

İn'ikâdın (Akdin Hukukî Varlık Kazanması) Mahiyeti

AHMET ÜNSAL

DOÇ. DR. ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ

Özet

Sosyal bir varlık olan insan, hayatını sürdürebilmek için bazı şeylere ihtiyaç duyar. Beslenme, barınma ve aile bu ihtiyaçların önemlileri arasında yer almaktadır. İhtiyaçların giderilmesi de ikinci şahıslarla haklar ve sorumluluklar doğuran sözleşmeler (akitler) yapmayı gerektirir. Özel mülke dönüştürülmüş olan malların ikinci şahıslara intikalleri ve aslen birbirlerine haram olan kimselerin nikâh yoluyla birlikteliklerinin meşrûyet kazanması için öngörülen şartların yerine getirilmesi zorunludur. Bu itibarla İslâm hukukuna göre akdin oluşması, hukukî varlık kazanması ve tamamen meşrû bir hale dönüşmesi aşamalarında aranan şartların incelenmesi büyük bir önem arz etmektedir. Kaynağı ilâhî olan bu hukuk siteminde gayrimeşru tasarrufların dünyevî ve uhrevî olmak üzere ikili bir müeyyidesinin bulunması konunun önemini bir kat daha artırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İslâm Borçlar Hukuku, akit, in'ikâd, sıhhat, fesâd, butlan.

Abstract

The Nature of Establishment of a Contract (In'ikad)

As a social being, mankind is in need of certain things to survive. At the top of such needs come nutrition, accomodation and family. Meeting these needs requires entering into contractual relationships which bring about rights and duties. Required conditions must be met in order for private properties to be inherited by third parties and for the legitimacy by way of marriage, of intimacy between men and women who are forbidden by religion in principle. Accordingly, it is highly important to study conditions required at the stages of formation of a contract, its acquiring legal presence and gaining full legitimacy. The fact that the divine source of this legal system necessitates dual enforcement for illegitimate actions, in this world and here after, increases the importance of the subject even more.

Key words: Islamic Law of Obligations, Contract, Establishment of a Contract (In'ikad), Health, Corruption, Nullity

I. Giriş

İnsan iradesiyle ortaya çıkan ve hukukî sonuçlar doğuran her şeye tasarruf denir. Bu tasarruflar fiilî ya da sözlü olur. Fiilî tasarruf sözün fonksiyonel olmadığı maddi bir eylemle meydana gelir. Mubah bir şeyi elde etmek, tüketmek, yapmak, yıkmak, satın alınan malı teslim almak veya haksız bir fiil olarak bir malı çalmak, gasp ve itlaf etmek gibi. Kavli tasarruf ise kişiden söz olarak sâdır olan ve şâriin üzerine hukukî bir sonuç izafe ettiği şeydir.¹

Çağdaş İslâm hukukçuları kavli tasarrufları üçe ayırmaktadır:

Birincisi: İki taraftan sadır olan iki sözle meydana gelen, iki iradenin birbirine uygun olmasını gerektiren tasarruf çeşididir. Satım (bey‘) ve kira (icâre)’da olduğu gibi ki bu tür tasarrufa akit denir.

İkincisi: Bir sözle meydana gelen, bir kişiden sâdır olan, bir iradeyle oluşan ve insanın bu iradesi ve ifadesi sonucunda sorumluluk altına girdiği tasarruftur. Bu bir hakkın oluşturulmasını veya sona erdirilmesini ya da düşürülmesini içermektedir. Vakıf, talâk, ibra, şüf’a hakkından vazgeçmek gibi. Tasarrufun bu çeşidine münferit irade denir. Özellikle ilk dönem İslâm hukukçuları bu çeşit tasarrufları da akit kapsamında değerlendirmektedir.

Üçüncüsü: Ne birbiriyle irtibatlı iki irade ne de bir hak doğuran ya da hakkı düşüren tek kişinin iradesidir. Bu tasarruf medenî ya da cezaî hükümlerin ortaya çıkmasına neden olan bir sözdür. Bir kimseyi ya da bir şeyi dava etmek, ikrarda bulunmak suretiyle bir hakkı itiraf etmek, mahkemede hasmın iddiasında haklı olmadığını ortaya koymak adına yemin etmek, ihbarda bulunmak ya da namuslu bir kimseye iftira atmak gibi.²

Bu tasnif, hukukî bir işlem olan tasarruf ile araştırma konumuz olan akdin arasındaki bağlantıyı ortaya koymaktadır. Tasarruf akitten daha geneldir. Zira akit kavli tasarrufun bir türüdür. Bu sebeple her akit tasarruftur ama her tasarruf akit değildir.

Sözlükte, çözmek fiilinin zıddı olarak, düğüm bağlamak, düğümlemek³ anlamlarına gelen *akid* kelimesi, Mecelle’de: “Tarafeynin bir hususu iltizam

1 *Türk Hukuk Lügati*, Komisyon, Maarif Matbaası, Ankara 1944, s. 323–324; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fikhiyyü'l-Âmm, el-Fikhu'l-İslâmî fi Sevbihî'l-Cedîd*, Dâru'l-Fikr, Dimeşk, 1967–1968, I, 288–289; Abdülkerim Zeydan, *el-Medhal li Dirâseti'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1990, s. 239–240.

2 Zerkâ, I, 290–291; Zeydân, s. 240.

3 İbn Manzûr, Cemâlüddîn Muhammed b. Mükrim, *Lisânü'l-Arab*, Dâru Sâdır, Beyrut (t.y.), III, 296; Mütercim Ahmed Asım (Efendi), *el-Okyanûsu'l-Basît fi Tercemeti'l-Kâmûsi'l-Muhît*, el-Matbaatü'l-Osmâniyye, (b.y.)1305, I, 647.

ve taahhüt etmeleridir ki icab ve kabulün irtibatından ibarettir.” (md. 103) şeklinde tanımlanmaktadır.⁴ Tanımdan da anlaşıldığı gibi akdin oluşması için *icab* ve *kabûl*ün dışında iradelerin irtibatına vesile olan bir *husus* ve bir de *sorumluluk yüklenmekten* dolayısıyla sorumluluk yüklenebilecek kimselerden söz edilmektedir. Demek ki akdin oluşması için tarafların iradelerinin uyuşması/ittifakı (icab ve kabul) yeterli değildir. Ayrıca hukukun istediği şartların oluşması gerekir. Bu şartlar oluşmamış ise, irade ittifakı olmasına rağmen akdin varlığından söz edilememektedir. Akdin oluşması, var kabul edilmesi için aranan şartlara hukuk literatüründe *in 'ikâd* şartları adı verilmektedir.

Konumuzu işlerken öncelikle *in 'ikad şartı* ya da şartları ifadesiyle İslâm hukuk ekollerinin neyi kastettiklerini ortaya koymaya çalışacağız. Daha sonra her ekolün kendince farklı şartlar öne sürmüş olmasının temelinde yatan asıl faktörün ne olduğunu tespitte gayret edeceğiz. Ancak bunlara geçmeden önce bir hususun altını çizmekte yarar vardır. Klasik kaynaklarımız arasında müstakil olarak akit nazariyesini konu edinen eserlere pek rastlanmadığından, çağdaş müellifler tümevarım yoluyla İslâm hukukçularının akit nazariyelerini ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu durum, farklı sonuçların elde edilmesine sebep olmuş, sık sık karşılaşılan istisnalar ise genel prensipler belirlemeyi güçleştirmiştir. Çağdaş müelliflerin yapmaya gayret ettikleri tasniflerin, klasik kaynakların incelenmesiyle ortaya çıkan sonuçlarla her zaman örtüşmediği müşahede edilmektedir. Bilinen fıkıh ekollerinin kendi bünyeleri içinde bile tarihi süreç içinde farklı yaklaşımların benimsendiği bir vakıadır. Ancak bu durumun bir eksiklik ya da kusur olduğu düşünülmemeli, aksine İslâm hukukunun karakteristik özelliklerinin bir yansıması, kendine özgü yapısının gereği olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla İslâm hukuku zaviyesinden baktığında problem gibi görünen şey, kaynağın ifade problemi değil, muhatapların algılama problemi olsa gerektir.

II. Akdin Kuruluşu: İn 'ikâd

Akit kelimesinden türeyen ve sözlükte ipin bağlanması, satım akdinin bağlanması ya da ahdin bağlanması anlamlarına gelen *in 'ikâd*,⁵ akit işlemin-

4 Akdin tanımı ile ilgili öne sürülen görüşler için bkz. Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, A. H. İ. Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 2–3.

5 İbn Manzûr, III, 297, 298.

den sonra ortaya çıkan durumu ve sağlamlaşmayı ifade eder. Çağdaş İslâm hukukçularından Apaydın, İslâm hukuk literatüründe icmâ'ın gerçekleştiği, namaz ve hac gibi ibadetlerin sahih şekilde yerine getirildiği belirtilirken kullanılan in'ikâd kelimesinin, sözlük anlamını korursa da borçlar hukukunda in'ikâdın, genelde hukukî işlemlerin, özelde akitlerin hukuk düzenince var sayılacak ölçüde kuruluşunu, yani akdin hukukî varlık kazanmasını ifade ettiğini söylemektedir.⁶

Akitlerin İslâmî hukuk düzenince var sayılabilmesi için şer'an konulmuş olan kurallara uygun olması gerekmektedir. Tarafların karşılıklı rızası, yapılan işlemin meşrû olması için yeterli değildir. Zira İslâm'a göre varlık âleminde bazı şeyler asıl itibarıyla mubah kabul edilirken, mesela eşya aslı itibarıyla insanlar için mubah sayılmaktayken, insanların canları ve kanları birbirlerine haram kılınmıştır. Dolayısıyla her türlü tasarruflarında bu genel ilkelere göre tavır belirlemek ve yapıp ettiklerinin meşrûiyetini onaylattırmak zorundadırlar. Binaenaleyh tarafların rızası meşrûiyet elde etmek için yeterli görülmemektedir. Akdin meydana getirilmesi zaviyesinden konuya bakacak olursak, taraflar sadece akdi inşa edebilirler. Akdin meşru olarak ortaya çıkmasının şartları ve sonuçları ise Şâri' tarafından belirlenmektedir. İslâm hukukçuları bu şartları ya sarih bir nastan ya da nass üzerine yapılan kıyastan çıkarmışlardır.

Kur'an-ı Kerîm'de insanların sahip oldukları malların intikallerinin karşılıklı rıza esasına dayalı olması gerektiği ifade edilmiştir.⁷ Demek ki borcun kaynaklarından biri olan akdin meydana gelmesi için öncelikle karşılıklı rıza gerekmektedir. Karşılıklı rızanın en bilindik tezahür şekli "icâb ve kabûl"dür. İcâb ve kabûlün varlığı, icâb'da bulunacak şahsın varlığı ile kabul edecek şahsın varlığını zorunlu kılar. "Âkidân" (akde taraf olanlar) diye ifade edilen bu kimselerin irade beyanlarının hukukî bir sonuç doğurabilmesi için hukuken bu işe ehil olmaları gerekmektedir. Hukuken ehil olan kimselerin iradelerinin birleşmesinin bir nedeni olmalıdır. İşte bu nedene "akdin mevzûu" denmektedir. Akdin mevzûu akdin asıl amacını ortaya koyar. Bu amacın bir de aracı vardır. O da tarafların iradelerinin taalluk ettiği şeydir ki buna da "akdin mahalli" adı verilmektedir. Bunu bir örnekle açıklayacak

6 H. Yunus Apaydın, "İn'ikâd", *DİA*, Ali Rıza Baskan Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul 2000, XXII, 314.

7 4/Nisâ: 29.

olursak, bir araba satışında mülkiyetin intikal etmesi akdin mevzûunu, araba ise akdin mahallini oluşturmaktadır.

Âkidân, îcâb-kabûl, akdin mevzûu ve akdin mahalli en genel ifadeyle akdin unsurlarını meydana getirir. Unsurları diyoruz, zira bunların akdin ruknû olduğu hususunda ittifak yoktur. Hanefilere göre akdin yegâne ruknû îcâb ve kabûldür⁸ ya da îcâb ve kabul yerine geçen davranıştır. Dolayısıyla ehlerinden (âkil ve bâliğ kimse gibi) sâdır olup, mahalline (mal ve semen vb.) muzaf olan îcâb ve kabul ile akid meydana gelmiş, in'ikâd etmiş demektir.⁹ Diğer unsurlar ise az önce de ifade ettiğimiz gibi îcâb ve kabûlün zorunlu sonuçlarıdır. Dolayısıyla iradeler hukukun öngördüğü şekilde birbirine bağlanırsa akit meydana gelir.¹⁰ Rukû, secdeler ve kıraat da namazın rukûnlarıdır. Çünkü namaz denilen ibadet aslen bu fiiller ile meydana gelir. Buradan hareketle, hukukî tasarrufta bulunan ya da ibadeti îfâ eden kimse rukûn değildir. Çünkü şahıslar ibadeti, fiili oluşturan parçalardan biri değildir. Her ne kadar her fiil için bir fail gerekse de fail fiile dâhil değildir. Dolayısıyla akdin tarafları akdin ruknûne dâhil değildir. Ancak Gazâlî gibi bazı fakihler, tarafları da akdin ruknûne dâhil etmektedir.¹¹ Çünkü taraflar akdin oluşumunda temel etkendirler. Karâfî de tarafları akdin rukûnları arasında göstermiştir.¹² Zerkâ'ya göre tarafları akdin ruknûne dâhil etmek, titizlikle ortaya konmuş bir tespit değildir. Gerek taraflar gerekse akdin mahalli ve mevzûu akdin unsurları olsalar da bunlar ıstılahî anlamıyla rukûn değildir. Unsurlar ise ruknû de içine alan daha geniş kapsamlı niteliklerdir. Buna göre rukûn yani îcâb ve kabul, taraflar, akdin mahalli ve mevzûu akdi oluşturan unsurlardır.¹³

Diğer mezheplere göre ise az önce de ifade edildiği gibi îcâb ve kabûl akdin rukûnlarından sadece biridir. Âkidân, akdin mevzûu ve akdin mahalli de

8 Burhanüddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr el-Merginânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübedî*, Dâru Kahraman, İstanbul 1986, III, 21, 51; Ebû Muhammed Mahmûd b. Ahmed el-Aynî, *el-Binâye fi Şerhi'l-Hidâye*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1990, VII, 118; Muhammed Kadri Paşa, *el-Ahkâmu's-Ser'iyye fi'l-Ahvâli's-Sa'hiyye*, Dâru's-Selâm, Kahire 2006, I, 38; Mecelle, md.104; Apaydın, İn'ikad, XXII, 314.

