

## İSLÂM HUKUNDA AKİT HÜRRİYETİ VE AKDİ ŞARTLAR AÇISINDAN BU HÜRRİYETİN SINIRI

Yard. Doç. Dr. Ali BARDAKOĞLU

### G İ R İ Ş :

Dini veya laik bütün hukuk sistemleri fertlerin ihtiyaç duyduğu tasarruf ve münasebetleri belirli bir düzene bağlamış ve bu münasebetlerin «akıt» dediğimiz hukukî bağ içerisinde gerçekleşmesini istemiştir. Her devirde ve toplumda farklı adlandırma, işleyiş ve sonuca sahip olsa bile her akıt, beşerî münasebetlerin zorlaması sonucu ortaya çıkmış ve mevcut hukuk sistemleri tarafından da yapılan birtakım müdahalelerle objektif bir yapıya kavuşturulmuş borç münasebetidir.

Akidler hukukunun temelinde mademki ferdin ihtiyacı yatmaktadır, o halde ferdin kural olarak dilediği tarz borç münasebetini kurması ve bu münasebetin muhtevasını da dilediği şekilde tanzim etmesi en tabii hakkı gözükmektedir. Öte yandan üçüncü şahısların hukukunu koruma ve toplum menfaatını gözetme gayesiyledir ki zaman zaman, taraflar arasında kurulan akde müdahale etmek ve fertlerin akıt hürriyetini sınırlamak gerekebilir. Zaten her hürriyetin olduğu yerde sınırlamanın, her hak karşılığı bir borcun olması tabiidir. Her bir yaklaşım tarzı farklı görüşler çıkardığı içindir ki fertlerin akıt hürriyeti, öteden beri hukukçular arasında tartışılır bir konu olarak süregelmektedir.

Akıt hürriyeti, ferdin akıt yapıp yapmama, akdin mahiyeti ve muhtevasını ve şartlarını dilediği tarzda tayin ve tespit edebilme serbestisidir. Şart hürriyeti ise, akıt yapan taraflardan birinin, akdin işleyişini ve hukukî neticelerini değiştiren birtakım şartları ileri sürebilme hakkıdır. (1)

1. Ebû Zenra, Muhammed el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'Akd fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye, Mısır 1977, s. 258; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, İstanbul 1967, I, s. 174 175.

İslâm hukukunda akdî şartlar üç nevidir : Akdin varlığının ve gerçekleşmesinin bağlandığı ta'likî şartlar, akdin işleyişini belli bir zamandan başlatan izafe şartları ve üçüncü olarak da akdin gerektirdiği hükümleri ve sonuçları değiştiren takyîdî şartlar. Bu üçüncü gurup şartlara İslâm Hukukunda «akidle birlikte koşulmuş olan (akde mukterin) şartlar» da tabir edilmekte olup bu nevi şartların akit hürriyeti ile yakın alakası vardır. Çünkü akdin işleyişine ve doğuracağı hukukî neticelere doğrudan tesir eden, onları tadil ve tağyir eden şartlar, akidle birlikte koşulmuş şartlardır.

### **Akit Hürriyeti :**

Yukarda ifade edilen anlamda akit hürriyeti birkaç yönden ele alınabilir.

a) Akit hürriyetinin gerçekleşmesinde ilk adım, akdin kuruluşunda tarafların iradelerinin esas alınmasıdır. İslâm hukuku, akdin kuruluşunda tarafların hür iradelerini esas almış, taraflardan birinin rızasının bulunmadığı akitleri geçersiz saymıştır. Hatta akidlerin kuruluşu için aranan «tarafların ehliyeti» şartı da, netice itibariyle hukuken müteber bir rızanın gerçekleşmesi için alınmış bir tedbirdir. Bununla birlikte âmme menfaatinin, adalet ve hakkaniyet prensiplerinin gerektirdiği istisnâî durumlarda, cebri akitleşme esası getirilmiştir. Meselâ; borcunu ödemeyi geciktiren borçlunun, ihtikar (karaborsacılık) yapan kimsenin mallarının yetkili mercilerce cebren satışı, gerekli menkûl veya gayrimenkullerin devletleştirilmesi böyledir. Bu nevi cebri akidler kural değil, adaletli bir hukuk düzeninin zaman zaman başvurabileceği bir tedbir, bir müeyyidedir. Nitekim benzer uygulamalara modern hukukta da çokca yer verilmekte, liberal düşüncenin esas alınması yanısıra sosyal temayüllere de değer vermenin bir ifadesi olarak açıklanmaktadır. (3)

b) Akit hürriyetinin gerçekleşmesinde ikinci adım ise, akdin kuruluşunda şekil şartlarını asgariye indirerek tarafların mücerret rızası ile akdin kurulabilmesi imkânını getirmektir.

Mücerret rıza ile bir akdin kurulabilmesi, hukuk tarihinde ilk defa İslâm hukuku tarafından kâide olarak benimsenmiştir.

2. ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, el-Fıkhu'l-İslâmî fi Sevbihî'l-Cedid, Dimaşk 1967-68, I, s. 500-503.
3. Feyzioğlu, age, I, s. 196, Tekinay, Selâhattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul 1971, s. 291.

Roma hukukunda akidlerin teşekkülü için tarafların rızası (consensus) kâfi değildi. Aynı akidlerde (re contrahitur) borçlunun alacaklıdan, sonradan iade edeceği bir şeyi (res) alması, sözlü akidlerde (verbis contrahitur) rızalarının muayyen sözlü bir şekle tâbi olarak açıklanması, yazılı akidlerde (litteris contrahitur) yazılı şekil, alacağın deftere kaydı (nomen transscriptitium) gerekmekte idi. Roma hukukunda sadece dört akit; alım - satım (emptio vedinto), icâre (locatio conductio), şirket (societas) ve vekâlet (mandatum) rızâi akit (consensu contrahitur) sayılmakta, ne şekilde açıklanırsa açıklansın tarafların rızaları akdin kuruluşu için yeterli görülmekteydi. (4) Hatta rızâi akidlerin en önemlisi olan alım satım akdinde, eski ve klasik Roma hukukunda «res mancipi» denilen eşyanın mülkiyetini nakil için şekli muamelelere, «mancipatio» veya «in iure cessio» denilen merasimlere ihtiyaç vardı. Diğer eşyanın, yani «res nen mancipi» lerin mülkiyeti sadece teslim (traditio) ile nakledilirdi. (5)

Roma'da bilhassa eski «iūs civile» devrinin şekilci zihniyeti, sadece rızaların borç doğurabileceği esasını kabul etmemişti. Ancak zamanla, bilhassa gelişen ticarî hayatın ihtiyaçlarını karşılamak düşüncesi ve pretorların faaliyetleri neticesindedir ki bazı istisnâî hallerde sadece tarafların uzlaşmış olması, yani mücerret rızanın akdi kurabileceği benimsendi. Zamanla yeni gelişmeler ve bilhassa imparatorların constitutio'lar vasıtasıyla tanıdıkları ve himaye ettikleri anlaşmaların (pactum) rızâi akidler arasında yer almasıyla, akdin kuruluşunda şekil giderek azaldı ve mücerret rızanın rolü büyüdü. (6)

Roma hukuku araştırmacılarının da ifade ettiği gibi Roma hukukunun esası ve ayırıcı özelliği şekil ve merasimler olup tarafların sadece rızasının borç doğurması, olgunlaşmış bir hukuk kültürünün prensibidir. (7)

İslâm öncesi araplar arasında alış - verişin, satılacak şeye elbisesini atma, eli ile dokunma veya çakıl taşı atma gibi sembolik davranışlarla yapıldığını biliyoruz. (8)

4. Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1969, III, s. 50 - 52.

