

İSLÂM HUKUKUNDA MEVKUF AKİTLER (BAĞLI AKİT TEORİSİ)

Dr. H. Yunus APAYDIN*

Giriş :

Her hukuki işlemin temel unsuru, hukukî sonuca yönelmiş irade beyanıdır. Bazı hukukî işlemler bir tek irade beyanıyla gerçekleşir. Bazı hukukî işlemlerin gerçekleşmesi ise birden çok irade beyanını gerektirir. Bu ikinci tür hukukî işlemler akitlerdir. İslâm hukuk doktrininde, akdin kurulup, hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesi genelde bir bütün olarak ele alınmıştır. Haneffî doktrininde ise, akdin kurulup hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilmesi, akdin farklı fakat birbirini tamamlayıcı mahiyetteki üç merhaleden geçmesine bağlıdır.

Birinci merhale, akdin kurulma (in'ikad) merhalesidir. Akdin kurulabilmesi yani hukukî varlık kazanabilmesi için, icap ve kabulden oluşan irade beyanının, ehlinden, mahalline (akdin hükmünü kabule elverişli bir konuya) izafe edilmiş olarak sadır olması yeterli görülmüştür. Buna göre, akdin aslı unsurları «irade beyanı», «ehliyet» ve «konu»dan ibaret olmaktadır. Bu üç aslı unsurun muteber olması için de, her bir unsurun kendisiyle ilgili olan in'ikad şartlarını taşıması gerekir. Bu şartlar genel olarak akdi yapanların hukukî ehliyete sahip bulunmaları, icap ve kabülün birbirine uygunluğu, akit meclisinin birliği, akdin konusunun mevcut veya mümkün olması ve teâmüle uygun olmasından ibarettir (1). Kuruluş şartlarını taşıyan akit, «mün'akid», bu şartlardan bir veya birkaçı bulunmayan akit de «batıl»dır.

İkinci merhale, sıhhat merhalesidir. Akdin sahih olabilmesi için genel olarak bedellerin -meselâ satım akdinde mebi' ve se-

(*) Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Arş. Gör.

men'in belli olması, teslimin satıcıya zarar vermeden gerçekleşmesi, rıza'nın bulunması, fasid şartın olmaması, vadeli satışlarda vadenin belirlenmiş olması gibi şartlar öne sürülmüştür (2). İnikad şartlarına ilave olarak bu şartları kendine toplayan akit «sahih», bu şartlardan biri veya bir kaç eksik ya da kusurlu olan akit «fasid»dir.

Üçüncü merhale, nefaz merhalesidir. Nefaz, akdin hüküm ve sonuçlarının, akdin konusunda hükmen ve fiilen gerçekleşmesine herhangi bir engelin bulunmaması olarak ifade edilebilir. Meselâ, bir satım akdinin nefazı, o akdin sahih olarak in'ikad etmesiyle birlikte hiç bir şey gerek olmaksızın mebi'in mülkiyetini satıcıdan müşteriye, semenin mülkiyetini müşteriden satıcıya nakletmesi ve taraflar arasındaki teslim etme, teslim alma gibi diğer yükümlülükleri gerektirmesidir. Bu anlamdaki nefazı, türkçede «işlerlik kazanma» olarak ifade etmek mümkündür. Akdin işlerlik kazanması iki şarta bağlanmıştır; bunlardan biri «mülkiyet» veya «velâyet», diğeri de «üçüncü şahısların haklarının bulunmaması»dır (3). İlk merhalede sayılan şartlarla birlikte nefaz şartlarını taşıyan akit, «nafız», nefaz şartlarından birini taşımayan akit, «mevkûf» olur. Mevkuf akit, hüküm ve sonuçlarını doğurması ilgili ve yetkili şahsın icazetine bağlı olan akittir. Diğer bir ifadeyle mevkuf akit, icazete kadar hükmü askıda olan akittir. Biz genelde mevkuf terimini orjinal şekliyle kullanıp, yerine görce ve uygun düştükçe mevkuf akdi bağlı akit veya askıdaki akit olarak da kullanacağız.

Akdin ek bir işleme (4) gerek kalmaksızın sırf kurulmasıyla hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için bu üç merhale nin yanı sıra, akdin kesinleşmesine engel teşkil edebilecek bir hususun (meselâ, taraflardan birinin veya her ikisinin muhayyerlik hakkının) bulunmaması gerekir. Bu merhale ise akdin, lüzum (bağlayıcılık) merhalesidir.

Akdin hukûkî varlık kazanması ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için geçirmesi gereken ilk üç merhalenin sıralaması Hanefî doktrinindeki yaygın anlayışa göre, «in'ikad», «Sihhat» ve «nefaz» şeklindedir. Ancak, Hanefî hukukçulardan Kâsânî (ö. 587/1191), bu sıralamayı in'ikad, nefaz, ve sihhat düzeninde yapmaktadır. Bundan dolayı eserinde, öncelikle akdin in'ikad şartlarını sonra nefaz şartlarını, üçüncü sırada da sihhat şartlarını ele almıştır. Akdin sihhat şartlarından bahsederken de, ön

şart olarak akdin in'ikad ve nefaz şartlarını taşıyor olmasını ileri sürmüş ve sıhhatin, in'ikad ve nefaz üzerine zaid bir durum olduğunu belirtmiştir. Çünkü, in'ikad etmeyen ve nafiz olmayan bir akdin sahih olması mümkün değildir. Dolayısıyla, her in'ikad ve nefaz şartı aynı zamanda bir sıhhat şartı olduğu halde, hiçbir sıhhat şartı in'ikad veya nefaz şartı değildir. Bu itibarla bir akit sahih olmadığı halde mün'akid ve nafiz olabilir. Fakat mün'akid ve nafiz olmayan bir akit sahih olamaz (5).

Maliki ekolünde, in'ikad ve sıhhat şartları birlikte ele alınmış fakat nefaz şartları genelde ayrı değerlendirilmiştir. Şâfiî ve Hanbelî ekolünde ise, her üç merhale bir bütün olarak ele alınmış ve söz konusu şartlardan birini taşımayan akit batıl (6) sayılmıştır.

Türk hukukunda, akdin kurulup hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesi, sistemin dereceli olarak ele alınması yönünden, Hanefî ekolündeki sisteme büyük ölçüde benzer. Şöyleki; hukukî işlemin kurucu unsurları eksik ise, o hukukî işlem hiç bir sonuç meydana getirmediği gibi ek bir işlemle düzeltilmesi de mümkün değildir. (Hanefî ekolündeki butlan anlayışı gibi).

Bir hukukî işlemin kurucu unsurları tamam olmakla birlikte sıhhat şartları eksik ise, bu işlem ile meydana getirilen ilişki sakat olarak doğar. Hukukî işlemin sakat doğması ise, bir yandan sakatlık giderilerek hukukî ilişkiyi yaşatmak ve hukukî işlemin, hükümlerini meydana getirmesini sağlamak, diğer yandan sakatlık yüzünden hukukî işlemi hükümsüzleştirmek imkanının varlığı demektir. Bu duruma iptal kabiliyeti denilmektedir. Teorideki bazı temel farklılıklara rağmen Hanefî ekolündeki fesad anlayışına benzer.

Bir hukukî işlemin kurucu unsurları tamam olmakla beraber, hükümlerini doğurması için gerekli tamamlayıcı unsurlar eksik ise hukukî işlem hüküm ifade etmez. Tamamlanmamış hukukî işlemlerin bu hükümsüzlük haline de «noksanlık (eksiklik)» denilir (7). Bu anlayış sistem bakımından Hanefî ekolündeki mevkuf akit anlayışına benzer.

I. GENEL OLARAK MEVKUF AKİT TEORİSİ

A. Askı Halinin Kapsamı ve Usûlî Açından İzahı :

Akdin mevkuf olması hali, klasik İslam hukuk literatüründe,

«vakfu'l-ukûd», «tevakkuf» ve bazan da «adem-i nefaz» olarak ifade edilmektedir. Bu husus, mevkuf akdin muhtevasından hareketle «askı hali», «askıdaki hükümsüzlük» ya da «hükümün askıdalığı» olarak ifade edilebileceği gibi, mevkuf akdin, yapıldığı sırada, sonuçta sahih ve geçerli mi, yoksa batıl mı olacağını bilmemesi noktasından hareketle, «belirsizlik» veya «duraksama», icazete bağlı olması yönüyle «bağlılık» veya «bağımlılık», icazete kadar hüküm ve sonuçlarını doğurmaması yönüyle «işlerlik kazanamama» olarak ifade edilebilir. Biz bu hususu çoğunlukla askı hali olarak ifade ettik.

Askı hali, genel olarak, akdin asıl ve vasıf itibariyle eksikliği bulunmamakla beraber, ek bir işlem (icazet) olmaksızın işlerlik kazanamaması, diğer bir deyişle, akdin hüküm ve sonuçlarının, akdin konusunda tam olarak gerçekleşmemesi durumunu ifade eder. Bu durumda olan akit, «mevkuf» olarak adlandırılır (8).

