sahip olurlar. Yani alacaklıların tamamının, müflisin haczi caiz malları üzerinde rehin benzeri³⁸ bir hakkı söz konusu olmaktadır. Müflis borçlu, haczi kabil malları üzerinde alacaklıların rehin benzeri sayılan bu aynı hakkı sebebiyle onların zararına olacak tasarruflarda bulunamaz. Bir başka ifadeyle bu mallar üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılmış olur. Ne var ki alacaklılar, bu rehin benzeri hakka dayanarak kendi alacakları için borçlunun mallarına doğrudan müdahalede bulunma ve böylece alacaklarını tahsil etme imkanına sahip değillerdir. Yalnız yetkili iflâs mercisinin, müflisin mallarını satma ve borcu ödeme kararı alması halinde, satım bedelinden alacaklarını talep edebilirler.³⁹

Mütemerrid borçlu ve müflisin mallarının, alacaklıların hakkını ödeme amacıyla hâkim tarafından satılması, aslında sözleşme/akit serbestisinin sınırlandırılması demektir. Zira söz konusu kişilerin in'ikad, yani akit yapımama serbestisi sınırlandırılmış olmaktadır.⁴⁰ Böyle olmak zorundadır; zira aksi taktirde adâlet ilkesi yara alacak, bireylerin hukuka olan saygısı ve güven duygusu zedelenecektir. Halbuki hukuk bütün bireylerin hakkını korumak durumundadır. Başkasının tasarrufundan zarar gören şahısların haklarının korunması da şer'î bir zorunluluktur.

İbn Receb'in ifadesiyle “*hakku't-taalluk*”⁴¹ sebebiyle in'ikad serbestisinin sınırlandırıldığı durumlardan birini de, rehnin paraya çevrilerek alacağın tahsil edilmesi oluşturmaktadır.

3. Rehnin Paraya Çevrilmesi

Fertler arası alacak-borç ilişkilerinde İslâm hukukunda, muhtemel anlaşmazlıkların önüne geçme, hukukî ihtilafları en aza indirme ve hakların korunması gibi amaçlarla borcun yazılması, yazım işlemine şâhit tutulması ve borç karşılığında rehin alınması gibi bir dizi hukukî düzenleme getirilmiş-

36 İslâm hukukunda, eşya üzerindeki hakları ifade eden bu kavramların tanımları ve muhtevaları için bkz. Çalış, a.g.e., s.25-34.

37 İbn Receb, *el-Kavâid fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, tsz., s.185,187.

38 Atar, *İcra İflâs Hukuku*, s.286.

39 Atar, a.g.e., s.286.

40 Bkz. İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hukmiyye*, s.245; Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir fi kavâid ve furûi Fikhi's-Şâfiyye*, Beyrut 1413/1983, s.453; Şelebî Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi't-ta'rîf bi'l-Fikhi'l-İslâmî ve kavâidu'l-milkiyye ve'l-ukûd fih*, Beyrut 1983, s.403 vd.

41 İbn Receb, *el-Kavâid*, s.185

tir.⁴² Bu düzenlemelerden borcun yazılması ve yazıma şahit tutulması, anlaşmazlıkları gidermede ispat vasıtası fonksiyonunu üstlenecek; rehin ise, alacağı teminat altına alma ve borcun ödenmemesi durumunda alacaklıya, alacağını rehin konusu maldan tahsil etme imkanı verecektir. Hatta bu özelliği sebebiyle İslâm hukukçuları rehin akdinin, şahsa, diğer alacaklılara göre öncelik hakkı sağladığını ifade etmişlerdir. Binaenaleyh rehin sahibi alacaklı, alacağını tahsil edinceye kadar diğer alacaklılar, tahsilatta bulunamazlar.⁴³

Mecelle'nin ifadesiyle (md.701), "*Bir malı andan istıfası mümkün olan bir hak mukâbilinde mahbûs ve mevkûf kılmaktır*" şeklinde tarif edilen rehin akdinin temel amacı, alacağın teminat altına alınması; en önemli fonksiyonu ise, alacağın zamanında tahsil edilememesi durumunda merhûnun paraya dönüştürülerek alacağın tahsili yoluna gidilmesidir. Hatta bundan dolayı fakihler, rehine konu olan şeyin satılmaya elverişli olmasını şart koşmuşlardır.

İşte bu noktada râhinin, yani rehin konusu nesnenin maliki olan şahsın iradesi devre dışı kalmaktadır. Halbuki akitlerde rızâ temel bir prensiptir ve hiç kimse rızâsı hilafına bir akdi kabullenmek zorunda bırakılamaz. Ancak burada, üçüncü şahısların hukukî himayeye haiz haklarının korunması ve mağduriyetlerinin önlenmesi bakımından bu usul, bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu da in'ikad serbestisinin üçüncü şahıslar lehine sınırlandırılması demektir.

Akitlerde in'ikad serbestisinin fert yararına sınırlandırılma gerekçelerinden birini de zaruret hali teşkil etmektedir.

4. Zaruret Hali (Muzdarrın İhtiyacını Giderecek Şeyi Ona Satma Zorunluluğu)

Bütün hukukî düzenlemeler, hatta temelde din ve hukuk düşüncesi, her şeyiyle insan içindir ve insanın, hak ve sorumluluklarını bilen bir varlık olarak çatışmadan uzak, mutlu bir hayat sürmesini sağlayacak ilkelerden/düzenlemelerden oluşur. Nitekim İslâm hukukunun bütün düzenlemelerinin ana eksenini teşkil eden, vazgeçil(e)mez genel küllî hedeflerinin (*el-külliyâtü'l-hams, ed-darûriyyâtü'l-hams* veya *el-usûlü'l-hamse*) başında canın korunması gelmektedir.⁴⁴ Böyle olması tabiidir; zira kelime-i küfrü söylemek ile can vermek arasında tercihe zorlanan kişinin, canı korumayı tercih etmesi Kur'ân ve Sünnet'in irşâdıdır.⁴⁵ Öte yandan bütün yasak ve mefsedetler,

42 Bkz. Bakara 2/282-283.

43 Şâfiî, *el-Üm*, III,168,171; Hirakî, Ebu'l-Kâsım Ömer b. el-Huseyn, *el-Muhtasar*, Ta'lîk: Muhammed Züheyr eş-Şâviş, Dimaşk 1378, s.93.

44 İslâm'ın ve hatta bütün şeriatların korumayı hedeflediği genel küllî hedeflerinin, öncelik ve kuvvet esasına göre klasik ve yerleşik tasnifi dini korumak, canı korumak, aklı korumak, nesli korumak ve malı korumak şeklindedir. Ancak gerek dinin/İslâm'ın nihai hedefi, gerek çıkarımda bulunulabilecek naslar, canı korumayı dini korumaya öncelemeyi gerektirmektedir. Geniş bilgi için bkz. Yaman Ahmet, "*Mekâsîd İctihadunun Ya Da Teleolojik Yöntemin İlkeleri*", Marife, yıl:2, sayı:1, Konya 2002, s.42-43. Nefsi ve aklı önceleyen bir sıralama için bkz. Cum'a Ali, *el-Medhal*, Kahire 1996, s.125-127.

