

T. C.
FATİH SULTAN MEHMET VAKIF ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ PROGRAMI

DOKTORA TEZİ

İSLAM HUKUKUNDA AKİTLERİN FESHİ VE
HUKUKİ SONUÇLARI

ÜVEYS ATEŞ
131111001

TEZ DANIŞMANI
DR. ÖĞR. ÜYESİ AHMET EFE

İSTANBUL 2019

T. C.
FATİH SULTAN MEHMET VAKIF ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ PROGRAMI

DOKTORA TEZİ

İSLAM HUKUKUNDA AKİTLERİN FESHİ VE
HUKUKİ SONUÇLARI

ÜVEYS ATEŞ
131111001

TEZ DANIŞMANI
DR. ÖĞR. ÜYESİ AHMET EFE

İSTANBUL 2019

TEZ ONAY SAYFASI

FSMVÜ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Temel İslam Bilimleri doktora programı 131111001 numaralı öğrencisi **Üveys ATEŞ**'in ilgili yönetmeliklerin belirlediği tüm şartları yerine getirdikten sonra hazırladığı **“İSLAM HUKUKUNDA AKİTLERİN FESHİ VE HUKUKİ SONUÇLARI”** başlıklı tezi aşağıda imzaları olan jüri tarafından **16.01.2019** tarihinde oybirliği ile kabul edilmiştir.

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet EFE

(Jüri Başkanı-Danışman)

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

Prof. Dr. Abdülkerim ÜNALAN

(Jüri Üyesi)

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

Prof. Dr. İsmail YİĞİT

(Jüri Üyesi)

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ

(Jüri Üyesi)

İstanbul Aydın Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah TIRABZON

(Jüri Üyesi)

İstanbul Üniversitesi

BEYAN

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, tezin herhangi bir kısmının bağlı olduğum üniversite veya bir başka üniversitedeki başka bir çalışma olarak sunulmadığını beyan ederim.

Üveys ATEŞ

İmza

İSLAM HUKUKUNDA AKİTLERİN FESHİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

ÖZET

Tezimizde İslam hukukunun muâmelâtla alakalı konuları arasında önemli yeri olan akitlerin feshedilme ilke ve esasları ele alınmıştır. Tez konumuz yalnızca borçlar hukuku alanına dâhil olan akitlerin feshiyle sınırlı bulunmamakta, nikâh akdi dâhil olmak üzere fûrû-i fıkıh kaynaklarında konu edilen bütün akitleri ilgilendirmektedir. Konu ele alınırken belli bir fıkıh mezhebi esas alınmamış, çoğunlukla dört mezhebin yaklaşımları aktarılarak ve gerek duyuldukça başka mezhep ve müçtehitlerin görüşlerine de temas edilerek, fesih işleminin İslam hukukundaki yeri bütüncül bir şekilde ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Tezimiz giriş ve sonuç dışında üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde öncelikle tez konusuna hazırlık amacıyla tasarruf, hukuki işlem ve akit kavramları tanımlanıp akitle ilgili temel hususlara temas edildikten sonra feshin kavramsal çerçevesi çizilmiştir. Bu doğrultuda feshin tanımı yapılmış, benzer kavramlarla ilişkisi tahlil edilmiş ve fesih türleri incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca İslam hukukunda feshin meşruiyetinin dayandığı delil ve ilkeler incelenmiş, bu münasebetle feshin şer'î hükmü, meşruiyetinin şartları ve meşru oluşuna engel görülen haller üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde İslam hukukuna göre fesih hakkı doğuran sebepler tafsilatlı bir şekilde ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise fûrû-i fıkıh eserlerinde ele alınan akitler kendi içerisinde tasnif edilerek feshe elverişlilik açısından incelenmiştir.

Tezimizde netice itibariyle İslam hukukunda tek taraflı feshin meşruiyetinin akdin bağlayıcı yapıda olmamasının veya bağlayıcılık vasfını yitirmesinin bir sonucu olduğu, bağlayıcı yapıdaki akitlerin üç fikhî ilkeden -karşılıklı rızanın gerekliliği, zararın önlenmesi ve giderilmesi, şer'î kurallara aykırı olmama ilkelerinden- birine aykırılık içerdiği durumlarda veya bu ilkelerin gerektirdiği hallerde bağlayıcılık vasfını taşımamış sayıldıkları ve ilgili tarafça feshedilebilir kabul edildikleri tespit edilmiştir.

CANCELLATION OF CONTRACTS IN ISLAMIC LAW

ABSTRACT

The rules and principles for cancellation of contracts, which have an important place among the topics of Islamic Law related to official transactions, have been discussed in our thesis. Our thesis subject is not limited to the cancellation of contracts included in the field of obligations law, but it is also concerning all the contracts mentioned in all secondary Islamic Law sources, including marriage contract. A particular religious sect is not based on while dealing with the subject, the place of cancellation transaction in Islamic Law is tried to be revealed with an integrated approach by usually giving place to the approaches of the four religious sects, and by touching upon the opinions of other sects and interpreters of Islamic Law when the occasion arises.

Our thesis is consisted of three sections except the introductory and conclusion sections. In the first section; after the concepts of disposition, legal transaction and contract are defined and fundamental issues are touched upon, conceptual framework of the cancellation is drawn. Accordingly, cancellation is defined, its relation with similar concepts is analyzed, and types of cancellation are examined. Moreover, the arguments and principles in Islamic Law that the legitimacy of cancellation is based on are examined, and the religious consequences of cancellation, legitimacy conditions and the circumstances that are considered to be preventing legitimacy are emphasized in this section. In the second section; the reasons bearing right of cancellation pursuant to the Islamic Law are discussed in detail. In third section; contracts that are discussed in secondary Islamic Law sources are classified among themselves and examined in terms of suitability for cancellation.

Consequently, it was concluded in our thesis that the legitimacy of a unilateral cancellation in Islamic Law is a result of the fact that the contract is not binding or it lost its binding nature; the contracts are considered to be not having binding nature when they include any contradiction to these three Islamic Law principles –requirement of mutual consent, prevention and repairing damages, and being not contrary to the Islamic rules- or in the circumstances required by these principles, and they are accepted to be voidable by the relevant party.

ÖNSÖZ

Yaşamını sürdürebilmek için birçok şeye muhtaç olan insan, ihtiyaçlarını karşılayabilmek için başka insanlarla ilişkiler kurmak zorundadır. Bu zorunluluk insanları gündelik hayatlarında daima birbirleriyle bir takım sözleşmeler/akitler yapmaya sevk etmektedir. Bunun için akitler sosyal hayatta çok geniş bir yer tutmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak sosyal hayatı düzenleyen kuralları konu edinen hukuk ilminde de akitlerin önemli bir yeri olmuştur. Bu sebeple bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da akitler mevzuu ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Klasik fıkıh kitaplarının önemli bir kısmının muhtelif akit türlerini konu alan bölümlerden oluşması bunun bir göstergesidir.

Çağdaş dönemde de İslam hukuku alanında akitlerle ilgili çok sayıda çalışma yapılmış, akitler mevzuunu muhtelif yönlerden ele alan pek çok eser yazılmıştır. Ancak bu eserler içerisinde akitlerin feshiyle alakalı çok az sayıda müstakil çalışma yer almaktadır. Hâlbuki akit yapmak gibi yapılan akdi bozmak da insanların gündelik hayatlarında sıklıkla ihtiyaç duydukları bir hukuki işlem olduğundan, fesih mevzuu akitlerle ilgili üzerinde durulması önem arz eden güncel bir konudur. İslam dünyasında bu konuda yapılan çalışmalar Arapça birkaç doktora tezinden ibaret olup, İslam hukukunda akitlerin feshi konulu Türkçe yazılmış bir akademik çalışma bulunmamaktadır. Bahsi geçen Arapça çalışmaların ise bir kısmı yapıldığı ülkede yürürlükte olan medeni kanun bağlamında fesih işlemini ele almaktadır. Fesih işlemini İslam hukuku çerçevesinde inceleyen çalışmalarda ise konu bütün yönleriyle ele alınmamış, konuyla ilgili üzerinde durulması gereken önemli meselelere yer verilmemiştir. Bu sebeple fesih işleminin İslam hukukundaki yerini bütüncül bir şekilde inceleyen bir çalışma yapılmasına ihtiyaç duyulmaktaydı. Bu ihtiyacı karşılama amacıyla “İslam Hukukunda Akitlerin Feshi ve Hukuki Sonuçları” başlıklı konuyu doktora tezi olarak çalışmaya karar verdik. Çalışmamızın bu sahada önemli bir eksikliği giderme noktasında faydalı olacağını ümit ediyoruz.

Çalışmamızın hazırlanması sırasında katkı ve desteklerini esirgemeyen, ilgi ve alakasını eksik etmeyen değerli danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Ahmet EFE'ye, tez izleme sürecinde çalışmalarımı takip edip ilmi katkı ve tavsiyelerde bulunan değerli hocalarım Prof. Dr. Celal YENİÇERİ, Prof. Dr. İsmail YİĞİT ve Prof. Dr. Abdülkerim ÜNALAN'a, tez jürisinde bulunup tenkit ve önerileriyle çalışmama katkılarda bulunan Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ ve Dr. Öğr. Üyesi Abdullah TIRABZON hocalarıma, çalışmamı verimli bir şekilde yapabilmem için gerekli kolaylığı gösteren ve desteklerini esirgemeyen Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi İslâmî İlimler Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Ahmet Turan ARSLAN hocama şükranlarımı sunarım. Ayrıca yetişmemde büyük emekleri olan değerli anne-babama, çok yoğun bir çalışmayla geçen doktora sürecinde fedakârlık göstererek bana destek olan kıymetli eşim Rabia hanıma ve sevgili kızım Tuba'ya teşekkürü bir borç bilirim.

Üveys Ateş
İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iii
ABSTRACT	v
ÖNSÖZ.....	vii
KISALTMALAR	xvi
GİRİŞ	1
1. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE KAPSAMI	1
2. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ	2
3. KAYNAKLAR VE ARAŞTIRMALAR.....	4
BİRİNCİ BÖLÜM.....	10
1. İSLAM HUKUKUNDA AKİT VE FESİH KAVRAMLARI, FESHİN MEŞRUIYETİ, HÜKMÜ, KISIMLARI, ŞARTLARI VE MANİLERİ.....	10
1.1. AKİT KAVRAMI	10
1.1.1. Hukuki İşlem, Tasarruf ve Akit.....	10
1.1.2. Tasarrufun Tanımı	11
1.1.3. Tasarrufun Kısımları	11
1.1.3.1. Fili Tasarruf.....	12
1.1.3.2. Kavli Tasarruf	12
1.1.4. Akdin Tanımı	13
1.1.5. Akdi Oluşturan Unsurlar ve Akdin Kuruluşu	14
1.1.6. Akdin Hukuki Sonuçları ve Taraflar İçin Doğurduğu Yükümlülükler	16
1.2. FESİH KAVRAMI.....	18
1.2.1. Akdin Taraflar Arasında Oluşturduğu Borç İlişkisini Ortadan Kaldıran Sebepler	18
1.2.1.1. Akitten Doğan Yükümlülüğün İfâsı.....	18
1.2.1.2. Akdin Bozulmasıyla İfâsı Gereken Yükümlülüğün Düşmesi.....	19
1.2.2. Feshin Tanımı.....	19
1.2.3. Fesihle Münasebeti Olan Kavramlar	21

1.2.3.1. İnfisâh.....	21
1.2.3.2. Hul'	21
1.2.3.3. Talak.....	22
1.2.3.4. Tefrîk.....	23
1.2.3.5. Butlân	24
1.2.3.6. Azl.....	25
1.2.3.7. Rucû'	25
1.3. FESHİN MEŞRUIYETİ VE HÜKMÜ	26
1.3.1. Feshin Meşruiyeti.....	26
1.3.2. Feshin Hükümü	33
1.4. FESHİN KISIMLARI	35
1.4.1. Meydana Gelme Şekli Açısından Feshin Kısımları	35
1.4.1.1. Kavî ve Fiilî Fesih.....	35
1.4.1.2. İki Tarafın Ortak İradesiyle Gerçekleştirilen Fesih: İkâle	36
1.4.1.2.1. İkâlenin Tanımı.....	37
1.4.1.2.2. Meşruiyeti	39
1.4.1.2.3. Hukuki Niteliği.....	40
1.4.1.2.3.1. İkâleyi Fesih Olarak Gören Yaklaşım	40
1.4.1.2.3.2. İkâleyi Yeni Bir Akit Olarak Gören Yaklaşım.....	42
1.4.1.2.3.3. İkâlenin Hukuki Niteliği Hakkındaki İhtilafın Doğurduğu Sonuçlar.....	44
1.4.1.2.4. İkâlenin Kuruluşu	49
1.4.1.2.5. İkâlenin İptali	52
1.4.1.3. Münferid İradeyle Gerçekleştirilen Fesih	53
1.4.1.3.1. Müstakil Olarak Gerçekleştirilen Fesih	54
1.4.1.3.2. Yargı Kararıyla Gerçekleştirilen Fesih.....	58
1.4.2. Doğurduğu Sonuçların Niteliği Açısından Feshin Kısımları	64
1.4.2.1. İstinâdî Sonuç Doğuran Fesih	64
1.4.2.2. İktisârî Sonuç Doğuran Fesih.....	67
1.5. FESHİN ŞARTLARI	69
1.5.1. Akdin Feshi Sırasında Fesih Hakkının Devam Ediyor Olması	69
1.5.2. Feshin Akdin Diğer Tarafının Bilgisi Dâhilinde Gerçekleştirilmesi..	71
1.5.3. Feshin Akdin Diğer Taraf Aleyhine Bölünmesine Yol Açmaması.....	72

1.5.4. Yargı Kararının Gerekli Olduğu Durumlarda Mahkemenin Feshe Hükmetmesi.....	73
1.6. FESHE MANİ DURUMLAR	73
1.6.1. Akde Konu Olan Malın Zayi Olması	74
1.6.2. Akit Konusunun Kusurlu Hale Gelmesi.....	75
1.6.3. Akit Konusu Mala Başkasının Hakkının Taalluk Etmesi.....	76
1.6.4. Akit Konusunda Artış Meydana Gelmesi.....	76
1.6.5. Feshe Mani Durumların Akitten Doğan Hak ve Yükümlülüklerle Etkisi	79
İKİNCİ BÖLÜM	80
2. İSLAM HUKUKUNDA FESİH HAKKI DOĞURAN SEBEPLER.....	80
2.1. AKDİN BAĞLAYICI OLMAMASI	80
2.2. MUHAYYERLİKLER.....	84
2.2.1. İrâdî/Şarta Bağlı Muhayyerlikler.....	85
2.2.1.1. Şart Muhayyerliği	85
2.2.1.2. Nakd Muhayyerliği	92
2.2.1.3. Vasıf Muhayyerliği	94
2.2.2. Şer'î/Kanunî Muhayyerlikler	98
2.2.2.1. Meclis Muhayyerliği	98
2.2.2.2. Görme Muhayyerliği.....	102
2.2.2.3. Ayıp/Kusur Muhayyerliği	110
2.3. AKDİN FÂSİD OLMASI	115
2.4. AKDİ YAPANIN İRADESİNİ/RIZASINI ŞAİBELİ KILAN DURUMLAR	119
2.4.1. İkraḥ/Korkutma.....	121
2.4.1.1. Tanımı	121
2.4.1.2. Şartları	122
2.4.1.3. İkraḥın Akitlere Etkisi ve Akdin İkraḥ Gerekçesiyle Feshi	127
2.4.2. Hile/Hılâbe-Hıdâ'	135
2.4.2.1. Hilenin Türleri ve Akitlere Etkisi	136
2.4.2.1.1. Tağrîr	136
2.4.2.1.1.1. Kavlı Tağrîr	136
2.4.2.1.1.2. Fiilî Tağrîr	140

2.4.1.1.2. <i>Hıyânet</i>	145
2.4.1.1.3. <i>Neceş/Tenâcüş</i>	149
2.4.1.1.4. <i>Tedlîs</i>	153
2.4.3. Gabn	157
2.4.3.1. Tarifi ve Kısımları.....	157
2.4.3.2. Gabnin Akitlere Etkisi ve Akdin Gabin Sebebiyle Feshi.....	160
2.4.4. Galat/Hata-Yanılma	168
2.4.4.1. Galatın Tarifi.....	169
2.4.4.2. Galatın Kısımları ve Akitlere Etkisi.....	171
2.4.4.2.1. <i>Akdin Konusunda Galat</i>	172
2.4.4.2.2. <i>Akit Yapılan Şahısta Galat</i>	176
2.4.4.2.3. <i>Akit Konusunun Kıymetinde Galat</i>	178
2.4.4.2.4. <i>Şer’î Hükümde/Kanunda Galat</i>	179
2.5. AKDİN NÂFİZ OLMAMASI.....	181
2.5.1. Akdin Eda/Fiil Ehliyeti Eksik Kimse Tarafından Yapılması	181
2.5.2. Akdin Fuzûlî/Yetkisiz Kimse Tarafından Yapılması	187
2.5.3. Akdin Hacr Edilmiş/Kısıtlı Kimse Tarafından Yapılması.....	191
2.5.3.1. Sefeh Sebebiyle Hacr	192
2.5.3.2. Borç Sebebiyle Hacr	195
2.5.4. Akde Üçüncü Şahısların Haklarının Taalluk Etmesi.....	197
2.5.4.1. Akdin Maraz-ı Mevt Halindeki Kimse Tarafından Yapılmış Olması	197
2.5.4.2. Akit Konusu Malın Rehin Bırakılmış veya Kiraya Verilmiş Bulunması	200
2.5.4.3. Akde Konu Olan Malın İstihkâkı.....	204
2.5.4.4. Akit Konusu Akarda Şüf’a/Önalım Hakkının Sabit Olması.....	206
2.6. MAZERETLER/BEKLENMEYEN HALLER.....	208
2.6.1. Mazeret Mefhumu	208
2.6.2. Ayıp ve Mazeret Ayırımı.....	209
2.6.3. Mazeret Sebebiyle Feshe Konu Olabilen Akitler: İstimrârî/Sürelî Akitler	210
2.6.3.1. İstimrârî Akitlerde Mazeretleri Fesih Sebebi Gören Yaklaşım.....	211
2.6.3.2. İstimrârî Akitlerin Mazeretler Sebebiyle Feshi.....	212

2.6.3.2.1. Menfaatten Yararlanan Taraf Açısından Feshi Meşru Kılan Mazeretler	213
2.6.3.2.1.1. Menfaatten Yararlanma İmkânının Ortadan Kalkması	213
2.6.3.2.1.2. Menfaate İhtiyacın Kalmaması	214
2.6.3.2.1.3. Menfaatten İstifadenin Önüne Geçen Haklı Bir Sebebin Ortaya Çıkması	216
2.6.3.2.1.4. Yararı Umulan Akit Konusunun Akdi Yapan Kişinin Zararına Olduğunun Anlaşılması	217
2.6.3.2.2. Menfaatten Yararlandıran Taraf İçin Fesih Hakkı Doğuran Mazeretler	219
2.6.3.2.2.1. Menfaatinden Yararlanılan Ma'kûdun Aleyhe İhtiyaç Duyulması	219
2.6.3.2.2.2. Akdin Devamının Ma'kûdun Aleyhe Zarar Vermesi	221
2.6.3.2.3. Akdin Ma'kûdun Aleyhten Kaynaklanan Mazeret Sebebiyle Feshi	223
2.6.3.3. İstimrârî Akitlerde Mazeretleri Fesih Sebebi Saymayan Yaklaşım	224
2.7. TARAFLARDAN BİRİNİN AKİTTEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İFÂ ETMEMESİ	227
2.7.1. Akitten Doğan Borcun Mazeretsiz Olarak Zamanında Ödenmemesi: Mümâtale/Temerrüd	228
2.7.1.1. Mümâtalenin Önüne Geçmek İçin Akit Sırasında Alınması Öngörülen Tedbirler	229
2.7.1.2. Akitten Sonra Mümâtalenin Vukuu Halinde Alacağı Temin İçin Uygulanan Müeyyideler	231
2.7.1.3. Akdin Mümâtale Sebebiyle Feshi	233
2.7.2. Akitten Kaynaklanan Borcu İfa İmkânının Olmaması	235
2.7.2.1. Akit Konusundan Arzu Edilen Şekilde İstifadenin İmkânsız Hale Gelmesi	236
2.7.2.2. Borçlunun İ'sâr ve İflası	239
2.7.2.2.1. İ'sâr ve İflas Kavramları	239
2.7.2.2.2. İ'sâr Halinde Borçluya Mühlet Verme ve Alacağın Tahsili İçin Uygulanabilecek Yöntemler	240
2.7.2.2.3. Borçlunun İ'sârı Sebebiyle Akdin Feshi	243
2.7.3. Taraflardan Birinin Akitte İleri Sürülen Şartlardan Birini Yerine Getirmemesi	247
2.7.4. Akdin Bölünmesi/Teferruku's-Safka	249

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	253
3. FESHE ELVERİŞLİLİK BAKIMINDAN MUHTELİF AKİT TÜRLERİ. 253	
3.1. MUÂVAZALI AKİTLERDE FESİH	253
3.1.1. Bey’/Alışveriş Akdinde Fesih	254
3.1.2. İcâre Akdinde Fesih	255
3.1.2.1. Kira Akdinde Fesih	256
3.1.2.2. İş Akdinde Fesih	264
3.1.3. Mudârabe, Müzâraa ve Müsâkât Akitlerinde Fesih	271
3.1.4. Sulh Akdinde Fesih	279
3.1.5. Kısım/Taksîm Akdinde Fesih	286
3.2. TEBERRU AKİTLERİNDE FESİH	294
3.2.1. Hibe Akdinde Fesih/Hibeden Rücû’	295
3.2.2. Vedîa, Âriyet ve Karz Akitlerinde Fesih	300
3.2.3. Vakıf ve Vasiyetin Feshi	306
3.3. GÜVENCE/TEVSİK AKİTLERİNİN FESHİ	313
3.3.1. Rehin Akdinin Feshi	314
3.3.2. Kefâlet Akdinin Feshi	316
3.3.3. Havale Akdinin Feshi	321
3.4. ŞİRKET AKDİNİN FESHİ	328
3.5. VEKÂLET, VİSÂYET VE TAHKÎM AKİTLERİNİN FESHİ	333
3.6. NİKÂH AKDİNİN FESHİ	341
3.6.1. Nikâh Akdinde Talak-Fesih Ayırımı	342
3.6.2. Nikâh Akdinde Fesih Sebebi Sayılan Durumlar	344
3.6.2.1. Feshi Zorunlu Kılan Haller	344
3.6.2.1.1. Nikâhın Sahih Olmaması	344
3.6.2.1.2. Karı Kocadan Birinin Din Değiştirmesi	345
3.6.2.1.2.1. Müslüman Çiftlerden Birinin Dininden Dönmesi/ İrtidâd Etmesi.....	346
3.6.2.1.2.2. Gayri Müslim Eşlerden Birinin Müslüman Olması	347
3.6.2.2. Feshi Caiz Kılan Haller	349
3.6.2.2.1. Nikâhın Tarafları İçin Feshi Caiz Kılan Haller	349
3.6.2.2.1.1. Buluğ Muhayyerliği	349

3.6.2.2.1.2. <i>Taraflarda Bulunan Fiziksel ve Ruhsal Kusurlar</i>	351
3.6.2.2.1.3. <i>Kocanın Karısının Nafakasını Vermemesi</i>	354
3.6.2.2.1.4. <i>Kocanın Kayıp, Hapse Mahkûm ve Esir Olma Durumları</i> . 356	
3.6.2.2.1.5. <i>Kocanın Kötü Muamelesi</i>	358
3.6.2.2.1.6. <i>Nikâh Akdi Sırasında İleri Sürülen Bir Şartın Yerine Getirilmemesi</i>	360
3.6.2.2.2. <i>Veliler İçin Feshi Caiz Kulan Haller</i>	362
SONUÇ	364
KAYNAKÇA	372
ÖZGEÇMİŞ	392

KISALTMALAR

a.e.	Aynı eser
a.g.e.	Adı geçen eser
ayr. bkz.	Ayrıca bakınız
a.y.	Aynı yer
b.	Bin, ibn
bkz.	Bakınız
bnt.	Bint
bs.	Baskı
C.	Atıfta bulunulan eserin cilt numarası
c.	Eserin toplam cilt sayısı
ç.	Çoğulu
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
h.	Hicrî
HAK	Hukuk-ı Aile Kararnamesi
H.z.	Hazreti
md.	Madde
M.Ü.	Marmara Üniversitesi
No.	Numara
nşr.	Neşreden
r.a.	Radıyallâhu anh
r.anhâ	Radıyallâhu anhâ
s.	Sayfa
s.a.v.	Sallallâhu aleyhi ve sellem
sy.	Sayı
TBK.	Türk Borçlar Kanunu
TCK.	Türk Ceza Kanunu
TTK.	Türk Ticaret Kanunu
thk.	Tahkik eden
trc.	Tercüme eden

t.y.	Basım tarihi yok
v.	Vefatı
vb.	Ve benzeri
vdğr.	Ve diğçerleri
vs.	Ve saire
YÖK	Yüksek Öğretim Kurumu
y.y.	Yayım yeri yok

GİRİŞ

1. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE KAPSAMI

İslam hukukunda akit bağının iradi olarak ortadan kaldırılmasını ifade eden fesih kavramı, furû-i fıkıh kaynaklarında gerek borçlar hukuku alanına giren akitlerin gerekse aile hukuku kapsamındaki nikâh akdinin incelendiği bahislerde dağınık bir biçimde mevzu bahis edilmektedir. İslam hukuku meseleci bir tarzda doğup geliştiği için klasik fıkıh kaynaklarında genellikle fesih konusu müstakil bir başlık altında ve derli toplu bir halde incelenmemiştir.¹ Her ne kadar “**el-Eşbâh ve’n-nezâir**” türü bazı eserlerde tek bir başlık altında feshin tanımına ve fesih işlemine dair bir takım hükümlere yer verilmiş olsa da,² bunlar konuyla ilgili oldukça kısa malumatlar olup fesih işlemi bütün yönleriyle ele almaktan uzaktır.

Çalışmamızda furû’ kaynaklarında her akit başlığı altında ilgili akitle alakalı olarak yer verilen ve meseleci bir tarzda ele alınan fesih işleminin İslam hukukundaki yeri bütüncül bir şekilde incelenmiştir. Bu kapsamda akit ve fesih terimlerinin tarifi yapılmış, feshin kendisiyle yakın anlama sahip terimlerle münasebeti izah edilmiş ve fesih türleri açıklanmış; bu suretle feshin kavramsal çerçevesi çizilmiştir. Ayrıca feshin meşruiyetinin dayanakları beyan edilmiş ve buna bağlı olarak akdi feshetmenin -yerine göre- şer’î hükmü belirtilmiştir. Bunun yanında çalışmamızda akdin feshi için aranan şartlar, feshe engel durumlar, fesih hakkı doğuran sebepler ayrıntılı olarak incelenmek suretiyle, İslam hukukunda akdi feshetme işleminin tabi olduğu ilke ve esaslar beyan edilmiştir. Çalışmada fesih işleminin teorik boyutu mezkûr şekilde işlenirken, bir taraftan da örneklerle feshin uygulamadaki yeri gösterilmeye çalışılmıştır.

¹ Ali Bardakoğlu, “Fesih”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)**, 1995, C: XII, s. 428.

² Bkz. Celâleddîn Abdurrahman b. Ebî Bekr es-Suyûtî, **el-Eşbâh ve’n-Nezâir**, y.y., Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1411/1990, s. 287-293; Zeynüddîn b. İbrahim İbn Nüceym el-Mısırî, **el-Eşbâh ve’n-Nezâir alâ Mezhebi Ebî Hanîfete’n-Nu’mân**, thk. Zekerîya Umeyrât, Beyrut, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1419/1999, s. 292.

Çalışmamızda akitlerin feshi mevzuu tek bir fıkıh mezhebiyle kayıtlı olmaksızın ele alınmış, fesih işleminin ilke ve esaslarına ilişkin genellikle dört fıkıh mezhebinin yaklaşımlarına yer verilmekle birlikte, bazı meselelerde Zâhirî mezhebinin ve mezhepler öncesi dönem müçtehitlerinin görüşlerine de temas edilmiştir. Bu çerçevede önce fesihle ilgili bütün akit türlerini ilgilendiren prensipler tespit edilmiş, daha sonra bu prensipler ışığında feshin furû' kaynaklarında yer alan akitlerde uygulanabilirlik durumu incelenmiştir.

2. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ

Akitlerin feshi günlük hayatta sıkça karşılaşılan hukuki işlemlerdir. Sosyal ve ticari hayatta alım-satım, kiralama vb. pek çok akit yapıldığı gibi, çeşitli sebeplerle bu akitleri feshetme ihtiyacı da hâsıl olmaktadır. Yine günümüzde özellikle iş akdinde fesih konusu önemli bir yer teşkil etmekte olup, iş kanunlarında iş sözleşmelerinin feshedilme esasları düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla insan hayatının bir parçası olan ve beşeri münasebetlerde ihtiyaç duyulan bu işlemin İslam hukuku açısından nasıl ele alındığı kanaatimizce çalışılmaya değer önemli bir konudur.

Fesih konusunun klasik fıkıh kaynaklarında müstakil bir başlık altında ve bütüncül olarak ele alınmamış olması da, İslam hukukunda akitlerin feshedilme usul ve esaslarının bütün yönleriyle sistematik bir şekilde ortaya konulmasını önemli kılmaktadır. Bu kapsamda İslam hukukçularının konuyla ilgili birbirinden farklı yaklaşımlarının gerekçeleriyle birlikte incelenmesi, fikhî görüşler arasında mukayese imkânı sunması açısından ayrıca önem arz etmektedir. Bunun yanında fikhî kaynaklarda fesih terimiyle anlam yakınlığına sahip olan ya da feshin özel bir türü sayılabilecek işlemleri ifade eden bir takım terimler bulunmaktadır. Bunlar arasında bir kavram kargaşası yaşanmasının önüne geçmek için fesih teriminin kavramsal çerçevesinin netleştirilmesi ve bu terimin benzer terimlerle ilişkisinin belirlenmesi de önemli bir husustur.

İslam hukukuna göre akitlerde asıl olan durum -yapısı itibariyle bağlayıcılığa elverişli olmayanlar hariç- tarafları için bağlayıcı olmalarıdır. Nitekim ilgili ayette

“Ey iman edenler! Akitlerin gereğini yerine getirin”³ buyurulmaktadır. Bu ayet akitten doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin gerekli olduğuna delalet etmektedir. Bu durum ise akdin bozulmadan muhafaza edilmesini zorunlu kılmaktadır. Hz. Peygamber (s.a.v.)’in “Alışverişin tarafları birbirlerinden ayrılmadıkları sürece (akitten cayıp caymama hususunda) muhayyerdirler...”⁴ hadisinin mefhumu muhâlifî de, alışveriş akdinin tarafların irade beyanlarını ortaya koymaları ya da bedenlen birbirlerinden ayrılmaları suretiyle kesinleştirildikten sonra⁵ bağlayıcılık kazanacağına, bu durumda tarafların bu akdi tek başlarına feshetme haklarının bulunmadığına delalet etmektedir.

Ayrıca akitlerin bağlayıcı sayılmaması ve her zaman tek tarafın iradesiyle feshedilmeye müsait kabul edilmesi hukuki işlemlerde istikrarsızlığa yol açar. Bu durum insanların hukuki sonuçlarını elde etmek maksadıyla gerçekleştirdikleri akitleri her zaman bozulmaya elverişli kılar ki, bunun sebep olacağı zararlar açıktır. Nitekim bazı İslam hukukçuları da bu hususa işaret etmiş, alışveriş akdinin kesinleştikten sonra tek taraflı feshinin meşru olmayışına gerekçe olarak bunun akdin diğer tarafına zarar vermesini göstermişlerdir.⁶ Hâlbuki “Zarar vermek de, zarara zararla karşılık vermek de yoktur”⁷ gibi naslar başkasına zarar verici tasarrufların önüne geçilmesi gerektiğini göstermektedir.

³ Mâide 5/1.

⁴ Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl el-Buhârî, **el-Câmiu’s-Sahîh**, thk. Muhammed Züheyr b. Nâsır en-Nâsır, 9 c., Beyrut, Dâru tavkî’n-necât, 1422 h., “Buyû”, 19; Ebu’l-Hasen Müslim b. Haccâc en-Nîsâbü’rî, **es-Sahîh**, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, 5 c., Beyrut, Dâru ihyâi’t-türâsi’l-arabî, t.y., “Buyû”, 11; Ebû İsâ Muhammed b. İsâ et-Tirmizî, **Sünenü’t-Tirmizî**, thk. Ahmed Muhammed Şâkir vdğr., 5 c., 2. bs., Mısır, Mektebetü ve Matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî, 1395/1975, “Buyû”, 26; Ebû Dâvud Süleyman b. el-Eş’as es-Sicistânî, **Sünenü Ebî Dâvud**, thk. Şuayb el-Arnaût-Muhammed Kâmil Karabelli, 7 c., y.y., Dâru’r-risâleti’l-âlemiyye, 1430/2009, “Buyû”, 53; İbn Mâce Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî: **Sünenü İbn Mâce**, thk. Şuayb el-Arnaût vdğr., 5 c., Beyrut, Dâru’r-risâleti’l-âlemiyye, 1430/2009, “Ticârât”, 17; Ebû Hâtim Muhammed b. Hibbân et-Temîmî: **Sahîhu İbn Hibbân**, thk. Şuayb el-Arnaût, 18 c., Beyrut, Müessesetu’r-risâle, 1408/1988, “Buyû”, C: XI, s. 268; Ebu’l-Kâsım Süleyman b. Ahmed et-Taberânî, **el-Mu’cemu’l-evsat**, thk. Târik b. İvadullâh-Abdülmuhsin b. İbrahim el-Hüseynî, 10 c., Kahire, Dâru’l-Haremeyn, t.y., C: I, s. 278.

⁵ Hadiste geçen “tarafların birbirlerinden ayrılmaları” ifadesinden maksadın ne olduğu ve dolayısıyla alışverişin hangi aşamada bağlayıcılık kazanacağına dair bkz. Ebu’l-Alâ Muhammed Abdurrahman el-Mübârekfûrî, **Tuhfetü’l-Ahvezî**, 10 c., Beyrut, Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye, t.y., C: IV, s. 375-376.

⁶ Ebu’l-Fadl Abdullah b. Mahmûd el-Mevsilî, **el-İhtiyâr li Ta’lîli’l-Muhtâr**, 5 c., Kahire, Matbaatü’l-Halebî, 1356/1937, C: II, s. 5; Abdülğani b. Tâlib el-Meydânî, **el-Lübâb fi Şerhi’l-Kitâb**, thk. Muhammed Muhyiddîn Abdülhamîd, 4 c., Beyrut, el-Mektebetü’l-İlmîyye, t.y., C: II, s. 4.

⁷ Mâlik b. Enes, **Muvatta’**, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, Beyrut, Dâru ihyâi’t-türâsi’l-arabî, 1406/1985, “Akziye”, 26; İbn Mâce, “Ahkâm”, 17; Ebu’l-Hasen Ali b. Ömer ed-Dârekutnî,

Öte yandan akitlerin kendilerinde asıl olan bu bağlayıcılık vasfını yitirmelerine sebep olan bazı durumlar bulunmaktadır. Mesela akdin karşılıklı rızaya dayalı olmaksızın gerçekleştirilmiş olması bu durumlardan bir tanesidir. Zira “...Karşılıklı rızanıza dayanan ticaret yoluyla olması dışında birbirinizin mallarını batıl yollarla yemeyin...”⁸ ayeti, karşılıklı rızaya dayalı olmayan akitler yoluyla mülk edinmenin meşru olmadığına delalet etmektedir. Dolayısıyla böyle akitler akde rızası olmayan taraf açısından bağlayıcı sayılmayıp onun tarafından feshedilmeye elverişli olmalıdır. Çünkü aksi takdirde bir tarafın malını rızası olmadan elde etme söz konusu olur. Bu fiil ise ayette yasaklanan başkasının malını batıl yolla yeme kapsamına girer. Yine bazen iki taraf arasında yapılan akitler üçüncü şahısların haklarının ihlaline sebep olabilmektedir. Bu durumda akdin bağlayıcı sayılması mezkûr şahısların zarar görmesine yol açar. Dolayısıyla bu durum da akdin bağlayıcılık vasfını yitirmesine ve üçüncü şahısların itirazıyla feshedilebilir olmasına sebep olmaktadır.

Akitlerin bağlayıcılığı ilkesine riayet etmek hukuki işlemlerde istikrarı temin için gerekli olduğu gibi, bu ilkenin esnetilmesi gereken durumların bilinmesi de tarafların ya da üçüncü şahısların akit sebebiyle zarar görmesinin önlenmesi için şarttır. Bu bağlamda İslam hukukuna göre akdi feshetme hakkı doğuran sebeplerin tespiti büyük önem arz etmektedir.

3. KAYNAKLAR VE ARAŞTIRMALAR

Fesih kelimesi ıstılâhî manasıyla Kur’an ve Hadis metinlerinde yer almamakta olup, feshin terim anlamını kazanması sonraki dönemlerde İslam hukuk düşüncesinin oluşmasıyla birlikte başlamıştır.⁹ İstılâhî manada fesih kavramı ilk olarak fûrû-i fıkıh kaynaklarında karşımıza çıkmaktadır. Fıkıh kitaplarının tedvin edilmeye başlandığı dönemden itibaren muhtelif fıkıh mezheplerine ait fûrû’

Sünenü’ d-Dârekutnî, thk. Şuayb el-Arnaût vdğr., 5 c., Beyrut, Müessesetü’r-risâle, 1424/2004, “Buyû”, C: IV, s. 51; Hâkim Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh en-Nisâbüri, **el-Müstedrek ale’s-Sahîhayn**, thk. Mustafa Abdülkâdir Atâ, 4 c., Beyrut, Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye, 1411/1990, “Buyû”, C: II, s. 66.

⁸ Nisâ 4/29.

⁹ Bardakoğlu, “Fesih”, C: XII, s. 427-428.

kaynaklarında fesih işlemi konu edilmiştir.¹⁰ Bundan dolayı başta dört fıkıh mezhebinin kaynakları olmak üzere çok sayıda fûrû-i fıkıh eserinden çalışmamızda kaynak olarak istifade edilmiştir. Bunlar çalışmamızın ağırlıklı olarak yararlanılan kaynaklarını teşkil etmektedir. Ayrıca fıkıh alanında yapılan “**el-Eşbâh ve’n-nezâir**” tarzındaki bazı çalışmalarda fesih başlığına yer verilmiş ve bu başlık altında fesih konusuna ana hatlarıyla temas edilmiştir. Bu tür çalışmalardan Suyûfî (v. 911/1505) ve İbn Nüceym’in (v. 970/1563) “el-Eşbâh ve’n-nezâir” adlı eserleri de tezimizde kaynak olarak kullanılmıştır.

İslam hukuku alanında yapılan muasır çalışmalar içerisinde İslam hukukunda akit nazariyesini konu edinen çok sayıda eser bulunmaktadır. Bu eserlerde akit nazariyesi işlenirken akitlerin feshedilme esaslarına da temas edilmektedir. Bunun için çalışmamızda çağdaş İslam hukukçularının kaleme aldığı bazı eserleri de kaynak olarak kullandık. Bu kapsamda en çok başvurulan eserler, Mustafa Zerkâ’nın (v. 1999) “el-Medhalü’l-fikhiyyü’l-âmm”, Abdülkerim Zeydân’ın (v. 2014) “el-Medhal li-dirâseti’ş-şerîati’l-İslâmiyye”, Abdürrezzâk Senhûrî’nin (v. 1971) “Mesâdiru’l-hakk” ve “Nazariyyetü’l-akd”, Muhammed Ebû Zehre’nin (v. 1974) “el-Milkiyye ve nazariyyetü’l-akd”, Muhammed Yusuf Musa’nın (v. 1963) “el-Emvâl ve nazariyyetü’l-akd”, Hayrettin Karaman’ın “Mukayeseli İslam Hukuku” adlı kitaplarıdır. Bunların dışında Vehbe Zühaylî’nin (v. 2015) “el-Fıkhu’l-İslâmî ve edilletühû” adlı eserinde “Nazariyyetü’l-fesh” başlığı altında fesihle ilgili bazı temel kavram ve esaslara yer verilmektedir. Çalışmamızı şekillendirmede bu eserde yer alan malumattan da istifade ettik. Ayrıca “Mecelle-i Ahkâmı Adliyye” ve şerhlerinden Ali Haydar Efendi (v. 1935)’nin “Düreru’l-hükkâm” isimli eseri tezimizde sıklıkla istifade ettiğimiz muasır dönem kaynaklarındandır.

¹⁰ Bkz. Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî, **el-Asl**, thk. Ebu’l-Vefâ el-Efgânî, 5 c., Kerâtişî, İdâratü’l-Kur’ân ve’l-ulûmi’l-İslâmiyye, t.y., C: V, s. 278; Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed es-Serahsî, **el-Mebsût**, 30 c., Beyrut, Dâru’l-ma’rife, 1414/1993, C: XII, s. 130; Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris eş-Şâfi’î, **el-Ümm**, 8 c., Beyrut, Dâru’l-Ma’rife, 1410/1990, C: III, s. 4; Sahnûn Ebû Saîd Abdüsselam b. Saîd et-Tenûhî, **el-Müdevvenetü’l-kübrâ**, 4 c., y.y., Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1415/1994, C: III, s. 212; Ebu’l-Kâsım Ömer b. el-Hüseyn el-Hırakî, **Metnü’l-Hırakî ‘alâ mezhebi Ebî Abdillâh Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî**, y.y., Dâru’s-sahâbe li’t-türâs, 1413/1993, s. 70; İbn Hazm Ebû Muhammed Ali b. Ahmed ez-Zâhirî, **el-Muhallâ bi’l-Âsâr**, 12 c., Beyrut, Dâru’l-Fikr, t.y., C: VII, s. 215; Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, **Neylü’l-Evtâr**, thk. Isâmüddîn es-Sabâbetî, 8 c., Mısır, Dâru’l-Hadîs, 1413/1993, C: V, s. 271.

Çalışmamızda gerek feshin kavramsal çerçevesini çizerken gerekse izahı gereken bazı fikhî terimleri açıklarken, Cürcânî'nin (v. 816/1413) “et-Ta'rîfât”, Tehânevî'nin (v. 1158/1745) “Keşşâfu ıstılâhâtî'l-fünûn”, Muhammed Revvâs Kal'acî ve Hâmid Sâdık Kanîbî'nin “Mu'cemu lugatî'l-fukahâ”, Sa'dî Ebû Ceyb'in “el-Kâmûsü'l-fikhî”, Amîm İhsân el-Bereketî'nin (1395 h.) “et-Ta'rîfâtü'l-fikhiyye”, Mehmet Erdoğan'ın “Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü”, Eyüp Sabri Yarmalı ve Selçuk Alp'in “Hukuk Terimleri Sözlüğü” adlı eserleri başta olmak üzere fikhî ve hukukî ıstılahları tarif etmek için telif edilen muhtelif kaynaklara müracaat ettik.

Akit sırasında taraflardan birinin iradeyi/rızayı kusurlu kılan hallere maruz kalması fesih sebepleri içerisinde önemli bir yer teşkil etmektedir. Çalışmamızda özellikle fesih hakkı doğuran bu halleri ya da bunlardan birini konu alan bazı eserlerden kaynak olarak istifade edilmiştir. Bunlar İbn Âbidîn'in (v. 1252/1836) çeşitli risalelerini ihtiva eden “Mecmûatü'r-resâil” adlı eser içerisinde yer alan gabin risâlesi, Muhammed Bahrululûm'un “Uyûbu'l-irâde fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye”, Muhyiddîn Ali Karadâğî'nin “Mebdeü'r-rızâ fi'l-ukûd” isimli kitapları ile Ali Kumaş'ın “İslam Borçlar Hukukunda Gabin” ve İslam Demirci'nin “İslam Borçlar Hukukunda Hata” adlı doktora tezleridir. Yine akitlerin feshiyle yakından ilişkili olan akdin bağlayıcılığı mevzuunda Hadi Ensar Ceylan'ın yaptığı “İslam Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı” isimli doktora tezi de çalışmamızda yararlandığımız araştırmalar arasında yer almaktadır.

Çalışmamızda akitlerin feshine ilişkin ortaya konulan usul ve esaslar belli akit türlerine mahsus olmayıp genellik arz etmektedir. Ancak yapıları gereği bazı akit türlerinin feshine ilişkin diğerlerinde geçerli olmayan bir takım özel hükümler söz konusu olabilmektedir. Mesela istimrârî akitler kapsamında yer alan kira ve iş sözleşmeleri bu kabilden akitlerdir. Yine aile hukuku kapsamında yer alan nikâh akdi de, feshine dair kendine özgü bazı hükümlere sahip bir akittir. Bu sebeple bahsi geçen akitlerin feshiyle ilgili meseleleri incelerken özellikle bu akitleri konu alan bazı çalışmalardan da yararlandık. Bu doğrultuda kira ve iş sözleşmeleriyle ilgili, Şeref b. Ali eş-Şerîf'in “el-İcâretü'l-vâridetü alâ ameli'l-insân”, Muhammed Fuad Kübeysî'nin “İcâratü'l-a'yân fi'ş-şerîati ve'l-kânûn”, Ali Bardakoğlu'nun “İslam

Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi-Özellikle Personel İstihdamı” isimli çalışmaları; nikâh akdiyle ilgili ise, Muhammed Ebû Zehre’nin “el-Ahvâlü’ş-şahsiyye”, Abdülvehhâb Hallâf’ın (v. 1956) “Ahkâmu’l-ahvâli’ş-şahsiyye”, Muhammed Hâmid Kamhâvî ve Ömer Abdullah’ın “Ahkâmu’l-ahvâli’ş-şahsiyye li’l-müslimîn”, Ahmed b. Hasan Âli Ali’nin “Ahkâmu’ş-şurûti’l-mukterineti bi akdi’n-nikâh ve âsâruhâ” adlı kitapları tezimizde yararlandığımız eserler arasında yer almıştır.

Akitlerin feshiyle ilgili tartışmalı mevzulardan bir tanesi de, taraflardan birinin kasıtlı olarak veya imkânsızlık sebebiyle akitten doğan yükümlülüklerini tamamen ya da kısmen ifa etmemesinin yahut ifayı geciktirmesinin akdin diğer tarafı için fesih hakkı doğurup doğurmayacağı meselesidir. Bu meseleyi ele alırken başvurulan; Abdullah Hasan Hâmid el-Hadîsî’nin “Ahkâmu’l-mu’sir fi’l-fikhi’l-İslâmî”, Rahmi Yaran’ın “İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi Borçlunun Temerrüdü Alacaklının Temerrüdü” ve Bilal Aybakan’ın “İslam Hukukunda Borçların İfası” isimli kitapları yine tezimizde istifade edilen çalışmalar arasında yer almaktadır.

Tezimizde Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisinde yer alan pek çok maddeden de yararlanmıştır. Bunlar içerisinde tez konumuzla doğrudan alakalı olan “Fesih”, “İnfisâh”, “İkâle”, “Azil”, “Rücû”, “Tefrîk”, “Lüzûm”, “Muhayyerlik” maddelerini zikredebiliriz. Öte yandan çalışmamızda bazı meseleleri ele alırken konuyla ilgili Türk hukukundaki yaklaşıma da yer verdik. Bu münasebetle Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ceza Kanununun yanı sıra Türk hukuku alanında yazılmış bazı eserlerden de tezimizde yararlandık. Bunlardan akitlerin feshiyle ilgili bir çalışma olan Lütfü Dalamanlı’nın (v. 2005) “Akdin Feshi ve İptali Davaları” isimli kitabı özellikle zikretmemiz gereken bir eserdir.

İslam hukuku alanındaki akademik çalışmaları incelediğimizde akitlerin feshi konusunu müstakil olarak bütün yönleriyle ele alan Türkçe bir esere rastlamadık. Konuyla ilgili olarak İSAM ve YÖK veri tabanları ile İlahiyat Fakülteleri Tezler Kataloğunu ayrıntılı bir şekilde taramamız neticesinde, sadece İslam aile hukukunu ilgilendiren nikâh akdinin feshi konusunda ve feshin sadece bir türü olan, hatta fesih

olup olmadığı ihtilafli bulunan ikâle hakkında olmak üzere iki yüksek lisans çalışmasının yapılmış olduğunu gördük. Bunlar, Ankara İlahiyat Fakültesinde Hussein Ali tarafından 2013 yılında tamamlanan “*İslam Aile Hukukunda Nikâh Akdinin Feshi*” isimli çalışma ile Marmara İlahiyat Fakültesinde Emine Esin Göç’ün 2010 yılında tamamladığı “*İslam Borçlar Hukukunda İkâle Kavramı*” isimli çalışmadır. Bu çalışmalar akitlerin feshini bütün yönleriyle ele alan çalışmalar olmayıp, her biri fesih mevzuunun alt başlıklarından olabilecek birer konuyu incelemektedir. Tezimizde ilgili başlıklar altında bu çalışmalardan da yararlanılmıştır.

Öte yandan akitlerin feshi mevzuunu müstakil olarak ele alan az sayıda Arapça akademik çalışma bulunmaktadır. Ancak bunların bir kısmında fesih işleminin ilgili ülkede yürürlükte olan kanundaki yerini gösterme yönü öne çıkmakta, fesihle ilgili İslam hukukunda yer alan hükümlere tali olarak mukayese amaçlı yer verilmektedir. Bu kabilden çalışmalardan bir tanesi, tezimizde başvurduğumuz kaynaklardan biri olan, Hasan Ali ez-Zennûn’un “en-Nazariyyetü’l-âmmetü li’l-feshi fi’l-fikhi’l-İslâmî ve’l-kânûnî’l-medenî” isimli doktora tezidir.

Bu türden çalışmaların dışında akitlerin feshini yalnızca İslam hukuku açısından inceleyen akademik çalışmalara da ulaştık. Bunlardan birisi Esmâdî Muhammed Nuaym’ın “Nazariyyetü feshi’l-ukûd fi’l-fikhi’l-İslâmî” adlı doktora tezidir. Tezimizde başvurduğumuz kaynaklardan biri olan bu kitap muhtasar bir eser olup, akitlerin feshi bağlamında ele alınması gereken birçok önemli meseleye değinmemektedir. Mesela kitapta fesih hakkı doğuran sebeplerin hepsine yer verilmediği gibi, yer verilenlere de oldukça muhtasar bir şekilde temas edilmektedir. Ayrıca çalışmada feshin kavramsal çerçevesi de ortaya konulmamaktadır. Bu bakımdan mezkûr eser İslam hukukunda akitlerin feshi konusunda kapsamlı bir çalışma özelliği taşımamaktadır.

Konuyla ilgili bir başka çalışma ise, yine tezimizin kaynakları içerisinde yer alan Hûrân Muhammed Süleyman’ın “Nazariyyetü’l-Feshi ve Tatbîkâtuhâ fi’l-Fikhi’l-İslâmî” isimli doktora tezidir. Bu çalışma bir öncekine göre daha hacimli olup; feshin kavramsal çerçevesini ortaya koyma, tabii olduğu ilke ve esasları tespit

etme hususunda daha kapsamlı ve ayrıntılı bir eserdir. Ancak bu çalışmada da fesihle ilgili en önemli mevzulardan olan fesih hakkı doğuran sebepler bütünüyle ele alınmamış, bu hususta incelenmesi gereken çok önemli meselelere yer verilmemiştir. Mesela bahsi geçen çalışmada borçlar hukukunun temel mevzularından birisi olan iradeyi sakatlayan unsurlara fesih hakkı doğuran sebepler bağlamında temas edilmemiştir. Yine akde üçüncü şahısların haklarının taalluk etmesi, taraflarda ehliyeteye tesiri olan arızalardan birinin bulunması gibi, fesih sebepleri kapsamında ele alınması gereken birçok mevzu mezkûr çalışmada konu edilmemiştir. Netice itibariyle araştırmalarımız sonucu akitlerin feshiyle ilgili ulaştığımız az sayıda çalışmada konunun bütün yönleriyle ortaya konulmadığı görülmüş, dolayısıyla bu mevzuda bir doktora çalışması yapılmasına ihtiyaç bulunduğu kanaati hâsıl olmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. İSLAM HUKUKUNDA AKİT VE FESİH KAVRAMLARI, FESHİN MEŞRUIYETİ, HÜKMÜ, KISIMLARI, ŞARTLARI VE MANİLERİ

1.1. AKİT KAVRAMI

1.1.1. Hukuki İşlem, Tasarruf ve Akit

Borçlar hukukunda, borç ilişkisinin¹¹ kaynaklarından biri olarak ele alınan “hukuki işlem” kavramı, “bir kimsenin hukukî bir sonuç elde etmek maksadıyla iradesini açıklaması” şeklinde tarif edilir¹² ve akitler hukuki işlemlerin bir türü olarak incelenir. İslam hukuku kaynaklarında, hukuki işlemle yakın anlamli olarak kullanılan “**tasarruf**” kavramını görürüz. Özellikle son asırlarda telif edilen bazı İslam hukuku eserlerinin akit nazariyesinden bahseden bölümlerinde, akit ve tasarruf kavramları birlikte ele alınmakta ve akitler tasarrufun bir türü olarak incelenmektedir.¹³ Tasarruf kavramı bu bakımdan borçlar hukukundaki hukuki işleme benzese de, esasen bu kavram hukuki işlemten daha genel bir anlam ifade etmektedir.

¹¹ Borç ilişkisi, bireyler arasında kurulan ve bir kimseyi ötekine karşı borçlu, ötekini de alacaklı kılan özel ilişkidir. Bkz. Eyüp Sabri Yarmalı, Selçuk Alp, **Hukuk Terimleri Sözlüğü**, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2011, s. 110.

¹² Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, 23. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 13, 19.

¹³ Bkz. Mustafa b. Ahmed ez-Zerkâ, **el-Medhalü'l-Fıkhıyyü'l-Âmm**, 2 c., 2. bs., Dimeşk, Dâru'l-Kalem, 1425/2004, C: I, s. 379-382; Abdülkerîm Zeydân, **el-Medhal lidirâseti's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Dimeşk, Müessesetü'r-Risâle, 1431/2010, s. 270-271; Abdülhamîd Mahmûd el-Ba'î, **Davâbitü'l-Ukûd Dirâse Mukârane fi'l-Fıkhî'l-İslâmî ve Müvâzene bi'l-Kânûnî'l-Vaz'î ve Fıkhîhî**, y.y., Dâru't-Tevfikî'n-Nemûzeciyye li't-Tıbâa, t.y., s. 54-60; Muhammed Yusuf Musa, **el-Emvâl ve Nazariyyetü'l-Akd fi'l-Fıkhî'l-İslâmî**, y.y., Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1987, s. 250.

1.1.2. Tasarrufun Tanımı

Tasarruf kelimesi Arapça “**sarf**” kökünden gelen “**tefa’ul**” kalıbında bir masdar olup¹⁴ sözlükte; bir şeye çare ve çözüm aramak, bir şeyi evirip çevirmek, kişinin ailesi için kazanç sağlaması, vaziyet ve durumların değişmesi gibi anlamlara gelmektedir.¹⁵ Fıkhi bir terim olarak ise tasarruf kısaca “hukukî sonucu olan herhangi bir fiil ya da sözdür” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁶ Daha ayrıntılı bir başka tarifte ise tasarrufun “şahıstan kendi iradesiyle sadır olan ve Şâri’in (Kanun Koyucunun) üzerine bazı hukuki neticeler bina ettiği her söz ve eylem” olduğu beyan edilmiştir.¹⁷

İkinci tarifte ifade edildiği üzere, kişiden iradesi dışında sudur eden söz ve eylemler tasarruf kavramının kapsamına dâhil değildir. Aynı şekilde söz gelimi mümeyyiz olmayan çocuğun satım yapması gibi hukuki sonuç doğurmayan eylemler de tasarruf olarak adlandırılmaz. Öte yandan bu tariflerde tasarrufun hukuki işlemde daha geniş bir anlama sahip olduğu açıkça görülmektedir. Zira hukuki işlem, kişinin ya da kişilerin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamaları olup sözlü işlemlerle sınırlıyken, tasarruf insanın hukuki sonuç doğuran bütün sözlü ve fiili eylemlerini kapsamaktadır. Buna göre her hukuki işlem tasarruftur ama her tasarruf hukuki işlem değildir.

1.1.3. Tasarrufun Kısımları

Tasarruf kavramı her türlü hukuki işlemle birlikte hukuki sonuç doğuran her fiili de kapsadığından dolayı, kaynaklarda fiili ve kavli olmak üzere iki kısımda ele alınmıştır.

¹⁴ Ebû Nasr İsmail b. Hammâd el-Cevherî, **es-Sihâh Tâcü'l-Luğa ve Sihâhu'l-Arabiyye**, thk. Ahmed Abdülğaffâr Attâr, 6 c., 4. bs., Beyrut, Dâru'l-İlmi li'l-Melâyîn, 1407/1987, C: IV, s. 1385; Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Fâris el-Kazvînî, **Mu'cemu Mekâyisi'l-Lüğa**, thk. Abdüsselâm Muhammed Harun, 6 c., y.y., Dâru'l-Fikr, 1399/1979, C: III, s. 342.

¹⁵ İbrahim Mustafa vdğr., **el-Mu'cemu'l-Vasît**, y.y., Dâru'd-Da'vet, t.y., s. 513.

¹⁶ Mehmet Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, 3. bs., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2010, s. 547.

¹⁷ Zeydân, **a.g.e.**, s. 270. Ayr. bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, “Tasarruf”, **DİA**, 2011, C: XL, s. 118.

1.1.3.1. Fiili Tasarruf

Fiili tasarruf, sözlü olmayan eylemlerden ibaret bulunan tasarruf çeşididir.¹⁸ Mesela bir kimsenin bir başkasının malına kasten zarar vermesi, hukuki olarak tazmin yükümlülüğü sonucunu doğuran fiili bir tasarruftur. Fiili tasarrufun borçlar hukukundaki karşılığı, “hukukun kendisine hukuki sonuç bağladığı insan davranışları”¹⁹ şeklinde tarif edilen hukuki fiil kavramıdır.

1.1.3.2. Kavli Tasarruf

Kavli tasarruf ise, borçlar hukukundaki hukuki işleme tekabül etmekte olup, “insandan sadır olan ve Şâri’in üzerine hukuki/şer’î sonuç bina ettiği söz” olarak tanımlanır ve üç kısma ayrılır.²⁰ Bunlardan biri, sahibinin bir hakkı inşa etme yahut sona erdirmeye ya da düşürme iradesini ifade ettiği tasarruftur.²¹ Mesela bir kimsenin arsasını vakfetmesi, vakfedilen kimseler için hak inşa eden bir tasarruftur. Bir erkeğin hanımını boşaması, onunla arasındaki nikâh bağı sebebiyle sahip olduğu hakları sonlandıran bir tasarruftur. Şüf’a (ön alım) hakkına sahip kimsenin bu hakkından feragat ettiğini beyan etmesi ise, ortağı veya bitişik komşusu olduğu akarın (taşınmaz malın) yabancıya satımı sebebiyle elde ettiği hakkı iskât eden bir tasarruftur.²²

Bir başka sözlü tasarruf türü ise, herhangi bir hakkı inşa, sonlandırma ya da iskât iradesi ifade etmemekle birlikte, bazı hukuki sonuçlar doğuran sözlerden ibaret tasarruflardır. Mesela birine dava açmak böyle bir sözlü tasarruftur. Çünkü bu tasarruf, bir hakkın inşasını ya da sonlandırılmasını veya iskâtını değil, mahkeme

¹⁸ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 379.

¹⁹ Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Hukukun Temel Kavramları**, Bursa, Dora Yayıncılık, 2014, s. 132.

²⁰ Zeydân, **a.g.e.**, s. 271.

²¹ Ba’lî, **a.g.e.**, s. 55.

²² İslam hukuku bir akara ortak olan veya bitişik komşu olan şahsa, akarın yabancıya satımı durumunda şüf’a hakkı vermektedir. Bu hakka sahip olan şahıs yargı yoluyla akarı yabancıya mal olduğu bedel mukabili ondan cebren temellük edebilmektedir. (Erdoğan, **a.g.e.**, s. 529). Bu hakkın verilmesiyle şefi’in yeni ortak veya komşudan gelebilecek zararlardan korunması amaçlanmıştır. (Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 42).

önünde bir hak talep etmeyi ifade etmektedir ve bir takım hukuki neticeler doğurmaktadır.²³

Sözlü tasarrufun bu iki kısmı tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirilen tasarruflardır. Bir de birden çok tarafın birbiriyle irtibatlı irade beyanları ile gerçekleştirilen sözlü tasarruf çeşidi vardır ki, bu tasarruf türü akittir.

1.1.4. Akdin Tanımı

Arapça "عَقَدَ" fiilinin masdarı olan akd sözlükte, bir şeyin uçlarını bir araya getirip birbirine bağlamak, bir şeyi sağlamlaştırmak ve güçlendirmek anlamlarında kullanılır.²⁴ Bu bağlama ve sağlamlaştırma maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Söz gelimi bir kimse ipin iki ucunu, onları bir arada tutan bir düğüm ile birleştirdiğinde, bunu ifade etmek için "عقد طرفي الحبل" sözü kullanılır.²⁵ Diğer taraftan bir kimsenin bir başkasıyla arasında iyi ilişkiler kurması anlamında "إن فلانا" "عقد صلة طيبة بفلان" denilir. Burada "akade" fiili, aralarında güçlü bir bağ ve alaka kurdular anlamında kullanılmıştır.²⁶

İslam hukukunda bir terim olarak akdin çeşitli tarifleri yapılmıştır. İbn Teymiyye'nin (v. 728/1328) tarifine göre akit, "iki sözü ya da söz yerine geçen yazı, işaret vb. vasıtalarla ortaya konan iki irade beyanını, hukuki sonuç doğuracak şekilde birbirine bağlamaktır."²⁷ Kadri Paşa (v. 1306/1888) ise akdi " taraflardan birinden sadır olan icâbın diğer tarafın kabulüyle, sonucu akde konu olan şeyde görülecek şekilde bağlanmasıdır" diye tarif etmiştir.²⁸ Bu tariflere baktığımızda akdin fihhi anlamının sözlük anlamından uzak olmadığını görürüz. Zira fikhî anlamıyla akit, en az iki kişi arasında kurulan manevî bağ ve alakayı ifade etmektedir. Türk borçlar hukukunda ise akit, "İki tarafın bir hukuki sonucu elde etmek üzere iradelerini

²³ Ba'li, a.g.e., s. 55.

²⁴ Muhammed Ebû Zehre, **el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd fi's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Kahire, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, t.y., s. 179.

²⁵ Abdülaziz el-Hayyât, **Nazariyyetü'l-Akd ve'l-Hıyârât fi'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Amman, el-Ma'hedü'l-Arabî li'd-Dirâsâti'l-Mâliyye ve'l-Masrafıyye, 1994, s. 3.

²⁶ Yusuf Musa, a.g.e., s. 251.

²⁷ Hayyât, a.g.e., s. 4.

²⁸ Muhammed Kadri Paşa, **Mürşidü'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân**, 2. bs., Bulak, el-Matbaati'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1308/1891, md. 168.

karşılıklı ve birbirlerine uygun surette açıklamalarıyla oluşan bir hukuki işlemdir” şeklinde tanımlanır.²⁹

Akde yapılan tanımlardan anlaşıldığı üzere bir hukuki işleme akit denilebilmesi için, bu işlemin en az iki kişinin karşılıklı irade beyanlarıyla gerçekleşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla tek kişinin iradesiyle gerçekleştirilen hukuki işleme akit adı verilmez. İslam hukukçuları içerisinde tek taraflı hukuki işlemler için de akit tabirini kullananlar bulunmaktaysa da, fukahânın çoğunluğu nezdindeki yaygın kanaate göre akit kavramı ıstilahî anlamıyla yalnızca iki taraf arasında yapılan sözleşmeleri ifade etmektedir.³⁰

1.1.5. Akdi Oluşturan Unsurlar ve Akdin Kuruluşu

Akdi oluşturan üç temel unsur vardır. Bunlar akdi kuran taraflar, taraflardan sadır olan irade beyanları (**icap-kabul**) ve akdin konusudur. Şâfi’î, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin fikhî kaynaklarında, bu üç unsur için “akdin rükünleri” tabiri kullanılmaktadır.³¹ Hanefî hukukçular ise rükün tabirini sadece, icap ve kabul ya da teati satışında olduğu gibi icap ve kabul yerine geçen fiil için kullanırlar.³²

²⁹ Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 20-21.

³⁰ Ali Ahmed el-Kalîsî, **Fıkhu’l-Muâmelâtî’l-Mâliyye fi’ş-Şerâti’l-İslâmiyye**, 5. bs., Beyrut, Müessesetü’r-Risâle, 1425/2004, C: I, s. 15-16.

³¹ Ebû Zekerîya Yahya b. Şeref en-Nevevî, **el-Mecmû’ Şerhu’l-Mühezzeb**, 20 c., y.y., Dâru’l-Fıkr, t.y., C: IX, s. 149; Muhammed b. Ahmed b. Arafê ed-Desûkî, **Hâşiyetü’d-Desûkî ale’ş-Şerhi’l-Kebîr**, 4 c., y.y., Dâru’l-Fıkr, t.y., C: II, s. 3; Mansur b. Yunus el-Buhûfî, **Keşşâfu’l-Kinâ’ an Metni’l-İknâ’**, 6 c., y.y., Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, t.y., C: III, s. 146.

³² Alâeddîn Ebubekir b. Mes’ûd el-Kâsânî, **Bedâiu’s-Sanâi’ fi Tertîbi’ş-Şerâi’**, 7 c., 2. bs., y.y., Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1406/1986, C: V, s. 133; İbnü’l-Hümâm Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvâhid es-Sivâsî, **Fethu’l-Kadîr**, 10 c., y.y., Dâru’l-Fıkr, t.y., C: VI, s. 248; İbn Âbidîn Muhammed Emin b. Ömer, **Reddü’l-muhtâr ale’d-Dürri’l-muhtâr**, 6 c., 2. bs., Beyrut, Dâru’l-fıkr, 1412/1992, C: IV, s. 504. Akdin rükünleriyle ilgili Hanefîlerle cumhur arasındaki ihtilaf, İslam hukukçularının “**rükün**” terimine yükledikleri anlam farklılığından kaynaklanmaktadır. Hanefî hukukçular rükün kavramını, “bir şeyin bizzat mahiyeti ya da mahiyetine dâhil olan cüz” (Bkz. Muhammed b. Ali el-Fârûkî et-Tehânevî, **Keşşâfu Istilâhâtî’l-Fünûni ve’l-ULûm**, thk. Ali Dahrûc, 2 c., Beyrut, Mektebetü Lübnan Nâşirûn, 1996, C: I, s. 872, Ali b. Muhammed eş-Şerîf el-Cürçânî, **et-Ta’rifât**, thk. heyet, Beyrut, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1403/1983, s. 112) anlamında kullanmışlardır. Mesela namazın rükünleri tamlamasında rükün; rükû, secde gibi onun mahiyetini oluşturan cüzleri ifade etmekte olup bu anlamda kullanılmıştır. Dolayısıyla akdin rükünü de Hanefîlere göre, onun mahiyeti demektir. Bu da icap ile kabulün irtibatından ibarettir. Diğer İslam hukukçuları ise rükün terimine daha genel bir anlam yüklemiş, ondan akdi meydana getiren temel unsurları kastetmişlerdir. Bu unsurlar akdin mahiyeti ile birlikte bu mahiyetin oluşabilmesi için varlığı zorunlu olan haricî öğeleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla akdin rükünleri ifadesi onlara göre, icap ve kabulle birlikte, akdin tarafları ve akit konusunu da içine almaktadır.

Akdin kurulması, fıkıh ıstılahında “**in’ıkâd**” terimi ile ifade edilir. Mecelle’de bu terim: “İn’ıkâd, icâb ve kabulün müteallakında eseri zahir olacak vechile yekdiğere ber-vech-i meşru taallukudur” şeklinde tarif edilmektedir.³³ Bu tarif akdin in’ıkâdının, icap ve kabulün meşru tarzda ve sonuçları taalluk ettikleri akit konusunda görülecek biçimde birbiriyle bağlanmasıyla gerçekleştiğini ifade etmektedir. Akdin bahsedilen şekilde in’ıkâdı için gerek icap ve kabulde, gerekse akdin tarafları ve akdin konusunda aranan bazı şartlar bulunmaktadır. Bunlara akdin in’ıkâd şartları denilir. Bu şartları taşımayan akit şer’an kurulmuş sayılmayıp, hiçbir hukuki netice doğurmaz. Bu durumdaki akde İslam hukukunda “**batıl akit**” adı verilir.³⁴

Ebû Zehre’nin ifade ettiğine göre akdin esas tarafların iradelerinin aynı konuda birleşmesidir.³⁵ Ancak irade kişinin iç dünyasında gerçekleşen bir duygu olduğundan, varlığı ancak kendisine delalet eden irade beyanları aracılığıyla bilebilir. Bu sebeple içteki irade yerine ona delalet eden irade beyanları, yani icap ve kabul akdin rûknü olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan icap ve kabulü oluşturan ifade kalıplarının tarafların akdi inşa etme iradelerine delaleti önem arz etmektedir. Bu sebeple İslam hukukçularınca akdin in’ıkâdı için; icap ve kabulün tarafların akdi inşa etme iradesine açık ve kesin olarak delalet etmesi, icap ve kabulün birbirine uygun olması, tarafların birbirlerinin irade beyanlarından haberdar olması, icap ve kabulün aynı mecliste gerçekleşmesi gibi şartlar ileri sürülmüştür.³⁶

Öte yandan akit en az iki kişinin irade beyanıyla gerçekleştirilen bir hukuki işlem olup, onun icapta bulunan ve kabul eden olmak üzere iki tarafı bulunmaktadır. Akdin in’ıkâdı için akde taraf olan kimselerde de akit yapma ehliyetine sahip olmaları şartı aranmıştır. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre bu ehliyetin asgari

³³ Mecelle-i Ahkâm-i Adliyye, md. 104.

³⁴ Zeydân, a.g.e., s. 348-349.

³⁵ Ebû Zehre, a.g.e., s. 199.

³⁶ Vehbe b. Mustafa ez-Zühaylî, **el-Fıkhü’l-İslâmî ve Edilletühü**, 10 c., 12. bs., Dimeşk, Dâru’l-Fıkr, t.y., C: IV, s. 2943-2945; Ali el-Hafif, **Ahkâmu’l-Muâmelâti’ş-Şer’iyye**, 3. bs., y.y., Dâru’l-Fıkrî’l-Arabî, t.y., s. 173-175; Zeydân, a.g.e., s. 274-275.

sınırı olan temyiz gücüne sahip olmak kâr ve zarara ihtimalli akitlerin in'ikâdı için yeterli iken,³⁷ Şâfi'î hukukçular bunun için buluşa ermeyi şart görürler.³⁸

Akdi oluşturan unsurlardan bir diğeri olan akdin konusu ise, tarafların üzerinde akit yaptıkları, akdin hukuki sonuçlarının kendisi üzerinde ortaya çıktığı şeydir. Fıkıhta akde konu teşkil eden şeye “**ma'kûdun aleyh**” ya da “**mahallü'l-akd**” denilir.³⁹ Akdin konusu yapılan akdin türüne göre değişiklik gösterir. Mesela satım akdinde satılan mal, kira akdinde kiralanan malın menfaati, iş akdinde emek, kefalet akdinde kefil olunan borç akdin konusudur.⁴⁰ Akdin in'ikâdı için akdin konusunda, akdin hukuki sonuçlarının kendisine taallukuna elverişli olması şartı aranmıştır.⁴¹ Zira aksi takdirde akit hukuki sonuçlarını doğuramayacağından hükümsüz olacaktır. Mesela bey', hibe gibi mülkiyet nakledici akitlerde akde konu olan şeyin mütekavvim bir mal olması şarttır.⁴² Çünkü mal olmayan nesnelere veya mütekavvim olmayan mallar mülkiyete elverişli olmadıklarından bu akitlere konu olabilmeleri mümkün değildir. Yine söz gelimi kısa sürede bozulan yiyecek maddeleri rehin akdine konu edilemez. Çünkü bu akdin hukuki sonucu, rehin alınan malın, rehin veren borçlu borcunu ödemediği takdirde borcun kendisinden tahsil edilmesi amacıyla alıkonulmasıdır. Kısa sürede bozulan yiyecekler ise bu amaçla alıkonulmaya elverişli değildir.⁴³

1.1.6. Akdin Hukuki Sonuçları ve Taraflar İçin Doğurduğu Yükümlülükler

Her akdin, tamamlanmasını müteakip konusuna göre doğurduğu bir takım hukuki neticeler vardır. Mesela alışveriş akdi mebî'in mülkiyetinin müşteriye, semenin mülkiyetinin ise satıcıya intikal etmesi, icâre akdi kiracının me'cûr malın

³⁷ Bkz. İbnü'l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 248; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 135; Ebû Abdillâh el-Mevvâk Muhammed b. Yusuf el-Gırnâtî, **et-Tâcü ve'l-İklîl li Muhtasari Halîl**, 8 c., y.y., Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1416/1994, C: VI, s. 31; İbn Kudâme Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Muhammed, **eş-Şerhu'l-Kebîr 'alâ Metni'l-Mukni'**, thk. Abdullah b. Abdilmuhsin et-Türkî-Abdülfettâh Muhammed el-Hulv, 30 c., Kahire, Hecer li't-tibâa ve'n-neşr, 1415/1995, C: XI, s. 18-19.

³⁸ Nevevî, **el-Mecmû'**, C: IX, s. 149.

³⁹ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 400.

⁴⁰ Hafif, **a.g.e.**, s. 230.

⁴¹ Hafif, **a.g.e.**, s. 174; Zeydân, **a.g.e.**, s. 291.

⁴² Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3024.

⁴³ Zeydân, **a.g.e.**, s. 291-292.

menfaatine mâlik olması, vekâlet akdi vekilin müvekkil adına tasarruf yetkisi elde etmesi gibi sonuçlar doğurmaktadır.⁴⁴

Bu hukuki sonuçlarının bir gereği olarak akitler taraflar için birbirlerine karşı veya taraflardan birisi için diğer tarafa karşı bir takım yükümlülükler doğurmaktadırlar. Söz gelimi alışveriş akdi müşteriyi semeni ödemekle, satıcıyı mebî'i müşteriye teslim etmekle, iş sözleşmesi işçiyi sözleşme konusu işi yapmakla, işvereni ise buna mukabil sözleşmede belirtilen ücreti ödemekle, vedîa akdi emanet alan şahsı emanet malı koruma hususunda ihmalden kaçınmakla yükümlü kılmaktadır. Borçlar hukukunda akdin taraflar arasında oluşturduğu bu birbirlerine karşı yükümlü olma durumuna borç ilişkisi adı verilmektedir. Nitekim ilgili kaynaklarda borç ilişkisi, iki taraf arasında kurulan ve taraflardan birini (borçluyu) diğerine (alacaklıya) karşı belli bir davranış biçiminde (edimde) bulunmakla yükümlü kılan hukukî bağ şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁵

İslam hukukuna dair telif edilen muasır kaynaklarda, borç ilişkisi kavramına yakın anlamda kullanılan iltizâm terimi göze çarpmaktadır. Sözlükte; bir şeye ondan ayrılmamacasına sarılma, yükümlülük altına girme,⁴⁶ bir şeyi kendi üzerine gerekli kılma, taahhüt etme anlamlarına⁴⁷ gelen iltizâm fikhî bir terim olarak, kişinin tasarruf ve akitlerinin sonucu olarak bir başkasına karşı, bir eylemi yapmak ya da yapmaktan kaçınmakla bağlayıcı bir şekilde yükümlü olması şeklinde tanımlanır.⁴⁸ Buna göre iltizam terimi, aralarında borç ilişkisi bulunan şahıslardan borçlu bulunan taraf ya da tarafların yükümlülük durumunu ifade etmektedir. Genel olarak hukuki tasarruf, özel olarak da onun bir türü olan akitler borç ilişkisinin, dolayısıyla iltizâmın kaynaklarıdır.⁴⁹

⁴⁴ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3083; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 497.

⁴⁵ Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 7-8.

⁴⁶ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 247.

⁴⁷ Hayyât, **a.g.e.**, s. 9; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 247.

⁴⁸ Zeydân, **a.g.e.**, s. 272; Hayyât, **a.g.e.**, s. 9; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3083.

⁴⁹ Zeydân, **a.g.e.**, s. 272; Hayyât, **a.g.e.**, s. 11.

1.2. FESİH KAVRAMI

1.2.1. Akdin Taraflar Arasında Oluşturduğu Borç İlişkisini Ortadan Kaldıran Sebepler

Akdin taraflar arasında oluşturduğu borç ilişkisini ortadan kaldıran bazı sebepler bulunmaktadır. Son dönem İslam Hukukçularından Mustafa Zerkâ, akdin oluşturduğu borç ilişkisini sona erdiren iki temel sebebin bulunduğunu, bunlardan birinin akitten doğan yükümlülüğün borçlu taraf ya da taraflarca ifa edilmesi, diğerinin ise ifası gereken yükümlülüğün düşmesi olduğunu ifade etmektedir.⁵⁰

1.2.1.1. Akitten Doğan Yükümlülüğün İfâsı

Bir akitten doğan yükümlülüğün, bununla yükümlü bulunan taraf veya taraflarca ifa edilmesi, bu akdin tarafları arasındaki borç ilişkisini sona erdiren bir işlemdir. Mesela bir satım akdinde bu akdin taraflara yüklediği; satıcının mebi teslim etme ve müşterinin semeni ödeme yükümlülüklerinin her iki tarafça yerine getirilmesiyle, satıcı ile müşteri arasında satış sözleşmesi sonucu oluşan borç ilişkisi sona erer. Yine söz gelimi belli bir işin yapılması üzerine kurulan ve süre tayin edilmeyen icâre akdinde, işçinin üzerinde anlaşılan işi tamamlaması ve iş sahibinin belirlenen ücreti ödemesiyle taraflar arasındaki borç ilişkisi ortadan kalkar.

Burada şu hususu da belirtelim ki, akdin doğurduğu yükümlülüklerin taraflarca ifası icâre akdi gibi istimrârî akitlerde bir defada değil, belirli bir süre içerisinde tedricen gerçekleşmektedir.⁵¹ Dolayısıyla bu tür akitlerde borç ilişkisini sonlandıran unsur olarak yükümlülüğün ifasından ziyade akit süresinin tamamlanması öne çıkmaktadır. Buna göre mesela bir dairenin bir yıllığına kiralanması şeklinde yapılan bir icâre akdinde, akit esnasında belirlenen sürenin tamamlanmasıyla ev sahibi ve kiracı arasındaki borç ilişkisi sona ermektedir.

⁵⁰ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 602.

⁵¹ Muasır İslam hukukçuları ifası uzun bir zamana ihtiyaç duymayan, aksine tarafların tercih ettikleri bir vakitte bir defada edimlerini ifa edebildikleri bey', sulh, karz, hibe gibi akitler için "**fevrî akitler**"; bunların aksine ifası belli bir zamanı gerektiren, tarafların akdin kendilerine yüklediği edimleri bu zaman içerisinde peyderpey ifa ettikleri icâre, iâre, şirket, vekâlet gibi akitler içinse "**istimrârî/müstemir akitler**" terimini kullanmaktadırlar. Bkz. Abdürrezzâk Ahmed es-Senhûrî, **Nazariyyetü'l-Akd**, Beyrut, Mecmau'l-ilmî'l-arabî, 1934, s. 142; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 644.

1.2.1.2. Akdin Bozulmasıyla İfası Gereken Yükümlülüğün Düşmesi

Akitten doğan borç ilişkisini sona erdiren ikinci temel sebep ise, akit gereği taraflarca veya ilgili tarafça ifa edilmesi gereken yükümlülüğünün düşmesidir. Bu durum akdin bozulması halinde söz konusu olur. Zira akit bozulduğunda bahsi geçen yükümlülüğü doğuran sebep ortadan kalkmış olmaktadır. Akdin bozulması ilgili kaynaklarda genel olarak “**inhılâlü'l-akd**” tabiriyle ifade edilmektedir.⁵² Akdin bozulması iradî olarak gerçekleştirilebileceği gibi kendiliğinden de meydana gelebilmektedir. İslam hukukunda akdin bir şahsın iradesiyle bozulması fesih, kendiliğinden ortadan kalkması ise infisâh kavramıyla ifade edilir.⁵³

Buna göre akdin feshedilmesi veya kendiliğinden infisâhı akitten doğan borç ilişkisini sona erdiren sebepler arasında yer almaktadır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, fesih tarafların akitten doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinden sonra da gerçekleştirilebileceği için, yapılan her fesih işleminin borç ilişkisini sonlandırma gibi bir işlevi bulunmamaktadır. Dolayısıyla feshin borç ilişkisini sona erdiren bir sebep sayılması, tarafların akdî yükümlülüklerini ifa etmelerinden önce gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olur. İnfisâh ise tarafların yükümlülüklerini yerine getirmelerinden önce meydana gelen bir hadise olduğu için,⁵⁴ bu durum her zaman borç ilişkisini sona erdiren bir sebeptir.

1.2.2. Feshin Tanımı

Fesh sözcüğü “فَسَخَ” fiilinin masdarı olup sözlükte; eksiltmek, parçalara ayırmak, akıl ya da bedende bulunan zayıflık, cahillik, bir şeyi atmak, bozuk bir fikir ortaya atmak, bozmak anlamlarına gelmektedir.⁵⁵ Fesh sözcüğü ve türevleri Kur’an’da yer almamaktadır. Hadislerde ise hac niyetiyle ihrama girmişken onu

⁵² Bkz. Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3166; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 593.

⁵³ Bardakoğlu, “Fesih”, C: XII, s. 428.

⁵⁴ Aybakan, “İnfisâh”, **DİA**, 2000, C: XXII, s. 292.

⁵⁵ Ebû Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Yakub el-Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûsu'l-Muhît**, thk. Muhammed Nuaym el-Araksûsî, 8. bs., Beyrut, Müessesetü'r-Risâle, 1426/2005, s. 257; İbn Manzûr Ebu'l-Fadl Muhammed b. Mükerrrem, **Lisânü'l-arab**, 15 c., 3. bs., Beyrut, Dâru sâdır, 1414 h., C: III, s. 44-45; Muhammed Murtazâ ez-Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs**, thk. heyet, 40 c., y.y., Dâru'l-Hidâye, t.y., C: VII, s. 319.

bozup umreye niyetlenme anlamında haccın feshinden söz edilmektedir.⁵⁶ Fıkhî bir terim olarak ise fesih; akit bağını çözmek,⁵⁷ akdi sanki hiç yapılmamış gibi ortadan kaldırmak,⁵⁸ hukuki muamelenin taraflarca veya hâkim kararıyla iradî olarak ortadan kaldırılması⁵⁹ şeklinde çeşitli ifadelerle tarif edilmiştir.

Bu tariflerden yola çıkarak fesih işleminin şu özelliklere sahip olduğunu söyleyebiliriz:

1) Fesih taraflar arasındaki akitten doğan borç ilişkisini ortadan kaldırır. Böylece akit sebebiyle tarafların birbirine karşı ifa etmekle sorumlu oldukları yükümlülükler düşer. Mesela bir satım akdinin henüz taraflarca yükümlülükler yerine getirilmeden feshedilmesi durumunda, satıcının mebî'i, müşterinin de semeni teslim etme yükümlülüğü ortadan kalkar.

2) Fesih akdi ortadan kaldırıp onu hiç yapılmamış hükmünde kılar. Böylece akdin tarafları akitten önceki hukuki durumlarına geri dönerler. Buna göre bir satım sözleşmesinin feshedilmesiyle satılan malın mülkiyeti satıcıya, semenin mülkiyeti ise müşteriye geri döner. Dolayısıyla yükümlülüklerin karşılıklı ifasından sonra akdin feshedilmesi durumunda, tarafların birbirlerinden aldıklarını iade etmeleri gerekir. Bu nedenle İslam hukukçuları akdin feshedilebilmesi için, akit konusu nesnenin fesih sırasında mevcut olmasını şart koşmuşlardır. Akde konu olan şeyin telef olması ya da tüketilmiş bulunması halinde, iadesi mümkün olmadığından feshi caiz görülmemiştir.⁶⁰

⁵⁶ Ebû Dâvud, "Menâsik", 24; Ebû Abdîrahmân Ahmed b. Şuayb en-Nesâî, **Sünenü'n-Nesâî**, thk. Abdülfettâh Ebû Gudde, 9 c., 2. bs., Halep, Mektebetü'l-matbûâti'l-İslâmiyye, 1406/1986, "Menâsik", 77; İbn Mâce, "Menâsik", 41; Ebû Muhammed Abdullah b. Abdîrahmân ed-Dârimî, **Sünenü'd-Dârimî**, thk. Hüseyin Selîm Esed ed-Dârânî, 4 c., Suudi Arabistan, Dâru'l-muğnî, 1412/2000, "Menâsik", 37; Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel, **Müsned**, thk. Şuayb el-Arnaûd vdğr., 45 c., Beyrut, Müessesetü'r-risâle, 1421/2001, C: 25, s. 183.

⁵⁷ Suyûtî, **el-Eşbâh**, s. 287; İbn Nuceym, **el-Eşbâh**, s. 292.

⁵⁸ İbn Nuceym, **el-Eşbâh**, s. 292.

⁵⁹ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 141.

⁶⁰ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 596-597.

Hemen ifade edelim ki feshin bu özelliği fevrî akitlere mahsus olup, istimrârî akitlerde feshin akdi hiç yapılmamış hükmünde kılması mümkün değildir. Bu meseleye ileride temas edilecektir.⁶¹

3) Fesih infisâhın aksine iradî olarak gerçekleştirilen bir hukuki işlemdir. Feshin faili akdin taraflarından biri veya her ikisi olabileceği gibi üçüncü bir şahıs da olabilir.

1.2.3. Fesihle Münasebeti Olan Kavramlar

1.2.3.1. *İnfisâh*

Fesh kökünden gelen kelime infîâl bâbından masdar olup sözlükte “bir şeyin bozulması, ekleminden yerinden çıkması, etin kokuşup dağılması” gibi anlamlara gelmektedir.⁶² İstilahta ise geniş anlamıyla, fesih de dâhil herhangi bir hukuki işlem ya da hukuki olay sonucundaki durumu anlatan bir kavram olarak kullanılmaktadır.⁶³ Bu anlamı dikkate aldığımızda fesih ile infisâh kavramları arasında sebep sonuç ilişkisi bulunduğunu söyleyebiliriz.

Bunun yanında infisâh tabiri akit bağının tarafların iradesiyle değil akit konusunun yok olması veya taraflardan birinin ölümü gibi haricî ve gayri iradî sebeplerle kendiliğinden ortadan kalkması şeklinde daha dar bir anlamda da kullanılır. Bu anlamıyla infisâh akitten doğan yükümlülüklerin taraflarca ifasından önce söz konusu olur.⁶⁴ Bu yönüyle infisâh butlan kavramıyla da bir anlam benzerliğine sahiptir. Ancak butlan rükünlerindeki bir eksiklikten dolayı akdin hiç kurulamaması iken, infisâh mün’akid olmuş bir akdin bozulmasıdır.

1.2.3.2. Hul’

Sözlükte bir şeyi yerinden sökmek, izale etmek, elbiseyi çıkarmak gibi anlamlara gelen hul’ kelimesi, İslam aile hukuku ile ilgili bir kavram olarak; kadının

⁶¹ Fevrî ve istimrârî akit tasnifiyle ilgili olarak bkz. 51. dipnot.

⁶² İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: III, s. 44-45; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu’l-arûs.**, C: VII, s. 319-320.

⁶³ Muhammed Süleyman Hürân, **Nazariyyetü’l-Feshi ve Tatbikâtuhâ fi’l-Fıkhî’l-İslâmî**, y.y., Dâru’n-Nevâdir, 1433/2012, s. 56-57; Aybakan, “İnfisâh”, C: XXII, s. 292.

⁶⁴ Aybakan, **a.y.**

kocasına verdiği bir mal karşılığında evlilik bağının ortadan kaldırılması anlamında kullanılır.⁶⁵ Buna göre hul', sadece nikâh akdini sona erdirmeyi ifade eden bir kavram olup, nikâh veya başkası olsun herhangi bir akit bağını çözmek manasına gelen fesihden daha dar ve özel bir anlama sahiptir. Ayrıca hul' karşılıklı rıza ile gerçekleşen bir hukuki işlem olup yargı kararına ihtiyaç duymamaktadır. Fesih ise karşılıklı rıza ile olabileceği gibi, yargı kararıyla veya buna ihtiyaç duyulmaksızın tek tarafın iradesiyle de gerçekleştirilebilir.⁶⁶

Nikâh bağını sona erdirmesi yönüyle hul', feshin bir türü gibi düşünülebilir. Ancak feshin akdi hiç yapılmamış hükmünde kılması ve tarafların birbirlerine ödedikleri bedellerin karşılıklı iadesini gerektirmesi gibi özellikleri dikkate alındığında hul'un fesih kavramının kapsamına girmediği anlaşılmaktadır. Nitekim Karâfi (v. 684/1285) de bu hususu ifade etmiş ve hul'da nikâh akdinin gereği olarak kocanın ödediği mehrin iadesinin gerekmediğini, mehir iade edilmeden de hul'un gerçekleşmesinin mümkün olduğunda fukahânın görüş birliğine vardığını belirtmiştir. Dolayısıyla hul' nikâh akdini hiç yapılmamış hükmünde kılmayıp, bedellerin karşılıklı iadesini zorunlu kılmadığından fesih sayılmamaktadır.⁶⁷

1.2.3.3. Talak

Talak kelimesi "طَلَّقَ" fiilinin ismi masdarı olup⁶⁸ sözlükte bağı çözmek, kaydı ortadan kaldırmak, serbest bırakmak gibi anlamlara gelmektedir.⁶⁹ İslam hukukçularının ıstılahında ise, akit sebebiyle karı-koca arasında şer'an sabit olan nikâh bağını belli lafızlarla ortadan kaldırmak manasında kullanılmaktadır.⁷⁰

⁶⁵ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 184.

⁶⁶ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3152.

⁶⁷ Ebu'l-Abbâs Şehâbeddîn Ahmed b. İdris el-Karâfi, **Envâru'l-Burûk fî Envâi'l-Furûk**, 4 c., y.y., Âlemü'l-Kütüb, t.y., C: III, s. 269.

⁶⁸ Dâmâd Efendi Şeyhzâde Abdurrahman b. Muhammed, **Mecmau'l-Enhur fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur**, 2 c., y.y., Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.y., C: I, s. 380.

⁶⁹ Molla Hüsrev Muhammed b. Ferâmerz, **Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Gureri'l-Ahkâm**, 2 c., y.y., Dâru İhyâi'l-Kütübî'l-Arabiyye, t.y., C: I, s. 358; Bedreddîn Ebû Muhammed Mahmud b. Ahmed el-Aynî, **el-Binâye Şerhu'l-Hidâye**, 13 c., Beyrut, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1420/2000, C: V, s. 280; Ebubekir b. Ali el-Haddâd ez-Zebîdî, **el-Cevheretü'n-Neyyira**, 2 c., y.y., el-Matbaatü'l-Hayriyye, 1322 h., C: II, s. 30.

⁷⁰ Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed Ekmeleddîn el-Bâbertî, **el-İnâye Şerhu'l-Hidâye**, 10 c., y.y., Dâru'l-Fikr, t.y., C:III, s. 463; Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: I, s. 358.

İslam hukukçuları fesih ile talakı birbirinden ayrı kavramlar olarak ele almış, nikâh akdinin iradî olarak bozulmasını bazı durumlarda talak, bazı hallerde ise fesih olarak nitelendirmişlerdir. Nikâh akdinin feshinden söz ederken bu konu ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Burada üzerinde durulması gereken husus ise bu iki işlem arasında bazı farklılıkların bulunduğudır. Buna göre fesih nikâh akdini hemen ortadan kaldırırken, talak, türüne göre akdi hemen sonlandırabileceği gibi belli bir sürenin geçmesine bağlı olarak da sona erdirebilir. Nitekim bâin talakta akit talakın gerçekleştirildiği esnada bozulmakta, rec'î talakta ise nikâh bağı iddetin bitmesiyle sona ermektedir. Ayrıca talak ile üç boşama hakkından biri eksilmektedir. Dolayısıyla talaktan sonra tarafların yeniden nikâh akdi yapmaları halinde kocanın geriye iki talak hakkı kalır. Fesih durumunda ise taraflar tekrar evlenirlerse kocanın sahip olduğu üç talak hakkı baki olur.⁷¹ Bunun sebebi, feshin akdi esastan bozması ve onu hiç yapılmamış hükmünde kılmasıdır. Talak ise akdi temelinden ortadan kaldırmayıp onu gelecek zamana nisbetle sona erdirmektedir.

Talakın fesihten ayrıldığı diğer bir özelliği de, onun sadece sahih ve bağlayıcı olan nikâh akdinde söz konusu olmasıdır. Fesihte ise böyle bir sınırlama yoktur. Nitekim İslam hukukçuları fâsid olduğunun ortaya çıkması yahut bağlayıcı olmaması gibi durumlarda nikâh akdinin feshinden söz etmişlerdir.⁷² Bunun yanında talak kocaya özgü bir yetkidir. Fesih ise her iki tarafın iradesiyle veya hâkim kararıyla gerçekleştirilebilir.

1.2.3.4. Tefrîk

Fark kökünden gelen tefrîk sözcüğü tef'îl bâbindan masdar olup sözlükte iki ya da daha çok şeyi birbirinden ayırmak anlamına gelmektedir. İslam aile hukukunda ise bu tabir kadının mahkemeye başvurması üzerine hâkimin belirli sebeplerle karı koca arasını ayırması, aralarındaki nikâh bağını sonlandırma hükmünü vermesi anlamında kullanılmaktadır.⁷³ Dolayısıyla bu kavram evlilik birliğinin kazâî olarak

⁷¹ Abdülvehhâb Hallâf, *Ahkâmu'l-Ahvâli's-Şahsiyye fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, 2. bs., Kahire, Dâru'l-kütübi'l-Misriyye, 1357/1938, s. 173.

⁷² Hallâf, *a.g.e.*, s. 174; Zühaylî, *a.g.e.*, C: IV, s. 3153.

⁷³ Halil İbrahim Acar, "Tefrik", *DİA*, 2011, C: XL, s. 277; Sa'dî Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fikhî Luğaten ve Istilâhan*, 2. bs., Dîmeşk, Dâru'l-Fikr, 1408/1988, s. 284; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 557.

sona erdirilmesini ifade etmektedir. Nikâh akdinin bu şekilde sona erdirilmesi bazı durumlarda fesih, bazı durumlarda ise talak sayılmaktadır.⁷⁴

Tefrîk kavramı genel olarak akitler kapsamında ele alındığında, nikâh akdine özgü olması itibariyle fesihten çok daha dar bir çerçeveye sahiptir. Ancak vuku bulduğu nikâh akdi bağlamında düşünüldüğünde, yerine göre talak yahut fesih kabul edilmesi hasebiyle fesihten daha umumi anlama sahip olmaktadır.

1.2.3.5. Butlân

"بطل" fiilinin masdarı olan butlân sözlükte; bir şeyin zayi olup gitmesi, heder olması anlamlarına gelmektedir.⁷⁵ İstilahta ise bir ibadetin veya hukuki işlemin riayet edilmesi gereken şartlarından birisinin bulunmaması sebebiyle gayrimeşru olması, dolayısıyla kendisinden amaçlanan sonuçları doğurmaması, hükümsüz olması anlamında kullanılmaktadır.⁷⁶ Akdin hangi durumlarda hükümsüz olacağı hususunda İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Hanefî hukukçular açısından akdin butlanı, rükün ve in'ikâd şartlarındaki eksiklik veya bozukluk sebebiyle hükümsüz olmasını ifade ederken; cumhura göre sıhhat şartlarından birinin eksikliği sebebiyle akdin sonuçlarını doğuramaması da bu kavramın kapsamına girmektedir.⁷⁷

Butlân kavramı, akdin fesih ya da infisâh suretiyle bozulmasından farklı bir hukuki olaydır. Zira butlan halinde akit şeklen bir varlığa sahip olsa da hukuken yok hükmündedir. Fesih ve infisâh hallerinde ise hukuken varlık kazanmış bir akdin iradî ya da gayri iradî bir sebeple ortadan kalkması söz konusudur. Bazı kaynaklarda bu kavramlar arasındaki fark ifade edilirken butlan çocuğun ölü doğmasına, fesih ya da infisâh ise hayatta olan bir kimsenin ölmesine benzetilmiştir.⁷⁸

⁷⁴ Muhammed Revvâs Kal'acî, Hâmid Sâdık Kanîbî, **Mu'cemu lugati'l-fukahâ**, 2. bs., y.y., Dâru'n-nefâis, 1408/1988, s. 344.

⁷⁵ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: XI, s. 56; Fîrûzâbâdî, **a.g.e.**, s. 966; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-arûs**, C: XXVIII, s. 89.

⁷⁶ Tehânevî, **a.g.e.**, C: I, s. 340; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 108; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 62; Ali Bardakoğlu, "Butlân", **DİA**, 1992, C: VI, s. 476.

⁷⁷ Zeydân, **a.g.e.**, s. 348-349.

⁷⁸ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 593.

Fesih ile butlan ayrımını yaparken dikkat çekilmesi gereken bir husus da, bunların yargı kararına ihtiyaç duyup duymadığı meselesidir. Fesih mün'akid olmuş bir akit için söz konusu olduğundan bazı durumlarda hâkim kararına ihtiyaç duyar. Bu durumların bazısında hâkimin feshe hükmetme ya da etmeme yönünde takdir yetkisi bulunmaktadır. Butlanda ise ortada şer'an varlık kazanmış bir akit bulunmadığından butlana hükmedilebilmesi için yargının hükmüne ihtiyaç duyulmamaktadır. Bazen hâkimin butlana hükmetmesi söz konusu olabilmekte ise de, bu, inşa edici bir hüküm olmayıp hukuki bir olayı izhar etmekten ibarettir.⁷⁹

1.2.3.6. Azl

Sözlükte bir şeyi uzaklaştırmak, yerinden ayırmak, ifraz etmek gibi anlamlara gelen azil (**azl**), bir fıkıh terimi olarak muhtelif anlamlarda kullanılmaktadır. Bunlardan konumuzla ilgili olanı, bir kimseye verilen yetkinin geri alınması, bir yönetici veya memurun görevden alınması anlamlarıdır.⁸⁰ İslam hukuku kaynaklarını incelediğimizde azl kavramının görevden alma anlamında genellikle devlet başkanı, hâkim, vali vb. bir yöneticinin görevine son verilmesi yahut da vekil, vasi, kayyım gibi bir hukuki temsilcinin yetkisinin elinden alınması şeklinde iki türde kullanıldığını görürüz.⁸¹ Bunlardan akdin feshiyle alakalı olanı ikinci kullanımdır. Zira akit hukuki temsilci tayininde söz konusu olmaktadır.

Bu kullanımı itibariyle azil feshin belirli akitlere mahsus bir türüdür. Buna göre azl işlemi bir kimseye hukuki temsil yetkisi verme ifade eden vekâlet, visâyet ve tahkîm akitlerinin feshedilmesinden ibarettir.

1.2.3.7. Rucû'

"رَجَعَ" fiilinin masdarı olan rucû' kelimesi sözlükte geri dönmek, caymak, vazgeçmek anlamlarına gelmekte olup fıkıh dilinde muhtelif anlamlarda

⁷⁹ Hûrân, **a.g.e.**, s. 87-88.

⁸⁰ Tehânevî, **a.g.e.**, C: II, s. 1180; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 311; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 41; Fahrettin Atar, "Azil", **DİA**, 1991, C: IV, s. 326.

⁸¹ Bkz. Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 163; Kâsânî, **a.g.e.**, C: III, s. 46, 243; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: V, s. 484; Nevevî, **el-Mecmû'**, C: IV, s. 351, C: XII, s. 159; Desûkî, **a.g.e.**, C: II, s. 488; İbn Kudâme Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed, **el-Muğnî**, 10 c., y.y., Mektebetü'l-Kahire, 1388/1968, C: V, s. 12, 88.

kullanılmaktadır. Bu tabir genellikle iki taraflı hukuki işlemlerde bir tarafın sebepsiz zenginleşmesi sonucunu doğuran durumlarda diğer taraf için sabit olan talep hakkı ile bazı hukuki ilişkilerde başkası için yapılan ödeme ya da harcamaları ilgili kimseden istemeyi ifade eder.⁸² Birinci durumla ilgili olarak mesela bir satım akdinde satılan malın teslimden önce telef olması durumunda, müşterinin daha önceden ödemiş olduğu semen satıcı bakımından sebepsiz zenginleşmeye neden olmaktadır. Bu durumda müşterinin ödediğini geri istemesi kaynaklarda rucû' tabiriyle ifade edilir. İkinci durum ise genellikle vekâlet, kefâlet, havâle gibi üçlü hukuki ilişkilerin bulunduğu akitlerde söz konusu olmaktadır. Söz gelimi borçlunun onayıyla gerçekleşen bir kefâlet akdinde, kefilin alacaklıya ödediğini borçludan geri istemesi için de rucû' tabiri kullanılmaktadır.⁸³

Rucû' kavramının ifade ettiği bir başka anlam da irade beyanının geri alınmasıdır. Akitlerde icapta bulunan tarafın karşı tarafın kabul beyanından önce icabından dönme hakkı bulunmaktadır. İslam hukukçuları bu hak için "**rucû' muhayyerliği**" tabirini kullanırlar.⁸⁴ İslam hukuku kaynaklarında rucû' kavramı ayrıca feshin bir türü olarak da kullanılmaktadır. Buna göre özellikle tek taraf için yükümlülük doğuran hibe, vakıf, vasiyet gibi hukuki tasarruflarda bulunan kimsenin bu tasarruflarından vazgeçmesi rucû' tabiriyle ifade edilir.⁸⁵ Bu anlamı itibariyle rucû' akdin tabiatından kaynaklanan ve belirli akitlere özgü bir fesih türüdür.⁸⁶

1.3. FESHİN MEŞRUIYETİ VE HÜKMÜ

1.3.1. Feshin Meşruiyeti

İslam hukukuna göre akitlerde asıl olan durum tarafları için bağlayıcı olmasıdır.⁸⁷ Zira ilgili ayette şöyle geçmektedir: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" "*Ey iman*

⁸² Bilal Aybakan, "Rucû", **DİA**, 2008, C: XXXV, s. 284.

⁸³ Bkz. Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 169.

⁸⁴ Bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 134.

⁸⁵ Bkz. İbrahim b. Muhammed el-Halebî, **Mülteka'l-Ebhur**, thk. Halîl İmrân el-Mansûr, 4 c., Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1419/1998, C: I, s. 499; İbnü'l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 208.

⁸⁶ Hasan Ali ez-Zennûn., **en-Nazariyyetü'l-âmmе li'l-fesh fi'l-fıkhi'l-İslâmî ve'l-kânûni'l-medenî**, Kahire, Mektebetü'n-nahdati'l-Mısriyye, 1946, s. 40.

⁸⁷ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3083.

edenler! Akitlerin (sözleşmelerinizin) gereğini yerine getirin.”⁸⁸ Ayette geçen akitlerden maksadın ne olduğuna dair müfessirlerce farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ancak Kurtubî'nin (v. 671/1273) de ifade ettiği üzere sahih kabul edilen görüş, ayetteki “**ukûd**” sözcüğünün umum ifade ettiği'dir. Buna göre bu ifade kulların Allah ile aralarındaki sözleşmeleri de, birbirleri arasında yaptıkları akitleri de kapsamaktadır.⁸⁹ Dolayısıyla ayet insanların aralarında yaptıkları akitleri muhafaza edip, bu akitlerden doğan yükümlülükleri yerine getirmelerinin vücûbuna delalet etmektedir. Ayrıca taraflardan her biri yaptıkları akit ile birbirlerine söz vermiş bulunmaktadırlar. Verilen sözü yerine getirmek de dinen vâcibdir. Nitekim bu husustaki bir ayet şöyledir: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً" “*Sözünüzü tutun. Zira verilen sözden sorumlu olunacaktır.*”⁹⁰ Bütün bunlar özellikle her iki taraf için yükümlülükler doğuran akitlerin asılları itibariyle bağlayıcı olduklarını ve tek taraflı feshedilemeyeceklerini göstermektedir. Bununla birlikte İslam hukuku bazı durumlarda taraflardan birinin veya her ikisinin akdi feshedip, ondan doğan yükümlülükleri ifa mesuliyetinden kurtulmasını meşru kılmıştır. Hatta bazı durumlarda akdin feshi vâcib görülmüştür.

İslam hukukçuları feshin meşruiyetini temellendirirken çeşitli gerekçeler ileri sürmüşlerdir. Bazıları fesih hakkının esasını akitlerde aranan karşılıklı rıza unsurunun zedelenmesine dayandırmaktadır. Bu yaklaşıma göre akdin inşa aşamasından yükümlülüklerin karşılıklı ifasına kadar uzanan süre boyunca tarafların rızasının akde konu olan şeye taalluku devam etmelidir. Akit kurulurken ya da akit kurulduktan sonra henüz akitten doğan yükümlülükler karşılıklı ifa edilmeden taraflardan birinin rızasını sakatlayan bir hadise gerçekleşirse akit feshe elverişli hale gelir.⁹¹ Zira Kur'an'da akitlerin karşılıklı rızaya dayanması gerektiğine vurgu yapılmakta, konuyla ilgili ayette bu husus şöyle ifade edilmektedir:

⁸⁸ Mâide 5/1.

⁸⁹ Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî, **el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an**, thk. Ahmed el-Berdûnî-İbrahim Atfîş, 10 c., 2. bs., Kahire, Dâru'l-Kütübî'l-Mısriyye, 1384/1964, C: VI, s. 33.

⁹⁰ İsrâ 17/34.

⁹¹ Zühayfî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3160; Hûrân, **a.g.e.**, s. 73; Zennûn, **a.g.e.**, s. 73.

"يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم..."

*"Ey iman edenler! Karşılıklı rızanıza dayanan ticaret vesilesiyle olması dışında birbirinizin mallarını haksız yollarla yemeyin..."*⁹²

Ayetten yola çıkarak, karşılıklı rızaya dayanmayan ticari akitler vasıtasıyla mülk edinmenin şer'an yasaklandığı, dolayısıyla akitte taraflardan birinin rızasına halel gelmesi durumunda rızası sakatlanan tarafın akdi feshetme hakkına sahip olacağı söylenebilir. Zira aksi takdirde bir tarafın malını rızası olmadan elde etme söz konusu olur. Bu ise ayette yasaklanan, başkasının malını haksız yollarla yeme eyleminin kapsamına girer. Hz. Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisi de aynı hususu teyit etmektedir: "إنما البيع عن تراض" *"Alım satım akdi ancak karşılıklı rıza ile geçerli olur"*⁹³

İlk dönem İslam hukukçularının uygulamalarında da karşılıklı rıza unsurunun gerçekleşmediği akitlerin feshedilebileceğine dair örnekler bulunmaktadır. Mesela İbn Ebî Şeybe'nin (v. 235/849) naklettiğine göre, bir satıcı bir kimseye iki hırka satar ve akit sırasında müşteriye, hırkalarından birini bakmak amacıyla açıp sermesi halinde alışverişin aralarında bağlayıcı olmasını şart koşar. Müşteri hırkalarından birini yere serip baktığında beğenmeyip her iki hırkayı da geri vermek ister. Satıcı kabul etmeyince meseleyi Kadı Şüreyh'e (v. 80/699 [?]) arz ederler. Kadı Şüreyh de akde konu olan malı almaya rızasının olmadığı gerekçesiyle müşteri lehine hüküm verir.⁹⁴

Bazı İslam hukukçuları da fesih hakkını, akitten amaçlanan menfaatin elde edilememesi gerekçesine dayandırmışlardır.⁹⁵ Mesela Hanefî mezhebi fakihlerinden Serahsî (v. 483/1090 [?]), kocada bulunan cinsel problemler sebebiyle nikâh akdinin feshinin cevazını gerekçelendirirken şöyle söylemektedir: "Yapılan akdin aslı maksadı olan yararın elde edilememesi, maksadına ulaşamayan âkid için akdi ortadan kaldırma hakkı doğurur."⁹⁶ Esasen feshin meşruiyetinin dayandırıldığı bu

⁹² Nisâ 4/29.

⁹³ İbn Mâce, "Ticârât", 18; İbn Hibbân, "Buyû", C: XI, s. 341.

⁹⁴ İbn Ebî Şeybe Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed, **el-Musannef**, thk. Kemal Yusuf el-Hût, 7 c., Riyad, Mektebetü'r-rüşd, 1409 h., "el-Buyû ve'l-akziye", C: IV, s. 268.

⁹⁵ Hûrân, **a.g.e.**, s. 71; Zennûn, **a.g.e.**, s. 72.

⁹⁶ Serahsî, **a.g.e.**, C: V, s. 101.

gerekçeyi rızanın zedelenmesi gerekçesine irca etmek mümkündür. Zira akit ile maksadına ulaşamayan tarafın haliyle akde yönelik rızası da ortadan kalkar.

Fesih hakkına gerekçe olarak gösterilen bir husus da, İslam hukukunda önemli bir ilke olarak kabul edilen zararın giderilmesi kuralıdır. Bu kuralın aslı, aynı zamanda Mecelle’de bir madde olarak yer alan⁹⁷ şu hadise dayanmaktadır: "لا ضرر ولا ضرار" *(İslam’da) Zarar vermek de, zarara zararla karşılık vermek de yoktur.*⁹⁸ İslam hukukundaki pek çok hükmün dayanağının bu kaide olduğu; kusurlu olması sebebiyle satın alınan malın geri verilmesi, bütün muhayyerlik türleri, çeşitli sebeplerle nikâh akdinin feshi gibi meselelerin bunlardan bazıları olduğu fikhî kaynaklarda ifade edilmektedir.⁹⁹ Bu yaklaşıma göre belirli durumlarda akdin feshinin meşru kılınması, akitten zarar gören tarafı korumaya yönelik bir tedbirdir.

Fesih hakkı bazı durumlarda taraflardan birinin ya da her ikisinin akit sırasında ileri sürdükleri bir şarttan kaynaklanabilmektedir. İslam hukuku kaynaklarında yer alan şart ve nakd muhayyerliği gibi bazı muhayyerlik türleri bu durumun örnekleridir. Bu gibi hallerde feshin meşruiyetine temel teşkil eden bir delil olarak şu hadisi zikredebiliriz:

"المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو شرطاً أحل حراماً"

*"Müslümanlar şartlarına riayet ederler. Ancak helali haram veya haramı helal kılan şartlar bundan müstesnadır."*¹⁰⁰

Hadis, tarafların İslam’ın emir ve yasaklarına aykırı olmamak kaydıyla karşılıklı anlaşarak akitlerde bir takım şartlar ileri sürebileceklerine ve bu şartlara riayetin gerekli olduğuna delalet etmektedir. Dolayısıyla taraflar akdi inşa ederlerken, belli durumlarda akdi feshedebilmelerine imkân tanıyan şartlar ileri sürme hususunda anlaşabilirler; bu anlaşmanın gereği olarak da söz konusu durumlarda şartı ileri süren âkid tarafından sözleşme feshedilebilir. Öte yandan, akit

⁹⁷ Mecelle, md. 19.

⁹⁸ Hadisin tahrîci için bkz. 7 numaralı dipnot.

⁹⁹ Suyûtî, *el-Eşbâh*, s. 84; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 73.

¹⁰⁰ Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyin el-Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, thk. Muhammed Abdülkâdir Atâ, 10 c., 3. bs., Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1424/2003, "eş-Şerike", C: VI, s. 131; Dârekutnî, "Buyû", C: III, s. 426.

belli durumlarda feshi meşru kılan bir şart içermese de, taraflardan birinin akitte ileri sürülen herhangi bir şartı yerine getirmemesi diğer tarafın rızasını zedeleyeceğinden, bu gibi hallerde şartı yerine gelmeyen taraf için de fesih hakkı meşru olmaktadır.

Fesih hakkına dayanak olarak ileri sürülen bir başka husus ise, iki tarafa borç yükleyen akitlerde tarafların ödemeyi taahhüt ettikleri bedeller arasında dengesizliğin bulunmasıdır. Bu yaklaşıma göre söz konusu akitlerde, tarafların karşılıklı borç ve alacakları arasındaki dengenin gözetilmesi, onların beklemedikleri ve akitle üstlenmedikleri zararlara karşı korunmaları temel bir prensip olarak görülmektedir. Dolayısıyla bu dengenin ihlal edilmesi durumunda, mağdur olan tarafın fesih hakkı söz konusu olmaktadır.¹⁰¹ Zira akitler insanların yaşamlarını sürdürebilmek için ihtiyaç duydukları nesne, hizmet ya da menfaatleri temin aracı olarak vaz edilmişlerdir. Bu sebeple akit inşa etme niyetinde olan kimseler, öncelikle akit vasıtasıyla karşı taraftan elde edecekleri şey ile buna mukabil ona ödeyecekleri meblağı karşılaştırmakta, ellerinden çıkaracakları şeyin en azından elde edecekleri yarara denk olacağına inandıktan sonra akde yönelmektedirler. İnsanları akit yapmaya yönlendiren sâik genellikle bu düşüncedir.¹⁰² Bunun için herhangi bir sebeple karşılıklı bedeller arasında dengenin taraflardan biri aleyhine bozulması, onun akitten beklediği menfaati elde edememesine sebep olacaktır. Bu durumda onu akdin gereğini yapmakla yükümlü tutmak bir tarafın mağduriyetine sebep olmaktadır. Bu durum ise İslam'ın temel prensiplerinden olan adalet ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla bedeller arasında tevâzünü korumak İslam'ın adalet ilkesi gereğinin bir gereğidir.

Akitlerde bedeller arasındaki dengenin gözetilmesi hususu İslam hukuku kaynaklarında da “**müsâvât**” tabiriyle ifade edilmiş, kendilerinin feragat etmeleri hali dışında akdin tarafları arasında eşitliğe riayet edilmesinin gereği üzerinde durulmuştur.¹⁰³ Bedeller arası eşitlik ya da dengenin bozulması, genellikle borcun ifasının akdin inşasından hemen sonra olmadığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Çünkü taraflardan birinin borcunun vadeli olması halinde, bu süre zarfında ifayı

¹⁰¹ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3160; Hürân, **a.g.e.**, s. 75-76; Bardakoğlu, “Fesih”, C: XII, s. 428.

¹⁰² Zennûn, **a.g.e.**, s. 75.

¹⁰³ Bkz. Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 8.

imkânsız kılacak yahut geciktirecek beklenmedik hadiseler gerçekleşebilmektedir. Bazen de borçlu taraf kasten borcunu ödemekten kaçınabilmektedir. Bu durumda borcunu ifa eden taraf, ödediği bedel karşılıksız kaldığı için zarar görmektedir.¹⁰⁴ Bu durum bir bakıma diğer taraf için bir sebepsiz zenginleşme ve dolayısıyla haksız kazanç olarak da değerlendirilebilir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisi de bu hususu teyit etmektedir:

"لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق"

"(Dalındaki) Bir meyveyi (din) kardeşine satsan da, sonra ona bir afet isabet etse, müşteriden hiçbir şey alman sana helal olmaz. Kardeşinin malını haksız yere ne karşılığında alacaksın?"¹⁰⁵

Bu hadis taraflardan birinin borcunu eksiksiz ifa etme imkânı olmadığına, bedeller arasındaki denge bozulduğundan diğer tarafın akdi feshetme hakkına sahip olacağına delil teşkil etmektedir.

Burada şunu da ifade etmek gerekir ki, taraflardan birinin borcunu eksik ifa etmesi de, hiç ifa etmemesi ya da mücbir sebeplerle edememesi gibi bedeller arasındaki dengeyi bozan ve dolayısıyla diğer taraf için fesih hakkı doğuran bir unsurdur. Nitekim fikhî kaynaklarımızda buna örnek teşkil edecek pek çok hüküm yer almaktadır. Mesela İslam hukukçuları mislî malların satımında alınan malın akit sırasında belirtilen miktardan eksik olduğunun ortaya çıkması durumunda, müşterinin akdi feshetmek ile mevcut miktarı hissesine düşen semen karşılığı almak arasında muhayyer olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁶ Yine mebi'in kusurlu çıkması halinde müşteriye onu semenin tamamıyla almak ya da akdi feshetmek arasında tercih hakkı verilmesini¹⁰⁷ de, bedeller arasındaki dengenin bozulması gerekçesine dayandırabiliriz.

¹⁰⁴ Zennûn, a.g.e., s. 75.

¹⁰⁵ Müslim, "Müsâkât", 3; Nesâî, "Buyû", 30; İbn Mâce, "Ticârât", 33; Dârekutnî, "Buyû", C: III, s. 434.

¹⁰⁶ Ali Haydar, **Dürru'l-hükkâm fi şerhi Mecelleti'l-ahkâm**, ta'rif: Fehmî el-Hüseynî, 4c., y.y., Dâru'l-cil, 1411/1991, C: I, s. 199.

¹⁰⁷ Muhammed b. Ali Alâuddîn el-Haskefî, **ed-Dürru'l-Muhtâr: Şerhu Tenvîri'l-ebâr ve câmi'i'l-bihâr**, thk. Abdülmün'im Halil İbrahim, y.y., Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1423/2002, s. 407; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 18.

Fesih mi yoksa yeni bir akit mi sayılacağı İslam hukukçuları tarafından tartışılmış olsa da, ikâle işleminin meşruiyetini de feshin meşruiyetini temellendirme bağlamında zikretmekte fayda görüyoruz. Akdin bağlayıcılık kazanmasından sonra tarafların karşılıklı rızasıyla bozulması anlamında kullanılan ikâlenin meşruiyeti sünnet nassıyla sabittir. İlgili hadiste şöyle geçmektedir:

"من أقال نادماً بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة"

*"Kim yaptığı alış veriştten pişman olup dönmek isteyen kimseyle ikâle yaparsa, Allah kıyamet gününde onun hatasını giderir."*¹⁰⁸

İcap ve kabul beyanlarından sonra her ne kadar akit taraflar için bağlayıcılık kazanmış olsa da, Hz. Peygamber (s.a.v.) karşılıklı rızanın hâsıl olması durumunda akdin bozulabileceğini, hatta böyle bir talepte bulunan âkide diğer tarafın icabet etmesinin makbul bir davranış olacağını ifade etmiştir.

İslam hukukçularının feshin yasal dayanağını ortaya koymak için ileri sürdükleri yukarıda zikredilen gerekçelerin çoğunu kanaatimizce rızanın zedelenmesi gerekçesi içerisinde değerlendirmek mümkündür. Zira akitten beklenen yararın elde edilememesi, bedeller arasındaki dengenin bozulması, taraflardan birinin zarar görmesi gibi feshe gerekçe gösterilen hususların hepsi, açıktır ki mağdur tarafın rızasını ortadan kaldıran ya da sakatlayan durumlardır. Öte yandan, karşılıklı rıza unsuruna aykırı bir durum olmadığı halde akdin taraflarca ileri sürülen şartın gereği olarak ya da ikâle yoluyla feshedilmesi hallerinde ise, feshin meşruiyetini akdi yapanların iradelerine saygının gereği olarak değerlendirebiliriz.

İslam hukukunda akdin bir de, fâsid olması sebebiyle feshi söz konusu olmaktadır. Hanefî mezhebi kaynaklarında fesadı ortadan kaldırmanın şer'an vâcib olduğu, dolayısıyla fâsid akdin taraflarının bu akdi feshetmeleri gerektiğinden bahsedilmektedir.¹⁰⁹ Buna göre tarafların rızası bulunsa bile fâsid akdin feshi şer'î hukukun hakkına riayet gereği vâcibdir. Dolayısıyla bu durumda feshin meşruiyetinin dayanağı, İslam hukukunun koyduğu kurallara ve akitlerde aradığı bir

¹⁰⁸ İbn Hibbân, "Buyû", C: XI, s. 404.

¹⁰⁹ Fahreddîn Osman b. Ali ez-Zeylaî, **Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik**, 6 c., Bulak/Kahire, el-Matbaatü'l-kübrâ el-emîriyye, 1313 h., C: IV, s. 64; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 175.

takım şartlara ihtiram düşüncesidir.¹¹⁰ Şuna da dikkat çekmek gerekir ki, akdin fesâd sebebiyle feshedilmesi Hanefî mezhebine özgü bir durumdur. Zira Hanefîlerin dışında kalan İslam hukukçularına göre fâsid kavramı, batıl ile eş anlamlı olup hukuken yok hükmünde olan akitleri ifade eder.¹¹¹ Bundan dolayı onlara göre, şer'an varlık kazanmamış sayıldıklarından fâsid akitlerin feshinden söz edilemez.

1.3.2. Feshin Hükümü

Hüküm tabiri bir İslam hukuku terimi olarak çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Burada kastedilen anlamı mükellefin fiilinin şer'î vasfıdır. Diğer bir ifadeyle Şâri'in yapılmasını ya da terk edilmesini istemesi yahut da iki seçenek arasında serbest bırakması açısından mükellefin fiilinin kazandığı hukuki niteliktir.¹¹² Feshi bu yönüyle ele aldığımızda onun şer'î hükmünün fesih sebebine göre farklılık arz ettiği görülmektedir. Zira yukarıda zikredildiği gibi fâsid olması durumunda, şer'î hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için akdin feshedilmesi Şâri'in kesin bir şekilde

¹¹⁰ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3157-3158; Muhammed Nuaym Esmâdî, **Nazariyyetü feshi'l-ukûd fi'l-fikhi'l-İslâmî**, Amman, Dâru'n-nefâis, 1426/2006, s. 66.

¹¹¹ Zeydân, **a.g.e.**, s. 349. İslam hukukçularının çoğunluğu, akit ve hukuki işlemlerin kuruluşunda prensip olarak "asil-vasıf" ayırımı yapmayıp akdi bir bütün kabul ettiklerinden, akdin hüküm ve sonuçlarını doğurabilecek son şekle gelmesini temin eden bütün şartları aynı önem derecesinde tutma eğilimi göstermişler ve bu şartlardan herhangi birinin eksikliğine de tek dereceli bir müeyyide getirmişlerdir. Çoğunluk bu tek dereceli hükümsüzlük müeyyidesini –aynı anlamda olmak üzere-butlan veya fesâd olarak adlandırmış, diğer bir ifadeyle hukuken muteber olup olmamasına göre akdi biri sahih (mün'akid), diğeri fâsid veya bâtil (gayr-i mün'akid) olmak üzere iki kısma ayırmışlardır. Ancak bu hukukçuların, her ne kadar tek dereceli bir hükümsüzlük anlayışı benimsemiş olsalar da bazı meselelerde bâtil-fâsid ayırımı yapmak durumunda kaldıkları görülmektedir.

Hanefî hukukçular ise fâsid akdi, "asil itibariyle meşrû, vasıf itibariyle gayri meşrû akit" şeklinde tanımlayarak çoğunluğun aksine akitte asil-vasıf ayırımı yapmışlardır. Hanefî hukukçular, akdin aslında olan eksiklik ve aykırılıkla vasfındaki eksiklik ve aykırılığa farklı sonuçlar bağlamışlardır. Onlara göre hukukî düzenlemeye aykırılık şekillerinin aynı derecede tutulması doğru olmadığı gibi farklı aykırılık derecelerinin aynı hükme tâbi tutulması da doğru değildir. Dolayısıyla akit sistemine sadece vasıf yönünden aykırı olan, fakat asil yönünden sisteme uygun olup rükün ve şartlarını bulunduran akdin butlan ve sıhhat arasında bir mertebede yer alması gerekir. Böyle bir akit aslı noktalar (kurucu unsurlar) bakımından sağlam olduğu için bâtil sayılamayacağı gibi bünyesinde fer'î noktalarda bir aykırılık bulunduğu için sahih de sayılamaz. Şu halde fâsid akit, hukukî varlığı olmayan batıl akitle hukukî varlık kazanmış ve muteber sonuç doğuran sahih akit arasında yer almaktadır.

Butlan-fesâd ayırımı bütün tasarruf çeşitlerinde söz konusu değildir. Bazı özel hükümler dışında ibadetlerde fesâd ve butlan terimleri birbirinin eş anlamlısı olarak kullanılır. Rükün veya şartlarında bir eksiklik bulunan ibadete fâsid ya da batıl denir ki her ikisi aynı anlamdadır. Bu konuda İslam hukuk mezhepleri görüş birliği içindedir. Evlenme akdinde fesâd-butlân ayırımının yapılıp yapılmayacağı Hanefî mezhebinde tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı görüş bâtil nikâhla fâsid nikâh arasında fark bulunmadığı yönündedir. (Bkz. H. Yunus Apaydın, "Fesâd", **DİA**, 1995, C: XII, s. 417-421).

¹¹² Hüküm kavramının anlamları hakkında tafsilatlı bilgi için bkz. Mesûd b. Ömer et-Teftâzânî, **et-Telvîh**, 2 c., Mısır, Mektebetü sabîh, t.y., C: II, s. 243-244.

talep ettiği bir işlemdir. Dolayısıyla bu durumda feshin hükmü vâcib olmaktadır. Bunun dışındaki durumlarda ise akdin feshi zorunlu görülmemekte, bu işlemin gerçekleştirilmesi fesih hakkına sahip olan tarafın isteğine ya da ikâlede olduğu gibi her iki tarafın ittifakına bırakılmaktadır. O halde bu durumlarda mükellefin yapıp yapmamakta serbest bırakılması sebebiyle feshin mubah olduğu sonucu çıkmaktadır. Hatta feshin bir türü olarak değerlendirilen ikâlenin bazı durumlarda Hz. Peygamber (s.a.v.)'in teşviki sebebiyle mendûb olduğunu söyleyebiliriz. Bazı son dönem İslam hukukçuları da feshin hükmünü vâcib ve câiz olmak üzere iki kısma ayırarak değerlendirmişlerdir.¹¹³ Hem mubah hem de mendûb câiz kavramının kapsamına girmektedir.

Burada bir hususa dikkat çekmenin faydalı olacağını düşünüyoruz. Akdi feshetmenin bu hakka sahip olan taraf için mubah olduğunu ifade ettiğimiz durumların bazısında, söz konusu taraf bu işlemi kendi iradesiyle gerçekleştirme yetkisine sahip bulunmamakta, bunun için yargı kararına ihtiyaç duymaktadır. Buna göre bu gibi hallerde feshin hükmünü ele alırken, hâkimin davacının lehine hüküm verip akdin feshine karar vermesinin hükmünü tespit etmek gerekmektedir. Bununla ilgili olarak şunu söyleyebiliriz: Davacı tarafın akdin feshedilmesi talebiyle mahkemeye başvurduğu durumlarda feshin hükmü hâkimin takdir yetkisinin olup olmamasına göre değişiklik gösterecektir. Buna göre hâkimin, takdir hakkının bulunduğu durumlarda akdin feshi yönünde hüküm verip vermemesi caiz, böyle bir hakkının olmadığı hallerde ise akdi feshetmesi vâcib olacaktır. Feshin türlerinden söz ederken yargı kararıyla fesih mevzuunu ayrıntılı bir şekilde ele alacağımızdan¹¹⁴ burada bu konu üzerinde durmuyoruz.

Fesih sebeplerinden birinin bulunmasına rağmen bazen akdin feshine engel durumlar söz konusu olabilir. “Feshe engel durumlar” başlığı altında detaylı bir şekilde bunların üzerinde durulacaktır. Bu engellerin bulunması durumunda feshin hükmünü adem-i cevâz olarak ifade edebiliriz. Bu meseleye bir örnek olarak Hanefî İslam hukukçularından Merğînânî'nin (v. 593/1197) el-Hidâye adlı eserinden şu

¹¹³ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3157; Esmâdî, **a.g.e.**, s. 66.

¹¹⁴ Bkz. s. 58-64.

ifadeleri nakletmekte fayda görüyoruz: “Müşterinin yanındayken malda bir kusur meydana gelir, sonra da müşteri malda satıcının yanındayken mevcut bulunan bir başka kusur bulursa, müşteri ödediği semenden, kusurun malın değerinden düşürdüğü kadarını satıcıdan geri alır. Malı iade edemez. Çünkü bu durumda malın iadesi satıcıya zarar verir...”¹¹⁵ Buna göre "لا ضرر ولا ضرار"¹¹⁶ hadisi gereğince, bu gibi durumlarda söz konusu mesele kendisine arz edilen hâkimin akdin feshine hükmedip satıcıyı zarara uğratması caiz olmaz.

1.4. FESHİN KISIMLARI

Fesih çoğunlukla kavli olarak gerçekleştirilen bir tasarruf olmakla beraber bu işlem fiili bir tasarruf olarak da gerçekleştirilebilir. Öte yandan fesih tek taraflı bir tasarruf olabileceği gibi ikâle örneğinde görüldüğü üzere en az iki tarafın iradesiyle kurulan bir tasarruf olarak da meydana gelebilir. Tek taraflı bir tasarruf olması halinde feshin öznesi akdin taraflarından biri veya üçüncü bir şahıs olabilir. Bütün bu yönleri itibariyle fesih işlemi meydana gelme şekli açısından birkaç kısma ayrılır.

Bir yandan da fesih işlemi, konusu olduğu akdin fevrî ya da istimrârî bir akit oluşuna göre doğuracağı sonuçların niteliği bakımından farklılık gösterir. Bu yönden de feshi iki kısma ayırmak mümkündür. Bu ana başlık bünyesinde her iki cihetten feshin kısımlarını ele alacağız.

1.4.1. Meydana Gelme Şekli Açısından Feshin Kısımları

1.4.1.1. Kavli ve Fiilî Fesih

Feshi meydana gelme şekli açısından öncelikle kavli fesih ve fiilî fesih diye ikiye ayırabiliriz. Zira fesih tarafların veya feshetme yetkisi olan tarafın sözlü beyanıyla olabileceği gibi, bazı durumlarda herhangi bir sözlü beyan olmaksızın tarafların ya da ilgili tarafın fiiliyle de gerçekleşebilir.¹¹⁷ Nitekim Mecelle'nin 302. maddesinde bu husus şöyle ifade edilmiştir: “Gerek fesh ve gerek icâzet, kavlen

¹¹⁵ Ebu'l-Hasen Burhâneddîn Ali b. Ebî Bekr el-Mergînânî, **el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübtedî**, thk. Tallâl Yusuf, 4 c., Beyrut, Dâru ihyâi't-türâsi'l-arabî, t.y., C: III, s. 38.

¹¹⁶ Hadisin tahrîci için bkz. s. 3-4, 7 numaralı dipnot.

¹¹⁷ Suyûtî, **el-Eşbâh**, s. 288; Esmâdî, **a.g.e.**, s. 172.

olduğu gibi, fi'len dahi olur.” Aynı eserin 192. maddesinde ise bir fesih türü olan ikâle hakkında şöyle söylenmektedir: “İcap ve kabul makamına kaim olan teati suretiyle dahi ikâle sahih olur.”

Feshin her iki türünde de tasarrufun şer'an geçerliliği için aranan şart, ilgili şahsın bu tasarrufu gerçekleştirirken telaffuz ettiği sözün veya yaptığı fiilin akde razı olmayıp onu bozduğuna delalet edecek mahiyette olmasıdır.¹¹⁸ Buna göre kavli fesihte telaffuz edilen söz kalıbında, akdin in'ikâdı için icap ve kabul sîgalarında aranan şartların bulunması gerekmektedir. Şöyle ki, fesih ikâle suretinde yapılıyorsa tarafların irade beyanlarının feshi inşa etme iradesine delalet etmesi, birbirine uygun olması ve aynı mecliste gerçekleşmesi şartları aranır. Fesih tek taraflı gerçekleştiriliyor ise de, feshedenin irade beyanında bu şartlardan ilkinin bulunması gerekli olur.

Fiilî feshede gelince, bu işlem söz gelimi bir alışveriş sözleşmesinde bedellerin karşılıklı kabzedilmesinden sonra tarafların teati suretinde ikâle yapması yahut şart muhayyerliği bulunan satıcının akdi feshettiğine dair hiçbir beyanda bulunmaksızın mebî'de satma, kiraya verme, hibe etme, rehin verme gibi bir tasarrufta bulunması suretinde gerçekleşir.¹¹⁹ Örneklerden ilkinde fiili fesih iki taraflı, ikincisinde ise tek taraflı bir tasarruf olarak vuku bulmaktadır. Kavli ve fiilî feshin her ikisinin de iki taraflı veya tek taraflı bir tasarruf şeklinde meydana gelmesi mümkündür.

1.4.1.2. İki Tarafın Ortak İradesiyle Gerçekleştirilen Fesih:

İkâle

İki tarafın ortak iradesiyle gerçekleştirilen fesih türü ikâledir. İkâle bu yapısı itibariyle münferid iradeyle gerçekleştirilen fesih işleminden farklı olarak, iki taraflı bir hukuki tasarruf olan akitlere benzemektedir. Bu yönüyle aslında bu tasarrufu, bir akdi bozma sözleşmesi olarak niteleyip özel bir akit türü olarak görmek de mümkündür. Nitekim bazı İslam hukukçuları da ikâleyi bu yönünü dikkate alarak

¹¹⁸ Bkz. **Mecelle**, md. 303, 304.

¹¹⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 272; İbn Âbidîn, **Reddû'l-Muhtâr**, C: IV, s. 580; Suyûtî, **el-Eşbâh**, s. 288; **Mecelle**, md. 304; Ebû Zekeriya Yahya b. Şeref en-Nevevî, **Minhâcu't-tâlibîn ve Umdetü'l-müftîn**, thk. İvaz Kâsım Ahmed İvaz, y.y., Dâru'l-fikr, 1425/2005, s. 100.

yeni bir akit saymışlardır.¹²⁰ İster fesih, ister akit olarak kabul edilsin sonuç itibariyle ikâle, her iki tarafın kendi rızalarıyla ortaya koydukları ortak irade beyanlarıyla akdin bozulmasını ifade etmektedir. Feshin özel bir türünü teşkil etmesi ve fikhî kaynaklarda müstakil bir başlık altında ele alınan bir mevzuu olması sebebiyle burada ikâle üzerinde ayrıca durmakta fayda görüyoruz.

1.4.1.2.1. İkâlenin Tanımı

Arapça "أقال" fiilinin masdarı olan ikâle kelimesi sözlükte “bir şeyi ortadan kaldırmak, alış verişi feshetmek” anlamlarına gelmektedir.¹²¹ Fikhî bir terim olarak ise ikâle, akdin tarafların karşılıklı rıza ve uzlaşmasıyla ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir.¹²² Bu açıdan ikâlenin ancak sahih, nâfiz ve bağlayıcı akitler için söz konusu olup, tek taraflı feshe imkân veren fâsid, mevkûf ve gayri lâzım akitlerde ikâleden söz edilemeyeceği fikhî kaynaklarda belirtilmiştir.¹²³ Buna göre bey’, icâre, sulh, kısmet gibi tabiatı itibariyle her iki taraf için bağlayıcı akitler, akdin bağlayıcılığını ortadan kaldıran ve tek taraflı fesih hakkı doğuran bir sebep bulunmadığı sürece ikâleye konu olabilen akitlerdir. Vedâ, iâre, vekâlet, şirket gibi yapı olarak gayri lâzım olan akitlerle, aslında bağlayıcı olsa da şart, görme muhayyerlikleri gibi fesih imkânı sağlayan bir unsur barındıran akitler ise ikâlenin mevzu bahis olmadığı akitlerdir.

Ancak bağlayıcı olmayan bazı akitlerin tek tarafın isteğiyle feshi ancak yargı yoluyla gerçekleştirilebilmektedir. Böyle durumlarda yargı sürecinin sıkıntılılarına girmemek için taraflar bazen mahkemeye başvurmaksızın aralarında anlaşarak akdi bozabilmektedirler. Gayri lâzım olan akitlerin bu şekilde bozulmasının da ikâle kapsamına gireceğini burada belirtmeliyiz. Bu kapsamda hibe akdini örnek olarak zikredebiliriz. Zira bu akit vâhib açısından gayri lâzım olsa da onun akdi doğrudan

¹²⁰ Bkz. Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; Ziyâeddîn Halil b. İshâk el-Cündî, **Muhtasaru Halîl**, thk. Ahmed Câd, Kahire, Dâru'l-Hadîs, 1426/2005, s. 158.

¹²¹ Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûsu'l-Muhît**, s. 1051; İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: XI, s. 580; Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed el-Feyyûmî, **el-Misbâhu'l-münîr fî ğarîbi's-Şerhi'l-kebir**, Beyrut, el-Mektebetü'l-ilmîyye, t.y., C: II, s. 521; Cevherî, **a.g.e.**, C: V, s. 1808; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: XXX, s. 306.

¹²² Hûrân, **a.g.e.**, s. 172; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 81; Bilal Aybakan, “İkâle”, **DİA**, 2000, C: XXII, s. 14-16.

¹²³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 130; Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuku İslâmîyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul, Bilmen Basım ve Yayınevi, t.y., C: VI, s. 25.

feshetme yetkisi olmayıp, bunun için mahkemeye dava açması gerekmektedir.¹²⁴ Bu sebeple hibe akdinin işi mahkemeye intikal ettirmeden taraflarca anlaşarak bozulması da ikâle mefhumuna dâhil kabul edilir.¹²⁵ Ayrıca tek taraf için bağlayıcı olan rehin ve kefâlet akitlerinin, fesih hakkı olan tarafça bu hakka sahip olmayan tarafın akdi bozma isteğini kabul etmesi suretiyle bozulmasını da ikâle olarak nitelemek mümkündür.¹²⁶

Öte yandan feshe elverişli olmadıkları gerekçesiyle nikâh ve muhâlea gibi bağlayıcı akitler İslam hukukçularınca ikâleye konu edilemeyen tasarruflardan sayılmışlardır.¹²⁷ Buna göre akdin ikâleye konu olabilmesi için, bağlayıcı olmasının yanında muhayyerlik vb. yollardan biri vasıtasıyla tek taraflı feshedilebilme imkânına sahip olması gerekmektedir. Nikâh ve muhâlea akitleri ise bağlayıcı olsalar da tek taraflı feshe konu olabilen tasarruflardan değildir. Nikâh akdinin yargı yoluyla feshi mümkün olsa da, ikâle akdin mahkeme kararı olmaksızın tarafların anlaşmasıyla feshini ifade ettiğinden nikâh akdi bu işleme elverişli değildir.

Şunu da ifade etmek gerekir ki, akdin tarafların anlaşması sonucu feshi her zaman ikâle suretinde gerçekleşmemektedir. Feshedici şart içeren akitleri bu çerçevede zikredebiliriz. Mesela taraflardan biri akit sırasında, diğer tarafın akitten doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde akdin feshedilmiş sayılmasını şart koşar ve muhatabı da bu şartı kabul ederse, söz konusu tarafın yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde akit tarafların üzerinde mutabık kaldığı şart gereği feshedilmiş olur.¹²⁸ Feshin bu şekli, ileride bahsedileceği üzere tarafların anlaşmasından doğan muhayyerliklerden nakd muhayyerliği kapsamına girmektedir. İkâlede ise bundan farklı olarak, akdin, herhangi bir muhayyerlik şartı içermeksizin tarafların iradesiyle

¹²⁴ Aynî, **el-Binâye**, C: X, s. 199.

¹²⁵ Abdürrezzâk Ahmed es-Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk fi'l-fıkhi'l-İslâmî**, 6 c., Kahire, Câmîatü'd-devli'l-arabiyye, 1391/1971, C: VI, s. 271.

¹²⁶ Aybakan, "İkâle", C: XXII, s. 14-16.

¹²⁷ İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 124; Hûrân, **a.g.e.**, s. 172; Emine Esin Göç, "İslam Borçlar Hukukunda İkâle", (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2010, s. 106; Aybakan, "İkâle", C: XXII, s. 14-16.

¹²⁸ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3161; Zennûn, **a.g.e.**, s. 183.

kurulmasından sonra, görülen lüzum üzerine yine onlar tarafından karşılıklı anlaşmayla bozulması söz konusudur.¹²⁹

1.4.1.2.2. Meşruiyeti

İslam hukukunda ikâlenin meşruiyeti Hz. Peygamber (s.a.v.)'in kavli sünnetiyle sabittir. İlgili hadiste şöyle geçmektedir:

"من أقال مسلماً أقاله الله عشرته"

*"Kim bir müslümanın alışverişi bozma isteğini kabul ederse, Allah da onun hatasını giderir (bağışlar)."*¹³⁰

Farklı tariklerden muhtelif ifadelerle rivayet edilen bu hadis, hatalı bir alışveriş yapan ve bundan dolayı pişman olup yaptığı akdi bozmak isteyen kimseye müsamahayla yaklaşıp onun bu isteğine müspet karşılık vermeye teşvik etmektedir. Bu sebeple hadis ikâlenin meşruiyetiyle birlikte onun şer'an mendûb bir tasarruf olduğuna da delalet etmektedir.¹³¹ Ayrıca hadisteki "مسلماً" kaydı ihtirâzî bir kayıt olmayıp genel durumu ifade etmek için zikredilmiştir. Dolayısıyla gayrimüslimle yapılan akdin de ikâleye konu edilmesi meşru ve menduptur.¹³²

Öte yandan pişman olup yaptığı akdi bozmak isteyen kimsenin talebine olumlu karşılık vermek, sıkıntıda olan birinin sıkıntısını gidermek kabilindedir. Bu ise Hz. Peygamber'in hadislerinde teşvik edilen bir davranıştır.¹³³ Nitekim bununla ilgili bir hadiste şöyle buyurulmuştur:

¹²⁹ Zennûn, **a.g.e.**, s. 183.