Hanefi doktrininde, akdin askıya alınma sebeplerini iki noktada toplamak mümkündür: «ehliyet veya yetki noksanı», «üçüncü şahısların hakkının dokunması (taalluku hakkı'l-ğayr)». Buna göre, mümeyyiz çocuk, ma'tuh ve kısıtlı sefih gibi eksik ehliyetlilerin, alım-satım, kira gibi fayda (kâr) ve zarara ihtimali bulunan hukukî işlemleri, ehliyet noksanı yüzünden; fuzuli'nin (9) tasarrufları yetki (velâyet) noksanı yüzünden; rehin bırakılmış (merhun) veya kiraya verilmiş (me'cûr) malın üçüncü şahsa satılması ise, üçüncü şahsın hakkının bulunması yüzünden mevkuttur. Söz konusu hukukî işlemlerin işlerlik kazanması, birinci durumda, «kanunî temsilci (veli, vasi vb.) veya «hakim»in, ikinci durumda, «mal sahibi» (malik) veya onun adına tasarruf etme yetkisi bulunan kişinin (10), üçüncü durumda ise, «hakkı dokunan üçüncü şahıs»ın (rehin alan, kiralayan) icazet vermesine bağlıdır. Bu hukukî işlemler, icazete kadarki süre içerisinde askıda olup, ilgili ve yetkili şahsın icazet vermesi halinde, yapıldıkları andan itibaren hüküm ifade ederler, icazet verilmemesi halinde de, yine yapıldıkları andan itibaren batıl olurlar.

Mevkuf akit teorisinin usulî açıdan izahı konusunda da şunlar söylenebilir: Bir hükümün meydana gelebilmesi için, o hükme mesnet teşkil eden illetin «ismen», «ma'nen» ve «hükmen» gerçekleşmesi gerekir. Mesela, satım (bey') akdi mülkiyetin illetidir. (bey') herşeyden önce, mülkiyetin ismen illetidir, yani (bey') mülkiyeti nakletmek için vaz edilmiştir. Dolayısıyla bu müceb, yani

mülkiyeti nakletme işlevi ona vasıtasız olarak izafe edilir. Mevkuf olan bey' akdinde bey, anlamı bulunduğu için illet ismen gerçekleşmiş olmaktadır. Diğer taraftan, bey' akdinin, mülkiyeti nakletmek için meşru kılınmış olması, daha açık bir anlatımla, bu hükmü meydana getirebilmesi için, akdin tarafları arasında hukukî varlık kazanmış (mün'akid) olması ise, illetin ma'nen gerçekleşmesi demektir. Mevkuf satım akdinde bu husus da gerçekleşmektedir. Hükmün meydana gelebilmesi için, ayrıca illetin hükmen de gerçekleşmesi lazımdır. Bu ise, hükmün sabit olması demektir. İşte, mevkuf akitte illetin bu yönü gerçekleşmemektedir. Çünkü, mevkuf akitte mülkiyetin sabit olması durumunda mesela, fuzuli'nin satımında mal sahibinin, merhun ve me'curun satımında rehin alan ve kiralaayan'ın zarara uğraması söz konusu olmaktadır. Böyle bir zarara meydan vermemek amacıyla, bu nevi akitlerde hüküm, ilgili şahsın icazetine kadar askıda tutulmaktadır (11). Hakkı korunmak istenen bu şahıs, söz konusu akde icazet verirse, akit yapıldığı andan itibaren hüküm ifade eder ve akdin yapıldığı andan icazet verilinceye kadarki süre içerisinde mebi'de husule gelen artışlar müşteriye ait olur.

Mevkuf akit zatında zayıf olduğu için, bu akitle, icazetten önce mülkiyet sabit olmaz. Ancak, söz konusu askı hali, sebebin (illetin) tamamına mani olmadığından, mevkuf akitte, sebebe uygun bir mülkiyet sabit olur. Yani, sebep mevkuf olduğu için, bununla gerçekleşen mülkiyet de mevkuf bir mülkiyet olur. Askı hali için getirilen bu «mevkuf mülkiyet» ölçüsü, mal veya hak sahibinin mülkiyetini ortadan kaldırmadığı gibi, ona zarar da vermez (12).

B. Mevkuf Akdin Akit Sınıflamasındaki Yeri

Mevkuf akit, hükmü askıda olan, Kâsânî'nin ifadesiyle, «zahiren hüküm ifade etmeyen» (13) bir akit olduğuna göre, akit sınıflamasındaki, yani akdin kısımları arasındaki yeri ne olacaktır; acaba, sahih akitler grubunda mı, yoksa caiz olmayan (hükümsüz) akitler grubunda mı yer alacaktır?

Bizim, mevkuf akdin yapısından hareketle varsaydığımız bu sorunun, Hanefî hukukçuları ne ölçüde meşgul ettiğini bilmiyoruz. Bununla birlikte, mevkuf akdin, akit sınıflamasındaki yeri konusunda Hanefî hukukçuların, genelde, üç farklı görüşe ayrıldıkları gözden kaçmamaktadır.

Bir kısım Hanefî hukukçular akdi, «câiz (sahih)», «fâsîd», «bâtıl» ve «mekuf» şeklinde taksim ederek (14), mevkuf akdi başlıbaşına müstakil bir kısım olarak değerlendirmişlerdir.

Bir kısım Hanefî hukukçular da, mevkuf akdin, hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesinin kabz'a (teslim alma) bağlı olmaması yönüyle, sahîh akdin tarif ve hükmüne uygun düştüğünü; hükmünün askıda olmasının da, muhayyerlik şartı bulunan akitlerden farklı olmadığını ileri sürerek onun sahîh akdin kapsamına dahil etmişlerdir (15). Bu görüşe göre, akit, önce, «sahîh» ve «gayr-i sahîh» olarak ikiye ayrılmakta ve mevkuf akit, sahîh akdin kısımları arasında yer almaktadır.

Diğer bir kısım Hanefî hukukçular ise, mevkuf akdi, caiz olmayan akitlerin (genel anlamdaki fâsîd yani hükümsüz akitlerin), bir kısmı olarak ele almışlardır. Buna göre, akit önce, «caiz» ve «gayr-i câiz» olarak ikiye ayrılmakta, sonra mevkuf akit batıl ve fâsîd akitlerle birlikte gayr-i caiz akitler grubuna dahil edilmektedir (16).

Kanaatimizce, Hanefî doktrindeki hükümsüzlük sistemine en uygun olan görüş, mevkuf akdi, gayr-i caiz yani genel anlamdaki hükümsüz akitler grubunda değerlendiren görüştür. Şöyle ki, Hanefî doktrinde akdin kurulup sonuçlarını meydana getirebilmesi için üç merhaleden geçmesi gerektiği kabul edilmektedir. Aynı şekilde, her bir şartın yokluğuna, o şartın, akdin kurulup sonuçlarını meydana getirmesindeki önem derecesine göre bir hükümsüzlük müeyyidesinin uygulanması gerektiği de benimsenmektedir (17). O halde, her bir merhaledeki şartın eksikliğine -daha genel bir ifadeyle her bir merhaleye- farklı bir hükümsüzlük derecesiyle mukabele etmek Hanefî doktrindeki hükümsüzlük anlayışının ruhuna daha uygun olmaktadır. Buna göre, in'ikad merhalesinin mukabili «butlan», sıhhat merhalesinin mukabili «fesad» ve nefaz merhalesinin mukabili de «askı hali» olacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi, Kâsânî'nin, akdin sıhhatini, akdin in'ikad ve nefazı üzerine zâid bir durum olarak görmesi, ilk planda akdin sahîh olabilmesi için, öncelikle in'ikad etmesi ve nâfiz olması gerektiğini zımmen ifade etmektedir. Buna göre askı hali günah ve uhrevî sorumluluk bakımından olmasa bile, dünyevî sonuçlar bakımından daha özel bir deyimle medenî müeyyide bakımından, fesad durumundan daha ağır bir hükümsüzlük derecesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Ancak, mevkuf akdin, hükümsüz akitler gurubuna dahil edilmesine engel olarak ileri sürülebilecek bazı hususların varlığına da dikkat çekmek lazımdır. Bunların başında mevkuf akdin, batıl ve Fasid akitlerde olduğu gibi, akdin sonuç doğurmaması ve ortadan kaldırılmasını gerektiren bir harama şamil olmaması, yani akdi bizzat yapanlar açısından dîni-uhrevî bir sorumluluğun doğmaması, (18) bununla ilgili olarak da akdi feshetmenin taraflar için bir görev ve mecburiyet olmaması gelmektedir. Gerçekten de mevkuf akdi dîni müeyyide tarafı da bulunan batıl ve fasid akitlerle -bu açıdan- bir kefeye koymak mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte bu durum, mevkuf akdin genel anlamdaki hükümsüzlük kapsamına alınmasına ciddi bir engel teşkil etmez. Çünkü genel anlamda akdin hükümsüzlüğü, hükümsüz olan akdin, sürekli veya geçici olarak sahih akdin işlevini yüklenememesi halidir. Bu durum batıl ve fasid akitler için olduğu kadar mevkuf akit için de söz konusudur.