5. ez-Zerkâ, age, I, s. 297; Rado, age, III, s. 100.

6. Rado, age, III, s. 50 - 52.

7. ez-Zerkâ, age, I, s. 297 (4. dipnot); Rado, age, III, s. 50.

8. ez-Zeylâ'i, Fahrüddin Osman b. Ali, Tebyinü'l-Hakâik, Bulak 1315, IV, s. 48; Zeydan, Abdülkerîm, el-Medhal li-Dirâseti's-Şerîati'l-İslâmiyye, Bağdad 1976, s. 35 - 36.

İslâm hukuku akdi bütün bu şekil ve kayıtlardan kurtararak, hangi yolla ifade edilirse edilsin karşılıklı rızayı akdin kurucu tek unsuru olarak kabul etmiştir. Gerçi bazı akidlerde birtakım şekil şartları mevcuttur. Fakat bu, akidlerden beklenen gâyenin veya âmme nizamının zorladığı bir tedbirdir. Meselaç rehin akdinde rehin bırakılan malın teslimi akdin gâyesi gereğidir. Nikâhta şahitlerin ve ilânın şart koşulmuş olması, evlilik hayatının gayrimeşru ilişkilerden ayrılması, namuslu kadınların yanlış anlaşılma ve benzetilmelerden korunması içindir.

Modern hukukta da tarafların karşılıklı rızası esas alınmış, ve sadeliği esas almakta ve şekil şartlarını en aza indirmekte ise de bu durum biraz da o devirdeki toplumsal hayatın sadeliği, borç münasebetlerinin karmaşık bir hal almamış olması sebebiyledir. Beşerî münasebetlerin yoğunlaştığı günümüzde milyonlarca nüfusun yaşadığı yerleşme merkezleri yanısıra gelişen teknik imkânlar, akidlerde, İslâm hukukçularının gerekli görmediği bazı şekilleri sıhhat şartı olarak kabul etmeyi gerektirebilir. Özellikle borçlar hukuku alanında genel kâideler koymakla yetinen İslâm hukuku, böyle bir gelişmeye açıktır ve bu, hiçbir zaman tarafların akit hürriyetinin gerçek anlamda sınırlandırılması değildir.

c) Akit hürriyetinin gerçekleşmesinde üçüncü ve en önemli adım, tarafların akdin işleyişini, hükümlerini ve sonuçlarını diledikleri tarzda düzenleme serbestisidir. Buna günümüzde «akit serbestisi prensibi» denmektedir. Bu anlamda akit hürriyeti İslâm hukukunda pozitif hukuka nazaran oldukça farklı açılardan değerlendirilmiş, uzun tartışmalara yol açmış ve neticede, ferdin akit hürriyetini daraltan veya genişleten bir görüşler yelpazesi ortaya çıkmıştır.

Konunun, akidle birlikte ileri sürülen şartlarla ve akit yapan ferdin şart ileri sürme serbestisi ile yakın alâkası vardır. Çünkü, ancak gerekli görülen yerlerde şekil şartları getirilmiştir. Nitekim Borçlar Kanununun 11. maddesi de «Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tâbi değildir» hükmünü getirmiştir. (9) Ancak belli mülahazalarla bazı akidler için birtakım şekil şartları konmuştur. Ezcümle, günümüz hukukunda sözlü şekle tâbi tek akit, «evlenme akdi» dir. Bunun yanısıra alacağın temliki,

9. Kanunun emrettiği şekil şartları kural olarak sıhhat şartıdır ve emredici hukuk kurallarıdır (Bk. md. 11/II)

10. BK, md. 163/1.

(10) kefâlet, (11) ölünceye kadar bakma mukavelesi, (12) kolektif hizmet mukavelesi (13) gibi bazı akidler âdî yazılı şekle, gayrimenkûl satımı veya satımı vadi, (14) vakıf senedi, (15) evlat edinme, (16) gibi bazı akidler de resmî şekle tâbi tutulmuştur.

Özetle ifade etmek gerekirse, günümüz hukukunda Roma hukukundaki şekil ve kalıplar oldukça azalmış ve aynı akidler yerini rızâî akidlere terketmiş ise de kanunun aradığı şekil şartları az demeyecek miktardadır. Herbir şekil şartı, tarafların akit hürriyetine getirilmiş bir kısıtlama gibi gözükmekte ise de şekil, hukukî muamelelerde açıklık ve ispat kolaylığı getirdiği için tarafların ve üçüncü şahısların menfaatlarını korumaktadır. (17)

İslâm hukuku doktrininde hakim görüşler akidlerde basitliği başlangıçta ifade ettiğimiz anlamda akdî şartlar akdin hükümlerini ve sonuçlarını değiştirmekte, akdin yapı ve işleyişine doğrudan tesir etmektedir. Bu yakın alâka sebebiyledir ki, İslâm hukukunda akit hürriyetinin sınırlarını oldukça daraltan ekoller akdî şartlara da aynı sınırlamayı getirmiş, buna karşılık akit hürriyetini genişleten hukukçular da ferde akdî şartlar açısından geniş bir serbestlik tanımıştır. Bu sebeble akit ve akdî şart hürriyetini birlikte ele almamız yanlış olmayacaktır.

### De l i l l e r :

Akit ve akdî şart hürriyeti konusunda İslâm Hukukunda mevcut ihtilafın en başta gelen sebebi, akidlerin neticelerini Şâri'nin, yani Allah Teâlâ'nın fiili saymada İslâm hukukçularının gösterdiği tavır farklılığıdır.

Fıkıh usûlünde benimsenen kâideye göre «müsebbebler Şâri'nin fiilidir.» Akidlerin muktezâları, yani akdin gerektirdiği hukukî neticeler aslında Şâri'nin fiilinden doğmakta, onun müsadese ve hükmüyle olmaktadır. (18)

11. BK, md. 484.

12. BK, md. 512.

13. BK, md. 316.

14. BK, md. 213.

15. MK, md. 74.

16. MK, md. 256.

17. Feyzioğlu, age, I, s. 213-214.

18. el-Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, el-Mustafâ fi ilmi'l-Usûl Bulak 1324, I, s. 93-94; eş-Şâtıbî, Ebû İshâk İbrahim b. Musâ, el-Muvafakât fi Usûli's-Şeria, Beyrut 1975, I, s. 193 vd.

Gerek Kur'ân-ı Kerîm'de ve gerekse Hz. Peygamber (S.A.V.)'in sözlü veya fiilî sünnetinde, İslâm hukukunda mevcut akidleri vaz'eden, benimseyen, onlara birtakım hüküm ve sonuçlar atfeden naslar mevcuttur. Akdin kuruluşunda hür iradeyi esas alan İslam hukuku, bu akidlere birtakım hüküm ve neticeler bağlamakla akdi irâdeye, ferdin akdin işleyiş ve sonuçlarını değiştiren şartlar ileri sürme hakkına bir kısıtlama getirmiş olmuyor mu? Soruyu bir misal üzerinde tekrarlayalım: İslâm hukukunda nikâh akdi eşler arası cinsî münasebetin helâl oluşu, kadının kocaya tâbi olması, kocanın karısının geçimini sağlama mükellefiyeti, sıhrî hısımlık, nesep ve karşılıklı mirascılık gibi birtakım gayri irâdî sonuçlar doğurur. Bu sonuçlar Şâri'nin, hüküm koyan Allah Teâlâ'nın emriyledir. Fıkıh usûlü diliyle sebebler ihtiyârî olsa bile müsebbebler Şâri'nin emri ve izniyle tahakkuk eder. Mükellef istemese de sebeblerin hukukî neticeleri hasıl olur. (19) Böyle olunca akit yapan ferdin birtakım şartlar ileri sürerek akdin yapısını, tarafların borçlarını değiştirme hakkı var mıdır? Sorunun cevabı, aynı zamanda ferdin akit ve akdi şart hürriyetinin sınırları probleminin de çözümünü olacaktır.