9 Merginânî, III, 51.

10 Zerkâ, I, 300. Ancak hemen şunu ifade etmek gerekir ki, irade uyumu ile meydana gelen akdin sahipsiz akit olduğunu söylemek mümkün değildir. Yani akdin meydana gelmiş olması, meşrûyet kazanması için yeterli değildir. Fesat sebepleri başlığı altında bu konu üzerinde durulacaktır.

11 Ebû Hâmid el-Gazâlî, *el-Vecîz fi fikhi'l-İmâm eş-Şâfiî*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1979, I, 133.

12 Şihabuddîn Ebu'l-Abbâs el-Karâfî, *el-Furûk*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut (t.y.), II, 83.

13 Zerkâ, I, 301. İcâb ve kabulün dışında kalanları akdin unsurları olarak ifade etmiş olmakla birlikte, bazı İslâm hukukçularının diğer üç unsuru akdin in'ikad şartları arasına katarken, bazılarının ise sıhhat şartlarını da akdin rukûnlarına dâhil ettikleri öne sürülmektedir. Bkz. Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1991, II, 62.

akdin diğer rukûnlarıdır. Biz bunları unsur başlığı altında ifade ederek açıklamaya çalışacağız.

III. Akdin Unsurları

Akdin unsurlarına geçmeden evvel şunu ifade etmek gerekir ki, bazı klasik eserlerde akdin unsurları ele alınırken ifade edilen hususlar, diğer bazı eserlerde, bizim de tercih ettiğimiz şekliyle ayrı bir başlık olarak in'ikâd şartları içinde incelenmektedir. Bu sebeple bütünüyle bir metodu benimseyip, diğerini terk etmiş olmamak adına bazı hususlara her iki başlık altında yer vermeyi uygun gördük.

A. İrade Beyanı:

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre akdin en önemli unsurlarından birisi *irade beyanı*dır. Hatta Hanefilere göre iradelerin irtibatını sağlama yönündeki teşebbüsün en açık bir şekilde ortaya konmasını sağlayan ve “îcâb ve kabûl” olarak ifade edilen irade beyanı, akdin yegâne ruknüdür. Ehinden yani akit yapma ehliyetini haiz olan kimseden (âkil ve bâliğ gibi) sâdır olup, mahalline yani mala, semene (altın, gümüş ve para) veya menfaate taalluk eden her îcab ve kabul ile akit in'ikâd etmiş/gerçekleşmiş demektir.¹⁴ Dolayısıyla bey' (satım akdi), icâre, nikâh vb. karşılıklı iki iradenin uyuşması ile meydana gelen tasarruflarda her iki tarafın da birbirine uygun iradelerini şüpheye mahal bırakmayacak şekilde beyan etmeleriyle akit meydana gelir. Talâk, vakıf, hibe vb. tek taraflı tasarruflar da akit kapsamına dâhil edildiğinde kurucu irade sahibinin beyanı akdi meydana getirir. Başka herhangi bir kimsenin rızası aranmaz.¹⁵

B. Taraflar (âkidân):

Taraflar (âkidân), iradelerini ortaya koymak suretiyle akdin kuruluşuna (in'ikâdına) sebep olan şahıslardır. İrade beyanlarının hüküm ifade edebilmesi itibarıyla akde taraf olacak olan kimselerde bazı şartlar aranmakta ve akde

14 Gazâlî, *el-Vecîz* I, 132-133; Merginânî, III, 21, 51; İbn Rüşd el-Hafîd, Ebu'l-Velîd el-Kurtubî el-Endelûsî, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Dâru Kahraman, İstanbul 1985, II, 142; Muhyiddin b. en-Şeref en-Nevevî, *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb*, Matbaatu't-Tedâmun, Mısır (t.y.), IX, 149, 162; Fahrüddin Osman b. Ali ez-Zeylâî, *Tebyinü'l-Hakâik*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2000, IV, 276-279; Zerkâ, I, 294-295.

15 Alâuddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut (t.y.), II, 118-119; Muhammed Ebû Zehra, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd fi's-Şeriatü'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1977, s. 176; Zerkâ, I, 318. İcâb ve kabul ile ilgili geniş bilgi için bkz. Ebû Zehra, s. 176-216; Karaman, II, 63-110.

ehil olma itibarıyla insanlar çeşitli gruplara ayrılmaktadır. Mesela mümeyyiz olmayan çocuk, akıl hastası, bunak, hasta ve temyiz kabiliyeti bulunmayan sarhoşun irade beyanı hukuken muteber değildir.¹⁶

C. Akdin mahalli (ma'kûdün aleyh):

Akdin mahalli akdin özüdür. Tarafların ihtiyaçlarını karşılayan odur. Kendisinde akdin eseri ve hükmü sabit olan şeydir. Mesela satım akdinde mebî' (alım-satıma mahal olan şey), hibe akdinde bağışlanan şey, rehin akdinde rehin bırakılan mal, kefâlet akdinde kefil olunan borç, nikâh akdinde müt'a (cinsellik meşrûiyeti) gibi. Bu sebeple akdin mahalli (ma'kûdün aleyh) akdin hükmünü ve gereklerini ifa edebilmelidir.¹⁷ Bunun için de İslâm hukukçuları beş şart ileri sürmüşlerdir.

1. Akdin mahalli akit konusu olmaya şer'an elverişli olmalıdır. Mesela akit satım akdi ise, satım akdinin ruknü de malın malla mübadelesi olduğundan, akdin mahallinin mal olması gerekir. Buna göre hiç kimse tarafından mal kabul edilmeyen bir şey (hür bir insan, leş, kan, insan ve hayvan tersi, esen rüzgâr vb.) üzerine akit yapılamaz, yapılırsa bu bâtil olur, çünkü ortada akdin mahalli yok demektir. Dolayısıyla bâtil bir akitle amaçlanan mülkiyet hakkının intikali gerçekleşmiş olmaz.¹⁸

Akdin mahalli gayrimüslimlerce mal olarak kabul edilen şarap, domuz, sopayla vurularak öldürülen hayvan vb. olursa, Hanefilere göre akitteki pozisyonlarına göre farklı hükümler ortaya çıkabilir. Şöyle ki, akit malın, mübadele aracı olarak kabul edilen semen (altın, gümüş ve para gibi) ile değişimi suretiyle meydana gelen bey' akdi olursa, bu durumda şarap veya domuz mebî' (akdin mahalli) olacağından bu akit mutlak surette bâtil olur ve mülkiyetin intikali gerçekleşmez. Şayet akit, malın malla trampa usûlü

16 Gazâlî, *el-Vecîz*, I, 133; İbn Rüşd (el-Hafîd), II, 143; Nevevî, IX, 149. Taraflarda aranan şartlar, ehliyetin kısımları, ehliyeti ortadan kaldıran haller, kadının ehliyeti, hastanın ehliyeti, velâyet, vekâlet yoluyla akit ve fuzûlî'nin tasarrufları, tek bir kişinin akdin taraflarını temsil etmesinin hukukî sonuçları hakkında geniş bilgi için bkz. Ebû Zehra, s. 261–348.

17 Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1986, V, 139.

18 Kâsânî, V, 140; Mergînânî, III, 42, 51; Alâuddîn Abdülazîz b. Ahmed el-Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Bezdevî*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1997, I, 547; Molla Husrev, Muhammed b. Ferâmûz, *Durerü'l-Hukkâm fi Şerhi Gureri'l-Ahkâm*, Şeriket-i Sahâfiyye-i Osmâniyye Matbaası, Dersaadet 1319, II, 168.

değiştirildiği *mukayeza* akdi¹⁹ olur ise ve bu mallar, satılması mubah olan mallarla mübadele suretiyle akde mahal olmuşlar ise bu durumda akit fâsit olarak in'ikâd eder. Çünkü aslında gerçek bir alışveriş meydana gelmiş demektir. Mal, bazı gayrimüslimlerce mal kabul edilen şeylerle mübadele edilmiştir ve bu mallar onlara göre alım satımı meşru olan mallardandır. Fasit akdin akabinde mal teslim alınmış ise mülkiyet hakkı doğar ve müşteri mal üzerinde tasarrufta bulunabilir. Ancak fasit olarak meydana gelen bu akitte şarap veya domuz semen gibi değerlendirilmiş ve asıl satın alınmak istenenin, meşru olan mal olduğu kabul edilmiştir. Bu durumda semen olarak belirtilen şarap ve domuz geçerli bir semen olmadığı için satılan malın parasal değerinin belirlenip ödenmesi suretiyle akde meşrûiyet kazandırılmalıdır. Yani akitteki şarap ya da domuz akdin amacı olmaktan çıkarılıp aracı haline getirilerek butlanın önüne geçilmiş olur. Şayet henüz teslimat meydana gelmemiş ise, bu durumda akit feshedilmek suretiyle gayrimeşru durum engellenmiş olur ve bunun yapılması da zorunludur.²⁰

Diğer mezheplere göre ise, daha sonra da ele alacağımız gibi, akitte fâsit ve bâtil ayırımı olmadığından, bir akit ya sahih olarak in'ikâd eder ya da hiç meydana gelmemiş sayılır. Bu yüzden akit mahalli mutlak surette şer'an temiz kabul edilen mallardan olmalıdır. Dolayısıyla insan ve hayvan tersi, köpek, domuz gibi necisü'l-ayn (bizatihi kendileri pis kabul edilen) mallar, şarap ve benzeri necis kabul edilen mallar hiçbir surette akit mahalli olamazlar.²¹ Bu durumda satıma mahal olabilmesi için bir şeyin hem mal olması hem de mütekavvim yani İslâm hukukunca değerli ve satımının meşru olması gerekmektedir. Dolayısıyla akit mahallinin mal olarak değerlendirilmesi yeterli görülmemekte, bu malın aynı zamanda mütekavvim olması gerekmektedir. Binaenaleyh ma'kûdün aleyhin (mebî'in) gayrimütekavvim bir mal olması halinde şayet taraflardan biri Müslüman ise akit meydana gelmez. Zira gayrimütekavvim bir malı mülk edinmek bir Müslüman için meşrû görülmemiştir.²²

19 İbnü'l-Hümmam, Kemalüddin Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu'l-Kadir*, Dâru'l-Fikr, Beyrut (t.y.), VI, 400; Mecelle, md. 122.

20 Kâsânî, V, 140; Merginânî, III, 42, 51; Abdülaziz el-Buhâri, I, 547; Molla Husrev, II, 168-169.

21 Gazâlî, *el-Vecîz*, I, 133; Nevevî, IX, 149.

22 Ebû Zehra, s. 254.

Mal sayılmayan şeylerin satılması bâtil olduğu gibi, hükmen mal sayılmayan şeylerin satılması da bâtildir.²³ Buna göre mescidler satım akdine mahal olamaz. Böyle bir akid in'ikâd etmiş olmaz. Çünkü satım akdi, mülkiyetin satıcıdan alıcıya intikalini gerektirir. Oysa mescid satıcının mülkü değildir ki, satılmak suretiyle alıcının mülkiyetine geçmiş olsun. Mescidler Allah'ın (c.c) mülküdürler. Aynı şekilde bir yerleşim bölgesine ait meralar kamuya ait olduğundan satışa konu olması mümkün değildir.²⁴ Yine akit sebebiyle elde edilecek menfaat şer'an mubah olmayan bir menfaat ise akit gerçekleşemez. Ölünen arkasından ağlasınlar diye ağıt yakan kadınlarla kira akdi yapılamaz.²⁵ Bazı İslâm hukukçularına göre kesilmesi esnasında kasten besmelenin terk edildiği hayvanın satılması da bâtildir. Çünkü bu özellikteki bir hayvanın mal olmadığı nasla sabittir.²⁶

Satım akdinde mahallin meşrû bir mal niteliğine sahip olması gerektiği gibi, nikâh akdinde de evlenilecek kadının sürekli ve geçici evlenme engeli olan bir kadın olmaması gerekir.²⁷ Mesela bir kimsenin neseben akrabası olan kimselerle (anne, kız, kız kardeş, teyze, hala vs.), sıhriyet sebebiyle akrabası olan kimselerle (karısının annesi, kız kardeş, halası, teyzesi vs.) ve süt akrabası ile evlenmesi durumunda ortada akit mahalli olmaya elverişli bir kimse olmadığından akit geçersiz olur.