¹³⁰ Ebû Dâvud, "İcâre", 18; İbn Mâce, "Ticârât", 26; İbn Hibbân, "Buyû", C: XI, s. 404; Taberânî, **el-Mu'cemu'l-evsat**, C: I, s. 272; Hâkim, "Buyû", C: II, s. 52; Abdürrezzâk, "Salât", C: II, s. 56; Beyhakî, **es-Sünenü'l-kübrâ**, "Buyû", C: VI, s. 44-45. Hâkim, hadisin Buhârî ve Müslim'in kistaslarına göre sahih bir hadis olduğunu belirtmiştir.

¹³¹ Haskefî, **a.g.e.**, s. 423; İbn Nuceym Zeyneddîn b. İbrahim el-Mısrî, **el-Bahru'r-Râik şerhu Kenzi'd-dekâik**, 8 c., 2. bs., y.y., Dâru'l-kitâbi'l-İslâmî, t.y., C: VI, s. 110; Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-Minhâc**, 6 c., y.y., Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1415/1994, C: II, s. 455; Bâbertî, **a.g.e.**, C: VI, s. 486; Hürân, **a.g.e.**, s. 173.

¹³² Ebû İbrahim Muhammed b. İsmail es-San'ânî, **Sübülü's-selâm**, 2 c., y.y., Dâru'l-Hadîs, t.y., C: II, s. 45.

¹³³ Hürân, **a.g.e.**, s. 173.

"...ومن فرّج عن مسلم كربة فرّج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة..."

"...Bir müslümanın sıkıntısını giderip onu rahatlatan kimsenin Allah da kıyamet günündeki sıkıntılarında birini giderip onu rahatlatır..."¹³⁴

İkâlenin meşruiyeti naklen olduğu gibi aklen de sabittir. Şöyle ki: Akit yapmak, onu gerçekleştirecek olan kimselerin kişisel hakkıdır. Kişiler, kendi rıza ve iradeleriyle kişisel haklarını kullanma yetkisine sahip oldukları gibi bu haklardan vazgeçme, elde ettikleri hakları sonlandırma yetkisine de sahiptirler. Bu sebeple akdi gerçekleştiren kimselerin akdi ortadan kaldırma yetkileri de olmalıdır.¹³⁵ Öte yandan insanların birbirleriyle sözleşme yapmaya ihtiyaçları olduğu gibi karşılıklı anlaşip yaptıkları sözleşmeyi bozmaya da ihtiyaçları vardır. Bu bakımdan hâcet ve maslahat prensipleri de ikâlenin meşruiyetini gerektirmektedir.¹³⁶

1.4.1.2.3. Hukuki Niteliği

İkâlenin hukuki niteliğinin tespiti, gerek ikâlenin tarafları gerekse üçüncü şahıslar hakkında bu işleme terettüp edecek sonuçlar açısından önem arz etmektedir. Bu sebeple İslam hukukçuları bu mesele üzerinde durmuş, konuyla ilgili farklı yaklaşımlar ortaya koymuşlardır.

1.4.1.2.3.1. İkâleyi Fesih Olarak Gören Yaklaşım

Ebu Yusuf (v. 182/798) dışındaki Hanefî hukukçular ile Şâfi'î ve Hanbelî hukukçular ikâleyi, akdin tarafları hakkında bir fesih işlemi olarak görmektedirler.¹³⁷ Bunun sebebi öncelikle ikâle kelimesinin lügatte bir şeyi ortadan kaldırmayı ve izale etmeyi ifade etmesidir. Buna göre akde yönelik yapılan bir işleme ikâle adının verilmesi, onun akdi ortadan kaldıran bir tasarruf olduğunu göstermektedir. Böyle bir

¹³⁴ Buhârî, "el-Mezâlim ve'l-gasb", 4; Müslim, "el-Birr ve's-sıla", 15, "ez-Zikr ve'd-duâ", 11; Tirmizî, "Hudûd", 3, "el-Birr ve's-sıla", 19, "Kırâât", 12; Ebû Dâvud, "Edeb", 46, 68; İbn Mâce, "es-Sünne", 17; Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, C: IX, s. 463.

¹³⁵ Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 71; Bâbertî, **a.g.e.**, C: VI, s. 486; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 165.

¹³⁶ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 165.

¹³⁷ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 455; İbn Rüşd Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî, **Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid**, 4 c., Kahire, Dâru'l-Hadîs, 1425/2004, C: III, s. 165; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ**, C: III, s. 248; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 272. İkâlenin fesih sayılması Şâfi'î mezhebinde sahih kabul edilen görüş olup mezhepte ikâleyi yeni bir akit kabul eden bir görüş de vardır. Bkz. Şehâbeddîn Muhammed b. Ahmed er-Remlî, **Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc**, 8 c., Beyrut, Dâru'l-fikr, 1404/1984, C: IV, s. 16; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 455; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 72; Hürân, **a.g.e.**, s. 175.

tasarruf ise fesihtir.¹³⁸ Ayrıca bu tasarruf akdi inşa ederken kullanılan irade beyanlarının aksine sadece akdin izale edilmesine delalet eden lafızlarla kurulabilmektedir.¹³⁹ Dolayısıyla ikâle yeni bir akit kurma değil kurulmuş bulunan bir akdi feshetme işlemidir.¹⁴⁰

Bununla birlikte Ebû Hanîfe (v. 150/767) ikâleyi üçüncü şahıslar hakkında farklı değerlendirmekte ve bu tasarrufu onlar açısından yeni bir akit olarak görmektedir.¹⁴¹ Bu yaklaşımının gerekçesi ise şöyle izah edilmiştir: İkâle her ne kadar mahiyet itibariyle akdi bozma işlemi olsa da, bu işlemin kuruluşu bir akdin kuruluşu gibi tarafların karşılıklı rıza göstermesi ve irade beyanlarını ortaya koyması suretiyle gerçekleşmektedir. Bir de bu işlemle taraflardan her biri karşı tarafa teslim ettiği malı bedeli karşılığında geri almaktadır. Bu bakımdan ikâle aynı zamanda bir akit anlamı taşımaktadır. Ancak bu işlemde akdin tarafları açısından, karşılıklı anlaşarak alınan bedelleri iade etmek suretiyle akdi ortadan kaldırmak anlamı daha ağır basmaktadır. Bu sebeple ikâleye onlar açısından yeni bir akit anlamı yüklemek güçtür. Üçüncü şahıslar hakkında ise buna engel bir durum bulunmamakla birlikte¹⁴² ikâleyi yeni bir akit saymak, elde ettikleri bazı hakların korunmasını sağladığından onların maslahatına daha uygundur.¹⁴³ İkâleyi fesih olarak gören diğer hukukçular ise bu konuda taraflar ve üçüncü şahıslar arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadırlar.¹⁴⁴

Öte yandan ikâleye akdi yapan taraflar açısından fesih hükmünü vermek hukuken mümkün değilse, Ebû Hanîfe'ye göre ikâle hükümsüzdür. Mesela satılan bir malda şer'an iadeye engel bir artış meydana gelmişken tarafların ikâle yapması

¹³⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 72; Buhûfî, **a.g.e.**, C: III, s. 248; Zennûn, **a.g.e.**, s. 200.

¹³⁹ Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 11; Haskefî, **a.g.e.**, s. 423; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 110.

¹⁴⁰ Hûrân, **a.g.e.**, s. 178.

¹⁴¹ Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Muhammed el-Kudûrî, **Muhtasarü'l-Kudûrî**, thk. Kâmil Muhammed Uveyda, Beyrut, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1418/1997, s. 85; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; Mergînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 55; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306.

¹⁴² Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306; Hûrân, **a.g.e.**, s. 178.

¹⁴³ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 594.

¹⁴⁴ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 72; Remlî, **a.g.e.**, C: IV, s. 16; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 455; Buhûfî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 248; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 119.

halinde, yapılan tasarruf batıl olur.¹⁴⁵ İmam Muhammed'e (v. 189/805) göre ise fesih kılmak imkânsız olduğunda ikâle yeni bir akit olarak kabul edilir.¹⁴⁶ Bu yaklaşımda taraflar arasında gerçekleştirilen tasarrufu mümkün olduğu ölçüde geçerli sayma düşüncesi vardır.¹⁴⁷ Meseleyi bir örnek üzerinden izah etmek gerekirse; bir satım akdini taraflar akitte belirlenen semen üzerinden ikâle ederlerse, bu işlem bir fesihtir. Fakat tarafların mezkûr semenden daha yüksek bir semen üzerinde anlaşmaları halinde, bu işlemi fesih saymak mümkün olmadığından yapılan tasarruf yeni bir akit olarak görülür ve geçerli sayılır.¹⁴⁸

İkâleyi yeni bir akit saymak da mümkün değilse yapılan işlem İmam Muhammed'e göre de batıl olur. Mesela bir satım akdi, henüz mebî' teslim alınmadan akitte belirlenenden farklı bir fiyat üzerinden ikâle edilse, yapılan işleme fesih ya da yeni bir akit hükmünü vermek mümkün olmadığından bu ikâle hükümsüz olur. Zira fesih akitte karşılıklı ödenen bedellerin aynen iadesiyle gerçekleşir. Dolayısıyla tarafların ikâlede farklı bir fiyat üzerinde anlaşması durumunda fesihten söz edilemez. Mevzu bahis işlemde mebî' henüz teslim alınmadığından bu işlemi yeni bir satım akdi olarak kabul etmek de mümkün değildir. Çünkü İslam hukukunda menkul malın teslim alınmadan satımı geçersizdir. Bu durumda her iki seçenek de imkân dışı kaldığından yapılan işlem hükümsüz sayılır.¹⁴⁹

1.4.1.2.3.2. İkâleyi Yeni Bir Akit Olarak Gören Yaklaşım

Hanefîlerden Ebû Yusuf ve Mâlikî mezhebi fukahâsı ikâleyi yeni bir akit olarak nitelendirmektedirler.¹⁵⁰ Bu yaklaşımda, Ebû Hanîfe'nin üçüncü şahıslara nispetle ikâlenin niteliğine dair yaptığı değerlendirmede olduğu gibi bu işlemin gerek kuruluş şekli gerekse anlamı itibariyle bir akit olarak kabul edilmeye elverişli görülmesi yatmaktadır. Zira her ne kadar ikâle sözlük anlamı itibariyle akdi ortadan

¹⁴⁵ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 487; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 179; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 72.

¹⁴⁶ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 55; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306.

¹⁴⁷ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 55.

¹⁴⁸ Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 208.

¹⁴⁹ Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 73.

¹⁵⁰ Sahnûn, **el-Müdevvene**, C: III, s. 116; Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed el-Hattâb er-Ruaynî, **Mevâhibü'l-Celîl fî şerhi Muhtasari Halil**, 6 c., 3. bs., y.y., Dâru'l-fikr, 1412/1992, C: IV, s. 485; Hûrân, **a.g.e.**, s. 175.

kaldırmayı ifade etse de, mesela bey' akdinin ikâlesi örneğinde ele alındığında yapılan tasarruf malın mal ile mübadelesinden ibarettir. Bu işlem ise bey' mefhumunun anlamıdır. Dolayısıyla lafzı değil manayı esas almanın gerekliliği esasından hareketle ikâle işlemi bu görüşe göre yeni bir akit olarak görülmüştür.¹⁵¹

İkâlenin yeni bir akit olarak görülmesi, onu doğal olarak akdin tabii olduğu şartlarla kayıtlı kılmaktadır. Bu sebeplerdir ki İmam Mâlik (v. 179/795), sarf akdinin ikâlesi halinde tarafların ödedikleri bedelleri işlemin yapıldığı mecliste karşılıklı teslim almalarını şart koşmuş, aksi takdirde ikâlenin geçersiz olacağını ifade etmiştir.¹⁵² Zira bahsi geçen akdin ikâlesi ona göre yeni bir sarf akdi olup, bedellerin akit meclisinde karşılıklı kabz edilmesi bu işlemin geçerliliği için şarttır.

Ebû Yusuf ikâleyi yeni bir akit olarak görmeye birlikte bu tasarrufu yeni bir akit saymanın önünde hukuken bir engel bulunuyorsa, böyle bir durumda ikâlenin fesih hükmünü alacağını, fesih saymak da mümkün değilse işlemin hükümsüz olacağını ifade etmektedir.¹⁵³ Buna göre bir kimse satın aldığı akarı henüz teslim almadan satıcısıyla ikâle yapsa, taşınmaz malın kabz edilmeden önce satımı Ebû Yusuf'un içtihadına göre geçerli bir tasarruf olduğundan bu ikâleyi yeni bir satım akdi olarak kabul etmek mümkündür. Ancak menkul mal aynı durumda ikâle edildiği takdirde, bu tasarruf hukuken yeni bir satım akdi sayılamayacağından burada ikâle fesih hükmünü alacaktır.¹⁵⁴

Türk Borçlar Kanununda ikâle işlemi düzenlenmemiş olmakla beraber Türk borçlar hukuku kaynaklarında da ikâleye yer verilmekte ve bu işlem bir akit olarak değerlendirilmektedir. Gerek bu işlemi ifade etmek için kullanılan kavramlarda gerekse hukukçular tarafından yapılan tanımlarda bu durum açık bir şekilde görülmektedir.¹⁵⁵

¹⁵¹ Hûrân, **a.g.e.**, s. 176.

¹⁵² Sahnûn, **el-Müdevvene**, C: III, s. 116.

¹⁵³ Mevsılî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 55; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 32; Hûrân, **a.g.e.**, s. 176.

¹⁵⁴ Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 272-273.

¹⁵⁵ Türk hukukunda bu işlem "fesih sözleşmesi", "bozma sözleşmesi", "çözme sözleşmesi" ve "ikâle sözleşmesi" terimleriyle ifade edilmektedir. İlgili kaynaklarda ikâle için yapılan tanımlardan biri

1.4.1.2.3.3. İkâlenin Hukuki Niteliği Hakkındaki İhtilafın Doğurduğu Sonuçlar

İkâlenin fesih sayılması ile yeni bir akit olarak kabul edilmesinin, bir yandan bu işlemi gerçekleştiren taraflar diğer taraftan da üçüncü şahıslar açısından birbirinden farklı sonuçları vardır. Bu sebeple ikâleye yükledikleri vasfa bağlı olarak İslam hukukçularının bu işlemin söz konusu olduğu pek çok meselede birbirinden farklı yaklaşımları olmuştur. Bu yaklaşım farklarını belli başlı meseleler üzerinden şöylece ele alabiliriz:

1) İkâleyi fesih sayan yaklaşıma göre bu işlemde akde konu olan bedel ya da bedeller taraflarca birbirlerine aynıyla ve akitte kararlaştırıldığı şekilde iade edilmelidir.¹⁵⁶ İkâleyi yeni bir akit sayanlara göre ise taraflar farklı bir bedel üzerinde veya farklı bir ödeme şeklinde de anlaşabilirler.¹⁵⁷ Bu görüş ayrılığından dolayı mesela bir satım akdinin taraflarının, bu akitte ödenenden daha yüksek veya daha düşük yahut farklı para türünden bir fiyat üzerinde anlaşarak ya da ödemenin vadeli yapılmasını şart koşarak akdi ikâle etmeleri halinde, yapılan işlemin hükmü hakkında İslam hukukçuları arasında ihtilaf söz konusu olmuştur.

İmam Ebû Hanîfe'ye göre bu durumda ikâle, akitte belirlenen fiyat ve ödeme şekli üzerinden geçerli olur. Buna göre tarafların ileri sürdükleri fiyat artırımını, indirimi, farklı para türünden ödeme, ödemenin vadeli olması gibi şartlar hükümsüz olur ve taraflar hukuken akitte ödemiş oldukları bedelleri birbirlerine aynıyla iade etmekle yükümlü olurlar.¹⁵⁸ Çünkü yapılan işlem bir fesihtir. Fesih ise akdi ortadan kaldırıp hiç yapılmamış hale getirmek demektir. Bu da ancak bedellerin aynen

şöyledir: “tarafların aralarındaki akdî ilişkiyi sona erdirmek amacıyla yeni bir sözleşme yapmak suretiyle karşılıklı olarak alacak ve borçlarından vazgeçmeleridir.” Bkz. Abdurrahman Savaş, “Türk Borçlar Hukukunda İkâle Sözleşmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, sy. 26, 2016, s. 111-112.

¹⁵⁶ Nitekim bazı fikhî kaynaklarda bu husus şu cümleyle ifade edilmiştir: *الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن* "الأول" "Satım akdinde ikâle birinci semenin misliyle olması halinde geçerlidir." Ebu'l-Hasen Burhâneddîn Ali b. Ebîbekr el-Merğînânî, **Bidâyetü'l-mübtedî**, Kahire, Mektebetü Muhammed Ali Subh, t.y., s. 137; Kudûrî, **a.g.e.**, s. 85; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 208.

¹⁵⁷ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 55; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 272-273.

¹⁵⁸ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 85; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 55; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306; Hûrân, **a.g.e.**, s. 179.

iadesiyle gerçekleşir. Ayrıca ikâle bir fesih işlemi olduğundan fâsid şartlar akitlerin aksine bu tasarrufun sıhhatine etki etmemektedir. Bu sebeple bahsi geçen şartların kendileri hükümsüz olup ikâlenin sıhhatine zarar vermezler.¹⁵⁹ Ancak şunu belirtmek gerekir ki, ikâleden önce akde konu olan malda müşterinin elindeyken herhangi bir kusur oluşmuşsa, iade edilecek semende bu kusur nispetinde eksiltme yapılabilir. Bu eksiltme ikâlenin sıhhatine zarar vermez.¹⁶⁰ İkâleyi her hâlükârda fesih olarak gördüğünden İmam Züfer'in (v. 158/775) bu konudaki görüşü de Ebû Hanîfe'nin görüşüyle aynıdır.¹⁶¹

Ebû Yusuf ve Mâlikî fukahâ ise ikâleyi yeni bir akit olarak gördüklerinden, mezkûr hadisede onlara göre ikâle tarafların anlaştıkları şartlar üzerinden geçerli olur.¹⁶² Ancak şayet bahsi geçen satım akdinde akde konu olan şey menkul bir mal olur ve ikâle mal henüz müşteri tarafından teslim alınmadan yapılmış olursa, menkul malın kabz edilmeden satımı geçerli olmayacağından ikâleyi yeni bir satım akdi olarak nitelemek mümkün olmayacaktır. Bu durumda Ebû Yusuf'a göre de ikâle fesih kabul edilir ve işlem satım akdinde belirlenmiş bulunan fiyat, para cinsi ve ödeme şekli üzerinden geçerli olur.¹⁶³ Gayrimenkul malın ise teslim alınmadan satımı Ebû Yusuf'a göre caiz olduğu için, bu malın satımının müşteri malı teslim almadan ikâle edilmesi işlemin yeni bir akit sayılmasına engel olmayacaktır. Bu durumda tarafların ileri sürdükleri şartlar geçerli olacaktır.¹⁶⁴

İmam Muhammed ikâleyi İmam Ebû Hanîfe gibi fesih olarak görmekte beraber, örnekteki olayda tarafların akitte belirlenenden daha yüksek bir fiyatta yahut semenin farklı bir para türünden olmasında ya da ödemenin vadeli olması hususunda

¹⁵⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 307; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 179; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 208; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 272; Hûrân, **a.g.e.**, s. 179.

¹⁶⁰ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 55; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 32; Sirâceddîn Ömer b. İbrahim b. Nüceym el-Hanefî, **en-Nehru'l-Fâik şerhu Kenzi'd-dekâik**, thk. Ahmed Avz İnâye, 3 c., y.y., Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1422/2002, C: III, s. 452-453.

¹⁶¹ Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 273; Göç, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁶² İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 490; Hûrân, **a.g.e.**, s. 179-180. Mâlikî hukukçu İbn Rüşd (v. 520/1126) bu konuda şöyle söylemektedir: "Mâlikîlere göre ikâlede akitte belirlenen fiyatta artırım ya da indirim yapılırsa, yapılan tasarruf yeni bir satım akdi olur. Kişinin bir şeyi bir fiyata satın da sonra onu sattığı kişiden daha yüksek bir fiyat karşılığı tekrar satın almasında hiçbir sakınca yoktur." İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 160.

¹⁶³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 307; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 272-273; Hûrân, **a.g.e.**, s. 180.

¹⁶⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 307.

anlaşmaları durumunda ikâleyi bu anlaşılan şartlar üzerinden geçerli saymaktadır. Çünkü ikâlede bu şartların ileri sürülmesi ona göre işlemin fesih sayılmasına engel olmaktadır. Bu durumda ikâle yeni bir akit olarak değerlendirileceğinden tarafların anlaşmaları fiyat ve ödeme şekli üzerinden geçerli sayılacaktır. Tarafların ikâlede akittekinden daha düşük bir fiyata anlaşmaları halinde ise, İmam Muhammed'e göre yapılan işlem fesih sayılır ve akitte belirlenen fiyat üzerinden geçerli olur.¹⁶⁵ Tarafların düşük fiyatta anlaşmalarının ikâlenin fesih sayılmasına engel görülmemesinin sebebi, bu durumun taraflardan birinin alacağı bedelin bir kısmından feragat etmesi şeklinde yorumlanmasının mümkün olmasıdır.¹⁶⁶ Diğer bir ifadeyle tarafların düşük fiyatta anlaşması, onların yeni bir akit yapma niyetinde olmalarına değil, akdi feshetme düşüncesinde olduklarına fakat onlardan birinin akitte ödediği bedelin bir kısmından vazgeçtiğine yorumlanabilir. Dolayısıyla yapılan işlem fesih sayıldığından taraflar fıkhen aldıklarını aynen iade etmekle yükümlü olacaklardır.

Şâfi'î ve Hanbelî fakihler ise ikâleyi her ne kadar fesih saysalar da, onlara göre fâsid şartlar ikâleyi geçersiz kılmaktadır. Bu nedenle onlar örnekteki olayda zikredilen şartların ikâleyi hükümsüz kılacağı kanaatindedirler.¹⁶⁷ Çünkü fesih de akit gibi tarafları arasında denklik ve eşitliğin dikkate alındığı işlemlerdendir. Dolayısıyla bu eşitliği bozan şartlar akdi olduğu gibi ikâleyi de geçersiz kılarlar.¹⁶⁸

2) Kişinin, üzerinde ortağının veya bitişik komşusunun şüf'a hakkı bulunan taşınmazını yabancıya satması ve şüf'a hakkı sahibinin (**şefi'**) de bu hakkından feragat etmesi halinde, daha sonra akar sahibi ile müşteri ikâle yaparlarsa şefi' için yeniden bir şüf'a hakkının sabit olup olmayacağı hususunda İslam hukukçuları arasında ikâleye yükledikleri sığata bağılı olarak farklı yaklaşımlar olmuştur. İkâleyi fesih sayan İmam Muhammed ve Züfer ile Şâfi'î ve Hanbelî hukukçulara göre bu işlem şefi' için böyle bir hak doğurmayacaktır. İkâleyi gerek genel olarak yeni bir

¹⁶⁵ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 490; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 273; Hürân, **a.g.e.**, s. 181.

¹⁶⁶ Bkz. Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 11; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 490.

¹⁶⁷ Ebû Zekerîya Yahya b. Şeref en-Nevevî, **Ravzatü't-tâlibîn ve umdetü'l-müftîn**, thk. Züheyr eş-Şâviş, 12 c., 3. bs., Beyrut, el-Mektebü'l-İslâmî, C: III, s. 496; Ebû Yahyâ Zekerîya b. Muhammed el-Ensârî, **Esne'l-Metâlib fi şerhi Ravdı't-tâlib**, 4 c., y.y., Dâru'l-kitâbi'l-İslâmî, t.y., C: II, s. 75; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 250; Hürân, **a.g.e.**, s. 180.

¹⁶⁸ Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 250; Göç, **a.g.e.**, s. 45.

akit olarak gören Ebû Yusuf ve Mâlikîlere göre, gerekse sadece üçüncü şahıslar hakkında yeni bir akit sayan Ebû Hanîfe'ye göre ise böyle bir durumda şefî' yeniden şüf'a hakkına sahip olacaktır.¹⁶⁹ Zira satıcının eski ortağı veya komşusu durumunda bulunan şefî', akarın satım işleminin tamamlanmasıyla birlikte artık müşterinin akardaki ortağı yahut komşusu olmaktadır. Bu niteliğinden dolayı müşteri tarafından akarın satılması halinde onun için yeni bir şüf'a hakkı sabit olacaktır. Bu durumda akarın satım sözleşmesi ikâle edildiğinde; bu işlemi yeni bir akit olarak görenlere göre üçüncü şahıs olan şefî' açısından müşteri akarı satın aldığı kişiye satmış sayılacağından bu şahsın haliyle şüf'a talebinde bulunma hakkı doğacaktır. İşlemi fesih olarak değerlendirenlere göre ise, şüf'a hakkı fesih işlemine taalluk etmediğinden ikâle şefî' için böyle bir talepte bulunma hakkı doğurmayacaktır.¹⁷⁰

3) Bir kimse menkul ya da gayrimenkul malını birine hibe etse ve hibe edilen kişi de bu malı bir başkasına satsa; daha sonra bu satım akdi ikâle edilerek mebî'in hibe edilen şahsın (**mevhûbun leh**) mülkiyetine geri dönmesi halinde, ikâleyi akit sayan fukahâyâ göre hibe eden (**vâhib**) hibesinden rücû' etme hakkına sahip değildir. Çünkü bu durumda mevhûbun leh mevzu bahis malı yeni bir akitle satın almış sayılır.¹⁷¹ Dolayısıyla hibe edilen mal ona yeni bir mülkiyetle dönmüş olur. Bu durum ise hibe akdinin vâhib tarafından feshine engeldir.¹⁷² İkâleyi fesih olarak nitelendiren İslam hukukçularına göre ise mezkûr meselede vâhibin hibeden rücû' hakkına sahip olacağı açıktır. Zira fesihle satım akdi hiç yapılmamış gibi olacağından, bu görüşteki hukukçular açısından hibe edilen mal mevhûbun lehin mülkiyetinden hiç çıkmamış gibidir. Bu durumda hibeden dönmeye bir mani bulunmamaktadır.¹⁷³

4) Satın aldığı malı başkasına satan bir şahıs müşteriyle ikâle yapıp mebî'i geri alsa, sonra mebî'de kendisine satan kimsenin yanındayken meydana geldiği

¹⁶⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 308; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 179; Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 495; Buhûtî, **a.g.e.**, C: III, s. 250; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 274; Hûrân, **a.g.e.**, s. 181; Bilmen, **a.g.e.**, C: VI, s. 27.

¹⁷⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 308; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 179; Senhûrî, **a.g.e.**, C: VI, s. 274; Hûrân, **a.g.e.**, s. 181; Bilmen, **a.g.e.**, C: VI, s. 27.

¹⁷¹ Haskefî, **a.g.e.**, s. 423-424; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 492; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 208; Bilmen, **a.g.e.**, C: VI, s. 27.

¹⁷² İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 128.

¹⁷³ Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 249.

anlaşılan bir kusuru fark etse, ikâle akit kabul edildiği takdirde aldığı malın kusurlu olduğunu gerekçe göstererek satıcıyla yapmış olduğu akdi feshedemez. Çünkü bu şahıs müşteriyle yaptığı ikâleyle bahsi geçen malı yeni satın almış sayılır. Dolayısıyla ilk satıcısına iade etme hakkı ortadan kalkar.¹⁷⁴ İkâleyi fesih sayan görüşe göre ise mezkûr kişinin ayıp muhayyerliğine istinaden akdi feshedip malı satıcıya iade etmesine engel bir durum yoktur.¹⁷⁵

5) Akde konu olan malda iadeye engel bir durumun bulunması halinde, akdin ikâleye konu edilip edilemeyeceği yine bu işleme verilen niteliğe göre farklılık arz edecektir. Mesela satılan bir hayvanı müşteri teslim aldıktan sonra hayvan doğursa, satıcıyla müşteri arasında yapılacak olan ikâle Ebû Hanîfe ve Züfer'e göre geçersiz sayılır. Zira kabz edildikten sonra mebi'de meydana gelen bitişik olmayan artışlar feshede engeldir. Bu durumda ikâleyi taraflar arasında fesih sayma imkânı bulunmadığından ikâle hükümsüz olur.¹⁷⁶ Ebû Yusuf ikâleyi yeni bir akit saydığından ona göre anılan durumda ikâle geçerlidir. İmam Muhammed'e göre de fesih sayma imkânı olmadığından ikâle yeni bir akit sayıldığından bu meselede ikâle geçerli olur.¹⁷⁷

6) Selem akdinde satılan mal henüz teslim alınmadan yapılan ikâlenin hükmü de, ikâlenin akit ya da fesih olarak değerlendirilmesine göre değişmektedir. Akit olduğu kabul edilirse böyle bir durumda ikâle geçerli olmamaktadır. Çünkü örnek hadisede selem akdinin ikâlesiyle menkul malın teslim alınmadan satımı gerçekleşmiş olacaktır. Bu ise caiz olmayan bir tasarruftur.¹⁷⁸ Fesih sayılması halinde ise böyle bir şey söz konusu olmayacağından ikâlenin geçerliliğine engel bir durum yoktur.¹⁷⁹

Burada şu hususu ilave etmek gerekir ki, Mâlikî hukukçular ikâleyi genel olarak yeni bir akit saysalar da, selem akdinin mebi'in kabz edilmesinden önce ikâle

¹⁷⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 308; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 179-180; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 594.

¹⁷⁵ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 308.

¹⁷⁶ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 179; İbnü'l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 491.

¹⁷⁷ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 11; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 491.

¹⁷⁸ Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 495.

¹⁷⁹ Nevevî, **a.g.e.**, C: III, s. 495; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 248-249.

edilmesinde farklı bir yaklaşıma sahip olmuşlardır. Buna göre gıda ürünlerinin satımı mevzu bahis olduğunda, akdin ikâlesi Mâlikî fakihlerce de yeni bir satış değil, önceki akdin feshi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla böyle bir akitte ürünün teslim alınmadan ikâlesi caiz görülmüştür.¹⁸⁰

7) Akdi yapmaya vekil kılınan kimsenin bu vekâletle ikâle işlemine de yetkili kılınmış sayılıp sayılmayacağı da ikâleye yüklenen niteliğe göre değişecektir. İkâleyi akit sayan anlayışa göre akde vekil kılınan kişi ikâle yapmaya da yetkili kılınmış sayılır. İkâleyi fesih olarak gören yaklaşıma göre ise söz konusu vekâlet akdi feshetme yetkisi vermemekte, bunun için müvekkilden ayrıca onay alınması gerekir.

1.4.1.2.4. İkâlenin Kuruluşu

İster fesih isterse yeni bir akit sayılsın ikâle iki tarafın karşılıklı anlaşmasıyla gerçekleştirilen bir hukuki işlemdir. Bu sebeple tıpkı akitler gibi ikâle de işlemin her iki tarafının rıza ve iradesine delalet eden beyanlar olan icap ve kabul ile kurulur.¹⁸¹ İkâlenin hukuki niteliğine yönelik farklı yaklaşımları bulunmakla birlikte İslam hukukçuları genellikle bu işlemin gerçekleşebilmesi için irade beyanında "أقلت", "رفعت", "فاسخت", "تركت" gibi akdin ortadan kaldırılmasına delalet eden tabirlerin kullanılması gerektiğini ifade etmişlerdir.¹⁸² İkâleyi fesih olarak görenlerin bu yaklaşımının sebebi açıktır. İkâleyi akit olarak değerlendiren hukukçular açısından ise bunun sebebi kanaatimizce şudur: Her ne kadar yeni bir akit sayılsa da, ikâle esasen kendisine konu olan sözleşmenin cinsinden ayrı bir akit olmayıp aksine bu sözleşmeyi bozmaya matuf olarak yapılan bir tasarruftur. Bu sebeple akdin inşasını değil iptalini ifade eden söz kalıplarıyla kurulur.

¹⁸⁰ Ruaynî, **a.g.e.**, C: IV, s. 485; Sahnûn, **a.g.e.**, C: III, s. 116; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 155.

¹⁸¹ Mecelle'nin 191. maddesinde bu husus şöyle ifade edilmiştir: "Bey' gibi ikâle dahi icâb ve kabûl ile olur."

¹⁸² İbn Nüceym Zeynüddîn, **el-Bahr**, C: VI, s. 110; İbn Nüceym Sirâceddîn, **en-Nehru'l-Fâik**, C: III, s. 451; Haskefî, **a.g.e.**, s. 423; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 166; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 455; Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 495. San'ânî (v. 1182/1768) bu konuda şunu söylemektedir: "ولا بد من لفظ يدل عليها وهو" "أقلت وما يفيد معناه عرفاً" "İkâlede irade beyanında bulunulurken bu işleme delalet eden tabirlerin kullanılması gerekir ki, bunlar: "akdi ikâle ettim" ve örfen bu anlamı ifade eden sözlerdir." San'ânî, **a.g.e.**, C: II, s. 45.

Bunun yanında ikâlenin yeni bir akdin inşasına delalet eden “aldım”, “sattım” gibi ifadelerle de kurulabileceğini söyleyen hukukçular da bulunmaktadır. Bu görüşteki hukukçular hukuki işlemlerde, dile getirilen lafızlardan çok yapılan işlemin mana ve içeriğinin dikkate alınması gerektiğini savunmuşlardır. Dolayısıyla netice itibariyle iki taraf arasında yapılan sözleşmenin bozulup bedellerin karşılıklı iadesine götüren her ifade ve eylem ikâle işleminin hukuken gerçekleşmiş olması için yeterlidir.¹⁸³ Nitekim ikâlenin icap ve kabulde bulunulmaksızın teati yoluyla da geçerli görülmesi bunu göstermektedir.¹⁸⁴

Tarafların icap ve kabulü ile kurulan bir tasarruf olması hasebiyle, akitlerin kuruluş aşamasında irade beyanlarında bulunması gereken şartlar ikâlenin kuruluşunda da tabii olarak aranacaktır. Nitekim İslam hukuku kaynaklarında bu kapsamda, ikâle yapılırken tarafların irade beyanlarına kesin ve açık bir şekilde delalet eden sîga ve sözcükleri kullanmaları gerektiğinden bahsedilmektedir.¹⁸⁵ Ancak akit kurulurken tarafların pazarlık yapması mutad olduğundan orada akdi inşa etme iradesiyle pazarlığı birbirinden ayırmak için irade beyanında kullanılan söz kalıpları üzerinde daha titiz bir şekilde durulmuştur. Akdi bozma esnasında ise pazarlık alışlageldik bir durum olmadığından ikâlenin kuruluşunda bu hususta fukahâ arasında daha esnek yaklaşımların bulunduğu görülmektedir.¹⁸⁶ Öte yandan ikâlenin kuruluş şartları arasında icap ve kabulün aynı mecliste yapılması hususu da zikredilmektedir.¹⁸⁷ Ayrıca irade beyanlarının birbiriyle uyuşmasını ve tarafların birbirlerinin beyanlarından haberdar olmasını, iki taraflı bir tasarruf olmasının sonucu olarak yine ikâlenin in’ikâdı için gerekli şartlar arasında saymamız gerekmektedir.

İkâle akdin kendisini gerçekleştiren taraflarca bozulmasından ibaret bir tasarruf olduğu için, bu işlemin kuruluş şartları arasında akdin taraflarında aranan

¹⁸³ Buhûtî, **Keşşâfu’l-kınâ’**, C: III, s. 250; Hûrân, **a.g.e.**, s. 174.

¹⁸⁴ **Mecelle**, md. 192; Haskefî, **a.g.e.**, s. 423; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 167; Buhûtî, **a.g.e.**, C: III, s. 250; Bilmen, **a.g.e.**, C: VI, s. 25.

¹⁸⁵ Haskefî, **a.g.e.**, s. 423; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 110; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 165; Bilmen, **a.g.e.**, C: VI, s. 25; Senhûrî, **Mesâdiru’l-Hakk**, C: VI, s. 269; Hûrân, **a.g.e.**, s. 174.

¹⁸⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306; Haskefî, **a.g.e.**, s. 423; Aybakan, “İkâle”, C: XXII, s. 14-16.

¹⁸⁷ Haskefî, **a.g.e.**, s. 423; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 308; **Mecelle** md. 193; Bilmen, **a.g.e.**, C: VI, s. 25.

ehliyet şartını da zikretmek gerekir. Nitekim İslam hukukçuları bu hususta, ikâleyi yapacak kimsenin hukuken akdi inşa etmeye yetkili olması gerektiğini ifade etmişlerdir.¹⁸⁸ Buna göre mesela hukuki temsilcisinin izin veya icâzeti olmadan ivazlı akitleri gerçekleştirmeye ehliyeti olmayan mümeyyiz çocuk, yine yaptığı akdin ikâle işlemini de velisinin izin ve onayı olmadan gerçekleştiremez.

İkâlenin kuruluş şartlarından biri de, akde konu olan malın ikâle işleminin yapıldığı sırada ve teslim esnasında mevcut bulunmasıdır. Dolayısıyla ikâleden önce veya ikâle yapılıp henüz teslim tesellüm gerçekleşmeden akit konusu malın telef olması bu tasarrufu hükümsüz kılar.¹⁸⁹ Akde konu malın kısmen telef olması ise ikâleye tamamen engel görülmemiş, bu durumda eğer kullanılabilir durumdaysa malın kalan kısmının iade edilip, buna mukabil ödenen semenin iadesinde maldaki telef olan kısım oranınca indirime gidilmesi suretiyle kısmî bir ikâlenin yapılabileceği kabul edilmiştir.¹⁹⁰

Yeri gelmişken belirtelim ki, kısmî ikâle akde konu olan malda telef söz konusu olmaksızın da mümkün olabilmektedir. Mesela 15 kilo tahıl ürününü satan bir kimse müşteri parayı ödemeyi geciktirdiği için ona, parayı hemen ödemesini ya da akdi ikâle etmelerini teklif etse, müşteri de aldığı ürünün beş kilosunu iade edip geri kalanının parasını ödeyeceğini söylese, yapılan işlem kısmî bir ikâle olup geçerlidir.¹⁹¹

Bazı fikhî kaynaklarda ikâle işleminin bu işleme konu olan akdin taraflarınca yapılmasının zorunlu olmadığı, taraflardan birinin ölmesi halinde mirasçısının da akdi ikâle yapma hakkının bulunduğu belirtilmektedir.¹⁹² Ancak bunun için mirasçının akit yapma ehliyetine sahip olması gerektiği açıktır. Bazı İslam

¹⁸⁸ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 111.

¹⁸⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 309; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 121-122; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 168; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 270; Hûrân, **a.g.e.**, s. 184.

¹⁹⁰ Ebu'l-Fadl Abdullah b. Mahmud el-Mevsilî, **el-Muhtâr li'l-fetvâ**, 5 c., (el-İhtiyâr şerhiyle birlikte), Kahire, Matbaatü'l-Halebî, 1356/1937, C: II, s. 12; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 180; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 73.

¹⁹¹ İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 119-120; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 165.

¹⁹² İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 110; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: V, s. 121.

hukukçuları ise akdi yapanlardan birinin ölümünün ikâleye engel teşkil ettiği, böyle bir durumda varisle gerçekleştirilecek ikâlenin hükümsüz olacağı kanaatindedir.¹⁹³

1.4.1.2.5. *İkâlenin İptali*

İkâlenin iptali ifademizle bu işlemin yeni bir ikâle işlemi veya tek taraflı fesih yoluyla bozulmasını kastediyoruz. İkâleyi yapan tarafların yeni bir ikâleyle bu işlemi bozma imkânına sahip olup olmayacakları meselesi bazı İslam hukuku kaynaklarında ele alınmaktadır. Bu konuda öncelikle şunu söyleyebiliriz: İkâlenin bir akit olduğu düşüncesinin kabulü, bu işlemin de ikâle edilebileceği sonucuna götürmektedir. Çünkü bu durumda ilk ikâle inşa edilmiş bir akdi bozmaya yönelik bir akit, ikinci ikâle ise bu işlemi iptale dönük yeni bir bozma akdi olur. İkâleyi fesih saymamız durumunda ise, ikâlenin ikâlesinin imkânı konusunda verilecek hüküm, fesih işleminin yeni bir feshe konu olup olamayacağı sorusuna verilecek cevaba bağlıdır.

Fıkhi kaynakları incelediğimizde bu sorunun cevabı konusunda bir kanaat hâsıl edecek bazı işaretlere rastlarız. Mesela ikâlenin çoğunlukla fesih olarak görüldüğü Hanefî mezhebinin kaynaklarında ikâlenin ikâlesinin geçerli olduğu, bu durumda ikâle edilmiş olan akdin avdet edeceği açıkça belirtilmiştir.¹⁹⁴ Ancak selem akdinin mebi' kabz edilmeden ikâle edilmesi durumu bu hükümden istisna edilmiştir. Çünkü selem akdinde teslimden önce mebi' satıcının zimmetinde borç olarak durmaktadır. Akdin ikâlesi aynı zamanda bu borcun ibrasını ihtiva etmektedir. Bu ikâlenin yeni bir ikâleye konu olması, bozulmuş bulunan selem akdinin geri gelmesini ve dolayısıyla ibra ile sakıt olan borcun yeniden sabit olmasını gerektirecektir. Bu ise Mecelle'de yer alan "sakıt olan şey avdet etmez"¹⁹⁵ kaidesinde ifade edildiği üzere fikhen mümkün görülmemektedir. Bu sebeple selem akdinde ikâlenin ikâlesi geçerli sayılmamıştır.¹⁹⁶

¹⁹³ Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Receb el-Hanbelî, **el-Kavâid**, y.y., Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, t.y., s. 383.

¹⁹⁴ Haskefî, **a.g.e.**, s. 424; İbn Nüceym Sirâceddîn, **en-Nehru'l-Fâik**, C: III, s. 454; Nizâmeddîn el-Belhî vdğr., **el-Fetâvâ el-Hindiyye**, 6 c., 2. bs., y.y., Dâru'l-fikr, 1310 h., C: III, s. 160; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 174; Göç, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁹⁵ **Mecelle**, md. 51.

¹⁹⁶ Haskefî, **a.g.e.**, s. 424; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 111; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 130; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 174; Belhî vdğr., **a.g.e.**, C: III, s. 160; Göç, **a.g.e.**, s. 83.

İkâlenin tek taraflı fesih yoluyla bozulmasına gelince, Şâfi'î fıkhıyla ilgili telif edilmiş bazı eserlerde bunun mümkün görüldüğünü somut bir şekilde gösteren şöyle bir örnek yer almaktadır: Bir satım akdinde müşteri, aldığı malda kusur bulunduğu gerekçesiyle akdin feshini talep etse ve satıcı bunu kabul edip akdi anlaşarak feshetseler, daha sonra satıcı teslim aldığı malda müşterinin yanındayken oluşmuş bir başka kusura rastlasa, fesih işlemini iptal etme hakkına sahiptir.¹⁹⁷ Bu hadisede akdin ayıp muhayyerliğine istinaden müşterinin talebiyle feshi tarafların karşılıklı uzlaşmasıyla gerçekleşmektedir. Bu bir ikâle işlemidir. Buna göre satıcının daha sonra malda bulduğu yeni bir kusur sebebiyle bu işlemi iptal etme hakkına sahip olması, ikâlenin fesih hakkı doğuran bir sebep bulunduğu tek taraflı feshedilebileceğini göstermektedir. Ayrıca bu görüşten, ikâleyi fesih sayan Şâfi'îlere göre de feshin feshinin mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır.

1.4.1.3. Münferid İradeyle Gerçekleştirilen Fesih

Fesih kavramı mutlak olarak zikredildiğinde akdin karşılıklı rıza aranmaksızın tek tarafın isteğiyle feshedilmesi anlaşılır. Bu sebeptir ki feshin karşılıklı rızayla gerçekleşmesi İslam hukukunda farklı bir tabirle; ikâle sözcüğüyle ifade edilmiştir. Nitekim Kâsânî (v. 587/1191) de fesih ile ikâleyi birbirinden ayrı işlemler olarak ele almış ve akdin hukuki sonuçlarının fesih ve ikâle olmak üzere iki farklı işlemle ortadan kaldırılabileceğini söylemiştir. Bunu beyan ederken de fesih akdin hükmünü ortadan kaldırma eyleminin taraflardan birisi tarafından gerçekleştirdiğini belirtmiştir.¹⁹⁸ Buna göre ikâleyi fesih sayarsak bile bu işlem feshin özel bir türü olup, mutlak anlamıyla fesih akdin tek taraflı bozulması demektir. Tezimizin ikinci bölümünde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz fesih hakkı doğuran sebepler de, hep akdin tek taraflı olarak feshini isteme hakkı doğuran durumları ifade etmektedir.

Fesih hakkı doğuran sebeplerin bazıları ilgili şahsa akdi müstakil olarak feshetme yetkisi verirken, bazıları ise sadece fesih davası açma hakkı

¹⁹⁷ Abdülhamîd eş-Şirvânî, **Hâşiyetü's-Şirvânî alâ Tuhfeti'l-muhtâc**, 10 c., (Tuhfeti'l-muhtâc ile birlikte), Mısır, el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, 1357/1983, C: IV, s. 367.

¹⁹⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 306.

kazandırmaktadır. Bu ikincisinde feshin gerçekleşebilmesi için yargının bu yöndeki hükmüne ihtiyaç duyulmaktadır.¹⁹⁹ Bu açıdan taraflardan birinin iradesiyle gerçekleştirilen feshi kendi içinde yargı kararına ihtiyaç duyup duymaması açısından ikiye ayırabiliriz.

1.4.1.3.1. Müstakil Olarak Gerçekleştirilen Fesih

Feshin bu türünde taraflardan birinin veya üçüncü bir şahsın yargıya müracaat etmeye ihtiyaç duymadan kendi irade beyanıyla veya fiiliyle akdi feshetmesi söz konusu olmaktadır. Akdin yargı kararı olmaksızın tek taraflı ve müstakil olarak feshinin mümkün olduğu durumlardan biri, yapılan akdin tabiatı itibariyle gayri lazım olması halidir. Bu mahiyetteki akitlerden iki taraf için de bağlayıcı olmayan âriyet, vedîa, karz, vekâlet gibi akitlerde her iki tarafın, tek taraf için bağlayıcı olan kefâlet ve rehin gibi akitlerde ise akit kendisi hakkında bağlayıcı olmayan tarafın sözleşmeyi bağımsız olarak feshetme yetkisi vardır.²⁰⁰

Tarafların akit sırasında ileri sürdükleri şartlardan kaynaklanan muhayyerlik²⁰¹ haklarında da, muhayyer taraf mahkeme kararına ihtiyaç olmadan akdi feshedebilir. Nitekim Kâsânî bu tür muhayyerlikler kapsamındaki şart muhayyerliği hakkında, bu muhayyerlik kime ait olursa olsun, akdin muhayyer olan şahsın tek taraflı tasarrufuyla feshinin geçerli olacağını, bunun için karşılıklı rızanın ve hâkimin hükmünün şart olmadığını ifade etmiştir. Buna gerekçe olarak da bu muhayyerlikle gerçekleşen fesih işleminin, akdin diğer tarafının verdiği yetki ve onay neticesinde gerçekleşmiş olmasını göstermiştir.²⁰² Yine şart muhayyerliğinde ilgili taraf muhayyerlik süresi içerisinde akdi diğer tarafın bilgisi olmadan feshetse ve henüz mezkûr süre tamamlanmadan diğer taraf bundan haberdar olsa, yapılan fesih işlemi hukuken tamamlanmış kabul edilmektedir.²⁰³ Bu da şart muhayyerliğine sahip

¹⁹⁹ Hayrettin Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, 3 c., İstanbul, İz Yayıncılık, 2001, C: II, s. 442-443.

²⁰⁰ İbn Receb, **el-Kavâid**, s. 115; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 233.

²⁰¹ Muhayyerlikler konusu çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

²⁰² Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 271-272; Hürân, **a.g.e.**, s. 133-134.

²⁰³ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 13; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 31; Haskefî, **a.g.e.**, s. 403; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 273.

bulunan tarafın yargı kararına ihtiyaç duymadan akdi tek başına bozmaya yetkili olduğunu göstermektedir.

Nakd muhayyerliği de şart muhayyerliğinin bir türü olarak değerlendirildiğinden bu muhayyerliğe dayalı fesih işleminin geçerliliği için de yargı kararına ihtiyaç olmayacağı açıktır. Vasıf muhayyerliğine gelince, bu muhayyerlikte taraflar akde konu olan şeyin belli bir vasıfta olması hususunda anlaşmaktadırlar. Bu ise zımnen tarafların mevzu bahis vasfın bulunmaması halinde bu vasfa rağbet eden tarafın akdi feshetme hakkına sahip olacağı hususunda anlaştiklarını ifade etmektedir. Dolayısıyla bu muhayyerlikte de taraflardan birinin elde ettiği fesih hakkı, diğer tarafın verdiği yetki ve onaya dayanmaktadır. Bu sebeple kanaatimizce şart ve nakd muhayyerliklerinde olduğu gibi burada da fesih işlemi mahkeme kararına ihtiyaç olmadan ilgili tarafın müstakil tasarrufuyla gerçekleştirilebilir.

Tarafların anlaşmasına bağlı olmaksızın şer'î bir hak olarak sabit olan muhayyerliklerde de ayıp muhayyerliği haricinde akdin yargı yoluna başvurmaksızın feshedebileceği hususunda bir görüş ayrılığı yoktur. Mesela Hanefî mezhebinde meşru görülen görme muhayyerliğinde, bu muhayyerliğe sahip bulunan tarafın akdi karşı tarafın rızasını almadan ve yargı yoluna başvurmadan feshedebileceği mezhepte ittifakla kabul edilmiştir.²⁰⁴ Çünkü bu muhayyerliğin sebebi olan ma'kûdun aleyhin görülmemiş olması, akdin tamamlanmasına mani sayılmaktadır.²⁰⁵ Dolayısıyla bu muhayyerliğe dayanarak yapılan fesih, henüz tamamlanmamış bir akdi kabulden imtina etmek hükmünde kabul edilir.²⁰⁶ Meclis muhayyerliğine istinaden yapılan fesih de, kanaatimizce müstakil olarak gerçekleştirilen fesih kapsamındadır. Zira mahiyeti itibariyle meclis muhayyerliğinin taraflara verdiği fesih hakkı akit meclisiyle sınırlıdır. Bu sebeple bu muhayyerlikte feshin yargı kararına ihtiyaç duymayacağı açıktır.

Akdin ayıp muhayyerliği sebebiyle feshi ise Şâfi'î ve Hanbelî hukukçulara göre muhayyerlik hakkı olan âkid tarafından müstakil olarak

²⁰⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 281.

²⁰⁵ İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 298; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 281.

²⁰⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 281.

gerçekleştirilebilmektedir. Bu hususta akit konusu malın teslim alınmış olup olmaması arasında bir fark bulunmamaktadır.²⁰⁷ Hanefîlere göre ise muhayyer taraf malı henüz teslim almamışsa akdi tek başına feshedebilir. Teslim almış olması halindeyse fesih karşı tarafın rızasına veya hâkimin hükmüne ihtiyaç duyar.²⁰⁸ Hanefî hukukçular malın kabzedilmesinden önce akdi henüz tamamlanmış saymadıklarından, bu durumda muhayyer şahsın tek başına yaptığı feshi karşı tarafın icabını geri çevirmek gibi değerlendirmişlerdir.²⁰⁹ Şâfi'î ve Hanbelî fakihler ise, teslim alınmış olsun veya olmasın, mebî'in kusurlu çıkması halinde akdi feshetmenin müşteri için şer'î bir hak olduğu düşüncesinden hareket etmiş, bu sebeple tıpkı talak hakkında olduğu gibi kişinin kendi meşru hakkı olan bir tasarrufu tek başına gerçekleştirebileceğini söylemişlerdir.²¹⁰

Kabzdan önce veya sonra olsun fâsid akdin feshedilmesi taraflar için şer'î bir yükümlülük olduğundan, fesâd gerekçesiyle yapılan fesihte de yargı kararı veya karşılıklı rıza şartı aranmamaktadır.²¹¹

Aynı şekilde akdin eda ehliyeti eksik ya da akdi yapmaya yetkisi/velâyeti bulunmayan kimse (**fuzûlî**) tarafından gerçekleştirilmesi sebebiyle mevkûf olması durumunda, yetkili şahıs dilediği takdirde akdi tek başına feshetme hakkına sahip olur. Çünkü eda ehliyeti eksik kimseler yargı kararına ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden mahcûr kabul edilmekte olup, bunların yaptıkları kendilerine zarar verebilecek akitler İslam hukukçularının çoğunluğuna göre velilerinin onayına bağlı olarak mün'akid olur.²¹² Bu durumda velinin akdi onaylamama hakkını kullanması mün'akid olmuş bir akdi feshetmek anlamına gelir. Bunun için yargı kararına ihtiyaç olmayacağı açıktır. Fuzûlînin yaptığı akit de çoğunluğa göre mün'akid olmakla beraber adına akit yapılan kimsenin onayına mevkuftur.²¹³ Kendisinden yetki

²⁰⁷ Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 478; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 119; Hûrân, **a.g.e.**, s. 162-163.

²⁰⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 281; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 119.

²⁰⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 281.

²¹⁰ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 119.

²¹¹ Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 175; İbn Nuceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 103.

²¹² Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 667-668.

²¹³ Bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 153; İbn Âbidîn, **Reddû'l-Muhtâr**, C: IV, s. 505; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 351; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 189; Ebû İshâk Burhâneddîn İbrahim b. Muhammed, **el-Mübdî' fi şerhi'l-Mukni'**, 8 c., Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1418/1997, C: IV, s. 16; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3013; Beşir Gözübenli, "Fuzûlî", **DİA**, 1996, C: XIII, s. 239-240.

alınmadan adına akit yapılan kişi, bilgisi dışında yapılan bu akdi onaylamama hakkına sahip olup, burada da fesih için yargı yoluna başvurmaya mahal yoktur.

Akit konusu malda başkasının mülkiyet hakkının sabit olması (**istihkâk**), vekilin yaptığı akdin vekâlet sınırları dışında olması gibi durumlarda da, akde mübaşeret eden kişi fuzûlî sayıldığından adına yetkisiz olarak akit yapılan şahıs doğrudan fesih yetkisine sahiptir. Ancak birinci durumda feshin sübutu için mahkemenin istihkâk hükmünü vermiş olması ve müşterinin istihkâk konusu mala ödediği semeni geri almış bulunması şarttır.²¹⁴

Öte yandan mebi'in kabzdan önce kısmen telef olması, bir kısmının istihkâkı gibi sebeplerle akdin bölünmesinden (**teferruku's-safka**)²¹⁵ kaynaklanan muhayyerlikte de, muhayyer olan taraf bizce akdi tek başına feshetme hakkına sahip olur. Zira bu durumda akdin feshi, henüz tamamlanmamış bir akdi, bölünmesi sebebiyle mahiyeti değiştiği için kabule yanaşmamak gibidir. Bu ise geçerliliği mahkeme kararına ihtiyaç duyan bir tasarruf değildir.

Akdin yargı kararına ve karşılıklı anlaşmaya ihtiyaç duyulmaksızın tek kişinin tasarrufuyla feshinin mümkün olduğu mezkûr durumlardan şu sonuçlara varıyoruz:

1) Mülkiyetin intikalini gerektirmeyen gayri lazım akitlerde, akitle bağlı olmayan taraf akdi tek başına feshedebilir.

2) Taraflardan birine veya her ikisine belirli süre veya durumlara bağlı olarak akdi feshetme imkânı veren bir şart, akit sırasında zımnem veya sarahaten akde dâhil edilmişse, bu şarttan yararlanan taraf akdi tek başına feshedebilir.

3) Akdin feshi taraflar için şer'î bir yükümlülük ise, taraflardan her birinin akdi müstakil olarak feshetme yetkisi vardır.

²¹⁴ Ebu'l-İhlâs Hasen b. Ammâr eş-Şürünlâlî, **Gunyetü zevi'l-ahkâmi fi buğyeti Düreri'l-hükkâm**, 2 c., (Molla Hüsrev'in Düreri'l-hükkâm'ı ile birlikte), y.y., Dâru İhyâi'l-kütübi'l-arabî, t.y., C: II, s. 190.

²¹⁵ Akdin bölünmesi mevzuu fesih hakkı doğuran sebepler kapsamında ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

4) Şer'î bir hak olarak sabit olan ve akdin hukuki sonuçlarının kesin ve bağlayıcı bir şekilde tahakkukuna mani olan muhayyerliklerde, muhayyer taraf akit kesinlik kazanmadan önce akdi tek başına feshedebilir.

5) Tek başına akit yapmaya şer'an ehil ve yetkili olmayan kimselerin yaptıkları akitler, âkidin velisi veya yetkili şahıs tarafından doğrudan feshedilebilir.

Şunu da ifade etmek gerekir ki, tarafların akdi tek başına feshetme imkânına sahip olduğu durumlarda da, karşılıklı anlaşmazlık sebebiyle feshin gereği yerine getirilemiyorsa ilgili taraf yargıya başvurmak zorunda kalabilir.²¹⁶ Mesela müşterinin şart muhayyerliğine sahip olduğu bir alışveriş akdinde, satıcı müşterinin muhayyer olduğunu inkâr ediyor ve akdin feshine karşı çıkıyorsa, müşteri nizamı çözmesi için konuyu yargıya intikal ettirir. Bu gibi durumlarda yargı kararı feshin sübutunun bir ön şartı olmayıp, anlaşmazlığın çözülüp feshin gereğinin yerine getirilmesini sağlayan bir vasıtaadır.

Müstakil olarak gerçekleştirilen feshin öznesinin tarafların dışında üçüncü bir şahıs olması da mümkündür. Eksik ehliyetlilerin ve fuzûlînin yaptığı akitlerin feshi bu duruma örnek teşkil etmektedir. Bunun dışında şart muhayyerliğinde üçüncü bir şahsın muhayyer olmasının şart koşulması durumunda, tarafların dışındaki bir kişinin akdi doğrudan feshetme yetkisi söz konusu olmaktadır. Çünkü böyle bir durumda İslam hukukçuları üçüncü şahsı muhayyerlik hakkını kullanma hususunda bu şartı ileri süren tarafın vekili gibi değerlendirmekte ve ikisinden hangisi bu hakkı önce kullanıp akdi feshederse akdin münfesi olacağını kabul etmektedirler.²¹⁷

1.4.1.3.2. Yargı Kararıyla Gerçekleştirilen Fesih

Fesih hakkı doğuran bazı vakalarda fesih hakkına sahip olan tarafın bu hakkını tek başına kullanma yetkisi bulunmamaktadır. Bu tür hadiselerde söz konusu tarafın sadece fesih davası açma yetkisi bulunmakta olup, feshin hukuken geçerlilik kazanması için yargı kararı gerekmektedir. İbn Receb'in (v. 795/1393) ifade ettiğine göre, ilgili taraf için fesih hakkı doğurup doğurmayacağını tespiti içtihat gerektiren

²¹⁶ Esmâdî, **a.g.e.**, s. 177.

²¹⁷ Mevslî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 14; Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 31-32.

ve bu hususta İslam hukukçuları arasında ihtilafa mahal olan durumlarda feshin geçerliliği hâkimin hükmüne ihtiyaç duymaktadır.²¹⁸

Konuyu bu yaklaşım doğrultusunda ele alırsak; fesih sebepleri²¹⁹ içerisinde yer alan ikrah, hile, gabn ve hata hallerinde, feshin yargı kararına ihtiyaç duyacağını ifade etmeliyiz. Çünkü akdin bu haller sebebiyle feshedilebilmesi için, bu hallerin şer’î/hukuki anlamlarıyla tahakkuk edip etmedikleri, akdin feshini gerektirecek ölçüde olup olmadıkları, feshi talep eden tarafın rızasına ne derecede etki ettikleri gibi birçok unsurun tespitine ihtiyaç vardır. Dolayısıyla taraflardan birinin tek başına mezkûr hallerin vukuu iddiasıyla akdin feshine karar vermesi mümkün olmayıp, bunun için yargı merciinin içtihadına ihtiyaç bulunmaktadır.

İstimrârî akitlerin mazeretler sebebiyle feshini caiz gören Hanefî hukukçular arasında, akdin bu gerekçeyle feshinin geçerliliği için hâkimin hükmünün gerekip gerekmeyeceği tartışılmıştır. İmam Muhammed’in “Ziyâdât” adlı eserinde zikrettiğine göre, icâre akdinde mazereti olan tarafın akdi feshetmesi için bu yöndeki talebini mahkemeye iletmesi gerekir. Çünkü akdin mazeret sebebiyle feshedilebilirliği içtihadı açık bir konudur. Bu sebeple böyle bir durumda feshin geçerliliği hâkimin onayına bağlı olur.²²⁰ Serahsî mezhepte en sahih kabul edilen görüşün bu olduğunu söyler.²²¹ Ancak bazı fakihler bu konuda mutlak bir kanaat ortaya koymamış, mazeretin durumuna göre hükmün değişeceğini söylemişlerdir. Bu görüşe göre mazeret açık ve bilindir durumdaysa özür sahibi akdi tek başına feshedebilirken, böyle olmayıp araştırmaya ve takdire ihtiyaç duyuyorsa fesih hâkimin hükmüyle gerçekleşir.²²²

Akdin tarafların dışındaki üçüncü bir şahsın hakkı dolayısıyla feshi meselesinde, eğer bu şahsın akde konu olan şey üzerindeki hakkı istihkâk halinde olduğu gibi mülkiyet hakkı değilse, bu durumda da fesih yargı kararına ihtiyaç duyar. Nitekim üzerinde şüf’a hakkı bulunan bir akarın satımı halinde, şefi’in bayi ile

²¹⁸ İbn Receb, **a.g.e.**, s. 116; Bardakoğlu, “Fesih”, C: XII, s. 428.

²¹⁹ Fesih hakkı doğuran sebepler ikinci bölümde tafsilatlı olarak incelenecektir.

²²⁰ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XVI, s. 3; Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 146.

²²¹ Serahsî, **a.g.e.**, C: XVI, s. 3; Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 146.

²²² Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 146; Belhî vdğr., **a.g.e.**, C: IV, s. 458; Bardakoğlu, “Fesih”, C: XII, s. 432.

müşteri arasında yapılan akdi tek başına feshederek akarı temellük etme yetkisi olmayıp, bunun için mahkemeye müracaat edip şüf'a talebinde bulunması gerekir. Bu talep üzerine yapılan yargılama neticesinde akar üzerinde yapılmış olan satım sözleşmesi hâkim tarafından feshedilir ve akarın şefî'e verilmesine hükmedilir.²²³ Burada satım akdinin şefî' tarafından doğrudan feshedilememesinin sebebi, akarın mülkiyetinin yapılan akitle müşterinin mülkiyetine girmiş olmasıdır. Dolayısıyla onun mülkiyetinden çıkması ancak kendi rızasıyla veya mahkemenin hükmüyle olur.²²⁴

Aynı durum maraz-ı mevt halindeki kişinin yaptığı mirasçılara veya alacaklılara zarar veren akitlerin feshi hakkında da geçerlidir. Çünkü bir hastalığın maraz-ı mevt oluşu ancak ölümle neticelenmesi ile bilinebilir. Bu nedenle bu haldeki kişinin hayattayken yaptığı akitler sahih ve nâfiz kabul edilir, dolayısıyla yapıldığı anda hukuki sonuçlarını doğurur.²²⁵ Buna göre onun söz gelimi zararına sattığı veya hibe ettiği mallarının mülkiyeti akit yaptığı şahıslara intikal etmektedir. Bundan dolayı hastanın ölümünden sonra mirasçılarının veya alacaklılarının, yargı kararı olmaksızın onun maraz-ı mevt sırasında yaptığı akitleri feshederek bu malları ilgili şahıslardan cebren temellük etme yetkileri yoktur.

Hanefî hukukçuların akdin mal kabz edildikten sonra ayıp muhayyerliği gerekçesiyle feshi için yargı kararını şart koşmaları da bu yaklaşıma dayanmaktadır. Zira ayıp muhayyerliğine imkân veren akit mebî'in kabz edilmesiyle tamamlanmış sayılır ve hukuki sonuçları bağlayıcı bir şekilde terettüp eder.²²⁶ Mesela bir alışveriş akdinde müşteri kusurlu malı kabz ettiğinde, bu mal satıcının mülkiyetinden çıkıp müşterinin mülkiyetine girmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu malın tekrar satıcının mülkiyetine geçmesi ancak müşterinin rızasıyla veya yargı kararıyla mümkün olur.

²²³ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 107; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 46; Muhammed b. Abdullah et-Timurtâşî, **Tenvîru'l-ebşâr ve câmiu'l-bihâr**, (ed-Dürü'l-muhtâr şerhiyle birlikte), thk. Abdülmün'im Halil İbrahim, y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1423/2002, s. 623; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 23.

²²⁴ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 43; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 107; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 146.

²²⁵ İsmet Abdülmecîd Bekr, **Nazariyyetü'l-Akd fi'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmîyye, t.y., s. 230; Zeydân, **a.g.e.**, s. 304.

²²⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 281. Ayr. bkz. İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C:VI, s. 298.

Yapısı itibariyle bağlayıcı olmayan akitler genellikle mülkiyeti nakledici mahiyette olmadığından bunların feshi yargı kararına ihtiyaç duymamaktadır. Ancak Hanefî hukukçularca bu tür akitler içerisinde kabul edilen hibe akdi mülkiyeti nakledici bir akit olduğu için bu konuda bir istisna teşkil etmektedir. Aynî akitler²²⁷ içerisinde yer alan hibe akdinde, hibe konusu mal mevhubun lehine teslim almasıyla onun mülkiyetine geçmektedir. Bu sebeple hibe akdinin de malın tesliminden sonra vâhib tarafından feshi, mevhubun lehine rızasına ya da hâkimin hükmüne ihtiyaç duymaktadır.²²⁸ Ayrıca hibe akdinin bağlayıcı olup olmadığı mezhepler arasında ihtilafli bir mevzu olduğundan, vâhibin hibe akdini feshetme isteği mevhubun lehine bağlamaz; onun bundan imtina etme hakkı vardır. Bu durumda tarafları bağlayıcı bir hükme varma yetkisi yargıya aittir.²²⁹

Taraflardan birinin akitten doğan yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde diğer tarafın elde edeceği fesih hakkının kullanımında yargı kararına ihtiyaç olup olmayacağına gelince, fikhî kaynaklarda bu konuda meselenin mahiyetine göre her iki yaklaşıma da rastlamak mümkündür. Mesela Hanefî fıkhına ait bazı eserlerde, satın aldığı malın rehin bırakılmış veya kiraya verilmiş olduğunu akitten sonra öğrenen müşterinin, satıcının mebû'î kendisine hemen teslim etmekten aciz olduğu gerekçesiyle akdi feshetmek istemesi halinde yargı yoluna başvurusu gerektiği ifade edilir.²³⁰ Gerekçe olarak da bu durumda fesih hakkının tartışmaya açık olması sebebiyle taraflar arasında niza sebep olabileceği, böyle durumlarda ise iki tarafı da bağlayacak kararı ancak hâkimin verebileceği söylenmiştir.²³¹

Bu örnekte bayiin satım akdinden doğan teslim yükümlülüğünü yerine getirememesi sebebiyle gerçekleştirilen fesih işleminin yargı kararına ihtiyaç duyduğu görüyoruz. Mustafa Zerkâ da, taraflardan birinin akdin kendisine yüklediği

²²⁷ Aynî akitler, sadece tarafların irade beyanlarıyla tamam olmayan, ancak akit konusu malın teslim-tesellümüyle tarafları için bağlayıcılık kazanan akitlerdir. Bu tür akitlerde malın kabzedilmesinden önce taraflar akdin gerekleriyle bağlı olmayıp cayma hakkına sahiptirler. Bkz. Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 419-420.

²²⁸ Aynî, **el-Binâye**, C: X, s. 199; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 458.

²²⁹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 53.

²³⁰ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 299; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 256; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 676.

²³¹ Bâbertî, **a.g.e.**, C: X, s. 180; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 508; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 676.

yükümlülüğünü ifa etmemesi halinde, diğer tarafın akdin feshini yargı yoluna başvurarak talep edebileceğini söyler.²³²

Öte yandan alışveriş akdinin mebî'i yanında bulunduran müşterinin iflas edip semeni ödeyememesi gerekçesiyle feshi için yargı kararının gerekip gerekmeyeceği hususunda, iflas sebebiyle feshe cevaz veren hukukçular arasında iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Şâfi'î mezhebinin meşhur görüşüne ve Hanbelî hukukçulara göre akdin bu gerekçeyle feshi için hâkimin müşteriyi hacr etmiş olması yeterli olup, hacr kararından sonra fesih için ayrıca hâkimin iznine ihtiyaç yoktur.²³³ Şâfi'î mezhebindeki diğer bir görüşe göre ise fesih için de ayrıca hâkimin hükmü gerekir.²³⁴

Birinci yaklaşımda akdin iflas gerekçesiyle feshiyle ilgili nas bulunduğu göz önünde bulundurularak, bu konunun nizaa sebep olmayacak derecede açık olduğu düşünülmüş, bundan dolayı akdin bu sebeple feshinin tek tarafın iradesiyle gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür.²³⁵ İkinci yaklaşımda ise vakiada konunun fukahâ arasında ihtilafı olması dikkate alınmış, dolayısıyla feshin taraflar hakkında bağlayıcı olabilmesi için yargı kararının gerekli olduğu kabul edilmiştir.²³⁶

Akdin fesâd sebebiyle feshi taraflara vâcib olduğundan onların her biri bu işlemi yargı yoluna başvurmadan yapma hakkına sahip bulunsalar da, tarafların bundan kaçınmaları durumunda İslam hukukuna göre akdin feshi için yargı devreye girer. Buna göre tarafların şer'î hükümlere aykırı bir sözleşme yaptıkları ve bu sözleşmeyi devam ettirmekte ısrarcı olduklarının hâkim tarafından bilinmesi halinde, hâkimin fâsid akdi re'sen feshetme yetkisi vardır.²³⁷

²³² Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 599.

²³³ Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 473; Remlî, **a.g.e.**, C: IV, s. 104; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 150; Abdullah Hasan Hamîd el-Hadîsî, **Ahkâmu'l-mu'sir fi'l-fıkhi'l-İslâmî**, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1426/2005, s. 130-131.

²³⁴ Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 473; Hadîsî, **a.g.e.**, s. 131.

²³⁵ Hadîsî, **a.g.e.**, s. 131. Buradaki nas da: "İflas etmiş bir kimsenin –bir insanın- yanında bizatili kendi malını gören kimse, onu almaya diğer alacaklılardan daha çok hak sahibidir" (Buhârî, "İstikrâz", 14; Müslim, "Müsâkât", 5; Dârimî, "Buyû", 51) hadisidir.

²³⁶ Hadîsî, **a.g.e.**, s. 131.

²³⁷ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 103; Haskefî, **a.g.e.**, s. 418; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3181; Bardakoğlu, "Fesih", C: XII, s. 433.

Tarafların feshe yanaşmamaları halinde bundan haberi olan hâkimin fâsid akdi feshetmesi vâcib olup hâkimin bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü akitteki masiyet unsurunu ortadan kaldırmak taraflar için olduğu gibi, taraflar bunu yapmadığında hâkim için de şer'î bir yükümlülüktür. Zira İslam ahkâmını tatbik etmek ve bu hükümlerin çiğnenmesine engel olmak yargılama makamının görevlerindedir.²³⁸ Bundan dolayıdır ki İslam aile hukukunda, fâsid nikâh akdine dayanan bir birliktelikten haberdar olan hâkimin, işlenmekte olan günahı ortadan kaldırmak için bu birlikteliğe cebren son vermesi vâcib görülmüştür.²³⁹

Netice itibariyle İslam hukukuna göre akdin yargı kararıyla feshi hususunda şu ilkeleri ortaya koyabiliriz:

1) Bir hadisenin şer'an akdi feshetme hakkı doğurup doğurmadığı bariz olmayıp araştırma ve takdire ihtiyaç duyuyorsa, bu durumda feshin geçerliliği yargı kararına bağlı olur.

2) Fesih sebebi olup olmadığı hususunda mezhepler arasında görüş farklılığı bulunan meselelerde, akdin her iki tarafını hukuken bağlayan bir fesih işlemi ancak mahkeme kararıyla mümkün olur.

3) Mülkiyet nakledici akitlerde akit bağlayıcılık kazanıp mülkiyet el değiştirdikten sonra akdin feshi için mahkemenin hükmüne ihtiyaç vardır.

4) Gayri meşru/fâsid akitlerde akdin tarafları feshe yanaşmadığında durumdan haberdar olan yargı makamının akdi re'sen feshetme yükümlülüğü bulunmaktadır.

İlk iki maddede bahsedilen durumlarda hâkimin akdin feshi yönünde hüküm verip vermemek hususunda takdir yetkisinin bulunacağı açıktır. Bu iki durumun dışında, fesih sebebi oluşu ittifakla sabit olan ve takdir gerektirmeyecek derecede bariz olan fakat mülkiyetin el değiştirmiş olması sebebiyle feshin yargı kararına ihtiyaç duyduğu haller ile fesâd sebebiyle fesihte ise hâkimin takdir yetkisi yoktur.

²³⁸ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3158; Esmâdî, **a.g.e.**, s. 176-177.

²³⁹ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: III, s. 103.

Yargı yoluyla fesih, akdin tarafların dışındaki üçüncü bir şahıs tarafından feshine örnek teşkil etmektedir. Asıl olan bir akdin onu gerçekleştirenlerden biri tarafından feshedilmesi olmakla birlikte, taraflardan biri adına tasarrufta bulunma velâyeti bulunan vekil, veli, vasi gibi bir hukuki temsilci vasıtasıyla da akdin feshi mümkündür. İslam hukukuna göre devlet başkanı ve onun temsilcisi/nâibi olan yetkililer umumi velâyet sahibi olarak kabul edilmektedir.²⁴⁰ Devlet başkanının nâibi sayılan yargı makamının fesih yetkisi de bu umumi velâyetten kaynaklanmaktadır.²⁴¹

1.4.2. Doğurduğu Sonuçların Niteliği Açısından Feshin

Kısımları

Feshe konu olan akdin mahiyetine göre fesih işleminin doğurduğu sonuçların niteliği de farklılık göstermektedir. Muasır İslam hukuku kaynaklarında feshin doğurduğu sonuçlar niteliği itibariyle geriye dönüşlü/istinâdî ve geriye dönüşsüz/iktisârî olmak üzere ikili bir ayırma tabi tutulmaktadır.²⁴² Fesih işlemini de bu açıdan istinâdî ve iktisârî sonuç doğuran fesih olmak üzere iki kısma ayırabiliriz.

1.4.2.1. İstinâdî Sonuç Doğuran Fesih

Sözlükte bir şeye eklenmek,²⁴³ dayanmak, yaslanmak anlamlarına gelen²⁴⁴ istinâd kelimesi fikhî bir terim olarak; sonraki zamanda sabit olan hükmün önceki zamana doğru işlemesi, bu zamandan beri sabitmiş gibi kabul edilmesi anlamında kullanılmaktadır.²⁴⁵ Mesela mevkûf bir akde icâzet verildiğinde bu akdin kuruluşu anından itibaren nâfiz hükmünde sayılması bu duruma bir örnektir.²⁴⁶ Yine gasp edilen mal tazmin edildiğinde, bu malın mülkiyetinin gasp edildiği vakitten beri hukuken gâsıba ait kabul edilmesi de böyledir.²⁴⁷ Bu izaha göre feshin istinâdî sonuç

²⁴⁰ Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 621.

²⁴¹ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3158; Esmâdî, **a.g.e.**, s. 176. Ayr. bkz. İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: IX, s. 47; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 457.

²⁴² Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3216-3217; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 598; Bardakoğlu, "Fesih", C: XII, s. 435.

²⁴³ İbn Fâris, **Mu'cemu Mekâyîsi'l-luga**, C: III, s. 105.

²⁴⁴ Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 65.

²⁴⁵ Muhammed Amîm İhsan el-Bereketî, **et-Ta'rîfâtü'l-fikhiyye**, y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1424/2003, s. 26; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 268. Ayr. bkz. Ebu'l-Bekâ Eyyûb b. Musa, **el-Külliyât**, thk. Adnân Dervîş-Muhammed el-Misrî, Beyrut, Müessesetü'r-risâle, t.y., s. 158; Tehânevî, **Keşşâfu Istilâhâti'l-Funûn**, C: I, s. 173; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 65.

²⁴⁶ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 268.

²⁴⁷ Ebu'l-Bekâ, **a.g.e.**, s. 158; Tehânevî, **a.g.e.**, C: I, s. 173; Bereketî, **a.g.e.**, s. 26.

doğurmasından maksat, feshedilen bir akdin kurulduğu zamandan beri münfesh sayılmasıdır. Bir başka ifadeyle feshin istinâdî sonuç doğurması, bu işlemin hukuki sonucunun akdin kurulduğu zamana dönük olarak işlemesidir. Bu da akdin hiç kurulmamış gibi kabul edilmesi demektir.

Hanefî fikhında fevrî akitlerde feshin istinâdî sonuçlar doğurduğu kabul edilmektedir.²⁴⁸ Bundan dolayı bu akitlerin feshi, tarafların akitten doğan borçlarını birbirlerine ödemiş olmaları halinde, ödenen bedellerin karşılıklı iadesini gerektirir.²⁴⁹ Buna göre mesela bey', selem, sarf, mukâyaza, sulh gibi muâvazalı akitler tek tarafın veya her iki tarafın yükümlülüğünü ifa etmesinden sonra feshedildiğinde, ifade bulunmuş olan tarafa ödediği bedelin iade edilmesi gerekir. Hibe gibi tek tarafın mal temlik ettiği teberru akitlerinin malın teslim edilmesinden sonra feshinde ise, malı teslim alan taraf aldığı iade etmekle yükümlü olur. Çünkü bütün bu akitler fevrî akitlerden olup, bunların kuruluşuyla veya ifasıyla mülkiyeti el değiştiren bedeller, akdin feshiyle birlikte akitten önceki sahiplerinin mülkiyetine geri dönmektedir. Zira fesih fevrî akitlerde istinâdî sonuç doğurmakta, onları hiç yapılmamış hükmünde kılmaktadır.

Feshin fevrî akitlerde geriye dönüşlü etki etmesinin bir sonucu da, bu akitlerin feshedilebilmesi için tarafların akit gereği ödedikleri bedellerin kendilerine iadesinin mümkün oluşunun şart koşulması, aksi takdirde akdin feshinin mümkün görülmemesidir. Nitekim fikhî kaynaklarda mebî'in teslim alındıktan sonra telef olması veya tüketilmesi ya da herhangi bir şekilde başkasının mülkiyetine geçirilmesi gibi sebeplerle iadesi mümkün olmadığında, bey' akdinin feshedilme imkânının olmayacağı ifade edilmektedir.²⁵⁰ Çünkü bedellerin karşılıklı iadesi olmadan feshin geriye dönüşlü sonuç doğurması, dolayısıyla akdin hiç yapılmamış hükmünü alması mümkün değildir.

²⁴⁸ Bu sebeple Hanefî fakihler feshi, akdi kökünden ortadan kaldırmak ve onu hiç yapılmamış hale getirmek şeklinde tanımlarlar. Bkz. Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 21; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 282; Zeylaî, **a.g.e.**, C: IV, s. 197; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 465; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 39.

²⁴⁹ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3216; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 598; Bardakoğlu, "Fesih", C: XII, s. 435.

²⁵⁰ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 22; Haskefî, **a.g.e.**, s. 418-419; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 175; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 597.

Fevrî akitlerde feshin doğurduğu istinâdî sonuçlar taraflar için olduğu gibi üçüncü şahıslar hakkında da geçerli olmaktadır. Mesela bir akarın satımı sebebiyle şüf'a hakkı elde eden kişi bu hakkını henüz kullanmadan satım sözleşmesi feshedilse, bu kişinin şüf'a hakkı düşmektedir.²⁵¹ Çünkü sözleşmenin feshi akarı hiç satılmamış hükmünde kıldığından, mezkûr şahıs da fesih durumunda şüf'a hakkını hiç elde etmemiş gibi görülecektir.

Şâfi'î, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde ise akdin fevrî olup olmadığına bakılmaksızın genellikle feshin akdi temelinden ortadan kaldıran değil, yapıldığı andan itibaren sona erdiren bir tasarruf olduğu kabul edilir. Nitekim Şâfi'î bir fakih olan Suyûtî feshin akdi baştan mı yoksa fesih anından itibaren mi ortadan kaldıracağı meselesini her bir fesih sebebine göre maddeler halinde ele almış, bu maddelerin çoğunda feshin yapıldığı andan itibaren akdi sonlandıracağını ifade etmiştir.²⁵² Yine Nevevî (v. 676/1277) mezhepte sahih olan görüşe göre feshin, akdi temelinden değil fesih anından itibaren ortadan kaldırdığını söylemiştir.²⁵³ Hanbelî hukukçu Muvaffakuddîn İbn Kudâme (v. 620/1223) de feshi bu şekilde tanımlamıştır.²⁵⁴ Mâlikî kaynaklarda da bu anlayışın örneklerini görmek mümkündür.²⁵⁵

Bu yaklaşımlarına binaen Şâfi'î, Mâlikî ve Hanbelî hukukçular mebi'de müşterinin elindeyken meydana gelen artışların –mebi'in aslından doğmuş olsun veya olmasın- akit feshedildiğinde müşteriye ait olacağı kanaatine varmışlardır.²⁵⁶ Buna göre söz gelimi satın alınan hayvanın müşterinin elindeyken yavrulaması veya sütünün satılıp kendisinden gelir elde edilmesi halinde, akit feshedildikten sonra hayvanın yavrusu ya da ondan elde edilen gelir müşterinin hakkı olur. Çünkü bu görüşe göre fesih akdi yapıldığı andan itibaren ortadan kaldırdığı için, mebi' fesih anına kadar müşterinin malı sayılır, dolayısıyla bu sırada mebi'den elde edilen mallar da müşteriye ait olur.

²⁵¹ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3216.

²⁵² Suyûtî, **el-Eşbâh**, s. 292-293.

²⁵³ Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 491; **el-Mecmû'**, C: X, s. 122; Hürân, **a.g.e.**, s. 49.

²⁵⁴ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 111.

²⁵⁵ Bkz. Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed ed-Derdîr el-Halvetî, **eş-Şerhu's-sağîr alâ akrabi'l-mesâlik ilâ mezhebi'l-İmâm Mâlik**, 4 c., (Sâvi'nin haşiyesiyle birlikte), y.y., Dâru'l-meârif, t.y., C: III, s. 186; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3218.

²⁵⁶ Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 493; Derdîr, **a.g.e.**, C: III, s. 186; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 111; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: XI, s. 385.

Aynı şekilde bu yaklaşıma göre şüf'a hakkı henüz kullanılmadan yapılan fesih şeffi'in hakkını iptal etmez.²⁵⁷ Zira şeffi'in hakkı fesihden önce sabit olmuştur. Feshin hükmü geriye dönük işlemediğinden bu hak üzerinde bir etkisi olmaz.

1.4.2.2. İktisârî Sonuç Doğuran Fesih

Sözlükte “bir şeyle yetinmek, onu aşip başkasına geçmemek”²⁵⁸ manasına gelen iktisâr kelimesi, İslam hukukunda “hükümün illeti meydana geldiği anda gecikmeden sübut bulması ve geçmiş zamana dönük işlememesi” anlamında terimleşmiştir.²⁵⁹ Bu manada iktisâr, hükümlerin sübut şekillerinden biri olup, bunlardan bir başkası olan istinâdın zıttıdır.²⁶⁰ Akitlerin ve diğer inşâî tasarrufların hükümlerinin herhangi bir engel yoksa yapıldığı andan itibaren geçerli olmak üzere sabit olması iktisâra bir örnek olarak zikredilebilir.²⁶¹ Buna göre feshin iktisârî sonuç doğurması ise, bu işlemin hukuki sonucunun işlem gerçekleştiği anda sabit olup geriye dönüşlü olmaması demektir. Bir başka ifadeyle feshin bu türünde akdin, yapıldığı andan itibaren değil fesih işleminin gerçekleştiği zamandan başlamak üzere geleceğe nispetle ortadan kaldırılması söz konusudur.

Kira ve iş akdi (**icâre**), şirket, vekâlet, iâre gibi ifası zaman alan ve peyderpey gerçekleşen istimrârî akitlerde fesih işlemi iktisârî sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla bu akitler akdin belirlenmiş süresi veya ifası tamamlanmadan feshedildiklerinde, yapıldıkları andan feshedilinceye kadar geçen süre zarfında geçerli kabul edilirler.²⁶² Çünkü bu akitler yapıları gereği, tarafların akit gereği ifa ettikleri edimleri karşılıklı iade etmelerine imkân vermezler. Bu nedenle bu akitlerde feshi geriye dönük işletmek suretiyle akdi hiç yapılmamış hükmünde kılmak mümkün değildir. Bu

²⁵⁷ Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 111; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: XI, s. 385.

²⁵⁸ Cevherî, **es-Sihâh**, C: II, s. 795; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûsu'l-Muhît**, s. 462; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: XIII, s. 426; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 243.

²⁵⁹ Bereketî, **a.g.e.**, s. 33; Tehânevî, **a.g.e.**, C: I, s. 173; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 243.

²⁶⁰ Burada hükümlerden maksat tasarrufların hukukî sonuçları olup bunlar dört şekilde sübut bulmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ebu'l-Bekâ, **a.g.e.**, s. 158; Tehânevî, **a.g.e.**, C: I, s. 173-174.

²⁶¹ Ebu'l-Bekâ, **a.g.e.**, s. 158; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 243.

²⁶² Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3216-3217; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 597; Bardakoğlu, “Fesih”, C: XII, s. 435.

özelliklerinden dolayı istimrârî akitlerin taraflara yükledikleri yükümlülükler bütünüyle ifa edildikten sonra feshedilme imkânları yoktur.²⁶³

İktisârî sonuç doğurmasına binaen istimrârî akitlerin feshiyle ilgili şu çıkarımları yapabiliriz:

1) Bu akitlerin feshi tarafların akdin geri kalan kısmındaki yükümlülüklerini ortadan kaldırır fakat onlara fesihden önce ifa edilen edimleri karşılıklı iade sorumluluğu yüklemes. Söz gelimi bir seneliğine yapılan bir iş akdinin altı ay sonra feshedilmesi halinde, geri kalan altı aylık sürede işçinin çalışma, işverenin de ücret ödeme yükümlülüğü düşer. Ancak işverenin işçinin geçen altı ayda yerine getirmiş olduğu çalışma edimini ona iade etme imkânı olmadığı için, işçinin de bu süre zarfında çalışmasına karşılık aldığı ücreti geri verme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

2) Taraflardan biri akit süresinin geçen kısmına karşılık gelen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olursa, fesih durumunda bunu yerine getirmekle yükümlü olur. Mesela yukarıdaki örnekte işveren işçinin akdin feshinden önceki altı aylık çalışmasının ücretini ödememişse, fesihden sonra bu ücreti ödemekle mükellef olur.²⁶⁴ Zira akit fesihden önceki zamana nispetle geçerli olduğundan, akdin bu zamana tekabül eden kısmının gerekleri yerine getirilmelidir.

3) Akdin taraflarından biri akit müddetinin bütününe tekabül eden borcunu önceden peşinen eda etmiş bulunursa, fesih halinde ödediği borcun akdin geri kalan kısmına karşılık gelen hissesinin diğer tarafça kendisine iade edilmesi gerekir. Mesela bir haftalığına araç kiralayan bir şahıs belirlenen ücretin tamamını akit sırasında öder de üç gün sonra akit feshedilirse, ödediği ücretin kalan dört günlük süreye tekabül eden kısmı bu şahsa iade edilmelidir. Çünkü fesih akdi kalan süre açısından ortadan kaldırdığı için tarafların bu süre içerisindeki akdî yükümlülükleri sâkit olmaktadır.

²⁶³ Zerkâ, a.g.e., C: I, s. 597.

²⁶⁴ Benzer bir örnek için bkz. Zerkâ, a.g.e., C: I, s. 597.

1.5. FESHİN ŞARTLARI

Arapça kökenli şart kelimesi lügatte “bir şeyin meydana gelmesini başka bir şeyin vukuuna bağlamak, kişinin bir şeyi başkasına veya kendisine borç kılması”²⁶⁵ manalarına gelmekte olup, gerek usûlü fıkhıta, gerekse fûrû-i fıkhıta birkaç anlamda kullanılmaktadır. Bu başlıkta kastedilen anlamıyla şart vaz’î hükümlerden biri olup, “bir şeyin varlığı kendi varlığına bağlı olmakla beraber, varlığı onu zorunlu kılmayan ve onun yapısından bir parça teşkil etmeyen durum” şeklinde tanımlanır.²⁶⁶ Mesela nikâh akdinin sıhhati için şahitlik, namazın sahih olması için abdestli olmak bu manadaki şartın örnekleridir.²⁶⁷ Bu tarife göre feshin şartlarından maksat, feshin sıhhatinin kendisine bağlı olduğu, dolayısıyla kendisi bulunmadığı takdirde feshin şer’an geçerli sayılmayacağı durumlardır. Bu manada feshin şartlarını şöyle sıralayabiliriz:

1.5.1. Akdin Feshi Sırasında Fesih Hakkının Devam Ediyor Olması

Feshin sıhhati için akit feshedileceği sırada fesih hakkının devam ediyor olması gerekir. Herhangi bir sebeple bu hak ortadan kalktıktan sonra yapılan fesih hükümsüzdür.²⁶⁸ Söz gelimi fesih hakkının belli bir süreyle kayıtlı olması durumunda, feshin sıhhati bu süre içerisinde gerçekleştirilmesine bağlı olur. Mesela şart muhayyerliğinde akdi onaylama veya feshetme hakkı taraflarca belirli bir süreyle sınırlandırılmaktadır. Bu durumda muayyen sürenin bitimiyle muhayyerlik ortadan

²⁶⁵ Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûsu'l-Muhît**, s. 673; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: XIX, s. 404; Tehânevî, **a.g.e.**, C: I, s. 1013; Ebu'l-Bekâ, **a.g.e.**, s. 529; Mehmet Boynukalın, “Şart”, **DİA**, 2010, C: XXXVIII, s. 364.

²⁶⁶ Cürcânî, **a.g.e.**, s. 125; Ebu'l-Bekâ, **a.g.e.**, s. 529; Tehânevî, **a.g.e.**, C: I, s. 1014; Bereketî, **a.g.e.**, s. 121; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 192; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 260; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 519; Boynukalın, “Şart”, C: XXXVIII, s. 364. Ayr. bkz. İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: I, s. 94; Abdülvehhâb Hallâf, **İlmu Usûli'l-Fıkh**, 8. bs., y.y., Dâru'l-kalem, t.y., s. 118.

²⁶⁷ Sadru'sh-Şerîa Ubeydullah b. Mes'ûd, **et-Tavzîh fî halli ğavâmid't-Tenkîh**, 2 c., (et-Telvîh şerhiyle birlikte), Mısır, Mektebetü Sabîh, t.y, C: II, s. 286; Abdülvehhâb Hallâf, **İlmu usûli'l-fıkhî ve hulûsatü târihi't-teşrî'**, Mısır, Matbaatü'l-medenî, t.y., s. 99.

²⁶⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 273; Esmâdî, **a.g.e.**, s. 202.

kalkıp akit bağlayıcılık kazanacağından, bundan sonra yapılacak fesih geçersiz olacaktır.²⁶⁹

Öte yandan tarafların anlaşması olmaksızın İslam hukukuna göre fesih hakkı doğuran hallerde de, bazı İslam hukukçuları bu hakkın fevrî olarak kullanılması gerektiği kanaatindedirler. Mesela Şâfi'î fakihler akdin malın kusurlu çıkması sebebiyle feshinin fevrî olarak yapılması gerektiğini, mazeretsiz geciktirildiği takdirde fesih hakkının ortadan kalkacağını ifade etmektedirler.²⁷⁰ Yine gabne maruz kalan kimsenin fesih hakkını fevrî olarak veya üç gün içerisinde kullanması gerektiği Şâfi'î fikhî kaynaklarında yer almaktadır.²⁷¹ Buna göre bu yaklaşım esas alınarak fesih hakkının, dayandığı sebebe göre kanunen belirli sürelerle sınırlandırılmış olduğu durumlarda süreye riayetin feshin sıhhat/geçerlilik şartı olacağını söyleyebiliriz.

Fesih hakkına sahip olan şahsın akit konusu maldan bu mala rıza gösterdiğine delalet edecek şekilde yararlanması da İslam hukukçularınca fesih hakkını düşüren sebeplerden sayılmıştır.²⁷² Örnek vermek gerekirse fesih hakkı sabit olan müşterinin, satın aldığı eve yerleşmesi, aldığı hayvanı sağıp sütünden yararlanması, aldığı tarlaya ekin ekmesi gibi akit konusu malda yaptığı yalnızca ona mâlik olan kişinin yapabileceği tasarruflar bu türden yararlanma kapsamında olup fesih hakkını düşürür.²⁷³ Dolayısıyla fesih hakkı bulunan kişinin ma'kûdun aleyhte bu tür tasarruflarda bulunduktan sonra yapacağı fesih geçersiz olacaktır.

²⁶⁹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 15; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: IV, s. 582; Mevvâk, **et-Tâcü ve'l-iklîl**, C: VI, s. 313; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 205.

²⁷⁰ Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed el-Mâverdî, **el-Hâvi'l-kebîr fî fikhî mezhebi'l-İmâmi's-Şâfi'î**, thk. Ali Muhammed Muavviz-Âdil Ahmed Abdülmevcûd, 19 c., Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1419/1999, C: V, s. 22; Nevevî, **el-Mecmû'**, C: IX, s. 205; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 436; Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: II, s. 67.

²⁷¹ Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 415.

²⁷² Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 15; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 155-156; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 439; Ensârî, **a.g.e.**, C: II, s. 67; Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed ed-Derdîr el-Halvetî, **eş-Şerhu'l-kebîr** 4 c. (Desûkî'nin haşiyesiyle birlikte), y.y., Dâru'l-fikr, t.y., C: III, s. 120.

²⁷³ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 297.

1.5.2. Feshin Akdin Diğ er Tarafının Bilgisi Dâhilinde Gerçekleştirilmesi

Yargı kararına ihtiyaç duysun veya duymasın tek tarafın irade ve tasarrufuyla gerçekleştirilen bir fesih işleminin hukuken geçerli sayılabilmesi için akdin diğ er tarafının bilgisi dâhilinde olmasının gerekip gerekmediğ i hususunda İslam hukukçuları arasında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

Hanefî mezhebinde İmam Ebû Hanîfe ve Muhammed, feshin kavli olarak gerçekleştirilmesi durumunda diğ er tarafın bu işlemde haberdar olmasını feshin sıhhati için şart görmekte, aksi takdirde yapılan feshi geçersiz kabul etmektedirler.²⁷⁴ Bundan dolayı fesih hakkı belli bir süreyle sınırlı olur da, bu süre içinde tek taraflı gerçekleştirilen fesih işlemi sürenin bitiminden sonra diğ er tarafa ulaşırsa, bu feshe itibar edilmez ve akit tamamlanmış sayılır.²⁷⁵

Bu yaklaşım, akdin taraflarından birinin bilgisi olmaksızın yapılan feshin geçerli kabul edilmesi halinde, fesihten haberi olmayan tarafın maruz kalabileceğ i zararları önleme düşüncesine dayanmaktadır.²⁷⁶ Söz gelimi satıcının muhayyer olduğu bir alışveriş akdinde müşteri satıcının akdi feshettiğini bilmeden mebi'de tasarrufta bulunsa ve bu tasarruf sebebiyle mebi' telef olsa, feshin geçerli sayılması halinde müşteri malın kıymetini tazminle yükümlü olabilecektir. Bu durumda malın kıymeti akitte belirlenen semenden fazla ise müşteri zarar görecektir.²⁷⁷ Yine mesela müşterinin muhayyer olduğu bir akitte akdin feshinden haberi olmayan satıcı, mebi'in mülkiyetinden çıktığı zannıyla ona uzun süre müşteri aramayacaktır. Bu ise feshin geçerli sayılması halinde satıcının zararına bir durumdur.²⁷⁸

Hanefîlerden Ebû Yusuf ve Züfer ile Mâlikî, Şâfi'î ve Hanbelî hukukçulara göre muhayyerlik hakkı olan tarafın diğ er tarafın bilgisi olmadan yaptığı fesih

²⁷⁴ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 13; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 314; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 273; Haskefî, **a.g.e.**, s. 403; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 14.

²⁷⁵ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 273; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 314; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: IV, s. 580;

²⁷⁶ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 31; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 273.

²⁷⁷ Mergînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 31; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 273; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3554.

²⁷⁸ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 31; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3554.

geçerlidir. Bu görüşün sahipleri muhayyerliğin ilgili tarafa akdi tek taraflı olarak hem onaylama, hem de feshetme hakkı sağladığı düşüncesinden hareket etmiş, tıpkı talak hakkında olduğu gibi kişinin sahip olduğu bu hakların kullanımında başkasının onayına da, bilgisine de ihtiyaç duymayacağını ifade etmişlerdir.²⁷⁹

Burada şu hususu ilave etmek gerekir ki, Hanefî mezhebi içerisinde mezkûr ihtilaf şart ve görme muhayyerliklerinde söz konusu olup, ayb muhayyerliğinde feshin diğer tarafça bilinmesi ittifakla şarttır.²⁸⁰ Kanaatimizce ayb muhayyerliğinde bu konuda varılan görüş birliği, akdin kusurlu malın kabz edilmesinden sonra feshi hakkında geçerlidir. Zira Hanefî hukukçulara göre bu muhayyerlikte, - kabzedilmesiyle birlikte mebi'nin mülkiyeti satıcıdan müşteriye intikal ettiği için- akdin kabzdan sonra feshi ancak satıcının rızası veya yargı kararıyla geçerli olur.²⁸¹ Her iki şekildeki feshin de satıcının bilgisi olmadan tahakkuku mümkün değildir.²⁸² Buna göre feshin karşılıklı rıza ya da hâkimin hükmüne ihtiyaç duyduğu bütün durumlarda Hanefî hukukçuların bu ittifakının geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

1.5.3. Feshin Akdin Diğer Taraf Aleyhine Bölünmesine Yol Açmaması

Fesih hakkına sahip bulunan tarafın diğer tarafın rızası olmadan akdi kısmen feshedip kısmen onaylama yetkisi bulunmamaktadır.²⁸³ Mesela misli bir mal satın alan ve muhayyerlik hakkı bulunan bir şahıs, malın bir kısmını iade edip semenin bu kısma tekabül eden cüzünü geri alma hakkına sahip değildir. Aynı şekilde muhayyer tarafın satıcı olması halinde onun da kısmî fesih hakkı yoktur. Çünkü kısmî feshin geçerli kabul edilmesi, akdin tek tarafın tasarrufuyla bölünmesine sebep olur. Bu durumda diğer tarafın buna rızası olmayabilir. Bu sebeple bir taraf aleyhine akdin

²⁷⁹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 13; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 503.

²⁸⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 273; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: IV, s. 580.

²⁸¹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 281; Zeydân, **a.g.e.**, s. 371.

²⁸² Feshin satıcının rızasıyla olması halinde bunun sebebi açıktır. Çünkü fesihten haberi olmayanın ona rıza göstermesi tasavvur edilemez. Feshin yargı kararıyla gerçekleştirilmesi durumunda ise, hâkimin bu konuda karar verebilmesi için satıcının mahkemede hazır bulunması zorunludur. Zira Hanefî fakihlere göre hâkimin mahkemede hazır bulunmayan taraf aleyhine hüküm vermesi caiz değildir (bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 222). Dolayısıyla feshin yargı kararıyla gerçekleşmesi de, ancak satıcının bilgisi dâhilinde mümkün olur.

²⁸³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 273, 286.

bölünmesine yol açan fesih işlemi geçersizdir. Ancak akdin bölünmesinden zarar gören taraf buna rıza gösterirse fesih geçerli olur. Çünkü bu durumda zarar, zarar gören tarafından kabullenilmiş olduğundan önlenmesi şer'an vacip olan zarar kapsamında değildir.²⁸⁴

1.5.4. Yargı Kararının Gerekli Olduğu Durumlarda Mahkemenin Feshe Hükmetmesi

İlgili tarafa akdi doğrudan feshetme yetkisi vermeyip, yalnızca fesih davası açma hakkı kazandıran durumlarda mahkemeden akdin feshi yönünde karar çıkması feshin geçerlilik şartlarındandır. Bu karar çıkmaksızın ilgili şahsın tek taraflı olarak akdi feshettiğini beyan etmesiyle fesih işlemi hukuken geçerlilik kazanmaz. Ancak taraflardan birinin müstakil olarak akdi feshetme hakkına sahip olduğu halde tarafların nizaı sebebiyle konu mahkemeye taşınmış olursa, böyle hallerde fesih hakkı olan şahsın mahkeme kararından önce gerçekleştirdiği fesih işlemi şer'an muteberdir. Zira bu durumda mahkeme kararı, feshi inşa edici bir işleve sahip olmayıp, sübut bulmuş olan fesih işleminin gereklerinin ifasını temin etmeye yöneliktir.

1.6. FESHE MANİ DURUMLAR

Mâni' terimi İslam hukuk usulünde, "varlığı şer'î hükmün veya sebebinin gerçekleşmemesine yol açan durum"²⁸⁵ şeklinde tarif edilen vaz'î bir hükümdür. Tarifte işaret edildiği üzere mani, sebebi mevcut olmasına rağmen hükmün gerçekleşmesine engel olan mani ve hükmün sebebinin gerçekleşmesinin önüne geçen mani olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır.²⁸⁶ Mesela borçlu olmak, nisabın zekâtın vücûbuna sebep olmasına engel bulunan bir mani olup ikinci kısma örnek teşkil etmektedir.²⁸⁷ Varisin murisini öldürmesi ise sebebi mevcut olduğu halde miras

²⁸⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 286.

²⁸⁵ Hallâf, **İlmü Usûli'l-Fıkh**, s. 120; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 343; Ferhat Koca, "Mâni'", **DİA**, 2003, C: XXVII, s. 573.

²⁸⁶ Abdülkerîm b. Ali en-Nemle, **el-Mühezzeb fi ilmi usûli'l-fıkhî'l-mukâran**, Riyad, Mektebetü'r-rüşd, 1420/1999, C: I, s. 443-444.

²⁸⁷ Nemle, **a.g.e.**, C: I, s. 445.

hükümünün doğmasına mani olması itibariyle birinci kısmın örneğidir.²⁸⁸ Feshe mani durumlardan maksat ise, fesih hakkı doğuran sebeplerin mevcudiyetine rağmen bu hakkın sübutuna engel oluşturan hallerdir. İslam hukuku kaynakları incelendiğinde şu hallerin feshe engel sayıldığı görülmektedir:

1.6.1. Akde Konu Olan Malın Zayi Olması

Fesih işlemi mâlî muâvazalı akitlerde karşılıklı, teberru akitlerinde ise tek taraflı olarak, akitle temellük edilen ve teslim alınan malların iadesini gerektirmektedir. Bu sebeple iade edilecek malın bu malı akitle temellük eden şahsın elindeyken telef, itlâf, istihlâk gibi herhangi bir sebeple zayi olması İslam hukukçularınca akdin feshine mani bulunan haller arasında sayılmıştır.²⁸⁹

Tabii akde konu olan malın zayi olmasının feshe mani hallerden sayılabilmesi için, bunun akdin temlik eden tarafa nispetle kesinleşmesinden sonra vukua gelmiş olması gerekmektedir. Çünkü akit mezkûr taraf açısından kesinlik kazanmadan ma'kûdun aleyhin zayi olması halinde, akdin henüz tamamlanmadan infisâhı söz konusu olmaktadır. Nitekim fikhî kaynaklarda satıcının şart muhayyerliğine sahip olduğu bir alışveriş akdinde, mebî'in muhayyerlik süresi içerisinde telef olması durumunda akdin münfesih olacağı ifade edilmektedir.²⁹⁰ Aynı yaklaşım mümeyyiz çocuğun veya fuzûlünin yaptığı alışverişler gibi mevkûf akitlerde, akit konusu malın velâyet sahibi şahsın onayından önce zayi olması örneğinde de görülmektedir.²⁹¹ Münfesih bir akdin feshi tasavvur edilemeyeceğinden, bu gibi hallerde malın zayi olmasını feshe mani olarak nitelemek de mümkün değildir.

Aynı şekilde akit konusu malın zayi olmasının feshe mani kabul edilebilmesi için, bu malın ziyan olmadan önce temlik edildiği tarafça kabzedilmiş bulunması da şarttır. Çünkü ma'kûdun aleyhin kabzedilmeden önce onu akitle temellük eden

²⁸⁸ Hallâf, **İlmu Usûli'l-Fıkh**, s. 120-121; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 343.

²⁸⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 283; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 433-434; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebir**, C: III, s. 124; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 222; Ebû Muhammed Bahâeddîn Abdurrahman b. İbrahim el-Makdisî, **el-Udde Şerhu'l-Umde**, Kahire, Dâru'l-Hadıs, 1424/2003, s. 255.

²⁹⁰ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 30.

²⁹¹ İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 56.

kişinin veya üçüncü şahsın müdahalesi olmaksızın ziyan olması da akdi münfesh kılmaktadır. Bu durumda yine feshe mani hallerden bahsetme imkânı yoktur.²⁹²

1.6.2. Akit Konusunun Kusurlu Hale Gelmesi

Akit konusu malda kabz edildikten sonra ilk sahibinin geri almaya rıza göstermeyeceği bir kusurun meydana gelmesi İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından akdin feshine engel kabul edilmektedir.²⁹³ İmam Mâlik'e göre ise bu durum feshe mani sayılmayıp, fesih hakkına sahip bulunan taraf kusurun sebep olduğu değer kaybını tazmin etmek şartıyla malı iade hakkına sahiptir.²⁹⁴ Meseleyi bir alışveriş akdi üzerinden ele alırsak, cumhura göre fesih hakkı bulunan müşteri, mebî' kendi elindeyken kusurlu hale gelirse bu hakkını kaybeder. İmam Mâlik'e göreyse bu durumda müşterinin fesih hakkı mahfuz olup, bu hakkını kullandığı takdirde mebî'deki değer kaybını bâyi'e tazminle mükelleftir.

Cumhurun yaklaşımında satıcının mebî'in kendisine önceden mevcut olmayan bir kusurla iadesinden dolayı maruz kalacağı zararı önleme düşüncesi ağır basmaktadır.²⁹⁵ İmâm Mâlik'in görüşünde ise müşterinin meşru gerekçeye dayanan fesih hakkının korunması daha öncelikli görülmüştür.²⁹⁶ Satıcının maruz kalacağı zarar ise malındaki değer kaybının tazminiyle telafi edilmektedir.

Burada şu hususu beyan etmek gerekir ki, akdin feshine engel teşkil eden kusur ortadan kalkma imkânı olmayan kusurdur. Dolayısıyla akde konu olan maldaki kusurun zevalinin mümkün olması ve bu kusurun ilgili tarafın fesih hakkı devam ederken bilfiil ortadan kalkması halinde akdin feshi önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Mesela muhayyerlik şartıyla satın alınan bir hayvanın müşterinin elindeyken hastalanması feshe manidir. Ancak muhayyerlik süresi içerisinde hayvan iyileşirse, müşterinin şer'an akdi feshetme hakkı vardır.²⁹⁷ Aynı hükmün maldaki

²⁹² Ma'kûdun aleyh kabzdan önce ziyan olduğunda akdin hangi hallerde münfesh olacağı, hangi durumda ise münfesh sayılmayacağı konusunda bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 238-239.

²⁹³ Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 19; Kudûrî, **a.g.e.**, s. 82; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 283; Nevevî, **Minhâc**, s. 101; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 197.

²⁹⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 283; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 198.

²⁹⁵ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 20; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 21.

²⁹⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 283; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 198.

²⁹⁷ İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 308.

kusurun kendiliğinden ortadan kalkmayıp müşterinin veya bir başka şahsın müdahalesiyle izale edilmesi halinde de geçerli olacağı açıktır.

1.6.3. Akit Konusu Mala Başkasının Hakkının Taalluk Etmesi

Ma'kûdun aleyhin bedel karşılığı veya teberru olarak bir başkasının mülkiyetine geçirilmesi yahut vakfedilmek suretiyle başkasının mülkiyetine geçmeksizin malikin mülkiyetinden çıkması akdin feshine şer'î/hukuki bir engel teşkil etmektedir.²⁹⁸ Çünkü bu tür tasarruflar akit konusu mal üzerinde üçüncü şahıslar için hak inşa etmektedir. Akdin feshi ise bu hakkın ihlali anlamına gelmektedir.²⁹⁹ Yine akit konusu malın malı teslim alan tarafça borcuna mukabil olarak bir başkasına rehin verilmiş olması da, bu mal rehin alan alacaklının elinde olduğu sürece aynı gerekçeyle akdin feshine engel görülmektedir.³⁰⁰

Bununla birlikte bu durumun feshe engel teşkil edişi bütün fesih hakkı doğuran haller için geçerli değildir. Mesela ikrah altında yapılan bir mal satışında, müşteri mebî'i başkasına temlik etmiş ya da rehin vermiş olsa bile bâyi'in fesih hakkı baki kabul edilir. Çünkü temlik edilmesi veya rehin verilmesi sebebiyle mebî'e üçüncü şahsın hakkı taalluk etmekte olsa da, bâyi'in mebî' üzerindeki ikrah sebebiyle ihlal edilmiş olan hakkı üçüncü şahsın hakkından daha öncelikli görülmektedir.³⁰¹ Buna göre fesih hakkının kul hakkının ihlaline dayandığı durumlarda, akit konusu mala başkasının hakkının taalluk etmesi şer'an feshe mani değildir.

1.6.4. Akit Konusunda Artış Meydana Gelmesi

Akit konusu malın teslim alınmasından sonra onda meydana gelen artışların feshe mani sayılıp sayılmayacağı hususunda İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, bu artışlar fikhî

²⁹⁸ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 103; Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 475; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 436; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebir**, C: III, s. 124-125; Buhûfî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 222.

²⁹⁹ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 103; Esmâdî, **a.g.e.**, s. 214.

³⁰⁰ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 22-23.

³⁰¹ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 272-273; Zeylâfî, **a.g.e.**, C: V, s. 183.

kaynaklarda bitişik (**muttasıl**) ve ayrıık (**munfasıl**) olmak üzere iki kısımda ele alınmakta ve her biri ayrı hükme tabi tutulmaktadır.³⁰²

Bitişik artışlar söz gelimi hayvanın semizleşmesi, sütünde artış görülmesi gibi akde konu olan malın kendisinden doğmuş artışlar ise, bunlar fukahânın kahir ekseriyetine göre feshe engel değildir.³⁰³ Çünkü bu tür artışlar hilkaten malın bir parçası olduğundan hükümde ona tabi olurlar. Dolayısıyla fesih durumunda tabi oldukları mal ile beraber iade edilirler.³⁰⁴

Bahsi geçen artışlar malın kendisinden mütevellit olmayıp onu mülkiyetine geçiren âkidin müdahalesiyle oluşmuşsa ve maldan ayrılmaları mümkün değilse, Hanefî ve Hanbelî hukukçulara göre feshe mani sayılırlar. Bu görüşe göre mesela müşteri satın aldığı eşyayı boyamış veya aldığı kumaşı dikip elbise yapmış, bu suretle mebî'in kıymetinde artış meydana gelmişse, daha sonra mebî'in kusurlu olduğunu fark etmesi halinde akdi bu gerekçeyle feshedemez.³⁰⁵ Çünkü bu türden artışlar müşterinin mebî'e kendi malından bir şeyler ilave etmesiyle meydana gelmekte olup, mebî'in bunlarla birlikte bâyi'e verilmesi halinde, fesih sonucu karşılıklı iade edilen bedellerden birinde karşılıksız fazlalık söz konusu olur. Bu ise riba veya riba şüphesi olarak değerlendirildiğinden meşru görülmez.³⁰⁶

Şâfi'î ve Mâlikî hukukçular ise bu türden artışların da feshe engel olmadığı kanaatindedirler. Mâlikî hukukçu Derdîr'in (v. 1201/1786) belirttiğine göre bu durumda müşteri dilerse mebî'i iade eder ve yaptığı ilaveler sebebiyle onun kıymetinde meydana gelen artışta bâyi'e ortak olur.³⁰⁷ Şâfi'î hukukçular da satıcının müşteriye malda yaptığı ilavelere mukabil ücret ödemesi halinde akdi feshedip mebî'i yeni haliyle geri alabileceğini ifade etmişlerdir.³⁰⁸

³⁰² Bkz. Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 45; Nevevî, **Minhâc**, s. 102; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3569-3572.

³⁰³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 302; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 45; Nevevî, **a.g.e.**, s. 102; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 314; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3570.

³⁰⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 302; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 368; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 55; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 446; Remlî, **a.g.e.**, C: IV, s. 67.

³⁰⁵ Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 45; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 358; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 223.

³⁰⁶ Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 21-22; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 358.

³⁰⁷ Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 127.

³⁰⁸ Nevevî, **el-Mecmû'**, C: XII, s. 197.

Akde konu olan mala bitişik halde bulunmayan (**munfasıl**) artışlara gelince, Hanefilerin yaklaşımına göre bu artışlar maldan mütevellit olup malın teslim alınmasından sonra meydana gelmiş iseler akdin feshine manidirler.³⁰⁹ Mesela satın alınan bir hayvanın teslim alındıktan sonra yavrusunun yapılması alışverişin feshine engel görülmemiştir. Çünkü müşteri teslim aldıktan sonra mebî’de meydana gelen bu tür artışlar mebi’e tabi sayılmamaktadır. Bu durumda fesih işlemi mebi’ ile semenin karşılıklı iadesini gerektirdiğinden, fesih halinde mevzu bahis fazlalıklar iadeye konu olmayacaktır. Dolayısıyla bunlar müşterinin mülkiyetinde kalacaktır. Bu da onun için alışverişte elde edilen karşılıksız bir kazanç olacağından riba kapsamına girecektir.³¹⁰

Malın aslından doğmayan, söz gelimi müşterinin satın aldığı otomobili kiraya vermek suretiyle ondan elde ettiği gelirler gibi munfasıl artışlar ise Hanefilerce feshe mani görülmemiştir.³¹¹ Akit feshedildiğinde malın kendisi satıcıya iade edilirken, bu tür artışlar ise müşteriye ait olur. Çünkü bu tür artışlar malın aynından değil menfaatlerinden elde edilmektedir. Dolayısıyla müşteri bunlara mebi’e ödediği semen karşılığında değil, mebi’ kendi uhdesindeyken onu değerlendirmek suretiyle malik olmuştur.³¹² Bu sebeple burada fesih halinde mezkûr artışların müşterinin mülkiyetinde kalması, malın aslından doğan artışlarda olduğu gibi alışverişte bir taraf lehine oluşan karşılıksız fazlalık olarak görülmemektedir.

İslam hukukçularının cumhuruna göre ise mebi’in aslından doğmuş olsun veya olmasın onda meydana gelen munfasıl artışlar akdin feshine engel olmayıp, fesih halinde bu artışlar müşteriye ait kabul edilirler.³¹³

³⁰⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 284-285; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 45; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 55; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 359; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3571.

³¹⁰ İbn Mâze Ebu’l-Meâlî Burhâneddîn Mahmûd b. Ahmed **el-Muhîtu’l-Burhânî fi’l-fıkhî’n-Nu’mânî**, thk. Abdülkerîm Sâmî el-Cündî, 9 c., Beyrut, Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, 1424/2004, C: VI, s. 553-554.

³¹¹ İbn Mâze, **a.g.e.**, C: VI, s. 554; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 56; İbn Âbidîn, **Reddü’l-Muhtâr**, C: V, s. 19; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 359.

³¹² Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 359.

³¹³ Nevevî, **Minhâc**, s. 102; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 446; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 199; İbn Kudâme Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed, **el-Mukni’ fi fıkhî’l-İmâm Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî**, thk. Mahmûd el-Arnaûd-Yasin Mahmûd el-Hatîb, Cidde, Mektebetü’s-sevâdî, 1421/2000, s. 159-160; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3571-3572.

1.6.5. Feshe Mani Durumların Akitten Doğan Hak ve Yükümlülüklerine Etkisi

Akdin feshine mani hallerden birinin mevcudiyeti halinde, yapılan akit taraflar hakkında geçerli sayılacağından, böyle bir durumda akitten doğan karşılıklı hak ve yükümlülüklerin devam edeceği açıktır. Buna göre söz gelimi müşterinin fesih hakkına sahip olduğu bir alışverişte feshe engel bir durumun varlığı halinde, müşteri henüz malın akit sırasında belirlenen fiyatını ödememiş olursa, onun bu muayyen fiyatı ödeme yükümlülüğü devam eder.

Ancak şunu belirtmeliyiz ki, bahsi geçen manilerden biri sebebiyle feshin mümkün olmaması durumunda, tarafların akitten kaynaklanan hak ve yükümlülükleri devam etse de, mevcut bulunan fesih sebebine göre bu yükümlülüklerde bir takım değişiklikler söz konusu olabilmektedir. Örnek vermek gerekirse fesih sebebi mebî'in kusurlu bulunması olur da mebî' iade edilemeden feshe mani bir durum ortaya çıkarsa, fesih imkânı ortadan kalkmakla birlikte müşteri akitte konuşulan semenin tamamını ödemekle yükümlü olmayıp, kusur oranında semende indirim gidebilir.³¹⁴ Çünkü müşterinin akitte belirlenen semene rıza göstermesi, mebî'in kusurdan hali olduğu zannına dayanmakta olup, kusurlu olduğunu anladığında bu semene razı olmayabilir. Bu durumda mebî'i iade imkânı da kalmadığından zararını telafi etmesinin tek yolu, kusurun mebî'de sebep olduğu değer kaybı kadar semende indirim gitmesidir.

Yine mesela fesih sebebinin akdin fesâdı olması halinde, mebî'in teslim alındıktan sonra telef olması sebebiyle fesih mümkün olmazsa müşteri akitte belirlenen semeni ödemekle yükümlü değildir. Çünkü fâsid akit gayri meşru olup bu akitte tarafların belirlemiş olduğu semen şer'an muteber değildir. Bu sebeple bu akde konu olan mal telef olur da aynıyla iadesi mümkün olmazsa, müşteri onun mislini veya kıymetini tazminle mükellef olur.³¹⁵

³¹⁴ Mevsîlî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 20; Kudûrî, **a.g.e.**, s. 82; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 38; Nevevî, **Mînhâc**, s. 101; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 196; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 222.

³¹⁵ Hâfizuddîn Ebu'l-berekât Abdullah b. Ahmed en-Nesefî, **Kenzü'd-dekâik**, thk. Sâid Bekdâş, y.y., Dâru'l-beşâiri'l-İslâmiyye, 1432/2011, s. 424; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 174.

İKİNCİ BÖLÜM

2. İSLAM HUKUKUNDA FESİH HAKKI DOĞURAN SEBEPLER

Sebeb kavramı fıkıhta “Şâri’in kendisinin sonucu olan şer’î hükme alamet kıldığı, kendisinin var olması bu hükmün varlığını, yokluğu ise hükmün mevcut olmamasını gerektiren, görünür ve standart olan şey” diye tanımlanmaktadır. Mesela vaktin girmesi namazın, Ramazan ayının gelmesi orucun, zina suçunu işlemek had cezasının tatbikinin vücûbuna sebep olarak nitelendirilmektedir.³¹⁶ Buna göre fesih hakkının sebeplerinden maksat da, feshin yerine göre vücûb ya da cevaz hükmünü alması sonucunu doğuran, taraflardan birinin ya da her ikisinin sadece kendileri gerçekleştiği zaman fesih hakkına sahip olduğu durumlardır. Bu bölümde İslam hukukuna göre fesih hakkı doğuran sebepler ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.1. AKDİN BAĞLAYICI OLMAMASI

Bağlayıcı olmama durumu bazen akitte tabiatı icabı söz konusu olurken, bazen de akit yapısı itibariyle bağlayıcı olsa da arızî sebeplerle bu özelliğini yitirebilmektedir. Bu başlıkta kastedilen, akdin tabiatı gereği bağlayıcı olmaması durumudur. Akdin arızî sebeplerle bağlayıcılığını kaybetmesi ise, fesih hakkına sebep teşkil eden durumların hepsinde görüldüğü için tek bir başlık kapsamına girebilecek bir konu değildir.

Akdin, yapısı itibariyle bağlayıcı olup olmaması açısından ikili taksiminin temel ölçütü, akdin her iki tarafa borç yükleyici olup olmaması ve buna bağlı olarak bedeller arasında dengenin gözetilmesinin gerekip gerekmediğidir. Yapısı itibariyle karşılıklı borç yüklemeyen, dolayısıyla bedeller arası dengenin gözetilmesi sorununun ortaya çıkmadığı akitler yapı itibariyle bağlayıcı olmayan akitler grubunda değerlendirilmiştir.³¹⁷ Muasır İslam hukuku kaynaklarında gayri lazım akitler başlığı altında bu akitler ele alınmakta; vekâlet, şirket, mudâra, vedâ,

³¹⁶ Muhammed Mustafa ez-Zühaylî, *el-Vecîz fî Usûli’l-Fıkhî’l-İslâmî*, 2 c., 2. bs., Dimeşk, Dâru’l-Hayr, 1427/2006, C: I, s. 392; Hallâf, *İlmü Usûli’l-Fıkh*, s. 117.

³¹⁷ H. Yunus Apaydın, “Lüzûm”, *DİA*, 2003, C: XXVII, s. 261.

âriyet, rehin, kefâlet, tahkîm, hibe ve vasiyet/visâyet akitleri bu akitler kapsamında zikredilmektedir.³¹⁸

Klasik fikhî kaynaklarda bu akitlerin ele alındığı bölümler incelendiğinde, bu kaynaklarda da söz konusu akitlerin gayri lâzım akitler olarak değerlendirildikleri görülmektedir. Bu kapsamda vekâlet akdi ile ilgili olarak ilgili kaynaklarda; vekâlet vermenin müvekkile ait bir hak olduğu, dolayısıyla onun bu hakkını iptal etme yetkisine sahip bulunduğu, bu itibarla dilediğinde vekili azledebileceği belirtilmektedir.³¹⁹ Aynı şekilde vekilin de dilediği zaman kendisini azledip vekâlet akdini sona erdirebileceği mezkûr kaynaklarda zikredilmektedir.³²⁰ Bir başka açıdan bakıldığında vekâlet sözleşmesi, müvekkil açısından muhatabından yardım isteme, vekil içinse yardımda bulunma eylemidir. Bu yönüyle vekâlet akdi vekil için teberru kabilinden bir tasarruftur. Dolayısıyla vekil teberruundan vazgeçebileceği gibi, müvekkil de teberru talebinden vazgeçebilir.³²¹ Tabii şunu da belirtmek gerekir ki, müvekkilin vekili ya da vekilin kendisini azletmesi durumlarının her ikisinde de, azlin geçerli olması için diğer tarafın bundan haberinin olması şartı aranmıştır.³²² Bu şart, akdin feshinden haberi olmayan tarafın vekâlete dayanarak yapacağı tasarruflar sebebiyle zarar görmesini önleme amacına matuftur.

İslam hukukçularının çoğunluğu şirket ve mudârabe akitlerinde ortaklardan her birinin dilediğinde akdi tek taraflı bozma hakkına sahip olduğu kanaatindedirler.³²³ Vedâ akdinde de malını emanet bırakan kişi (**mûdi'**) istediği zaman onu geri alabileceği gibi, mal kendisine emanet edilen taraf (**vedî'**) da dilediğinde sahibine iade etmek suretiyle malı korumaktan vazgeçme hakkına sahiptir. İâre akdinde ödünç veren (**muîr**) ve ödünç alan (**müsteîr**) taraflar için de

³¹⁸ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3190; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: IV, s. 216; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 525-529.

³¹⁹ Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 303; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 293.

³²⁰ Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 293.

³²¹ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 527.

³²² Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 293; Zeydân, **a.g.e.**, 329-330.

³²³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 77. İslam hukuk mezheplerinin bu akitlerin bağlayıcılığıyla ilgili yaklaşımları üçüncü bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

aynı durum geçerlidir.³²⁴ Vasiyet de teberru akitlerinden olduğundan, sahibi hayatta olduğu sürece istediği vakit vasiyetinden dönme hakkına sahiptir. Öldüğünde ise akit kendisi için bağlayıcılık kazanır. Dolayısıyla mirasçılarının vasiyeti iptal etme yetkileri yoktur.³²⁵

Hibe akdinin bağlayıcı olup olmadığı İslam hukukçuları arasında tartışmalı bir mevzudur. Mâlikî, Şâfi'î ve Hanbelî hukukçulara göre hibe akdi bağlayıcı kabul edilirken, Hanefî hukukçular bu akdi tarafları için bağlayıcı olmayan bir akit olarak görmüştür.³²⁶ Dolayısıyla Hanefî mezhebine göre hibeden dönmeye mani bir durum olmaması halinde hibe edenin bu akdi bozma hakkı vardır. Ancak burada hibenin zengine yapılmasıyla fakire yapılması arasında ayırımı gidilmiş; zengine yapılan hibeden rücû' geçerli görülürken, fakire yapılan hibe sadaka sayıldığından ondan dönmek şer'an geçersiz kabul edilmiştir. Ayrıca hibeden dönmek hukuken geçerli olmakla birlikte ahlaken kabîh görülmüştür.³²⁷

Yukarıda zikredilen akitler her iki taraf için de gayri lâzım kabul edilen, dolayısıyla onlardan her birinin diğer tarafın rızası olmaksızın feshetme hakkına sahip olduğu akitlerdir. Zerkâ bunlara tahkîm akdini de ilave etmiştir. Aralarında anlaşmazlık bulunan tarafların, bu anlaşmazlığı çözmesi için hâkim yerine kendi rızalarıyla seçtikleri bir kimseye başvurmak hususunda anlaşmalarıyla kurulan bu akitte, hakem olarak seçilen kişi hükmünü vermeden önce taraflardan her birinin hakemi azledip akdi feshetme hakkı olduğu İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir. Ancak hakem hüküm verdikten sonra akit bağlayıcı hale gelir ve feshi kabul etmez.³²⁸ Mecelle'de de konuyla ilgili maddede şöyle

³²⁴ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 262, 339; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 4034, 4053-4054. Vedfa ve âriyet akitlerinin bağlayıcılık açısından durumlarıyla ilgili fıkıh mezheplerinde yer alan yaklaşımlara üçüncü bölümde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

³²⁵ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 378; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 528.

³²⁶ Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 359. Ancak üç mezhebe göre babanın çocuğuna yaptığı hibe bağlayıcı olmayıp, bunda babanın rücû' hakkı vardır. Bkz. **a.e.**, C: II, s. 359.

³²⁷ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 455.

³²⁸ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 528. Bu akdin bağlayıcılık yönünden durumu üçüncü bölümde tafsilatlı bir şekilde ele alınacaktır.

geçmektedir: “Muhakkemin hükmünden evvel tarafeynden her biri anı azledebilir...”³²⁹

Bağlayıcı olmayan akitlerden rehin ve kefâlet ise taraflardan biri için lâzım, diğeri için ise gayri lâzım kabul edilmektedir. Şöyle ki, rehin akdi rehin veren açısından bağlayıcı iken, rehin alan için bağlayıcı değildir. Kefâlet akdi de kefil hakkında bağlayıcı, borcuna kefil olunan alacaklı bakımından ise bağlayıcı olmayan bir akittir.³³⁰

Bağlayıcı olmayan akitlerin bazı hallerde bağlayıcı hale geldikleri de görülebilmektedir. Bu durum genellikle söz konusu akitlerin devamına üçüncü bir şahsın hakkı taalluk ettiğinde söz konusu olmaktadır. Rehlin akdinin bünyesindeki vekâlet akdi bunun bir örneği olarak zikredilebilir. Mesela borçlu rehin vereceği malı bir yed-i emine teslim etse ve onu borcun vadesi bittiğinde bu malı satmaya vekil kılrsa, daha sonra onu vekâletten azletmesi geçerli sayılmamıştır.³³¹ Çünkü bu vekâlet akdinde alacaklı tarafın hakkı bulunmaktadır. Akdin bozulması durumunda alacaklı, rehin bırakılan malın satılması suretiyle alacağını tahsil etme imkânını kaybedeceğinden mağdur olacaktır. Bir de teberru özelliği taşıyan bazı akitler bu özelliklerini yitirmeleri sebebiyle bağlayıcı bir akde dönüşebilmektedir. Mesela yapılan hizmet karşılığında ücret alınan vekâlet ve vedîa akitleri icâre akdine, hibe edilen mal karşılığı bedel alınan hibe akdi ise bey’ akdine dönüşmekte, dolayısıyla bağlayıcı hale gelmektedir.

Hibe dışındaki bağlayıcı olmayan akitlerde akdin yargı kararına ihtiyaç duyulmaksızın tek taraflı feshedilebildiği görülmektedir. Ancak hibe akdinin feshi için yargı kararı ya da karşılıklı rıza şartı aranmıştır. Bunun sebebi şöyle izah edilir: Hibe edilen mal teslim edilmesiyle birlikte mülkiyeti –gayri lâzım bir mülkiyet de olsa- hibe edildiği şahsa geçer. Bu durumda bu malın hibe edilen kişinin rızası ya da mahkemenin akdi bozma kararı olmadan almak gasp kapsamına girer.³³² Diğer gayri lâzım akitler ise mülkiyetin intikali sonucunu doğurmadıklarından feshedilmeleri için

³²⁹ Mecelle, md. 1847. Ayr. bkz. Ali Haydar, a.g.e., C: IV, s. 700.

³³⁰ Zerkâ, a.g.e., C: I, s. 526-527.

³³¹ Kâsânî, a.g.e., C: VI, s. 38; Zebîdî, el-Cevhere, C: I, s. 303.

³³² Aynî, el-Binâye, C: X, s. 199.

söz konusu şartta ihtiyaç duyulmamıştır. Bu durumda hibe akdinin bağlayıcı akitlere benzediği düşünülebilirse de, hibe edenin dilediğinde mahkemeye başvurarak fesih talebinde bulunabilmesi ve hibeye engel bir sebep bulunmadığı takdirde hâkimin akdin feshine hükmetmesi gerekip takdir yetkisinin olmaması³³³ gibi nedenlerle hibe akdi Hanefî hukukçularca gayri lâzım akitler arasında sayılmıştır.

2.2. MUHAYYERLİKLER

Yapısı itibariyle her iki tarafı bağlayıcı olan akitlerde de bazen tarafların akdi bozmakla onaylamak arasında seçim hakkına sahip olması söz konusu olabilmektedir. İslam hukuku kaynaklarında bu seçim hakkı “**hıyâr** (muhayyerlik)” tabiriyle ifade edilmekte ve bu hakkın pek çok türünden söz edilmektedir. “**Hıyâr**” kelimesi sözlükte “**ihtiyâr**” kökünden ism-i masdar olup iki şeyden en iyi olanını istemek anlamına gelmektedir.³³⁴ Bir fıkıh terimi olarak ise hıyâr, kişinin akdin gereğini ifa etmek ile akdi feshetmek arasında seçim hakkına sahip bulunmasıdır.³³⁵ Taraflara karşılıklı borç yükleyen akitlerde asıl durum bağlayıcılık olsa da; tarafların irade ve rızalarının olabildiğince sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak, taraflardan biri veya her ikisi için söz konusu olabilecek aldanma ve zarar görme riskini ortadan kaldırmak yahut asgariye indirmek gibi amaçlarla bu hak çeşitli durumlarda meşru kılınmıştır.³³⁶ Muhayyerlik hakkı akdin taraflarından biri veya her ikisi için söz konusu olabilmektedir. Bu durumda akit muhayyerlik hakkı olan taraf açısından gayri lâzım olmakta, dolayısıyla bu kimse dilediğinde diğer tarafın onay ve rızası olmaksızın akdi feshedebilmektedir.³³⁷

Muhayyerlikler İslam hukuku kaynaklarında genellikle satım akdinin işlendiği bölümlerde ele alınmıştır. Bu kaynakları incelediğimizde pek çok muhayyerlik türünden söz edildiğini görürüz. Ancak bunlar kaynakları itibariyle tarafların karşılıklı anlaşmasından doğan ve belli durumlarda İslam hukukunun ilgili taraf için doğrudan tanımasından kaynaklanan muhayyerlikler olmak üzere iki kısma

³³³ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 457-458.

³³⁴ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: IV, s. 267; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: XI, s. 243.

³³⁵ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, 110; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 194.

³³⁶ Hürân, **a.g.e.**, s. 108; H. Yunus Apaydın, “Muhayyerlik”, **DİA**, 2006, C: XXXI, s. 26.

³³⁷ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 111.

ayrılmaktadır.³³⁸ İlkine irâdî/şarta bağlı muhayyerlikler, ikincisine ise hükmî/kanunî muhayyerlikler adı verilmektedir.³³⁹

2.2.1. İrâdî/Şarta Bağlı Muhayyerlikler

2.2.1.1. Şart Muhayyerliği

İrâdî muhayyerliklerin başında şart muhayyerliği gelmektedir. Kaynaklarda bu muhayyerlik türü için “**hıyâru’ş-şart**” tabiri kullanılmaktadır. Bu tabir bir isim tamlaması olup burada müsebbep sebebine izafe edilmiştir.³⁴⁰ Buna göre söz konusu tabir, akitte şart koşulması sebebiyle elde edilen muhayyerlik hakkını ifade etmektedir. Şart muhayyerliğinin meşruiyetinin dayanağı Hz. Peygamber’in sünnetidir. Konuyla ilgili bir rivayette Hz. Peygamber’in (s.a.v.), yaptığı alışverişlerde devamlı aldanan bir kişiye şöyle söylediği nakledilmektedir: *إذا بايعت "فقل لا خِلافة"* “*Alışveriş yaptığında “aldatmak yok” de.*”³⁴¹ Bu hadisin bir başka rivayetinde, söz konusu kişinin başından aldığı yaradan dolayı akli melekelerinin bozulduğu, bu nedenle alışverişlerinde devamlı aldandığı zikredilmekte ve Hz. Peygamber’in yukarıdaki sözünün devamında şöyle söylediği nakledilmektedir.

ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فارددها على صاحبها

*“(Böyle söyledikten) Sonra sen satın aldığın her eşyada üç gün muhayyersin. Bu süre içinde gönlün razı olursa malı (yanında) tut, almak istemezsen de sahibine iade et.”*³⁴²

Hadisten anlaşıldığı üzere söz konusu şahsa alışverişlerinde muhayyerlik şartı koşması için izin verilmesinin illeti, yapacağı akitlerde aldanma riskinin bulunmasıdır. Dolayısıyla hadis, sözleşmelerde tarafların aldanma riskine karşı bir

³³⁸ Bkz. Hûrân, **a.g.e.**, s. 120, 141; Zennûn, **a.g.e.**, s. 131, 146.

³³⁹ H. Yunus Apaydın, “Muhayyerlik”, C: XXXI, s. 26.

³⁴⁰ İbnü’l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 298; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: IV, s. 565; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 289.

³⁴¹ Buhârî, “Buyû”, 48; Müslim, “Buyû”, 12; Ebû Dâvud, “İcâre”, 32; Nesâî, “Buyû”, 12; Mâlik, “Buyû”, 42; Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, C: IX, s. 73.

³⁴² İbn Mâce, “Ahkâm”, 24; Dârekutnî, “Buyû”, C: IV, s. 9.

önlem olarak kendileri için muhayyerlik şartı ileri sürebileceklerine delalet etmektedir. Zira kişinin akitlerinde aldanıp aldanmaması sadece akli dengesi ve muhakemesine bağlı bir hadise değildir. Bazen kişinin yeterince ticari tecrübesi bulunmamasından yahut akde konu olan mal hakkında bilgi sahibi olmamasından dolayı da aldanma ihtimali bulunabilmekte, bunu önlemek için de belli bir süre düşünmeye, tecrübeli kimselerle istişare etmeye ihtiyaç duyabilmektedir. Bu sebeple alışverişlerde muhayyerlik şartına ihtiyaç bulunmaktadır.

İslam hukuku kaynaklarında şart muhayyerliğinin dayanağı olarak genellikle bu hadis zikredilmektedir.³⁴³ Bunun yanında “*Haramı helal ya da helali haram kılan şart hariç müslümanlar şartlarına riayet ederler*”³⁴⁴ hadisi de, akdi kuran tarafların şer’î hukuka aykırı olmamak kaydıyla akitte istedikleri şartı ileri sürebileceklerine delalet etmektedir. Muhayyerlik şartı da bu kapsamda olan bir şarttır.

İbn Şübrüme (v. 144/761), İbn Hazm (v. 456/1064) ve Sevrî (v. 161/778) gibi bazı hukukçular garar içerdiği ve akdin muktezasına aykırı olduğu gerekçesiyle muhayyerlik şartının akdi geçersiz kılacağı kanaatinde olsa da,³⁴⁵ İslam hukukçularının kahir ekseriyeti şart muhayyerliğinin cevazı hususunda görüş birliğine varmışlardır.³⁴⁶ Ancak konunun ayrıntılarında farklı yaklaşımlar söz konusu olmuştur. Akdin her iki tarafının da muhayyerlik şartı ileri sürme hakkının bulunduğu hususunda bu muhayyerliğe cevaz verenlerin ittifak halinde olduğu görülmektedir.³⁴⁷ İlgili hadiste alışverişlerinde aldandığı gerekçesiyle kendisine şart muhayyerliği hakkı verilen şahıs müşteri konumunda olsa da, İslam hukukçuları aynı gerekçenin akitte satıcı durumunda olan taraf için de geçerli olduğu düşüncesiyle bu hakkın her iki taraf için de sabit olduğu sonucuna varmıştır.

³⁴³ Bkz. Ebu’l-Fadl Ahmed b. Ali b. Hacer el-Askalânî, **Fethu’l-Bârî Şerhu Sahîhi’l-Buhârî**, nşr. Muhibbuddîn el-Hatîb, 13 c., Beyrut, Dâru’l-ma’rife, 1379 h., C: IV, s. 338. Ayr. bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 40; Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 12; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 174; İbnü’l-Hümâm, **Fethu’l-Kadîr**, C: VI, s. 299.

³⁴⁴ Tahriri için bkz. 100 nolu dipnot.

³⁴⁵ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 225; İbn Hazm, **el-Muhallâ**, C: VII, s. 260. Ayr. bkz. Ebû Muhammed Mahmud b. Ahmed el-Aynî, **Umdetü’l-Kârî Şerhu Sahîhi’l-Buhârî**, 25 c., Beyrut, Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî, t.y., C: XI, s. 234.

³⁴⁶ Bkz. Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 12-13; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 409-411; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 91; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 494.

³⁴⁷ Zennûn, **a.g.e.**, s. 133.

Muhayyerlik hakkının tarafların dışında üçüncü bir şahıs için şart koşulup koşulamayacağı hususu da İslam hukukçuları arasında tartışılmıştır. Dört fıkıh mezhebinin kaynakları incelendiğinde, Hanefilerin cumhuru ile Mâlikî ve Hanbeli mezhebi müçtehitlerinin akitte üçüncü şahsın muhayyer olmasının şart koşulabileceği, Hanefilerden Züfer'in ise bunun yalnızca taraflara mahsus bir hak olduğu kanaatinde olduğu görülmektedir.³⁴⁸ Birinci görüşe göre taraflardan biri akitte üçüncü bir şahsın muhayyer olmasını şart koştuğunda, bu şart diğer tarafın onayıyla geçerli olur. Ancak bu durumda üçüncü şahıs ile birlikte bu şartı ileri süren tarafın da muhayyerlik hakkı sabit görülmekte ve hangisi bu hakkı önce kullanırsa onun tasarrufu geçerli sayılmaktadır.³⁴⁹

Bu yaklaşıma göre kendisi için şart muhayyerliği ileri sürülen üçüncü şahıs, bu şartı ileri süren âkidin vekili kabul edilmektedir.³⁵⁰ Buna göre muhayyerlik şartının üçüncü şahıs için ileri sürülmesine cevaz verenler bunu, şartı ileri süren tarafın kendisi adına akdi feshetme ya da onaylama tasarrufunda bulunabilmesi için bir hukuki temsilci tayin etmesi işlemi olarak görmektedirler.

İmam Züfer ise tıpkı semenin ödenmesi ya da mebîn teslimi gibi akitte şart koşulmuş muhayyerlik hakkının da akdin doğurduğu hak ve yükümlülükler kapsamında olduğunu, dolayısıyla sadece akdi yapanları ilgilendirdiğini, bu sebeple bu hakkın akdi inşa edenler dışında birisi tarafından kullanılmasının şart koşulamayacağını söyleyerek buna karşı çıkmıştır.³⁵¹

Şâfi'î mezhebinde ise bu konuda iki görüş nakledilmektedir. Mezhepte en sahih kabul edilen görüşe göre, satılan malı daha iyi tanıyabileceğinden görüşüne müracaat edilmesi gerekebileceği, dolayısıyla alışveriş yapanların buna ihtiyacının olduğu gerekçeleriyle şart muhayyerliğinin tarafların dışındaki birisi için ileri sürülmesi caiz görülmüştür.³⁵² Mezhepte nakledilen bir diğer görüşe göre ise,

³⁴⁸ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 14; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 320; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 413; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 228; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 68.