Kur'ân-ı Kerîm'de mevcut «Ey iman edenler, akitleri yerine getiriniz» (20) âyeti akde bağlılığı, «Ey iman edenler, mallarınızı aranızda haksızlıkla değil, karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle yiyin» (21) âyeti borç münasebetlerinde karşılıklı rızayı esas almakta, kadınlara mehir verilmesinden bahseden bir başka âyet ise «Eğer ondan (mehirlerinden) gönül hoşnutluğu ile size birşey bağışarlarsa onu âfiyetle yiyin» (22) hükmüyle tek taraflı hukukî muamelelerde ilgili tarafın gönül hoşnutluğuna önem vermektedir.

Bu âyetler yanısıra, akit yapan ferdin şart ileri sürme hakkını destekleyen ve genişleten şu hadis-i şerifler de vardır :

a) Hz. Peygamber (S.A.V.) «Müslümanlar şartlarıyla bağlıdırlar» buyurmuştur. (23) Başka bir rivayette ise; «Müslümanlar şartlarıyla bağlıdırlar. Ancak haramı helâl sayan veya helâli haram kılan şart hariç» buyurmuştur. (24)

19. Zeydan, el-Vecîz fi Usûli'l-Fıkıh, İstanbul 1979, s. 42.

20. Kur'ân-ı Kerîm, el-Mâide, 1.

21. Kur'ân-ı Kerîm, en-Nisâ, 29.

22. Kur'ân-ı Kerîm, en-Nisâ, 4.

23. Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil, el-Camiu's-Sahîh, İcâre 14; Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî, es-Sünen, Humus 1969, Akdiye 12, V, s. 20.

24. Tirmizî, Muhammed b. İshâ, el-Camiu's-Sahîh, Ahkâm 17.

b) Hz. Peygamber bir yolculuğu esnasında Câbir b. Abdullah'tan (v. 74/693) bir deve satın almış ve Câbir'in Medîne'ye kadar binmesini şart koşmuştur. (25)

Bu âyet ve hadislerle karşılık sözkonusu akdî şart hürriyetini kısıtlayan görüşü destekler mahiyette hadis-i şerifler de mevcuttur.

c) Bunlardan birisi «Berîre hadîsi» dir. Berîre isminde bir cariye, efendisi ile bedel karşılığı hürriyete kavuşma anlaşması yapmış fakat bedeli ödeyemeyeceğini anlayınca Hz. Âişe'den (v. 58/687) yardım istemiştir. Hz. Âişe Berîre'ye «Efendinle görüş, velâ hakkın (26) bana ait olmak üzere, isterse bedeli ben ödeyim, hürriyetine kavuş» der. Bu teklifi Berîre efendisine bildirir. Fakat o kabul etmez ve «Hz. Âişe senin hürriyetin için gereken bedeli senin hesabına vermek isterse, velân bize ait olmak üzere, versin» cevabını verir. Berîre, olayı Hz. Peygamber'e (S.A.V.) anlatır. Bunun üzerine Rasulullah (S.A.V.) şöyle buyurur : «Birtakım insanlara ne oluyor da Allah'ın kitabında bulunmayan bazı şartlar ileri sürüyorlar. Her kim Aziz ve Celîl olan Allah'ın kitabında bulunmayan bir şart ileri sürerse batıldır. İster yüz şart koşsun. Doğru ve sağlam olan Allah'ın şartıdır.» (27)

d) Şartlı alışverişler konusunda Hz. Peygamber'den (S.A.V.) yapılan rivayetlerde Rasulullah'nın (S.A.V.) «Bir icab-kabul (safka) içinde iki akdın, iki alışverişin, bir alışveriş ve bir şartın, bir alışveriş ve bir ödünç vermenin yapılmasını yasakladığı» bildirilmektedir. (28)

### G ö r ü ş l e r :

Görüldüğü gibi âyetler bu konuda genel hükümler koymakta, detaya inmemektedir. Belli olaylar üzerine vârid olmuş hadis-i şerifler ise değişik açılardan farklı izahlar getirebilecek ifadeler taşımaktadır. Böyle olunca ferdin akdî şart hürriyeti hakkında mevcut naslardan kesin bir sonuca gitmek mümkün gözükmemektedir. Bu sebebledir ki İslâm hukukçuları ictihad ehliyetinin ve karşılıklı

25. Buhârî, Şurût 4.

26. Azad eden ile azadlı arasında hükmi yakınlık.

27. Buhârî, Şurût 17; Müslim, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc, es-Sahîh, hadis no : 1504; Ebû Davud, Itk 2, IV, s. 245-248.

28. Buhârî, Buyû 73; Tirmizî, Buyû 18; ez-Zeyla'î, Abdullah b. Yusuf, Nasbu'r-Râye, Hindistan 1357, IV, s. 17-18.

hoşgörünün verdiği serbestlik içinde konuyu tartışmışlar ve bazı noktalarda ittifak etmekle birlikte genellikle farklı sonuçlara varmışlardır. Bunlar şöylece sıralanabilir :

a) İslâm hukukçuları akidleşme hürriyetinin mevcudiyeti ve akdin kuruluşunda hür iradenin ve karşılıklı rızanın esas oluşu üzerinde ittifak etmişlerdir. Mevcut âyet ve hadislerin zaten başka türlü anlaşılması da mümkün değildir.

b) İslâm hukukçularının ortak ifadelerine göre akidler şer'i birer sebeptir. Hükümleri ve neticeleri tarafların değil Şâri'nin emriyledir. İnsanlar hakkında bu akidleri ve neticelerini tayin ve tesbit eden Şâri'dir. Akidler de Şâri'nin insanların yararına olarak tesis ettiği nizamın bir parçasıdır. (29)

c) Fert, akit esnasında Şâri'nin kesinlikle yasakladığı herhangi bir hususu akdin konusu yapamayacağı gibi bunu akdi bir şart olarak da ileri süremez. Meselâ, faizin konu edildiği veya şart olarak ileri sürüldüğü akitler böyledir. Bu konuda da İslâm hukukçularının ittifaki mevcuttur.

Benzer bir hüküm olarak, günümüz hukukunda da «Akid mevzuu veya akidde ileri sürülebilecek şart kanununu emredici hukuk kurallarına, umumî ahlâk ve âdâba ve şahsiyet haklarına aykırı olamaz» yasağı getirilmiştir. (30)

d) Şâri'nin açıkça yasaklamadığı, hakkında kesin hüküm bulunmayan konularda ferdin akdi şart hürriyetine gelince, İslâm hukuku doktrininde mezhepler iki guruba ayrılmışlardır. Birinci gurup, akdi şart hürriyetinde Şâri'nin iznini esas alıp ferdin hürriyetini asgariye indirmektedir. İkinci gurup İslâm hukukçuları ise akdi şartlarda aslolanın serbestlik olduğu görüşündedir. Bu farklı sonuçlara rağmen her iki gurup da «akdin muktezâsı» nazariyyesinden hareket etmektedir.