45 Nahl 16/106. Zeylaî, *Nasbu'r-râye fi tahrîc ehâdîsi'l-Hidâye*, üçüncü baskı, Beyrut 1407/1987, İV158.

zaruret hallerinde ihlal edilebildiği halde, derecesi ne olursa olsun bir insanı öldürmeyi mübah kılacak bir gerekçe yoktur.⁴⁶

İşte bu durum, ölüm tehlikesi ile karşı karşıya bulunan bir kişinin ihtiyacını giderme hususunda, bireyin rızasının dikkate alınmaması sonucunu doğurmaktadır. Zira daha kuvvetli ve üstün maslahatın öncelenmesi makâsîd ictihadının temel ilkelerindedir. Dolayısıyla malik vasfıyla kişi, malını vermeyi veya satmayı kabul etmese dahi, emsâl bedelden malını, zaruret halinde bulunan şahsa satmak zorundadır. Nitekim esasen mübah olan alım-satım muamelesinin bazı durumlarda vâcib olduğuna dikkat çeken Ömer Nasuhi Bilmen (1971), bir kimseye hayatını kurtaracak şeyi satmayı buna örnek vermektedir.⁴⁷ Bunun in'ikad serbestisinin sınırlandırılması olduğu aşikârdır.

Akit hürriyetinin tam olarak gerçekleştirilebilmesi için, akdin kuruluşunun şekil şartlarından olabildiğince arındırılması ve tarafların mücerred rızalarıyla akdin kurulabilmesine imkan tanınması gerekmektedir. Şekil serbestisini ifade eden bu hususta, hukuk sistemlerinin farklı düzeylerde şekil şartları getirdikleri, fakat zamanla bu şartların hafifletildiği görülmektedir.

II. ŞEKİL SERBESTİSİ

Girişte de ifade edildiği gibi şekil serbestisi, akdi meydana getiren karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin açıklanma tarz, biçim ve vasıtalarını ifade eder.

Akitlerde şeklin, tarafları düşünmeye sevk etme, hukukî muamelelere açıklık ve kesinlik kazandırma, ispat kolaylığı sağlama, hukukî muamelelerin üçüncü şahıslar tarafından öğrenilmesini/aleniyeti sağlama gibi faydaları yanında; hukukî muamelelerin yapılmasını güçleştirme, para ve zaman kaybına sebep olma gibi sakıncaları da vardır.⁴⁸ Özellikle hukukî muamelelerin ispatını kolaylaştırma ve mümkün kılma bakımından hukukî işlemin özelliğini de dikkate almak suretiyle akdin, ilan, tescil, şahit bulundurma gibi şekil şartlarına bağlanması hem faydalı, hem de gereklidir.⁴⁹

Hukuk sistemlerinin şekil şartları hususundaki tavırlarının, sıkı şekil şartlarına bağlılıktan, giderek azalma ve mücerret rıza ile akdin kurulmasına doğru bir seyir izledikleri görülmektedir. Söz gelimi Roma hukukunun esas ve ayırıcı özelliği, şekil ve merasimlerdir. Zamanla sınırlı sayıda akitler için istisna getirilmiş ise de⁵⁰, tarafların sadece rızasının borç doğurması, olgunlaşmış bir hukuk kültürünün prensibidir.⁵¹

46 En'âm 8/119. Serahsî, *Mebûsât*, Beyrut 1414/1993, XXIV,45,48,6870,76; Kâsânî, *Bedâi'*, VII,117.

47 Bilmen, *İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, VI,17.

48 Fezyioğlu, *Borçlar Hukuku*, I,213-214; Eren, *Borçlar Hukuku*, I,288-290; İnan, *Borçlar Hukuku*, s.124-125.

49 İlan, şahit bulundurma, tescil gibi şekil şartları özellikle nikah akdi için söz konusu edilmiştir ve evlenmenin sosyal boyutu, töhmete açık yönü ve karşılıklı hakların korunması gibi amaçlar taşımaktadır. Borçlar hukuku alanında ise, şekil mecburiyeti başlıca, borç ilişkilerinde borcun yazıyla tespiti ve teminat fonksiyonu görmek üzere rehin alınması ve taşınmazların satımının tapuya tescilinde kendini göstermektedir.

50 Rado Türkan, *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul 1969, III,50-52; Bardakoğlu, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", s.11.

51 Bardakoğlu, a.g.mkl., s.11.

İslâm hukukunda ise, karşılıklı rıza akdin kurucu tek unsuru kabul edilmiştir. Her ne kadar klasik fıkıh literatüründe iradenin açıklanma usul ve şekli, diğer bir ifadeyle akit siygaları hususu oldukça teferruatlı biçimde tartışılmışsa da, Arapça dil kuralları çerçevesinde hangi zaman kiplerinin irade beyanı için elverişli veya zorunlu olup olmadığı meselesi etrafında yoğunlaşan bu tartışmaların, ciddi hak ve yükümlülükler doğuran bir akdî ilişkinin, tartışmaya/çekişmeye fırsat vermeyecek şekilde kesinlik arz etmesini sağlama hassasiyetinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, bir hukuk sisteminin, şekilden tamamen vaz geçmesi düşünülemezse de, özellikle muamelat alanında, şekil ve isimden ziyade öz ve mana, yani dış unsurdan ziyade iç unsur önemlidir. “*Ukûdda i'tibar makâsid ve meâniyedir; elfaz ve mebâniye değildir*” (Mecelle, md.3) kaidesi bu hususunun oldukça veciz ifadesidir. Dolayısıyla bir akdin teşekkülü için, şekille ilgili kalıp, biçim ve vasitalardan ziyade, hukukî bir netice elde etmeye matuf irâde açıklaması belirleyicidir. Binaenaleyh tarafların, akdin kuruluşu sırasındaki iradelerini anlaşılabilir biçimde izhâr ettikleri her türlü tarz, biçim ve vasıtayla akit teşekkül eder.

Şu halde İslâm hukukunda, borçlar hukuku kapsamına giren akitlerde şekil serbestisini sınırlandıran bir halin bulunmadığını söylemek mümkündür. Hatta Ali Bardakoğlu'nun tespitine göre, mücerret rıza ile bir akdin kurulabilmesi, hukuk tarihinde ilk defa İslâm hukuku tarafından kaide olarak benimsenmiştir.⁵²

Yukarıda kısaca ele alınan, klasik ve çağdaş akit serbestisinin sınırlandırılması örneklerinde, daha önce de dikkat çekildiği gibi sırf in'ikad serbestisinin sınırlandırılması söz konusu değildir. Bunlar aynı zamanda, tanzim serbestisinin sınırlandırılmasının da örneklerini içerirler. Ne var ki, ele alınan konularda tanzim serbestisinin sınırlandırılması, in'ikad serbestisinin sınırlandırılmış olmasının tabii bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte tanzim serbestisinin sınırlandırılması konusunun, ilk dönemlerden itibaren hem teorik açıdan tartışıldığı, hem de uygulamaya yansdığı görülmektedir.

III. TANZİM / DÜZENLEME SERBESTİSİ

Akit serbestisinin ikinci ayağını tanzim ya da düzenleme serbestisi oluşturur. Buna göre taraflar evvela, yapacakları akdin türünü/tipini serbestçe tayin ederler. Sonra serbestçe tayin ve tespit ettikleri akit tipini, diledikleri konuda yapabilirler. Ve nihayet, akdin muhtevasını istedikleri şekilde düzenlerler. Kısaca, tanzim serbestisinin iki boyutu vardır: Bunlar akit tipini tayin serbestisi ve muhtevayı tayin serbestisidir.