³⁴⁹ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, C: IV, s. 584.

³⁵⁰ Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 14.

³⁵¹ Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 14.

³⁵² Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 413.

muhayyerliği üçüncü şahsa havale etmek, akitte bunu şart koşmak suretiyle değil, bu şahsa bu hususta vekâlet vermek suretiyle geçerli olur.³⁵³

şunu ifade etmeliyiz ki, şâfi'î mezhebinde nakledilen ikinci görüş ile Hanefilerden Züfer'in görüşünün cumhurun görüşünden ayrıldığı yer, kanaatimizce taraflardan birinin akit sırasında vekâlet vermeksizin üçüncü bir şahsın muhayyer olmasını şart koşması durumudur. İmam Züfer'e ve şâfi'ilerin bahsi geçen görüşüne göre vekâlet verilmediğinde söz konusu şart geçersiz olmakta ve akdi de geçersiz kılmaktadır. Çünkü muhayyerlikten doğan akdi feshetme veya onaylama hakkı, akdin doğurduğu hukuki sonuçlardan olup yalnızca akdin taraflarına mahsustur. Dolayısıyla başkası için şart koşulması akdin muktezasına aykırı olduğundan fâsid bir şarttır. Ancak taraflar kendilerine ait olan fesih ya da onaylama yetkisinin kullanımı hususunda, vekâlet verme yoluyla bir başkasına izin verebilirler. Bunda şer'an bir sakınca yoktur. Cumhur ise akitte tarafların yaptıkları tasarrufları mümkün oldukça sahih kabul etmenin yolunu arama düşüncesiyle, akit sırasında üçüncü şahsa vekâlet verilirse de, onun için muhayyerlik şartı ileri sürülmesini vekâlet verme işleminde kabul etmiş ve bu şartı geçerli saymıştır.³⁵⁴

şart muhayyerliği ile ilgili olarak tartışılan bir başka konu da, bu muhayyerliğin süresidir. şart muhayyerliğinin belli bir süre ile kayıtlı kılınması gerektiği konusunda, bu muhayyerliğe cevaz verenler ittifak halindedir.³⁵⁵ Zira tarafları anlaşmazlığa sevk edebilecek bir bilinmezlik içermesi, akdin sıhhatine engel teşkil etmektedir.³⁵⁶ Bunun için muhayyerlik şartıyla yapılan bir akitte muhayyerliğin ne zamana kadar geçerli olacağının belirlenmiş olması, akdin sıhhati için şarttır. Ancak bu sürenin ne kadarla sınırlandırılacağı hususunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

Hanefilerden Ebû Hanîfe ve Züfer ile şâfi'î hukukçular şart muhayyerliğini üç günle sınırlandırmışlardır. Bu görüşün sahipleri alışveriş akdinde şart muhayyerliğinin mülkiyetin intikaline engel teşkil etmesi sebebiyle akdin

³⁵³ Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 68.

³⁵⁴ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 14.

³⁵⁵ Bkz. Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 12; şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 417; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 65.

³⁵⁶ Merđînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 24.

muktezasına aykırı olduğunu, dolayısıyla asıl itibariyle caiz olmaması gerektiğini, ancak hakkında nas bulunduğu istisnai olarak cevazına hükmedildiğini belirtmiş, bundan dolayı nasta belirtilen süre ile sınırlı olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.³⁵⁷ Hanefîlerden Ebû Yusuf ve Muhammed, Ahmed b. Hanbel (v. 241/855), İbnü'l-Münzir (v. 318/930 [?]), Hasan b. Salih (v. 168/784-85), İbn Ebî Leyla (v. 83/702), İshak (v. 238/853), Ebû Sevr (v. 240/854) gibi pek çok İslam hukukçusu ise şart muhayyerliğinin süresinde bir kısıtlamaya gitmemiş, taraflar ne kadar süreliğine anlaşılırsa o süreyi geçerli görmüşlerdir.³⁵⁸ Bu yaklaşımda ise ilgili hadisteki hükmün maksadının akitlerde aldanmayı ve haksızlığa uğramayı önlemek olduğundan hareket edilmiş, bu maksadın bazı durumlarda üç günde hâsıl olamayabileceği gerekçesiyle muhayyerlik süresini belirlemenin akdin taraflarına bırakılması gerektiği düşünülmüştür.³⁵⁹

Mâlikî mezhebinde ise muhayyerlik süresinin belirlenmesinde tarafların ihtiyacı ölçü alınmıştır. Bu anlayışa göre muhayyerlik tarafların ihtiyacı için meşru kılınmıştır, dolayısıyla ihtiyacı karşılayacak kadar bir süreyle kayıtlı olmalıdır. Bundan dolayı Mâlikî mezhebi kaynaklarında akde konu olan malın türüne göre farklı muhayyerlik sürelerinden söz edilmiş; gayrimenkullerde bir ay, köle satışında bir hafta, elbise, kumaş gibi ürünler ile binme dışındaki bir amaçla alınan hayvanlarda üç gün, binmek için alınan hayvanda bir gün gibi süreler zikredilmiştir. Bu süreler Mâlikîlere göre söz konusu mallarda şart koşulabilecek azami muhayyerlik süresini ifade etmektedir.³⁶⁰ Mâlikî hukukçular bu suretle, tarafların akit konusu malı deneyip onun hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları ya da ona biçilen fiyatın yerinde olup olmadığını tespit etmeleri için ihtiyaç duyacakları vakitleri takdir etmişlerdir.³⁶¹ Mâlikîler muhayyerlik süresinin takdirinde akde konu olan malın türü dışında başka etkenleri de dikkate almışlardır. Mesela satın aldığı arazi uzak bir

³⁵⁷ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 12-13; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 417-421; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3536.

³⁵⁸ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 41; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 225; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 65-66;

³⁵⁹ Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 12.

³⁶⁰ Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh el-Haraşî, **Şerhu Muhtasari Halîl**, 8 c., Beyrut, Dâru'l-Fikr, t.y., C: V, s. 109; Mevvâk, **a.g.e.**, C: VI, s. 303-304; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 91-93.

³⁶¹ Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 92.

mesafede bulunan kimsenin, bu araziyi görmek için yaptığı yolculukta geçen süre de muhayyerlik süresini tayinde ayrıca dikkate alınmaktadır.³⁶²

Şart muhayyerliğinin süresi ile ilgili üç farklı yaklaşım arasında Mâlikîlerin görüşü daha isabetli gözükmektedir. Zira muamelat ile ilgili hükümlerde asıl olan, hükmün muallel (bir illete bağlı kılınan hüküm) olmasıdır. Şart muhayyerliğiyle ilgili hadisin vürûd sebebi göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu şahsın üç gün muhayyerlik şartı koşmasına izin verilmesinin taabbudî bir hüküm olmayıp, aldanmayı önleme gerekçe ve maksadına dayandığı görülmektedir. Bunun için ihtiyaç duyulan süre, çeşitli durum ve şartlara göre değişebilmektedir. Dolayısıyla süreyi üç günle sınırlamak, hadisteki hükmün maksadını her zaman gerçekleştiremeyebilir. Sürede hiçbir kısıtlamaya gitmemek ve çok uzun süreli muhayyerliklere cevaz vermek ise, akdin mukteza ve maksadına aykırı durmaktadır. Bu sebeple bu hususta akdin taraflarının ihtiyacının ölçü alınması kanaatimizce en tercihe şayan görüştür.

Şart muhayyerliği fihhi kaynaklarda diğer muhayyerlik türleriyle beraber satım akdi kapsamında incelenmekle beraber bu akde mahsus bir muhayyerlik değildir. Zira şart muhayyerliğin meşru kılınması tarafların alacakları mallarda ve buna mukabil verecekleri bedellerde aldanmaya maruz kalmalarını önleme gerekçesine dayandığından, her iki tarafın bedel ödediği diğer akitlerde de bey' akdine kıyasla bu muhayyerliğin geçerli olacağı açıktır.³⁶³ Ancak taraflara akdi feshedebilme imkânı sağladığından, feshe elverişli olmayan akit ve tasarruflarda muhayyerlik şartının ileri sürülemeyeceği açıktır. Yine yapısı itibariyle gayri lâzım akitler, muhayyerlik şartına ihtiyaç duymaksızın tek taraflı feshe elverişli olduklarından, bu akitlerde de şart muhayyerliği söz konusu olamaz.³⁶⁴ Dolayısıyla şart muhayyerliği ancak bağlayıcı olmakla birlikte feshe elverişli akitlerde geçerli olur.

³⁶² Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 65-66; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3537.

³⁶³ Apaydın, "Muhayyerlik", C: XXXI, s. 26.

³⁶⁴ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, C: IV, s. 569; Zeydân, **a.g.e.**, s. 360-361; Zennûn, **a.g.e.**, s. 133.

Şart muhayyerliğinin miras olarak varislere intikal edip etmeyeceği hususunda İslam hukuk mezhepleri arasında iki farklı yaklaşım söz konusudur. Bu yaklaşım farkında şart muhayyerliğinin malî bir hak mı yoksa şahsî bir hak mı olduğu konusundaki iki farklı bakış açısının etkili olduğu görülmektedir. Buna göre Hanefî ve öne çıkan görüşe göre Hanbelî mezhebinde, şart muhayyerliği tıpkı şuf'a hakkı gibi sahibinin irade ve tercihinine bağlı şahsi bir hak olarak görüldüğünden miras olarak intikal etmeyeceği ileri sürülmüştür.³⁶⁵ Şâfi'î ve Mâlikî hukukçular ise şart muhayyerliğini malî bir hak olarak değerlendirdiklerinden, kusurlu malı iade hakkında olduğu gibi bu hakka da mirasçı olunabileceği görüşündedirler.³⁶⁶ Zira bu görüşe göre mala taalluk eden haklar aksine bir delil bulunmadıkça miras hususunda mala tabi kılınır.³⁶⁷ Bu durumda muhayyerlik şartıyla yapılan bir akitte muhayyerlik süresi bitmeden taraflardan birisi ölürse, ilk görüşe göre muhayyerlik ortadan kalktığından akit bağlayıcı hale gelir. İkinci görüşe göre ise muhayyerlik hakkı varislere geçer ve kalan süresi içerisinde onlar bu hakka istinaden akdi feshetme ya da onaylama yetkisine sahiptirler. Burada şunu da ifade edelim ki, muhayyer olmayan tarafın ölmesi ya da iki tarafın da muhayyer olup içlerinden birinin ölmesi halinde diğer tarafın muhayyerliği ortadan kalkmaz.³⁶⁸

Şart muhayyerliğinin akde sonradan ilave edilip edilemeyeceği meselesi de İslam hukukçularınca tartışılmıştır. Hanefî ve Mâlikî hukukçular akdin bağlayıcı hale gelmesinden günler sonra da olsa bu şartın akde ilhak edilmesinin geçerli olduğu kanaatindedirler.³⁶⁹ Onlar bu durumu ikâleye kıyas etmiş; bağlayıcı olduktan sonra akdin karşılıklı rızayla feshedilmesi caiz olduğu gibi, ona yine tarafların rızasıyla feshetmeye imkân tanıyan şartın ilhakının da caiz olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.³⁷⁰ Şâfi'î ve Hanbelî hukukçular ise bağlayıcılık vasfı kazanmış bir akdin tarafların irade ve beyanlarıyla bu özelliğini kaybetmesinin söz konusu

³⁶⁵ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 42-43; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 77; Zennûn, **a.g.e.**, s. 129.

³⁶⁶ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 227; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 77.

³⁶⁷ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 227.

³⁶⁸ Serahsî, **a.g.e.**, C: XIII, s. 42; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3541.

³⁶⁹ Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 12; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 300; Sahnûn, **el-Müdevvene**, C: III, s. 212; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 494;

³⁷⁰ Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: III, s. 494.

olamayacağı düşüncesiyle, muhayyerlik şartının akde sonradan ilavesini geçersiz görmüşlerdir.³⁷¹

2.2.1.2. Nakd Muhayyerliği

Akitte taraflarca şart koşulması sebebiyle hak kazanılan bir muhayyerlik olduğundan nakd muhayyerliği şart muhayyerliğinin bir türü olarak değerlendirilebilir. Türkçeye de “nakit” olarak geçmiş bulunan “**nakd**” sözcüğü Arap dilinde "نَقْدٌ - يَنْقُدُ" fiilinin masdarı olup “peşin vermek, madeni paraların sahtesini ayıklamak, altın ve gümüş paraları tartıp miktarını belirlemek, parayı vermek, bir malın semenini ödemek” gibi manalara gelmektedir.³⁷² Bu kelime, nakd muhayyerliğini ifade eden “**Hıyâru’n-nakd**” tabirinde ise, malın semenini ödemek anlamında kullanılmıştır.³⁷³

Nakd muhayyerliği, “tarafların akitte, belirli bir süre içerisinde müşterinin semeni ödememesi ya da satıcının semeni geri iade etmesi durumunda akdin bozulmuş sayılacağına dair anlaşması sonucu elde edilen muhayyerlik” diye tanımlanır.³⁷⁴ Tarifte işaret edildiği üzere nakd muhayyerliği akdin her iki tarafı için de şart koşulabilmektedir. Müşteri muhayyer olması durumunda, belirli süre içerisinde semeni ödeyerek akdi onaylama ya da ödememek suretiyle feshetme yollarından birini seçme hakkına sahip olur. Satıcı ise muhayyer olması halinde, semeni süresi içinde iade etmek suretiyle akdi feshetme ya da süre bitene kadar semeni iade etmeyerek akdi onaylama hakkına sahiptir.³⁷⁵ Buna göre nakd muhayyerliği müşteri için semenin tesliminden önce, satıcı içinse semeni kabz ettikten sonra söz konusu olmaktadır.

Nakd muhayyerliği şekil bakımından farklı olsa da anlamı itibariyle şart muhayyerliğiyle aynı olduğundan, İslam hukukçuları arasındaki genel kanaate göre

³⁷¹ Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: III, s. 494.

³⁷² İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: III, s. 425; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 322; Cevherî, **a.g.e.**, C: II, s. 544; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-arûs**, C: IX, s. 230;

³⁷³ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 309.

³⁷⁴ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3205; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 195; Apaydın, “Muhayyerlik”, C: XXXI, s. 28.

³⁷⁵ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 309.

akitte bu muhayyerliğin şart koşulması caizdir.³⁷⁶ Hanefîlerin cumhuru, Mâlikî ve Hanbelî hukukçular ile Sevrî, İshak ve Ebû Sevr bu görüştedir.³⁷⁷ Şâfi'î mezhebinde nakledilen bir görüş de bu muhayyerliğin cevazı yönündedir.³⁷⁸ Hanefîlerden Züfer'e ve Şâfi'î mezhebinde sahih kabul edilen görüşe göre ise, nakd muhayyerliği şart muhayyerliği olarak görülmemekte, aksine onun ileri sürülmesi akdi fâsid kılan bir şart sayılmaktadır. Zira bu yaklaşıma göre nakd muhayyerliğini şart koşturmak, akdi gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir şarta bağlamak gibi değerlendirilmiş, bu durum da akitte garara³⁷⁹ yol açacağı için bu şartla yapılan akit fâsid kabul edilmiştir.³⁸⁰

Kanaatimizce cumhurun görüşü tercihe şayan olan görüştür. Zira ikinci görüşte ileri sürülen gerekçenin muteber görülmesi, şart muhayyerliğinin de fâsid olmasını gerektirir. Çünkü akdin gerçekleşmesi ihtimalli bir şarta bağlanması hususu, şart muhayyerliği için de geçerlidir. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre şart muhayyerliğinin de garar içermesi sebebiyle fâsid olması gerekir. Hâlbuki İmam Züfer ve Şâfi'î mezhebine göre şart muhayyerliği geçerli görülen bir şarttır. Esasen her iki muhayyerlikte de şartı ileri süren kişinin maksadı, belirlenen süre içerisinde akdi onaylama ya da feshetme hakkına sahip olmaktır. Bu sebeple bizce doğru olan, nakd muhayyerliğini şart muhayyerliğinden ayırmayıp bahsi geçen hadisin delaletiyle bu muhayyerliği meşru görmektir.

Nakd muhayyerliği anlam olarak şart muhayyerliği kapsamında görüldüğünden, şart muhayyerliğiyle ilgili olarak ele alınan meselelerde bu muhayyerliğin de aynı değerlendirmelere tabi olacağını söyleyebiliriz. Dolayısıyla muhayyerliğin süresi, miras olarak intikali vb. meselelerde şart muhayyerliği için geçerli olan hüküm ve ihtilaflar burada da büyük oranda geçerli olacaktır. Bunun

³⁷⁶ İbnü'l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 304; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, C: IV, s. 571; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 309; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 504; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3205.

³⁷⁷ İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: III, s. 504.

³⁷⁸ Nevevî, **el-Mecmû'**, C: IX, s. 193.

³⁷⁹ Bir fıkıh terimi olarak garar, akde konu edilen şeyin akıbetinin belli olmaması, ilgili âkıdın eline geçip geçmeyeceğinin belirsiz olması demektir. (Bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C: XII, s. 194; İbrahim Kâfi Dönmez, "garar", **DİA**, 1996, C: XIII, s. 366; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 154.) Garar İslam hukukçularının ittifakıyla akdi geçersiz kılar. (Bkz. Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 269.)

³⁸⁰ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: IV, s. 571; Nevevî, **el-Mecmû'**, C: IX, s. 193; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: III, s. 504;

yanında iki muhayyerlik arasında mahiyetlerinden kaynaklanan bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Şart muhayyerliğinde müşteri ya da satıcı olsun muhayyer olan taraf akdi feshetmeksizin belirlenen sürenin sona ermesi halinde akit bağlayıcı hale gelir. Nakd muhayyerliğinde ise muhayyerlik hakkı müşteride olur ve o semeni ödemedi muayyen süre dolarsa, akit bir görüşe göre münfesi, bir başka görüşe göre ise fâsid olup feshe elverişli hale gelir.³⁸¹

2.2.1.3. Vasıf Muhayyerliği

Vasıf muhayyerliği İslam hukukunun klasik kaynaklarında müstakil bir başlık altında işlenmemekle birlikte; Hanefî mezhebi kaynaklarında genellikle şart muhayyerliği başlığı altında,³⁸² diğer fıkıh mezheplerinin kaynaklarında ise “**hiyâru’n-nakîsa**”, “şartlı satışlar”, “gaip malın evsafı zikredilerek satımı” gibi muhtelif başlıklar altında ele alınmaktadır.³⁸³ “**Hiyâru fevâti’l-vasfi’l-mergûbi fih**” ya da kısaca “**hiyâru’l-vasf**” tamlamasıyla ifade edilen³⁸⁴ bu muhayyerlik, akde konu olan malda bulunması şart koşulan ya da bulunduğu belirtilen rağbet edilen bir vasfın mevcut olmadığına anlaşılması üzerine, o vasfı arzu eden taraf için sabit olan muhayyerliği ifade etmektedir.³⁸⁵

Bu tarifi izah sadedinde şunu söyleyebiliriz: Vasıf muhayyerliğinin sübutu iki şekilde düşünülebilir. Birincisi müşterinin, söz gelimi kırtasiyeden kareli olması şartıyla bir defter alması gibi satın alınan malda arzuladığı bir vasfın bulunmasını şart koşması, ancak malı teslim aldığı anda onun bu vafsa sahip olmadığını fark etmesi

³⁸¹ İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr**, C: IV, s. 571; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 309; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 505; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3205.

³⁸² Bkz. Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 33-34; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 13; Bâbertî, **a.g.e.**, C: VI, s. 332-334; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 194; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 156; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 32-33; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: IV, s. 587-589.

³⁸³ Bkz. Şîrbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 386-387, (“yasaklanan alım satımlar” başlığı kapsamında); Ebû Ömer Yusuf b. Abdillâh en-Nemerî el-Kurtubî, **el-Kâfi fî Fıkhi Ehli’l-Medîne**, thk. Muhammed Ahyed Velid el-Moritânî, 2 c., 2. bs., Riyad, Mektebetü’r-Riyâd el-Hadîse, 1400/1980, C: II, s. 678, (“**bey’u’l-ğâib**” başlığı kapsamında); Ebu’l-Abbâs Şehâbeddîn Ahmed b. İdris el-Karâfî, **ez-Zahîra**, thk. Muhammed Huccî-Saîd A’râb-Muhammed Bû Hubze, 14 c., Beyrut, Dâru’l-Garbi’l-İslâmî, 1994, C: V, s. 53, (“**hiyâru’n-nakîsa**” başlığı kapsamında); Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 108, (“**hiyâru’n-nakîsa**” başlığı kapsamında); İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 496, (“görülmemiş malın nitelikleri zikredilerek satımı” konusunu işlerken).

³⁸⁴ Bkz. İbn Nuceym, **el-Bahr**, C: V, s. 282; Haskefî, **a.g.e.**, s. 401; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 305; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3520.

³⁸⁵ Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3520; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 196.

şeklinde olur. İkincisi ise satıcının akit sırasında mesela sağlam olduğunu söyleyerek ineğini satması örneğindeki gibi sattığı malda arzu duyulan bir vasfın bulunduğunu zikretmesi fakat müşteri malı aldığı anda bu vasfın bulunmadığını fark etmesi biçiminde olur.³⁸⁶ Her iki durumda da akit esnasında zikredilen vasfın malda bulunmaması, müşteri için akdi feshetmekle onaylamak arasında muhayyerlik hakkı doğurur. Zira müşterinin şart koşması durumunda da, satıcının malının vasfını zikretmesi halinde de, müşterinin söz konusu vasfa rağbet ederek akdi gerçekleştirdiği, bu vasf bulunmadan malı almaya razı olmadığı açıktır. Dolayısıyla rağbet edilen vasfın bulunmaması halinde rızası sakatlanmış olacağından akdi bozma hakkına sahip olmalıdır.³⁸⁷

Vasf muhayyerliğinin meşruiyeti hususunda İslam hukuk mezhepleri arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Ancak akde konu olan şeyde hangi vasıfların bulunması şart koşulursa bu şartın akitte dikkate alınacağı, hangi vasıfların şart koşulmasına ise itibar edilmeyeceğine dair İslam hukukçularınca muhtelif kayıtlar getirilmiştir. Hanefî fihhine ait kaynaklarda akit sırasında şart koşulması muteber görülen, dolayısıyla bulunmaması muhayyerlik sebebi sayılan vasıflar, “rağbet edilen/**merğûb**” kaydıyla sınırlanırken;³⁸⁸ Mâlikî mezhebi kaynaklarında bu vasıflarda, “maliyete etki etme” ya da “maksut olma” özelliklerinden birisi aranmıştır.³⁸⁹ Şâfi’î hukukçular söz konusu vasıflarla ilgili “maksut bir vasf” ifadesini kullanırken,³⁹⁰ Hanbelî fihhî kaynaklarında ise bu vasıflarda, “kendisini arzulayan âkide yararının olması” kıstası aranmıştır.³⁹¹

³⁸⁶ Fıkhi kaynaklarda vasf muhayyerliğinin bu iki şekline de yer verilmektedir. Mesela Merğînânî konuyu ele alırken "ومن باع عبداً على أنه خباز..." ifadesini kullanarak, satıcının maldaki vasfı zikretmesinden kaynaklanan vasf muhayyerliğine temas ederken; Mûsilî "ومن اشترى عبداً على أنه خباز..." diyerek, müşterinin şart koşması kaynaklı vasf muhayyerliği üzerinden konuyu anlatmıştır. Bkz. Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 33; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 13.

³⁸⁷ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 33; Mevsilî, **a.g.e.**, C: III, s. 13; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 156; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 25.

³⁸⁸ Mevsilî, **İhtiyâr**, C: II, s. 13; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 332-333; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 156; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 25; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 33-34; **Mecelle**, md. 310; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3520.

³⁸⁹ Karâfî, **ez-Zahîra**, C: V, s. 53; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 108.

³⁹⁰ Remlî, **a.g.e.**, C: III, s. 460; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 386-387.

³⁹¹ Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kınâ**, C: III, s. 189.

Esasen bu kayıtların hepsi bizce aynı mananın farklı ifadelerle dile getirilişidir. Zira maldaki bir niteliğin alıcısının maksudu olması ya da ona yararının olması, aynı zamanda alıcının ona rağbet etmesini gerektirecek bir durumdur. Akdin konusunda bulunması şart koşulan niteliklerin bu özelliklere sahip olmaması halinde, bunlar dikkate alınmamakta ve bunların akit konusu malda bulunmaması muhayyerlik sebebi sayılmamaktadır. Zira bunlar müşterinin akitle amaçladığı ve arzuladığı nitelikler olmadığından bunların bulunmaması karşılıklı rıza ilkesine zarar vermez.

Akit konusu malın belli bir nitelikte olmasının şart koşulması durumunda, bu şartın fâhiş bilinmezlik içermemesine de dikkat edilmelidir. Nitekim İslam hukukçuları müşterinin, belli bir miktar zikredip “şu kadar miktar süt sağması” şartıyla hayvanı satın aldığını söyleyerek gerçekleştirdiği akdin fâsid olacağını ifade etmişlerdir.³⁹² Zira hayvanın vereceği süt miktarında fâhiş derecede bilinmezlik bulunmakta olduğundan, bu şartla yapılan akit taraflar arasında anlaşmazlığa yol açar. Dolayısıyla böyle bir durumda müşteri için vasıf muhayyerliğinden söz edilemez.

İslam hukukçuları akde konu olan malda bulunması şart koşulan vasıfta, bu vasfın söz konusu malda bulunduğu hükmetmeyi mümkün kılacak asgari sınırını ölçü almışlardır.³⁹³ Buna göre mesela avcı olması şartıyla satın alınan bir köpekte, bu niteliğin çok iyi derecede bulunması gerekli olmayıp, hayvanın “av köpeği” adını alabilecek derecede asgari miktarda bu vasfı taşıması yeterli görülür ve vasfın kâfi miktarda bulunması durumunda müşteriye muhayyerlik hakkı tanınmaz. Müşteri ile satıcı arasında, malda bulunması şart koşulan vasfın mevcudiyeti ya da yeterli miktarda olup olmadığı hususunda bir anlaşmazlık olması halinde, bu asgari sınır esas alınarak mesele çözüme kavuşturulur.

Satın alınan mal akitte zikredilen vasıflardan farklı olmakla beraber daha iyi niteliklere sahip olursa müşterinin muhayyer olup olmayacağı da İslam hukukunda

³⁹² İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 333.

³⁹³ Bâbertî, **a.g.e.**, C: VI, s. 332; İbnü'l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 333; Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 156; Remlî, **a.g.e.**, C: III, s. 460; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 386.

tartışılmış, Şâfi'îler muhayyer olmayacağı, Hanefî hukukçular ise muhayyer olacağı yönünde görüş beyan etmişlerdir.³⁹⁴ Kanaatimizce Hanefîlerin bu husustaki yaklaşımı daha isabetlidir. Zira akde konu olan malda bulunan vasıf müşterinin şart koştuğundan daha iyi bir vasıf olsa da, bu vasıf müşterinin ihtiyaç duyduğu ve amaçladığı bir vasıf olmayabilir. Bu durumda bu akdi müşteri için bağlayıcı saymak onun rızasına hâlel getirebilir. Nitekim Hanefî fakihlerden Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi de bu hususla ilgili olarak şöyle söylemektedir:

“Satılan malın şart koşulan nitelikten daha üstün bir nitelik ile muttasıf olduğu ortaya çıktığında bakılır; eğer iki nitelik arasındaki fark müşterinin amacını elde etmesine mani oluyorsa, vasıf muhayyerliği sabit olur, aksi takdirde sabit olmaz.”³⁹⁵

Bazen akitte müşteri ya da satıcı tarafından sarîh olarak zikredilmemiş olsa bile, maldaki bir niteliğe rağbet edildiği ve akdin bu sebeple yapıldığı örf ya da başka bir karinenin delaletiyle anlaşılabilir. Bu gibi hallerde de söz konusu niteliğin bulunmaması durumunda vasıf muhayyerliği sabit olur.³⁹⁶ Zira İslam hukukunda insanların örf, âdet ve teamülleri gibi karinelerin delaleti, açıkça zikretmenin delaleti gibi kabul edilmiştir.³⁹⁷ Bu sebeple söz gelimi müşterinin sütünden yararlanmak amacıyla satın aldığı bilinen ve bu amaçla satılan bir hayvanda, akit sırasında taraflarca sarâhaten belirtilmese de süt verici olma vasfı aranmakta ve bu vasfın bulunmaması durumunda müşteri muhayyer sayılmaktadır.³⁹⁸

Vasıf muhayyerliği, şart muhayyerliğinin aksine Hanefî hukukçularca da mali bir hak olarak değerlendirilmekte ve bu muhayyerliğe sahip olan tarafın hakkını kullanmadan ölmesi halinde muhayyerliğin mirasçılara intikal edeceği kabul edilmektedir. Zira müşteriyi malı almaya sevk eden nitelik, mülkiyet hususunda satın alınan mala dâhil sayıldığından mal ile birlikte mirasa konu olur.³⁹⁹

³⁹⁴ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 305; Remlî, **a.g.e.**, C: III, s. 461.

³⁹⁵ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 305.

³⁹⁶ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 28.

³⁹⁷ Bkz. **Mecelle**, md. 43.

³⁹⁸ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 307.

³⁹⁹ İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 332.

2.2.2. Şer'î/Kanunî Muhayyerlikler

2.2.2.1. Meclis Muhayyerliği

Meclis muhayyerliği İslam hukuku kaynaklarında, tarafların icap ve kabul gerçekleşikten sonra akit yaptıkları mekânda bir arada buldukları sürece akdi tek taraflı feshetme hakkına sahip olmaları şeklinde tarif edilmiş ve taraflar bedenen birbirlerinden ayrılmadıkça bu muhayyerliğin devam edeceği ifade edilmiştir.⁴⁰⁰ Bu muhayyerliğin kapsamını günümüzde yaygın olarak kullanılan telefon, internet vb. iletişim araçlarıyla yapılan akitlerde, tarafların iletişim hali devam ettiği sürece akitten vazgeçme hakkına sahip olmalarını da içerecek şekilde genişletebiliriz.

Meclis muhayyerliği İslam hukukçuları arasında ittifakla benimsenen bir mevzu değildir. Hanefî ve Mâlikî mezhepleri bu muhayyerliği kabul etmezken;⁴⁰¹ Şâfi'î, Hanbelî ve Zâhirî mezhebi hukukçuları meclis muhayyerliğini meşru görmüşlerdir.⁴⁰² Meclis muhayyerliğini meşru görenlerin konuyla ilgili temel dayanağı Hz. Peygamber(s.a.v.)'den nakledilen şu hadistir: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا..."⁴⁰³ "Alışverişte taraflar birbirlerinden ayrılmadıkça (akdi bozup bozmama hususunda) muhayyerdirler..."⁴⁰³ Şunu belirtelim ki, bu hadis sahih hadis kaynaklarının hemen hepsinde yer almakta olup, meclis muhayyerliğini kabul etmeyen âlimlerce de sahih kabul edilmektedir. Dolayısıyla hadisin sübutuyla ilgili fıkıh mezhepleri arasında bir görüş ayrılığı olmayıp, konu ile ilgili ihtilaf hadisteki "ما لم يتفرقا" ifadesini yorumlama farkından kaynaklanmaktadır.

Saîd b. Müseyyib (v. 94/713), Zührî (v. 124/742), Atâ (v. 103/721), Süfyân b. Uyeyne (v. 198/814), Evzâî (v. 157/774), Leys b. Sa'd (v. 175/791), Hasan Basrî (v. 110/728), İshak, Ebû Sevr, Taberî (v. 310/923) gibi pek çok ilk dönem İslam hukukçusu ile birlikte Şâfi'î, Hanbelî ve Zâhirî hukukçular bu ifadede kastedilenin

⁴⁰⁰ Şâfi'î, **el-Ümm**, C: III, s. 4; Makdisî, **el-Udde**, s. 253. Akde konu olan şeyin teslim alınmış olup olmaması arasında bu hususta bir fark gözetilmemiştir. Bkz. **el-Ümm**, C: III, s. 5.

⁴⁰¹ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 23; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 5; Meydânî, **el-Lübâb**, C: II, s. 4; Aynî, **el-Binâye**, C: VIII, s. 11; Sahnûn, **el-Müdevvene**, C: III, s. 222.

⁴⁰² Şâfi'î, **a.g.e.**, C: III, s. 4; Mâverdî, **a.g.e.**, C: V, s. 28; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 47; Makdisî, **a.g.e.**, s. 253; İbn Hazm, **el-Muhallâ**, C: VII, s. 233.

⁴⁰³ Hadisin tahrîci için bkz. 4 nolu dipnot.

tarafların bedenlen birbirlerinden ayrılmalari olduğu kanaatindedirler.⁴⁰⁴ Sahabeden hadisin râvîsi İbn Ömer (v. 73/692) ile Ebû Berze el-Eslemî (v. 65/685 [?]) de söz konusu ifadeyi bu şekilde yorumlamışlardır.⁴⁰⁵ Bu yorumu yapanlar, iki kişinin birbirinden ayrılmasından söz edildiğinde, örfen bundan bedenlen ayrılma anlaşılacağı noktasından hareket etmişlerdir. Ayrıca sahabe kavli hüccet olarak görülmeyecek olsa da, hadisi rivayet eden sahâbînin anlayışı, bu yorum için bir tercih sebebi olarak değerlendirilebilir.⁴⁰⁶ Bunun yanında hadiste bedenlen ayrılmadan söz edilmediğini farz ettiğimiz takdirde, bahsi geçen tabirin bir faydasının kalmayacağı belirtilmiştir. Zira tarafların icap ve kabul gerçekleşmeden önce akitten vazgeçme haklarının olduğu zaten malumdur. Çünkü bu durumda akit henüz tamamlanmamıştır. Dolayısıyla "ما لم يتفرقا" ifadesi ancak bedenlen ayrılma şeklinde anlaşıldığında malumun ilamı olmaktan çıkıp anlamlı hale gelmiş olacaktır.⁴⁰⁷

İbrahim Nahaî (v. 96/714), bir rivayete göre Sevrî, Rebîa (v. 136/753 [?]), İmam Ebû Hanîfe, Muhammed ve Mâlik ise, hadiste geçen "teferruk"a mecazi bir anlam yüklemiş, bundan maksadın tarafların bedenleriyle değil sözleriyle birbirinden ayrılması olduğunu, bunun da icap ve kabulün gerçekleşmesi suretiyle meydana geleceğini söylemişlerdir.⁴⁰⁸ Dolayısıyla onlara göre icap ve kabul gerçekleştiğinde akit bağlayıcı hale gelmekte ve artık tarafların muhayyerlik hakları bulunmamaktadır. Bu yoruma göre hadiste bahsedilen muhayyerlik meclis muhayyerliği değil; icabı yapan taraf için rücu, karşı taraf içinse kabul muhayyerliğidir.⁴⁰⁹ Bu görüşteki İslam hukukçuları, icap ve kabulün tamamlanmasıyla akdin hukuki sonuçlarının hemen terettüp edeceği, dolayısıyla tarafların akitten doğan haklarının sabit olacağı düşüncesinden yola çıkmış, bundan sonra bir tarafın akdi feshetmesinin diğer tarafın hakkını iptal etmek sayılacağını belirtmişlerdir. Bu da taraflardan birinin zarar görmesine sebebiyet vermekte olup, لا

⁴⁰⁴ Mübârekfûrî, *Tuhfetü'l-Ahvezî*, C: IV, s. 375-376; Aynî, *Umdetü'l-Kârî*, C: XI, s. 196.

⁴⁰⁵ Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, C: V, s. 219; Mübârekfûrî, *a.g.e.*, C: IV, s. 375.

⁴⁰⁶ Makdisî, *el-Udde*, s. 253; Mübârekfûrî, *a.g.e.*, C: IV, s. 376.

⁴⁰⁷ Şevkânî, *a.g.e.*, C: V, s. 220; Zühaylî, *a.g.e.*, C: V, s. 3316.

⁴⁰⁸ Aynî, *a.g.e.*, C: XI, s. 196; Mübârekfûrî, *a.g.e.*, C: IV, s. 376.

⁴⁰⁹ Mübârekfûrî, *a.g.e.*, C: IV, s. 376.

"ضرر ولا ضرار" gibi nasların da delalet ettiği gibi İslam hukukunun meşru saymayacağı bir durumdur.⁴¹⁰

Meclis muhayyerliğinde tarafların bedenlen birbirlerinden ayrılmadıkları sürece akdi tek taraflı feshetme hakkına sahip olmaları esas olmakla birlikte, bu muhayyerliği meşru gören İslam hukukçuları, onların akit meclisindeyken akdi onayladıklarını belirtmeleri durumunda, birbirlerinden ayrılmamış olsalar da bu haklarının ortadan kalkacağını ve akdin bağlayıcı hale geleceğini ifade etmişlerdir. Taraflardan biri bu yönde bir tercihte bulunduğu ise, akit haliyle sadece onun için bağlayıcı olurken, diğer tarafın muhayyerlik hakkı devam edecektir.⁴¹¹ Bu yaklaşım, meclis muhayyerliğinin şart muhayyerliği gibi tarafların kişisel haklarından olması, dolayısıyla her bir tarafın bu hakkından feragat etme yetkisine sahip bulunması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır.⁴¹² Ayrıca meclis muhayyerliğine dayanak olarak zikredilen hadisin bazı rivayetleri de bu görüşe delil teşkil etmektedir. Bu rivayetlerden bir tanesi şöyledir:

"البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر"

*"Satıcı ve müşteri birbirlerinden ayrılmadıkları sürece ya da biri diğerine (akdi feshetme ya da onaylama seçeneklerinden birine dair) seçimini yap diyene kadar muhayyerdirler."*⁴¹³

Tirmizî'nin (v. 279/892) rivayeti ise şöyledir:

"البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او يختارا"

*"Alışverişte taraflar birbirlerinden ayrılmadıkça ya da (ayrılmadan akdi onaylama ya da feshetme yönünde) tercihte bulunmadıkça muhayyerdirler."*⁴¹⁴

⁴¹⁰ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 23; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 5; Zeylâî, **Tebyînü'l-Hakâik**, C: IV, s. 3; Meydânî, **el-Lübâb**, C: II, s. 4; Aynî, **Umdetü'l-Kârî**, C: XI, s. 196.

⁴¹¹ Şâfi'î, **el-Ümm**, C: III, s. 4; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 406; Mansur b. Yunus el-Buhûtî, **Dekâiku Üli'n-Nühâ li şerhi'l-Müntehâ (Şerhu Münteha'l-İrâdât)**, 3 c., y.y., Âlemü'l-Kütüb, 1414/1993, C: II, s. 36.

⁴¹² Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 406.

⁴¹³ Buhârî, "Buyû", 43; Nesâî, "Buyû", 9; Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, C: VIII, s. 64.

Hâsılı, taraflar akitten sonra birbirlerinden ayrılmadan meclis muhayyerliğini kendi iradeleriyle düşürüp akdi kesinleştirebilirler. Günümüzde özellikle bedelleri yüksek meblağ tutan alışverişlerde sözlü irade beyanlarıyla yetinilmeyip sözleşmenin yazıya dökülmesi ve tarafların imzalarıyla tescillenmesi bu kabilden bir işlem olarak görülebilir.

Yalnız burada şu hususu kaydetmek gerekir: Tarafların meclis muhayyerliğini kendi iradeleriyle düşürebilmeleri, ancak icap ve kabul gerçekleşip akit tamamlandıktan sonra mümkün olabilir. Akit kuruluş aşamasında olup henüz tamamlanmamışken taraflar meclis muhayyerliğini düşüremezler. Zira meclis muhayyerliği tarafların anlaşmasına bağlı olmaksızın sabit olan şer'î bir muhayyerlik olduğu için,⁴¹⁵ taraflar akdi kurarken bu muhayyerliğin olmamasını şart koşsalar bile bu şart dikkate alınmaz. Çünkü görme muhayyerliğinde de zikrettiğimiz üzere şer'î muhayyerlikler sebepleri meydana geldiğinde şer'î bir hak olarak sabit olmakta, dolayısıyla sebepleri gerçekleşmeden iskât edilmeleri söz konusu olamaz.⁴¹⁶

Diğer muhayyerliklerde olduğu gibi meclis muhayyerliğinin de miras olarak varislere intikale elverişli olup olmadığı İslam hukukçularınca tartışılmıştır. Meclis muhayyerliğini meşru gören Şâfi'î ve Hanbelî hukukçuların şart muhayyerliğinin miras olarak intikali hususundaki yaklaşımlarını; Şâfi'îlerin mali bir hak olarak gördüklerinden bu muhayyerliğe mirasçı olunabileceği kanaatinde olduklarını, Hanbelîlerin ise şart muhayyerliğini kişisel bir hak olarak değerlendirdikleri için bunun aksini savunduklarını daha önce aktarmıştık.⁴¹⁷ Bu yaklaşım farklı meclis muhayyerliğinde de ortaya çıkmış, bu muhayyerliğin mirasa konu olup olamayacağına dair iki mezhep müçtehitleri arasında ihtilaf vuku bulmuştur.

Şâfi'î mezhebinde daha güçlü kabul edilen görüş, bu muhayyerliğin varislere intikal edeceği yönündedir. Bu görüşe göre taraflardan biri akitten sonra meclisten ayrılmadan ölürse, meclis muhayyerliği mirasçılara geçer ve onlar bu

⁴¹⁴ Tirmizî, "Buyû", 26.

⁴¹⁵ Mâverdî, **a.g.e.**, C: V, s. 36.

⁴¹⁶ Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 406; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 65.

⁴¹⁷ Bkz. s. 91.

muhayyerliğe dayanarak akdi feshetme hakkına sahip olurlar.⁴¹⁸ Hanbelî mezhebi hukukçuları ise meclis muhayyerliğine mirasçı olunamayacağını, taraflardan birinin akit meclisindeyken ölmesi halinde muhayyerliğinin ortadan kalkacağını söylemişlerdir.⁴¹⁹ Ayrıca Hanbelî hukukçular ölümü en büyük ayrılık olarak niteleyerek, bu suretle tarafların birbirlerinden ayrılışlarının en güçlü şekilde gerçekleşeceğini belirtip bu görüşlerini gerekçelendirmişlerdir.⁴²⁰

2.2.2.2. Görme Muhayyerliği

Fıkıh dilinde “**hıyâru’r-rü’ye**” diye tabir edilen görme muhayyerliği, müşterinin, görmeden satın aldığı malı akitten sonra gördüğünde sahip olduğu muhayyerliği ifade etmektedir. Akit meclisinde hazır bulunmayan ya da hazır bulunsun bile taraflardan her ikisinin veya birinin görmediği malların satımının geçerliliği hususunda İslam hukuk mezheplerinin farklı yaklaşımları bulunmaktadır.

Hanefî hukukçular kişinin, görmediği malı alıp satmasını caiz görmüşlerdir. Onlar, akit sırasında malın niteliklerinin zikredilmiş olup olmaması arasında bu hususta bir fark gözetmemişlerdir.⁴²¹ Şâfi’î mezhebinde öne çıkan görüşe göre akit meclisinde hazır olmayan ve görülmeyen malların satımı hiçbir şekilde sahih değildir.⁴²² İmam Mâlik’e ve Hanbelî mezhebinde meşhur olan görüşe göre ise bahsi geçen malların satımı, akit sırasında vasıflarının zikredilmesi ve kabzedilmeden önce vasıflarının değişmeyeceğinden emin olunması şartıyla caizdir.⁴²³ Şâfi’î mezhebindeki bir diğer görüşe göre de satılan malın cins ve türünün akitte zikredilmesi halinde bu malların satımı geçerli görülmüştür.⁴²⁴

Bu ihtilafa bağlı olarak İslam hukukçuları görme muhayyerliğinin meşruiyeti konusunda farklı kanaatlere varmışlardır. Hanefîler, müşterinin, görmeden aldığı malı gördüğünde her halükârda akdi feshetmekle onaylamak arasında muhayyer

⁴¹⁸ Şâfi’î, **el-Ümm**, C: III, s. 5; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 408.

⁴¹⁹ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 485; Buhûtî, **Şerhu Münteha’l-İrâdât**, C: II, s. 37.

⁴²⁰ Buhûtî, **a.g.e.**, C: II, s. 37.

⁴²¹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 15-16; Mâverdî, **el-Hâvi’l-Kebîr**, C: V, s. 14.

⁴²² Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 357; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 174.

⁴²³ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 174; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 494-495.

⁴²⁴ Mâverdî, **a.g.e.**, C: V, s. 14; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 357.

olduğunu ifade etmişlerdir.⁴²⁵ Onlara göre akit yapılırken malın vasıfları belirtilmiş olsa ve müşteri malı kendisine tavsif edildiği gibi bulsa bile görme muhayyerliğine sahip olur. Mâlikî ve Hanbelî müçtehitlerle Şâfi'î mezhebinde bir görüşe göre ise, müşteri ancak malı kendisine nitelendiği şekilde bulamazsa muhayyer olur. Malın anlatıldığı gibi çıkması halinde ise akit bağlayıcı hale gelir ve müşterinin muhayyerlik hakkı olmaz.⁴²⁶ Ancak Şâfi'î mezhebinde ağır basan görüş, nitelikleri zikredilsin ya da zikredilmesin akit sırasında hazır bulunmayan ya da görülmeyen malların satımının batıl olacağı yönünde olduğundan, görme muhayyerliğinin Şâfi'î mezhebinde meşru görülmediğini söyleyebiliriz.⁴²⁷ Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin bahsettiği muhayyerlik ise esasen görme muhayyerliği değil, akitte zikredilen vasfın mebî'de bulunmaması sebebiyle hak kazanılan vasıf muhayyerliğidir. Buna göre görme muhayyerliği sadece Hanefîlere göre meşrudur.

Hanefî mezhebinin fikhî kaynaklarında görme muhayyerliğine delil olarak şu hadis zikredilmektedir:

"من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه"

*"Görmediği bir şeyi satın alan kimse, bu şeyi gördüğünde muhayyerdir. Dilerse onu alır, dilerse bırakır."*⁴²⁸

Ancak hadisi nakleden Dârekutnî (v. 385/995) bu rivayeti biri mürsel, diğeri müsned olmak üzere iki tarikten rivayet etmiş ve hadisin her iki tarikinde de zayıf râvî bulunduğunu zikretmiştir.⁴²⁹ Diğer mezheplere ait kaynaklarda da söz konusu hadisin zayıf olduğu belirtilmektedir.⁴³⁰ Hatta Nevevî hadis hafızlarının bu hususta ittifak ettiğini nakletmiştir.⁴³¹ Bu durumda söz konusu rivayetin görme muhayyerliğine delil teşkil etmediği görülmektedir. Dolayısıyla Hanefîlerin bu husustaki esas dayanağı, nitelikleri zikredilse bile akit sırasında görülmeyen

⁴²⁵ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 34; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 15; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 15.

⁴²⁶ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 174.

⁴²⁷ Mâverdî, **a.g.e.**, C: V, s. 14; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 174.

⁴²⁸ Dârekutnî, "Buyû", C: III, s. 382.

⁴²⁹ Dârekutnî, "Buyû", C: III, s. 382.

⁴³⁰ Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 357; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 495.

⁴³¹ Ebu'l-Fadl Ahmed b. Ali b. Hacer el-Askalânî, **et-Telhîsu'l-Habîr fî Tahrîci Ehâdisi'r-Râfi'îyyi'l-Kebîr**, 4 c., y.y., Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1419/1989, C: III, s. 14.

ma'kûdun aleyhte tarafları nizaa götürebilecek bir bilinmezliğin söz konusu olacağı, bunun da karşılıklı rıza unsuruna zarar vereceği, dolayısıyla rızası sakatlanan taraf için muhayyerlik hakkı doğuracağı düşüncesidir.⁴³²

İslam hukuku müşteri ve tüketici haklarına olduğu kadar satıcı ve üretici haklarına da önem vermiş, her iki kesimin de zarar ve mağduriyetinin önlenmesi için tedbirler almıştır. Gerek kitap ve sünnet naslarında gerekse bu naslardan ve diğer şer'î delillerden istidlal yoluyla yapılmış içtihatlarda, verilmiş fetvalarda bu hususa dair çok fazla örnek bulmak mümkündür. Bu açıdan bakıldığında müşterinin görme muhayyerliğine sahip olmasının satıcının zarar görmemesi kaydıyla sınırlandırılması, kanaatimizce her iki tarafın da hakkının gözetildiği daha adil bir yaklaşım olacaktır. Mesela günümüzde kutusu veya ambalajı içinde satılan bazı ürünlerin açıldıktan sonra iade edilmesi halinde satıcı ürünü bir daha satma imkânı bulamamakta ve zarar görmektedir. Bu gibi durumlarda kanaatimizce müşteri ürünü kendisine tavsif edildiği şekilde bulduğu takdirde görme muhayyerliğine sahip değildir. Yine istisnâ akdinde (eser sözleşmesi), sipariş edilen ürün akitte belirlenen niteliklere uygun olarak üretildiği halde müşterinin görme muhayyerliğinin olması, satıcının maddi olarak zararına sebep olabilecektir. Özellikle de çok fazla emek ve masraf sarf ederek ürettiği bir ürünün müşterinin iadesi sonucu elinde kalması, satıcıyı ciddi manada mağdur edecektir. Bu sebeple istisnâ akdinde de, ürünün belirttiği vasıflara uygun olması halinde müşterinin görme muhayyerliğinin olmayacağı kanaatindeyiz.

İslam hukuku kaynaklarında görme muhayyerliği bahsindeki “rü'yet” tabiri sadece gözle görmek anlamında kullanılmamış, bu tabirden, hangi duyu organıyla mebî' hakkında bilgi sahibi olunabiliyorsa, onun vasıtasıyla maksadın hâsıl olacağı derecede mebî'e vâkıf olmak kastedilmiştir.⁴³³ Bundan dolayı söz gelimi koklamak suretiyle özellikleri bilinebilen koku ürünleri satın alan müşterinin, akit sırasında görmüş olsa bile ürünü kokladıktan sonra muhayyer olacağı ifade edilmiştir.⁴³⁴ Yine âmâ olan kimsenin, özellikleri dokunularak biliniyorsa mebî'e dokunması,

⁴³² Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3579.

⁴³³ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 323; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 482-483.

⁴³⁴ Sirâceddîn İbn Nüceym, **en-Nehru'l-Fâik**, C: III, s. 380; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 337.

koklanarak biliniyorsa koklaması, tadılarak biliniyorsa tatması, gören kimsenin görmesi gibi değerlendirilmiş, bu suretle görme muhayyerliğinin düşeceği zikredilmiştir.⁴³⁵

Öte yandan malın tamamının görülmesi her zaman mümkün olmadığından, görme muhayyerliğinin düşmesi için bu gerekli görülmemiş, hayvanın yüzü ve kaba etleri, kumaşın katlanmış hali gibi malın alıcı için maksadın hâsıl olacağı kadarını görmek yeterli sayılmıştır.⁴³⁶ Tabii malın hangi kısmının görülmesiyle maksadın hâsıl olacağı hususu; müşterinin malı ne maksatla kullanacağı, içinde bulunulan zamanın ve mekânın şartları gibi kıstaslara göre farklılık arz edebilir. Nitekim İmam Ebû Hanîfe'nin hayatta olduğu dönemde evlerin iç kısımları birbirinden pek farklı olmadığından o, konutların sadece dış cephelerinin görülmesiyle müşterinin görme muhayyerliğinin düşeceğine dair fetva vermiştir. Ancak ondan sonra bölgedeki âdet değişip farklı büyüklük ve özellikte konutların inşa edilmesi yaygın hale gelince, öğrencisi Züfer evlerin içi görülmedikçe muhayyerlik hakkının sabit olacağı yönünde içtihat etmiştir.⁴³⁷

Görme muhayyerliği hususunda akde konu olan malın misli mi yoksa kıyemî mi olduğu da İslam hukukçularınca dikkate alınmış ve bu itibarla farklı hükümler verilmiştir. Buna göre misli malların birim miktarları arasında farklılık (**tefâvüt**) bulunmadığından, bu mallarda ürünün belli bir miktarının ya da numunesinin görülmesi muhayyerliğinin düşmesi için yeterli sayılırken, bunun aksi bir özelliğe sahip olan kıyemî mallarda ise malın tamamı görülmeden muhayyerliğinin sakıt olmayacağı ifade edilmiştir.⁴³⁸

Hanefî hukukçular görme muhayyerliğini müşteriye mahsus bir hak olarak değerlendirilmiş, söz gelimi henüz eline geçmediği için görmediği bir malını satan kimsenin muhayyer olmayacağını söylemişlerdir.⁴³⁹ Zira müşteriye görme muhayyerliği hakkının verilmesi, malı gördüğünde onu beklediğinden daha düşük ve

⁴³⁵ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 77; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 17.

⁴³⁶ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 16; İbnü'l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 342.

⁴³⁷ Zebidî, **el-Cevhere**, C: I, s. 195; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 37; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 17.

⁴³⁸ İbnü'l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 343; Bâbertî, **a.g.e.**, C: VI, s. 342; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 16.

⁴³⁹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 16; Neseî, **Kenzü'd-Dekâik**, s. 414; Halebî, **Mültekâ**, C: I, s. 50; Haskefî, **a.g.e.**, s. 405.

kalitesiz bulması, dolayısıyla gabne maruz kalması ihtimalinden dolayıdır. Satıcı içinse böyle bir durum söz konusu değildir. Satıcının görmeden sattığı malı gördüğünde onun sandığından daha iyi bir mal olduğunu fark etmesi, bundan dolayı da sattığına pişman olması mümkünse de, Hanefî müçtehitler bu durumu muhayyerlik hakkı doğuran bir sebep olarak görmemişlerdir. Bir başka ifadeyle, Hanefî hukukçular, görmeden aldığı ürünü gördükten sonra beğenmeyip iade etmek isteyen müşteriyi, kaliteli olması şartıyla satın aldığı mal kalitesiz çıkan kimseye benzetmişlerdir. Görmediği malı satan bâyi' i ise ürününü kalitesiz sanarak sattıktan sonra yanıldığını fark eden satıcı gibi değerlendirmişlerdir. Birinci örnekteki şahıs muhayyerlik hakkına sahipken, ikinci örnekteki kişinin böyle bir hakkı yoktur.⁴⁴⁰ Hanefilerin bu yaklaşımlarından anlaşıldığı üzere, malını görmeden satan kimsenin de gabne uğrama ihtimali bulunmakla birlikte, söz konusu mal bu kimsenin mülkiyetinde olduğundan, malı görmeden satması onun kendi kusur ve ihmali olarak görülmüş, bu sebeple bu şahıs, bir malı görmeden satın alan kimseden farklı değerlendirilmiştir.

Ancak burada şuna dikkat çekmek gerekir ki, satıcının görme muhayyerliğine sahip olmaması, malın para karşılığında satımı halinde geçerli bir hüküm olarak görülmelidir. Malın doğrudan bir başka malla değiştirildiği **mukâyaza** (takas/trampa) akdinde ise, her iki taraf da akit sırasında alacağı malı görmediği takdirde görme muhayyerliğine sahip olur.⁴⁴¹ Çünkü bu akitte her iki taraf da bir yönden malının satıcısı, bir başka yönden ise görmediği bir mal satın alan müşteri durumundadır.⁴⁴²

Görme muhayyerliği şer'an sabit olan bir muhayyerlik olarak görüldüğü için, sübutu için müşterinin akit sırasında bunu şart koşmasına ihtiyaç duyulmadığı gibi, onun hakkından feragat etmesiyle de bu muhayyerliğin düşmeyeceği İslam hukukçularınca ifade edilmiştir. Dolayısıyla müşteri malı görmeden akde razı olduğunu ya da muhayyerlik hakkını düşürdüğünü ifade etse bile, gördüğünde bu

⁴⁴⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 292.

⁴⁴¹ Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 15; İbn Mâze, **el-Muhîtu'l-Burhânî**, C: VI, s. 532; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 292; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 195; Zeydân, **a.g.e.**, s. 365.

⁴⁴² Zebîdî, **a.g.e.**, C: I, s. 195.

hakkı baki kabul edilmiştir.⁴⁴³ Çünkü hakkın şer'an sübutu malın görüldüğü anda gerçekleşmektedir. Dolayısıyla henüz sübut bulmamış bir hakkın iskâtından söz edilemez.⁴⁴⁴

Müşterinin, satın aldığı malı görmeden önce muhayyerlik hakkı sübut bulmadığına göre, onun bu durumda hakkını iskât etmesi mümkün olmayacağı gibi bu hakka istinaden akdi feshetme ya da onaylama yetkisinin de bulunmayacağı sonucu çıkarılabilir. Ancak müşterinin görme muhayyerliğine sahip olduğu bir akdin henüz bağlayıcılık kazanmadığı düşünüldüğünde, onun malı görmeden önce de, muhayyerlik hakkı sebebiyle olmasa da akdin bağlayıcılık kazanmamış olması sebebiyle fesih yetkisine sahip olduğu kanaati hâsıl olmaktadır. Nitekim Hanefî mezhebinde sahih kabul edilen görüş bu yöndedir.⁴⁴⁵

Görme muhayyerliği ile ilgili olarak üzerinde durulmasını önemli gördüğümüz bir husus da, bu muhayyerliğe sahip bulunan kimsenin bu hakkını belirli bir süre içerisinde kullanmasının zorunlu olup olmadığı meselesidir. Görme muhayyerliğini meşru gören Hanefî hukukçular arasında genellikle kabul gören ve mezhepte tercih edilen görüş, bu muhayyerliğin belli bir süreyle kayıtlı olmayacağı, rü'yetin gerçekleşmesinden itibaren başlayıp onu ortadan kaldıracak bir sebep bulunmadıkça devam edeceği yönündedir.⁴⁴⁶ Bununla birlikte bazı Hanefî hukukçular görme muhayyerliğinin, müşterinin malı gördükten sonra fesih işlemini gerçekleştirmesinin mümkün olacağı kadar bir süreyle sınırlı olduğu kanaatindedirler. Buna göre müşterinin böyle bir imkân bulup da akdi feshetmemesi halinde muhayyerlik hakkı ortadan kalkar ve akit bağlayıcı hale gelir.⁴⁴⁷

⁴⁴³ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 34; İbn Mâze, **a.g.e.**, C: VI, s. 532; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 194.

⁴⁴⁴ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 34; Zebîdî, **a.g.e.**, C: I, s. 194-195; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 337.

⁴⁴⁵ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 29; Meydânî, **el-Lübâb**, C: II, s. 15. Hanefî mezhebinde yer alan diğer bir görüş ve iki görüşün mukayesesi için bkz. İbnü'l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 337-338.

⁴⁴⁶ Şeybânî, **el-Asl**, C: V, s. 149; Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 34; İbnü'l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 340; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 319.

⁴⁴⁷ İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 340; Zeydân, **a.g.e.**, s. 366. Ayrıca Zeydân, Ca'ferî fakihlerin de bu görüşte olduğunu nakletmektedir. Bkz. **a.y.**, s. 366.

Burada İslam hukukunun hem müşteri hem de satıcının haklarını koruma, zararın önlenmesini sağlama gibi ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda, müşteriye malı gördükten sonra süreyle kayıtlanmamış sınırsız bir muhayyerlik hakkı verilmesinin doğru olmayacağı düşüncesindeyiz. Zira malın zamanla değer kaybına uğraması ya da rağbetini yitirmesi muhtemel olduğundan, çok uzun zaman sonra muhayyerlik gerekçesiyle iadesi satıcıyı ciddi manada zarara uğratabilir. Bu sebeple görme muhayyerliğinin maruf ve makul bir süreyle sınırlandırılması kanaatimizce daha doğru olacaktır.

Hanefî hukukçularca görme muhayyerliği de şart muhayyerliği gibi şahsi bir hak olarak görüldüğünden miras olarak varislere intikalinin söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir.⁴⁴⁸ Zira müşterinin satın aldığı malı gördüğünde iade edip etmemesi, tamamen onun kişisel beğeni ve arzusuna bağlı bir tasarruf olup, mirasçı olunmaya müsait değildir. Dolayısıyla müşterinin aldığı malı görmeden ya da görse bile henüz muhayyerlik hakkını kullanmadan vefat etmesi halinde, görme muhayyerliği düşer ve söz konusu mal olduğu gibi mirasçılara intikal eder.⁴⁴⁹

Görme muhayyerliği hususunda temas edilmesi gereken bir mevzu da, bu muhayyerliğin sadece satım akdine mahsus olmadığıdır. Zira görme muhayyerliği, daha önce de değinildiği üzere kişinin aldığı malı görmemiş olması sebebiyle gabne maruz kalması ve rızasının sakatlanması ihtimalinden dolayı meşru kılınmış olup, bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde onun zararını telafi etme gayesine matuftur. Söz konusu ihtimal ma'kûdun aleyh görülmeden gerçekleştirilen diğer muâvazalı akitlerde de bulunmakta olduğundan, aynı amaca yönelik olarak onlarda da görme muhayyerliği meşru olmalıdır. Nitekim İslam hukuku kaynaklarında görme muhayyerliğinin satım akdinin dışında icâre, muayyen bir bedel karşılığı mal iddiasından vazgeçme üzerine yapılan sulh, ortak kıyemî malların karşılıklı rızayla bölüştürülmesi (**kısmet**) gibi sözleşmelerde de geçerli olacağı ifade edilmiştir.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Mecelle'nin 321. maddesinde bu husus, "Hıyâr-ı rü'yet, vârise intikal etmez" şeklinde kanunlaştırılmıştır. Ayr. bkz. Kadri Paşa, **Mürşidü'l-Hayrân**, s. 41, md. 247.

⁴⁴⁹ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 322; Zeydân, **a.g.e.**, s. 367-368.

⁴⁵⁰ Kadri Paşa, **a.g.e.**, s. 40, md. 246; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 319; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3585.

Ancak görme muhayyerliğinin geçerliliği için iki nokta üzerinde durulmuştur. Bunlar, akde konu olan şeyin ferden tayin edilen mallardan (**ayn**) olması gerektiği ve bu muhayyerliğin ancak malı ya da malın menfaatini temellük eden kişi için geçerli olacağı hususlarıdır.⁴⁵¹ Bundan dolayı İslam hukukçuları selem ve sarf akitlerinde müşteri için görme muhayyerliğini meşru görmemişlerdir. Çünkü selem akdinde satın alınan mal nev'an tayin edilen ve satıcının zimmetinde borç olarak sabit olan misliyyât (**deyn**) türünden mallardandır. Yine sarf akdinde karşılıklı temellük edilen mallar para cinsinden olup nev'an tayin edilen mallardandır.⁴⁵²

Görme muhayyerliğinin ferden tayin edilen mallara mahsus olmasının sebebini şöyle izah edebiliriz: Bu tür malların vasıflarının ötesinde bizzat aynları maksuttur. Dolayısıyla aynları görülmeden alındıklarında akitte karşılıklı rıza unsuru tam olarak gerçekleşmeyecektir. Para, selem yoluyla alınan ürün gibi zimmette borç olarak sabit olan ve nev'an tayin edilen malların ise nitelikleri ön planda olup aynları maksut değildir. Dolayısıyla akit sırasında bu malların vasıflarının belirtilmesiyle maksat hâsıl olur ve malın belirtilen vasıflarında bir eksiklik olmazsa karşılıklı rıza kesin olarak gerçekleşir. Bu sebeple bu mallarda görme muhayyerliğini gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

Ayrıca şunu da ilave edelim ki, feshi kabul etmeyen akitlerde de görme muhayyerliğinden söz edilemeyeceği açıktır. Mesela nikâh akdinde, akde konu olan mehrin ferden muayyen bir mal olması ve akit sırasında da görülmemiş bulunması kadın için görme muhayyerliği hakkı doğurmaz. Çünkü nikâh akdi mehir olarak belirlenen malın iade edilmesi suretiyle feshedilmeye elverişli bir akit değildir. Yine aynı özellikteki bir malın hul' bedeli olarak belirlendiği hul' akdinde de, akit sırasında malın görülmemiş olması bu bedeli alan kocaya muhayyerlik hakkı vermez. Zira hul' akdi de feshe elverişli bir akit değildir.⁴⁵³ Öte yandan tabiatı itibariyle

⁴⁵¹ Kadri Paşa, **a.g.e.**, s. 40, md. 245, 246; Zeydân, **a.g.e.**, s. 365.

⁴⁵² Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 42; Nevevî, **Minhâc**, s. 110; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 207; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3585; Zeydân, **a.g.e.**, s. 365-366; Bilal Aybakan, "Selem", **DİA**, 2009, C: XXXVI, s. 403. Aynı şekilde satıcının görme muhayyerliğinin olmamasının bir sebebi de, onun akitte elde ettiği malın (**semen**) para cinsinden olup nev'an muayyen olmasıdır.

⁴⁵³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 292; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3585. Nikâh akdinin feshi kabul etmemesinin görme muhayyerliği ile ilgili bir sonucu da, tarafların birbirlerini görmeden evlenmelerinin görme muhayyerliği hakkı kazandırmayacağı hususudur.

bağlayıcı olmayan akitlerde tarafların hiçbir sebebe dayanmadan tek taraflı fesih hakları bulunduğundan, bu akitlerde de görme muhayyerliğine yer olmadığı açıktır.

2.2.2.3. Ayıp/Kusur Muhayyerliği

“**Ayb**” kelimesi sözlükte leke, kusur, noksan, rahatsızlık gibi anlamlara gelmektedir.⁴⁵⁴ Fıkhî kaynaklarda “**hıyâru’l-ayb**” tamlamasıyla ifade edilen ayıp muhayyerliği ise, akde konu olan şeyde mevcut bulunan kusurun akitten sonra ortaya çıkması sebebiyle elde edilen muhayyerlik hakkını ifade etmektedir.⁴⁵⁵

Ayıp muhayyerliği akitte taraflarca şart koşulmaksızın sabit olan bir muhayyerliktir.⁴⁵⁶ Bu muhayyerliğin meşruiyet dayanağı daha çok rıza ve örf kavramları öne çıkarılarak izah edilmektedir. Şöyle ki, akitle elde edeceği malın kusursuz olması akdi inşa eden kimsenin âdeten arzu ettiği bir özelliktir. Dolayısıyla malda bu özellik bulunmadığında bu kimsenin rızası sakatlanmış olacağı için akdi bozma hakkına sahip olmalıdır.⁴⁵⁷ Aynı zamanda insanlar arasında cari olan örf göre, akit sırasında aksine bir beyanda bulunulmadığı takdirde akde konu olan malın kusurdan hâlî olduğu anlaşılır. Bundan dolayı fukahâ “mutlak bey’ mebîn selametini gerektirir” demişlerdir.⁴⁵⁸ Örf İslam hukukunda muteber görülen bir delil olup örfen bilinen husus, açıkça şart koşulmuş hükmünde kabul edilmiştir.⁴⁵⁹ Bu sebeple malın kusursuz olması akitte zimnen şart koşulmuş sayılmıştır.⁴⁶⁰ Dolayısıyla şartın yerine gelmemesi şart sahibi için akdi bozma hakkı doğurur.

⁴⁵⁴ Cevherî, **a.g.e.**, C: I, s. 190; İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: I, s. 633; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 118; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu’l-arûs**, C: III, s. 448-449;

⁴⁵⁵ Kal’acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 202; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 126; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 194.

⁴⁵⁶ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 335; Kadri Paşa, **a.g.e.**, s. 68, md. 419.

⁴⁵⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 274.

⁴⁵⁸ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 18; İbnü’l-Hümâm, **Fethu’l-Kadîr**, C: VI, s. 355; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 19.

⁴⁵⁹ Mecellenin 43. maddesinde bu husus “örfen ma’rûf olan şey şart kılınmış gibidir” ifadesiyle kanunlaştırılmıştır.

⁴⁶⁰ Kâsânî ayıp muhayyerliği için “delethen şart koşulması sebebiyle sabit olan muhayyerlik” ifadesini kullanır. Bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 273.

Ayrıca Hz. Peygamber (s.a.v.)’den nakledilen “**musarrât hadisi**” olarak bilinen rivayet de ayıp muhayyerliğine delil olarak zikredilmektedir.⁴⁶¹ Bu hadiste şöyle söylenilmektedir:

"لا تُصَرُّوا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعدُ فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر"

“Deve ve koyunların sütünü çok göstermek için memelerini bağlamayın. Bundan sonra bu şekildeki bir hayvanı satın alan kimse, onu sağdıktan sonra iki düşünceden en hayırlısını seçmekle baş başa kalır. Dilerse hayvanı yanında tutar, dilerse de bir sa’ hurmayla birlikte iade eder.”⁴⁶²

Hadiste esas itibariyle satıcı tarafından malı değerli göstermek için yapılan hile sebebiyle aldatılan müşterinin muhayyerlik hakkına sahip olacağı beyan edilmektedir. Ancak aldatma olmaksızın kusurlu mal satın alan müşterinin durumu da İslam hukukçularınca aldatılan müşteri gibi değerlendirilmiş ve bahsi geçen hadis ayıp muhayyerliğine delil olarak zikredilmiştir. Çünkü her iki durumda da müşterinin rızası sakatlanmaktadır.

Muhayyerlik hakkı doğuran kusurun mahiyeti hakkında İslam hukukçuları muhtelif tanımlar yapmışlardır. İbnü’l-Hümâm (v. 861/1457) bu kusuru; bir şeyin, hilkatinin aslı itibariyle kendisinden hâlî olduğu ve kendisinde bulunması halinde noksan sayılacağı vasıf diye tarif etmiştir.⁴⁶³ Kâsânî ise, ticaret erbabının örfüne göre malın fiyatının az ya da çok eksilmesini gerektiren her durumun, muhayyerliği sabit kılacak bir kusur olduğunu ifade etmiştir.⁴⁶⁴ Tabii bu husus tespit edilirken her malda o malın emsalini satan ticaret erbabının görüşü dikkate alınmalıdır.⁴⁶⁵ Şâfi’î ve Hanbelî mezhebine ait fikhî kaynaklarda malın kıymetinde olduğu gibi aynında vuku bulan eksiklikler de söz konusu kusur kapsamında değerlendirilir.⁴⁶⁶ Ayrıca Şâfi’î hukukçular muhayyerlik hakkı doğuran kusuru tanımlarken, akitten beklenen haklı

⁴⁶¹ Bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 274; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 190; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3557.

⁴⁶² Buhârî, “Buyû”, 64.

⁴⁶³ İbnü’l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 355.

⁴⁶⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 274.

⁴⁶⁵ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 343.

⁴⁶⁶ Ebû Bekr Osman b. Muhammed ed-Dimyâtî, **İânetü’t-Tâlibîn alâ Elfâzi Fethi’l-Muîn**, 4 c., y.y., Dâru’l-Fikr, 1418/1997, C: III, s. 38; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 428; Buhûtî, **Keşşâfu’l-kunâ’**, C: III, s. 215; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3559.

maksadı engelleme ve akde konu olan malın emsallerinde genellikle bulunmama kıstaslarına vurgu yapmışlardır.⁴⁶⁷ Mesela meyve, sebze gibi mahsulatta hasat zamanı mevcut olmayan bozulma, bayatlama gibi eksiklikler; fabrika ya da atölye ürünü malların üretim tarihinde sahip oldukları bazı işlev ve özelliklerini yitirmesi gibi durumlar muhayyerlik hakkı doğuran kusura örnek olarak zikredilebilir.

Ayıp muhayyerliğinin söz konusu olabilmesi için İslam hukuku kaynaklarında; kusurun akitten ya da malın tesliminden önce mevcut olduğunun sübutu, akit veya malın teslimi sırasında müşterinin kusurdan haberinin olmaması, kusurun akdin feshinden önce ortadan kalkmamış olması gibi bazı şartlardan bahsedilmektedir.⁴⁶⁸ Zira bu şartlardan biri bulunmadığında, müşterinin kusurlu bir mal alması ya da rızasının sakatlanması söz konusu olmayacağından akdi bozma hakkına sahip olmayacağı açıktır. Bunun yanında satıcının akit sırasında malda bulunabilecek herhangi bir kusurdan sorumlu olmamayı şart koşması ve müşterinin de bunu kabul etmesi durumunda ayıp muhayyerliğinin düşüp düşmeyeceği İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır.

Şunu belirtelim ki, satıcının, akit sırasında müşteriye bildirdiği ve müşterinin de bilip razı olduğu kusurlardan sorumlu olmayacağı hususu ihtilafa mahal olmayacak derecede açıktır. Konuyla ilgili ihtilaf noktası, satıcının maldaki kusurları müşteriye bildirmeksizin her türlü kusurun sorumluluğundan beri olmayı şart koşması durumudur. Hanefî hukukçular bunu sahîh bir şart olarak değerlendirmiş ve bu durumda akdin geçerli olacağını, satıcının bu şartın gereği olarak malda bulunabilecek olan, daha önce bildiği ya da bilmediği herhangi bir kusurdan sorumlu olmayacağını söylemişlerdir. Dolayısıyla böyle bir akitte müşterinin ayıp muhayyerliği bulunmamaktadır.⁴⁶⁹ Bu yaklaşımda, müşterinin satıcının kusurdan beri olma şartını kabul etmesinin bir tür ibra sayıldığı ve bunun sahip olunan hakkın iskâtı

⁴⁶⁷ Dimyâfî, **a.g.e.**, III, 38; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 428; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3559.

⁴⁶⁸ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 37; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 19; Buhûtî, **a.g.e.**, C: III, s. 218; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3194; Zeydân, **a.g.e.**, s. 370.

⁴⁶⁹ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 91; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 42; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 21.

kabilinden bir tasarruf olduğu düşüncesinden hareket edilmiş, bu tür tasarruflarda bilinmezlik niza sebebi olmayacağından bu şart geçerli sayılmıştır.⁴⁷⁰

Şâfi'î, Mâlikî ve Hanbelî hukukçulara göre ise fahiş bilinmezlik içerdiği gerekçesiyle bu şart geçersiz sayılmıştır. Çünkü maldaki kusurlar belirtilmediğinden müşteri alacağı malın nitelikleri hakkında yeterli bilgiye sahip değildir. Ayrıca bu şart akdin muktezası olan, malın kusurdan hâlî olması durumuna aykırıdır. Dolayısıyla fâsid bir şart olarak değerlendirilir.⁴⁷¹ Ancak Şâfi'î mezhebi kaynaklarında sadece hayvan satımında maldaki, satıcının bilmediği, genelde vâkif olunamayan gizli kusurlar hususunda bu şartın geçerli görüleceği zikredilmektedir.⁴⁷² el-Müdevvene'de zikredildiği üzere İmam Mâlik de, her türlü ayıptan beri olma şartının sadece köle satımında geçerli olacağı ve bunun da satıcının bilmediği kusurlara mahsus olduğu kanaatindedir.⁴⁷³ Ahmed b. Hanbel'den de bu konuda iki görüş nakledilmiş olup, birine göre böyle bir şart hiçbir kusur hakkında geçerli olmazken, diğer görüşe göre ise hayvan ya da başka eşya satımı olsun bu şartla yapılan akitte satıcı bilmediği kusurlardan beri olur.⁴⁷⁴

İslam hukuku kaynaklarında ayıp muhayyerliği sebebiyle akdin feshinde yargı kararına ihtiyaç duyulup duyulmayacağı meselesi de gündeme getirilmiş, feshin malın teslim alınmasından önce ya da sonra oluşuna göre farklı hükümlerden söz edilmiştir. Özellikle Hanefî müçtehitler mal henüz teslim alınmamışsa muhayyer olan tarafın yargı kararına ve karşı tarafın rızasına ihtiyaç duymaksızın akdi feshedebileceğini, mal kabzedildikten sonra ise ancak yargı kararı ya da karşılıklı rıza ile akdin feshinin mümkün olabileceğini ifade etmişlerdir.⁴⁷⁵ Hanefîler görüşlerine gerekçe olarak, malın kabzedilmesiyle akdin tamamlanmış olduğunu, akdin tek tarafın irade beyanıyla kurulamayacağı gibi tamamlandıktan sonra da tek

⁴⁷⁰ Serahsî, **a.g.e.**, C: XIII, s. 92-93.

⁴⁷¹ Serahsî, **a.g.e.**, C: XIII, s. 92; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 430-432; Sahnûn, **a.g.e.**, C: III, s. 366; Mevvâk, **a.g.e.**, C: VI, s. 352; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 135; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: XI, s. 255-256.

⁴⁷² Ebû İbrahim İsmail b. Yahya el-Müzenî, **Muhtasaru'l-Müzenî**, Beyrut, Dâru'l-Ma'rife, 1410/1990, s. 182; Remlî, **a.g.e.**, C: IV, s. 36-37; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 430-432.

⁴⁷³ Sahnûn, **a.g.e.**, C: III, s. 366; Mevvâk, **a.g.e.**, C: VI, s. 352.

⁴⁷⁴ Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 135; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: XI, s. 255-256.

⁴⁷⁵ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 281; Zeydân, **a.g.e.**, s. 371.

tarafın iradesiyle ortadan kaldırılamayacağını, bunun için tarafların karşılıklı rızasının ya da hâkimin kararının gerektiğini söylemişlerdir.⁴⁷⁶ Şâfi'î mezhebi hukukçuları ise malın kabzedilmesinden sonra da ayıp muhayyerliği sebebiyle feshin yargı kararı ya da satıcının rızasına ihtiyaç duymayacağı kanaatindedirler. Onlar ayıp muhayyerliğini şart ve görme muhayyerliğine kıyas ederek bu hükmü vermişlerdir.⁴⁷⁷

Kanaatimizce burada gerek malın kabzedilmesinden önce olsun gerekse bundan sonra olsun müşterinin ayıp muhayyerliği sebebiyle akdi feshedebilmesi için satıcının buna razı olmasına, razı olmadığı takdirde ise konunun yargı yoluyla çözümüne ihtiyaç vardır. Satıcının razı olması halinde bu işlem bir tür ikâle olacağından akdin feshi yargı kararı olmaksızın gerçekleşmiş olur. Satıcı razı olmadığına ise fesih ancak mahkemenin ya da bayi ile müşteri arasındaki anlaşmazlıkları çözmek için tayin edilen bir hakem veya hakem heyetinin vereceği bir kararla hukuken geçerlilik kazanır. Zira akdin malda kusur bulunduğu gerekçesiyle feshedilebilmesi için; maldaki kusurun ayıp muhayyerliği gerektiren bir kusur olup olmadığı, kusurun akitten ya da malın teslim alınmasından önce müşteri tarafından bilinip bilinmediği, malın satıcı ve müşteriden hangisinin yanındayken kusurlu hale geldiği, kusurlu malda müşterinin elindeyken iade edilmesine mani bir durumun meydana gelip gelmediği gibi birçok hususun tespitine ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca zikredilen mevzularda akdin tarafları arasında görüş farklılıkları da bulunabilmekte, bu da akdin feshedilebilir olup olmadığı noktasında onları anlaşmazlığa sevk edebilmektedir. Dolayısıyla mesele, tek tarafın iradesiyle sonuca bağlanamayacak, yargının araştırma ve içtihadına ihtiyaç duyan bir mevzudur.

Şart ve görme muhayyerliklerinin aksine ayıp muhayyerliğinin varislere intikal edeceği İslam hukukçularınca ittifakla benimsenmiştir. Dolayısıyla ayıp muhayyerliğine sahip olan taraf bu hakkını kullanmadan ölürse, mirasçuları bu hakkı kullanma yetkisine sahip olurlar.⁴⁷⁸ Zira ayıp muhayyerliği hakkı doğuran kusurun

⁴⁷⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 281; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3566-3567.

⁴⁷⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 281; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3567.

⁴⁷⁸ Zeydân, **a.g.e.**, s. 373.

malın fiyatına olumsuz etkisi bulunduğundan, bunun şahsi değil mali bir hak olduğu açıktır. Mala taalluk eden haklar mala tabi olduğundan kendilerine mirasçı olunur.

2.3. AKDİN FÂSİD OLMASI

Fâsid sözcüğü “**fesâd**” kökünden gelmektedir. “**Fesâd**”, “**salâh**”ın zıt anlamlısı olup sözlükte “bir şeyin düzgün ve elverişli olmaması,⁴⁷⁹ asli hüviyetinde değişikliğe uğraması,⁴⁸⁰ az ya da çok istikametinden çıkması⁴⁸¹” gibi anlamlara gelmektedir. Kelimenin kullanımlarına bakıldığında fesâdın hem maddi/somut anlamda hem de manevi/soyut anlamda bir bozulma ifade ettiği görülmektedir. Mesela “...ظهر الفساد في البر والبحر...”⁴⁸² “...*karada ve denizde fesâd ortaya çıktı.*”⁴⁸³ ayetinde fesâd tabiri, “*kıtlık, kuraklık, bereketsizlik*” manasında kullanılmış olup⁴⁸³ maddi bir bozulmayı anlatmaktadır. Öte yandan Arapların bir topluluğun akrabalık ilişkilerini kesip, birbirlerine sırt çevirdiklerini belirtmek için kullandıkları “تفاسد القوم” cümlesinde⁴⁸⁴ ise kelime manevi bir bozulma ve yozlaşmayı ifade etmektedir.

Bir İslam hukuku ıstılahı olarak fesâd kavramına yüklenen anlam ise, İslam hukukçularının çoğunluğu ile Hanefî hukukçular arasında farklılık göstermektedir. Ancak şunu belirtmeliyiz ki, fesâd kavramının, en genel manasıyla ele alırsak, bir ibadet ya da hukuki işlemin Şâri’in emir ve kurallarına aykırı oluşunu ifade ettiği ittifakla sabittir. Bir başka tabirle bu kavram, ibadet veya hukuki muamelenin, kendisinde aranan şartları taşımaması sebebiyle İslam hukuku nazarındaki sakatlık ve

⁴⁷⁹ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: III, s. 335; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 306; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu’l-Arûs**, C: VIII, s. 496.

⁴⁸⁰ Zebîdî, **a.g.e.**, C: VIII, s. 496.

⁴⁸¹ Ebu’l-Kâsım el-Hüseyn b. Muhammed er-Râgıb el-İsfehânî, **el-Müfredât fi Ğarîbi’l-Kur’ân**, thk. Safvân Adnân ed-Dâvudî, Beyrut, Dâru’l-Kalem, 1412 h., s. 636; Ebû Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Yakub el-Fîrûzâbâdî, **Besâiru zevi’t-Temyîzi fi Letâifi’l-Kitâbi’l-Azîz**, thk. Muhammed Ali en-Neccâr, 6 c., Kahire, el-Meclisü’l-A’lâ li’ş-Şuûni’l-İslâmiyye, 1-3. C. 1416/1996, 4-5. C. 1412/1992, 6. C. 1393/1973, C: IV, s. 192.

⁴⁸² Rûm 30/41.

⁴⁸³ Cârullâh Ebu’l-Kâsım Mahmûd b. Amr ez-Zemahşerî, **el-Keşşâf an Hakâiki Ğavâmudî’t-Tenzîl**, 4 c., 3. bs., Beyrut, Dâru’l-Kitâbi’l-Arabî, 1407 h., C: III, s. 482; Nâsiruddîn Ebû Saîd Abdullah b. Ömer el-Beyzâvî, **Envâru’t-Tenzîl ve Esrâru’t-Te’vîl**, thk. Muhammed Abdurrahman el-Mar’aşî, 5 c., Beyrut, Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî, 1418 h., C: IV, s. 208. Ayr. bkz. İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: III, s. 335.

⁴⁸⁴ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: III, s. 335.

bozukluğunu anlatmaktadır. Burada meselenin konumuzla alakalı kısmı ise hukuki muamelelerin bir türü olan akitlerin fesadıdır.

Bu bağlamda İslam hukukçularının çoğunluğu fesadı butlan kavramıyla birlikte rükün veya şartlarında herhangi bir eksiklik ya da sakatlık bulunan akdi nitelikle için kullanmışlardır.⁴⁸⁵ Hanefî hukukçular ise bu hususta cumhurdan farklı bir yaklaşım sergilemiş, butlan ve fesâd kavramlarını akdin hukuka aykırılığının iki ayrı mertebesi olarak değerlendirmişlerdir. Bu yaklaşıma göre butlan, akdin aslı itibariyle yani onu oluşturan temel unsurlar/rükünler açısından gayri meşru oluşunu; fesâd ise kendisini oluşturan unsurlarda bir eksiklik ya da sakatlık olmamakla beraber akitte meşru olmayan bir vasfın bulunmasını ifade etmektedir.⁴⁸⁶

Buna göre cumhur eksiklik ya da sakatlığın akdin rükünlerinde olmasıyla, hukukun aradığı herhangi bir şartta bulunması arasında bir ayırım yapmamış, her iki durumu da aynı derecede görmüştür. Bunun sonucu olarak bu iki durumda da akdin şer'an yok hükmünde sayılacağı ve hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı kanaatine sahip olmuştur.⁴⁸⁷ Hanefî fakihler ise iki durumu derece olarak eşit görmemiştir. Onlara göre akdin mevcudiyetini oluşturan temel unsurlarda bir eksiklik veya sakatlık olması halinde, haliyle akdin hukuki varlığından, dolayısıyla da hukuki sonuçlarından söz edilemez. Bunlarda bir eksiklik bulunmadığında ise, bünyesinde gayri meşru bir nitelik bulunsa bile akit, kurucu unsurları açısından meşru görülmekte ve hukuken varlık kazanmış sayılmaktadır.⁴⁸⁸

Konuyu örnek üzerinden izah etmek gerekirse; meyte, kan vb. nesnelere satımı; mümeyyiz olmayan çocuk, akıl hastası gibi eda ehliyeti bulunmayan kimselerin yaptığı akitler; icap ve kabul beyanlarının net ve kesin olmadığı veya birbirine uymadığı akitler tüm İslam hukukçularına göre hükümsüz kabul edilirler. Zira bu örneklerde hukuka aykırılık, sırasıyla akdin konusu, taraflar ve irade beyanlarında söz konusu olduğundan, akit aslı itibariyle gayri meşrudur. Cumhur bu

⁴⁸⁵ Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3393-3394.

⁴⁸⁶ Kal'acı, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 345; Bilmen, **a.g.e.**, C: I, s. 35; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 136; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3396.

⁴⁸⁷ Hallâf, **İlmu Usûli'l-Fıkh**, s. 126; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3394.

⁴⁸⁸ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 51; Hallâf, **a.g.e.**, s. 126; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3394-3395.

tür akitleri batıl ya da fâsid olarak nitelerken, Hanefî hukukçular bu akitlere sadece batıl adını verirler. Öte yandan söz gelimi belirsiz vadeli satışlar, faiz içeren akitler, ikrah altında yapılan sözleşmeler ise cumhura göre yine batıl veya fâsid adını alıp yok hükmünde sayılırken, Hanefîlerce; icap ve kabulün, ehlinden sâdir olması ve akde konu olmaya elverişli bir mahalle izafe edilmesi halinde bu akitler hukuken mevcut kabul edilirler. Çünkü bunlardaki gayri meşruluk akdin rükünlerinin dışında kalan nitelikler itibariyle olup akit aslı itibariyle meşrudur. Bu akitler Hanefîlerce fâsid olarak nitelenirler.

Hanefî hukukçularca aslı itibariyle meşru kabul edildiğinden fâsid akit hukuken batıl akitten farklı değerlendirilmiş ve farklı hükümlere tabi kılınmıştır. Öncelikle fâsid akit Hanefî bakış açısına göre **mün'akid** (kurulmuş/hukuken varlık kazanmış) bir akittir.⁴⁸⁹ Bundan dolayı batıl akdin aksine feshe konu olabilmektedir.⁴⁹⁰ Ancak hukuken mevcut sayılmakla beraber nitelik açısından meşru olmaması ya da bir başka ifadeyle Şâri'in aradığı şartları taşıyaması sebebiyle fâsid akit İslam hukuku nazarında muteber bir akit olarak görülmemektedir. Bu sebeple hukuk nezdinde sahîh bir akit gibi de muamele görmemiştir. Nitekim fâsid akit sahîh akit gibi, kuruluşunu tamamlamasını müteakip hukuki sonuçlarını doğurmamakta, ancak tarafların akdin gereğini ifa etmesi durumunda kendisine bazı hukuki sonuçlar terettüp etmektedir.⁴⁹¹ Mesela fâsid bir satım akdinde müşteri ancak malı satıcının izniyle kabz ettiğinde ona malik olabilmektedir.⁴⁹² Yine fâsid bir nikâh akdinde zifaf gerçekleşikten sonra ancak mehir, iddet gibi hükümler söz konusu olmaktadır.⁴⁹³ Öyle görülüyor ki bu yaklaşıma göre fâsid akdin taraflar akdin gereğini ifa etmeden önce hukuki sonuçlarını doğurmaması onun şer'î hukuka aykırılığının; ifa edilmesi halinde bu akdin bazı sonuçlarının terettüp etmesi ise, fâsid akdin hukuk nazarında mevcut kabul edilmesinin bir sonucudur.

⁴⁸⁹ İbn Mâze, **el-Muhîtu'l-Burhânî**, C: VI, s. 420; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 156.

⁴⁹⁰ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3179. Cumhura göre fâsid ile bâtil aynı anlamda kullanıldığından, fesâd sebebiyle akdin feshi yalnızca Hanefî hukukçulara göre söz konusu olmaktadır.

⁴⁹¹ Zeydân, **a.g.e.**, s. 239.

⁴⁹² Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 51; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 22; İbn Mâze, **a.g.e.**, C: VI, s. 420; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, a. 156; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 200.

⁴⁹³ Zeydân, **a.g.e.**, s. 239.

Fâsid akdin şer'an muteber görülmemesinin bir başka sonucu da Hanefî hukukçulara göre bu akdin feshinin vâcib olmasıdır.⁴⁹⁴ İbnü'l-Hümâm, içerdiği gayri meşru nitelikten dolayı fâsid akit yapmayı “**masiyet** (Allah'a isyan)” olarak nitelemiş, masiyet sayılan unsuru ortadan kaldırmanın da Allah hakkının gereği olduğunu belirterek bu akdin feshinin şer'an zorunlu olduğuna işaret etmiştir.⁴⁹⁵ Buna göre masiyet unsuru devam ettiği sürece fâsid akdin gereğinin ifa edilmiş ya da henüz ifa edilmemiş olması arasında, feshin vücûbu bakımından bir fark bulunmamaktadır.⁴⁹⁶

Ancak şu ilaveyi yapmalıyız ki, fâsid akitteki masiyet unsurunun akdi feshetmeksizin de ortadan kaldırılması mümkündür. Söz gelimi semenin vadesinde ödenmemesi durumunda müşterinin belli oranda faiz ödemesi şartıyla yapılan bir vadeli satışta, akit yapıldıktan sonra tarafların henüz yerine getirilmeden bu şarttan vazgeçmesi halinde masiyet unsuru olan riba ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu durumda akitte gayri meşru bir nitelik kalmadığından feshinden söz edilemeyecektir. Nitekim Hanefî hukukçulardan Kerhî (v. 340/952), fâsid satışların fesâda sebep teşkil eden niteliğin ortadan kaldırılmasıyla sahih hale geleceğini mezhep müçtehitlerinden nakletmiştir.⁴⁹⁷ O halde fâsid akdin feshinin, fesâdın başka yolla ortadan kaldırılmasının mümkün olmaması halinde vâcib olacağını, aksi takdirde feshin fesâdı gidermenin bir seçeneği olarak cevazından söz edilebileceğini söylemek daha doğru olacaktır.

Akdin fâsid olması gerekçesiyle feshi, başka sebeplerle feshinden farklı olarak tarafların ya da taraflardan birinin arzusuna bırakılmamış, şer'î bir vecibe olarak görülmüştür. Yani İslam hukuku diğer fesih sebepleri tahakkuk ettiğinde akdin feshini ilgili şahsın isteğine bırakılmış bir hak olarak bahşederken, akdin fâsid olması durumunda feshi yerine getirilmesi zorunlu bir yükümlülük kılmıştır. Bu itibarla fikhî kaynaklarda; fâsid akdi feshetmenin taraflardan her biri için vâcib

⁴⁹⁴ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 51; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 175; Zeydân, **a.g.e.**, s. 239; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3179.

⁴⁹⁵ İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 465.

⁴⁹⁶ Mergînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 52; Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 175; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3180.

⁴⁹⁷ Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 26. Hanefî müçtehitlerden Züfer bu konuda mezhebin genel yaklaşımından ayrılmış, fâsid olarak kurulmuş bir akdin daha sonra sahih bir akde dönüşemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. **a.g.e.**, C: II, s. 13.

olduğu, dolayısıyla onların yargı kararına ihtiyaç duymaksızın akdi tek taraflı feshedebilecekleri,⁴⁹⁸ onların buna yanaşmamaları ve bu akdin gereğini ifa etmekte ısrar etmeleri halinde ise, durumdan haberdar olan hâkimin onlar adına akdi cebren bozma yetki ve yükümlülüğüne sahip olduğu ifade edilmiştir.⁴⁹⁹

Yine aynı itibarla taraflardan birinin ölmesi İslam hukukçularınca fâsid akdi feshetme sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep olarak görülmemiş, bu durumda diğer tarafın akdi feshetme vecibesi devam etmekle birlikte, ölen tarafın fesih yükümlülüğünün de mirasçılara intikal edeceği kabul edilmiştir.⁵⁰⁰ Ayrıca bu durumda hâkimin fesih yetkisinin de devam edeceğini; hatta her iki taraf ölüp fâsid akitle elde ettikleri bedeller mirasçılara kalsa bile, hâkimin akdi feshetmekle yükümlü olacağını ifade etmeliyiz. Yine konuyla ilgili olarak aralarında fâsid bir nikâh akdi bulunan çiftlerin akdi feshedip ayrılmalarının vâcib olduğu, ayrılmadıkları takdirde ise yargının derhal olaya müdahale edip aralarını ayırması gerektiği İslam Aile Hukukuna ait eserlerde zikredilmektedir.⁵⁰¹

2.4. AKDİ YAPANIN İRADESİNİ/RIZASINI ŞAİBELİ KILAN DURUMLAR

Akdi hakikatının, tarafların iradelerinin aynı konu üzerinde birleşmesi olduğunu, icap ve kabulün ise gizli bulunan bu iradeye delalet etmesi itibarıyla akdin rüknü sayıldığını tezimizin ilk bölümünde ifade etmiştik.⁵⁰² Ayrıca akdin İslam hukuku nazarında muteber ve sağlam bir şekilde kurulmuş sayılabilmesi için karşılıklı rıza esasına dayanması gerektiğine de temas edilmişti.⁵⁰³ Bir akdin karşılıklı rıza esasına dayanıp dayanmadığı da yine tarafların karşılıklı irade beyanlarının delaletiyle anlaşılabilen ve akdin geçerliliğine dair hüküm buna göre verilebilmektedir. Asıl durum bu olmakla beraber bazen tarafların irade beyanları karşılıklı rızaya delalet etse de, akdin kuruluşu esnasında hakikatte karşılıklı rızanın

⁴⁹⁸ Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 175; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 471; H. Yunus Apaydın, "Fesâd", **DİA**, 1995, C: XII, s. 420.

⁴⁹⁹ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 103; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3179.

⁵⁰⁰ Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 175; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3180.

⁵⁰¹ Hallâf, **Ahkâmu'l-Ahvâlî'sh-Şahsiyye**, s. 39; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IX, s. 6603.

⁵⁰² Bkz. s. 15.

⁵⁰³ Bkz. 27-28.

bulunup bulunmadığına dair şüphe uyandıran ve tarafların irade ve rızasını şaibeli hale getiren hadiseler söz konusu olabilmektedir. Bunlar muasır fikhî kaynaklarda “**uyûbu’r-rızâ**” ya da “**uyûbu’l-irâde**” tabiriyle ifade edilmektedir.⁵⁰⁴

Bir başka açıdan bakıldığında bu durum, zahiri iradeyle batını irade arasındaki uyumsuzluk olarak da değerlendirilebilir. Bâtınî irade insanın iç dünyasındaki düşünce ve niyetinden ibaret olup başkası tarafından bilinme imkânı olmadığından, bu iradeyle akit ve tasarrufların inşa edilemeyeceği açıktır. Bu itibarla akit ve tasarrufların hukuken varlık kazanabilmesi için bu batını iradeye delalet eden zahiri iradenin (irade beyanı) ölçü alınması zaruridir.⁵⁰⁵ Her ne kadar zahiri iradenin hakikat itibarıyla batını iradeyi yansıtmaması her zaman ihtimal dâhilinde olsa da, İslam hukuku bir delil ve karineye dayanmayan mücerret ihtimale itibar etmemektedir.⁵⁰⁶ Bununla birlikte bir delil ve karineden kaynaklanan ihtimal de fıkhîta göz ardı edilmez.⁵⁰⁷

Buradan şu sonuç çıkmaktadır: Akdi yapan tarafların içlerindeki niyet ve iradelerinin dışa vurdukları beyanlarına aykırı olduğuna dair herhangi bir delil bulunmuyorsa, tarafların beyanları esas alınır ve aksi yöndeki ihtimaller dikkate alınmaz. Dolayısıyla tarafların akit kurma yönündeki beyanlarına dayanılarak akdin sahih ve bağlayıcı olduğuna hükmedilir. Tarafların bâtınî iradeleriyle irade beyanları arasında uyumsuzluk bulunduğu dair bir delilin varlığı halinde ise, delilden kaynaklı bu ihtimal dikkate alınır ve bu ihtimal mevcutken irade beyanları tarafların gerçek iradelerinin ve rızalarının göstergesi sayılamaz.

Akitlerde tarafların iradeleriyle beyanları arasında uyumsuzluk olduğu kanaati uyandıran karineler/deliller; diğer bir tabirle irade ve rızayı şaibeli kılan durumlar son dönem İslam hukuku ve mer’î hukuk kaynaklarında; ikrah, hile, gabn

⁵⁰⁴ Bkz. Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 449; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3063.

⁵⁰⁵ Zâhirî ve bâtınî irade kavramları ile ilgili olarak bkz. Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 435-437.

⁵⁰⁶ Nitekim Mecelle’nin 74. maddesinde bu husus “tevehhüme i’tibâr yoktur” kaidesiyle anlatılmaktadır. Kaidenin izahı için bkz. Ali Haydar, **Dürru’l-Hukkâm**, C: I, s. 73-74.

⁵⁰⁷ Mecelle’nin 73. maddesinde bu hususta “senede müstenid olan ihtimal ile hüccet yoktur” denilmektedir. Bu maddenin izahı için bkz. Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 73.

ve hata olmak üzere dört başlık altında ele alınmaktadır.⁵⁰⁸ Bu durumlar hem İslam hukukunda hem de pozitif hukukta rızası şaibeli hale gelen taraf için akdin bağlayıcı olma özelliğini ortadan kaldıran ve ona akdi feshedebilme hakkı kazandıran sebeplerden sayılmaktadır.

2.4.1. İkrâh/Korkutma

İkrâh konusu, hem İslam hukukunda hem de pozitif hukukta önemli bir yer teşkil etmekte olup, ikrah altında meydana gelen söz ve fiillerin, özellikle de hukuki işlem ve akitlerin hukuk nazarındaki yeri bu hukuk sistemlerine ait kaynaklarda ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Konunun tezimizle alakalı kısmı ise ikrah altında yapılan akitlerdir.

2.4.1.1. Tanımı

Arapça asıllı olan ikrah kelimesi, "كْرَه" fiilinin masdarı olan "كْرَه-كْرَه" kökünden gelmektedir. Bu kök; “bir şeyden hoşlanmamak, imtina etmek, bir şeyi çirkin görmek, meşakkat, zorluğundan dolayı bir işi yapma hususunda isteksiz olmak” gibi anlamlara gelmekte olup⁵⁰⁹ esasen rıza ve muhabbetin aksine delalet etmektedir.⁵¹⁰ Bu kökten türemiş olan ikrah kelimesi ise sözlükte, kişiyi herhangi bir sebeple hoşlanmadığı ve yapmakta isteksiz olduğu davranışı yapmaya sevk etmek manasına gelmektedir.⁵¹¹

Bir fıkıh/hukuk terimi olarak ise ikrah, sözlük anlamına bir takım kayıtlar ilave edilmek suretiyle tarif edilmiştir. Mecelle’de bu hukuki fiil “Bir kimseyi ihâfe ile rızası olmaksızın bir şey işlemek üzere, bigayr-i hak icbar etmektir...” şeklinde tanımlanır.⁵¹² Serahsî ise ikrahı; “kişinin bir başkasına yaptığı, ehliyetini yok etmemekle birlikte onun rızasını ortadan kaldıran ya da seçim yapma eylemini

⁵⁰⁸ Bkz. Muhammed Habîb et-Tecikânî, *Nazariyyetü'l-Akd fi's-Şerfi'l-İslâmiyye*, Kuveyt, Vizâratü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1431/2010, s. 78-95; Zerkâ, *a.g.e.*, C: I, s. 449-487; Zühaylî, *a.g.e.*, C: IV, s. 3063-3075; O. Gökhan Antalya, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3 c., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012, C: I, s. 218-260; Lütfü Dalamanlı, **Akdin Feshi ve İptali Davaları**, Ankara, İz Matbaacılık ve Ticaret, 1971, s. 3-82.

⁵⁰⁹ İbn Manzûr, *a.g.e.*, C: XIII, s. 534; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûs*, s. 1252; Murtazâ Zebîdî, *Tâcu'l-Arûs*, C: XXXVI, s. 484.

⁵¹⁰ İbn Fâris, *a.g.e.*, C: V, s. 172; Ebû Ceyb, *a.g.e.*, s. 317.

⁵¹¹ Tehânevî, *Keşşâfu İstılâhâtü'l-fünûn*, C: I, s. 249.

⁵¹² *Mecelle*, md. 948.

(**iẖtiyâr**) fâsid kılan fiil” diye tarif eder.⁵¹³ Son dönem İslam hukukçularından Zerkâ'nın tanifi ise şöyledir: “İkrah bir insana, onu bir eylemi yapmaya ya da yapmamaya mecbur bırakmak için eziyet verici bir vasıtayı kullanarak ya da buna dair tehditte bulunmak suretiyle baskı yapmaktır.”⁵¹⁴ Bir başka tanifte de ikrahın, “bir başkasını razı olmadığı ve kendi haline bırakılması halinde tercih etmeyeceği bir eylemi yapmaya sürüklemek” olduğu ifade edilir.⁵¹⁵ İkrah Türk borçlar hukukunda da irade bozuklukları kapsamında ele alınmakta olup, yeni Türk Borçlar Kanununda “korkutma” terimiyle ifade edilmektedir.⁵¹⁶

2.4.1.2. Şartları

Yukarıdaki taniflerde görüldüğü üzere ikrahın en temel özelliği rızayı ortadan kaldırması; ikrah altındaki failin, yaptığı fiile razı olmadığına delalet etmesidir. Bu sebeple İslam hukuku kaynaklarında, bu durumun gerçekleşip gerçekleşmediğini, dolayısıyla ikrahın hukuki mahiyetinin oluşup oluşmadığını tespit için bir takım şartlardan söz edilmiştir. Bu şartları şöyle sıralayabiliriz:

1) İkrahta bulunan kimsenin (**mükrih**), muhatabını tehdit ettiği şeyi yerine getirebilecek kudrete sahip bulunması gerekir. Aksi takdirde savurduğu tehdit hezeyandan ibaret olup dikkate alınmaz.⁵¹⁷ Açıktır ki bu durumda tehdit edilen kimse rızası olmadığı bir şeyi yapmak zorunda kalmayacağından, söz gelimi böyle bir durumda kendisinden istenen bir sözleşmeyi yapması halinde, bunu rızasıyla yaptığına hükmedilir ve yaptığı akit bağlayıcı kabul edilir.

⁵¹³ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXIV, s. 38; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: IX, s. 232; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: II, s. 253; Muhammed b. Hüseyin et-Tûrî, **Tekmiletü'l-Bahri'r-Râik**, 8 c., (el-Bahru'r-râik ile birlikte), 2. bs., y.y., Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, t.y., C: VIII, s. 80; Alâeddîn Abdülaziz b. Ahmed el-Buhârî, **Keşfü'l-Esrâr şerhu Usûli'l-Pezdevî**, 4 c., y.y., Dâru'l-kitâbi'l-İslâmî, t.y., C: IV, s. 382.

⁵¹⁴ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 452.

⁵¹⁵ Teftâzânî, **et-Telvîh**, C: II, s. 290; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4432-4433.

⁵¹⁶ Bkz. 6098 sayılı **TBK**, md. 37-38. Ayrıca irade bozukluklarının tamamı için bkz. **TBK**, md. 30-39.

⁵¹⁷ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 104; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 176; Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXIV, s. 39; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4434; Buhârî, **a.g.e.**, C: IV, s. 382. İmam Ebû Hanîfe bu şarta dayanarak devlet başkanından başkasının yaptığı tehdidin ikrah olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Gerekçe olarak da, söz konusu tehdide maruz kalan kimsenin devlet otoritesinden yardım isteyip kendini koruma altına alma imkânı olduğunu ileri sürmüştür. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf ise, ikrahın devlet başkanından gelen tehditle sınırlandırılmasının doğru olmadığı, tehdit ettiği şeyi yapma gücüne sahip herkesten gelen korkutmayla ikrahın mahiyetinin oluştuğu kanaatinde. Öte yandan bu ihtilafın delilden kaynaklı olmadığı, müçtehitlerin içinde yaşadıkları zamanın şartlarının farklılığından dolayı içtihat farklılığının meydana geldiği söylenmiştir. Bkz. Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 272; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 176.

2) İkraha maruz kalan kimsenin (**mükreh**) zann-ı gâlibine göre, istenileni yapmadığı takdirde tehdit edildiği hadise yakın zamanda gerçekleşecek olmalı⁵¹⁸ ve mükreh bu tehdit karşısında korku duymalıdır.⁵¹⁹ Zira ikraha maruz kalan kimse tehdit edildiği fiilin gerçekleşmesine ihtimal vermiyor ya da yakın zamanda bunun vuku bulacağını düşünmüyorsa, yapılan tehdidin onun rızası üzerinde bir tesirinin bulunduğu söylenemez. Yine buna ihtimal vermekle birlikte yapılan tehditten korkmaması halinde de aynı durum geçerlidir. Türk borçlar hukukunda bu hususla alakalı olarak, yapılan akit ile ikrah arasında “illiyet bağı” olması gerektiğinden söz edilir.⁵²⁰ Yani ikrah sebep/illet (gerekçe), akit ise müsebbep (sonuç) olmalıdır.⁵²¹ Buna göre -tehdit mevcut olsa bile- bu tehdidin tesiri sonucu olmaksızın kurulan bir akitte iradenin sakatlandığı ve bu sebeple akdin bağlayıcılığının olmadığı söylenemez.

Kanaatimizce ikrahın oluşup oluşmadığının tespitinde birinci şarttan ziyade bu şart kıstas olarak alınmalıdır. Zira mükrihin, muhatabını tehdit ettiği eylemi yapabilecek gücünün olmaması halinde de, tehdide maruz kalan kimsenin bunu bilmiyor olması ve tehdidin gerçekleşeceğine dair korkuya kapılması mümkündür. Tabii bu korku yersiz bir korku olmamalı, tehdidin vuku bulacağı kanaatini uyandıran bir delile dayanmalıdır. Örnek vermek gerekirse; elinde kurusıkı bir tabanca bulunan birisi tarafından öldürülmekle tehdit edilerek arsasını satmaya zorlanan kimse, bu tabancanın gerçek olduğunu sanarak satım sözleşmesini yaptığı takdirde, kanaatimizce bu sözleşme ikrah altında yapıldığı için şer’an sahih ve bağlayıcı olmayıp feshe elverişlidir. Zira bu örnekte mükrih gerçekte tehdit ettiği eylemi gerçekleştirebilecek güce sahip olmasa da, mükrehin tehditten korkup akdi bu korkunun etkisi altında gerçekleştirdiğini, dolayısıyla aslında akdi yapmaya rızasının olmadığını gösteren güçlü bir karine mevcuttur.

⁵¹⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 176; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 80; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4435; Buhârî, **Keşfü'l-esrâr**, C: IV, s. 382.

⁵¹⁹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 105; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 80; Meydânî, **el-Lübâb**, C: IV, s. 107; Buhârî, **a.g.e.**, C: IV, s. 382.

⁵²⁰ Dalamanlı, **a.g.e.**, s. 75; Antalya, **a.g.e.**, C: I, s. 247.

⁵²¹ Esasen ikrah ile akit arasında doğrudan değil dolaylı bir illiyet bağı vardır. Zira ikrah korkunun, korku da akdin illetidir. Bu durumda ikrah akde göre, illetin illeti mesabesindedir.

İkrahın hukuken gerçekleşmiş sayılabilmesi için ayrıca tehdide maruz kalan kimsenin bunu savuşturmaktan veya bundan kurtulmaktan aciz olması gerektiği de bu şart kapsamında zikredilmektedir.⁵²² Çünkü aksi takdirde tehdide maruz kalan kimsenin bundan korkması ve razı olmadığı bir eylemi yapmak zorunda kalması söz konusu olmayacaktır. Nitekim İmam Ebû Hanîfe'nin, devlet başkanından başkasının tehdidini ikrah saymaması da, başkasından gelen tehdidin devlet otoritesinin gücüyle savuşturulabileceği gerekçesine dayanmaktadır.⁵²³

3) Mükrehin korkutulduğu eylem (**mükrehün bih**); canı, uzvu ya da azımsanmayacak miktarda malı telef edici veya kişiyi sakat bırakıcı yahut onda geri dönüşü olmayan bir hasar bırakıcı yahut da onu büyük ölçüde sıkıntıya maruz bırakıcı nitelikte olmalıdır.⁵²⁴ Ayrıca tehdidin bizzat mükrehin şahsına olmasa da, onun eşi veya mahrem bir yakınına zarar vermeye yönelik olması da fikhî kaynaklarda ikrah kapsamında değerlendirilmiştir.⁵²⁵

Bizce bu konuda, tehdidin yöneltildiği şahsın eş ve mahrem yakınlarla sınırlandırılması doğru değildir. Çünkü ikrahın hukuki mahiyetinin oluşmasında temel ölçü, korkutma eyleminin korkutulan şahsın rızasının ortadan kalktığına delalet edecek mahiyette olmasıdır. Bu sebeple zarara uğramasının kişiyi ciddi endişe ve tasaya sevk etmesi makul ve haklı görülen herkese yönelik tehdidin ikrah kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.⁵²⁶ Zira kişinin, söz gelimi yakın arkadaşı, kendisini büyüten üvey anne ve baba, nişanlısı gibi akrabası olmasa da kendisiyle yakından alakalı kimselere yönelik tehdit karşısında, rızası olmadığı bir tasarrufta bulunmak zorunda kalması kuvvetle muhtemeldir. Hatta mesela kendisinden istenilen akdi yapmaması halinde kendisiyle hiçbir yakınlığı olmayan masum bir insanın öldürüleceğine yönelik tehdide muhatap olan kimsenin yaptığı akdin de rızaya dayanmadığına dair güçlü bir karine mevcuttur. Dolayısıyla bütün bu

⁵²² Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4435; Ali Bardakoğlu, "İkrah", **DİA**, 2000, C: XXII, s. 32.

⁵²³ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXIV, s. 89.

⁵²⁴ Serahsî, **a.g.e.**, C: XXIV, s. 39; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 105; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4435; Buhârî, **Keşfü'l-esrâr**, C: IV, s. 382.

⁵²⁵ İbn Emîr Hâc Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed, **et-Takrîr ve't-Tahbîr**, 3 c., 2. bs., y.y., Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1403/1983, C: II, s. 206; Buhârî, **a.g.e.**, C: IV, s. 383; Zeydân, **a.g.e.**, s. 342.

⁵²⁶ Zeydân, bazı İslam hukukçularına göre, zarar görmesi mükrehi tasalandıran kimselere yönelik tehditlerin ikrah sayıldığını aktarır. Bkz. Zeydân, **a.g.e.**, s. 342, 343.

şartlar altında yapılan akitler kanaatimizce bağlayıcı olmayıp mükreh şahıs fesih hakkına sahiptir.

Tehdit ve korkutmanın hangi boyutta olduğunda ikrah sayılacağı ve akit ve hukuki tasarrufların sıhhat ve bağlayıcılığına menfi etki edeceği İslam hukukçularınca tafsilatlı bir şekilde ele alınmış ve tartışılmıştır. Bu hususta öncelikle şunu ifade etmek gerekir: İkrahin temel özelliği korkutma ve tehdidin rızayı ortadan kaldıracı ölçüde ağır ve ciddi olmasıdır. Bunun belirlenmesinde ise İslam hukukçuları örf ve âdeti kıstas olarak almış; örfen ağır tehdit sayılan öldürme, şiddetli darp, uzun süreli hapis gibi eylemlerle korkutmayı ikrah sayarlarken, âdeten kişinin aldırış etmeyeceği değerlendirilen hafif darp, kısa süreli hapis, kelepçeleme gibi fiillerle tehdit etmeyi ise ikrah kapsamında görmemişlerdir.⁵²⁷

Ancak yukarıda verilen örneklerin bir kısmında olduğu gibi tehdit aracı kılınan bazı eylemlerin “ağır ve ciddi olma” özelliği herkes için geçerli olmakla beraber, bazılarının ise bu özelliğe sahip oluşu görecelidir. Bu sebeple ikrahin tahakkuk edip etmediğinin tespiti için tehdit vasıtası olan eylemin niteliğiyle birlikte tehdiye muhatap kalan şahsın durumu ve içinde bulunduğu şartların da dikkate alınması gerekir. Nitekim fikhî kaynaklarda da, bir korkutmanın ikrah sayılıp sayılmamasının, kişilere göre farklılık arz edeceği ifade edilmiştir.⁵²⁸ Çünkü yöneltilen tehdit herkeste aynı derecede korku uyandırmayacağı gibi, tehdit aracı kılınan fiilin herkeste bırakacağı zarar da bir değildir. Söz gelimi yalnız başına yaşayan yaşlı bir adamla, çevresi olan güçlü kuvvetli bir kimsenin bu konuda eşit olmayacağı açıktır.

4) Mükrehin zorlandığı fiil (mükrehün aleyh), onun ikraha maruz kalmadan önce tabiî, şer’î vb. herhangi bir sebeple yapmaya yanaşmadığı bir eylem olmalıdır.⁵²⁹ Aksi takdirde mükreh zaten yapmaktan sakınmadığı bir eylemi gerçekleştirmiş olduğundan bunu ikrahin tesirinde değil kendi rızasıyla yaptığı anlaşılır.

⁵²⁷ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 272.

⁵²⁸ Mergînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 272; Haskefî, **a.g.e.**, s. 601; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4435.

⁵²⁹ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXIV, s. 39; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 105; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 727.

5) İkraah meşru ve haklı bir zorlama olmamalıdır. Hukukun meşru kıldığı zorlama ikrah kapsamına girmeyip, bunun mükrehin akit ve tasarruflarına etkisi yoktur.⁵³⁰ Bundan dolayıdır ki ikraahın Mecelle'deki tarifinde “**bigayr-i hak**” kaydına yer verilmiştir.⁵³¹ Örnek vermek gerekirse, borçlunun, borcunu ödeyecek kadar nakit parası olmaması ve bunun için mallarını satmaya da yanaşmaması durumunda, İslam hukukuna göre hâkimin onu ihtiyaç fazlası mallarını satıp borcunu ödemeye zorlama yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla bu zorlama meşru bir zorlama olup ikrah sayılmamaktadır.⁵³² Bu sebeple buna binaen yapılan akit de bağlayıcı olup tek taraflı feshi elverişli değildir. Örnekte bahsedilen durumda yine aynı itibarla alacaklı şahsın da borçluyu mallarını satıp borcunu ödemediği takdirde konuyu yargıya taşımakla tehdit etmesi haklı bir zorlama olup, bu zorlama üzerine yapılan akit de sahih ve lâzım bir akittir.

Burada borçlu şahıs her ne kadar razı olmadığı bir akdi yapmaya zorlanmaktaysa da, bu zorlama onun borcunu eda edebilmek için şer'an yapmakla yükümlü olduğu bir tasarrufa yönelik olduğundan, rızayı ortadan kaldırması dikkate alınmamış, dolayısıyla hukuki anlamda ikrah olarak değerlendirilmemiştir. Nitekim Şirbînî, haklı zorlamayla yapılan akitte hukukun rızası şahsın rızası yerine ikame edildiğinden bu akdin sahih olduğunu ifade etmiştir.⁵³³

Türk Borçlar Kanunu'nda da meşru zorlama meselesine yer verilmiş, bu kanunun 38/II. maddesinde; bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla yapılan sözleşmenin, ancak korkutan kimsenin diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı menfaat sağlamış olması halinde ikrah altında yapılmış sayılacağı belirtilmiştir.⁵³⁴ Maddenin mefhumu muhalifi, böyle bir menfaat temini bulunmadığında söz konusu korkutma ve zorlamanın meşru olup ikrah sayılmayacağıdır.

⁵³⁰ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 659; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 454.

⁵³¹ Bkz. **Mecelle**, md. 948.

⁵³² İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, C: VI, s. 128; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 659; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 454.

⁵³³ Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 333.

⁵³⁴ **TBK**, md. 38/II.

2.4.1.3. İkrâhın Akitlere Etkisi ve Akdin İkrâh Gerekçesiyle Feshi

İkrâhın, rızayı ortadan kaldırdığı için karşılıklı rıza şartı aranan akitlere menfi anlamda etkisi olacağı ihtilafa yer olmayacak derecede açıktır. Ancak bu etkinin niteliği hususunda fıkıh mezhepleri arasında görüş farklılığı bulunmaktadır. Hanefî fikhına göre ikrah altındaki kişi, rızası olmasa da yaptığı tasarrufları kendi irade ve ihtiyarıyla gerçekleştirmektedir. Bu anlayışa göre rıza ile irade ve ihtiyar kavramları birbirinden farklı manalara gelmektedir. Şöyle ki, ihtiyâr, güç yetirilebilen bir eyleme yönelik, bu eylemi yapmak ile yapmamak seçeneklerinden birini diğerine tercih etmektir.⁵³⁵ İrade ise, bir eylemi yapmayı azmetmek ve ona yönelmektir. İradede ihtiyarda olduğu gibi kişi irade ettiği eylemi yapmama imkânına sahip olabileceği gibi, ihtiyarın aksine bu imkândan mahrum da olabilir. Bu açıdan irade ihtiyardan daha genel bir kavramdır.⁵³⁶ Rıza ise bu iki kavramdan daha hususi bir manada olup, bir şeye rağbet etmek ve onu gönül hoşnutluğuyla yapmak demektir.⁵³⁷

Hanefî hukukçuların yaklaşımına göre rıza akdin in'ikâd şartı değildir. Dolayısıyla akdin hukuk nazarında varlık kazanabilmesi için eda ehliyetine sahip kimsenin irade ve ihtiyarı yeterlidir. Nitekim ilgili kaynaklarda icap ve kabulün ehlinden sadır olup, akde konu olmaya elverişli bir mahalle izafe edilmesiyle akdin kurulmuş olacağı ifade edilmektedir.⁵³⁸ Bundan dolayı Hanefî hukukçular irade ve ihtiyarı ortadan kaldırmaması ve eda ehliyetini yok etmemesi sebebiyle⁵³⁹ ikrahın akitlerin in'ikâdına mani olmadığı kanaatine sahiptirler. Ancak rızayı ortadan kaldırdığından dolayı ikrah, Hanefilerce akdin sıhhat ve bağlayıcılığına engel

⁵³⁵ Teftâzânî, **et-Telvîh**, C: II, s. 390; İbn Emîr Hâc, **et-Takrîr**, C: II, s. 206.

⁵³⁶ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 451.

⁵³⁷ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 451; Zeydân, **a.g.e.**, s. 343. Zerkâ bu üç kavram arasındaki farkı daha belirgin hale getirmek için şöyle bir benzetme yapmıştır: Zorunlu askerlik sisteminin bulunduğu bir ülkede, bedelli askerlik yapma imkânı da bulunmuyorsa, askere giden kimse bunu sadece irade etmiştir; önünde başka bir seçenek olmadığından ihtiyarı bulunmamaktadır. Bedelli askerlik uygulamasının bulunması ve kişinin bu bedeli ödeme seçeneğini tercih etmesi halinde, bu kimsenin hem irade hem de ihtiyarı vardır, ancak ödemeyi kerhen yaptığından dolayı rızası yoktur. Zorunlu askerlik uygulamasının bulunmadığı bir yerde gönüllü olarak askere giden kimse ise hem irade hem ihtiyar hem de rızaya sahiptir. Bkz. Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 452.

⁵³⁸ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXIV, s. 93; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 105.

⁵³⁹ İkrâhın vücûb ve eda ehliyetine bir tesirinin olmadığı ve mükellefiyeti ortadan kaldırmadığına dair bkz. İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: IX, s. 232; Teftâzânî, **a.g.e.**, C: II, s. 390; Buhârî, **Keşfü'l-esrâr**, C: IV, s. 383;

görülmüş; ikrah altında yapılan akitlerde rızası şaibeli hale gelen tarafa ikrahın ortadan kalkmasından sonra akdi onaylamakla feshetmek arasında tercih hakkı verilmiştir.⁵⁴⁰

Türk Borçlar Kanununun ilgili maddelerine bakıldığında, ikrah altında yapılan akdin durumuna yönelik buradaki yaklaşımın da Hanefilerin görüşüyle örtüştüğü görülür. Zira kanunun 36. maddesinde: “*Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir*” denilmektedir. Yine aynı kanunun 39. maddesinde ise, korkutulan taraf hakkında: “*...korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır*” ifadesi kullanılmaktadır. Bu da mevzu bahis kanuna göre ikrah altında yapılan sözleşmelerin hükümsüz sayılmadığını,⁵⁴¹ ancak bununla birlikte mükreh açısından bağlayıcı olmayıp feshetme ya da onaylamaya elverişli olduğunu göstermektedir.

Öte yandan mükrehin yaptığı akitlerin hukuki niteliği hususunda Hanefî mezhebinde iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Mezhepte genel kabul, ikrah altında yapılan akitlerin fâsid sayılacağı yönündedir. Çünkü karşılıklı rızaya dayanmayan akitler Kur’an nassıyla nehyedilmiştir.⁵⁴² Ancak bu nehiy, akdin rüknündeki bir eksiklikten dolayı olmayıp içerdiği vasıf sebebiyledir. Bu durum da akdin mün’akid olmakla beraber fesâdını gerektirir.⁵⁴³ Ancak ikrah sebebiyle fâsid olan akit, başka sebeplerle fâsid sayılan akitlerden farklı değerlendirilmiştir. Şöyle ki bilinmezlik, riba vb. sebeplerle fâsid olan akitlerde, fesâd şer’î hukuka aykırılık gerekçesine dayandığından, bunlarda fesâd sebebi giderilmediği takdirde akdin feshi vâcib olup tarafların akdi onaylama hakkı yoktur. İkrah durumunda ise fesâd, akde razı olmayan mükreh şahsın hakkının ihlal edilmesi sebebiyle söz konusu olduğundan, onun akdi feshetme hakkı olduğu gibi onaylama hakkı da vardır.⁵⁴⁴ İkrah altında yapılan akdin

⁵⁴⁰ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 272; Mevsilî, **el-Muhtâr** C: II, s. 105.

⁵⁴¹ Bkz. Antalya, **a.g.e.**, C: I, s. 247.

⁵⁴² Bkz. Nisâ 4/29.

⁵⁴³ Ebû Zehre, **el-Milkiyye**, s. 416.

⁵⁴⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 186.

bu özelliği sebebiyle Hanefîlerden Züfer bu akdi fâsid değil tıpkı fuzûlînin akdi gibi mevkûf olarak nitelendirmiştir.⁵⁴⁵

Mezhep müçtehitlerinin çoğunluğu ile Züfer arasındaki bu ihtilaf, furû'a ait bazı meselelerde içtihat farklılıklarını doğurmuştur. Mesela bir kimse ikrah altında malını satsa ve yine ikrahın tesiriyle bu malı müşteriye teslim etse; akdi fâsid gören yaklaşıma göre kabz edilmesiyle birlikte malın mülkiyeti müşteriye geçecek ve onun daha sonra bu malda yaptığı akit ve tasarruflar geçerli sayılacaktır. Akdin mevkûf kabul edilmesi halinde ise mükreh onaylamadığı sürece müşteri malı kabz etse de ona mâlik olamayacak, dolayısıyla onda yapacağı her türlü tasarruf geçersiz olacaktır. Ancak akdi fâsid görenlere göre de, ikrâh halindeki fesâd kul hakkının ihlalden kaynaklandığı için, bahsi geçen müşterinin malı başkasına temlik etmesi ve malın mülkiyetinin elden ele başkalarına geçmesi, mükrehin fesih hakkına mani değildir.⁵⁴⁶ Dolayısıyla bu durumda mükreh akde onay vermezse, ikrah altında yapılan satım akdiyle müşterinin eline geçmesinden sonra bu mal üzerinde yapılan bütün akitlerin feshedilip malın sahibine iade edilmesi gerekir.

İkrahın akitlere etkisi hususunda diğer mezheplerin görüşüne geçmeden önce şu hususa dikkat çekmek gerekir: İkrah altında yapılan akitlerin Hanefîlerce fâsid ya da mevkûf olarak nitelenmesi, feshe elverişli akitler için geçerlidir. Feshe elverişli olmayan nikâh, talak, rec'at vb. tasarruflar ise ikrah altında yapılsa da Hanefî hukukçular tarafından sahih ve nâfiz görülmüştür.⁵⁴⁷ Bu tasarruflar genellikle tek taraflı tasarruflar olsa da bunların arasında bir akit türü olarak nikâh da bulunmaktadır. Buna göre mesela tehdit ve korkutma yoluyla evlenmeye zorlanan bir erkek ya da kadının yaptığı akit, Hanefî mezhebinin yaklaşımına göre sahih olup herhangi bir şekilde feshedilememektedir.

Hanefîler bu görüşlerini şöyle temellendirirler: Bu tür tasarruflar, kendilerini inşa edici lafızların, manaları kastedilmeksizin ciddiyetsiz bir şekilde söylenmesi

⁵⁴⁵ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 272; Zeylaî, **Tebyînü'l-hakâik**, C: V, s. 182.

⁵⁴⁶ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 272-273; Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 182-183.

⁵⁴⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 182; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4452; Zeydân, **a.g.e.**, s. 344.

(hezl) durumunda bile sahih sayılmıştır.⁵⁴⁸ Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.)’den nakledilen ilgili hadiste; talak, köle azadı ve nikâh gibi tasarrufların, ciddiyetsiz bir şekilde söylene de, ciddi olarak söylenmiş gibi kabul edileceği ifade edilmiştir.⁵⁴⁹ Dolayısıyla ikrah hali de hezl haline kıyas edilerek bu tasarruflar ikrah durumunda da sahih kabul edilmelidir. Çünkü hezl⁵⁵⁰ durumunda hâzil, söz gelimi nikâhın anlamını ve hukuki sonucunun terettübünü kastetmediği halde yaptığı akit sahih ve bağlayıcı kabul edilmiştir. İkrah halinde ise mükreh aynı akdi kasıt ve iradesiyle gerçekleştirmekte, rızası olmasa da onun hukuki sonuçlarının doğmasını tercih etmektedir. Dolayısıyla hezl ile sahih sayılan tasarruf, ikrah halinde evleviyetle sahih sayılmalıdır.⁵⁵¹

Şâfi’î, Hanbelî ve Mâlikî hukukçular ise Hanefîlerin aksine ihtiyar ve rıza kavramlarını birbirinden ayırmamışlardır. Onlara göre ihtiyar, rızaya delalet eden bir yönelme⁵⁵² olup ikisi birbirinin lazımıdır ve biri olmadığında diğeri de olmaz.⁵⁵³ Bu durumda ikrah hem rızayı hem de ihtiyarı ortadan kaldırmaktadır. Zira ikrah altında sözleşme yapmak zorunda kalan kimse, irade beyanında bulunmakla akitten amaçlanan sonuçları elde etmeyi değil, başına gelebilecek sıkıntıyı defetmeyi kastetmektedir. Bu durumda onun akde yönelik bir kasıt ve ihtiyarından söz edilemeyecektir.⁵⁵⁴ Dolayısıyla bu yaklaşıma göre gerek nikâh akdi gerekse diğer akitler olsun ikrah altında yapılan hiçbir akit hukuken mevcut sayılmayacak, batıl olacaktır. Bu sebeple cumhura göre ikrah altında yapılan akitlerin feshinden söz etmek mümkün değildir.

İkrah altında yapılan akitlerin mün’akid olup olmayacağı hususunda bizce Hanefî mezhebinin yaklaşımı daha isabetlidir. Zira cumhurun yaklaşımına göre hareket edip rızayı ihtiyar kavramıyla mütelâzim görsek bile, esasen ikrah rızanın olmadığına kat’î olarak delalet eden bir unsur değil, mükrehin zorlandığı akdi rızasız

⁵⁴⁸ Zeydân, **a.g.e.**, s. 344.

⁵⁴⁹ Tirmizî, “et-Talâk ve ’l-liân”, 9; Ebû Dâvud, “Talâk”, 9; İbn Mâce, “Talâk”, 14.

⁵⁵⁰ Hezl, bir lafzın ne hakiki ne de mecazi manası murat edilmeyerek söylenmesidir. Avâriz-ı müktesebeden olan hezlin ehliyetine herhangi bir etkisi yoktur. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 191.

⁵⁵¹ Zeydân, **a.g.e.**, s. 344.

⁵⁵² İsa Zekî İsa Muhammed Şekara, **el-İkrâh ve Eseruhû fi’-t-Tasarrufât**, Beyrut, Müessesetü’-risâle, 1987, s. 69.

⁵⁵³ Ebû Zehre, **el-Milkiyye**, s. 413; Zeydân, **a.g.e.**, s. 343.

⁵⁵⁴ Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 414.

yaptığına dair güçlü kanaat oluşturan bir eylem; bir başka tabirle rızanın tahakkuku konusunda şaibe uyandıran bir karinedir. Çünkü rıza kalbî bir durum olduğu için var olup olmadığını dışarıdan kesin olarak bilmek mümkün değildir. Zaten bundan dolayı rıza değil, ona delalet eden icap ve kabul akdin rüknü olarak kabul edilmiştir. Bu açıdan bakıldığında ikrah altında yapılan bir akitte; tarafların beyanlarını esas alıp akdi mün'akid kabul etmek, ancak rızayı şaibeli kılan bir karine barındırdığından rızası şaibeli hale gelen mükreh için akdi bağlayıcı saymayıp ona fesih ya da onaylama hakkı tanımak kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

Ancak bizce ikrahı ciddiyetsizliğe (**hezl**) kıyas ederek ikrah altında yapılan nikâh gibi bazı akit ve tasarrufları hezl halinde olduğu gibi sahih ve bağlayıcı kabul etmek doğru değildir. Çünkü hâzilin söz konusu tasarrufları inşa edici lafızları telaffuz etmesi bir zarurete mebni olmayıp, tabiatındaki hafiflik ve aldırış etmeme özelliğinden kaynaklanmaktadır. İslam hukuku aile hayatına büyük önem verdiği için, aile hukukunu ilgilendiren nikâh, talak gibi tasarruflarda laubalilik ve ciddiyetsizliğe müsamaha göstermemiş, bu nedenle hezl halinde de bu tasarrufları bağlayıcı saymıştır. Mükreh ise bu tasarrufları tehditten doğan zaruret hali içerisinde, başına gelebilecek zararı önlemek amacıyla gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla burada hakkaniyet, yaptığı tasarrufun onun için bağlayıcı olmamasını gerektirir. Bu sebeple mükrehin hâzile kıyas edilmesi bizce kıyas mea'l-fâriktir.

Öte yandan Hz. Aişe (v. 58/678) (r.anhâ)'den, istemedikleri halde velileri tarafından evlendirilen kızların durumuyla ilgili şöyle bir hadis rivayet edilmiştir:

“Bir genç kız Hz. Aişe'nin yanına gelip, “*Babam itibarını artırmak için beni istemediğim halde yeğeniyle evlendirdi*” diyerek şikâyetle bulunur. Hz. Aişe ona Hz. Peygamber gelinceye kadar oturup beklemesini söyler. Allah Resûlü (s.a.v.) geldiğinde Hz. Aişe durumu ona anlatır. Hz. Peygamber hemen haber gönderip kızın babasını çağırır ve evlenme hususunda yetkiyi kıza verir. Bunun üzerine kız şöyle der: “*Ey Allah'ın Elçisi! Ben babamın yaptığı akdi onaylamıştım fakat kadınların evlilik hususunda yetkilerinin olup olmadığını öğrenmek istedim.*”⁵⁵⁵

Benzer bir rivayette de ensârdan dul bir kadın olan Hansâ bnt. Hizâm'ın (646 h.) babası tarafından evlendirildiği, kadının bu akde razı olmadığı ve gidip durumu

⁵⁵⁵ Nesâî, “Nikâh”, 36.

Hz. Peygamber'e haber verdiği, Allah Resûlü'nün (s.a.v.) de bu nikâhı reddettiği zikredilmektedir.⁵⁵⁶

Bu iki rivayette esasen tehdit altında yapılan bir nikâh mevzu bahis olmayıp, kızın izni ve rızası olmaksızın velisi tarafından evlendirilmesinden söz edilmektedir. Dolayısıyla bu durum mükrehin değil fuzûlinin akdi kapsamına girmektedir. Ancak bu rivayetler nikâhın her iki tarafın da rızası olmadan bağlayıcılık kazanmayacağına delalet etmektedir. Bu bakımdan bizce ikrah altında yapılan nikâh akdinin de mükreh için bağlayıcı olmayacağına delil teşkil etmektedir. Netice itibariyle; feshi kabul eden ya da etmeyen ayırımı yapmaksızın, ikrah altında yapılan nikâh akdinin de, diğer akitlerin de mün'akid olmakla birlikte mükreh taraf için bağlayıcı olmadığını, dolayısıyla feshe elverişli olduğunu düşünüyoruz.

İkrah altında yapılan akitlerle ilgili temas edilmesi gereken bir husus da, bu akitlerin feshi için yargı kararına ihtiyaç duyulup duyulmayacağı meselesidir. Bu konuda şunu söyleyebiliriz: İkrah sebebiyle bir akdin feshedilebilmesi için, öncelikle ikrah fiilinin şer'î/hukukî anlamda tahakkuk edip etmediğinin tespitine ihtiyaç duyulacağı açıktır. Bu da, bir tehdit ya da korkutmanın ikrah sayılabilmesi için onda bulunması gereken yukarıda zikrettiğimiz şartların vuku bulup bulmadığına bakılarak tespit edilebilir. Bunun için tehdit eden kişinin, tehdit edilen şahsın, tehdit vasıtası kılınan fiilin ve tehdide muhatap olan kimseden istenen eylemin durumlarının tek tek incelenmesi ve ikrahın unsurlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Açıktır ki, bütün bunlar rey ve içtihat isteyen ameliyeler olup, yargı sürecini gerektirmektedir. Dolayısıyla ikrah altında yapılan bir sözleşmenin bozulabilmesi için, mükrehin mahkemeye dava açıp akdi feshetme talebinde bulunması ve hâkimin de bu yönde hüküm vermesi şarttır. Nitekim Hanefî hukukçulardan Zeylaî'nin (v. 743/1343); ikrahın oluşup oluşmadığının belirlenmesinde herkes için geçerli olacak standart bir ölçü bulunmadığı, bu yüzden

⁵⁵⁶ Buhârî, "Nikâh", 43.

bunu tespit etme işinin bu konuda yetkili olan kimseye havale edilmesi gerektiğine dair ifadesi⁵⁵⁷ bu kanaatimizi teyit etmektedir.

İkrahın akitlere etkisi hususunda üzerinde durulması gerektiğini düşündüğümüz bir başka mesele de, tehdit ve zorlamanın İslam hukukuna göre hangi durumlarda meşru sayılacağı ve dolayısıyla ikrah kapsamında değerlendirilemeyeceği, hangi hallerde ise meşru görülmeyeceği ve ikrah sayılacağı mevzuudur. Söz gelimi İslam Aile Hukukuna göre kocanın talak hakkı, her ne kadar sebepsiz yere kullanılması yerilmişse de meşru bir haktır. Bu durumda mesela kadının kocasının talak hakkını kullanacağına dair tehdidi altında yaptığı sözleşme, ikrah altında yapıldığı gerekçesiyle bağlayıcı sayılmayacak mıdır? Yoksa bu tehdit meşru bir hakkın kullanımıyla alakalı olduğu düşüncesiyle ikrah sayılmayacak ve yapılan akit bağlayıcı mı kabul edilecektir? Yine bir işverenin işçisini işten çıkarmakla tehdit ederek onu bir akde zorlaması halinde, işçinin yaptığı akdin feshe elverişlilik bakımından durumu ne olacaktır?⁵⁵⁸

Bu ve benzeri soruların cevabı için şunu belirtmeliyiz: İslam hukuku kaynaklarında meşru bir hakkın kullanımını haksız bir isteğin yerine getirilmesi için tehdit vasıtası olarak kullanmanın ikrah sayılıp sayılmayacağı hususunda iki farklı yaklaşım olduğu görülmektedir. Müttekaddim hukukçular bu meselede genellikle tehdit olarak ileri sürülen eylemin meşru ve mükrihin hakkı olup olmadığına bakmış; kişinin muhatabını hakkı olan meşru bir eylemi yapmakla tehdit etmesini ikrah saymazken, haksız ve gayri meşru bir fiille korkutmayı ise ikrah kabul etmiştir. Nitekim bazı fetva kitaplarında; karısını mehrini kendisine hibe etmediği takdirde dövmekle tehdit eden kocanın yaptığı zorlamanın ikrah sayılacağı ve kadının bu tehdit sonucu yaptığı hibe akdinin sahih olmayacağı ifade edilmiştir. Öte yandan aynı meselede kocanın karısını boşamakla ya da ikinci bir evlilik yapmakla tehdit etmesi,

⁵⁵⁷ Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 182; Ebû Zehre, **el-Milkiyye**, s. 412.

⁵⁵⁸ Kocanın karısını boşaması ile işverenin işçisini işten çıkarması bazen içinde buldukları şartlar itibarıyla kadın ve işçi için büyük ölçüde sıkıntı ve üzüntüye yol açıcı birer eylem olabilmektedir. Dolayısıyla bu eylemlerle tehdit edilen kadın ve işçinin korkuyla razı olmadıkları bir işlemi yapmak zorunda kalmaları kuvvetle muhtemeldir. Bu bakımdan kişinin bu fiillerle tehdit edilip korkutulması da ikrah kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim ikrahın şartlarından bahsederken zikredildiği üzere canı, uzvu, çok miktarda malı telef edici, kişiyi sakat bırakıcı eylemlerin yanında kişiyi büyük ölçüde sıkıntıya maruz bırakıcı fiiller vasıta kılınarak yapılan korkutma da İslam hukukçularınca ikrah sayılmıştır. Bkz. s. 124.

tehdit aracı kılınan eylemin meşru olduğu gerekçesiyle ikrah olarak değerlendirilmemiş ve yapılan akdi etkilemeyeceği belirtilmiştir.⁵⁵⁹ Yine kocanın karısını anne babasına göndermemekle yahut babanın evlenmiş kızını koca evine göndermemekle tehdit etmesi, korkutulan eylem haksız ve gayri meşru olduğu için ikrah olarak nitelenmiş ve bu tehdidin etkisiyle yapılan tasarruf geçersiz görülmüştür.⁵⁶⁰

Bazı İslam hukukçuları ise muhatabın korkutulduğu eylemin meşru ve korkutan kimsenin hakkı olup olmamasını tek başına bir kıstas olarak görmemiş, meşru vasıtanın da gayri meşru ve haksız talepler için tehdit unsuru olarak kullanılmasını ikrah saymıştır.⁵⁶¹

Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetli olup, ikrahın hukuki mahiyetinin oluşup oluşmadığının tespitinde sadece tehdit aracı kılınan eylemin (**mükrehün bih**) değil, tehditle muhataptan yapması istenilen fiilin (**mükrehün aleyh**) de meşru ve haklı olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Zira kişinin, meşru ve hakkı olan bir tasarrufta bulunmakla tehdit ederek de olsa, muhatabını korkutarak haksız yere bir şeyi yapmaya zorlaması, karşı tarafın zor durumunu istismar etmek için hakkın kötüye kullanımı olur. Bunun şer'î hukukun izin vereceği bir zorlama olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu tür zorlamalar ikrah olarak nitelenmelidir. Bu yaklaşıma göre yukarıdaki soruları ele alacak olursak; karısını boşamakla tehdit ederek onu yapmak istemediği bir sözleşmeye zorlayan koca, kendisi için meşru bir fiili tehdit aracı yaparak haksız bir talepte bulunduğundan bizce savurduğu tehdit ikrah sayılmalı ve kadın bu zorlamanın tesiri altında yaptığı akitle bağlı olmamalıdır. Yine haklı bir gerekçeyle de olsa işçisini işten çıkarmakla tehdit ederek, ondan razı olmadığı bir akde imza atmasını isteyen işverenin bu zorlaması da aynı gerekçeyle ikrah olarak nitelenmeli, işçinin bu tehdidin etkisiyle yapmış olduğu akdi feshetme hakkı olmalıdır.

⁵⁵⁹ Haskefî, **a.g.e.**, s. 603; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4436-4437; Belhî vdğr., **el-Fetâvâ el-Hindiyye**, C: V, s. 52; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 727.