#### «Akdin Muktezâsı» Nazariyyesi :

Akidden doğan borçlar iki nevidir : Birincisi; tarafların açıkça beyanı ve şart koşması gerekmeksizin yapılan akdin kendiliğinden

29. el-Buhârî Abdülaziz b. Ahmed, Keşfu'l-Esrâr, İstanbul 1308, IV, 1291; el-Gazzâlî, age, I, s. 94; Ebû Zehra, a.g.e, s. 259. Geniş bilgi için bkz. eş-Şâtîbî, age, I, s. 189 vd.

30. BK, md. 19/11.



gerektirdiği borçlardır. Meselâ; satıcının satılan malı alıcıya teslimi, bu maldaki ayıbdan sorumlu oluşu, alıcının parayı ödemesi alışveriş akdinden doğan borçlardır. Aynı şekilde kiracının kirayı ödemesi, ev sahibinin kiralananı boşaltıp kiracısına teslim etmesi, işçinin çalışması, işverenin ücret ödemesi ve benzeri borçlar icâre akdinin tabii sonuçlarıdır. Bu nevi borçlara, yani akdin kural olarak gerektirdiği hukukî sonuçlara İslâm hukuku dilinde «akdin muktezâsı» denir. İslâm hukukçuları her bir akdin ne gibi borçlar yüklediğini, şer'î nas ve delillere dayanarak ayrı ayrı tespit etmişlerdir. Akdin gerektirdiği bu nevi borçlar, akdin hukukî neticeleri olduğundan akit esnasında sözkonusu edilmese de bağlayıcıdır. (1)

Akidden doğan ikinci nevi borçlar ise, kural olarak akit yapan taraflardan birinin şart koşup diğerinin de kabul etmesi sonucu doğan, diğer bir ifadeyle akdin değil akdî şartların gerektirdiği borçlardır. Meselâ, satılan malın eve teslimi, vadeli veya taksitli ödeme, ayıbdan sorumsuzluk gibi durumlar akdin gerektirmediği, ancak taraflararası bir anlaşma ve şartın gerektirebileceği borçlardır. (32)

Hanefilerin ağırlıklı olduğu çoğunluk İslâm hukukçularına göre akdin muktezâsı olan hukukî sonuçlar birer şer'î delile dayanır. Akit yapan tarafların, akdin muktezâsından olan sonuçlara aykırı, onları kayıtlayıcı, azaltıcı veya artırıcı bir şart ileri sürmesi, ancak ikinci bir delilin bulunması halinde mümkündür.

### Z a h i r î l e r :

Çoğunluk İslâm hukukçuları «akdin muktezâsı» ve «akitte teklik ve birlik» prensibinden hareket etmekte ve ferdin akdî şart hürriyetini, değişik ölçülerde de olsa, daraltmakta ise de bu hürriyeti daraltan ve sınırlayanların başında şüphesiz Zahirî hukukçular gelir.

Zahirî hukukçulara ve özellikle bu mezhebin en önde gelen hukukçusu İbn Hazm'a (v. 456/1063) göre akidlerde ve şartlarda

31. es-Senhûrî, Abdurrezzâk, Masâdiru'l-Hakk fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, Beyrut tz, III, ş. 107-108; ez-Zerkâ, age, I, s. 443.
32. ez-Zerkâ, age, I, s. 443.
33. İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, el-İhkâm fi Usûl-i'l-Ahkâm, Kâhire tz, V, s. 590; İbn Teymiyye, Takıyyuddîn Ahmed b. Abdulhalîm, el-Fetâve'l-Kübrâ, Kâhire 1329, III, s. 470-471, 473.

aslolan yasak oluştur. Ancak şâri'in izin verdiği, cevazına dair şer'i bir delil bulunan şartlar geçerlidir. (33) Çünkü şeriat, hakkı gerçekleştirmek, beşeri münasebetlerde adaleti sağlamak, zulmü, aldatmayı, anlaşmazlığa gütüren bilinmezliği önlemek için birtakım kayıt ve şartlar koymuştur. Bunlara uyulması şâri'nin kesin hükmü olup bunları değiştiren kayıt ve şartlar caiz olmaz. şâri' tarafından vaz edilmeyen bir hususu akde ve şarta konu eden kimse, dinde olmayan bir şeyi ihdas etmiş olur. (34)

Âyet ve hadislerin metnine bağlı kalıp nasların benzer olaylara uygulanması ve geniş yorumu demek olan kıyası kabul etmeyen İbn, Hazm, bu konudaki görüşlerini birtakım hadislere dayandırmakta, mukabil hadisleri ise ya reddetmekte ya da uygun bir şekilde yorumlamaktadır. Bu cümleden olarak İbn Hazm, daha önce zikredilen «müslümanlar şartlarına bağlıdırlar» hadisini sübüt yönünden reddetmekte, şayet kabul edilecek olursa, hadisin «müslümanlar ancak Allah'ın kitabında ve Rasûlünün sünnetinde olan şartlarla bağlıdırlar» şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. (35)

Câbir b. Abdillâh (r) hadisine gelince; İbn Hazm'a göre, Câbir'in yolda deveye binmesi alışveriş esnasında Câbir (r) tarafından koşulmuş bir şartın gereği değil Hz. Peygamberimiz (S.A.V.) akit sonrası Câbir'e bir ikram ve iyiliği olarak yorumlanabilir. Akdi bir şart olduğu kabul edilse bile, Hz. Peygamber'in (S.A.V.) yolculuk esnasında alışverişi tamamlayıp Medine'ye döndükten sonra akdi tamamladığı, Câbir'in (r) de kendi devesine binmiş olduğu görüşü benimsemelidir. (36)

Bu konuda İbn Hazm'a göre aslolan Berire olayı münasebetiyle Hz. Peygamber'in (S.A.V.) buyurduğu «Allah'ın kitabında olmayan her şart batıldır. En doğru olan Allah'ın kitabı, en sağlam olan Allah'ın şartıdır» hadisidir. (37) Tâbiûn hukukçular da içinde şart bulunan hiçbir alışverişi caiz görmemişlerdir. (38) Akidlere ve şartlara bağlılığı emreden naslar, Allah'ın emrettiği ve uygun görüğü akit ve şartlar şeklinde anlaşılmalıdır. (39)

34. İbn Hazm, age, V, s. 590; Ebü Zehra, age, s. 260.

35. İbn Hazm, age, V, s. 608; el-Muhallâ, Mısır 1389, IX, s. 308, 407-408.

36. İbn Hazm, el-Muhallâ, IX, s. 413 vd.

37. İbn Hazm, el-İhkâm, V, s. 613; el-Muhallâ, IX, s. 407-408.

38. İbn Hazm, el-Muhallâ, IX, s. 337; 406.

39. İbn Hazm, age, IX, s. 308.