A. Tip Serbestisi (İsimli Akitler)

Tanzim serbestisi prensibine göre taraflar akdin konusunu diledikleri şekilde tayin edebilirler. Bu prensibin tabii sonucu, tarafların diledikleri akit tipini seçebilmeleridir ki, buna tip serbestisi denir.⁵³

52 Bardakoğlu, a.g.mkl., s.10.

53 Erman, a.g.mkl., s.604.

Kur'ân ve Sünnet'in akitler konusundaki genel tutumunun, meseleye ilke ve umumi hükümler düzeyinde yaklaşmak olduğu bilinmektedir. Bununla birlikte kimi akit türlerinin naslarda ismen zikredildiği de görülür. İşte bu noktada âyet ve hadislerde ismen anılan ve açıkça müsaade edilen akitlerin, İslâm hukuku bakımından akit yapma çerçevesini tayin edip etmediği fakihler arasında ihtilaf konusu olmuştur.

Nasları anlama ve yorumlamada lafzî/literal yorum metodunu benimseyen Zâhirî hukukçulara göre, fertlere, naslarda açıkça müsaade edilen akitlerin dışında akit yapma yetkisi tanınmamıştır. Zâhirî hukukçular dışındaki cumhur İslâm hukukçularına göre ise, naslarda ismen yer alan akitler, tahdîdî nitelikte değildir. Akitlerle ilgili genel ilkelere uygun almak şartıyla farklı sözleşmeler de yapılabilir.

Âyet ve hadislerde bazı akdî işlemlerin ismen zikredilmiş olması, doğrudan bu işlemin cevazını göstermek veya caiz olan akit türlerini ismen belirlemekten ziyade, söz konusu işlemin meşruiyet şartlarına genel çizgilerle işaret etmektir. Öte yandan Kur'ân ve Sünnet'in muâmelât sahasındaki bu genel tavrı yanında, tarihî tecrübe ve fiilî durum da cumhur hukukçuları desteklemektedir. Zira müslümanların, İslâm coğrafyasının genişlemesi, Arap yarımadasından farklı toprak ve iklim şartlarına sahip bölgelere de yerleşmeleri sonucu, naslardaki temel prensiplerden hareketle Hz. Peygamber (sav) devrinde bilinmeyen bazı yeni muamelelerde buldukları tarihen sabittir. Diğer yandan değişen ve gelişen zamana koşut olarak, dün bilinmeyen bir çok yeni akit türü ortaya çıkmaktadır.

Netice itibariyle İslâm hukukunda tip serbestisini sınırlayan herhangi bir durum bulunmamaktadır.

B. Muhtevayî Tayin Serbestisi

Muhtevayî tayin serbestisi bağlamında iki hususu ele alacağız. Bunlar, klasik fıkıh doktrininde çokça tartışılan akdî şartlar ya da şart serbestisi ve devletin fiyatları kontrol/tayin etmesi (tes'îr/narh) konularıdır.

1. Akdî Şartlar

İslâm hukukunda akdî şartlar üç kısma ayrılır: Akdin varlığının ve gerçekleşmesinin bağlandığı *ta'likî şartlar*, akdin işleyişini belli bir zamanda başlatan *izafe şartları* ve akdin gerektirdiği hükümleri ve sonuçları değiştiren *takyidî şartlar*.⁵⁴ "Akitle birlikte koşulmuş olan (akde mukterin) şartlar" da denilen bu üçüncü grup şartların, akdin işleyişine ve doğuracağı hukukî neticelere doğrudan tesir etmesi itibariyle akit hürriyeti ile yakın alakası vardır. Nitekim akit serbestisi prensibinin özellikle fert yararı gözetilerek sınırlandırılması hallerinin bir kısmı, hukukî işlemin kuruluşu esnasında tarafların öne sürdüğü bu nevi şartlardan kaynaklanır. Böylece tarafların tasarruf yetkisi irâdî olarak sınırlandırılmış olur. Tanzim serbestisi yetkisinin, irade hakimiyetinde serbestçe kullanılması meselesiyle ilgili olarak İslâm hukukunun,

54 Bardakoğlu, a.g.mkl., s.10.

iradenin başkalarını mağdur edecek biçimde kullanılması, daha teknik bir ifadeyle kötüye kullanılmasının önüne geçmek amacıyla bazı sınırlamalarda bulunduğu görülmektedir. Akdin muhtevasını tayinde iradenin rol ve bağlayıcılığıyla ilgili tartışmalar, tanzim serbestisinin sınırlarını/takyitlerini ortaya koymaktadır.

Aynen tip serbestisinde olduğu gibi, muhtevayı tayin serbestisinde de Zâhirî hukukçuların kanaatleri olumsuzdur. Yani naslarda açıkça zikredilen şartlar dışında bireylerin kendiliklerinden şart belirleme yetkisi yoktur.⁵⁵ Dolayısıyla şahısların tanzim serbestisi, naslarda zikri geçen şartlarla sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Çoğunluğu teşkil eden İslâm hukukçuları ise, kişilerin, naslarda belirtilen şartlar dışında bazı şartlar ileri sürebileceği hususunda prensipte ittifak halindedirler. Akit serbestisini darlık-genişlik açısından farklı çerçevede de olsa benimseyen cumhur İslâm hukukçuları bu görüşlerini, “*Ey iman edenler! Antlaşmalarınıza sadık olun!*”⁵⁶, “*Müslümanlar belirledikleri şartlara riâyet ederler*”⁵⁷ gibi naslara dayandırmaktadırlar. Dolayısıyla bu naslar, hukukî işlemlerde bireysel iradenin bağlayıcılığına yönelik genel izin konumundadır.⁵⁸

Muhtevayı tayin ve şart serbestisi hususunda esasta görüş birliği halinde olan çoğunluk/cumhur İslâm hukukçuları, bu ilkenin uygulanmasına yönelik çerçevenin belirlenmesinde oldukça farklı yaklaşımlar sergilemişlerdir. Hukukî işlemlerin kuruluşunda irâdenin yeri konusunda Hanefî mezhebi, üç kriter belirlemiştir. Buna göre, şart olarak ileri sürülen hususlar, akdin muktezasına uygun ya da onu destekler nitelikte veya örfen maruf hususlardan ise, bu tür şartlar sahih ve bağlayıcıdır.⁵⁹ Şâfiî mezhebi de Hanefî mezhebiyle aynı görüşleri benimsemekle birlikte, âzad şartıyla köle satımını, hukukî işlemin taraflarına çok yönlü fayda sağlamasından ötürü câiz görmekte ve

55 Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, tah: Abdülgaffâr Süleyman el-Bendârî, Beyrut 1048/1988, VII,244,260-271,323; VIII,61. İbn Hazm'ın, sözleşme serbestisini reddederken dayandığı deliller için ayrıca bkz. Çeker Orhan, *Fıkıh Dersleri*, Konya 1991, s.63-66.

56 Mâide 5/1.

57 Buhârî, İcâre, 14; Ebu Dâvud, Akdiye, 12; Tirmizî, Ahkâm, 17. İbn Hazm'a göre bu rivâyet sahih olmayıp uydurmadır. Çünkü İbn Hazm'a göre bu haber, Kesîr b. Zeyd -ki sâkıttır (hadis terimi olarak sâkitin anlamı için bkz. Aydınlı Abdullah, *Hadis İstılahları Sözlüğü*, İstanbul 1987, s.136)- ve rivâyet açısından ondan daha aşağı seviyede bulunan râvîler tarafından nakledilmiştir. Ayrıca bu haber Atâ'dan mürseldir. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VI,353; VII,244,322-323; VIII,61.