⁵⁶⁰ Haskefî, **a.g.e.**, s. 603.

⁵⁶¹ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 454; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4436-4437.

2.4.2. Hile/Hılâbe-Hıdâ'

Sözlükte “maharet, çare, kurnazlık” gibi anlamlara gelen hile hukuk dilinde, bir kimseyi bir hukuki işlem yapması, özellikle sözleşme yapması için onda kasten yanlış bir kanaat uyandırarak veya mevcut bulunan hatalı kanaatin devamını sağlayarak yanıltmayı ifade eder.⁵⁶² İslam hukuku kaynaklarında bu kapsamda değerlendirilebilecek eylemler için, mahiyetlerine göre tağrîr, hıyânet, tedlîs, neceş/tecânüş gibi çeşitli tabirler kullanılmakta olup bunlar hilenin muhtelif şekil ve türlerini ifade etmektedir. Bu tür eylemlerin etkisiyle yapılan akitlerin hükmüyle ilgili esas teşkil eden Habbân b. Munkız hadisinde, hileyi ifade etmek için “**hılâbe**” ve “**hıdâ**” kelimeleri kullanılmıştır.⁵⁶³ Son dönem İslam hukukçularından Mustafa Zerkâ da, mevzu bahis hadisten yola çıkarak sözleşmelerde yapılan muhtelif aldatma ve hile türlerini “**hılâbe**” ana başlığı altında ele almıştır.⁵⁶⁴

Hılâbe kelimesi "حَلْب" fiilinin masdarlarından biri olup sözlükte “yaralamak, kesmek, ısırarak, aklını başından almak” anlamlarının yanı sıra, hıdâ’ sözcüğüyle eş anlamlı olarak “kandırmak” manasına da gelmektedir.⁵⁶⁵ Şimşeği hafifçe parlayıp yağmur yağdıracağı sanılan fakat sonra yağdırmayıp gökyüzünden çekilen buluta da bu manada "سحاب حُلْب" denilir.⁵⁶⁶ Hılâbe kelimesini fikhî bir terim olarak kullanan Zerkâ bu kavramı: “Akdi taraflarından birinin, kavli ya da fiili olsun, yanıltıcı bir vasıta kullanarak diğer tarafı aldatıp, normal şartlarda razı olmayacağı bir akde rıza göstermeye sevk etmesi” şeklinde tarif etmiştir.⁵⁶⁷ Bu tarif akitlerde görülen aldatma türleri içerisinde yer alan neceş gibi üçüncü şahısların akdin taraflarından biriyle anlaşarak yaptığı hileleri içine almamaktadır. Bu sebeple tarifi “akdin taraflarından

⁵⁶² Saffet Köse, “Hile”, **DİA**, 1998, C: XVIII, s. 28; Antalya, **a.g.e.**, C: I, s. 236; Dalamanlı, **a.g.e.**, s. 57.

⁵⁶³ Hadisin muhtelif rivayetleri için bkz. Buhârî, “İstikrâz”, 19, “Husûmât”, 2, “Hiyel”, 7; Müslim, “Buyû”, 12; Ebû Dâvud, “İcâre”, 32; Nesâî, **Sünen**, “Buyû”, 12; **es-Sünenü'l-Kübrâ**, thk. Hasen Abdülmün'im Şelebî, 12 c., Beyrut, Müessesetü'r-risâle, 1406/1986, “Buyû”, 12; Mâlik, “Buyû”, 42; Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, C: IX, s. 206-207; İbn Hıbbân, “Buyû”, C: XI, s. 432; Abdürrezzâk, “Buyû”, C: VIII, s. 312.

⁵⁶⁴ Bkz. Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 459-461.

⁵⁶⁵ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: I, s. 363; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 81; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: II, s. 377.

⁵⁶⁶ Ebu's-Saâdât el-Mübârek b. Muhammed İbn Esîr el-Cezerî, **en-Nihâye fî Ğarîbi'l-Hadîsi ve'l-Eser**, thk. Tâhir Ahmed ez-Zâvî-Mahmûd Muhammed et-Tanâhî, 5 c., Beyrut, el-Mektebetü'l-İlmiyye, 1399/1979, C: II, s. 58.

⁵⁶⁷ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 459.

birinin ya da onunla anlaşmış bulunan üçüncü şahsın..." şeklinde genişletilmesi daha doğru olacaktır.

Tarıftan anlaşıldığı üzere akdi aldatmanın tesiriyle yapan kimse, ikraha maruz kalan kimsenin aksine onu kendi rızasıyla gerçekleştirmektedir. Ancak bu rıza başkasının uyandırdığı yanlış kanaatten kaynaklandığı ve gerçek durum bilindiğinde devam etmeyebileceği için, aldatılan kimsenin rızası kusurlu kabul edilmekte, hile ve aldatma türü eylemler de ikrah gibi rızayı şaibeli kılan hallerden sayılmaktadır. İslam hukukçuları hile ve aldatma içeren akitlerin mağdur taraf açısından bağlayıcılık durumu, dolayısıyla feshe elverişlilik hali hakkında, akitte yapılan hilenin türüne göre farklı yaklaşımlar ortaya koymuşlardır. Bu sebeple başlıca hile türlerini ayrı başlıklar altında incelemekte fayda görüyoruz.

2.4.2.1. Hilenin Türleri ve Akitlere Etkisi

2.4.2.1.1. Tağrîr

Tağrîr kelimesi sözlükte "غرّ" fiilinin masdarı olan "غُرور" kökünden gelmekte olup, bu kök "birini kandırmak, onu yalan ve asılsız vesilelerle umutlandırmak" anlamlarına gelmektedir.⁵⁶⁸ İslam hukukçularının ıstılahında ise bu kavram; sözlü ya da fiili, yalan ve asılsız araçlar kullanarak bir kimseyi akde teşvik etmek, böylece bu kimsenin akdin kendi yararına olduğunu zannedip ona rağbet etmesini sağlamak anlamında kullanılmaktadır.⁵⁶⁹ Tağrîrin, kavlî ve fiilî olmak üzere iki kısmı bulunmaktadır.

2.4.2.1.1.1. Kavlî Tağrîr

Kavlî tağrîr aldatmanın sözlü vasıtalar kullanılarak yapılan şeklini ifade eder. Söz gelimi bir satıcının malının değeri hakkında yalan beyanda bulunup, bu mal piyasada 100 liraya satılıyor ama ben sana 80'e satıyorum ya da senden önce bu malı 150 liraya almak isteyen müşteriler olduğu halde onlara satmadım fakat sana 100 liraya satıyorum diyerek müşteriye gerçeğe aykırı beyanlarla malını almaya teşvik

⁵⁶⁸ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: V, s. 11; Firûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 449; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: XIII, s. 214.

⁵⁶⁹ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 463; Hafif, **a.g.e.**, s. 327; Zeydân, **a.g.e.**, s. 338.

etmesi kavli tağrîre bir örnektir. Bazı kaynaklarda kavli tağrîrin “**tağrîr fi’s-si’r**” (fiyatta aldatma) olarak adlandırıldığı belirtilmektedir.⁵⁷⁰ Ancak sözlü vasıtalar kullanılarak yapılan aldatma sadece fiyatla alakalı aldatmalardan ibaret olmadığından bizce bu adlandırma uygun değildir. Nitekim fiyat konusunda aldatıcı beyanda bulunmaksızın; söz gelimi malda gerçekte bulunmayan bir niteliğin var olduğunu söylemek suretiyle müşteriye malı almaya teşvik etmek de sözlü bir aldatma örneğidir.

Sözlü aldatmanın akde etkisine gelince, bu hususta gabn kavramı önem arz etmektedir. İleride ayrıntılı olarak ele alınacak bu kavram kısaca, akitte karşılıklı bedeller arasında dengesizliğin bulunmasını ifade etmektedir.⁵⁷¹ Hanefî hukukçular kavli tağrîrin ancak fâhiş bir gabne sebep olması halinde mağdur taraf için fesih hakkı doğuracağını belirtmişlerdir.⁵⁷² Mecelle’de konuyla ilgili şu madde yer almaktadır: “Mütebâyiândan biri, diğerini tağrîr edip de bey’de gabn-i fâhiş olduğu tahakkuk ettikde, mağbûn olan kimse bey’i fesh edebilir.”⁵⁷³

Burada şunu ilave etmeliyiz ki, gabn unsuru sadece aldatmanın malın fiyatına yönelik olması halinde göz önünde bulundurulur. Aldatmanın malın nitelikleri hususunda olması durumunda ise, aldatılan kişinin fesih hakkına sahip olması noktasında gabnin bulunup bulunmaması bir önem arz etmemektedir. Çünkü bu durumda gabn bulunmasa bile müşteri malın nitelikleri konusunda yanlış bilgilendirilerek normalde razı olmayacağı bir akde yönlendirildiğinden yaptığı akitle bağlı olmamalıdır. Nitekim İbn Âbidîn de; söz gelimi konutunu satmak isteyen bir kimsenin, onu kendisinde bulunmayan bir takım vasıflarla nitelemek suretiyle yalan beyanda bulunarak müşteriye kandırması halinde, konutu alan müşterinin onda zikredilen nitelikleri bulamadığı takdirde tağrîr sebebiyle muhayyer olacağını belirtmiştir.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ Bkz. Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 463.

⁵⁷¹ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 151.

⁵⁷² İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr**, C: IV, s. 566.

⁵⁷³ **Mecelle**, md. 357.

⁵⁷⁴ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: IV, s. 589.

Hanefîlerin yaklaşımından şu sonuç çıkmaktadır: Kavli aldatma tek başına fesih hakkı doğuran bir sebep olmayıp, bunun için aldatılan tarafın bundan ciddi zarar görmüş olması gerekir. Bu zarar da fâhiş gabne maruz kalmak şeklinde olabileceği gibi alınan malın beyan edilen evsafa olmaması suretinde de olabilir. Zira ancak bu durumda aldanan kimsenin rızası şaibeli hale gelmiş olur. Bundan dolayı aldatma sonucu akitte gerçekleşen fâhiş sayılmayan bir gabn (**gabn-i yesîr**) fesih sebebi sayılmamıştır.⁵⁷⁵

Şâfi'î hukukçuların sözlü aldatmanın bir türü olarak değerlendirebileceğimiz “**telakki’r-rûkbân**” meselesiyle ilgili zikrettiklerinden anlaşıldığı üzere, onlara göre de alışverişte taraflardan birinin diğerini kavli tağrîr ile gabne maruz bırakması halinde aldatılan kimse için fesih hakkı doğar. “**Telakki’l-celeb**” ya da “**telakki’s-sila**” terkipleriyle de ifade edilen mezkûr eylem fıkıhta; esnaftan birinin şehre mal getirmekte olan kafiye yolda karşılayıp, onları getirdikleri malların şehirde piyasasının olmadığını söyleyerek aldatıp mallarını rayiç fiyatın altında bir fiyatla satın almasını ifade eder.⁵⁷⁶ Bu eylem Hz. Peygamber (s.a.v.) tarafından yasaklanmıştır.⁵⁷⁷ Çünkü bu davranış alışverişte hile kapsamına girmektedir ki, İslam’da bunun yeri yoktur.⁵⁷⁸ Şâfi'î hukukçular bu şekilde yapılan akdi dinen helal sayılmamakla birlikte hukuken geçerli kabul etmiş, ancak mal getiren kafilenin şehre girip aldatıldıklarını fark ettiklerinde ve gabne maruz kaldıklarını öğrendiklerinde isterlerse akdi feshedebileceklerini ifade etmişlerdir.⁵⁷⁹ Şâfi'îlerin bu hususta dayandıkları delil Hz. Peygamber’in şu hadisidir:

⁵⁷⁵ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 369.

⁵⁷⁶ Ebû İshak İbrahim b. Ali eş-Şîrâzî, **el-Mühezzeb fi fıkhi’l-İmâmi’s-Şâfi’î**, y.y., Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye, t.y., C: II, s. 63; Bereketî, **a.g.e.**, s. 61-62.

⁵⁷⁷ Buhârî, “Buyû”, 71; Müslim, “Buyû”, 4; İbn Hibbân, “Buyû”, C: XI, s. 333-334.

⁵⁷⁸ Aynî, **Umdetü’l-Kârî**, C: XI, s. 284.

⁵⁷⁹ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 63; Senhûrî, **Mesâdiru’l-Hakk**, C: II, s. 182.

"لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار"

*"Şehir dışından mal getirenleri (pazara gelmeden) yolda karşılamayın. Kim onları karşılar da (ucuza) bir şey satın alırsa, mal sahibi pazara gelince (malın piyasa değerini öğrenince akdi bozmak ya da onaylamak hususunda) serbesttir."*⁵⁸⁰

Hanbelî hukukçuların bu meseledeki görüşü de Şâfi'îlerin yaklaşımıyla paralellik göstermektedir. Ancak onlar bu durumda akdin feshedilebilmesi için satıcının maruz kalmış olduğu gabnin, alışverişlerde âdeten vuku bulabilen miktardan fazla olması gerektiğini belirtmişlerdir.⁵⁸¹ Yine Hanbelî mezhebi kaynaklarında, bu meselenin dışında da karşı tarafın yalan beyanlarının etkisi altında akdi yapan kimsenin, aldatıldığını anladığında muhayyerlik hakkına sahip olacağı zikredilmektedir. Mesela İbn Kudâme bu konuda şöyle söylemektedir:

"Satıcı yalan miktarlar zikrederek müşteriye, satmak istediği mala daha önce yüksek fiyatlar teklif edildiğini söyler, müşteri de onun beyanına inanarak malı satın alırsa, akit geçerlidir. Ancak daha sonra satıcının yalan söylediğini anladığında müşteri muhayyer olur."⁵⁸²

Kavlî tağrîrin fesih hakkı doğurup doğurmayacağı hususunda Mâlikî mezhebinin yaklaşımını ise onların neceş satışı hakkındaki görüşlerinden anlıyoruz. Neceşte aldatma akdin taraflarının dışındaki üçüncü bir şahıs kanalıyla gerçekleştiğinden bu aldatma türünü ayrı bir başlıkta ele almış olsak da, mahiyeti itibariyle neceş kavî tağrîrin bir türüdür. İmam Mâlik neceş satışında müşterinin akdi onaylamakla feshetmek arasında muhayyer olduğunu ifade etmiştir.⁵⁸³

Netice itibariyle; kavî tağrîr kapsamında değerlendirilebilecek muhtelif keyfiyetteki bazı eylemlerin akitlere etkisi hususunda fıkıh mezheplerinin mezkûr yaklaşımlarından şu sonuç çıkmaktadır: İslam hukukçuları nezdindeki genel kanaat, sözlü aldatmanın etkisi altında yapılan akdin geçerli olmakla birlikte bu akitten zarar gören aldatılan taraf için bağlayıcı olmayacağı yönündedir. Dolayısıyla böyle bir

⁵⁸⁰ Müslim, "Buyû", 5; Nesâî, **Sünen**, "Buyû", 18; **es-Sünenü'l-Kübrâ**, "Buyû", 18; Dârimî, "Buyû", 32; Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, C: XVI, s. 217; Taberânî, **el-Mu'cemu'l-Evsat**, C: I, s. 291.

⁵⁸¹ Buhâtî, **Keşşâfu'l-Kınâ**, C: III, s. 211.

⁵⁸² Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 79; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: II, s. 182.

⁵⁸³ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 185; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 79.

aldatmaya maruz kalan kimse, aldatıldığını anladığında dilerse akdi onaylayabileceği gibi onu feshetme hakkına da sahiptir.

2.4.2.1.1.2. Fiilî Tağrîr

Bu aldatma türünde akdin taraflarından birisi diğerini yanıltmak için akde konu olan şeyde bir takım fiili tasarruflarda bulunmakta, böylece karşı taraf için onu çekici ve cazip hale getirmektedir.⁵⁸⁴ Örnek vermek gerekirse, bir otomobil satıcısının müşterinin aracın az kullanıldığını zannetmesi için onun kilometre göstergesiyle oynaması, mobilyanın pahalı malzemedan yapıldığı izlenimini vermek için boyanması gibi hileler fiili tağrîrdir. Bu türden aldatmalarda akit konusu eşya, olduğundan daha iyi ve kaliteli gösterildiğinden, genellikle gerçek değerinden daha yüksek fiyata satılmakta, dolayısıyla bu durum gabne sebep olabilmektedir. Ayrıca akit sırasında mal müşteriye gerçek şekliyle gösterilmediğinden onun bu akde razı olduğunu kesin olarak söyleyebilmek mümkün değildir. Zira müşterinin malın asıl halini görmesi halinde bu malı ödemiş olduğu fiyatla almaya razı olmaması kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple İslam hukukunda böyle bir aldatmanın etkisiyle yapılan akitlerde de rızası şaibeli olan mağdur taraf için muhayyerlik hakkından söz edilmiştir.⁵⁸⁵

İslam hukukunda fiilî tağrîre uğrayan tarafa muhayyerlik verilmesinin esası, Hz. Peygamber'in daha önce ayıp muhayyerliği münasebetiyle zikrettiğimiz “**musarrât hadisi**” diye bilinen şu hadisidir:

“Sütüniin birikip çok görünmesi için deve ve koyunların memelerini bağlamayın. Bundan sonra bu şekildeki bir hayvanı satın alan kimse, hayvanı sağdıktan sonra (hileyi fark ettiğinde) iki seçenekten (kendince) en iyisini seçmekle baş başa kalır. Dilerse hayvanı yanında tutar, dilerse de bir sa' hurmayla birlikte iade eder.”⁵⁸⁶

Hadisin metninde geçen "لا تصروا" sîgasının, "صَرَ - يَصُرُّ" ya da "صَرَ - يُصَرِّي" fiilinden geldiği söylenmiştir.⁵⁸⁷ Bunlardan ilki “bir şeyi bağlamak”,⁵⁸⁸ diğeri ise

⁵⁸⁴ Bkz. Ruaynî, **Mevâhibü'l-Cefl**, C: IV, s. 437; Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 161.

⁵⁸⁵ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 463-465.

⁵⁸⁶ Buhârî, “Buyû”, 64; Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, C: XV, s. 270; İbn Hibbân, **Buyû**, C: XI, s. 344.

⁵⁸⁷ İbn Esîr, **en-Nihâye**, C: III, s. 27.

“bir şeyi bir yerde toplayıp biriktirmek” manasında kullanılmaktadır.⁵⁸⁹ Her iki ihtimale göre de hadiste bahsedilen bu eylemden maksat, hayvanın memelerini bağlayıp bir süre sağmayarak sütünün memede birikmesini sağlamak, bu suretle müşteriye hayvanın sütünün bol olduğu izlenimini vermektir.⁵⁹⁰

İslam hukukçuları bu hadisle istidlal hususunda ihtilaf etmişlerdir. İmam Mâlik, Şâfi’î, Ahmed b. Hanbel, Züfer ve Ebû Yusuf başta olmak üzere İslam hukukçularının çoğunluğu, bu hadisi delil kabul ederek böyle bir alışverişte müşterinin akdi bozma ya da onaylama hususunda muhayyer olacağı kanaatine varmışlardır.⁵⁹¹ İmam Ebû Hanîfe ve Muhammed ise, çeşitli gerekçelerle bu hadisi hüccet saymamış ve onunla amel etmemişlerdir.⁵⁹² Ayrıca hayvanın sütünün az olmasını maldaki bir kusur olarak görmediklerinden hayvanın bu sebeple iade edilemeyeceğini belirtmişlerdir.⁵⁹³ Bundan dolayı bahsi geçen olayda müşterinin muhayyerlik hakkı olmayacağını, ancak aldatılma sonucu aldığı mala karşılık fazladan ödediği bedeli satıcıdan geri alabileceğini söylemişlerdir.⁵⁹⁴

İslam hukukçularının musarrât hadisine yönelik bu yaklaşımları, onların genel anlamda fiilî tağrîrin etkisiyle yapılan akitler hakkındaki görüşlerini de ortaya koymaktadır. Buna göre cumhur fiilî aldatma sonucu yapılan akitlerde aldatılan tarafın fesih hakkına sahip olduğu görüşündedir.⁵⁹⁵ İmam Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre ise malda iadeyi gerektiren bir kusur yoksa aldatılan şahsın böyle bir hakkı bulunmamakta, bu şahıs bahsi geçen durumda yalnızca satıcıya fazladan ödediği parayı ondan geri alma hakkına sahiptir.⁵⁹⁶ Türk borçlar hukukunda da aldatma kavli ve fiili ayırımı yapılmaksızın fesih sebebi sayılmış, ilgili kanun maddesinde bu hüküm: “Taraflardan biri, diğersinin aldatması sonucu bir sözleşme

⁵⁸⁸ Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 423.

⁵⁸⁹ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: XIV, s. 458; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: XXXVIII, s. 421; Aynî, **Umdetü'l-Kârî**, C: XI, s. 269.

⁵⁹⁰ İbn Esîr, **a.g.e.**, C: III, s. 27; Şevkânî, **a.g.e.**, C: V, s. 253.

⁵⁹¹ Aynî, **a.g.e.**, C: XI, s. 270.

⁵⁹² Aynî, **a.g.e.**, C: XI, s. 271; Köse, “Hile”, C: XVIII, s. 28.

⁵⁹³ Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 102-103; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 80.

⁵⁹⁴ Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3528.

⁵⁹⁵ İlgili mezheplerin konuyla alakalı görüşleri için bkz. Remlî, **a.g.e.**, C: IV, s. 74-75; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 115; Ruaynî, **a.g.e.**, C: IV, s. 438; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 80.

⁵⁹⁶ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, C: IV, s. 566, C: V, s. 44.

yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir” şeklinde ifade edilmiştir.⁵⁹⁷

Bu konuda tercihe şayan olan görüş bizce cumhurun görüşüdür. Zira;

1) Konuyla ilgili esas kabul edilen musarrât hadisi sahih hadis kaynaklarında yer alan, hadis uleması tarafından sıhhatine hükmedilmiş bir hadistir. Hatta İbn Abdilberr bu hadisin sıhhati konusunda görüş birliği olduğunu belirtir.⁵⁹⁸ Dolayısıyla bu konuda hüccet kabul edilmelidir. Bu durumda hadis söz konusu hileli işlemle birlikte akitlerde her türlü fiilî aldatmanın yasaklandığına, aynı zamanda bu tür aldatmalara maruz kalan kimselerin yapılan akdi feshetme hakkına sahip olacaklarına açık bir delil teşkil etmektedir.

2) Hadisin çeşitli gerekçelerle hüccet olamayacağı farz edilse bile, kavli tağrîrin fâhiş gabin gibi ciddi zararlara sebep olması halinde fesih hakkı doğuracağı Hanefilerce de müsellemdir. O halde fiilî tağrîrin de benzer zararlara sebep olması durumunda kavli tağrîre kıyasla fesih hakkı doğuracağı kabul edilmelidir.

3) Hanefî mezhebinde de kabul edildiği üzere, satın alınan malda kusur olmasa da akit sırasında satıcının belirttiği vasfın malda bulunmaması vasfı muhayyerliğini gerektirmekte, dolayısıyla müşteriye akdi feshetme hakkı kazandırmaktadır. Fiilî aldatma sonucu yapılan akitte de müşteri akit konusu malda var olduğunu zannettiği bir vasfı sebebiyle akdi gerçekleştirmekte olup, müşteriye bu hatalı zanna sevk eden unsur satıcının yanlış yönlendirmesidir. Dolayısıyla fiili aldatma halinde de müşteri malda rağbet ettiği vasfı bulamaması sebebiyle muhayyer olmalıdır.

Fiilî tağrîrin etkisiyle yapılan akitler konusunda cumhurun görüşünü doğru kabul ettikten sonra şöyle bir soru gündeme gelmektedir: Aldatılan tarafın muhayyerliği, sadece bu kimsenin akit konusu mala gerçek değerinden fazla bedel ödemiş olması durumunda mı geçerlidir yoksa bu şahıs her halükarda muhayyer

⁵⁹⁷ TBK, md. 36/I.

⁵⁹⁸ Askalânî, *Fethu'l-Bârî*, C: IV, s. 365.

midir? Yani fiilî tağrîrin muhayyerlik doğurması için gabne sebep olması şart mıdır yoksa böyle bir şart aranmamakta mıdır?

Zerkâ, İslam hukukçularının cumhuruna göre fiili aldatmanın gabne sebep olmasa bile aldanan taraf için muhayyerlik hakkı doğuracağını ifade etmektedir. Zira aldatılan tarafı akdi yapmaya iten saik, onun akde konu olan malda var olduğu vehmettirilen vasfa olan rağbetidir. Dolayısıyla bu vasfın bulunmaması durumunda bu kimsenin, vasıf muhayyerliğinde olduğu gibi muhayyerlik hakkı olmalıdır.⁵⁹⁹ Mâlikî ve Şâfi'î fikhî kaynaklarına bakıldığında da aldanan tarafın muhayyerliği için yalnızca bir takım genel şartlardan söz edildiği, aldatmanın gabne sebep olup olmaması arasında bir ayırım yapılmadığı görülmektedir.⁶⁰⁰ Ancak Hanbelî mezhebine ait bazı eserlerde, akitte malın fiyatını etkilemeyecek ölçüde yapılan fiili aldatmanın aldanan taraf için muhayyerlik sebebi olmayacağı belirtilmekte fakat buna gerekçe olarak da bu düzeyde bir aldatmanın müşteriye zarar vermeyecek olması gösterilmektedir.⁶⁰¹ Netice itibariyle şunu söyleyebiliriz: İslam hukukçularının çoğunluğunun bakış açısına göre, akitlerde vuku bulan fiili aldatmaların fesih hakkı doğurabilmesi için aldatılan tarafın bundan dikkate değer bir zarar görmesi yeterli olup gabne maruz kalması şart değildir.

Fiilî tağrîr konusuyla ilgili zikrettiğimiz musarrât hadisinde dikkati çeken bir husus bulunmaktadır. Bu husus müşterinin hayvanı iade ederken ayrıca onunla birlikte sağdığı süte mukabil satıcıya bir sa' hurma vermesinin istenmesidir. Oysa İslam hukukundaki genel tazmin usulüne göre telef ya da istihlâk edilen mal mislî ise misliyle, kıyemî ise kıymetiyle tazmin edilir. Bu hadiste ise müşterinin hayvandan sağıp yararlandığı sütü tazmin için bir sa' hurma vermesi talep edilmektedir. Halbuki bir sa' hurma sağılan sütün misli olmadığı gibi, her zaman onun kıymetine de denk gelmeyebilir. O halde hadisin bu ifadesi nasıl anlaşılmalıdır? Bu hususla ilgili olarak hadisi hüccet kabul eden İslam hukukçularının farklı yaklaşımları olmuştur. Bazıları hadisin zahirine bağlı kalıp sağılan süt karşılığında her halükarda bir sa' hurma

⁵⁹⁹ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 465.

⁶⁰⁰ Bkz. Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 449-456; Remlî, **a.g.e.**, C: IV, s. 70-75; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 115-118; Ruaynî, **a.g.e.**, C: IV, s. 437-439.

⁶⁰¹ Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 81; Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kınâ**, C: III, s. 214.

verilmesi gerektiğini söylerken, bazıları hurmanın şart olmadığını, her bölgenin yaygın olarak kullanılan gıda ürünlerinden bir sa' verilebileceğini ifade etmiştir. Ebû Yusuf, İbn Ebî Leylâ gibi bazı hukukçular ise bu durumda sağılan süt duruyorsa aynının, tüketilmişse duruma göre mislinin ya da kıymetinin ödenmesi gerektiğini belirterek genel tazmin kuralına göre hareket etmişlerdir.⁶⁰²

Burada şunu söyleyebiliriz: Hadiste miktar olarak bir sa' hurmanın zikredilmesi, hayvandan bir sağmada elde edilebilecek ortalama süte denk kıymette bir miktarın tespiti olarak değerlendirilebilir. Ayrıca o dönem ve coğrafyada yaygın bir gıda ürünü olduğundan tazmin için hurma belirtilmiştir.⁶⁰³ Ancak hayvanın sütünün hileyle çok gösterildiğinin bir sağmada anlaşılabilmesi ve müşterinin hayvanın sütünden birkaç gün yararlandıktan sonra durumun farkına varması gibi bazı durumlarda, bir sa' hurma yararlanan sütün kıymetine denk gelmeyebilir. Yine hurmanın gıda ürünü olarak tüketilmediği dönem ve yerlerde tazmin için hurmanın verilmesinin satıcıya bir faydası olmayabilir. Dolayısıyla hadisi zahirî bir yaklaşımla ele almak yerine amaca matuf yorumlayıp burada genel tazmin kuralının işletilmesinin daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Nitekim Tehânevî (v. 1974) de bu hadisi tevil ederken, sa' ve hurma kelimelerinin özel olarak kastedilmiş olmayabileceğini, burada sütün kıymetinin kastedilmiş olmasının muhtemel olduğunu ifade etmiş; Hz. Peygamber (s.a.v.)'in bir sa' hurmayı -o zamanlar sütün bedeli olduğu için- örneklendirme kabilinden zikretmiş olabileceğini söylemiştir.⁶⁰⁴

Buradan şu sonucu da çıkarıyoruz: Genel olarak aldatmanın etkisiyle yapılan akitlerde aldanana taraf eğer aldığı malın ayrılabilir bir parçasından yararlanıp onu tüketmişse, akdi bozup malı iade ederken tükettiği şeyi tazmin etmesi gerekir. Buna göre söz gelimi aldatmanın etkisinde kalıp bir araç satın alan kimse aracı belli bir süre kullandıktan sonra aldatıldığını fark edip akdi bozmak isterse; eğer satıcının araca koymuş olduğu benzinle yol almışsa, bu kimsenin arabayı iade ederken kullandığı benzini de tazmin etmesi gerekir.

⁶⁰² Aynî, *Umdetü'l-Kârî*, C: XI, s. 270; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, C: II, s. 35.

⁶⁰³ San'ânî, *a.g.e.*, C: II, s. 35.

⁶⁰⁴ Zafer Ahmed et-Tehânevî, *İ'lâu's-Sünen*, Karaçi/Pakistan, İdâratü'l-Kur'ân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, 1717 h., C: XIV, s. 72; İbrahim Tüfekçi, "Tânevî'nin İ'lâu's-sünen İsimli Eserindeki Fıkıh Metodu (Musarrât Hadisi Örneği)", *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 43, (2012/2), s. 136.

2.4.1.1.2. Hıyânet

Sözlükte “insanın kendisine duyulan güvene iyi niyetle mukabelede bulunmaması”⁶⁰⁵ anlamına gelen hıyânet kelimesi, çok geniş bir kullanım alanına sahip olmasının yanında, İslam borçlar hukukunda; “**bey’u’l-emâne**” adı verilen, malın maliyeti belirtilmek suretiyle yapılan satışlarda⁶⁰⁶ satıcının gerçeğe aykırı beyanda bulunmasını ifade etmek için kullanılan bir terimdir.

Bey’u’l-emâne türü akitler, güven esasına dayalı sözleşmelerdir. Bu akitlerde müşteri, aldığı malın maliyeti vb. hususlarıyla ilgili beyanlarında satıcıya güvenmekte ve bu güven üzerine onun malını satın almaktadır. Böylelikle satılan ürünlerin piyasa değerini bilmeyen kimseler, satıcıya kaç mal ettiğini sorarak aldıkları malların kıymetini öğrenmekte ve bu bilgiye binaen akdi gönül rızasıyla yapmaktadırlar. İslam hukuku yeterli ticari tecrübesi olmayan kimselerin maslahatı için bu akitleri meşru kılmış; bu tür satışlarda satıcıyı kendisine duyulan güveni istismar etmekten ve gerçeğe aykırı beyanlarda bulunarak müşteriyi aldatıp zarara uğratmaktan sakındırmıştır. Aksi takdirde ise müşteriye uğradığı zararı gidermek için akdi feshetme hakkı tanınmıştır.⁶⁰⁷

Bu grupta yer alan akitler ana hatlarıyla murâbaha, tevliye ve vazîa olmak üzere üç kısma ayrılmaktadır. Mebî’in maliyet fiyatı zikredilip üzerine belli oranda bir kâr konularak satılmasına murâbaha, maliyet fiyatına satılmasına tevliye, maliyetinden düşük fiyata satılmasına ise vazîa adı verilmektedir.⁶⁰⁸ Burada şu hususu ilave etmek gerekir: Satıcının mala yaptığı, onun kıymetini artırıcı nitelikteki masraflar da maliyet fiyatına dâhil edilir. Tabii bu durumda satıcı bu hususiyeti de beyan ederek zikrettiği fiyatın, malın masraflarıyla beraber toplamda kendisine mal olduğu fiyat olduğunu özellikle belirtmelidir.⁶⁰⁹ Ayrıca satıcının maliyet fiyatını mücmel bir şekilde beyan etmesi yeterli olmayıp fiyatla ilgili bir takım ayrıntıları da

⁶⁰⁵ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: XIII, s. 144; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 1194.

⁶⁰⁶ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 57. Bir malı, kaç mal olduğuna bakmaksızın pazarlıkla satmak/almak ise istilahta müsâveme diye adlandırılır. Bkz. **a.e.**, s. 426; Kal’acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 114; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 114.

⁶⁰⁷ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 28; Senhûrî, **Mesâdiru’l-Hakk**, C: II, s. 166.

⁶⁰⁸ Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 28; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 135; Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 166-167.

⁶⁰⁹ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 56; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 75; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 33.

zikretmesi gerekmektedir. Söz gelimi satıcı sattığı malı peşin mi yoksa vadeli ya da taksitli olarak mı satın aldığını belirtmelidir.⁶¹⁰ Çünkü bu özelliklerin fiyata etkisi bulunmaktadır. Zira bir malın vadeli veya taksitli fiyatı genellikle peşin fiyatından daha yüksek olmaktadır. Dolayısıyla bunlar belirtilmediği takdirde müşteri kendisine zikredilen vadeli fiyatı malın peşin fiyatı zannedip yanılgıya düşebilir.⁶¹¹ Yine satıcı malı satın aldıktan sonra onda bir kusur meydana gelmişse bunu da beyan etmelidir.⁶¹² Çünkü kusur malın satıcıya mal olduğu fiyatı aşağı çekmektedir. Hulasa bu tür akitlerde satıcı müşterinin rızasına tesir edecek hiçbir hususu gizlememelidir. Aksi bir tutum İslam hukukunda müşterinin itimadına hıyanet sayıldığından hile olarak değerlendirilmekte ve bunun sonucunda aldanan tarafa akdi feshetmek suretiyle hilenin yol açtığı zarardan kurtulma imkânı verilmektedir.⁶¹³

İslam hukukçuları arasında genel kabul, bu akitlerde satıcının herhangi bir hıyanetinin tespit edilmesi halinde müşterinin fesih hakkına sahip olacağı yönündedir. Ancak konunun ayrıntılarında bazı farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Hanefîlerde İmam Ebû Hanîfe, murâbaha akdinde hıyanet tespit edilirse müşterinin muhayyer olacağı; isterse akitte belirtilen semenin tamamı karşılığında malı alabileceği, isterse de iade edebileceği görüşündedir. Tevliye akdinde ise aynı durumda müşterinin muhayyer olmayıp, sadece satıcıya fazladan ödediği parayı geri alma hakkına sahip olduğu kanaatindedir.⁶¹⁴ Mesela satıcı sattığı ürünün kendisine 100 liraya mal olduğunu, kendisinin de buna %10 kâr koyarak ürünü 110 liraya sattığını beyan eder ve müşteri satıcının beyanına güvenerek malı satın aldıktan sonra satıcının yalan söylediğini, gerçekte malın maliyetinin 90 lira olduğunu öğrense, Ebû Hanîfe'ye göre muhayyer olur. Aynı örnekte satıcının malı üzerine kâr koymadan 100 liraya sattığını söylemesi ve müşterinin malı aldıktan sonra maliyet fiyatının 90 lira olduğunu öğrenmesi halinde ise, müşteri muhayyer olmaz fakat fazladan ödediği 10 lirayı satıcıdan geri alır.

⁶¹⁰ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 78; Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 167.

⁶¹¹ Serahsî, **a.g.e.**, C: XIII, s. 78.

⁶¹² Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 167.

⁶¹³ Köse, "Hile", C: XVIII, s. 29.

⁶¹⁴ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 56-57; Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 29; Halebî, **Mültekâ**, C: I, s. 108-109.

Ebû Hanîfe'nin tevliye ile murâbaha satışları arasında yaptığı bu ayırım şu gerekçeyle izah edilir: Eğer tevliyede müşteriye fazla söylenen fiyatta indirim yapılmazsa, bu akit tevliye olma vasfını kaybedip murâbahaya dönüşür. Çünkü müşteriye beyan edilen satış fiyatı malın gerçek maliyetinden fazladır. Bu durumda akdin, tarafların beyanına uygun olarak tevliye satışı olarak kalabilmesinin tek yolu fiyatta indirim yapmaktır. Murâbahada ise müşteriye fazla söylenen fiyatta indirim yapılmazsa da, her ne kadar kâr oranı değişse de akit yine murâbaha olarak kalmaktadır. Dolayısıyla tevliyedeki gibi akdin mahiyetini korumak için indirime ihtiyaç duyulmamaktadır. Ancak hıyanet durumunda, malın maliyet fiyatında arzuladığı vasfın bulunmadığı ortaya çıktığından müşteriye muhayyerlik hakkı verilmiştir.⁶¹⁵ Vazîa satışı da aynı yaklaşımla ele alınmalıdır. Buna göre vazîa akdinde bir hıyanet tespit edilmesi halinde bakılır; eğer bu durum murabahada olduğu gibi akdin mahiyetini değiştirmiyorsa müşteri muhayyer olur fakat bunun aksine tevliyedeki gibi akdin mahiyetini değiştiriyor ise müşteri muhayyer olmayıp yalnızca satıcıya ödediği fazla parayı geri alır.

Öte yandan Ebû Yusuf söz konusu akitler arasında bir ayırım yapmamakta; murabaha, tevliye ve vazîa akitlerinin hepsinde, bir hıyanet vuku bulması halinde müşterinin muhayyer olmayıp yalnızca fazladan ödediği parayı satıcıdan geri alma hakkına sahip olduğu kanaatine sahip bulunmaktadır. Çünkü bu tür alışverişler, malın satıcıya mal olduğu fiyat esas alınarak çerçevesi belirlenen akitlerdir. Dolayısıyla hıyanet durumunda satıcının maliyet fiyatında gerçeğe aykırı olarak belirttiği fazlalık oranında semende indirime gidilmek suretiyle akdin kuruluş esnasındaki çerçevede kalması sağlanmalıdır.⁶¹⁶

İmam Muhammed ise hıyanet durumunda, bütün bu akitlerde müşterinin muhayyer olacağını söyler. Zira müşteri bunların hepsinde malın kendisine beyan edilen maliyet fiyatına rağbet ederek akdi yapmaktadır. Bu fiyatın gerçeği

⁶¹⁵ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 57; Zeylaî, **Tebyînü'l-hakâik**, C: IV, s. 76.

⁶¹⁶ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 57; Mevslî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 29; Meydânî, **el-Lübâb**, C: II, s. 34.

yansıtması fiyatta arzu edilen niteliğin bulunmaması anlamına gelir. Bu durum ise muhayyerliği gerektirir.⁶¹⁷

Mâlikî mezhebinin konuyla ilgili görüşünü İbn Cüzey (v. 741/1340) şöyle anlatmaktadır:

“Malın hangi fiyata alındığını bildirirken yalan söylemek caiz değildir. Eğer satıcı bu hususta yalan söyler de, sonra müşteri satıcının malın alım fiyatını fazla söylediğinden haberdar olursa, malı belirlenen fiyatın tamamı karşılığında yanında tutmakla iade etmek arasında seçim hakkına sahiptir. Ancak satıcı fazladan söylediği fiyatta ve ona tekabül eden kâr oranında indirim giderse, akit müşteriyi bağlar.”⁶¹⁸

Şîrâzî'nin (v. 476/1083) zikrettiğine göre Şâfi'î mezhebinde konuyla ilgili nakledilen iki görüşten biri de, murabaha akdinde hıyanet tespit edilirse, müşterinin malı semeni müsemmâ karşılığı kabul etmekle akdi feshetmek arasında muhayyer olacağı yönündedir.⁶¹⁹ Hanbelî hukukçu Ebu'l-Ferec İbn Kudâme (v. 682/1283) ise mezhebinin bu mesele hakkındaki görüşünü şöyle açıklar:

“Bir satıcı sattığı malı 100 dirheme aldığını ve üzerine %10 kâr koyarak sattığını söyler ve mal satıldıktan sonra müşteri malın alış fiyatının 90 dirhem olduğunu şahit ya da ikrar yoluyla öğrenirse, bu akit sahihtir... Ancak müşterinin fazladan ödediği parayı ve kârdan ona karşılık gelen miktarı satıcıdan geri alma hakkı vardır... Ahmed b. Hanbel'den aktarıldığına göre bu durumda müşteri, satıcının gerçekte mal ettiği fiyat ve belirtilen kâr miktarı karşılığında malı kabul etmekle kabul etmeyip geri vermek arasında muhayyerdir.”⁶²⁰

Güvene dayalı akitlerle ilgili şu hususa da dikkat çekmek gerekir ki; bu akitlerde güveni istismar edilen tarafa fesih hakkı verilmesi, sadece kendisine maliyet fiyatı hakkında gerçeğe aykırı bilgi verilmesi durumuna mahsus değildir. Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere söz konusu akitlerde, müşterinin rızasına etki edebilecek herhangi bir hususta yalan beyanda bulunma ve yanlış yönlendirme hıyanet kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla satıcının malın taksitli fiyatını, müşteriye peşin fiyatıymış gibi sunması veya kusurlu malın sağlamken aldığı fiyatını kusurlu haldeki fiyatıymış şeklinde aktarması gibi yanıltmalar hep bu kapsamda olup

⁶¹⁷ Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 29; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 34.

⁶¹⁸ İbn Cüzey Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed el-Kelbî el-Girnâtî, **el-Kavânînu'l-Fıkhiyye**, y.y., t.y., s. 174.

⁶¹⁹ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 60.

⁶²⁰ Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: XI, s. 442-443.

müşteri için fesih hakkı doğurur.⁶²¹ Yine bu kabilden olarak bazı kaynaklarda, satıcının malda yaptığı maliyete katmaması gereken masrafları da maliyet fiyatına ilave etmesi hıyanet olarak nitelenmiş ve bunun müşteri için muhayyerlik sebebi olacağı belirtilmiştir.⁶²²

İslam hukuku kaynaklarında güvene dayalı akitlerde hıyanetin ne şekilde tespit edileceğinden de söz edilmiş, bunun üç yolla gerçekleşebileceği belirtilmiştir. Buna göre hıyanet; davalının ikrarı, davacının beyyine/şahit getirmesi ve davalının yeminden nükül etmesi olmak üzere, İslam muhakeme usulündeki üç ispat vasıtasından biriyle sübut bulur.⁶²³ Bu durumda hıyanet sebebiyle akdin feshi müşterinin tek taraflı tasarrufuyla gerçekleştirebileceği bir işlem olmayıp bunun için yargının hükmüne ihtiyaç vardır.

2.4.1.1.3. Neceş/Tenâcüş

Neceş kelimesi lügatte; “bir şeyi araştırıp ortaya çıkarmak, dağınık halde bulunan şeyleri toplayıp bir araya getirmek, avı tuzağa düşürüp saklandığı yerden çıkarmak” gibi manalara gelmektedir.⁶²⁴ Kelime İslam hukukunda ise özellikle bu son zikredilen anlamıyla irtibatlı olarak alışverişlerde yapılan bir hile türünü ifade eden bir kavram olarak kullanılmaktadır. Neceş kavramı fikhî kaynaklarda genellikle; bir kimsenin satın alma niyetinde olmadığı halde, müşteriyi kızıştırıp fazla fiyat ödemesini sağlamak için satılan mala yüksek fiyat teklif etmesi ya da o malı övmesi, diye tarif edilir.⁶²⁵ Daha önce ele alınan hile türlerinden farklı olarak burada, taraflardan birinin diğerini doğrudan aldatması şeklinde değil, tarafların dışındaki üçüncü bir şahsın onlardan birini aldatması suretiyle gerçekleşen bir hile söz konusudur. Bu hilede aldatan şahıs akdin taraflarından biriyle anlaşmalı olabileceği gibi tarafların bundan haberinin olmaması da mümkündür.

⁶²¹ Bu tür yanıltmaların hıyanet sayıldığına dair yaklaşımlar için bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 78; İbn Mâze, **a.g.e.**, C: VII, s. 6-7; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 225; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3774.

⁶²² İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, C: V, s. 137.

⁶²³ İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 500; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 209; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 34; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3774.

⁶²⁴ Cevherî, **a.g.e.**, C: III, s. 1021; İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: VI, s. 351; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 606-607; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: XVII, s. 403.

⁶²⁵ Bereketî, **a.g.e.**, s. 226; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 475; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 27.

Pek çok kaynakta yer alan rivayetlerde Hz. Peygamber (s.a.v.)'in neceşi yasakladığı, "نهى عن النجش..." ifadesiyle sahabe tarafından aktarılmaktadır.⁶²⁶ Bunun yanında Hz. Peygamberin "ولا تتاجشوا..." şeklinde, bu hile türünü yasaklayıcı bizzat kendi sözleri de muhtelif rivayetlerde nakledilmektedir.⁶²⁷ Bu sebeple bu tür hile içeren bir akdin dinen helal olmadığı hususunda İslam hukukçuları hemfikirdir. Ancak buradaki yasağın akdin aslından değil de, ona mücavir olan harici bir unsurdan kaynaklandığı gerekçesiyle, Zâhirîlerin dışındaki hukukçular genellikle neceş sonucu yapılan alışverişi hukuken geçerli/sahih kabul etmiştir.⁶²⁸ Bununla birlikte genel eğilim bu akdin müşteri için bağlayıcı olmayacağı yönündedir.

İslam hukukçularının bu husustaki yaklaşımları şöyledir: İmam Mâlik neceşi akitte vuku bulan bir kusur olarak nitelemiş ve bu durumda müşterinin dilerse akdi feshedebileceğini ifade etmiştir.⁶²⁹ Yalnız Malikî hukukçular fesih hakkını satıcının bu hileden haberdar olup müşteriden gizlemesi şartına bağlamışlardır.⁶³⁰ Şâfi'î mezhebinde neceşin satıcının aldatan şahısla anlaşması suretiyle yapılması halinde, müşterinin fesih hakkı olup olmayacağı hususunda iki görüş bulunmaktadır. Mezhepte sahih kabul edilen görüşe göre müşterinin bu durumda fesih hakkı bulunmazken, diğer bir görüş ise onun fesih hakkına sahip olacağı yönündedir.⁶³¹ İlk görüşte müşterinin yeterince düşünüp tecrübeli kimselere danışmadan akde tevessül ettiği için kusurlu olduğu noktasından hareket edilmiş; ikinci görüşte ise, müşterinin maruz kaldığı gabnin, başkasının aldatmasından kaynaklanmış olması göz önünde bulundurulmuş ve bu durum musarrât ve telakki'r-rükbân hadiselerine kıyas edilmiştir.⁶³² Hanbelî hukukçular ise neceşte satıcıyla üçüncü şahsın anlaşma halinde olup olmamasına bakmamış, her iki durumda da müşterinin fesih hakkı bulunacağını

⁶²⁶ Bkz. Buhârî, "Buyû", 60, "Şurût", 11, "Hiyel", 6; Müslim, "Nikâh", 6, "Buyû", 4; Nesâî, "Buyû", 17, 21; İbn Mâce, "Ticârât", 14; Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, C: VIII, s. 126.

⁶²⁷ Bkz. Müslim, "Buyû", 4, "el-Birr ve's-Sıla", 9.

⁶²⁸ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 27; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 388-392; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 68; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 160. Zâhirî hukukçulara göre ise neceş içeren satış batıl sayılmıştır. Bkz. İbn Hazm, **el-Muhallâ**, C: VII, s. 361.

⁶²⁹ Kurtubî, **el-Kâfî**, C: II, s. 739; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 68.

⁶³⁰ Mevvâk, **a.g.e.**, C: VI, s. 250; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 68.

⁶³¹ Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî et-Tûsî, **el-Vasît fi'l-Mezheb**, thk. Ahmed Mahmûd İbrahim-Muhammed Muhammed Tâmir, 7 c., Kahire, Dâru's-selâm, 1417 h., C: III, s. 64; Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 416.

⁶³² Gazâlî **el-Vasît**, C: III, s. 64; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 392; Remlî, **a.g.e.**, C: III, s. 470.

ileri sürmüşlerdir. Ancak onlar bu hakkı, aldatmanın akitlerde âdeten vuku bulmayan miktarda gabne sebep olmasıyla kayıtlamışlardır.⁶³³

Hanefî fikhındaki yaklaşıma gelince, mezhebin klasik kaynaklarında neceş vb. hileli satışlar genellikle fâsid satışlar bahsinin sonunda zikredilmekte, fâsid olmamakla birlikte bu tür satışların tahrîmen mekruh sayıldıkları belirtilmektedir.⁶³⁴ Ancak bunların müşteri için bağlayıcı olup olmadığı hususunda bu kaynaklarda net bir bilgi bulamadık. Bununla birlikte son dönem İslam hukukçularından Ali Haydar Efendi Mecelle şerhinde, akdin taraflarından birini üçüncü bir şahsın aldatması durumunda, gabn-i fâhişe sebep olsa da aldatılan tarafın fesih hakkı olmadığını zikretmektedir.⁶³⁵ Zerkâ da Hanefilere göre neceşin akdi feshetme hakkı doğuran bir sebep olmadığını söyler.⁶³⁶ Kanaatimizce burada kastedilen, satıcının üçüncü şahsın aldatmasından haberi olmadığı durumlardır. Çünkü Hanefilerin, taraflardan birinin diğerini sözlü olarak aldatması gabn-i fâhişe yol açtığına aldanan tarafın muhayyer olacağına dair görüşü, neceşte de aynı durumda bu muhayyerliğin sabit olmasını gerektirmektedir. Zira neceş de sözlü aldatmanın bir türü olup, bir tarafın diğerini doğrudan aldatmasıyla üçüncü bir şahsı aracı kılarak aldatması arasında netice bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Bu aktarılanlara göre İslam hukukunda çoğunlukla kabul edilen görüş; üçüncü şahısların aldatması sonucu yapılan akitlerde, hile taraflardan birinin onayıyla yapılıyorsa aldatılan tarafın akdi feshetme hakkının olacağı, aksi takdirde ise böyle bir hakkının bulunmayacağı yönündedir. Bu konuda Türk Borçlar Kanununda yer alan hüküm de İslam hukukundaki genel yaklaşımla örtüşmektedir. Zira bu kanunun 36/II. maddesinde bu hususta: “Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, sözleşmeyle bağlı değildir” denilmektedir.⁶³⁷ Akdin her iki tarafının da hakkının gözetilmesi itibariyle bu görüşün, meselede daha

⁶³³ İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 160; Buhûtî, **Şerhu Münteha’l-İrâdât**, C: II, s. 41; **Keşşâfu’l-Kinâ’**, C: III, s. 211-212.

⁶³⁴ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 107; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 206; İbnü’l-Hümâm, **Fethu’l-Kadîr**, C: VI, s. 476.

⁶³⁵ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 370.

⁶³⁶ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 462.

⁶³⁷ **TBK**, md. 36/II.

hakkaniyetli bir çözüm ortaya koyduğunu düşünüyoruz. Zira müşterinin satıcının haberi olmaksızın üçüncü bir şahıs tarafından aldatılması, kendi tedbirsizliğinin sonucu olup satıcının bunda bir vebali bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu durumda müşteriye fesih hakkı verilmesi, satıcının sorumlusu olmadığı bir olay sebebiyle mağdur olmasına yol açar.

Neceşle ilgili şunu da söylemeliyiz: Bu eylemin şer'an yasaklanmış olması, müşterinin malı kıymeti mukabili ya da daha yüksek bir fiyat karşılığı almak istediğinde söz konusu olur. Ancak müşteri malı kıymetinden daha düşük bir fiyata almak ister de üçüncü şahıs bu fiyatı malın kıymetine kadar artırırsa, bu fiil yasak kapsamında değerlendirilmez. Çünkü bununla müşteriye bir zarar verilmiş olunmadığı gibi satıcıya haklı bir yarar sağlanmaktadır.⁶³⁸ Bu durumda müşterinin fesih hakkı olmayacağı da açıktır. Buna göre neces sebebiyle akdi feshetme hakkı ancak bu hilenin gabne sebep olması halinde sabit olmaktadır.

Neceşin İslam hukuku kaynaklarında zikredilen tariflerinde hep müşterinin aldatılması üzerinde durulmaktadır. Bunu bu hilenin genellikle müşteriye kızıştırmak suretiyle yapılmakta olmasına bağlayabiliriz. Ancak bu durumun aksine neceste aldatılan tarafın satıcı olması da mümkündür. Mesela açık artırma usulüyle yapılan bir satışta müşterinin malı ucuz fiyata alabilmek için müzayededen çekilmeleri hususunda rakipleriyle anlaşması da neces kavramı kapsamında değerlendirilebilir.⁶³⁹ Nitekim Mâlikî hukukçu Haraşî (v. 1101/1690) necesten söz ederken bu meseleye değinmiş, açık artırma yoluyla yapılan bir satım akdinde bulunan müşteri malı ucuza alabilmek için müzayedeye katılan diğer şahıslarla fiyat artırmamaları konusunda anlaşır ve bu ikrar ya da beyyine ile sabit olursa, satıcının müzâyede satışını feshedebileceğini belirtmiştir.⁶⁴⁰ Günümüzde de açık artırma yoluyla gerçekleştirilen mal satışı ihalelerinde bu tür hileler görülebilmekte, bunlar Türk Ceza Kanununa göre ihaleye fesat karıştırma kapsamında değerlendirilmektedir.⁶⁴¹ Yukarıda

⁶³⁸ Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 206; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 107.

⁶³⁹ Bkz. Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 461-463; Cengiz Kallek, "Müzayedede", **DİA**, 2006, C: XXXII, s. 236-238.

⁶⁴⁰ Haraşî, **a.g.e.**, C: V, s. 83.

⁶⁴¹ İlgili kanunun 235. maddesinin 2. fıkrasında ihaleye fesat karıştırma sayılan durumlar maddeler halinde zikredilmekte, bunlar arasında: "İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını

zikredilenler ışığında, İslam Hukukuna göre ihalelerde görülen bu türden hilelerin ihale sahibi satıcı için fesih hakkı doğuracağını söyleyebiliriz.

2.4.1.1.4. Tedlîs

Tedlîs tabiri sözlükte, setretme ve karanlık anlamlarına gelen "الدلس" kökünden gelmekte olup, bir kimseyi aldatmak, ondan bir şeyler gizlemek manasında kullanılan bir masdardır. Bu tabir bir anlamda, mahiyeti tam olarak anlaşılmasın diye bir şeyi birine karanlıkta getirip vermeyi ifade etmektedir.⁶⁴² Kelime bu luğavî anlamlarından yola çıkılarak bazı şer'î ilimlerde farklı ıstılahî anlamlarda kullanılmıştır. Mesela bir hadis ıstılahı olarak tedlîs; râvînin, muasırı olan hocasından, ondan doğrudan işitmediği bir hadisi aradaki şahsı atlayarak sanki ondan duymuş gibi nakletmesi ya da rivayette bulunduğu hocasını tanınmayacağı vasıflarla niteleyerek onun başka bir kişi olduğu izlenimini vermesidir.⁶⁴³ Bununla râvî, senette yer alan, güvenilirliği hususunda şaibe uyandırabilecek kişiyi belli etmemeye çalışmakta, böylece rivayetteki kusuru gizlemektedir. Fıkhî bir terim olarak ise tedlîs akitlerde görülen bir hile türü olarak, taraflardan birinin malda ya da semende bulunan bir kusuru bilerek diğer taraftan gizlemesi şeklinde tanımlanır.⁶⁴⁴ Tedlîste diğer hile çeşitlerindeki gibi muhatabı yanıltmaya yönelik bir söz ya da eylem bulunmamakta, ancak akitte belirtilmesi gereken bir hususun kasten belirtilmeyip sükût edilmesi suretiyle pasif bir hile söz konusudur.

İslam hukukunda malın kusuru beyan edilmeden satılması yasaklanmış, bu konuda Hz. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları” maddesi de yer almaktadır. Bkz. **TCK**. md. 235/II.

⁶⁴² Cevherî, **a.g.e.**, C: III, s. 930; İbn-i Fâris, **a.g.e.**, C: II, s. 296; İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: VI, s. 86; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 546; Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: XVI, s. 84.

⁶⁴³ Ebû Zekerîya Yahya b. Şeref en-Nevevî, **et-Takrîb ve't-Teysîr**, thk. Muhammed Osman el-Huş, Beyrut, Dâru'l-kitâbi'l-arabî, 1405/1985, s. 39.

⁶⁴⁴ Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 126; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 132; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 556; Bünyamin Erul, “Tedlîs”, **DİA**, 2011, C: XL, s. 262-264; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 466; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3071.

"...ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له"

"...Bir müslümanın kusurlu bir malı (din) kardeşine, kusurunu beyan etmeden satması helal değildir."⁶⁴⁵

Bundan dolayı İslam hukukçuları, "gıış" diye de tabir edilen tedlîsin caiz olmadığına görüş birliğine varmışlardır.⁶⁴⁶

Şunu açıkça ifade edebiliriz ki, aktif hilede olduğu gibi tedlîs eyleminde görülen pasif hilede de mağdur tarafın akdi bozma hakkına sahip olacağı hususunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği bulunmaktadır. Zira bu konuda İslam hukuk mezheplerinin kaynakları incelendiğinde, tedlîs meselesine genellikle "ayıp muhayyerliği" bahsinde temas edildiği görülmektedir.⁶⁴⁷ Dolayısıyla İslam hukukçularının tedlîs sebebiyle akdi feshetme hakkını, hıyârü'l-ayb kapsamında değerlendirip kabul ettiklerini söyleyebiliriz. Ancak burada malın iadesini caiz kılacak derecede kusur/ayb sayılmayan bazı özelliklerin gizlenmesinin de fesih hakkı doğuracak bir hile sayılıp sayılmayacağı meselesi gündeme gelmektedir.

İslam hukukçularının konuyla ilgili ifadelerinden bu hususta farklı yaklaşımların bulunduğu anlaşılmaktadır. Mesela İbn Âbidîn tedlîs olarak nitelenebilecek gizlemenin çerçevesini şöyle çizmektedir:

"Akitte haram kılınan gizlemenin tespitinde temel kural şudur: Maldaki gizlenen vasfın, noksanlık sayılan ve müşterinin bilmesi durumunda akde yanaşmayacağı bir vasıf olup olmadığına bakılır. Eğer bu şekildeki bir vasıf gizlenmişse, bu haram kılınan gizlemedir. Bu şekilde olmayan bir vasfın gizlenmesi ise haram kılınan gizleme (**gıış/tedlîs**) kapsamında değildir."⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ İbn Mâce, "Ticârât", 45.

⁶⁴⁶ Dört fıkıh mezhebinin konuyla ilgili görüşleri için bkz. Zeylaî, **Tebyîn**, C: IV, s. 31; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 38; Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 49; Kelbî, **el-Kavânînu'l-Fıkhiyye**, s. 174; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Mukni**, s. 161.

⁶⁴⁷ Bkz. Sirâceddîn İbn Nüceym, **en-Nehru'l-Fâik**, C: III, s. 389; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, C: V, s. 47; Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 49; İbn Kudâme, **el-Muğni**, C: IV, s. 109; Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kinâ**, C: III, s. 218.

⁶⁴⁸ İbn Âbidîn Muhammed Emîn b. Ömer, **Hâşiyetü Minhâti'l-Hâlık**, 8 c., (el-Bahru'r-Râik ile birlikte), 2. bs., y.y., Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, t.y., C: VI, s. 38.

Bu yaklaşıma göre malda bulunan, kusur sayılmayan ve ayıp muhayyerliğine sebep olmayan niteliklerin gizlenmesi, fesih hakkı doğuracak tedlîs kapsamında görülmemektedir. İbn Cüzey ise bu hususta şunları söylemektedir:

“Caiz olmayan aldatmanın bir türü de; satıcının, malındaki, kusur sayılmasa da müşterinin hoşlanmayacağı ya da ona olan rağbetini azaltacak bir özelliği gizlemesidir. Eğer bunu yaparsa, müşteri malı belirlenen semenin tamamı karşılığında yanında tutmakla onu iade etmek arasında muhayyerdir.”⁶⁴⁹

Bu görüşte ise, tedlîsten kaynaklanan muhayyerliğin alanının daha da genişletildiği, maldaki kusurların gizlenmesiyle sınırlı tutulmadığı görülmektedir. Esasında her iki yaklaşımın da çıkış noktası bizce, akitte müşterinin irade ve rızasına etki edebilecek bir hususun satıcı tarafından kasten gizlenmiş olmasıdır.

Son dönem İslam hukukçularından Abdürrezzâk Senhûrî, akitlerde vuku bulan gizlemenin hile sayılabilmesi için dört şartın tahakkuk etmesi gerektiğini ifade etmiş, böylelikle konunun çerçevesini daha net bir şekilde ortaya koymuştur. Bu dört şart şunlardır:

1) Maldaki gizlenen hususun, bundan haberi olmayan âkidin iradesini esaslı bir şekilde etkileyecek derecede önemli olması,

2) Diğer âkidin bu husustan haberinin olması ve bunun karşı taraf için önemini bilmesi,

3) Sözü geçen hususu beyan etmeyen âkidin bunu kasıtlı olarak gizleme amacıyla yapması,

4) Karşı tarafın bu gizlenen hususa dair başka bir yoldan bilgisinin olmaması.⁶⁵⁰

Tedlîsin sıkça görüldüğü bir akit örneği olarak günümüzdeki sigorta akdini burada zikredebiliriz. Bu akitte sigortalı belirli aralıklarla belli bir prim ödemeyi, sigortacı ise buna mukabil sigortalının parayla ölçülebilir bir menfaatinin zarar

⁶⁴⁹ Kelbî, **a.g.e.**, s. 174.

⁶⁵⁰ Senhûrî, **Nazariyyetü'l-Akd**, s. 397.

görmesi halinde bu zararı karşılamayı taahhüt etmektedir.⁶⁵¹ Bu sözleşmede sigorta şirketleri sigorta konusu menfaatin durumunu ve niteliklerini tespit edip, buna göre sözleşmeyi yapıp yapmamaya karar vermek ve sözleşmeyi yapacaksa ödenecek prim miktarını belirlemek için sigortalıya bazı sorular sormaktadırlar. Bu durumda sigortalının beyan yükümlülüğü olup, onun gerçeğe aykırı bir beyanda bulunması ya da beyan etmesi gereken herhangi bir hususu gizlemesi karşı tarafı aldatma olarak değerlendirilir.⁶⁵² Zira sigortacının beyan edilmesini istediği hususlar, onun sözleşmeyi yapmaya yönelik rıza ve iradesini doğrudan etkilemekte olup, bu hususlardan birinin gizlenmesi rıza ve iradeyi sakatlayacaktır. Dolayısıyla İslam hukuku açısından böyle bir durumda rızası sakatlanan sigortacı akdi feshetme hakkına sahip olacaktır. Türk Ticaret Kanununda da bu durum sözleşmeden cayma sebebi olarak görülmüş ve kanunun ilgili maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

“Sigortacı için önemli olan bir husus bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olduğu takdirde, sigortacı 1440. maddede belirtilen süre içinde sözleşmeden cayabilir...”⁶⁵³

Yukarıda da geçtiği üzere üzere tedlîs muhayyerliği ile ayıp muhayyerliği birbiriyle yakından bağlantılıdır. Zira tedlîs maldaki kusurun gizlenmesi şeklinde olduğunda iki muhayyerlik bütünleşmiş olmaktadır. Ancak bazen bu iki muhayyerlik arasında sonuç itibarıyla bazı farklılıklar söz konusu olabilmektedir. Mesela “malın kendisinde bulunan her türlü kusurun sorumluluğundan beri olma şartıyla satılması” meselesinde bu farklılık görülmektedir. Çünkü böyle bir satışta satıcının malında kusur bulunduğu dair bir bilgisi olmayıp bu şartı sadece ihtiyat için ileri sürmesi durumunda, müşterinin ayıp muhayyerliği bulunmamaktadır. Ancak satıcı kusuru bildiği halde böyle bir şartla malının kusurunu gizlemeyi amaçlamışsa müşterinin muhayyerlik hakkı sabit olur. Çünkü bu durumda satıcı kötü niyetli olup, şartı ileri sürmesinin amacı ihtiyat değil hiledir. Dolayısıyla bu şarttan istifade etmesine izin verilmez.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ Nihat Dalgın, “Sigorta”, **DİA**, 2009, C: XXXVII, s. 159-164; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 508. Ayr. bkz. **Türk Ticaret Kanunu**, md. 1263.

⁶⁵² Senhûrî, **a.g.e.**, s. 396.

⁶⁵³ **TTK**, md. 1439.

⁶⁵⁴ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 467.

2.4.3. Gabn

2.4.3.1. Tarifi ve Kısımları

Gabn kavramı, sözlükte; unutmak, yanılmak, gaflete düşürmek, aldatmak, eksiltmek gibi anlamlara gelmektedir.⁶⁵⁵ Bir fıkıh terimi olarak ise bu kavramın çeşitli tarifleri yapılmıştır. Mesela Ali Hafif (v. 1978) gabni: “İvazlı akitlerde bedellerden birinin kıymet olarak diğerine denk olmaması” şeklinde tarif etmiştir.⁶⁵⁶ Ebû Zehre ise bu kavramı: “İki bedelden birinin mukabilinde, piyasada ona müsavi olmayan değerde bir bedelin bulunması” diye tanımlamıştır.⁶⁵⁷ Aynı şekilde gabnin: “Akitte kişinin aldığı ile verdiği arasındaki dengeyi bozacak şekilde, bir tarafın maslahatının diğer tarafının üzerine çıkması”⁶⁵⁸ ya da “Akitte karşılıklı vecibeler arasında önemli bir dengesizliğin bulunması”⁶⁵⁹ gibi tarifleri de yapılmıştır.

Bu tariflerden anlaşıldığı gibi gabn ancak her iki tarafın bedel ödediği ya da bir başka tabirle taraflardan her birine vecibeler yükleyen akitlerde söz konusu olur. Bu akitlerde bedeller arasındaki denge hangi taraf aleyhine bozulursa, o taraf gabne maruz kalmış (**mağbûn**) olur. Mesela bir satım akdinde malın piyasa değerinden daha düşük fiyata satılması halinde satıcı, daha yükseğe satılmış olması durumunda ise müşteri aleyhine gabinden söz edilir.

Hemen belirtelim ki, akitlerde bedeller arasında dengesizlik bulunduğunu söyleyebilmek için bu bedellerin kıymetlerinin tespitine ihtiyaç vardır. Söz gelimi bir satım akdinde gabnin bulunduğu hükmedilebilmesi için öncelikle satılan malın piyasa değerinin belirlenmesi, daha sonra mala bu değer üstünde ya da altında fiyat ödendiğinin tespit edilmesi gerekir. Ancak açıktır ki, -narh koyma durumu yoksa- her malın piyasada sabit bir değeri olmayıp, fiyatlar aynı pazarda satıcıdan satıcıya değişkenlik gösterebilmektedir. Bu durumda bir mala ödenen bedelin, bir satıcının biçtiği fiyata göre gabnin sayılırken başka bir satıcının koyduğu fiyata göre gabnin

⁶⁵⁵ Cevherî, **es-Sihâh**, C: VI, s. 2172; Feyyûmî, **el-Misbâh**, C: II, s. 442; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 1219.

⁶⁵⁶ Hafif, **a.g.e.**, s. 327. Ayr. bkz. Zeydân, **a.g.e.**, s. 337; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3072.

⁶⁵⁷ Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 418.

⁶⁵⁸ Muhammed Bahrülulûm, **Uyûbu'l-irâde fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye**, Beyrut, Dâru'z-Zehrâ, 1404/1984, s. 490; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 462 (Dipnot).

⁶⁵⁹ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 151.

kapsamına girmemesi mümkündür. Ayrıca akitlerde mal ve hizmetlerin karşılığının belirlenmesinde; tarafların kişisel şart ve tercihleri, akdin yapıldığı ortam, arz-talep dengesi gibi pek çok unsurun etkisi bulunur.⁶⁶⁰ Bu sebeple bir akde konu olan mal ya da hizmetin kıymetinin tespitinde, bu tespiti yapacak kimseler arasında tam bir mutabakatın olması da mümkün değildir. Dolayısıyla akitte ödenen bir bedelin, bedeller arasındaki tevazünü bozması ve gabne sebep olması, tespitinde her zaman ittifak bulunabilecek bir durum değildir. Bundan dolayı İslam hukukçuları gabni, normal görülecek veya aşırı sayılacak miktarda olmasına göre gabn-i yesîr ve gabn-i fâhiş diye iki kısma ayırıp değerlendirmişlerdir.

Gabnin kısımları hakkında öncelikle şunu söylemeliyiz: Gabn-i yesîr ve gabn-i fâhişle ilgili olarak İslam hukukçuları farklı ölçülerden bahsetmişlerdir. Mesela İmam Muhammed az sayılan gabni, genellikle benzeri vuku bulabilen gabin olarak tanımlamış ve bunu da malın kıymetinin yirmide biriyle sınırlandırmıştır. Bu yaklaşıma göre bir malın ortalama piyasa değerinin 1/20'sinden fazla bir oranda yüksek ya da düşük fiyata satılması gabn-i fâhiş sayılırken, fiyatta bu veya daha düşük bir oranda görülen artış ve eksilmeler ise gabn-i yesîr olarak değerlendirilir.⁶⁶¹ Cessâs (v. 370/981) ise bunun bütün mallarda esas alınabilecek bir ölçü olamayacağını, malın türüne göre bu oranın artıp eksilebileceğini söylemiştir. Nusayr b. Yahya el-Belhî (v. 268/881) de bu düşünceyle malın cinsine göre farklı oranlardan bahsetmiş; gabn-i yesîrin üst sınırını menkul eşyada 1/20, hayvanda 1/10, gayrimenkulde ise 1/5 olarak belirlemiştir.⁶⁶² Mecelle'de de bu görüş benimsenmiş ancak gabn-i yesîrin üst sınırı olarak belirtilen oranlar da gabn-i fâhişe dâhil edilmiştir.⁶⁶³ Mâlikî hukukçulardan bazıları da fâhiş gabni 1/3 ve üzeri orandaki artış ve eksilmeler olarak tespit etmişlerdir.⁶⁶⁴ Bazı fakihler ise rızayı sakatlayacak ölçüde

⁶⁶⁰ Ali Bardakoğlu, "Gabn", **DİA**, 1996, C: XIII, s. 268-273.

⁶⁶¹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 30; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 406; Zeydân, **a.g.e.**, s. 338; Bardakoğlu, "Gabn", C: XIII, s. 268-273.

⁶⁶² Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 406; Zeydân, **a.g.e.**, s. 338; Bardakoğlu, "Gabn", C: XIII, s. 268-273.

⁶⁶³ Bkz. **Mecelle**, md. 165.

⁶⁶⁴ Meyyâre Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Fâsî, **el-İtkân ve'l-ihkâm fî şerhi Tuhfeti'l-hükkâm**, 2 c., y.y., Dâru'l-ma'rife, t.y., C: II, s. 38; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 140.

olan gabni, “âdetin dışına çıkan gabin” şeklinde tabir ederek, gabnin çok ya da az olduğunun belirlenmesinde örfün hakem kılınması gerektiğine işaret etmişlerdir.⁶⁶⁵

Esasen akde konu olan malların fiyatları yer, zaman ve şartlara göre farklılık arz edebileceğinden, gabnin yesîr ya da fâhiş oluşunun tespiti kapsamında yukarıda zikredilen bazı oranlar da, bizce sürekli ve değişmez ölçüler olarak değil, örf ve âdete göre o gün için yapılmış belirlemeler şeklinde anlaşılmalıdır.⁶⁶⁶ Bunun içindir ki gabnin bu iki kısmının tahdidi hususunda İslam hukukçularınca en makbul görülen ölçü şu olmuştur: Bilirkişilerin akde konu olan mal için takdir ettiği fiyat/ücret aralığına dâhil olan bedeller gabn-i yesîr, bu aralığın altında ya da üstünde kalan bedeller ise gabn-i fâhiş kapsamında değerlendirilir.⁶⁶⁷ Zira akitte mala biçilen fiyatın piyasa erbabınca takdir edilen muhtelif miktarlar dâhilinde kalması halinde gabnin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair kesinlik bulunmamaktadır. Çünkü bu durumda gabnin sübutu bilirkişiler arasında ittifakla sabit değildir. Bu sebeple böyle bir gabin gabn-i yesîr olarak görülmüştür. Fiyatın bu miktarların üzerinde ya da altında olması durumunda ise gabnin tahakkuku ittifakla sabit olduğu için kesinlik kazanmaktadır. Bunun için böyle bir gabin de gabn-i fâhiş olarak nitelendirilmiştir.⁶⁶⁸ Örnek vermek gerekirse; muhiti, özellikleri vb. etkenler dikkate alındığında benzerleri piyasada 300-350 bin TL fiyat aralığında satıldığı tespit edilen bir dairenin 400 bin ve üzeri ya da 250 bin ve aşağı fiyata satılması gabn-i fâhiş içeren bir satımdır. Aynı dairenin anılan fiyat aralığını aşmamakla birlikte bu aralığın üst sınırında satılması ise gabn-i yesîrin bir örneğidir.

Bilinemlidir ki, gabnin az ya da çok şeklindeki ikili ayırımı yalnızca piyasada değişken fiyata sahip ürünlerin konu edildiği akitlerde söz konusu olabilir. Sabit fiyat ya da ücrete sahip eşya veya menfaat ve hizmetlerde ise böyle bir ayırımın olamayacağı açıktır. Buna göre söz gelimi narh koyma durumunda ya da her yerde aynı fiyata satılan belli bir markanın ürünlerinde veya fiyatı yahut ücreti ilgili

⁶⁶⁵ Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 140; Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kınâ**, C: III, s. 211; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: IV, s. 78.

⁶⁶⁶ Bardakoğlu, “Gabn”, C: XIII, s. 268-273.

⁶⁶⁷ Serahsî, **el-Mebsût**, C: VII, s. 112; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 30; Zeylaî, **Tebyîn**, C: IV, s. 271; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 126; Yusuf Musa, **el-Emvâl**, s. 405; Hafif, **a.g.e.**, s. 327; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3072; Kadri Paşa, **a.g.e.**, s. 70, md. 438.

⁶⁶⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 30; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 419.

mercilerce belirlenen mal ve hizmetlerde, akdin sabit fiyat ya da ücret tarifesinin az-çok üstünde veya altında bedellerle yapılması, rızayı kusurlu kılan gabne dâhil sayılmalıdır. Çünkü bu durumda fiyatlar sabit olduğundan, akitte az da olsa bu fiyatların dışına çıkılması halinde gabnin sübutu kesinleşmiş olmakta, gabnin tahakkuku hususunda bilirkişiler arasında ihtilafa mahal bulunmamaktadır.

2.4.3.2. Gabnin Akitlere Etkisi ve Akdin Gabin Sebebiyle

Feshi

İslam hukukçuları tarafların bilerek ve farkında olarak gabn içeren bir akit yapmaları halinde, bu gabnin -fâhiş de olsa- akde bir etkisinin olmayacağı ve bu gabnin sebebiyle akdin feshedilemeyeceği hususunda ittifak halindedirler.⁶⁶⁹ Zira İslam hukukuna göre kişi hile ve aldatma olmadıktan sonra istediği fiyata malını satmakta ya da almakta serbesttir.⁶⁷⁰ Ayrıca mevzu bahis durumda taraflardan birinin rızasının sakatlanması söz konusu olmadığından akdin bağlayıcılığına engel bir durum yoktur. Ancak tarafların bilerek kendi rızalarıyla yapmaları haricinde gabnin içeren akitlerin mağbûn taraf için fesih hakkı doğurup doğurmayacağı konusunda İslam hukukçuları arasında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

⁶⁶⁹ Muhyiddin Ali Karadâğî, **Mebdeü'r-rızâ fi'l-ukûd**, y.y., t.y., C: II, s. 748; Bardakoğlu, "Gabn", C: XIII, s. 268-273. Nitekim gabnin sebebiyle akdin feshine cevaz veren fakihler, bunun için gabne uğrayan tarafın malın kıymeti hakkında bilgisinin olmamasını şart koşmaktadırlar. Bkz. Mevvâk, **a.g.e.**, C: VI, s. 399; Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kimâ**, C: III, s. 212; Şevkânî, **a.g.e.**, C: V, s. 218; Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 493.

⁶⁷⁰ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 469-470; Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 499-500. İslam ekonomisinde piyasa fiyatlarının devletin müdahalesi olmadan serbest rekabet sonucu oluşması benimsenmiştir. (Bkz. Selim A. es-Sıddıkî, **İslam Devletinde Mali Yapı**, trc. Rasim Özdenören, Fatih/İstanbul, Fikir Yayınları, s. 104; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 2695). Nitekim Medine'de pahalılık olunca, Hz. Peygamber (s.a.v.)'den fiyatlara narh koyması istenmiş, bunun üzerine o şöyle buyurmuştur: "إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق وإني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال" *"Şüphesiz ki, malların fiyatlarını tayin eden, darlığı da bolluğu da veren, kullarını rızıklandıran Allah'tır. Ben sizden birisinin, canına ve malına yapmış olduğum bir haksızlık yüzünden benden hakkını ister olduğu halde Rabbime kavuşmak istemem."* (Tirmizî, "Buyû", 73; Ebû Dâvud, "Buyû", 51; İbn Mâce, "Ticârât", 27). İslam hukukçuları bu hadisten yola çıkarak devletin fiyatlara narh koymasının esas itibarıyla caiz olmadığını ifade etmişlerdir. Çünkü devlet idaresi toplumun maslahatına göre hareket etmekle yükümlü olup, müşteri ve bayiden birini diğerine karşı kayırması adaletle bağdaşmaz. Zira ikisinden birinin lehine fiyat belirlenmesi diğerinin haksızlığa maruz kalmasına sebep olabilir. (Ebû Abdırrahmân Muhammed Eşref b. Emîr el-Azîmâbâdî, **Avnu'l-Ma'bûd Şerhu Süneni Ebî Dâvud**, 14 c., 2. bs., Beyrut, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1415 h., C: IX, s. 230; Mübârekfûrî, **Tuhfetü'l-Ahvezî**, C: IV, s. 452).

Şunu hemen belirtelim ki, akdi etkilemesi bakımından gabnin yesîr mi yoksa fâhiş mi olduğu önem arz etmekte olup, İslam hukukunda gabn-i yesîr genellikle müsamahayla karşılanmaktadır.⁶⁷¹ Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisi bu müsamahaya teşvik etmektedir:

"رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى"

*"Satarken, satın alırken ve alacağını isterken hoşgörülü olan kimseye Allah rahmet etsin"*⁶⁷²

Ayrıca bu gabnin türü çok sık vuku bulduğundan bundan kaçınmak mümkün değildir. Bu sebeple gabn-i yesîrin akit ve hukuki muamelelere bir tesirinin olmayacağı ve fesih hakkı doğurmayacağı ittifakla kabul edilmiştir.⁶⁷³ Ancak bunun bazı istisnaları bulunmaktadır ki, ileride bundan bahsedeceğiz. Gabn-i fâhişin akitlere etkisi ise İslam hukukçularınca çeşitli açılardan ele alınmış ve tartışılmıştır. Hile ve aldatma sonucu gerçekleşen gabn-i fâhişin akdin lüzûmuna engel teşkil ettiği ve aldatılan taraf için fesih hakkı doğurduğu hususunda İslam hukukçuları arasında bir ihtilaf bulunmamaktadır.⁶⁷⁴ Burada ele alınacak olan husus ise hileden kaynaklanmayan gabn-i fâhişin akde tesir edip etmeyeceği meselesidir.

Hanefî mezhebi kaynaklarında, mezhepte tercih edilen görüşe göre aldatmadan kaynaklanmayan gabinden dolayı akdin feshedilemeyeceği ifade edilmektedir.⁶⁷⁵ Yalnız vakıf, hazine ve yetim malları bundan müstesna tutulmakta, bu malların konu edildiği sözleşmelerde meydana gelen fâhiş gabin mutlak olarak fesih sebebi sayılmaktadır.⁶⁷⁶ Bu üç grup için getirilen istisna Mecelle'de de yer almaktadır.⁶⁷⁷ Bunun dışında da Hanefî fikhî kaynaklarında, kişinin içinde bulunduğu

⁶⁷¹ Tecikânî, **Nazariyyetü'l-Akd**, s. 86; Zeydân, **a.g.e.**, s. 339.

⁶⁷² Buhârî, "Buyû", 16; İbn Mâce, "Ticârât", 28.

⁶⁷³ Yusuf Musa, **a.g.e.**, s. 409; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 419; Zeydân, **a.g.e.**, s. 339.

⁶⁷⁴ Bkz. s. 137-139.

⁶⁷⁵ Zeylaî, **Tebyîn**, C: IV, s. 79; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 126; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 367; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3073.

⁶⁷⁶ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 470.

⁶⁷⁷ Bkz. **Mecelle**, md. 356. Maddenin metni şöyledir: "Bey'de, bilâ-tağrîr gabn-i fâhiş bulunsa, mağbûn olan kimse, bey'i fes edemez. Fakat mal-i yetimi, bilâ-tağrîr olsa dahi gabn-i fâhiş ile bey' sahih olmaz. Mal-i vakf ve beytül-mal dahi mal-i yetim hükmündedir." Bu istisna, umumi olarak toplumun, özel olarak da muhtaç kesimlerin maslahatının korunmasına İslam hukukunda ne derecede önem verildiğini göstermektedir.

menfi şartların istismar edilmesi kabilinden olan bazı durumlarda hile bulunmasa da gabin sebebiyle akdin feshine cevaz verilmesinin örneklerine rastlanmaktadır. Mesela İbn Âbidîn malî sıkıntı halindeki kimseye ihtiyaç duyduğu gıda, giysi vb. bir ürünün kıymetinin çok üstünde bir fiyata satılması ya da bu durumdaki birinin malını değerinin çok altında bir fiyata satmaya mecbur bırakılması gibi durumlarda akdin fâsid olup feshedilebileceğini ifade eder.⁶⁷⁸ Yine yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sefihlik gibi sebeplerle mahcur bulunan, eda ehliyeti olmayan veya nakıs olan kimselerin malları üzerinde yapılan akitlerde de, gabn-i fâhişin akdi batıl kılacağı veya fâsid kılıp feshe elverişli hale getireceği Hanefî hukukçular tarafından ifade edilmiştir.⁶⁷⁹

Şâfi'î mezhebinde de hileden kaynaklanmayan gabin esas itibariyle fesih sebebi olarak görülmemiştir. Nitekim mezhebe ait fikhî kaynaklarda; camdan yapılmış bir eşyayı mücevher zannedip yüksek fiyata satın alan kimsenin, uğradığı gabin fâhiş de olsa fesih hakkına sahip olmayacağı ifade edilmektedir.⁶⁸⁰ Çünkü bu durumda müşterinin maruz kaldığı gabin satıcının veya bir başkasının hilesinden kaynaklanmamaktadır. Ancak mezhebin bazı kaynaklarında “**telakki’r-rükbân**” meselesiyle ilgili olarak; pazara dışarıdan mal getiren kimselerin, kendilerini yolda karşılayan şahıs malın piyasa değeri hakkında yalan beyanda bulunmasa bile, malı bu şahsa satmaları halinde, daha sonra pazara gelip gabne uğradıklarını anladıklarında muhayyer olacakları ifade edilmektedir.⁶⁸¹ Bu durum Şâfi'î mezhebinde de, hile olmaksızın muhatabın bilgisizliğinin istismar edilmesi sonucu gerçekleşen gabni fesih sebebi olarak gören yaklaşımların bulunduğunu göstermektedir.

Hanbelî hukukçuların bu konudaki yaklaşımına gelince; onların kaynaklarında “gabin muhayyerliği” başlığı altında akdin fâhiş gabin sebebiyle genel olarak üç durumda feshedilebileceği anlatılmaktadır. Bu durumlar, “**telakki’r-**

⁶⁷⁸ İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 59.

⁶⁷⁹ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 368-369; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3074; Zeydân, **a.g.e.**, s. 340.

⁶⁸⁰ Ebû Yahyâ Zekerîya b. Muhammed el-Ensârî, **el-Gururu'l-behiyye fi şerhi'l-Behceti'l-verdiyye**, 5 c., y.y., el-Matbaatü'l-meymeniyye, t.y., C: II, s. 455; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 455.

⁶⁸¹ Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 415.

rükbân”, “**neceş**” ve “**istirsâl**” şeklinde sıralanmaktadır.⁶⁸² Bunlardan ilk ikisini hile bahsinde açıklamış ve bunların sözlü aldatmanın birer türü olduklarını ifade etmiştik.⁶⁸³ İstirsâl ise sözlükte “güvenmek, gönlün yatışması”⁶⁸⁴ anlamlarında olup fıkihta, “satıcı ya da müşteriden birinin malın piyasa değerini bilmeyip bu konuda diğer tarafa güvenmesi ve pazarlık yapmadan fiyatı belirlemeyi ona bırakması” manasında kullanılan bir terimdir.⁶⁸⁵ Bunu yapan kişiye müstersil denilmektedir. Bu tür satışlar, taraflar arasında güven esasına kurulan satışlar olup böyle bir akitte söz gelimi satıcının kendisine güvenen müşteriye malını fahiş gabinle satması, Hanbelî hukukçularca fesih sebebi sayılmıştır. Burada müşteri hileye maruz kalmamış olsa da, güveninin kötüye kullanılması ve bilgisizliğinden yararlanılması suretiyle istismara uğratıldığından kendisine fesih hakkı verilmiştir.

Mâlikîlerde de mezhepte ittifakla kabul edilen görüş, hile durumu dışında müstersilin yaptığı akitlerin de gabin sebebiyle feshedilebileceği yönündedir. Ancak Mâlikîler Hanbelîlerden farklı olarak müstersili, malın piyasa değerini bilmeyip aynı zamanda bu durumu karşı tarafa bildiren kimse anlamında kullanmaktadırlar. Mesela müşteri satıcıya: “Ben bu malın piyasa değerini bilmiyorum, halka hangi fiyattan satılıyorsa bana da o fiyata sat” demesine rağmen satıcı malı ona piyasa değerinden daha yüksek fiyata satarsa, Mâlikî hukukçulara göre müşterinin gabin sebebiyle akdi bozma hakkı vardır. Piyasayı bilmediğini karşı tarafa haber vermeyen kimse ise müstersil sayılmamakta ve bu kimsenin gabin sebebiyle akdi feshedip edemeyeceği hakkında mezhepte ihtilaf bulunmaktadır.⁶⁸⁶

Yukarıda aktarılan yaklaşımlardan şu sonuç çıkmaktadır: Hanefî ve Şâfi’î mezheplerinde ilke olarak gabinin hile bulunmadıkça fesih hakkı doğurmayacağı benimsenmiş olmakla beraber, bu ilkenin bazı istisnaları bulunmaktadır. Hanbelî ve Mâlikî mezheplerinde ise istirsâl örneğinde görüldüğü gibi aldatma olmadığı halde

⁶⁸² Bkz. Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 497; Ebu’l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu’l-Kebîr**, C: XI, s. 335-342; Mansur b. Yunus el-Buhûtî, **er-Ravzu’l-murabba’ Şerhu Zâdi’l-müstakni**, y.y., Dâru’l-müeyyed/Müessesetü’r-risâle, t.y., s. 327; **Keşşâfu’l-Kinâ**, C: III, s. 211-212; Ebu’l-Hasen Ali b. Süleyman el-Merdâvî, **el-İnsâf fî ma’rifeti’r-râcihi mine’l-hılâf**, 12 c., 2. bs., y.y., Dâru İhyâi’t-türâsi’l-arabî, t.y., C: IV, s. 394-397;

⁶⁸³ Bkz. s. 138-139.

⁶⁸⁴ İbn Esîr, **en-Nihâye**, C: II, s. 223.

⁶⁸⁵ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 471; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3075; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 269.

⁶⁸⁶ Derdîr, **eş-Şerhu’s-sağîr**, C: III, s. 190.

gabnin fesih sebebi sayıldığı durumlar bulunmaktadır. Dolayısıyla İslam hukukunda hileden kaynaklanan gabnin dışında, bir kimseyi darda olması, bilgisizliği, tecrübesizliği gibi bir zayıflığından yararlanmak suretiyle fâhiş gabne uğratmak da akdi feshetme hakkı doğuran bir sebep olarak dikkate alınmaktadır.

Bunun dışında normal şartlarda yapılan akitlerde âkıl bâliğ olan kimsenin karşı tarafın hile ve istismarı bulunmaksızın gabne uğraması ise genellikle fesih sebebi görülmemektedir. Bu kanaatte karşı tarafı kandırmadıktan sonra herkesin toplumu zarara uğratmamak kaydıyla fazladan kazanma hakkının olduğu düşüncesinden hareket edilmektedir. Ayrıca hile ve istismar olmaksızın taraflardan birinin akitte gabne maruz kalmasında yüksek fiyat isteyen tarafın bir vebali bulunmamakta, bu durum gabne uğrayan kimsenin kendi kusuru olarak görülmektedir. Zira bu kişinin akdi yapmadan önce düşünerek ve erbabına sorarak gabinden korunması mümkündür.⁶⁸⁷

Türk borçlar hukukunda da akitlerde gabin tek başına fesih hakkı doğuran bir sebep olarak görülmemekte, bunun için özellikle istismar unsurunun bulunması şartı aranmaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanununun ilgili maddesinde bu husus şöyle hükme bağlanmaktadır:

“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.”⁶⁸⁸

Bu maddede hileden kaynaklanan gabne değinilmediği görülmektedir. Bunu hileli akitlerle ilgili hükümlerin kanunun başka bir maddesinde düzenlenmiş olmasına bağlayabiliriz. Nitekim söz konusu maddede gabne sebep olup olmaması ayırımı yapılmaksızın hilenin aldatılan taraf için fesih hakkı doğuracağı belirtilmektedir.⁶⁸⁹ Buna göre Türk borçlar hukukunun gabnin hangi durumlarda

⁶⁸⁷ Ensârî, **el-Gureru'l-behiyye**, C: II, s. 455; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3073; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 469.

⁶⁸⁸ **TBK**, md. 28/I.

⁶⁸⁹ **TBK**, md. 36/I, 36/II.

fesih hakkı doğuracağı hususundaki yaklaşımı İslam Hukukunun bu konudaki genel yaklaşımıyla uyumludur.

Öte yandan herhangi bir hile ve istismar durumu bulunmaksızın sadece fâhiş gabnin vuku bulmasını akdin feshedilebilmesi için yeterli bir sebep olarak gören İslam hukukçuları da bulunmaktadır. Mesela Hanefî hukukçu Hayreddin er-Remlî (v. 1081/1671) bu hususta şöyle söylemektedir:

“Herhangi bir kayıt olmaksızın gabin sebebiyle akdin feshine dair Hanefî ulemasından birçok kimse fetva vermiştir. Bu, insanlara daha çok kolaylık sağlayan bir fetvadır. Dolayısıyla bir hâkim de bu kanaatle hareket eder ve mücerret gabin sebebiyle akdin feshine hükmederse, kararı geçerlidir.”⁶⁹⁰

Mâlikî ve Hanbelî hukukçular arasında da bu düşüncede olanlar vardır.⁶⁹¹ Zâhirî hukukçular da gabne uğrayan kimsenin her halükarda fesih hakkına sahip olacağı görüşündedirler.⁶⁹² Ancak bu görüşteki hukukçular bu fesih hakkını, gabne uğrayan kimsenin akit sırasında malın kıymetini ve akitte gabnin vuku bulduğunu bilmiyor olması şartına bağlamışlardır.⁶⁹³

Fâhiş gabni mutlak olarak fesih sebebi sayan hukukçular İslam hukukunun iki temel prensibine dayanmaktadırlar. Bunlar, kitap ve sünnetle sabit olan, akitlerin karşılıklı rızaya dayanması ile zararın önlenmesi ilkeleridir.⁶⁹⁴ Buna göre gabne maruz kalan kimse bundan haberdar olması halinde akde razı olmayabilecektir. Bu durumda gabinden yararlanan taraf onun malının bir kısmını rızası olmadan haksız yere almış sayılır. Dolayısıyla bunu telafi etmek için rızası sakatlanan tarafa fesih hakkı verilmelidir. Ayrıca gabin mağbûn olan şahıs için ortadan kaldırılması gereken

⁶⁹⁰ İbn Âbidîn Muhammed Emin b. Ömer, **Mecmûatü resâili İbn Âbidîn**, Beyrut, Dâru İhyâi't-türâsi'l-arabî, t.y., C: II, s. 69; Karadâğî, **Mebdeü'r-rızâ**, C: II, s. 741.

⁶⁹¹ Bkz. Mevvâk, **a.g.e.**, C: VI, s. 399; Merdâvî, **a.g.e.**, C: IV, s. 397.

⁶⁹² İbn Hazm, **el-Muhallâ**, C: VII, s. 363.

⁶⁹³ Meyyâre, **a.g.e.**, C: II, s. 39; Merdâvî, **a.g.e.**, C: IV, s. 397; İbn Hazm, **a.g.e.**, C: VII, s. 363; Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 741.

⁶⁹⁴ Nitekim akitlerde rıza ilkesi "...تراض منكم..." "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم..." (Nisâ/29) ayeti ile "...لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه..." (Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, C: XXXIV, s. 299) hadisi gibi nasslara dayandırılmaktadır. Zararın giderilmesi ilkesinin dayanaklarından biri ise "لا ضرر ولا ضرار" (tahrîci için bkz. 247 numaralı dipnot) hadisidir.

bir zarar ve haksızlıktır. Bu zararın ortadan kaldırılması ise bu şahsa fesih hakkı vermekle olur.⁶⁹⁵

Gabni tek başına fesih sebebi saymayan çoğunluk ise yukarıda temas edildiği üzere, hile ve istismar gibi meşru olmayan bir unsur bulunmadıktan sonra kişinin malını istediği fiyattan satabilme özgürlüğünü ön plana çıkarmış, akdin bir tarafının gabne uğramasını onun kendi tedbirsizliği olarak görmüşlerdir. Ayrıca mücerred gabin sebebiyle fesih kapısının açılmasının ticari muamelelerde istikrarsızlığa yol açacağını ve çok sayıda akdin mahkemede dava konusu edilmesine sebep olacağını ifade etmiş, bunun da toplumun maslahatına uygun olmayacağını söylemişlerdir.⁶⁹⁶

Öte yandan çoğunlukça benimsenen mücerred gabinin fesih sebebi sayılmayacağına dair genel kuralın İslam hukukçuları tarafından bazı istisnalarla esnetildiği de görülmektedir. Özellikle eda ehliyetini etkileyen arızalara müptela olan kesimlerin hukukunun korunması amacıyla; bu kesimlerin mallarında hukuki temsilcileri tarafından yapılan akitlerin fâhiş gabin içermesi, herhangi bir hile ve istismar bulunmasa da fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Mesela Hanefî hukukçular, eksik ehliyetli çocuğun buluşa erdikten sonra, vasisinin onun adına yapmış olduğu satım akdinin fâhiş gabin içerdiği gerekçesiyle feshedilmesi yönünde açtığı davanın mahkemece kabul edileceğini ifade etmişlerdir.⁶⁹⁷ Ehliyeti etkileyen diğer durumlara sahip kimseler için de aynı hüküm geçerlidir. Çünkü bu kimseler adına tasarruf yapma yetkisine sahip olan veli, vasi gibi hukuki temsilciler, bu yetkilerini ancak söz konusu kesimlerin maslahatı çerçevesinde kullanma hakkına sahiptirler. Bu çerçeveyi aşır velisi oldukları kimseleri fâhiş gabne maruz bırakmaları halinde ise yaptıkları akitler hukuken geçersiz görülür veya fâsid sayılır ve feshe elverişli olur.⁶⁹⁸

Yine akde üçüncü şahısların haklarının taalluk ettiği bazı durumlarda İslam hukukçuları mücerred gabinin –fâhiş ya da yesîr olsun- fesih hakkı doğuracağını ifade etmektedirler. Örnek vermek gerekirse; bazı fikhî kaynaklarda bütün mal varlığını

⁶⁹⁵ Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 749; Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 495.

⁶⁹⁶ Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 499-500.

⁶⁹⁷ İbn Âbidîn, **Mecmûatü resâili İbn Âbidîn**, C: II, s. 67; Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 741.

⁶⁹⁸ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: II, s. 68; Haffî, **a.g.e.**, s. 330; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 420.

kuşatacak kadar borcunun bulunması sebebiyle hacr edilen kimsenin malını satarken az da olsa gabne uğraması halinde, müşteri farkı ödeyip gabni ortadan kaldırmazsa alacaklılarının akdi feshetme hakkına sahip olacağı zikredilmiştir.⁶⁹⁹ Yine bazı Hanefî fukahâ maraz-ı mevt⁷⁰⁰ halindeki borçlunun malını gabinle satması, emek-sermaye ortaklığında sermaye sahibinin gabinli satışı vb. durumlarda akdin sahih olmayacağını, dolayısıyla mağdur olan üçüncü şahsın akdi feshetme hakkına sahip olacağını ifade etmişlerdir.⁷⁰¹

Gabnin akde etkisi sadece satım akdine mahsus olmayıp bütün ivazlı akitlerde söz konusu olabilir. Nitekim Mecelle’de yetime ya da vakfa ait bir akarın rayiç değerinden daha düşük bir ücretle kiraya verilmesi durumunda icâre akdinin fâsid olacağı zikredilir.⁷⁰² Bu durumda konu mahkemeye intikal ederse, hâkim bilirkişilere sorup fâhiş gabin olduğunu tespit ettiğinde akdi fesheder.⁷⁰³ Yine Mecelle’de, ortak arazinin bölüştürülmesi üzerine yapılan sözleşmede (**kısmet/taksîm akdi**), hisselerin adil bölüştürülmeyip bazılarında fahiş gabin söz konusu olduğu gerekçe gösterilerek açılan fesih davasının mahkemece kabul edileceğinden bahsedilir.⁷⁰⁴

Gabinden doğan muhayyerliğin süresi de İslam hukukçularınca tartışılmıştır. Şâfi’ilerde daha çok bu hakkın gabnin farkına varılmasından sonra imkân bulunduğu fevrî olarak kullanılması, aksi takdirde muhayyerliğin düşeceği görüşü hâkimdir.⁷⁰⁵ Ancak İslam hukukçularının çoğunluğu gabin muhayyerliğinin terâhî⁷⁰⁶ üzere sabit olduğu kanaatindedir. Bu görüşe göre gabne uğrayan kişiden akde razı olduğuna delalet edecek bir tasarruf sadır olmamışsa feshin geciktirilmesi

⁶⁹⁹ Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 739; Yusuf Musa, **a.g.e.**, s. 409.

⁷⁰⁰ Maraz-ı mevt, ölümcül olan ve genellikle ölümlü hastalığı ifade eden bir fıkıh terimi olup ayrıntılı tanımı s. 198’de yer almaktadır.

⁷⁰¹ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VII, s. 169; İbn Âbidîn, **Reddü’l-Muhtâr**, C: V, s. 522; Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 739-740; Zeydân, **a.g.e.**, s. 339; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 419; Yusuf Musa, **a.g.e.**, s. 409.

⁷⁰² **Mecelle**, md. 441. Ayr. bkz. Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 480-481.

⁷⁰³ İbn Nüceym, **el-Eşbâh ve’n-Nezâir**, s. 228.

⁷⁰⁴ **Mecelle**, md. 1127. Ayr. bkz. Belhî vdğr., **el-Fetâvâ el-Hindiyye**, C: V, s. 226; Bardakoğlu, “Gabn”, C: XIII, s. 268-273.

⁷⁰⁵ Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 415.

⁷⁰⁶ Sözlükte “uzaklaşmak” anlamına gelen terâhî fikhî bir terim olarak “bir fiili yapılabileceği ilk vakitte yapmayı yapıma imkânının yitirilmesinden endişe edildiği vakte kadar geciktirmenin caiz olması” demektir. Bereketî, **a.g.e.**, s. 55.

muhayyerlik hakkını düşürmez.⁷⁰⁷ Ancak feshin geciktirilmesine cevaz verenler de bu muhayyerlik hakkı için bir sınır belirleme yoluna gitmişlerdir. Mâlikî hukukçular bunun azami süresini gabnin bilinmesinden itibaren bir sene olarak belirlemişlerdir.⁷⁰⁸ Bazı hukukçular ise bunu üç günle sınırlandırmışlardır.⁷⁰⁹

Gabin gerekçesiyle akdi feshetme hakkı akdin tarafları için sabit olan mücerred haklardandır. Bu sebeple mirasa konu olarak görülmemiştir.⁷¹⁰ Bu durumda gabne uğrayan kimsenin vefat etmesi halinde mirasçuları gabin sebebiyle fesih davası açamazlar. Ancak mağbûn ölmeden önce dava açar da henüz hüküm verilmeden ölürse bu hak mirasçılara geçer. Gabinden yararlanan tarafın ölmesi durumunda ise, mağbûn onun mirasçularına fesih davası açabilir.⁷¹¹

2.4.4. Galat/Hata-Yanılma

"غَلَطَ" fiilinin masdarı olan galat kelimesi sözlükte; doğru yönden şaşmak, isabet edememek manalarına gelmekte olup,⁷¹² son dönem İslam hukuku kaynaklarında akitlerde iradeyi/rızayı şaibeli kılan sebepler arasında zikredilen bir terim haline gelmiştir.⁷¹³ Türk borçlar hukukunda bu terim yerine hata ve yanılma terimleri kullanılmaktadır.⁷¹⁴

İslam hukuk usulü kaynaklarında "hata" terimi, kavli veya fiili tasarrufun kasıt unsuru bulunmadan gerçekleştirilmesi anlamında kullanılmaktadır.⁷¹⁵ Bu manadaki hata sözlü tasarruflarda kişinin irade beyanını istemeden hakiki iradesine aykırı olarak ortaya koyması şeklinde gerçekleşen bir hata türü olup, bu gibi hatalara

⁷⁰⁷ Buhûfî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 213; **er-Ravzu'l-murabba'**, s. 327; Bardakoğlu, "Gabn", C: XIII, s. 268-273.

⁷⁰⁸ Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 140; Meyyâre, **a.g.e.**, C: II, s. 38; Karadâği, **a.g.e.**, C: II, s. 754.

⁷⁰⁹ Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 415; Karadâği, **a.g.e.**, C: II, s. 754; Bardakoğlu, "Gabn", C: XIII, s. 268-273.

⁷¹⁰ Mecelle'de bu husus şöyle ifade edilmektedir: "Gabn-i fâhiş işe mağbûn olan kimsenin vefatında, tağrîr da'vâsı vârisine intikal etmez." (**Mecelle**, md. 358).

⁷¹¹ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 370; Ali Kumaş, "İslâm Borçlar Hukukunda Gabin", (Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Konya, 2011, s. 262.

⁷¹² İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: VII, s. 363; Feyyûmî, **a.g.e.**, C: II, s. 450; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 680; Murtaza Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: XIX, s. 517.

⁷¹³ Bkz. Ebû Zehre, **el-Milkiyye**, s. 416; Haffif, **a.g.e.**, s. 322; Yusuf Musa, **a.g.e.**, s. 400; Senhûrî, **Nazariyyetü'l-Akd**, s. 349; **Mesâdiru'l-Hakk**, C: II, s. 104; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 473; Zeydân, **a.g.e.**, s. 335; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3067.

⁷¹⁴ Bkz. Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 57; Dalamanlı, **a.g.e.**, s. 45.

⁷¹⁵ Buhârî, **Keşfü'l-esrâr**, C: IV, s. 380; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 197.

borçlar hukukunda “beyan hatası” denilmektedir.⁷¹⁶ Beyan hatasında kişinin tasarrufu gerçekleştirme iradesinde bir sakatlık söz konusu olmayıp, bu irade şaibeden uzak bir şekilde oluşmaktadır. Burada hata iradenin oluşum safhasında değil beyan edilmesi sırasında meydana gelmektedir.⁷¹⁷ Mesela kişinin eşine başka bir söz söylemeyi irade etmişken dili sürçerek onu boşadığını söylemesi bu türden bir hatadır.⁷¹⁸

Bunun dışında bir de kişinin bir hukuki tasarrufu gerçekleştirme iradesini oluşturan etkenlerde meydana gelen yanılma vardır. Bu hata türü ise borçlar hukukunda “sâik hatası” terimiyle ifade edilmektedir.⁷¹⁹ Sâik hatasında yanılma iradenin ve karşılıklı rızanın teşekkülü sırasında meydana gelmekte ve bu unsurların oluşumuna tesir etmektedir. Dolayısıyla burada hatanın etkisiyle oluştuğundan dolayı irade ve rızada sakatlık ve şaibe söz konusu olmaktadır.⁷²⁰ Sâik hatası İslam hukukunun furû’una dair telif edilmiş klasik kaynaklarda “hata” terimiyle ifade edilmemekte, bu kaynakların bazısında bu hata türünden bahsedilirken “galat” terimi kullanılmaktadır.⁷²¹ İrade ve rızayı şaibeli kılan hata türü sâik hatası olduğundan biz de burada, “hata” terimi yerine gerek klasik gerekse muâsır İslam hukuku kaynaklarında sâik hatasını ifade etmek için kullanılan “galat” terimini kullanmayı tercih ettik.

2.4.4.1. Galatın Tarifi

Fıkhî/hukukî bir terim olarak akitte vuku bulan **galat** (hata): “Akdi yapan kişinin mevcut olmayan bir şeyi varmış gibi düşünmesine, böylece bu düşünce olmasa yapmaya yönelmeyeceği bir akdi gerçekleştirmesine sebep olan bir vehim” şeklinde tarif edilir.⁷²² Meselâ altın kaplama bir eşyayı tamamen altından yapılmış zannedip satın alan ya da ikinci el bir ürünü yeni üretilmiş sanarak alan kimsenin

⁷¹⁶ İslam Demirci, “İslam Borçlar Hukukunda Hata”, (Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Konya, 2011, s. 97.

⁷¹⁷ Demirci, **a.g.e.**, s. 97.

⁷¹⁸ Teftâzânî, **et-Telvîh**, C: II, s. 389; Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 813.

⁷¹⁹ Osman Fırat Turan, “Sözleşmede İrade Sakatlıkları Hata-Hile-İkrâh”, <http://osmanfiratturan.av.tr>, s. 14; Demirci, **a.g.e.**, 94.

⁷²⁰ Bahrululûm, **a.g.e.**, s. 643.

⁷²¹ Bkz. Cündî, **Muhtasarı Halîl**, s. 156; Ruaynî, **Mevâhibü’l-Cefîl**, IV, 466.

⁷²² Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 473; Senhûrî, **Mesâdirü’l-Hakk**, C: II, s. 104; Zeydân, **a.g.e.**, s. 335.

yanılgısı galata örnek olarak zikredilebilir. Burada sözü geçen kimse aldığı malın gerçek mahiyetini öğrendiğinde bu akde razı olmayabilir. Bu durumda akit karşılıklı rıza esasına dayanmamış olur. Bu sebeple akitte yapılan galat da, rızayı/iradeyi şaibeli kılan haller arasında ele alınmıştır.

Esasen rızayı sakatlayan sebepler içerisinde yer alan hile ve gabin hallerinde de, bu hallere maruz kalan taraftan sudur eden bir hata söz konusudur. Çünkü her iki durumda da ilgili taraf, akitte olmayan bir şeyi var zannederek akde yönelmekte olup, bu hatalı zannı olmasa akdi büyük ihtimalle gerçekleştirmeyecektir. Ancak bu iki durumda yanılan tarafın hatasında karşı tarafın etkisi bulunmaktadır. Bu başlık altında ele alınan hatada ise yanılma tamamen yanılan tarafın kendi zihnindeki vehimden kaynaklanmaktadır.⁷²³

Daha önce de belirttiğimiz üzere⁷²⁴ İslam hukukunda irade beyanı ile içteki gerçek irade arasında uyumsuzluk olduğuna dair bir karine bulunmadıkça hukuki muamelelerde dışa vurulan beyan esas alınır. Bundan dolayı akitte taraflardan birinin zihninde vuku bulan galat, kendisine delalet eden bir karine yoksa İslam hukukçuları tarafından dikkate alınmamıştır. Bu türden hatalar için bâtinî galat tabiri kullanılmaktadır.⁷²⁵ Mesela yukarıdaki örnekte geçen altın zannederek altın kaplama ürün satın alan şahıs, akit sırasında bu zannına delalet edecek bir ifade kullanmamışsa ve hata ettiğini ispatlayan başka bir karine de bulunmuyorsa, bu yanılgısı bâtinî bir galattır. Bu galatın akde bir tesirinin olmayacağı hususunda İslam hukukçuları arasında ittifak vardır.⁷²⁶

Akdin hatayla yapıldığına dair bir delil veya karinenin mevcut olması halinde ise zâhirî galat söz konusu olur. Bu galatın türüne göre farklı derecede de olsa akit üzerinde etkileri bulunur. Söz gelimi bir kimsenin deriden yapılmış zannederek hakiki deri olmayan bir ayakkabıyı satın alması ve akit sırasında satıcıya “şu deri ayakkabıyı aldım” demesi zâhirî bir galattır. Çünkü bu kimsenin irade beyanında kullandığı ifade, zihnindeki yanılgısına delalet eden bir karinedir. Yanılanın iradesini

⁷²³ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 473; Bahrululûm, **a.g.e.**, s. 643.

⁷²⁴ Bkz. s. 120.

⁷²⁵ Hafif, **a.g.e.**, s. 322.

⁷²⁶ Zeydân, **a.g.e.**, s. 336.

şâibeli kılıp ona akdi feshetme hakkı doğurması itibariyle burada üzerinde duracağımız galat zâhirî galattır.

Akitlerin karşılıklı rızaya dayanması ilkesi her ne kadar tarafların gerçek iradelerinin esas alınmasını gerektirse de, kendisine delalet eden bir karine olmadığı halde her hata iddiasının akdin bağlayıcılığına etki eden bir unsur olarak dikkate alınması hukuki muamelelerde istikrarsızlığa yol açar. Bu durum insanların hukuki neticelerini alacakları düşüncesiyle yaptıkları akit ve tasarrufları, kendilerinden kaynaklanmayan ve önceden bilmeleri mümkün olmayan sebeplerle her zaman bozulmaya hazır bir hale getirir. Bunun sebep olacağı zarar ve mağduriyet ise açıktır. Bu sebeple İslam hukuku akdi yapanların hakiki iradelerinin dikkate alınması ilkesiyle hukuki muamelelerde istikrar prensibini dengelemiş, bunun için akit ve tasarruflarda bâtinî galatı dikkate almazken zâhirî galatı dikkate almıştır.⁷²⁷

2.4.4.2. Galatın Kısımları ve Akitlere Etkisi

İslam hukukuna göre genel anlamda galatın akitlere etki eden bir sebep oluşunu Hz. Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisine dayandırabiliriz:

"إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"

*"Şüphesiz ki Allah ümmetimi yanılarak, unutarak ve ikraha maruz kalarak yaptıkları eylemlerden sorumlu tutmamıştır."*⁷²⁸

Hadisin hata, unutma ve ikrah sonucu yapılan fiillerin uhrevi sorumluluğunun bulunmayacağına dair delil teşkil ettiği hususunda ittifak vardır.⁷²⁹ Bununla birlikte hadisin, kişinin bu üç halde yaptığı tasarrufların dünyevî hüküm ve sonuçlarından da

⁷²⁷ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 474-475; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: II, s. 111; Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 644; Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C: II, s. 127; H. Yunus Apaydın, "Galat", **DİA**, C: XIII, s. 297-300.

⁷²⁸ İbn Mâce, "Talâk"; İbn Hibbân, "Menâkıbu's-sahâbe", C: XVI, s. 202No; Beyhakî, **es-Sünenü'l-kübrâ**, "el-Hul' ve't-talâk", C: VII, s. 584, "Eymân", C: X, s. 104; Dârekutnî, "Nüzûr", C: V, s. 300; Taberânî, **el-Mu'cemu'l-kebir**, C: II, s. 97; **el-Mu'cemu'l-evsat**, C: II, s. 331; **el-Mu'cemu's-sağır**, C: II, s. 52.

⁷²⁹ İbrahim b. Musa el-Lahmî eş-Şâtıbî, **el-Muvâfakât**, thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Hasen Âl-i Selmân, 7 c., y.y., Dâru İbn Affân, 1417/1997, C: I, s. 259; Buhârî, **Keşfü'l-Esrâr**, C: II, s. 105.

sorumlu olmayacağına delalet ettiğini söyleyen İslam hukukçuları bulunmaktadır.⁷³⁰ Bu yaklaşıma göre hadis, hatayla yapılan akitlerin -hataya delalet eden bir karine bulunması halinde- hata eden tarafı bağlamayacağı hususunda delil teşkil etmektedir.

İslam hukukunun ilk dönem kaynaklarında akitlerde galat/hata müstakil bir başlık altında yer almamakla birlikte, fıkıh kitaplarında ele alınan muhtelif konular içerisinde hatanın akitlere ne gibi bir etkisinin olduğuna dair örnekler bulunmaktadır. Son dönemlerde bu örneklerden yararlanılarak galat konusu çağdaş İslam hukukçuları tarafından Batı hukukunda ele alındığı tarzda, “iradeyi kusurlu kılan sebepler” kapsamında müstakil bir başlık altında incelenmiştir. Bu hukukçular galatı/hatayı başlıca; akdin konusunda galat, akit yapılan şahısta galat, akit konusunun kıymetinde galat ve kanunda galat olmak üzere dört kısımda ele almış ve akde etkisi açısından incelemişlerdir.

2.4.4.2.1. Akdin Konusunda Galat

Galatın bu türünde akdi yapan şahıs akde konu olan şeyin zâtında veya vasfında yanılığa düşmekte olup bu galat esaslı hata kabul edilir.⁷³¹ İlkinde yanılan taraf akde konu olan şeyin belli bir cinsten olduğunu zannederek akdi bu cinsi zikrederek gerçekleştirmekte, daha sonra akit konusunun farklı cinsten olduğu ortaya çıkmaktadır. Meselâ bir hububat satıcısının yanılarak buğday diye arpasını satması buna bir örnektir.⁷³² Aynı şekilde akit sırasında yanılma sonucu tesmiye edilen şeyle hakiki ma’kûdun aleyh aynı cinsten olmakla birlikte aralarında menfaat bakımından fâhiş farklılığın olması da, İslam hukukçularınca akit konusunun zâtında gerçekleşen bir galat olarak değerlendirilmiştir. Bir kimsenin makine halısı zannederek yanılıyla elde dokunmuş halıyı satın alması bu duruma bir örnek olarak zikredilebilir.⁷³³

⁷³⁰ Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed es-Serahsî, **el-Usûl**, 2 c., Beyrut, Dâru’l-ma’rife, t.y., C: I, s. 251; Teftâzânî, **et-Telvîh**, C: I, s. 175; San’ânî, **Sübülü’s-selâm**, C: II, s. 259.

⁷³¹ Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 801; Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 658; Apaydın, “Galat”, C: XIII, s. 297-300.

⁷³² Senhûrî, **Mesâdiru’l-Hakk**, C: II, s. 113; Zeydân, **a.g.e.**, s. 335; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3067; Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 658; Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C: II, s. 125.

⁷³³ Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 114; Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 659; Karaman, **a.g.e.**, C: II, s. 125; Apaydın, “Galat”, C: XIII, s. 297-300.

Çünkü mantıktaki anlamıyla aynı cins sayılsalar bile, aralarında fâhiş menfaat farkı bulunan iki şey fıkhıta iki farklı cins gibi kabul edilmiştir.⁷³⁴

Vasıfta yapılan galatta ise akde konu olan şey ile akdi yapan kişinin yanılığının sonucu zikrettiği şey aynı cinsten olmaktadır. Ancak bu iki şeyin nitelikleri arasında, fâhiş menfaat farkı doğurmasa da yanılan tarafın rağbet ettiği vasfı elde edememesine sebep olacak derecede farklılık bulunmaktadır.⁷³⁵ Meselâ bir kimsenin beğendiği bir renkte olduğunu zannederek aldığı elbisenin daha sonra farklı bir renkte olduğunu fark etmesi, kişinin koç sanarak aldığı hayvanın koyun çıkması gibi durumlar vasıfta yapılan galata örnek olarak zikredilebilir.⁷³⁶

Akde konu olan şeyin zâtında yapılan galatın akit üzerindeki etkisinin boyutu hususunda İslam hukukçuları arasında üç farklı yaklaşım bulunmaktadır.

1) Hanefî hukukçuların çoğunluğuna göre galatın akde konu olan şeyin zâtında gerçekleşmesi durumunda akit batıl olur.⁷³⁷ Hanefî hukukçular bu meseleyle ilgili şöyle bir kıstas ortaya koymuşlardır: Galata düşen şahsın akit meclisinde işaret ettiği şey ile irade beyanında zikrettiği şeyin cinsleri birbirinden farklı ise, akit zikredilen şey üzerine yapılmış sayılır.⁷³⁸ Çünkü kişinin iradesine delalet hususunda sözlü beyan işareten daha güçlüdür.⁷³⁹ Bu durumda sözle beyan edilen şey mevcut bulunmadığı için akit ma'dûm üzerine yapılmış olduğu gerekçesiyle batıl/hükümsüz sayılacaktır.⁷⁴⁰ Bu yaklaşıma göre sözleşme konusunun cinsinde yapılan galatlarda akdin feshinden söz etme imkânı bulunmamaktadır.

Hanbelî hukukçular da bu hususta Hanefîlerle aynı kanaattedirler. Nitekim Hanbelî mezhebi kaynaklarında satıcının mebî'in cinsinde yanılığa düşüp onu farklı bir cinsin adıyla adlandırarak satması halinde akdin sahih olmayacağı açıkça ifade

⁷³⁴ Bkz. Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 47; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 431; Bâbertî, **a.g.e.**, C: VI, s. 431;

⁷³⁵ Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 117; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3068; Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 664-665.

⁷³⁶ Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 60; İbnü'l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 432.

⁷³⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 139-140; Zeylâî, **Tebyîn**, C: IV, s. 53; Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 55; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 165; İbn Hazm, **el-Muhallâ**, C: VII, s. 358; Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 807.

⁷³⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 140; Zeylâ'î, **Tebyîn**, C: IV, s. 53; Ebû Zehre, **el-Milkiyye**, s. 417.

⁷³⁹ Zeylâ'î, **a.g.e.**, C: IV, s. 53; Yusuf Musa, **el-Emvâl**, s. 401.

⁷⁴⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 140; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 417.

edilmektedir.⁷⁴¹ Yine Şâfiî mezhebinde bu konudaki iki farklı yaklaşımdan birisi, akit konusunda bu türden bir galatın meydana gelmesi durumunda akdin batıl olacağı yönündedir.⁷⁴² Ayrıca Mecelle’de de bu görüş benimsenmiştir.⁷⁴³

2) Hanefîlerden Kerhî gibi bazı hukukçular akit konusunun zâtında meydana gelen galatın akdi batıl değil fâsid kılacağı kanaatindedirler. Kerhî bu şekilde yapılan akitle ilgili farklı bir yaklaşıma sahip olup, bunu söz gelimi bir malı satıp müşteriye başka bir malı teslim etmeyi şart koşturmak gibi değerlendirmektedir. Bir başka ifadeyle böyle bir satım akdinde satıcı tesmiye ettiği malı müşteriye satmış fakat ona işaretlerle gösterdiği malı teslim etmeyi şart koşturmuş gibidir.⁷⁴⁴ Böyle bir şart ise akdin muktezasına aykırı olduğu için fâsid şartlardan sayılmakta olup, fâsid şart içeren akitler Hanefî fihhinde fâsid kabul edilmektedir.⁷⁴⁵ Bu görüşe göre galat akit konusunun cinsinde meydana geldiğinde, akdin fâsid olduğu gerekçesiyle feshedilmesi gerekir.

Şunu söylemeliyiz ki, Kerhî’nin söz konusu akdin fesadına dair öne sürdüğü izah kanaatimizce zorlama bir yorumdur. Çünkü bu şekilde kurulmuş bir akitte ilgili şahsın bahsi geçen şekilde fâsid bir şart ileri sürme kastı bulunmamakta, akit esnasında işaret ettiği şeyin tesmiye ettiği şeyden farklı olması bu şahsın yanılığısından kaynaklanmaktadır. Nitekim yanılan âkidin irade beyanında da onun akitte karşı tarafa herhangi bir şart ileri sürdüğüne delalet eden bir ifade bulunmamakta, aksine irade beyanı onun akit konusunun cinsinde yanılığa düştüğünü ortaya koymaktadır.

3) Mâlikîlere ve bazı Şâfiî hukukçulara göre ise ma’kûdun aleyhin zâtında yapılan galat akdin sıhhatine engel değildir. Bu durumda taraflardan birinin böyle bir galat sonucu gerçekleştirdiği akit sahihtir. Ancak bu akit yanılığa düşen taraf için bağlayıcı olmayıp onun akdi feshetme hakkı vardır.⁷⁴⁶ Bu görüşe göre akit

⁷⁴¹ Buhûtfî, **Keşşâfu’l-kınâ’**, C: III, s. 165.

⁷⁴² Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 55.

⁷⁴³ Konuyla ilgili şöyledir: “Cinsi beyan olunarak satılan şey, başka cinsten çıkarsa bey’ batıl olur. Meselâ, bâyi’ sırçayı elmas diye satsa bâtıldır.” **Mecelle**, md. 208.

⁷⁴⁴ Zeyla’î, **a.g.e.**, C: IV, s. 53.

⁷⁴⁵ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 15.

⁷⁴⁶ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 55; Ruaynî, **Mevâhibü’l-Celîl**, C: IV, s. 466.

konusunun cinsinde hata yapıldığında, akit mecliste hazır bulunan ve kendisine işaret edilen muayyen mal üzerinde yapılmış sayılmaktadır. Bu durumda akde konu olan mal mevcut olduğu için yapılan akit sahih kabul edilmektedir. Ancak müşteri aldığı malı irade beyanında belirttiği mahiyette bulamadığı için kendisi için fesih hakkı doğmaktadır.⁷⁴⁷

Galatın akit konusunun vafında söz konusu olması halinde ise akdin sahih ve nâfiz olacağı hususunda İslam hukukçuları genelde ittifak halindedir.⁷⁴⁸ Çünkü bu türden bir galat sonucu gerçekleştirilen akitte, akit sırasında kendisine işaret edilen şey irade beyanında belirtilen şeyle aynı cinsten olduğu için, akit işaret edilen şey üzerine yapılmış sayılır. Dolayısıyla akde konu edilen şey mevcut bulunduğundan yapılan akdin geçerliliğine mani bir durum yoktur.⁷⁴⁹ Ancak yanılan taraf, akde konu olan şeyde rağbet ettiği vasfı bulamadığından fesih hakkına sahip olur.⁷⁵⁰ Buna göre böyle bir galatın doğurduğu fesih hakkı esasen, muhayyerlikler bahsinde ele almış olduğumuz vasıf muhayyerliğine dayanmaktadır.

Konunun başında belirtildiği üzere İslam hukukunun rızayı kusurlu kılan bir arıza olarak kabul ettiği galat, zâhirî galat adı verilen, bir delil veya karineyle varlığı anlaşılan galattır. Bu galatta bazen kişinin bizzat kendi irade beyanı, onun akitte yanılığa düştüğüne delil teşkil eder. Mesela yanılan tarafın akit konusu olarak beyan ettiği şeyin akit meclisindeki ma'kûdun aleyhten farklı olması halinde durum böyledir. Zira bu durumda akdi yapanın beyanı, akde konu olan şey hakkında yanıldığına delalet etmektedir. Bazen de bahsi geçen galat irade beyanının dışındaki bir karineden anlaşılabilir. Söz gelimi mücevherlerin satıldığı bir çarşıdan kıymetli taşlardan olduğu zannıyla âdî bir taş satın alan kimsenin, irade beyanında bu zannına delalet eden bir şey söylememiş bile olsa, gerçeği öğrendiğinde akdi

⁷⁴⁷ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 55.

⁷⁴⁸ Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 665. Dört mezhep fukahâsının konuyla ilgili yaklaşımları için bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 140; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, C: VI, s. 432; Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 55; Sahnûn, **el-Müdevvene**, C: III, s. 309; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 117-118. Zâhirî mezhebinin konuyla ilgili farklı yaklaşımı için bkz. İbn Hazm, **el-Muhallâ**, C: VII, s. 221; Ali b. Abdülkâfi es-Sübkî, **Tekmilâtü'l-Mecmû'**, 20 c., (Nevevî'nin Mecmû'uyla birlikte), y.y., Dâru'l-fikr, t.y., C: XII, s. 120.

⁷⁴⁹ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 47; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 140; Zeydân, **a.g.e.**, s. 336.

⁷⁵⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 140; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: II, s. 117; Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 664-665; Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C: II, s. 126.

feshedebileceği fikhî kaynaklarda zikredilmektedir.⁷⁵¹ Çünkü burada akdin yapıldığı mekânın durumu, müşterinin akdin konusunda yanıldığına dair bir karinedir. Bu durumda akdin galat iddiasıyla feshedilebilmesi için yanılan tarafın hakiki iradesini beyanıyla ortaya koymuş olması zorunlu olmayıp, karşı tarafın bunu akdin yapıldığı şartlardan yola çıkarak anlayabilecek durumda olması yeterlidir.⁷⁵²

2.4.4.2.2. Akit Yapılan Şahısta Galat

Akde taraf olan kimseler bazen kendileriyle akit yaptıkları kimselerin şahsiyet ya da temel özelliklerinde yanılığa düşebilirler. Meselâ belli bir şahısla sözleşme yapmak isteyen bir kimse muhatabını o şahıs zannederek akdi başka birisiyle gerçekleştirebilir. Yahut da muhatabının belli özelliklere sahip olduğunu sanarak onunla akit yaptıktan sonra onun zannettiği gibi olmadığını anlayabilir.⁷⁵³ Böyle durumlarda yanılan kişinin fesih hakkı olup olmayacağı meselesi de galat konusu kapsamında ele alınmıştır.

Son dönemde telif edilen bazı İslam hukuku kaynaklarında, tarafların kimliklerinin veya niteliklerinin önem arz etmediği akitlerde akit yapılan şahısta yanılığa düşmenin akdin bağlayıcılığına etki etmeyeceği ifade edilmektedir. Bu yaklaşıma göre şahısta hata ancak akit yapılan kimsenin şahsının ya da bazı temel özelliklerinin sözleşmenin yapılması hususunda özellikle dikkate alındığı akitlerde nazarı itibara alınmakta ve akde etki eden bir unsur olarak görülmektedir.⁷⁵⁴ Bu durumda şahısta hata gerekçesiyle bir akdin feshine hükmedebilmek için hangi akitlerin bu mahiyette olup olmadığını tespit edilmesi gerekmektedir.

Akdin kendisiyle yapıldığı şahsın dikkate alındığı sözleşmeler kapsamında vekilin yaptığı bazı akitleri zikredebiliriz. Vekilin kendi nefesine izafe ederek yaptığı satım, icâre gibi akitlerden doğan hak ve yükümlülükler onun bizzat kendisini bağlamaktadır. Mesela bir satım akdinde alınan malın teslim alınması, semenin ödenmesi, malda kusur varsa bu sebeple iadesi, bu konuda dava açılması vb. hak ve

⁷⁵¹ Ruaynî, **a.g.e.**, C: IV, s. 466; Karaman, **a.g.e.**, C: II, s. 130.

⁷⁵² Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 128.

⁷⁵³ Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 673-674.

⁷⁵⁴ Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: II, s. 135-136; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 484; Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 674; Karaman, **a.g.e.**, C: II, s. 132; Apaydın, "Galat", C: XIII, s. 297-300.

yükümlülüklerden fikhen sorumlu olan kişi vekildir.⁷⁵⁵ Tabii bunun için vekilin eda ehliyetinin tam olması şart olup, aksi takdirde akitten doğan hak ve yükümlülüklerden müvekkil sorumlu olmaktadır.⁷⁵⁶ Bundan dolayı vekilin yaptığı akitlerde onun kişiliği akdin diğer tarafı için önem arz etmektedir. Bu sebeple İmam Ebû Yusuf, akit yaptığı vekilin mahcur bir çocuk olduğunu bilmeyen kimsenin akitten sonra bu durumu öğrendiğinde akdi feshetme hakkının olduğunu söylemiştir. Çünkü bu kişi akdi, doğurduğu hak ve yükümlülüklerden vekilin sorumlu olacağını zannederek gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla zannettiğinin aksi ortaya çıktığı zaman, rızası sakatlanmış olduğundan akdi feshetme hakkını elde eder.⁷⁵⁷ Örnekte vekille akit yapan kişi, akit yaptığı şahsın temel bir niteliğinde yanılığa düşmüş olup ehliyeti eksik olan birini tam ehliyet sahibi zannetmiş bulunmaktadır. Bundan dolayı yaptığı galat akdin bağlayıcılığına etki etmektedir.⁷⁵⁸

Şahısta yapılan hatanın akdin bağlayıcılığına etki edişine dair zikredilebilecek bir başka örnek ise, ücretle sütanne ya da çocuk bakıcısı tutma işlemidir. Fıkhî kaynaklarda bu icâre akdinin; çocuğun sütannenin sütünü kabul etmemesi, bakıcının hırsızlık vb. kötü bir huyunun veya çocuklara kötü davrandığının öğrenilmesi gibi sebeplerle feshedilebileceği belirtilmektedir.⁷⁵⁹ Burada kendisiyle hizmet akdi yapılan sütanne veya bakıcının şahsı önemli olup, zikredilen durumların ortaya çıkması akit yapılan kişinin şahsına ait önemli vasıflarda hata edildiğini ortaya koymakta ve hataya düşen taraf için fesih hakkı doğurmaktadır.⁷⁶⁰

Esasen gerek kira gerekse iş sözleşmeleri olsun icâre akdi tarafların şahıslarının genellikle dikkate alındığı akitlerdendir. Mesela dairesini kiraya verecek ev sahibi için kiracının evini nasıl kullanacağı, eve ve komşulara zarar verip vermeyeceği büyük önem arz etmektedir. Yine bir işverenin iş sözleşmesi yaparken en başta dikkat ettiği kıstaslar, işe alacağı kimsenin kişiliği ve nitelikleridir.

⁷⁵⁵ Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 157; Halebî, **Mültekâ**, C: III, s. 310.

⁷⁵⁶ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 137; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 158; Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 138.

⁷⁵⁷ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 137; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 158; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 34.

⁷⁵⁸ Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 138; Karaman, **a.g.e.**, C: II, s. 132-133.

⁷⁵⁹ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XV, s. 122; Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 128; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 26.

⁷⁶⁰ Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: II, s. 141-142; Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 811-812; Bahrülülûm, **a.g.e.**, s. 675; Karaman, **a.g.e.**, C: II, s. 133.

Dolayısıyla bu akitlerde de şahısta yanılığa düşmek fesih hakkı doğuran bir sebep olarak değerlendirilmelidir. Nikâh akdinde de tarafların şahsiyetlerinin birinci derecede önemi olduğu için, onların birbirleri hakkında temel hususlarda yanılığa düşmeleri fesih hakkı doğuracak bir sebep olarak zikredilebilir.⁷⁶¹ Nikâh akdinin feshinden bahsederken bu konuda tafsilatlı bilgi verilecektir.

Öte yandan satım akdi gibi genellikle akdi yapanların kim olduğu pek önem arz etmeyen bazı mâlî ivazlı akitlerde taraflar, akit yaptıkları kişinin şahsında yanıldıkları gerekçesiyle akdi feshetme hakkına sahip değildirlere. Zira söz gelimi satım akdinde bayi ve müşteri için birbirlerinin kimlikleri önemli olmayıp, satıcının amacı malını satıp semenini elde etmek, müşterinin maksadı ise fiyatını ödeyip istediği mala mâlik olmaktır.⁷⁶²

2.4.4.2.3. Akit Konusunun Kıymetinde Galat

Bu galat türünde taraflardan birinin akde konu olan şeyin kıymetini olduğundan fazla ya da eksik zannederek akde yönelmesi söz konusudur. Böyle bir hata genellikle gabne yol açtığı için esasen gabn konusunun kapsamına girmektedir.⁷⁶³ Buna göre bu hata türü ile gabn arasında sebep sonuç ilişkisi vardır. Ancak gabn tarafların bilgisi dâhilinde de gerçekleşebildiğinden, her zaman hatadan kaynaklanmamaktadır. Bu bakımdan gabnin çerçevesi hatadan daha geniştir.⁷⁶⁴ Bu durumda akit konusunun kıymetinde meydana gelen galatın, kişinin bilgisi ve rızası dışında maruz kaldığı gabne yol açan bir sebep olduğunu, dolayısıyla akde etkisi ve fesih hakkı doğurması bakımından genellikle gabinle aynı hükme tabi olacağını söyleyebiliriz.

Ancak gabin konusunda görüldüğü üzere İslam hukukçularının çoğunluğuna göre gabnin akdin bağlayıcılığına etki edebilmesi ve dolayısıyla fesih hakkı doğurabilmesi için hile veya istismardan kaynaklanması gerekmektedir.⁷⁶⁵ Bu iki durumun dışında mücerred gabin istisnai haller dışında fesih sebebi olarak

⁷⁶¹ Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 136; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 485.

⁷⁶² Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 484; Karaman, **a.g.e.**, C: II, s. 132.

⁷⁶³ Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: II, s. 142; Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 812; Demirci, **a.g.e.**, s. 115.

⁷⁶⁴ Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 142; Karaman, **a.g.e.**, C: II, s. 133.

⁷⁶⁵ Bkz. s. 161-164.

görülmemektedir.⁷⁶⁶ Bu istisnai hallerden bir tanesi de, akit konusunun kıymetiyle ilgili bazı yanlışlar sonucunda gabne maruz kalınması halidir. Nitekim Mâlikî hukukçu Hattâb (v. 954/1547) bu kabilden yanlışlara dikkat çekmiş, mesela müşterinin satıcıdan bir dinarlık elbise istemesi üzerine satıcının yanlış olarak dört dinarlık elbiseyi bir dinara vermesi durumunda, yanlışlığına dair yemin ettiği takdirde satıcının fesih hakkına sahip olacağını ifade etmiştir.⁷⁶⁷ Bu örnekte yanlış sonucunun satıcının maruz kaldığı gabin hile ve istismardan kaynaklanmasa da, bu tür yanlışlarda yanlışın kusurunun bulunmaması ve bu tür hatalardan tamamen kaçınmanın mümkün olmaması sebebiyle yanlış tarafa fesih hakkı verilmektedir.⁷⁶⁸

2.4.4.2.4. Şer’î Hükümde/Kanunda Galat

Şer’î hükümde galattan maksat, kişinin yaptığı herhangi bir tasarrufu şer’î hükmünü bilmeden ya da gerçek hükmünden farklı bir hükmünün olduğunu zannederek gerçekleştirmesidir.⁷⁶⁹ Fıkıh usulü kaynaklarının bir kısmında ehliyet arızaları kapsamında bu konu “**cehl**” başlığı altında ele alınmaktadır.⁷⁷⁰

İslam hukukunda şer’î hükümde yanlışya düşme mükellefin kendi kusurundan kaynaklanıyorsa mazeret olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla böyle bir yanlış yapılan eylemin hukuki sonucunun meydana gelmesine engel görülmemektedir.⁷⁷¹ Mesela İslam yurdunda yaşayan bir kimsenin dinin inanç, ibadet ve muamelatla ilgili temel hükümlerini bilmemesi ya da yanlış bilmesi kendi kusurundan kaynaklanan bir yanlış olarak değerlendirilir. Zira İslam hukukuna göre kişinin dinin herkesi ilgilendiren umumî hükümlerini bilmesi zorunlu olup bunları öğrenmesi vaciptir.⁷⁷²

⁷⁶⁶ Bu istisnai haller için bkz. s. 166-167.

⁷⁶⁷ Ruaynî, **a.g.e.**, C: IV, s. 466.

⁷⁶⁸ Ruaynî, **a.g.e.**, C: IV, s. 46.

⁷⁶⁹ İbn Nüceym, **el-Eşbâh**, s. 261; Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 817; Demirci, **a.g.e.**, s. 129.

⁷⁷⁰ Bkz. Tefitâzânî, **a.g.e.**, C: II, s. 358; Buhârî, **Keşfü’l-esrâr**, C: IV, s. 346.

⁷⁷¹ Senhûrî, **Mesâdiru’l-Hakk**, C: II, s. 153; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3069; Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 816; Bahrülulûm, **a.g.e.**, s. 682; Karaman, **a.g.e.**, C: II, s. 139.

⁷⁷² Karadâğî, **a.g.e.**, C: II, s. 821. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.) bu hususta şöyle buyurmuştur: "طلب العلم فريضة على كل مسلم..." (İbn Mâce, “es-Sünne”, 17, No; Taberânî, **el-Mu’cemu’l-kebîr**, C: X, s. 195; **el-Mu’cemu’l-evsat**, C: I, s. 7; **el-Mu’cemu’s-sağîr**, C: I, s. 36). Beyzâvî’nin (v. 685/1286) belirttiğine göre hadiste geçen ilimden maksat, kişinin mutlaka

Mükellef şahsın kendi kusurundan kaynaklanmaması halinde ise, şer'î hükümde yanılma bu şahıs için geçerli bir mazeret olarak kabul edilmektedir.⁷⁷³ Meselâ dâru'l-harpte müslüman olmuş bir kimsenin bazı şer'î hükümleri bilmemesi, yaşadığı yer itibariyle bunları öğrenme imkânı bulunmadığı gerekçesiyle bu türden bir yanılma olarak görülür.⁷⁷⁴ Yine kişinin dâru'l-İslâm'da ikamet etse bile, herkesin bilmesi dinen zorunlu olmayan bir şer'î hükmü bilmemesi mazur görüleceği bir hata sayılmaktadır.⁷⁷⁵ Aynı şekilde İslam yurdunda bulunan yeni müslüman olmuş birinin bazı şer'î hükümlerle ilgili bilgisizliği de bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁷⁷⁶

Şer'î hükümde yanılmanın mazeret sayılıp sayılmaması hususundaki bu yaklaşımı akitler çerçevesinde ele aldığımızda şunu söyleyebiliriz: İslam hukukuna göre akit yapan kişinin kendi kusurundan kaynaklanan galat akdin bağlayıcılığına etki etmezken, kişinin kusurunun bulunmadığı ve mazur görüldüğü galat ise rızayı sakatladığından dolayı akdin bağlayıcılığını ortadan kaldırır ve yanılan taraf için fesih hakkı doğurur. Mesela İslam diyarında yaşayan bir varis İslam miras hukukuna göre terekeden kendisine düşen hisse 1/2 oranında olduğu halde bu hissenin 1/4 oranında olduğunu zannederek onu varislerden birine satsa,⁷⁷⁷ yaptığı bu akitteki hata kendi kusurundan kaynaklanmaktadır. Çünkü miras taksimi ile ilgili hükümler kat'î naslar ile sabit olduğundan ihtilafa yer olmayacak derecede açıktır. Dolayısıyla bu hükümlerle ilgili bir yanılma mazur görülmez. Bu durumda söz konusu varisin yaptığı satım akdi bağlayıcı olup şer'î hükümde galat gerekçesiyle feshedilemez.⁷⁷⁸ Ancak bu varis yeni müslüman olmuş ya da İslam'ın hükümlerini öğrenme imkânı bulunmayan bir yerde yaşayan birisiyse, yanılığında kusuru olmadığından mazur görülür ve galat gerekçesiyle akdi feshetme hakkına sahip olur.

bilmesi gereken dinin temel itikadî ve amelî hükümleri olup, bunları öğrenmek farz-ı ayndır. (Celâleddîn Abdurrahman b. Ebî Bekr es-Suyûtî, *Misbâhu'z-züccâce Şerhu Süneni İbn Mâce*, Karatçı, Kadîmî Kütüphane, t.y., s. 20).

⁷⁷³ Senhûrî, *a.g.e.*, C: II, s. 155.

⁷⁷⁴ Buhârî, *a.g.e.*, C: IV, s. 346; Sadru's-Şerîa, *et-Tavzîh*, C: II, s. 368; Senhûrî, *a.g.e.*, C: II, s. 154.

⁷⁷⁵ Sadru's-Şerîa, *a.g.e.*, C: II, s. 368; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hakk*, C: II, s. 154.

⁷⁷⁶ Karadâgî, *a.g.e.*, C: II, s. 816; Demirci, *a.g.e.*, s. 129.

⁷⁷⁷ İslam hukukuna göre mirasçılardan biri veya birkaçı bir bedel karşılığında diğer mirasçılardan biri veya tamamı lehine mirasçılıktan çekilebilir. Bu işleme "tehâruc" adı verilmektedir. Bu işlem İslam hukukularınca bey' hükümlerinin cari olduğu bir sulh akdi niteliğinde görülmektedir. (Bkz. Hamza Aktan, "Tehâruc", *DİA*, 2011, C: XL, s. 319).

⁷⁷⁸ Zerkâ, *a.g.e.*, C: I, s. 487; Karaman, *a.g.e.*, C: II, s. 139.