C. Genel Anlamda Bazı Mevkuf Akit Türleri

Hanefî kaynaklarda mevkuf olarak nitelenen akitler incelendiğinde bunların hepsinin aynı mahiyette olmadıkları görülür. Bu kullanımların çoğu teknik anlamdaki mevkuf akdi ifade için olsa da, bir kısmı sıhhati askıda olan, bir kısmı da in'ikad veya lüzumu askıda olan akitleri ifade içindir. Bu itibarla teknik anlamdaki mevkuf akit teorisine geçmeden önce, mevkuf olarak nitelenen bu akitlerin gerçek muhtevalarına işaret etmek yerinde olacaktır.

1. Akdin Sıhhatinin Askıda Olması

Akdin sıhhatinin askıda olması daha ziyade semenin belirlenmemesi, üç günden fazla muhayyerlik şartı öne sürülmesi, mebin tesliminde satıcı için bir zararın söz konusu olması ve bir kimşenin, gaspedilmiş malını satması gibi durumlarda söz konusu olur.

a. Semen'in Belirlenmemiş Olması : Klasik Hanefî kaynaklarda semenin belirlenmediği satımlara örnek olarak çoğunlukla, bir şeyi kıymeti mukabilinde satma, halkın aldığı veya sattığı fiyata satma vb. gibi durumlar gösterilmektedir. Bu çeşit satımlar, bazan mevkuf olarak ifade edilmekle beraber (19) bu akitler teknik anlamda mevkuf akit kapsamına girmez. Çünkü bu akitlerde askıda olan husus akdin nefazı değil sıhhatidir. Bu sebeple bir çok yerde bu akitlerin fasid olduğu belirtilmiştir (20). Zira, söz konusu akitlerde semen belli değildir. Semen'in belli olmaması ise

fesad sebebidir (21). Öyleyse bu çeşit akitlerin mevkuf olduğunun söylenmesi durumunda, bununla kastedilen akdin sıhhatinin askıda olmasıdır. Akit meclisinin henüz dağılmamış olması akdin halen yapılmakta olduğunu gösterdiğinden eğer semen akit meclisinde bilinirse, akit sahih hale gelir (22). Bununla birlikte müşterinin, semeni bilmezden önceki rızası tam olmadığı için semenin akit meclisinde belli olmasından sonra, müşterinin mebli almama konusunda muhayyer bırakılması uygun görülmüştür.

Türk hukukunda ise, Hanefi doktrininde olduğunun aksine, akdin yapılması sırasında fiyatın muayyen bir rakam olarak gösterilmiş olmasına lüzum görülmemiş, bunun tayin edilebilir olması yeterli görülmüştür. Bu itibarla, taraflar fiyatın sadece tayin şeklini kararlaştırmış ve bilfarz fiyatın tespiti işini taraflardan birine veya üçüncü bir şahsa bırakmış olsalar, fiyatın tayini mümkün hale gelmiş demektir. Kanun da, tayini mümkün olan semeni tesmiye edilmiş (tayin olunmuş) semen hükmünde tutmaktadır (23).

b. Üç Günden Fazla Muhayyerlik Şartı : Üç günden fazla muhayyerliğin şart koşulduğu akit, Ebû Hanîfe'ye (ö. 150/767) göre fasid, Ebû Yûsuf (ö. 182/798) ve İmam Muhammed'e (ö. 189/305) göre caizdir (24). Ancak, bazı Hanefi kaynaklarda bu çeşit akit, mevkuf olarak ifade edilmiştir (25). Kanatimize söz konusu akde mevkuf denilmesinin sebebi, ilk üç günlük süre zarfında muhayyerlik şartının düşürülmesiyle akdin sahihe dönüşme imkanının bulunmasıdır. Bu imkandan dolayı bu süre zarfında akdin askıda sayılması düşünülmüştür. Gerçekten de akdin bu açıdan mevkuf sayılması mümkündür, fakat, dördüncü günün girmesiyle akdin fesadı kesinleşeceğinden bu durumda askıda olan husus akdin sıhhati olmaktadır.

c. Teslimde Zarar : Tesliminde satıcı için bir zarar söz konusu olan şeyin satılması durumu Hanefi kaynaklarda genelde adem-i nefaz olarak belirtilmiş ve bu duruma örnek olarak çoğunlukla duvardaki kerpicin satılması gösterilmiştir (26). Burada satıcı için zarar söz konusu olduğu için böyle bir akit hüküm ve sonuçlarını meydana getiremez. Ancak, satıcı zararı göze alarak kerpici duvardan sökmüşse, zararın fiilen gerçekleşmesi sebebiyle akdin askıya alınmasını gerektiren zarar riski de kalkmış olduğundan, akit askı halinden kurtulur ve sonuçlarını meydana getirir. Bu durumda müşteri söz konusu mebli almamazlık edemez.

Görüldüğü gibi söz konusu akitte, akdin askıya alınmasının sebebi satıcının muhtemel zararındır. Bu husus da Hanefi doktrininde genelde fesad sebebi olarak ifade edilmiştir (27). Dolayısıyla burada askıda olan husus akdin sıhhatidir.

d. Mal Sahibinin, Gasp edilmiş Malını Satması : Mevkuf olarak nitelenen bir satım çeşidi de mal sahibinin, gaspedilmiş (mağsûb) malını gaspedenden başka birine satmasıdır. Böyle bir satım akdinin sonuç doğurması, gaspedenin ikrarına, eğer inkar ederse beyyine'ye kısaca mebiin teslim edilebilme imkanına bağlıdır. Eğer gasb eden inkar ederse ve satıcı (mal sahibi) malın kendine ait olduğunu ispatlayamazsa akit sahih olmaz. Çünkü, ikrar veya ispat olmaksızın mebi'in teslim edilmesi satıcı açısından mümkün değildir (28). Görüldüğü gibi burada akdi mevkuf kılan sebep satıcının mebi teslimine güç yetiremeyişidir. Bu ise, fesad sebebidir. Dolayısıyla bu satım şeklinde askıda olan husus akdin sıhhatidir.

Sonuç olarak söylemek gerekirse, bu dört durumda akdin hüküm ifade etmesi icazete değil, icazet dışında başka bir işleme (semenin akit meclisinde tayin edilmesi, ilk üç günlük süre zarfında muhayyerlik şartının düşürülmesi, teslimin mümkün olması) gerek duymaktadır. Bu satım şekillerinin çok genel anlamda bir askı hali olarak değerlendirilmesi mümkün görülse bile, bunlar özel ve teknik anlamdaki askı halinden başkadırlar.

2. Akdin Kurulmasının ya da Bağlayıcılığının Askıda Olması

Akdin kuruluşunun askıda olması, onun batıl olmamakla birlikte henüz kurulmamış olması anlamında; bağlayıcılığının askıda olması ise akit kurulmuş olmakla birlikte taraflardan birinin veya her ikisinin muhayyerlik hakkına sahip olması anlamındadır.

Bazı Hanefi hukukçular, meclis muhayyerliğini akdin in'ikadının askıda oluşuna örnek göstermişlerdir. Hanefi doktrininde meclis muhayyerliği, Şâfiî ekolünde olduğu gibi, tarafların bedenen birbirlerinden ayrılmadıkça akde bağlı kalıp kalmamakta muhayyer olmaları şeklinde değil, icaba muhatap olan tarafın, bu icabı kabul edip etmemekteki muhayyerliğidir (kabul muhayyerliği). Bu durumda akdin in'ikadı, icaba muhatap olan tarafın kabulüne bağlı olduğu için askıda olan husus, akdin in'ikadıdır.

Akdin bağlayıcılığının askıda olması da, muhayyerlik şartlı satım akdinde söz konusu olur (29). Bu durumda akit sahih olarak kurulmuş olmakla beraber, muhayyerlik şartı sebebiyle henüz kesinleşmemiştir.

II. MEVKUF AKIT TEORİSİ

Hanefi ve Mâlikî ekollerinde teknik anlamda askı haliyle kastedilen, akdin nefazının askıda olmasıdır. Bu itibarla, buradaki askı hali, akdin in'ikad ve sıhhatiyle değil, özellikle onun işlerlik kazanmasıyla ilgilidir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, askı durumunda akdin kurucu unsurları ve sıhhat şartları tamamdır, fakat akdin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için ek bir işlemle -ki bu icazettir- tamamlanması gerekmektedir. Akdin, yapıldığı andan itibaren icazete gerek duymaksızın işlerlik kazanması, akdin konusunun (ma'kudun aleyh, mahal) satıcının mülkiyetinde olmasına veya satıcının bir hukukî yetkiye dayanarak o malda tasarrufta bulunmuş olmasına ve söz konusu malda üçüncü şahısların hakkının bulunmamasına bağlıdır. Bu noktadan hareketle belli başlı mevkuf akitler şu şekilde gruplandırılabilir.

A. Yetki eksikliği yüzünden Mevkuf Olan Akitler :

1. Fuzulînin Tasarrufu :

Fuzulî (30) vekil olmayan kimse anlamında olup, İslam hukuk ıstılahında, hukuki yetkisi (velayet) olmaksızın başkasının malında tasarrufta bulunan kimseyi ifade de kullanılır (31). Fuzulînin tasarruflarının hükmü konusunda İslam hukuk ekolleri temelde farklı iki görüşe ayrılmışlardır. Hanefî ve Malikî ekolüne göre fuzulînin tasarrufu mal sahibinin icazetine bağlı olarak kurulur. Mal sahibi dilerse akde icazet verir ve akit yapıldığı andan itibaren hükümlerini doğrur; dilerse icazet vermez ve akit yine yapıldığı andan itibaren batıl olur (32). Şafiî ekolünde ise fuzulînin tasarrufu kesinlikle batıldır (33). Hanbelî ekolünde konu ile ilgili olarak iki farklı rivayet vardır (34).