Ancak İbn Hazm'ın “*sâkıttır*” değerlendirmesinde bulunduğu Kesîr b. Zeyd hakkında, dikkat ve titizlikleriyle tanınan cerh-ta'dîl âlimleri tamamen farklı ifadeler kullanmaktadırlar. İbnü'l-Medîni, Ebu Zü'r'a ve Yahya b. Maîn söz konusu râvî hakkında, ta'dîl lafızlarından olan “*sâlih, sadûk, leyse bihi be's*” değerlendirmesinde bulunurlar. Bkz. Zehebî, *Mizânü'l-i'tidâi fi nakdi'r-ricâl*, thk: Ali Muhammed el-Becâvî, Dâru'l-fikr, Beyrut, tsz., III,404-405.

58 Ebu Zehra, *İbn Hanbel*, Dâru'l-fikr, Kahire, tsz., s.385-386.

59 Bkz. Süğdî, *en-Nütef*, I,476-478; Serahsî, *el-Mebsût*, XIII,14 vd.; Kâsanî, *el-Bedâi'*, V,169-170,173; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadır*, V,215; İbn Âbidîn, “*Neşru'l-arf fi binâ-i ba'dil-ahkâm ale'l-örp*”, Mecmûatu'r-rasâil içinde, Dâru İhyâi't-türâsî'l-Arabî, Beyrut, tsz, II,139; Ali Haydar, *Düraru'l-hukkâm şerh Mecelleti'l-ahkâm*, İstanbul 1330, I,290; Şazefî Hasen Ali, *Nazarıyyetu'ş-şart fi'l-Fikhi'l-İslâmî, Dirâse mukdrene beyne'l-Fikhi'l-İslâmî ve'l-Kânûn*, Kahire, tsz., s.186; Bardakoğlu, a.g.mkl., s.19-22.

böylece Hanefilere göre, irâdî şartlar çerçevesini az da olsa genişletmektedirler.⁶⁰

Mâlikî mezhebine göre ise, taraflardan birinin kendi menfaatine olarak şart koştuğu, diğer tarafın da hakkına mani olmayan şartlar ve hayır amaçlı olmak üzere ileri sürülen tasarruf sınırlamaları muteberdir.⁶¹

Hanbelî mezhebine göre ise, hukukî işlemlerde irâdenin alanı daha da genişlemekte ve naslara aykırı olmayan bütün şartlar sahih kabul edilmektedir.⁶²

İmâmiyye ve Zeydiyye de çerçeveyi oldukça geniş tutmuş, sözleşme serbestisi hususunda kriteri, naslara aykırılık ve bilinmezlik olarak tespit etmişlerdir. Buna göre mebi'de ya da semende bilinmezliğe yol açmayan ve naslarla çelişmeyen her türlü şart muteberdir.⁶³

Bu meselede İslâm hukukçularından İbn Şübrüme (144/761)⁶⁴ ve İbn Teymiyye (728/1327)⁶⁵ çerçeveyi en geniş tutanların başında gelmekte, İbn Kayyım el-Cevziyye (751/1350) de hocasının görüşlerine aynen katılmaktadır.⁶⁶

Bu tür görüş ayrılıklarıyla birlikte, akdın muhtevasını tayinde irâdeye alan açan İslâm hukukçularının tamamı, nas bulunmayan hususlarda tarafların hür iradeleriyle belirledikleri şartların, tarafların hukuku konumunda olduğunda hem fikirdir.⁶⁷

Zâhiri hukukçular, akdın muhtevasını tayinde irâdeye oldukça dar bir alan açmakta, diğer bir ifadeyle şart serbestisi hususunda ferdin hürriyetini asgari düzeyde tutmaktadırlar. Buna mukâbil çoğunluğu teşkil eden fakihler, ser-

60 Hattâbî, *Meâlimu's-sünen*, Beyrut 1411/1991, III,122; Remlî, *Nihâyetu'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*, Beyrut 1414/1993, III,456. Satıcının müşteriye köleyi âzâd etmesini şart koşması ile diğer şartları birbirinden ayrı değerlendirenler ve bu ayrımın eleştirisi için bkz. İbn Teymiyye, *el-Kavâidu'n-nûrâniyye el-Fikhiyye*, tah: Abdüselâm Muhammed Ali Şahin, Beyrut 1414/1994., s.151.

61 Karâfi, *ez-Zehîra*, V,31; İbn Abdirraffî, *Muînu'l-hukkâm*, II,393-394.

62 Me'â b. Yûsuf, *Delîlû't-tâlib ilâ neyil'-metâlib*, tah: Abdullah Ömer el-Bârûdî, Beyrut 1405/1985, s.132-133; Ebu Zehra, *İbn Hanbel*, s.384,388; Bardakoğlu, a.g.mkl., s.23-26.

63 Hillî, *Şerâiu'l-İslâm*, II,33; Ahmed b. Yahyâ el-Murtazâ, *Kitâbu'l-ezhâr fi Fikhi'l-eimmeti'l-ethâr*, Beyrut 1405/1985 (es-Seylül'-cerrâr ile birlikte), III,57; Şevkânî, *Neylül'-evtâr*, III,59-60.

64 Bkz. Özen Şükrü, "İbn Şübrüme", DİA, İstanbul 1999, XX,380. "İctihadlarında sosyal gerçekliğe ayrı bir önem veren İbn Şübrüme'nin, sözleşme serbestisi görüşü, günün ihtiyaçlarına daha elverişli olması sebebiyle *Mecelle* hazırlanırken gündeme gelmiş, fakat Hanefî mezhebinin görüşü kabul edilmiştir... Ancak küçükler üzerindeki velâyetin onların menfaatini koruma amacıyla tesis edildiği, buluşa ermemiş çocukların evlendirilmesinin böyle bir yarar taşımadığı için câiz olmayacağı şeklindeki görüşü ise, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde esas alınmış (md.7), günümüz İslâm ülkeleri de genelde bu yönde kanunlaştırılmaya gitmiştir." Bkz. Özen, "İbn Şübrüme", XX,380.

65 İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXIX,190 vd.; a.mlf., *el-Kavâidü'n-nûrâniyye el-Fikhiyye*, s.128-152; a.mlf., *Nazariyyetu'l-akd*, Dârul'-Ma'rife, Beyrut, tsz., s.16,25.

66 İbn Kayyım, *İlâmu'l-muvakkûn an Rabbi'l-âlemîn*, Ta'lik: Tâhâ Abdurraûf Sa'd, Beyrut 1973, I,344. Akdî şartlar, fıkah ekollerinin görüşleri ve değerlendirilmeleri için bkz. İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXIX,190 vd.; a.mlf., *el-Kavâidü'n-nûrâniyye el-Fikhiyye*, s.128-152. Ayrıca bkz. Ali Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelâti'ş-şer'iyye*, üçüncü baskı, Kahire, tsz., s.210 vd.; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, III,101 vd.; Şâzelî, *eş-Şart*, s.186; Abbâdî, *el-Milkiyye*, II,207; Mevâfî, *ed-Darar*, II,598 vd.; Çeker, *Fıkah Dersleri*, s.62-72.