İbn Hazm'ın akdî şart hürriyetini daraltıcı bu görüşlerini her bir akitte müşahade etmek mümkündür. Meselâ; İbn Hazm, alışverişte akitten önce veya akitten sonra koşulan şartın batıl fakat akdin sahih olduğunu, buna karşılık alışveriş akdiyle birlikte, yani akdin kuruluşu esnasında koşulan şartın batıl olması yanısıra akdî de iptal ettiğini belirtmekte ve bu kâideden ancak yedi şartı istisna etmektedir. Bunlar da rehin, vâde, bollukta ödeme, aldatma olmaması, mebiin sıfatı şartları gibi hakkında hadîs-i şerifler vârid olmuş şartlardır. (40)

### **Hanefî Mezhebi :**

Hanefî hukukçulara göre, akidle birlikte koşulan şartlar üçe ayrılır. (41)

a) Sahih şart : Akdin muktezâsına uygun olan şarttır. Meselâ; satılan malın tesliminden önce paranın ödenmesi şartı böyledir. Fakat Hanefiler zamanla bu ölçüyü biraz daha genişleterek akdin muktezâsından olmayan birtakım şartları da istihsanen caiz görmüşlerdir. Bu şartları da üç gurupda toplayabiliriz.

aa) Akdin muktezâsını teyid edici şartlar. Meselâ, kefil getirilmesi, rehin bırakılması şartları böyledir. Bunlar satıcının satış bedelini elde etmesini kolaylaştırmakta ve desteklemektedir.

bb) Caiz olduğuna dair şer'î bir delilin bulunduğu şartlar. Belli bir süre için koşulan muhayyerlik şartı böyledir. Muhayyerlik şartı, akdin muktezâsından olmadığı veya bu muktezâyı destekler mahiyette bulunmadığı halde bu şartın cevazına dair hadîs-i şerifler vardır.

cc) Örf ve âdet halini almış şartlar. Meselâ, satıcının satılan malın belli bir süre bakım ve tamirini üslenmesi böyledir. (42)

b) Fasid şart : Akdin muktezâsına uygun olmayan veya bu muktezâyı desteklemeyen, cevazına dair eser veya muteber örf de

40. İbn Hazm, age, IX, s. 403.

41. Geniş bilgi için bkz; es-Serahsi, Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl, el-Mebsût, Beyrut 1392, XIII, s. 15-18; el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mesûd, Bedâiu's-Sanâi, Beyrut 1974, V, s. 168 vd.; el-Bâbertî, Ekmeluddîn Muhammed b. Mahmûd, el-Înâye ale'l-Hidâye, Mısır 1391, VI, s. 76 vd.

42. Yusuf Musa, Muhammed, The Liberty of the individual in contracts and conditions according to Islamic law, Islamic Quarterly, sy. 2 (1955), s. 253; Ebû Zehrâ, age, s. 276-277.

bulunmayan, üstelik taraflardan biri veya üçüncü şahıslar için belli bir menfaat sağlayan şarttır. Meselâ, satıcının sattığı evde bir süre daha oturmayı şart koşması, kadının kocasıyla memleketi dışına çıkarmaması şartıyla evlenmesi böyledir. (43)

c) Batıl şart : Akdin muktezasına uygun olmayan, bu muktezâyı desteklemeyen, cevazına dair bir eser veya örf de bulunmayan, ayrıca herhangi bir şahsa belli bir menfaat da sağlamayan şarttır. Buna «lağv şart» da denir. Meselâ, satıcının müşteriye, satın aldığı arabaya üç ay binmemesini, kitabı okumamasını şart koşması böyledir. (44)

Akdî şartların bu şekildeki taksiminin konumuz açısından önemi, her bir şartın akde olan tesirinin farklı farklı oluşudur. Hanefiler akdin muktezası görüşünde diğer mezheplerle birleşmekte iseler de akdin muktezasına uygun olmayan şartların hangi akitlerde ne gibi sonuçlar doğurduğunda oldukça farklı bir sistem benimsemişlerdir.

Taraflarca benimsenen sahih şartlar, akdin muktezasından olan hükümler gibi tarafları bağlar ve yerine getirilmesi gerekir. Bir bakıma akdin muktezasının bir parçası olmuştur. Batıl şartlar ise lağv olup yok hükmündedir. Şart batıl, akit geçerlidir. Hangi nevi akit olursa olsun batıl şartlar akitlere olumlu veya olumsuz bu tesirde bulunmaz. (45)

Fasid şartlara gelince; Hanefî hukukçulara göre, akdin muktezasına aykırı olup ayrıca bir taraf için akdin tabii sonuçlarının dışında ek bir menfaat sağlayan her şart fasittir. (46) Hanefiler bu ölçüyü prensip itibariyle kabul etmekle birlikte hukukun ihtiyaçlara cevap verebilmesi ve tekâmülü için zamanla bu kâideyi bazı istisnalarla yumuşatmışlardır. Başlangıçta sadece akdin muktezasından olan şartları sahih kabul etmekte iken, akdin muktezasından olmamakla birlikte mânâ ve mâhiyet itibariyle bu muktezâyı uygun (mülâyim) ve bu muktezâyı destekler şartları da fasid şart saymaktan vazgeçip sahih şartlar gurubuna almışlardır.

43. es-Serahsî, age, XIII, s. 15; Ebû Zehrâ, age, s. 277; Yusuf Musa, agm, s. 253.

44. es-Serahsî, age, XIII, s. 15; el-Merğînânî, Ali b. Ebî Bekr, el-Hidâye, Mısır 1319, VI, s. 78-79; Ebû Zehra, age, s. 279; Yusuf Musa, agm, s. 255-256; Mecelle, md. 189.

45. el-Merğînânî, age, VI, s. 79; Mecelle, md. 189.

Bundan sonra daha da önemli bir adım atarak, muktezâ ve mülâ-yim vasıflarını taşımadığı ve taraflardan birine ek bir menfaat da getirdiği halde âdet ve teâmül haline gelmiş bulunan şartların da sıhhatine istihsanen hüküm vermişlerdir. (47)

Fasid şartlar, mal ile malın mübadelesi demek olan alışveriş, kira, iş akdi, taksim, mâli davalarda sulh gibi mâlî ve iki taraflı (el-mu'âvezatu'l-mâliyye) âkidleri ifsad eder. Buna karşılık evlenme, mal karşılığı boşama gibi mal ile mal olmayan şeyin mübadelesinde, hibe ve ödünç verme gibi tek taraflı tasarruflarda, vekili azletme, hacr gibi kayıtlarda, boşama azad etme, şuf'a hakkından vazgeçme gibi iskatlarda ve ikâle, rehin, kefâlet, havâle gibi tasarruflarda fasid şartlar ileri sürülecek olursa bu şartlar akdin sıhhatine tesir etmeyip yok hükmündedir (keenlemeyekündür). Mese-lâ, mehir vermeme şartıyla yapılan evlenme geçerlidir ve kadına mehr-i mislin verilmesi gerekir. Kadının, memleketinden dışarı çıkarılmaması şartıyla evlenmesi halinde evlenme geçerli, şart geçersizdir. (48)

Mâlî ve iki taraflı akidlerde fasid şartın akdi bozmasını Hane-fî hukukçular şöyle izah etmiş ve savunmuşlardır : Fasid şart, bir taraf veya üçüncü bir şahıs için akdin muktezâsı dışında, karşılıksız, ek bir menfaat getirmektedir. Bir bakıma «ribâ» sözkonusudur. Faiz şüphesinin bulunduğu akit fasittir. Tek taraflı ve karşılıksız bu menfaatin, akdin muktezâsıyla sağlanmış olan taraflararası dengeyi bozacağı ve tarafları anlaşmazlığa sevkedeceği açıktır. Hadîs-i şeriflerde Hz. Peygamber (S.A.V.) «bir akitte iki akit yapılmasını, alışveriş ve şartı, alışveriş ve ödünç vermeyi...» yasaklamıştır. (49)

Hanefîlerin ileri sürdüğü bu gerekçelerin konuyu izahta zayıf kaldığı açıktır. Çünkü Hanefî hukuk ekolüne göre faiz ancak ribe-vî mallar arasında, misliyet ve cins birliği halinde gerçekleşir.

46. ez-Zerkâ, age, I, s. 477.

47. es-Senhûrî, age, III, s. 151-152; Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul 1982, II, s. 195.

48. İbn Hümâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdulvâhid es-Sivâsî, Fethu'l-Kadir, Mısır 1319, VI, s. 81; Ebû Zehra, age, s. 278; Yusuf Musa, agm, s. 254; es-Senhûrî, age, III, s. 129-130.