2.5. AKDİN NÂFİZ OLMAMASI

İslam hukukunda akdin nefâzı tabiri, icap ve kabulün meydana gelmesini müteakip akdin kimsenin onayına ihtiyaç duymaksızın yürürlüğe girmesini ve hukuki sonuçlarını doğurmasını ifade etmektedir.⁷⁷⁹ Bu şekilde kurulmuş olan akde nâfiz akit denilir.⁷⁸⁰ Bu akdin aksine karşılıklı irade beyanlarıyla kurulmuş olduğu halde hukuki sonuçlarının doğması başka birisinin izin ve icazetine muhtaç olan akde ise mevkûf akit adı verilir.⁷⁸¹ Akdin nâfiz olabilmesi için iki şartın yerine gelmesi gerekmektedir. Bu şartlardan birisi akdin taraflarının, akdi kendi adlarına yapmaları halinde tam eda ehliyetine sahip olmaları, başkası adına yapmaları halinde ise hukuki temsil yetkilerinin bulunmasıdır.⁷⁸² Diğer şart ise akde konu olan şeye üçüncü bir şahsın hakkının taalluk etmemesidir.⁷⁸³

Bu başlık altında akdin bu şartları taşımaması sebebiyle nâfiz olmadığı durumlar ve bu durumlarda akdin ilgili tarafça feshi ele alınacaktır. Bu kapsamda akdi yapan kişinin eda ehliyetinin eksik olması, akdi gerçekleştirmeye yetkili olmaması, hacr altına alınmış olması, akde üçüncü şahsın ya da şahısların haklarının taalluk etmesi hallerinde akdin feshe elverişlilik açısından durumu incelenecektir.

2.5.1. Akdin Eda/Fiil Ehliyeti Eksik Kimse Tarafından Yapılması

Eda ehliyeti kişinin hukuki muamele yapma, sahip olduğu hakları kullanma ve onlarla alakalı tasarrufta bulunma yetkisine sahip bulunması demektir.⁷⁸⁴ Bu ehliyetin esası kişinin akıl ve temyiz gücüne sahip olmasıdır.⁷⁸⁵ İslam hukukunda aslı itibariyle aklî kudrete sahip olan kimse eda ehliyetine sahip görülmekle birlikte, kişi bu kudretin kendisinde kâmil manada bulunup bulunmamasına göre eda ehliyeti tam

⁷⁷⁹ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 498.

⁷⁸⁰ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 109.

⁷⁸¹ Zeydân, **a.g.e.**, s. 350.

⁷⁸² Zeydân, **a.g.e.**, s. 350; Ahmed Ferrâc Hüseyin, **el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye**, Beyrut, ed-Dâru'l-câmi'iyye, t.y., s. 274.

⁷⁸³ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, C: IV, s. 505; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 386.

⁷⁸⁴ Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 272.

⁷⁸⁵ Hayyât, **a.g.e.**, s. 28.

ya da eksik kabul edilir.⁷⁸⁶ Öte yandan aklî melekelerin olgunluk derecesi kişiden kişiye farklılık gösterdiğinden ve buna dışarıdan vâkîf olmak güç olduğundan bu hususta herkes için geçerli bir kıstas belirlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu sebeple İslam hukukunda kişinin akıl sağlığı yerinde olarak buluğa ermesi, aklî gücünün kemâle ulaştığına, dolayısıyla tam bir eda ehliyetine sahip olduğuna hükmedebilmek için bir kıstas olarak tespit edilmiştir.⁷⁸⁷ Dolayısıyla bâliğ olmayan mümeyyiz çocuk ya da buluğa erse de akıl sağlığında noksanlık bulunan kimse şer'an eksik eda ehliyetine sahip sayılmaktadır.⁷⁸⁸

İslam hukukçuları eda ehliyeti nakıs olan kimseleri şer'an mükellef sayılma hususunda ve tasarruflarının hukuk nazarında muteber görülüp görülmemesi bakımından tam eda ehliyetine sahip kimselerden ayrı değerlendirmektedirler. Hz. Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisi de bu yaklaşıma dayanak teşkil etmektedir:

"رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الغلام حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق"

*"Şu üç kişiden kalem kaldırılmıştır: Uyanana kadar uyuyandan, buluğa erene kadar çocuktan ve akli başına gelinceye kadar mecnundan."*⁷⁸⁹

Hadiste geçen kalemin kaldırılması tabiri mecaz olup zikredilen kimselerin söz konusu niteliklere sahip oldukları sürece mükellef olmayacaklarına delalet etmektedir.⁷⁹⁰ Hadiste söz edilen üç nitelikten biri olan "**cunûn**" eda ehliyetini tamamen ortadan kaldıran bir arızadır.⁷⁹¹ Ancak hadisin bazı rivayetlerinde mecnun yerine "**ma'tûh**" kelimesi kullanılmaktadır.⁷⁹² Ma'tûh ise "**ateh**" kökünden gelmekte olup eda ehliyetini külliyyen ortadan kaldırmayıp onu eksik kılan bir akıl noksanlığını

⁷⁸⁶ Serahsî, **el-Usûl**, C: II, s. 340.

⁷⁸⁷ Serahsî, **a.g.e.**, C: II, s. 341; Buhârî, **Keşfü'l-esrâr**, C: IV, s. 248-249; Teftâzânî, **a.g.e.**, C: II, s. 318-319; Hallâf, **İlmu usûli'l-fikhi ve hulâsatü târihi't-teşrî'**, s. 126; Ali Bardakoğlu, "Ehliyet", **DİA**, 1994, C: X, s. 533-539.

⁷⁸⁸ Hallâf, **İlmu usûli'l-fikhi ve hulâsatü târihi't-teşrî'**, s. 129.

⁷⁸⁹ Ebû Dâvud, "Hudûd", 16; Nesâî, Talâk, 21; İbn Mâce, Talâk, 15; Dârimî, "Hudûd", 1; İbn Hıbbân, "İman", C: I, s. 355; Beyhakî, **es-Sünenü'l-kübrâ**, C: III, s. 118.

⁷⁹⁰ Azîmâbâdî, **Avnu'l-Ma'bûd**, C: XII, s. 47; Askalânî, **et-Telhîsu'l-Habîr**, C: I, s. 470; Şevkânî, **Neylü'l-Evtâr**, C: I, s. 370.

⁷⁹¹ Hallâf, **a.g.e.**, s. 130.

⁷⁹² Bkz. Tirmizî, "Hudûd", 1; Ebû Dâvud, "Hudûd", 16; Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, C: II, s. 266; Taberânî, **el-Mu'cemu'l-evsat**, C: III, s. 361; **el-Mu'cemu'l-kebîr**, C: VII, s. 287; Hâkim, "Buyû", C: II, s. 67, "Hudûd", C: IV, s. 430.

ifade etmektedir.⁷⁹³ Öte yandan hadiste yer alan “buluğa erinceye kadar çocuktan” ifadesi, çocuğun temyiz ve temyiz önceki dönemleri olmak üzere buluğdan önceki her iki dönemini de kapsayıcı mahiyettedir.

Buna göre hadisin ifade ettiği mükellefiyetin kalkacağına dair hüküm, eda ehliyetinden tamamen mahrum bulunan kimselerle birlikte eksik eda ehliyetine sahip bulunan kimseleri de kapsamaktadır. Ancak eksik eda ehliyetine sahip kimseler dinin emir ve yasaklarıyla mükellef olmamakla birlikte, aklî kudretin aslının kendilerinde bulunması sebebiyle ehliyetten tamamen mahrum olan kesimlerden ayrı değerlendirilmekte, eda ehliyeti tam olanlarla bu ehliyetten tamamen yoksun bulunanlar arasında orta bir derecede görülmektedirler.

Fıkıh usulü kaynaklarında eksik ehliyetlilerin tasarrufları, Allah hakkına taalluk eden tasarruflar ve kul hakkına taalluk eden tasarruflar olmak üzere iki kısma ayrılmış ve her kısım ayrı ele alınmıştır.⁷⁹⁴ Tez konumuzla alakalı olması itibariyle biz burada eksik ehliyetlilerin kul hakkına taalluk eden tasarrufları kapsamında onlardan sadır olan akitleri ele alacağız.

Eksik ehliyetlilerin maslahatlarının gözetilmesi prensibinin bir gereği olarak İslam hukukunda bu kimselerin yaptıkları akit ve tasarruflardan; akdi yapının sadece yararına olanlar muteber, yalnızca zararına olanlar geçersiz, fayda ve zarara ihtimalli durumdakiler ise cumhura göre sahih olmakla birlikte sonuçlarını doğurmaları hukuki temsilcilerinin onayına bağlı/mevkûf kabul edilmiştir.⁷⁹⁵ Zira eksik ehliyetli kimseler, tasarruflarında kendi maslahatlarını gözetebilecek aklî kudrete tam manasıyla sahip bulunmadıklarından, onların bu tür tasarruflarında zarar görmeleri ancak aklî gücü tam olan bir hukuki temsilcinin müdahalesiyle önlenebilir. Bundan dolayı eksik ehliyetlilerin fayda ve zarara ihtimalli olan akitlerini doğrudan velinin yapması ya da velinin me’zûn kılmasıyla kendilerinin yapması halinde yapılan akit nâfiz sayılmış; veli tarafından me’zûn kılmaksızın kendi başlarına yapmaları

⁷⁹³ Buhârî, **Keşfü'l-esrâr**, C: IV, s. 274; Tefâtânî, **et-Telvîh**, C: II, s. 337.

⁷⁹⁴ Bkz. Serahsî, **el-Usûl**, C: II, s. 341-353; Buhârî, **Keşfü'l-esrâr**, C: IV, s. 249-262.

⁷⁹⁵ Ba'î, **Davâbitu'l-ukûd**, s. 168.

durumunda ise akdin nefâzı velinin icazetine bağlı kılınmıştır.⁷⁹⁶ Dolayısıyla böyle bir durumda veli akdi onaylama ya da feshetme hakkına da sahip olmaktadır.

Eda ehliyetine menfi tesir eden durumlar Fıkıh usulünde “**avârizu’l-ehliyye**”⁷⁹⁷ başlığı altında ele alınmaktadır. Eda ehliyetine etki eden bu arızalar etki derecesine göre; eda ehliyetini tamamen ortadan kaldıran, eda ehliyetini noksan kılan ve eda ehliyetini noksan kılmamakla birlikte kendisine sahip olan kişi için hacr sebebi sayılan haller olmak üzere üç kısma ayrılmaktadır.⁷⁹⁸ Eda ehliyetini tamamen ortadan kaldıran arızalara maruz kalan kimselerin akit ve tasarrufları batıl kabul edildiği için bunların yaptıkları akitlerin feshe konu olmayacağı açıktır. Dolayısıyla akit ve tasarrufları feshe konu olanlar, ehliyeti eksik kılan ya da hacr sebebi sayılan ehliyet arızalarına muhatap olan kimselerdir.

Eda ehliyetini noksan kılan durumlardan birisi, kişinin mümeyyiz olup henüz buluğa ermemiş olmasıdır. Bu hal Fıkıh usulünde semâvî ehliyet ârızaları içerisinde zikredilen “**sığar**” başlığı altında ele alınır.⁷⁹⁹ Yaş küçüklüğünü ifade eden bu terim, temyiz öncesi ve sonrası olmak üzere iki dönemi içine almaktadır. Temyiz öncesi çocuk ehliyet açısından mecnun ile aynı derecede olup eda ehliyetinden tamamen mahrum olanlar sınıfındadır. Temyiz-buluğ arası ise çocuğun eksik eda ehliyetine sahip olduğu dönemdir.⁸⁰⁰

Ehliyeti eksik kılan ikinci durum ise kişinin buluğa ermiş olsa da akıl sağlığının noksan bulunmasıdır. Bu durum usul eserlerinde “**ateh**” kavramıyla ifade edilir. Usul bilginleri bu kavramı, sahibinin sözlerini birbirini tutmaz hale getiren, akıl ve idrakte bulunan bir noksanlık şeklinde tarif etmektedirler. Bu arızayla müptela olan kişiden çıkan sözler bazen akıllı kimselerin, bazense akıl hastalarının

⁷⁹⁶ Serahsî, **el-Usûl**, C: II, s. 349; Muhammed Sellâm Medkûr, **Mebâhisü’l-hükm inde’l-usûliyyîn**, Kahire, Dâru’n-nahdati’l-arabiyye, 1379/1959, s. 258-259.

⁷⁹⁷ “**Avâriz**” sözcüğü “**ârız**”ın çoğulu olup “zuhur etti, karşısında belirdi, yoluna engel çıktı” gibi manalara gelen “عرض - يعرض” fiilinden gelmektedir. Ehliyete etki eden hallere de, kişide zuhur edip onun ehliyete bağlı tasarruflarının geçerliliğine engel teşkil ettiğinden bu isim verilmiştir. (Buhârî, **a.g.e.**, C: IV, s. 262; Medkûr, **a.g.e.**, s. 268).

⁷⁹⁸ Hallâf, **İlmu usûli’l-fıkhi ve hulâsatü târihi’t-teşrî’**, s. 130.

⁷⁹⁹ Bkz. Buhârî, **Keşfü’l-esrâr**, C: IV, s. 271-274; Sadru’s-şerîa, **et-Tavzîh**, C: II, s. 335-337.

⁸⁰⁰ İbn Emîr Hâc, **et-Takrîr**, C: II, s. 172; Sadru’s-şerîa, **a.g.e.**, C: II, s. 336.

sözleriyle benzerlik gösterir.⁸⁰¹ Bu arızaya maruz bulunan ma'tûh, akıl sağlığının temyiz gücüne imkân verecek derecede olup olmamasına göre iki grupta ele alınmaktadır. Temyiz gücünden yoksun bulunanlar ehliyet bakımından akıl hastaları ve gayri mümeyyiz çocuklar gibi olup eda ehliyetinden tamamen mahrumdurlar. Temyiz gücüne sahip olanlar ise mümeyyiz çocuk gibi eksik eda ehliyetine sahiptirler.⁸⁰²

Eksik ehliyetliler sınıfını teşkil eden mümeyyiz çocuk ve ma'tûh İslam hukukunda aslen mahcûr sayılmaktadırlar.⁸⁰³ Dolayısıyla bu kimselerin kâr ve zarara ihtimali tasarrufları hukuki temsilcileri tarafından mahkemenin hacr kararına ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan feshedilebilir.

Fıkhî kaynaklarda kâr ve zarara ihtimali tasarruflar arasında; bey', selem, istisnâ, icâre, şirket, sulh, kısmet vb. bütün ticari akitler ile birlikte rehin, iâre, vedâ, karz gibi ticaret hayatının gerektirdiği ve ticari akitlere tabi sayılan akitler zikredilir.⁸⁰⁴ Ayrıca nikâh akdi de bu türden tasarruflar arasında değerlendirilir.⁸⁰⁵ Dolayısıyla eksik ehliyetlinin bu akitlerden herhangi birini hukuki temsilcisinin izin ya da onayı olmaksızın gerçekleştirmesi halinde yapılan akit feshe elverişlidir. Hemen ifade edelim ki, bu akitler içerisinde yer alan icâre hem kira akdini hem de hizmet akdini kapsamaktadır. Dolayısıyla mümeyyiz çocuğun ya da ma'tûhun malını kiraya vermesi gibi yaptığı iş akdi de fayda ve zarara ihtimali akitlerden olup ancak velinin onayıyla nâfiz olur.⁸⁰⁶ Buna göre söz gelimi buluğa ermemiş bir çocuğun veli ya da vasisinin izin ve icâzeti olmaksızın yaptığı herhangi bir iş sözleşmesi, hukuki temsilcisi bulunan şahıs tarafından tek taraflı olarak feshedilebilir.

⁸⁰¹ Tefâtânî, **et-Telvîh**, C: IV, s. 274; İbn Emîr Hâc, **a.g.e.**, C: II, s. 176; Abdullah b. Abdülaziz el-Aclân, **el-Ehliyye ve nazariyyetü'l-hakk fi's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Riyad, Müessesetü'l-mümtâz, 1416/1996, s. 51.

⁸⁰² Muhammed Ebû Zehre, **Usûlü'l-fıkh**, Kahire, Dâru'l-fikri'l-Arabî, t.y., s. 269; Aclân, **a.g.e.**, s. 51-52; Beşir Gözübenli, "Ateh", **DİA**, 1991, C: IV, s. 51-52.

⁸⁰³ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 667. Mecelle'de bu hususta "Sağîr ve mecnûn ve ma'tûh zaten mahcûrlardır" denilmektedir. Bkz. md. 957.

⁸⁰⁴ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 679; Muhammed Abdurrahman Ali el-Hevârî, **Bahs fi'l-hacr ve eseruhû fi himâyeti'l-emvâli limüstehikkîhâ**, Kahire, Dâru'l-Hüdâ, 1409/1989, s. 48; Subhî Mahmasânî, **en-Nazariyyetü'l-âmmeh li'l-mücebâtî ve'l-ukûd fi's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Beyrut, Dâru'l-İlmi li'l-melâyîn, 1983, C: II, s. 360; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: II, s. 196; Ebû Zehre, **el-Milkiyye**, s. 301; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 500.

⁸⁰⁵ Serahsî, **el-Usûl**, C: II, s. 349; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 301.

⁸⁰⁶ Medkûr, **a.g.e.**, s. 256.

Eksik ehliyetlilerin gerçekleştirdikleri akitlerle ilgili olarak şöyle bir mesele de gündeme getirilmiştir: Bu kimselerin izinsiz yaptıkları akitlerde sırf yarar elde ettiklerinin sabit olması halinde, akdin nefâzı yine velinin onayına mı bağlı olacaktır yoksa onaya ihtiyaç olmaksızın akit nâfiz mi sayılacaktır? Meselâ mümeyyiz bir çocuk me'zûn olmaksızın malını yüksek kârla satsa, bu satım akdi kârın muhakkak olması sebebiyle velinin onayı beklenmeden nâfiz sayılacak mıdır? İslam hukukçularının bu konudaki eğilimi, eksik ehliyetliden sadır olan haddi zatında fayda ve zarara ihtimali bulunan akitlerin, vakıalar arasında ayırım yapılmaksızın velinin onayına bağlı olacağı yönündedir.⁸⁰⁷ Mecelle'de bu yaklaşım şöyle ifade edilmiştir: "...bir saġîr-i mümeyyiz bilâ-izn bir mal satsa, velev ki değerinden ziyade semen ile satmış olsa bile, bey'in nefâzı velisinin icâzetine mevkûftur"⁸⁰⁸ Çünkü çocuğun yarar veya zararı sadece yaptığı alış verişte kâr edip etmemesine göre ölçülemez. Veli tarafından bunun tespitinde başka kıstaslar da dikkate alınabilir. Mesela malın mülkiyetinin elinden çıkması bile bazen tek başına çocuk için zararlı görülebilir. Bunun için bu tür tasarruflarda her hâlükârda velinin onayına ihtiyaç vardır.⁸⁰⁹ Dolayısıyla çocuk yaptığı akitte kâr etmiş de olsa, velisinin bu akdi feshetme hakkı vardır.

Eksik ehliyetlilerin yaptığı vekâlet akdinde akdin nâfiz ya da mevkûf oluşu, dolayısıyla feshedilebilirliği, vekâlet verdikleri tasarrufun onların kendi başlarına yapabilecekleri tasarruflardan olup olmamasına göre farklılık gösterir. Buna göre eda ehliyeti nakıs olanların sadece fayda sağlayan tasarruflara velilerinin izni olmadan bir başkasını vekil kılmaları nâfiz bir akit olup veli tarafından feshedilemez. Fayda ve zarara ihtimali tasarruflara bir başkasını vekil kılmak suretiyle yaptıkları vekâlet akdi ise hukuki temsilcilerinin onayına mevkuf olup, onlar tarafından feshedilebilir.⁸¹⁰ Eksik ehliyetlinin başkasına vekil olması ise kendisine zarar getirme ihtimali olan bir tasarruf olmadığı için onun bu yönde yaptığı vekâlet akdi, vekil olduğu tasarrufun türüne bakılmaksızın nâfiz görülmüştür. Bu durumda velisinin bu vekâlet akdini feshetme yetkisi yoktur. Böyle bir durumda eksik ehliyetlinin zarar

⁸⁰⁷ Medkûr, **a.g.e.**, s. 258; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: II, s. 197.

⁸⁰⁸ **Mecelle**, md. 967. Ayr. Bkz. Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 679.

⁸⁰⁹ Medkûr, **a.g.e.**, s. 258.

⁸¹⁰ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 680; Zeydân, **a.g.e.**, s. 322-323.

görmesini önlemek için onun vekâletle yaptığı tasarrufun hukuki sonuçlarının sorumluluğu müvekkile ait kabul edilmiş, eksik ehliyetli vekil sadece sözü nakleden bir aracı (**sefir**) hükmünde sayılmıştır.⁸¹¹

2.5.2. Akdin Fuzûlî/Yetkisiz Kimse Tarafından Yapılması

Fuzûlî tabiri sözlükte “fazlalık” manasına gelen "فضل" kelimesinin çoğulu olan "فضول" kelimesine nisbetle ismi mensûbdur. Bu itibarla bu tabir “kendisinde fayda olmayan zâid işlerle meşgul olan kimse” manasına gelmektedir.⁸¹² Fıkhî bir terim olarak ise fuzûlî “velâyet, vesâyet ya da vekâlet gibi herhangi bir şer’î yetkisi olmaksızın başkası hakkında onun adına kavli tasarrufta bulunan kimse” manasında kullanılmaktadır.⁸¹³ Mesela yetkisi olmaksızın başkasının malını satan ya da kiraya veren, başkası adına mal satın alan veya nikâh akdi yapan kimse İslam hukukunda fuzûlî diye adlandırılır.

Bazı hukukçular fuzûlînin tanımında, yetkisiz yapılan akdin başkası adına yapılması kaydına özellikle vurgu yapmış, başkasının malında kendi malı olduğunu söyleyerek tasarrufta bulunan kimsenin fuzûlî sayılmayacağına ve bu kimsenin yaptığı akdin hükümsüz olacağına dikkat çekmişlerdir.⁸¹⁴ Buna göre başkasının malını çalıp yahut gasp edip satan kimse fuzûlî kapsamına girmemekte ve bu kimsenin yaptığı akit batıl hükmünü almaktadır.⁸¹⁵

Fuzûlînin gerçekleştirdiği akit ve tasarrufların hukukî niteliği hususunda İslam hukukunda iki görüş ortaya çıkmıştır. Son içtihadına göre İmam Şâfi’î, Zâhirî hukukçular ve Hanbelî mezhebinde tercih edilen görüşe göre fuzûlînin tasarrufları batıldır.⁸¹⁶ Bu yaklaşıma göre adına akit yapılan kimsenin onaylamasıyla fuzûlînin

⁸¹¹ Medkûr, **a.g.e.**, s. 305.

⁸¹² Tehânevî, **Keşşâfu Istilâhâti'l-Funûn**, C: II, s. 1278; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 287; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 502; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3013.

⁸¹³ Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 287; Kal’acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 347; Ebû Zehre, **el-Milkiyye**, s. 355; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: II, s. 200; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 503; Mecelle’de de fuzûlî: “bi-gayr-i izn-i şer’î, diğer bir kimsenin hakkında tasarruf eden kimsedir” diye tarif edilir. Bkz. md. 112.

⁸¹⁴ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 163; Senhûrî, **a.g.e.**, C: II, s. 200 (Dipnot).

⁸¹⁵ Beşir Gözübenli, “Fuzûlî”, **DİA**, 1996, C: XIII, s. 239-240.

⁸¹⁶ Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 351; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 189; Ebû İshâk, **el-Mübdî**, C: IV, s. 16; İbn Hazm, **el-Muhallâ**, C: VII, s. 351; Şevkânî, **a.g.e.**, C: V, s. 324; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3014; Gözübenli, “Fuzûlî”, C: XIII, s. 239-240.

yaptığı akit hukuken geçerlilik kazanmayacağı gibi bu akit için fesihten de söz edilemez.

Hanefî ve Mâlikî hukukçular, kavlı kadimine göre Şâfi'î ve bir rivayete göre Ahmed b. Hanbel'in dâhil olduğu İslam hukukçularının çoğunluğuna göre ise fuzûlînin yaptığı akit mün'akid olmakla birlikte, bu akdin nefâzı adına tasarruf yapılan kimsenin onayına mevkuftur.⁸¹⁷ Ancak bu akdin mün'akid olabilmesi için akit yapıldığı sırada onu onaylama yetkisine sahip bir kimsenin mevcudiyeti şarttır. Mesela yetkisiz bir kimse eda ehliyeti tam olan birisi yerine ya da eksik ehliyetli olmakla beraber velisi bulunan bir kimse adına alım-satım, nikâh vb. herhangi bir akit yaparsa, her iki durumda da yapılan tasarrufu onaylayabilecek bir yetkili mevcut olduğundan bu akit mün'akid olur. Yetkili şahıs bu akdi onaylayabileceği gibi onaylamayarak feshetme hakkına da sahiptir.⁸¹⁸ Öte yandan fuzûlînin mümeyyiz çocuk adına yaptığı hibe, vakıf, gabn-i fâhişle satış ya da kiraya vermek gibi sırf zarar verici akitler, bu tasarrufları onaylama yetkisine sahip kimse mevcut olmadığından ittifakla batıl hükmünü alırlar, dolayısıyla feshe konu olmazlar.⁸¹⁹

Fuzûlînin yaptığı akitleri batıl sayan hukukçular delil olarak Hz. Peygamber (s.a.v.)'in "لا تبع ما ليس عندك" "*yanında olmayan şeyi satma!*"⁸²⁰ hadisine dayanmışlardır. Bu görüşe göre hadiste kişinin mâlik olmadığı bir malı satması yasaklanmıştır. Şer'an yasaklanmış bir akit ise yapıldığı takdirde hükümsüz olur.⁸²¹ Yetkisizin akdini yetkili şahsın onayına bağlı olarak geçerli kabul eden çoğunluk ise, Hz. Peygamber'in Urve el-Bârikî'ye bir kurbanlık koyun alması için bir dinar vermesini, onun da bu parayla iki koyun alıp birini bir dinar karşılığında satarak aldığı koyun ve bir dinarı Allah Resûlü'ne getirmesini, Hz. Peygamber'in de bu

⁸¹⁷ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 153; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: IV, s. 505; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 351; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 189; Ebû İshâk, **el-Mübdî'**, C: IV, s. 16; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3013; Gözübenli, "Fuzûlî", C: XIII, s. 239-240.

⁸¹⁸ Ebû Zehre, **el-Milkiyye**, s. 356; Zeydân, **a.g.e.**, s. 330-332.

⁸¹⁹ Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 356; Zeydân, **a.g.e.**, s. 330-332.

⁸²⁰ Tirmizî, "Buyû", 19; Ebû Dâvud, "İcâre", 34; Nesâî, "Buyû", 60; İbn Mâce, "Ticârât", 20; Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, C: XXIV, s. 25-26; Taberânî, **el-Mu'cemu's-sağîr**, C: II, s. 55; **el-Mu'cemu'l-evsat**, C: V, s. 222; **el-Mu'cemu'l-kebir**, C: III, s. 194; Abdürrezzâk, "Buyû", C: VIII, s. 38; İbn Ebî Şeybe, "el-Buyû ve'l-akziye", C: IV, s.311.

⁸²¹ Mübârekfûrî, **Tuhfetü'l-Ahvezî**, IV, 360; Zühaylî, **a.g.e.**, IV, 3014; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 357.

durumu onaylayıp ona ticari faaliyetlerinin bereketli olması için dua etmesini⁸²² delil gösterirler.⁸²³ Bu hadisede kendisine bir koyun alması için vekâlet verilen Urve, iki koyun satın alıp onlardan birini satmak suretiyle yetkili kılınmadığı tasarruflarda bulunmuştur. Dolayısıyla bu tasarruflarında fuzûlî durumundadır. Bununla birlikte yaptığı akitler Hz. Peygamber tarafından onaylanmıştır. Bu durum fuzûlînin yaptığı akitlerin şer'an/hukuken varlık kazanmış sayıldığını göstermektedir.

Fuzûlînin gerçekleştirdiği akit, yetki sahibi şahsın onayından önce nâfiz olmadığından aynı zamanda bağlayıcılık vasfını kazanmamış (**gayr-i lâzım**) bir akittir. Bu sebeple bazı İslam hukukçuları, adına tasarruf yapılan şahsın olduğu gibi fuzûlînin ve onunla akit yapan tarafın da bu akdi onaylanmadan önce feshetme hakları olduğunu ifade etmişlerdir.⁸²⁴ Ancak fuzûlînin fesih hakkı, başkası adına yaptığı akdin, onay verildiği takdirde doğurduğu yükümlülüklerden kendisinin sorumlu olacağı bey', icâre vb. ivazlı akitlerden olması şartına bağlıdır. Zira bu tür akitlerde akde onay verildiğinde fuzûlî vekil vasfını kazanmakta ve akdin taraflara yüklediği yükümlülükleri yerine getirme sorumluluğu altına girmektedir. Dolayısıyla akit bağlayıcılık kazanmadan bu sorumluluktan kaçınmak için fesih hakkı olmalıdır.⁸²⁵

Onay verilse bile yükümlülüklerini kendisinin taşımayacağı nikâh akdi gibi tasarruflarda ise fuzûlînin onaylanmadan önce akdi feshetme yetkisi yoktur. Çünkü burada akde onay verilmesi halinde fuzûlî vekil değil sadece başkasının sözünü ileten bir elçi vasfını almakta olup, akitten doğan hak ve yükümlülüklerin sorumlusu bizzat adına akit yapılan şahıstır. Bu durumda akde onay verilmesinin fuzûlîyi ilgilendiren bir tarafı bulunmadığından onun fesih hakkına sahip olmasını gerektiren bir sebep yoktur.⁸²⁶ Fuzûlî ile akit yapan tarafın fesih hakkı için ise herhangi bir şart aranmamakta olup, yetkili şahıs onaylamadıkça bu kimse yetkisizle yaptığı her türlü sözleşmeyi feshedebilir. Çünkü bu şahıs, yetkisiz biriyle sözleşme yapması sebebiyle

⁸²² Buhârî, "Menâkıb", 28; Ebû Dâvud, "Buyû", 28; İbn Mâce, "Sadakât", 7; Dârekutnî, "Buyû", C: III, s. 392; Beyhakî, **es-Sünenü'l-kübrâ**, "Kırâz", C: VI, s. 185.

⁸²³ Azîmâbâdî, **a.g.e.**, C: IV, s. 393; Ebû Zehre, **el-Milkiyye**, s. 357; Gözübenli, "Fuzûlî", C: XIII, s. 239-240.

⁸²⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: II, s. 233.

⁸²⁵ Ebû Zehre, **el-Milkiyye**, s. 360; Zeydân, **a.g.e.**, s. 333-334.

⁸²⁶ Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 360.

maruz kalabileceği muhtemel zararlardan kendisini korumak için buna ihtiyaç duyabilmektedir.⁸²⁷

Türk Borçlar Kanununda da “yetkisiz temsil” başlığı altında fuzûlînin yaptığı hukuki işlemlerle ilgili hükümlere yer verilmektedir. Kanunun 46/I. maddesinde konuyla ilgili şöyle söylenmektedir: “Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar.” Maddeden anlaşıldığı üzere, Türk borçlar hukukuna göre yetkisiz temsilcinin yaptığı akit ve tasarruflar mutlak butlanla malul olmayıp temsil olunanın onayına bağlı olmak üzere geçerlidir. Buna göre fuzûlînin yaptığı akitlerin geçerli olmakla birlikte yetkili şahıs tarafından feshedilebilir olması hususunda Türk borçlar hukukunun yaklaşımının İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından benimsenen görüşle aynı olduğu görülmektedir.⁸²⁸

Kişinin şer’î yetkisi bulunmaksızın başkası adına tasarrufta bulunması halinde olduğu gibi, başkası adına tasarrufa yetkili kimsenin yetki sınırlarını aşan tasarruflarda bulunması durumunda da yetkisiz temsil söz konusu olur ve böyle bir tasarrufta bulunan şahıs fuzûlî kapsamında değerlendirilir.⁸²⁹ Mesela hususi vekâlette vekilin müvekkili adına hukuki işlem yapma yetkisi vekâlete konu olan tasarruflarla sınırlıdır. Dolayısıyla bu vekâlette vekil müvekkilinin tayin ettiği alanların dışında onun adına yaptığı akit ve tasarruflarda fuzûlî konumundadır.⁸³⁰ Bu durumda müvekkilin yapılan akdi onaylama hakkı olduğu gibi feshetme hakkı da vardır.

Yetkisiz temsil kapsamında temas edilmesi gereken bir tasarruf da, kişinin velisi olduğu buluşa ermiş bir kızı izni olmadan evlendirmesidir. Zira böyle bir kız çocuğu üzerindeki velâyet Hanefî hukukçulara göre “**velâyet-i nedb**” olup, veliye

⁸²⁷ Zeydân, **a.g.e.**, s. 333-334.

⁸²⁸ TBK’nın 46/II. maddesinde şu ifadeler yer almaktadır: “Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunandan, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda, diğer taraf bu işleme bağlı olmaktan kurtulur.” Bu ifadelerden, yetkisiz temsilcinin yaptığı akitlerde akdin sadece temsil olunan şahıs için bağlayıcı olmayacağı, akdin karşı tarafı içinse bağlayıcı olacağı anlaşılmaktadır. Buna göre Türk borçlar hukukuna göre söz konusu akitlerde fesih yetkisi sadece kendisi adına akit yapılan kişiye aittir.

⁸²⁹ Gözübenli, “Fuzûlî”, C: XIII, s. 239-240.

⁸³⁰ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 547; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3001.

rızası olmadan onun adına nikâh akdi yapma yetkisi vermemektedir.⁸³¹ Dolayısıyla böyle bir tasarrufta bulunan veli de Hanefî mezhebinin yaklaşımına göre fuzûlî sayılır ve velisi olduğu kız bu akdi onaylamakla feshetmek arasında seçim hakkına sahip olur.⁸³²

2.5.3. Akdin Hacr Edilmiş/Kısıtlı Kimse Tarafından Yapılması

Hacr terimi, Arapça "حَجَرَ" fiilinin masdarı olup lügatte “alıkoymak, yasaklamak, kısıtlamak” manalarına gelmektedir.⁸³³ Sahibini kötülüklerden alıkoyma özelliğinden dolayı akla da aynı kökten “**hacr** (حَجْرٌ)” denilmiştir.⁸³⁴ Fıkhî bir terim olarak ise hacr, sözlük anlamıyla da bağlantılı olarak, kişinin belirli sebeplerden dolayı kavî tasarruflarda bulunmaktan alıkonulması ve yapması halinde bu tasarruflarının hükümsüz ya da gayri nâfiz sayılmasını ifade eder.⁸³⁵ Hacr edilmiş kimseye “**mahcûr**” denilir.⁸³⁶

Tarifte işaret edildiği üzere hacr, kısıtlı kimsenin gerçekleştirdiği akit ve tasarrufları bazı durumlarda hükümsüz/batıl kılarken bazı hallerde ise mün’akid olmakla birlikte gayri nâfiz kılmaktadır. Bu durum kişinin hacr edilme sebebine bağlı olarak farklılık göstermektedir. Mümeyyiz olmayan çocuk ve akıl hastası gibi eda ehliyetinden tamamen mahrum bulunan kimseler için hacr, bunlardan sadır olan tasarrufların batıl sayılmasını ifade ederken; eksik ehliyetliler açısından hacr, yaptıkları fayda ve zarara ihtimalli olan akit ve tasarrufların nâfiz sayılmaması demektir.⁸³⁷ Buna göre hacr sebepleri arasında temyiz öncesi ve sonrası çocukluk (**sığar**), akıl hastalığı (**cünûn**), akıl noksanlığı (**ateh**) gibi eda ehliyetini ortadan kaldıran ya da eksik kılan halleri sayabiliriz. Nitekim Fıkhî kaynaklarda İslam

⁸³¹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: II, s. 247.

⁸³² Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 503.

⁸³³ Cevherî, **a.g.e.**, C: II, s. 623; İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: IV, s. 166; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 371; Feyyûmî, **a.g.e.**, C: I, s. 121.

⁸³⁴ Karâfî, **ez-Zahîra**, C: VIII, s. 228; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 343; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 649.

⁸³⁵ Cürcânî, **et-Ta’rifât**, s. 82; Tehânevî, **Keşşâfu Istilâhâti'l-Funûn**, C: I, s. 622; Kal’acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 175; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 66; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 94; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 165; H. Yunus Apaydın, “Hacir”, **DİA**, 1996, C: XIV, s. 513-517. Mecelle’de hacr: “Hacr, bir şahs-ı mahsusunu tasarruf-i kavlisinden men’dir...” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. md. 941. İtlaf gibi fiili tasarruflarda ise hacr söz konusu olmayıp kısıtlı kimse itlaf ettiği malı tazminle yükümlüdür. Bkz. Tehânevî, **a.y.**

⁸³⁶ **Mecelle**, md. 941.

⁸³⁷ İbn Âbidîn, **Reddû'l-Muhtâr**, C: VI, s. 143; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 650.

hukukçularınca ittifakla kabul edilen hacr sebepleri kapsamında bu haller sayılmaktadır. Bunların yanında ayrıca “kölelik (**rıkk**)” de ittifakla kabul edilen hacr sebepleri arasında zikredilmektedir.⁸³⁸ Bu hallerdeki kişiler şer’an mahcur kabul edilmekte olup hacr edilmeleri için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur.⁸³⁹

Bu durumların dışında eda ehliyetini ortadan kaldırma ya da nakıs kılma gibi bir işlevi olmamakla birlikte ehliyete etki eden arızalar arasında sayılan bazı haller vardır. Bu hallerin hacr sebebi olup olmayacağı hususunda İslam hukukçuları arasında ihtilaf bulunmaktadır. İmam Ebû Hanîfe, Züfer ve Zâhirî hukukçulara göre hacr sebebi sayılan haller yukarıda zikredilen durumlarla sınırlı olup, bunların dışındaki herhangi bir sebeple kişi hacr altına alınamaz.⁸⁴⁰ Şâfi’î, Mâlikî, Hanbelî mezhepleri ile Hanefîlerden Ebû Yusuf ve Muhammed’e göre ise aslî hacr sebebi sayılan mezkûr durumların haricinde de, yargı kararıyla kişiyi hacr altına almayı gerektiren bazı sebepler bulunmaktadır.⁸⁴¹ Bu sebepler sefeh ve borç durumlarıdır.

2.5.3.1. Sefeh Sebebiyle Hacr

Sefeh terimi fikhî kaynaklarda: “İnsana arız olan ve onu aklî melekelerinde bir noksanlık bulunmamasına rağmen malında aklın ve dinin gereklerine aykırı tasarruflar gerçekleştirmeye iten bir hafiflik” olarak tarif edilir ve bu hafiflik kendisinde bulunan kimseye “**sefih**” denilir.⁸⁴² Mecelle’de sefih’in tanımı şöyle yapılmaktadır:

“Sefih, malını beyhûde yere sarf ile masârifinde tebzîr ve isrâf ile izâ’a ve itlâf eden kimsedir. Ebleh ve sâdedil (safdil) olmak hasebiyle, kâr ve temettu’ yolunu bilemeyip de, ahz ve i’tâsında aldanagelen kimseler dahi sefih addolunur.”⁸⁴³

⁸³⁸ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXIV, s. 156; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 277; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 94; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 169; Nesefî, **Kenz**, s. 571; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 273; Haskefî, **a.g.e.**, s. 605;

⁸³⁹ Mâverdî, **el-Hâvi’l-Kebîr**, C: VI, s. 342; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 667; Apaydın, “Hacir”, C: XIV, s. 513-517.

⁸⁴⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 169; İbn Hazm, **el-Muhallâ**, C: VII, s. 140.

⁸⁴¹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 169; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 130-131; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 62; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 343.

⁸⁴² Tehânevî, **Keşşâfu Istilâhâtî’l-Funûn**, C: I, s. 958; Cürcânî, **et-Ta’rîfât**, s. 119; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 174; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 498-499.

⁸⁴³ **Mecelle**, md. 946.

Bu tarife göre harcamalarda israf ve savurganlık (**tebzîr**), malı batıl yollarda sarf ederek ifsat etme ve ticarete sürekli gabne maruz bırakan gaflet hali sefih anlam sahasına girmektedir.⁸⁴⁴

İmam Ebû Hanîfe sefih de olsa buluğa ermiş, akıllı ve hür kimsenin hacr altına alınamayacağı, bu sebeple malını faydasız yerlere harcayarak ve israf ederek ziyan etse bile sefih gerçekleştirdiği akit ve tasarrufların geçerli olacağı görüşündedir. Çünkü sefih şer'an mükellef olma bakımından reşid kimse gibidir.⁸⁴⁵ Zira sefihlik akıl sağlığındaki bir noksanlık değil, arzulara uyup aklın gerektirdiği gibi davranmayı terk etmektir. Bu açıdan sefih, aklî dengesinde zaaf bulunan biri değil iradesi zayıf olan bir kimsedir.⁸⁴⁶ Bu sebeple reşid kimselerle aynı hükümlere tabi olur. Ayrıca sefih kendi mallarında tasarruf edebilme yetkisinin elinden alınması, onun insanlık onurunu çiğnemek ve onu hayvanların derekesine düşürmek anlamına gelir. Bunun ona vereceği zarar mallarını saçıp savurmasından daha ağırdır. Hafif bir zararı gidermek için ağır zarara katlanılmaz.⁸⁴⁷ Ebû Hanîfe'nin bu yaklaşımına göre sefih yaptığı her türlü tasarruf nâfiz olduğundan, onun yaptığı akitler üçüncü bir şahıs tarafından feshe konu edilemez.

İmâmeyne ve diğer üç mezhep müçtehitlerine göre ise sefihlik bir hacr sebebidir ve bu sebeple kişi feshi kabul eden akit ve tasarruflarında hacr altına alınabilir.⁸⁴⁸ Bu görüşte sefih malını akla aykırı bir şekilde ziyan etmesi yönüyle buluğa ermemiş çocuk gibi değerlendirilmiştir. Dolayısıyla sefih çocuğa kıyasla hacr edilmesinin onun maslahatına uygun olacağı savunulmuştur.⁸⁴⁹ Bunun yanında şu ayet de bu hususta delil olarak kabul edilmiştir:

⁸⁴⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 169; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 147; Apaydın, "Hacir", C: XIV, s. 513-517. Bazı fikhî kaynaklarda, yaptığı akitlerde sürekli gabne maruz kalan kimse, sefihle aynı hükme tabi olmakla birlikte "**zü'l-gafle**" adı altında ayrı bir sınıf olarak ele alınmaktadır. Bkz. Ba'î, **Davâbitü'l-ukûd**, s. 178-179; Senhûrî, **Nazariyyetü'l-Akd**, s. 242-243.

⁸⁴⁵ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 278.

⁸⁴⁶ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXIV, s. 157.

⁸⁴⁷ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 278; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 68.

⁸⁴⁸ Serahsî, **a.g.e.**, C: XXIV, s. 157; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 169; Mâverdî, **el-Hâvi'l-Kebîr**, C: VI, s. 342; Kurtubî, **el-Kâfi**, C: II, s. 833; Mer'î b. Yusuf el-Kermî, **Defilü't-tâlib li neyli'l-metâlib**, thk. Ebû Kuteybe Nazar Muhammed el-Fâryâbî, Riyad, Dâru Taybe, 1425/2004, s. 147.

⁸⁴⁹ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 278; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 69.

"...فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يملّ هو فليملل وليّه بالعدل..."

"...Şayet borçlu sefih veya zayıf yahut kendisi yazdırmaktan aciz bulunan birisi ise velisi adaletle yazdırsın..."⁸⁵⁰

Bu ayete dayanılarak sefihın üzerinde bir başkasının velayet hakkının sabit olduğu, bu sebeple onun bazı tasarrufları kendi başına yapma hususunda kısıtlı olduğu ifade edilmiştir.⁸⁵¹ Bu durumda cumhurun yaklaşımına göre sefih tam ehliyete sahip olsa da, kısıtlı olduğu tasarruflarda eksik eda ehliyetine sahip kesimler hükmündedir.⁸⁵² Buna göre sefihın yaptığı kâr ve zarara ihtimalli akitlerin nefâzı velisinin onayına bağlı olup, veli bu akitleri feshetme hakkına sahiptir.

Sefihın hacr altına alınabileceği görüşünde olan İslam hukukçularının çoğunluğu bu hacrın ancak hâkim kararıyla sabit olacağı kanaatindedir.⁸⁵³ İmam Muhammed ise sefihın mahkeme kararı olmaksızın kendiliğinden mahcur olduğunu savunmaktadır.⁸⁵⁴ Bu ihtilaftan şu sonuç çıkmaktadır: İslam hukukçularının çoğunluğuna göre sefihın mahkemenin hacr kararından önce yaptığı akitler nâfiz olup hukuki temsilcisi tarafından feshedilmeye elverişli değilken, İmam Muhammed'in yaklaşımına göre bu akitler mevkûf olup sefihın velisi tarafından feshedilmeye elverişlidir.

Hacr edilmiş sefihın feshe elverişli olan mali ivazlı akitleri velinin onayına bağlı görülmekle birlikte onun nikâh akdinin dâhil olduğu feshe imkân vermeyen akit ve tasarrufları kimsenin icazetine ihtiyaç duyulmaksızın nâfiz sayılmaktadır. Bu tür tasarruflarda sefih reşitle aynı hükme tabi olup eksik eda ehliyetine sahip kimselerden ayrılır.⁸⁵⁵ Ayrıca eksik ehliyetlilerin aksine sefihın üzerinde baba, dede ve vasilerinin velayet hakkı yoktur. Onun üzerinde velâyet sahibi olabilecek tek kişi hacr kararını veren hâkim ya da onun bu hususta yetkili kıldığı kayyımdır.⁸⁵⁶

⁸⁵⁰ Bakara 2/282.

⁸⁵¹ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXIV, s. 157; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 169; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 91.

⁸⁵² İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 148.

⁸⁵³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 169; Mâverdî, **a.g.e.**, C: VI, s. 342; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 62; Buhâtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 452.

⁸⁵⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 169.

⁸⁵⁵ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 171; Haskefî, **a.g.e.**, s. 605.

⁸⁵⁶ Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 242; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 709.

Mecelle’de buna binaen şöyle denilmiştir: “Sefih-i mahcûr, bir malını satsa nâfiz olmaz ise de, hâkim menfaat görürse icâzet verir.”⁸⁵⁷ Sefihin zarar ettiğini ve malının zayi olduğunu görmesi halinde ise hâkim bu akdi onaylamayıp fesheder.⁸⁵⁸

2.5.3.2. Borç Sebebiyle Hacr

İslam hukuku kaynaklarında borçlunun hacr edilmesi meselesi genellikle iki durumda gündeme getirilmektedir. Bunlardan biri borçlunun ödeme gücü olduğu halde borcunu ödememesi (**mumâtale**) halidir.⁸⁵⁹ İmam Ebû Hanîfe’ye göre borçlu bu sebeple hacr altına alınmaz. Çünkü bu, eda ehliyeti tam olan bir kimsenin ehliyetini yok saymak anlamına gelir ki, sefeh meselesinde de belirtildiği üzere bu caiz değildir. Alacaklıların haklarının korunması borçlunun borcunu eda edinceye kadar hapsedilmesiyle de mümkündür. Bundan dolayı borçlunun temerrüdü halinde bu yola başvurulur.⁸⁶⁰

İmam Muhammed ve Ebû Yusuf’un dâhil olduğu cumhura göre ise bahsi geçen durumda alacaklıların talebi üzerine borçlu şahıs hâkim kararıyla hacr altına alınabilir.⁸⁶¹ Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v.)’in Muaz b. Cebel (v. 17/638) (r.a.)’i borcu sebebiyle hacr altına aldığı ve malını satarak onun borcunu ödediği rivayet edilmiştir.⁸⁶² Ayrıca mütemerrid borçlular, mallarının borcun tahsili için hacedilmesini önlemek amacıyla muvâzaalı akit (**telcie**) yaparak onları göstermelik olarak başkalarının mülkiyetine geçirebilmektedirler. Bundan dolayı alacaklıların haklarını korumak için borçlunun hacr altına alınmasına ihtiyaç duyulmaktadır.⁸⁶³ Mahkeme hacr kararı verdiği anda borçlunun bu karar sırasında mülkiyetinde bulunan mallarda yapacağı alacaklıya zarar verecek tasarrufları nâfiz olmaz.⁸⁶⁴ Meselâ hacr edilmiş borçlu malını semeni mislin altında bir fiyata satsa yaptığı akit mevkûf olur. Bu durumda akdin nâfiz olabilmesi için müşterinin fiyatı semeni misle tamamlaması

⁸⁵⁷ Mecelle, md. 993. Ayr. bkz. İbn Âbidîn, **Reddü’l-Muhtâr**, C: VI, s. 150.

⁸⁵⁸ Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 242; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 712.

⁸⁵⁹ Bkz. Mecelle, md. 998. Ayr. bkz. Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 717; Apaydın, “Hacir”, C: XIV, s. 513-517.

⁸⁶⁰ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXIV, s. 163; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 72.

⁸⁶¹ Serahsî, **a.g.e.**, C: XXIV, s. 163; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 67.

⁸⁶² Taberânî, **el-Mu’cemu’l-evsat**, C: VI, s. 105; Dârekutnî, **Akziye**, C: V, s. 413.

⁸⁶³ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXIV, s. 163; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 282; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 717.

⁸⁶⁴ Serahsî, **a.g.e.**, C: XXIV, s. 163.

gerekir. Aksi takdirde akit feshedilir ve müşteri mebi'i iade eder.⁸⁶⁵ Yine mahcûr borçlunun malını hibe etmesi veya rehin vermesi gibi akitleri de mevkûf olup alacaklıların talebiyle feshedilebilir.⁸⁶⁶

Borçlunun hacr edilmesinin söz konusu olduğu ikinci durum ise iflas halidir. İflas sözcüğü fıkıh dilinde, kişinin borçları birikip gideri gelirinden fazla olduğu için onları ödemekten aciz kalmasını⁸⁶⁷ ya da mal varlığı ile hak ve alacakları kadar veya daha fazla borcunun bulunmasını ifade etmektedir.⁸⁶⁸ İmkânı olduğu halde borcunu ödemeyen borçlunun hacr edilmesi meselesindeki ihtilafın aynısı müflis borçlu hakkında da geçerlidir. Dolayısıyla Ebû Hanîfe dışında kalan cumhura göre, alacaklılar talep ederlerse hâkim borçluyu iflas sebebiyle hacr altına alır.⁸⁶⁹ Mecelle'de de çoğunluğun görüşü benimsenmiş olup ilgili maddede şöyle söylenilmektedir:

“Medyûn-i müflis, yani düyûnu malına müsâvi yahut ezyed olup da guramâsı ticaretle malının zâyi' olmasından yahut malını kaçırmamasından veya âharın üzerine geçirmesinden havf ile hâkime müracaat ederek, malında tasarruftan yahut âhara borç ikrârından hacr olunmasını talep ettiklerinde, hâkim ol kimseyi hacr eder...”⁸⁷⁰

Buna göre hacr edilen müflis borçlunun alacaklılara zarar veren akitleri de gayri nâfiz olup feshe elverişlidir.

Burada temas edilmesi gerektiğini düşündüğümüz bir mesele de, hacr altına alınmış bulunan her iki tür borçlunun gayri nâfiz/mevkûf sayılan akitlerini onaylama ya da feshetme yetkisinin kime ait olduğudur. Hemen ifade edelim ki, borçlunun hacr edilmesi alacaklıların haklarını korumaya matuf bir uygulama olduğu için bu yetki haliyle onlara ait olacaktır. Nitekim muasır İslam hukukçularından Zerkâ da bu hususu ifade etmiştir.⁸⁷¹ Ancak borçlunun gerçekleştirdiği akdin zarar gerekçesiyle feshedilmesi kanaatimizce alacaklının tek başına gerçekleştirebileceği bir tasarruf

⁸⁶⁵ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 725.

⁸⁶⁶ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 501.

⁸⁶⁷ Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 350; Fahrettin Atar, “İflâs”, **DİA**, 2000, C: XXI, s. 509-512.

⁸⁶⁸ Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 290; Atar, “İflâs”, C: XXI, s. 509-512.

⁸⁶⁹ Konuyla ilgili mezheplerin görüşleri için bkz. Kudûrî, **a.g.e.**, s. 96; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 67; Nevevî, **Minhâc**, s. 120; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 292; Ebû İshâk, **el-Mübdi'**, C: IV, s. 282.

⁸⁷⁰ **Mecelle**, md. 999.

⁸⁷¹ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 501.

olmayıp yargı kararı ile olmalıdır. Zira başkasının yapmış olduğu akdi feshetmek şer'î velâyet/yetki gerektiren bir işlemdir. Bu husustaki velâyet ise hâkime aittir. Çünkü hâkim velâyet-i âmmesi ile borçluyu hacr altına almaya yetkili olduğu gibi onun adına mallarını satıp borcunu ödeme yetkisine de sahiptir.⁸⁷² Bu da borçlunun velayetinin hâkime ait olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla hacr altındaki borçlunun yaptığı alacaklılara zarar veren akitlerin feshi ancak alacaklıların talebi üzerine hâkim kararıyla gerçekleştirilebilir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, borçlunun, kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin temel ihtiyaçlarını temin çerçevesinde yaptığı akitler hacr kapsamında değildir. Çünkü kişinin asli ihtiyaçları alacaklılarının haklarından daha önceliklidir.⁸⁷³ Dolayısıyla bu akitler nâfiz olup feshe konu edilemez.

2.5.4. Akde Üçüncü Şahısların Haklarının Taalluk Etmesi

Eda ehliyeti tam olan ve hakkında mahkeme tarafından verilmiş bir hacr kararı bulunmayan yetki/velâyet sahibi kimselerin yaptıkları bazı akitler de, üçüncü şahısların haklarının ihlaline sebep oldukları gerekçesiyle İslam hukukunca nâfiz sayılmamış olup, akde hakkı taalluk eden kişi ya da kişilerin bu akitleri onaylama ya da feshetme hakkı bulunmaktadır. Üçüncü şahısların haklarını ihlal etmesi sebebiyle fesih hakkı doğuran durumlar şunlardır:

2.5.4.1. Akdin Maraz-ı Mevt Halindeki Kimse Tarafından Yapılmış Olması

Maraz-ı mevt tamlaması İslam hukuku kaynaklarında muhtelif ifadelerle tarif edilmektedir. Bazı tariflerde maraz-ı mevt: “Kişiyi erkekse ev dışında, kadınsa ev içinde işlerini göremeyecek derecede aciz hale getiren ve genellikle ölümle sonuçlanan hastalık” şeklinde ifade edilir.⁸⁷⁴ Bazılarında ise bu hastalığın, uzman

⁸⁷² Bkz. **Mecelle**, md. 998, 999. Ayr. Bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXIV, s. 164; Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 282; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 94; Mâverdî, **a.g.e.**, C: VI, s. 342; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 67; Musa b. Ahmed el-Hicâvî, **el-İknâ' fî fikhi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel**, thk. Abdüllatîf Muhammed Musa es-Sübki, 4 c., Beyrut, Dâru'l-ma'rife, t.y., C: II, s. 216.

⁸⁷³ İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 151; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 723; Apyadın, “Hacir”, C: XIV, s. 513-517.

⁸⁷⁴ Tehânevî, **Keşşâfu Istilâhâtî'l-Funûn**, C: II, s. 1515; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 343.

doktorlar tarafından sıklıkla ölümle sonuçlandığı söylenen hastalık olduğu belirtilir.⁸⁷⁵ Mecelle'deki tarifte ise ayrıca, araya sağlık girmeden en geç bir sene içinde ölümle sonuçlanması kaydı yer almaktadır.⁸⁷⁶ Bu farklı tariflerin hepsinde vurgulanan husus maraz-ı mevtin ölümcül bir hastalık olduğudur. Dolayısıyla bu hastalığın tespitinde esasen kişiyi günlük işlerini yapmaktan aciz bırakıp bırakmaması değil içinde yaşanan dönemin imkânlarına göre ölümcül olma vasfını taşıyıp taşıyamaması esas alınmalıdır.

Öte yandan idama mahkûm edilmiş kimsenin cezanın infaz edileceği alana çıkarılması, savaşta düşmanla sıcak çatışmaya girme, yırtıcı bir hayvanın saldırısına maruz kalma, yüzme bilmeyen kimsenin batmakta olan gemide bulunması gibi genellikle ölümle sonuçlanan her türlü hal de fıkhî maraz-ı mevt hükmünde kabul edilmiştir.⁸⁷⁷

İslam hukukunda mirasçılarının haklarını korumak amacıyla miras bırakacak kişinin onların zararına olabilecek tasarruflarına kısıtlamalar getirilmiştir. Meselâ kişinin herhangi bir kimse için malından vasiyette bulunması meşru kılınmakla birlikte bu tasarruf malın azami üçte biriyle sınırlı tutulmuş, bunu aşan miktarda yapılan vasiyetin nefâzı mirasçılarının onayına bırakılmıştır.⁸⁷⁸ Aynı şekilde bir mirasçıya yapılan vasiyetin yürürlüğe girmesi de diğer mirasçılarının icâzetine bağlı kılınmıştır.⁸⁷⁹ Buna göre söz konusu durumlarda mirasçılar yapılan vasiyeti onaylamak ya da feshetmek hususunda serbesttirler. Ancak mirasçılarının tereke üzerindeki hakları mûrisin ölümüyle birlikte sabit olduğundan, vasiyetin onaylanması ya da feshedilmesi ancak miras bırakanın ölümünden sonra mümkün olabilmektedir.⁸⁸⁰

⁸⁷⁵ Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 306; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4503.

⁸⁷⁶ Bkz. **Mecelle**, md. 1595; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 344.

⁸⁷⁷ Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 306-307; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: IV, s. 137; Zeydân, **a.g.e.**, s. 303.

⁸⁷⁸ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 513; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: V, s. 63; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 460; Molla Hüsrev Muhammed b. Ferâmerz, **Gureru'l-ahkâm**, 2 c., (Düreru'l-hükkâm şerhiyle birlikte), y.y., Dâru İhyâi'l-kütübi'l-arabiyye, t.y., C: II, s. 427; Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 340; Merdâvî, **el-İnsâf**, C: VII, s. 193.

⁸⁷⁹ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 242; Halebî, **Mültekâ**, C: IV, s. 418; Merdâvî, **a.g.e.**, C: VII, s. 193.

⁸⁸⁰ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 514; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: V, s. 63; Molla Hüsrev, **Düreru'l-Hükkâm**, C: II, s. 427;

İslam hukuku yine mirasçıları korumak gayesiyle maraz-ı mevt halinde olan veya hükmen bu halde kabul edilen kimselerin yaptıkları bazı akitlerin nefâzını varislerin onayına bağlı kılmıştır. Bundan dolayı bu kimselerin yaptıkları mal varlıklarında üçte birden fazla oranda eksilmeye sebep olan teberru türü akitler nâfiz sayılmadığı gibi, bunlardan sâdır olan mezkûr oranda fâhiş gabne yol açan mali muâvazalı akitler de nâfiz sayılmamaktadırlar.⁸⁸¹ Zira maraz-ı mevt esnasında yapılan bu tür mal kaybına sebep olan akitler vasiyet hükmünde olup malın üçte biriyle sınırlıdır.⁸⁸²

Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, usûl bilginleri maraz-ı mevtten bahsederken; hastalığın ölümcül olduğunun ancak ölümle sonuçlandığında netleşeceğini, bu sebeple ölümünden önce hastanın hacr edilmiş sayılmayacağını, öldüğünde ise hastalığın başlangıcından itibaren mahcûr hükmünde kabul edileceğini belirtmektedirler.⁸⁸³ Bu ifadelerde hastanın ölmesi halinde hastalığın başından itibaren mahcûr sayılacağına ifade edilmesi, usul bilginlerinin maraz-ı mevti hacr sebebi olarak kabul ettiklerini göstermektedir. Ancak ölümle sonuçlanmadan önce maruz kalınan hastalığın maraz-ı mevt olduğunu kesin olarak tespit etmek mümkün olmadığından, usulcüler hacr hükmünün hastalığın ölümle sonuçlandığı anda yürürlüğe girmesi gerektiği kanaatine varmışlardır.

Bu yaklaşımdan şu sonuç çıkmaktadır: Maraz-ı mevt halindeki kişi hayattayken mahcûr sayılmadığından, onun ölmeden önce yaptığı her türlü tasarruf mirasçıların onayına ihtiyaç duymaksızın şer'an nâfiz kabul edilir. Ancak hastalık ölümle sonuçlandığında bu kimse hastalık anından itibaren mahcûr hükmünde kabul edildiğinden, hastayken yapmış olduğu mirasçıların haklarını ihlal eden tasarruflar yapıldıkları andan beri gayr-i nâfiz hükmünde sayılır. Bu durumda mirasçılar bu akdi onaylayarak nâfiz kılma ya da onaylamamak suretiyle feshetme hakkına sahip olurlar. Mesela eda ehliyeti tam olan bir kimse maraz-ı mevt hâlindeyken değerli bir gayrimenkulünü, karşı taraftan herhangi bir aldatma ve istismar olmaksızın

⁸⁸¹ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 501-502; Zeydân, **a.g.e.**, s. 304-305; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4504.

⁸⁸² Mergînânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 514; Mevsilî, **a.g.e.**, C: V, s. 72; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4504.

⁸⁸³ Sadru's-şerîa, **et-Tavzîh**, C: II, s. 350-351. Ayr. bkz. İbnü'l-Hümâm Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvâhid es-Sîvâsî, **et-Tahrîr**, 3 c., (et-Takrîr ve't-Tahbîr şerhiyle birlikte), 2. bs., y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1403/1983, C: II, s. 186.

kıymetinden çok düşük fiyata kendi rızasıyla satsa, bu akit yapıldığı anda nâfiz olur. Ancak bu hastalığın ölümle sonuçlanması halinde, eğer fâhiş gabinli satıştan doğan mali kayıp ölenin bu kayıptan önceki toplam mal varlığının üçte birinden fazlasına karşılık geliyorsa, bu akit mirasçılarının hakkını ihlal ettiğinden dolayı yapıldığı andan itibaren gayr-i nâfiz sayılır ve mirasçılar diledikleri takdirde bu akdi feshedebilirler.

Usul âlimlerinden Teftâzânî (v. 792/1390) de bu hususla ilgili şöyle söylemektedir:

“Maraz-ı mevt halindeki hastanın feshe elverişli her tasarrufu yapıldığı anda geçerli olur. Daha sonra ihtiyaç duyulursa bu tasarruf feshedilir.”⁸⁸⁴

Maraz-ı mevt durumundaki kişi borçluysa, onun malında yapacağı bazı tasarruflara alacaklılarının da hakları taalluk etmektedir. Şöyle ki, eğer borcu bütün malını kapsıyorsa malının tamamındaki, bütün malını kapsamıyor ise borcuna tekabül eden kısmındaki malî kayıp doğuran akit ve tasarruflarının nâfiz olması alacaklıların onayına bağlı olur.⁸⁸⁵ Yalnız bu durumda mahkemenin borç sebebiyle verdiği bir hacr kararı yoksa hastanın söz konusu akitleri yapıldığı anda geçerli olmakla beraber, hastalığın ölümle sonuçlanması durumunda alacaklıların kendi haklarını ihlal eden akitleri feshetme yetkileri vardır.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, hastanın temel ihtiyaçlarını temin kabilinden yaptığı akitlere başkalarının haklarının taalluk etmesi söz konusu değildir. Bunun için mal kaybına sebep olsa da onun temel ihtiyaçlarını temin için yaptığı akitler şer’an nâfiz sayılmakta olup varislerin ya da alacaklıların hastanın ölümünden sonra bunları feshetme hakkı yoktur.⁸⁸⁶

2.5.4.2. Akit Konusu Malın Rehin Bırakılmış veya Kiraya Verilmiş Bulunması

Borcuna karşılık malını rehin veren kimse (**râhin**), rehin alan alacaklının (**mürtehin**) hakkı rehin bıraktığı mala taalluk ettiğinden dolayı onda dilediği gibi

⁸⁸⁴ Sadru’ş-şerîa, **et-Tavzîh**, C: II, s. 351.

⁸⁸⁵ İbn Emîr Hâc, **et-Takrîr**, C: II, s. 186; Zeydân, **a.g.e.**, s. 304.

⁸⁸⁶ Teftâzânî, **et-Telvîh**, C: II, s. 351; İbn Emîr Hâc, **a.g.e.**, C: II, s. 186.

tasarrufta bulunma hakkına şer'an sahip değildir. Bazı İslam hukukçuları râhinin bu kısıtlılığını bir nevi hacr olarak değerlendirmişlerdir.⁸⁸⁷ Kadri Paşa bu kısıtlılığın çerçevesini şöyle ifade etmiştir: “Râhinin, borçtan teberrî etmeden rehin bıraktığı malda yaptığı bey’, icâre, hibe vb. feshe elverişli her türlü tasarrufunun nefâzı mürtehinin rızasına bağlıdır.”⁸⁸⁸ Bu durumda râhinin merhûn mal üzerinde yaptığı bu tür akitler, mün’akid olmakla birlikte râhin ödeme, ibra vb. bir yolla borcundan kurtulana kadar ya da mürtehin bu akitlere onay verene kadar mevkuftur. Çünkü mürtehinin rehin akdinin hukuki sonucu olarak rehin bırakılmış malda, gerektiğinde alacağını ondan tahsil edebilmek için alıkoyma (**habs**) hakkı vardır.⁸⁸⁹

Mürtehinin râhinin yaptığı akde onay vermemesi halinde akdin feshedilmiş sayılıp sayılmayacağı hususunda İslam hukukçuları arasında iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan birisi, bu durumda râhinin akdinin tıpkı fuzûlînin onay verilmeyen akdi gibi feshedilmiş sayılacağı yönündedir.⁸⁹⁰ Bu görüşe göre mesela râhin rehin verdiği malını mürtehinin izni olmadan satsa, müşteri ile râhin arasında yapılan satım akdi bu akde hakkı taalluk eden mürtehin tarafından feshedilebilir. İbn Rüşd’ün belirttiğine göre İslam hukukçularının çoğunluğu, mürtehinin râhinin yaptığı akdi onaylama yetkisine sahip olduğu gibi feshetme hakkına da sahip bulunduğu kanaatindedir.⁸⁹¹ Ancak Mâlikî hukukçu Sehnûn (v. 240/854), mürtehinin bu hakkının râhinin malı onun hakkından daha düşük fiyata satması halinde söz konusu olacağını söyler. Merhûn malın mürtehinin alacağını karşılayacak kadar veya daha yüksek bir fiyata satılması halinde ise akit nâfiz olur ve mürtehinin hakkı satılan malın bedeline taalluk eder.⁸⁹²

İkinci yaklaşıma göre ise râhinin yaptığı akit mürtehinin icazet vermemesiyle münfesih olmaz. Esah rivayete göre Hanefî mezhebinin görüşü bu yöndedir.⁸⁹³ Bu

⁸⁸⁷ Bkz. Nevevî, **Ravza**, C: IV, s. 177; Ebû İshâk, **el-Mübdi’**, C: IV, s. 281; Hicâvî, **el-İknâ’**, C: II, s. 207.

⁸⁸⁸ Kadri Paşa, **a.g.e.**, s. 146, md. 884. Ayr. bkz. **Mecelle**, md. 747.

⁸⁸⁹ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 93; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 429; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 69; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 256.

⁸⁹⁰ Merğînânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 430; Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 69; Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 155.

⁸⁹¹ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 60.

⁸⁹² Sahnûn, **el-Müdevvene**, C: IV, s. 133.

⁸⁹³ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 69; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 299; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 256;

yaklaşımına göre mürtehinin onaylamaması akdin nefâzını rehin malın geri alınmasına kadar geciktiren bir tasarruf olup fesih olarak görülmemektedir. Çünkü burada akdin nâfiz sayılmaması mürtehinin hakkını korumaya yönelik bir tedbirdir. Bu hak akdin mevkûf olarak beklemesiyle korunmuş olup feshe ihtiyaç yoktur.⁸⁹⁴ Ancak bu durumda müşteri akit sırasında malın rehin olduğunu bilmiyorsa, mal geri alınmaya kadar bekleyebileceği gibi akdin feshedilmesi talebiyle mahkemeye de başvurabilir. Bu durumda hâkim satıcının akitten doğan malı teslim yükümlülüğünü ifa edememesi gerekçesiyle akdi fesheder.⁸⁹⁵

Öte yandan mürtehinin de merhûn malda râhin tarafından yetkili kılınmadıkça tasarrufta bulunma hakkı yoktur. Çünkü rehin akdi alacağı güvenceye almak amaçlı olup mürtehin için rehin mal üzerinde mülkiyet hakkı doğurmamaktadır.⁸⁹⁶ Bu sebeple mesela mürtehinin merhûn malı izinsiz satması halinde akit yine nâfiz sayılmaz ve bu durumda râhinin mürtehin ile müşteri arasında yapılan akdi onaylama ya da feshetme hakkı vardır.⁸⁹⁷ Ayrıca mürtehinin kendisine verilmiş herhangi bir vekâlet söz konusu olmaksızın rehin malı emanet bırakması, kiraya vermesi, ödünç vermesi, bir başkasına rehin vermesi gibi akitleri de râhinin onayına mevkuftur.⁸⁹⁸

Kiraya verilmiş mal üzerinde yapılan mülkiyeti nakledici akitlere gelince; İslam hukukunda bu akitler rehin bırakılmış malın konu edildiği akitlerin aksine akdin tarafları arasında nâfiz sayılmıştır. Mecelle'nin şu maddesinde bu husus ifade edilmektedir: "Müste'cirin izni olmaksızın âcir me'cûru satsa, müste'cir hakkında bey' nâfiz olmaz ise de, bâyi' ile müşteri beyninde nâfiz olur..."⁸⁹⁹

⁸⁹⁴ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 430; Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 256; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 508; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 187.

⁸⁹⁵ Merğînânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 430; Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 69; Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 256; İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: VIII, s. 299; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: VI, s. 508.

⁸⁹⁶ Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 255.

⁸⁹⁷ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: VI, s. 508. Burada mürtehin akdi mal sahibinden yetki almadan gerçekleştirdiği için aynı zamanda fuzûlî konumundadır. Dolayısıyla bu durumda râhinin akdi feshetme hakkı, "akdin yetkisiz kimse tarafından yapılmış olması gerekçesiyle feshi" kapsamında da değerlendirilebilir.

⁸⁹⁸ Kadri Paşa, **a.g.e.**, s. 146, md. 885.

⁸⁹⁹ **Mecelle**, md. 590.

Me'cûr malın, konusu olduğu akdin onda hakkı bulunan üçüncü şahsın onayına bağlı olmaksızın taraflar arasında nâfiz sayılması yönüyle merhûn maldan ayrı hükme tabi tutulmasının sebebi kanaatimizce şudur: Merhûn mal mürtehin tarafından alacağına karşılık alıkonulmakta ve onun için gerektiğinde satılıp bedelinden alacağın tahsil edileceği bir güvence oluşturmaktadır. Râhinin bu mal üzerinde yaptığı mülkiyet nakledici akdin mürtehinin onayı olmaksızın nâfiz sayılması halinde onun bu güvencesi ortadan kalkar. Çünkü bu durumda mal borçlunun elinden çıkıp bir başkasının mülkiyetine intikal etmektedir. Bu durumda malın rehin olma vasfı ortadan kalkacağı için, mürtehinin bu malın satılması suretiyle alacağını tahsil etme imkânı kalmayacaktır. Kiraya verilmiş mal üzerinde yapılan akdin nâfiz sayılması durumunda ise kiracının böyle bir hak kaybı söz konusu olmamaktadır. Zira onun kira sözleşmesinin süresi bitene kadar kiralık maldan yeni malikine kira ödeyerek yararlanması mümkündür.⁹⁰⁰

Kiraya verilmiş mal üzerinde yapılan satım akdinin mal sahibi ile müşteri arasında nâfiz olmasından, kiracının bu akdi feshetme hakkının olmadığı sonucu çıkmaktadır. Nitekim Kâsânî onun bu durumda fesih yetkisine sahip olmayacağını açıkça ifade etmektedir.⁹⁰¹ Ancak Mecelle'nin mezkûr maddesinde belirtilen, mevzu bahis akdin kiracı hakkında nâfiz olmayacağına dair hükümden anlaşıldığına göre, kiralanmış malın mülkiyeti bu akitle el değiştirmiş olsa da kiracı kira süresinin sonuna kadar bu maldan yararlanma hakkına sahiptir. Dolayısıyla müşteri bu süre zarfında malın kendisine teslimini talep edemez. Bununla birlikte akit sırasında müşterinin malın kiraya verilmiş olduğundan haberi yoksa yaptığı akit kendisi hakkında bağlayıcı olmaz. Bu durumda müşteri kira müddetinin sona ermesini beklemek zorunda olmayıp dilediği takdirde satım akdini feshedebilir.⁹⁰² Nitekim Mecelle'de konuyla ilgili zikredilen maddenin devamında bu husus şöyle ifade edilmektedir:

“...Hatta müddet-i icârenin inkızâsında, müşteri hakkında bey' lazım olarak almaktan imtina' edemez. Meğerki müddeti icârenin inkızâsından mukaddem, müşteri bâyi'den mebi'in teslimini mutâlebe edip de, teslimi mümkün olmadığı

⁹⁰⁰ Benzer bir değerlendirme için bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 155-156.

⁹⁰¹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 155.

⁹⁰² Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 156; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 492-493.

cihetle kâdî, akdi bey’i fesh eyleye ve eğer müste’cir bey’i mücîz olur ise, her biri hakkında bey’ nâfiz olur...⁹⁰³

Bu ifadelerden ayrıca bahsi geçen müşterinin kira süresi bitmeden satım akdini re’sen feshetme yetkisi olmadığı, bunun için mahkeme kararının gerektiği de anlaşılmaktadır.

2.5.4.3. Akde Konu Olan Malın İstihkâkı

İstihkâk tabiri “**hakk**” kelimesinin “**istif’âl**” bâbından masdarı olup, sözlükte “bir şeyi hak etmek”⁹⁰⁴ ve “hak talebinde bulunmak”⁹⁰⁵ manalarına gelmektedir. İstihkâkta ise: “Bir kimsenin zilyedliğinde ya da mülkiyetinde bulunan bir malda, bir başka şahsın mülkiyet hakkının olduğunun mahkeme kararıyla sabit olmasıdır.”⁹⁰⁶

Tarıftan anlaşılacağı üzere istihkâk iki türlü gerçekleşmektedir. Birinde kişinin mülkiyetine sahip olmaksızın elinde bulundurduğu bir mala başkasının mâlik olduğunun ortaya çıkması söz konusudur. Mesela A şahıs elinde bulunan arsayı kendisine ait olduğunu söyleyerek B şahsa satar, daha sonra C şahıs bu arsanın malikinin kendisi olduğu iddiasında bulunup bu iddiasını mahkemede ispat eder ve mahkeme de bu yönde karar verirse, bu türden bir istihkâk meydana gelmiş olur. İstihkâkın ikinci türünde ise bir kimsenin malik olduğu mal üzerinde bir başkasının mülkiyet hakkı sabit olmaktadır. Satılan malın satıcının müstakil malı olmayıp ortaklarının bulunduğu ortaya çıkması bu türe bir örnektir.

Akde konu olan mal üzerinde istihkâkın meydana gelmesi yapılan akdi münfesihi kılmayıp, akdin nefâzını malda hakkı sabit olan şahsın (**müstahik**) onayına bağlı hale getirmektedir.⁹⁰⁷ Zira bu şahsın akde konu olan malda mülkiyet hakkı olduğunun sabit olması, akdi yapan zilyedi fuzûli durumuna düşürmektedir. Çünkü bu durumda zilyed hukuki temsil yetkisi olmaksızın başkasının malında tasarrufta

⁹⁰³ Mecelle, md. 590.

⁹⁰⁴ Cevherî, **es-Sihâh**, C: IV, s. 1461; İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: X, s. 53; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 875; Feyyûmî, **a.g.e.**, C: I, s. 143;

⁹⁰⁵ Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 94; Bereketî, **a.g.e.**, s. 24.

⁹⁰⁶ Muhtelif tarifler için bkz. Kal’acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 59; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 94; Bereketî, **a.g.e.**, s. 24; Hamza Aktan, “İstihkak”, **DİA**, 2001, C: XXIII, s. 336-337.

⁹⁰⁷ İbnü’l-Hümâm, **Fethu’l-Kadîr**, C: VII, s. 45; İbn Âbidîn, **Reddü’l-Muhtâr**, C: V, s. 191; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4393.

bulunmuş olmaktadır.⁹⁰⁸ Böyle bir durumda müstahik akde icazet verip müşterinin ödediği bedeli kendisi alabileceği gibi akdi feshedip malını müşteriden alma yoluna da başvurabilir.⁹⁰⁹

Ancak müşteri bu mala karşılık bir bedel ödediğinden, yaptığı akdin müstahik tarafından feshedilebilmesi için onun zilyede ödediği bu bedeli geri alması şarttır. Nitekim Zâhiru'r-Rivâye'de; mahkemenin istihkâka hükmetmesinin tek başına müstahik için fesih imkânı doğurmayacağı, bunun için ayrıca müşteriye ödemiş olduğu bedelin iade edilmesine dair yargı kararının bulunması gerektiği, aksi takdirde müşterinin rızası olmadan bu akdin feshedilemeyeceği beyan edilmektedir.⁹¹⁰

Akde konu olan malın tamamının değil de bir kısmının istihkâkı söz konusu olursa, bu durumda hak sahibiyle birlikte zilyedin akit yaptığı şahsın da bu akdi feshedebilme hakkı gündeme gelmektedir. Meseleyi bir örnek üzerinden şöyle izah edebiliriz: Satılan bir malda zilyed ile birlikte üçüncü şahsın mülkiyet hakkının bulunduğu sabit olursa, müstahik akdi malın kendi hissesine düşen kısmında onaylama ya da feshetme hakkına sahiptir. Zira burada ortak mülkiyete konu olan bir malın ortaklardan biri tarafından diğerinin izni olmadan satımı gerçekleştirilmiştir. Bu durumda satımı yapan kişi ortağının hissesinde yaptığı tasarrufta fuzûlî konumunda olmaktadır. Böyle bir durumda ortağı bulunan müstahik akdi onaylarsa, akit malın tamamında nâfiz ve bağlayıcı olur. Onun feshetmesi halinde ise akit sadece zilyedin hissesinde nâfiz olur. Ancak o zaman satılan malda müşteri ile müstahik arasında ortaklık doğacağından, bu sefer müşteri için muhayyerlik hakkı söz konusu olur. Şöyle ki; bahsi geçen mal; ev, araç, arazi gibi bölünüp paylaştırılması mümkün olmayan ya da zarar doğuran mallardan ise, bunlarda ortaklık kusur sayıldığından müşteri akit sırasında bu durumu bilmiyorsa iki seçenek arasında muhayyer olur; dilerse akdi onaylayıp malın kendi hissesine düşen kısmının bedelini öder, dilerse de ortaklığı kabul etmeyip akdi fesheder. Öte yandan bu mal misli mallar gibi bölünmesinde zarar bulunmayan bir mal ise müşterinin fesih hakkı

⁹⁰⁸ İbnü'l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VII, s. 51.

⁹⁰⁹ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 110; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4397.

⁹¹⁰ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: V, s. 191; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4393.

olmayıp akit kendisi için bağlayıcı olur. Böyle bir durumda müşteri malın kendi hissesine düşen kısmının bedelini ödeyerek onu almak zorundadır.⁹¹¹

Mahkemenin istihkâk kararı hem zilyed hem de zilyedin istihkâk konusu malı temin ettiği kimseler hakkında geçerli bir hükümdür.⁹¹² Dolayısıyla mevzu bahis mal yargı kararından önce satım, hibe vb. birden çok mülkiyet nakledici akde konu olmuş bulursa bile, istihkâkın sübutundan sonra hak sahibinin onay vermemesinin bütün bu akitlerin feshi anlamına geleceği açıktır. Bu durumda istihkâk konusu mal sahibine verilir ve bu malı ivazlı akit yoluyla elde etmiş bulunan kimselerin hepsi mala ödedikleri bedeli kendileriyle akit yaptıkları şahıslardan geri alırlar.

2.5.4.4. Akit Konusu Akarda Şüf'a/Önalım Hakkının Sabit Olması⁹¹³

Şüf'a (الشُّفْعَة) kelimesi “bir şeyi başka bir şeye eklemek, tek olan bir şeyi çift hale getirmek” manalarına gelen şef' (الشَّفْع) kökünden gelmekte olup,⁹¹⁴ sözlükte “bir akara ilave edilmiş bulunan ikinci akarı” ifade etmektedir.⁹¹⁵ Fıkhî/hukukî bir terim olarak ise şuf'a: “Taşınmaz bir malın, bu malda ortaklığı bulunan ya da ona komşu olan kimse tarafından, müşterisinden ona mal olduğu bedel mukabilinde cebren temellük edilmesidir.”⁹¹⁶

⁹¹¹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 288-289.

⁹¹² Timurtâşî, **Tenvîru'l-ebşâr**, s. 434; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 190.

⁹¹³ Aslında şuf'a hakkının kullanılması sonucu meydana gelen fesihte, -“Akdin Nâfiz Olmaması” ana başlığı altında yer verilen fesih hakkı doğuran sebeplerden farklı olarak- nâfiz olmayan bir akde onay verilmemesi suretiyle gerçekleşen bir fesih işlemi değil, sahih ve nâfiz olan bir akdin mahkeme kararıyla feshi söz konusudur. Ancak burada akit tarafların dışındaki üçüncü bir şahsın hakkından dolayı feshedildiğinden, “Akde Üçüncü Şahısların Haklarının Taalluk Etmesi” üst başlığı kapsamında şuf'a hakkından kaynaklanan feshe de yer vermeyi uygun bulduk.

⁹¹⁴ İbn Fâris, **a.g.e.**, C: III, s. 201; İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: VIII, s. 183; Feyyûmî, **a.g.e.**, C: I, s. 317; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 471; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 216; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 371-372.

⁹¹⁵ Kasım b. Abdullah el-Konevî er-Rûmî, **Enîsü'l-fukahâ fi ta'rîfâti'-elfâzi'l-mütedâvile beyne'l-fukahâ**, thk. Yahya Hasen Murâd, y.y., Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1424/2004, s. 100; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 264.

⁹¹⁶ Bereketî, **a.g.e.**, s. 123-124; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 264; Haskefî, **a.g.e.**, s. 621; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: IX, s. 369; İbrahim Kâfi Dönmez, “Şüf'a”, **DİA**, 2010, C: XXXIX, s. 248-252.

Şüf'a hakkı Hz. Peygamber (s.a.v.)'in sahih sünnetiyle⁹¹⁷ sabit olup meşruiyeti hususunda icmâ vardır.⁹¹⁸ Ancak bu hakkın sübut sebepleri hususunda İslam hukukçularının farklı yaklaşımları bulunmaktadır. Cumhura göre bu hak sadece satılan gayrimenkulün mülkiyetine ortak olmak sebebiyle sabit olurken,⁹¹⁹ Hanefî hukukçular taşınmaz irtifak hakkında ortak olmayı ve bitişik komşuluğu da şüf'a hakkı doğuran birer sebep olarak görmektedirler.⁹²⁰ İslam hukuku kişinin, ortağı bulunduğu veya komşusu olduğu akarın bir başkasına satımı halinde yeni ortak ya da komşudan dolayı karşılaşılabileceği muhtemel zararları önlemek için bu durumdaki kimseye satılan akarı öncelikli olarak satın alabilme hakkı vermiştir.⁹²¹ Akarın onun haberi olmadan satılmış olması halinde ise bu kimse, satım işleminden haberdar olduğunda dilerse şüf'a talebinde bulunarak akara malik olabilmektedir.⁹²²

Burada şunu ifade etmek gerekir ki, satılan akarın sahibi ile müşteri arasında yapılan akit sahih ve nâfiz bir akit olup bu akitle akarın mülkiyeti müşteriye geçmektedir. Buna göre şüf'a hakkı akarın konu edildiği bu akdi onaylamamak suretiyle feshetme hakkı değil, müşterinin ödediği bedel mukabilinde akarı temellük etme hakkıdır. Bu temellük ise, eğer akar müşterinin elinde bulunuyorsa onu kendi rızasıyla şefî'e teslim etmesiyle ya da mahkemenin akarın şefî'e verilmesine hükmetmesiyle gerçekleşir.⁹²³ Temellükün bu şekilde herhangi bir fesih işlemi söz konusu olmamakta, şefî' akarı müşteriden satın almış hükmünde kabul edilmektedir. Akarın satıcının elinde bulunup henüz müşteri tarafından kabzedilmemiş olması halinde ise, mahkemenin şefî' lehine hüküm vermesi satıcıyla müşteri arasındaki satım akdinin feshi anlamına gelmekte ve bu durumda şefî' akarı satıcıdan satın almış sayılmaktadır.⁹²⁴

⁹¹⁷ Bkz. Buhârî, "Şüf'a", 1; Müslim, "Müsâkât", 28; Ebû Dâvud, "İcâre", 39; Tirmizî, "Ahkâm", 32; Nesâî, "Buyû", 80; İbn Mâce, "Şüf'a", 1, 2, 3.

⁹¹⁸ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 42; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 40.

⁹¹⁹ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 375; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 40; Buhûtî, **er-Ravzu'l-murabba'**, s. 431-432.

⁹²⁰ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 106; Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIV, s. 92; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 43; Dönmez, "Şüf'a", C: XXXIX, s. 248-252.

⁹²¹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 42.

⁹²² Zeydân, **a.g.e.**, s. 250.

⁹²³ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 43.

⁹²⁴ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 313; Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 46.

Şüf'a konusu akarın müşterisi satın almasıyla birlikte bu akara malik olduğu için; şefi' akarın satıldığından haberdar değilken veya haberdar olmuş fakat onu henüz temellük etmemişken müşterinin akar üzerinde yaptığı satım, hibe vb. mülkiyet nakledici akitler de sahih ve nâfiz olur. Ancak şefi'in hakkı taalluk ettiğinden dolayı bu akitlerin bağlayıcılık kazanması onun onayına bağlı olur. Bu durumda şefi' yapılan akdi onaylamak veya feshetmek hususunda muhayyerdir.⁹²⁵

Ancak şefi'in bu muhayyerliği kullanım biçimiyle ilgili bazı ayrıntılar vardır. Bunu bir örnekle şöyle izah edebiliriz: Akarı yüz bin TL'ye sahibinden satın alan müşteri satıcının ortağı henüz şüf'a talebiyle elinden almadan önce onu bir başkasına yüz elli bin TL'ye satsa, şefi'in önünde iki seçenek vardır. Bunlardan biri müşterinin yaptığı bu satım akdini onaylamasıdır. Şefi bu akdi onaylarsa, ortağı olan satıcıyla birinci müşteri arasındaki ilk akitten doğan şüf'a hakkından feragat etmiş olur. Ancak bu durumda yeni ortağı olan birinci müşterinin yaptığı satım akdi onun için yeni bir şüf'a hakkı doğurur. Dolayısıyla isterse bu yeni şüf'a hakkına dayanarak akarı ikinci müşteriden, onun akara ödediği yüz elli bin TL mukabilinde temellük edebilir. Şefi'in ikinci seçeneği ise ilk akitten doğan şüf'a hakkını kullanmasıdır. Bu durumda akarı birinci müşteriden ona mal olduğu yüz bin TL karşılığında temellük eder. Bu aynı zamanda bu müşterinin gerçekleştirdiği ikinci akdin feshi anlamına gelmektedir. Bu durumda ikinci müşteri, akarı kendisine satan birinci müşteriyle yapmış olduğu akit münfesihi olduğundan ona ödediği yüz elli bin TL'yi geri alır.⁹²⁶

2.6. MAZERETLER/BEKLENMEYEN HALLER

2.6.1. Mazeret Mefhumu

Mazeretler İslam hukukunun pek çok meselesinde hükümlerde ruhsat ve kolaylığın devreye girmesine sebep olarak görülen hallerdir. Bunlar fikhî kaynaklarda genellikle "العذر" ç. "الأعدار" kavramıyla ifade edilirler. Özür kavramı sözlükte “yadırganan davranışı sebebini izah ederek düzeltmeye çalışmak, kusurun neden kaynaklandığını açıklamak için ileri sürülen gerekçe” gibi manalara

⁹²⁵ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: V, s. 248; İbn Receb, **el-Kavâid**, s. 33.

⁹²⁶ İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: V, s. 248.

gelmektedir.⁹²⁷ Istilahta ise bu kavramın “ruhsatın uygulanmasını mubah kılan sebep”,⁹²⁸ “bir işin şer’î esasların gerektirdiği şekilde gerçekleştirilmesini ancak ilave bir zarara katlanılarak mümkün kılan durum”⁹²⁹ şeklinde tarifleri yapılmıştır.

İlk tarifin içerdiği özür kapsamında farz orucu tutmamayı veya bozmayı meşru kılan hastalık, yolculuk gibi halleri örnek olarak zikredebiliriz. İkinci tarifin ifade ettiği mazeretler arasında ise mesela kişinin bir vakit boyunca yarasının sürekli kanaması, idrarını tutamaması, kadının âdet ve lohusalık dışında devamlı akıntısının gelmesi durumlarını sayabiliriz. Zira bu mazeretler abdest ve namazla ilgili ahkâmın şer’an istenildiği şekliyle yerine getirilmesini çok güç hale getirmekte, bu sebeple mezkûr durumlara maruz kalan kimseler bu konuda özel hükümlere tabi tutulmaktadır.

Öte yandan akdin ifasının süreyi gerektirdiği icâre gibi akitlerde, akit yapıldıktan sonra ortaya çıkan ve akdin ifasını sürdürmeyi taraflardan biri için zararlı hale getiren haller de fikhî kaynaklarda özür terimiyle ifade edilmektedir.⁹³⁰ Bu haller akit yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen, önceden bilinmesi mümkün olsa kişinin akde yanaşmayacağı beklenmedik durumlardır.⁹³¹ Bunlar da ikinci tarif kapsamındaki mazeretlerdendir. Kiraladığı bir dairede oturan devlet memurunun kira süresi bitmeden tayininin başka bir şehre çıkması bu tür mazeretlere bir örnektir. Zira bu durumda kiracının kalan süresi itibariyle kira akdinin şer’î/hukukî gereklerini yerine getirmesi ancak akit sırasında üstlenilmemiş ilave bir zarara katlanmak suretiyle mümkündür.

2.6.2. Ayıp ve Mazeret Ayırımı

Mazeret mefhumu muhayyerlikler bahsinde ayıp muhayyerliği kapsamında ele almış olduğumuz ayıp kavramından ayrı bir olgudur. Ayıplar akde konu olan

⁹²⁷ İbn Fâris, **a.g.e.**, C: IV, s. 253; İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: IV, s. 545; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu’l-Arûs**, C: XII, s. 540.

⁹²⁸ Kal’acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 307.

⁹²⁹ Cürcânî, **a.g.e.**, s. 148; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 245; Bereketî, **a.g.e.**, s. 144; Halil İbrahim Acar, “Özür”, **DİA**, 2007, C: XXXIV, s. 134-135.

⁹³⁰ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 61; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 105; İbn Âbidîn, **Reddü’l-Muhtâr**, C: VI, s. 81; Zennûn, **a.g.e.**, s. 117; H. İbrahim Acar, “Özür”, **DİA**, 2007, C: XXXIV, s. 134-135.

⁹³¹ Hürân, **a.g.e.**, s. 228.

malda mevcut bulunan ve mal teslim alındıktan sonra farkına varılan, bu malın kendisinde veya kıymetinde noksanlığa sebep olan arızaları ifade etmektedir. Mazeretler ise akdin kuruluş aşamasında mevcut olmayıp daha sonra ortaya çıkan ve akdin ifasının devamını taraflardan biri için zararlı hale getiren bir takım hallerdir. Bu haller akde konu olan malda bir eksikliğe sebep olmadıkları gibi, bu malın kendisinden ziyade akdin taraflarında söz konusu olurlar.⁹³² Bir başka ifadeyle ayıplar akit konusu maldan beklenen menfaati engelleyen veya eksilten durumlardır. Mazeretlerde ise söz konusu maldan arzu edildiği şekilde yararlanmaya bir engel bulunmamakta fakat akde devam edilmesi halinde bir tarafın zarar görmesi söz konusu olmaktadır.⁹³³

2.6.3. Mazeret Sebebiyle Feshe Konu Olabilen Akitler: İstivrârî/Sürelî Akitler⁹³⁴

Mazeretler akdin devamını bir taraf için güçleştiren durumları ifade ettiğinden, fıkhıta ifası süreye yayılan istivrârî akitlerde fesih sebebi olarak dikkate alınmaktadır.⁹³⁵ Dolayısıyla satım akdi gibi ifası bir defada tamamlanan fevrî akitlerde bunlar fesih sebebi olarak gündeme gelmezler. Buna göre söz gelimi ihtiyacı için bir eşya satın alan kimse akit tamamlandıktan sonra bu eşyaya ihtiyacının kalmadığı, dolayısıyla ona verdiği paranın ziyan olmaması gibi bir gerekçe ileri sürerek bu akdi tek taraflı feshedemez. Öte yandan istivrârî akitlerde de mazeretlerin fesih hakkı doğurup doğurmayacağı ittifakla sabit olmayıp İslam hukukçuları arasında bu konuda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

Bu yaklaşımlara geçmeden önce şu hususu belirtmemiz gerekir: İstivrârî akitler içerisinde iâre, vekâlet gibi iki taraf için gayri lâzım olan akitler de bulunmaktadır. Bunlar akdin taraflarınca istenildiğinde hiçbir sebep gösterilmeden tek taraflı feshedilebileceğinden dolayı mazeret sebebiyle feshin konusu olmazlar. Bu durumda özür sebebiyle feshe konu olabilecek akitler iki tarafı için bağlayıcı olan

⁹³² Şeref b. Ali eş-Şerîf, *el-İcâratü'l-vâridetü 'alâ ameli'l-insân*, Cidde, Dâru'ş-şurûk, 1400/1980, s. 347-348.

⁹³³ Ali Bardakoğlu, "İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi –Özellikle Personel İstihdamı–", (Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Erzurum, 1982, s. 139.

⁹³⁴ İstivrârî akit teriminin tanımı için bkz. 51 numaralı dipnot.

⁹³⁵ Zennûn, *a.g.e.*, s. 112; Acar, "Özür", C: XXXIV, s. 134-135.

ivazlı istimrârî akitlerdir. Bunlar ise kira ve iş akdini ihtiva eden icâre akdi ile müzâraa ve müsâkât akitleridir.

2.6.3.1. İstimrârî Akitlerde Mazeretleri Fesih Sebebi Gören Yaklaşım

İstimrârî akitlerden icâre, müzâraa gibi ivazlı sözleşmeler asıl itibariyle iki taraf için de lâzım olan akitler kapsamında olsalar da, Hanefî hukukçular bu akitlerin bağlayıcı kalabilmesi için akit süresi boyunca taraflarda veya akde konu olan şeyde yukarıda sözü geçen türden bir mazeretin meydana gelmemesini şart koşmuşlardır. Aksi takdirde bu akitler mazeret sahibi taraf için bağlayıcı olmaktan çıkar ve onun tarafından tek taraflı olarak feshedilmeye elverişli hale gelir.⁹³⁶ Zâhirî hukukçular da bu konuda Hanefîlerle aynı yaklaşımı paylaşmakta, tarafların akdin devamından zarar göreceği mazeretleri bu tür akitlerde fesih sebebi olarak kabul etmektedirler.⁹³⁷ Bu yaklaşıma sahip olan İslam hukukçuları görüşlerini şu gerekçelerle temellendirmektedirler:

1) Mazeret halinde akdin bağlayıcı kalması durumunda, mazereti olan taraf akdin gereğini yapmaya devam etmek zorunda olacaktır. Bu ise onu akit sırasında öngörülemeyen ve bizzat akit ile üstlenilmemiş ilave bir zarara maruz bırakacaktır.⁹³⁸ Bu durum da akitlerin üzerine bina edildiği karşılıklı rıza ilkesinin ihlaline yol açacaktır.

2) Hanefî hukukçular mazeretleri malda bulunan kusurlara kıyas etmektedirler. Buna göre icâre akdinde akit konusu malın kusurlu çıkması ittifakla fesih sebebidir. Ancak burada fesih hakkını doğuran unsur bizzat kusurun kendisi değil, kusurlu maldan yararlanacak tarafın bundan zarar görmesidir. O halde akit konusu malda kusur olmasa bile ilgili tarafın akdin gereğinin yerine getirilmesinden

⁹³⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 197; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 14; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 530.

⁹³⁷ İbn Hazm, **a.g.e.**, C: VI, s. 10; Şerîf, **a.g.e.**, s. 348; Bardakoğlu, **a.g.e.**, s. 138.

⁹³⁸ Serahsî, **el-Mebsût**, C: II, s. 16; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 61; Nesefî, **Kenz**, s. 556; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 197; Şerîf, **a.g.e.**, s. 347; Acar, “Özür”, C: XXXIV, s. 134-135.

zarar göreceği bütün hallerde fesih hakkı sabit olmalıdır. Mazeretler de bu kapsamda yer almaktadır.⁹³⁹

3) Mazeret sebebiyle feshi kabul etmemek bazı durumlarda aklın ve dinin esaslarına aykırı sonuçlar doğurur. Mesela dişi ağrıyan bir kimse dişini çektirmek için dişçiyle ücret karşılığı anlaştıktan sonra diş ağrısı dinse, bu kimseye sözleşmeden vazgeçme hakkı vermeyip onu dişini çektirmeye mecbur bırakmak akılla bağdaşmayacağı gibi şer'î esaslara da aykırıdır. Dolayısıyla bu gibi sonuçların önüne geçmek için mazeretlerin fesih sebebi sayılması gerekir.⁹⁴⁰

2.6.3.2. İstimrârî Akitlerin Mazeretler Sebebiyle Feshi

İstimrârî akitlerin özür sebebiyle feshinin meşru olduğunu savunan bazı hukukçular fesih hakkı doğuran özürleri, akdi gerçekleştiren taraflara ait mazeretler ve akde konu olan şeyden kaynaklanan mazeretler şeklinde kısımlara ayırmışlardır.⁹⁴¹ Tabii ma'kûdun aleyhten kaynaklanan mazeretler de akdin taraflarını ilgilendirdiğinden ve onlar için fesih ihtiyacı doğurduğundan bunlar da esasen taraflara ait mazeretlere dâhildir. Sonuç itibariyle hangi türden olursa olsun mazeretin vukuu durumunda fesih hakkı bu mazeretten dolayı akdin devamından zarar gören tarafa ait olacaktır.

Öte yandan istimrârî akitlerde, akde konu olan unsur ayn değil menfaattir. Mesela kira akdinde kiralanan malın menfaati, iş akdinde çalışandan elde edilen menfaat, müzâraa ve müsâkât akitlerinde çalışan ortağın emeği bu akitlerin konusunu teşkil etmektedir. Bu itibarla mezkûr akitlerdeki tarafları, akit konusu menfaatten yararlanan ve yararlandıran taraf olmak üzere ikiye ayırıp, her birisi için söz konusu olan mazeretleri diğerinden ayrı olarak ele alacağız.

⁹³⁹ Serahsî, **el-Mebsût**, C: II, s. 16; Şerîf, **a.g.e.**, s. 349.

⁹⁴⁰ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 62; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 197; Fuâd Muhammed el-Kübeysî, **İcâratü'l-a'yân fi's-şer'îati ve'l-kânûn**, Lübnan, Dâru'n-nevâdir, 1433/2012, s. 406.

⁹⁴¹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 197; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3172.

2.6.3.2.1. Menfaatten Yararlanan Taraf Açısından Feshi Meşru Kılan Mazeretler

Menfaatten yararlanan taraf, akitte belirlenen ücret karşılığında bir malın menfaatinden veya bir şahsın emeğinden istifade eden kimsedir. Mesela kira akdinde kiracı, iş akdinde ise işveren bu konumdadır. Bu kimsenin beklenmedik bir durum neticesinde, akitle yararlanmaya hak kazandığı menfaatten istifade imkânının ortadan kalkması veya bu menfaate ihtiyacının kalmaması ya da menfaatten istifadesinin önüne geçen haklı bir sebebin ortaya çıkması yahut da maslahatına sandığı şeyin zararına olduğunu anlaması gibi haller, fikhî kaynaklarda istimrârî akitlerin feshini meşru kılan mazeretler olarak görülmüşlerdir.

2.6.3.2.1.1. Menfaatten Yararlanma İmkânının Ortadan Kalkması

İstimrârî akitlerde akit konusu menfaatten istifade edecek olan taraf, akit süresi boyunca bu istifadesinin devam edeceği düşüncesiyle akdi gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla elinde olmayan sebeplerle bu imkânını yitirmesi halinde akitten beklediği sonucu elde edemeyecektir. Bu durumda onu akdin gereklerini ifa etmeye zorlamak onun için tek taraflı, karşılıksız bir külfete sebep olacaktır. Bu durum ise İslam hukukunun akitlerde gözettiği müsâvât⁹⁴² ilkesine aykırıdır. Bundan dolayı anılan durum istimrârî akitlerde fesih hakkı doğuran bir sebep olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Hanefî hukukçular ticaret yapmak için dükkân kiralayan bir kimsenin iflas etmesi ve piyasadan çekilmek zorunda kalmasını, ona icâre akdini süresi tamamlanmadan feshetme hakkı tanıyan meşru bir mazeret olarak görmüşlerdir. Çünkü bu durumda onun için me'cûr maldan akitte anlaşıldığı şekilde yararlanma imkânı kalmamaktadır.⁹⁴³ Mesela günümüzde bir kimsenin yolculuk için uçak veya vapur bileti almasından sonra, bilette belirtilen saatteki seferlerin hava şartları sebebiyle iptal edilmesi yine icârenin feshini meşru kılan bu kabilden mazeretlere örnek teşkil etmektedir. Zira bu örnekte bilet alan şahıs uçak

⁹⁴² Akitlerde bedeller arasında dengenin gözetilmesi, taraflar arasında eşitliğe riayet edilmesi. Bkz. s. 30-31.

⁹⁴³ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 248; Mevsîfî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 62; Neseîfî, **a.g.e.**, s. 556; Kudûrî, **a.g.e.**, s. 105; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 197.

veya vapuru kiralamış durumda olup, seferin iptali durumunda kiralanın aracın menfaatinden yararlanamayacağı için akdi feshedip ödediği parayı geri alma hakkına sahip olacaktır.

Fıkhî kaynaklarda bu çerçevede ele alınan bir mesele de, iş akdinde işverenin çalışanından istifade imkânını kaybetmesi halidir. Mesela ücret karşılığı çalışan şahsın hastalık vb. bir sebeple iş göremez hale gelmesi durumunda işveren için fesih hakkından söz edilmektedir. Nitekim bazı İslam hukukçuları bu hususta, işverenin çalışandan hastalığı sebebiyle iş sözleşmesinin gerektirdiği ölçüde hizmet alamaması halinde akdi feshetme hakkının olduğunu ifade etmişlerdir.⁹⁴⁴ Çalışanın verimliliğinin azalması böyle bir hakkı doğuruyorsa, tamamen iş göremez hale gelmesi evleviyetle fesih sebebi sayılacaktır. Ancak burada iş verimliliğini azaltan veya tamamen ortadan kaldıran hastalığın ne kadar süre devam etmesi halinde işverenin böyle bir hakkı olacağına dair bir ölçü koyma ihtiyacı bulunmaktadır.

Ücretle çalışan kimseden istifade imkânının yitirilmesi çalışandan olduğu gibi onun dışındaki sebeplerden de kaynaklanabilir. Bu sebeplere örnek olarak; süt emme çağındaki bir çocuğun ücretli sütannenin sütünü emmemesi veya aldığı sütü devamlı kusması yahut sütün çocuğa zarar vermesi gibi haller zikredilebilir. Bu durumlar da, icâre akdinden amaçlanan menfaatin teminine engel olduğundan İslam hukukçularınca feshi meşru kılan özürlerden sayılmıştır.⁹⁴⁵

2.6.3.2.1.2. Menfaate İhtiyacın Kalmaması

Konusu menfaat olan akitlerde menfaatten yararlanan tarafı akdi gerçekleştirmeye götüren temel sâik, akit konusu menfaate duyduğu ihtiyaçtır. Ancak bu akitlerin edası belirli veya belirsiz bir süreyi gerektirmekte olup, bazen akdin kuruluş aşamasında mevcut bulunan ihtiyaç akitte belirlenen süre bitmeden veya akit konusu iş henüz gerçekleştirilmeden ortadan kalkabilmektedir. Bu ise menfaatten istifade eden taraf için akit sırasında öngörülemeyen bir durumdur. Böyle bir durumda ilgili tarafın akde bağlı kalması onu gereksiz bir mali yükümlülüğe

⁹⁴⁴ İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 78; Şerîf, **a.g.e.**, s. 357; Bardakoğlu, **a.g.e.**, s. 310.

⁹⁴⁵ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XV, s. 121-122.

mahkûm edecektir. Bu durumun sebep olacağı zarar ise açıktır. Bundan dolayı akde konu olan menfaate ihtiyacın kalmaması da menfaatten faydalanacak taraf için fesih hakkı doğuran bir mazeret olarak değerlendirilmektedir.

Bununla ilgili Hanefî fikhî kaynaklarında, yolculuk için araç kiralayan kişinin henüz yola çıkmadan yolculuk ihtiyacının ortadan kalkması fesih hakkı doğuran bir özür olarak zikredilir. Bu duruma bir örnek olarak da, söz gelimi alacağını tahsil etmek amacıyla yola çıkmak için bir hayvan kiralayan kimsenin, daha sonra alacaklısının kendi bulunduğu yere gelmekte olduğu haberini alması halinde yapmış olduğu kira akdini feshedebileceği söylenir.⁹⁴⁶

Bu görüşe göre günümüzde herhangi bir ihtiyacı için yurt içi veya yurt dışı seyahat yapmak amacıyla otobüs, uçak vb. bileti alan bir kimse, yolculuk ihtiyacının ortadan kalkması durumunda bunu ispatlayan bir belgeyle ilgili firmaya başvurup; biletini iade etmek ve ödediği ücreti kesintisiz geri almak suretiyle akdi feshetme hakkına sahiptir. Mesela bir sempozyuma katılmak için yolculuk yapılacakken seferden önce sempozyumun iptal edilmesi ihtiyacın ortadan kalkması kabilinden bir mazeret örneğidir. Tabii bu arada ulaşım hizmeti veren firmaların da, istismarın önüne geçmek ve iptal edilen biletlerin satılamaması sebebiyle görebilecekleri muhtemel zararları önlemek için, bilet iptal tarihinin sefer saatinden belli bir süre önce yapılmasını şart koşmak gibi düzenlemeler yapmaları kanaatimizce İslam hukukuna aykırılık teşkil etmemektedir. Zira ivazlı akitlerde her iki tarafın da maslahatının gözetilmesi ve zararının önlenmesi İslam hukukunun akitlerde gözettiği ilkelerdendir. Dolayısıyla bunu temine yönelik tedbirler kanaatimizce İslam hukukunun ruhuna uygundur.

Kiralanan vasıtayla yolculuk yapmaktan vazgeçme eğer yolculuk ihtiyacının kalmamasından değil de daha ucuza veya daha rahat şartlarda başka bir vasıtayla yolculuk yapma isteğinden kaynaklanıyorsa, bu fesih için geçerli bir mazeret olarak

⁹⁴⁶ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 62; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 106.

görülmez. Çünkü bu durumda kiracı akdi kendi rızasıyla gerçekleştirmiş olup akdin devamı halinde maruz kalacağı bir zarar bulunmamaktadır.⁹⁴⁷

2.6.3.2.1.3. Menfaatten İstifadenin Önüne Geçen Haklı Bir Sebebin Ortaya Çıkması

Hanefî fikhî kaynaklarında istimrârî akitlerde feshi caiz kılan mazeretlere örnek olarak zikredilen hadiseleri incelediğimizde, kişinin akdin gereklerinin ifası süresince veya bu sürenin bir kısmında kira konusu menfaatten yararlanmamasını haklı kılacak bir gerekçesinin olmasının da akdin feshi için meşru bir mazeret olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak bu kısma dâhil edilebilecek mazeretlerin tespitinin yapılabilmesi, “haklı sebep/gerekçe” ifademizin sınırlarını belirlememizi gerektirmektedir. Bu hususta İslam hukukçularının ilgili yaklaşımlarından yola çıkarak zaruret hallerinin ve karşılanmaması kişiyi zarara uğratan ihtiyaçların bu noktada haklı bir sebep sayılması gerektiğini, bunların dışındakilerin ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini söyleyebiliriz.

Bu türden mazeretlere bir örnek olarak yolculuğa çıkma ihtiyacını ele alabiliriz. Hanefî hukukçular bu ihtiyacı fesih hakkı doğuran mazeretler arasında zikretmişlerdir.⁹⁴⁸ Buna göre mesela bir memurun yaşadığı şehirden başka bir şehre tayininin çıkması, liseyi bitiren bir öğrencinin bulunduğu il dışındaki bir üniversitede öğrenim görme hakkını elde etmesi gibi sebepler kira akdini süresi dolmadan feshetmeyi meşru kılan mazeretlerdendir. Çünkü bu gibi hallerde ortaya çıkan yolculuğa çıkma ihtiyacı, me’cûr maldan akit süresinin sonuna kadar istifadenin önüne geçen haklı bir sebeptir. Zira bu durumda kişi yolculuğa çıkmayıp me’cûrdan yararlanmaya devam etmesi halinde ihtiyacını karşılayamayacağı için zarar görecektir. Akdi feshetmeksizin taşınması durumunda ise yararlanmadığı menfaatin ücretini ödemek zorunda kalacağı için yine zarara maruz kalacaktır.⁹⁴⁹

Mazeret sebebiyle feshi kabul eden yaklaşıma göre meslek ve iş değiştirme ihtiyacı da icâre akdinde menfaatten yararlanmanın önüne geçen haklı bir gerekçe

⁹⁴⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, C: XVI, s. 4; Zebîdî, *el-Cevhere*, C: I, s. 274.

⁹⁴⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, C: XVI, s. 3; Kâsânî, *a.g.e.*, C: IV, s. 197; Zebîdî, *el-Cevhere*, C: I, s. 274.

⁹⁴⁹ Serahsî, *a.g.e.*, C: XVI, s. 3; Kâsânî, *a.g.e.*, C: IV, s. 197.

olarak görülmektedir. Söz gelimi belli bir malın ticaretini yapmak için dükkân kiralamış bir kimsenin bu işinde yeterli kazancı elde edemediği yahut başarılı olamadığı gerekçesiyle başka bir ürünün ticaretini yapmak istemesi veya ticareti bırakıp geçimini daha iyi temin edebileceği ziraat, zanaat gibi başka bir işle meşgul olmayı arzulaması bu kabilden bir ihtiyaçtır. Hanefî hukukçular, bu durumda kiralanın dükkân yapılmak istenen yeni işe elverişli değilse böyle bir ihtiyacın da fesih hakkı doğuracağını ifade etmişlerdir.⁹⁵⁰

Öte yandan kişinin yine aynı işi yapmak için kiraladığı yerden daha geniş veya daha ucuz bir dükkâna taşınma isteği ise kira akdini süresi bitmeden feshetmeye mazeret teşkil edebilecek haklı bir sebep olarak görülmemektedir. Çünkü birinci örnekteki durumun aksine burada akdin devamı kiracıyı akitle üstlenmediği bir zarara maruz bırakmamakta, yalnızca daha fazla kâr ya da menfaat elde etmesine mani olmaktadır.⁹⁵¹ Bu ise akit konusu menfaatten istifadenin önüne geçen haklı bir gerekçe sayılmaz. Zira fazladan kazanç elde etme arzusu, karşılanmadığı takdirde kişiyi zarara maruz bırakan, dolayısıyla zaruret veya temel ihtiyaç olarak nitelenebilecek bir durum değildir.

Bu itibarla iş akdinde de kanaatimizce işverenin işlerinin kötü gitmesi gibi bir sebeple başka bir iş yapmaya ihtiyaç duyması, yeni işe uygun olmayan çalışanların iş akdini feshe imkân veren haklı bir gerekçedir. Buna karşın işleri iyi olduğu halde işverenin daha fazla kazanma isteğiyle yeni iş kurmaya yönelmesi, akit süresi bitmeden işçinin sözleşmesini feshetmeyi meşru kılan bir mazeret değildir.⁹⁵²

2.6.3.2.1.4. Yararı Umulan Akit Konusunun Akdi Yapan Kişinin Zararına Olduğunun Anlaşılması

Akit esnasında bazen akde konu olan şeyin kişinin maslahatına uygun olduğu zannedilirken daha sonra bunun faydasından çok zararının bulunduğu ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi hallerde diğer başlıklarda ele alınan mazeretlerden farklı olarak akit yapan şahsın doğrudan akdin konusundan zarar görmesi söz konusudur.

⁹⁵⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, C: XVI, s. 4; Kâsânî, *a.g.e.*, C: IV, s. 197; Bardakoğlu, *a.g.e.*, s. 147.

⁹⁵¹ Serahsî, *a.g.e.*, C: XVI, s. 4; Kâsânî, *a.g.e.*, C: IV, s. 197-198; Kübeysî, *a.g.e.*, s. 403.

⁹⁵² Bu minvalde bir değerlendirme için bkz. Şerîf, *a.g.e.*, s. 359-360.

Böyle durumlar da istimrârî akitlerde fesih hakkı doğuran mazeretler arasında yer almaktadır.

Bu tür mazeretlere, mala veya bedene zarar dokunmadan yapılamayan işler için ücretli işçi tutma örneğini verebiliriz. Şöyle ki: Bir kimse maddi zarar ve külfetinin yanında bunları göze almaya degecek bir faydasının olduğunu düşünerek yaptırmak istediği iş için ücret karşılığı bir şahısla iş sözleşmesi yapar da, akitten sonra bu işin maslahatına uygun olmadığı anlaşılırsa, bu kişi zarardan korunmak için akdi feshetme hakkına sahiptir. Zira kişi kendisine zarar verecek bir şeye zorlanamaz.⁹⁵³ Mesela daha önce sözü geçen, dişi ağrıyan kimsenin dişini çektirmek için dişçiyle sözleşme yapıp daha sonra ağrısı dindiğinde vazgeçmek istemesi bu kabilden bir mazerettir. Aynı şekilde yapılması hayati derecede gerekli olmayan ve bazı zarar ve riskleri de bulunabilen tıbbi müdahalelerin icrasını konu edinen akitlerde, kişinin fikrini değiştirip müdahaleyi yaptırmaktan vazgeçme isteği feshi meşru kılan bir mazeret olarak görülmelidir.⁹⁵⁴

Yine bu kapsamda fikhî kaynaklarda kişinin arsasındaki bazı yapıları yıktırmak ya da ağaçları kestirmek yahut da orada yeni yapılar yaptırmak veya arazisini ziraatta kullanmak için bir kimseyle icâre akdi yaptıktan sonra bu düşünceden vazgeçmesi halinde akdi feshedebileceği zikredilmektedir.⁹⁵⁵ Çünkü bütün bu durumlarda kişi akdi kendisi için yararlı olacağı düşüncesiyle gerçekleştirmekte fakat akit sırasında yararına gördüğü şeyin aslında zararına olduğu sonradan ortaya çıkmakta, bu sebeple akitten vazgeçmek istemektedir. Bu durumda akdin söz konusu kimse için bağlayıcı kabul edilip ona fesih hakkı verilmemesi, bu kimseyi icâre akdiyle amaçlamadığı bir zarara mahkûm etmek olur. Bu durum ise bu gibi akitlerin meşru kılınış gayesine aykırıdır.⁹⁵⁶

⁹⁵³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 198.

⁹⁵⁴ Bu gibi tıbbî müdahaleleri yaptırmak üzere akit yapan kimsenin yaptığı akitle bağlı olmayacağına dair bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C: XVI, s. 2; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 62; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 198; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 81.

⁹⁵⁵ Serahsî, **a.g.e.**, C: XVI, s. 2; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 198; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: VI, s. 81.

⁹⁵⁶ Serahsî, **a.g.e.**, C: XVI, s. 2-3.

2.6.3.2.2. *Menfaatten Yararlandiran Taraf İçin Fesih Hakkı Doğuran Mazeretler*

Konusu menfaat olan istimrârî akitlerde menfaatten yararlandiran taraf, muhatabını ücret mukabili malından veya iş ve emeğinden istifade ettiren kimsedir. Bu kimse kira akdinde malını kiraya veren (**mü'cir**), iş akdinde ise ücretle çalışan (**ecîr**) kişidir. Yine mesela ifası süre isteyen akitlerden müzâraa akdinde araziyi işleten ortak akitte menfaatten yararlandiran taraftır. Hanefî hukukçular söz konusu taraf için fesih hakkı doğuran mazeretlere pek çok örnek zikretmişlerdir. Bu örneklerden yola çıkarak bu mazeretleri şu başlıklar altında ele alabiliriz.

2.6.3.2.2.1. *Menfaatinden Yararlanılan Ma'kûdun Aleyhe İhtiyaç Duyulması*

Buradaki ihtiyaktan kastımız daha önce sözü geçen ihtiyaçlarda olduğu gibi karşılanmaması kişiyi zarara uğratan ihtiyaçtır. Mesela ağır borç yükü altındaki kişinin borcunu ödeyebilmek için kiraya verdiği malını satmak zorunda kalması bu türden bir ihtiyaçtır. Nitekim özür sebebiyle feshi savunan İslam hukukçuları bu durumu fesih hakkı doğuran bir mazeret olarak görmüş ve söz konusu şahsın borcunu ödeyecek başka malı olmaması halinde, kiralık malını satıp borcunu ödemek için süresi bitmemiş kira akdini feshetme hakkına sahip olacağını ifade etmişlerdir.⁹⁵⁷ Zira akdin devam etmesi halinde mal sahibi borcunu ödeyemeyecektir. Bu ise İslam hukukuna göre bu kimsenin hapsine sebep olacaktır. Bu durum ise onun akitle iltizam etmediği bir zarardır.⁹⁵⁸ İbn Âbidîn'in Velvâlicî'den (v. 540/1146'dan sonra) naklettiğine göre aynı şekilde kişinin darda kalıp kendisinin ve ailesinin nafakasını temin edebilmek için kiralık evini satmak mecburiyetinde kalması durumunda da kira akdini bozma hakkı bulunmaktadır.⁹⁵⁹

⁹⁵⁷ Neseî, **a.g.e.**, s. 556; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 248; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 62; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 198; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 274; Haskefî, **a.g.e.**, s. 586; Kübeysî, **a.g.e.**, s. 404.

⁹⁵⁸ İslam hukukunda borçlunun borcunu ödemek için satabileceği bir malının bulunup bu malı saklamış olabileceğinden şüpheleniliyorsa, durumun ortaya çıkması için yargı tarafından borçlunun hapsine karar verilmektedir. Mezkûr örnekteki olayda da borçlu kiralık malından başka borcunu ödeyebileceği bir malı olmadığı iddiasının doğruluğunun tespiti için hapse mahkûm edilecektir. Bkz. Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 248; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 198.

⁹⁵⁹ İbnü'ş-Şihne Ebu'l-Velîd Ahmed b. Muhammed, **Lisânü'l-Hükkâm fî Ma'rifeti'l-Ahkâm**, 2. bs., Kahire, el-Bâbî el-Halebî, 1393/1973, s. 367; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 81.

Bu başlık kapsamında zikredilebilecek bir mazeret de, satın aldığı malı kiraya verdikten sonra bu malın kusurlu olduğuna vâkıf olan malikin ayıp muhayyerliği hakkıdır. Bu durumda mal sahibi iade edebilmek için kiraya verdiği malını kiracıdan geri almaya ihtiyaç duymaktadır. Kiralık malı geri alamaması halinde kusurlu malı iade hakkından mahrum kalacağı için zarar görecektir. Bu sebeple kusurlu malı iade hakkı da fikhî kaynaklarda icârenin feshini meşru kılan bir mazeret örneği olarak yer almaktadır.⁹⁶⁰ Öte yandan kiralık evin sahibinin kiraladığı evde kendisinin oturma ihtiyacı, kira akdini süresi bitmeden feshetme hakkı doğuran bir mazeret olarak görülmemiştir. Buna gerekçe olarak da, ev sahibinin bu süre zarfında elde ettiği kira geliriyle kendisine oturacak bir ev kiralamasının mümkün olması gösterilmiştir. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre söz konusu ihtiyaç, karşılanmaması halinde akitle üstlenilmeyen bir zarara yol açacak bir ihtiyaç sayılmadığından fesih sebebi olarak görülmemiştir.⁹⁶¹

Kiralık mala duyulan ihtiyaç sebebiyle icârenin feshine dair yukarıda zikredilen örneklerden ve fukahânın bu konudaki yaklaşımlarından şu sonuç çıkmaktadır: Klasik kaynaklarımızda kiralık mala duyulan ihtiyacın akdin feshi için mazeret sayılması, bu ihtiyacın karşılanmadığı takdirde sahibini zarara uğratacak mahiyette olmasına bağlanmıştır. Bunun tespiti için de söz konusu ihtiyacın başka bir yolla karşılanma imkânının bulunup bulunmadığına bakılmıştır. Bunun sonucunda da İslam hukukçuları, kiralık mala olan ihtiyacın bir başka vesileyle giderilmesi mümkün değilse kira akdinin feshini meşru görmüş, aksi takdirde ise buna cevaz vermemişlerdir. Günümüzde sıklıkla karşılaşılabilen, kişinin kendisinin veya bakmakla yükümlü olduğu yakınlarının kiraya verilen ev veya dükkânı kullanma ihtiyacı da bu ilke ışığında ele alınmalıdır. Buna göre ev sahibi şahsın kendisinin veya bakmakla yükümlü olduğu yakınlarının barınma veya iş yapma ihtiyacı hâsıl olmuş ve me'cûrun kira bedeli bu ihtiyacı karşılamaya yetmiyorsa, böyle bir durum kira akdini feshetmek için geçerli bir mazerettir.

⁹⁶⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 199.

⁹⁶¹ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XVI, s. 3; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 199.

2.6.3.2.2.2. Akdin Devamının Ma'kûdun Aleyhe Zarar Vermesi

Menfaati akde konu edilen malda akdin devamının kendisine zarar vereceği bir arıza meydana gelirse, mal sahibinin bu akdi feshedip muhatabı malından yararlandırmaktan vazgeçme hakkı vardır. Bunun için Hanefî fikhında kiraya verilen muayyen bir hayvanın hastalanması hayvan sahibi için feshi meşru kılan bir mazeret olarak görülmüştür. Zira hasta hayvanı yük taşıma, üzerinde yolculuğa çıkma vb. bir işte istihdam etmek hayvana eziyet ve zulüm olacağı gibi sahibinin malına da zarar vermek demektir. İslam hukuku bunların her ikisine de cevaz vermez. Üstelik böyle bir zarar mal sahibinin kira akdini yaparken beklemediği ve akitle taahhüt etmediği bir zarardır. O halde onun bu zarardan korunmak için akdi sürdürmeyip feshetme hakkının olması gerekir.⁹⁶² Günümüzde taşıt kiralama işi yapan bir esnafın kiraya verdiği aracın kiracıya tesliminden önce arızalanması ve tamire gönderilme ihtiyacının hâsıl olması da bu türden bir mazeret olup mal sahibi için fesih hakkı doğuracaktır. Çünkü aracın bu halde kullanılması onda daha masraflı arızalara yol açacaktır ki, araç sahibi bu zarara mecbur bırakılamaz.

Ancak burada şuna dikkat çekmek gerekir: Bu örneklerde kiralık aracın sahibi için söz konusu olan fesih hakkı muayyen bir aracın kira konusu edilmesi halinde geçerlidir. Akit belli bir araç üzerinde olmayıp onda herhangi bir aracın sağlayacağı hizmet maksut olursa, bu durumda aracın arızalanması fesih sebebi olmayıp kiralayan elinde bulunan başka bir aracı kiracıya teslim etmek zorundadır.⁹⁶³

Hayvanlarıyla nakliye işi yapan bir kimsenin akitten sonra kendisinin hasta olup iş için sefere çıkamayacak hale gelmesi Zâhiru'r-rivâye'ye göre feshi meşru kılacak bir mazeret olarak görülmemiştir. Çünkü bu durumda nakliyeci işi kendisi yerine gerçekleştirecek bir elemanını yolculuk için gönderebilir. Dolayısıyla bu hadisede kira konusu mala bir zarar gelmemektedir. Ancak Ebû Yusuf'tan bunun

⁹⁶² Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 199; Şihâbeddîn Ahmed b. Muhammed eş-Şilbî, **Hâşiyetü's-Şilbî alâ Tebyîni'l-hakâik**, 6 c., (Tebyînü'l-hakâik ile birlikte), Bulak/Kahire, el-Matbaatü'l-kübrâ el-emîriyye, 1313 h., C: V, s. 147; Kübeysî, **a.g.e.**, s. 404.

⁹⁶³ Telef, arıza vb. durumlarda kira konusu ayının muayyen olup olmamasına göre hükmün değişeceğine dair bkz. Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3198.

fesih hakkı doğuracak bir mazeret sayılacağına dair bir görüş de nakledilmiştir. Çünkü nakliyeciyi her ne kadar göndereceği bir eleman vasıtasıyla bu işi yaptırabilirse de, başkasının nakliye aracı olan bineği hor kullanma ihtimali bulunduğundan nakliyecinin aracı akdin devamından zarar görebilecektir.⁹⁶⁴ Bugün birçok aracın kullanıldığı ve çok sayıda şoför ve eleman çalıştıran nakliye şirketleriyle yapılan sözleşmelerde ise böyle bir mazerete yer olmayacağı açıktır.

İş akdinde de çalışan tarafın akit konusu işe devam etmekten zarar görmesi, tıpkı kiralık malın akdin devamından zarar görmesi gibi fesih hakkı doğuran bir özür olarak kabul edilmiştir. Nitekim İslam hukuku kaynaklarında belirtildiğine göre, iş verenle belli bir ücret karşılığı herhangi bir işi yapmak hususunda anlaşılan işçi henüz akitten doğan yükümlülüğünü yerine getirmeden işi bırakmak isterse, bu isteği ancak işten zarar görüyor olması halinde kabul görür ve akdi feshetmesine cevaz verilir. Aksi takdirde akit konusu iş onu bağlar. İmam Muhammed bu konuyla ilgili olarak şöyle bir ayırım yapmaktadır: Eğer akit konusu iş kişinin önceden beri yaptığı ve mesleği haline gelmiş bir iş olur, dolayısıyla bu işi yapmakta kendisi için utanç duyulacak ve onur kırıcı bir durum bulunmazsa, bu kişi mesleği terk etmek istediği gerekçesiyle işi ifa etmeden akdi feshedemez. Buna karşılık akde konu edilen iş işçinin asli mesleği değilse ve o bu işten dolayı küçük düşüp onuru zedeleneyecekse, işi yapmaktan vazgeçip akdi feshedebilir.⁹⁶⁵

Bu yaklaşımdan şu sonucu çıkarıyoruz: İş akdinde akit sırasında belirtilen ücret, yapılacak işin kapsamı, iş koşulları vb. hususlarda akdin ifası henüz tamamlanmadan olumsuz yönde değişmelerin olması da, mezkûr fikhî görüşe göre çalışan taraf için iş akdinin feshini meşru kılan mazeretlerdendir. Zira bu durumda işçinin akdin devamından zarar göreceği açıktır. Yine işverenin işçinin hukukuna tecavüzde bulunması, onun veya aile fertlerinin onurunu kırıcı davranışlarda bulunması gibi eylemleri de bu kapsamdaki mazeretler arasındadır.⁹⁶⁶ Bunun yanında işçinin daha yüksek maaşlı ya da çalışma şartları daha iyi bir iş bulması, daha önce

⁹⁶⁴ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XVI, s. 4; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 199; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 400; Kübeysî, **a.g.e.**, s. 404.

⁹⁶⁵ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 199; Şerif, **a.g.e.**, s. 352-353; Zennûn, **a.g.e.**, s. 119; Bardakoğlu, **a.g.e.**, s. 307.

⁹⁶⁶ Şerif, **a.g.e.**, s. 354-355.

yaptığı iş akdini süresi veya ifası tamamlanmadan feshetme hakkı kazandıran bir özür olarak değerlendirilmemektedir.⁹⁶⁷ Çünkü burada işçinin eski işini bırakma isteği bu işten gördüğü bir zarardan kaynaklanmamaktadır. Ayrıca sırf daha iyi bir iş imkânı bulmayı fesih için geçerli bir mazeret saymak, iş akitlerinde güvensizlik ve istikrarsızlığa yol açar. Bu durum işveren kesiminin zararına olan bir sonuçtur. Oysa İslam hukukunun akitlerde gözettiği ilke, taraflar arasında adalet ve dengenin sağlanması ve her iki tarafın da zararının önüne geçilmesidir.

2.6.3.2.3. Akdin Ma'kûdun Aleyhten Kaynaklanan Mazeret Sebebiyle Feshi

İstimrârî akitlerde bazen taraflardan birisi için akdi feshetme hakkı doğuran mazeret akde konu olan şeyden kaynaklanabilmektedir. Bu da daha çok mücbir sebeplerle akit konusunun kendisinden istifade edilemeyecek duruma gelmesi halinde olmaktadır. Söz gelimi bir kimsenin işletmek için bir hamam kiraladıktan sonra hamamın bulunduğu yöre halkının oradan göç etmesi, kira akdinin feshini caiz kılan bu türden mazeretlere bir örnektir.⁹⁶⁸ Aynı şekilde me'cûr tarlayı ziraata engel olacak derecede su basması veya değirmenin suyunda kendisinden istifadeyi yarı yarıya eksiltecek derecede fahiş azalma olması, tarladaki ekine don, çekirge gibi bir afet isabet etmesi ve bu sebeple akit süresinin geri kalanında ziraat imkânının kalmaması gibi durumlar bu türden mazeretler kapsamında zikredilebilir.⁹⁶⁹ Akdin taraflarından hangisi bahsi geçen durumlardan zarar görüyorsa, bunlar o taraf için akdin feshine gerekçe gösterilebilecek mazeretlerdendir.

Öte yandan akdin konusundan kaynaklanan mazeretler bazen taraflardan biri için değil bizzat ma'kûdun aleyhin kendisi için fesih hakkı doğurabilmektedir. Buluğa ermemiş bir çocuk adına hukuki temsilcisi tarafından bir iş akdi yapılması halinde, çocuğun buluğa erdikten sonra bu akdi feshetme hakkının doğması bu durumun bir örneğidir. Şöyle ki: Çocuğun velisi veya vasisi çocuğu belli bir süreliğine bir işe verse, çocuk bu süre bitmeden reşit bir halde buluğa ermesi halinde

⁹⁶⁷ Şerîf, **a.g.e.**, s. 355.

⁹⁶⁸ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3172.

⁹⁶⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 196; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 593; Bardakoğlu, **a.g.e.**, s. 142.

Hanefî hukukçulara göre akdi onaylama ya da feshetme hakkına sahip olur.⁹⁷⁰ Çünkü buluğdan önce veli veya vasinin çocuğu eğitmek amacıyla işe vermesi, onların çocuk üzerinde sahip oldukları velayet kapsamındaki meşru tasarruflardandır. Çocuk buluğa erdiğinde ise onların bu velayeti ortadan kalkmakta ve çocuk kendisiyle ilgili tasarrufta bulunmaya ehil olmaktadır. Bu da onun velinin önceden kendisi adına yaptığı tasarrufa devam edip etmeme hususunda muhayyer olmasını gerektirmektedir.⁹⁷¹ Ayrıca çocuğun buluğdan sonra da icâre süresince akdin gereklerini ifaya devam etmek zorunda kalması, onu kendisinin akitle bizzat üstlenmediği bir zarara maruz bırakabilecektir. Dolayısıyla çalıştırılan çocuğun buluğa erme durumu, fesih hakkı doğuran özür tanımına uygunluk göstermektedir.⁹⁷²

Bazı durumlarda ma'kûdun aleyh kaynaklı mazeretten dolayı akdin tarafı olmayan üçüncü şahıs için de fesih hakkı söz konusu olabilmektedir. Bununla ilgili olarak bazı kaynaklarda, bir kadının emsallerinin yapmadığı ve yapması kendisi dışında ailesini de küçük düşürecek işlerde çalışmak için iş sözleşmesi yapması halinde, bundan zarar gören ailenin de bu akdi feshetme hakkının olduğu ifade edilmektedir.⁹⁷³

2.6.3.3. İstimrârî Akitlerde Mazeretleri Fesih Sebebi Saymayan Yaklaşım

İslam hukukçularının cumhuruna göre mazeretler istimrârî akitlerde fesih sebebi değildir.⁹⁷⁴ Bu yaklaşıma göre istimrârî akitlerin feshinden veya infisâhından ancak akit konusu menfaatten istifadeyi imkânsız hale getiren ya da bu menfaatte noksanlığa sebep olan hallerde söz edilebilir. Bu haller ise telef, şer'î mazeret ve ayıp durumlarıdır.⁹⁷⁵ Bunların dışında menfaatten yararlanan veya yararlandıran taraftan

⁹⁷⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 200; Şerîf, **a.g.e.**, s. 354.

⁹⁷¹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 200; Şerîf, **a.g.e.**, s. 354.

⁹⁷² Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 200.

⁹⁷³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 199.

⁹⁷⁴ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 483; Remlî, **a.g.e.**, C: V, s. 315; Kübeysî, **a.g.e.**, s. 400; Şerîf, **a.g.e.**, s. 348; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3173.

⁹⁷⁵ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 14; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: IV, s. 23; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3173.

kaynaklanan, öngörülemeyen/beklenmeyen hal kabilinden mazeretler bu akitlerde fesih için geçerli bir sebep olarak kabul edilmemektedir.⁹⁷⁶

İslam hukukçuları istimrârî akitlerde fesih hakkı doğuran ayıpların, akit konusu menfaatin azalmasına sebep olan ve bu menfaate karşılık olarak belirlenen ücreti azaltan kusurlar olduğunu belirtmekte ve bu kusurların izale edilmemesi halinde ilgili tarafın ayıp muhayyerliğine istinaden akdi feshetme hakkına sahip olacağını söylemektedirler.⁹⁷⁷ Mesela kiralanan hayvanda huysuzluk, saldırganlık, hastalık gibi kendisinden yararlanmayı güçleştirecek bir özelliğin bulunması, kiralık dairenin hasarlı çıkması gibi haller bu kapsamda zikredilen ayıplardır.⁹⁷⁸

Hemen ifade edelim ki, istimrârî akitlerde fevrî akitlerin aksine akdin inşasından sonra henüz akit süresi tamamlanmadan meydana gelen ayıplar da fesih hakkı doğurmaktadır.⁹⁷⁹ Kiralık evde akit devam ederken kiracının fiilinden kaynaklanmayan bir takım hasarların meydana gelmesi böyle ayıplara örnek teşkil etmektedir. Bu durumda kiracının akdi feshetme hakkı vardır. Ancak ev sahibi akit feshedilmeden kusuru giderirse kiracının fesih hakkı düşer.⁹⁸⁰ İstimrârî akitlerdeki bu farklılığın sebebi ise, bu akitlerin konusunun menfaatler olup bunların bir defada değil akit süresi boyunca tedricen elde edilmesidir. Dolayısıyla akit süresi bitmeden bir ayıbın meydana gelmesi, henüz elde edilmemiş menfaatler açısından akdin konusunda kabzdan önce ayıbın oluşması demektir. Bu ise fevrî akitlerde olduğu gibi istimrârî akitlerde de muhayyerlik hakkı doğurmaktadır.⁹⁸¹

Menfaat mahallinin akdin süresi veya ifası tamamlanmadan telef olması halinde ise ma'kûdun aleyh olan menfaat henüz kabz edilmeden yitirilmiş olacağından, icâre akdi tıpkı bey' akdinde mebî'in kabzdan önce telef olması halinde olduğu gibi münfesih olur.⁹⁸² Zira bu durumda akit konusu menfaatten yararlanma

⁹⁷⁶ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 483.

⁹⁷⁷ Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 239; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 429; Buhûtî, **Keşşâfu'l-knâ'**, C: IV, s. 23; Kübeysî, **a.g.e.**, s. 400.

⁹⁷⁸ Hicâvî, **el-İknâ'**, C: II, s. 308-309.

⁹⁷⁹ Nevevî, **a.g.e.**, C: V, s. 239.

⁹⁸⁰ Nevevî, **a.g.e.**, C: V, s. 239.

⁹⁸¹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 195-196; Ensârî, **a.g.e.**, C: II, s. 429.

⁹⁸² Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 240; Remlî, **a.g.e.**, C: V, s. 317.

imkânı tamamen ortadan kalkmaktadır. Me'cûr konutun depremde yıkılması, kiralanan muayyen hayvan veya işçinin ölmesi gibi örnekleri bu kapsamda zikredebiliriz. Bu ve benzeri durumlar icâreyi akit süresinin kalan kısmına nispetle sona erdirmektedir.⁹⁸³

Ayıp ve telef hallerinde istimrârî akitlerin fesih ya da infisâhının söz konusu olacağında İslam hukukçuları arasında bir görüş ayrılığı olmadığı gibi, şer'î mazeret olarak nitelenen özürler sebebiyle bu akitlerin feshinin cevazı veya infisâhı hususunda da cumhur ile Hanefî hukukçular ittifak halindedir.⁹⁸⁴ Şer'î mazeretten maksat ise akit konusu menfaatten istifade etmeye dinen mani olan hallerdir. Menfaat mahallinin helâki ma'kûdun aleyhten yararlanma imkânını hissen ortadan kaldırdığı gibi bu mazeretler de şer'an bu imkânı ortadan kaldırmaktadır. Bundan dolayı bazı İslam hukukçuları "menfaatin şer'an fevâtı, infisâhı gerektirme hususunda hissen fevâtı gibidir" demişlerdir.⁹⁸⁵

Şer'î mazeretin sıkça zikredilen örneklerinden bir tanesi, ağrıyan dişi çektirmek için dişçiyle akit yapıldıktan sonra ağrının dinmesi hadisesidir. Hanefî hukukçular bu durumda müste'cir için akdin feshinin cevazından bahsederken,⁹⁸⁶ diğer mezheplere ait fikhî kaynaklarda bu akdin münfesih olacağından söz edilmektedir.⁹⁸⁷ Bu mazerette akdin infisâhından bahseden hukukçular gerekçe olarak, ağrısı dinmiş olan dişi çekmenin şer'an caiz olmadığını, dolayısıyla bu halde akdin gereğini ifa etmenin imkânsız hale gelmiş olduğunu söylemektedirler.⁹⁸⁸ Bu yaklaşım sahipleri kanaatimizce dişin ağrısının geçmesini iyileşme alameti olarak görmüş ve bu durumda dişin çekilmesini sağlam bir uzvu telef etmek gibi değerlendirmişlerdir. Bunun yanında Şâfi'î mezhebinde ağrının dinmesinin dişin iyileşmiş olduğu anlamına gelmeyeceğini, ağrının daha sonra tekerrür etmesinin muhtemel olduğunu, bu sebeple de ağrının geçmesiyle akdin münfesih olmayacağını,

⁹⁸³ Remlî, **a.g.e.**, C: V, s. 317; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3173.

⁹⁸⁴ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 483; Ruaynî, **a.g.e.**, C: V, s. 433; Şerîf, **a.g.e.**, s. 348; Kübeysî, **a.g.e.**, s. 400.

⁹⁸⁵ Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 248.

⁹⁸⁶ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XVI, s. 2; Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 247; Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 62; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 198; Haskefî, **a.g.e.**, s. 586.

⁹⁸⁷ Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 249; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 483; Ruaynî, **a.g.e.**, C: V, s. 433; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: IV, s. 27; Şerîf, **a.g.e.**, s. 348.

⁹⁸⁸ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 483; Ruaynî, **a.g.e.**, C: V, s. 433; Şerîf, **a.g.e.**, s. 348.

aksine bunun müste'cir için fesih hakkı doğuracağını söyleyen hukukçular da bulunmaktadır.⁹⁸⁹

Bunun dışında kısas cezasının infâzı için ücretle bir şahıs kiralanmışken maktulün velisinin katili affetmesi, ücretle süt emziren kadının hamile kalması gibi hadiseler de şer'î mazeretin örnekleri olarak fıkıh kitaplarında yer almaktadır.⁹⁹⁰ Çünkü bu ve benzeri hadiselerde şer'an akit konusu menfaatten yararlanma imkânı kalmamaktadır. Zira veli affettiğinde kısas cezasını uygulamak da, karnındaki çocuk zarar göreceksen hamile kadının sütanneliğe devam etmesi de şer'an caiz değildir. Dolayısıyla bu hallerde gereklerinin yerine getirilmesi mümkün olmadığından akit münfesih olmaktadır.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Cumhura göre ifası süre isteyen akitlerde akit konusu menfaatten eksiksiz yararlanma imkânı devam ettiği sürece, bu akitler her iki tarafı için de bağlayıcıdır. Dolayısıyla akit sırasında hesap edilmeyen ani gelişmeler, akitten eksiksiz yararlanmaya mani olmamaları halinde bu akitlerin feshini meşru kılacak sebepler olarak görülmezler.