67 Bkz. Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetu'l-akd fi'ş-Şeriatil'-İslâmiyye*, Dârul'-Fikri'l-Arabî, yy., 1977, s.95.

bestiyet-sınırlılık itibariyle farklı düzeylerde de olsa şart serbestisine daha geniş bir alan açmakta, takyide daha az yer vermektedirler. Çağdaş İslâm hukukçularından Ebu Sünn'e'nin de belirttiği gibi⁶⁸, bireyler arası mübadelelerde esas belirleyici unsurun çoğu zaman, işlemin kuruluşu esnasında ileri sürülen şartlar olduğu; hatta belirli şartların ileri sürülmediği malî bir işleme rastlamanın neredeyse mümkün olmadığı gerçeği dikkate alındığında, şart serbestisinin geniş tutulmasının isabetli olacağı söylenebilir. Kaldı ki sözleşmede ileri sürülen şartlar belirli ihtiyaçların karşılanması amacıyla yöneliktir. Bu ihtiyaç bir maslahatın temini olabileceği gibi, mefsedetin uzaklaştırılması da olabilir. Esasen böyle bir ihtiyaç olmasa, irâdî şartlara da ihtiyaç duyulmazdı. Dolayısıyla ihtiyaç duyulmasına rağmen, naslarla çelişmeyen ve akdin muktezasına⁶⁹ da aykırı düşmeyen şartların geçerli olmadığını söylemek, bireylerin sıkıntı ve meşakkate maruz kalmaları sonucunu doğuracaktır. Halbuki zorluk ve sıkıntının giderilmesi İslâm'ın temel ilkelerindedir.⁷⁰

Muhtevayı tayin serbestisi kapsamında ele almak istediğimiz ikinci bir husus da, satım konusu nesnenin bedelini tayinde irâdenin rolü ve bu alanda devlet müdahalesidir.

2. Fiyatların Belirlenmesinde Devlet Müdahalesi (Tes'ir/Narh)⁷¹

Narh, mal ve hizmetlerin karşılığının devlet tarafından belirlenmesi demektir.⁷²

Mal ve hizmetlerin karşılığının serbest piyasa şartlarında taraflarca hür bir şekilde belirlenmesi, zaman zaman bundan toplumun zarar görmesine sebep olacak uygulamalara⁷³ yol açtığından, kamudan zararı bertaraf etmek üzere fiyatların devlet kontrolünde şekillenmesi fikri, insanlık tarihi boyunca sürekli gündeme gelmiş; lehte ve aleyhte olmak üzere iki görüş hep olagelmıştır.⁷⁴ Hak ve hürriyetlerin kullanımında bireyi öne çıkaran ve devletin iktisadî faaliyetlere karışmasına şiddetle karşı çıkan ferdiyetçi görüş sahipleri dahî, üreticilerin tek bir fiyat üzerinde anlaşma sağlamaları durumunda devletin fiyatlara müdahalede/sınırlamada bulunabileceğini kabul etmektedirler. Zira fiyatlara müdahale edilmemesinin sebebi, üreticiler ara-

68 Ebu Sünn'e Ahmed Fehmî, el-Örf ve'l-âdeh fi re'yî'l-fukahâ, Arz nazariyye fi't-teşrîf'l-İslâmî, ikinci baskı, yy., 1412/1992, s.218.

69 Akdin muktezâsı nazariyesi hakkında geniş bilgi için bkz. Bardakoğlu, a.g.mkl., s.16 vd.

70 Ebu Zehra, *İbn Hanbel*, 391; Mevâfi, *ed-Darar*, II,598.

71 Arap dilinde fiyatların devlet tarafından belirlenmesi için yaygın olarak "et-tes'ir" kelimesi kullanılmaktadır ve fıkıh literatüründe de bu kullanım benimsenmiştir. Fakat Osmanlı Devletinde bu terim, Farsça'dan alınmış "narh" kelimesiyle karşılanmıştır. Bkz. Türkçe Sözlük, TDK, "Narh" md. II,1072.

72 İslâm hukukçularının narh tanımları ve eleştirileri için bkz. Dirâni, *Buhûs mukârene*, I,535-542.

73 İlginç bir uygulama için bkz. Mübârek Muhammed, *Nizâm ul-İslâm, el-Iktisâd*, Beyrut 1392/1972, s.80.

74 Keleş Ali, "İslâm'a Göre Para Politikası", İLAM Araştırma Dergisi, c.2, sy.2, İstanbul 1977, s.116. (Ergin, İktisat, s.486'dan).

sında rekabetin oluşmasıdır. Halbuki anlaşma, rekabeti öldürür ve devlet müdahalesini haklı kılar.⁷⁵

Devletin fiyatlara sınırlama getirmesi, aslında bireylerin iradelerine müdahalede bulunmaktır. Daha genel bir ifadeyle fiyat kontrolü (narh), kişisel hak ve hürriyetlerin devlet tarafından kısıtlanması anlamına gelmektedir.⁷⁶ Zira akitlerde üstün bir konuma sahip bulunan "rızâ" unsuru devre dışı bırakılarak, birey, muhtevasını kendisinin tayin etmediği ve rızâsı hilâfına şekillenmiş bir akdi ve sonuçlarını kabullenmek zorunda bırakılmaktadır.

Ancak bireysel hak ve hürriyetlerin serbestçe kullanımı hususunda oldukça hassas olan İslâm hukuku, kamu maslahatının korunması noktasında da aynı ölçüde hassastır. Hatta kişisel yarar ile kamu yararının çatışması durumunda, önceliğin kamu yararının sağlanmasına verilmesi İslâm hukukunun temel prensiplerindedir.⁷⁷ Diğer taraftan hak ve hürriyetlerin kullanımını hususunda, İslâm hukukunun kötüye kullanımlara izin vermediği de bilinmektedir.

Burada hemen işaret edilmesi gereken diğer bir husus da İslâm'ın, her türlü muâmelede adâleti ve ölçülü olmayı ısrarla istemesi, taraflardan birinin zarara girmesi sonucunu doğuracak muamelelerden de sakındırması gerçeğidir.⁷⁸ Nitekim bu hususun bir gereği olmak üzere Hz. Ali (ra), satım sözleşmesinde bedelin, taraflardan hiçbirisine haksızlık etmeyecek ve zulme sebep olmayacak şekilde olması gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁹ Nitekim bu prensipler, akitlerde "hata" ve özellikle de kıymette hata (gabn) konusuna açık bir şekilde yansımıştır.⁸⁰ Diğer yandan İslâm hukukunun fert ve toplum hayatına yönelik hukukî düzenlemelerinde ilke edindiği temel husus, fert-toplum maslahatının sağlanması ve adâletin tahakkukudur.⁸¹ Fiyatlara devlet kontrolü hususunda da bu iki esas belirleyici olacaktır.

İslâm hukukunda mal ve hizmetlerin karşılığının, piyasanın tabii seyri içinde ve tam rekabet şartları altında, arz-talep ilişkilerine göre şekillenmesi temel ilkedir; bu şekilde oluşan fiyata da "piyasa fiyatı" denir.⁸² İslâm hukukunun temel kaynaklarında piyasa fiyatının, baskılardan, dış müdahalelerden uzak, serbest bir ortamda oluşmasını sağlamaya yönelik bir takım sınırlandırıcı hükümler de bulunmaktadır. İnsanların ihtiyaç duyduğu zarurî malları ucuzla kapatıp saklayarak, o malın yokluğundan yararlanmak suretiyle

75 Nebhân Muhammed Faruk, *el-İtticâhu'l-cemâf fi'r-teşrî'l-iktisâdî el-İslâmî*, üçüncü baskı, Beyrut 1405/1985, s.60.

76 Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, s.328.