Fuzulînin tasarrufunun mevkuf olacağı görüşünde olanlara göre, başkasının malında (hakkında) tasarrufta bulunan kişinin fuzulî hükmünde olabilmesi için, söz konusu tasarrufun sözlü bir tasarruf olması gerekir. Mesela, yetkisiz olarak başkasının malını satan kişi fuzulî hükmündedir. Ancak, bu kişi satımdan sonra mebiî müşteriye teslim etmişse, kendisi gâsıb (gaspeden), bu fiilî tasarrufu da gasp hükmünde olur (35).

Bununla birlikte, fuzulinin yaptığı bütün sözlü tasarrufların hükmü konusunda tam bir birliğin mevcut olduğu söylenemez. Mesela, Hanefî hukukçular fuzulinin satımının mevkuf olduğunu, fakat satın almasının (şirâ) mevkuf olmayıp satın alan (fuzuli) hakkında nafiz olacağını kabul ederken, Mâlikî hukukçular her iki durumda da akdin, adına tasarruf yapılan kişinin icazetine bağlı (mekvuf) olacağını ileri sürmüşlerdir (36). Aynı şekilde Hanefî hukukçular, fuzulinin yaptığı evlendirmenin tıpkı satım akdi gibi mevkuf olacağını ileri sürerken, fuzulinin evlendirmesi Mâlikî hukukçular arasında tartışma konusu olmuştur.

Fuzulinin tasarrufu konusunda, belirtilmesi gereken bir husus da şudur : Acaba fuzulî, başkasına ait bir malı satarken, akit esnasında, malın başkasına ait olduğunu ve kendisinin mal sahibinin izni olmaksızın onun adına tasarrufta bulunduğunu açıklamak durumunda mıdır, yoksa söz konusu malı kendi nam ve hesabına satması durumunda da akit yine mevkuf mu olacaktır? Bu konuda Hanefî literatüründeki ifadeler yeterince açık değildir. Senhuri, her iki durumda da akdin mevkuf olacağını ileri sürer ve Hanefî ekolündeki anlayışın bu yönde olduğunu ifade eder (37). Kanaatimizce bu görüş pek isabetli değildir. Çünkü, bazı Hanefî kaynaklarda, fuzulinin başkasının malında kendi adına yaptığı tasarrufun batıl olacağı açıkça belirtilmiştir (38). Ayrıca, tasarrufun mevkuf olarak hukukî varlık kazanabilmesi için, fuzulinin, başkasının malında kendi adına değil, söz konusu mal sahibi adına tasarrufta bulunmuş olmasının şart koşulması, iyi niyetli müşterinin, hak etmediği ve razı olmadığı bir zarara uğramasının önlenmesi ve hukukî ilişkilerde karşılıklı güven ve dürüstlük prensibinin işletilmesi açısından yerinde bir düşüncedir.

Hanefî doktrininde, fuzuli, ile müşteri arasında, bağlayıcı ve akdi bir bağ meydana gelmeyeceği, dolayısıyla, mal sahibinin icazetinden önce, nikah akdi hariç, fuzulinin akdi feshetme hakkı bulunduğu ileri sürülmüştür (38a). Kanaatimizce, fuzulinin haklarını korumak amacıyla, fuzuliye verilen bu yetki, fuzulinin tasarrufunu, akit görünümünden uzaklaştırmakta ve onu neredeyse satış va'dinden daha aşağı bir duruma düşürmekte ve iyi niyetli olan müşterinin hakkına zarar vermektedir. Malikî doktrinde fuzuli ile müşteri arasındaki akdi bir ilişkinin gerçekleştiği ifade edilerek, fuzuliye ve müşteriye, mal sahibinin icazetine kadar fesih yetkisi verilmemiştir (38b). Kanaatimizce, iyi niyetli müşteriye himaye açısından bu görüş daha isabetlidir.

Fuzulinin satımının caiz olduğunu savunanlar ve karşı görüşte olanlar birtakım gerekçelere tutunmuşlardır. Biz, burada sadece Hanefî ekolü ile Şâfiî ekolünün gerekçelerine yer vereceğiz.

Hanefî hukukçuların, fuzulinin satımının caiz olduğu konusundaki birinci gerekçeleri şu hadistir: Hz. Peygamber, kendisine bir kurbanlık koyun satın alması için Urvetu'l-Bârikî'ye (ö.) bir dinar vermiş, Urve de bir dinara iki koyun satın alıp, birini tekrar bir dinara satarak Hz. Peygamber'e bir koyun ve bir dinarla geri dönmüş ve Hz. Peygamber bu işlemi onaylamıştır (39) Hanefî hukukçuların bu hadisteki dayanak noktaları şudur: Urve, bir dinara aldığı iki koyundan birini satarken fuzulî durumdadır. Eğer bu satım akdi caiz olmasaydı, Hz. Peygamber onu onaylamaz ve kendisine geri getirilen bir dinarı kendisi için helal saymazdı. O halde, fuzulinin satımı batıl değil, muteberdir (40).

Hanefî hukukçuların bu konudaki ikinci gerekçeleri şöyle özetlenebilir: Fuzulî'nin tasarrufu, ehlinden yani hür, âkil ve bâliğ bir kimseden, mahalline yani akdin hükmünü kabule elverişli bir konuya muzaf olarak sadır olmuştur. Başka bir ifadeyle, fuzulînin tasarrufunda akdin hukuki varlık kazanması için gerekli unsurlar mevcuttur. Bu bakımdan, böyle bir akdin mün'akid sayılması gerekir. Mal sahibi muhayyer olduğundan yani fuzulinin tasarrufu mal sahibini bağlayıcı bir özelliğe sahip olmadığından mal sahibinin bu işleminden zarar görmesi söz konusu değildir. Hatta bu işlemin, onun yararına olması ihtimali de vardır (41).

Hanefî hukukçular, bu ikinci gerekçeyi destekler mahiyette olmak üzere, Hanefî doktrininde önemli bir yeri olan «akl-ı selim sahibi kişilerin tasarruflarının mümkün merteye sıhate hamledilmesi ve en güzel biçimde yorumlanması» (42) şeklindeki prensibi de kullanmışlardır. Bu cümleden olarak İbnu'l-Hümâm (ö. 861/1457), fuzulinin satımının sabit olduğuna delil olarak, bu tür akde ihtiyaç duyulduğunu, üstelik bunun cevazına şer'î bir engel bulunmadığı gibi, bunda, her hangi bir zarar riski olmaksızın, fuzulî, mal sahibi ve müşterinin maslahatı bulunduğunu ileri sürmüştür (43).

Şâfiî ekolünün fuzulinin satımının caiz olmadığı konusundaki gerçeklerinden biri; kişinin, yanında olmayan şeyi satmasını yasaklayan hadistir (44). Şâfiî (ö. 204/819) bu hadisten hareketle, bir kimsenin, kendi mülkiyetinde olmayan bir şeyi satmasının yasaklanmış olduğunu, dolayısıyla, bu muhtevada olan fuzulinin satımının da batıl olduğunu ileri sürmüştür (45).

Şâfiînin bu konudaki diğer bir gerekçesi de şöyledir: Şâfiî'ye göre, akdin hukukî varlık kazanmasının esası, tasarrufu yapan kişinin hukukî yetkiye sahip bulunmasıdır. Kişinin, bu yetkiye sahip olması da ancak o malda mülkiyet sahibi olmakla veya mal sahibinin o malda tasarruf izni vermesiyle gerçekleşebilir (46). Halbuki, fuzuli, böyle bir yetkiye sahip değildir. Yetkisizlik sebebiyle akdin hükümlerini uygulayamayacağından fuzulînin tasarrufu batıl olur.

Görüldüğü gibi, fuzulînin satımının caiz olduğunu savunanlar da, karşıt görüşte olanlar da, görüşlerini bir hadise dayandırmışlardır. Burada bunun sebepleri ve zaruri olup olmadığı üzerinde duracak değiliz. Ancak, İbnu'l-Arabî'nin (ö. 543/1148), «İşin erbabı (ehlu's-sinâa), mevkuf satım ve mevkuf nikah konusunda sahih bir hadis bulunmadığını belirtmişlerdir» (47) şeklindeki ifadesinden de cesaret alarak, bu tip meselelerde, özel ayet veya hadis aramak yerine, genel prensipler doğrultusunda oluşan bir hukuk mantığıyla konuya yaklaşmanın yerinde olacağı söylenebilir.

Fuzulînin tasarrufunun, mevkuf akit hüviyetini kazanıp, mal sahibinin icazetine bağlı olarak kurulabilmesi için gereken şartlar şöyle sıralanabilir :

1) Fuzulînin tasarrufunun her şeyden önce, vekalet ve temsil (istinâbe) ile yapılabilecek bir hukukî işlem olması gerekir. Bu suretle, mal sahibinin icazet vermesiyle birlikte, fuzulînin vekil durumuna geçmesi sağlanmış olur.