Aynı şekilde vakıf malı -genellikle temlik ve temellüke elverişli olmadığından- satılamaz. Taze sebzelerin rehin olarak bırakılması ile rehin akdi gerçekleşemez. Çabuk bozuldukları için rehlin amacına uygun değildir.²⁸

2. Akdin mahalli olan mal, satın alan kimseye bir faydası dokunacak kadar değere sahip olan bir mal olmalıdır. Dolayısıyla şer'an değersiz kabul edilen mallar satım akdinin mahalli olamaz.²⁹ Bir şeyin mal vasfını kazanması, insanı cezp etmesine, ikram edilmesi ya da kısılmasına, başkalarından gerektiğinde alikonmasına, insanların hepsinin ya da bir kısmının onu edinmek istemesine bağlıdır. Buna göre bir buğday tanesi mal kabul edilmediği için satılması sahih değildir. Çünkü kendisinin kullanılması, tüketilmesi itibarıyla caiz ol-

23 Molla Husrev, II, 168.

24 Mergînânî, III, 44.

25 Ebû Zehra, s. 254-255.

26 Molla Husrev, II, 168.

27 4/Nisâ: 23.

28 Mergînânî, III, 42; Zerkâ, I, 342; II, 651; Apaydın, *İn'ikâd*, XXII, 315.

29 Gazâlî, *el-Vecfz*, I, 133-134; Nevevî, IX, 149.

ması mütekavvim olmasını sağlarken, bir adet oluşu, insanın onu mal olarak görüp muhafaza etme ihtiyacında bulunmayışına sebep olduğundan mal olma vasfına sahip değildir.³⁰

3. Mal, lehine akit yapılan kimsenin mülkü olmalıdır.³¹ Akit anında malın fuzulî ya da gâsıb tarafından satılmasının meşrûyeti ise İslâm hukukçuları arasında ihtilaflıdır.³²

4. Satılacak olan mal, sahibi tarafından müşteriye teslimi mümkün olan (makdûru't-teslîm) bir mal olmalıdır. Kaybolmuş bir hayvanın satışı, gasp edilmiş bir malın satılması, yükseklere yuva yapmış bir güvercinin gece yuvasına döner düşüncesiyle satılması geçersizdir, sahih değildir.³³ Ancak burada asıl olan semen değil mebî'dir. Bu sebeple mebîn teslimine güç yetirebilmek şartı asıl aranan şarttır.³⁴

İslâm hukukunda "ma'dumun bey'i" olarak ifade edilen, mevcut olmayan malın satışının yasaklanması da bu kapsam dâhilindedir. Zira akdin mevzû olan mülkiyetin –gerek mal mülkiyeti olsun gerekse menfaat mülkiyeti olsun- meydana gelebilmesi için ortada mevcut bir şeyin bulunması gerekir.³⁵ Bu yüzden havadaki kuş akit mahalli olmaya elverişli değildir ve bu tür bir alışveriş bâtildir.³⁶ Aynı şekilde henüz başağındaki buğdayın unu, zeytindeki yağ, susamdaki yağ, üzümdeki şıra, sütteki yağ, henüz canlı olan hayvandan et satmak ma'dumun bey'i kabilinden olduğu için satım akdinde mahal olmaya elverişli değildir.³⁷ Yine hayvanın spermelerinin satılması, doğmamış yavrunun satılması, yavrunun yavrusunun satılması bâtildir.³⁸

5. Akdin mahalli kapsamında son olarak ele alacağımız husus semen faktörüdür. Semen bey' akdinin ruknüdür. Bu sebeple semensiz satışın varlığından söz etmek mümkün değildir.³⁹ Semen nefyedildiği, bilinçli olarak olmaması

30 Molla Husrev, II, 168.

31 Gazâlî, *el-Vecîz*, I, 134; Nevevî, IX, 149; Ali Haydar (Hoca Emin Efendizâde-Küçük), *Durerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Matbaa-i Tevsî-i Tıbâat, İstanbul 1330, I, 603.

32 Mergînânî, III, 68; Ali Haydar (Küçük), *age.*, Matbaa-i Ebu'z-Ziyâ, Kostantiniyye 1330, II, 873–874.

33 Gazâlî, *el-Vecîz*, I, 134; Nevevî, IX, 149; Ebu'l-Kasım Abdülkerim b. Muhammed er-Râfî, *Fethu'l-Azîz Şerhu'l-Vecîz* (Nevevî, el-Mecmû' adlı eserle birlikte), Matbaatu't-Tedâmun, Mısır (t.y.), VII, 190.

34 Abdülaziz el-Buhârî, I, 547.

35 Kâsânî, V, 138. Geniş bilgi ve ihtilaflar için bkz. Ebû Zehra, s. 256–258.

36 Mergînânî, III, 45.

37 Kâsânî, V, 139; Râfî, VII, 190.

38 Molla Husrev, II, 168.

39 Mergînânî, III, 51, 165; Aynî, VIII, 457; Abdülhayy el-Leknevî, *Şerhu'l-Hidâye*, İdâratü'l-Kur'ân ve'l-

öne sürüldüğü akitler, ruknün reddedilmesi anlamına geldiğinden bâtuldir, ancak semenin belli bir sebeple ifade edilmediği ya da unutulduğu akitler fâsittir.⁴⁰

Satım akdinde semenin konumu bu olmakla birlikte, nikâh akdinde mehir aynı fonksiyonu icra etmemektedir. Zira semenin belirsizliği satım (bey^ç) akdinin fesadına sebep olurken, mehrin belirsizliği nikâhı ifsad etmemektedir.⁴¹

Burada şu hususun da altını çizmek gerekir ki, akdin meşrûiyet sebebi insanın muhtaç olduğu malı elde edebilmesini sağlamaktır. Mademki insanın menfaati asıl olarak mala sahip olmayı gerektirmektedir, mademki semen sadece asıl ihtiyaca ulaşmak için bir vesiledir, bu sebeple satım akitlerinde mallar asıl, semenler ise ona tabidir ve vasıf mesabesinde. Bu sebeple mebûin helaki ile akit feshedilirken semenin helaki aynı önemi haiz değildir.⁴²

D. Akdin mevzûu (konusu):

Çağdaş İslâm hukukçuları *akdin mevzûu* (konusu) ifadesiyle, akit yoluyla elde edilmek istenen asıl şeyi kasdetmektedirler. Aynı türden olan akitlerin amacı genelde aynı olur. Akit türü farklılaşınca amaç da farklılaşır. Satım akdinin mevzûu mülkiyetin ıvaz mukabilinde müşteriye intikalini sağlamaktır. Hibe akdinde, bağışlanan malı karşılıksız olarak bağışlanan şahsa temliktir. İcare akdinde, kiralanan şeyin menfaatini bedel mukabilinde temlik etmektir. Âriyette (ödünç verme), bedelsiz olarak menfaatin temlikidir. Akdin mevzûu bazen paraya olan ihtiyaç, sattığı şeyden hoşlanmadığı için elden çıkarma arzusu, kâr etme, ya da malı kaçırma niyeti olabilir.⁴³

Buraya kadar anlattıklarımızı göz önünde bulundurarak şunu ifade edelim ki, İslâm hukukçularına göre akdin mün'akid olmuş sayılabilmesi için bu temel unsurların ayrıca bir takım şartları taşıması gerekmektedir. Bütün akitlerde ortak olan şartlar yanında her bir akde mahsus özel şartlar da bulunmaktadır. Mesela nikâh akdinin in'ikâdı için aranan şahit şartı diğer akitlerde aranmamaktadır.⁴⁴ Aynî akitlerde akdin in'ikâdı için teslim şartı aranmaktadır. Ya da satım (bey^ç) ve hibe gibi muavazalı akitlerde, mülkiyetin intikalini gerektiren akitlerde akdin bir şarta bağlanmaması zorunluluğu özel in'ikâd şartları arasında sayılabilir. Akdin türüne göre öne sürülen özel in'ikâd şartları

Ulûmi'l-İslâmiyye, Karaçi 1417, VI, 39.

40 Molla Husrev, II, 169.

41 Mergînânî, III, 162.

42 Abdülaziz el-Buhâri, I, 547.

43 Zerkâ, I, 315.

44 Muvaffakuddîn İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 340

ile taraflarca öne sürülmesi muhtemel ilave şartlar* fıkıh kitaplarının ilgili bölümlerinde ele alınmış olup detayların oraya bırakılması uygun olacaktır. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, bu tür akitlerde öne sürülen belli şeylerin gerçekleşmesi şartı yani akdin geçerliliğinin bu şartların yerine getirilmesine bağlanması, bir başka ifadeyle akdin mevkûf hale getirilmesi, akdin in'ikâdını engeller ki, şartın tahakkuk etmemesi halinde akit batıl olur.⁴⁵

IV. Akdin Şartları (İn'ikâd Şartları)

Yukarıda ana hatlarıyla akdin unsurlarını belirttik. Şimdi ise bu unsurlardan ayrı olarak mütalaa edilmesi mümkün olan⁴⁶ ve in'ikâd şartları olarak ifade edilen hususları ele alalım. Bu hususları şu şekilde sıralamak mümkündür:

* Tarafların akit esnasında öne sürecekleri ilave şartların hükmünü şu şekilde özetlemek mümkündür: Taraflar akdin muktezasına aykırı şartlar ileri süremez. Tarafların haklarını dengede tutmak adına şer'an veya ictihaden ortaya konan temel ilkelere –ki bunlara akdin muktezası denir- aykırı şartlar öne sürülürse akit fâsit olur. Hanefîlerin ve genel olarak Mâlikîlerin görüşü bu yöndedir. Akde şer'an mevcut olmayan bir şart konulmasına karşı en az müsamahalı olan mezhep Şâfi mezhebidir. Şeriatın izin vermediği hiçbir şart konamaz. Hanefîlere göre akdin gereği/sonucu olanın dışında taraflara fazladan bir menfaat sağlayan her şart muavazalı akitleri fesada uğratar. Ancak bunun istisnaları vardır. Hanbelîler de diğer mezhepler gibi akdin muktezasına aykırı her şartın akdi ifsat edeceği görüşündedirler. Ancak onlar “akdin muktezası” kavramının sınırlarını oldukça geniş tutmaktadırlar. Onlara göre akdi yapan tarafların ya da tarafın menfaatine uygun olan şart meşrû olduğu sürece akdin muktezasına dâhildir. Ebû Zehra'ya göre akitlerde şart koşma hürriyeti ile ilgili üç farklı görüş vardır. Hanefî, Mâlikî ve Şâfi'ilere göre şeriate aykırı olan ve akdin gereği olmayan hiçbir şarta itibar edilmez. Mesela evlenecek olan bir kadın, nikâh akdi esnasında, kocasının kendisi üzerine ikinci bir eş almamasını şart koşamaz. Ya da nikâhtan sonra, buldukları şehirden başka bir şehre taşınmamaları şartını öne süremez. Zira bu şartlar nikâh akdinin gereği / zorunlu sonucu olan şartlar değildir. Aksine akdin gereğinin ötesinde, fazladan olan şartlardır ki, bunlara itibar edilmez. Hanbelîlere göre şer'an yasak olmayan her şart bağlayıcıdır. Dolayısıyla nikâh akdi esnasında öne sürülen yukarıdaki şartlara riayet zorunludur. Aksi durumlar, öngörülen hukukî sonuçları doğurur. Zâhirîlere göre şer'an gerekli görülmemeyen ve uyulması zorunlu kabul edilmeyen hiçbir şart geçerli değildir. Zira şer'î / hukukî sorumlulukların kaynağı akdin tarafları değil, tarafların irade ve ifadeleri üzerine hüküm ortaya koyan şer'iattır. Buna göre 1) Mâlî bedelle yapılan akitler (bey', kısmet, mal mukabilinde sulh ve icare gibi) nikâh, hibe, sadaka, vasiyet ve vakıf gibi teberrûlar ne ta'likî ne de bir şeye izafeti kabul eder. Derhal in'ikâd etmeleri gerekir. Bir şarta ya da bir zamana izafe edilirlerse bâtil olurlar. İleri sürülen şart gerçekleşse de veya söylenen vakit gelmiş olsa da akit in'ikâd etmiş olmaz. 2) Vekâlet, mümeyyiz çocuğa ticaret izni gibi “ıtlâkât” şeklinde ifade olunan akitler, hâkim, işçi ve diğer görevlilerin atanmasına yönelik “velâyât” diye ifade edilen akitler, vekil ve görevlilerin azli, ticarete izinli kişinin engellenmesi gibi “takydât” akitleri, kefâlet gibi sorumluluk yüklenme akitleri mülâim olan şartlara bağlanmayı kabul eder. 3) Talâk, itâk, şuf'a hakkını düşürme gibi sırf düşürme akitleri mutlak olarak şarta bağlanmaya elverişlidir. Mülâim olsun olmasın hüküm aynıdır. Gelecek zamana izafeti de kabul eder. 4) Bey', icare ve benzeri malî bedelli akitler şer'an muteber olan sahih şartla takyidi kabul eder. 5) Bazı şartlara ta'likî, bazı şartlarla takyidi ya da belli zamanlara izafeti kabul eden her akit feshi de kabul eder. Geniş bilgi, öne sürülmesi muhtemel sahih, fâsit ve bâtil şartların mezhepler bazında durumu ve değerlendirmesi için Bkz. Ebû Zehra, s. 235–244; Zerkâ, I, 476–514.