2.7. TARAFLARDAN BİRİNİN AKİTTEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İFÂ ETMEMESİ

Taraflarını birbirlerine karşı bir takım yükümlülüklerle sorumlu kılan muâvazalı akitlerde, bir tarafın yükümlülüğünü ifa etmemesinin diğer taraf için fesih hakkı doğurup doğurmayacağı İslam hukukunda tartışmalıdır. Tabii yükümlülüğü ifa etmemenin ifadan kaçınma şeklinde mi yoksa ifa imkânının bulunmaması kaynaklı mı olduğu, bu durumun fesih sebebi sayılıp sayılmaması hususunda önem arz eder. Ayrıca akitten doğan yükümlülük hiç ifa edilmemiş olabileceği gibi kısmî bir ifa etmeme durumu da söz konusu olabilir. Bunların dışında tarafların ifa sorumluluğu altında oldukları yükümlülük bazen doğrudan akitten kaynaklanabilmekte; bir başka ifadeyle akdin hukuki sonucunun bir gereği olabilmekte iken, bazen de tarafların sözleşme esnasında ileri sürdükleri ilave bir şartın gereği olabilmektedir. Bu başlık

⁹⁸⁹ Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 249; Kübeysî, **a.g.e.**, s. 400-401.

⁹⁹⁰ Nevevî, **a.g.e.**, C: V, s. 249; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3173.

kapsamında akitten doğan yükümlülüğün ifa edilmemesinin fesih sebebi sayılıp sayılmayacağı meselesi bütün bu farklı haller açısından ele alınacaktır.

2.7.1. Akitten Doğan Borcun Mazeretsiz Olarak Zamanında Ödenmemesi: Mümâtale/Temerrüd

Vadesi gelmiş borcu ödeme imkânı olduğu halde hak sahibine ödememek Arap dilinde “**matl/mumâtale**” tabirleriyle ifade edilmektedir.⁹⁹¹ Şu hadiste **matl** kelimesi bu anlamda kullanılmıştır: “مطل الغني ظلم...” “Zengin borcunu geciktirmesi zulümdür...”⁹⁹² Türk borçlar hukukunda ise bu durumu ifade etmek için Arapça kökenli “**temerrüd**” kavramı kullanılır.⁹⁹³

Yukarıdaki hadisin delalet ettiği üzere borcun mazeretsiz geciktirilmesi bir hak ihlali olup şer’an caiz değildir.⁹⁹⁴ Bununla birlikte ivazlı akitlerden doğan borçların taraflardan biri tarafından zamanında ödenmemesi İslam hukuk mezheplerinin yaklaşımına göre genellikle fesih hakkı doğuran bir sebep olarak değerlendirilmemiştir. Bunun yerine bu akitlerde mümâtalenin önüne geçmek için akit sırasında alınacak bir takım tedbirler vaz’ edilmiş, akdin bu tedbirler alınmadan yapılmış olması durumunda ise, temerrüde düşen tarafın borcunu ifa etmesini sağlamaya yönelik bazı müeyyideler öngörülmüştür.⁹⁹⁵ Öte yandan fikhî kaynaklarda mümâtalenin fesih hakkı doğuracağına işaret eden yaklaşımlara da rastlanmaktadır.

⁹⁹¹ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: XI, s. 624; Aynî, **Umdetü’l-Kârî**, C: XII, s. 110; Askalânî, **Fethu’l-Bârî**, C: I, s. 189, IV, 465.

⁹⁹² Buhârî, “Havâlât”, 1; Müslim, “Müsâkât”, 7; Tirmizî, “Buyû”, 68; Ebû Dâvud, “Buyû”, 10; Nesâî, “Buyû”, 101; İbn Mâce, “Sadakât”, 8; Dârimî, “Buyû”, 48; Mâlik, “Buyû”, 39.

⁹⁹³ Yarmalı, Alp, **Hukuk Terimleri Sözlüğü**, s. 717; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 564; Rahmi Yaran, **İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi Borçlunun Temerrüdü Alacaklının Temerrüdü**, İstanbul, İFAV Yayınları, 1997, s. 60.

⁹⁹⁴ Askalânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 466; Aynî, **a.g.e.**, C: XII, s. 110.

⁹⁹⁵ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 599; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3197; Zennûn, **a.g.e.**, s. 108; Yaran, **a.g.e.**, s. 195-196.

2.7.1.1. Mümâatalenin Önüne Geçmek İçin Akit Sırasında Alınması Öngörülen Tedbirler

Mümâatalenin/temerrüdün önüne geçmek için akit sırasında alınabilecek önlemleri nakd muhayyerliği, hapis hakkı ve alacağın rehin veya kefâlet vasıtasıyla güvenceye alınması şeklinde üç kısım olarak tespit ettik.

1) Nakd Muhayyerliği: Borcun ifasının geciktirilmesini önlemek için alınan tedbirlerden bir tanesi nakd muhayyerliğidir.⁹⁹⁶ Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi bu muhayyerliğin istihsânen caiz olduğunu, istihsân gerekçesinin ise satım akdinden doğan borcun ifasının müşteri tarafından geciktirilme riskinden kaçınmak olduğunu söylemektedir.⁹⁹⁷ Muhayyerlikler bahsinde tafsilatıyla zikredildiği üzere bu muhayyerlikte taraflar müşterinin mebi'in semenini belirli bir vakte kadar ödememesi halinde akdin geçersiz olması hususunda anlaşabilmekte, böylece müşteri bu vakte kadar semeni ödeyip akdi onaylamakla ödemeyip feshetmek arasında muhayyer olmaktadır.⁹⁹⁸ Nakd muhayyerliğinin bu şekilde her ne kadar muhayyerlik müşteriye ait olsa da muhayyerlikten yararlanan taraf bâyi'dir. Dolayısıyla bu şekliyle nakd muhayyerliği bâyi'i müşterinin temerrüdünden korumaya matuf bir tedbir olmaktadır.

2) Hapis/Alıkoyma Hakkı: İslam hukukunda mümâtaleye mani olmak için alınan bir başka tedbir ise hapis hakkıdır.⁹⁹⁹ Genel anlamı itibariyle “hakkı alabilmek için bir malı elinde alıkoymak hakkı”¹⁰⁰⁰ şeklinde tarif edilebilen bu hak ivazlı akitler kapsamında düşünüldüğünde: “Ayn borçlusunun deyn niteliğindeki alacağını elde edinceye kadar ifadan kaçınması” anlamında bir İslam hukuku terimidir.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁶ Nakd muhayyerliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. s. 92-94.

⁹⁹⁷ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 309. Zühaylî de borcun ifa edilmemesi sebebiyle akdin feshedilebilmesi için akit sırasında nakd muhayyerliğinin şart koşulmasının gerekli olduğunu belirtir. Bkz. Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3197.

⁹⁹⁸ Bkz. s. 92.

⁹⁹⁹ Zennûn, **a.g.e.**, s. 105; Yaran, **a.g.e.**, s. 195.

¹⁰⁰⁰ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 178.

¹⁰⁰¹ Bilal Aybakan, “Hapis Hakkı”, **DİA**, 1997, C: XVI, s. 65-67. Hapis hakkı akitten doğan karşılıklı borçlardan birinin ifasının diğerinden öncelikli olması halinde sabit olur. Bu da borçlardan birinin ayn (ferden muayyen borç), diğerinin deyn (nev'an muayyen borç/para borcu) olması durumunda söz konusu olmaktadır. (Bkz. Bilal Aybakan, **İslam Hukukunda Borçların İfası**, İstanbul, İFAV Yayınları, 1998, s. 179; “Hapis Hakkı”, **DİA**, C: XVI, s. 65-67). Mesela eşyanın para karşılığı

Mecelle'nin 278. maddesinde hapis hakkından şöyle bahsedilmektedir: "Peşin satışta, müşteri semeni tamamen te'diye edinceye dek, bâyi'in mebi'i habs ve tevkif etmek hakkı vardır."

Bu maddede belirtildiği üzere mebi'i hapsedme/alıkoyma hakkı sadece peşin satışlarda söz konusu olup, veresiye satışlarda böyle bir haktan söz edilemez. Ayrıca semenin kısmen ödenmesinin hapis hakkını düşürmeyeceği de mezkûr maddeden anlaşılmaktadır. Bunun yanında müşterinin verdiği rehin ve kefil gibi güvencelerle de hapis hakkı sakıt olmamaktadır.¹⁰⁰² Çünkü bu güvenceler borcu müşterinin zimmetinden düşürmemekte, dolayısıyla satıcının müşteriden semeni talep etme hakkı devam etmektedir.¹⁰⁰³

3) Alacağın Rehin veya Kefâlet Yoluyla Güvenceye Alınması: Rehin ve kefâlet akitleri alacağı güvenceye almak için vaz' edilmiş akitlerdir.¹⁰⁰⁴ Muâvazalı akitlerden doğan alacaklar da bu kapsamda olup bu akitler kurulurken alacaklı taraf borçlunun kefil veya rehin vermesini şart koşabilir. Bu şart akitten doğan yükümlülüklerin ifasını temine yönelik olduğundan akde münasip görülmüş ve İslam

satılması bu türden borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Böyle bir akitte borcunu önce ödemesi gereken taraf ifada bulunmadıkça diğer tarafın hapis hakkı vardır. Her iki borcun deyn olduğu sarf akdi ile ikisinin de ayn olduğu mukâyaza (trampa) sözleşmesinde ise akitten doğan borçların ifa bakımından birbirlerine önceliği olmayıp ikisi de aynı zamanda ifa edilmelidir. (Bkz. Kudûrî, **a.g.e.**, s. 79; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 8; Halebî, **Mültekâ**, C: II, s. 31; Aybakan, **a.g.e.**, s. 175). Bu sebeple bu akitlerde taraflar için hapis hakkı söz konusu değildir.

¹⁰⁰² İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 296; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 263; Zennûn, **a.g.e.**, s. 105.

¹⁰⁰³ Zennûn, **a.g.e.**, s. 105. Eşyanın para karşılığı satılması suretindeki satım akdinde hapis hakkının satıcıya ait olduğu Hanefî ve Mâlikî mezheplerinin görüşüdür. Bu mezheplere göre satım akdinin doğurduğu karşılıklı borçlardan deyn borcunun ayn borcundan önce ifa edilmesi gerekir. Dolayısıyla akitte müşteri ve satıcıdan her birinin karşı taraf akitten doğan yükümlülüğünü ifa etmedikçe kendisinin de ifa etmeyeceğini söylemesi ve bu sebeple aralarında anlaşmazlığın vuku bulması halinde, öncelikle müşterinin semeni ödemesi gerekmektedir. Hatta bundan kaçınması halinde yargının bu hususta müşteriye zorlama yetkisi vardır. (Bkz. Kudûrî, **a.g.e.**, s. 79; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 8; Timurtâşî, **a.g.e.**, s. 400; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 21; Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed es-Sâvî el-Halvetî, **Bülğatü's-sâlik li akrabi'l-mesâlik**, 4 c., y.y., Dâru'l-meârif, t.y., C: III, s. 200; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: XI, s. 487). Şâfi'î mezhebinde öne çıkan görüşe ve Hanbelî hukukçulara göre ise bahsi geçen satım akdinde ifa önceliği bâyi'e ait olup önce onun mebi'i teslim etmesi gerekir. (Bkz. Şirbinî, **a.g.e.**, C: II, s. 472; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 149; **el-Mukni**, s. 166; Aybakan, "Hapis Hakkı", C: XVI, s. 65-67). Dolayısıyla Hanefî ve Mâlikî mezheplerine göre müşteri semeni ödeyene kadar bâyi'in mebi'i, Şâfi'î ve Hanbelî mezheplerine göre ise satıcı mebi'i teslim edene kadar müşterinin semeni alıkoyma/hapis hakkı bulunmaktadır.

¹⁰⁰⁴ Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4141.

hukukçularınca sahih bir şart olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁰⁵ Böylece özellikle vadeli satışlarda müeccel borç alacaklı tarafça güvence altına alınmış olur ve karşı tarafın borcunu zamanında ödememesi halinde alacak kefilden veya rehin tutulan maldan tahsil edilir.

2.7.1.2. Akitten Sonra Mümâtalenin Vukuu Halinde Alacağı Temin İçin Uygulanan Müeyyideler

Akit sırasında borçlunun temerrüdüne yönelik bir önlem alınmamışsa, borcun ödenmemesi halinde ifanın temini için borçluya uygulanacak müeyyideler ise şunlardır:

1) Hapis Cezası: İslam hukukunda başkasının kendisi üzerindeki bir hakkını ödemekten imtina eden kişiyi ifaya zorlamak için öngörülen müeyyidelerden bir tanesi hapis cezasıdır.¹⁰⁰⁶ Dolayısıyla akitten doğan peşin borcun veya süresi tamamlanmış vadeli borcun borçlu tarafından eda edilmemesi halinde, alacaklı tarafın konuyu yargıya intikal ettirip borçlunun hapsini isteme hakkı vardır.¹⁰⁰⁷ Ancak bu durumda hâkim sadece borcun kendisi nezdinde sübut bulması ve alacaklının borçlunun hapsini talep etmesiyle bu cezaya hükmetmez. Bunun için temerrüd/mumâtale halinin sabit olması gerekmektedir.¹⁰⁰⁸ Zira borçlunun ödeme imkânı yoksa ona hapis cezası verilmemektedir¹⁰⁰⁹ ki, bu durumla ilgili hükümler “i’sâr” başlığı altında ele alınacaktır. Borçlunun imkânı olduğu halde borcunu ödemekten kaçındığının sabit olması halinde ise, hâkim bu haksızlığı ortadan kaldırmak için borcunu eda edinceye kadar borçlunun hapsedilmesine hükmeder.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁵ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 551.

¹⁰⁰⁶ Karâfî, **el-Furûk**, C: IV, s. 79; İbn Ferhûn Burhâneddîn İbrahim b. Ali el-Ya’mûrî, **Tebîrâtü’l-hükkâm fî usûli’l-akziyeti ve menâhici’l-ahkâm**, 2 c., y.y., Mektebetü’l-külliyâti’l-Ezheriyye, 1406/1986, C: II, s. 312; Yaran, **a.g.e.**, s. 205. Ayr. bkz. Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 88.

¹⁰⁰⁷ Zennûn, **a.g.e.**, s. 111-112.

¹⁰⁰⁸ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 104.

¹⁰⁰⁹ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 104; Nevevî, **Minhâc**, s. 121; Ebu’l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu’l-Kebîr**, C: XIII, s. 236-237.

¹⁰¹⁰ Serahsî, **el-Mebsût**, C: V, s. 187-188; Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 104; Ebu’l-Hasen Alâeddîn Ali b. Halîl et-Tarâblusî, **Muînu’l-hükkâm fî mâ yeteraddedu beyne’l-hasmeyni mine’l-ahkâm**, y.y., Dâru’l-fikr, t.y., s. 198; Kermî, **Delîlü’t-tâlib**, s. 147; Zennûn, **a.g.e.**, s. 111-112.

Zira hapis cezası zulmü sabit olan kişiyi yaptığı haksızlıktan caydırmak için meşru kılınmıştır.¹⁰¹¹

2) Borcun Hâkim Tarafından Borçlunun Malından Cebren İfası: Mütemerrid borçlunun borcunu ifa etmesini temin yollarından birisi de yargı yoluyla cebren ifa ettirmedir. Hanefilerden İmâmeynin de dâhil olduğu İslam hukukçularının cumhurunun yaklaşımına göre alacak davalarında hâkim borcunu ödemekten kaçınan borçlunun mallarından alacaklılara hisselerine göre taksimat yapmak suretiyle borcun ifasını zorla gerçekleştirebilir. Bu ifade borçlunun para cinsinden malları doğrudan taksim edilirken, diğer malları ise satılarak semeni alacaklılar arasında paylaşılır.¹⁰¹²

İmam Ebû Hanîfe'ye göre ise hâkim borçlunun sadece nakdî mallarından cebri ifade bulunabilir. Hâkimin aynî mallarını borçlu adına satma yetkisi olmayıp, bunun yerine onu mallarını satıp borcunu ödemeye zorlamak için hapis cezasına çarptırma yoluna gider.¹⁰¹³ Çünkü başkasının mallarında onun adına cebren tasarrufla bulunmak bir tür hacr sayılmaktadır. Âkıl, bâliğ ve hür kimsenin hacr altına alınması ise Ebû Hanîfe'ye göre caiz değildir.¹⁰¹⁴

3) Borçluyu Yakın Takibe Alma (Mülâzeme): Borçlunun peşinin bırakılmayıp borcunu ödeyinceye kadar yakın takibe alınması işlemi, İslam hukukunda ifayı temine yönelik müeyyidelerden biri olarak “mülâzeme” tabiriyle ifade edilmektedir.¹⁰¹⁵ İslam hukukuna göre ödeme imkânı olduğu halde borcunu ödemekten kaçınan kimseyi alacaklısı yakın takibe alıp borcunu sürekli talep etmek suretiyle ona baskı uygulayabilir. Hatta ona borcunu geciktirdiği için ağır sözler

¹⁰¹¹ Serahsî, **el-Mebsût**, C: V, s. 187.

¹⁰¹² Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 282; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 105; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 67; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: XIII, s. 237-238; Kermî, **a.g.e.**, s. 148; Mevvâk, **a.g.e.**, C: VI, s. 588; Yaran, **a.g.e.**, s. 205-206.

¹⁰¹³ Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 98; Haskefî, **a.g.e.**, s. 606; Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 199; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4509.

¹⁰¹⁴ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 98; Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 282; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4509.

¹⁰¹⁵ Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 457; Tarâblusî, **a.g.e.**, s. 199; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 418; Yaran, **a.g.e.**, s. 208.

söyleme hakkına da sahiptir.¹⁰¹⁶ Bu müeyyidenin kaynağı olarak Hz. Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisi zikredilmektedir: "لِي الْوَاجِدِ يُحَلَّ عَرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ" "*Varlıklı kimsenin borcunu geciktirmesi haysiyetinin ihlalini ve cezalandırılmasını helal kılar.*"¹⁰¹⁷ Hadiste bahsedilen cezalandırma daha çok hapis cezası olarak yorumlansa da,¹⁰¹⁸ bir rivayete göre İmam Muhammed bundan maksadın mülâzeme olduğunu söylemiştir.¹⁰¹⁹

2.7.1.3. Akdin Mümâtale Sebebiyle Feshi

Tarafların akitten kaynaklanan borçlarını ifa etmelerini temine yönelik gerek akit sırasında alınması meşru kılınan önlemlerin gerekse yargı vasıtasıyla ifayı sağlama yollarının bulunması dolayısıyla İslam hukukçularının mümâtale durumunda genellikle alacaklı için fesih hakkından söz etmediklerini ifade etmiştik. Bununla birlikte fikhî kaynaklarda bütün bu önlem ve müeyyidelerin yanında alacağını tahsil edemeyen tarafın ayrıca akdi feshetme hakkına sahip olacağına işaret eden yaklaşımlar da bulunmaktadır.

Özellikle Şâfi'î ve Hanbelî mezhebi kaynaklarında; müşterinin ödeme imkânı olduğu halde parasının sefer hükümlerinin tatbik edileceği mesafe kadar uzakta bulunması halinde satıcının paranın hazır edilmesini beklemek zorunda olmadığı, isterse akdi feshedebileceği ifade edilir. Bu hükme gerekçe olarak ise satıcının alacağını geç tahsil etmekten dolayı zarar görmesi gösterilir.¹⁰²⁰ Hatta paranın sefer mesafesinden daha yakın bir yerde bulunması durumunda bile satıcının aynı gerekçeyle fesih hakkının bulunduğunu söyleyen İslam hukukçuları bulunmaktadır.¹⁰²¹ Görüldüğü gibi bu yaklaşıma sahip hukukçular, bahsi geçen meselede yargının borçluyu ifaya zorlama imkânı bulunduğu halde alacaklının ifanın

¹⁰¹⁶ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 341; Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed et-Tahâvî, **Şerhu Müşkili'l-âsâr**, thk. Şuayb el-Arnaût, 16 c., y.y., Müessesetü'r-risâle, 1415/1994, C: II, s. 412.

¹⁰¹⁷ Ebû Dâvud, "Akziye", 29; Nesâî, "Buyû", 100; İbn Mâce, "Sadakât", 18.

¹⁰¹⁸ Azîmâbâdî, **a.g.e.**, C: X, s. 41; Ebu'l-Hasen Nureddîn Muhammed b. Abdilhâdî es-Sindî, **Hâşiyetü's-Sindî alâ Süneni'n-Nesâî**, 8 c., 2. bs., Halep, Mektebü'l-matbûâtî'l-İslâmiyye, 1406/1986, C: VII, s. 317; Tahâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 412.

¹⁰¹⁹ Tahâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 412; Yaran, **a.g.e.**, s. 208.

¹⁰²⁰ Şirbîni, **a.g.e.**, C: II, s. 473; Remlî, **a.g.e.**, C: IV, s. 105; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 149; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: XI, s. 488.

¹⁰²¹ Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 149; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: XI, s. 488.

gecikmesinden kaynaklanacak zararlardan korunmak için fesih hakkına sahip olması gerektiği kanaatindedirler.

Hanbelî hukukçuların İslam aile hukuku ile ilgili bazı konulardaki görüşleri de, akitten doğan yükümlülüğü ifadan kaçınmanın fesih hakkı doğurabileceği kanaatini teyit edici niteliktedir. Mesela bu mezhebin yaklaşımına göre nikâh akdinin inşası sırasında kadının ileri sürdüğü, kocasının onu anne babasının yaşadığı şehirden başka bir şehre götürmemesi veya onun üzerine ikinci bir eş getirmemesi gibi şartlar sahih ve bağlayıcı kabul edilmektedir. Bundan dolayı Hanbeli hukukçular akitten sonra kocanın bu şartları yerine getirmekten kaçınması durumunda kadının nikâhı feshetme hakkına sahip olacağı kanaatindedirler.¹⁰²² Görüldüğü üzere bu meselede de kocayı kazâi yolla şartı yerine getirmeye zorlama imkânı olmasına rağmen Hanbelî hukukçular kadına fesih hakkı tanımışlardır.

Mustafa Zerkâ da diğer akitlere nispetle feshe daha az elverişli olan nikâh akdinde bile akitten kaynaklanan bir yükümlülüğü ifadan kaçınmak fesih sebebi olarak telakki ediliyorsa, mali ivazlı akitlerde bu durumun evleviyetle fesih sebebi sayılması gerektiğini söyler. Ayrıca yukarıda zikredilen örnekler ve benzerlerinden, akdin mümâtale sebebiyle feshi anlayışının İslam hukukuna uygun olduğu sonucunu çıkarır.¹⁰²³

Öte yandan “akdin nâfiz olmaması” ana başlığı bünyesinde ele alındığı üzere, satın alınan malın rehin bırakılmış veya kiraya verilmiş olduğunun akitten sonra ortaya çıkması halinde, müşterinin malın rehinden kurtulmasını veya kira süresinin bitmesini beklemek zorunda olmayıp dilediği takdirde akdi feshedebileceği İslam hukukçularınca benimsenmiştir.¹⁰²⁴ Açıktır ki, bu meselede de müşteriye fesih hakkının tanınması, onun alacağını geç tahsil etmekten dolayı göreceği zararı önlemeye yöneliktir.

¹⁰²² Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Mukni'**, s. 310; Buhûtî, **Keşşâfu'l-knâ'**, C: V, s. 91; **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: II, s. 665; Zeydân, **a.g.e.**, s. 377.

¹⁰²³ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 599-601; Yaran, **a.g.e.**, s. 194.

¹⁰²⁴ Bkz. s. 202-204.

"لا ضرر ولا ضرار", İslam hukukunun "الضرر يُزال" gibi ilkeleri birlikte düşünülürken, akitten doğan borcu ifadan kasti olarak kaçınmanın fesih sebebi sayılması kanaatimizce İslam hukukunun ruhuna ve maksatlarına uygun bir içtihatır. Zira mütemerrid borçluyu ifaya zorlayıcı mahiyetteki müeyyide ve tedbirler, alacağın vaktinde tahsil edilmesini her zaman sağlayamamakta, ifanın gecikmesi ve mahkeme sürecinin getirdiği zorluklar sebebiyle bu tedbirler alacaklının zarar görmesini önlemede yetersiz kalabilmektedir. Bunun için kanaatimizce mümâtale halinde alacaklı anılan tedbirlerin yanında akdin feshini talep edip; akitten doğan borcunu henüz ifa etmemişse bu yükümlülükten kurtulma, ifada bulunmuşsa da ödediğini geri alıp zarardan korunma imkânına sahip olmalıdır.

2.7.2. Akitten Kaynaklanan Borcu İfa İmkânının Olmaması

İslam hukukçuları taraflardan birinin akitten kaynaklanan borcunu¹⁰²⁵ ifa imkânından yoksun olmasını, ödeme gücü olduğu halde kasten ifaya yanaşmamasından ayrı değerlendirmiş ve mümâtalenin aksine bu durumu genellikle fesih hakkı doğuran bir sebep olarak telakki etmişlerdir.¹⁰²⁶ Zira bir tarafın borcunu ödeme imkânı bulunmadığında, borcu yargı yoluyla cebren ifa ettirmek de mümkün değildir. Bu durumda diğer tarafı akitten doğan borcunu/edimini ifa etmekle yükümlü tutmak, onu tek taraflı ve karşılıksız bir külfete sokmak olur. Bu ise muâvazalı akitlerde aranan taraflar arası eşitlik ve mütekalibiyet prensibine aykırıdır.¹⁰²⁷ Bu prensibe aykırılık akitlerin karşılıklı rıza üzerine kurulmasının gerekliliği ilkesinin de ihlaline yol açar. Bu sebeple taraflardan biri akdin kendisine yüklediği borcu/edimi ifa etme imkânından yoksun olduğunda, diğer tarafın da ifa yükümlülüğü sakıt olmalıdır.

¹⁰²⁵ Akitten kaynaklanan borçtan kastımız sadece para borcu olmayıp bâyi'in mebi'i teslim etmesi, iş sözleşmesinde işçinin akit konusu işi yapması vb. akdin taraflara yüklediği her türlü edim bu kapsamda mülhaza edilmektedir.

¹⁰²⁶ Takiyyüddîn Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Abdilhalîm İbn Teymiyye, **Nazariyyetü'l-akd**, Kahire, Mektebetü's-Sünneti'l-Muhammediyye, 1949, s. 153; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 242; el-Hadîsî, **Ahkâmu'l-mu'sir**, s. 121-122; Hûrân, **a.g.e.**, s. 255.

¹⁰²⁷ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3176. Kâsânî bu hususta şöyle söylemektedir: "ولأن المعاولات مبناهها على المساواة عادة" "Karşılıklı bedel ödenen akitler, örfen taraflar arası eşitlik esasına dayanır." Bkz. **Bedâiu's-Sanâi'**, C: V, s. 249.

Akdî yükümlülüğü ifanın imkânsız olma halini kendi içinde mutlak ve mukayyet imkânsızlık şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Mesela muayyen/müşahhas durumdaki bir akit konusunun mücbir sebepler sonucunda kendisinden arzu edilen şekilde yararlanmaya elverişli olmaktan çıkması halinde, ifanın akitte taahhüt edildiği şekliyle gerçekleşmesi mutlak surette imkânsız olacaktır. Bunun yanında borçlunun hali hazırda ödeme gücünün olmaması halinde ise, ifanın imkânsızlığı bu durumun devamıyla mukayyet bulunmaktadır. Bu başlık kapsamında borcu ifa edememenin bu iki şeklini fesih sebebi olması yönüyle ayrı başlıklar altında ele alacağız.

2.7.2.1. Akit Konusundan Arzu Edilen Şekilde İstifadenin İmkânsız Hale Gelmesi

Akde konu olan şeyin teslimden önce tamamen veya kısmen yok olması yahut kendisinden amaçlanan menfaati ortadan kaldıracak derecede bozulup eski haline döndürülme imkânının kalmaması, akit konusunu teslimle yükümlü bulunan tarafı akitten doğan bu yükümlülüğünü ifa etme imkânından yoksun bırakmaktadır. Bu durumda akit konusundan istifade edecek taraf için de kendi akdî yükümlülüğünden kurtulma hakkı doğmaktadır.¹⁰²⁸

Akit konusundan kastedilen menfaatinin yitirilmesi sebebiyle ifa imkânsız hale geldiğinde akdin yerine göre infisâhı veya feshe elverişli hale gelmesi söz konusu olur. Mesela bir satım akdinde müşteri henüz teslim almadan mebî' tamamen telef olur ve bu telef mücbir bir sebepten kaynaklanır veya satıcının fiiliyle olursa yahut da mebî' bir hayvan olur da kendi kendini telef ederse, sözleşme kendiliğinden münfesihi olur ve infisâhın sonucu olarak müşterinin semeni ödeme yükümlülüğü düşer.¹⁰²⁹ Söz konusu mebî'in üçüncü bir şahsın fiiliyle telef olması halinde ise akit kendiliğinden bozulmayıp müşterinin muhayyerlik hakkı doğar. Müşteri akdi onaylayıp semeni ödeyebileceği gibi feshedip ödememe cihetine de gidebilir. İlk

¹⁰²⁸ Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, C: VI, s. 242; Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C: II, s. 442.

¹⁰²⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 238; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 296; Senhûrî, **a.g.e.**, C: VI, s. 243.

seçeneği tercih ederse telef olan mebî'i üçüncü şahsa tazmin ettirir. Akdi feshetmesi halinde ise bâyi' ziyan olan malını bu şahsa ödettirir.¹⁰³⁰

Meseleyi icâre akdi çerçevesinde ele alacak olursak, bazı İslam hukukçuları bu akitte menfaati akit konusu olan ayndan istifade imkânı kalmadığında akdin münfesi olacağını söylemişlerdir.¹⁰³¹ Mesela kiralanan evin depremde yıkılması bu kabilden bir örnektir. Bey' akdinden farklı olarak burada akdin infisâhı için istifadeye mani olan arızanın me'cûr mal teslim alınmadan önce gerçekleşmesi şart değildir. Zira icâre akdinde akde konu olan şey me'cûr malın kendisi değil ondan elde edilen menfaattir. Menfaat ise akit süresi boyunca tedricen elde edilmektedir. Dolayısıyla me'cûrun kabzedilmiş olsa bile akit süresi tamamlanmadan arızaya maruz kalması halinde, henüz elde edilmemiş olan menfaat teslim alınmadan yitirilmiş olacaktır. Bu durum ise mebî'in kabzedilmeden önce telef olması gibidir.¹⁰³² İslam hukukçularından bazıları ise herhangi bir sebeple me'cûr malın menfaati ortadan kalktığında icâre akdinin münfesi olmayacağını, bu durumda müste'cir için fesih hakkı doğacağını söylemektedirler.¹⁰³³ Bu görüşlerine gerekçe olarak da akit konusu menfaat yitirilmiş olsa bile bu menfaatin avdet etme imkânının bulunmasını göstermektedirler.¹⁰³⁴

Esasen bu iki yaklaşımın arasını telif etmek mümkündür. Şöyle ki, arızaya maruz kalan me'cûr tamamen telef olmuş ve ondan tekrar yararlanma imkânı hiçbir surette bulunmuyorsa, akit münfesi olur ve müste'cirin ücret ödeme sorumluluğu düşer. Ancak me'cûrda telef derecesinde bir arıza olmayıp mu'cirin kaybedilen menfaati tekrar temin etme imkânı bulunur ve kendisi de bunu taahhüt ederse, müste'cir akdi devam ettirmekle feshetmek arasında muhayyer olur. Aynı ayırım satım akdinde mebî'in arızaya maruz kalması örneğinde de geçerlidir. Buna göre birinci hadisede akit konusunu teslimle yükümlü bulunan tarafın yükümlülüğünü ifa

¹⁰³⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 238-239; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 297; Senhûrî, **Mesâdiru'l-hak**, C: VI, s. 243.

¹⁰³¹ Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 240; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3862.

¹⁰³² Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 61; Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 144; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 239; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 104.

¹⁰³³ Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 239; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 273; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 104; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 78.

¹⁰³⁴ Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 144; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 104.

etmesi mutlak surette imkânsızken, ikinci durumda bu hususta mukayyet/muvakkat bir imkânsızlık söz konusudur.

Varılan bu kanaatten yola çıkarak netice itibariyle şöyle bir genelleme yapabiliriz: Hangi akit olursa olsun ivazlı akitlerde akit konusunun tesliminde mutlak imkânsızlık varsa akdin kendiliğinden infisâhı, mukayyet bir imkânsızlık bulunması halindeyse akdin feshe elverişli hale gelmesi söz konusu olur.¹⁰³⁵ Çünkü muâvazalı bir akitte taraflardan birinin ifası mutlak imkânsızlığa maruz kaldığında, akit tek tarafın bedel ödeyeceği bir işleme dönüşmekte, bu yönüyle akdin mahiyeti ortadan kalkmakta, yani muâvazalı bir akit olmaktan çıkıp teberru mahiyeti kazanmaktadır. Mukayyet imkânsızlık ise böyle bir sonuca götürmemekte, sadece taraflardan birinin ifasını geciktirmektedir. Bu durumda varlığını sürdürdüğünden dolayı akdin infisâhından söz edilemez. Fakat bir tarafın ifasının zamanında yerine gelmemesi, ifaya hazır bulunan diğer tarafın rızasına hâlel getirdiğinden onun için fesih hakkı doğmaktadır.

Akit konusunun teslim edilememesi sebebiyle akdin feshi konusunda ayrıca şu değerlendirmeyi yapmalıyız: Teslimden önce telef olan akit konusu malın kıyemî veya mislî oluşu, bizce bu mal üzerine yapılan sözleşmenin münfesihi/feshe elverişli olup olmayacağı noktasında önem arz eder. Şöyle ki, akit konusu mal kıyemî bir mal ise, bu malın kabzedilmeden telef olması akdin -duruma göre- infisâhına ya da feshe elverişli hale gelmesine sebep olur. Çünkü benzeri bulunmadığından kıyemî malın helâki halinde akit konusunu teslim imkânı bulunmamaktadır. Öte yandan akde konu olan mal mislî olup teslim edilmeden telef olursa, eğer malın misli teslimle yükümlü olan tarafın elinde bulunur ve bu şahıs telef olan malın mislini teslim etmeyi taahhüt ederse, kanaatimizce akdin bağlayıcılığı devam eder. Çünkü bu durumda taraflardan birinin akitten doğan borcunu ifasında mutlak veya mukayyet bir imkânsızlık söz konusu olmamaktadır. Bu durumda her iki taraf da akitten doğan yükümlülüğünü ifa imkânına sahip olduğundan, taraflardan birinin ifadan kaçınmasını gerektirecek bir eşitsizlik ve dengesizlik bulunmamaktadır.

¹⁰³⁵ Benzer bir değerlendirme için bkz. Senhûrî, **Nazariyyetü'l-Akd**, s. 685.

2.7.2.2. Borçlunun İ'sâr ve İflası

2.7.2.2.1. İ'sâr ve İflas Kavramları

İ'sâr kelimesi Arapça "عَسْر" masdarından gelmekte olup, bu masdar sözlükte "darlık, zorluk, şiddet" gibi manalara gelmektedir.¹⁰³⁶ Mal bulmaktaki zorluğu içermesi itibariyle fakirliği ifade etmek için de bu masdar kullanılmıştır.¹⁰³⁷ Kur'an'da da ödeme gücü olmayan borçludan "ذو عُسْرَة" diye bahsedilmektedir.¹⁰³⁸ Bu kökten türetilmiş bulunan i'sâr kelimesi de lügatte fakirlik ve muhtaç bulunma halini ifade eder.¹⁰³⁹ Fıkhî bir kavram olarak ise i'sâr: "Kişinin zimmetinde sabit olan vadesi gelmiş mali hakları hali hazırda ödeyecek durumunun olmaması" manasında terimleşmiştir.¹⁰⁴⁰ Borcunu ödeyecek halinin bulunmaması, borçlunun hiç malının olmaması suretinde olabileceği gibi malı bulunmakla birlikte maddi sıkıntı içinde bulunması sebebiyle borcunu vadesinde ödemekte güçlük çekmesi şeklinde de olabilir.¹⁰⁴¹

İflas sözcüğü ise "altın ve gümüş dışındaki madenlerden yapılan bozuk para" manasındaki "أفلس" kökünden gelmekte olup "أفلس" fiilinin masdarıdır. Bu masdar sözlükte "kişinin altın ve gümüş paralara malikken bunları yitirip elinde sadece fels denilen bozuk paraların kalması veya fels dâhil hiç malının kalmaması" manalarını ifade etmektedir.¹⁰⁴² Fıkhî bir terim olarak ise iflasın ve bu kökten gelen müflis kavramının çeşitli tanımları yapılmıştır. Mesela Şirbînî (v. 977/1570) müflisi tarif ederken şöyle söyler: "Müflis örfte malı olmayan kişi demektir. Fıkıhta ise malı borcunu kapatmaya yetmeyen kimsedir."¹⁰⁴³ İbn Kudâme ise bu konuda şu ifadeleri kullanır: "Fukâhânın örfünde müflis, borcu malından çok, gideri gelirinden fazla olan kimsedir."¹⁰⁴⁴ Bazı kaynaklarda ise iflas: "Çıktısı girdisinden fazla olduğu için

¹⁰³⁶ Cevherî, *es-Sihâh*, C: II, s. 744; İbn Manzûr, *a.g.e.*, C: IV, s. 563; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûs*, s. 439.

¹⁰³⁷ Feyyûmî, *a.g.e.*, C: II, s. 409; Râgıb, *el-Müfredât*, s. 566.

¹⁰³⁸ Bakara 2/280.

¹⁰³⁹ Fîrûzâbâdî, *a.g.e.*, s. 439.

¹⁰⁴⁰ Kal'acî, Kanîbî, *a.g.e.*, s. 77; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 258.

¹⁰⁴¹ İbn Âşûr Muhammed et-Tâhir b. Muhammed et-Tûnusî, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, 30 c., Tunus, ed-Dâru't-Tûnusiyye, 1984, C: III, s. 96.

¹⁰⁴² İbn Manzûr, *a.g.e.*, C: VI, s. 165; Feyyûmî, *a.g.e.*, C: II, s. 481; Fîrûzâbâdî, *a.g.e.*, s. 563.

¹⁰⁴³ Şirbînî, *a.g.e.*, C: III, s. 97; Hûrân, *a.g.e.*, s. 250.

¹⁰⁴⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, C: IV, s. 306; Hûrân, *a.g.e.*, s. 250.

insanın üzerindeki mali hakları ödemekten aciz kalması” şeklinde tarif edilir.¹⁰⁴⁵ Öte yandan İbn Rüşd iflas kavramının İslam hukukunda iki manada kullanıldığını söyler. Birincisi borcun borçlunun bütün malını kuşatması, dolayısıyla malının borcunu ödemeye yetmemesi, ikincisi ise kişinin bilinen bir malının olmamasıdır.¹⁰⁴⁶

Bu ve benzeri tariflerin yanında fikhî kaynaklarda konuyla ilgili bölümler incelendiğinde, İslam hukukunda iflas kavramının genellikle kişinin mal varlığının bulunmasıyla birlikte bu malın onun üzerinde bulunan borçları ödemeye yetmemesi manasında kullanıldığı görülmektedir. Bu anlamı itibariyle iflas ile i’sâr kavramları arasında umum-husus ilişkisi bulunmaktadır.¹⁰⁴⁷ Zira i’sâr kişinin mutlak olarak borcunu ödeyecek halinin olmamasını ifade etmektedir. Bu durum borçlunun borcunu ödeyecek kadar malının bulunmamasını da, hiç malının olmamasını da kapsar. Dolayısıyla bahsi geçen manada iflas i’sârın bir türüdür. Netice itibariyle i’sâr, kişinin hiç malının bulunmaması ve malı olup borcunun mevcut malının tamamını kuşatması/ıflâs hali olmak üzere iki türlü olur.

Öte yandan müflis borçlunun borçlarının bir kısmını ödemesini sağlayacak kadar malı bulunduğundan, iflas halinde borcu ifada kısmî bir imkânsızlık söz konusudur. Malın hiç bulunmaması suretindeki i’sâr durumunda ise, borçlu ödeme imkânından tamamen yoksundur. Bu sebeple i’sârın her iki türüne terettüp edecek sonuçlar birbirinden farklı olacaktır. Biz burada öncelikle darda kalan borçluya mühlet verilmesinin hükmü ile bu borçluya uygulanabilecek alacağı tahsil yollarını i’sârın her iki türü bakımından inceleyeceğiz. Daha sonra borçlunun yaptığı akitten doğan borcunu ödeyemeyecek halde olmasının, akdin diğer tarafı için fesih hakkı doğuran bir sebep sayılıp sayılmayacağı hususunu ele alacağız.

2.7.2.2.2. İ’sâr Halinde Borçluya Mühlet Verme ve Alacağın Tahsili İçin Uygulanabilecek Yöntemler

İ’sâr durumundaki borçluya gösterilecek muamele hakkında ilgili ayette şöyle buyrulmaktadır: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة..." “Eğer borçlu darda ise, eli

¹⁰⁴⁵ Kal’acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁰⁴⁶ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 67. Ayr. bkz. Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 290.

¹⁰⁴⁷ Hûrân, **a.g.e.**, s. 250, 251.

*genişleyinceye kadar ona mühlet vermek gerekir...*¹⁰⁴⁸ Bu ayet ribayı yasaklayan ayetlerin peşi sıra zikredilse de, pek çok müfessir buradaki hükmün sadece faizli borçlara mahsus olmayıp bütün borçları kapsadığını ifade etmiştir.¹⁰⁴⁹ Dolayısıyla ayette, gerek mali muâvazalı akitlerden doğan borçlar olsun gerekse nikâh akdinin kocaya yüklediği mehir ve nafaka borçları olsun, borçlu darda olup borcunu ödeyecek hali yoksa kendisine alacaklı tarafça mühlet verilmesi istenmektedir. Ancak ayette yer alan darda kalan borçluya süre verilmesi meselesinin hükmü, i'sâr halinin türüne göre farklılık göstermektedir. Şöyle ki, borcun kendisinden tahsil edileceği hiçbir malı bulunmayan borçluya eli genişleyinceye kadar süre vermek vâcib iken, iflas etmiş borçluya mühlet vermek alacaklılar için vâcib değil müstehaptır.¹⁰⁵⁰

Buna bağlı olarak şunu söyleyebiliriz: Hiç malı olmayan borçluya yönelik mütemerrid borçluya uygulanan alacağı temin yollarına gitme imkânı bulunmazken, müflis borçlu için alacaklılar dilerlerse bu yollara başvurabilirler. Mümâtale bahsinde zikredilen bu alacağı temin yollarının darda kalan borçluya yönelik uygulanışı hususunda İslam hukukçularının yaklaşımlarını şöyle özetleyebiliriz:

Ödeme imkânından tamamen yoksun bulunan mu'sir borçlu, İslam hukukçularının ittifakıyla hapis cezasına çarptırılmaz.¹⁰⁵¹ Ancak hâkimin borçlunun i'sârı hususunda şüphesi varsa, malının bulunmadığına kanaat getirinceye kadar bu borçluyu hapsedebilir.¹⁰⁵² Hanefilerden İmâmeynin de dâhil olduğu İslam hukukçularının cumhuruna göre i'sâr hali mahkeme kararıyla sabit olan borçluya, alacaklılar tarafından yakın takibe alma (**mülâzeme**) müeyyidesi de uygulanamaz.¹⁰⁵³ Zira hapis ve mülâzeme müeyyideleri ilgili ayette ifade edilen,

¹⁰⁴⁸ Bakara 2/280.

¹⁰⁴⁹ Fahreddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ömer er-Râzî, **Mefâtihu'l-ğayb**, 32 c., 3. bs., Beyrut, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, 1420 h., C: VII, s. 86; Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs, **Ahkâmu'l-Kur'ân**, thk. Muhammed Sâdık el-Kamhâvî, 5 c., Beyrut, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, 1405 h., C: II, s. 194; İbn Âşûr, **a.g.e.**, C: III, s. 96.

¹⁰⁵⁰ İbn Âşûr, **a.g.e.**, C: III, s. 96.

¹⁰⁵¹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 173; Zeylaî, **a.g.e.**, C: IV, s. 181; Nevevî, **Minhâc**, s. 121; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 256; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 338.

¹⁰⁵² Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 186.

¹⁰⁵³ Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 283; Nevevî, **a.g.e.**, s. 121; Ensârî, **a.g.e.**, C: II, s. 186; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 338; Ebu'l-Ferec İbn Kudâme **eş-Şerhu'l-Kebîr**, C: XIII, s. 236-237; Yaran, **a.g.e.**, s. 208.

elinin genişlemesini beklemek suretiyle borçluya gösterilecek müsamahakâr tutumla bağdaşmaz.¹⁰⁵⁴

Ancak İmam Ebû Hanîfe'ye göre mu'sir olduğu anlaşıldığından dolayı tahliye edilen borçluya karşı alacaklıların mülâzeme hakkı devam eder.¹⁰⁵⁵ Çünkü Ebû Hanîfe'ye göre hâkimin i'sâr sebebiyle verdiği tahliye kararı zahire göre verilmiş bir hüküm olup, bu kararlar i'sâr hali kesin olarak sabit olmaz. Zira borçlunun malının olmadığını kat'î olarak bilmek mümkün değildir. Ayrıca mal her an elde edilmesi veya kaybedilmesi mümkün bir şey olup kişi her zaman mal sahibi olup ödeme gücüne kavuşabilir. Bu sebeple borçlunun malının tespit edilemeyip i'sârına kanaat getirilmesi ve kendisine mühlet verilmesi, Ebû Hanîfe'nin yaklaşımına göre alacaklıların mülâzeme hakkını düşürmez.¹⁰⁵⁶ Öte yandan alacağı temin yollarından biri olan yargı kararıyla borçlunun mallarından borcun cebren ifa ettirilmesi uygulamasının ise tatbiki mümkün olmadığından malı hiç bulunmayan borçlu hakkında söz konusu olamayacağı açıktır.

İflas halindeki borçluya gelince, bu kimse mevcut mallarını satıp borçlarını ödemeye yanaşmıyorsa, Ebû Hanîfe'ye göre hapsedilerek mallarını satmaya zorlanır.¹⁰⁵⁷ Cumhura göre ise bu durumda hapis cezası yerine hâkim alacaklıların talebiyle müflis borçluyu hacreder.¹⁰⁵⁸ Daha sonra hâkim tarafından mahcûr borçlunun mallarının satımı gerçekleştirilir ve satılan malların bedeli alacaklılara hisselerine göre paylaştırılmak suretiyle cebren borcun ifası sağlanır.¹⁰⁵⁹ Ebû Hanîfe'ye göre ise borçluyu hacr etmek hiçbir halde caiz olmadığından, borçlarını ifa etmesini sağlamanın tek yolu borçluyu hapsedmek suretiyle ifaya zorlamaktır.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁴ Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: II, s. 186.

¹⁰⁵⁵ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 283; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 99; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 173.

¹⁰⁵⁶ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 283; Yaran, **a.g.e.**, s. 208.

¹⁰⁵⁷ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 282.

¹⁰⁵⁸ Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 98; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 97; Cündî, **a.g.e.**, s. 169; Ruaynî, **a.g.e.**, C: V, s. 32; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 306.

¹⁰⁵⁹ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 282; Nevevî, **Minhâc**, s. 121; Ensârî, **a.g.e.**, C: II, s. 189; İbn Kudâme, **el-Muknî'**, s. 187.

¹⁰⁶⁰ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 282.

2.7.2.2.3. Borçlunun İ'sârı Sebebiyle Akdin Feshi

Özellikle muâvazalı akitlerden doğan borçlarda mu'sir borçluya uygulanacak alacağı temin yollarından biri de, i'sâr gerekçesiyle akdin feshedilip akit konusu malın alacaklı tarafça borçlunun elinden geri alınmasıdır. Fıkıh mezheplerinin çoğunluğuna göre, alışveriş akdinde müşteri iflas etmiş olup satın aldığı malın parasını ödeyemiyorsa, malın satıcısı bu akdi feshedip malını geri alma hakkına sahiptir.¹⁰⁶¹ Buna göre satıcı bu mal üzerinde müflis müşterinin diğer alacaklılarından daha fazla hak sahibidir.

Akdi müşterinin iflas edip borcunu ödeyememesi sebebiyle feshi hususunda, iflasın mebî'in teslim alınmasından önce mi yoksa sonra mı gerçekleştiği önem arz etmektedir. Eğer müşteri mebî'i henüz kabz etmeden iflas etmişse, İslam hukukçularının ittifakıyla satıcı muhayyer olup dilerse akdi fesheder, dilerse onaylayıp mebî'i müşteriye teslim eder. Ancak akdi onaylaması halinde fesih hakkı ortadan kalkar. Bu durumda satıcı artık mebî'i geri alma imkânını yitirmiş olur ve alacağını tahsil hususunda mebî' üzerinde borçlunun diğer alacaklılarıyla aynı hakka sahip olur. Müşteri eğer malı kabz ettikten sonra iflas etmiş ise, bu durumda mebî'in onun elinde mevcut bulunup bulunmadığına bakılır. Mebî' müşterinin elinde tamamen telef olmuş veya başkasına temlik edilmiş olur da geri alınma imkânı bulunmazsa, satıcının akdi feshetme imkânının olmayacağı açıktır. Mebî'in müşterinin elinde aynen mevcut bulunuyor olması halinde ise, satıcının ödeme imkânı olmayan müşteriye mühlet verme yoluna gitmeyip akdi feshetme ve sattığı malı geri alma hakkının olup olmadığı İslam hukukçularınca tartışılmıştır.¹⁰⁶²

Hanefî hukukçular dışında kalan çoğunluk bu durumda satıcının muhayyerlik hakkının olacağını; onun dilerse akdi feshedip mebî'i geri alabileceğini, dilediği takdirde ise akdi onaylayabileceğini, bunu yapması halinde borçlunun diğer

¹⁰⁶¹ Nevevî, **Minhâc**, s. 104; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 69; Mevâk, **a.g.e.**, C: VI, s. 588; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 306-307; **el-Mukni'**, s. 187; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4524; Hürân, **a.g.e.**, s. 255; Hadîsî, **a.g.e.**, s. 121-122.

¹⁰⁶² Hadîsî, **a.g.e.**, s. 121.

alacaklılarıyla aynı hükme tabi olacağını ifade etmişlerdir.¹⁰⁶³ Cumhurun bu konudaki görüşlerinin dayanağı Hz. Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisidir:

"من أدرك ماله بعينه عند رجل - أو إنسان - قد أفلس فهو أحق به من غيره"

*"İflas etmiş bir kimsenin –bir insanın- yanında bizatihi kendi malını gören kimse, onu almaya diğer alacaklılardan daha çok hak sahibidir."*¹⁰⁶⁴

Hadiste geçen, malı yanında bulunduran şahsın ivazlı akit sonucu borçlanmış bir kimse olduğu açıktır. Çünkü aksi takdirde iflasla nitelenmesi anlamsız olurdu. Zira kişinin malını yanında bulduğu şahsın mesela gâsib, vedî' vb. olması durumunda, malı ondan geri alma hakkı iflas haliyle kayıtlı değildir.¹⁰⁶⁵ Dolayısıyla bu hadis, müşteri iflas edip satın aldığı malın parasını ödeyemeyecek hale düştüğünde satıcının ona teslim ettiği mebî'i geri alma hakkına sahip olduğuna açıkça delalet etmektedir. Bu muamele ise bir fesih işlemidir.

Bunun yanında satıcı, sattığı malın bedelini peşin satışta hemen, vadeli satışta ise vadesi gelince teslim alacağı düşüncesiyle akde razı olmaktadır. Bunun için semenin herhangi bir sebeple zamanında ödenememesi satıcının rızasını sakatlayıcı bir unsur olmaktadır. Bu durumda rızası sakatlanan tarafın akdi feshetme hakkı olmalıdır.¹⁰⁶⁶

Hanefî hukukçular ise iflas durumunda sattığı malın semenini alamayan satıcının, müşterinin diğer alacaklılarına bir önceliğinin bulunmadığı kanaatindedirler. Yani borçlarını ödeyemeyen müflis müşterinin elinde bulunan mebî'de, o malın satıcısıyla müşterinin diğer alacaklıları eşit derecede hak sahibidir.¹⁰⁶⁷ Buna göre iflas durumunda bütün alacaklılar için geçerli olan alacağı temin yolu, borçlunun hacredilip mallarının mahkeme yoluyla satılarak alacaklılara alacakları oranında paylaşılmasıdır. Dolayısıyla mebî'in satıcısının akdi feshedip

¹⁰⁶³ Nevevî, **Minhâc**, s. 104; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 69; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 307; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4524; Hürân, **a.g.e.**, s. 255.

¹⁰⁶⁴ Tahrîci için bkz. 234 nolu dipnot.

¹⁰⁶⁵ Hadîsî, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁰⁶⁶ İbn Teymiyye, **Nazariyyetü'l-akd**, s. 154.

¹⁰⁶⁷ Şemseddin Muhammed b. Yusuf el-Kirmânî, **el-Kevâkibü'd-derârî fi şerhi Sahîhi'l-Buhârî**, 25 c., 2. bs., Beyrut, Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, 1401/1981, C: X, s. 203; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 70.

mebî'i geri alma hakkı bulunmamaktadır.¹⁰⁶⁸ Zira henüz semen ödenmemiş olsa da satılan malın mülkiyeti akitle birlikte müşteriye intikal etmiş bulunmaktadır. Malın semeni ise müşterinin zimmetinde borç olarak durmaktadır. Satıcı bu borç eda edilene kadar mebî'i alıkoyma (hapis) hakkına sahiptir. Ancak bu hakkını iptal edip malı teslim ettiğinde satıcının mebî' üzerinde bir hakkı kalmamakta, onun hakkı artık müşterinin zimmetinde olan borca taalluk etmektedir.¹⁰⁶⁹

Öte yandan müşterinin iflası sebebiyle alışverişin feshine cevaz verenlerden Hanbelî hukukçular bunun için mebî'in borçlu tarafın elinde noksansız bir şekilde mevcut bulunuyor olmasını şart koşmaktadırlar. Bundan dolayı mebî'in kısmen bile olsa telef olması halinde onlara göre alacaklı tarafın fesih hakkı ortadan kalkar ve bu kimse alacağını tahsil hususunda müşteriye satmış olduğu malda borçlunun diğer alacaklılarıyla aynı hakka sahip olur.¹⁰⁷⁰ Şâfi'î ve Mâlikî hukukçulara göre ise satılan malın bir kısmının telef olması alacaklı tarafın fesih hakkına mani değildir. Bu durumda alacaklı isterse malının mevcut kalan kısmını geri alır, telef olan kısmının hissesine düşen alacağının tahsilinde ise borçlunun diğer alacaklıları ile aynı hükme tabi olur.¹⁰⁷¹

Akdin borçlu tarafın i'sârı sebebiyle feshine cevaz veren hukukçular bunu sadece alışveriş akdine mahsus bir işlem olarak görmemişlerdir. Bu hak diğer muâvazalı akitlerde de alacaklı taraf için söz konusu olmaktadır.¹⁰⁷² Mesela bir kimse bir araziye veya bineği belli bir süre için kiraya verse, sonra kiracı henüz malı kullanmadan ve ücreti ödememişken iflas etse, malı kiraya veren şahsın akdi feshedip malını geri alması iflas sebebiyle feshe cevaz veren fakihlerce ittifakla caiz görülmüştür.¹⁰⁷³ Çünkü icâre akdinde karşı tarafa temlik edilen menfaat, bey' akdinde temlik edilen mebî'e benzemektedir.¹⁰⁷⁴ Dolayısıyla kiraya verilen malın henüz kendisinden hiç yararlanılmamış menfaati, müşteriye satılmış olup onun

¹⁰⁶⁸ Hadîsî, **a.g.e.**, s. 122; Esmâdî, **a.g.e.**, s. 190.

¹⁰⁶⁹ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 307; Kirmânî, **a.g.e.**, C: X, s. 203; Esmâdî, **a.g.e.**, s. 190.

¹⁰⁷⁰ İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 310; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 427; Hadîsî, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁰⁷¹ İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 310; Hadîsî, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁰⁷² Ahmed b. Muhammed İbn Hacer el-Heytemî, **Tuhfetü'l-muhtâc fî şerhi'l-Minhâc**, 10 c., Mısır, el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, 1357/1983, C: V, s. 145; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 118.

¹⁰⁷³ Nevevî, **Ravza**, C: IV, s. 151; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebir**, C: III, s. 266; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 426.

¹⁰⁷⁴ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 118.

yanında hiç bozulmadan duran mal gibidir. Bu durumda kiralık malın sahibi, mezkûr hadiste ifade edilen iflas eden borçlunun yanında bizatihi malını bulan kimse gibi olacağından me'cûr malı alma hakkına sahip olur.¹⁰⁷⁵

Kiracının malı bir süre kullandıktan sonra iflas etmiş olması halinde ise, mal sahibinin fesih hakkı olup olmadığı konusunda iflası fesih sebebi gören hukukçular arasında iki farklı yaklaşım vardır. Hanbeli hukukçular malın bir süre kullanılmış olmasını feshe engel görmekte dirler. Çünkü icâre akdinde menfaatten kısmen yararlanılmış olması, satım akdinde temlik edilen mebî'in kısmen telef veya tüketilmiş olmasına benzemektedir. Satım akdinde mebî'in kısmen yitirilmiş olması Hanbelîlere göre iflas gerekçesiyle feshe engel olduğu için, icâre akdinde menfaatten kısmen yararlanılmış olması da onlara göre feshe engeldir.¹⁰⁷⁶ Şâfi'î ve Mâlikî hukukçular ise bey' akdinde mebî'in bir kısmının telef oluşunu feshe engel görmediklerinden, onlara göre icâre akdinde de malın menfaatinden bir süre yararlanılmış olması, mal sahibinin akdi geri kalan süresi için feshetmesine mani değildir.¹⁰⁷⁷ Açık tır ki bu durumda mal sahibi kiracıdan maldan yararlandığı süreye mukabil alacağı ücretin tahsili hususunda onun diğer alacaklılarıyla aynı hükme tabi olur.

İcâre akdinin dışında yine muâvazalı akitlerden karz akdinde borç veren kişinin verdiği para iflas etmiş alacaklının elinde duruyorsa, bu kişi akdi feshedip parasını geri alabilir. Aynı şekilde selem akdinde de satıcı iflas eder de selem konusu malı (**müslemün fih**) vadesinde teslim edemezse, müşteri eğer resûlmal satıcının elinde duruyorsa akdi feshedip malını geri alma hakkına sahiptir.¹⁰⁷⁸ Diğer mali ivazlı akitlerin feshi de bu minval üzeredir. İ'sâr sebebiyle fesih İslam hukukçularınca muâvazalı akitlerden başka nikâh akdinde de mevzu bahis edilmiş olup bu konuda fıkıh mezhepleri arasında ihtilaf bulunmaktadır. Bu meseleyi üçüncü bölümde nikâh akdinin feshi kapsamında ayrıntılı olarak ele alacağız.

¹⁰⁷⁵ Buhûtı, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 426; Hûrân, **a.g.e.**, s. 281.

¹⁰⁷⁶ Buhûtı, **a.g.e.**, C: III, s. 426.

¹⁰⁷⁷ Nevevî, **Ravza**, C: IV, s. 152; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 266.

¹⁰⁷⁸ Şîrbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 118.

Muâvazalı akitlerde alacaklı tarafın diğer tarafın iflası sebebiyle akdi feshedebilmesi için yargının önce borçluyu hacr etmesi gerekir. Hacr kararından önce alacaklının akdi feshedip malını geri alma hakkı yoktur. Borçlu yargı kararıyla hacr edildiğinde ise, fesih işlemi için ayrıca yargı kararına ihtiyaç olmayıp alacaklı taraf akdi tek başına feshedebilir.¹⁰⁷⁹

2.7.3. Taraflardan Birinin Akitte İleri Sürülen Şartlardan Birini Yerine Getirmemesi

Tarafların akitten kaynaklanan yükümlülükleri, şer'an akdin doğurduğu hukuki sonuçların olduğu gibi onların akit sırasında ileri sürdükleri şartların gereği de olabilir. Akitte ileri sürülmesi caiz görülen şartların çerçeve ve sınırları fıkıh mezheplerine göre farklılık gösterse de, İslam hukukçuları genellikle akdin mahiyet ve muktezasına aykırı olmayan, örfte veya şer'î naslarda yeri olan şartları ve bu şartlarla yapılan akitleri sahih kabul etmişlerdir.¹⁰⁸⁰ Dolayısıyla bu şartlar, yapılan akdin bir nevi parçası haline gelmiş olmakta ve tarafların karşılıklı rızayla sözleşmeye dâhil ettikleri bu şartlara riayet etmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde tıpkı taraflardan birinin akitten doğan borcunu ifa etmemesi halinde alacaklı tarafın fesih hakkı söz konusu olduğu gibi burada da şarttan yararlanacak taraf için fesih hakkı sabit olur.¹⁰⁸¹

Akitte ileri sürülebilen şartlar kapsamında vadeli alışverişlerde alacağı garantiye almak için müşteriden rehin vermesinin veya kefil getirmesinin istenmesini zikredebiliriz. Semen teslimini sağlamaya yönelik olduğundan satım akdinde ileri sürülen bu şart İslam hukukunda akde elverişli bir şart olarak görülmüş, bundan dolayı sahih kabul edilmiştir.¹⁰⁸² Bu sebeple müşteri akitten sonra şartı yerine getirmeyip rehin vermez veya kefil getirmezse, satıcı akdi feshetme hakkına sahip olur.¹⁰⁸³ Çünkü satıcının yapılan akde rıza göstermesi mevzu bahis şartın yerine

¹⁰⁷⁹ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 117; Remlî, **a.g.e.**, C: IV, s. 336; Heytemî, **a.g.e.**, C: V, s. 144.

¹⁰⁸⁰ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 14; Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 401-403.

¹⁰⁸¹ İbn Kudâme, **el-Mukni'**, s. 157; Suyûtî, **el-Eşbâh**, s. 287.

¹⁰⁸² Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 19; Nevevî, **a.g.e.**, C: III, s. 402; Ebû İshâk, **el-Mübdî'**, C: IV, s. 50.

¹⁰⁸³ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIII, s. 19; Nevevî, **Ravza**, C: III, s. 403; **el-Mecmû'**, C: XIII, s. 299; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 307; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3175.

gelmesiyle kayıtlıdır. Dolayısıyla bu şart yerine gelmediğinde satıcının rızası sakatlanmış olacağından kendisi için fesih hakkı doğacaktır.¹⁰⁸⁴

Hanbeli mezhebi sözleşmeye dâhil edilmesi meşru sayılan şartlar konusunda en müsamahalı mezheptir.¹⁰⁸⁵ Bu mezhebin kaynaklarında özellikle nikâh akdinde kadının kendi lehine ileri sürdüğü bir takım şartlardan söz edilmekte ve bu şartlar sahih ve bağlayıcı kabul edilmektedir. Bu şartların akitten sonra yerine getirilmemesi ise kadın için fesih sebebi sayılmaktadır.¹⁰⁸⁶

İslam hukukunda sözleşmelerin taraflara yüklediği yükümlülüklerin belirlenmesinde örf ve âdet de dikkate alınmaktadır. Mecelle’de yer alan şu kaideler bu hususu ifade etmektedir: “Örfen ma’rûf olan şey, şart kılınmış gibidir”, “Beyne’t-tüccâr ma’rûf olan şey, beynlerinde meşrut gibidir.”¹⁰⁸⁷ Bundan dolayı İslam hukukunda, sağmal olması akit sırasında şart koşulmamış olsa da sütü için satıldığı maruf olan bir hayvanın süt vermemesi halinde müşterinin alışverişi feshedip hayvanı iade etmesi meşru görülmüştür.¹⁰⁸⁸ Yine satın alınan bir malın veya kiralanana me’cûrun kusurdan hâlî olması, akit yapılırken özellikle belirtilmese de örfen malda arzulan ve beklenen bir özelliktir. Bundan dolayı bu özellik akitte şart koşulmuş hükmünde görülmüş ve aldığı mal kusurlu çıkan âkide ayıp muhayyerliği hakkı verilmiştir.¹⁰⁸⁹

Fıkhi kaynaklarda yer alan bu ve benzeri örneklerden yola çıkarak şu sonucu çıkarmak mümkündür: İslam hukukuna göre akdi yapan taraflardan biri örfen yerine getirmekle sorumlu olduğu bir yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınırsa, bu tutum akit sırasında zımnen ileri sürülmüş kabul edilen bir şartı ifadan kaçınmak olur. Bu durumda tıpkı sarîh şartın ifa edilmemesi halinde olduğu gibi diğer tarafın akdi feshetme hakkı söz konusu olur.

¹⁰⁸⁴ Serahsî, **a.g.e.**, C: XIII, s. 19; Ebû İshâk, **a.g.e.**, C: IV, s. 51.

¹⁰⁸⁵ Hanbelî hukukçulara göre meşru olmayan şartlar sadece bir akit içerisinde başka bir akdin yapılmasını ihtiva eden şartlar ile akdin muktezasına aykırı olan şartlardır. Bu iki tür şarttan ilki kendisi hükümsüz olduğu gibi akdi de batıl kılmaktadır. İkincisi ise kendisi hükümsüz olmakla birlikte akdin sıhhatine etki etmemektedir. (Bkz. Buhûfî, **Keşşâfu’l-kınâ’**, C: III, s. 193).

¹⁰⁸⁶ Ebû İshâk, **a.g.e.**, C: VI, s. 147; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 600; Zeydân, **a.g.e.**, s. 377.

¹⁰⁸⁷ **Mecelle**, md. 43, 44.

¹⁰⁸⁸ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 51.

¹⁰⁸⁹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 18; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3175.

2.7.4. Akdin Bölünmesi/Teferruku's-Safka

Safka (الصفقة) kelimesi Arap dilinde esasen alışverişi kesinleştiren tarafların buna işaret eden bir alamet olarak ellerini karşılıklı olarak birbirlerine çarpmasını ifade etmektedir.¹⁰⁹⁰ Daha sonra bu kelime akdin bizzat kendisi hakkında kullanılır olmuştur.¹⁰⁹¹ Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisinde bunun örneği görülmektedir: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة واحدة" "*Allah Resûlü (s.a.v.) bir alışveriş içinde iki alışveriş yapmayı yasakladı.*"¹⁰⁹² Teferruku's-safka veya tefrîku's-safka tamlaması ise fıkıh mezheplerinin hepsinin kaynaklarında yer alan bir terim olup, akit bütünlüğünün herhangi bir şekilde bozulması anlamında kullanılmaktadır.¹⁰⁹³ Ancak akit bütünlüğünün bozulma şekillerinin hepsi fesih hakkı doğuran sebepler kapsamında değildir.¹⁰⁹⁴ Bu başlık altında sadece fesih hakkı doğuran bir sebep olan akdin bölünmesinden bahsedilecektir.

Fıkıhî kaynaklarda akdin bölünmesi sebebiyle fesih hakkından söz edilen durumlardan bir tanesi, ma'kûdun aleyh birden fazla olup bunlardan bir kısmı akde konu olmaya elverişli iken diğer kısmının böyle olmaması durumudur.¹⁰⁹⁵ Mesela şarapla sirkenin, şer'î usullere göre kesilmiş etle murdar etin birlikte satılışı gibi satımı caiz olan ve olmayan şeylerin tek bir satım akdine birlikte konu edilmesi

¹⁰⁹⁰ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: X, s. 200; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 901.

¹⁰⁹¹ Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 275; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 213; Bereketî, **a.g.e.**, s. 129; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 489; Osman Şahin, "Safka", **DİA**, 2008, C: XXXV, s. 480-481.

¹⁰⁹² Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, C: VI, s. 324. Hadiste safka kelimesinin alışveriş akdini ifade etmek için kullanıldığına dair bkz. İbn Esîr, **en-Nihâye**, C: III, s. 38.

¹⁰⁹³ Bu terimin dört fıkıh mezhebine ait kaynaklarda geçtiği belli başlı yerler için bkz. Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 4; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 3; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 23; Mâverdî, **a.g.e.**, C: V, s. 291; Ensârî, **a.g.e.**, C: II, s. 42; Karâfî, **ez-Zahîra**, C: V, s. 40; Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed İbn Kudâme, **el-Kâfi fî fıkhi'l-İmâm Ahmed**, 4 c., y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1414/1994, C: II, s. 20.

¹⁰⁹⁴ Bunlardan bir tanesi icap ve kabulün birbiriyle uyuşmaması durumudur. Mesela alışveriş akdinde satıcının belli bir malı satmaya yönelik icabına karşılık, müşterinin malın bir kısmını aldığına dair kabulde bulunması İslam hukukçularınca akdi bölmek/tefrîku's-safka olarak nitelenmiştir. (Bkz. Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 4; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 6; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: IV, s. 526). Yine akdin başka bir bölünme şekli ise taraflardan birinin birden fazla kişiden oluşması durumunda bunlardan birinin icap veya kabulüne diğerinin katılmamasıdır. Bu duruma da fıkıhî kaynaklarda tefrîku's-safka denilmektedir. (Bkz. İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: IV, s. 526; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 151; Şahin, "Safka", C: XXXV, s. 480-481). Tefrîku's-safkanın ya da teferruku's-safkanın bu şekillerinde akit icap ve kabulün birbiriyle uyumlu olmaması sebebiyle batıl olduğundan bu gibi durumlarda akdin feshinden söz edilemez.

¹⁰⁹⁵ Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 177.

hadisesi böyledir.¹⁰⁹⁶ Bu tür satışlarda akdin satımı caiz olmayan eşya hakkında geçerli olmayacağı açıktır. Bu durumda akdin satımı meşru olan mal hakkında geçerli kabul edilmesi halinde sözleşmenin bölünmesi söz konusu olmaktadır. İslam hukukçuları bu gibi durumlarda sözleşmenin bölünüp bölünemeyeceği hususunda ihtilaf etmişlerdir.

Hanefî ve Mâlikî hukukçular satımı meşru olan ve olmayan şeylerin tek bir akde konu edilmesi halinde akdin bütünüyle batıl olacağı kanaatindedirler.¹⁰⁹⁷ Çünkü bu anlayışa göre akit bir bütün olup parçalanma kabul etmez. Dolayısıyla akit ma'kûdun aleyhin bir kısmında batıl olunca geri kalan kısmında da batıl olur.¹⁰⁹⁸ Şâfi'î mezhebinde öne çıkan görüşe ve Hanbelîlerde bu konuda nakledilen iki görüşten birine göre ise bu tür satışlarda akdin bölünmesi caizdir. Bu yaklaşıma göre böyle bir alışveriş akdi satımı meşru olan mal hakkında sahih, diğer eşya içinse batıl olur. Bu durumda müşteri akitte belirlenen semenden alışverişin geçerli olduğu mala düşen hisseyi ödemekle yükümlü olur.¹⁰⁹⁹

Şâfi'î ve Hanbelî mezheplerindeki mezkûr yaklaşıma göre bu şekildeki alışverişlerde müşteri, akdin bölünmesinden dolayı zarar görmesi sebebiyle fesih hakkına sahip olabilmektedir.¹¹⁰⁰ Mesela satıcının tek bir akitle sattığı iki maldan birisinin kendisine, diğerinin ise başka bir şahsa ait olduğunun ortaya çıkması ve bu şahsın kendi malında yapılan satım işlemi onaylamaması halinde, müşteri akit

¹⁰⁹⁶ Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 397; Buhûtî, **a.g.e.**, C: III, s. 178.

¹⁰⁹⁷ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 50; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 23; Aynî, **el-Binâye**, C: VIII, s. 193; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 456; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 54; Şahin, "Safka", C: XXXV, s. 480-481.

¹⁰⁹⁸ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 51; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 23; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 205-206; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 29. Ancak Hanefîlerden İmam Ebû Yusuf ve Muhammed, bu şekildeki satışlarda akit esnasında akde konu edilen şeylerin her birisi için ayrı fiyat zikredilmesi halinde satım işleminin meşru olan mallar hakkında sahih olacağı kanaatindedirler. (Bkz. Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 23; Zebîdî, **a.g.e.**, C: I, s. 205-206). Çünkü bu durumda kendisine fiyat biçilen her eşya ayrı bir akde konu olmuş hükmünde sayılır ki, bir akdin batıl olması diğer akdin sıhhatini etkilemez. (Bkz. Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 54; Şahin, "Safka", C: XXXV, s. 480-481).

¹⁰⁹⁹ Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 397-398; İbn Kudâme, **el-Kâfi**, C: II, s. 20.

¹¹⁰⁰ Nevevî, **Minhâc**, s. 99; Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 397; İbn Kudâme, **el-Kâfi**, C: II, s. 20; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 177.

sırasında bu durumu bilmiyor ise muhayyer olur. Dilerse akdi onaylayıp satımı geçerli olan malı hissesine düşen semen karşılığında alır, dilerse de akdi fesheder.¹¹⁰¹

Akdin bölünmesi gerekçesiyle fesih hakkından bahsedilen bir başka durum ise, ma'kûdun aleyh tamamıyla akde konu olmaya elverişli bulunmakla birlikte akit yapıldıktan sonra herhangi bir sebeple onun bütünüyle ve akitte belirtildiği şekliyle teslim edilmesinin mümkün olmamasıdır. Mesela akde konu olan şeyin kabz edilmeden önce kısmen telef olması veya kusurlu hale gelmesi yahut akitten sonra bu şeyin akitte belirtilen miktardan eksik olduğunun ya da bir kısmının kusurlu veya başkasına ait olduğunun ortaya çıkması (**istihkâk**) gibi durumlar bu kabildendir.¹¹⁰² Bu gibi hallerde akdin bölünmesi İslam hukukçularınca genellikle geçerli görülmele birlikte bu geçerlilik akdin bölünmesinden zarar gören tarafın onayına bağlıdır. Bu kimse bütünlüğü bozulan akdi onaylayabileceği gibi feshetme hakkına da sahiptir. Konuyla ilgili fikhî kaynaklarda yer alan ifadelerden de bu husus açıkça anlaşılmaktadır.

Mesela Hanefî fikhî kaynaklarından “Bedâiu’s-sanâi”de alışveriş akdinde mebî’in müşteri teslim almadan önce kısmen telef olması konusunda şöyle söylenmektedir:

“Mebî’in bir kısmı kabzdan önce semavi bir afet sebebiyle telef olursa bakılır: Eğer mal keylî, veznî ya da adedî bir mal olup kendisinde miktar bakımından eksiklik söz konusu olursa, akit helak olan kısım nispetinde münfesiş olur ve bu kısmın semendeki hissesi düşer... Müşteri bu durumda malın geri kalan kısmı hususunda muhayyerdir. Dilerse onu hissesine düşen semen mukabili alır, dilerse almayıp vazgeçer. Çünkü akit müşteri aleyhine bölünmüştür....”¹¹⁰³

Yine Hanefî fikhına ait bazı temel kaynaklarda mebî’in akitte belirtilen miktardan eksik çıkması mevzuunda şunlar söylenmektedir:

“Bir kimse bir yığın buğdayı 100 kaffiz miktarında ve fiyatı 100 dirhem olmak üzere satın aldıktan sonra buğdayın daha az miktarda olduğunu görse, bu müşteri

¹¹⁰¹ Şirbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 397; İbn Kudâme, **el-Kâfî**, C: II, s. 20. Ayr. bkz. Buhûtî, **Keşşâfu’l-kınâ’**, C: III, s. 177.

¹¹⁰² Teferruku’s-safkanın bu şekliyle ilgili olarak bkz. Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 25; Haskefî, **a.g.e.**, s. 397; Mâverdî, **a.g.e.**, C: V, s. 292; Ensârî, **Esne’l-metâlib**, C: II, s. 43; Karâfî, **ez-Zahîra**, C: V, s. 40; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 121; Buhûtî, **a.g.e.**, C: III, s. 178.

¹¹⁰³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: V, s. 239.

muhayyer olur. Dilerse mevcut miktarı hissesine düşen semen karşılığında alır, dilerse de akit henüz tamamlanmadan kendisi aleyhine bölündüğü için alışverişini fesheder...¹¹⁰⁴

Şâfi'î ve Hanbelî fihkına ait kaynaklarda da konuyla ilgili, satılan malın kabzedilmeden önce kısmen telef olması halinde akdin sadece malın telef olan kısmında münfesi olacağı, geri kalan kısmında ise geçerliliğini sürdüreceği fakat bu durumda müşterinin akdi feshetmekle onaylamak arasında muhayyer olacağı ifade edilmektedir.¹¹⁰⁵

İslam hukukçularının teferruku's-safka ile ilgili yukarıda zikredilen yaklaşımlarından şu sonuç çıkmaktadır: Akde konu edilen şeyin eksiksiz bir şekilde teslimine mani olan herhangi bir durum sebebiyle akdin bölünmesi halinde, bu bölünmeden zarar gören taraf bütünlüğü bozulmuş bulunan akdi mevcut haliyle onaylamakla feshetmek arasında muhayyer olur. Ayrıca burada özellikle belirtmeliyiz ki, bu muhayyerlikten kaynaklanan fesih hakkı taraflardan birinin akitten doğan yükümlülüğünü tam olarak ifa edememesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü yukarıda zikredilen sebeplerden biri sonucunda akdin bölünmesi, teslimle yükümlü tarafın akde konu olan şeyin tamamını teslim etmesine engel teşkil etmektedir. Bu durumda taraflardan birinin akitten doğan yükümlülüğünü kısmen ifa edememesi söz konusu olmaktadır. Bu da haliyle akitten beklediğini tam olarak elde edemeyen diğer taraf için fesih hakkının doğmasına sebep olmaktadır.

¹¹⁰⁴ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 25; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 187; Haskefî, **a.g.e.**, s. 397.

¹¹⁰⁵ Şîrbînî, **a.g.e.**, C: II, s. 399; Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: II, s. 43; Buhûtî, **Keşşâfu'l-knâ'**, C: III, s. 178.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. FESHE ELVERİŞLİLİK BAKIMINDAN MUHTELİF AKİT TÜRLERİ

3.1. MUÂVAZALI AKİTLERDE FESİH

Muâvaza kelimesi, herhangi bir şeyin bedelini ifade eden¹¹⁰⁶ “**ıvaz**” kökünden türemiş olup, sözlükte bir şeyin bedelini vermek ya da almak manasına gelmektedir.¹¹⁰⁷ Fıkıhta muâvazalı akit terimi, akdin her iki tarafının karşılıklı bedel ödediği akitleri ifade etmektedir.¹¹⁰⁸ Bir başka ifadeyle muâvazalı akitler, tarafları arasında karşılıklı vecibeler inşa etme esası üzerine kurulan hukuki işlemlerdir.¹¹⁰⁹ Bu akitler her bir tarafı diğerine karşı hem alacaklı hem de borçlu konumuna getirmektedir.¹¹¹⁰

Muâvazalı akitler terimi pek çok akit türünü içine almaktadır. Bu kapsamdaki akitlerden bir kısmı sırf mali hakların mübadelesine vasıta kılınan akitlerdir ki; selem, sarf, mukâyaza gibi muhtelif türleriyle birlikte alışveriş akdi, kira sözleşmesi, mal karşılığı mali haktan vazgeçme şeklindeki sulh akdi bu gruba dâhildir. Bir başka muâvazalı akit türü ise, emek ile malın mübadelesini ifade eden iş sözleşmeleridir. Bunların yanında mudârabe, müzâraa, müsâkât gibi ortaklık akitleri de muâvazalı akitlerden sayılmaktadır. Zira bu akitlerde bir tarafın diğerinin yararına iş görmesi, diğer tarafın ise buna mukabil sermaye ya da arazisinden elde edilen kâr veya ürünü iş gören tarafla paylaşması suretinde bir mübadele söz konusu olmaktadır. Ortak malların bölüştürülmesi işlemi olan kismet/taksim akdi de, ortakların müşterek mal üzerindeki şâyi’ hisselerinin karşılıklı mübadelesini içerdiğinden muâvazalı akitler

¹¹⁰⁶ İbn Fâris, **a.g.e.**, C: IV, s. 188.

¹¹⁰⁷ Cevherî, **a.g.e.**, C: III, s. 1093; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 648; Kal’acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 438.

¹¹⁰⁸ Kal’acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 438; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 19.

¹¹⁰⁹ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 640.

¹¹¹⁰ Bilal Aybakan, “Muâvaza”, **DİA**, 2005, C: XXX, s. 332.

kapsamında değerlendirilmektedir.¹¹¹¹ Bu ana başlık altında muâvazalı akitlerin bütün bu türleri feshe elverişlilik açısından ele alınacaktır.

3.1.1. Bey'/Alışveriş Akdinde Fesih

Sözlükte mutlak mübadele manasında kullanılan bey' terimi, İslam hukukunda karşılıklı temlik ve temellük etmek suretiyle malın mal ile değiş tokuşunu konu edinen akdi ifade etmektedir.¹¹¹² Türkçede alışveriş sözcüğüyle karşılanan bey' akdi, mübadele konusu malların durumuna göre farklı isimler almaktadır. Şöyle ki, bey' terimi mutlak olarak zikredildiğinde, peşin mal ile paranın mübadelesi şeklindeki alışveriş anlaşılır. Bunun dışında mübadele işlemine; bedellerin her ikisinin para olması halinde “**sarf**”, iki bedelin de para cinsinden olmayan bir mal olması durumunda “**mukâyaza**”, malın veresiye parasının peşin olması halinde ise “**selem**” adları verilmektedir.¹¹¹³

İslam hukukunda bey' akdi bütün türleriyle birlikte, tarafları için bağlayıcı nitelikte kabul edilen bir akittir.¹¹¹⁴ Zira bu akdin tamamlanmasıyla birlikte akit konusu bedellerin mülkiyeti karşılıklı olarak el değiştirmekte ve taraflar akitle malik oldukları malda tasarruf hakkı kazanmaktadırlar. Bu durumda akdin tek tarafın iradesiyle feshinin geçerli sayılması, diğer tarafın elde ettiği hakkın ihlaline yol açmaktadır.¹¹¹⁵ Bu sebeple fıkıhta feshi meşru kılan sebeplerden sayılan haller dışında, akdi yapanların tamamlanmış bir bey' akdini tek taraflı feshetme hakkı yoktur. İslam hukukuna göre bey' akdinin feshi ancak fesih hakkı doğuran bir sebebin mevcut olması halinde bu hakka sahip olan tarafın iradesiyle veya bu kimsenin dava açması sonucu hâkimin kararıyla ya da tarafların karşılıklı anlaşip ikâle yapması suretiyle gerçekleştirilebilmektedir.

Bağlayıcı bir akdi feshetme hakkı doğuran sebepler içerisinde, istimrâf akitlere mahsus bir fesih sebebi olan “mazeretler” haricindeki durumların hepsi, bey'

¹¹¹¹ Muâvazalı akit kapsamına giren akitler için bkz. Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3097; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 640; Zeydân, **a.g.e.**, s. 357; Aybakan, “Muâvaza”, C: XXX, s. 332.

¹¹¹² Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 3; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 480; Cürcânî, **a.g.e.**, s. 48; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 44.

¹¹¹³ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 145; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3600.

¹¹¹⁴ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 23; Nesefî, **Kenz**, s. 406; Şirbîni, **a.g.e.**, C: II, s. 402.

¹¹¹⁵ Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 5; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 4.

akdini bağlayıcı olmaktan çıkararak ve feshe elverişli kılan sebeplerdir. Nitekim ikinci bölümde fesih hakkı doğuran sebeplerle alakalı anlatılanlar ve bunlarla ilgili verilen örnekler bu hususu açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Ancak burada alışverişin özel bir türü olan selem akdine mahsus bir fesih sebebinden bahsetmekte fayda görüyoruz. Selem akdinde vadesi gelince müşteriye teslimi taahhüt edilen malın (**müslem fih**) teslim edilme vakti geldiğinde piyasada mevcut olması, İslam hukukçularınca genellikle bu akdin bağlayıcılığı için şart görülmüştür. Dolayısıyla müslem fihin akit sırasında belirtilen teslim vaktinde piyasada bulunmaması halinde, müşteri iki seçenek arasında muhayyer olur: İsterse selem akdini feshedip peşin ödediği bedeli (**resülmal**) geri alır, isterse de akdi feshetmeyip selem konusu malın piyasaya gelmesini bekleyebilir.¹¹¹⁶

Esasen bu durumda müşterinin elde ettiği fesih hakkı, satıcının akitten doğan yükümlülüğünü ifa imkânını yitirmesi sebebiyle sabit olmaktadır. Ancak selem konusu malın ileride yeniden piyasaya gelmesi muhtemel olduğundan, burada yükümlülüğü ifadaki imkânsızlık mutlak bir imkânsızlık değildir. Bu sebeple akdin infisâhı söz konusu olmamakta, ifadaki gecikme sebebiyle bundan zarar gören müşteri için fesih hakkı doğmaktadır.

3.1.2. İcâre Akdinde Fesih

İcâre akdi İslam hukukunda “menfaatin malî bir bedel karşılığında muvakkaten temlik edilmesini konu edinen bir akit”¹¹¹⁷ olup, günümüzdeki kira ve iş sözleşmelerine tekabül etmektedir. İcâre akdi İslam hukukçularınca bey’ akdi gibi tarafları için bağlayıcı bir akit kabul edilmektedir.¹¹¹⁸ Çünkü bu akitlerin bağlayıcı olmaması, tarafların akitle elde ettikleri hakları güvencesiz ve her an kaybedilmeye

¹¹¹⁶ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 71; Nevevî, **Minhâc**, s. 111; Esmâdî, **a.g.e.**, s. 113.

¹¹¹⁷ İcârenin muhtelif tarifleri için bkz. Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 225; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 259; Derdîr, **eş-Şerhu’l-kebîr**, C: IV, s. 2; Ebubekir b. Hasan el-Keşnâvî, **Eshelü’l-medârik şerhu İrşâdi’s-sâlik**, 3 c., 2. bs., Beyrut, Dâru’l-fikr, C: II, s. 321.

¹¹¹⁸ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XV, s. 135; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 201; İbn Nuceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 3; Ebû Muhammed İzzeddîn Abdülazîz b. Abdisselâm, **Kavâ’idü’l-ahkâm fi mesâlihi’l-enâm**, 2 c., Kahire, Mektebetü’l-külliyâtî’l-Ezheriyye, 1414/1991, C: II, s. 148; Buhûtî, **Keşşâfu’l-knâ’**, C: IV, s. 23; Hûrân, **a.g.e.**, s. 558.

elverişli kılar.¹¹¹⁹ Bu sebeple feshi meşru kılan bir sebep olmadığı takdirde kira ve iş akdinin tarafları, akit süresi veya akit konusu yükümlülüğün ifası tamamlanmadan sözleşmeyi tek taraflı feshetme hakkına sahip değildirler. Dolayısıyla kira ve iş akitlerinin feshi de bey' akdinde olduğu gibi ya ikâle yoluyla ya da fesih hakkı doğuran bir sebebin vukuu halinde ilgili tarafın iradesi veya hâkimin hükmüyle gerçekteşir.

Alışverişlerde feshi meşru kılan sebeplerin genel olarak icâre akdinde de fesih için geçerli sebepler sayılmasının yanı sıra, özellikle Hanefî hukukçulara göre alışverişlerde fesih sebebi sayılmayan mazeretler de bu akitte fesih sebebi sayılmaktadır. Bu fesih sebeplerini icârenin iki türü olan kira ve iş akitlerinde ayrı ayrı değerlendirmekte fayda görüyoruz.

3.1.2.1. Kira Akdinde Fesih

Kira kavramı İslam hukukunda icâre ile eş anlamlı kullanıldığı gibi bu akde konu olan menfaatin bedelini ifade etmek için de kullanılmaktadır.¹¹²⁰ Türk borçlar hukukunda ise kira akdi tabiri, iş akdini kapsamayacak şekilde yalnızca malın menfaatinin ücret karşılığı temlik edilmesi şeklindeki icâre türünü ifade etmektedir.¹¹²¹ Bu başlıkta ikinci bölümde daha çok bey' akdi çerçevesinde izah edilen fesih hakkı doğuran sebepleri kira akdi açısından ele alacağız. Buna göre kira akdinin tek taraflı feshini meşru kılan sebepler şunlardır:

1) Muhayyerlikler: Bey' akdinde meşru görülen bazı muhayyerliklerin kira akdinde meşru sayılıp sayılmayacağı hususunda İslam hukukçularının farklı kanaatleri bulunmaktadır. Bu muhayyerliklerden birisi şart muhayyerliğidir. Hanefî hukukçular şart muhayyerliğini kira akdinde de meşru görmektedirler.¹¹²² Mecelle'nin 497. maddesinde bu husus şöyle ifade edilmiştir: "Bey'de olduğu gibi, icârede dahi hıyâr-ı şart cârî olarak, ehad-ı tarafeyn yahut ikisi birden, şu kadar gün

¹¹¹⁹ İzz b. Abdisselâm, **a.g.e.**, C: II, s. 148.

¹¹²⁰ Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 379; Bereketî, **a.g.e.**, s. 181.

¹¹²¹ Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda icârenin bu türü kira sözleşmesi başlığı altında ele alınmaktadır. Bkz. md. 299.

¹¹²² Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 201; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 3; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 239; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 273-274.

muhayyer olmak üzere icâr ve isticâr caiz olur.” Zira şart muhayyerliği tarafları yaptıkları akitlerde gabin ve aldanmaya karşı korumak, akdi kesinleştirmeden önce onlara düşünme imkânı sağlamak için meşru kılınmış olup, karşılıklı bedel ödenen bütün akitlerde bey’ akdine kıyasla meşru görülmelidir.¹¹²³

Şâfi’î ve Hanbelî hukukçulara göre ise, akdin yapıldığı andan itibaren başlayan bir süreyle kayıtlı kira akitlerinde şart muhayyerliği meşru değildir.¹¹²⁴ Bunun gerekçesi ise şöyle açıklanmaktadır: Şart muhayyerliği, devam ettiği sürece me’cûr malda tasarrufta bulunmaya manidir. Bu durumda söz gelimi kiracının muhayyer olduğu farz edildiğinde; muhayyerliğin devam ettiği süre eğer kira süresine ilave edilirse, me’cûr mal kiracıda akitte belirlenen süreden daha fazla kalmış olacaktır. Muhayyerlik süresinin kira süresine ilave edilmemesi halinde ise, kiracı kira süresinden daha az süreliğine me’cûrdan yararlanabilecektir.¹¹²⁵ Birinci durum kiraya verenin, ikincisi ise kiracının zararınadır. Meclis muhayyerliği ise oldukça kısa süreli olduğu için Şâfi’î ve Hanbelî hukukçular genellikle her türlü kira akdinde bu muhayyerliğin meşru sayılmasında şart muhayyerliğindeki gibi bir beis görmemişlerdir.¹¹²⁶

Kanaatimizce bahsi geçen kira akitlerinde şart muhayyerliğinin meşru olmamasının sebebi olarak ortaya konulan mezkûr açıklama isabetli değildir. Zira bu akitlerde muhayyerlik şartını taraflar kendi rızaları ile akde dâhil etmekte olup, muhayyerliğin sağlayacağı yararı dikkate alarak sözü edilen zararları göze almaktadırlar. Dolayısıyla bu surette yapılan bir kira akdinde taraflardan birinin rızasının sakatlanması söz konusu değildir. Ayrıca benzer zararlar şart muhayyerliği içeren bey’ akdinde de söz konusu olmakta, muhayyerlik süresince taraflar mebi’de tasarrufta bulunamamaktadır. Oysa bey’ akdinde şart muhayyerliği ittifakla meşru görülmektedir. Bu sebeple bizce bu hususta Hanefî mezhebinin yaklaşımı daha doğrudur.

¹¹²³ Bkz. s. 90. Ayr. bkz. Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 573.

¹¹²⁴ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 253; Buhûtî, **Keşşâfu’l-kınâ’**, C: III, s. 203; Hûrân, **a.g.e.**, s. 558-559.

¹¹²⁵ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 253; Hûrân, **a.g.e.**, s. 558-559.

¹¹²⁶ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 253; Buhûtî, **a.g.e.**, C: III, s. 199.

Hanefî mezhebinin benimsediği bir muhayyerlik türü olan görme muhayyerliği, Hanefî hukukçularca alışverişlerde olduğu gibi kira akdinde de meşru görülmektedir.¹¹²⁷ Şâfi'î hukukçular fâhiş bilinmezlik içerdiği gerekçesiyle görmeden alım satım yapmayı caiz görmedikleri gibi, me'cûr mal görülmeden yapılan kira akdini de meşru görmemişlerdir.¹¹²⁸ Dolayısıyla onlara göre kira akdinde görme muhayyerliği söz konusu değildir.¹¹²⁹ Mâlikî ve Hanbelî hukukçular ise akit konusu görülmeden yapılan alışverişlerde görme muhayyerliği yerine vasıf muhayyerliğini benimsediklerinden,¹¹³⁰ onların yaklaşımına göre kira akdinde de me'cûrun görülmemiş olması halinde kiracı için vasıf muhayyerliği söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu görüşe göre kiracı, görmeden kiraladığı mal akit sırasında belirtilen vasıflara sahipse akdi feshedemezken, bu vasıflara sahip olmaması halinde fesih hakkına sahip olur. Hanefî mezhebinin yaklaşımına göre ise mezkûr mal akitte belirtilen vasıflara sahip değilse kiracı vasıf muhayyerliği hakkını kullanarak akdi feshedebileceği gibi, mal bu vasıflara sahip olsa bile dilerse görme muhayyerliğine istinaden kira sözleşmesini feshedebilir.

Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki, Hanefî mezhebinin yaklaşımına göre bey' akdinde satıcı için görme muhayyerliği olmadığı gibi, kira akdinde de malını kiraya veren taraf için görme muhayyerliği söz konusu değildir. Çünkü kira akdinde görme muhayyerliği bey' akdine kıyasla meşru görülmektedir. Bey' akdinde bu muhayyerlik yalnızca malı satın alan müşteri için geçerli olduğuna göre, kira akdinde de sadece menfaati satın alan kiracı için sabit olmalıdır.¹¹³¹ Buna göre söz gelimi kendisine miras kalmış bulunan memleketindeki araziye henüz görmeden kiraya veren bir şahıs, daha sonra görmeden yaptığı gerekçesiyle kira süresi tamamlanmadan bu akdi feshetme hakkına sahip değildir.

¹¹²⁷ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 42; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 77; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 585.

¹¹²⁸ İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: VIII, s. 42.

¹¹²⁹ Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 369.

¹¹³⁰ Bkz. s. 103.

¹¹³¹ Bkz. Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 239; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: VI, s. 77.

Ayıp muhayyerliğinin kira akdinde meşru oluşu hususunda İslam hukukçuları arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır.¹¹³² Çünkü akitle teslim alınan malın kusursuz olması örfen akdi yapan kişinin beklentisi ve talebidir. Dolayısıyla bu malda akit sırasında bilinmeyen herhangi bir kusura rastlanması, malı teslim alan tarafın rızasını sakatlayıcı bir unsurdur.¹¹³³ Bu hususta akitle teslim alınan malın aynına malik olunmasıyla menfaatinden yararlanılacak olması arasında bir fark yoktur.

Kira akdi istimrârî akitlerden olduğu için bey' akdinden farklı olarak bu akitte, kabz edildikten sonra me'cûrda meydana gelen ve kiracıdan kaynaklanmayan kusurlar da fesih hakkı doğurucu sebeplerden sayılmaktadır.¹¹³⁴ Ancak me'cûr malın sahibi fesihden önce maldaki kusuru kiracıya zarar vermeksizin giderebiliyorsa, kusurun giderilmesiyle kiracının fesih hakkı düşer. Çünkü bu durumda kiracı bir zarara maruz kalmadığından rızasının sakatlanması söz konusu değildir.¹¹³⁵ Söz gelimi bir seneliğine kiralanan bir dairede kira süresi bitmeden dairenin sıvaları dökülse veya dairede su kaçağı meydana gelse, daire sahibinin bu arızayı gidermeye yanaşmaması halinde İslam hukukuna göre kiracı sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olur. Hatta bazı İslam hukukçuları me'cûrun sahibi tamire yanaşsa bile, bunun zaman alacak olması gerekçesiyle kiracının bunu beklemeyip akdi feshedebileceğini söylemişlerdir.¹¹³⁶

2) Akdin Fâsid Olması: Tarafları anlaşmazlığa sevk edecek derecede bilinmezlik içermesi alışverişlerde olduğu gibi kira sözleşmelerinde de Hanefî hukukçulara göre akdi fâsid kılan bir unsurdur. Bu sebeple Hanefî fıkhı kaynaklarında kira konusu menfaat ve buna mukabil ödenecek ücret belirlenmeden yapılan kira akitlerinin sahih olmayacağı ifade edilmektedir.¹¹³⁷ Menfaat soyut bir varlık olduğundan onun belirli hale getirilmesi, akit sırasında kira konusu malın

¹¹³² Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 239; **Mecelle**, md. 513; Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 261; Şîrbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 486; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 14; Hicâvî, **el-İknâ'**, C: II, s. 308; Bardakoğlu, **a.g.e.**, s. 138.

¹¹³³ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 40.

¹¹³⁴ Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 239; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 589; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, **el-Kâfi**, C: II, s. 177.

¹¹³⁵ Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 239; İbn Kudâme, **el-Kâfi**, C: II, s. 177.

¹¹³⁶ Karâfî, **ez-Zahîra**, C: V, s. 532.

¹¹³⁷ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 101; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 230; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 179-180; Haskefî, **a.g.e.**, s. 569.

menfaatinden ne kadar süre yararlanılacağıının belirlenmesiyle mümkündür.¹¹³⁸ Ayrıca bunun için menfaat mahalli olan me'cûr malın da niza'a fırsat bırakmayacak derecede belirli olması gerekir.¹¹³⁹

Kira süresi belirlenmeden ya da menfaat mahalli beyan edilmeden yahut kira ücreti konuşulmadan yapılan bir kira akdi, fâhiş bilinmezlik sebebiyle fâsid olacaktır. Dolayısıyla bu şekilde kurulmuş bulunan kira sözleşmelerinde taraflar akitle bağlı değildirler. Böyle bir durumda taraflar akitten sonra anlaşmazlık sebebi bilinmezliği ortadan kaldırıp uzlaştıkları takdirde fesâd sebebi ortadan kalkacağı için akit sahih hale gelir. Bu hususta anlaşamamaları halinde ise, taraflardan her biri akdi feshedebileceği gibi konunun mahkemelik olması halinde hâkim de akdin feshine hükmedebilir. Fikhî kaynaklarda bu konuyla ilgili olarak, bir daire üzerinde aylık kirası belirlenerek fakat kiracının ne kadar süre oturacağı konuşulmadan yapılan kira akdinin yalnızca akitte sözü geçen bir ay için sahih sayılacağı, diğer aylar için ise fâsid kabul edileceği belirtilmektedir. Bu durumda bir ay tamamlandığında taraflardan her biri geciktirmemek kaydıyla kira sözleşmesini feshetme hakkına sahip sayılmaktadır.¹¹⁴⁰ İkinci ayın başında taraflardan herhangi birinin fesih beyanında bulunmaması halinde ise, bu durum tarafların akdin ikinci ayda da devamına dair karşılıklı rızasına delalet ettiğinden, kira sözleşmesi o ay için yinelenmiş kabul edilir ve fesih hakkı düşer.¹¹⁴¹

Akit sırasında taraflarca ileri sürülen fâsid şartlar da Hanefî fikhına göre kira akdini fâsid kılan sebeplerden biridir.¹¹⁴² Çünkü akde konu olması ve mukabilinde malî bedel ödenmesi yönüyle menfaat de mal hükmünde sayılmakta, menfaati konu edinen kira akdi de bey' akdi gibi değerlendirilmektedir. Bu sebeple bey' akdini fâsid kılan şartların kira akdinde de aynı işlevi göreceği kabul edilmektedir.¹¹⁴³ Dolayısıyla bu suretle fâsid olarak kurulmuş kira sözleşmelerinin de taraflarca veya mahkeme yoluyla feshedilmesi gerekmektedir. Söz gelimi kiracının her ayın belirli bir gününe

¹¹³⁸ Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 51; Neseî, **Kenz**, s. 543; Halebî, **Mültekâ**, C: III, s. 513.

¹¹³⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 180.

¹¹⁴⁰ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 237; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 58; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 382.

¹¹⁴¹ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 103; Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 182; Zebidî, **el-Cevhere**, C: I, s. 269; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 382.

¹¹⁴² Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 237; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 230.

¹¹⁴³ Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 230.

kadar kirayı ödememesi durumunda belli oranda faiz ödemesi şartıyla yapılan bir kira akdi, fâsid şart içerdiği için Hanefî hukukçulara göre fâsid bir sözleşme olur. Bundan dolayı şartın iptal edilmemesi halinde mezkûr kira akdinin feshi şer'an vaciptir.

Ayrıca İmam Ebû Hanîfe'ye göre satım akdinden farklı olarak kira akdinde, ortak mala sahip kimselerden birinin kendi hissesini yabancıya kiralaması da fesâd sebebi sayılmıştır.¹¹⁴⁴ Ebû Hanîfe bu durumu me'cûrun kiracıya teslimine ve me'cûrdan yararlanmaya engel gördüğünden bu kanaate varmıştır.¹¹⁴⁵ Dolayısıyla böyle bir kira akdi de Ebû Hanîfe'nin içtihadına göre taraflar için bağlayıcı olmayıp feshe elverişli bulunmaktadır.

3) İkrâh, Hile, Gabin ve Hata Durumları: Rızayı şaibeli hale getiren bu haller kira akdinde de satım akdindeki gibi fesih sebebi sayılmaktadır. Zira başkasının malını rızası olmaksızın elde etmek de, ondan geçici olarak yararlanmak da İslam hukukunda meşru görülmeyen fiillerdendir. Bu sebeple gerek bir şahsa ait olan bir malın başka bir şahsa temlikini gerekse bu malın menfaatinden başkasını muvakkaten yararlandırmayı konu edinen akitlerde, karşılıklı rızaya dayanma prensibi bu akitlerin sıhhati için ön şart olarak görülmektedir. Dolayısıyla ikrâh, hile, gabin ve hata halleri karşılıklı rıza ilkesine ters düştüğü için bey' akdi gibi kira akdinin de sıhhatine engel teşkil etmektedir. Bundan dolayı Kâsânî ikrâh altında, şaka yollu ve hatayla yapılan kira akdinin sahih olmayacağını ifade etmiştir.¹¹⁴⁶

Bu durumda mezkûr hallerde Hanefî fihkî açısından değerlendirecek olursak kira akdi sıhhat şartı yerine gelmediğinden fesâd sebebiyle feshe elverişli olmaktadır. Ancak buradaki fesâd, kul hakkının ihlali sebebiyle meydana geldiği için diğer fesâd sebeplerinden farklı olarak akdin feshini zorunlu kılmamakta, rızası sakatlanan tarafa fesih hakkı kazandırmaktadır.¹¹⁴⁷ Tabii bu hallerin rızayı şaibeli kılan birer unsur olarak kabul edilmesi ve feshi meşru kılan sebeplerden sayılmasının belli şartları bulunmakta olup, bunların ayrıntısı ikinci bölümde ele alınmıştır.

¹¹⁴⁴ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 104; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 23.

¹¹⁴⁵ Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 100; İbn Nüceym, **a.g.e.**, VIII, 24; Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 231.

¹¹⁴⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 179.

¹¹⁴⁷ Bu hususta bkz. s. 128-129.

4) Akdin Nefâzına Engel Durumlar: Bu durumlardan biri Hanefî hukukçulara göre akdi yapan kişinin fuzûlî olmasıdır. Fuzûlînin başkası adına yaptığı her türlü tasarrufta olduğu gibi kira akdinde de Hanefîler yapılan akdi mün'akid kabul etmekle birlikte nâfiz olmasını adına tasarruf yapılan şahsın onayına bağlı kabul etmektedirler.¹¹⁴⁸ Bu şahsın malının kiraya verildiğini öğrendikten sonra akde onay vermemesi ise fesih olarak değerlendirilir.¹¹⁴⁹ Adına tasarruf yapılan şahısta küçüklük, delilik gibi eda ehliyetini ortadan kaldıran veya nakıs kılan bir durum bulunuyorsa, akdi onaylama yetkisi velisinde ya da vasisinde olur.¹¹⁵⁰ Veli ya da vasi bu yetkiye dayanarak akdi onaylama veya feshetme yönünde tasarrufta bulunabilir.

Kira akdini yapan kişinin eda ehliyetinin eksik olması da bu akdin nefâzına engel teşkil etmektedir. Çünkü kira sözleşmeleri kâr ve zarara ihtimalli tasarruflardandır. Eksik ehliyetlinin bu tür tasarrufları hukuki temsilcisinin onayına bağlıdır.¹¹⁵¹ Bu durumda mümeyyiz çocuk ve ma'tûh gibi eda ehliyeti eksik kimselerin yaptıkları kira akdi, fahiş gabin söz konusu olmasa da hukuki temsilcileri tarafından feshedebilir. Hacr altına alınmış sefiş kimseler de İslam hukukçularının çoğunluğuna göre mümeyyiz çocuk ve ma'tûh hükmünde sayıldığından,¹¹⁵² bu kimselerin yapmış olduğu kira sözleşmeleri de veli veya vasileri tarafından feshedilebilir.

Borç sebebiyle hacr edilmiş kimselere gelince,¹¹⁵³ bunlar sadece mallarında alacaklıların zararına olacak biçimde yaptıkları tasarruflarda kısıtlıdır.¹¹⁵⁴ Onların bu türden tasarrufları, akit konusu mala başkalarının hakları taalluk ettiği için nâfiz olmamakta, dolayısıyla alacaklıların talebiyle feshedilebilmektedir.¹¹⁵⁵ Mahcur borçlunun malı üzerinde yaptığı kira akdini bu bağlamda ele alacak olursak; bu akit

¹¹⁴⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 177; **Mecelle**, md. 447.

¹¹⁴⁹ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 499.

¹¹⁵⁰ Bkz. **Mecelle**, md. 447.

¹¹⁵¹ Ebu'l-Yüsr Muhammed b. Muhammed el-Pezdevî, **Usûlü'l-Pezdevî**, 4 c., (Keşfü'l-esrâr şerhiyle birlikte), y.y., Dâru'l-kitâbi'l-İslâmî, t.y., C: IV, s. 256; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 171.

¹¹⁵² Bkz. s. 194.

¹¹⁵³ Borç sebebiyle hacr ile ilgili bkz. s. 195-197.

¹¹⁵⁴ Mecellenin 1002. maddesinde bu husus şöyle ifade edilmektedir: "Hibe ve sadaka ve semen mislinden noksanına mal satmak gibi, her ne ki guramânın hakkını ibtâle müeddî ola, hacr anda müessir olur."

¹¹⁵⁵ Bkz. s. 195-196.

me'cûr malın satılması yoluyla borcun ifasına engel olmuyorsa, alacaklıların kira akdini feshetme haklarının olmayacağını söyleyebiliriz. Çünkü bu durumda yapılan kira akdi alacaklıların zararına bir tasarruf değildir. Ancak borçlunun malının kiraya verilmiş olması eğer bu malın satılmasını ve bu suretle borcun ödenmesini güçleştiriyor ise, bu durumda yapılan kira akdi alacaklıların haklarının ihlaline sebep olacağından kanaatimizce onlar için fesih hakkı sabit olur.

Maraz-ı mevt halindeki kişinin malı üzerinde yaptığı kira akdi ise, Hanefî mezhebinin yaklaşımına göre kira bedeli ecr-i mislin çok altında bile olsa mirasçılara veya alacaklılara zarar veren bir tasarruf değildir. Çünkü kira akdi, Hanefî hukukçulara göre akdin taraflarından birinin ölmesiyle münfesihi olan bir akitir.¹¹⁵⁶ Bu durumda hasta öldüğü takdirde kira akdi bozulacağından, mirasçılardan kira konusu malda tasarrufta bulunması ya da alacaklıların bu maldan alacaklarını tahsil etmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu sebeple Hanefî hukukçuların anlayışına göre maraz-ı mevt halinde yapılan kira akitlerinde mirasçı ve alacaklılar için fesih hakkının söz konusu olmayacağı açıktır.

Diğer mezheplere göre ise kira akdi taraflardan herhangi birinin ölümüyle münfesihi olmadığından,¹¹⁵⁷ maraz-ı mevt halinde yapılan kira sözleşmesi alacaklıların haklarının ihlaline sebebiyet verebilir. Dolayısıyla bu görüşe göre maraz-ı mevte yapılan kira akdi, hastanın ölümünden sonra mirasçılardan veya alacaklıların zarar görmesi halinde onlar tarafından feshedilebilir.

5) Akitten Doğan Yükümlülüğün İfa Edilmemesi: İslam hukukunda taraflardan birinin akitten doğan yükümlülüğünü yerine getirmemesi ilke olarak fesih hakkı doğurucu bir sebep sayılmamakla birlikte, fikhî kaynaklarda gerek ticari akitlerde gerekse nikâh akdinde bu gibi durumlarda zarar gören tarafa fesih hakkının

¹¹⁵⁶ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 105; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 247; Timurtâşî, **a.g.e.**, s. 586-587; Nesefî, **Kenz**, s. 556; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 240.

¹¹⁵⁷ Nevevî, **Minhâc**, s. 163; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 15; Hicâvî, **el-İknâ'**, C: II, s. 311; Bardakoğlu, **a.g.e.**, s. 134.

tanındığına dair görüşlere ve bununla alakalı muhtelif örneklere rastlamak mümkündür.¹¹⁵⁸

Bu yaklaşımın aynısı kira sözleşmeleri için de geçerlidir. Nitekim Ali Haydar Efendinin bu hususla alakalı olarak ifade ettiğine göre, kira akdi sırasında malını kiralayan şahsın kiracıdan kira bedeline mukabil rehin veya kefil istemesi sahîh bir şart olarak kabul edilir ve kiracının bu şarta riayet etmemesi halinde kiralayan dilerse akdi feshedebilir.¹¹⁵⁹ Bu yaklaşım kira akdinde taraflardan birisi akit gereği ifasından sorumlu olduğu yükümlülüğü yerine getirmediğinde diğerk tarafın fesih hakkının olacağı fikrini yansıtmaktadır.

6) Mazeretler: Hanefî hukukçulara göre istimrârî akitlere mahsus bir fesih sebebi sayılan mazeretler ikinci bölümde ele alınmış olup, kira akdinin bu gerekçeyle feshine dair izah ve örneklere bu bölümde ayrıntılı olarak yer verilmiştir.¹¹⁶⁰

3.1.2.2. İş Akdinde Fesih

İcâre akdinde akde konu edilen menfaat bir malın bir süre kullanımından elde edilen bir menfaat olabileceği gibi, başkası yararına çalışıp onun işini görecekt insanın sağlayacağı bir menfaat de olabilir. Menfaatin bu ikinci türüne “**amel**” adı verilmekte olup, bu menfaat türünün konu edildiği icâre akdine “**akdü’l-amel**”¹¹⁶¹ ya da “**icâre ale’l-a’mâl**” denilmektedir.¹¹⁶² Türk borçlar hukukunda bu akit türü “**hizmet sözleşmesi**”¹¹⁶³ veya “**iş sözleşmesi**”¹¹⁶⁴ adlarıyla ele alınmaktadır. İş akdi kısaca “bir insanın malî bir bedel karşılığı belli bir işi görmesi üzerine yapılan akit” şeklinde tarif edilmiştir.¹¹⁶⁵

¹¹⁵⁸ Akitten doğan yükümlülüğün ifa edilmemesi veya edilme imkânının yitirilmesi gerekçesiyle akdin feshi konusunda tafsilat için bkz. s. 227-252.

¹¹⁵⁹ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 571. Ayr. bkz. Bardakoğlu, **a.g.e.**, s. 145.

¹¹⁶⁰ Bkz. s. 212-224.

¹¹⁶¹ Bkz. Şerîf, **a.g.e.**, s. 335.

¹¹⁶² Bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 174.

¹¹⁶³ Bkz. **TBK**, md. 393, 394, 405, 406, 419, 420, 421, 425, 429, 430, 432, 433, 434, 438, 441, 453, 461, 469.

¹¹⁶⁴ Bkz. **TBK**, md. 401, 411, 414.

¹¹⁶⁵ Bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 271; Bardakoğlu, **a.g.e.**, s. 156.

İcâre akdi İslam hukukçularının kahir ekseriyetine göre tarafları için bağlayıcı bir akit olduğundan, bu kapsamda bulunan iş akdi de icap ve kabulün ortaya konmasıyla birlikte çalışan ve işveren açısından, akit sırasında anlaşılan süre veya akde konu olan iş tamamlanıncaya kadar bağlayıcıdır. İslam hukukuna göre bu süre veya iş tamamlanmadan önce meşru bir gerekçe olmaksızın işveren de, çalışan da sözleşmeyi tek taraflı feshetme hakkına sahip değildir. Ancak iki tarafın karşılıklı anlaşım ikâle yapmak suretiyle iş akdini tamamlanmadan önce feshetme hakları vardır.¹¹⁶⁶

İş akdinin tek tarafın iradesiyle feshinin meşru olduğu durumlara gelince, bu konuda kira akdiyle iş akdi arasında pek farklılık bulunmamaktadır. Zira her iki akit de mal ile menfaatin mübadelesini konu etmekte olup aynı akit türünün farklı kısımlarıdır. Buna göre iş akdinin feshinin meşru olduğu durumlar şunlardır:

1) Muhayyerlikler: Kira akdinde zikredilen yaklaşımları¹¹⁶⁷ dikkate alındığında Hanefî hukukçulara göre iş akdinde de şart muhayyerliğinin meşru olduğu sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre gerek süreyle kayıtlı gerekse belli bir işin yapılması üzerine kurulan iş sözleşmelerinde işçi ve işverenden her birinin belli bir deneme süresi isteme hakları vardır. İş akdinin bu şartla yapılması halinde muhayyerlik süresi içinde taraflar iş akdini tek taraflı olarak feshetme hakkına sahiptirler.

Akit sırasında mevcut olsun veya sonradan meydana gelsin me'cûrda görülen, ondan akit sırasında belirlenen ve beklenen ölçüde istifadeyi azaltan, buna bağlı olarak da ücretin düşmesine sebep olan arızaların icâre akdinin feshini meşru kılan kusurlar sayılacağında İslam hukukçuları ittifak halindedir.¹¹⁶⁸ İş akitlerini bu açıdan değerlendirirsek, İslam hukukuna göre bu akitlerde işçide mevcut bulunan veya akit devam ederken meydana gelen kusurlar sebebiyle işveren taraf için ayıp muhayyerliğinin doğacağını, işverenin bu muhayyerliğe dayanarak iş akdini feshedebileceğini söyleyebiliriz.

¹¹⁶⁶ Şerîf, **a.g.e.**, s. 337.

¹¹⁶⁷ Bkz. s. 256-257.

¹¹⁶⁸ Haskefî, **a.g.e.**, s. 585; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 239; Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 239; Buhûfî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: IV, s. 23; Karâfî, **ez-Zahîra**, C: V, s. 531.

Ancak burada fesih hakkı doğurucu kusuru tespitinde ölçü, işçiye arız olan durumun akit konusu iş açısından işçiden âdeten beklenen menfaati etkileyip etkilemediğidir.¹¹⁶⁹ Mesela işçinin akit konusu işi beklendiği gibi yapabilecek niteliğinin olmadığına anlaşılması, uzun süre iş görmesini engelleyici bir hastalığa yakalanması, iş verimini kalıcı olarak düşürecek bir arızaya maruz kalması gibi durumlar işveren için fesih hakkı doğurucu sebepler arasında zikredilebilir. İşçinin akit konusu işi beklendiği gibi yapmasına engel teşkil etmeyen hastalık, arıza ve sakatlıklarla malul olması durumunda ise işverenin fesih hakkı bulunmamaktadır.¹¹⁷⁰ Öte yandan işçide bulunan hırsızlık, kendisine duyulan güvene hıyanet gibi ahlaki zaafılar da, İslam hukukçularınca ayıp muhayyerliği hakkı doğuran kusurlardan sayılmaktadır.¹¹⁷¹

İş akitlerinde ayıp muhayyerliği çalışan taraf için de söz konusu olabilir. Söz gelimi akit yapıldıktan sonra çalışılacak ortamın iş güvenliği ve iş sağlığı açısından ciddi eksikliklerinin olduğunun ortaya çıkması veya bu durumun akit sürerken meydana gelmesi yahut işçilere kötü muamelede bulunulması gibi çalışma şartlarını zorlaştıran unsurlar, işçi açısından iş koşullarında bulunan fesih hakkı doğurucu kusurlar olarak değerlendirilebilir.

İş akdinde geçerli olan muhayyerlikler arasında vasıf muhayyerliğini de zikredebiliriz.¹¹⁷² Çünkü iş akitlerinde işçide aranan bir takım niteliklerin ya da iş koşullarıyla alakalı akit sırasında beyan edilen bazı niteliklerin mevcut olmaması, arzuladığı nitelikleri bulamayan tarafın rızasının sakatlanmasına sebep olur. Bu durumda uğradığı zararın telafisi için bu kimse fesih hakkına sahip olmalıdır. Buna göre mesela bir şirket iş ilanında bulunsa ve ilanda işte çalışacak kimsede aranan nitelikler beyan edilse, bu şirketle yapılacak iş akdinin bağlayıcı olabilmesi için iş akdini gerçekleştiren kişinin bu niteliklere sahip olması gerekir. Aksi takdirde şirket yönetimi sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olur. Yine söz gelimi iş akitlerinde çalışanların öğle yemeğini şirketin karşılayacağı belirtilmiş olsa veya belirli mesai

¹¹⁶⁹ İbn Âbidîn, **Reddû'l-Muhtâr**, C: VI, s. 77; Şerif, **a.g.e.**, s. 345.

¹¹⁷⁰ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: VI, s. 77; Şerif, **a.g.e.**, s. 345-346.

¹¹⁷¹ Şerif, **a.g.e.**, s. 356.

¹¹⁷² Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 571.

gün ve saatleri beyan edilmiş bulursa, işçi işe başladıktan sonra iş koşullarının beyan edilen nitelikte olmadığını fark etse fesih hakkına sahip olacaktır.

İş akdinin görme muhayyerliğine dayanılarak feshi de mümkündür. Mecelle’de bununla ilgili şöyle bir kıstas ortaya konulmaktadır: Yapılacak iş eğer üzerinde iş yapılacak mahallin değişmesiyle değişiklik gösteriyorsa, bu mahal görülmeden yapılan iş akdinde çalışanın görme muhayyerliği vardır. Aksi takdirde ise görme muhayyerliği söz konusu değildir.¹¹⁷³ Buna göre iş yapılacak ortam, iş araç gereçleri vs. yapılacak işle alakalı görülmesi gereken unsurlar görülmeden yapılan iş akitlerinde işçi görme muhayyerliğine sahiptir.

2) Fesâd Sebebiyle Fesih: Hanefî mezhebine göre akdin sıhhati için aranan şartlar göz önünde bulundurulduğunda; akit konusu işin mahiyetinin ve kapsamının tam olarak bilinmemesi, süreye bağlı iş sözleşmelerinde günlük çalışılacak sürenin veya akit süresinin belli olmaması, yapılacak işin ücretinin belirlenmemiş olması gibi taraflar arasında niza çıkarabilecek fâhiş bilinmezlikler, iş akdini fâsid kılan unsurlar arasında sayılabilir. Bu suretle fâsid olarak kurulmuş bir iş akdinde tarafların belirsizlikleri giderip anlaşma yolunu bulamamaları halinde akit taraflarca feshedilebileceği gibi, konunun mahkemelik olması durumunda hâkim tarafından da feshedilebilir.

Günlük, haftalık, aylık gibi belli bir zaman dilimine karşılık gelecek ücreti beyan edilmekle birlikte toplamda ne kadar süre çalışılacağı zikredilmeden yapılan iş sözleşmelerinde, kira akdine kıyasla akdin yalnızca ücreti belirtilen zaman dilimi için sahih olacağını söyleyebiliriz. Bu durumda yapılan iş akdi bu sürenin bitiminden sonra taraflar için bağlayıcı değildir. Taraflar bir sonraki zaman dilimi için akdi devam ettirebilecekleri gibi fesih hakkına da sahiptirler. Tabii fesih hakkının mutad süre içerisinde taraflarca kullanılması gerekmekte olup, aksi takdirde akit sonraki zaman dilimi için yinelenmiş sayılır.

¹¹⁷³ Mecellenin 511 ve 512. maddelerinde bu husus şöyle beyan edilmektedir: 511- Her amel ki, mahallin ihtilâfiyla zaten muhtelif ola, anda ecîrin hıyâr-ı rü’yeti vardır. Meselâ, bir cübbe dikmek üzere terzi ile pazarlık olunduğu sûrette, terzi dikeceği çuha ya şalıyı gördükde muhayyer olur. 512- Her amel ki, mahallin ihtilâfiyla muhtelif olmaya, anda hıyâr-ı rü’yet yoktur. Meselâ, şu kadar kıyye pamuğun çekirdeğini ayıklamak üzere, şu kadar kuruşa mukavele olundukda, ecîr pamuğu görmese, kendisi için hıyâr-ı rü’yet yoktur.

3) Rızayı Şaibeli Kılan Haller: İkraha altında yapılan iş akdi Hanefî mezhebinin yaklaşımına göre irade beyanları gerçekleştiği için mün'akid sayılsa da, mükrehin rızası şaibeli hale gelmiş olduğundan sahih sayılmamakta, işçi ve işverenden hangisi ikraha maruz kalmışsa bu akdi feshetme hakkına sahip bulunmaktadır. Aynı şekilde taraflardan biri diğerini gerçek dışı beyanlarla aldatarak iş akdine sevk etmişse, bu durumda da karşılıklı rıza şartı yerine gelmemiş olacağından aldatılan tarafa fesih hakkı doğacaktır.¹¹⁷⁴

Hanefî hukukçular bey' akdinde olduğu gibi icâre akdinde de gabn-i fâhişi tek başına fesih sebebi saymamakta, bunun karşı tarafın aldatmasından kaynaklanmasını şart koşmaktadırlar.¹¹⁷⁵ Ancak bunun dışında muhatabın mali sıkıntı halinden yararlanılması sonucu oluşan gabnin de fesih hakkı doğuracağına dair Hanefî mezhebindeki yaklaşım¹¹⁷⁶ dikkate alınır, icâre akdinde de bu durum fesih sebebi olarak değerlendirilmelidir. Mâlikî ve Hanbelî hukukçuların yaklaşımına göre ise hilenin dışında bilgisizlik ve tecrübesizliğin istismarı sonucu oluşan gabn-i fâhişin de icâre akdini feshetme hakkı doğuracağını söyleyebiliriz. Buna göre iş akdinde taraflardan birisinin hile veya istismarın etkisi sonucunda emsal ücretin çok altında veya üstünde bir ücret üzerinden sözleşmeyi yapmak suretiyle fâhiş gabne maruz kalması halinde, bu kimsenin fesih hakkına sahip olacağına İslam hukukunda dayanağı vardır.

Akitlerde taraflardan vuku bulan galat/hata da karşılıklı rıza esasını ihlal eden bir unsur olması sebebiyle iş akdinin feshini meşru kılan sebepler arasında sayılmalıdır. Dolayısıyla işçi veya işverenin akit konusu iş veya ücreti ya da kendisiyle iş akdi yapılan kişiyi olduğundan farklı algılamak suretiyle iş akdini galat/hata sonucu gerçekleştirmesi ve bu hatanın delil veya karineyle sabit olması durumunda, hatalı taraf rızası sakatlandığı için kanaatimizce fesih hakkına sahip olur.

4) Akdin Nefâzına Engel Durumlar: İş akitleri yarar ve zarara ihtimalli tasarruflardan olduğu için eksik ehliyetlilerin yaptıkları iş akitleri nâfiz olmayıp

¹¹⁷⁴ İcâre akdinin hile sebebiyle feshine dair bkz. Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 571-572.

¹¹⁷⁵ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 571.

¹¹⁷⁶ Bkz. s. 162.

hukuki temsilcileri tarafından feshedilebilir. Söz gelimi mümeyyiz bir çocuk velisinin izni olmaksızın bir seneliğine iş akdi yapsa, velisi bundan haberdar olduğunda akdi süresi bitmeden feshedebilir. Fuzûlînin yaptığı iş akdi de böyle olup adına akit yapılan şahıs tarafından ya da bu şahıs eksik ehliyetliyse velisi tarafından feshedilebilir. Hukuki temsil yetkisine dayanarak velayet altında bulunan kimse adına yapılan iş akdi ise bu kimse hakkında nâfiz olur. Mesela babanın mümeyyiz çocuğunun ücret karşılığı bir işte çalışması için onun adına yaptığı iş akdi nâfizdir.¹¹⁷⁷ Ancak buluğa ermiş çocuk üzerinde velâyet söz konusu olmayacağından bu çocuk adına yapılan iş akdinde baba fuzûlî sayılır. Dolayısıyla çocuk dilerse bu tasarrufa icâzet vermeyerek iş akdini feshedebilir.

Buluğa ermeden önce velisi tarafından belli bir süreliğine adına iş akdi yapılan çocuğun bu süre tamamlanmadan buluğa ermesi halinde muhayyerlik hakkının olup olmayacağı meselesi de bu açıdan ele alınabilir. Nitekim Hanefî hukukçular böyle bir durumda çocuğun muhayyer olacağı, dilerse iş akdini kalan süresi itibariyle feshedebileceği kanaatindedirler.¹¹⁷⁸ Çünkü buluğa ermesiyle birlikte iş akdini gerçekleştiren kimsenin çocuk üzerindeki velayeti sona ermekte, dolayısıyla bu kimse akdin geri kalan süresi açısından fuzûlî durumuna düşmektedir. Çocuk da artık her türlü tasarrufunu kendi başına yapma yetkisine sahip olduğundan adına yapılan bu tasarrufu buluğdan sonraya tekabül eden süre itibariyle feshedebilir.

Öte yandan İslam hukukçularının cumhuru bahsi geçen durumu çocuk için bir muhayyerlik sebebi olarak görmemekte fakat bu durumda akdin münfesih olabileceğinden bahsetmektedirler. Bunun için de şöyle bir kıtas ortaya koymaktadırlar: Eğer veli çocuğun henüz tamamlanmadan buluğa ereceğini kesin olarak bildiği bir süre için iş akdini yapmışsa, bu akit çocuğun buluğa ermesiyle münfesih olur.¹¹⁷⁹ Zira velilerin bu surette yaptıkları akitlerin akit süresinin sonuna kadar sahih kabul edilmesi, çocukların buluğdan önce kendileri adına yapılan iş akitlerine buluğdan sonra da uzun süre bağlı kalmaları sonucunu doğurur. Bunun

¹¹⁷⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 177; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 493.

¹¹⁷⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 200; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 489; Şerîf, **a.g.e.**, s. 354.

¹¹⁷⁹ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 486; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 567.

sebeplere olacağı zarar ise açıktır.¹¹⁸⁰ Mesela çocuk 14 yaşındayken velisinin onun adına iki yıllık iş akdi yapması bu duruma bir örnektir.¹¹⁸¹

Velinin akdi çocuğun içerisinde buluğa ereceğini kesin olarak bilemeyeceği bir süre için yapmış olması halinde ise, çocuğun buluğa ermesi akdi münfesihi kılma. Söz gelimi iş akdi çocuğun azami buluğ yaşına gelmesinden önce bitecek bir süre üzerinden yapılır da çocuk akit süresi içinde buluğa ererse, bu durumda sürenin sonuna kadar akdin bağlayıcılığı devam eder.¹¹⁸² Çünkü bu durum velinin velayete sahip durumdayken çocuğun yararına yaptığı bir tasarruf olarak değerlendirilir.¹¹⁸³

5) Taraflardan Birinin Yükümlülüğünü İfa Etmemesi: Akitten doğan yükümlülüğün taraflardan biri tarafından yerine getirilmemesinin veya ihlal edilmesinin diğer taraf için fesih hakkı doğuracağına dair kira akdinde belirtilenlerin aynısı iş akdi için de geçerlidir. Zira özellikle istimrârî akitler yapıları itibariyle taraflar için akit süresi boyunca ifa edecekleri yükümlülükler doğururlar. Bu süre içerisinde bir tarafın akdi yükümlülüğünü ifadan kaçınması halinde, diğer tarafın da ifa yükümlülüğü ortadan kalkmalıdır. Bu ise akdin feshedilmesi suretiyle olur.¹¹⁸⁴ Aksi takdirde tek taraflı bir ifa söz konusu olacaktır ki, bu durum muâvazalı bir akdi teberru akdi haline getirecektir. Bu ise yükümlülüğünü ifa eden taraf için akitle üstlenmediği bir zarar olup karşılıklı rıza prensibini ortadan kaldırmaktadır.

Buna göre iş akitlerinde; söz gelimi işçinin işini sözleşmede belirtildiği gibi yapmaması, mesai saati esasına göre çalışılan işlerde mesai saatlerine riayet etmemesi, işe izinsiz gelmemesi, amirlerinin iş kapsamında verdiği talimatları yerine getirmemesi vb. yükümlülüğü ihlal halleri işveren için feshi meşru kılan sebepler arasındadır. Bunun yanında işverenin işçisinin ücretini ödememesi, eksik ödemesi, geciktirmesi, sözleşme şartlarına aykırı işler yaptırması gibi durumlar da, işveren açısından akdi yükümlülüğün ihlali sayılacağından işçi için fesih hakkı doğuracak sebeplere örnek olarak zikredilebilir. Yine doğrudan iş akdinin doğurduğu bir

¹¹⁸⁰ Buhûfî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 567; Şerîf, **a.g.e.**, s. 354.

¹¹⁸¹ Buhûfî, **a.g.e.**, C: III, s. 567; Şerîf, **a.g.e.**, s. 354.

¹¹⁸² Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 485; Buhûfî, **a.g.e.**, C: III, s. 568; Şerîf, **a.g.e.**, s. 354.

¹¹⁸³ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 485; Şerîf, **a.g.e.**, s. 354.

¹¹⁸⁴ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3209.

yükümlülük olmasa bile, tarafların akit sırasında sözleşmeye dâhil ettikleri meşru şartların yerine getirilmemesi de, akdin yükümlülüğün ifa edilmemesi gerekçesiyle feshi kapsamında değerlendirilmelidir.

6) **Mazeretler:** Kira akdinde olduğu gibi iş akdinde de mazeretler Hanefî hukukçulara göre fesih hakkı doğuran sebeplerdendir. Gerek menfaatten yararlanan işveren, gerekse ücret karşılığı menfaatinden başkasını yararlandıran işçi için iş akdini feshetme doğuran mazeretler bulunmaktadır. İkinci bölümde bunların çerçevesini çizmiştik.

3.1.3. Mudârabe, Müzâraa ve Müsâkât Akitlerinde Fesih

Bir yönüyle icâre akdine benzeyen bu akitler esasen ortaklık sözleşmesinin muhtelif türleridir. Taraflarca ifâsının zamana yayılması itibariyle bu akitler aynı zamanda istimrârî akitler kapsamına girmektedir. Mudârabe, “yolculuk yapmak” manasına gelen "ضرب في الأرض" ifadesindeki “**darb**” kökünden türetilmiş bir kelimedir.¹¹⁸⁵ Bu kelime bir İslam hukuku terimi olarak; taraflardan birinin nakit para cinsinden sermayesini, diğersininse bu sermayeyle ticari faaliyetlerde bulunmak suretiyle emeğini ortaya koymayı üstlenmesi ve elde edilen kârın anlaşılabilir oranlara göre aralarında paylaşılması esaslı üzerine kurulan ortaklık akdini ifade etmektedir.¹¹⁸⁶

Sermayeyi işleten tarafın ticari faaliyetleri için genellikle yolculuklara çıkmaya ihtiyaç duyması sebebiyle bu isimle ifade edilen¹¹⁸⁷ mezkûr ortaklık, Hicaz bölgesi fakihlerince sermaye sahibinin malının bir kısmını kesip ayırarak işletmeci ortağa vermesi itibariyle, kesip koparmak anlamındaki “**karz**” kökünden türeyen “**kırâz**” ya da “**mukâraza**” sözcükleriyle adlandırılmıştır.¹¹⁸⁸ Bu ortaklık türü

¹¹⁸⁵ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: I, s. 544; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 652; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: XIX, s. 19; Cürçânî, **a.g.e.**, s. 218; Tehânevî, **a.g.e.**, C: I, s. 1559; Ebu'l-Bekâ, **a.g.e.**, s. 572; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 425; Cengiz Kallek, “Mudârebe”, **DİA**, 2005, C: XXX, s. 359-363.

¹¹⁸⁶ Bkz. Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 200; Haskefî, **a.g.e.**, s. 545; Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 117; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 21; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: V, s. 19; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 386.

¹¹⁸⁷ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 19; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VIII, s. 445; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 321; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 425.

¹¹⁸⁸ Ebû Yahyâ Zekerîya b. Muhammed el-Ensârî, **Fethu'l-Vehhâb bi şerhi Menheci't-tullâb**, 2 c., y.y., Dâru'l-fikr, 1414/1994, C: I, s. 286; Ebu'l-Bekâ Muhammed b. Mûsâ ed-Demîrî, **en-Nemû'l-vehhâc fi şerhi'l-Minhâc**, thk. heyet, 10 c., Cidde, Dâru'l-minhâc, 1425/2004, C: V, s. 257; Desûkî,

tarafların sadece kârda ortak olmalarını taahhüt eden bir sözleşme olup, işleten ortak kâr elde edememesi halinde herhangi bir ücrete hak kazanamayacağı gibi,¹¹⁸⁹ zarar ettiğinde zararı kısmen veya tamamen karşılamakla da yükümlü değildir.¹¹⁹⁰ Mudârabe akdinin meşruiyeti hususunda İslam hukukçuları arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır.¹¹⁹¹

Hanefî, Şâfi'î ve Hanbelî hukukçulara göre mudârabe akdi, sermayeyi işleten ortak (**mudârib**) işe başlamış olsun veya olmasın iki taraf için de bağlayıcı olmayan bir akittir. Dolayısıyla ortaklardan her biri dilediği zaman bu akdi tek taraflı olarak feshedebilir.¹¹⁹² Çünkü bu akit başlangıcı itibariyle bir vekâlet sözleşmesi olup, mudârib sermaye sahibinin vekili durumundadır. Mudârib sermayeyi işletip kâr elde ettiğinde ise, taraflar arasında aynı zamanda bir ortaklık vücuda gelmektedir. Gerek vekâlet gerekse ortaklık taraflar için gayri lâzım akitlerden olduğundan her iki durumda da tarafların fesih hakkı bulunmaktadır.¹¹⁹³ Bu akdin sermaye sahibi tarafından feshedilmesi, mudârib ile arasındaki vekâlet ilişkisi sebebiyle azl kavramıyla da ifade edilmektedir.¹¹⁹⁴

Mâlikî hukukçuların yaklaşımına göre ise mudâribin sermayeyi işletmeye başlamasıyla birlikte mudârabe akdi bağlayıcılık kazanır. Buna gerekçe olarak da, sermaye işletilmeye başlandıktan sonra akdin tek taraflı feshinin diğer tarafın zararına yol açması gösterilmiştir.¹¹⁹⁵ Hatta Mâlikîler bu durumda mudârib ölse de akdin münfesihi olmayacağı, güvenilir çocukları varsa akdin onlar tarafından devam

a.g.e., C: III, s. 517; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: V, s. 19; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3923; Kallek, "Mudârebe", C: XXX, s. 359-363.

¹¹⁸⁹ İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VIII, s. 446.

¹¹⁹⁰ Bâbertî, **a.g.e.**, C: VIII, s. 451.

¹¹⁹¹ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 21; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3925.

¹¹⁹² Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 109; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 415; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 24; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: V, s. 46; Kallek, "Mudârebe", C: XXX, s. 359-363.

¹¹⁹³ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 415.

¹¹⁹⁴ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 206; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 315; **Mecelle**, md. 1424.

¹¹⁹⁵ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 24; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3929.

ettirilebileceği, çocuklarına güven duyulmuyorsa onların güvenilir bir kimseyi vekil kılarak sermayeyi işletebilecekleri kanaatindedirler.¹¹⁹⁶

Mâlikîlere göre mudâربه akdinin bu bağlayıcılığı mudârib sermayeyi nakit olarak geri getirinceye kadar devam eder. Mâlikî hukukçu Haraşî bu hususta şunları söylemektedir: “Mudârib sermayeyi işletmeye başlamadan önce taraflardan her birinin fesih hakkı vardır. Hatta mudârib sermayeyi işletmek için yolculuğa hazırlansa fakat henüz yola çıkmamış bulursa durum yine böyledir... Ancak mudârib sermayeyle birlikte ticaret için yola çıksa veya yolculuğa çıkmaksızın sermayeyi işletmeye başlasa, sermaye tekrar nakde dönünceye kadar akit bağlayıcı olur.”¹¹⁹⁷ Mesela bir kimse mülkiyetinde bulunan belli miktarda nakit parayı mudâربه usulüyle işletmesi için birisine teslim etse, parayı teslim alan şahıs bu parayla ticaretini yapmak üzere mal satın aldığıında Mâlikî mezhebinin yaklaşımına göre akit bağlayıcılık kazanır. Bu durumda sermayeyle satın alınan mal mudârib tarafından satılıp nakde dönüştürülünceye kadar tarafların fesih hakkı yoktur.

Öte yandan Hanefî hukukçular mudâربه akdinin sermaye işletilmeye başlandıktan sonra da tek taraflı feshedilebileceği kanaatinde olmakla birlikte, yapılan fesih işleminin hukuken geçerlilik kazanabilmesi için sermayenin nakit halinde bulunmasını şart koşmaktadırlar.¹¹⁹⁸ Bu yaklaşıma göre mudârib sermaye olarak elinde bulunan parayla ticaret eşyası satın aldıktan sonra sermaye sahibi ortak fesih hakkını kullanacak olursa, bu fesih işlemi ancak mallar satılıp nakde tahvil edildiğinde geçerlilik kazanır. Dolayısıyla sermaye sahibi mezkûr durumda akdi feshettiğini bildirdiğinde, mudârib sermayeyi hemen ona teslim etmek zorunda olmayıp satıp nakde çevirme hakkına sahiptir.¹¹⁹⁹

Şâfiî ve Hanbelî hukukçular ise sermayenin nakit halde bulunmasını feshin geçerlilik şartı olarak görmemekte; sermaye nakit halde olmasa da yapılan fesih

¹¹⁹⁶ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 24; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3929; Ali Rıza Gül, “Faizsiz Bankacılığın Dinî Temeli Açısından Mudâربه ile Selef Yöntemlerinin Mukayesesi”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, sy. 1, 2005, s. 56.

¹¹⁹⁷ Haraşî, **Şerhu Muhtasari Halîl**, C: VI, s. 223.

¹¹⁹⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 109.

¹¹⁹⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 109; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 535; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3930; Kallek, “Mudâربه”, C: XXX, s. 363.

işleminin geçerli olacağını, tarafların daha sonra sermayeyi mevcut haliyle paylaşabileceklerini ya da karşılıklı anlaşarak satabileceklerini söylemektedirler. Ancak mudârib sermayenin satılıp nakde çevrilmesini ister de sermaye sahibi buna yanaşmazsa, eğer sermayeden kâr elde edilmişse yargı sermaye sahibini satışa zorlar.¹²⁰⁰ Çünkü mudâribin sermayenin kârında hissesi vardır. Kârın ortaya çıkabilmesi için ise sermayenin nakde dönüştürülmesine ihtiyaç vardır.¹²⁰¹

Neticede her iki yaklaşıma göre de mudârabe akdinde sermaye işletilmiş ve kâr elde edilmiş ise, akdin feshi halinde mudâribin nakit halde olmayan sermayenin nakde tahvil edilip payına düşen kârın kendisine nakit olarak verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Ancak birinci görüşe göre sermaye nakit halde değilken yapılan fesih işlemi geçerli sayılmadığından, mudâribin sermaye üzerindeki tasarruf hakkı devam etmekte, mudârib bu hakka dayanarak sermayeyi satıp nakde dönüştürme işlemi kendisi yapabilmektedir. İkinci görüşe göre ise bahsi geçen durumda yapılan fesih geçerli olduğu için, fesihle birlikte mudâribin sermaye üzerinde tasarruf yetkisi ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla fesihten sonra mudâribin ticari eşya olarak elinde bulunan sermayeyi satma yetkisi bulunmamakta, satım işleminin gerçekleştirilip kârın kendisine nakit olarak teslim edilmesi için yargıya müracaat etmesi gerekmektedir. Kanaatimizce mudârabe akdini tarafları için bağlayıcı olmayan bir akit saydıktan sonra feshin geçerliliği için sermayenin nakit halde olması şartına gerek yoktur. Zira sermaye nakit halde bulunmasa da akdin feshinden sonra tarafların karşılıklı anlaşması veya mudâribin yargıya müracaat etmesi sonucu sermayenin satılıp ortakların hak ettikleri kâr miktarının tespit edilmesi mümkündür.

Mudârabe akdinin feshinin geçerliliği için feshin karşı tarafın bilgisi dâhilinde yapılmasının şart olup olmadığı da İslam hukukçularınca tartışılmıştır. Bu akit vekâlet akdini de içine aldığından bu mesele esasen müvekkilin vekili veya vekilin kendisini karşı tarafın bilgisi olmadan azletmesinin sahih olup olmayacağı mevzuu kapsamındadır. Vekâlet akdinde taraflardan birinin azlinin diğer tarafın

¹²⁰⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, C: V, s. 46-47; Buhûtî, *Keşşâfu'l-knâ'*, C: III, s. 520; Zühaylî, *a.g.e.*, C: V, s. 3930.