77 Bkz. *Mecelle*, md.26. Fiyatların oluşumunda devlet müdahalesi ve bunun özel mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılması açısından değerlendirilmesi için bkz. Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyete Getirilen Sınırlamalar*, s.324-337.

78 Nisâ 4/29; Mâide 5/8; Nahl 16/90; İsra 17/35; Şuarâ 26/182.

79 Bkz. Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,594.

80 Dönmez, "İslâm Hukukunda Alış-Verişte Kâr Haddi Araştırmasına Dair Tenkidi Görüş", s.154-155.

81 Dirîni, *Buhûs mukârene*, I,534.

82 Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, s.354; Döndüren, *Kâr Haddi*, s.134. Aynı anlamı ifade etmek üzere, "emsâl fiyat", "emsâl kıymet", "âdil kıymet" ve "rayiç bedel" terimleri de kullanılmaktadır. Bkz. Döndüren, a.g.e., s.134.

pahalıya satma (*istifçilik/karaborsacılık/ihdikâr*), araçlar tarafından köylülerin yolunun tutulup mallarının daha pazara inmeden alınması (*telakki'l-celeb, telakki'r-rukban*)⁸³, teslim-tesellümden (kabz) önce satış⁸⁴, fiyatlarını sunî olarak yükseltecek spekülâtif müdahaleler, alıcı olunmadığı halde bir mala yüksek fiyat vererek alışverişi kızıştırmak, bir fiyat üzerine anlaşılan iki kimsenin alışverişi üzerine fark verip arttırarak talip olmayla ilgili yasaklar hep bu amaca yöneliktir.⁸⁵

Bütün bunlarla bir yandan, piyasada mal dolaşımının en kısa yoldan ve en uygun fiyatlarla sağlanması, diğer yandan da üretici ve tüketici arasına giren ve bir hizmet üretmeden geçinen araçların ortaya çıkışının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda ahlâkî ilkeler hukukî müeyyidelerle takviye edilerek, iktisadî hayatın tekeli müdahalelerden uzak, kendi kuralları içinde işlemesi istenmiş, böylece fiyat istikrarının da sağlanması hedeflenmiştir.⁸⁶

Normal piyasa işleyişini sağlamak amacıyla bu tür sınırlamalar öngören İslâm hukuku, alış-verişlerde kâr yasaklamadığı gibi, kâr için belirli bir sınır da belirlememiş, bu husus, itidal, kanaat, hoşgörü ve kolaylık gösterme gibi dinî âdâbın gereklerine riâyet edilmesi şartıyla, ticâretin genel şartlarına ve tâcir ile söz konusu malın özel durumuna bırakılmıştır.⁸⁷ Bu aynı zamanda, İslâmî prensiplere göre yönetilen bir devlette fiyatların ayarlanması ve denetimi işinin, İslâmî değerlerle şartlanmış toplumun içinden gelmesi gerektiğini ifade eder ki, daha uzun ve daha etkilidir. Ancak bu durum asla, örf ve âdetteki makul ölçüleri, yasal sınırlamaları göz ardı ederek, insanların bilgisizliğinden/güveninden de yararlanmak suretiyle malların mümkün olan en yüksek kârla satışa sunulması, ayrıca bu davranışa “İslâm’da kâr haddi yoktur” anlayışıyla meşruiyet atfedilmesinin gerekçesi olamayacağı gibi; bu sahada kamu yararını hedef alan hukukî düzenlemelerin olmayacağı anlamına da gelmez.⁸⁸

Mal ve hizmetlerin fiyatının devlet tarafından belirlenmesi konusu için son derece önemli olan bu hususları da göz önünde bulunduran İslâm hukukçuları, konuyla ilgili naslara⁸⁹ getirdikleri yorumlarla farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Sözleşmelerde rızânın temel unsur olduğunu ifade eden âyet⁹⁰ ve Hz. Peygamber (sav)’in fiyat tahdidi taleplerine olumlu cevap vermemesi,

83 Buhârî, Buyû 58,64,68,72; Muslim, Buyû 21; Nesâî, Buyû 18; Ebu Dâvud, Buyû 45; Tirmizî, Buyû 17,18.

84 Buhârî, Buyû 54,55; Müslim, Buyû 29-32; Ebu Dâvud, Buyû 65.

85 Bu tür muamelelerin piyasa fiyatının oluşmasına etkisi için bkz. Döndüren, *Kâr Haddi*, s.134-138; Tabakoğlu Ahmet, *İslâm ve Ekonomik Hayat*, İstanbul 1987, s.106.

86 Tabakoğlu, a.g.e., s.106.

87 Bu konuda mezhep ve müctehidlerin görüşleri için bkz. Döndüren, *Kâr Haddi*, s.127-134.

88 Bkz. Bardakoğlu Ali, “*Hukukî ve Ticarî Hayat*”, İlmihal II, İSAM, İstanbul 1999, s.443-444.

89 Devletin fiyatlara sınırlama getirmesi hususunda, âyetlerde olumlu ya da olumsuz kesin bir hüküm bulunmamaktadır. Bkz. Bâcî Ebu'l-Velîd Süleyman, *el-Müntekâ*, Dâru'l-küttâbî'l-Arabî, Beyrut (Kahire 1332 baskısından tıpkı basım), V18-19. Öte yandan *Nisâ Sûresi*'nin 29. âyetinde yer alan geniş akit serbestisine bir çok durumda sınırlayıcı hükümler getirildiğinden, fiyat (semen) konusunda getirilecek sınırlamaların da, -mahiyetin iyice gözden geçirilmeden- bu âyete aykırılığı peşinen ileri sürülemez. Bkz. Dönmez, a.g.mkl., s.156.

90 Nisâ 4/29.

fiyatlardaki iniş ve çıkışların Allah'ın takdir ve dilemesine bağlı olduğu şeklindeki hadisin⁹¹ zâhirinden hareket edenler, narh konusunda olumsuz görüş açıklarken (Hanefilerin mütekaddimûnu, Şâfiî, Hanbelî, İmâmîyye ve Zâhiriyye mezhepleri bu görüştedir)⁹²; bunun, piyasada fiyatların normal bir biçimde şekillendiği şartlar için geçerli olduğunu ve Rasûlullah (sav)'in de bundan dolayı fiyatlara müdahaleyi reddettiğini düşünenler ise, akitlerde tanzim serbestisinin kötüye kullanıldığı ve bundan toplumun zarar gördüğü durumlarda idarenin fiyatlara müdahale edebileceği görüşündedirler. Mâlikî mezhebi, bazı Şâfiî hukukçular, müteahhir Hanefiler ve Hanbelî fakihlerin görüşü bu şekildedir. İmâmîyye ve Zeydiyye'den bazı fakihler de aynı kanaati paylaşmaktadır. Bu grupta yer alan hukukçular görüşlerini, Hz. Peygamber'in narhla ilgili hadisleri yanında, maslahat ve sedd-i zerîa prensiplerine dayandırmaktadırlar.⁹³