45 Zerkâ, I, 340–341.

46 Mecelle'nin rukûn ve in'ikâd şartları tasnifi için bkz. Haydar Efendi (Küçük), I, 602–603.

A. Taraflar Akde Ehil Olmalıdır

Tarafların her biri hukuken (şer'an) doğrudan akit yapabilme yetkisini haiz olmalıdır. Buna göre bir kimse akdin her iki tarafı birden olamaz. Ayrıca mecnûn, mümeyyiz olmayan küçük çocuk doğrudan akit yapamaz. Bazı akitlerde tarafların veya bir tarafın ehliyeti nâkıs olur ki bu durumda akdin tamamen yok sayılması söz konusu değildir. Böyle durumlarda yapılan akdin türüne göre sonuçları farklılık arz etmektedir.⁴⁷

B. Akit, Şer'an Bâtıl Olduğunu Gösteren Bir Nass İle Yasaklanmış Olmamalıdır

Şer'an yasak olan bir akit, hükmen bâtıl demektir. Akdin yasak oluşu bazen akdin yapılaş şekli sebebiyle ilgilidir. Nitekim Hz. Peygamber mülâmese, münâbeze, taş atma, müzâbene ve muhâkale adı verilen Cahiliye döneminden kalma akit türlerini yasaklamıştır.⁴⁸

Bazı akitler ma'kûdunaleyh yani akdin mahalli sebebiyle yasaklanmıştır. Hz. Peygamber hayvanın memesindeki sütün satışını yasaklamıştır. Aynı şekilde buğdaydaki unun, zeytindeki yağın, susamdaki yağın, üzümdeki şıranın, sütteki yağın satışı ma'dumun bey'î kabilinden olup satılmaları caiz değildir. İnsanın bütün organları, insan vücuduna ait her bir parça, saygınlığı sebebiyle akde konu olmaya elverişli değildir. Binaenaleyh bir kadının sütü, bir insanın saçı satılmaz. Dolayısıyla bunların satılması söz konusu olduğunda akit in'ikâd etmiş olmamaktadır.⁴⁹

Akitler bazen de mevzûu (aslî gerekçesi) sebebiyle yasaklanmışlardır. Mesela kısıtlı (mahcûr) küçüğün malından bağışta bulunulması bu kabildendir. Bizzat çocuğun kendisi dâhil, velisi, vasîsi ya da hâkim böyle bir tasarrufta bulunamaz. Çünkü şer'an hiç kimsenin böyle bir bağışta bulunma yetkisi yoktur. Bu sebeple söz konusu hibe akdi bâtıldır.⁵⁰

47 Kâsânî, V, 135; Zerkâ, I, 341; II, 651.

48 Mülâmese: Mebîe dokunmak suretiyle yapılan satış. Görmese bile bir kimsenin eliyle dokunmasıyla akit tamamlanmış olur. Münâbeze: Karşılıklı bırakma suretiyle meydana gelen satım akdidir. Biri el-biseyi diğeri bırakır veya atar, diğeri de karşısındakine aynı şeyi yapar ve satım akdi gerçekleşmiş olur. Taş atma (hasât): Elindeki çakıl taşı düşünce satım akdinin bağlayıcı hale geldiği satım akdidir. Müzâbene: ağaçtaki hurmayı aynı ölçüde toplanmış hurma mukabilinde satmaktır. Muhâkale: başağındaki buğdayı aynı ölçüde biçilip işlenmiş buğday mukabilinde satmaktır. Geniş bilgi ve kaynaklar için bkz. Gazâlî, *el-Vecîz*, I, 138; Mergînânî, III, 44; İbn Kudame el-Makdisî, *Ravda*, II, 657.

49 Kâsânî, V, 139; Mergînânî, III, 54-46.

50 Gazâlî, *el-Vecîz*, I, 138; Zerkâ, I, 342-343.

Daha sonra müstakil olarak ele alacak olmamıza rağmen hemen şunu ifade etmek gerekir ki, Hanefilere göre mücerret şer‘î bir yasak her zaman akdin in‘ikâdına engel değildir. Yasak akdin özüyle, aslıyla ilgili değilse akit fâsit olarak in‘ikâd edebilir.

C. Akitte Şer‘an Talep Edilen –Türüne Özgü- Şartlar Yerine Getirilmiş Olmalıdır

Mesela nikâh akdi için diğer akitlerde aranmayan “şahitler” şartı vardır. Dolayısıyla nikâh akdinin in‘ikâdı için şahitlerin bulunması gerekir. Aynı şekilde aynı bir akdin in‘ikâdı için malın teslimi şarttır.⁵¹

D. Akit Tarafların Amacını Gerçekleştirmeye Elverişli Olmalıdır

Malını emanet bırakan (mûdî) bir kimse, emanet bıraktığı şeyin zayi olması ihtimaline binaen kendini garantiye almak adına emaneti teslim alan kimseden bir malı rehin olarak alacak olsa, bu rehin alma işi, amacı tahakkuk ettirmez. Şöyle ki, vedîada mal, emanet alan kimseden kaynaklanan bir ihmâl, kusur olmaksızın helâk olduğunda, karşılık olarak bir başka malı rehin alan kimse, rehin aldığı malı satarak zararını karşılayamaz. Çünkü böyle bir hakkı yoktur. Rehın akdi in‘ikâd etmediğinden bu faydasız, geçersiz bir akit niteliğindedir.⁵²

İki kişi aralarında, taraflardan birinin bir haramı irtikâp etmemesi mukabilinde ya da kendisine vacip (farz) olan bir ibadeti yapması mukabilinde bir malın bedel olarak verilmesi şeklinde bir akit yapamazlar. Zaten yapmakla mükellef oldukları şeylere mukabil bedel talep etme hakları olmadığından böyle bir akit bâtıldır.⁵³ Zerkâ’ya göre bu genel kuralın bazı istisnaları vardır. Müezzinlik, imamlık, Kur’ân-ı Kerîm öğreticiliği mukabilinde bedel alınacağı yönünde yapılan bir icâre akdi zarurete binaen caiz görülmüştür. Ancak ücretle Kur’ân-ı Kerîm okumak bu cevaz kapsamına dâhil değildir.⁵⁴

51 Ebu'l-Leys Nasr b. Muhammed b.Ahmed b. İbrahim es-Semerkanî, *Hizânetü'l-fikh*, Thk. Muhammed Abdüsselam Şahin, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2005, s. 98–99; İbn Rüşd el-Hafîd, II, 14–15; İbnü's-Sââtî, Muzafferuddîn Ahmed b. Ali b. Sa'leb, *Mecmau'l-bahrayn ve mülteka'n-neyyirayn*, Thk. İlyas Kaplan, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2005, s. 510–511; Nevevî, IX, 154; Kadri Paşa, I, 46; Zerkâ, I, 346.

52 Zerkâ, I, 346; Apayın, İn‘ikâd, XXII, 315.

53 Kâsânî, IV, 191–192.

54 Zerkâ, I, 347.

E. Kabûlün Vukûuna Kadar İcâb Sahih Olarak Geçerliliğini Sürdürmelidir

Kabul edecek olan taraf henüz iradesini beyan etmeden icâbta bulunan kimse teklifinden rucû ederse, akabinde gelecek olan kabûlün bir önemi olmadığından akit in'ikâd etmez. Aynı şekilde icâbta bulunan kimsenin vefatı, ehliyetinin ortadan kalkması, icâbı iptal eder.⁵⁵

F. Akitte Meclis Birliği Sağlanmış Olmalıdır

Akit meclisi, tarafların akdi konuşurlarken içinde buldukları durumdur. Teklife cevap gelmeden meclis bozulur, değişir ise icâb geçersiz olur.⁵⁶ Bundan sonra kabul gelse de akit in'ikâd etmez. Aksine bu kabul yeni bir icâb olarak değerlendirilir ve bu icâb ile yeni bir meclis meydana gelmiş olur. Akid meclisi teorisi, teklifin kabûlü için tanınan süreyi sınırlamış olur. Bu süre içinde teklifi alan tarafın, düşünme fırsatı vardır. Teklife derhal cevap verme zorunluluğu olmaksızın bu süre zarfında düşünerek kabulde bulunabilmektedir. Akdin in'ikâd etmesi için teorik olarak aslında kabûlün hemen icâbın peşi sıra gelmesi gerekmektedir. Ancak bu prensip, uygulamada zorluklara sebep olduğundan İslâm hukukçuları meclisin saatlerini tek bir zaman dilimi gibi kabul etmişlerdir.⁵⁷ İcâbla başlayan akit meclisi, kabulde, tarafların anlaşmasıyla yani akdin in'ikâdıyla, tarafların birbirinden ayrılmasıyla, taraflardan birinin teklife sırt çevirmesiyle (kalkıp gitmesi gibi veya bir başka işle meşgul olması gibi) sona ermektedir.⁵⁸

İn'ikâd şartları başlığı altında sayılan bu altı şarta ilaveten Hanefîlerin⁵⁹ dışında kalan fıkıh ekolleri, "rıza"yı da akdin in'ikâd şartları arasında saymakta, aksi halde in'ikâddan söz edilemeyeceğini öne sürmektedirler.⁶⁰

55 Nevevî, IX, 169; Ebû Zehra, s. 177; Zerkâ, I, 347.

56 Zeylaî, IV, 280.

57 Kâsânî, V, 137; Mergînânî, III, 21; İbn Rüşd (el-Hafîd), II, 141-142; Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Kudâme, *el-Muğni*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut (t.y.), IV, 7-9; Nevevî, IX, 169; Kadri Paşa, I, 43; Ebû Zehra, s. 177-178; Zerkâ, I, 348.

58 Ali Haydar (Küçük), I, 66; Zerkâ, I, 349. Çeker, s. 60.

59 Dâmâd Efendî, Abdullah b. eş-Şeyh Muhammed b. Süleyman, *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, Dâru't-Tibâtî'l-Âmire, Dersaadet 1319, II, 3.

60 Sahnûn b. Saîd et-Tenûhî, *el-Müdevenetü'l-Kübra*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, II, 79, 83, 100; Ebû İshak İbrahim b. Ali el-Firûzâbâdî eş-Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, Matbaatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evladih, Mısır 1976, I, 342; Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ebî Ömer b. Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-Kebîr* (Muvaffakuddîn İbn Kudâme, *el-Muğni* ile birlikte), Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut (t.y.), IV, 5; Nevevî, IX, 158-159; Ebû Zehra, s. 198. Cumhuriyet her ne kadar prensip olarak akitte rızayı şart koşsa da özellikle nikâh akdinin bazı hükümlerinde, mesela babanın bakiye

Hanefilerin akitlerdeki rıza şartına yaklaşımları ise diğerlerinden farklıdır. Şöyle ki, insanların tasarruflarında *rıza* ve *tercih* olmak üzere birbirinden farklı iki fonksiyon vardır. Bu iki kavram birbirinin zıddı olmamakla birlikte aralarında şöyle bir fark vardır. Tercih bir şeyi yapmak veya yapmamak hususunda kalbî bir teveccühden ibarettir. Kalbin bu teveccühünde hoşnutluk da varsa buna rıza denir. Ancak kişi yapmış olduğu tercihten her zaman hoşnut olmayabilir. Bu durumda tercihin varlığından söz edilirken rıza söz konusu değildir.⁶¹

Buna göre dışarıdan gelen bir baskı ki buna hukuk dilinde ikrah denilmektedir, bazen rızayı yok ettiği gibi tercihi (ihtiyarı) de ifsat etmekte, zedelemektedir. * Bazen ise rızayı yok ettiği halde tercihi ifsat etmemektedir.** “Tercihten ifsadi” yok olması anlamına gelmemekte, korku sebebiyle zarar gördüğü, zedelendiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla zarar da görse ortadan kalkmayan bir tercih her zaman var demektir. Tercih gücünün ortadan kalmaması sebebiyle ikrahın her iki çeşidi de kişiden ne ehliyeti kaldırmakta ne de ilâhî hitabın kendisine yönelmesine engel olmaktadır. Çünkü teklifi gerekli kılan zimmet, akıl ve bulûğ kişideki varlığını sürdürmektedir. İkrâhın varlığı ise kulluğun gereği olan imtihanın tezahüründen ibarettir. Böyle olmamış olsaydı fiillerdeki azimet ve ruhsat yönü izah edilemezdi. Çünkü kendisinden mükellefiyet kalkan bir kimse tercihi sebebiyle nasıl sevap kazanmış olur? Ya da domuz eti yemektense açlıktan ölmeyi tercih eden bir kimse nasıl günah işlemiş sayılabilir? Oysa günah ve sevap ancak ilâhî hitabın yönelmesinden sonra söz konusu olur.⁶²

Hanefilerin bu genel kabulünü belirttikten sonra, asıl konumuzun da bu olmadığı hususunu göz önünde bulundurarak ifade etmek gerekir ki, zorlamanın meydana geldiği durum ya zorlayanın (mükrih) kendi başına da yapabileceği bir husustur ya da kendi başına yapması asla mümkün olmayan bir

kızını evlendirmesinde kızın izin ya da rızası hususunda farklı görüşlere sahiptir. Bkz. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 3–6.

61 Ali Haydar Efendi (Büyük), *Usûl-i Fıkâh Dersleri*, el-Mektebetü'l-Mahmûdiyye, İstanbul (t.y.), s. 544–545.

* İkrâhın bu çeşidine *ikrâh-ı mülcî* denilmektedir ki, kişiyi ölümle, bir organını telef etmekle veya bunlardan birine sebep olacak şekilde şiddetli dövmele tehdit demektir. Bkz. Türk Hukuk Lügati, s. 155.

** İkrâhın bu çeşidine *ikrâh-ı gayrimülcî* denilmektedir. Dövme ve hapis gibi yalnız elem ve kedere sebep olacak şeylerle tehdit demektir. Bkz. THL. s. 155.