2) Akdin, akdi bizzat yapmış olan fuzuli açısından işlerlik kazanmasına imkan bulunmaması gerekir. Nitekim, Hanefî ekolünde, fuzulînin satması ile satın almasının hükmü ayrı tutulmuştur. Buna göre, başkası adına satın alma durumunda akit, satın alan (müşteri) açısından nafiz olur. Böyle bir akitten sonra, adına satın alma yapılan kişinin akde icazet vermesinin ya da vermemesinin hiç bir etkisi ve önemi yoktur (48).

Ancak, başkası adına satın alma akdi yapan kişi çocuk ise, çocuk bu tür tasarruflara ehil olmadığı için, bu durumda akdin çocuk hakkında işlerlik kazanması mümkün olmayacağından, çocuğun başkası hesabına yaptığı satın alma akdi, adına satın alma yapılan kişinin icazetine bağlı olur.

3) Tasarrufun yapıldığı sırada, icazeti kabul edilebilecek bir mahiyette olması gerekir. Bu itibarla bir kimse, yetimin malını bihe etse veya gaybı fâhiş ile satsa, kısaca, yetimin veli veya vasisinin dahi yetkisi dışında kalan bir tasarrufta bulunsa, bu tasarruf batıl olur, dolayısıyla icazete konu olmaz.

Aynı şekilde, bir kimsenin kendine ait olmayan bir malı satın, daha sonra onu malikinden satın almak veya miras yoluyla elde etmek suretiyle teslim etmesi durumu askı hali olarak değer kazanmaz ve söz konusu işlem batıl olur (49). Şu kadar ki, burada fuzuli pozisyonunda olan kişinin, söz konusu malın mülkiyetine sahip olması, o malı satmasından önceki bir zamana tesadüf ediyorsa, akit caiz olur. Mesela, bir kimse, gasp ettiği bir malı başka birine teslim etse, tazmin borcu bu teslim anından itibaren doğacağından ve dolayısıyla, malın mülkiyeti bu tazminle birlikte kendisine geçeceğinden, teslimden sonraki satımı caiz olur.

4) Tasarrufun yapıldığı sırada o tasarrufa icazet verebilecek birinin (müviz) bulunması gerekir (50). Bu kişi, mal sahibi olabileceği gibi, kanunen icazet vermeye yetkili kılınmış -veli, vasi gibi- biri de olabilir.

Bu şartları taşımayan akit batıl olur ve artık sonradan verilecek icazetle geçerli hale gelmez.

Fuzulinin tasarrufunun değişik bir örneği de şudur: Bir kimse, kendine ait olan bir malı satın teslim ettikten sonra, ikinci bir müşteriye daha satarsa, ikinci satım akdi ilk müşterinin icazetine bağlı olur. Ancak, bu hüküm, az önce belirttiğimiz gibi, ilk müşterinin mebi kabzetmiş olması durumunda geçerlidir. Eğer ilk müşteri, henüz mebi kabzetmemişken, satıcı onu ikinci bir müşteriye daha satarsa, bu durumda icazetine baş vurulması gereken ilk müşteri, gerçek satıcı makamına geçeceğinden henüz teslim almadığı bir şeyi satmış olacaktır ki, böyle bir akit batıldır (51).

2. Vekilin Vekalet Sınırlarını Aşan Tasarrufları

Başkasının naibi olarak tasarruf etme yetkisine sahip kılınan kişinin, kendisi için çizilen sınırlara bağlı kalmaması durumunda akit, vekalet sınırlarına giren hususlarda geçerli olup, bu sınırı aşan miktar hakkında, bu yetkiyi veren kişinin icazetine bağlıdır. Çizilen sınırı aşma konu yönünden olabileceği gibi, şa-

hıslarla da ilgili olabilir. Mesela, vekaletin iki kişiye birden, birlikte kullanmak üzere verilmesi halinde, iki vekilden birinin diğer vekil huzurunda yaptığı akit, bu vekilin icazetine bağlıdır. Eğer, onun yokluğunda akit yaparsa, bu işlem batıl olur (52).

3. Mümeyyiz Çocuğun Tasarrufları

Mümeyyiz çocuğun, sırf zarar olan -hibe vb. gibi- tasarrufları kesinlikle batıldır ve velisinin icazetiyle dahi geçerli olmaz. Mümeyyiz çocuğun sırf lehine olan ve zarar ihtimali bulunmayan tasarrufları ise, velisi icazet vermese dahi muteber olur. Mümeyyiz çocuğun askıda olan dolayısıyla icazete bağlı olan tasarrufları ise, bu iki nevi arasında kalan yani yarar ve zarara ihtimali bulunan alım-satım, icare gibi tasarruflarıdır. İşte, mümeyyiz çocuğun bu tür tasarrufları kurulmuş olmakla birlikte işlerlik kazanması kanunî temsilcisinin icazetine bağlıdır. Mümeyyiz ma'tuh ile bülüğa erdiği halde reşid olmamış -sefih- kişinin tasarrufları da bu hükme tabidir (53).

4. Mürteddin Tasarrufları

Ebu Hanife, İslamdan dönen -mürted- kişinin, ölü hükmünde olduğu noktasından hareketle, mahndaki mülkiyetinin, mürteddin durumunun açığa çıkmasına kadar askıda olduğunu ileri sürmüştür. Eğer mürted yeniden İslama dönerse, mülkiyetinin yeniden kendine döneceğini, aksi takdirde, yani bu hal üzere ölmesi veya başka bir ülkeye sığınması halinde, mülkiyetinin ortadan kalkacağını belirtmiştir. Bu itibarla, mürteddin bu esnadaki -durumunun açığa çıkmasına kadarki süre içerisindeki- alım-satım, hibe vasiyyet gibi tasarrufları Ebu Hanife'ye göre mevkuftur. Ebu Yusuf ve Muhammed aksi görüştedirler (54).

5. Mükrehin Tasarrufları

Mükrehin tasarrufları, Hanefi doktrinindeki yaygın anlayışa göre fâsiddir. Ancak, Hanefi imamlardan Züfer (ö. 158/775), mükrehin tasarruflarının mevkuf olacağını ileri sürmüştür (55).

B. Üçüncü şahısların hakkının Dokunması Sebebiyle Mevkuf Olan Akitler :

Hanefi doktrininde akdin askı müeyyidesine tabi tutulmasını gerektiren ikinci sebep, akdin konusunda üçüncü şahıslara ait bir hakkın bulunmasıdır. Bu tür akitlerin askıya alınması üçüncü şahısların haklarını koruma amacına matuftur. İşte, konunun can

alıcı noktası, üçüncü şahısların haklarının ne ölçüde korunacağı ve bu hakların asıl malikin tasarruflarını ne ölçüde etkileyeceği hususunun tesbitinde yatmaktadır.

İslam hukukçuları, bu durumda üçüncü şahısların haklarının korunması gerektiği noktasında birleşmekle beraber, bunun hangi yolla sağlanacağı hususunda ayrılmışlardır. Mesela, rehindeki (merhûn) malın satılması durumunda, üçüncü şahsın hakkını korumak için Hanefî hukukçular söz konusu akdi askı müeyyidesine tabi tutarken, Şâfiî ve Hanbelî hukukçular butlan müeyyidesine tabi tutmuşlardır (56).

1. Merhun'un Satılması

Bir kimsenin, -borcu mukabilinde- rehin bıraktığı bir malı başka birine satmasının hükmü, genelde İslam hukuk ekolleri arasında tartışmalı olduğu gibi, Hanefî hukukçular arasında da ortak bir kanaate bağlanmamış gözükmektedir. Bu konuda, Hanefî ekolündeki yaygın kanaat, akdin mevkufl olacağı yönünde olmakla beraber (57) farklı görüşler de vardır. Hanefî ekolüne mensup hukukçulardan Serahsî (ö. 483/1090), rehindeki malın üçüncü şahısa satılmasının mevkufl olduğunu belirttikten sonra, bu akdin bazı yerlerde «câiz», bazı yerlerde «fâsid» olarak nitelendirildiğini ifade ederek bu görüşleri tevile çalışır (58). Serahsî'ye göre, rehindeki malın satımına fâsid denilmesi müşteri ile rehin alan (mürtehin) arasında söz konusu olabilecek anlaşmazlığın (husumet) sonucu itibariyledir. Yani, bunun anlamı müşterinin, satın aldığı malın kendisine teslim edilmesini istemesi, rehin alanın da teslim etmeye yanaşmaması durumunda hakimin anlaşmazlığı kaldırmak için söz konusu akdin fasid olduğuna hüküm vermesidir. Serahsî, rehindeki malın satımına caiz denilmesini de, rehin alanın tesliminde kolaylık gösterip, yani söz konusu satım akdine rıza gösterip, rehin olarak elinde tuttuğu malı müşteriye teslim etmesi durumuna hamleder. Kâsânî (ö. 587/1191) de, rehindeki malın satılmasının hükmü konusunda Hanefî hukukçulara ait «fâsid» ve «mevkuf» şeklindeki iki görüşü uzlaştırmak için daha değişik bir yol izleyerek, buradaki fâsidi, zahiren hükmü olmayan akde hamletmiş ve bunun da, aynı zamanda Hanefî ekolünde mevkuf akdin tefsiri olduğunu belirtmiştir (59).