¹²⁰¹ Kâsânî, *a.g.e.*, C: VI, s. 109; İbn Kudâme, *a.g.e.*, C: V, s. 46.

bilgisi olmaksızın sahih olmayacağı kanaatini taşıyan Hanefî hukukçular,¹²⁰² mudârahe akdinde de feshin geçerliliği için diğer tarafın bilgisini şart koşmuşlardır.¹²⁰³ Bu konuda Mâlikî mezhebinde tercih edilen görüş de aynı doğrultudadır.¹²⁰⁴ Şâfi'î ve Hanbelî mezhebinde öne çıkan görüş ise, vekilin bilgisi olmadan yapılan azlin geçerli olacağı yönündedir.¹²⁰⁵ Bu sebeple mudârahe akdinde de taraflardan her birinin diğer tarafın gıyabında akdi feshetme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.¹²⁰⁶

İslam hukukçularının cumhuru açısından mudârahe akdinde fesih hakkı doğuran sebeplerden bahsetmeye pek fazla yer bulunmamakta, zira taraflardan her biri sebepsiz yere bu akdi feshedebilmektedir. Mâlikî hukukçulara göre ise mudârib sermayeyi işletmeye başladıktan sonra taraflar ancak ikâle yoluyla ortaklığı bozabilirler ya da feshi meşru kılan bir sebebin bulunması halinde yalnızca ilgili taraf akdi münferit olarak feshedebilir. Bu kapsamda mudârahe akdi özelinde fesih hakkı doğurucu bazı sebeplerden bahsedilebilir. Mesela taraflardan birinin eda ehliyetinin eksik olması bu çerçevede ele alınabilir.

Mudârahe akdi gerek sermaye sahibi, gerekse işleten ortak açısından kâr ve zarara ihtimalli bir tasarruftur. Çünkü sermayeden herhangi bir kâr elde edilememesi halinde, işleten ortak emeği boşa gideceği için zarar görecektir. İşleten ortağın ticarete zarar etmesi durumunda ise sermaye sahibi mağdur olacaktır. Dolayısıyla eksik ehliyetlilerin sermaye sahibi ya da mudârib sıfatıyla yaptıkları mudârahe akdi mevkûf olup nefâzı için hukuki temsilcilerinin onayı şarttır. Buna göre söz gelimi mümeyyiz bir çocuk sermaye sahibi veya işleten ortak olarak mudârahe akdi yapsa, velisi durumdan haberdar olduğunda dilerse bu akdi feshedebilir.

Mudârahe akdinin fâsid olması da bu akdin feshini meşru kılan sebepler arasında zikredilebilir.¹²⁰⁷ Mesela tarafların kârdan alacakları hisselerin

¹²⁰² Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 304.

¹²⁰³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 109; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3965.

¹²⁰⁴ Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebir**, C: III, s. 396; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 4115.

¹²⁰⁵ Nevevî, **Minhâc**, s. 137; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: V, s. 89; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 4115-4116.

¹²⁰⁶ Şirbîni, **a.g.e.**, C: III, s. 415.

¹²⁰⁷ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 26.

belirlenmemiş olması bu akdi fâsid kılan unsurlardan biridir.¹²⁰⁸ Bu ve benzeri bir sebeple fâsid olarak kurulan bir mudârahe akdi fesâd sebebi giderilmediği sürece bağlayıcılık kazanmayacağından, akdin taraflarınca ya da mahkemeye intikal etmesi halinde hâkim kararıyla feshe elverişlidir. Haraşî de mudârahe ortaklığını fâsid kılan bir unsura rastlanıldığında akdin feshedilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹²⁰⁹

Müzâraa ve müsâkât akitlerine gelince bunlar toprak mahsullerinde ortaklığı ifade etmektedir. Müzâraa (مزارعة) kelimesi sözlükte “tohumu toprağa atmak”¹²¹⁰ anlamına gelen zer’ (زرع) kökünden türemiş mufâ’ale bâbından masdardır. Bu kelime fıkıh terimi olarak, çıkacak mahsul aralarında belirlenen oranlara göre paylaşılmak üzere taraflardan birinin arazisini, diğerinin ise emeğini ortaya koyması suretiyle kurulan ziraat ortaklığını ifade etmektedir.¹²¹¹ Müsâkât (مساقاة) ise “hayvanı veya araziye sulamak”¹²¹² manasındaki **saky** (سقي) kökünden gelmekte olup fıkıhta, “elde edilecek ürünü belli oranlar dâhilinde aralarında paylaşmak üzere, ağaçlar bir taraftan, bunların bakım ve sulama işleri diğer taraftan olacak şekilde iki taraf arasında yapılan ortaklık” anlamında bir terim olarak kullanılmaktadır.¹²¹³ Ebû Hanîfe dışındaki İslam hukukçuları bu akitleri meşru görmektedirler.¹²¹⁴

Müzâraa ve müsâkât akitleri mudârahe akdinden farklı olarak İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından bağlayıcı akitler olarak kabul edilmektedir.¹²¹⁵ Bu yaklaşımda mezkûr akitlerin mudârahenin aksine vekâlet ve ortaklıktan ziyade icâre akdine benzer görülmesi, dolayısıyla icâreye kıyas edilmesi etkili olmuştur.¹²¹⁶ Çünkü bu akitlerde çalışan taraf icârede olduğu gibi sabit bir nesne üzerinde çalışmaktadır. Mudârahe akdinde ise çalışma sermaye sahibinden alınan parayla mal

¹²⁰⁸ Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3937.

¹²⁰⁹ Haraşî, **a.g.e.**, VI, 207.

¹²¹⁰ Cevherî, **a.g.e.**, C: III, s. 1224; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 724.

¹²¹¹ **Mecelle**, md. 1431; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 441; Hüseyin Kayapınar, “Müzâraa”, **DİA**, 2006, C: XXXII, s. 234.

¹²¹² Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 1295.

¹²¹³ **Mecelle**, md. 1441; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 426; Hamdi Döndüren, “Müsâkât”, **DİA**, 2006, C: XXXII, s. 70.

¹²¹⁴ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3135.

¹²¹⁵ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 77; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 232; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 433; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 33.

¹²¹⁶ Mevsilî, **a.g.e.**, C: III, s. 77; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 232; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 433.

alıp satmak suretiyle yapılmaktadır. Bu ise vekâlete daha çok benzemektedir.¹²¹⁷ Ancak Hanefî hukukçular müzâraa akdinin tohum sahibi taraf açısından tohumunu toprağa attığında bağlayıcılık kazanacağı, daha öncesinde bu kimsenin cayma/fesih hakkı olduğu kanaatindedirler. Bunun sebebi kişinin kendi malını itlaf etmeye zorlanamayacağı düşüncesidir. Nitekim evini yıktırmak için işçiyle anlaşan kişiye aynı gerekçeyle cayma hakkı tanınmıştır.¹²¹⁸

Öte yandan Hanbelî mezhebinde hâkim görüş müzâraa ve müsâkât akitlerinin taraflar için bağlayıcı olmadığı yönündedir.¹²¹⁹ Bu görüşe göre bu akitler, çalışan tarafın diğer tarafa ait olan bir malın nemasına ortak olması esaslı üzere kurulması yönüyle mudârabeye akdine benzemektedir, dolayısıyla mudârabeye akdine kıyasla gayri lazım kabul edilmektedir.¹²²⁰

Cumhurun görüşü dikkate alınacak olursa müzâraa ve müsâkât akitlerinin feshine elverişlilik durumu icâre akdiyle benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla icâre akdinin feshini meşru kılan sebepler genellikle bu akitlerde de fesih sebebi sayılacaktır. Bu münasebetle burada bazı fesih sebeplerini müzâraa ve müsâkât akitleri açısından ele almakta fayda görüyoruz.

Ayıp muhayyerliği bu akitlerde bir fesih sebebi olarak değerlendirilebilir. Mesela müzâraa akdinde araziyi işleten ortak akitten sonra çalışacağı arazinin verimli olmadığını ya da sulama imkânlarının çok yetersiz olduğunu fark etse, akit sırasında bu durumdan haberdar olmaması halinde kanaatimizce ayıp muhayyerliğine sahip olur. Diğer taraftan söz gelimi işletmeci ortağın bu işi yapmaya elverişli olmadığını ortaya çıkması ise, arazi sahibi için ayıp muhayyerliği hakkı doğuracak bir durum olacaktır. Çünkü arazinin verimli olmaması ve sulama imkânının çok yetersiz olması, çalışan ortağın akit sırasında araziden âdeten umduğu ve beklediği menfaati azaltan bir arıza olduğu gibi, çalışan ortağın araziyi mutad şekilde işletemeyecek durumda olması ise arazi sahibinin akdi yaparken çalışan taraftan

¹²¹⁷ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 433.

¹²¹⁸ Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 372; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 232; İbn Âbidîn, **Reddû'l-Muhtâr**, C: VI, s. 279.

¹²¹⁹ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: V, s. 299; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 537; Döndüren, "Müsâkât", C: XXXII, s. 71.

¹²²⁰ Buhûtî, **a.g.e.**, C: III, s. 537.

beklediği menfaati olumsuz etkileyen bir unsurdur. Dolayısıyla mezkûr durumlar tarafların rızasını sakatlayan birer kusur olarak değerlendirilmelidir.¹²²¹

Müzâraa ve müsâkât muâvazalı akitlerden sayıldığı için tarafları için kâr ve zarara ihtimalli tasarruflardandır. Çünkü bu akitlerde çalışan tarafın emeği sonucu beklediği miktarda mahsul elde edememe riski bulunduğu gibi, arazi veya bağ sahibinin de akit sırasında karşı tarafla üründen alacağı pay oranı hususunda zararına olacak şekilde anlaşma yapması mümkündür. Bu sebeple bu akitlerde taraflardan herhangi birinin eksik ehliyetli olması durumunda velileri için fesih hakkı doğmaktadır.

Hanefî hukukçulara göre icâre akdinde fesih hakkına sebep teşkil eden mazeretler müzâraa ve müsâkât akitlerinde de fesih sebebi olarak görülmektedir. Bu mazeretler işletmeci ortak ve arazi ya da bahçe sahibi ortak açısından feshi meşru kılan mazeretler şeklinde ikiye ayrılarak değerlendirilmektedir.¹²²² Bu kapsamda mesela arazi ya da bahçe sahibi ortağın ağır borç yükü altında olup borcunu ödeyebilmek için arazisini veya bahçesini satmak zorunda kalması, bu ortak için fesih hakkı doğuran meşru bir mazeret sayılmaktadır.¹²²³

Ancak müzâraa akdinde böyle bir durumda fesih hakkı işletmeci ortağın henüz tohumunu toprağa ekmemiş olması ya da tohum ekildikten sonra ekinin yetişip hasat zamanının gelmiş bulunması halinde söz konusu olabilmektedir. Tohum ekilmiş fakat ekin henüz yetişmemiş ise, arazi sahibi hasat zamanına kadar akdi feshedemez. Çünkü bu durumda akdin feshi işletmeci ortağın hakkının iptali anlamına gelir. Oysa feshin hasat zamanına kadar geciktirilmesi, alacaklı şahsın hakkı iptal etmeyip yalnızca bir süre ertelemektedir. Bunun yapılmasıyla iki tarafın da hakkı gözetilmiş olur.¹²²⁴

¹²²¹ Ayıp (kusur) ve özür/mazeret kavramları arasındaki fark için bkz. s. 209-210.

¹²²² Bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 183.

¹²²³ Mevsîfî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 77-78; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 183; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 188.

¹²²⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 183-184; Zeylâfî, **a.g.e.**, C: V, s. 282; İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: VIII, s. 188; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 327.

İşletmeci ortağın hıyanet, hırsızlık gibi güveni ortadan kaldıran bir ahlaki zaafının bulunduğu öğrenilmesi de, Hanefi hukukçularca arazi ve bahçe sahibi ortaklar için fesih hakkı doğuran mazeretlerden kabul edilmektedir.¹²²⁵ Çünkü bu durumda arazi ve bahçe sahibi tarafta işletmeci tarafın ekin ve meyveleri çalabileceğine dair korku oluşur. Bu korku ve güvensizlik haliyle akdi devam ettirmeleri ise onların akitle üstlenmedikleri bir zarardır.

İşleten ortak için fesih hakkı doğuran mazeretler arasında ise; iş görmesini zorlaştıracak şekilde hastalanması, yolculuğa çıkma ihtiyacının hâsıl olması, ziraat işinden geçimini yeterli olarak sağlayamadığı için bu işi bırakıp başka işe geçmeye ihtiyaç duyması vb. durumlar sayılmaktadır.¹²²⁶ Netice itibariyle taraflardan birini, akit sırasında üstlenmediği bir zarara maruz kalmadan akdi devam ettiremeyecek hale getiren her türlü beklenmedik durum, icârede olduğu gibi bu akitlerde de fesih hakkı doğurucu mazeret kapsamında değerlendirilir.

3.1.4. Sulh Akdinde Fesih

Sözlükte “barış, barışmak, uzlaştırmak” gibi manalara gelen¹²²⁷ sulh kelimesi fıkıhta, davacı ile davalının karşılıklı rızayla aralarındaki anlaşmazlığı gidermek ve dava konusunu ortadan kaldırmak amacıyla yaptıkları akdi ifade etmek için kullanılmaktadır.¹²²⁸ Sulh anlaşması İslam hukukunda devletler arasında, devletle isyankârlar arasında, aralarında anlaşmazlık bulunan eşler arasında, miras paylaşımında varisler arasında ve pek çok alanda şahıslar arasında yaşanan anlaşmazlıkların çözümü için başvurulabilen bir hukuki işlemidir.¹²²⁹ Tez konumuzla

¹²²⁵ Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 234.

¹²²⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 184; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 234; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 476; Kayapınar, “Müzâraa”, C: XXXII, s. 236.

¹²²⁷ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: II, s. 517; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: VI, s. 548; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 229; Feyyûmî, **a.g.e.**, C: I, s. 345; Cürçânî, **a.g.e.**, s. 134; Fahrettin Atar, “Sulh”, **DİA**, 2009, C: XXXVII, s. 481.

¹²²⁸ Tehânevî, **a.g.e.**, C: II, s. 1095; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 215; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 276; Bereketî, **a.g.e.**, s. 130; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VII, s. 255; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VIII, s. 403; Haskefî, **a.g.e.**, s. 539; **Mecelle**, md. 1531; Nevevî, **Ravza**, C: IV, s. 193; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 214; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 357; Buhûfî, **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: II, s. 139; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 513.

¹²²⁹ Şîrbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 161; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 214; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 357; Buhûfî, **a.g.e.**, C: II, s. 139; Atar, “Sulh”, C: XXXVII, s. 481.

alakalı olan sulh ise, şahıslar arasındaki malî haklara ilişkin anlaşmazlıklarda başvurulmuş sulhtur.

Sulhun bu türü şahısların birbirleri üzerinde malî hak iddia ettiği durumlarda söz konusu olmaktadır. İddia edilen malî hak para cinsinden (nakdî) bir alacak olabileceği gibi nakit dışında aynî bir mal alacağı da olabilir. Nakdî alacak iddia edilen durumlarda gerçekleştirilen bir sulh biçimi, davacının alacağından kısmen vazgeçmesidir. Bu türden bir sulh iskât ve ibra kabilinden tek taraflı bir tasarruf olduğundan muâvazalı akit kapsamına girmemektedir.¹²³⁰ Mezkûr hallerde yapılabilecek bir başka sulh şekli ise, davacının para cinsinden olan alacağının başka bir para birimi üzerinden ödenmesi hususunda davalıyla anlaşmasıdır. Bu suretteki sulh paraların mübadelesini (**sarf**) içerdiğinden muâvazalı akit sayılır.¹²³¹ Esasen burada bir sulh biçiminden daha bahsedilebilir ki, o da davacının alacağı olan paraya mukabil nakit olmayan bir mal almak üzere davalıyla anlaşmasıdır. Bu şekilde yapılan sulh da muâvazalı bir akittir.¹²³²

Davacının aynî alacak iddia etmesi halinde ise, bu türden mallar iskâta elverişli olmadığı için burada kısmî ibra ve iskât suretinde tek taraflı bir sulh işleminden söz edilemez.¹²³³ Aynî alacak davalarında sulh ya davacının alacağı olan malın bir kısmını davalıya hibe edip diğer kısmını alması ya da bu mala karşılık davalıdan başka bir mal alması şeklinde yapılmaktadır.¹²³⁴ Her iki tasarruf da iki taraflı gerçekleştirilen bir akit olup icap ve kabul ile kurulmaktadır. Ancak bu sulh şekillerinden ilki teberru akdi, ikincisi ise muâvazalı akittir.

Sulh akdinin teberru suretinde yapılması durumunda, yani davacının alacağının bir kısmından vazgeçmesi şeklinde gerçekleştirilmesi halinde, hibede geçerli olan bütün şart ve hükümler sulh akdi için de geçerli olmaktadır.¹²³⁵ Buna göre feshe elverişlilik açısından ele alacak olursak, hibeyi gayri lâzım bir akit olarak

¹²³⁰ Haskefî, **a.g.e.**, s. 539; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: IV, s. 9; Ensârî, **a.g.e.**, C: II, s. 215; Buhûtî, **Keşşâfu'l-knâ'**, C: III, s. 391.

¹²³¹ Dirdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 310; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: IV, s. 9.

¹²³² Buhûtî, **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: II, s. 141.

¹²³³ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: IV, s. 9.

¹²³⁴ Nevevî, **Ravza**, C: IV, s. 193.

¹²³⁵ Hicâvî, **el-İknâ'**, C: II, s. 192.

gören hukukçulara göre hibe suretindeki sulh akdi taraflar için bağlayıcı olmayan bir akittir. Bu görüşe göre söz konusu sulh akdinde teberruda bulunan tarafın rucû' hakkı olduğu gibi kendisine teberru yapılan taraf da dava konusu malın tamamını davacıya vermek suretiyle akdi feshetme hakkına sahiptir. Yine mesela hacr edilmiş borçlunun yaptığı teberru şeklindeki bir sulh akdi, alacaklıların haklarını ihlal ettiği için onların talebiyle feshedilmeye elverişli bir akittir.

Muâvazalı akit suretindeki sulh akdi ise, davacının iddia konusu mal karşılığında davalıdan para cinsinden veya aynî olan başka bir mal alması üzere yapıldığı takdirde bey' akdinin hükümlerini almaktadır.¹²³⁶ Mesela bir kimse başkasının zilyedliğinde bulunan arsanın kendi mülkü olduğu iddiasıyla zilyede dava açsa, daha sonra mahkeme sonuçlanmadan taraflar aralarında sulh yapıp dava konusu arsaya karşılık ondan daha düşük değerdeki zilyede ait bir dairenin davacıya verilmesi hususunda anlaşsalar, yapılan sulh akdi bey' hükmündedir. Çünkü bu anlaşmayla yapılan işlem arsayla dairenin takas edilmesidir.

Bu durumda bey' akdinde geçerli olan muhayyerlikler bu sulh akdi için de geçerli olacaktır.¹²³⁷ Söz gelimi mezkûr örnekte bahsi geçen dairede bir kusura rastlanması, dairenin sulh akdi sırasında görülmemiş olması, dairenin akit sırasında belirtilen merğûb bir vasfa sahip bulunmaması gibi hallerde davacı muhayyer olup dilerse akdi feshedebilir. Yine bu sulh akdinde tarafların muhayyerlik şartı ileri sürme hakları olup bu hakka dayanarak muhayyerlik süresi içerisinde akdi feshedebilirler. Aynı şekilde bey' suretindeki sulh akdinde taraflar ikâle yapabilecekleri gibi,¹²³⁸ meclis muhayyerliğini meşru gören İslam hukukçularına göre akit meclisinde birbirlerinden ayrılmadıkları sürece tek taraflı fesih hakkına sahiptirler. Fesih hakkı doğuran diğer sebepler de bu doğrultuda değerlendirilebilir. Mesela ikrah, hile, gabin ve hata gibi rızayı şaibeli kılan durumlarda fesih hakkı için

¹²³⁶ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 190; Mevsîlî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 5; Haskefî, **a.g.e.**, s. 539; Nevevî, **Minhâc**, s. 125; **Ravza**, C: IV, s. 193; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 109; Buhûtî, **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: II, s. 141.

¹²³⁷ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 190; Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 5; Nevevî, **Minhâc**, s. 125; **Ravza**, C: IV, s. 193.

¹²³⁸ Haskefî, **a.g.e.**, s. 541; Kadri Paşa, **a.g.e.**, s. 155, md. 931.

aranan şartlar bulunduğu takdirde rızası şaibeli hale gelen taraf söz konusu sulh akdini feshetme hakkına sahip olur.

Bey' hükmündeki sulh akdi davacı taraf açısından genellikle bazı maksatlara binaen hakkı olan bir malın tamamını almaktan vazgeçip onun yerine daha düşük kıymetteki mal veya menfaate razı olması anlamına gelmektedir.¹²³⁹ Bu bakımdan bu akit kişinin zararına yaptığı bir alışveriş gibidir. Dolayısıyla hacr edilmiş borçlunun¹²⁴⁰ böyle bir sözleşme yapması alacaklıların zararına bir tasarruftur. Bu durumda alacaklılar mahkemeye başvurup sulh akdini feshettirme hakkına sahiptirler. Aynı şekilde maraz-ı mevt halindeki hastanın mal varlığının üçte birini aşan kısmında yaptığı sulh akdinde de, hastanın ölümünden sonra bu tasarruftan zarar gören mirasçılarının fesih hakkı olacaktır.

Alışveriş şeklinde gerçekleşen sulhta davacının dava konusu malın yerine davalıdan aldığı mala bir başkasının hakkının taalluk etmesi de, yine ilgili şahıs tarafından sulh akdinin feshini meşru kılan bir durumdur. Mesela sulh bedeli olan dairenin bir başkasına rehin verilmiş olduğunun anlaşılması halinde, davacı sulh akdini bozabileceği gibi daireyi rehin tutan zilyed de taraflar arasında yapılan sulh akdini feshedebilir. Bu daire kiraya verilmiş bulunuyor ise davacı yine sulh akdini feshetme yetkisine sahip olup kira süresinin bitmesini beklemek zorunda değildir. Ancak bu durumda kiracının, kira süresinin sonuna kadar dairede oturma hakkı olduğu için tarafların daire üzerinde yaptıkları sulh akdini feshetme yetkisi yoktur.¹²⁴¹

Sulh bedeli veya bu bedele karşılık davalıya bırakılan mal bir akar ise, alışveriş hükmündeki sulh akdinin yapılmasıyla, akara ortaklığı veya bitişik komşuluğu bulunan şahıs için şuf'a hakkı sabit olmaktadır.¹²⁴² Dolayısıyla anılan şahıs şuf'a hakkına binaen mahkemeye başvurup şuf'a talebinde bulunduğu takdirde taraflar arasında yapılan sulh akdi hâkim tarafından feshedilir. Bu durumda mahkeme

¹²³⁹ Hicâvî, **el-İknâ'**, C: II, s. 192.

¹²⁴⁰ Borçlunun hacr edilmesiyle ilgili bkz. s. 195-197.

¹²⁴¹ Bkz. s. 203.

¹²⁴² Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 190; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 396; Nevevî, **Minhâc**, s. 125.

sonuçlanmadan önce sulh akdiyle akarı teslim alan taraf şayet akarda tasarrufta bulunup onu satmış ise bu satış sözleşmesi de feshedilir.

Sulh akdinin davacının dava konusu mala karşılık davalıya ait bir malın menfaatinden yararlanması şeklinde yapılması da mümkündür. Bu durumda ise yapılan sulh icâre hükmünde kabul edilir.¹²⁴³ Söz gelimi başkasının elinde bulunan bir bahçenin kendi mülkü olduğu iddiasıyla dava açan şahsın, davalıyla sulh yoluna gidip bu bahçeye karşılık davalıya ait bir dairede belli süreliğine oturma hususunda anlaşmaya varması bu türden sulha verilebilecek bir örnektir. Bu şekilde yapılan sulh akdiyle davacı bahçe karşılığında davalının dairesini kiralamış hükmünde kabul edilmektedir.¹²⁴⁴

Aynı şekilde davacının iddia ettiği menfaate karşılık davalının sulh bedeli olarak, kendisine ait bir malın aynını davacıya temlik etmesi veya bu malın menfaatinden davacıyı belli süreliğine yararlandırması da icâre hükmündeki sulh akdi kapsamına girmektedir.¹²⁴⁵ Çünkü bu şekillerde yapılan sulh akitlerinde ya mal ile menfaatin ya da menfaat ile menfaatin mübadelesi söz konusu olmaktadır. İcâre hükmünde kabul edilen sulh akdi feshe elverişli olma bakımından haliyle icâreyle aynı hükümlere tabi olacaktır. Dolayısıyla bey' akdinde geçerli görülen fesih sebeplerinin yanı sıra, Hanefî hukukçulara göre icâre akdinin feshini meşru kılan mazeretler bu şekildeki sulh akdinde de fesih hakkı doğurucu sebeplerden sayılacaktır.

Sulh akdiyle ilgili olarak şu hususa da temas etmek gerekir: Davalı davacıyla yaptığı sulh akdini kendisine yönelik iddia edilen hakkı ikrar ettikten sonra yapabileceği gibi, bu hakkı inkâr ettiği ya da iddiayla ilgili kabul veya ret yönünde beyanda bulunmadığı halde husumete son vermek amacıyla da yapabilir. İslam hukukçuları bu sebeple sulh akdini; ikrar üzere sulh, inkâr üzere sulh ve sükût üzere sulh olmak üzere üç kısımda ele almışlardır. İslam hukukçularının çoğunluğu sulhun

¹²⁴³ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 190; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VII, s. 256; Haskefî, **a.g.e.**, s. 539; **Mecelle**, md. 1549; Nevevî, **Minhâc**, s. 125; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebir**, C: III, s. 310; Takiyyüddîn Muhammed b. Ahmed İbn Neccâr el-Fütûhî, **Münteha'l-irâdât**, thk. Abdullah b. Abdilmuhsin et-Türkî, 5 c., y.y., Müessesetü'r-risâle, 1419/1999, C: II, s. 451.

¹²⁴⁴ **Mecelle**, md. 1549.

¹²⁴⁵ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: IV, s. 41.

bu üç şeklini de geçerli görmektedirler.¹²⁴⁶ Şâfi'î hukukçular ise inkâr ve sükût üzere yapılan sulhu meşru kabul etmemektedirler.¹²⁴⁷

Belli bir mal veya menfaat karşılığı dava konusu maldan vazgeçmek suretiyle yapılan sulh, her üç şekilde de davacı taraf açısından muâvazalı bir akittir. Çünkü üç durumda da davacı sulh bedelini, kendisine ait olan dava konusu mal karşılığında aldığına inanmaktadır.¹²⁴⁸ Davalı taraf açısından ise yalnızca ikrardan sonra yapılan sulh muâvazalı akit sayılmaktadır. Zira bu şekildeki bir sulh akdiyle davalı elinde bulunan malın davacının mülkü olduğunu kabul etmekle birlikte ödediği sulh bedeliyle onu satın almış bulunmaktadır. İnkâr ve sükût üzere yapılan sulhta ise davalı elinde bulunan malın davacının olduğunu kabul etmemekte, dolayısıyla davacıya sulh bedelini bu malın karşılığı olarak değil husumeti sonlandırmak için vermektedir.¹²⁴⁹ Dolayısıyla bu şekilde yapılan bir sulh, davalıya nispetle muâvazalı akit hükmünde değildir.

Buna göre muâvazalı akit şeklindeki bir sulh akdi eğer davalının ikrarından sonra yapılmışsa, muâvazalı akitler için geçerli olan fesih sebepleri bu sulh akdinde her iki taraf için de geçerli olur. Bu sulhun davalı davacının iddiasını inkâr ederken veya bu iddia karşısında sükût halindeyken yapılması halinde ise, fesih hakkı doğurucu bu sebepler yalnızca davacı taraf hakkında geçerli olacaktır. Bu durumda yapılan akit davalı için muâvazalı bir akit sayılmadığından, muâvazalı akitlerin feshini meşru kılan sebepler davalı açısından fesih sebebi sayılmayacaktır. Bu sebeple İslam hukukçuları inkâr ve sükût üzere yapılan sulhta, davalıya sulh sonucu kendisine bırakılan dava konusu malda (**musâlahun anh**) bir kusura rastladığında ayıp muhayyerliği hakkı tanımamışlardır.¹²⁵⁰ Yine davalının bu tür bir sulh sonucu

¹²⁴⁶ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 190; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 5; Neseî, **Kenz**, s. 516; Hicâvî, **el-İknâ'**, C: II, s. 192-196; Karâfî, **ez-Zahîra**, C: V, s. 347; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4332-4336; Atar, "Sulh", C: XXXVII, s. 483.

¹²⁴⁷ Nevevî, **Minhâc**, s. 126; **Ravza**, C: IV, s. 198; Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: II, s. 216.

¹²⁴⁸ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 5; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 163-164; Hicâvî, **el-İknâ'**, C: II, s. 196; Buhûtî, **Keşşâfu'l-İknâ'**, C: III, s. 397.

¹²⁴⁹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 6; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 319; Buhûtî, **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: II, s. 143.

¹²⁵⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 53; Hicâvî, **el-İknâ'**, C: II, s. 196; İbn Neccâr, **a.g.e.**, C: II, s. 453; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4364-4365.

sahip olduğu akarda, ortak veya bitişik komşuya şuf'a hakkı tanınmamıştır.¹²⁵¹ Çünkü her iki durumda da sulh neticesinde davalının elinde kalan mal, davalı açısından ivazlı akitle mâlik olunmuş bir mal sayılmamaktadır.

İnkâr ve sükût üzere yapılan sulh akdi tamamlandıktan sonra taraflardan birinin haklılığının ortaya çıkması halinde, söz konusu tarafın sulh akdini feshetme hakkının olup olmayacağı İslam hukukçuları arasında tartışmalı bir mevzudur. Kâsânî'nin bu konuyla alakalı olarak ifade ettiğine göre, söz gelimi davalı taraf sulhtan sonra davacının iddiasının doğru olduğunu ikrar etse, bu ikrar sulh akdini iptal edici bir mahiyet taşımaz. Aksine bu ikrar yapılan sulh akdinin iki taraf için de muâvazalı bir akit suretinde gerçekleştiğini ortaya çıkarmış olur.¹²⁵² Yine Kâsânî'nin belirttiğine göre, sulhtan sonra ortaya çıkan davacının iddiasını ispat edici nitelikteki beyyine mahkeme tarafından dikkate alınmaz.¹²⁵³ Bu ifadelerden anlaşıldığına göre, sulhtan sonra taraflardan birinin haklı olduğunun ortaya çıkması Hanefî mezhebinde sulh akdinin bağlayıcılığını ortadan kaldıran bir sebep olarak görülmemektedir.

Mâlikî hukukçulara göre ise, sulhtan sonra taraflardan birinin davada haksız olduğunu itiraf etmesi ya da onlardan birinin haklılığını ispat eden bir beyyinenin tanıklığı halinde, haklılığı ortaya çıkan tarafın sulh akdini feshetme hakkı vardır.¹²⁵⁴ Zira bu durumda bahsi geçen tarafın haklılığını ispat edemediği için sulh yapmak zorunda kaldığı, dolayısıyla haksızlığa maruz kalmış olduğu ortaya çıkmış bulunmaktadır.¹²⁵⁵

¹²⁵¹ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 191; **Mecelle**, md. 1550; Hicâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 196; İbn Neccâr, **a.g.e.**, C: II, s. 453; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4364. Bir akarın ortağının veya bitişik komşusunun şuf'a hakkını kullanarak akarı temellük edebilmesi için bu akarın mülkiyetinin mal karşılığında el değiştirmiş olması gerekir. (Bkz. Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 42). Hâlbuki inkâr veya sükût üzere yapılan sulh akdinde davalının elindeki akarın mülkiyetinin mal karşılığında el değiştirdiği akara ortak ya da komşu olan şahıslar açısından kesin değildir. 282. sayfada belirtilen sulh bedeli karşılığında davalıya bırakılan akar üzerinde sabit olan şuf'a hakkı ise, sulhun davalının ikrarından sonra yapılması halinde söz konusu olur. Zira bu durumda yapılan sulh akdi davalı açısından da muâvazalı bir akit olur. Dolayısıyla davalının elindeki akarın mülkiyetinin mal karşılığında el değiştirdiği kesinleşmiş olur.

¹²⁵² Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 55.

¹²⁵³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 55.

¹²⁵⁴ Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 313-314; Ruaynî, **a.g.e.**, C: V, s. 83.

¹²⁵⁵ Derdîr, **a.g.e.**, C: III, s. 313; Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 5.

İslam hukukunun akitlerde benimsediği karşılıklı rızaya dayanma ve rızası sakatlanan tarafa fesih hakkı verilmesi, ayrıca zararın giderilmesi ilkeleri dikkate alındığında, kanaatimizce iddiasını ispatlayamadığı için sulh akdi yapmak zorunda kalan davacının haklılığı ortaya çıktığında bu akdi feshedip tekrar dava açma hakkı olmalıdır. Bu bakımdan bizce bu hususta Mâlikî mezhebinin görüşü daha isabetlidir.

3.1.5. Kısmet/Taksîm Akdinde Fesih

Kısmet (taksîm) terimi İslam hukukunda, bölünebilir bir mala ortak olan kimselerin bu maldaki şâyi hisselerinin birbirinden ayrılıp her bir ortağın hissesinin muayyen hale getirilmesi işlemi ifade etmektedir.¹²⁵⁶ Bu işlemle müşterek mal hissedarlar arasında bölüştürülmekte, böylece bu mal üzerindeki ortaklık sona erdirilmektedir.¹²⁵⁷

Kısmet işlemi genel olarak hem hisselerin ifrazı hem de mübadelesi anlamı taşımaktadır. Zira kısmetten önce müşterek malın her bir parçasında bütün ortakların hissesi bulunmaktadır. Dolayısıyla bu mal ortaklar arasında belli miktarlara göre bölüştürüldüğünde, ortaklardan her birine müşterek maldan aldığı parçadan bir kısmı, o parçadaki hissesinin ayrılıp kendisine tahsis edilmesi suretiyle verilmiş olmaktadır. Buna ifraz denilmektedir. Her bir ortağın müşterek maldan aldığı parçanın diğer kısmı ise kendisine diğer ortakların hissesinden verilmiş olmaktadır. Bu ise mübadele ve muâvaza anlamı taşımaktadır. Çünkü bir ortağa diğer ortakların hissesinden verilen kısım, bu ortağın onların müşterek maldan aldıkları parçadaki hissesine karşılık olarak kendisine verilmektedir. Böylece ortakların hisseleri arasında bir mübâdele gerçekleşmiş olmaktadır.¹²⁵⁸ Bununla birlikte mislî malların bölüştürülmesinde değiş tokuş edilen hisseler arasında fark olmadığından ifraz manası öne çıkmakta, kıyemî malların bölüştürülmesinde ise birbirleriyle değiştirilen

¹²⁵⁶ Bu hukuki işlemin tanımları için bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 17; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 99; Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: IV, s. 329; Buhûtî, **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: III, s. 544; Bereketî, **a.g.e.**, s. 174; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 303; Hamza Aktan, "Kısmet", **DİA**, 2002, C: XXV, s. 497.

¹²⁵⁷ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 72.

¹²⁵⁸ Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 420-421; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 99.

hisseler farklı kıymetlerde olduğu için mübadele ve muâvaza manası ağır basmaktadır.¹²⁵⁹

İslam hukukunda ortak malların bölüştürülmesi ortakların karşılıklı rızasıyla yapılabileceği gibi, karşılıklı rıza olmaması halinde ortaklardan herhangi birisinin talebi üzerine mahkeme kararıyla cebren de gerçekleştirilebilir.¹²⁶⁰ Kısmetin yargı zoruyla gerçekleştirilmesi, ortaklardan herhangi birinin kismetten ciddi bir zarar görmemesine rağmen malın bölüştürülmesine yanaşmaması durumunda meşru görülmüştür. Zira diğer ortaklara zararı olmadığı sürece her ortağın kendi payından müstakil olarak yararlanabilmek için ortaklıktan vazgeçip hissesini ayırma hakkı vardır. Ortaklardan birinin müşterek malın bölüştürülmesinden ciddi manada zarar görmesi halinde ise, bu ortak yargı yoluyla kismete zorlanamaz.¹²⁶¹ Bu durumda kismet ancak bütün ortakların rızasıyla gerçekleştirilebilir.

Kısmetin mezkûr iki şekli içerisinde akit özelliği taşıyanı, tarafların rızasına dayanan ve karşılıklı irade beyanlarıyla gerçekleştirilen kismettir.¹²⁶² Yargının verdiği kismet hükmü bağlayıcı olduğu gibi, karşılıklı rızayla yapılan kismet akdinin de, hisselerin bölüştürülme işlemi tamamlandığında taraflar için bağlayıcı olacağı hususunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği vardır.¹²⁶³ Mecelle’de de konuyla ilgili şu madde yer almaktadır: “Kismet tamam oldukça, artık andan rüçû’ olunamaz.”¹²⁶⁴ Hisselerin bölüştürülme işlemi tamamlanmadan önce ise, yargının verdiği kismet hükmünün aksine ortakların kendi rızalarıyla yaptıkları kismet akdi bağlayıcı olmayıp taraflardan her birinin işlem tamamlanmadan önce vazgeçme hakkı vardır.¹²⁶⁵ Mesela birden çok kişi arasında ortak bir arazi ortaklar arasında bölüştürülmek üzere tarafların rızasıyla parsellere ayrılrsa ve her parselin kime ait

¹²⁵⁹ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 325; Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 73; Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 420.

¹²⁶⁰ Bkz. Merğînânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 325; Mevsilî, **a.g.e.**, C: II, s. 73; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 488; Meydânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 91; Nevevî, **Ravza**, C: XI, s. 203, 208; Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 185; Hicâvî, **a.g.e.**, C: IV, s. 411, 414; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4736-4742.

¹²⁶¹ Şirâzî, **a.g.e.**, C: III, s. 406; Şirbînî, **a.g.e.**, C: VI, s. 331; Hicâvî, **a.g.e.**, C: IV, s. 411, 412, 414; İbn Neccâr, **Münteha’l-irâdât**, C: V, s. 314, 317.

¹²⁶² Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4737.

¹²⁶³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 28; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 53; İzz b. Abdisselâm, **Kavâ’idü’l-ahkâm**, C: II, s. 151; Hürân, **a.g.e.**, s. 559; Aktan, “Kismet”, C: XXV, s. 498.

¹²⁶⁴ **Mecelle**, md. 1157.

¹²⁶⁵ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 28; Hürân, **a.g.e.**, s. 560.

olacağını belirlemek için kura çekimi yapılmasına karar verilse, kura tamamlanıp bütün ortakların hissesi belirlenmeden önce ortakların rüçû' hakkı vardır.¹²⁶⁶ Ancak yargı tarafından ortak malın kısmeti yönünde hüküm verildiğinde, bu hüküm bağlayıcı olup ortakların hisselerin bölüştürülmesinden önce de rüçû' hakkı yoktur. Çünkü yargı yoluyla gerçekleştirilen kismette tarafların rızası aranmamaktadır.¹²⁶⁷

Gerek hisselerin ortakların rızası ile bölüştürülmesi suretiyle bağlayıcılık kazanan kismet akdi, gerekse yargı kararıyla cebren gerçekleştirilen kismet işlemi, mübâdele manası taşıması sebebiyle ikâle yoluyla feshedilmeye elverişlidir.¹²⁶⁸ İkâlenin dışında, fesih hakkı doğuran bir sebebin bulunması halinde de kismet işlemi bu hakka sahip olan tarafça feshedilebilmektedir. Tarafların rızasıyla yapılan kismet akdi muâvazalı akitlerden sayıldığı için, bu akitlerde feshi meşru kılan sebepler genellikle kismet akdi için de fesih hakkı doğuran sebepler sayılmaktadır. Yargı kararıyla cebren gerçekleştirilen kismet işlemi ise, ortaklar arasında karşılıklı rızayla yapılan bir işlem olmadığı için kismet akdinde geçerli olan bazı fesih sebepleri kismetin bu türünde geçerli görülmemektedir.

Bu münasebetle kismet işleminin feshini meşru kılan sebepleri ele alacak olursak, bunların başında muhayyerlikler gelmektedir. Kismet işleminin ayıp muhayyerliği sebebiyle feshedilebileceği hususunda İslam hukukçuları arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır.¹²⁶⁹ Bu hususta bölüştürülen malların misli ya da kıyemî olması arasında bir fark yoktur.¹²⁷⁰ Aynı şekilde kismetin karşılıklı rızayla yapılması ile yargı yoluyla cebren yapılmasının da bu açıdan eşit olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü karşılıklı rızayla yapılan kismet tam anlamıyla bir muâvazalı akit olup, diğer muâvazalı akitler gibi ayıp muhayyerliği sebebiyle feshedilmeye elverişlidir. Yargı yoluyla gerçekleştirilen kismette ise ortaklardan birine düşen hissenin kusurlu olması halinde, yapılan kismetin bu ortağın zararına olduğu ve

¹²⁶⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 28; **Mecelle**, md. 1158; Hûrân, **a.g.e.**, s. 561.

¹²⁶⁷ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 162; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4762; Hûrân, **a.g.e.**, s. 560.

¹²⁶⁸ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 162-163; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4765; Hûrân, **a.g.e.**, s. 559.

¹²⁶⁹ Zeylâf, **a.g.e.**, C: V, s. 265; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: VI, s. 255; Şirbîni, **a.g.e.**, C: VI, s. 338; Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 197; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 53; İbn Kudâme, **el-Mukni'**, s. 493.

¹²⁷⁰ Zeylâf, **a.g.e.**, C: V, s. 265; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: VI, s. 255.

haksızlığa sebep olduğu ortaya çıkmış olur. Bu durumda zarara uğrayan ortağın kısmet işlemine itiraz edip yeniden yapılmasını isteme hakkı olmalıdır.¹²⁷¹

Hanefî mezhebince benimsenen görme muhayyerliğine gelince, bu muhayyerlik muâvazalı akitlerin karşılıklı rıza esası üzerine kurulmasını sağlama amacıyla meşru kılındığından, yalnızca tarafların rızasıyla kurulan kısmet akdinde -kiyemî malların bölüştürülmesi halinde-¹²⁷² geçerli görülmüş, yargının cebren gerçekleştirdiği kısmette ortaklara görme muhayyerliği gerekçesiyle fesih hakkı tanınmamıştır.¹²⁷³ Buna göre söz gelimi farklı kıymette ve özellikte gayrimenkullere ortak olan şahıslar kura yoluyla bu malları bölüşecek olsalar, Hanefî hukukçulara göre kura sonucu kendisine düşen hisseyi gören ortak razı olmadığı takdirde kısmet işlemini feshetme hakkına sahip olur.

Hanefî ve Mâlikî hukukçular ayrıca kısmet akdinde ortakların belli bir süreliğine muhayyer olma şartı ileri sürmelerinin meşru ve geçerli olduğu kanaatindedirler. Zira şart muhayyerliği de muâvazalı akitlerde karşılıklı rızayı tam manasıyla sağlamak gayesiyle meşru kılınmış bir muhayyerliktir.¹²⁷⁴ Şâfi'î mezhebinde sahih görüşe göre ise kısmet akdinde şart muhayyerliği meşru değildir.¹²⁷⁵

Mübadele ve muâvaza anlamının ağır bastığı kısmet kâr ve zarara ihtimalli bir tasarruftur. Dolayısıyla eksik ehliyetlilerin bu türden tasarruflarının nâfiz olabilmesi için hukuki temsilcilerinin izin ya da onayına ihtiyaç vardır.¹²⁷⁶ Bu durumda mesela mümeyyiz çocuğun velisinin izni olmaksızın, ortak olduğu kıyemî mallarda diğer ortaklarla kısmet akdi yapması halinde velinin bu işlemi feshetme hakkı vardır.

Fıkhen sahih/meşrû olarak yapılmamış kısmet işlemi de taraflar için bağlayıcı sayılmamaktadır. Bu sebeple İslam hukukçuları vakıf arazilerinin vakfedilmiş

¹²⁷¹ Benzer bir yaklaşım için bkz. Hûrân, **a.g.e.**, s. 562.

¹²⁷² Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 265; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: VI, s. 255; Hûrân, **a.g.e.**, s. 562.

¹²⁷³ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XV, s. 39.

¹²⁷⁴ Serahsî, **a.g.e.**, C: XV, s. 40; Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 265; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 504.

¹²⁷⁵ Gazâlî, **el-Vasît**, C: III, s. 102; Hûrân, **a.g.e.**, s. 563.

¹²⁷⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 18.

oldukları kişiler arasında bölüştürülmesi halinde, kısmet işleminin üzerinden yıllar da geçse ortaklardan herhangi birisinin bu işlemi iptal ettirebileceğini ifade etmişlerdir. Çünkü bu arazilerin vakfedildikleri kimseler arasında bölüştürülmesi gayri meşru bir işlemdir.¹²⁷⁷

Rızayı şaibeli hale getiren ikrah, hile, gabin ve hata gibi arızalar da bu arızalara maruz kalan kimse için kısmet akdini feshetme hakkı doğuran sebeplere dendir. Bu kabilden olarak Mecelle’de fâhiş gabin sebebiyle kısmet akdinin feshedileceği şöyle ifade edilmektedir: “Kısmette, gabin-i fâhiş olduğu tebeyyün eder ise, fesh olunarak tekrar kısmet-i âdile ile taksim olunur.”¹²⁷⁸ Gabin-i fâhiş karşılıklı rızayla yapılan kısmette olduğu gibi yargı yoluyla yapılan cebri kısmette de fesih sebebi sayılmaktadır. Zira yargının tasarrufları adalet ve maslahatı sağlaması şartıyla bağlayıcıdır.¹²⁷⁹ Kısmette gabinin meydana gelmesi, söz gelimi kıyemî mallar bölüştürülürken ortaklardan birinin hissesinin kıymetini tespit hata edilmesi; bu hisseye gerçek değerinin çok üstünde bir değer biçilmesi, daha sonra bu hissenin biçilen değer çok altında olduğunun anlaşılması şeklinde olur.¹²⁸⁰ Böyle bir durumda fahiş gabne uğradığını anlayan taraf kısmetin feshini isteme hakkına sahip olur.

Kısmette hata ya da haksızlık yapıldığının aşikâr olması veya yargılamaya hukukunda muteber görülen ispat vasıtalarından birisiyle ispat edilmesi de, İslam hukukçularınca genellikle bu işlemin feshini meşru kılan sebeplerden sayılmaktadır.¹²⁸¹ Buna göre mesela kısmet işlemi tamamlandıktan sonra ortaklardan birisi işlemin hatalı yapıldığını, kendi hissesinden bir kısmının başka bir ortağa verildiğini iddia edip kısmetin feshini talep etse, iddiasına dair mahkemede delil getirmesi halinde talebi kabul edilir.¹²⁸²

¹²⁷⁷ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 161-162.

¹²⁷⁸ **Mecelle**, md. 1160. Kısmet akdinde gabinin fesih sebebi sayıldığına dair ayr. bkz. İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 53.

¹²⁷⁹ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 177; Haskefi, **a.g.e.**, s. 633; Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 273-274.

¹²⁸⁰ İbn Âbidîn, **Reddü’l-Muhtâr**, C: VI, s. 267; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 163.

¹²⁸¹ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 228; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 332-333; Nevevî, **Minhâc**, s. 344; Derdîr, **eş-Şerhu’l-kebîr**, C: III, s. 511-512; Hicâvî, **a.g.e.**, C: IV, s. 418; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4767-4768.

¹²⁸² Kudûrî, **a.g.e.**, s. 228; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 78; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 425; Halebî, **Mültekâ**, C: I, s. 133.

Öte yandan Şâfi'î mezhebinde sahih görüşe göre kismette hata veya haksızlık yapılmış olması yalnızca yargı kararıyla cebren yapılan kismette feshi meşru kılan bir sebeptir. Kismet akdinde ise bu durum, taksimin tarafların karşılıklı rızasıyla yapılmış olması gerekçesiyle fesih hakkı doğuran bir sebep olarak görülmemektedir.¹²⁸³ Ancak bazı Şâfi'î hukukçular kismet akdinin de hata ve haksızlık gerekçeleriyle feshedilebileceği kanaatindedirler. Çünkü kismet akdinde ortakların yapılan taksime rıza göstermesi, onların adil ve doğru bir taksim yapıldığını zannetmelerinden kaynaklanmaktadır. Bunun hilafı ortaya çıktığında ise karşılıklı rıza durumunun ortadan kalkması kuvvetle muhtemeldir.¹²⁸⁴

Hanbelî hukukçular da hata ve haksızlık gerekçesiyle feshi yargı kararıyla gerçekleştirilen cebri kismette meşru görmekte, karşılıklı rızayla yapılan kismette ise bunu ilke olarak meşru görmemektedirler.¹²⁸⁵ Ancak karşılıklı rızayla yapılan kismette ortaklardan birisinin bölüştürülecek malların piyasa değerini bilmeyip bu hususta diğer ortaklara itimat etmiş (**müstersil**) olması ve yapılan kismetin bu ortak aleyhine fâhiş gabne yol açması durumunda, Hanbelilere göre gabne maruz kalan ortağın istisnai olarak fesih hakkı bulunmaktadır.¹²⁸⁶

Kismet işleminin feshini meşru kılan veya bu işlemi münfesihi kılan sebeplerden birisi de, kismetten sonra bölüştürülen malda bir başkasının mülkiyet hakkının olduğunun (**istihkâk**) sâbit olmasıdır. Bu durumun farklı şekilleri bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi kismet işleminden sonra bölüştürülen malın tamamında bir başka şahsın şâyi hissesinin bulunduğu sabit olmasıdır. Böyle bir istihkâk halinde kismet işlemi münfesihi olur.¹²⁸⁷ Çünkü bu durumda kismet işlemi, ortakların anlaşmasıyla yapılmışsa yeni ortağın rızası alınmadan, mahkeme kararıyla yapılmışsa da mahkemenin yeni ortağı bağlayan bir kararı olmaksızın yapılmış demektir.¹²⁸⁸

¹²⁸³ Şîrbînî, **a.g.e.**, C: VI, s. 337; Remlî, **a.g.e.**, C: VIII, s. 291.

¹²⁸⁴ Şîrbînî, **a.g.e.**, C: VI, s. 337; Remlî, **a.g.e.**, C: VIII, s. 291.

¹²⁸⁵ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: X, s. 112; Buhûtî, **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: III, s. 553.

¹²⁸⁶ Hicâvî, **a.g.e.**, C: IV, s. 418.

¹²⁸⁷ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 333; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 79; Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 274;

Şîrbînî, **a.g.e.**, C: VI, s. 337; Hicâvî, **a.g.e.**, C: IV, s. 418.

¹²⁸⁸ Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: VI, s. 382.

İstihkâkın bir başka şekli ise hisseler bölüştürüldükten sonra bölüştürülen malın muayyen bir cüzünün bir başka şahsın mülkü olduğunun sabit olmasıdır. Hanefî hukukçulara göre bu şekildeki bir istihkâk sebebiyle kısmet akdi feshedilmez.¹²⁸⁹ Bu durumda mezkûr şahsa ait olan cüz hangi ortağın hissesinde ise, o ortak istihkâk sebebiyle hissesinde meydana gelen eksiklik oranında diğer ortağa rücû eder.¹²⁹⁰ Şâfi'î ve Hanbelî hukukçulara göre ise istihkâkın bu şeklinde başka şahsa ait olduğu sabit olan muayyen cüz her iki ortağın da hissesine eşit olarak dâhil bulunuyorsa, kısmet akdi münfesihi olmaz. Bu muayyen cüzün tamamının veya büyük kısmının ortaklardan birisinin hissesine dâhil bulunması halinde ise kısmet münfesihi olur.¹²⁹¹ Çünkü bu durum müşterek malın ortaklar arasında adil paylaştırılmadığını ortaya çıkarmış olduğundan kısmetin yeniden yapılmasını gerektirmektedir.¹²⁹²

Kısmetten sonra bölüştürülen malda gerçekleşebilecek bir başka istihkâk biçimi ise, ortaklardan birisine ayrılan hisselerin şâyi' cüzünün bir başkasına ait olduğunun sabit olmasıdır. Böyle bir istihkâk haline ilişkin Hanefî mezhebinde iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. İmam Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre bu durumda kısmet münfesihi olmayıp hissesinde başkasının hakkı ortaya çıkan ortak muhayyer olur. Dilerse kısmet işlemini bozmayıp hissesini hak sahibiyle bölüştükten sonra istihkâk sebebiyle hissesinde meydana gelen eksilme oranında diğer ortağa rücû eder, dilerse kısmetin feshedilip yenilenmesini ister.¹²⁹³ İmam Ebû Yusuf'a göre ise mezkûr durumda kısmet işlemini münfesihi olur. İmam Şâfi'î ve Ahmed b. Hanbel de bu görüştedir.¹²⁹⁴ Çünkü ortaklardan birinin hissesinin şâyi' cüzünde başkasının hak sahibi olmasıyla bölüştürülen malın üçüncü bir ortağı ortaya çıkmış olmaktadır. Bu durumda onun rızası olmadan yapılan kısmet geçersizdir.¹²⁹⁵

¹²⁸⁹ Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 425; İbn Nuceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 178; Meydânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 106.

¹²⁹⁰ Halebî, **Mültekâ**, C: IV, s. 135; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4769.

¹²⁹¹ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: III, s. 411; Şîrbînî, **a.g.e.**, C: VI, s. 337; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: VI, s. 382.

¹²⁹² Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4770.

¹²⁹³ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XV, s. 43-44; Bâbertî, **a.g.e.**, C: IX, s. 451; İbn Nuceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 178.

¹²⁹⁴ Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 425; Bâbertî, **a.g.e.**, C: IX, s. 451; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 495.

¹²⁹⁵ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 79.

Ortaklar arasında bölüştürülen müşterek mala başkalarının haklarının taalluk etmesi de, kısmet işleminin feshini meşru kılan sebepler arasında sayılabilir. Bu durumda fesih hakkı, kısmet işlemine taraf olanların dışındaki şahıslara ait bir hak olarak ortaya çıkmaktadır. İslam hukukçuları bu kapsamda, miras olarak bırakılan mal varisler arasında bölüştürüldükten sonra miras bırakan ölüye ait ödenmemiş borçların çıkmasını, alacaklılar için fesih hakkı doğuran bir sebep olarak değerlendirmişlerdir.¹²⁹⁶ Ancak taksim edilen terekenin dışında mirasçılara ya da ölen şahsa ait, borcu ödemeye yetecek miktarda başka mallar bulunuyorsa, varisler bu mallardan borcu ödemek suretiyle feshe engel olabilirler.¹²⁹⁷ Yine mirasçılardan biri taksimden sonra ölen şahıstan alacağı olduğunu ispatlarsa, alacağın tahsil edileceği başka bir malın bulunmaması halinde bu mirasçı dilerse kısmet işlemini feshettirebilir.¹²⁹⁸ Mûrisin malının üçte birinden vasiyette bulunduğu kimseler de tıpkı mirasçılar gibi terekede hak sahibidirler. Bu sebeple kısmetten sonra terekede hakkı olan mûsâ leh ya da yeni bir vârisin zuhuru, kısmet akdinin feshini gerektiren bir sebep olarak kabul edilmiştir.¹²⁹⁹

İslam hukukçularının bu yaklaşımlarından yola çıkarak hayatta olan mahcûr borçlunun ya da maraz-ı mevt halindeki kişinin yaptığı kısmet akdinin de, alacaklı ya da mirasçı konumundaki şahısların haklarını ihlal etmesi halinde bu şahıslarca feshedebileceğini söyleyebiliriz.¹³⁰⁰ Buna göre mesela hacr altındaki borçlu bir şahıs yaptığı kısmet işleminde gabne maruz kaldığı takdirde, onun kısmete konu olan malında hakkı bulunan alacaklıların kısmetin feshini isteme hakkı vardır. Aynı şekilde ölüm hastalığında olan kişi böyle bir tasarrufta bulunur da mal varlığında üçte birden fazla kayba sebep olan bir gabne maruz kalırsa, mirasçıları bu kişinin ölümünden sonra kısmeti feshettirebilirler.

¹²⁹⁶ Serahsî, **a.g.e.**, C: XV, s. 59; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 30; **Mecelle**, md. 1161; Nevevî, **Ravza**, C: XI, s. 209-210; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 514; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 54; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: X, s. 114.

¹²⁹⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 30; Nevevî, **a.g.e.**, C: XI, s. 209; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 54; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: X, s. 114. Ayr. bkz. **Mecelle**, md. 1161.

¹²⁹⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 30.

¹²⁹⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 30; Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 199.

¹³⁰⁰ Mahcûr borçlu ve maraz-ı mevt halindeki kimsenin yaptığı akdin feshine dair bkz. s. 195-196, 198-200.

3.2. TEBERRU AKİTLERİNDE FESİH

Teberru kelimesi sözlükte “bir şeyi karşılık beklemeden gönüllü olarak yapmak”,¹³⁰¹ “kendisinden istenmediği ve üzerine vâcib olmadığı halde bağışta bulunmak”,¹³⁰² gibi manalara gelmektedir. İslam hukukunda taraflardan birisinin diğerine karşılıksız bağış, temlik ya da yardımda bulunması esas üzere kurulan akit ve tasarruflara teberru adı verilmektedir.¹³⁰³ Karşılıksız temlik bir malın aynının temliki suretinde olabileceği gibi menfaatinin geçici ya da devamlı olarak temlik edilmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir. Bu sebeple hibe, sadaka, vasiyet, ibra gibi aynın temlikini içeren akit ve tasarruflar ile âriyet, vakıf, menfaatin vasiyet edilmesi gibi menfaatin temlikini ifade eden muameleler teberru kapsamında değerlendirilir.¹³⁰⁴

Bunların dışında bir malın aynının ya da menfaatinin temlikini konu edinmemekle birlikte bir tarafın diğerinin yararına karşılıksız iş yapmasını taahhüt eden vekâlet ve vedfa gibi akitler de, karşılıksız yardımda bulunan taraf açısından İslam hukukçularınca teberru olarak nitelenmektedir.¹³⁰⁵ Yine visâyet ve tahkîm akitleri de aynı özelliğe sahip oldukları için vasi ve hakem açısından teberru türü tasarruflardır.

Bununla birlikte muasır fikhî kaynaklarda yer alan akit tasniflerinde teberru akitleri başlığı altında genellikle karşılıksız mal ya da menfaat temliki içeren akitler ele alınmakta, bunların dışında teberru olarak nitelenebilecek bahsi geçen akitler ise başka yönleri dikkate alınarak farklı başlıklar altında incelenmektedir.¹³⁰⁶ Mesela bu

¹³⁰¹ İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: VIII, s. 8; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 703; Feyyûmî, **a.g.e.**, C: I, s. 44.

¹³⁰² İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: VIII, s. 8; Fîrûzâbâdî, **a.g.e.**, s. 703.

¹³⁰³ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 640; Zeydân, **a.g.e.**, s. 356-357; Bilal Aybakan, “Teberru”, **DİA**, 2011, C: XL, s. 215.

¹³⁰⁴ Hangi akit ve tasarrufların teberru kabilinden sayıldığına ilişkin bkz. Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 691; Zeydân, **a.g.e.**, s. 357; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 640; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3097; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 553; Aybakan, “Teberru”, C: XL, s. 215.

¹³⁰⁵ Vekâlet akdinin teberru olarak nitelenişine ilişkin bkz. İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VII, s. 150; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VIII, s. 16; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 553; Buhûfî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 468. Vedfa akdinin teberru olarak değerlendirilmesiyle ilgili olarak bkz. Zeylaî, **a.g.e.**, C: V, s. 77; Mustafa, Yıldırım, “Vedfa”, **DİA**, 2012, C: XLII, s. 597.

¹³⁰⁶ Bkz. Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3097-3098; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 640, 644.

kapsamdaki vekâlet ve vesâyet akitleri tefviz/hukuki temsil yetkisi verme amaçlı akitler, vedâ akdi ise malı koruma amaçlı akitler başlığı altında ele alınmaktadır.¹³⁰⁷

Çalışmamızda muasır kaynaklardaki tasnif esas alınarak teberru akitleri başlığı altında çoğunlukla mal ya da menfaatin karşılıksız temlikini ifade eden akitlere yer verilmekte, bu doğrultuda hibe, vasiyet, vakıf ve âriyet akitleri feshe elverişlilik bakımından incelenmektedir. Ancak bunlara ilave olarak emanet akitlerinden olması yönüyle âriyet akdiyle aynı özelliğe sahip bulunduğundan vedâ akdi ve bir tür ödünç verme işlemi sayılması açısından âriyete benzediği için karz akdi de bu başlık altında âriyet akdiyle birlikte ele alınmaktadır.

3.2.1. Hibe Akdinde Fesih/Hibeden Rücû'

Hibe terimi İslam hukukunda bir malın ya da başka bir ifadeyle bir ayının karşılıksız başkasına temlikini konu alan akdi ifade etmektedir.¹³⁰⁸ Bazı hukukçular vasiyeti tarifi kapsamında çıkarmak için hibeyi “hayattayken yapılan karşılıksız temlik” şeklinde tarif etmektedirler.¹³⁰⁹ Hibe işlemi, sevap kazanmak amacıyla fakire yapılması halinde sadaka, bir kimseye hürmet ve ikramda bulunmak, dostluk ve sevgiyi pekiştirmek vb. amaçlarla gerçekleştirilmesi durumunda ise hediye gibi amaç ve mahiyetine göre bazı hususi isimlerle de ifade edilmektedir.¹³¹⁰

Teberru türünden akitler muâvazalı akitlerden farklı olarak yalnızca icap ve kabulün gerçekleşmesiyle tamamlanmış sayılmamakta, bunun için ayrıca kendisine teberruda bulunulan tarafın teberru konusu malı kabzetmesi şart görülmektedir. Nitekim Mecelle’de bu hususta şöyle denilmektedir: “Teberru’, ancak kabz ile tamam olur.”¹³¹¹ Dolayısıyla teberru akitlerinde akit ancak kabzın gerçekleşmesiyle hukuki sonuçlarını doğurur. Buna göre bir hibe akdinde hibe konusu mal, hibe

¹³⁰⁷ Zeydân, **a.g.e.**, s. 357-358.

¹³⁰⁸ Bkz. Cürcânî, **a.g.e.**, s. 256; Bereketî, **a.g.e.**, s. 241; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 390; **Mecelle**, md. 833; Ali Bardakoğlu, “Hibe”, **DİA**, 1998, C: XVII, s. 421.

¹³⁰⁹ Bkz. Kal’acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 492.

¹³¹⁰ Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 328; **Mecelle**, md. 834, 835; Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 364; Ensârî, **Esne’l-metâlib**, C: II, s. 478; Buhûtî, **Keşşâfu’l-kınâ**, C: IV, s. 299.

¹³¹¹ **Mecelle**, md. 57. Gayrimenkul mallarda malın tahliye edilmesi, menkul mallardaki kabz hükmünde kabul edilmektedir. (Bkz. Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 171.) Dolayısıyla hibe edilen mal eğer bir akar ise, hibe edenin akarı tahliye etmesiyle hibe işlemi tamamlanmış olur. Tahliyeden önce ise akit henüz tamamlanmamış olduğundan vâhibin rücû’ hakkı vardır.

edildiği şahıs tarafından teslim alınmadıkça onun mülkiyetine geçmiş kabul edilmemektedir.¹³¹² Çünkü yalnızca icap ve kabulün gerçekleşmesiyle hibe konusu malın mülkiyetinin el değiştirmesi, hibe eden şahsı bu malı mevhubun lehe teslim etmeye mecbur kılar. Bu durum ise teberru kavramının ruhuna aykırıdır. Zira teberru zorunluluk bulunmadığı halde bir şeyi gönüllü vermek demektir.¹³¹³

Hibe akdi kabzdan önce tamamlanmış sayılmadığından, hibe eden şahıs hibe konusu mal karşı tarafça kabzedilmedikçe akitle bağlı olmayıp cayma hakkına sahiptir. Çünkü kabzdan önce hibe edilen mal hibe edenin mülkiyetinden çıkmamış olup, kişi kendi mülkiyetindeki malı başkasına teslim etmeye zorlanamaz. Bu sebeple İslam hukukçuları hibe akdinden sonra mevhubun lehin kendisine hibe edilen malı sahibinin izni olmaksızın teslim alamayacağını ifade etmişlerdir.¹³¹⁴

Hibeye konu olan mal mevhubun leh tarafından teslim alındıktan sonra ise, hibe akdinin bağlayıcılık kazanıp kazanmayacağı ve buna bağlı olarak vâhibin rücû'/fesih hakkının olup olmayacağı, varsa bu hakkın hangi hallerde sabit olacağı İslam hukukçularınca tartışılmıştır. Hanefî hukukçular hibe akdini belli durumlar dışında bağlayıcı görmezken,¹³¹⁵ İslam hukukçularının cumhuru ebeveynlerin çocuklarına yaptıkları hibeler dışında hibe akdini bağlayıcı bir akit olarak kabul etmektedirler.¹³¹⁶

Hanefî hukukçuların görüşlerini dayandırdıkları naklî delillerden birisi şu hadis rivayetidir: "الرجل أحق بهبته ما لم يُتَّب منها" "Kişi, kendisine bir karşılık verilmemiş

¹³¹² İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: IX, s. 21; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 396; Nevevî, **Minhâc**, s. 171; Buhûtî, **a.g.e.**, C: IV, s. 300. Ancak bu görüş İslam hukukçularının çoğunluğunun benimsediği bir görüş olup, Mâlikî hukukçular bu hususta cumhurdan ayrılmışlardır. Onlar bey' akdine kıyasla hibe akdinde kabz olmasa bile irade beyanlarının ortaya konmasıyla hibe edilen malın mevhubun lehin mülkiyetine geçmiş sayılacağı kanaatindedirler. Bkz. Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 222; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 123.

¹³¹³ İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: IX, s. 21; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 57.

¹³¹⁴ Mevsîlî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 48; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 218; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 565; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kunâ'**, C: IV, s. 301.

¹³¹⁵ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 225; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 127; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: IX, s. 38.

¹³¹⁶ Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 378; **Minhâc**, s. 172; Mevâk, **a.g.e.**, C: VIII, s. 26; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VI, s. 65; Buhûtî, **a.g.e.**, C: IV, s. 301; İbn Hazm, **a.g.e.**, C: VIII, s. 71.

olduğu sürece hibe ettiği malda en çok hak sahibidir.”¹³¹⁷ Öte yandan Hanefî hukukçular, özellikle yabancılara yapılan hibelerin bazen bu kimselerden bir karşılık beklenerek ya da onlardan gelebilecek bir yarar umularak gerçekleştirildiğini göz önünde bulundurmuş, bunun gerçekleşmemesi halinde ise akitten amaçladığı yararı elde edemeyen tarafın rızasının ortadan kalkacağını ifade etmek suretiyle vâhibin fesih hakkını temellendirmeye çalışmışlardır.¹³¹⁸ Bununla birlikte Hanefîler hibeden dönmeyi ahlaken çirkin bir davranış olarak görmüş, bununla ilgili kınayıcı hadislerin bu davranışın kerahetine delalet ettiğini belirtmişlerdir.¹³¹⁹

Hibeden rücû’ etmeyi meşru görmeyen cumhur ise, hibeden dönen kimseleri kusmuğunu yiyen köpeğe benzeten¹³²⁰ ve babanın çocuğuna yaptığı hibe dışında hibeden dönmenin helal olmadığını ifade eden hadislere¹³²¹ dayanmaktadır.¹³²² Ayrıca mülkiyet nakledici akitlerde asıl olanın bağlayıcılık olduğunu, akdin amacını ihlal eden bir durum olmadıkça bu bağlayıcılığın ortadan kalkmayacağını belirterek hibenin bağlayıcılığı gerekçelendirmektedirler.¹³²³

Öte yandan cumhur ilgili hadislerden yola çıkarak babanın ve ona kıyasla annenin çocuğuna yaptığı hibeden rücû’ etmesini ise meşru görmektedir.¹³²⁴ Ancak çocuğun evlenmesi veya borç altına girmiş olması gibi hibe edilen mala başkalarının haklarının taalluk ettiği haller, ebeveynin rücû’ hakkını düşüren sebepler olarak kabul edilmektedir.¹³²⁵ Ebeveynlerin çocuklarına yaptıkları hibeden dönmelerini meşru sayan hukukçular bu meşruiyetin hikmetini, anne-babaların çocuklarına olan yoğun şefkat ve merhamet hislerinden dolayı böyle bir şeyi ancak bir ihtiyaçlarına binaen ya da çocuklarının maslahatı için yapacaklarını belirterek izah

¹³¹⁷ İbn Mâce, “Hibât”, 6. Hanefî hukukçuların konuyla ilgili bu hadisi delil olarak kullandıklarına dair bkz. Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 225; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 128; Ancak bu rivayet hadis usulcileri tarafından zayıf olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Ebu’l-Abbâs Ahmed b. Ebî Bekr el-Bûsîrî, **Misbâhu’z-züçâce fî zevâidi İbn Mâce**, thk. Muhammed el-Müntekâ el-Keşnâvî, 4 c., 2. bs., Beyrut, Dâru’l-arabiyye, 1403 h., C: III, s. 58.

¹³¹⁸ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 225; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 12.

¹³¹⁹ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 225; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VII, s. 291; Haskefî, **a.g.e.**, s. 563; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 455.

¹³²⁰ Tirmizî, “el-Velâ ve’l-hibe,” 7; Ebû Dâvud, “İcâre”, 47; İbn Mâce, “Hibât”, 5.

¹³²¹ Tirmizî, “Buyû”, 62; Ebû Dâvud, “İcâre”, 47; İbn Mâce, “Hibât”, 2.

¹³²² İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 117-118; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 4005-4006.

¹³²³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 128.

¹³²⁴ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 118.

¹³²⁵ Aynî, **el-Binâye**, C: X, s. 186; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 117; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 4005.

etmektedirler.¹³²⁶ Bunun için çocuğun hibe edilen malı meşru olmayan yollarda harcaması ya da anne-babasına isyankâr davranışlarda bulunması gibi haklı bir gerekçe olmadıkça hibeden rücû' etmek ebeveyn için de mekruh görülmüştür.¹³²⁷

Hanefî hukukçulara göre hibe eden şahıs kerahetine rağmen hibe akdini feshetme hakkına sahip olmakla birlikte, bazen feshe engel teşkil eden sebeplerin bulunması sebebiyle bu hakkı kullanma imkânı ortadan kalkabilmektedir. Birinci bölümde “feshe mani durumlar” başlığı altında zikredilen; akit konusu malın telef olması, sahibinin mülkiyetinden çıkması, bu malda iadeye engel artışların meydana gelmesi gibi haller diğer akitlerde olduğu gibi doğal olarak hibe akdinde de feshe engel teşkil eden durumlardır. Bunların yanında Hanefî hukukçular hibe akdine mahsus bazı fesih engellerinden bahsetmişlerdir.

Bunlardan biri hibe konusu malın kabzedilmesinden sonra hibe akdinin taraflarından birinin ölmesidir.¹³²⁸ Zira mevhûbun lehin ölmesi durumunda mal mirasçılarının mülkiyetine geçmektedir. Bu durum hibe edilen malın mevhûbun leh hayattayken onun mülkiyetinden çıkması durumuna kıyasen feshe engel görülmektedir.¹³²⁹ Vâhibin ölmesi halinde ise onun mirasçıları yapılan hibe akdinin tarafı olmadıklarından dolayı onlar için fesih hakkından söz etmek mümkün değildir.¹³³⁰ Mûrisin yaptığı akdin mirasçılar tarafından feshi ancak yapılan akde mirasçıların haklarının taalluk etmesi durumunda söz konusu olur.¹³³¹ Böyle bir durum olmadıktan sonra mirasçıların mûrisin yaptığı akdi feshetme hakları yoktur.

Hanefî hukukçularca hibenin feshine engel görülen bir başka sebep ise hibe edenle hibe edilen arasında evlilik ya da mahrem akrabalık bağının bulunmasıdır.¹³³² Mecellenin 866. maddesinde bununla ilgili olarak kişinin usûl ve furûuna, erkek ve

¹³²⁶ Heytemî, **Tuhfetü'l-muhtâc**, C: VI, s. 309.

¹³²⁷ Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 378; Heytemî, **a.g.e.**, C: VI, s. 309.

¹³²⁸ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 124; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 225; Haskefî, **a.g.e.**, s. 564; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 222.

¹³²⁹ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 225-226; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 175.

¹³³⁰ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 226; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VII, s. 292.

¹³³¹ Bu da mûrisin maraz-ı mevt halinde malında üçte birden fazla oranda eksilmeye sebep olan bir akit yapması veya mirasçılarından birine teberruda bulunması hallerinde olur. Konunun ayrıntısı için bkz. s. 198-200.

¹³³² Serahsî, **el-Mebsût**, C: XII, s. 49; Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 226; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 222.

kız kardeşleriyle bunlardan olan yeğenlerine, amca, dayı, hala ve teyzesine yaptığı hibeden dönemeyeceği ifade edilmektedir. Burada Hanefî hukukçular mahrem akraba veya eşe yapılan hibenin akraba ya da eşler arasındaki ilişkileri pekiştirme amacına matuf olduğunu, dolayısıyla onlara hibede bulunulmasıyla akitten beklenen amacın gerçekleşmiş olacağını belirterek, maksadını gerçekleştiren bir akdin bağlayıcılık kazanacağını ifade etmektedirler.¹³³³ Esasen eş ve mahrem akrabaya yapılan hibeden dönmek, eşler arasındaki muhabbetin ve akraba ilişkilerinin zedelenmesine sebep olabilecek bir tutumdur. Bu açıdan Hanefî mezhebinin içtihadı İslam'ın büyük önem verdiği aile bütünlüğünün ve akraba ilişkilerinin korunması hedefine katkı sağlayıcı bir görüştür.

Hibe yapan kişinin mevhûbun lehten buna mukabil bir bedel alması da Hanefî hukukçularca hibeden rucû' etmeye mani görülmektedir.¹³³⁴ Çünkü bu durumda hibe akdi sonucu itibariyle muâvazalı akit mahiyetini kazanmakta, dolayısıyla bağlayıcılık ve feshe elverişlilik bakımından muâvazalı akitlerle aynı hükmü almaktadır.¹³³⁵

Bahsi geçen engellerin bulunmaması durumunda hibeden rucû etmeyi maalkerâhe meşru gören Hanefî hukukçular, hibenin bir türü sayılan sadakayı bu hükmün dışında tutmaktadırlar.¹³³⁶ Çünkü sadaka vermek tamamen uhrevi kazanç ve Allah rızasını elde etme maksadıyla yapılan bir ibadet olup, sadaka verdiğinde kişi yaptığı eylemden beklediği maksada ulaşmış olmaktadır.¹³³⁷

Hibe edilen mal mevhûbun lehine kabzetmesiyle onun mülkiyetine geçmiş olduğundan hibe akdinin feshi ancak karşılıklı rıza yoluyla ya da hâkim kararıyla hukuken geçerli sayılmaktadır. Zira karşılıklı rıza ya da mahkeme kararı olmaksızın

¹³³³ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 226; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 222; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 329; Dâmâd, **a.g.e.**, C: II, s. 262.

¹³³⁴ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 124; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 225; Neseî, **Kenz**, s. 538; **Mecelle**, md. 868.

¹³³⁵ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 125; Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 227; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VII, s. 295.

¹³³⁶ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 125; Neseî, **Kenz**, s. 542; **Mecelle**, md. 874.

¹³³⁷ Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 178; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 478.

hibe edilen malı geri almak, başkasının mülkiyetinde olan bir malı zorla almak anlamına gelir ki, bu fiil İslam hukukunda gasp olarak nitelendirilir.¹³³⁸

Hibe akdinin üçüncü şahıslar tarafından feshedilmesi de mümkündür. Hibe edilen mala üçüncü şahısların haklarının taalluk etmesi halinde bu şahısların hibeyi feshetme hakları vardır. Mesela hacr edilmiş borçlu malını hibe ettiği takdirde, bu malda hakkı bulunan alacaklılar hibe akdini feshetme hakkına sahiptirler.¹³³⁹

3.2.2. Vedîa, Âriyet ve Karz Akitlerinde Fesih

Vedîa kelimesi sözlükte “bir şeyi terk etmek, bırakmak” manasına gelen **ved'** (ودع)¹³⁴⁰ kökünden türemiş olup fıkihta esasen, ücret almaksızın koruması için bir kimsenin yanına bırakılan emanet malı ifade eden bir terimdir.¹³⁴¹ Söz konusu kimseyle bu amaçla yapılan akit ise daha çok **îdâ'** (الإيداع) sözcüğüyle ifade edilmekle birlikte vedîa terimi de bu anlamda kullanılmaktadır.¹³⁴² Emanet malı korumayı taahhüt eden tarafın buna karşılık ücret almaması, vedîa akdinin ayırıcı özelliklerinden biridir. Bu yönüyle vedîa teberru türü bir tasarruf olarak nitelenmektedir.¹³⁴³ Emanet malın ücret karşılığında korunması esası üzerine kurulan bir akit ise icâre akdi olur ve muâvazalı akitler sınıfına dâhil olur.

Âriyet ise Arapça'da **âriyyet** (العارية) şeklinde de kullanılmakta olup sözlükte “ödünç verilen mal” manasına gelmektedir.¹³⁴⁴ Bir fıkıh terimi olarak ise âriyet, hem başkasına ödünç verilen malı, hem de “**iâre**” kelimesi gibi ödünç verme işlemi ifade etmek için kullanılmaktadır. Nitekim fikhî kaynaklarda âriyet “menfaati

¹³³⁸ Aynî, **el-Binâye**, C: X, s. 199; **Mecelle**, md. 865.

¹³³⁹ Hacr edilmiş borçlunun yaptığı alacaklılara zarar veren akitlerin nâfiz olmayıp feshedilebileceğine dair bkz. s. 195-196.

¹³⁴⁰ Cevherî, **a.g.e.**, C: III, s. 1296; İbn Fâris, **a.g.e.**, C: VI, s. 96; İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: VIII, s. 383; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 769; Feyyûmî, **a.g.e.**, C: II, s. 653;

¹³⁴¹ Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 501; Cürçânî, **a.g.e.**, s. 251; **Mecelle**, md. 763; Kadri Paşa, **a.g.e.**, s. 114, md. 700; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 600.

¹³⁴² Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 376; Berekefî, **a.g.e.**, s. 236; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VIII, s. 484; Şîrbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 125; Yıldırım, “Vedîa”, C: XLII, s. 596.

¹³⁴³ Buhûtî, **er-Ravzu'l-murabba'**, s. 437.

¹³⁴⁴ Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 300.

başkasına karşılıksız temlik edilen mal”¹³⁴⁵ diye tanımlandığı gibi, “menfaati karşılıksız olarak temlik etmek”¹³⁴⁶ şeklinde de tarif edilmektedir.

Hanefî ve Mâlikî hukukçular genellikle âriyet/iâre işlemini, bir malın menfaatini başkasına temlik etmek olarak nitelendirirken,¹³⁴⁷ Şâfi’î ve Hanbelî hukukçular bu işlemi bir temlik olarak görmemektedirler. Bu sebeple onlar âriyeti, “karşılıksız olarak bir malın menfaatinden yararlanma izni vermek (**ibâha**)”¹³⁴⁸ şeklinde tanımlamaktadırlar. İster temlik isterse ibâha olarak nitelensin âriyet akdi kişinin başkasını malının menfaatinden bedelsiz olarak yararlandırmasını konu aldığı için teberru türünden bir tasarruf olarak değerlendirilir.¹³⁴⁹

Vedîa ve âriyet akitlerinin gayri lâzım akitler kapsamında kabul edilmesi hususunda İslam hukukçuları arasında prensipte bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Ancak konunun ayrıntılarına inildiğinde bazı farklı yaklaşımların olduğu da görülmektedir. Bu münasebetle bu akitleri feshe elverişlilik açısından ayrı ayrı ele almakta fayda görüyoruz.

Vedîa akdinde emanet malı korumayı taahhüt eden taraf (**vedî’**) bunu teberru olarak yaptığı için istediği zaman bundan vazgeçme hakkına sahiptir.¹³⁵⁰ Malını emanet bırakan taraf (**mûdi’**) ise bu akitle diğer taraftan malının korunması için yardım talep etmekte olup, ihtiyacı kalmadığında bu talebinden vazgeçebilir.¹³⁵¹ Ayrıca vedîa akdi esasen vekâletin özel bir türüdür. Mûdi’ bu akitle malını koruması için vedîa vekâlet vermekte, vedî’ de bunu kabul ederek vekil sıfatını elde etmektedir. Vekâlet vekil ve müvekkil için bağlayıcı olmayıp, müvekkil vekili azledebileceği gibi vekil de kendisini azletme yetkisine sahiptir.¹³⁵²

¹³⁴⁵ Bkz. **Mecelle**, md. 765; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 267.

¹³⁴⁶ Bkz. Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 218; Kal’acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 300; Bereketî, **a.g.e.**, s. 141; Cürcânî, **a.g.e.**, s. 146;

¹³⁴⁷ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 133; Nesefî, **Kenz**, s. 534; Timurtâşî, **a.g.e.**, s. 556; Derdîr, **eş-Şerhu’l-kebîr**, C: III, s. 433.

¹³⁴⁸ Bkz. Şîrbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 62; Ensârî, **Esne’l-metâlib**, C: II, s. 324; Hicâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 331; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: V, s. 163.

¹³⁴⁹ Ensârî, **a.g.e.**, C: II, s. 324.

¹³⁵⁰ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VI, s. 436; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 525.

¹³⁵¹ Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 525.

¹³⁵² Buhûtî, **Şerhu Münteha’l-İrâdât**, C: II, s. 352.

Vedîa akdi iki taraf için de bağlayıcı sayılmadığına göre söz gelimi bir kimse malını üç günlüğüne yanında emanet olarak kalması için bir şahsa onun rızasıyla bıraksa, her iki taraf da üç gün boyunca yapılan akitle hukuken bağlı olmayıp dilediklerinde akdi feshedebilirler. Vedî' akit süresi bitmeden emanet malı sahibine iade edebileceği gibi, müdi' de mezkûr süre tamamlanmadan malını geri alabilir.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre âriyet akdinde malını kullanması için başkasına ödünç veren taraf (**muîr**), ödünç alan şahıs (**müsteîr**) malı henüz kullanmamış olsa dahi istediğinde akdi feshedip malını geri alma hakkına sahip bulunmaktadır. Akit sırasında ödünç malın kullanımı için bir süre beyan edilip edilmemesi arasında bu açıdan bir fark bulunmamaktadır.¹³⁵³ Çünkü âriyet menfaatin temlik olarak görülse bile, bu akitle müsteîrin ödünç malın menfaati üzerinde elde ettiği mülkiyet, karşılığında bir bedel ödenmediği için bağlayıcı olmayan bir mülkiyet olarak kabul edilmektedir.¹³⁵⁴ Âriyetin menfaatin temlik olarak görülmemesi halinde ise, müsteîrin bu akitle elde ettiği şey ödünç malın menfaatinden yararlanma hakkı olup bunda bir bağlayıcılık bulunmamaktadır.¹³⁵⁵ Bununla birlikte muvakkat âriyet akdinde muîrin akitte belirtilen süre bitmeden fesih hakkını kullanması, verilen sözü yerine getirmemek olacağından diyâneten mekruh görülmektedir.¹³⁵⁶ Muvakkat vedîa akdinde vedî' için de aynı hükmün geçerli olacağı açıktır.

Mâlikî mezhebinin âriyet akdinin bağlayıcı sayılıp sayılmayacağına dair yaklaşımı ise cumhurdan farklıdır. Onlara göre belli bir zamanla veya bir işin tamamlanmasıyla kayıtlanmış âriyet akdi belirtilen zaman ya da işin tamamlanmasına kadar muîr için bağlayıcı olur.¹³⁵⁷ Mutlak iâre akdinde ise mezhepte tercih edilen görüş, muîrin istediği zaman akdi feshedip malını geri alabileceği

¹³⁵³ Haskefî, **a.g.e.**, s. 556; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 216; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 339; Şirbîni, **a.g.e.**, C: III, s. 324; Hicâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 332.

¹³⁵⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 216.

¹³⁵⁵ Şirbîni, **a.g.e.**, C: III, s. 324.

¹³⁵⁶ İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 678; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 340.

¹³⁵⁷ Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 439; Karâfî, **ez-Zahîra**, C: VI, s. 221; Beşir Gözübenli, "Âriyet", **DİA**, 1991, C: III, s. 280.

yönündedir.¹³⁵⁸ Âriyet akdinin bağlayıcı olup olmayacağına dair cumhur ile Mâlikîler arasındaki bu ihtilaf muîr açısından söz konusudur. Müsteîr ise akit herhangi bir süre veya işle kayıtlı olsa bile akitle bağlı olmayıp, ödünç malı ihtiyacı kalmadığında sahibine iade edebilir.¹³⁵⁹

Karz akdine gelince, bu akde isim olan karz kelimesi sözlükte “kesip koparmak,¹³⁶⁰ bir şeye karşılık vermek”¹³⁶¹ manalarına gelmektedir. Fıkıhta ise karz terimi “bir kimsenin para ya da mislî bir malını daha sonra mislini almak üzere bir şahsa ödünç vermesi” manasında kullanılmaktadır.¹³⁶² Âriyette bir malın aynı sabit kalacak şekilde bir süreliğine menfaatinden yararlanması için başkasına ödünç verilmesi söz konusu iken, karzda bir kimseye daha sonra aldığı mislini ödemesi şartıyla aynı tüketmesi için mislî mal ödünç verilmektedir.¹³⁶³ Bu bakımdan karz işlemi tüketim ödünçü olarak nitelemek mümkündür.¹³⁶⁴ Karz akdi de akdin yapıldığı an itibariyle, paranın ya da mislî malın karşılıksız ödünç verilmesini konu aldığından teberru kapsamında yer alan bir tasarruftur.¹³⁶⁵

Karz akdi başlangıcı itibariyle teberru türü bir akit sayılsa da âriyet ve vedîa akitlerinden farklı olarak hibe akdi gibi aynı temlikini içeren bir akittir. Ödünç para veya misli mal alan şahıs (**mukteriz**) cumhura göre akitten sonra malı kabzetmesiyle,¹³⁶⁶ Mâlikî hukukçulara göre ise yalnızca karz akdinin yapılmasıyla ödünç mala mâlik olur.¹³⁶⁷ Bu sebeple İslam hukukçuları çoğunluk itibariyle karz akdini diğer iki akdin aksine karz veren taraf (**mukriz**) açısından bağlayıcı kabul

¹³⁵⁸ Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 439; Gözübenli, “Âriyet”, C: III, s. 280. Mâlikî mezhebinde mutlak âriyette de ödünç malın müsteîrin işini görebilmesi mümkün olan mutat süre için bağlayıcı sayılacağını söyleyenler de vardır. Bkz. Karâfî, **ez-Zahîra**, C: VI, s. 22; Derdîr, **a.g.e.**, C: III, s. 439.

¹³⁵⁹ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 339; Şîrbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 324; Hicâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 332; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 526.

¹³⁶⁰ Cevherî, **a.g.e.**, C: III, s. 1101; İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: VII, s. 216; Feyyûmî, **a.g.e.**, C: II, s. 497.

¹³⁶¹ Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 652.

¹³⁶² Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 361; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 300; Bereketî, **a.g.e.**, s. 173; Tehânevî, **a.g.e.**, C: II, s. 1314; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 293.

¹³⁶³ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 55.

¹³⁶⁴ H. Yunus Apaydın, “Karz”, **DİA**, 2001, C: XXIV, s. 520.

¹³⁶⁵ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 394.

¹³⁶⁶ Timurtâşî, **a.g.e.**, s. 429; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 396; Nevevî, **Minhâc**, s. 113; Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: II, s. 143; İbn Neccâr, **a.g.e.**, C: II, s. 398. Hanefîlerden Ebû Yusuf'a göre karz olarak alınan mal kabzedilse bile tüketilmediği sürece karz alan tarafın mülkiyetine geçmiş sayılmaz. Bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 396; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 164; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3790.

¹³⁶⁷ Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 226.

etmişlerdir. Hanefî hukukçu İbn Âbidîn bu hususla alakalı olarak şöyle söylemektedir:

“Bir kimse mesela bir kürr buğdayı karz olarak teslim alsa, karz veren şahıs geri istese bile mukteriz kabzettiği bu buğdayı ona vermeyip (imkânı olduğunda) mislini ödeme hakkına sahiptir. Çünkü artık karz verilen mal mukrizin mülkiyetinden çıkmıştır. Mukteriz karz olarak aldığı malın mislini ödemekle yükümlü olup, henüz tüketilmemiş olsa bile bu malın aynını iade etmek zorunda değildir.”¹³⁶⁸

Mâlikî hukukçu Desûkî (v. 1230/1815) de, borcun ödenmesi için bir süre belirlenmemişse ya da bunun için mutat hale gelmiş bir zaman söz konusu değilse, mukteriz karz olarak aldığı maldan maruf şekilde yararlanmadan mukrizin cayma hakkının bulunmadığını, bu durumda mukriz malını geri istese bile mukterizin geri vermekle yükümlü olmadığını ifade etmiştir. Belirli bir sürenin belirlenmiş olması ya da borcun ödeneceği mutat bir sürenin mevcut bulunması halinde ise, bu süre bittiğinde mukteriz borç aldığı maldan istifade etmemiş olsa da mukriz karz akdini feshedip malını geri alabilir.¹³⁶⁹ Yine Hanbelî hukukçular da mukterizin karz olarak verilen malı kabzetmesiyle akdin mukriz için bağlayıcı hale geleceğini, onun bundan sonra rüçû' hakkının olmayacağını söylemektedirler.¹³⁷⁰

Şâfi'î mezhebinde sahih kabul edilen görüşe göre ise, karz olarak mukterize teslim edilen mal tüketilmemiş olduğu sürece, mukriz karz akdini feshedip borç verdiği malı geri alma hakkına sahiptir. Bu yaklaşıma göre karz veren şahıs borç olarak verdiği mal tüketildiğinde borcun kendisine misliyle ödenmesini isteme hakkına sahip olduğuna göre, verdiği malın kendisi mevcutken bizzat onu isteme hakkına evleviyetle sahip olmalıdır.¹³⁷¹

Öte yandan karz akdinin mukteriz açısından bağlayıcı olmadığına ihtilaf yoktur. Çünkü borç olarak teslim alınan maldan istifade etmek, mukterize ait bir hak olup kişi sahip olduğu haktan vazgeçme yetkisine sahiptir.¹³⁷² Dolayısıyla karz alan

¹³⁶⁸ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: V, s. 164.

¹³⁶⁹ Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 226.

¹³⁷⁰ İbn Neccâr, **a.g.e.**, C: II, s. 398; Hicâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 147; Buhûfî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 312; **er-Ravzu'l-murabba'**, s. 362; İbn Kudâme, **el-Muğni**, C: IV, s. 237.

¹³⁷¹ Şirbinî, **a.g.e.**, C: III, s. 35; Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: II, s. 143; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 237.

¹³⁷² Buhûfî, **a.g.e.**, C: III, s. 312.

şahıs aldığı malı kullanmamış bile olsa, dilerse karz akdini feshedip bu malı sahibine iade edebilir. Mukterizin yaptığı fesih işlemi şer'an geçerli olduğu için, karz olarak alınan mal akdin feshini müteakip henüz teslim almamış da olsa mukrizin mülkiyetine dönmüş sayılır. Bu sebeple İslam hukukçuları mukterizin iade etmesi halinde mukrizin malı geri almayı kabul etmek zorunda olduğunu ifade etmişlerdir.¹³⁷³

Cumhura göre karz akdi kabzdan sonra mukriz açısından bağlayıcı olduğuna göre, bu durumda akdin feshedilebilmesi için ya tarafların karşılıklı anlaşarak ikâle yapmaları yahut da mukriz için feshi meşru kılacak bir sebebin mevcut bulunması gerekmektedir. Mesela kişinin ikrah altında karz vermek zorunda kalmış olması feshi meşru kılacak bir sebep olarak zikredilebilir. Ayrıca karz akdi başlangıcı itibariyle bir teberru türü olduğundan, borçlu kişinin malını karz olarak vermesi alacaklıların haklarını ihlal eden bir tasarruftur. Dolayısıyla alacaklıların karz veren hacr altındaki borçlunun bu tasarrufuna itiraz edip karz akdini feshetme hakları vardır. Ancak karz olarak verilen mal kabzettiğinde mukterizin mülkiyetine geçtiğinden, akdin feshedilip malın mukterizden alınabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaktadır.

Bunların dışında karz alan kişinin iflas etmesi sebebiyle hacr altına alınmış olması da, mukriz için fesih hakkı doğuran bir sebep olarak değerlendirilmektedir. Mesela mukrizin borç verdiği mislî bir mal henüz iflas etmiş mukteriz tarafından tüketilmemiş olup bu malın bizatihi kendisi onun elinde bulunuyorsa mukriz karz akdini feshedip malını geri alabilir.¹³⁷⁴ Karz akdi mukriz açısından bir kazancı olmayan, karşı tarafa yardımcı olma kabilinden bir tasarruf olduğu için muâvazalı akitlerde söz konusu olan muhayyerlikler bu akitte fesih hakkı doğurucu bir sebep olarak meşru görülmemiştir.¹³⁷⁵

¹³⁷³ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 35; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebir**, C: III, s. 226-227; Buhûtî, **er-Ravzu'l-murabba'**, s. 362; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 237.

¹³⁷⁴ Buhûtî, **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: II, s. 100.

¹³⁷⁵ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 236.

3.2.3. Vakıf ve Vasiyetin Feshi

Sözlükte “durmak, alıkoymak” manalarına gelen¹³⁷⁶ vakf kelimesi, fikhî bir terim olarak, bir malın aynının sahibi tarafından her türlü temlik ve temellük içeren tasarruftan alıkonulup menfaatinin bir hayır cihetine tasadduk edilmesi suretiyle yapılan bir teberru türünü ifade etmektedir.¹³⁷⁷ Vakıf işlemi esasen tek tarafın iradesiyle gerçekleştirilen bir tasarruf özelliği taşımaktadır. Çünkü vakıf işleminde genellikle bir malın menfaati veya geliri, “fakirlere”, “öğrencilere” gibi umumi ifadeler kullanılarak muayyen olmayan kimselere ya da cami, aşevi yapımı gibi müessese inşasına tahsis edilmektedir. Dolayısıyla bu tür vakıf işlemlerinde karşı tarafın kabulü gibi bir durum söz konusu olmamaktadır.¹³⁷⁸ Ancak bunun dışında vakfın muayyen şahıslara yapılması da mümkündür. Bazı İslam hukukçuları bu durumda vakfi tıpkı hibe ve vasiyet gibi değerlendirmekte ve vakfın gerçekleşmiş sayılabilmesi için karşı tarafın kabulünün gerekli olduğunu ifade etmektedirler.¹³⁷⁹ Buna göre vakıf işlemi bazı durumlarda icap ve kabul ile kurulan bir akit mahiyetini de alabilmektedir.

İmam Ebû Hanîfe vakfedilen malın sahibinin mülkiyetinden çıkmayacağı kanaatindedir. Bu yaklaşıma göre vakıf işlemi bir tür âriyet özelliği taşımaktadır.¹³⁸⁰ Mâlikî hukukçular da vakfi, bir malın, sahibinin mülkünde kalmakla beraber, var olduğu sürece menfaatinin teberru edilmesi şeklinde tanımlamaktadırlar.¹³⁸¹ Dolayısıyla onlara göre de vakfedilen mal sahibinin mülkiyetinde kalmaktadır.

Hanefîlerden İmâmeyne göre ise bir mal vakfedilmesiyle birlikte sahibinin mülkiyetinden çıkar fakat vakfedildiği kimselerin mülkiyetine girmez. Bu malın aynı

¹³⁷⁶ İbn Fâris, **a.g.e.**, C: VI, s. 135; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 860; Murtazâ Zebîdî, **Tâcu'l-Arûs**, C: XXIV, s. 468; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 385; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 508.

¹³⁷⁷ Bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C: XII, s. 27; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 203; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: V, s. 202; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 457; **el-Gureru'l-behiyye**, C: III, s. 365; Buhûtî, **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: II, s. 397; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 595.

¹³⁷⁸ Bkz. İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: IV, s. 342; Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 324; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VI, s. 5; Hürân, **a.g.e.**, s. 609.

¹³⁷⁹ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, C: IV, s. 342; Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 324; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VI, s. 5; Hürân, **a.g.e.**, s. 610.

¹³⁸⁰ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XII, s. 27; Mergînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 15; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 132; Hacı Mehmet Günay, “Vakıf”, **DİA**, 2012, C: XLII, s. 476.

¹³⁸¹ Ruaynî, **a.g.e.**, C: VI, s. 18; Haraşî, **a.g.e.**, C: VII, s. 78; Günay, “Vakıf”, C: XLII, s. 476.

Allah'ın mülkü hükmünde olup menfaati vakfedildiği kimselere ait kabul edilir.¹³⁸² Şâfi'î hukukçular da vakfedilen malın aynının vakfedenin de vakfedilen kimselerin de mülkü olmayacağını, menfaatinin ise vakfedilen kişilerin mülkü sayılacağını ifade etmektedirler.¹³⁸³ Hanbelî mezhebinde sahih kabul edilen görüşe göre de şartları yerine gelmiş bir vakıf işlemi, vakfedilen malı vâkıfın mülkiyetinden çıkarır.¹³⁸⁴

Bu yaklaşım farkına binaen vakıf işleminin vâkıf açısından bağlayıcı sayılıp sayılmayacağı hususunda İslam hukukçuları arasında iki farklı anlayış ortaya çıkmıştır. Vakfın mülkiyet hakkını izale edici bir tasarruf olduğu kanaatinde olan hukukçular, vakıf işleminin vakfeden için bağlayıcı olduğu görüşündedirler.¹³⁸⁵ Bu görüşü temellendirmek üzere şunları söylemek mümkündür: Kişi malını vakfetmesiyle onun aynını karşılıksız olarak mülkiyetinden çıkardığı gibi gelir ve menfaatlerini de daimi olarak bir hayır cihetine tahsis etmiş olmaktadır. Buna göre vakıf işlemi uhrevi mükâfat ve Allah rızası gagesiyle malın mülkiyetten çıkarılmasını ifade eden bir tasarruf olması yönüyle sadakaya benzemektedir. Dolayısıyla bağlayıcılık bakımından da sadakayla aynı minvalde değerlendirilmelidir.

Mâlikî hukukçulara gelince, onlar vakfedilen malın mülkiyetinin vâkıfa ait olduğunu söyleseler de, onlara göre de sahih olarak yapılmış bir vakıf işlemi bağlayıcı olup vâkıfın bu işlemi feshetme hakkı bulunmamaktadır.¹³⁸⁶ Bu yaklaşıma göre vakıf, mülkiyeti izale edici olmamakla birlikte kişinin malı üzerindeki tasarruf hakkını ortadan kaldıran ve bu malın menfaatinin daimi surette tasaddukunu ifade eden bir işlemdir. Dolayısıyla Mâlikîlerin anlayışına göre de vakıf işlemi sadakayla benzerlik göstermektedir.

İmam Ebû Hanîfe'nin kanaati ise, vakıf işleminin vâkıfın mülkiyet hakkını ortadan kaldırmadığı gibi onun açısından bağlayıcı bir tasarruf da olmadığı yönündedir.¹³⁸⁷ Bu sebeple Ebû Hanîfe'ye göre vakfedilen mal, sahibi tarafından

¹³⁸² Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 41; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 132.

¹³⁸³ Nevevî, **Minhâc**, s. 170.

¹³⁸⁴ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VI, s. 4.

¹³⁸⁵ Serahsî, **a.g.e.**, C: XII, s. 28; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: IV, s. 339; Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 326; Nevevî, **Ravza**, C: V, s. 342; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VI, s. 5; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kunâ'**, C: IV, s. 292.

¹³⁸⁶ Desûkî, **a.g.e.**, C: IV, s. 75; Hûrân, **a.g.e.**, s. 614.

¹³⁸⁷ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 15; Haskefî, **a.g.e.**, s. 369; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 180.

satım, hibe vb. bir yolla başkasına temlik edilmeye ve sahibi öldüğünde mirasçılara intikale elverişli olduğu gibi, vâkıfın dilediğinde vakıf işlemini feshedip bu malı geri alma hakkı da vardır.¹³⁸⁸ Çünkü bu görüşe göre vakıf işlemi tıpkı âriyet gibi kişinin başkasını malının menfaatinden süreklilik kaydı olmaksızın karşılıksız yararlandırması demek olup, kişi dilediğinde bundan vazgeçme hakkına sahiptir.

Ancak Ebû Hanîfe iki durumu istisna etmekte, bu durumlarda vakfi bağlayıcı görmektedir. Bunlardan birisi yargının yapılan vakfın bağlayıcı olduğu yönünde hüküm vermesidir. Yargının içtihadî bir meselede belli bir içtihadı esas alarak verdiği hüküm herkes için bağlayıcı olur ve bu durumda vâkıfın vakfi iptal etme hakkı ortadan kalkar.¹³⁸⁹ Buna göre mesela vâkıf vakfettiği malı mütevelliyeye teslim ettikten sonra rücû' etmek ister de müteveli buna karşı çıkar ve konu yargıya taşınırsa, hâkim mütevelliyeyi haklı bulduğu takdirde vakıf bağlayıcı olur ve vâkıfın fesih hakkı ortadan kalkar.¹³⁹⁰

Vakfın Ebû Hanîfe'ye göre bağlayıcı olduğu ikinci durum ise, vâkıfın malını ölümünden sonraya matuf olmak üzere vakfetmesidir. Bu durumda vakıf menfaatin vasiyeti hükmünde olacağından, vakfedilen malın terekenin üçte birini aşmaması kaydıyla vakıf işlemi vâkıf öldüğünde bağlayıcı olur. Mirasçıların buna itiraz edip feshettirme hakları yoktur. Vakfedilen malın terekenin üçte birinden fazla olması halinde ise, vakfın terekenin üçte birini aşan kısım hakkına geçerli olabilmesi varislerin icazetine bağlıdır.¹³⁹¹

Cumhurun görüşü esas alınarak bağlayıcı kabul edildiği takdirde vakıf işleminin herhangi bir sebeple feshe konu olup olamayacağı meselesi de burada önem arz etmektedir. Bununla ilgili olarak şunu ifade edebiliriz: Bir malın sahibinin rıza ve iradesi dışında vakfedilmesi söz konusu olmuşsa, bu işlemin mal sahibinin onayı olmadan yürürlüğe girmeyeceği açıktır. Söz gelimi ikrah altında malını vakfeden kimse ikrah hali ortadan kalktıktan sonra yapılan işlemi iptal ettirebilir.

¹³⁸⁸ Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 132; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 180.

¹³⁸⁹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 41; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 132; Dâmâd, **a.g.e.**, C: I, s. 731.

¹³⁹⁰ Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 180; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 132; Dâmâd, **a.g.e.**, C: I, s. 731.

¹³⁹¹ Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 132-133; Dâmâd, **a.g.e.**, C: I, s. 732.

Yine fuzûlî tarafından malı vakfedilen kimse bu tasarrufu onaylamamak suretiyle bozma hakkına sahiptir.¹³⁹²

Vakfedilen mala başka şahısların haklarının taalluk etmesi durumunda da, bu şahısların talebiyle vakıf işleminin feshi mümkündür. Mesela satın aldığı akarda başkasının şuf'a hakkı bulunan bir kimse bu akarı vakfetse, şefi'in bu işleme itiraz etme hakkı vardır. Bu durumda vakıf işlemi feshedilir ve akar şefi' tarafından müşterinin satın aldığı bedel karşılığı ondan alınır.¹³⁹³ Yine maraz-ı mevt halindeki borçlu mallarından bir kısmını vakfettikten sonra ölse, bıraktığı mal borcun tamamını ödemeye yetmiyorsa alacaklıların isteği üzerine vakıf işlemi feshedilir ve mevkûf mal satılarak borcun kalanı ödenir.¹³⁹⁴

Öte yandan vakfedilen malın kiraya verilmiş veya rehin bırakılmış durumda olması, bu malın vakfını geçerli gören hukukçulara göre vakıf işleminin feshi için geçerli bir sebep olarak görülmemiştir. Zira bu durumda mevkûf mal kira süresinin bitmesine yahut râhinin borcu ödemesine kadar kiracı veya mürtehinin elinde kalmakta, bundan sonra vakfedildiği cihete sarf edilmektedir. Dolayısıyla malın vakfedilmesi kiracı ve mürtehinin hakkının ihlaline yol açmamaktadır. Ancak bu malı rehin bırakan kişi borcunu ödeyemez de merhûn malın satılması icap ederse, bu durumda hâkim tarafından vakıf işlemi iptal edilip borç ödenmek üzere mal satılır.¹³⁹⁵

Vakıf teberru türü bir tasarruf olduğu için, muâvazalı akitlerde ihtiyaç duyulan ayıp, görme, vasıf, nakd gibi muhayyerliklere bu işlemde yer yoktur. Ancak şart muhayyerliğinin vakıf işlemine dâhil edilip edilemeyeceği hususu İslam hukukçularınca tartışılmıştır. İslam hukuk mezheplerinde benimsenen genel kanaate göre vakıf işleminde şart muhayyerliği meşru değildir.¹³⁹⁶ Bu kanaatte şart

¹³⁹² Bkz. İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 201; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: V, s. 203.

¹³⁹³ İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: V, s. 203.

¹³⁹⁴ İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: V, s. 203.

¹³⁹⁵ İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 201-202; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: V, s. 205. Mâlikî hukukçular merhûn ve me'cûr durumdaki malların vakfını geçerli görmezler. Bkz. Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebir**, C: IV, s. 77.

¹³⁹⁶ İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: V, s. 203-204; Nevevî, **Minhâc**, s. 169; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VI, s. 9.

muhayyerliğinin vakfın mahiyet ve ruhuna aykırı görülmesi etkili olmuştur.¹³⁹⁷ Çünkü muhayyerlikler mevzuunda temas edildiği üzere şart muhayyerliğinin meşru kılınma amacı, karşılıklı bedel ödenen akitlerde tarafları aldanıp zarara uğramaktan korumaktır.¹³⁹⁸ Vakıf ise Allah rızasını kazanmak gayesiyle malı bir karşılık beklemeksizin mülkiyetten çıkarmak mahiyetinde bir tasarruf olduğundan, muhayyerliğin şart koşulması bu işlemin amacına uygun düşmemektedir.

Hanefilerden Ebû Yusuf ise vakfı, menfaatin temlik yönüyle icâre akdine benzetmekte ve icâreye kıyasla vakıf işleminde de sürenin belli olması kaydıyla şart muhayyerliğini meşru görmektedir.¹³⁹⁹ Oysa icâre akdinde menfaat bedel karşılığında temlik edilmekte olduğundan, tarafların aldanma ve zarara uğrama riski bulunmaktadır. Dolayısıyla icârede muhayyerlik şartı ileri sürmek bu muhayyerliğin meşru kılınma amacına uygundur. Vakıf ise bu yönden tamamen farklı bir tasarruf olduğundan şart muhayyerliğinin meşruiyeti hususunda icâreye kıyas edilmesi kanaatimizce isabetli değildir.

Vasiyete gelince; sözlük anlamı itibariyle “bir şeyi başka bir şeye bitişirmek” manasına gelen¹⁴⁰⁰ bu kelime fıkıhta, kişinin malının aynını veya menfaatini ölümünden sonraya matuf olarak karşılıksız temlik etmesi suretindeki teberru türünü ifade eden bir terim olarak kullanılmaktadır.¹⁴⁰¹ Vasiyetin bir akit mi yoksa münferit iradeyle gerçekleştirilen bir tasarruf mu olduğu İslam hukukçularınca tartışılmıştır. Dört fıkıh mezhebinde bu hususta hâkim kanaat, muayyen şahsa yapılan vasiyetin yalnızca vasiyet eden şahsın (**mûsî**) beyanıyla gerçekleşmiş sayılmayacağı, bunun için kendisine vasiyet edilen kimsenin (**mûsâ leh**) de bunu kabul etmesinin şart

¹³⁹⁷ Bkz. İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VI, s. 9.

¹³⁹⁸ Bkz. s. 85-86, 90.

¹³⁹⁹ İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: V, s. 204; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VI, s. 9.

¹⁴⁰⁰ Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: III, s. 29; **Fethu'l-Vehhâb**, C: II, s. 16; **el-Gureru'l-behiyye**, C: IV, s. 2; Desûkî, **a.g.e.**, C: IV, s. 422; Buhûtî, **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: II, s. 453; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 504.

¹⁴⁰¹ Benzer muhtelif tanımlar için bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 330; Aynî, **el-Binâye**, C: XIII, s. 387; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 459; Haskefî, **a.g.e.**, s. 732; Şirbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 66; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: III, s. 29; Desûkî, **a.g.e.**, C: IV, s. 422; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VI, s. 137; Makdisî, **el-Udde**, s. 321; Bereketî, **a.g.e.**, s. 237; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 504; Abdüsselam Arı, “Vasiyet”, **DİA**, 2012, C: XLII, s. 552-553; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 598.

olduğu yönündedir.¹⁴⁰² Çünkü muayyen şahsa yapılan vasiyet, malın bu kimseye temlikini konu alan bir tasarruftur. Bir malın bir kimsenin mülkiyetine geçirilebilmesi ise, bey' ve hibe akitlerinde olduğu gibi ancak bu kimsenin kabulüyle mümkün olur.¹⁴⁰³ Buna göre muayyen kimselere yapılan vasiyet cumhura göre mahiyeti itibariyle bir akittir. Muayyen olmayan kimselere yapılan veya malın bir hayır cihetinde kullanılması kaydıyla gerçekleştirilen vasiyet ise münferit iradeyle gerçekleştirilen bir tasarruftur.¹⁴⁰⁴

Muayyen bir kimseye yapılan vasiyet bir akit olup mün'akid olması için mûsâ lehin kabulüne ihtiyaç duysa da, bu kabul mûsînin ölümünden sonra gerçekleştiği takdirde dikkate alınır. Mûsâ lehin mûsî hayattayken vasiyeti onayladığına ya da reddettiğine dair beyanı ise hükümsüz olup herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktadır. Çünkü vasiyet mûsînin ölümünden sonrasına bağladığı bir temlik olup, bunun öncesinde vasiyete konu olan malın mûsâ lehin mülkiyetine geçirilmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla vasiyetin kabul ya da reddi ancak temlikin gerçekleşeceği zamanda muteber olur.¹⁴⁰⁵

Bu özelliği itibariyle vasiyet akdi mûsînin ölümünden önce yalnızca tek tarafın icapta bulunduğu henüz tamamlanmamış bir akit durumundadır. Bundan dolayı İslam hukukçuları vasiyetin mûsî açısından bağlayıcı olmadığı, onun yaşadığı sürece vasiyetten kısmen ya da tamamen rücû' edebileceği hususunda görüş birliğine varmışlardır.¹⁴⁰⁶ Fıkî kaynaklarda mûsînin vasiyetten dönmesi genellikle rücû'

¹⁴⁰² Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 331; Nevevî, **Minhâc**, s. 191; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 121; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VI, s. 156; Hûrân, **a.g.e.**, s. 582-583.

¹⁴⁰³ Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C: V, s. 65; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 332; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VI, s. 156. Hanefilerden Züfer ise vasiyete konu olan malı, mülkiyetinin sahibinin ölümüyle intikal etmesi açısından miras kalan mala benzetmekte ve miras malına kıyasla bu malın kabul beyanına ihtiyaç duymaksızın mûsâ lehin mülkiyetine geçeceğini ifade etmektedir. Bkz. Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 515; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VIII, s. 332;

¹⁴⁰⁴ Nevevî, **Minhâc**, s. 191; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VI, s. 156.

¹⁴⁰⁵ Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C: V, s. 65; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 430; Meydânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 169; Nevevî, **Minhâc**, s. 191; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: IV, s. 424; Buhûtî, **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: II, s. 458.

¹⁴⁰⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 378; Aynî, **el-Binâye**, C: XIII, s. 411; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 430; Derdîr, **a.g.e.**, C: IV, s. 424; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: III, s. 63; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VI, s. 188.

tabiriyle ifade edilmekle birlikte,¹⁴⁰⁷ iptal, nakz, fesih gibi kelimelerin de bu manada kullanıldığı belirtilir.¹⁴⁰⁸ Ancak fesih kavramı fıkhıta icap ve kabul ile mün'akid olmuş bir akdin iradi olarak bozulması manasında kullanılan bir terim olduğundan, mûsînin vasiyetten dönmesi ıstılahî anlamda bir fesih olarak değerlendirilemez.

Mûsînin ölümünden sonra mûsâ lehin vasiyeti reddetmesi de fesih olarak adlandırılmaz. Çünkü bu durumda icap ve kabul birlikteliği gerçekleşmediği için akdin hiç kurulmamış olması söz konusudur. Buna göre vasiyetin feshe elverişli olup olmadığından ancak mûsînin ölümünün ardından vasiyetin mûsâ leh tarafından kabul edilmesinden sonra söz etmek mümkündür.

Vasiyet akdinin tamamlandıktan sonra feshedilip edilemeyeceği hususunda şunu söyleyebiliriz: Vasiyetin tamamlanması ancak mûsînin ölümünden sonra gerçekleştiği için bu akdin mûsî tarafından feshi imkân dâhilinde değildir. Mûsînin ölümünden sonra vasiyeti kabul etmesi halinde, vasiyet akdi mûsâ leh için de bağlayıcı kabul edilmektedir.¹⁴⁰⁹ Dolayısıyla kabulden sonra mûsâ lehin de vasiyeti tek taraflı feshetme hakkı bulunmamaktadır. Ancak mûsâ lehin vasiyeti kabul ettikten sonra kendisine vasiyet edilen malı varislerin onayıyla onlara iade etmesi mümkündür. Serahsî bu işlemi tarafların karşılıklı rızasıyla yapılan bir fesih/ikâle olarak nitelendirmektedir. Zira mûsînin ölümüyle varisler onun yerine geçerek vasiyet akdinin tarafı olmuşlardır.¹⁴¹⁰

Vasiyetin kabulüyle birlikte vasiyet edilen mal mûsâ lehin mülkiyetine geçmiş olduğundan bu akit mirasçılar için de bağlayıcı olmaktadır. Dolayısıyla tamamlanmış bir vasiyet akdinde mirasçıların da tek taraflı fesih hakkı bulunmamaktadır. Ancak İslam hukuku mirasçıların haklarını korumak için vasiyeti terekenin üçte birini aşmamak ve mirasçılardan birine yapılmamak kayıtlarıyla meşru görmüştür. Dolayısıyla vasiyet bu kayıtlara riayet edilerek yapılması halinde kimsenin onayına ihtiyaç duyulmaksızın nâfiz olur. Terekenin üçte birini aşan oranda

¹⁴⁰⁷ Bkz. Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 516; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 430; Neseî, **Kenz**, s. 669; Neveî, **Minhâc**, s. 193; Derdîr, **a.g.e.**, C: IV, s. 424; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VI, s. 188.

¹⁴⁰⁸ Bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: VII, s. 394; Neveî, **Minhâc**, s. 193.

¹⁴⁰⁹ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXVIII, s. 47; Derdîr, **a.g.e.**, C: IV, s. 424.

¹⁴¹⁰ Serahsî, **a.g.e.**, C: XXVIII, s. 49.

veya bazı mirasçılara yapılan vasiyet ise İslam hukukçularının çoğunluğuna göre mün'akid olmakla birlikte, bu vasiyetin nefâzı mirasçılarının mûsîn'in ölümünden sonra vasiyeti onaylamasına bağlı görülmüştür.¹⁴¹¹ Mirasçılarının yapılan vasiyete onay vermemeleri, mün'akid olmuş bir akdi tamamen veya terekenin üçte birini aşan kısma nisbetle bozmak anlamına geleceğinden bunu fesih olarak nitelemek mümkündür.

Vasiyetin mezkûr durumda mirasçılar tarafından feshi, akdin üçüncü şahısların haklarının taalluku sebebiyle feshine bir örnek oluşturmaktadır. Buna kıyasla vasiyet konusu mala alacaklı şahısların haklarının taalluk etmesi halinde, bu işlemin hak sahibi şahısların talebiyle iptal edilebileceğini söyleyebiliriz. Mesela ölüm hastalığındaki borçlunun yaptığı vasiyet alacaklıların hakkını ihlal ediyorsa, mûsî öldüğünde vasiyetin bu hak sahiplerinin talebiyle feshi mümkündür.

3.3. GÜVENCE/TEVSİK AKİTLERİNİN FESHİ

Alacağı güvence altına almak amacıyla alacaklı ile borçlu ya da alacaklı ile onun alacağına güvence teşkil edecek üçüncü şahıs yahut da borçlu ile alacaklı ve üçüncü şahıs arasında yapılan bir takım akitler vardır. İslam hukuku kaynaklarında bu akitler için “güvence (**vesîka**, **tevsîk**) akdi” tamlaması kullanılır.¹⁴¹² Özellikle muasır İslam hukukçularının akit tasniflerinde, güvence amaçlı akitler de ayrı bir akit sınıfı olarak yer almaktadır.¹⁴¹³ Bu akitler rehin, kefâlet ve havâle akitleridir.

¹⁴¹¹ Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, C: V, s. 62-63; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 427; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 461; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: III, s. 33; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VI, s. 141. Bazı İslam hukukçuları terekenin üçte birini aşan veya mirasçıya yapılan vasiyetin batıl olduğunu, dolayısıyla mirasçılarının onayıyla nâfiz olamayacağını, mirasçılarının buna razı olmasının ise onlar tarafından yapılan yeni bir hibe akdi olarak değerlendirileceğini ifade etmişlerdir. Bkz. Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: IV, s. 427; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VI, s. 141.

¹⁴¹² Bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXI, s. 63; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 212; Mevsîlî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 63, 166; Aynî, **el-Binâye**, C: XII, s. 465; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 63; Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 89.

¹⁴¹³ Bkz. Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 644; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3098.

3.3.1. Rehin Akdinin Feshi

Sözlükte “bir şeyi alıkoymak”,¹⁴¹⁴ “sabit ve devamlı olmak”¹⁴¹⁵ gibi manalara gelen rehin kelimesi fıkhıta, malî bir hakka karşılık güvence olarak ve gerektiğinde bu hak bedelinden tahsil edilmek üzere bir malın alacaklı tarafından borçludan alınıp alıkonulması işlemini ifade etmektedir.¹⁴¹⁶ Bu işlem alacaklı ile borçlu arasında karşılıklı rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen bir akittir. Rehin kavramı ıstilahta bu akdi olduğu gibi bu akde konu olan merhûn malı ifade etmek için de kullanılmaktadır.¹⁴¹⁷

Rehin akdinde rehin veren borçlu (**râhin**) malını alacaklıya bir güvence olarak vermekte olup, burada merhûn malın karşı tarafa bir bedel mukabilinde temlikî söz konusu değildir. Bu bakımdan rehin akdi muâvazalı bir akit özelliği taşımamakta, aksine teberru niteliğine sahip bulunmaktadır. Bu sebeple İslam hukukçularının çoğunluğu rehin akdinin râhin açısından bağlayıcı kabul edilebilmesi için merhûn malın alacaklı tarafından kabzedilmiş olmasını şart görmektedirler.¹⁴¹⁸ Bu görüşe göre rehin akdi karşılıklı irade beyanlarıyla kurulduktan sonra merhûn mal rehin alan alacaklı (**mürtehin**) tarafından teslim alınmadıkça râhinin bu akdi feshetme hakkı vardır. Mürtehin merhûn malı kabzettiğinde ise akit râhin hakkında bağlayıcı olacağından onun tek taraflı fesih hakkı ortadan kalkar.

Mâlikî hukukçular ise rehin akdinin yalnızca icap ve kabulün gerçekleşmesiyle râhin için bağlayıcı olacağı kanaatindedirler. Onların bu kanaati rehin akdini alışveriş akdi gibi muâvazalı bir akit olarak değerlendirmelerinden

¹⁴¹⁴ Merğînânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 412; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 248; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 263; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 231.

¹⁴¹⁵ Şîrbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 37; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 144; Derdîr, **a.g.e.**, C: III, s. 231; Ebû İshâk, **el-Mübdî'**, C: IV, s. 202; Buhûtî, **Keşşâfu'l-knâ'**, C: III, s. 320.

¹⁴¹⁶ Benzer muhtelif tarifler için bkz. Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 248; Halebî, **Mültekâ**, C: IV, s. 269; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 54; Kadri Paşa, **a.g.e.**, s. 142, md. 859; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 144; **el-Gureru'l-behiyye**, C: III, s. 72; Ebû İshâk, **a.g.e.**, C: IV, s. 202; Bereketî, **a.g.e.**, s. 107; Halit Çalış-Hasan Hacak, “Rehin”, **DİA**, 2007, C: XXXIV, s. 538.

¹⁴¹⁷ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 65; Derdîr, **a.g.e.**, C: III, s. 231; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 245; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 154.

¹⁴¹⁸ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 412; Zeylâf, **a.g.e.**, C: VI, s. 63; Şîrbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 58; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 155; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 247; Ebû İshâk, **a.g.e.**, C: IV, s. 208.

kaynaklanmaktadır.¹⁴¹⁹ Çünkü rehin akdi mürtebine alacağını tahsil edemediğinde onu merhûn malın bedelinden karşılama imkânı verdiği için, bu akit merhûn mal ile mürtehinin alacağı arasında bir tür mübâdele mesabesindedir.

Rehin akdi her iki görüşe göre de tamamlandığında¹⁴²⁰ yalnızca râhin hakkında bağlayıcı kabul edilmektedir. Mürtehin ise merhûnu kabzetmiş olsa bile rehin akdiyle bağlı olmayıp dilediğinde bu akdi feshetme hakkına sahiptir.¹⁴²¹ Çünkü alacağını güvenceye almak için rehin malı elinde bulundurmak mürtebine ait bir haktır ki, şuf'a hakkından feragat ve borçluyu ibra tasarruflarında olduğu gibi kişilerin kendilerine ait haklardan vazgeçme yetkisi vardır.

Merhûnun kabzedilmesiyle tamamlanmış bir rehin akdinde râhinin tek taraflı fesih hakkı bulunmasa da, feshi meşru kılan bazı hallerde bu hak râhin için de söz konusu olmaktadır. Rehin akdinde râhin için fesih gerekçesi sayılabilecek durumlardan birisi de ikrahtır. Râhin ikrah altında rehin akdini yapmaya zorlanmış ve bu ikrahın etkisiyle merhûn malı mürtebine teslim etmişse, yapılan akit Hanefî hukukçuların içtihadına göre icap ve kabul gerçekleştiği için mün'akid sayılsa da, akitlerde sıhhat şartı olarak kabul edilen karşılıklı rıza unsuru bulunmadığı için fâsid bir akit olacaktır. Ancak burada fesâd sebebi kul hakkının ihlali olduğu için bu durumda rehin akdinin feshi vâcib değil ikraha maruz kalan râhinin tercihine bağlı olmak üzere caiz olur.¹⁴²²

Rehin akdinde râhin için geçerli görülebilecek bir başka fesih sebebi ise şart muhayyerliğidir. Bu hususta Hanefî hukukçular râhinin rehin akdinde belli bir süre muhayyer olmayı şart koşmasını meşru kabul etmişler ve bu şartla yapılan rehin akdini geçerli görmüşlerdir. Bu kanaatte rehin akdinin bir yönüyle alışveriş akdine benzetilmesi etkili olmuştur.¹⁴²³ Bu surette yapılan bir rehin akdinde haliyle râhinin muhayyerlik süresi içerisinde fesih hakkı bulunmaktadır.¹⁴²⁴ Öte yandan İslam

¹⁴¹⁹ Merğînânî, **a.g.e.**, C: IV, s. 412; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 57; Hûrân, **a.g.e.**, s. 575.

¹⁴²⁰ Rehin akdinin tamamlanması cumhura göre icap ve kabulden sonra merhûn malın kabzedilmesiyle, Mâlikîlere göre ise yalnızca icap ve kabulün ortaya konulmasıyla gerçekleşir.

¹⁴²¹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 63; İbn Nuceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 264; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 58.

¹⁴²² Hanefîlerin ikrah altında yapılan akitlerin hükmüne dair yaklaşımlarıyla ilgili bkz. s. 127-130.

¹⁴²³ İbn Nuceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 264.

¹⁴²⁴ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 126.

hukukçularının çoğunluğu ise rehin akdinde böyle bir şart ileri sürülmesini akdin muktezasına aykırı olduğu ya da mürtehin zarar verdiği gerekçesiyle meşru görmemiş, bu gibi şartlarla yapılan rehin akdini geçersiz kabul etmişlerdir.¹⁴²⁵

Rehin akdinin bazen bu akde hakkı taalluk eden üçüncü şahısların talebiyle de feshedilebilir. Mesela üzerinde başkasının şuf'a hakkının bulunduğu bir akar bu akarı satın alan kimse tarafından rehin verilir de daha sonra şefi'in talebi üzerine mahkeme akarın şefi'e verilmesine hükmederse, bu durumda akarın şefi'e teslim edilebilmesi için müşterinin yaptığı rehin akdini feshetme zorunluluğu oluşacaktır.¹⁴²⁶ Yine başkasından ödünç alınan malın sahibinin izni olmadan rehin verilmesi halinde, merhûn malın sahibinin hakkı yapılan rehin akdine taalluk ettiği için bu akdin nefâzi onun onayına bağlı olacaktır.¹⁴²⁷ Bu durumda mal sahibi bu tasarrufa icazet vermemek suretiyle rehin akdini feshetme hakkına sahiptir.

Tek taraflı feshi meşru kılan gerekçelerden birinin bulunmaması durumunda, râhinin mürtehin ile anlaşarak rehin akdini ikâle ettirmesi de mümkündür.¹⁴²⁸ Ancak rehin akdi kuruluş aşamasında merhûn malın mürtehinine teslim edilmesiyle tamamlandığı gibi, bu akdin feshi de ancak merhûn malın râhine geri verilmesiyle tamamlanmış sayılır. Dolayısıyla ikâleden sonra mürtehin rehin aldığı malı râhine teslim etmediği sürece ikâleden cayma hakkına sahip olur.¹⁴²⁹

3.3.2. Kefâlet Akdinin Feshi

Kefâlet kavramı sözlükte, bir şeyi mutlak anlamda başka bir şeye eklemek, katmak manasına gelmektedir.¹⁴³⁰ İslam hukukunda ise bu kavram, bir hakkın alacaklısı tarafından istenmesine muhatap olma hususunda kişinin kendi

¹⁴²⁵ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: III, s. 39; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 39.

¹⁴²⁶ Şuf'a hakkına konu olan akar müşteri tarafından başkasına bey', hibe gibi mülkiyet nakledici bir akitle temlik edildiğinde bile şefi' bu akitle feshettirme hakkına sahip olduğuna göre (bkz. s. 207-208), müşterinin akarı mülkiyet nakledici olmayan rehin akdine konu etmesi halinde şefi' evleviyetle fesih hakkına sahip olmalıdır.

¹⁴²⁷ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 141.

¹⁴²⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 170; İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: VIII, s. 293; **Mecelle**, md. 718.

¹⁴²⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 170; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 127.

¹⁴³⁰ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XIX, s. 160; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 87; Mevslî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 166; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 310; Haskefî, **a.g.e.**, s. 451; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 322; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4143.

sorumluluğunu başkasının (borçlunun) sorumluluğuna katması veya kişinin üzerinde başkasının hakkı bulunan bir şahsı hak sahibine teslim etmeyi üstlenmesini ifade eden bir terimdir.¹⁴³¹ Tariften de anlaşıldığı üzere kefâletin iki türü vardır. Bunlar cana kefâlet (**kefâlet bi'n-nefs**) ve mala kefalettir (**kefâlet bi'l-mal**). Cana kefâlette kefil tarafından taahhüt edilen şey, kefil olunan borçlu şahsın (**mekfûlün bih**), alacaklıya getirilip onunla mahkeme huzurunda hesaplaşmasını mümkün kılacak koşullar içerisinde kendisine teslim edilmesidir.¹⁴³² Mala kefâlette ise kefil, kefil olunan şahsa ait borcun kendisinden de talep edilebileceğine dair alacaklı karşısında sorumluluk üstlenmektedir.¹⁴³³

İmam Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre kefâlet işlemi sadece kefilin irade beyanıyla gerçekleştirilebilen bir tasarruf olmayıp, lehine kefil olunan alacaklının (**mekfûlün leh**) kabulü de bu işlemin rüknünü oluşturmaktadır.¹⁴³⁴ Hanefîlerden Ebû Yusuf ile İslam hukukçularının cumhuruna göre ise, kefâlet işlemi yalnızca kefilin irade beyanıyla geçerli sayılan bir tasarruftur.¹⁴³⁵ Bu görüşe sahip hukukçular kefâletin kefil olunan şahsın borcunun ifası hususunda bir sorumluluk üstlenmekten ibaret olduğunu, bu tasarrufun karşılıklı akitleşme şeklinde olmadığını ileri sürerek görüşlerini temellendirmektedirler.¹⁴³⁶ İlk görüşteki hukukçulara göre ise özellikle mala kefâlet yalnızca borçta sorumluluk üstlenmekten ibaret bir tasarruf olmayıp, netice itibarıyla kefil tarafından alacaklıya bir malın temlik edilmesini taahhüt etmektedir. Bu sebeple geçerliliği için temlike muhatap olan tarafın kabulüne ihtiyaç

¹⁴³¹ Kefâletin dört mezhep kaynaklarında yer alan muhtelif tanımları için bkz. Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 166; Neseî, **Kenz**, s. 448; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 295; Halil b. İshak, **Muhtasarı Halîl**, s. 176; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 235; Ebû İshâk, **a.g.e.**, C: IV, s. 233. Hanefî mezhebinin dışındaki mezheplerin kaynaklarında genellikle kefâlet yerine “**damân**” tabiri kullanılmaktadır. Kefâletin tanımıyla ilgili ayrıca bkz. Cürçânî, **a.g.e.**, s. 185; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 382; Bereketî, **a.g.e.**, s. 182; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 322; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 300-301; H. Yunus Apaydın, “Kefalet”, **DİA**, 2002, C: XXV, s. 168.

¹⁴³² Kudûrî, **a.g.e.**, s. 118; Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 87; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 167; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 79; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 202, 207; İbn Kudâme, **el-Muknî**, s. 180-181.

¹⁴³³ Bkz. Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 169; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 10; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 80; Şirâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 149-150; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 399.

¹⁴³⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 2; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 295; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 400; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4145.

¹⁴³⁵ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 2; Nevevî, **Minhâc**, s. 129; Karâfî, **ez-Zahîra**, C: IX, s. 200; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 400. Mecelle'de de bu görüş benimsenmiştir. Bkz. md. 621.

¹⁴³⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 2; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 236; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4146. Ayr. bkz. İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 400.

duymaktadır.¹⁴³⁷ Bu durumda kefâlet cumhura göre münferid iradeyle gerçekleştirilen bir tasarruf iken, İmam Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre icap ve kabul ile inşa edilen bir akit mahiyetindedir.

Kefâlet akdi de rehin akdi gibi tek taraf için bağlayıcı kabul edilen akitlerdendir. Bu akit alacağın tahsili için güvence durumunda bulunan kefil hakkında bağlayıcı iken, lehine kefil olunan alacaklı açısından bağlayıcı sayılmamaktadır. Dolayısıyla tarafların irade beyanları ortaya konulup kefâlet akdi kurulduktan sonra kefilin kefaletten vazgeçip bu akdi tek taraflı iradeyle feshetme hakkı bulunmamaktadır. Mekfûlün leh ise istediği zaman kefilini ibra etmek suretiyle kefâlet sözleşmesini tek başına feshedebileceği gibi kendisinin ölmesi durumunda onun yerine geçip alacaklı sıfatını alan mirasçıları da kefaleti feshetme hakkına sahip olurlar. Bu hususta cana kefalet ile mala kefalet arasında bir fark bulunmamaktadır.¹⁴³⁸

Kefâletin mekfûlün lehine tek taraflı iradesiyle feshinin meşruiyetine gerekçe olarak şunu söyleyebiliriz: Alacağın kefil vasıtasıyla güvenceye alınması mekfûlün lehe ait bir haktır ki, kişinin kendisine ait haklardan feragat etmesi meşru bir tasarruftur. Dolayısıyla alacaklı borçluyu ibra etmek suretiyle alacağından feragat edebildiği gibi kefilini ibra ederek alacağını güvenceye almaktan da vazgeçebilir.¹⁴³⁹ Kefilin tek taraflı feshinin meşru sayılmaması ise, onun kefalet akdiyle üstlendiği yükümlülükten karşılıklı rıza olmaksızın vazgeçmesinin alacaklı tarafın hakkının ihlaline sebep olmasından ileri gelmektedir.¹⁴⁴⁰ Zira kefâlet akdi, borç ilişkisi doğuran tasarruflar bünyesinde alacaklı tarafın isteği üzerine yapılan, alacağı güvence altına alma amaçlı bir akit olup, kefil hakkında bağlayıcı olmaması bu akdin alacaklı açısından güvence olma işlevini ortadan kaldırır.

¹⁴³⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 2; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 400; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4156.

¹⁴³⁸ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 787. Kefalet akdinin kefil hakkında bağlayıcı kabul edildiğine dair Mecelle'nin 640. maddesinde şöyle söylenilmektedir: "Kefâletin in'ikâdından sonra, kefil kendisini kefâletten ihraç edemez..."

¹⁴³⁹ Bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 11; Heytemî, **a.g.e.**, C: V, s. 272; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 364.

¹⁴⁴⁰ Hûrân, **a.g.e.**, s. 578.

Kefâlet akdi kefil için bağlayıcı olduğuna göre, bu akdin kefilin isteğiyle feshedilebilmesi için ya mekfûlün lehin buna razı olup ikâleye yanaşması ya da kefil için feshi meşru kılabacak bir gerekçenin mevcut olması gerekmektedir. Kefil için feshi meşru kılan gerekçelerden bir tanesi, rızayı şaibeli hale getiren ikrah halidir. İkrah halinde yapılan feshe elverişli akitlerle ilgili Hanefî hukukçuların ortaya koyduğu genel yaklaşıma göre, ikrah halinde kefalet akdi yapan kişi bu hal ortadan kalktıktan sonra kefaleti onaylamakla feshetmek arasında muhayyer olur. Cumhura göre ise ikrah altında yapılan kefâlet hükümsüz/batıl olacağından bu durumda akdin feshinden söz etmek mümkün değildir.¹⁴⁴¹

Kefâlet akdinde kefil için fesih hakkı doğurucu birer gerekçe olarak hile ve hata hallerini de zikredebiliriz. Mesela akit esnasında kefile kefil olacağı kişinin (**mekfûlün anh**) borcuna dair kasıtlı olarak gerçekte olduğundan daha az bir miktar söylenmiş olsa, kefil bu akde hileyle sevk edilmiş olur. Yine kefilin mekfûlün anhin borcunu olduğundan daha az zannederek kefâlet akdini gerçekleştirmesi halinde, akdin hatayla yapılması söz konusu olur. Delil veya karineyle sabit olan hata ile hile halleri de ikrah gibi rızayı şaibeli kılan hallerden olup, İslam hukukçularınca bu hallerin rızası sakatlanmış taraf için feshi meşru kılan sebepler olarak görüldüğü ikinci bölümde tafsilatlı olarak ele alınmıştı. Dolayısıyla anılan durumlarda kefil fesih hakkına sahip olur.

Öte yandan kefâlet akdinin üçüncü şahısların haklarını ihlal etmesi halinde, bu akdin söz konusu şahısların talebiyle feshedilmesi de mümkündür. Nitekim İslam hukukçuları, ölüm hastalığındaki kefilin kefil olduğu borç miktarı mallarının üçte birini aşığı takdirde, kefâlet akdinin mallarının üçte biri hakkında bağlayıcı sayılacağını, bunu aşan kısım hakkında ise akdin bağlayıcılığının mirasçılarının onayına bağlı olacağını ifade etmişlerdir.¹⁴⁴² Çünkü kefâlet başlangıcı itibariyle herhangi bir bedel karşılığı olmaksızın bir kimsenin borcunun sorumluluğunu üstlenmek anlamına geldiğinden bir tür teberru olarak değerlendirilmektedir. Ölüm hastalığında yapılan teberruların bağlayıcılığı mirasçılarının hakları sebebiyle terekenin

¹⁴⁴¹ Bkz. s. 130.

¹⁴⁴² Dördür, **a.g.e.**, C: III, s. 330. Ayr. bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 6; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 406.

üçte biriyle sınırlıdır.¹⁴⁴³ Bu durumda mirasçılar hastanın ölümünden sonra diledikleri takdirde yapılan kefâlet akdinin terekenin üçte birinden fazlası hakkındaki geçerliliğini iptal ettirebilirler. Böyle bir tasarruf kısmi bir fesih işlemidir. Yine mesela ölüm hastalığındaki kefilin mallarının tamamını kapsayacak kadar borcunun olması halinde, kefâlet akdinden zarar gören alacaklıların kefilin ölümünden sonra bu akdi feshettirme hakları vardır.

Kefalet akdinde kefil için şart muhayyerliğinin meşru olup olmadığı hususunda rehin akdinde olduğu gibi İslam hukukçuları arasında iki farklı yaklaşım söz konusudur. İslam hukukçularının çoğunluğu bunu meşru görmemektedir.¹⁴⁴⁴ Çünkü şart muhayyerliği özellikle karşılıklı bedel ödenen akitlerde taraflara düşünme ve istişare fırsatı vermek, böylece onları gabne maruz kalıp zarar etmekten korumak amacıyla meşru kılınmıştır. Kefalet akdinde ise kefil herhangi bir kâr-zarar hesabı içinde bulunmamakta, aksine kendi zararına olabilecek bir sorumluluğu bilinçli olarak üstlenmektedir. Dolayısıyla kefâlet akdinde böyle bir muhayyerliğe ihtiyaç bulunmamaktadır.¹⁴⁴⁵

Öte yandan Hanefî hukukçular bu konuda cumhurdan ayrılmakta ve kefâlet akdinde kefil için şart muhayyerliğini meşru kabul etmektedirler.¹⁴⁴⁶ Hanefîlerin bu yaklaşımlarından onların kefâlet akdini şart muhayyerliğine elverişlilik bakımından muâvazalı akitler gibi değerlendirdikleri anlaşılmaktadır. Zira kefâlet içerdiği bir takım bilinmezlikler sebebiyle bazı riskler taşımakta olduğundan, kefile düşünüp kararını vermesi için belli bir süre tanınması münasip durmaktadır.¹⁴⁴⁷ Bu görüşe göre muhayyerlik şartıyla yapılan bir kefâlet akdinde kefil muhayyerlik süresi içerisinde dilerse kefâlet akdini tek taraflı feshedebilir.

¹⁴⁴³ İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 406. Borçlunun isteğiyle gerçekleştirilen kefâlette kefil ödediği borcu daha sonra borçludan tahsil etme hakkına sahipse de, bazen borçlunun darda olması sebebiyle tahsilde zorluklar yaşanabilmektedir. Bu sebeple maraz-ı mevt halindeki kişinin malının üçte birini aşan miktardaki bir mala kefâleti borçlunun isteğiyle gerçekleşmiş olsa da, mirasçılarının haklarının ihlaline yol açabilmektedir.

¹⁴⁴⁴ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 149; Nevevî, **Ravza**, C: IV, s. 260; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 245; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 414; Hûrân, **a.g.e.**, s. 578-579.

¹⁴⁴⁵ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 149; Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: II, s. 245; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 414; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VI, s. 4152.

¹⁴⁴⁶ Zeylâfî, **a.g.e.**, C: V, s. 13; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 235; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: IV, s. 570; Hûrân, **a.g.e.**, s. 578.

¹⁴⁴⁷ Hûrân, **a.g.e.**, s. 578.

Kefâlet akdinde tarafların karşılıklı anlaşarak akde dâhil ettikleri bir şartın yerine getirilmemesi sebebiyle de kefil için fesih hakkı söz konusu olabilmektedir. Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi'nin bununla ilgili olarak belirttiğine göre, kefil akit sırasında mekfûlün lehe, borçlunun kefalet karşılık kendisine rehin vermesi şartıyla kefaleti kabul edeceğini söylese ve mekfûlün lehin rızasıyla kefalet akdi bu şart üzere yapılırsa, borçlu rehin vermediği takdirde kefil isterse kefâlet akdini feshedebilir.¹⁴⁴⁸

3.3.3. Havale Akdinin Feshi

Lügatte “bir şeyi bir yerden başka bir yere nakletmek” manasına gelen havale kelimesi, fikhî bir terim olarak borcun naklini konu edinen akdi ifade etmekte olup “borcun bir kimsenin zimmetinden başka bir şahsın zimmetine nakledilmesi” şeklinde tarif edilmektedir.¹⁴⁴⁹ İslam hukukçularının çoğunluğuna göre havale işleminin yapılmasıyla borcunu başkasına nakleden şahsın (**muhîl**) zimmeti borçtan kurtulmakta, borcu ödeme yükümlülüğü borcun kendisine nakledildiği kişiye (**muhâlun aleyh**) geçmektedir.¹⁴⁵⁰

Hanefî hukukçulara göre havale işlemi borçlu şahsın borcunu kendisine borcu bulunan bir başka şahsa nakletmesi suretinde olduğu gibi kendisine borçlu olmayan birisine nakletmesi şeklinde de gerçekleşebilir.¹⁴⁵¹ Buna göre eğer muhâlun aleyh muhîle borçlu ise, kendisine havale edilen borcu alacaklıya (**muhâlun leh**) ödediğinde, bu borç miktarınca kendisinin muhîle olan borcunu ödemiş sayılır. Muhîle borcunun olmaması halinde ise muhâlun aleyh alacaklıya ödediği borcu daha sonra muhîlden tahsil eder.¹⁴⁵² Mâlikî, Şâfi'î ve Hanbelî mezheplerinde öne çıkan görüşe göre ise havale işlemi yalnızca muhîle ait borcun ona borcu bulunan bir başka

¹⁴⁴⁸ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: I, s. 787.