62 Fâhru'l-İslâm, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed Ebu'l-Usr el-Bezdevî, *Kenzu'l-vusûl ilâ ma'rifeti'l-usul* (Abdülaziz el-Buhârî-*Keşfü'l-esrâr* ile birlikte), Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1997, IV, 631–634; Haydar Efendi (Büyük), s. 546–547.

hususudur. Mesela birini öldürme, zorlayanın kendi başına da yapabileceği bir fiil iken, bir malı satma, eşi boşama gibi kavli tasarruflar zorlayanın kendi başına asla yapamayacağı türden davranışlardır. İşte bu tür kavli tasarruflar mükrehe nisbet edilir. Çünkü sözün hükmü söyleyene aittir. Bununla birlikte kavli tasarruflar da feshedilebilir olanlar ve feshi kâbil olmayanlar olarak iki kısma ayrılmıştır. Feshedilemeyen kavli tasarruflar boşama (talâk), köle azadı (itâk), nikâh, boşanmadan rücu, kisası af, yemin, adak (nezir), zihâr*, ilâ** ve fey (ilâ'dan vazgeçmek) olmak üzere on tanedir. Bunlar ikrahla bile meydana gelse sahihtir yani mükrehin sözü bâtil olmaz, hüküm ifade eder. Bey' (satım) ve icâre (kira) gibi feshedilebilir kavli tasarruflar ise ehlerinden sâdır olmaları ve mahallinde vaki olmaları hasebiyle in'ikâd şartlarını haiz olduklarından mün'akid sayılırlar. Ancak rızanın yokluğu sebebiyle bu tür akitler fâsit olarak in'ikad etmiş sayılmaktadırlar⁶³ ki az sonra bu konuyu ele alacağız.

Rıza şartı ile ilgili temel farklılıkları belirtmek için açtığımız parantezi kapatırsak, hem Hanefilere hem de diğer mezheplere göre, sayılan bu in'ikâd şartlarından birinin yokluğu halinde –şeklen bir akit varmış gibi görünse de- hukûken (şer'an) varlık kazanmış bir akitten söz edilemez. Hak doğurma açısından varlığı ile yokluğu aynı hükümdedir. Akit bâtil demektir.⁶⁴

Gerek akdin unsurları ve gerekse in'ikâd şartları itibarıyla buraya kadar sıralamış olduğumuz unsur ve şartların yokluğunun, akdin de yokluğu anlamına geldiğini ifade ettik. Burada akla iki soru gelmektedir. Birincisi: Bu unsur ve şartlar varsa akit mün'akid olmuş sayılır mı? İkincisi: Akdin mün'akid olmuş olması sahih olarak doğmuş olması anlamına da gelir mi?

Hem cumhura hem de az önce de ifade ettiğimiz gibi Hanefilere göre bu şartların varlığı akdin sahih olarak vücûda gelmesi için yeterli değildir. Bu hususta ittifak vardır. İhtilaf olan kısım ise, kaydedilen aşama ile ilgilidir. Yani akdin in'ikâd edip etmemesi meselesidir. Hanefilere göre bu şartları haiz bir akit, mün'akid olmuş, ancak bünyesinde bazı sorunları barındırması sebebiyle

* Zihâr: Kocanın karısını müebbeden mahremi olan bir kadının bakmak caiz olmayan bir uzvuna benzetmesidir. Cahiliye döneminde bir boşama çeşidi olan zihar, İslâm'da yasaklanmış, böyle bir davranışta bulunan kocaya keffâret cezası verilmiştir. Bkz. THL., s. 371.

** İlâ: Kocanın karısına dört ay veya daha uzun bir süre yaklaşmayacağı, onunla cinsel ilişkide bulunmayacağına yemin etmesidir. Bu süre zarfında sözünde durur da karısına yaklaşmazsa bir bain talak meydana gelir. İlâ'dan rücu eder de karısına yaklaşırsa keffâret gerekir. Bkz. THL., s. 157.

63 Haydar Efendi (Büyük), s. 548. Ayrıca bkz. Mergînânî, III, 23, 51.

64 Kâsânî, V, 305; Zerkâ, I, 350.

fasit olarak mün'akid olmuş olabilir. Cumhura göre ise akdin in'ikâdı aynı zamanda sıhhati demek olduğundan bir akit ya sahih olarak in'ikâd etmiş ya da hiç in'ikâd etmemiş demektir.⁶⁵ Yani akdin sahih olarak ortaya çıkabilmesi, akdi fesada uğratacak sebeplerden uzak olmasına bağlıdır. Bir başka ifadeyle in'ikâdın vukûu sıhhati de sağlamış olmamaktadır. Şimdi bu hususu ele alalım.

V. Fesâd Sebepleri

Yoklukları itibarıyla sıhhat şartı, varlıkları itibarıyla fesat sebebi olan faktörler genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Özel sebepler akid türüne göre farklılık arz etmekte olup, bir akid için varlığı fesâd sebebi sayılan bir şart, bir başka akid için olmazsa olmaz nitelik taşıyabilmektedir. Mesela süre tayini, nikâh ve satım akidini; sürenin tayin edilmemesi de kira akidini fâsid kılar.⁶⁶ Bu sebeple bir genelleme yapamadığımız için özel sebepler üzerinde durmayacağız. Genel fesad sebeplerini ise şu şekilde sıralamak mümkündür:

A. Garar ve cehalet.

1. Garar: Satımı gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen, satıcının, akde konu olan malı teslim edebilmesinin şüpheli olduğu şeylerin satımı halinde söz konusu olur. Mesela çölde kaybolmuş olan bir devenin akit mahalli olması durumunda ortada ciddi bir risk var demektir. Deve bulunabilir de bulunmayabilir de. Bu ihtimal, akdin mahallini in'ikâda elverişli olmaktan çıkarmaktadır. Zira ortada aldatma (garrar) ihtimali vardır. Ma'kudün aleyhteki bu belirsizlik taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olur. Oysa akit, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olacak her türlü aldatma (garrar) ve aldanma ihtimalinden uzak olmalıdır.⁶⁷

İcabla kabulün aynı mahal üzerinde olmayıp farklı mahallere taalluku da akitte garara sebep olur. Mesela bir kimseden büyük kız istenmişken, kızın babasının küçük kızını nikâhlanması akdin butlanını gerektirir. Çünkü icabın taalluk ettiği mahal ile kabulün meydana geldiği mahal birbirinden farklıdır.

65 Şihâbüddin Muhammed b. Ahmed ez-Zencânî, *Tahrîcu'l-Furû' ale'l-Usûl*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1984, s. 186–187.

66 Alâuddîn es-Semerkandî, II, 119; Zerka, I, 351; II, 688–689; H. Yunus Apaydın, "Fesad", *DİA*, Ali Rıza Baskan Güzel Sanatlar Matbaası İstanbul 1995, XII, 419.

67 Gazâlî, *el-Vecîz*, I, 133; Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Rüşd (el-Cedd), *Mukaddemat (el-Müdevvenetü'l-Kübrâ* ile birlikte), Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, V, 409–412; Râfî, VIII, 190; Zerka, I, 315. Garrarın farklı açılardan değerlendirilmesi, vaki ihtilaflar ve geniş bilgi için bkz. İbn Rüşd (el-Hafîd), *Bidâye*, II, 130–132; Ebû Zehra, s. 254–260; Karaman, II, 158–186.

Böyle bir akit meydana gelmiş, in'ikâd etmiş sayılmaz. Aynı şekilde satıcının, müşteriye satmak için pazarlık ettiği maldan başka bir malı müşterinin bilgisi dışında satması halinde akit meydana gelmiş olmaz. Her iki olayda da aldatılan kimselerin daha sonra rızaları alınsa da akit geçerli hale dönüşmez.⁶⁸

Hanefilere göre ma'kûdun aleyhin aslında ve cinsinde olan garar butlanı (anne karnındaki yavru hayvanın, havadaki kuşun satılması gibi); vasfında ve nevi'nde olan garar ise fesadı gerektirir.⁶⁹ Akdin fesâd sebepleri arasında sayılan garar daha ziyade bu anlamdaki garardır. Mesela bir kimse, şu kadar litre süt veriyor olması şartıyla bir inek satarsa bu satım garar yüzünden fâsid olur. Çünkü ineekten o kadar süt alınamaması mümkündür.⁷⁰

2. Cehalet: Gerçekleştiği bilinip de sıfatı bilinmeyen şeyin satımı hakkında kullanılmaktadır. Mesela alınan kıymetli taşın, elmas mı, inci mi ya da pırlanta mı olduğunun bilinmemesi böyledir. Cehalet satılan malda (mebî') olduğu gibi semende de olabilir. Dolayısıyla akdin sahih olabilmesi için bedellerin anlaşmazlığa yol açmayacak ölçüde malum olması, semenin ne miktarında ne de niteliğindeki belirsizlik ve cehaletin bulunmaması gerekir, aksi halde akdin sahih olarak meydana gelmesi söz konusu değildir.⁷¹

Sürenin bağlayıcı önemi bulunan kira vb. akitlerde sürenin belirlenmemiş olması, akitte şart koşulan belgelendirme yollarının meçhul olması da akitlerdeki cehalet kapsamında değerlendirilmektedir. Mesela satıcı müşteriden daha sonra ödenecek bir bedel için bir kefil istediğinde bu kefilin belirlenmesi gerekir, aksi takdirde akid fâsid olur.⁷²

B. Rızayı Bozan Sebepler.

Daha önce akdin in'ikâdında rıza faktörü üzerinde durmuş, Cumhura göre rıza olmadan akdin in'ikâd etmeyeceğini, Hanefilere göre ise fâsid olarak in'ikâd etmiş olacağını belirtmiş ve konuyu rızayı kaldıran etkenlerden sade-

68 Kâsânî, V, 136; Muvaffakuddîn b. Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 444.

69 Muhammed b. Ebî Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rîfe, Beyrut 1986, XII, 194; Mergînânî, III, 45, 46-47; Ali Haydar Efendi (Büyük), s. 37.

70 Mergînânî, III, 43-44; İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrahim b. Muhammed, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd- Dekâik*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, VI, 122.

71 Gazâlî, *el-Vecîz*, I, 134; Kâsânî, V, 137; Mergînânî, III, 22, 162; Nevevî, IX, 149, 171.

72 Mergînânî, III, 24, 49-50; Zerkâ, I, 350; Apaydın, Fesad, XII, 419; Mecelle md. 364. Geniş bilgi için bkz. Mergînânî, III, 162; Zerkâ, II, 689-695; Karaman, II, 166-169; H. Yunus Apaydın, *İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü* (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989, s. 133-135.

ce biri olan ikrah bağlamında ele almıştık. Karaman, hata ve hileyi de rızayı bozan sebepler arasında zikretmiştir.

1. Hata. Bununla kastedilen akdin in'ikâdına mani hata olmayıp, lüzumlu vasıflarıyla ilgili hatadır. Akdin mevzuunda yani satılan malın cinsinde hata olursa akit batıl olur. Çünkü akdin mahallinde yani malın cinsinde hata etmek demek akdin mahallinin bulunmaması anlamına gelir.⁷³ Vasıfta hatanın bulunması halinde müşteri muhayyerdir, dilerse akdi feshedebilir. Ayrıca şahısta hata ve ıvazda (semende) hata olabilir.⁷⁴

2. Hile. Satılacak hayvanı sütlü göstermek gibi fiili hile ve yalan beyan gibi kavli hile çeşitleri vardır. Ayrıca bilerek susma ve gizleme, üçüncü şahıslar tarafından fiyat artırma hileleri de vardır. Bu hilelere maruz kalanların genellikle akdi feshetme hakları vardır.⁷⁵

C. Müfsid Şart.

Müfsid (veya fâsid) şart tek taraflı yarar sağlayan, yasak bir şeyi içeren, akdin muhteva ve amacına veya teâmüle aykırı olan şarttır. Mesela bir malı başka birine satması veya bağışlaması şartıyla veya malı sattıktan sonra bir müddet daha kullanabilme şartıyla yapılan akit; akdin gerektirmediği fazla bir kazancın dayatılması suretiyle yapılan ribalı akit; ikinci bir akdin yapılması şartını zorlayan birinci akit; alıcının mebûi satmaması şartıyla yapılan satım akdi böyledir. Müfsid şart bütün ivazlı (muâvazalı) akidleri fâsid kılar.⁷⁶

Fâsid kabul edilen bütün satım akitleri de Hanefilere göre ribalı akit hükmündedir.⁷⁷ Bu itibarla ortada dinen de bir masiyyet var demektir ve bu sakıncalı durum ortadan kaldırılmalıdır.⁷⁸ Bununla birlikte bâtil bir akitle mülkiyet intikal etmemekte, fakat fâsit bir akitte, tıpkı sahih bir akitte olduğu gibi mülkiyet intikal etmektedir.⁷⁹

Fesâd sebeplerini de bu şekilde ifade ettikten sonra geldiğimiz nokta, bu sebeplerden birinin bulunmadığı akdin sahih; bunlardan birinin bulunduğu

73 Kâsânî, V, 139–140.

74 Geniş bilgi için bkz. Karaman, II, 124–141.

75 Geniş bilgi için bkz. Karaman, II, 142–149.

76 Gazâlî, *el-Veciz*, I, 138–139; Mergînânî, III, 25–26, 48–49; Abdülazîz el-Buhârî, I, 549; Râfîî, VIII, 205; Apaydın, *Fesad*, XII, 420. Müfsit şartların bazıları taraflarca öne sürülen ilave şartlar olarak 44. dipnotu müteakip * işaretleriyle düşülen notta dile getirilmiştir.

77 İbn Nüceym, VI, 112.