Gerçekten de, rehindeki malın satımının hükmü konusundaki farklı ifadelere rağmen Hanefî hukukçular söz konusu akdin belli ölçüde hukukî varlık kazanmış bir akit olduğu noktasında

görüş birliği etmişlerdir. Çünkü, akdin rüknü -icap ve kabul- eh- linden mahalline muzaf olarak sadır olmuştur (60). Yani akde vücut veren temel unsurlar mevcut olduğu için akit kurulmuştur, fakat mebede üçüncü şahısların hakkı bulunduğu için akit yapıldığı anda işlerlik kazanmamıştır. Rehindeki malın üçüncü şahısa satılması durumunda akdin işlerlik kazanması rehin alanın akde rıza gösterip elinde rehin bulunan malı teslim etmesine veya rehin akdinin, borcun ödenmesi, ibra vb. yollarla sona ererek merhunun rehin veren (rehin) malikin eline geri dönmesine bağlıdır. Mal sahibi satıcı ile rehin alan arasında bir anlaşmazlık çıkmamışsa ve müşteri, teslimin rehinin çözülmesine (fekke) kadar gecikmesine razı olmuşsa, rehin alan icazet vermemiş olsa dahi söz konusu satım akdi batıl olmayıp mevkuף olarak kalmaya devam eder.

Burada işaret edilmesi gereken bir nokta da, rehin alanın, merhun maldaki hakkının, malikin merhundaki tasarrufunu fesih açısından ölçüsüdür. Bu hususu bir soruyla ifade edecek olursak; acaba, rehin alanın merhundaki hakkı, malikin o malı başkasına satması durumunda, kendisine o akde müdahelê hakkı verir mi? Bu konuda Hanefi ekolündeki iki görüşten birine göre, malikin merhunu başka birine satması durumunda, rehin alanın söz konusu akde-icazet verme hakkı bulunduğu gibi, onu feshetme yetkisi de vardır ve fesihden sonra müşterinin hiçbir hakkı kalmaz. Yaygın kabul gören diğê görüşe göre ise, rehin alanın fesih hakkı yoktur (61). Bu itibarla, her hangi bir anlaşmazlık çıkmaması halinde, rehin alan icazet vermese dahi akit mevkuף olarak kalmaya devam eder. Anlaşmazlık durumunda ise, akdi fesih yetkisi hakime aittir.

Müşterinin, akdin yapıldığı sırada rehin durumunu bilip bilmemesinin fesih hakkına etkisi de ayrı bir tartışma konusudur. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e (ö. 189/805) göre, müşteri, akdin yapıldığı sırada rehin durumunu bilse de bilmese de fesih hakkına sahiptir. Ebu Yusuf'a göre ise, müşteri akdin yapıldığı sırada rehin durumunu biliyor idiyse fesih hakkına sahip değildir. Eğer bu durumu akitten sonra öğrenmiş ise, fesih hakkına sahip olur (62).

2. Kiradaki Malın Satılması

Kiraya verilmiş (me'cûr) şeyin satılmasının hükmü büyük ölçüde merhunum satımının hükmü gibidir. Mal sahibi evini ki-

raya verdikten sonra henüz kira müddeti geçmeden başka birine satarsa, bu satım akdi kiracı açısından nafiz olmamakla birlikte, satıcı ve müşteri açısından nafiz sayılır. Hatta, kira müddetinin sona ermesi halinde, akit müşteri açısından bağlayıcı hale gelir ve artak müşteri mebi almaktan vazgeçemez. Ancak, kira müddetinin sona ermesinden önce müşteri, mebiin kendisine teslim edilmesini talep edip de, teslimin o anda mümkün olmaması sebebiyle hakim satım akdini feshetmişse, bu durumda icare müddeti sona erdikten sonra müşteri mebi almaya zorlanamaz. Eğer kiracı satım akdine icazet vermişse, yani kira akdinin sona ermesine razı olmuşsa, akit her üçü hakkında da nafiz olur. Ancak, kiracı, peşin verdiği miktardan artakalanı alıncaya kadar kirala-dığı mal elinde tutma (habs) hakkına sahiptir. Bununla birlik-te, kiracı bu tutarı almadan kira konusu olan şeyi teslim ederse elinde tutma hakkını düşürmüş olur (63).

Kâsânî, rehin alan ve kiracının (müste'cir) hakkının iptali söz konusu olacağı gerekçesiyle, merhun ve me'cur gibi kendisinde üçüncü şahısların hakkı bulunan şeylerin satımının in'ikad etmeyeceğini söyledikten sonra, bu konudaki rivayetlerin gelişki-li olduğunu, bazı rivayetlerde bu tür akitlerin fâsid, bazılarında mevkuf olarak ifade edildiğın belirtir ve bu akitlerin mevkuf ol-acağı yönündeki rivayeti sahih kabul eder. Çünkü, akdin rüknü ehlerinden mahalline muzaf olarak sadır olmuştur. Bu nevi akit-lerde teslim imkanının varlığına delil olarak da, rehin akdinde, borcun ödenmesiyle rehnin çözülüp mal sahibine dönme-sinin imkan dahilinde olmasını gösterir. Ayrıca, rehin alan veya kiracının akde icazet vermesi de muhtemeldir. Ne var ki, akit re-hin alan ve kiracının hakkının bulunması sebebiyle hemen işlerlik kazanamaz ve işlerlik kazanması onların icazetine bağlı olur (64).

Fesih hakkına sahip olup olmama açısından, kiradaki malı satın alan müşterinin durumu, rehindeki malı satın alan müşte-rinin durumu gibidir. Ancak, bazı Hanefî hukukçular fesih hak-kı açısından rehin alan ile kiracı arasında fark gözetmişlerdir. Nitekim Kudurî (ö. 428/1037), kiracının fesih hakkı bulunma-dığını, fakat rehin alanın bu hakka sahip olduğunu ileri sürerek bu ayırımı şöyle açıklamıştır: Kira akdi, menfaat üzerine yapı-lan bir akit olduğu için, kiracının hakkı ayn'da yani bizzat eşya-nın kendisinde değil, onun menfaat'indedir. Satım akdi ise, ayn üzerine yapılan bir akit olduğuna göre, kiradaki şeyin satılması kiracının hakkının bulunduğu bir alanda tasarruf olmamakta-

dir. Bu itibarla, fesih hakkı (fesih muhayyerliği) yoktur. Halbuki, rehin alanın hakkı bizzat eşyanın kendisindedir. Çünkü, alacağının ödenmemesi durumunda rehin alan, elinde rehin olarak bulunan malı satmak suretiyle alacağını tahsil cihetine gidecektir. Bu sebeple, rehin alan satım akdine icazet verse bile, bu takdirde, semen kendi elinde rehin olacaktır. Demek oluyor ki, merhunun satımı, rehin alanın hakkının bulunduğu alanda tasarrufta bulunmaktadır. O halde, rehin alan fesih muhayyerliğine sahiptir (65).

3. Ölüm Hastasının Tasarrufları

Ölüm hastasının (el-merid marada'l-mevt), hibe, vasiyyet veya göstermelik bir fiyatla satma gibi bir yolla, terekenin üçte birinden fazlasını teberru etmesi durumunda, bu teberru, üçtebiri aşan kısım hakkında nafiz olmaz. Diğer bir ifadeyle, ölüm hastasının, terekenin üçtebirini aşan teberru tasarrufu, fazla kısım hakkında varislerinin icazetine bağlı olur. Aynı şekilde, ölüm hastasının, oranı ne olursa olsun varislerinden birine yaptığı teberru, diğer varislerin icazetine bağlıdır. Çünkü, ölüm hastasının bu teberru, ölümden sonraya izafe edilmiş vasiyyet hükmündedir. Çoğunluk hukukçulara göre, «vârise vasiyyet yoktur» (66).

Buraya kadar belli başlı mevkuf akitleri incelemeye çalıştık. Hemen belirtelim ki, bu listeye eklenebilecek birkaç mevkuf akit daha olabilir.

Sonuç :

Mevkuf akdin, hükmü, daha önce de belirtildiği gibi, icazet anına kadar akdin hükümlerinin askıda olmasıdır. İcazet verilmesiyle birlikte akit askıdan kurtulur ve yapıldığı andan itibaren hükümlerini meydana getirir. İcazet verilmemesi halinde ise, akit hiç yapılmamış gibi olur. Hanefî doktrininde icazet için muayyen bir süre öngörülmemiştir. Ancak, icazetin sahih olabilmesi için, tarafların (fuzulî ve müşteri) ve akde konu edilen şeyin icazet anında mevcut olmalarının şart koşulduğu düşünülecek olursa, akdin çok uzun bir süre askıda kalmasının pek mümkün olamayacağı söylenebilir.