Aslında hür ve reşid kişilerin, mallarında tasarruf konusunda bir takım kısıtlamalara tabi tutulması, söz konusu şahıslar bakımından olumsuz bir durumdur. Ne var ki bu şahısların irâdî serbestliğine saygı duymak hukukî bir gereklilik olduğu gibi, herhangi bir ayırma gitmeksizin bütün insanların haklarına/maslahatlarına saygı duymak da hukukî bir zorunluluktur. Yani ne topluma mal ve hizmet sunanların maslahatı, ne de tüketicilerin maslahatı göz ardı edilebilir. Dolayısıyla akdî ilişkilerin serbest iradeyle tanzimi sırasında, her iki tarafın da maslahatını sağlayacak bir usul izlenmelidir. İşte tarafların insaf, hakkaniyet ve adâlet ölçüleri içinde karşılıklı yararlarını dengele(ye)medikleri, bir tarafın diğer tarafı sömürdüğü durumlarda devlet devreye girmektedir/girmelidir. Yusuf el-Karadâvî'nin ifadesiyle, piyasayı ellerinde bulunduran tamahkâr ve harîs vurguncuların türemesi durumunda onları kendi hallerine bırakmak, insan kitlelerini onların amansız pençesine terketmek, asıl önlenmesi gereken bir haksızlık ve ortadan kaldırılması icap eden bir tehlikedir.⁹⁴

91 Ebu Dâvud, Buyû 49; Tirmizî, Buyû 73; İbn Mâce, Ticârât 27; Dârimî, Buyû 13; Ahmed, Müsned, II,327; III,85,106,286.

92 Devletin fiyatların oluşumuna müdahale etmesini doğru bulmayan hukukçuların görüş ve delilleri için bkz. Ebu Yûsuf, *Kitâbu'l-harâc*, 1302 Bulak baskısından tıpkı basım, Beyrut, tsz., s.48-49; Tahâvî, *el-Muhtasar*, tah: Ebu'l-Vefâ el-Efgânî, Kahire 1370, s.90; Kâsânî, *el-Bedâi'*, V,129; Menbecî, Ebu Muhammed Ali b. Zekeriyya, *el-Lübâb fi'l-cem beyne's-Sünne ve'l-Kitâb*, tah: Muhammed Fadl Abdülazîz el-Murâd, Cidde 1403/1983, II,525; Hüllî, *Şerâi'u'l-İslâm*, II,21; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebtî*, tah: Ali Muhammed Muavvud-Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut 1414/1994, V,408-410; Nevevî, *Ravdatü'r-tâlibîn*, III,79; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,151-152; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V,284; S.H.Hân, *Fethu'l-allâm li şerh Bulûğî'l-merâm*, tah: Ebu Abdurrahman Salah b. Muhammed b. Uveyda, Beyrut 1418/1997, II,35. Narh konusunda Ebu Yûsuf'un görüşlerinin tahlili için bkz. ("*Ebu Yûsufun İktisadî Görüşleri*", *İslâm Araştırmaları Dergisi*, sy.1, İstanbul 1997, s.15.

93 Nevevî, *Ravdatü'r-tâlibîn*, III,79; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV,161; Bâcî, *el-Müntekâ*, V,18-19; İbn Teymiyye, *el-Hisbe*, 1387/1967, s.38-39; Dirînî, *Buhûs mukârene*, I,547. Devletin fiyatlara müdahalesini piyasa şartlarına bağlayan hukukçuların, konuyla ilgili rivayetlere getirdikleri yorumlar için bkz. İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII,47; a.mlf., *el-Hisbe*, s.16-17; İbn Kayyım, *et-Turukû'l-hukmiyye*, s.244-245,253-254,264; Karadâvî, *İslâm Hukuku, Evrensellik-Süreklilik*, trc: Yusuf Işıcık-Ahmet Yaman, İstanbul 1997, s.194-195; Döndüren, *Kâr Haddi*, s.178; Yeniçeri, *İslâm İktisadının Esasları*, s.319-320.

94 Karadâvî, *İslâm Hukuku*, s.194-195.

Şu halde devletin fiyatlara müdahalesi, piyasanın işleyiş şartlarına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle narh uygulaması bir amaç değil araçtır ve önemli olan neye hizmet ettiği. Dolayısıyla Hanbelî hukukçulardan İbn Teymiyye (728/1327) ve talebesi İbn Kayyim el-Cevziyye (751/1350)'nin de belirttiği gibi⁹⁵ devletin piyasaya müdahalede bulunması iki şekilde düşünülebilir:

a) İnsanlar mallarını maruf ölçüler içinde ve serbest piyasa ortamında alıp satarken, arz-talep dengesine bağlı olarak fiyatlarda yükselme ya da düşme olmuşsa, bu durumda, devletin fiyatlara müdahalede bulunması ve insanları, râzı olmadıkları halde tayin edilmiş bir fiyattan satışa zorlaması - meşru sebebe dayanmadığından- açıkça zulümdür ve câiz değildir.

b) Devletin, adâleti sağlamak amacıyla insanları, emsal bedelden satışa zorlaması ve bundan fazlaya satımları yasaklaması. İşte bu tür devlet müdahaleleri, adâleti temin ettiği için câiz ve hatta vâciptir. Kaldı ki narh, devletin, emsal bedeli, eşya ve hizmetlerin karşılığı olarak tayin etmesinden ibarettir.

Hasılı narh bir vesiledir ve İslâm hukukçularının ittifakıyla vesileler, gâyenin hükmünü alır. Vâcibe vesile olan şey vâcip, harama vesile olan da haramdır.⁹⁶ Binaenaleyh zulme aracı olan narh zulüm ve dolayısıyla haram, adâletin tahakkukunu sağlayan narh da adâlet olacağından vâciptir. O halde narh meselesi, İslâm hukukunun fert ve toplum hayatında gerçekleştirmeyi amaçladığı temel hedeflerle birlikte değerlendirilmesi gereken bir husustur. Dolayısıyla herhangi bir akdî ilişkiye giren şahısların, akdin muhtevasını istedikleri gibi oluşturma yetkisine bir takım sınırlamalar getirilmesi, taraflar arası yarar-zarar dengesinin sağlanması, bireysel yararlarla kamu yararının çatışması durumunda kamu yararının tercih edilmesi, genel zararı gidermek için özel zarara katlanması gibi prensiplere dayanmaktadır.

SONUÇ

İslâm borçlar hukukunda akit serbestisi ve takyitlerinin ana hatlarıyla işlendiği bu makalede, konu, öncelikle ilkesel düzeyde ele alınmış, sonra da klasik ve çağdaş bazı örneklerle somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Bireyin, diğer kişi veya kişilerin ilişkilerini kendi arzusuna göre düzenlemesi, hak ve mükellefiyetler meydana getirmesi demek olan "irâdenin muhtariyeti/özzerkliliği" teorisinin, borçlar hukuku alanındaki uygulamasını karşılayan "akit/sözleşme serbestisi" prensibi İslâm hukukunda geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Öyle ki, rızâya dayanmayan, gerçek iradenin oluşmadığı (bilgisizlik, yanıltma gibi) veya iradenin; kişinin gücü dahilinde olup kendisinden kaynaklanan (ciddiyetsizlik gibi) ya da haricî bir unsura bağlı olarak (zor ve tehdit altında olma/ikrah gibi) hür ve serbest bir şekilde tezâhür etmediği/edemediği hallerde, yani iradeyi sakatlayan/fesada uğratan durumlarda, akdin hiç oluşmaması veya akdin hukukunun eksikliği söz konusu edilmiştir. Hatta İslâm hukukunun temel kaynaklarında (Kur'ân ve Sünnet) yasaklayıcı nitelikte normatif bir düzenleme söz konusu olmadığı sürece,

95 İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXVIII,47; a.mlf., *el-Hisbe*, s.16-17; İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hukmiyye*, s.244-245.