78 Mergînânî, III, 51; Dâmâd Efendi, II, 53.

79 Kâsânî, V, 299; Abdülazîz el-Buhârî, I, 530; İbnü'l-Hümmam, VI, 401; Molla Husrev, II, 169.

akdin ise fâsîd olduğudur.⁸⁰ Mecelle'de sahih akid: “Bey’-i sahîh, yani bey’-i câiz, zaten ve vasfen meşrû’ olan bey’dir” şeklinde; fâsîd akid ise, “Bey’-i fâsîd, aslen sahih olup da vasfen sahih olmayan yani zaten mün’akid olup da bazı evsaf-ı hariciyyesi itibarıyla meşrû olmayan bey’dir.” (md. 109) şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla akitteki sorunun, sakıncalı durumun akdin aslında olmasıyla vasfında olması arasında fark vardır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, akdin aslı, onun temel unsurları ve kuruluş şartları demektir. Buna göre taraflar, irade beyanı, akdin mahalli, konusu ve bunlara ilişkin kuruluş şartları (ehliyet, karşılıklı iradelerin birbirine uygunluğu, meclis birliği, akid konusunun teamüle uygun olması vb.) akdin aslını teşkil eder. Akdin vasfı ise, yukarıda da görüldüğü gibi daha ziyade akdin mahalline (ma’kûdunaleyh) ilişkindir. Üzerinde akdin gerçekleştirildiği şeyin/malın tesliminde taraflardan biri için zarar varsa, akid bir garar ihtiva ediyorsa, fâsîd şart veya riba söz konusu ise bu durumlarda akdin butlanından değil, fesadından söz edilir. Mesela gayri mümeyyiz bir çocuğun yapacağı alım-satım, rukûn bulunmayışı sebebiyle “aslen memnû” iken, ribâlî alım-satım bir akit çeşidi olması sebebiyle meşrû fakat ribâlî olması itibarıyla da “memnû”dur.⁸¹ Tabii bu farklılık yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Hanefilere göredir. Onlara göre hukukî düzenlemeye aykırılık şekillerinin aynı derecede tutulması doğru olmadığı gibi farklı aykırılık derecelerinin aynı hükme tâbi tutulması da doğru değildir. Ebû Hanîfe’nin bu konuda “asıl’a asıl ile vasıf’a vasıf ile mukabele etme” şeklinde ortaya koymuş olduğu ölçünün tezahürü de bunu gerektirmektedir. Şu halde fâsîd akid, hukukî varlığı olmayan bâtil akitle, hukukî varlık kazanmış ve muteber sonuç doğuran sahih akit arasında yer almaktadır. Zaten “fesâd” ifadesi de bu duruma işaret etmektedir. Çünkü fesâd, mevcut olan bir şeyde değişme ve aykırı olma anlamlarına gelir. Ortada bir şey olmalıdır ki fesâda uğrasın.⁸²

Hukuken var kabul edilemeyen, gerçekleşmesi mümkün olmayan bir şeyi yasaklamak abestir. Âmâ bir kimseye “bakma” demek gibidir. Dolayı-

80 Kâsânî, V, 299.

81 Abdülazîz el-Buhârî, I, 549. Butlan-fesat ayırımının örnekleri için bkz. Merginânî, III, 42.

82 Muhammed b. Ebî Sehl es-Serahsî, *Temhîdü'l-Fusûl fi'l-Usûl* (Usûlü's-Serahsî), Dâru Kahraman, İstanbul 1984, I, 80; Kâsânî, V, 299; Abdülazîz el-Buhârî, I, 530; Karafî, II, 84; Mevlânâ Mehmed İzmîrî, *Hâşiyetü'l-İzmîrî ale'l-Mir'ât*, Dâru't-Tibâatî'l-Âmire, Dersaadet 1309, I, 319-320; Zerkâ, II, 673-674; Ali Bardakoğlu, “Butlân”, *DİA*, Ali Rıza Başkan Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul 1992, VI, 476-477; Apaydın, Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü, s. 99-100; Apaydın, Fesad, XII, 417.

ısıyla yasaklamanın amacı yapılabilen, mümkün olan bir şeyi sonlandırmak, ona yaklaşmamaktır. Dolayısıyla hukukî (şer'î) bir değeri olan şey ancak yasaklanabilir.⁸³ Ayrıca bir şeyin hukukî (şer'î) oluşu, onun şeriat nazarında sahih ve muteber olduğu anlamına gelmediği gibi, muteber olmaması da yok sayılması anlamına gelmemektedir.⁸⁴

Akitle ilgili yasak, yapılan tasarrufun dikkate alındığını göstermektedir. Aksi halde emre uyararak sevaba nail olan ile emre karşı gelip günah işleyen kimselerin durumu değerlendirilmemiş olur. Elbette nehyin gereği yasaklanan şeyin kötü olmasıdır. Yasaklanan şeydeki kötülük de iki kısma ayrılır. Birincisi bizzat kendisi kötüdür. İkincisi başka bir faktör sebebiyle kötü kabul edilmektedir. Bu ikinci kısma giren kötülük ya fiilin kendinde olmayıp ona mücavir bir kötülüktür ya da fiilin aslında değil de vasfında bir kötülük vardır.⁸⁵ Daha önce de belirttiğimiz şu örneğe tekrar bakacak olursak, malın malla trampa usûlü değiştirildiği mukâyeza akdinde mallardan biri gayrimütekavvim olan şarap ise ve taraflar kendilerine göre mebî' kabul edilen malları teslim almışlar ise ortada bir akit var demektir. Çünkü satım akdinin ruknû olan malın malla mübadelesi gerçekleşmiştir. Ancak bu mallardan biri Müslümanlar için alınıp satılması yasak olan şaraptır ve asl olan da bu akdin feshidir. Fakat teslimat (kabz) gerçekleştiği için akdin feshi söz konusu değildir. Bu durumda *mukayeza akdini* semenle mebî'in mübadelesi şeklinde bir *bey' akdi* gibi kabul etmek, satımı meşrû olan malı mebî', şarabı da semen gibi değerlendirmek mümkündür ve bu durumda akit fâsit bir akit olmuş olur. Çünkü akdin aslında değil vafında bir sorun vardır. Fesadın bertaraf edilmesi için de semen konumundaki şarabın parasal değerinin belirlenip karşı tarafa ödemesi gerekmektedir.⁸⁶ Şayet mübadele semenle şarabın mübadelesi şeklinde olsaydı ya da hiç kimseye göre mal kabul edilmeyen leş, mebî' veya semen olsaydı bu durumda akit kesinlikle bâtil sayılırdı. Çünkü ya mebî'siz ya da semensiz bir akit söz konusu olmuş olurdu ki her ikisi de bâtildir.⁸⁷ Fiilin vafındaki kötülüğe bir başka örnek de ribalı alışverişlerdir. Çünkü yapılan akit taraflardan birine bedeli ödenmemiş bir menfaat sağlamaktadır.⁸⁸

83 Serahsî, *Usûl*, I, 85.

84 İzmîrî, I, 319.

85 Serahsî, *Usûl*, I, 80, 86–87.

86 Bezdevî, I, 547–548.

87 Bezdevî, I, 548–549.

88 Serahsî, *Usûl*, I, 81.

Mücavir bir sebeple yasaklanan tasarruflara örnek de Cuma namazı çağrısından sonra yapılan alışveriştir.⁸⁹ Buradaki yasağın sebebi akdin aslı ya da vasfıyla ilgili değil yapıldığı zamanla ilgilidir. Nitekim satın alınan mal sahibine helaldir. Âdet günleri içinde yapılan cinsel ilişki de böyledir.⁹⁰ Aslen helal olan bu ilişkideki kötü durum zamanı ile ilgilidir. İlişkinin âdet günleri içinde meydana gelmiş olmasıdır. Buradaki kötülük *lizatihi* değil *liğayrihi* bir kötülüktür. Bu sebeple âdet günleri içinde meydana gelen cinsel ilişki, kadının daha önceden boşanmış olduğu kocasıyla yeniden evlenebilmesi için- zevc-i âhar şartının yerine getirilmesi adına- yeterli görülmüştür. Aynı şekilde şer'an yasak olan bu ilişki sebebiyle, kadına mehrinin tamamının ödenme zorunluluğunun doğması, nesebin sâbit olması, kadının muhsan vasfını kazanması sonuçları doğmaktadır. Bir diğer örnek gasp edilmiş arazide kılınan namazdır. Bütün bunlardaki kötülük fiilin aslında değil, dış bir etken sebebiyledir.⁹¹

Asıl-vasıf ayrımı yapan Hanefilere mukabil, hukukçuların çoğunluğu prensip itibarıyla "asıl-vasıf" ayrımı yapmayıp, akdi, in'ikâd, sıhhat ve işlerlik kazanması (nefâz) açısından bir bütün kabul ettikleri için, akdin hüküm ve sonuçlarını doğurabilecek son şekle gelmesini temin edecek bütün şartları aynı önem derecesinde tutma eğilimi göstermektedirler. Dolayısıyla akit ya sahih olarak mün'akid olmuştur ya da bâtıldır, in'ikâd gerçekleşmemiştir. Akdin sıhhatine engel olan arıza ister akdin rukûnları ile isterse vasıfları ile ilgili olsun sonuç aynıdır ve bu eksikliğin tek dereceli bir müeyyidesi vardır, o da butlandır. Her ne kadar kaynaklar bu durumu zaman zaman "fesâd" kavramıyla ifade etseler de butlanla aynı anlamı kasetmektedirler.⁹² Dolayısıyla fâsit olan akitler kabz olsa bile mülkiyet ifade etmezler.⁹³

Çoğunluğu temsil eden bu hukukçular, her ne kadar tek dereceli bir hükümsüzlük anlayışı benimsemiş olsalar da bazı meselelerde bâtıl-fâsid ayrımı

89 62/Cuma: 9.

90 2/Bakara: 222.

91 Serahsî, *Usûl*, I, 80. Abdülazîz el-Buhârî, I, 527; Aynî, VII, 374.

92 Ebû Hâmid Muhammed el-Gazâlî, *el-Mustasfâ min ilmi'l-usûl*, Dâru'l-Erkâm b. Ebî'l-Erkâm, Beyrut (t.y.), II, 36; İbn Rüşd (el-Cedd), *Mukaddemât*, V, 267-269; Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Kudâme, *Ravdatu'n-Nâzir ve Cennetü'l-Munâzir* (Nşr. Abdülkerîm en-Nemle), Mektebetü'r-Rüşd, Riyad 2002, I, 252; Zencânî, s. 168; Abdurrahman b. Cadullah el-Bennânî, *Hâşiyetü'l-Bennânî alâ Cem'i'l-Cevâmi'*, İlim Kitabevi, Diyarbakır (t.y.), I, 105, 393; Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkânî, *İrşâdu'l-Fuhûl ilâ tahkiki'l-hakk min ilmi'l-usûl*, Mektebetü Nizâr Mustafâ el-Bâz, Mekke 1997, II, 369; Ebû Zehra, s. 349; Zerkâ, I, 351; Karaman, II, 261; Apaydın, İn'ikâd, XXII, 314.

93 Gazâlî, *el-Vecîz*, I, 139.

yapmak durumunda kaldıkları görülmektedir. Mesela Şâfiî ekolünde butlan ve fesâd terimleri aralarında hiçbir fark gözetilmeksizin birbirinin müradifi olarak kullanılmaktadır. Ancak butlan ile fesâd arasında ayırım yapılmaması prensip olarak kabul edilmekle beraber, bazı fer'î meselelerde bu prensibe aykırı olarak bâtil-fâsit ayırımı yapıldığı ifade edilmektedir. Özellikle hacc, âriyet, kitâbet ve hul' ile ilgili bazı meselelerde bu ayırım dikkat çekmektedir.⁹⁴

Aynı şekilde Hanefîler de fikhın her alanında fesâd-butlan ayırımı yapmamaktadırlar. Medenî hukuk alanında fesâd-butlan ayırımı sadece, karşılıklı borç doğuran (muavazalı akitler) ya da mülkiyeti nakleden mâlî akidlerde cârîdir. Binaenaleyh bu kural alım satım, kira, rehin, havâle, kısımet, şirket, müzâraa vb. akidleri içine alır. Aynı şekilde mülkiyetin nakli sonucunu doğuran karz ve hibe akdi de bu çerçevededir. Bu akidlerin hepsinde fesâd, butlandan ayrılır ve bunlar fesada rağmen hukukî varlık kazanmış sayılır. Bu ayırım, mutlak fiilî tasarruflarda akit kabilinden olmayıp talâk, vakıf, ibrâ, kefâlet, ikrâr gibi tek taraflı hukukî işlemlerde; vekâlet, vesâyet, tahkîm gibi mâlî olmayan akidlerde (tefvîz akidleri); vedâ ve âriyet gibi karşılıklı borç yükleyen, fakat mülkiyeti nakletmeyen mâlî akidlerde cârî değildir. Ancak tek taraflı hukukî işlemlerden olan dava bu gruptan istisna edilerek onda fesâd-butlân ayırımının geçerli olacağı öne sürülmüştür.⁹⁵

Evlenme akdinde fesâd-butlân ayırımının yapılıp yapılmayacağı Hanefî doktrininde tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı görüş bâtil nikâhla fâsid nikâh arasında fark bulunmadığı yönündedir.⁹⁶ Çünkü erkekle kadın arasındaki cinsel ilişkide aslolan haram oluşturmaktadır. Bu haramlığı helale dönüştüren faktör ise, usûlüne uygun olarak vücuda getirilen nikâhtır. Helal ile haram arasında üçüncü bir merteye, nikâh için söz konusu olamayacağına göre sonuçta ya sıhhatte ya da butlana hükmedilecektir. Ancak gerek Hanefîlerde gerekse diğer mezheplerde nikâh konusunda fesâd-butlan ayırımı olmadığı her ne kadar ifade ediliyorsa da⁹⁷ gayrimeşru kabul edilen nikâhlara terettüp eden cezalarda açıkça bu ayırım görülmektedir. Eşya hukukunda ise sıhhatle butlan arasında

94 Cemalüddîn Ebû Muhammed b. el-Hasen el-İsnevî, *et-Temhîd fî Tahrîci'l-Furû' ale'l-Usûl* (Nşr. Muhammed Hasen Heyto), Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1987, s. 59. Geniş bilgi için bkz. Apaydın, Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü, s. 100-101.