Mevkuf akdin sonuç doğurması icazete bağlı olmakla birlikte, teknik anlamdaki askı halleri farklı mahiyetlerde olabildiğinden, icazetin, bunların her birinde icra edeceği fonksiyon aynı olmayacaktır. Bir akit için askı hali, her bakımdan söz konusu olabile-

ceği gibi, sadece bazı bakımlardan da olabilir. Bu hususun tesbitindeki hareket noktası, askı müeyyidesi ile korunmak istenen hak ile, akdin işlerlik kazanması arasında çatışmanın bulunup bulunmadığının ortaya konmasıdır. Eğer, zikredilen bu iki husus arasında çatışma varsa, akit her yönden mevkuf olur; eğer, çatışma yoksa, akit bir yönden mevkuf, bir yönden nafiz olur. Akdin her yönden mevkuf olmasının örneği fuzulinin satımıdır. Bu işlem, ne mal sahibi, ne fuzulî, ne de müşteri açısından nafiz olur. Çünkü, bir akdin nafiz olması demek, onun, mebiin mülkiyetini malikten müşteriye nakledebilmesi demektir. Bu sonuca meşru bir şekilde ulaşılabilmesi için, malikin icazeti gerekmekte, bu da ancak, bu tasarrufun icazete kadar askıya alınmasıyla mümkün olabilmektedir. Bu itibarla fuzulinin tasarrufu hiç bir yönden nafiz olmaz.

Akdin bir yönden nafiz, bir yönden mevkuf olmasının örneği de, mal sahibinin, kiraya vermiş olduğu şeyi satmasıdır. Hanefî hukukçular, kiracı icazet vermese bile, bu satım akdinin, mal sahibi ve müşteri hakkında nafiz olacağını, dolayısıyla, kiracının hakkının kalkmasıyla birlikte, yeniden yapılmaya gerek kalmaksızın önceki akdin bütün yönlerden nafiz olacağını belirtmişlerdir.

Her iki nevi askı hali arasındaki fark ise şudur: Her yönden askıda olan akde icazet verilmediği takdirde, akit batıl olur. Halbuki, bir yönden askıda olan akde icazet verilmeseyse bile akit batıl olmaz ve mevkuf olarak kalmaya devam eder.

Buraya kadar yazılanlardan da anlaşılacağı gibi, askı teorisi, bazı kişilerin haklarını koruma amacıyla ortaya atılmıştır. Kısa-
ca belirtmek gerekirse, bu teoriyle, fuzulinin tasarruflarında, mal sahibi, rehindeki veya kiradaki malın satımında rehin alan veya kiracı, ehliyet ve yetki noksanı yüzünden askıya alınan akitlerde, bizzat eksik ehliyetlinin kendisi korunmak istenmiştir. Bu noktada askı terisi, bir medenî müeyyide türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönüyle askı terisinin, butlan ve fesad yanında üçüncü bir hükümsüzlük müeyyidesi olarak değerlendirilmesi mümkündür.

D İ P N O T L A R

1. el-Kâsânî, Alâuddin Ebu Bekr b. Mes'ûd (ö. 587/1191), Bedâiu's-Sanâi fi Tertîbi's-Şerâi', Kahire 1910, V, 135-148; İbnu'l-Humâm, Kemâluddin Muhammed b. Abdilvâhid (ö. 861/1457), Fethu'l-Kadîr, Mısır 1315-1317-V, 455.
2. Geniş bilgi için bkz. Kâsânî, V, 156-192.
3. Kâsânî, V, 148-152; İbnu'l-Humâm, V, 455; Mecelle, md. 365.
4. Burada ek işlem den kasdımız, akdin askı durumunda, hak sahibinin «icazet»ine; fesad durumunda ise «teslim alma»ya (kabz) bağlı olmasıdır. Akit, lâsid veya mevkuf değilse, ek bir işleme yani icazet veya kabz'a gerek olmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğurur. Eğer akit batıl ise, artık ek bir işlem olsa da sonuç doğurmaz.
5. Kâsânî, V, 156.
6. Hanefiler dışındaki cumhur hukukçular, prensip olarak batıl ile fâsid arasında fark gözetmemiş, her iki terimi de birbirinin müradifi olarak kullanmışlardır. bkz. ez-Zencânî, Şihâbuddin Muhammed b. Ahmed (ö. 656/1258), Tahricu'l-Furû, ale'l-Usûl, Beyrut, 1982, s. 168; İbn Kudâme, Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed (ö. 620/1223), Ravdatu'n-Nâzır ve Cennetu'l-Menâzır, Beyrut tsz, s. 31.
7. Oğuzman, M. Kemal, Medenî, Hukuk Dersleri (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), İstanbul 1971, s. 118-119, 124-125; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), I, 355-365; Doktrinde, eksiklik durumu «askıdaki geçersizlik» olarak, iptal kabiliyeti de «askıdaki geçerlilik» olarak ifade edilir. Eren, I, 356, 365.
8. Dâmâd Efendi, Şeyhzâde Abdurrahman b. Muhammed (ö. 1078/1667), Mecmau'l-Enhur Şerhu Mu'teka'l-Ebhur, Matbaa-i Amire 1328, II, 52.
9. Fuzûlî, terim olarak, şer'î izin olmaksızın başka birinin hakkında tasarruf eden kimse anlamına gelir. bkz. Mecelle, md. 112.
10. Mecelle, md. 967, 993.
11. Bu konuda bkz. es-Serahsî, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed (ö. 490/1097), el-Usûl, tah. Ebu'l-Vefâ el-Efğânî, Kahire 1372, II, 313.
12. Serahsî, el-Mebsût, Mısır, 1331, XI, 62-64.
13. Kâsânî, V, 155, 305.
14. el-Abbâdî, Ebu Bekr b. Ali el-Haddâdî (ö. 800/1397), el-Cevheratu'n-Neyyire (el-Lubâb ile birlikte), Matbaa-i M. Arif 1323, I, 258; Ayrıca bkz. Kâdihân, Fahrüddin Hasen b. Mansûr el-Özcendî (ö. 592/1196), el-Fetâvâ, (F. Hindiyeye ile birlikte), Bulak 1310, II, 133; ez-Zebîdî, Ebu'l-Feyz Muhammed b. Muhammed el-Murtazâ el-Hüseynî (ö. 1205/1790), Ukûdu'l-Cevâhiri'l-Munife, İstanbul 1309, II, 14.
15. İbn Âbidîn, Muhammed Emîn (ö. 1252/1836), Minhatu'l-Hâlık ale'l-Bahri'r-Râk (Bahri ile birlikte), Mısır 1311, V, 273.
16. İbnu'l-Humâm, VI, 41; Molla Husrev, Muhammed b. Ferâmûz (ö. 885/1480), Dururu'l-Hukkâm Şerhu Gureri'l-Ahkâm, İstanbul 1317, II, 168.
17. Bu konudaki bir değerlendirme için bkz. el-Karâfî, Şihâbuddin Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs (ö. 684/1285), el-Furûk, Beyrut tsz. II, 84.
18. Bkz. İbn Nuceym, Zeynuddin, b. İbrahim (ö. 970/1562), el-Bahru'r-Râk Şerhu Kenzi'd-Dekâik, Mısır 1311, VI, 76.
19. Msl. bkz. Molla Husrev, II, 176.