49. Hanefîlerin delilleri hakkında geniş bilgi için bkz : es-Serahsî, age, XIII, s. 15 vd. : el-Mergînânî, age, VI, s. 78-79; el-Bâbertî, age, VI, s. 77-78; es-Senhûrî, age, III, s. 128-129; Yusuf Musa, agm, s. 254-255; Karaman, age, II, 192.

Fasid şartın karşılıksız bir menfaati gerektirdiği de savunulamaz. Şartı kabul eden taraf, bu şartın muhasebesini en azından zihninde yapar ve ıvazı ona göre dengeler. Çağdaş İslâm hukukçularından Abdurrezzak es-Senhûrî'ye göre, meselenin cevabını hukuk tekniğinin tekâmülünde aramak gerekir. Herhangi bir hukuk sistemi, doğuşunu takip eden ilk tekâmül çağında akitlerde basitliği ve sadeliği tercih eder. İslâm hukuku kaynaklarında mevcut «akitte birlik» prensibi de bu tercihin sonucudur. Başlangıçta benimsenen bu basitlik ve sadelik zamanla, gelişen toplumun yeni ihtiyaç ve yönelişlerine göre tekâmül edecek, elastikiyet kazancaktır. Biraz önce özetle temas edilen bu tarihi seyir konuyu aydınlatığı gibi İslam hukukunun orjinal bir hukuk sistemi olduğunu da ispatlamaktadır. (52)

Bu tarihi tekâmül içinde Hanefî hukukçuların ulaştıkları son noktâ, akdin muktezâsından olmayan, bu muktezâyı desteklemeyen ve üstelik taraflardan biri veya üçüncü bir şahıs için belli bir menfaat getiren şart şayet âdet ve teâmül haline gelmişse, sahihtir. Nitekim Mecelle'nin gerekçesi mahiyetindeki mazbatasında, fasid şartların akdi ifsad etmesinin sebebi olarak «tarafların fasid şart yüzünden anlaşmazlığa düşmeleri» gösterilmiş, örf ve âdet haline gelen şartlar böyle bir anlaşmazlığa yol açmayacağı için caiz görülmüştür. Bu sebebledir ki Mecelle komisyonu Hanefî mezhebinin, hem akdi hem de şartı caiz gören İbn Şübrume'nin (v. 144/761) görüşünü tercihe ihtiyaç hissettirmeyecek kadar gelişmeye açık olduğunu belirterek Mecelle'de sadece alışverişi bozmayan şartlara (51) yer vermiş, geri kalan kısmı örf ve âdetin hakemliğine terketmiştir. (52)

### Mâlikî ve Şâfiî Mezhebi :

Akidle birlikte ileri sürülen şartlar ve bu şartların akde tesiri konusunda Mâlikî ve Şâfiî mezhebi de «akitte teklik ve birlik» prensibinden ve «akdin muktezâsı» görüşünden hareket ederek yaklaşık olarak Hanefîlerle benzer sonuçlara varmışlardır. Şu var ki Şâfiî hukukçular, fasid şartların akde olan menfî tesirini sadece mâlî ve iki taraflı akidlere değil bütün akit ve tasarruflara şâmil

50. Geniş bilgi için bkz. : es-Senhûrî, age, III, s. 134 vd. : Karaman, age, II, s. 194 vd.

51. Madde 186-189.

52. Ali Haydar Efendi, Dururu'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, İstanbul 1330, I, s. 5-6.

kılarak akit hürriyetini bir yönden sınırlarken, Hanefîlerin caiz görmediği birtakım şartları «akdin menfaatına olması», «ihtiyaçın gerektirmesi» veya «ibadet olması» gerekçesiyle caiz gösterecek bir diğer yönden bu hürriyeti genişletmişlerdir. (53)

Mâlikîler akdî şart hürriyetini biraz daha genişleterek taraflara makul bir menfaat getiren bazı şartları caiz görmüş, akdin muktezâsına aykırı bile olsa akdin kuruluşuna o an için bir müdahalede bulunmayan şartları sadece «dağv şartı» sayarak akdi ifsad ettirmemişlerdir. Ayrıca yerine getirilmeyen fasid şartları da akde tesir ettirmeyerek fasid şartların akidlere olan menfî tesirini oldukça azaltmışlardır. (54)

### Hanbelî Mezhebi :

İslâm hukuku mezhepleri içerisinde ferdin akit hürriyetini ve akdî şart serbestisini en çok genişleten, Hanbelî mezhebidir. Diğer bir ifadeyle İslâm hukuku doktrininde bu konuda mevcut görüşler yelpazesinin bir ucunda Zahirîler, diğer ucunda ise Hanbelîler bulunmaktadır. (55)

Hanbelî hukukçulara göre akit ve şartlarda aslanan, ibahadır. Yani serbest oluşturu. Her akit ve şart, yasaklayan şer'î bir delil bulunmadığı sürece muteberdir, yerine getirilmesi gerekir. Bu sonuç, «eşyada aslanan ibahadır» kaidesinin konuya tatbikinden başka birşey değildir. Ancak helâlî haram, haramı helâl kılan şartlar, haram ve yasağı konu alan akidler geçersizdir.

Hanbelîler akdin muktezâsı görüşünü geniş yorumlamışlar ve «akitte teklik ve birlik» prensibine takılmayarak, özellikle Hanbelî mezhebinin mücedid hukukçularından İbn Teymiyye'nin (v. 728/1327) görüşleriyle akdî şart hürriyetinde tekâmülün son merhalesine ulaşmışlardır. (56)

53. Geniş bilgi için bkz. eş-Şirâzî, Ebû İshâk İbrahim b. Ali, el-Mühezzeb, Mısır 1315, I, s. 268-269; er-Remlî, Şemsuddîn b. Şihâbuddîn, Nihâyetu'l-Muhtâc, Mısır 1386, IV, s. 452 vd.
54. Bkz. İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed, Bidâyetu'l-Müctehid, Kahire 1975, II, s. 176 vd.; es-Senhûrî, age, III, s. 155-160.
55. Yusuf Musa, agm, s. 81.
56. Geniş bilgi için bkz. İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, el-Muğnî, Mısır 1389, IV, s. 72-74; el-Hicâvî, Mûsa b. Ahmed el-Makdisî, İknâ, Beyrut tz., II, s. 78-83; İbn Teymiyye, age, III, s. 474-475; Yusuf Musa, agm, s. 81, 257-263.

Delillerine gelince; Kur'ân-ı Kerîmin, akidlerin yerine getirilmesini emreden (57) ve ticarete karşılıklı rızayı esas alan (58) âyetleri ve Hz. Peygamberin (S.A.V.) şartlara, akid ve vaadlere bağlı olmayı öğütleyen hadisleri, akit ve şartlarda hürriyetin esas olduğunu göstermektedir.

Yukarda zikredilen «Allah'ın kitabında olmayan her şart batıldır...» hadisine gelince; burada Allah'ın kitabından maksat Kur'ân-ı Kerîm değildir. Kur'ân borçlar hukukuna dair genel kaideler vaz' etmiş olup akdî şartlar konusunda bir açıklamada bulunmamıştır. Hadisteki «Allah'ın kitabı» ndan maksat, Allah'ın hükmü ve şeriatıdır. (59) Şayet «kitab» Kur'ân-ı Kerîm olarak anlaşılabilirse bile, o zaman bu «Kur'ânda vaz' edilen temel esaslara aykırı bir şartın ileri sürülemeyeceği» şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim Hz. Ömer (v. 23/643), Ebû Mûsa'l-Eş'arî'ye (v. 44/664) yazdığı meşhur mektubunda «müslümanların arasında sulhun caiz olduğunu, ancak haramı helâl sayıcı veya helâli haram kılıcı sulhun caiz olmayacağını» ifade ederek (60) bir bakıma Allah'ın kitabında olmayan şartın izahını yapmaktadır.