95 İbn Âbidîn, Muhammed Emîn, *Hâşiyetü Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, Dâru Kahraman li'n-neşr ve't-tevzi', İstanbul 1984, III, 135-136; Zerkâ, II, 682; Apaydın, Fesad, XII, 418.

96 İbn Âbidîn, III, 132; Ebû Zehra, s. 199; Apaydın, Fesad, XII, 418.

97 Ebû Zehra, s. 357.

bir merhale olarak fesadın kabul edilmesinde bir sakınca yoktur. Çünkü akdin sağlayacağı şey aslen mubah kabul edilen eşyanın mülkiyetidir.

Sihhatle butlan arasında yer alan fesâd mertebesi konusunda Hanefî ekolü ile diğer fıkıh ekolleri arasındaki ihtilaf temelde, yukarıda da kısmen temas ettiğimiz üzere, kanun koyucunun akitler gibi itibarî varlığı bulunan tasarruflar hakkındaki yasağının ne ifade ettiği konusundaki farklı yaklaşımlarına dayanmaktadır. Şimdi bu hususa kısaca temas edelim.

VI. Akdin Fesâdı ve Butlânında Nehyin Fonksiyonu

Hanefî ekolünün dışındaki diğer fıkıh ekollerinin nehye yükledikleri anlamı ve bu bağlamda, özellikle akitlerin gerek aslıyla gerekse vasfıyla ilgili yasağın, genel olarak butlan hükmünü doğurmasının gerekçelerini şu şekilde özetlemek mümkündür.

1) Fâsid ve bâtil akidlerin hepsi şer'an yasaklanmıştır. Şer'an yasaklanan şey haramdır. Haram herhangi bir mülkiyet ve borç (hak ve sorumluluk) doğurmaz. Dolayısıyla yasak bir akdin sahih hale getirilmesi, bununla temlik ve borç ispat edilmesi, Şâri'in emrine isyan demektir. İsyanın hukuken muteber olup üzerine hüküm bina edilmesi, mümkün değildir. Şerîatın dışında olan şey ancak bâtil olur. Zira Hz. Peygamber (a.s.) dine sokulan şeylerin merdûd olduğunu söylemiştir.⁹⁸ Merdûd olan bir şeyin hukukî bir sonucu olmaz.

Yasaklanan akitlerin yok kabul edildiğine dair selefin icmâ'ı vardır. Nitekim ribâlî akitler muteber kabul edilmemiştir. Çünkü riba şer'an yasaktır. Aynı şekilde müşrik kadınlarla nikâh bâtildir, zira Kur'ân-ı Kerîm'de "İman etmedikleri sürece müşrik kadınlarla evlenmeyiniz"⁹⁹ buyurulmuştur. Yasağın aslî bir unsurla ya da tâlî bir etken sebebiyle olmasının, sonuca bir etkisi yoktur. Yasağa maruz kalan her akit bâtildir. Bunun için hükümlerde fesâd ve butlân ayrımının sonuç itibarıyla birbirinden farkı yoktur.

2) Akdin aslının veya vasfının şer'an yasaklanması arasında fark yoktur. Vasfin yasaklanması aslın yasaklanması demektir. Fâsid bir şartla beraber akdedilen bir akitten, mesela fâsid şartı atıp, geri kalanına cevaz vermek müm-

98 Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail el-Buhârî, el-Câmiu's-Sahîh, el-Mektebetü'l-İslâmî, İstanbul (t.y.), III, 24 (Büyû', 60), III, 167 ("Sulh, 5); Ebû'l-Huseyn Müslim b. Haccâc el-Kuşeyrî en-Neysâbüri, Dâru's-Selâm li'n-Neşr ve't-Tevzî', Riyad 2000, s. 762 (Akdiye, 17,18); Ebû Dâvûd Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistanî, Sünen, Dâru'l-Hadîs, Kahire 1988, IV, 199-200 ("Sünnet", hadis nr. 4606).

99 2/Bakara: 221.

kün değildir. Zira akdi meydana getiren taraflar, hem asıl unsurlar hem de fâsıt şartın üzerine anlaşarak akit in'ikadına karar vermişlerdir. Dolayısıyla akitle fasıt şart bir bütün teşkil eder. Biz sadece fâsıt şartı reddedecek olursak, akdin geri kalanı üzerinde taraflar anlaşmamış, ittifak etmemiş olurlar. Böyle rızasız bir akitle de borç tahakkuk ettirilemez, birisinin malı başkasına verilemez. Allah (c.c.) müminlere, sahibinin rızası olmadan malını yememelerini emretmiştir. Bu durumda akdi külliyyen reddetmekten başka çaremiz yoktur. Fâsıt akid hukukî bir netice veremeyeceği için bâtil akidlere karışıp gitmektedir.¹⁰⁰

Teorik olarak fesâd-butlan ayırımını -özellikle akitler konusunda- kabul etmeyen fıkıh ekollerinin genel manada iddiaları bu yöndedir.¹⁰¹ Nitekim özellikle Hanbelîler nehyin muktezasının butlan olduğunu öne sürmektedirler. Zira nehyin varlığı, akdin ne tür bir unsuruna yönelik olduğuna bakılmaksızın yasaklanan şeyin mutlak surette meşrûiyetine engel demektir.¹⁰² Buna rağmen hayızlı kadını boşamanın ve bir lafızla yapılan üç talâkın geçerli olduğunu kabul eden Hanbelîler, Apaydın'a göre bu durumu, ibadetlerde ve akitlerde müsamaha edilmeyen şeylere, ıskât türü tasarruflarda müsamaha edilebileceği gerekçesiyle açıklamışlardır.¹⁰³ Bilindiği gibi bu tür boşamalar ehlisünnetin bütün mezheplerine göre hem bid'at olarak ifade edilmekte hem de geçerli kabul edilmektedir. Oysa teori ile pratik arasında bir uyum olsa idi Ehlişünnet mezheplerinin bu tür boşamaları geçersiz kabul etmeleri gerekirdi.¹⁰⁴

Mâlikî ve Şâfîiler, -Hanbelîlerin aksine- bazı yerlerde Hanefîler gibi nehyin mahiyetine göre farklı hukukî sonuçlar doğuracağını kabul etmişler, bazı yasakların fiilin mahiyetini ifsat ettiğini, bazı yasakların ise fiille doğrudan ilgili olmadığı için fesadı gerektirmediğini söylemişler, ancak her hâlükârda fesat ile butlanı aynı manada kabul etmişler ve aynı neticeyi doğuracağını öne sürmüşlerdir.¹⁰⁵

100 Gazâlî, *el-Mustasfâ*, I, 212 vd., II, 36; İbn Kudâme el-Makdisî, *Ravda*, II, 655-656; Muhammedü'l-Emin eş-Şenkîfî, *Müzekkiratü Usûli'l-Fıkh, Dâru'l-Fârûk*, Mısır 2008, s. 326-327; Şevkânî, II, 369 vd.; Ebû Zehra, s. 350; Apaydın, *Fesad*, XII, 418. Ayrıca bkz. Kâsânî, V, 299; Merginânî, III, 51.

101 Geniş bilgi için bkz. İbn Kudame el-Makdisî, *Ravda*, II, 652-654.

102 İbn Kudame, *Ravda*, II, 655-656; Karâfî, *el-Furûk*, II, 82-83; Şenkîfî, s. 327; Zerkâ, II, 675.

103 H. Yunus Apaydın, "Nehiy", *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayın ve Matbaacılık, İstanbul 2006, XXXII, 546.

104 Geniş bilgi için bkz. Ahmet Ünsal, "Sünnî Ve Bid'î Talâk Tanımında Hanefî-Mâlikî İhtilâfı", *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, C. XX/1, 107-121, Kış 2007.

105 Karâfî, II, 83; Zerkâ, II, 680.

Hanefîlerin nehyin delaletine bakışlarını ise Cessâs'ın ifadeleriyle ve ana hatlarıyla şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) Nehiy, ibadetlerle ilgili olsun, akitlerle ilgili olsun herhangi bir karine yoksa yasaklanan şeyin fesâdını gösterir. Binaenaleyh güneş doğarken kılınan namaz, zeval vaktinde kılınan namaz, kişinin elinde bulundurmadığı bir malı satması, henüz teslim almadığı bir malı satması nasların zahirine istinaden fesâd hükmünü gerektirir.¹⁰⁶

2) Nassın koyduğu yasak, fiilin bizatihi kendisi ile ilgili değil de, fiilin dışında kalan başka bir faktör sebebiyle varit olmuş ise bu durumda konunun akitlerle mi yoksa ibadetlerle mi ilgili olduğu önem arz etmektedir. Yasak, akitlerle ilgili ise akdin fesadına (butlan) hükmedilmez (Yani akit yok kabul edilemez). İbadetlerle ilgili ise fesadına hükmedilir.¹⁰⁷ Çünkü ibadetler Allah'a yakınlık kesbetmek için eda edildiğinden, yakınlaşma (kurbiyet) niyeti taşıdığına makbul olduklarından, isyanla bir arada bulunamazlar. Allah'a, yasakladığı bir yolla yaklaşamaz. Şayet Cenâb-ı Hak âdet günleri içinde kadınlara namaz kılmayı yasaklamış ise, bu günlerde kılınan namaz sadece isyan niteliği taşımış olur. İtaat niyeti ile isyan niyeti bir arada olmaz. Bu sebeple ibadetlerde yasağa rağmen fiilin şer'î bir netice doğurması mümkün değildir.¹⁰⁸ Yasağın muamelatla ya da kişilerin kendi aralarındaki tasarruflarıyla ilgili olması halinde ise durum farklıdır. Zira burada tasarrufun amacı, kurbiyet tesis etmek değildir. Dolayısıyla bu alanda yapılan bir iş Allah'ın rızasına aykırı olarak meydana geldi diye geçersiz kabul edilemez. Çünkü bir şeyi hem geçersiz kabul edip hem de yapılması sebebiyle insanları cezalandırmak abes olacaktır. Aralarında meşru bir akid yok diye kişilerin yaptıkları cinsel ilişkiyi hem yok sayıp hem de fiile ceza verilemez. Allah'ın rızasına aykırı bir işin yapıldığı doğrudur. Ama yasağa rağmen yapılan bu iş, abdestsiz kılınan bir

106 Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, Mektebetü'l-İrşâd, İstanbul 1994, II, 171-173.

107 Cessâs, II, 173. Burada şu kaydı koymakta yarar vardır. Cessâs'ın ifadeleri incelendiğinde fasit ve bâtil kelimelerini aynı anlamda kullandığı görülmektedir. Nitekim kendisi de II, 184'de bunu açıkça ifade etmektedir. Ancak meseleleri aktarırken beyan ettiği hükümlerden lâfzen olmasa da fiilen fesat-butlan ayırımı görülmektedir. Aynı durum Kudûrî'nin ifadeleri için de söz konusudur. Bu durum -İbnü'l-Hümâm'ın da belirttiği gibi bkz. VI, 401-o dönemlerde (hicrî IV. ve V. asır) terminolojik olarak (hüküm olarak değil) ifadelerin tam oturmadığını düşündürmektedir. Oysa Merginânî'nin ifadelerinden (hicrî VI. asır) bu ayırımın netleştiği açıkça görülmektedir. Bkz. III, 42.

108 Ebû Zehra, s. 351.

namaz gibi “bâtıldır” diyerek yok kabul edilemez, yok kabul edilirse suçun faillerine ceza verilemez.

3) Nehiy, akdin cevazına ya da ibadetin makbul oluşuna engel olsa da fâsid olarak meydana gelmiş olmasına engel değildir (Tabii bunlar aslı itibarıyla meşrû olan tasarruflar için söz konusudur). Nitekim İmam Muhammed oruç bahsinde: “Bayram günlerinde tutulan oruç, oruç olarak değerlendirilmemiş olsaydı, bu günlerde tutulan orucu yasaklamanın bir anlamı kalmazdı” demektedir. Ancak buna ilaveten de: “Söz konusu günlerde tutulacak olan orucun, şahsın uhdesindeki oruç burcunu düşürmeyeceğini” ifade etmektedir. O zaman buradan iki sonuç çıkmaktadır. Tutulan şey oruçtur, ancak Şâri‘in emrine aykırı olarak tutulduğu için borcu düşürmemektedir. Bir başka ifadeyle bayram günlerinde oruç tutmayı yasaklayan nass, zâhiriyle orucun borç düşürmesine engel olsa da fâsid olarak meydana gelmesine engel olmamaktadır.¹⁰⁹

4) Nassın içerdiği yasak, akdin ya da ibadetin kendisine has bir yasak değilse, geçerliliğine engel değildir. Mesela pazara indirmeden malı celepten satın almış olmak, stoklama niyetiyle satın almak (günah olmakla birlikte) caizdir. Yani akit geçerlidir. Köle/cariyeyi ayrı, küçük çocuğunu ayrı satmak, gasp edilmiş arazide namaz kılmak, gasp edilmiş su ile taharet, bu suyla necaseti yıkamak, gasp edilmiş bir deve üzerinde Arafat’ta vakfe yapmak fiilin geçerliliğine engel değildir. Zira varit olan yasaklama, fiilin kendisiyle değil, bir başka faktör sebebiyledir. Bir başka örnek, namaz kılan bir kimsenin, boğulmakta olan kişiyi kurtarmak için bozması gereken namazını bozmayıp devam ettirmesidir. Bu kimse aslında namazını bozup boğulanı kurtarmalıdır. Bunu yapmadığı için günahkârdır. Ancak kıldığı namaz uhdesindeki borcu düşürür. Bütün bunlarda bir yasak söz konusu olsa da akit sahihtir. Çünkü yasak akdin kendisiyle ilgili değildir.¹¹⁰