20. eş-Şeybânî, Ebu Abdillâh Muhammed b. el-Hasen (ö. 189/805), el-Asl (I. kısım), tah. Şefik Şahhâte, Kahire, 1954, s. 90; eş-Şürûnbülâlî, Ebu'l-İhlâs, Hasen b. İmâd el-Vefâf (ö. 1069/1658), Ğunyetu Zevî'l-Ahkâm fi Buĝyeti Dureri'l-Hukkâm (Durer ile birlikte), İstanbul 1317, II, 176, 177.
21. Kâsanî, V, 158.
22. İbn Nuceym, Bahr, VI, 75.
23. Bilge, Necip, Borçlar hukuku (Hususi Borç Münasebetleri), Ankara 1958, s. 23.
24. Ebu Yûsuf, Ya'kub b. İbrahim (ö. 182/798), İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbni Ebî Leylâ, Tah. Ebu'l-Vefa el-Efĝânî, Mısır 1357, s. 16-17; Serahsî, Mebsût, XIII, 41.
25. İbn Nuceym, Bahr, II, 75; Şâfiî ekolünde üç günden fazla muhayyerlik şartı koşulan akdin batıl olacağı kanaati hakimdir. Meclis dağıldıktan sonra, bu fazla kısmın düşürülmesiyle akit artık sahihe dönüşmez. İsterse bu düşürme ilk üç günlük süre zarfında yapılmış olsun. Çünkü, sürekli olarak sabit olmayacak bir tarzda yapılmış olan akit hiç bir şekilde sahihe dönüşmez. Msl., dört hanımı olan bir kimse beşinciye de nikahlasa ve daha sonra öncekilerden birini boşasa, yine de, beşinci olarak nikahlanan kadının nikahı sahih olmaz. en-Nevevî, Ebu Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref (ö. 676/1277), el-Mecmû fi Şerhi'l-Muhezzeb, Kahire tsz., IX, 194; İmam Mâlik'e göre ise, muhayyerlik süresi, akdin konusunun durumuna göre tayin edilir. Ebu Yusuf, Muhammed ve Ahmed b. Hanbel'e göre ise, taraflar, istedikleri süreyi şart koşabilirler .bkz. Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul 1982, II, 286.
26. Bkz. Kâsanî, V, 139.
27. el-Mavsulî, Abdullah b. Mahmud, b. Mevdûd (ö. 683/1284), el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l Muhtâr, İstanbul 1980, II, 24.
28. Bkz. Serahsî, Mebsut, XII, II; Kâsanî, V, 147.
29. Bkz. Şürûnbülâlî, II, 177.
30. Fuzulî, fazlalık ve ziyade anlamındaki «fazl» kelimesinin çoğulu olan «fuzûl» kelimesine nisbet edilmiş bir isimdir. Fuzul kelimesinin anlamı, çoğunlukla, kendisinde hiçbir hayır bulunmayan şeyi ifadede yoğunlaşmıştır. Fuzulî ise, kendisini ilgilendirmeyen (malâ ya'nî) işlerle uğraşan kimse anlamındadır. Bkz. el-Bâbertî, Ekmeluddin Muhammed b. Mahmûd (ö. 786/1384); el-İnâye ale'l-Hidâye (Fethu'l-Kadîr ile birlikte), Mısır 1315-1317, VI, 188; İbnu'l-Humâm, VI, 188.
31. Bâbertî, VI, 188; el-Hârezmî, Celâluddin el-Kerlani, el-Kifâye ale'l-Hidâye (Fethu'l-Kadîr ile birlikte), VI, 188.
32. Bâbertî, VI, 188; İbnu'l-Humâm, VI, 188; İbn Cuzey, Ebu'l-Kâsim Muhammed b. Ahmed (ö. 741/1340), el-Kavâninu'l-Fıkhiyye, Beyrut, tsz., s. 163.
33. Zencânî, s. 187-188; el-Beydâvî, Abdullah b. Ömer (ö. 685/1286), el-Ğayetu'l-Kusvâ fi Dirâyeti'l-Fetvâ, tah. A. Muhyiddin el-Karadaĝî, Kahire 1982, I, 458; Şâfiî ekolündeki farklı görüşler için bkz. Nevevî, Ravdatu't-Tâlibin, Beyrut-tsz., III, 353-354; Nevevî, vekalet almanın (istinâbe) caiz olduğu bütün tasarruflarda fuzulünün tasarrufunun icazete bağlı olarak kurulacağı görüşüne meyleder. Ravda, III, 355; Zâhiri ekolünde ise, başkasının malının satımının hiçbir şekilde sahih olamayacağı kabul

- edilmiştir. Bkz. İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (ö. 456/1063), el-Muhallâ, Beyrut, tsz., VIII, 434-437.
34. İbn Teymiyye, Ahmed b. Abdilhalim (ö 728/1327), Nazariyyetu'l-Akd, Kahire 1949, s. 225-226.
35. ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, el-Fıkhü'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd, Dimeşk 1967-1968, I, 424.
36. Bkz. Hârezmî, VI, 188; İbnu'l-Arabî, Ebu Bekr Muhammed b. Abdillâh el-İşbili, (ö. 543/1142), Ahkamü'l-Kur'ân, tah. Ali M. el-Becâvî, Mısır 1957, IV, 17; İbn Rüşd, Ebu'l-Velid, Muhammed b. Ahmed (el-Hafid) (ö. 595/1199), Bidâyetü'l-Muctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, Mısır tsz., II, 172.
37. es-Senhûrî, Abdurrezzâk, Mesâdirü'l-Hakk fî'l-Fıkhî'l-İslâmî, Beyrut, 1953-1954, IV, 183-184; Senhurî, fuzulünün, başkasının malını kendi malıymiş gibi satmasıyla o malın başkasına ait olduğunu söyleyerek satması arasında fark bulunmadığını, aynı şekilde, müşteri'nin, satıcının fuzulî olup olmadığını bilmesi ile bilmemesi arasında da fark bulunmadığını, bütün bu durumlarda akdin mevkufl olacağını belirtir. Senhûrî, Mesadır, IV, 183-184.
38. el-Kudûrî, Ebu'l-Hasen Ahmed b. Muhammed (ö. 428/1037), et-Tecrîd fi'l-Hulâf, yazma, Fatih no:2040, v. 149a; İbn Nuceym, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, İst., 1298, s. 113.
- 38a. Merğînânî, VI, 191-192.
- 38b. Karaman, Hayreddin, II, 277; krş. II, 280.
39. el-Buhârî, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmâil (ö. 256/870), el-Camiu's-Sahih, Matbaa-ı Âmire 1315, 61. Menâkıb, 28/IV, 187; Ebu Dâvûd, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistânî (ö. 275/888), es-Sunen, İstanbul 1981, 17. Buyû', 28/III, 667-679, r. 3386, Hadisin farklı bir yorumu için bkz. İbn Hazm, VIII, 434-435; krş. İbnu'l-Humâm, VI, 189.
40. Mavsîlî, II, 17-18; Malikî hukukçular bu hadisi, fuzulünün hem satmasının hem de satın almasının cevazına gerekçe göstermişlerdir. Bkz. İbn Rüşd, II, 172; Şâfiî hukukçular ise, bu hadisi, Urve'nin mutlak vekil olması durumuna hamletmişlerdir. Bkz. eş-Şirbinî, Muhammed el-Hatîb, Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni'l-Minhâc (Minhâc ile birlikte), Kahire tsz., II, 15; Bu yorumun tenkidi için bkz. Kudûrî, v. 149a.
41. el-Merğînânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Abdilcelîl (ö. 593/1197), el-Hidâye (Fethu'l-Kadir ile birlikte), VI, 189; Mavsîlî, II, 17-18; Ayrıca bkz. Ebu Zehra, Muhammed, el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-Akd, Kahire 1977, s. 358-359.
42. el-Kerhî, Ebu'l-Hasen Ubeydullah b. el-Huseyn (ö. 340/951), el-Ustûl (Te'sîsu'n-Nazar ile birlikte), Beyrut tsz., s. 162-163; Kâsânî, V, 177; İbnu'l-Humâm, VI, 44.
43. İbnu'l-Humâm, VI, 189.
44. Ebu Dâvûd, 17. Buyû', 70/III, 768-769; r. 3503; Mâlikî hukukçular buradaki yasağı, fuzulünün, kendine ait olmayan malı, başkası hesabına değil de, kendi hesabına satması durumuna hamlederler. Bkz. İbn Rüşd, II, 172; Hadisin Hanefî ekolü açısından yorumu için bkz. İbnu'l-Humâm, VI, 188.
45. Bkz. eş-Şirâzî, Ebu İshâk İbrâhim b. Ali (ö. 476/1083), el-Muhezzeb, Kahire, 1976, I, 349.
46. Zencânî, s. 187; krş. Bâbertî, VI, 188; İbnu'l-Humâm, VI, 188.

47. İbnu'l-Arabî, Âridatu'l-Ahfezi bi Şerhi Sahîhi't-Tirmizi, Beyrut tsz., VI, 16.
48. Hârezmî, VI, 188; Ayrıca bkz. et-Tahâvî, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed (ö. 321/933), el-Muhtasar, tah. Ebu'l-Vefâ el-Efğânî, Kahire 1370, s. 83; krş. Nevevî, Mecmû', IX, 261-263; Nevevî, Ravda, III, 354, Bu konuda ayrıca bkz. Senhûrî, IV, 189-191.
49. Şeybânî, s. 91; Ayrıca bkz. Kâdîhân, II, 176.
50. Hârezmî, VI, 188.
51. Kadîhan, II, 175; Molla Husrev, II, 176; İbn Nuceym, Bahr, VI, 75.
52. İbn Nuceym, Bahr, 76.
53. Kadîhan, II, 176; Molla Husrev, II, 176; Ayrıca bkz. İbn Nuceym, Bahr, VI, 75.
54. Damâd Efendi, I, 682; Ayrıca bkz. Kadîhan, II, 177.
55. Bkz. İbn Nuceym, Bahr, V. 277. Zerka da bu görüşü tercih ediyor. bkz. el-Fıkhü'l-İslâmî, I, 419 (1. dipnotu).
56. el-Hınn, Mustafa, Fıkhü'l-Muâmelât, Dimeşk, 1981-1982, s. 29.
57. Mecelle, md. 367; Hanbelî ekolünün konuya ilişkin görüşleri için bkz. İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman (ö. 795/1393), el-Kavâid fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, Kahire 1971, s. 86-88.
58. Serahsî, Mabsût, XIII, 11; İmam Muhammed, «Bu bey' câiz değil, mevkuftur» der. Bkz. Asl, s. 93.
59. Kâsânî, V, 155.
60. Merğînânî, VI, 189; Mavsılî, II, 69.
61. Serahsî, Mabsût, XIII, II; Şürûnbülûfî, II, 176.
62. el-Fetâva'l-Hindiyye, Bulak 1310, III, 110-111; Ayrıca bkz. Senhûrî, IV, 195.
63. Mecelle, md. 590; krş. Tahâvî, s. 130-131.
64. Kâsânî, V, 155; Ayrıca bkz. Şürûnbülûfî, II, 176.
65. Kâsânî, V, 155-156.
66. İbn Nuceym, Bahr, VI, 75; Ayrıca bkz. Mecelle, md. 393; Zerkâ, I, 423.