Hz. Peygamberin (S.A.V.) alışveriş ve şarttan, alışverişte iki şarttan nehyetiğine dair rivayetlere gelince, bu hadis sahih değildir, sahih rivayetlerle çatışmaktadır. Sihhati kabul edilse bile bu şartlar, Berîre hadisinde olduğu gibi «Şâri'nin vaz' ettiği esaslara aykırı şart» şeklinde anlaşılmalıdır. (61)

Hanbelî hukukçuların benimsediği akit ve akdî şart hürriyetini şöylece özetleyebiliriz :

a) Hanbelî hukukçular «akdin muktezâsı» ölçüsünü reddetmemişler, sadece daha geniş bir yoruma tâbi tutmuşlardır. Tarafardan birinin, lehine bir menfaati şart koşması her zaman akdin muktezâsına aykırı olmaz. Bir şart akitten beklenen gâyeyi yok ediyorsa o zaman akdin muktezâsına aykırıdır. Bu takdirde ya şart akdi de iptal eder, ya da akit geçerlidir, sadece şart batıldır. Bu

57. Kur'ân-ı Kerîm, el-Mâide, 1.

58. Kur'ân-ı Kerîm, en-Nisâ, 29.

59. İbn Kudâme, age, VII, s. 93; es-San'ânî, Muhammed b. İsmail, Sübü'lî's-Selâm, Kahire 1379, III, s. 10; ez-Zerkâ, age, I, s. 470.

60. İbn Kayyim, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr el-Cevziyye, İlamu'l-Muvakkirîn, Beyrut 1973, I, s. 87.

61. İbn Kudâme, age, IV, s. 72-74; İbn Teymiyye, age, III, s. 473.



durum, şart ile akdin gâyesi arasındaki zıtlığın derecesine göredir. Meselâ, borç ödenmediğinde rehnin satılmamasını, satılan malın başkasına hibe edilmemesini şart koşturmak, rehin ve alışveriş akidlerinden beklenen gâyeye aykırıdır. Dolayısıyla akdin muktezâsına aykırıdır. (62)

Buna karşılık akitten beklenen gâyeye aykırı olmayan şartlar, tek taraflı bir menfaat getirirse bile muteberdir. Meselâ, kadın eşine kendisini memleketinden çıkarmamasını, üzerine evlenmemesini şart koşabilir. Bu şartın akit için faydalı bir şart olmadığı ileri sürülemez. Taraflardan biri için meşru bir menfaat getiren her şart, akdin menfaatidir. Diğer bir ifadeyle akdin muktezâsına dahildir. (63)

b) Şart hürriyeti açısından nikâh akdi ve diğer akidler arasında bir fark yoktur. Bu sebebedir ki nikâh akdinde eşlerden biri tarafından ileri sürülen şartlar, bu konudaki genel esaslara tabidir. Hatta nikâh akdindeki şartlar diğer akidlere göre daha bağlayıcıdır. Hz. Peygamber (S.A.V.) «Yerine getirilmeye en lâyık şartlar, sayesinde kadınları kendinize helâl kıldığımız (mehir) şartıdır» (64) buyurmuştur. (65)

c) Akidlerde ileri sürülen her şart bağlayıcı değildir. Bir kısım şartlar vardır ki tıpkı tarafları bağlayıcı olmayan (gayri lâzım) akidler gibidir. Diğer bir ifadeyle lağv değildir, fakat yerine getirilmediğinde diğer tarafa akdi fesih imkânı verir. Meselâ; kadın evlenirken eşine üzerine evlenmemesini şart koşabilir. Koca isterse bu şarta uyar evlenmez, isterse üzerine evlenir. Kadın bu evliliği engelleyemez. Çünkü bu Şâri'nin serbest bıraktığı bir husustur. Fakat şartın ihlâli sebebiyle evliliği feshedebilir. Hatta Hanbelî fıkıhında mekruh şartlardan bahsedilmekte ve ikinci karının evlenirken, kocasına birinci karısını boşamasını şart koşturmasını muhakkik Hanbelî hukukçular caiz görmektedir. Böyle bir şartın geçerliliği kocayı ifaya mecbur etmese de karı'ya akdi fesih hakkı vermesi açısından önemlidir. (66)

62. İbn Kudâme, age, IV, s. 72, 76; Yusuf Mûsa, agm, I, s. 484; ez-Zerkâ, age, I, s. 484.

63. İbn Kudâme, age, VII, s. 92-93; el-Hicâvî, age, III, s. 190.

64. el-Buhârî, Şurût 6.

65. İbn Teymiyye, age, III, s. 475.

66. İbn Kudâme, age, VII, s. 93; el-Hicâvî, age, III, s. 190; ez-Zerkâ, age, I, s. 190.

d) Akdi şart hürriyeti bazı durumlarda ferдин mülkiyet haklarına tercih edilmekte, maliki bazı tasarruflardan engelleyen birtakım şartlar caiz görülmektedir. Meselâ, satıcı müşteriye şayet malı satacak olursa kendisine satmasını, mebli bir süre kullandıktan sonra vermeyi, mebli vakfetmesini veya satın aldığı köleyi azat etmesini şart koşabilir. Diğer mezheblerce kabul edilmeyen bu şartlar Hanbelî mezhebinde geçerlidir. Taraflar böyle bir şart üzerinde anlaşmakla akdin hukûkî sonuçlarını değiştirmiş, kendi mülkiyet haklarının bir kısmından vazgeçmiş olmaktadırlar. Artık burada müşteriye intikal eden mülkiyet mutlak değil mukayyet bir mülkiyettir. (67)

e) Tarafların belli bir tarihteki piyasa fiyatı üzerinden bir malı alıp satmaları da caizdir. Bu satış, diğer üç mezhebe göre, o tarihte malın piyasa fiyatının ne olacağını bilinmemesi sebebiyle, yani semenin belirsizliği yüzünden caiz değildir. Fakat Hanbelî hukukçular alışverişte ileri sürülen böyle bir şartı paranın tayini için uygun bir ölçü, anlaşmazlığı ve bilinmezliği önleyici bir esas olarak kabul ettiklerinden caiz görmüşlerdir. (68)

f) Hanbelîler, akdi şart hürriyetine tanıdıkları geniş sınır sebebiyledir ki nikâh akdi dahil bütün akidlerin ta'likî şarta bağlanmasını caiz görmüşlerdir. Meselâ, «baban razı olursa seninle evlendim» veya «çalınan arabam bugün bulunursa onu sana şu paraya sattım» şeklindeki ta'likî şartlar böyledir. (69) Halbuki cumhur akidlerde, özellikle nikâh akidinde ta'likî şartları kural olarak caiz görmemiş, ancak boşama, azat etme gibi iskatlarda geçerli saymıştır. (70)

### S o n u ç :

Görüldüğü gibi, ferдин akit hürriyeti ve akitte dilediğı şartı ileri sürme serbestisi İslâm hukuku doktrininde uzun tartışmalara yol açmış ve hukuk ekolleri bu konuda geniş bir fikir yelpazesi oluşturmuşlardır. Bu hürriyeti oldukça daraltan hukukçuların da, ferde geniş bir serbesti tanıyan hukukçuların da haklı gerekçeleri ve delilleri vardır. Yazımızın hacmi içerisinde bu delilleri teker te-

67. el-Hicâvî, age, II, s. 79-80; ez-Zerkâ, age, I, s. 491.