5) Nassın ortaya koyduğu yasak, akdin doğrudan kendisiyle, ayrılmaz bir parçasıyla ya da o akde özgü bir şartla ilgiliyse bu durumda iki farklı hüküm vardır.¹¹¹

a) Akdin hükmü tartışmalıdır. Bu tür akitlerle ilgili yasağın bulunması, akdin fâsid olarak meydana gelişine engel değildir. Şarap, domuz, meçhul eşya gibi sakıncalı şeylerin, akitte semen olarak yer alması, akdin fâsid olarak

109 Cessâs, II, 178.

110 Cessâs, II, 179–180.

111 Cessâs, II, 181.

mün'akid olmasına yol açar. Aynı şekilde nassın getirdiği yasak, kabz, vade, akdin gereği olmayan ilave şart gibi akde mahsus özel şartlarla ilgili olduğunda, mesela mebûin teslim zamanının belirsizliği, henüz elde edilmemiş olan malın başkasına satılması veya buna benzer akdin gereklerinden olan fakat yapılmaması istenen şartlar öne sürüldüğünde, akdin fesadı söz konusu olur ve feshedilmelidir. Ancak böyle bir akitte mal sahibi, malın müşteri tarafından teslim alınmasına izin verirse, müşterinin teslim alması mülkiyet hakkını doğurmuş olur ve artık bu akit feshedilmez. Fâsit bir nikâh akdinde zıfaf meydana geldiğinde, bu durumda sahih nikâh akdinde olduğu gibi mehir, iddet ve nesebin sübûtu sonuçlarını doğurur.¹¹²

b. Nehyin taalluk ettiği bazı tasarruflar da vardır ki, bunların akit olarak kabulü imkânsız olur. Hür bir kimseyi, leş, kan mukabilinde köle olarak satmak gibi ki bunlar akit değildir. Çünkü bunlara hiçbir şekilde cevaz verilemez. Bu bedellerle köle satışının cevazına hükmeden ya da bunların kıymetleriyle satışı onaylayan hiçbir mezhep yoktur. Dolayısıyla bu tür tasarruflar hükümsüz olur.¹¹³

VII. Sonuç

En geniş anlamıyla akdin in'ikâdî, akdi meydana getirecek kimse ya da kimselerin, belli bir amaçla, belli bir konu hakkında mevcut durumu değiştirmeye yönelik olarak beyan ettikleri iradelerinin tevafuku (örtüşmesi) sonucu ortaya çıkan hukukî durum demektir. Bu geniş anlamın İslâm hukuk ekollerince ifadesi ise farklılık arz etmektedir. Mezheplerin klasik kaynaklarında müstakil olarak akit teorisi ele alınmayıp, fer'î meselelerin aktarımı esnasında yeri geldikçe değinilmesi in'ikâd ile ilgili çok net tanımlar yapma fırsatı vermemektedir. Nitekim bir ibadetin ifasından, icmâ'ın oluşumuna kadar birçok alanda in'ikâd ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Ancak bizim üzerinde durduğumuz in'ikâd özellikle borcun kaynaklarından biri olan akdin in'ikâdîdir.

İslâm hukukçularının çoğunluğuna (cumhur) göre akdin in'ikâdî demek, hukuken meşrûiyet vasfını kazanması, sahih hükmünü alması anlamına gelmektedir. Sahih hükmünü almamış bir akid bâtıl demektir. Dolayısıyla in'ikâd şartları aynı zamanda sıhhat şartları demektir.

112 Cessâs, II, 181-183.

113 Cessâs, II, 183.

Hanefî hukukçulara göre ise, akdin in‘ikâdî, yokluktan / butlandan varlığa çıkması anlamına gelmektedir. Akdin yokluktan varlığa çıkışı ise, hukuken ehil görülen kimselerin, hukuken meşrû kabul edilen bir mal (mahal) üzerinde, amaçları doğrultusunda, usûlüne uygun olarak ittifak etmeleri ile mümkündür. Akdin bu haliyle hukuken mevcut kabul edilmesi aynı zamanda sahih olduğunu göstermemektedir. Çünkü bu zahiri hal, bünyesinde mahzurlu nitelikleri barındırabilir. Daha çok akdin mahalli ile ilgili bu muhtemel mahzurlardan uzak olan bir akit, sahih olarak mün‘akid olmuş olur. Yani in‘ikâdın varlığı, sıhhatin de varlığını zorunlu hale getirmemektedir. Oysa az önce de ifade ettiğimiz gibi, diğer İslâm hukukçularına göre bir akid ya sahih olarak vardır ya da bâtil olarak yoktur. Bu iki hükmün ortası yoktur. Hanefîler ise bu iki hükmün ortasında üçüncü bir hükmün varlığını kabul etmişlerdir ki o da fesâd’dır. Ancak tekrar ifade etmek gerekir ki, bu değerlendirmeler genel değerlendirmelerdir. Zira zaman zaman Hanefîlerin fesâdla butlanı bir kabul ettikleri görüldüğü gibi, diğerlerinin de bazen –her ne kadar bunu ayrı bir terimle ifade etmeseler de- butlanla sıhhat arasına üçüncü bir aşamayı var kabul ettikleri görülmektedir.

KAYNAKÇA

- AHMED ÂSİM, Mütercim Âsım Efendi, *el-Okyanûsu'l-Basît fî Tercemeti'l-Kâmûsi'l-Muhît*, el-Matbaatü'l-Osmâniyye, (b.y.)1305.
- ALİ HAYDAR, Efendi (Büyük), *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, el-Mektebetü'l-Mahmûdiyye, İstanbul (t.y.).
- ALİ HAYDAR, Hoca Emin Efendizâde (Küçük), *Durerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm I*, Matbaa-i Tevsî-i Tîbâat, İstanbul 1330.
- _____, *Durerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm II*, Matbaai Ebu'z-Ziyâ, Kostantiniyye 1330.
- APAYDIN, Hacı Yunus, “Fesâd”, *Diyanet İslâm Ansiklopedisi* / XXII, Ali Rıza Baskan Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul 1995.
- _____, “In‘ikâd”, *DİA* / XXII, Ali Rıza Baskan Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul 2000.
- _____, *İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü* (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989.
- _____, “Nehiy”, *DİA* / XXXII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayın ve Matbaacılık, İstanbul 2006.
- AYNÎ, Ebû Muhammed Mahmûd b. Ahmed, *el-Binâye fî Şerhi'l-Hidâye*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut 1990.
- BARDAKOĞLU, Ali, “Butlân”, *DİA*, Ali Rıza Baskan Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul 1992.
- BENNÂNÎ, Abdurrahman b. Cadullah, *Hâşiyetü'l-Bennânî alâ Cem'i'l-Cevâmi'*, İlim Kitabevi, Diyarbakır (t.y.).

- BEZDEVÎ, Fahu'l-İslâm, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed Ebu'l-Usr, *Kenzu'l-vusûl ilâ ma'rifeti'l-usul* (Abdülaziz el-Buharî, *Keşfü'l-esrâr* ile birlikte), Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1997.
- BUHÂRÎ, Alâuddîn Abdülaziz b. Ahmed, *Keşfü'l-Esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Bezdevî*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1997.
- BUHÂRÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, el-Câmiu's-Sahîh, el-Mektebetü'l-İslâmî, İstanbul (t.y.).
- CESSÂS, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, Mektebetü'l-İrşâd, İstanbul 1994.
- ÇEKER, Orhan, *İslâm Hukukunda Akidler*, A. H. İ. Yayıncılık, İstanbul 2006.
- DÂMÂD EFENDÎ, Abdullah b. eş-Şeyh Muhammed b. Süleyman, *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, Dâru't-Tıbbî'l-Âmire, Dersaadet 1319.
- EBÛ DÂVÛD, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistanî, Sünen, Dâru'l-Hadîs, Kahire 1988.
- EBÛ ZEHRÂ, Muhammed, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd fi's-Şeriatil-İslâmiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1977.
- GAZÂLÎ, Ebû Hâmid Muhammed el-Gazâlî, *el-Mustasfâ min ilmi'l-usûl*, Dâru'l-Erkâm b. Ebi'l-Erkâm, Beyrut (t.y.).
- _____, *el-Vecîz fi fikhi'l-Îmâm eş-Şâfiî*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1979.
- İBN ÂBİDÎN, Muhammed Emîn, *Hâşiyetü Reddi'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, Dâru Kahraman li'n-neşr ve't-tevzi', İstanbul 1984.
- İBN KUDÂME, Muvaffâkuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut (t.y.).
- _____, *Ravdatu'n-Nâzir ve Cünnetü'l-Munâzir* (Nşr. Abdülkerîm en-Nemle), Mektebetü'r-Rüşd, Riyad 2002.
- İBN MANZÛR, Cemâlüddîn Muhammed b. Mükrim, *Lisânü'l-Arab*, Dâru Sâdır, Beyrut (t.y.).
- İBN NÜCEYM, Zeynüddîn b. İbrahim b. Muhammed, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997.
- İBN RÜŞD, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (el-Cedd), *Mukaddemât (el-Müdevvenetü'l-Kübrâ* ile birlikte), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.
- İBN RÜŞD, Ebu'l-Velîd el-Kurtubî el-Endelûsî (el-Hâfid), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Dâru Kahraman, İstanbul 1985.
- İBNÛ'L-HÛMAM, Kemalüddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu'l-Kadir*, Dâru'l-Fikr, Beyrut (t.y.).
- İBNÛ'S-SÂATÎ, Muzafferuddîn Ahmed b. Ali b. Sa'leb, *Mecmau'l-bahrayn ve mülteka'ne-neyyirayn*, Thk. İlyas Kaplan, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2005.
- İSNEVÎ, Cemalüddîn Ebû Muhammed b. el-Hasen, *et-Temhîd fi Tahrîci'l-Furû' ale'l-Usûl* (Nşr. Muhammed Hasen Heyto), Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1987.
- İZMİRÎ, Mevlânâ Mehmed, *Hâşiyetü'l-İzmîrî ale'l-Mir'ât*, Dâru't-Tıbbâti'l-Âmire, Dersaadet 1309.
- KADRÎ PAŞA, Muhammed, *el-Ahkâmu's-Şer'iyye fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, Dâru's-Selâm, Kahire 2006.

- KARÂFÎ, Şihâbüddîn Ebu'l-Abbâs, *el-Furûk*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut (t.y.).
- KARAMAN, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1991.
- KÂSÂNÎ, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertibi's-Şerâi'*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1986.
- KOMİSYON, *Türk Hukuk Lügati*, Maarif Matbaası, Ankara 1944.
- LEKNEVÎ, Abdülhayy el-Leknevî, *Şerhu'l-Hidâye*, İdâratü'l-Kur'ân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, Karaçi 1417.
- MAKDÎSÎ, Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ebî Ömer b. Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr* (Muvaffakuddîn İbn Kudâme, *el-Muğni* ile birlikte), Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut (t.y.).
- MERGİNÂNÎ, Burhanüddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, Dâru Kahraman, İstanbul 1986.
- MÜSLİM, Ebû'l-Huseyn Müslim b. Haccâc el-Kuşeyrî en-Neysâbü'rî, el-Câmiu's-Sahih, Dâru's-Selâm li'n-Neşr ve't-Tevzî', Riyad 2000.
- MOLLA HUSREV, Muhammed b. Ferâmûz, *Durerü'l-Hukkâm fî Şerhi Gurari'l-Ahkâm*, Şeriket-i Sahafiyye-i Osmâniyye Matbaası, Dersaadet 1319.
- NEVEVÎ, Muhyiddîn b. en-Şeref en-Nevevî, *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb*, Matbaatu't-Tedâmun, Mısır (t.y.).
- RÂFÎÎ, Ebu'l-Kasım Abdülkerim b. Muhammed er-Râfîî, *Fethu'l-Azîz Şerhu'l-Vecîz* (Nevevî, *el-Mecmû'* adlı eserle birlikte), Matbaatu't-Tedâmun, Mısır (t.y.).
- SEMERKANDÎ, Alâüddîn, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut (t.y.).
- SEMERKANDÎ, Ebu'l-Leys Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrahim, *Hizânetü'l-fikh*, Thk. Muhammed Abdüsselam Şahin, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2005.
- SERAHSÎ, Muhammed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1986.
- _____, *Temhîdü'l-Fusûl fî'l-Usûl* (Usûlü's-Serahsî), Dâru Kahraman, İstanbul 1984.
- ŞENKÎTÎ, Muhammedü'l-Emîn, *Müzekkiratü Usûli'l-Fikh*, Dâru'l-Fârûk, Mısır 2008.
- ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *İrşâdu'l-Fuhûl ilâ tahkiki'l-hakk min ilmi'l-usûl*, Mektebetü Nizâr Mustafa el-Bâz, Mekke 1997.
- ŞÎRÂZÎ, Ebû İshak İbrahim b. Ali el-Fîrûzâbâdî, *el-Mühezzeb*, Matbaatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evladih, Mısır 1976.
- TENÛHÎ, Sahnûn b. Saîd, *el-Müdevenetü'l-Kübrâ*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.
- ÜNSAL, Ahmet, "Sünnî Ve Bid'î Talâk Tanımında Hanefî-Mâlikî İhtilâfî", *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, C. XX/1, 107-121, Kış 2007.
- ZENCÂNÎ, Şihâbüddîn Muhammed b. Ahmed ez-Zencânî, *Tahrîcu'l-Furû' ale'l-Usûl*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1984.
- ZERKÂ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalü'l-Fikhiyyü'l-Âmm*, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd*, Dâru'l-Fikr, Dimeşk, 1967-1968.
- ZEYDÂN, Abdülkerim, *el-Medhal li Dirâseti's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1990.
- ZEYLÂÎ, Fahrüddîn Osman b. Ali, *Tebyînü'l-Hakâik*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000.