96 Dirîmî, *Buhûs mukârene*, I,561.

bireylerin karşılıklı ilişkilerini konu, şekil, muhteva... bakımından serbestçe tayin etmeleri, ilk dönemlerden itibaren İslâm hukukçuları tarafından genel kabul görmüştür.

Akdî ilişkilerin oluşumunda "rızâ" ilkesi önemli bir yere sahiptir ve prensip itibariyle hiç kimse rızâsı olmadan akit yapmaya zorlanamaz. Ayrıca birey, kiminle akit yapacağına hür iradesiyle kendisi karar verir. Bu noktada hukuk, emredici veya tayin edici bir tavır sergilemez.

Diğer yandan akitler konusunda İslâm hukukçularının görüşleri dikkatlice incelendiğinde, kamu yararını ve hukuk düzenini ciddi boyutta ihlâl eden, adâlet duygusunu zedeleyen olumsuz bir durum bulunmadığı sürece, tarafların dilediği akdi dilediği şekilde yapması ilkesinin benimsendiği görülür.

Yine rızâ ilkesinin bir şartı olmak üzere birey, muhtevasını kendisinin belirlemediği bir akdi kabullenmek ve sonuçlarına katlanmak zorunda bırakılamaz. İlgili naslardan bu husus kolayca çıkarılabildiği gibi, insanoğlunun tarihi tecrübesi ve fiilî durum da böyle olmasını gerektirmektedir. Çünkü bireyler arası mübadelelerde esas belirleyici unsurun çoğu zaman, işlemin kuruluşu esnasında ileri sürülen şartlar olduğu; hatta belirli şartların ileri sürülmediği malî bir işleme rastlamanın neredeyse mümkün olmadığı herkesin mâlumudur. Kaldı ki sözleşmede ileri sürülen şartlar belirli ihtiyaçların karşılanması amacıyla yöneliktir. Dolayısıyla ihtiyaç duyulmasına rağmen, naslarla çelişmeyen ve akdin muktezasına da aykırı düşmeyen şartların geçerli olmadığını söylemek, bireylerin sıkıntı ve meşakkate maruz kalmaları sonucunu doğuracaktır. Halbuki zorluk ve sıkıntının giderilmesi İslâm'ın temel ilkelerindedir. Dolayısıyla tarafların akdin muhtevasını tayin hususunda söz sahibi olmaları da hukukçular arasında genel kabul görmüştür.

Öte yandan hak ve yükümlülükler meydana getirme hususunda, harici bir müdahale olmaksızın bireyin serbest iradesinin belirleyici olması, bu alanda hiçbir hukukî sınırlamada bulunulamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira hukuk, hak ve yükümlülükler meydana getirme hususunda bireyin iradesine saygı gösterdiği kadar, bu yetkinin serbestçe kullanımının, diğer bireyler ve kamu açısından olumsuz sonuçlar doğurmamasına da özen gösterir. Dolayısıyla hak ve adâlet ilkesi ve kamu yararı gereği bazı sınırlamalarda bulunulabilir. Nitekim bu amaca matuf olmaz üzere Hz. Peygamber (sav) dönemi uygulamalarından günümüze değin, gerek in'ikad, gerek tanzim serbestisinin çeşitli şekillerde sınırlandırıldığı görülmektedir. Söz konusu sınırlamalara güdülen amaçlar dikkate alındığında, İslâm hukukunun aslında konuya ilkesel düzeyde yaklaştığı, diğer bir ifadeyle bahse konu düzenlemelerin statik değil, dinamik bir yapı arz etmesi dolayısıyla şartlara bağlı olarak her zaman için uygulanabilir nitelikte olduğu rahatlıkla söylenebilir. Binaenaleyh değişen zaman ve gelişip farklılaşan toplumsal yapı ve ihtiyaçlara paralel olarak, adâlet ve maslahat ilkeleri doğrultusunda akit serbestisinin sınırlandırılması, bir taraftan daralma ve genişleme gösterirken, diğer yandan farklılıklar da söz konusu olabilecektir.

Bu noktada hür ve reşid kişilerin, herhangi bir akdi ilişkiye girip girmeme ve akdin muhtevasını belirlemede iradelerinin dikkate alınmaması, genel

anlamda temel hak ve hürriyetlerin serbestçe kullanımı bakımından isabetsiz görülebilir. Ne var ki bu şahısların irâdî serbestliğine saygı duymak hukukî bir gereklilik olduğu gibi, herhangi bir ayırma gitmeksizin bütün insanların haklarına/maslahatlarına saygı duymak da hukukî bir zorunluluktur.

Ayrıca belirtmelidir ki, adâlet ve denge esasları üzerine kurulu olan İslâm hukuku, ne bireylere rağmen toplumu ne de topluma rağmen bireyleri korumuştur. Bilakis maslahat-mefsedet dengesini, bütünüyle toplumsal olan dan tamamen kişisel olan her davranış ve tasarrufta aramış, bireyle toplum arasında âdil bir denge kurmaya çalışmıştır. Aslında hayatını diğer insanlarla birlikte ve bir toplum içinde geçiren insanın hiçbir faaliyet ve tasarrufunun tesirinin/sonuçlarının tamamen kişisel olduğunu söylemek mümkün değildir. Doğrudan ya da dolaylı biçimde içinde yaşadığı cemiyeti de ilgilendiren bir boyutu mutlaka söz konusudur. Dolayısıyla İslâm hukukunda akit serbestisine getirilen herhangi bir sınırlamanın amacının, fert yararını mı, yoksa kamu yararını mı sağlamaya dönük olduğunun tespiti tamamen icthadî bir faaliyetdir ve tağlib yoluyla olmaktadır. Nitekim İslâm hukukçularının zaman zaman aynı meseleyi her iki duruma da örnek göstermeleri, ya da bir hukukçunun fert yararına dediği bir husus için diğerinin kamu yararından söz etmesi de bu halin bir yansımasından ibarettir.

Netice itibariyle İslâm, getirdiği düzenlemelerde ferdi de, toplumu da ihmal etmemiştir. Zira ferdi feda edilmiş toplumun, toplumu hesaba katmamış ferdin mutlu olmasına imkan yoktur. Görünüşte toplumla ferdin faydaları çatışıyor da, aslında bu iki fayda uzlaştırılmadan, bağdaştırılmadan, bir denge haline getirilmeden ne kişi ve ne toplum için mutluluk düşünülebilir.

Birey ve toplum maslahatlarının gözetilmesi ve birinin diğerine feda edilmemesi düşüncesi, her iki maslahatın da aynı anda sağlanmasının mümkün olmadığı durumlarda, dengeyi sağlamaya dönük bazı hukukî düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır. İşte bu noktada *“kişisel yarar ile kamu yararı çatışırsa, öncelik kamu yararının sağlanmasına verilir”, “genel zararı gidermek için özel zarara katlanılır”, “daha büyük ve kalıcı zararları gidermek için, gerekirse daha küçük ve geçici zararlar irtikab edilir”* gibi Kur’ân ve Sünnet’in bütününden istikrâ ile elde edilmiş tümel ilkeler, çatışma halinde kamu maslahatının öncelenmesini gerektirmektedir.