68. İbn Kayyım, age, IV, s. 5-6.

69. ez-Zerkâ, age, I, 493-494.

70. Hanefîler bu konuda biraz daha müsannahalı olup vekâlet, kefâlet gibi bazı tasarruflarda da bazı şartlarla ta'likî şartı kabul etmektedirler.

ker değerlendirme ve tartişmalara ayrıntılarıyla girme imkânı bulamadıysak da her birini ana hatlarıyla vermeye çalıştık.

Hürriyetlerin, bu arada akit hürriyetinin sınırının iyi çizilmesi, hatta sınırlandırılması çağımıza yabancı bir konu değildir. Çünkü her hürriyetin olduğu yerde bir sınırlamanın da bulunması, daha doğrusu bir hürriyetten bahsederken bu hürriyetin sınırlarının iyi çizilmesi zarûfidir.

XIX. yüzyılın ikinci yarısında ve XX. yüzyılın başlarında modern hukuk doktrininde hakim olan akit ve irade hürriyeti prensibi, insan topluluklarının giderek karmaşıklaşması, hürriyetlerin kötüye kullanılması, sınıflaşmalar ve sosyal düşüncelerin gelişmesi sonucu giderek zayıfladı. Devlet, gerekli gördüğü sahalarda akidlerin kuruluşu ve işleyişine müdahale ederek birtakım tedbirler alma ihtiyacı hissetti. Meselâ, modern iş hukukunun doğuşu böyle bir gelişmenin sonucudur. Akit ve irade hürriyeti hukukta kaide olmakla birlikte ârizî durumlar bu hürriyetin sınırını genişletip daraltabilmektedir. Bu açıdan, İslâm hukukundaki değişik görüşler her gelişmeye cevap verebilmekte ve İslâm hukukunun canlılığını göstermektedir.

İslâm hukukunda mevcut deliller çoğu zaman hukukçulara geniş bir yorum imkânı vermekte, zaman ve çevre şartlarına göre gerekli çözüm ve sonucu mümkün kılmaktadır. Birçok konuda hukukçuların farklı, hatta birbiriyle çelişir sonuçlara varmış olması, delillerin yetersizliğinden değil, aksine günün şartlarına, toplumun ihtiyaçlarına en uygun şeklin aranması ve uygulanması yönünde mevcut hoşgörüden kaynaklanır. Konuya açıklık getirmesi bakımından akdî şartlarıyla ilgili bir ihtilafı burada kaydetmek isterim :

Tâbiûndan Abdulvaris b. Saîd (180/796) hac için mekkeye geldiğinde Iraklı hukukçulardan Ebû Hanîfe (v. 150/767), İbn Ebî Leylâ (v. 148/765) ve İbn Şubrume (v. 144/761) de aynı şehirde-dir. Önce Ebû Hanîfe'ye giderek «malı satarken bir şart ileri süren kimsenin durumunu» sorar. Ebû Hanîfe; «Hem şart batıl, hem de alışveriş batıldır» der. Aynı soruya İbn Ebî Leylâ, «Alışveriş caiz, şart batıldır» şeklinde, İbn Şubrume ise «Alışveriş de caiz şart da caiz» şeklinde cevap verir Râvî üç Iraklı hukukçudan üç ayrı fetvâ alınca herbirine delillerini sorar. Ebu Hanîfe, Hz. Peygamberin «alışveriş ve şarttan nehyeden hadisi» ni, İbn Ebî Leylâ Berfire ha-

dîsini, İbn Şubrume ise Câbir b. Abdillâh hadîsini delil olarak gösterirler. (71) Alışveriş ve şartı yasaklayan hadîsin tahsise ihtimali olduğu ve bu şartın «naslara veya akdin muktezâsına aykırı şart» şeklinde anlaşılması gerektiği açıktır. Nitekim İmam Şâfiî (v. 204/819) bu hadîsin âmm, yani umûmî olan hükümünü Berîre hadîsine dayanarak tahsis etmiş ve azat etme şartıyla yapılan köle satışını caiz görmüştür. Hanefiler ise bir tahsisten ziyade Berîre hadîsinin önce olup bu nehiyle nesholdüğü, Câbir hadîsinde ise Rasulullah'ın (S.A.V.) şart koşmasının akit esnasında değil akitten sonra vâki olduğu görüşündedirler. (72) Diğer mezheplerin ve hukukçuların da bu hadîslerin subût ve delâleti hakkında farklı görüşleri vardır. Bu olay da gösteriyor ki İslâm hukukunda geniş bir düşünce, tartışma ve yorum sahası mevcuttur. İslâm hukuku canlılığını ve dinamik oluşunu bu özelliğine borçludur.

İslâm hukukçularından bir kısmı akit ve şart hürriyetini oldukça daraltmaktadırlar. Böyle bir sonuç ilk bakışta tarafların aleyhine bir gelişme olarak gözükmekte ise de akdî şartların belli sınırlamalara tâbi tutulması, çoğu zaman akdin güçsüz ve zayıf tarafını koruyucu bir fonksiyon gösterir. Meselâ, İslâm hukukçuları satıcının müşteriye, «satılan malda ortaya çıkacak ayıblardan mesul olmayacağı» şeklinde şart koşmasını kabul etmezler. Satıcı, malda akit öncesinden var olan ayıblardan sorumludur. Satıcı aleyhine gözüken ve onun tasarruflarını kısıtlayan bu kâide öte yandan alıcının hukukunu korumakta, beklenmedik bir zararla karşılaşmasını önlemektedir. Satıcıyla böyle bir hak tanındığında bu hakkını insanların gaflet ve muzayakasından yararlanarak kötüye kullanması muhtemeldir. İslâm hukukçuları işte bu şekilde bazı şartları caiz görmezken akitleri belli bir objektif yapıya kavuşturmak ve biraz da beşerî münasebetlerin aksayan bu yönüne karşı bir tedbir getirmek istemişlerdir.

Kaynakların, hatta bazı çağdaş İslâm hukukçularının ortaklaşa ifadelerinden, Hanefilerin akit ve şart hürriyeti konusunda oldukça katı, sınırlayıcı ve daraltıcı bir yol izlediği kanaati anlaşılabilir. Fakat daha önce de ifade edildiği gibi, Hanefiler örf ve teâmül tarafından benimsenen şartları, tek taraflı bir menfaat getirse bile geçerli saymakta ve akit hürriyeti konusunda önemli bir adım atmaktadır. Bu yaklaşım tarzı ferdin akdî şart hürriyetini

71. İbn Hümmam, age, VI, s. 76.

72. İbn Hazm, age, IX, s. 409-410; İbn Hümmam, age, VI, s. 76-77.

oldukça genişletmekte, hatta çağdaş İslâm hukukçusu Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın da belirttiği gibi, (73) günümüzdeki akdi şartların örf ve teâmül halini alması sebebiyle sahih şartlar sayılabileceğini, artık Hanefi fihına göre —şer'i naslara aykırı olanlar hariç— fasid şart kalmadığını söylemeyi bile mümkün kılmaktadır.

Akit ve şart hürriyeti konusunda geniş bir hürriyeti savunan Hanbelî hukukçular, özellikle İbn Teymiyye, sadece şer'i naslara ve akdin maksadına aykırı şartları geçersiz saymakla ve geçersiz şartların akde olan menfî tesirini asgariye indirmekle günümüz hukukunun bulunduğu çizgiye İslâm hukuku düşüncesi içinde gelmiş olmaktadır.

---

73. ez-Zerkâ, age, I, s. 479.