¹⁴⁴⁹ Aynî, **el-Binâye**, C: VIII, s. 485; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 266; Ensârî, **el-Gureru'l-behiye**, C: III, s. 144; Remlî, **a.g.e.**, C: IV, s. 421; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, III, 325; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 187; Bereketî, **a.g.e.**, s. 82; Cürçânî, **a.g.e.**, s. 93; Ali Bardakoğlu, “Havâle”, **DİA**, 1997, C: XVI, s. 507.

¹⁴⁵⁰ Bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 17-18; Nevevî, **Ravza**, C: IV, s. 231; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 325; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 390. Hanefîlerden Züfer bu konuda cumhurdan ayrılmakta ve havale akdiyle muhîlin zimmetinin borçtan kurtulmuş olmayacağını savunmaktadır. Bu yaklaşıma göre havale ile kefâlet arasında bir fark bulunmamaktadır. Bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 17.

¹⁴⁵¹ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 274; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 309.

¹⁴⁵² **Mecelle**, md. 691.

şahsa nakledilmesi suretiyle yapılabilmektedir. Kişinin borcunu kendisine borcu bulunmayan bir şahsa nakletmesi şeklindeki bir işlem ise havale sayılmamaktadır.¹⁴⁵³

Hanefî hukukçuların yaklaşımına göre havale işlemi bir tarafında muhîl, diğer tarafında muhâlun aleyh ile muhâlun lehinde birlikte bulunduğu, üç şahıs arasında gerçekleştirilen bir akittir. Dolayısıyla bu akdin kuruluşu için üçünün de rıza ve irade beyanlarının bulunması gerekmektedir.¹⁴⁵⁴ Zira muhîl borcun havalesi kendisi tarafından yapılan şahıs olduğu için onun rızası ve irade beyanı olmaksızın havalenin gerçekleşmesi mümkün değildir.¹⁴⁵⁵ Muhâlun leh alacaklı konumunda bulunmakta olup rızası dışında alacağının başkasına havale edilmesinden zarar görebilir. Çünkü borcu geciktirmeden ödeme hususunda kişiler arasında farklılıklar bulunabilmektedir.¹⁴⁵⁶ Muhâlun aleyh ise havale akdiyle kendisine borcu ödeme sorumluluğu yüklenen şahıstır ki, bir kimseye rızası dışında böyle bir sorumluluk yüklenemez.¹⁴⁵⁷

Şâfi'î ve Mâlikî hukukçular ise havaleyi muhîl ile muhâlun lehinde arasında yapılan bir akit olarak görmektedirler. Onlara göre bu akdin geçerliliği için muhâlun aleyhinin rızası aranmamaktadır.¹⁴⁵⁸ Bu yaklaşımda havalede borcun yalnızca muhîle borcu olan şahsa nakledilebileceği kanaatinin etkili olduğunu görülmektedir. Çünkü bu durumda havale konusu borç muhâlun aleyhe, ödemekle yükümlü olduğu bir borca karşılık olarak nakledildiğinden, onun bu havaleye rızasının olup olmaması dikkate alınmamaktadır.¹⁴⁵⁹

¹⁴⁵³ Nevevî, **Minhâc**, s. 128; Derdîr, **a.g.e.**, C: III, s. 325; Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 17; Hicâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 187.

¹⁴⁵⁴ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 120; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 99; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 4; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 308.

¹⁴⁵⁵ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 4. Hanefî mezhebinde muhâlun aleyhinin muhîlin borcunu onun rızasını almadan üstlenebileceğini, bunun muhîlin zararına olmayıp aksine yararına olacağını, dolayısıyla havâle akdinin yalnızca muhâlun aleyh ile muhâlun lehinde irade beyanlarıyla kurulabileceğini söyleyenler de vardır. Mecelle'de de bu görüş benimsenmiştir. Bkz. md. 681. Ayr. bkz. Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 99; İbn Âbidîn, **Reddül-Muhtâr**, C: V, s. 341

¹⁴⁵⁶ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 99; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 269; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VII, s. 239-240; İbn Âbidîn, **Reddül-Muhtâr**, C: V, s. 341.

¹⁴⁵⁷ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 99; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 308; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: V, s. 341.

¹⁴⁵⁸ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 144; Nevevî, **Minhâc**, s. 128; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 325.

¹⁴⁵⁹ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 144; Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 16.

Hanbelî hukukçulara gelince, onlar havalenin geçerliliği için muhîlin irade beyanını yeterli görmekte, muhâlun leh ile muhâlun aleyhin rızasını gerekli görmemektedirler.¹⁴⁶⁰ Bu kanaate göre havale işlemi, muhîlin borcunu vekili aracılığıyla ödemesi gibi görülmekte, dolayısıyla alacaklı konumunda bulunan muhâlun leh bu işlemin bir tarafı olmamaktadır.¹⁴⁶¹ Bu durumda muhâlun aleyh havalenin taraflarından biri gibi dursa da, havale konusu borç kendisine ödemekle yükümlü olduğu bir borca karşılık olarak nakledildiğinden, havale işlemi onun rızası aranmaksızın geçerli kabul edilmektedir. Bu görüşe göre havale işlemi münferit iradeyle gerçekleştirilen bir tasarruf mahiyetindedir.

İslam hukuku kaynakları incelendiğinde havale akdinin feshinin ancak ikâle yoluyla ya da feshi meşru kılan bir sebebin bulunması halinde ilgili tarafın iradesiyle gerçekleştirilebileceği, bunun dışında havalenin tek taraflı olarak feshe elverişli olmadığı anlaşılmaktadır. Havalenin ikâle yoluyla feshi hususunda ikâlenin taraflarının kimler olacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Bununla ilgili olarak Hanefî hukukçular, havalenin ikâle yoluyla feshinin muhîl ile muhâlun leh arasında söz konusu olacağını ifade etmektedir.¹⁴⁶² Şâfi'î ve Mâlikî mezhebine göre muhâlun aleyh havale akdinin bir tarafı sayılmadığı için bu mezheplere göre de havalenin ikâlesi muhîl ile muhâlun leh arasında geçerli olur.

Havalenin ikâleye elverişli görülmesi ve bu ikâlenin muhîl ile muhâlun leh arasında geçerli sayılması, havale akdinin ikisi arasında yapılan bir mübadele işlemi olarak görülmesinden ileri gelmektedir. Zira havale işlemiyle muhâlun leh muhildeki alacağıyla muhîlin muhâlun aleyhteki alacağı arasında bir takas gerçekleştirilmektedir. Bundan dolayı bey' ve icâre gibi mübâdele işlemlerinde olduğu gibi havalende de tarafların karşılıklı anlaşarak yaptıkları akdi feshetmeleri meşru görülmüştür.¹⁴⁶³

¹⁴⁶⁰ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 394.

¹⁴⁶¹ İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 395.

¹⁴⁶² İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 272; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 345; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 40.

¹⁴⁶³ Bkz. Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 194; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 40.

Havale akdinde tek taraf için fesih hakkı doğuran sebeplere gelince, ikrah unsurunu bunların başında zikredebiliriz. Hanefî mezhebinde öne çıkan görüşe göre havalenin sıhhati için muhîl, muhâlun aleyh ve muhâlun lehten her birinin rızası şart olduğundan, bunlardan birinin ikraha maruz kalması havale akdini fâsid kılar.¹⁴⁶⁴ Bu durumda ikraha maruz kalan şahsın yapılan işleme itiraz edip havale akdini feshettirme hakkı doğar. Diğer mezheplere göre ise ikrah halinde yapılan tasarruflar hükümsüz sayıldığı için, havalenin ikrah sebebiyle feshinden söz edilemez.

Rızayı şaibeli hale getiren durumlardan birisi olan hile de bazı hukukçularca havale akdinde fesih hakkı doğuran bir sebep olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Mâlikî hukukçu Derdîr'in belirttiğine göre, muhâlun aleyh iflas etmiş bulunur da muhîl bunu bildiği halde muhâlun lehten gizler ve onunla havale akdi yaparsa, muhâlun leh durumu öğrendiğinde aldatıldığı gerekçesiyle havaleyi feshedebilir.¹⁴⁶⁵ Zira burada pasif bir hile türü olan tedlîs söz konusudur. Yine bazı İslam hukukçuları, muhîl havale akdi sırasında muhâlun aleyhin varlıklı birisi olduğunu söyler de muhâlun aleyh dar gelirli çıkarsa muhâlun leh aldatıldığı için fesih hakkına sahip olur, demişlerdir.¹⁴⁶⁶

Öte yandan herhangi bir aldatma söz konusu olmasa da, muhâlun leh havale akdini yaparken muhâlun aleyhin varlıklı birisi olmasını şart koşar ve akit bu şartla yapılırsa, muhâlun aleyhte bu vasfın bulunmaması halinde muhâlun leh havaleyi iptal edip borcunu muhîlden isteyebileceğini söyleyen hukukçular da bulunmaktadır.¹⁴⁶⁷ Kanaatimizce bu isabetli bir yaklaşımdır. Çünkü havale akdi alacağı güvenceye alma amacıyla yapılan bir akit olduğu için, muhâlun aleyhin varlıklı olmasının istenmesi bu akdin muktezasına uygun olan muteber bir şarttır. Dolayısıyla yerine gelmemesi halinde şartı ileri süren tarafın fesih hakkı olmalıdır.

¹⁴⁶⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 16.

¹⁴⁶⁵ Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebir**, C: III, s. 328. Derdîr bu durumla ilgili olarak fesih tabirini kullanmamakta, muhâlun lehine muhîle rücu' hakkının olduğunu ifade etmektedir. Ancak muhîle rücu' etmek havalenin iptali anlamına geleceğinden bu ifade, muhâlun lehine havaleyi feshetme hakkının olduğuna dair bir yargı bildirmektedir.

¹⁴⁶⁶ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 145. Şîrâzî Şâfi'î mezhebinde bu yönde bir görüş olduğunu nakletmekle birlikte mezhepteki genel kanaatin aksi yönde olduğunu ifade etmektedir.

¹⁴⁶⁷ Nevevî, **Minhâc**, s. 128; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 394.

Havale akdinde muhayyerlik şartının ileri sürülmesinin meşru olup olmadığı da İslam hukukçularınca tartışılmıştır. Hanefî hukukçular bunu muhâlun leh ile muhâlun aleyh için meşru görmekte-dirler.¹⁴⁶⁸ Buna göre ikisinden birinin belli bir süre muhayyer olması şartıyla yapılan bir havale akdinde, muhayyer olan taraf belirtilen süre içerisinde havaleyi feshetme hakkına sahiptir. Muhîl içinse şart muhayyerliğinden söz edilmemektedir. Bunun sebebi kanaatimizce havalede borcu havale eden tarafın bu muhayyerliğe ihtiyacının bulunmamasıdır. Çünkü havale akdinin onun açısından zarara sebep olabilecek bir tarafı yoktur. Muhâlun leh ile muhâlun aleyhin ise havale akdinden zarar görme ihtimalleri vardır. Zira muhâlun aleyhin söz gelimi dar gelimli veya borçlarını geç ödeyen birisi olması halinde, havale muhâlun lehine mağduriyetine sebep olabilecektir. Muhâlun aleyh ise üzerine borç yüklenen taraf olduğu için, havaleyi kabul etmesi durumunda borcu zamanında ödeyememe, alacaklının baskılarına maruz kalma gibi sıkıntılara uğrama ihtimaliyle karşı karşıyadır. Bu sebeple her ikisinin de akdi kesinleştirmeden önce belli bir süre düşünme ve istişare etmeye ihtiyacı bulunabilir.

Şâfiî hukukçular ise şart muhayyerliğinin tarafları gabinden korumak için meşru kıldığı, havalede ise taraflar için gabne maruz kalma gibi bir durumun söz konusu olmadığı gerekçesiyle bu muhayyerliği havale akdinde meşru görmemişlerdir.¹⁴⁶⁹ Ancak gabne uğrama riski olmasa da havale akdinde muhâlun aleyh ve muhâlun lehine yukarıda zikredilen zararlara maruz kalma riski bulunduğu için, kendilerine şart muhayyerliği hakkının tanınması bizce bu muhayyerliğin meşru kılınma gayesine uygun düşmektedir.

Hanefî hukukçulara göre havalenin feshini meşru kılan sebeplerden bir tanesi de, borcun muhâlun aleyhten tahsil edilme imkânının kalmamasıdır.¹⁴⁷⁰ Zira Hanefîler bu durumda muhâlun lehine borcun tahsili için muhîle rücû edebileceğini ifade etmektedirler.¹⁴⁷¹ Muhâlun lehine muhîle rücû'u ise ancak borcun muhîlin

¹⁴⁶⁸ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: II, s. 40. Ayr. bkz. Belhî vdğr., **el-Fetâvâ el-Hindiyye**, C: III, s. 305; İbn Âbidîn, **Reddû'l-Muhtâr**, C: V, s. 344-345; Kadri Paşa, **a.g.e.**, s. 128, md. 783.

¹⁴⁶⁹ Şirâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 144; Şirbîni, **a.g.e.**, C: III, s. 193.

¹⁴⁷⁰ Bu durum fikhî kaynaklarda “**tevâ**” tabiriyle ifade edilmektedir.

¹⁴⁷¹ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 120; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 99; Nesefî, **Kenz**, s. 458; Haskefî, **a.g.e.**, s. 461; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 308.

zimmetine geri dönmüş olması halinde mümkündür. Borcun tekrardan muhîlin zimmetine geçmesinin keyfiyetine dair Hanefî hukukçularca muhtelif yorumlar ortaya konulmuştur. Bazı Hanefiler bunun havalenin muhâlun leh tarafından feshedilmesiyle gerçekleşeceğini ifade etmektedirler. Bu yaklaşıma göre borcun muhâlun aleyhten tahsil imkânı kalmadığında muhâlun leh tıpkı satın aldığı mal kusurlu çıkan müşteri gibi muhayyer olup havaleyi feshetme hakkına sahiptir.¹⁴⁷² Hanefî hukukçulardan bir kısmı ise borcun havalenin münfesih olmasıyla muhîlin zimmetine geri döneceğini söylerler. Bu kanaate göre borcun muhâlun aleyhten tahsili mümkün olmadığında, havale akdi bey' akdinde mebî'in kabzdan önce helak olması halinde olduğu gibi münfesih olmaktadır.¹⁴⁷³ Bu iki yaklaşımın yanında havalenin münfesih ya da feshe elverişli oluşunun, borcun muhâlun aleyhten tahsil edilememe sebebine göre değişeceğini söyleyen hukukçular da bulunmaktadır.¹⁴⁷⁴

Hanefî hukukçular borcu muhâlun aleyhten tahsil etmenin imkânsızlığının (**tevâ**) üç durumda söz konusu olacağını belirtmektedirler. Bunlardan bir tanesi muhâlun aleyhin iflas etmiş haldeyken ölmesidir. Bir başkası ise muhâlun aleyhin havale akdini inkâr etmesi ve buna dair mahkemede yemin etmesi, muhâlun lehin ise akdin yapıldığını ispatlayacak delilinin bulunmamasıdır. Bu ikisinin "**tevâ**" (borcu tahsil imkânının kalmaması) kapsamında sayılacağı hususunda İmam Ebû Hanîfe ile İmâmeyn arasında görüş birliği vardır. Üçüncü durum ise muhâlun aleyhin hayattayken iflas ettiğinin mahkeme kararıyla sabit olmasıdır. Bu durumun "**tevâ**" kapsamına girip girmeyeceği hususunda ise Hanefî müçtehitler ihtilaf etmişlerdir. Ebû Hanîfe mahkemenin iflasa hükmetme yetkisinin bulunmadığı kanaatine sahip olduğundan mezkûr durumu "**tevâ**" kapsamında görmemektedir. İmâmeyn ise mahkeme kararıyla iflasın sabit olacağı görüşünde olduğu için, mahkemenin bu yönde hüküm vermesiyle de borcun muhâlun aleyhten tahsil imkânı ortadan kalkmış sayılmaktadır.¹⁴⁷⁵

¹⁴⁷² İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 272; İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtâr**, C: V, s. 345.

¹⁴⁷³ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: V, s. 345.

¹⁴⁷⁴ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, C: V, s. 345.

¹⁴⁷⁵ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 99-100; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 18; Haskefî, **a.g.e.**, s. 461; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 308;

İslam hukukçularının cumhuruna göre ise, havale akdinden sonra muhâlung aleyhin iflas etmesi, havaleyi veya borcu inkâr etmesi gibi sebeplerle borcun tahsil edilememesi muhâlung lehe muhîle rücû' etme/havaleyi feshetme hakkı vermez.¹⁴⁷⁶ Hatta akit esnasında muhâlung aleyhin durumuna dair herhangi bir aldatma yapılmamış veya muhâlung aleyhin varlıklı olması şart koşulmamışsa, muhâlung aleyhin havale akdinin yapıldığı sırada müflis durumunda olması dahi muhâlung leh için fesih hakkı doğurucu bir sebep olarak görülmemektedir.¹⁴⁷⁷ Muhâlung lehin akit sırasında bu durumdan haberdar olmaması da bu konuda mazeret olarak kabul edilmemektedir.¹⁴⁷⁸ Çünkü muhâlung aleyhin durumunu araştırmadan havaleyi kabul etmesi sebebiyle muhâlung leh burada kusurlu bulunmaktadır.¹⁴⁷⁹ Öte yandan Hanbelî mezhebine göre havale işlemi muhîlin tek taraflı irade beyanıyla gerçekleştirilebildiği için, havalenin rızası olmadan yapılması halinde muhâlung leh, muhâlung aleyh müflis veya borcunu inkâr eden biri çıktığında rücû'/fesih hakkına sahip olur.¹⁴⁸⁰

Borcun muhâlung aleyhten tahsil edilememesinin havalenin feshi için meşru bir gerekçe sayılmaması kanaatinde, havale akdinin bir alışveriş akdi gibi değerlendirilmesinin etkili olduğu görülmektedir. Zira bu kanaatteki bazı hukukçular alacağını muhâlung aleyhten tahsil edemeyen muhâlung lehin durumunu, bir mal satın alıp da alışverişinde gabne maruz kalan ya da alacağına karşılık olarak borçludan bir mal alıp da bu mal elinde telef olan kimsenin durumuna kıyas etmektedirler.¹⁴⁸¹ Bu yaklaşıma göre havale akdiyle muhâlung leh muhildeki alacağını ona temlik etmekte, buna karşılık olarak da muhîlin muhâlung aleyhteki alacağını temellük etmektedir. Bu durumda muhâlung lehin mülkiyet hakkı muhâlung aleyhin elindeki alacağa intikal

¹⁴⁷⁶ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 145; Nevevî, **Minhâc**, s. 128; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 328; Ebû İshâk, **a.g.e.**, C: IV, s. 252.

¹⁴⁷⁷ Nevevî, **Minhâc**, s. 128; Derdîr, **a.g.e.**, C: III, s. 328; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: IV, s. 394; Hicâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 187.

¹⁴⁷⁸ Nevevî, **Minhâc**, s. 128; Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 328; Hicâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 187.

¹⁴⁷⁹ Şîrbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 194; Remlî, **a.g.e.**, C: IV, s. 429.

¹⁴⁸⁰ İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: IV, s. 394; Ebû İshâk, **a.g.e.**, C: IV, s. 252.

¹⁴⁸¹ Bkz. Şîrbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 193; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: II, s. 232.

ettiğinden, onun bundan sonra alacağını tahsil hususunda muhatabı muhâulun aleyh olmakta, dolayısıyla muhîle rücû' etme hakkı ortadan kalkmaktadır.¹⁴⁸²

Hanefî mezhebinin yaklaşımında ise havale akdinin yapılış maksadından hareket edilmekte, bu maksat gerçekleşmediği takdirde bundan zarar gören tarafın fesih hakkının olması gerektiği düşüncesi ön plana çıkmaktadır. O halde muhâulun leh durumundaki alacaklının havale akdinden maksadı alacağını güvenceye almak olduğuna göre, alacak muhâulun aleyhten tahsil edilemediğinde muhâulun leh bu durumdan zarar görmesi sebebiyle fesih hakkı olmalıdır.¹⁴⁸³ Hanefîlerin görüşü havale akdinin güvence akdi olma özelliğinin korunmasını sağlaması itibariyle kanaatimizce daha isabetlidir.

3.4. ŞİRKET AKDİNİN FESHİ

Şirket terimi İslam hukukunda, bir şeyin mülkiyetinin birden fazla kişiye ait olmasını¹⁴⁸⁴ ya da iki veya daha fazla kişinin sermayelerini birleştirip, sermayeyi çalıştırarak elde edecekleri kazanç aralarında müşterek olmak üzere kurdukları ortaklığı¹⁴⁸⁵ ifade etmektedir. İslam hukukçuları kullandığı bu iki mana itibariyle şirketi, mülk ve akit şirketi olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar.¹⁴⁸⁶

Mülk şirketi bir akit türü olmayıp belli bir mal üzerindeki müşterek mülkiyeti ifade etmektedir. Bu mülkiyet ortakların kendi iradeleriyle meydana getirilebileceği gibi iradeleri dışında da oluşabilir. Mesela iki veya daha fazla kişinin paralarını bir araya getirerek bir arsa satın almaları veya bu arsanın hibe, sadaka, vasiyet gibi teberru türü bir tasarruf yoluyla bu kimselere temlik edilmesi ve onların da bunu kabul etmeleri durumunda iradi olarak oluşturulan bir müşterek mülkiyet söz

¹⁴⁸² Bkz. Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 145; Ebû İshâk, **a.g.e.**, C: IV, s. 252.

¹⁴⁸³ Bkz. Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 99; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 4; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VII, s. 244; İbn Nuceym, **el-Bahr**, C: VI, s. 272; Molla Hüsvrev, **Dürer**, C: II, s. 308.

¹⁴⁸⁴ Bkz. **Mecelle**, md. 1045; Şîrbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 221; Tehânevî, **Keşşâfu istilâhâti'l-fünûn**, C: I, s. 1026-1027; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 527; Beşîr Gözübenli, "Şirket", **DİA**, 2010, C: XXXIX, s. 198.

¹⁴⁸⁵ Bkz. Zebîdî, **el-Cevhere**, C: I, s. 285; Timurtâşî, **a.g.e.**, s. 362; **Mecelle**, md. 1329; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 528; Gözübenli, "Şirket", C: XXXIX, s. 198.

¹⁴⁸⁶ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 110; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 12; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 56; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: V, s. 3.

konusudur. Sözü geçen arsanın mezkûr şahıslara miras yoluyla intikal etmiş olması halinde ise, gayri iradi olarak bir mülk ortaklığı meydana gelmiş olur.¹⁴⁸⁷

Akit şirketi ise tarafların aralarında bir akit yaparak oluşturdukları ortaklık türüdür. Feshe konu olabilecek şirket budur. İslam hukuku kaynaklarında akit şirketinin muhtelif türlerinden söz edilmektedir. Bunlardan biri tarafların mallarını sermaye olarak ortaya koyup, bunlarla ticaret yaparak elde edecekleri kârda akit sırasında belirlenen oranlara göre ortak olmaları esası üzere kurulan şirkettir.¹⁴⁸⁸ Bu şirkete “**emvâl şirketi**” denilmektedir.¹⁴⁸⁹ Akit şirketinin bir başka türü ise, tarafların emeklerini ortaya koyup belli bir iş yapmak ve yaptıkları işten kazandıkları ücrette ortak olmak üzere yaptıkları ortaklık akdidir.¹⁴⁹⁰ Bu ortaklığa ise “**a’ mâl şirketi**”,¹⁴⁹¹ “**sanâî’ şirketi**”,¹⁴⁹² “**ebdân şirketi**”¹⁴⁹³ gibi adlar verilmektedir. Mesela meslekleri berberlik olan iki kişinin bir berber dükkânı açıp aylık kazançlarında belli oranlara göre ortak olmak üzere anlaşmaları bu türden bir şirket akdidir. Şirket akdinin diğer bir türü ise, sermayesi olmayan tarafların itibarlarını kullanmak suretiyle veresiye mal satın alıp satmak, bu suretle elde ettikleri kazançta ortak olmak üzere gerçekleştirdikleri ortaklıktır. Bu şekilde gerçekleştirilen ortaklığa “**vücûh şirketi**” denilmektedir.¹⁴⁹⁴

Hanefî ve Hanbelî hukukçular akit şirketinin bu türlerinden her üçünü meşru görürken,¹⁴⁹⁵ Mâlikî hukukçular vücûh şirketini,¹⁴⁹⁶ Şâfi’î hukukçular ise vücûh ve

¹⁴⁸⁷ Bkz. Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 12; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 56; Dâmâd, **a.g.e.**, C: I, s. 715.

¹⁴⁸⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 56; Buhûtî, **Keşşâfu’l-knâ’**, C: III, s. 497.

¹⁴⁸⁹ İbnü’l-Hümâm, **Fethu’l-Kadîr**, C: VI, s. 155; Dâmâd, **a.g.e.**, C: I, s. 717; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 319.

¹⁴⁹⁰ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 111; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 57; Nesefî, **Kenz**, s. 399; Nevevî, **Minhâc**, s. 132; **Ravza**, C: IV, s. 279; Buhûtî, **a.g.e.**, C: III, s. 527.

¹⁴⁹¹ İbnü’l-Hümâm, **a.g.e.**, C: VI, s. 155-156; Dâmâd, **a.g.e.**, C: I, s. 717; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 319.

¹⁴⁹² Kudûrî, **a.g.e.**, s. 110; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 12; Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 319.

¹⁴⁹³ Molla Hüsrev, **a.g.e.**, C: II, s. 319; Nevevî, **Minhâc**, s. 132; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 38; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: V, s. 4.

¹⁴⁹⁴ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 12; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 18; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 57; Meydânî, **a.g.e.**, C: II, s. 128; Ensârî, **Esne’l-Metâlib**, C: II, s. 255; Buhûtî, **Şerhu Münteha’l-İrâdât**, C: II, s. 228.

¹⁴⁹⁵ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XI, s. 151; Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 57; Buhûtî, **Keşşâfu’l-knâ’**, C: III, s. 496, 526, 527.

¹⁴⁹⁶ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 38; Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 54.

a'mâl şirketlerini meşru kabul etmemektedirler.¹⁴⁹⁷ Vücûh ya da a'mâl şirketlerini meşru görmeyenler, bu ortaklıklarda sermayeyi teşkil edecek müşterek bir malın olmaması veya bir takım risklerin bulunması gibi gerekçelere dayanmaktadırlar.¹⁴⁹⁸

İslam hukuku kaynaklarında şirket akdinin muhtelif türleri kuruluş biçimleri bakımından ayrıca mufâvaza ve inan şirketi olmak üzere iki kısımda ele alınmaktadır.¹⁴⁹⁹ Hanefî hukukçuların kullandığı manada mufâvaza şirketi, ortakların sermaye miktarı, kâr payı, tasarruf ehliyeti gibi hususlarda eşit halde bulunmaları, her bir ortağın diğerinin vekili ve kefil olması kaydıyla kurulan ortaklık akdidir.¹⁵⁰⁰ Ayrıca bu ortaklıkta tarafların sermaye olmaya elverişli bütün mallarının şirkete sermaye olarak katılması gerekmektedir. Taraflardan birinin bu tür mallarından bir kısmını sermayeye katmaması durumunda mufâvaza şirketi gerçekleşmiş sayılmaz.¹⁵⁰¹ Bu sebeple mufâvaza şirketi kurulduktan sonra taraflardan birisinin miras, hibe, vasiyet gibi bir yolla şirketteki hissesinin dışında sermaye olmaya elverişli bir mala mâlik olması halinde, ortakların sermayelerinin eşit olması şartı bozulacağından şirket mufâvaza olma özelliğini kaybedip inan şirketine dönüşür.¹⁵⁰²

Bu manasıyla mufâvaza ortaklığı, kendisinde aranan eşitlik şartının sağlanmasının ve korunmasının çok zor olması, ayrıca ortakların yüklenecekleri borçlarda birbirlerine kefil olmasındaki risk gibi unsurlar dolayısıyla Hanefîlerin dışındaki hukukçularca meşru görülmemiştir.¹⁵⁰³ Ancak mufâvaza kavramı Mâlikî ve Hanbelî mezhebi kaynaklarında bu mananın dışında, ortaklardan her birinin diğerini şirket mallarında alım, satım, kiralama, mudârabe gibi her türlü ticari tasarrufla

¹⁴⁹⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 57; Nevevî, **Minhâc**, s. 132; **Ravza**, C: IV, s. 279-280.

¹⁴⁹⁸ Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 223; Ensârî, **a.g.e.**, C: II, s. 255; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 38.

¹⁴⁹⁹ Haskefî, **a.g.e.**, s. 363; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 155-156; Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 156-158; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 35, 37; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3880-3881; Gözübenli, "Şirket", C: XXXIX, s. 199.

¹⁵⁰⁰ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 110; Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 5; Nesevî, **Kenz**, s. 398; **Mecelle**, md. 1331; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3882; Gözübenli, "Şirket", C: XXXIX, s. 200.

¹⁵⁰¹ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 342-343.

¹⁵⁰² Kudûrî, **a.g.e.**, s. 110; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s. 7; Mevslî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 14.

¹⁵⁰³ Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3885. Ayr. bkz. Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 223; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: V, s. 22.

bulunmaya vekil kıldığı ortaklık manasında kullanılmaktadır. Bu şekildeki bir şirket meşrudur.¹⁵⁰⁴

İnan şirketi ise İslam hukukçularınca genellikle sermaye miktarı, kâr hisseleri, tasarruf ehliyeti gibi unsurlarda ortaklar arasında eşitlik şartı aranmayan, tarafların birbirine kefil olmayıp yalnızca vekil olduğu ortaklığı ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁵⁰⁵ İnan şirketinde ortakların sermaye olmaya elverişli bütün mallarını şirkete sermaye yapma zorunlulukları olmayıp, mallarının bir kısmıyla da bu ortaklığa dâhil olabilirler.¹⁵⁰⁶ Bu manada inan şirketinin meşruiyeti hususunda İslam hukukçuları ittifak halindedir.¹⁵⁰⁷ Öte yandan Mâlikî hukukçular inan şirketini farklı bir manada kullanmakta, ortakların şirket malında birbirlerinden izinsiz tasarrufta bulunma yetkilerinin olmamasının şart koşulduğu ortaklığa inan şirketi adını vermektedirler.¹⁵⁰⁸ Bu suretteki bir ortaklık onlara göre meşrudur.¹⁵⁰⁹

Şirket akdinin zikredilen muhtelif türleriyle bağlayıcı bir akit olup olmadığı hususunda mudârabe akdinde olduğu gibi cumhur ile Mâlikîler arasında ihtilaf bulunmaktadır. İslam hukukçularının cumhuruna göre şirket akdi tarafları açısından bağlayıcı olmayan bir akit olup, ortaklardan her biri istediği zaman bu akdi feshedip ortaklıktan çekilme hakkına sahip bulunmaktadır.¹⁵¹⁰ Çünkü şirket akdinde taraflar birbirlerinin vekili durumundadırlar. Bu akitle taraflardan her biri diğerini kendi hissesinde tasarrufta bulunmaya vekil kılmış olmaktadır. Müvekkil dilediğinde vekâlete son verme hakkına sahip olduğuna göre, şirket akdinde ortaklardan her birinin diğer ortağa verdiği vekâlete son verme hakkı vardır. Aynı zamanda vekilin de vekâletten tek taraflı vazgeçme hakkı bulunduğu için, şirket akdinin taraflarından

¹⁵⁰⁴ Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 42-43; Hicâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 273-274; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3884.

¹⁵⁰⁵ Bkz. Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 9; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 15-16; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 321; Nevevî, **Minhâc**, s. 132; Hicâvî, **a.g.e.**, C: II, s. 252-253; Gözübenli, “Şirket”, C: XXXIX, s. 200.

¹⁵⁰⁶ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 9; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 15.

¹⁵⁰⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 57; Nevevî, **Minhâc**, s. 132; Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 49; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: V, s. 12; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3880.

¹⁵⁰⁸ Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: III, s. 359; Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 49.

¹⁵⁰⁹ Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 49.

¹⁵¹⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 77; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VI, s. 156; Nevevî, **Minhâc**, s. 132; **Ravza**, C: IV, s. 283; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: V, s. 18; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: III, s. 528.

her birinin diğerk tarafın vekili olmaktan vazgeçme hakkı vardır.¹⁵¹¹ Bir ortağın diğerkini vekâletten azledip kendisinin de ona vekil olmaktan vazgeçmesi ise şirket akdinin feshi anlamına gelmektedir.

Ancak şirket akdinde feshin hukuken geçerlilik kazanabilmesi için diğerk ortak veya ortakların bundan haberdar olmaları şarttır. Zira bu akitte ortaklar birbirlerinin vekili olduklarından, onlardan birinin diğerklerinin bilgisi dışında gerçekleştirdiği feshin geçerli sayılması, fesihten haberi olmayan ortağın vekâlete dayanarak müşterek malda yaptığı tasarruflardan dolayı zarar görmesine sebep olabilir.¹⁵¹²

Burada şunu da ifade etmeliyiz ki, ikiden fazla kişi arasında yapılan şirket akitlerinde ortaklardan biri ortaklıktan çekildiği takdirde, akit diğerk ortaklar arasında devam ettiğinden, bu gibi durumlarda şirket akdi için ancak kısmî bir fesihten söz etmek mümkündür. Bir başka ifadeyle mezkûr durumda ortaklıktan çekilen taraf şirket akdini yalnızca kendisine nispetle feshetmiş olur.

Şirket akdinin feshiyle ilgili temas edilmesi gereken bir başka husus ise, bu akdin ortaklardan birinin tek taraflı iradesiyle feshedilebildiği gibi, bazı hallerde akdin dışındaki şahıslar tarafından da feshinin mümkün olmasıdır. Eda ehliyeti eksik kimse tarafından yapılan şirket akdi bu duruma bir örnektir. Çünkü şirket akdi kâr ve zarara ihtimalli bir tasarruf olup, eksik ehliyetlilerin yaptığı bu türden tasarrufların nefâzı hukuki temsilcilerinin onayına bağlıdır. Dolayısıyla mümeyyiz çocuk, ma'tûh gibi eksik ehliyetlilerin veya onlar hükmünde olan hacr altındaki sefih kimselerin yaptıkları şirket akitleri hukuki temsilcileri tarafından feshedilebilir. Bunun dışında Hanefî hukukçuların fâsid akitlerin feshi hususundaki yaklaşımlarına göre, söz gelimi sermayeyle ticareti helal olmayan ürünlerin satın alınıp bunların ticaretinin yapılması gibi meşru olmayan bir unsur barındırması sebebiyle fâsid olan bir şirket akdi, tarafların feshe yanaşmaması halinde hâkim tarafından re'sen feshedilebilir.

Mâlikî hukukçular genellikle cumhurdan farklı olarak şirket akdinin bağlayıcı bir akit olduğunu, karşılıklı irade beyanlarıyla inşa edilmesiyle birlikte bu akdin

¹⁵¹¹ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 161; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: V, s. 18.

¹⁵¹² Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 77; **Mecelle**, md. 1353; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 526.

tarafklar için bağlayıcılık kazanacağını ifade etmektedirler.¹⁵¹³ Bununla birlikte mezhepte Şirketin gayri lâzım bir akit olduğu kanaatine sahip hukukçular da vardır.¹⁵¹⁴ Netice itibariyle Mâlikî mezhebindeki hâkim kanaate göre Şirket akdi bağlayıcı bir akit olup,¹⁵¹⁵ taraflardan biri için fesih hakkı doğuran bir sebep bulunmadıkça tek taraflı feshe elverişli değildir. Şirket akdinin bağlayıcılığına gerekçe olarak ise muâvazalı akit özelliği taşıması gösterilmektedir.¹⁵¹⁶

Ancak Karâfi'nin aktardığına göre, Mâlikî hukukçu Lahmî (v. 333/944) Şirket akdinin konusu ve süresi belli olarak kurulması halinde bağlayıcı olacağını, aksi takdirde tarafların Őirketten ayrılma haklarının olduğunu ifade etmiştir.¹⁵¹⁷ Bu durumda Şirket akdinin süresi belirtilmeden yapılan icâre akdinde olduğu gibi yalnızca ilk bir ay için bağlayıcı sayılacağı da söylenmiştir.¹⁵¹⁸ Buna göre bir ayın tamamlanmasıyla birlikte ortaklar Şirket akdini feshetme hakkına sahip olurlar.

Kanaatimizce bu yaklaşım isabetli olup Mâlikî mezhebinde Şirket akdinin bağlayıcı olmasından maksat budur. Çünkü Şirket akdi yapısı itibariyle icâre akdi gibi istimrârî bir akit olduğundan, feshe elverişlilik açısından icâre akdiyle aynı hükme tabi olmalı, dolayısıyla akit sırasında tarafların belirleyeceği süreyle kayıtlı olarak bağlayıcı sayılmalıdır. Zira aksi yöndeki bir yaklaşım, süresi belirtilmeden kurulan bir Şirket akdine taraf olan kimseyi, yaptığı akitle süresiz olarak bağlı kılar. Bu ise Şirketin tarafları için ciddi zararlara yol ağabilecek bir durumdur.

3.5. VEKÂLET, VİSÂYET VE TAHKÎM AKİTLERİNİN FESHİ

Vekâlet kavramı sözlükte “bir kimseye güvenmek,¹⁵¹⁹ işini ona havale etmek”¹⁵²⁰ manalarına gelen vekl kökünden türemiş olup,¹⁵²¹ fıkıhta kişinin

¹⁵¹³ Desûkî, **a.g.e.**, C: III, s. 348; Haraşî, **a.g.e.**, C: VI, s. 39; Ruaynî, **a.g.e.**, C: V, s. 122; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3914.

¹⁵¹⁴ İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: IV, s. 39; Ruaynî, **a.g.e.**, C: V, s. 122; Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3914.

¹⁵¹⁵ Zühaylî, **a.g.e.**, C: V, s. 3914.

¹⁵¹⁶ Karâfi, **ez-Zahîra**, C: VIII, s. 51; Hadi Ensar Ceylan, “İslam Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı”, (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, 2017, s. 89.

¹⁵¹⁷ Karâfi, **a.g.e.**, C: VIII, s. 50. Ayr. bkz. Ceylan, **a.g.e.**, s. 88.

¹⁵¹⁸ Karâfi, **a.g.e.**, C: VIII, s. 50.

¹⁵¹⁹ İbn Fâris, **a.g.e.**, C: VI, s. 136.

¹⁵²⁰ Feyyûmî, **a.g.e.**, C: II, s. 670; Fîrûzâbâdî, **el-Kâmûs**, s. 1069.

¹⁵²¹ Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 387.

kendisinin de yapabileceği niyâbete elverişli bir tasarrufu, kendisi adına yapması için başkasına yetki vermesi, onu bu hususta kendi yerine geçirmesi anlamında kullanılmaktadır.¹⁵²² Bu işlem müvekkil ile vekilin karşılıklı irade beyanlarıyla kurulan bir akittir.¹⁵²³

Vasiyet ile aynı kökten gelen visâyet ise fıkhîta esasen, tam eda ehliyeti bulunmayan kimseler üzerinde sahip olunan bir hukuki temsil yetkisini ifade etmektedir.¹⁵²⁴ Ancak visâyette velâyetten farklı olarak bu hukuki temsil yetkisi akrabalık sebebiyle kazanılmamakta, ehliyetsiz veya eksik ehliyetli kimsenin velisinin bu yetkiyi vermesiyle elde edilmektedir. Visâyet terimi fikhî kaynaklarda bahsi geçen hukuki temsil yetkisiyle birlikte bu yetkinin veli tarafından ilgili şahsa verilme işlemi için de kullanılmaktadır.¹⁵²⁵ Bu işlem ayrıca **îsâ** (الإيضاء) sözcüğüyle de ifade edilmektedir.¹⁵²⁶ Visâyet işlemi hukuki temsil yetkisi veren veli (**mûsî**) tarafından tek taraflı olarak gerçekleştirilebilen bir tasarruf olmayıp, kendisine yetki verilen şahsın (**vasî**) bu işlemi kabul veya reddetme hakkı vardır.¹⁵²⁷ Dolayısıyla visâyet de akit mahiyetinde olan bir tasarruftur.

Visâyet başkasına hukuki temsil yetkisi verme yönüyle vekâlet akdiyle benzerlik gösterse de, yetki verenin ölümünden sonraya matuf bir işlem olması sebebiyle vekâletten ayrılır.¹⁵²⁸ Öte yandan visâyet ölümden sonrasına yönelik olması açısından vasiyet işlemine benzemekle birlikte, vasiyetin konusu malın temlikî iken, visâyetin mevzuu hukuki temsil yetkisi vermektir. Netice itibarıyla visâyet, kişinin ölümünden sonra malından vasiyetlerini yerine getirmesi, ehliyeti

¹⁵²² Benzer muhtelif tanımlar için bkz. İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VII, s. 139; **Mecelle**, md. 1449; Kadri Paşa, **a.g.e.**, s. 131, md. 799; Şirbînî, **a.g.e.**, C: III, s. 231; Merdâvî, **el-İnsâf**, C: V, s. 353; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 509; Bereketî, **a.g.e.**, s. 239; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 387; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 601; Bilal Aybakan, "Vekâlet", **DİA**, 2013, C: LXIII, s. 1.

¹⁵²³ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 20.

¹⁵²⁴ Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 503; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 381; Ali Bardakoğlu, "Vesâyet", **DİA**, 2013, C: XLIII, s. 66.

¹⁵²⁵ Bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXVIII, s. 24; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 529; Şirbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 116; Nevevî, **Ravza**, C: VI, s. 311; Desûkî, **a.g.e.**, C: IV, s. 455; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: IV, s. 394; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 503; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 606.

¹⁵²⁶ Bkz. Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 447; Ensârî, **Fethu'l-Vehhâb**, C: II, c. 24; Ruaynî, **a.g.e.**, C: VI, s. 403; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 79; Bereketî, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁵²⁷ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXVIII, s. 23; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 447; Nevevî, **Ravza**, C: VI, s. 316; Ruaynî, **a.g.e.**, C: VI, s. 403; Kermî, **Defilü't-tâlib**, s. 201.

¹⁵²⁸ Ensârî, **Fethu'l-Vehhâb**, C: II, s. 24; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 381.

tam olmayan çocuklarının mali haklarını koruması vb. işlerini görmesi için bir şahsa kendisinin ve çocuklarının mallarında tasarrufta bulunma yetkisi vermesini konu alan bir akittir.¹⁵²⁹

Vekâlet akdi İslam hukukçularının ittifakıyla her iki taraf için de gayri lâzım bir akit olup tek taraflı feshe elverişlidir. Dolayısıyla vekil dilediği zaman vekâletten vazgeçebileceği gibi, müvekkil de istediğinde vekâlete son verebilir.¹⁵³⁰ Çünkü vekâlet taraflardan birinin diğerine kendisi adına bazı tasarruflarda bulunabilme izni vermesinden ibarettir ki, izin veren de, alan da bundan vazgeçme hakkına sahiptir.¹⁵³¹ Ancak vekâlet akdinde taraflardan birinin gerçekleştirdiği feshin hukuken geçerli sayılabilmesi için diğer tarafın bundan haberdar olmasının gerekip gerekmediği İslam hukukçularınca tartışılmıştır.

Hanefî mezhebine ve Mâlikî mezhebindeki hâkim kanaate göre müvekkil tarafından yapılan fesih işleminin geçerliliği için vekilin bundan haberdar olması şarttır. Bundan dolayı müvekkilin vekili bilgisi olmaksızın azletmesi halinde, azil haberi kendisine ulaşınca kadar vekâlet akdi vekil açısından geçerliliğini korur ve buna bağlı olarak onun vekâlet kapsamında müvekkil adına yaptığı tasarruflar geçerli sayılır.¹⁵³² Zira aksi takdirde vekil vekâletin devam ettiği zannıyla yaptığı tasarruflar sebebiyle zarar görebilir.¹⁵³³

Yine Hanefî hukukçular vekâlet akdinin vekil tarafından feshi durumunda, feshin geçerliliğinin müvekkilin fesihten haberdar olmasına bağlı olacağını belirtmektedirler.¹⁵³⁴ Çünkü vekâletin müvekkilin haberi olmadan feshi geçerli kabul edildiği takdirde, müvekkil de bundan zarar görebilecektir. Söz gelimi kendisine muayyen bir mal satın alması için vekâlet verilen şahıs müvekkile haber vermeden vekâleti feshedip bu malı kendisine alsa, müvekkil bu tasarruftan zarar görecektir.

¹⁵²⁹ Bkz. Nevevî, *Minhâc*, s. 194; Zerkâ, *a.g.e.*, C: I, s. 628; Tehânevî, *Keşşâfu ıstılâhâtî'l-fünûn*, C: II, s. 1794; Bardakoğlu, "Vesâyet", C: XLIII, s. 66.

¹⁵³⁰ Molla Hüseyin, *Gurer*, C: II, s. 293; Timurtâşî, *a.g.e.*, s. 507-508; *Mecelle*, md. 1522, 1525; Nevevî, *Minhâc*, s. 137; İbn Rüşd, *a.g.e.*, C: IV, s. 86; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, C: V, s. 88.

¹⁵³¹ Şîrâzî, *a.g.e.*, C: II, s. 177; İbn Kudâme, *a.g.e.*, C: V, s. 88; Ceylan, *a.g.e.*, s. 86.

¹⁵³² Merğînânî, *el-Hidâye*, C: III, s. 152; Kâsânî, *a.g.e.*, C: VI, s. 37; Halebî, *Mültekâ*, C: III, s. 338; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, C: III, s. 396; Haraşî, *a.g.e.*, C: VI, s. 86.

¹⁵³³ Merğînânî, *a.g.e.*, C: III, s. 152; Dâmâd, *a.g.e.*, C: II, s. 247.

¹⁵³⁴ İbn Nuceym, *el-Bahr*, C: VII, s. 187; Dâmâd, *a.g.e.*, C: II, s. 247; *Mecelle*, md. 1524.

Bundan dolayı bu gibi durumlarda müvekkil fesihten haberdar olana kadar vekâlet hukuken geçerli kabul edilmekte, dolayısıyla yapılan tasarruf müvekkil adına yapılmış sayılmaktadır.¹⁵³⁵

Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde öne çıkan görüşe göre ise vekâlet akdinde taraflar birbirlerine haber vermeden vekâleti feshedebilirler, bu şekilde yapılan fesih/azil işlemi geçerlidir.¹⁵³⁶ Bu görüşte vekâletin tek taraflı feshinin geçerliliği için karşı tarafın rızasının şart olmamasından hareket edilmektedir. Buna göre tıpkı talak işleminde olduğu gibi, vekâlette tek tarafın yaptığı fesih muhatabın rızası olmaksızın geçerli görüldüğüne göre onun bilgisi olmadan da geçerli sayılmalıdır.¹⁵³⁷ Ancak bu yaklaşıma sahip hukukçular, mezkûr durumda fesheden tarafın herhangi bir anlaşmazlık olduğu takdirde mahkemede ispat edebilmek için vekâleti feshettiğine dair şahit tutmasını tavsiye etmektedirler.¹⁵³⁸ Zira aksi takdirde konu yargıya intikal ettiğinde, söz gelimi müvekkilin vekâleti feshettiğini ispatlayamaması halinde, hâkim vekilin fesihten haberi olmadan yaptığı tasarrufların geçerliliğine hükmedecektir.

Vekâlet akdi yapısı itibarıyla her iki taraf için de bağlayıcı olmayan bir akit olsa da, bazen bu akdin feshi üçüncü şahısların haklarının ihlaline yol açabilmektedir. Böyle durumlarda bazı İslam hukukçularına göre vekâlet akdi bağlayıcılık kazanmakta, dolayısıyla ilgili şahsın rızası olmadan feshi geçersiz sayılmaktadır. Mesela aralarında borç ilişkisi bulunan iki şahsın anlaşmasıyla borçlunun alacaklıya vereceği rehin mal bir yed-i emine teslim edilse ve rehin veren borçlu yed-i emine borcun vadesi geldiğinde bu malı satın bedelini alacaklıya ödemesi için vekâlet verse, Hanefî hukukçulara göre bu vekâlet hem vekil hem de müvekkil için bağlayıcı bir akit olur. Çünkü bu durumda vekâletin feshi alacaklı

¹⁵³⁵ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: III, s. 647.

¹⁵³⁶ Nevevî, **Mînhâc**, s. 137; Heytemî, **Tuhfetü'l-muhtâc**, C: V, s. 338-340; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: V, s. 89; Buhûtî, **er-Ravzu'l-murabba'**, s. 395.

¹⁵³⁷ Heytemî, **a.g.e.**, C: V, s. 338; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: V, s. 89; Buhûtî, **er-Ravzu'l-murabba'** s. 395.

¹⁵³⁸ Heytemî, **a.g.e.**, C: V, s. 338.

şahsın hakkının ihlaline yol açmaktadır. Bu sebeple onun rızası olmadan vekâletin taraflarca feshi geçerli görülmemektedir.¹⁵³⁹

Vekâlette olduğu gibi visâyet akdinin de tarafları açısından bağlayıcı bir akit olmadığı hususunda İslam hukukçuları ittifak halindedir. Ancak bu akdin bağlayıcı olmamasının mutlak olarak mı geçerli olduğu yoksa mûsînin hayatta olması şartıyla kayıtlı mı olduğu hususunda İslam hukuk mezheplerinin farklı yaklaşımları vardır. Şâfi'î hukukçuların görüşü ve Hanbelî mezhebindeki hâkim kanaat, visâyetin mutlak olarak gayri lazım bir akit olduğu yönündedir. Bu yaklaşıma göre visâyet akdi tıpkı vekâlet gibi hukuki temsil yetkisi vermekten ibaret bir tasarruf olup, taraflar diledikleri zaman bu yetkiyi sonlandırma hakkına sahiptirler.¹⁵⁴⁰ Dolayısıyla mûsî herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın dilediğinde vasiyi azledebileceği gibi, vasî de gerek mûsî hayattayken, gerekse onun ölümünden sonra istediğinde vasilikten vazgeçebilir.¹⁵⁴¹ Ayrıca Şâfi'î ve Hanbelî hukukçular vekâletteki görüşlerine paralel olarak visâyet akdinde feshin geçerliliği için, fesheden tarafın bunu diğer tarafın bilgisi dâhilinde yapmış olmasını da şart koşmazlar.¹⁵⁴²

Visâyet/vasî tayini sözleşmesi, mûsînin veya onun velâyeti altında bulunan bâliğ olmamış çocuklar, akıl hastaları gibi eda ehliyetinden yoksun veya eksik ehliyete sahip kimselerin mali haklarını korumak amacıyla meşru kılınmış bir hukuki işlemdir. Bu bakımdan mûsî hayattayken tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla kurulan bu sözleşmenin mûsînin ölümünden sonra vasî tarafından feshi halinde, mali hakları koruma altına alınan kimselerin zarar görme ihtimalleri bulunmaktadır. Bu sebeple vasîye mutlak olarak fesih hakkı tanıyan bazı hukukçular, bahsi geçen kimselerin zarar görmesini önlemek için bazı durumlarda bu hakta kısıtlamaya gitmişlerdir. Mesela ölen mûsînin ve çocuklarının mallarını idare edebilecek başka

¹⁵³⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, C: VI, s. 38; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, C: VIII, s. 138-139; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 527. Şâfi'î hukukçulara göre ise vekâlet akdi bu durumda da bağlayıcı olmayıp feshe elverişlidir. Bkz. Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 177.

¹⁵⁴⁰ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 365; Nevevî, **Ravza**, C: VI, s. 320; Şîrbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 122; Ensârî, **Fethu'l-Vehhâb**, C: II, s. 25; Heytemî, **a.g.e.**, C: VII, s. 94; Merdâvî, **el-İnsâf**, C: VII, s. 293; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: IV, s. 397; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VI, s. 247.

¹⁵⁴¹ İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VI, s. 247; Merdâvî, **a.g.e.**, C: VII, s. 293; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 79.

¹⁵⁴² İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VI, s. 247; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 79.

bir vasinin bulunmaması dolayısıyla bu malların zayi olması kuvvetle muhtemel ise, vasînin fesih hakkının olmayacağı Şâfi'î hukukçularca ifade edilmiştir.¹⁵⁴³

Hanefî ve Mâlikî hukukçular visâyet akdinin vasî için bağlayıcı olmama durumunu mûsînin hayatta olması şartıyla kayıtlamaktadırlar. Bu görüşe göre mûsî hayattayken vasînin kabulüyle gerçekleştirilen visâyet akdi, mûsînin ölümüyle birlikte vasî için bağlayıcı hale gelir.¹⁵⁴⁴ Zira mûsî onun kabulüne güvenerek başkasını vasî tayin etmediğinden, ölümünden sonra visâyetin vasî tarafından feshinin geçerli sayılması, mûsînin aldatılmış duruma düşmesine ve bundan dolayı zarara uğramasına sebep olur.¹⁵⁴⁵ Mûsî ölmeden önce ise vasî istediği zaman visâyeti feshetme hakkına sahiptir. Çünkü bu durumda mûsî başkasını vasî tayin edebileceğinden, visâyetin vasî tarafından feshedilmesiyle aldatılmış ve zarara maruz kalmış duruma düşmez.¹⁵⁴⁶ Ancak Hanefî ve Mâlikîlerin vekâletin feshi konusundaki yaklaşımları göz önünde bulundurulduğunda, bir tür vekâlet özelliği taşıyan visâyette vasînin feshinin geçerli olabilmesi için mûsînin bundan haberdar olması gerektiğini söylemeliyiz. Zira aksi takdirde fesihden haberi olmayan mûsî yeni bir vasî tayin etmemesi sebebiyle zarar görür.

Visâyetin feshiyle alakalı olarak ele alınması gereken bir mevzu da, vasînin mûsînin ölümünden sonra hâkim tarafından azledilip edilemeyeceği meselesidir. Zira vasînin hâkim tarafından azledilmesi, aynı zamanda onunla mûsî arasında yapılmış olan visâyet akdinin ortadan kaldırılması demektir. Bu tasarruf fesih kapsamına girmektedir. Fikhî kaynaklar incelendiğinde Hanefî ve Mâlikî hukukçuların hâkimin belli durumlarda vasîyi azletme yetkisinin bulunduğu kanaatine sahip oldukları görülmektedir.

Hâkimin bu yetkiye sahip olduğu durumları iki kısımda ele almak mümkündür. Birincisi fisk, hıyânet, mûsîye düşmanlığının bulunması gibi vasînin

¹⁵⁴³ Nevevî, **Ravza**, C: VI, s. 320; Şirbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 122-123; Heytemî, **a.g.e.**, C: VII, s. 94; Ensârî, **Fethu'l-Vehhâb**, C: II, s. 25. Bu durumda vasinin görevini meccanen yapma zorunluluğu olmayıp, buna karşılık bir ücret alabilir. Bkz. Heytemî, **a.g.e.**, C: VII, s. 94.

¹⁵⁴⁴ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXVIII, s. 23; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 521; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: IV, s. 455-456; Haraşî, **a.g.e.**, C: VIII, s. 194-195; Ruaynî, **a.g.e.**, C: VI, s. 403.

¹⁵⁴⁵ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXVIII, s. 23; İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: VIII, s. 521.

¹⁵⁴⁶ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 538.

güvenilirliğini zedeleyen durumlardır. Her iki mezhep hukukçularına göre bu gibi durumlarda hâkim mûsînin tayin etmiş olduğu vasîyi azledip yerine başka bir vasî görevlendirir.¹⁵⁴⁷ Çünkü vasî tayin etme işlemi güven esasına dayanan bir tasarruftur. Mûsî güven duyduğu kişiyle visâyet sözleşmesi yapmaktadır. Dolayısıyla vasînin güvenilir olmadığının ortaya çıkması, visâyet işleminden beklenen amacı gerçekleştirmediği gibi mûsînin ve velâyeti altındakilerinin zararına yol açar. Bu durumda mûsî ölmüş olduğu için vasîyi azledemeyeceğinden, hâkim zararı önlemek için onun yerine vasîyi azleder.¹⁵⁴⁸

Vasînin hâkim tarafından azledilebileceği bir başka durum ise vasînin güvenilir olmakla birlikte visâyetin gereklerini yapmaktan aciz kalmasıdır. Bu durumda Hanefî hukukçulara göre, eğer vasî görevini tek başına yerine getirmekte yetersiz kalıyorsa, hâkimin vasîyi azletmek yerine onun yanına bir başkasını yardımcı olarak görevlendirmesi gerekir. Vasînin vasîliğin gereklerini yerine getirmekten tamamen aciz bulunması durumunda ise, hâkim onu azledip yerine başka bir vasî tayin eder.¹⁵⁴⁹ Bu yaklaşımda mûsînin tayin ettiği güvenilir vasînin mümkün oldukça azledilmemesi gerektiği belirtilerek mûsînin hakkı gözetildiği gibi, azil kapısı tamamen kapatılmayarak visâyet altında bulunanların hakkına da riayet edilmiştir. Öte yandan hâkimin hem güvenilir hem de visâyete ehil olan vasîyi azletmesi halinde, Hanefî hukukçuların çoğunluğunun kanaati, dinen vebale girmiş olsa da umumî velâyetinden dolayı hâkimin bu tasarrufunun geçerli olacağı yönündedir. Bir kısım Hanefîler ise bu durumda azlin geçerli olmayacağı görüşündedir.¹⁵⁵⁰

Şâfi'î ve Hanbelî mezhebi kaynaklarında ise mûsînin tayin ettiği vasînin güvenilirlik ve yeterlilik özelliklerini yitirmesi halinde hâkim kararıyla azlinden bahsedilmemektedir. Şâfi'î hukukçular güvenilirliği zedeleyen durumlarda ehliyeti

¹⁵⁴⁷ Bkz. İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 522; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: II, s. 447; Desûkî, **a.g.e.**, C: IV, s. 453; Ebu'l-Hasen Ali b. Ahmed el-Adevî es-Saîdî, **Hâşiyetü'l-Adevî alâ Şerhi Muhtasari Halîl li'l-Haraşî**, 8 c., (Haraşî'nin Muhtasaru Halîl şerhiyle birlikte), Beyrut, Dâru'l-fikr, t.y., C: VIII, s. 192.

¹⁵⁴⁸ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXVIII, s. 24; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 539; İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: VIII, s. 522.

¹⁵⁴⁹ Serahsî, **el-Mebsût**, C: XXVIII, s. 24; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: IV, s. 539; Bâbertî, **a.g.e.**, C: X, s. 502; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: II, s. 448.

¹⁵⁵⁰ Haskefi, **a.g.e.**, s. 746; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VIII, s. 522

ortadan kalktığı için vasînin hâkim kararı olmaksızın kendiliğinden azlolunmuş sayılacağını, yeterlilikle ilgili sorunlarda ise hâkim tarafından yanına güvenilir bir vasî tayin edileceğini söylerler.¹⁵⁵¹ Hanbelîler ise her iki durumda da vasînin yanına güvenilir ve ehil olan ikinci bir vasînin tayin edileceği görüşündedirler.¹⁵⁵²

Tahkim terimi İslam hukukunda, aralarında hukuki ihtilaf bulunan kimselerin bu ihtilafı çözmesi için kendi rızalarıyla bir şahsı hakem tayin etmelerini konu alan akdin adıdır.¹⁵⁵³ Bu işlemle uyuşmazlık yaşayan taraflar mahkemeye müracaat edip yargı sürecinin külfetlerine katlanmaksızın aralarındaki anlaşmazlıkları hükme bağlama imkânını elde etmiş olmaktadır. Taraflarca hakem tayin edilen kişi hakem olmaya ehil ise, bu kimsenin verdiği hüküm İslam hukukunda tıpkı hâkimin verdiği hüküm gibi taraflar için bağlayıcı kabul edilmektedir.¹⁵⁵⁴ Ancak Hanefî hukukçulara göre hakemin hükmü mahkemeye intikal ettirildiği takdirde mahkemenin hakemin hükmünü onaylama zorunluluğu olmayıp, hâkim farklı bir içtihada sahipse bu hükmü bozabilir.¹⁵⁵⁵ Diğer mezheplere göre ise hakemin hükmünde, mahkemelerin verdiği kararları bozmayı gerektiren açık bir haksızlık veya şer'î esaslara aykırılık gibi bir durum yoksa hâkim kendi içtihadına aykırı da olsa bu hükmü bozamaz.¹⁵⁵⁶

Tahkîm akdi İslam hukukçularının çoğunluğuna göre hakem hükmünü verinceye kadar bağlayıcı değildir. Dolayısıyla hükmün verilmesinden önce hakem tayin eden taraflardan her birisi hakemi tek taraflı azletmek suretiyle tahkim akdini feshetme hakkına sahiptir.¹⁵⁵⁷ Çünkü hakeme kendileri hakkında hüküm verme yetkisini onlar vermiş olduğundan bu yetkiyi geri alma hakkına da sahiptirler.¹⁵⁵⁸ Aynı şekilde hakem de hükmünü açıklamadan önce bu akdi tek taraflı bozup

¹⁵⁵¹ Şîrbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 118.

¹⁵⁵² İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VI, s. 246-247.

¹⁵⁵³ Benzer muhtelif tanımlar için bkz. Bereketî, **a.g.e.**, s. 53; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 123; **Mecelle**, md. 1790; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 619; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 535-536; Mustafa Yıldırım, "Tahkîm", **DİA**, 2010, C: XXXIX, s. 411.

¹⁵⁵⁴ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 108; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 94; Hicâvî, **a.g.e.**, C: IV, s. 376.

¹⁵⁵⁵ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: III, s.108; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: II, s. 94.

¹⁵⁵⁶ Mevvâk, **a.g.e.**, C: VIII, s. 99-100; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: IV, s. 288; Hicâvî, **a.g.e.**, C: IV, s. 376; Yıldırım, "Tahkîm", C: XXXIX, s. 412.

¹⁵⁵⁷ Merğînânî, **a.g.e.**, C: III, s. 108; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: II, s. 94; **Mecelle**, md. 1847; Ali Haydar, **a.g.e.**, C: IV, s. 700; Nevevî, **Minhâc**, s. 337; Hicâvî, **a.g.e.**, C: IV, s. 376; Zühaylî, **a.g.e.**, C: VII, s. 5257; Zerkâ, **a.g.e.**, C: I, s. 620.

¹⁵⁵⁸ Ali Haydar, **a.g.e.**, C: IV, s. 700.

hakemlikten vazgeçebilir.¹⁵⁵⁹ Hakem hükmünü verdikten sonra ise, bu hüküm şer'an bağlayıcı olduğundan, artık taraflar ve hakem için tahkim akdini feshetme imkânı kalmamaktadır. Mâlikî hukukçulara göre ise hakem hükmünü açıklamamış bile olsa, tarafların hakemin huzurunda delillerini ortaya koyup davalaşmaya başlamalarıyla birlikte tahkîm akdi bağlayıcılık kazanır ve artık tarafların rücû' hakkı ortadan kalkar.¹⁵⁶⁰

Öte yandan tahkîm akdi her ne kadar bağlayıcı olmayan bir akit olsa da, tarafların tayin etmiş olduğu hakeme yetkili bir hâkim tarafından icâzet verilmesi halinde, bu hakem hâkimin naibi/vekili sıfatını kazanacağından taraflar henüz hüküm verilmemiş veya deliller ortaya konulmamış bile olsa bu hakemi azledemezler.¹⁵⁶¹ Buna göre tarafların ve belirledikleri hakemin karşılıklı rızayla gerçekleştirdikleri tahkîm işlemi, hâkimin bu hakeme yetki vermesiyle bir dava mahiyeti kazanmakta, dolayısıyla bağlayıcı hale gelmektedir. Bu durumda taraflar için olduğu gibi hakem için de tahkim işlemi feshetme hakkı bulunmamaktadır.

3.6. NİKÂH AKDİNİN FESHİ

İslam'da evlilik birliğinin sağlıklı bir şekilde sürdürülmesine büyük önem verilmekte ve haklı bir gerekçe olmaksızın bu birlikteliği sonlandırmak hoş karşılanmamaktadır.¹⁵⁶² Bununla birlikte bazen evliliğin devamı tarafların maslahatını gerçekleştiren bir durum olmaktan çıkıp onların zararına yol açabilmekte, eşler arasındaki muhabbet ve uyum, nefret ve çekişmeye dönüşebilmektedir. Bu durumda tarafların zarar görmemesi için nikâh akdinin sonlandırılması ciddi bir ihtiyaç haline gelebilmektedir.¹⁵⁶³ Bazen de nikâh akdi şer'î hukukun kendisinde aradığı bazı şartları yerine getirmediğinden, bu akde son verilmesi şer'î bir zorunluluk da olabilmektedir. Bu sebeplerden dolayı İslam

¹⁵⁵⁹ Zühaylî, **a.g.e.**, C: VII, s. 5257.

¹⁵⁶⁰ Karâfî, **ez-Zahîra**, C: X, s. 37; Yıldırım, "Tahkîm", C: XXXIX, s. 413.

¹⁵⁶¹ **Mecelle**, md. 1847. Ayr. bkz. Ali Haydar, **a.g.e.**, C: IV, s. 701.

¹⁵⁶² Nitekim "Allah'ın en çok kızdığı helal boşamaktır" hadisi bu hususa işaret etmektedir. (Bkz. Ebû Dâvud, "Talâk", 3; İbn Mâce, "Talâk", 1) Ayrıca Kur'an'da eşler arasında geçimsizlikler yaşandığında, problemi çözüp eşlerin arasını bulmaları için her iki tarafın ailesinden bir hakem seçilmesi tavsiye edilmektedir. (Bkz. Nisâ 4/35) Bu durum İslam'da aile kurumunun sağlıklı bir şekilde sürdürülmesine verilen önemi göstermektedir.

¹⁵⁶³ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 121.

hukukunda nikâh akdinin muhtelif şekillerde sonlandırılması meşru kabul edilmektedir.

3.6.1. Nikâh Akdinde Talak-Fesih Ayırımı

İslam aile hukukunda nikâh akdinin sonlandırılması talak ve fesih olmak üzere iki yolla gerçekleşir.¹⁵⁶⁴ Talak sözlükte bağı çözmek, serbest bırakmak manasına gelmekte olup¹⁵⁶⁵ fıkhîta; sahih olarak kurulmuş bir evlilik bağının kocanın tek taraflı -açık ya da kinayeli- irade beyanıyla veya kadının talebi üzerine hâkim kararıyla sonlandırılmasını ifade etmektedir.¹⁵⁶⁶ Tariften de anlaşıldığı gibi talak yalnızca sahih olarak kurulmuş bir nikâh akdi için söz konusu olur.¹⁵⁶⁷ Buna göre fâsid bir nikâh akdinde talaktan söz edilemez.

Ayrıca talak nikâhın taraflarından yalnızca kocanın doğrudan kullanabileceği bir hak olup, koca tarafından gerçekleştirilen talak işleminin hukuken geçerli sayılması için herhangi bir gerekçeye ihtiyaç duyulmamaktadır.¹⁵⁶⁸ Dolayısıyla her ne kadar şer'an kerih görülse de,¹⁵⁶⁹ kocanın herhangi bir sebebe dayanmaksızın eşini boşadığını beyan etmesi halinde yapılan talak şer'î hukuk nazarında geçerli olur. Nikâhın diğer tarafı olan kadın ise doğrudan bir talak hakkına sahip bulunmamakta, ancak meşru bir gerekçesinin bulunması halinde mahkemeye müracaat edip hâkimin talaka hükmetmesini talep etme ya da bazı İslam hukukçularına göre kocası tarafından kendisine talak yetkisinin verilmesi (**tefvîzu't-talâk**) yoluyla talak imkânını elde edebilmektedir.¹⁵⁷⁰

¹⁵⁶⁴ Muhammed Hâmid Kamhâvî, Ömer Abdullah, **Ahkâmu'l-ahvâli's-şahsiyye li'l-müslimîn**, İskenderiye, Dâru'l-matbûati'l-câmiyye, 1986, s. 141; Muhammed Ebû Zehre, **el-Ahvâlû's-şahsiyye**, 3. bs., Kahire, Dâru'l-fikri'l-arabî, 1377/1957, s. 277; Hallâf, **Ahkâmu'l-Ahvâli's-Şahsiyye**, s. 172.

¹⁵⁶⁵ Cürçânî, **a.g.e.**, s. 141; Kal'acî, Kanîbî, **a.g.e.**, s. 291; Ebû Ceyb, **a.g.e.**, s. 230; Bereketî, **a.g.e.**, 136; H. İbrahim Acar, "Talak", **DİA**, 2010, C: XXXIX, s. 496.

¹⁵⁶⁶ Hallâf, **a.g.e.**, s. 131.

¹⁵⁶⁷ Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 277.

¹⁵⁶⁸ Kamhâvî, Ömer Abdullah, **Ahkâmu'l-ahvâli's-şahsiyye**, s. 141.

¹⁵⁶⁹ Nitekim şu hadis haklı bir sebep olmaksızın yapılan talakın kerahetine delalet etmektedir: "أبغض " الحلال إلى الله الطلاق " "Allah'ın en çok kızdığı helal boşamadır." Ebû Dâvud, "Talâk", 4; İbn Mâce, Talâk, 1.

¹⁵⁷⁰ Kadının mahkemeye başvurup talak talep edebileceğine dair bkz. Kamhâvî-Ömer Abdullah, **a.g.e.**, s. 198; Ebû Zehre, **el-Ahvâlû's-şahsiyye**, s. 347. Tefvîzu't-talâk ile ilgili olarak ise bkz. Hallâf, **Ahkâmu'l-ahvâli's-şahsiyye**, s. 154.

Öte yandan talakta nikâh akdinin temelden ortadan kaldırılıp hiç yapılmamış hükmünde kılınması mevzu bahis olmayıp, bu işlemle belli bir süreden beri devam eden evlilik bağı talak işleminin yapıldığı andan itibaren sona erdirilmiş olmaktadır.¹⁵⁷¹ Dolayısıyla talak nikâh akdinin yapıldığı anda doğurmuş olduğu hukuki sonuçları külliye ortadan kaldıran bir tasarruf değildir. Mesela nikâh akdinin sonuçlarından biri olan mehrin vücûbu talakla sakıt olmamakta, talak zifaktan önce bile gerçekleşse akit sırasında belirlenmiş mehrin yarısının kadına ödenmesi şer'an vâcib olmaktadır.¹⁵⁷²

Bir de talâkın rec'î ve bâin olmak üzere iki türü bulunmakta, bunlardan rec'î talakta evlilik bağı hemen sonlanmayıp kadının iddet süresinin sonuna kadar devam etmekte, bu süre içinde kocanın yeni bir nikâh akdi yapmaya ihtiyaç duymaksızın eşine rücû' etme hakkı bulunmaktadır. Bâin talakta ise nikâh bağı talak yapıldığı anda sona ermekte, bundan sonra tarafların yeniden evlilik hayatına dönebilmeleri için aralarında yeni bir nikâh akdi yapmaları gerekmektedir.¹⁵⁷³

Fesih ise nikâh akdi çerçevesinde değerlendirildiğinde, akdin kuruluşu sırasında mevcut bulunan nikâhın sıhhatine veya bağlayıcılığına mani durumlar ya da sonradan ortaya çıkıp evliliğin devamına engel teşkil eden arızalar sebebiyle nikâh akdinin esastan bozulmasını ifade etmektedir.¹⁵⁷⁴ Buna göre fesih işlemi talak gibi tek tarafın herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın gerçekleştirebileceği bir tasarruf olmayıp, nikâh akdinin karı-kocadan birisi tarafından feshedilebilmesi için onun açısından feshi meşru kılan bir sebebin bulunması gerekmektedir. Ayrıca fesih sahih olarak kurulmuş nikâh akdinde olduğu gibi fâsid bir nikâh akdinde de söz konusu olabilir. Fesih nikâh akdini esastan bozmak olduğundan, bu işlemle nikâhın doğurmuş olduğu hukuki sonuçlar tamamıyla ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple mesela nikâh akdinin zifaktan önce feshedilmesi halinde, bu akitle kocanın

¹⁵⁷¹ Kamhâvî-Ömer Abdullah, **a.g.e.**, s. 141; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 277.

¹⁵⁷² Bkz. Bakara 2/237.

¹⁵⁷³ Hallâf, **Ahkâmu'l-Ahvâlî's-Şahsiyye**, s. 131-132; Ebû Zehre, **el-Ahvâlî's-Şahsiyye**, s. 279.

¹⁵⁷⁴ Hallâf, **a.g.e.**, s. 172; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 277; Kamhâvî-Ömer Abdullah, **Ahkâmu'l-ahvâlî's-Şahsiyye**, s. 141; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IX, s. 6864.

zimmesinde sabit olan mehr-i müsemma veya mehr-i misil tamamen sâkit olmaktadır.¹⁵⁷⁵

3.6.2. Nikâh Akdinde Fesih Sebebi Sayılan Durumlar

Nikâh akdinin feshine sebep oluşturan durumlarla alakalı olarak öncelikle şunu ifade edebiliriz: Bu durumların bir kısmının vukuu halinde nikâhın feshi zorunluluk arz ederken, bazı durumlarda ise fesih zorunlu olmayıp ilgili taraf ya da üçüncü şahıslar için fesih hakkının doğması söz konusudur.

3.6.2.1. Feshi Zorunlu Kılan Haller

3.6.2.1.1. Nikâhın Sahih Olmaması

Feshi zorunlu kılan hallerden bir tanesi nikâh akdinin sıhhat şartlarında bir eksikliğin bulunması durumudur. Çünkü akdin sıhhatine engel bir durumun mevcudiyeti halinde yapılan nikâh İslam hukuku nazarında gayri meşru sayıldığından, İslam hukukçuları bu gibi hallerde tarafların bu akde dayanarak sürdürdükleri birlikteliğe derhal son vermeleri gerektiğini, aksi takdirde yargı makamının devreye girerek bu kimselerin aralarını ayırması gerektiğini belirtmektedirler.

Ancak İslam hukukçularının cumhuruna göre sıhhat şartları yerine gelmemiş akitler hükümsüz sayıldığından, bu şekilde yapılan bir nikâh akdi yok hükmünde olacaktır. Yine Hanefî hukukçular muamelat akitlerinde batıl-fâsid ayırımı yapsalar da, mezhepte hâkim kanaat nikâh akdinde böyle bir ayırımın olmadığı, sıhhat şartlarından birisi eksik olan nikâhın hükümsüz sayılacağı yönündedir.¹⁵⁷⁶ Bu durumda sıhhat şartları yerine gelmemiş bir nikâh akdiyle birliktelik yaşayan çiftlerin kendi iradeleriyle veya yargı zoruyla ayrılmaları ıstılahî manada bir fesih değildir. Çünkü hukuken varlık kazanmamış bir akdin feshinden söz edilemez.

Bununla birlikte dört mezhep kaynaklarında hukuki geçerliliği olmasa da şeklen mevcut bir akde dayalı birlikteliklerin sonlandırılmasının fesih kavramıyla

¹⁵⁷⁵ Kamhâvî-Ömer Abdullah, **a.g.e.**, s. 141.

¹⁵⁷⁶ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3087.

ifade edildiği görülmektedir. Mesela Hanefî hukukçulardan Haskefî (v. 1088/1677), nikâh akdinde ayrılmanın fesih olarak nitelendiği durumları sayarken, nikâhın fâsid olması sebebiyle gerçekleşen ayrılmayı da bunlar arasında zikretmektedir.¹⁵⁷⁷ Şâfi'î hukukçu Şîrbînî de, nikâh akdinden sonra nikâh şahitlerinin fâsik olduklarının ortaya çıkması halinde bu akdi yapan tarafların arasının ayrılması gerektiğini zikretmekte, daha sonra bu ayrılmayı fesih olarak nitelemektedir.¹⁵⁷⁸ Yine Mâlikî fakih Derdîr müt'a nikâhı gibi gayri meşru nikâhların feshedileceğini söyler.¹⁵⁷⁹ Aynı şekilde Hanbelî mezhebi fukahâsından Muvaffakuddîn İbn Kudâme, kadın fâsid nikâh akdiyle evlendiğinde kocasının onu boşaması gerektiğini, boşamaya yanaşmaması halinde ise hâkimin bu nikâhı feshedeceğini ifade etmiştir.¹⁵⁸⁰

İslam hukukçularının şer'an geçerli olmayan bir nikâha son verilmesini fesih olarak nitelemelerini şöyle gerekçelendirmek mümkündür: Bir nikâhın şer'an geçerli olup olmadığı her zaman ittifakla sabit olmayıp, bazı İslam hukukçularına göre geçersiz olan bir nikâh akdi başka hukukçuların içtihadına göre geçerli sayılabilmektedir. Dolayısıyla böyle durumlarda nikâhın sonlandırılmasının, geçerli olma ihtimaline binaen fesih olarak nitelendiğini söyleyebiliriz.¹⁵⁸¹ Geçersizliği tartışma kabul etmeyen nikâh akitlerinin feshinden bahsedilen yerlerde ise, fesih bilinen ıstılahî anlamında kullanılmamakta, bu gibi yerlerde fesih kavramı akdin butlanına hükmedilmesi manasında kullanılmaktadır.¹⁵⁸²

3.6.2.1.2. Karı Kocadan Birinin Din Değiştirmesi

Nikâh akdinin feshini zorunlu kılan bir başka sebep ise evlilik devam ederken taraflardan birinin din değiştirmesidir. Tabii din değiştirme mutlak olarak nikâhın feshini ya da infisâhını zorunlu kılan bir sebep olmayıp, taraflardan hangisinin din değiştirdiği, hangi dine girdiği, diğer tarafın müntesip olduğu dinin ne olduğu gibi unsurlar nikâh akdinin şer'an geçerliliğini sürdürüp sürdürmeyeceği hususunda önem

¹⁵⁷⁷ Haskefî, **a.g.e.**, s. 184-185.

¹⁵⁷⁸ Şîrbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 238. Şâfi'î hukukçulara göre nikâhın sahih olabilmesi için nikâh şahitlerinin âdil olması, fâsik olmaması gerekir. Bkz. Nevevî, **Minhâc**, s. 206.

¹⁵⁷⁹ Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebir**, C: II, s. 238-239.

¹⁵⁸⁰ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, s. 11.

¹⁵⁸¹ İbn Kudâme'nin bu kanaati uyandıran değerlendirmesi için bkz. **el-Muğnî**, C: VII, s. 11.

¹⁵⁸² Feshin bu manada yorumlanmasına dair bkz. Şîrbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 238.

arz etmektedir. Evlilik devam ederken taraflardan birinin din deęiřtirmesini esas itibariyle iki řekilde dūřünmek mümkündür.

3.6.2.1.2.1. Müslüman Çiftlerden Birinin Dininden Dönmesi/ İrtidâd Etmesi

Karı kocadan birinin irtidâd etmesi durumunda nikâhın münfesih olacağı hususunda İslam hukukçuları hemfikirdir.¹⁵⁸³ Çünkü İslam hukukunda mürtedin herhangi bir kimseyle nikâh yapması meşru görülmemektedir.¹⁵⁸⁴ Buna göre mürted olmak kişinin nikâha elverişli olma özelliğini ortadan kaldıran bir durumdur. Dolayısıyla evli çiftlerden birisinin mürted olması halinde, aralarındaki nikâh bağı mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden sona erer.¹⁵⁸⁵

Ancak irtidâd halinde nikâhın infisâhının ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı hususunda iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Hanefî ve Mâlikî hukukçular irtidâd gerçekleştiğinde nikâh akdinin derhal münfesih olacağını savunurken,¹⁵⁸⁶ Şâfi'î hukukçular ve bir rivayete göre Ahmed b. Hanbel, irtidâd zifaktan önce gerçekleşirse nikâhın hemen sona ereceği, zifaktan sonra gerçekleştiği takdirde ise akdin infisâhının kadının iddetinin bitmesine bağlı olacağı kanaatindedirler. Buna göre iddet süresi içerisinde mürted olan taraf tekrar İslam'a dönerse taraflar arasındaki nikâh devam eder, aksi takdirde iddet bittiğinde nikâh akdi riddet anından itibaren münfesih sayılır.¹⁵⁸⁷

Hanefî ve Mâlikîlerin yaklaşımına göre irtidâd hali evliliğın devamına şer'î bir engel oluşturması sebebiyle gerçekleştiği anda nikâhın infisâhını gerektirmektedir. Bu hususta zifafın gerçekleşmiş olup olmaması arasında bir fark yoktur.¹⁵⁸⁸ Şâfi'î hukukçular ise müslüman eşlerden birinin zifaktan sonra irtidâd etmesini, müşrik eşlerden birinin zifaf sonrasında müslüman olmasına kıyas ederek

¹⁵⁸³ Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 114; Nevevî, **Minhâc**, s. 212; Kurtubî, **el-Kâfi**, C: II, s. 543; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, s. 174; Esmâdî, **a.g.e.**, s. 145.

¹⁵⁸⁴ Neseî, **Kenz**, 264; Nevevî, **Minhâc**, s. 212.

¹⁵⁸⁵ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 114; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: III, s. 230.

¹⁵⁸⁶ Neseî, **Kenz**, s. 265; Haskefî, **a.g.e.**, s. 199; Kurtubî, **el-Kâfi**, C: II, s. 543.

¹⁵⁸⁷ Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: III, s. 162; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, s. 173-174.

¹⁵⁸⁸ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, s. 174.

görüşlerini temellendirmektedirler.¹⁵⁸⁹ Zira her iki durumda da zifafla pekişmiş bulunan nikâhın sonradan arız olan bir durum sebebiyle sona ermesi söz konusudur.

3.6.2.1.2.2. Gayri Müslim Eşlerden Birinin Müslüman Olması

Gayri müslim eşlerden birinin müslüman olması halinde müslüman olan taraf erkeğe ve kadın da ehli kitaptan ise, bu durumda nikâh akdinin devam edeceği hususunda İslam hukukçuları ittifak halindedir. Çünkü İslam hukukunda müslüman bir erkeğin ehli kitaptan bir kadınla nikâh akdi yapması meşrudur. Başlangıçta nikâhlanılması meşru olan birisiyle daha önce yapılmış bir nikâhı devam ettirmek de meşru olur.¹⁵⁹⁰ Ancak müslüman olan erkeğin karısı ehli kitaptan başka bir din mensubu ise ya da müslümanlığı seçen taraf kadın ise, evliliğin bu haliyle sürdürülmesine İslam hukukunda cevaz verilmez.¹⁵⁹¹ Şâfi’î, Mâlikî ve Hanbelî

¹⁵⁸⁹ Ensârî, **a.g.e.**, C: III, s. 162; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VII, s. 174.

¹⁵⁹⁰ Serahsî, **el-Mebsût**, C: V, s. 45; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: I, s. 353; Şirbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 320; Ensârî, **Esne'l-Metâlib**, C: III, s. 163; Kurtubî, **el-Kâfi**, C: II, s. 549; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VII, s. 169.

¹⁵⁹¹ Bu görüş İslam hukukçularının kahir ekseriyetinin kanaatidir. Bununla birlikte bu mevzuda farklı yaklaşıma sahip bulunan İslam hukukçuları da bulunmaktadır. Bu hukukçuların yaklaşımına göre gayri müslim çiftlerden kadın müslüman olup kocası kendi dininde kalmaya devam ettiği takdirde, nikâh akdi sona ermemekte, kadın nikâhı sürdürüp sürdürmeme hususunda muhayyer olmaktadır. Zührî, Hammâd b. Ebî Süleyman (v. 120/738), Zahirî mezhebinin kurucusu Dâvûd b. Ali (v. 270/884), İbn Teymiyye ve İbn Kayyim el-Cevziyye (v. 751/1350) bu kanaate sahip bulunan fakihlerdendir. (Bkz. Muhammed b. Ebî Bekr Şemseddin İbn Kayyim el-Cevziyye, **Ahkâmü ehli'z-zimme**, thk. Yusuf b. Ahmed el-Bekrî-Şakir b. Tevfik el-Ârûrî, 3 c., Demmâm, Ramâdî li'n-neşr, 1418/1997, C: II, s. 646-648; Nihat Dalgın, **İslam Hukukuna Göre Müslüman Gayr-i Müslim Evliliği**, Samsun, Etüt Yayınları, 2005, s. 197-198; Hussein Bahjat Hussein Ali, “İslam Aile Hukukunda Nikâh Akdinin Feshi”, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Ankara, 2012, s. 112). Hatta Hz. Ömer (r.a.)’in (v. 23/644), kocası hristiyan iken kendisi yeni müslüman olmuş bulunan bir kadını evliliğini devam ettirip ettirmeme hususunda muhayyer bıraktığı rivayet edilmektedir. Ayrıca Hz. Ali’nin (v. 40/661) de bu görüşte olduğuna delalet eden sözleri nakledilmektedir. (Abdürrezzâk, “Ehli kitâb”, C: VI, s. 83-84. Ayr. bkz. İbn Kayyim, **a.g.e.**, C: II, s. 646-647). Bu görüş sahipleri Hz. Peygamber (s.a.v.) döneminde müşrik çiftlerden birçoğunun aynı zamanda müslüman olmamalarını, birbirlerinden farklı zamanlarda müslüman olan bu çiftlerin nikâhlarını yenilemeden evliliklerine devam etmelerini, hatta Peygamberimizin kızı Zeyneb’i (v. 8/629) kendisinden seneler sonra müslüman olup Medine’ye hicret eden kocası Ebu'l-Âs’a (v. 12/634) eski nikâhlarıyla geri vermesini (Ebû Dâvud, “Talâk”, 24; Tirmizî, “Nikâh”, 43) görüşlerine delil olarak zikretmektedirler. (Bkz. İbn Kayyim, **a.g.e.**, C: II, s. 654-662; Hussein Ali, “a.g.e.”, s. 113). Öte yandan bu yaklaşıma sahip bulunan hukukçuların bir kısmı nikâhları devam etse de İslam’a giren kadının gayri müslim kocasıyla aynı evde birlikte yaşaması ve cinsi münasebette bulunmasının meşru olmayacağı kanaatindedir. Onlara göre İslam’ı seçen kadının dilediği takdirde gayri müslim kocasıyla nikâhını sürdürbilmesinden maksat, onunla birlikte yaşamayı devam ettirebilmesi değil seneler sürse de onun müslüman olmasını bekleyip müslüman olduğu takdirde yeni bir nikâha ihtiyaç duyulmaksızın onunla evlilik hayatına devam edebilmesidir. (Bkz. İbn Kayyim, **a.g.e.**, C: II, s. 647, 648, 650, 662; Hussein

hukukçulara göre, böyle bir durum zifaktan önce gerçekleşmişse nikâh hemen münfesih olur.¹⁵⁹² Mezkûr durumun zifaktan sonra meydana gelmesi halinde ise, akdin infisâhı kadının iddetinin bitmesine bağlı olur. Bu süre içerisinde gayri müslim olan taraf müslüman olursa nikâhları devam eder, aksi takdirde nikâh taraflardan birinin müslüman olduğu an itibariyle münfesih sayılır.¹⁵⁹³

Hanefî hukukçular ise gerek evli bulunan gayri müslim çiftlerden kadının müslümanlığı seçmesi, gerekse erkeğin müslümanlığı seçip kadının ehli kitap dışında bir din mensubu olması halinde nikâh akdinin kendiliğinden münfesih sayılmayacağı kanaatindedirler. Hanefî hukukçulara göre böyle bir durumda nikâhı sonlandırma yetkisi yargıya aittir. Hâkim bu meselede önce müslüman olmayan tarafa İslam'a girmesini teklif eder. Teklifin muhatabı bulunan taraf İslam'a girerse eşiyile arasındaki nikâh bağı devam eder. Aksi takdirde ise hâkim bu evliliğe son verir.¹⁵⁹⁴ Çünkü İslam hukukunda Müslüman bir kadının gayri müslim bir erkekle, Müslüman bir erkeğin de ehli kitap olmayan bir gayri müslim kadınla nikâh yapması meşru olmadığı gibi var olan nikâh akdini devam ettirmesi de meşru değildir.¹⁵⁹⁵

Hemen ifade edelim ki evliliğin hâkim tarafından sonlandırılması (**tefrîk**), İslam hukukçularınca bazı durumlarda talak, bazı hallerde ise fesih olarak nitelenmektedir. Hâkimin gayri müslim karı kocadan birinin müslüman olması sebebiyle nikâha son vermesi meselesinde, tefrikin talak mı yoksa fesih mi sayılacağı Hanefî hukukçular arasında tartışılmıştır. İmam Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre eğer tefrik kocanın İslam'a girmekten imtina etmesi sebebiyle gerçekleşmişse, bu tefrik bir talaktır. Çünkü bu durumda nikâhın sona ermesi, kocanın imkânı olduğu halde evlilik birliğini maruf vechile devam ettirmemesinden kaynaklanmaktadır. Kazâi tefriklerde ayrılığın kocadan kaynaklanması halinde hâkim kocanın yerine geçmiş hükmünde sayılmakta ve onun ayırması kocanın boşaması gibi kabul

Ali, "a.g.e.", s. 112). Nikâh sonrasında oluşan din ayrılığının evliliğe etkisiyle ilgili muhtelif görüşler ve ayrıntılı değerlendirme için bkz. Dalgın, **a.g.e.**, s. 165-273.

¹⁵⁹² Şirbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 320; Ensârî, **a.g.e.**, C: III, s. 163; Kurtubî, **el-Kâfi**, C: II, s. 550; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 204; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VII, s. 169.

¹⁵⁹³ Ensârî, **a.g.e.**, C: III, s. 163; Kurtubî, **a.g.e.**, C: II, s. 549-550; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 204.

¹⁵⁹⁴ Serahsî, **el-Mebsût**, C: V, s. 45; Mergînânî, **el-Hidâye**, C: I, s. 213; Haskefî, **a.g.e.**, s. 199; Zeylaî, **a.g.e.**, C: II, s. 174.

¹⁵⁹⁵ Kâsânî, **a.g.e.**, C: II, s. 336.

edilmektedir.¹⁵⁹⁶ Hâkimin kadının İslam'a girmekten kaçınması sebebiyle gerçekleştirdiği tefrik ise fesih sayılmaktadır. Çünkü bu tefrikte ayrılığa sebep olan taraf kadındır. Kadının boşama hakkı olmadığı için hâkimin ondan kaynaklanan bir sebeple nikâha son vermesi fesih olarak kabul edilir.¹⁵⁹⁷ Ebû Yusuf'a göre ise karı kocadan hangisinin İslam'a girmekten kaçınması sebebiyle gerçekleştiğine bakılmaksızın hâkimin tefriki fesih sayılır. Zira bu yaklaşıma göre İslam'dan kaçınma sebebiyle gerçekleşen ayrılığa sebep olma hususunda erkek ve kadın eşit durumdadır.¹⁵⁹⁸

3.6.2.2. Feshi Caiz Kılan Haller

Nikâh akdinde feshi zorunlu kılmamakla birlikte ilgili şahıs veya şahıslar için nikâhın feshini caiz kılan hallere gelince, İslam hukuku kaynaklarında bununla ilgili muhtelif fesih sebeplerinden bahsedilmektedir. Bu sebepleri kendi içerisinde nikâhın tarafları için feshi caiz kılan haller ve üçüncü şahıs durumundaki veli için feshi caiz kılan haller olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

3.6.2.2.1. Nikâhın Tarafları İçin Feshi Caiz Kılan Haller

3.6.2.2.1.1. Buluğ Muhayyerliği

Buluğ muhayyerliği tabiri, buluğa ermeden önce velileri tarafından evlendirilmiş çocukların buluğ çağına geldiklerinde nikâhı onaylama ya da feshetme yönündeki tercih haklarını ifade etmektedir. Bu meseleyle ilgili öncelikle şunu belirtmeliyiz: İslam hukukçularının çoğunluğu buluğa ermemiş çocuğun velisi tarafından evlendirilmesi halinde yapılan nikâh akdinin geçerli olduğu kanaatindedirler.¹⁵⁹⁹ Ancak Mâlikî ve Hanbelî hukukçulara göre velilerden yalnızca

¹⁵⁹⁶ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: I, s. 214; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 113; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: III, s. 227.

¹⁵⁹⁷ Serahsî, **el-Mebsût**, C: V, s. 46; Kâsânî, **a.g.e.**, C: II, s. 336; İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: III, s. 227; Hussein Ali, "a.g.e.", s. 114.

¹⁵⁹⁸ Serahsî, **a.g.e.**, C: V, s. 46; Kâsânî, **a.g.e.**, C: II, s. 337; İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: III, s. 227.

¹⁵⁹⁹ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 146; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: I, s. 193; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 94; Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 435; Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: III, s. 143; Ruaynî, **a.g.e.**, C: III, s. 458; Haraşî, **a.g.e.**, C: III, s. 202; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VII, s. 49-50; Merdâvî, **el-İnsâf**, C: VIII, s. 52, 54. İslam hukukçuları bu kanaatlerini Hz. Peygamber (s.a.v.) dönemindeki bazı uygulamalara ve maslahat gerekçesine dayandırmaktadırlar. Buradaki maslahat şöyle izah edilmektedir: Birbirine denk kimseler arasında yapılan nikâh akdi her iki taraf için de pek çok yararı barındırmaktadır. Ancak evlilik için denk kimseleri bulmak her zaman mümkün olmayabilmektedir. Dolayısıyla çocuğun dengiyle

baba, babanın vasisi ve hâkim,¹⁶⁰⁰ Şâfi'îlere göre sadece baba ve dede¹⁶⁰¹ çocuğu rızası olmaksızın evlendirebilme yetkisine sahipken; Hanefî hukukçular asabe kapsamındaki bütün velilerin bu yetkiye sahip olduğu görüşündedirler.¹⁶⁰²

Baba ve dedenin çocuğa karşı fitri olarak duydukları yoğun şefkat ve merhamet duyguları sebebiyle çocuğun zararına bir tasarrufta bulunmayacakları düşüncesiyle¹⁶⁰³ İslam hukukçularınca bu kimselerin çocuğu evlendirme velayetine sahip oldukları çoğunlukla kabul edilmiştir. Diğer veliler ise çocuğa karşı bu derecede şefkate sahip olamayacaklarından, onun zararına bir tasarrufta bulunabilecekleri gerekçesiyle¹⁶⁰⁴ Hanefîlerin dışındaki hukukçulara göre çocuğu evlendirme velayetine sahip görülmemişlerdir.

Hanefî hukukçular ise baba ve dedenin dışındaki velilerin çocuğu evlendirebileceği kanaatinde olmakla birlikte, çocuğun baba ve dededen başka bir veli tarafından evlendirilmesi halinde buluğa erdiğinde muhayyer olacağını, bu nikâhı onaylayabileceği gibi feshettirme hakkına da sahip bulunacağını ifade etmektedirler.¹⁶⁰⁵ Ayrıca baba ve dedenin dışındaki velilerin yaptıkları nikâh akdinin geçerli sayılabilmesi için, çocuğu denk biriyle evlendirmeleri ve mehrin fâhiş gabin içermemesi Hanefîlerce şart koşulmaktadır.¹⁶⁰⁶ Hanefî hukukçular da bu yaklaşımlarını, baba ve dede dışındaki velilerin şefkatinin baba ve dedeye nispetle eksik olması, dolayısıyla onların yaptığı nikâhın çocuğun zararına bir tasarruf olabileceği gerekçesiyle izah etmektedirler.¹⁶⁰⁷

evlendirilme fırsatının kaçırılmaması için veliye buluğdan önce çocuğu evlendirme velayetinin verilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bkz. Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 94; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: III, s. 127.

¹⁶⁰⁰ Halil b. İshak, **Muhtasaru Hafîl**, s. 99; Haraşî, **a.g.e.**, C: III, s. 202; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, s. 49.

¹⁶⁰¹ Merğînânî, **a.g.e.**, C: I, s. 193; Ensârî, **a.g.e.**, C: III, s. 143.

¹⁶⁰² Merğînânî, **a.g.e.**, C: I, s. 193; Kudûrî, **a.g.e.**, s. 146.

¹⁶⁰³ Hallâf, **Ahkâmu'l-Ahvâli'sh-Shahsiyye**, s. 62.

¹⁶⁰⁴ Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: III, s. 143.

¹⁶⁰⁵ Merğînânî, **a.g.e.**, C: I, s. 193; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 94. Ebû Yusuf bu konuda mezhebin görüşünden ayrılmakta, baba ve dedeye kıyasla diğer velilerin çocuğu evlendirmeleri durumunda da çocuk için buluğ muhayyerliğinin söz konusu olmayacağını söylemektedir. Bkz. Zebîdî, **el-Cevhere**, C: II, s. 9; Zeylaî, **a.g.e.**, C: II, s. 122.

¹⁶⁰⁶ Molla Hüsrev, **Dürer**, C: I, s. 337.

¹⁶⁰⁷ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 94; İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: III, s. 128; Meydânî, **a.g.e.**, C: III, s. 10-11.

Hemen ifade edelim ki, baba veya dedenin çocuğu evlendirme yetkisine sahip kabul edilmesi ve onların çocuğu evlendirmesi halinde nikâhın sahih sayılması, baba ve dedenin çocuğa şefkat hususunda asli fitratlarını koruyor olmalarına bağlıdır. Baba ve dedenin çocuğun zararına tercihleri ve çocuğun yararını önemsememeleriyle biliniyor olmaları halinde ise, onların yaptığı nikâhın sıhhati çocuğu kendisine denk biriyle evlendirmeleri ve nikâh akdinde mehr-i mislin fâhiş derecede altında veya üstünde bir mehir üzerinde anlaşmalarını şartıyla kayıtlanmıştır.¹⁶⁰⁸

Nikâh akdinin buluş muhayyerliği yoluyla feshi, hukuki geçerlilik için yargı kararına ihtiyaç duyan bir hukuki işlemdir.¹⁶⁰⁹ Dolayısıyla küçük yaşta babası veya dedesi dışındaki velisi tarafından evlendirilen erkek veya kız çocuğun buluşa erdiğinde nikâh akdini feshedebilmesi için mahkemeye başvurması gerekmektedir. Çünkü buluş muhayyerliğiyle fesih çocuğu evlendiren velinin yaptığı nikâhın çocuğun maslahatına uygun olmadığı gerekçesine dayanmaktadır. Bunu tespit edebilmek için ise hâkimin araştırma ve içtihadına ihtiyaç vardır.¹⁶¹⁰

3.6.2.2.1.2. *Taraflarda Bulunan Fiziksel ve Ruhsal Kusurlar*

İslam hukukunda taraflara nikâh akdini sonlandırma hakkı veren sebeplerden bir tanesi de, taraflardan birinde evliliğin devamını güçleştiren fiziksel veya ruhsal bir takım kusurların bulunmasıdır. İslam hukukçuları nikâh akdinin kusurlar sebebiyle sonlandırılmasının meşruiyeti hususunda hemfikir olmakla birlikte; nikâhı sonlandırmaya sebep teşkil edebilecek kusurların kapsamı, bu kusurlar sebebiyle nikâhın sonlandırılmasının talak mı yoksa fesih mi sayılacağı gibi meselenin ayrıntılarında farklı yaklaşımlara sahiptirler.

¹⁶⁰⁸ Molla Hüsrev, **Dürer**, C: I, s. 337; Hallâf, **Ahkâmu'l-Ahvâli's-Sahsiyye**, s. 62. Şâfi'î hukukçular babanın küçüğü evlendirmesi durumunda nikâhın sıhhati için bunun dışında da bir takım şartlar zikretmişlerdir. Bütün bu şartlar çocuğun maslahatını temine yöneliktir. Bu şartlar için bkz. Şirbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 246. Yine Mâlikî hukukçular çocuk adına yapılan nikâhın maslahata dayanması gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. Haraşî, **a.g.e.**, C: III, s. 202; Ruaynî, **a.g.e.**, C: III, s. 458.

¹⁶⁰⁹ Neseî, **Kenz**, s. 254; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: I, s. 337; Hallâf, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁶¹⁰ Zeylâf, **a.g.e.**, C: II, s. 123.

Hanefî hukukçulara göre koca karısının -ne kadar ağır da olsa- fiziksel veya ruhsal bir kusurun bulunması sebebiyle nikâhı feshetme hakkına sahip olmayıp, bu durumda dilerse talak hakkını kullanıp karısından ayrılabilir.¹⁶¹¹ Çünkü kadında bulunan kusur sebebiyle kocaya fesih hakkının verilmesi, nikâhın zifaktan önce feshedilmesi halinde kadının akitle elde ettiği mehir hakkının iptaline sebep olur. Böyle bir durumdan kadın zarar görür. Erkeğin zararının ise talak yoluyla giderilmesi mümkündür.¹⁶¹²

Kadın ise talak hakkına sahip bulunmadığı için kocasında bulunan bir takım kusurlar sebebiyle mahkemeye başvurup ondan ayrılma hakkına sahip bulunmaktadır. Hanefî mezhebindeki genel yaklaşıma göre kadına mahkeme yoluyla kocasından ayrılma hakkı tanıyan kusurlar cinsel kusurlardan ibarettir. Klasik fikhî kaynaklarda genellikle bu kusurların üç tane olduğu zikredilir. Bunlar ‘unnet,¹⁶¹³ cebb¹⁶¹⁴ ve hısâdır.¹⁶¹⁵ Bazı kaynaklarda ise bunlara hunûset¹⁶¹⁶ ve teahuz¹⁶¹⁷ da ilave edilir.¹⁶¹⁸ Tabii bunlar o dönem bilinen cinsel kusurlar olup, günümüzde ortaya çıkmış bulunan yeni cinsel kusurlar da, evlilik hayatına zarar vermesi yönüyle bu kusurlara kıyasla kadın için kazâî tefrik hakkı doğuran sebeplerden sayılmalıdır. Bu kusurların kadın için tefrik hakkı doğurmasının sebebi, bunların karı koca arasındaki cinsel hayata engel teşkil etmesi sebebiyle kadının nikâh akdinden beklediği amaca ulaşamamasıdır. Bir akitten beklenen amacın elde edilememesi ise, maksadına ulaşamayan taraf için akdi ortadan kaldırma hakkı doğurur.¹⁶¹⁹

İmam Muhammed diğer Hanefî imamlardan farklı olarak kadının, kocasında cinsel kusurların dışında kendisiyle birlikte yaşamaktan dolayı ciddi zararlar görebileceği delilik, cüzzam, baras gibi hastalıkların bulunması durumunda da

¹⁶¹¹ Serahsî, **el-Mebsût**, C: V, s. 95; Kudûrî, **a.g.e.**, s. 150; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 115.

¹⁶¹² Meydânî, **a.g.e.**, C: III, s. 25.

¹⁶¹³ Cinsel iktidarsızlık. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 587.

¹⁶¹⁴ Erkeklik organının kesilmiş olması. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 67.

¹⁶¹⁵ Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 115; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: I, s. 399. Hısâ: Erkeklik organı mevcut olduğu halde yumurtaların burulmuş, iğdiş edilmiş olması. Bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁶¹⁶ Bir kimsede hem kadın hem de erkek cinsel organlarının birlikte mevcut olması yahut da her iki organın da bulunmaması hali. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 205.

¹⁶¹⁷ Erkeğe karısıyla cinsi münasebette bulunamaması için sihir yapılmış olması. Bkz. İbn Manzûr, **a.g.e.**, C: III, s. 472.

¹⁶¹⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, C: II, s. 336.

¹⁶¹⁹ Serahsî, **el-Mebsût**, C: V, s. 101.

mahkeme yoluyla ayrılma hakkına sahip olduğu görüşündedir.¹⁶²⁰ Diğer Hanefî müçtehitler bu hastalıkları nikâh akdinin maksadı olan cinsi birlikteliğe engel olmaması sebebiyle cinsel kusurlar gibi değerlendirmezken, İmam Muhammed kadına verdiği zararları yönüyle bu hastalıkları tefrik sebebi olma hususunda cinsel kusurlara kıyas etmektedir.¹⁶²¹ İmam Muhammed'in görüşü esas alındığı takdirde, günümüzde ortaya çıkan pek çok hastalık da aynı gerekçeyle tefrik sebebi sayılacaktır.

Tefrik hakkı doğuran hastalıkların kocada bulunması durumunda kadının bu hakkını kullanabilmek için mahkemeye başvurup tefrik talebinde bulunması gerekmektedir. Bu durumda kocada bulunan kusur 'unne (iktidarsızlık) gibi iyileşme ihtimali bulunan bir hastalıksa, hâkim nikâhı hemen sonlandırmayıp kocaya bir sene süre tanır ve bu süre zarfında iyileşme olmazsa kadının talebiyle nikâhı sonlandırır. Süre vermenin sonucu değiştirmeyeceği kusurlarda ise hâkim evliliğe derhal son verir.¹⁶²² Hanefî hukukçular kocadan kaynaklanması sebebiyle bu tefriki talak saymaktadırlar.¹⁶²³

Şâfi'î, Mâlikî ve Hanbelî hukukçular da İmam Muhammed gibi hem cinsel kusurları hem de birlikte yaşamayı güçleştiren fiziksel ve ruhsal hastalıkları evliliği sonlandırmayı meşru kılan sebepler olarak kabul etmektedirler. Ayrıca bu mezheplere göre mezkûr kusurlar yalnızca kadın için değil her iki taraf için de kazâî tefrik hakkı doğurmaktadır.¹⁶²⁴ Mâlikî hukukçulara göre karı kocadan birinin kusuru sebebiyle hâkim kararıyla gerçekleştirilen tefrik talak sayılırken,¹⁶²⁵ Şâfi'î ve Hanbelî hukukçular bu tefriki fesih olarak kabul ederler.¹⁶²⁶ Mâlikî hukukçular Hanefîler gibi nikâhın doğrudan koca tarafından sonlandırılmasını da, kocadan kaynaklanan bir sebeple hâkim tarafından sonlandırılmasını da talak olarak nitelemektedirler. Şâfi'î

¹⁶²⁰ Kudûrî, **a.g.e.**, s. 150; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: II, s. 274; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 115; Ebû Zehre, **el-Ahvâlü's-Şahsiyye**, s. 355.

¹⁶²¹ Mevsilî, **a.g.e.**, C: III, s. 115; Zebîdî, **el-Cevhere**, C: II, s. 22; Meydânî, **a.g.e.**, C: III, s. 25.

¹⁶²² Meydânî, **a.g.e.**, C: III, s. 25-26.

¹⁶²³ Merğînânî, **a.g.e.**, C: II, s. 273; Meydânî, **a.g.e.**, C: III, s. 25.

¹⁶²⁴ Nevevî, **Minhâc**, s. 215; Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: III, s. 175-176; Haraşî, **a.g.e.**, C: III, s. 235-237; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: II, s. 277-278; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 197-199.

¹⁶²⁵ Ruaynî, **a.g.e.**, C: III, s. 447; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 359.

¹⁶²⁶ Nevevî, **Minhâc**, s. 215; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 199; Ebû Zehre, **el-Ahvâlü's-Şahsiyye**, s. 359.

ve Hanbelî hukukçulara göre ise nikâhın kocanın irade beyanı dışında bir yolla sonlandırılması fesih tir.¹⁶²⁷

3.6.2.2.1.3. Kocanın Karısının Nafakasını Vermemesi

Kocanın karısının nafakasını vermemesi (**ademü'l-infâk**) durumunda kadının fesih hakkı olup olmayacağı meselesi de İslam hukukçularınca tartışılmıştır. Nafakayı vermeme ya kocanın maddi imkânsızlığı (**i'sâr**) sebebiyle karısının nafakasını ödeyememesi ya da imkânı olduğu halde nafakayı ödemeye yanaşmaması şeklinde olur.

Hanefî hukukçulara göre her iki durum da nikâh akdinin mahkeme yoluyla sonlandırılmasını meşru kılan bir sebep sayılmamaktadır.¹⁶²⁸ Çünkü koca eğer maddi imkânsızlık içindeyse bu durum kadının nafaka hakkını ortadan kaldırmamakta, yalnızca bir süre geciktirmektedir. Bu gerekçeyle nikâhın sonlandırılması ise, kocanın nikâhla elde ettiği hakkı iptal etmektedir. Bu durumda nikâhın sonlandırılmasının kocaya vereceği zarar, nikâhın devamının kadına vereceği zarardan daha fazladır.¹⁶²⁹ Ayrıca i'sâr halindeki borçluya gösterilecek muamele hususunda ilgili ayette şöyle buyurulmaktadır: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة..." "Eğer borçlu darlık içindeyse, eli genişleyinceye kadar ona mühlet vermek gerekir..."¹⁶³⁰ Ayetin kapsamına her borçlu gibi nafaka borçlusuna da girmektedir.¹⁶³¹ Hanefî hukukçulara göre bu durumda hâkim durumu düzelene kadar kadının kocasına hesabına borçlanarak nafakasını temin etmesine hükmeder.¹⁶³²

Kocanın imkânı olduğu halde nafakayı ödememesi halinde ise, kadının mağduriyetini gidermenin tek yolu tefrik olmayıp, yargı makamının kocayı nafaka ödemeye zorlama imkânı vardır. Bundan dolayı kadının hakkını korumanın farklı yolları mevcutken aile birliğini sona erdirecek tefrik yolu tercih edilmez. Bu

¹⁶²⁷ Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 359.

¹⁶²⁸ Timurtâşî, **a.g.e.**, s. 260; Molla Hüsrev, **Gurer**, C: I, s. 414.

¹⁶²⁹ Merğînânî, **el-Hidâye**, C: II, s. 287; Ibn Nüceym, **el-Bahr**, C: IV, s. 200; Zeylaî, **a.g.e.**, C: III, s. 54; Meydânî, **a.g.e.**, C: III, s. 96.

¹⁶³⁰ Bakara 2/280.

¹⁶³¹ Zeylaî, **a.g.e.**, C: III, s. 54.

¹⁶³² Kudûrî, **a.g.e.**, s. 173; Merğînânî, **a.g.e.**, C: II, s. 287; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: IV, s. 6; Neseî, **Kenz**, s. 313; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: I, s. 415.

durumda Hanefî hukukçulara göre borcunu ödemekten imtina eden borçluya uygulanan müeyyideler koca için de devreye girer. Buna göre hâkim nafakayı ödemeyen kocayı hapsedme, malını cebren satıp kadının nafakasını temin etme gibi yollarla kadının maruz kaldığı haksızlığı giderir.¹⁶³³

Hanefîlerin dışındaki diğer üç mezhep hukukçuları ise, kocanın maddi imkânsızlık sebebiyle üzerine vâcib olan nafakayı karısına ödeyememesini kadın için kazâî tefrik hakkı doğuran bir sebep olarak değerlendirmektedirler.¹⁶³⁴ Mâlikî ve Şâfi'î hukukçular böyle bir durumda hâkimin hemen tefrike gitmeyeceğini, kocaya belli bir süre tanıyacağını söylerken,¹⁶³⁵ Hanbelî hukukçular kadının istemesi halinde hâkimin nikâha hemen son vereceğini ifade etmektedirler.¹⁶³⁶ Öte yandan fiziksel ve ruhsal kusurlar sebebiyle gerçekleştirilen tefrikte olduğu gibi burada da nikâhın sonlandırılması Şâfi'î ve Hanbelîlere göre fesih,¹⁶³⁷ Mâlikîlere göre ise talak sayılmaktadır.¹⁶³⁸

Nikâhın i'sâr gerekçesiyle hâkim tarafından sonlandırılmasını meşru gören hukukçular bu görüşlerini şöyle gerekçelendirmektedirler: Kur'an'da kadınlara zarar vermek için onları nikâh altında tutmak yasaklanmakta,¹⁶³⁹ onların ya iyilikle tutulması ya da güzellikle salıverilmesi istenmektedir.¹⁶⁴⁰ Buna göre kadını nafakasını temin etmeksizin nikâh altında tutmak iyilikle tutmak sayılamayacağına göre, bu durumda kocanın karısını boşayarak güzellikle salıvermesi gerekmektedir. Koca bunu yerine getirmediğinde ise, kadının mağduriyetini gidermek için hâkim onun yerine geçerek nikâha son verir.¹⁶⁴¹ Ayrıca kocada cinsel kusurlar bulunması halinde kazâî tefrik meşru olduğuna göre, nafakanın temin edilememesi halinde

¹⁶³³ Serahsî, **el-Mebsût**, C: V, s. 187-189; Ebû Zehre, **el-Ahvâlü's-sahsiyye**, s. 350.

¹⁶³⁴ Nevevî, **Minhâc**, s. 265; Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: III, s. 438; Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: II, s. 518; Kurtubî, **el-Kâfî**, C: II, s. 560-561; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VIII, s. 204; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: V, s. 476.

¹⁶³⁵ Nevevî, **Minhâc**, s. 265; Kurtubî, **el-Kâfî**, C: II, s. 561.

¹⁶³⁶ Hicâvî, **a.g.e.**, C: IV, s. 146; Buhûtî, **a.g.e.**, C: V, s. 476.

¹⁶³⁷ Ensârî, **a.g.e.**, C: III, s. 438; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VIII, s. 204; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 353.

¹⁶³⁸ Derdîr, **a.g.e.**, C: II, s. 518; Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 353.

¹⁶³⁹ Bakara 2/231.

¹⁶⁴⁰ Bakara 2/229.

¹⁶⁴¹ Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 349. Ayr. bkz. Şirbînî, **a.g.e.**, C: V, s. 176; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VIII, s. 204; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: V, s. 476.

evleviyetle meşru olmalıdır. Çünkü nafaka cinsi münasebetten daha öncelikli ve temel bir ihtiyaçtır.¹⁶⁴²

Koca nafakayı ödeyebilecek kadar malının bulunduğu bilindiği halde karısının nafakasını ödemiyor veya eksik ödüyorsa, yargı yoluyla kocayı nafakaya zorlama imkânı bulunduğundan ya da kadın kocasının izni olmaksızın onun malından nafakasını temin edebileceğinden bu durum cumhura göre de kazâî tefrik sebebi sayılmamıştır.¹⁶⁴³

3.6.2.2.1.4. Kocanın Kayıp, Hapse Mahkûm ve Esir Olma Durumları

Nikâh akdinin feshini caiz kılan sebepler kapsamında ele alınması gereken bir mevzu da, kocanın kaybolması, hapse mahkûm olması, esir düşmesi gibi hallerde kadının mahkeme yoluyla tefrik hakkının olup olmadığı meselesidir. Hanefî hukukçulara ve Şâfi'î mezhebinde sahih kabul edilen görüşe göre kocanın kaybolması ve kendisinden haber alınamaması durumunda kadının tefrik hakkı yoktur.¹⁶⁴⁴ Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin görüşüne göre ise, bu durumdaki kadın dört sene kocasından haber alamazsa, dört ay on gün vefat iddeti bekler ve iddetin bitimiyle hâkimin talak hükmüne ihtiyaç duymaksızın nikâhı kendiliğinden münfesihtir.¹⁶⁴⁵

Ancak Mâlikî hukukçulara göre nikâh bağının ortadan kalkması için kocası kaybolan kadının mahkemeye müracaat etmesi gerekmektedir. Kadın mahkemeye müracaat ettiğinde hâkim kadının dört yıl beklemesine hükmeder. Bu süre bittikten sonra kadın ayrıca hâkimden izin almaksızın vefat iddetini bekler ve iddet bitiminde başkasıyla evlenme hakkına sahip olur. Çünkü hâkim kadına dört sene süre vermekle bu sürenin bitiminde evlenmesinin meşruiyetine hükmetmiş sayılmaktadır.¹⁶⁴⁶ Buna

¹⁶⁴² Ensârî, *Esne'l-metâlib*, C: III, s. 438; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, C: VIII, s. 204.

¹⁶⁴³ Şîrbînî, *a.g.e.*, C: V, s. 177; İbn Kudâme, *a.g.e.*, C: XIII, s. 201; Ebû Zehre, *a.g.e.*, s. 352; Esmâdî, *a.g.e.*, s. 151.

¹⁶⁴⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, C: II, s. 424; Şîrâzî, *a.g.e.*, C: III, s. 124.

¹⁶⁴⁵ İbn Rüşd, *a.g.e.*, C: III, s. 75; Buhûtî, *a.g.e.*, C: V, s. 422.

¹⁶⁴⁶ Haraşî, *a.g.e.*, C: IV, s. 149-150.

göre hâkimin süre tayin etmesini bu sürenin bitimine bağlı bir tefrik olarak değerlendirmek mümkündür.

Şâfi'î mezhebindeki diğer bir görüşe göre, kocası kaybolan ve kendisiyle irtibat kopmuş bulunan kadının dört sene bekledikten sonra tefrik hakkı vardır ve bu tefrik fesih olarak kabul edilir.¹⁶⁴⁷ Kocanın kaybolması sebebiyle nikâhın feshini veya infisâhını meşru görenler, bu durumu, kadına zarar vermesi bakımından cinsel kusurlar ve i'sâr hallerine kıyas etmektedirler.¹⁶⁴⁸

Öte yandan Ahmed b. Hanbel kocanın kayıp olmadığı halde uzun süre mazeretsiz karısından ayrı kalması ve karısının gelmesini istemesine rağmen evine dönmemesi halinde, kadının nikâhın feshi için mahkemeye başvurabileceğini söylemektedir. Bu durumda hâkim kocaya haber gönderip ona karısının yanına dönmesini, altı ay içinde dönmediği takdirde nikâhı feshedeceğini haber verir ve bu süre zarfında kocanın dönmemesi halinde nikâhı sonlandırır.¹⁶⁴⁹

Mâlikî hukukçular kocanın hapse mahkûm olması veya esir düşmüş olması hallerinde de, kadın için nafakasının olmaması ya da kötü yola düşme tehlikesinin bulunması şartıyla kazâî tefriki caiz görmektedirler.¹⁶⁵⁰ İbn Teymiyye de bu gibi durumlara maruz kalan kimselerin eşlerinin mefkûdun karısında olduğu gibi tefrik hakkına sahip olacaklarını söylemiştir.¹⁶⁵¹ Mısır ve Suriye Medeni kanunlarında da bu yaklaşımlardan yola çıkılarak, üç yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkûm olup cezaları kesinleşmiş kimselerin eşlerinin, kocalarının tutukluluğundan bir sene sonra mahkemeye tefrik talebiyle başvurma hakkına sahip oldukları hükme bağlanmıştır.¹⁶⁵²

¹⁶⁴⁷ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: III, s. 124.

¹⁶⁴⁸ Şîrâzî, **a.g.e.**, C: III, s. 124.

¹⁶⁴⁹ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, s. 305.

¹⁶⁵⁰ Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebir**, C: II, s. 482.

¹⁶⁵¹ Ebû Zehre, **el-Ahvâlü's-şahsiyye**, s. 368; Hussein Bahjat, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁶⁵² Zühaylî, **a.g.e.**, C: IX, s. 7069. Ayr. bkz. Ebû Zehre, **a.g.e.**, s. 367-368; Kamhâvî, Ömer Abdullah, **Ahkâmu'l-ahvâlî's-şahsiyye**, s. 203-204.

3.6.2.2.1.5. Kocanın Kötü Muamelesi

İslam aile hukukunda kadın için fesih hakkından bahsedilen hallerden bir tanesi de, kadının kocası tarafından darb, hakaret gibi kötü muamelelere maruz kalması durumudur. İslam hukuku kaynaklarında karı koca arasında yaşanan geçimsizlikler “**şikâk**”,¹⁶⁵³ “**nüşûz**”¹⁶⁵⁴ gibi başlıklar altında incelenmekte, böyle durumlarda konunun mahkemeye veya hakemlere intikal etmesi halinde neler yapılabileceği gibi hususlar bu kaynaklarda ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Bu kapsamda kadının mezkûr gerekçelerle nikâhın sonlandırılması için mahkemeye başvurması halinde, hâkimin ya da meselenin çözümünün kendilerine havale edildiği hakemlerin tefrik yetkisinin olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir.

Hanefî, Şâfi’î ve Hanbelî mezheplerinin yaklaşımına göre, kadının kocası tarafından haksızlık ve kötü muameleyle maruz kalması, hâkimin kocayı bundan alıkoyup kadının zararını bertaraf etme imkânı bulunduğu için kazâî tefrik sebebi olarak görülmemiştir.¹⁶⁵⁵ Bu görüşe göre kadının böyle bir şikâyetle mahkemeye müracaat etmesi halinde, hâkim önce kadının kocası hakkındaki iddiasının doğruluğunu araştırır. İddianın doğru olduğunu tespit etmesi halinde, öncelikle kocayı haksızlık ve kötü muameleden vazgeçirmek için gerekli tedbir ve yaptırımları uygular.¹⁶⁵⁶ Buna rağmen çözüm sağlanamıyorsa hâkim tarafından problemin çözümü için iki hakem görevlendirilir.¹⁶⁵⁷

Bu üç mezhebe göre hâkimin tayin ettiği hakemler anlaşmazlık yaşayan tarafların vekili konumundadırlar.¹⁶⁵⁸ Dolayısıyla onların görevi yalnızca anlaşmazlığı çözmek olup tarafların izni olmaksızın tefrik yetkisine sahip bulunmamaktadırlar.¹⁶⁵⁹ Çünkü her iki taraf da reşid durumda olduğundan, üçüncü şahısların kendilerinden yetki almaksızın onlar hakkında şer’an tasarrufta bulunma

¹⁶⁵³ Bkz. Şirbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 425-430; Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: III, s. 238-240.

¹⁶⁵⁴ Bkz. Desûkî, **a.g.e.**, C: II, s. 343-347; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: V, s. 209-212.

¹⁶⁵⁵ Zühaylî, **a.g.e.**, C: IX, s. 7060.

¹⁶⁵⁶ Nevevî, **Minhâc**, s. 225; Ensârî, **a.g.e.**, C: III, s. 239; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, s. 320.

¹⁶⁵⁷ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VII, s. 25; Nevevî, **Minhâc**, s. 225; **Ravza**, C: VII, s. 370-371; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 251; Merdâvî, **a.g.e.**, C: VIII, s. 379; İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VII, s. 320.

¹⁶⁵⁸ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: VII, s. 25; Nevevî, **Minhâc**, s. 225; **Ravza**, C: VII, s. 371; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 251.

¹⁶⁵⁹ İbn Nüceym, **a.g.e.**, C: VII, s. 25; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 251.

hakkı yoktur.¹⁶⁶⁰ Ancak taraflar diledikleri takdirde; kocanın kendi vekili olan hakeme talak yetkisi vermesi, kadının da vekili bulunan hakeme muhâlea yapma izni vermesi suretiyle hakemlere tefrik yetkisi verebilirler. Bu durumda hakemler tarafların ayrılmalarının doğru olacağına kanaat getirmeleri halinde nikâhı sonlandırabilirler.¹⁶⁶¹ Tarafların böyle bir yetki vermemesi halinde ise kazâî tefrik imkânı bulunmamaktadır. Bu durumda tek çözüm hâkimin yargı gücünü kullanarak haksızlık yapan kocaya mani olması ve bu suretle kadının mağduriyetini gidermesidir.¹⁶⁶²

Mâlikî hukukçulara göre ise kadın kocasının kendisine sözlü veya fiili olarak zarar verdiği iddiasıyla mahkemeye başvurduğu takdirde, iddiasını ispat edememesi ve iddianın tekerrür etmesi halinde hâkim durumu araştırmaları ve meseleyi çözmeleri için iki hakem görevlendirir.¹⁶⁶³ Bu hakemler Mâlikîlere göre tarafların vekili sayılmayıp, hâkim gibi onlar adına cebren hüküm verebilecek yargı mercii hükmündedirler. Dolayısıyla tarafların rızası olmaksızın tefrike hükmetme yetkisine sahiptirler. Hakemlerin tefrike karar vermesi halinde bu karar ayrıca hâkimin hükmüne gerek duyulmaksızın geçerli olur.¹⁶⁶⁴ Hakemlerin gerçekleştirdiği bu tefrik Mâlikî hukukçulara göre bâin talak sayılmaktadır.¹⁶⁶⁵ Öte yandan kadın kocasının kendisine zarar verdiğini mahkemede ispat etmesi halinde, hâkim hakem görevlendirme yoluna gitmeksizin tefrik hakkına sahiptir.¹⁶⁶⁶ Bu durumda koca talaka yanaşmadığı takdirde hâkim kadının talebiyle tefrike hükmeder ve bu tefrik bir bâin talak sayılır.¹⁶⁶⁷

Şunu da ilave edelim ki, Şâfi'î ve Hanbelî hukukçular içerisinde hakemlerin tefrik yetkisi hususunda Mâlikîler gibi düşünenler de bulunmaktadır. Onlara göre de hakemler gerekli gördükleri takdirde tarafların rızası olmaksızın nikâh akdine son

¹⁶⁶⁰ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, s. 320.

¹⁶⁶¹ Şîrbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 429; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 251.

¹⁶⁶² Ensârî, **Esne'l-metâlib**, C: III, s. 240.

¹⁶⁶³ Derdîr, **eş-Şerhu'l-kebîr**, C: II, s. 343-344; Ebû Zehre, **el-Ahvâlü's-şahsiyye**, s. 362; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IX, s. 7060.

¹⁶⁶⁴ Derdîr, **a.g.e.**, C: II, s. 344; Haraşî, **a.g.e.**, C: IV, s. 9; Mevvâk, **a.g.e.**, C: V, s. 265.

¹⁶⁶⁵ Derdîr, **a.g.e.**, C: II, s. 344; Mevvâk, **a.g.e.**, C: V, s. 265.

¹⁶⁶⁶ Desûkî, **a.g.e.**, C: II, s. 345; Ebû Zehre, **el-Ahvâlü's-şahsiyye**, s. 362-363; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IX, s. 7060.

¹⁶⁶⁷ Desûkî, **a.g.e.**, C: II, s. 345.

verebilirler.¹⁶⁶⁸ Şâfi'î ve Hanbelî mezheplerinin hâkim kararıyla gerçekleştirilen tefriki fesih olarak değerlendiren yaklaşımları dikkate alındığında, bu görüşe sahip hukukçulara göre hakemlerin verdiği tefrik kararının fesih sayılacağını söyleyebiliriz.

Kocada evlilik birliğinin devamını güçleştiren cinsel kusur, fiziki ve ruhsal hastalıkların bulunması, kocanın nafakayı temin etmemesi gibi durumlarda İslam hukukçularının çoğunluk itibarıyla kadına kazâî tefrik hakkı vermeleri ve buna dair gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda, kocanın darp, hakaret vb. kötü muamelede bulunması halinde de kanaatimizce mezkûr durumlara kıyasla kadın için kazâî tefrik yolu açık olmalıdır. Çünkü kocanın kötü muamelesi de kadını ciddi zararlara maruz bırakma yönünden bahsi geçen durumlar gibidir. Hâkimin uygulayacağı müeyyideler kocanın haksız fiillerinin önüne geçme ve kadının mağduriyetini giderme hususunda her zaman yeterli olmayabilir. Öte yandan hâkim umumî velâyetiyle tefrik yetkisine sahip olup, bu yetkisini doğrudan kendisi kullanabileceği gibi naipleri vasıtasıyla da kullanabilir. Bu bakımdan hâkimin tayin ettiği hakemlerin de niyabeten tefrik yetkisine sahip olabilecekleri kanaatindeyiz.

3.6.2.2.1.6. Nikâh Akdi Sırasında İleri Sürülen Bir Şartın Yerine Getirilmemesi

Hanbelî hukukçular nikâh akdi sırasında kadının ileri sürdüğü şer'an geçerli şartların yerine getirilmemesini de kadın için fesih hakkı doğuran bir sebep olarak görmektedirler. Bu görüşe göre kadının nikâh akdinde bu akdin muktezasına aykırı olmayan ve kendi maslahatını temine yönelik olan şartlar ileri sürme hakkı vardır. Mesela kadının ileri sürdüğü; mehrinin belli bir miktarda olması, evlendikten sonra anne babasının yaşadığı şehirden başka bir şehre taşınmamaları, kocasının kendisi üzerine evlilik yapmaması gibi şartlar bu kabilden sayılmaktadır. Hanbelî hukukçular nikâh akdinin bu türden bir şartla yapılması halinde şartın sahîh ve bağlayıcı olacağı, dolayısıyla şart yerine getirilmediği takdirde kadının fesih hakkının olacağı kanaatindedirler.¹⁶⁶⁹

¹⁶⁶⁸ Şîrbînî, **a.g.e.**, C: IV, s. 429; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, s. 320.

¹⁶⁶⁹ İbn Kudâme, **a.g.e.**, C: VII, s. 93; Buhûtî, **Keşşâfu'l-kınâ'**, C: V, s. 91; **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: II, s. 664-665; Merdâvî, **a.g.e.**, C: VIII, s. 154-155; Ahmed b. Hasen Âli Ali, **Ahkâmu's-şurûti'l-**

Hanbelî hukukçuların bu görüşlerini dayandırdıkları delillerden birisi şu hadistir: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج" "Yerine getirmenize en layık şart, mahrem yerlerinizi helal kılmak üzere kabul ettiğiniz şartlardır."¹⁶⁷⁰ Ayrıca burada kadının fesih hakkını şöyle gerekçelendirmek mümkündür: Nikâh akdi de diğer akitler gibi karşılıklı rıza esasına dayanan bir akittir. Akde dâhil edilen şartın yerine gelmemesi ise, bu şarta rağbet ederek akdi gerçekleştiren tarafın rızasını ortadan kaldırması kuvvetle muhtemel bir durumdur. Dolayısıyla böyle bir durum gerçekleştiğinde rızası sakatlanan tarafın zararının telafisi için akdin feshi meşru olmalıdır.

Sahâbeden ve ilk dönem fakihlerinden de nikâh akdi sırasında ileri sürdüğü meşru şartın yerine getirilmemesi sebebiyle kadının fesih hakkına sahip olacağı görüşünde olanlar bulunmaktadır. İbn Kudâme'nin aktardığına göre Hz. Ömer, Sa'd b. Ebî Vakkâs (v. 55/675), Muâviye (v. 60/680), Amr b. Âs (v. 43/664), Şüreyh, Ömer b. Abdülaziz (v. 101/720), Câbir b. Zeyd (v. 93/711-12), Tâvûs (v. 106/725), Evzâî ve İshâk bu görüştedir.¹⁶⁷¹ Öte yandan Hanbelî mezhebi dışındaki İslam hukuk mezhepleri ve İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kadın için bahsi geçen türden şartlara riayet edilmemesi sebebiyle nikâh akdini feshetme hakkı söz konusu değildir.¹⁶⁷² Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesinde Hanbelî mezhebinin görüşü benimsenmiş olup ilgili maddede şu hükme yer verilmektedir: "Üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevvüc sahih ve şart muteberdir."¹⁶⁷³ Ancak Hanbelî mezhebinin görüşünden farklı olarak bu maddeye göre kadının mezkûr durumda kocasından ayrılabilmesi için akit sırasında, şartının yerine gelmemesi halinde akdin sonlanmasını da ayrıca şart koşması gerekmektedir.

mukterineti bi akdi'n-nikâh ve âsâruhâ, Birleşik Arap Emirlikleri, Cem'iyetü dâri'l-birr, 1435/2014, s. 217-218.

¹⁶⁷⁰ Buhârî, "Şurût", 6; Müslim, "Nikâh", 8; Tirmizî, "Nikâh", 32; Ebû Dâvud, "Nikâh", 39; Nesâî, "Nikâh", 42; İbn Mâce, "Nikâh", 41.

¹⁶⁷¹ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, 93.

¹⁶⁷² Zühaylî, **a.g.e.**, C: IV, s. 3059; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, 93.

¹⁶⁷³ **Hukuk-ı Aile Kararnamesi (HAK)**, md. 38.

3.6.2.2.2. *Veliler İçin Feshi Caiz Kılan Haller*

İslam aile hukukunda nikâh akdinin tarafların dışında veliler tarafından feshinin meşru görüldüğü durumlar da vardır. Bunlardan bir tanesi kadının dengi olmayan birisiyle, diğeri ise dengi olsun veya olmasın bir kimseyle mehri mislinin altında bir mehir karşılığında evlenmiş olmasıdır. Hanefî mezhebinde hâkim kanaate göre akıl sağlığı yerinde ve buluşa ermiş bulunan bir kızın velisinin izni olmaksızın yaptığı nikâh akdi sahihtir.¹⁶⁷⁴ Ancak böyle bir nikâhın bağlayıcılığı kızın dengi olan birisiyle ve Ebû Hanîfe'ye göre en az mehri misli karşılığında evlenmiş olmasına bağlıdır. Aksi takdirde velinin yargıya başvurup bu nikâhın feshini isteme hakkı vardır.¹⁶⁷⁵

Hanefî hukukçular velinin bu fesih hakkını, kızın özellikle dengi olmayan birisiyle evlenmesi sebebiyle velinin ve aile fertlerinin itibarlarının zedelenmesini ve bundan dolayı maruz kalabilecekleri zararı önleme gerekçesiyle açıklamaktadırlar.¹⁶⁷⁶ Ancak evlenilen şahsın kızın dengi olup olmadığının tespiti içtihat gerektiren bir mevzu olduğu için, denkliğin bulunmaması gerekçesine dayanan fesih ancak mahkeme kararıyla gerçekleştirilebilir.¹⁶⁷⁷ Öte yandan İmam Ebû Hanîfe kızın mehri mislinin altında bir mehirle evlenmesi durumunda da aynı gerekçeyle velinin fesih hakkının olacağı kanaatindedir.¹⁶⁷⁸

İslam hukukçularının cumhuru ise âkıl ve bâliğ olsa bile kadının kendi başına yaptığı nikâhı geçersiz saymaktadırlar. Bu görüşe göre kadının nikâh akdi ancak velisi tarafından gerçekleştirilebilir.¹⁶⁷⁹ Dolayısıyla kadının dengi olmayan birisiyle veya mehri mislinin altında bir mehirle evlenmesi sebebiyle nikâhın veli tarafından feshi cumhur açısından söz konusu olmamaktadır. Ancak şunu ifade etmeliyiz ki,

¹⁶⁷⁴ Serahsî, **el-Mebsût**, C: V, s. 10; Merğînânî, **el-Hidâye**, C: I, s. 191; Mevsilî, **el-Muhtâr**, C: III, s. 90; Haskefî, **a.g.e.**, s. 183; Molla Hüsrev, **Dürer**, C: I, s. 334. İmam Muhammed bu konuda mezhebin genel kanaatine katılmamaktadır. Bkz. Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 90.

¹⁶⁷⁵ Serahsî, **a.g.e.**, C: V, s. 10; Kudûrî, **a.g.e.**, s. 146-147; Kâsânî, **a.g.e.**, C: II, s. 317; Neseî, **Kenz**, s. 256; İbn Âbidîn, **Reddül-Muhtâr**, C: III, s. 56. İmâmeyn kadının en az mehri misli karşılığında evlenmesini nikâhın lüzûm şartı saymadıklarından, onlara göre kadın bu mehir altında bir mehirle de evlense velinin itiraz hakkı yoktur. Bkz. Merğînânî, **a.g.e.**, C: I, s. 196; Meydânî, **a.g.e.**, C: III, s. 14.

¹⁶⁷⁶ Merğînânî, **a.g.e.**, C: I, s. 195; Mevsilî, **el-İhtiyâr**, C: III, s. 100; Meydânî, **a.g.e.**, C: III, s. 12.

¹⁶⁷⁷ Aynî, **el-Binâye**, C: V, s. 109; İbn Âbidîn, **Reddül-muhtâr**, C: III, s. 56.

¹⁶⁷⁸ İbn Nüceym, **el-Bahr**, C: III, s. 144.

¹⁶⁷⁹ Remlî, **a.g.e.**, C: VI, s. 224; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 36; Hicâvî, **a.g.e.**, C: III, s. 171.

cumhura göre velayet altında bulunan kadın buluğa ermiş ve dul ise, velinin onun adına yaptığı nikâh akdinin geçerli olabilmesi için kadının bu akde izin vermesi şarttır.¹⁶⁸⁰ Ayrıca bu mezheplere göre bâliğa veya dul olmadığı için kendisinden izin alınması gerekmeyen kız adına yapılan nikâhın bağlayıcı olabilmesi için de, kızın kendisine denk olan birisiyle evlendirilmiş olması gerekmektedir. Velinin bu durumdaki bir kızı kendisinin ve ona aynı yakınlıkta bulunan diğer velilerin rızası olmaksızın dengi olmayan bir kimseyle evlendirmesi halinde, yapılan nikâh akdi bağlayıcı olmaz. Bu durumda nikâha rızası olmayan kızın ve diğer velilerin akdi feshetme hakları vardır.¹⁶⁸¹

¹⁶⁸⁰ Nevevî, **Minhâc**, s. 206; İbn Rüşd, **a.g.e.**, C: III, s. 33; Buhûtî, **Şerhu Münteha'l-İrâdât**, C: II, s. 634.

¹⁶⁸¹ Bkz. Şîrâzî, **a.g.e.**, C: II, s. 432; Nevevî, **Minhâc**, s. 208; Buhûtî, **a.g.e.**, C: II, s. 649; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, C: VII, s. 34; Zühaylî, **a.g.e.**, C: IX, s. 6578.

SONUÇ

İslam hukukunda fesih, kendisini oluşturan unsurların ve kuruluş şartlarının tamamlanmasıyla hukuken varlık kazanmış, fikhî tabirle mün'akid olmuş bir akdin tek tarafın isteğiyle ya da iki tarafın karşılıklı anlaşmasıyla bozulmasını ifade eden bir terimdir. İslam hukuku kaynaklarında fesih kavramı yalnızca hukuka uygun (**sahih**) olarak kurulmuş ve yürürlük kazanmış (**nâfiz**) akitleri bozmak anlamında kullanılmamaktadır. Hanefî hukukçuların ıstılahına göre fâsid olarak adlandırılan, mün'akid fakat gayri meşru olan akitleri bozma işlemi fesih terimiyle ifade edildiği gibi, yürürlüğe girmesi başkasının icazetine bağlı (**mevkûf**) akitlerin ilgili şahıslarca icazet verilmeyip iptal edilmesi de fesih olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla bir akdi bozma işlemine ıstılâhî manada fesih denilebilmesi için bu akdin mün'akid olması yeterli olup, ayrıca sıhhat ve nefâz vasfına sahip olması şart değildir. Öte yandan şeklen mevcut olsa da kuruluş (**in'ıkâd**) şartlarını taşımadığı için hukuken yok hükmünde kabul edilen (**bâtıl**) akitlerde ise fesihten söz edilemez.

Yine fıkhîta mün'akid olmuş bir akdin iradî olarak bozulmasının fesih terimiyle isimlendirilmesi hususunda, akitten doğan yükümlülüklerin taraflarca ifa edilmiş olup olmaması arasında fark gözetilmemektedir. Mesela alışveriş akdinin tarafların irade beyanıyla kurulduktan sonra, semen ve mebi'in karşılıklı teslim ve tesellümü gerçekleşmiş olsun ya da olmasın meşru bir sebebe istinaden iradî olarak bozulması ıstılahta fesih terimiyle ifade edilmektedir.

Fürû-i fıkıh kaynaklarında bazı akitlerle alakalı olarak akdi bozma işlemi fesih teriminden ziyade ilgili akitlere özgü bazı terimlerle ifade edilmektedir. Başkasına herhangi bir hususta yetki vermeyi konu alan vekâlet, visâyet ve tahkîm akitleri bu gibi akitlerdendir. Bu akitlerin feshinde taraflardan birinin diğer tarafa verdiği ya da diğer tarafça kendisine verilen yetkiye son vermesi manası öne çıktığından olsa gerek, yapılan işlem fesihten ziyade azl terimiyle ifade edilmiştir.

Yine tek taraflı mal temlik içeren hibe, vakıf gibi teberru türü akit ve tasarrufların feshi, tek tarafın karşılıksız olarak bağışladığı malı geri alması mahiyetinde bir işlem olduğu için genellikle fesih yerine “**rüçû**” terimiyle ifade edilmiştir. Aynı şekilde İslam aile hukukunda evlilik birliğinin hâkimin hükmüyle sonlandırılması bazı durumlarda fesih sayılsa da, yapılan tasarrufta karı kocayı yargı gücüyle birbirinden ayırma fiilinin ön planda olması itibariyle bu işlem daha ziyade “**tefrîk**” terimiyle ifade edilmektedir. Kendilerinde öne çıkan bazı hususiyetler sebebiyle farklı terimlerle ifade edilmiş olsa da, bütün bu işlemler esasen mün’akid olmuş bir akdin iradî olarak bozulmasından ibaret olduklarından fesih teriminin kapsamına girmektedirler.

Fesih akdi hiç yapılmamış hükmünde kılan bir hukuki işlemdir. Bunun bir sonucu, akit feshedildiğinde gerek tarafların gerekse üçüncü şahısların bu akitten doğan bütün hak ve yükümlülüklerinin düşmesidir. Bir başka sonucu ise, karşılıklı mal değiş tokuşunu içeren muâvazalı akitlerde fesihten önce taraflar arasında karşılıklı ya da tek taraflı teslim tesellüm gerçekleşmişse, fesih halinde tesellümde bulunan taraf için aldığı malı iade etme yükümlülüğünün doğmasıdır. Tesellüm alınan mal iade edilmeden akdin hiç yapılmamış hükmünde olması mümkün değildir. Bu sebeple bu malın zayi olması, başkasının mülkiyetine geçmesi vb. bir sebeple iade imkânının tamamen yitirilmesi, İslam hukukçularınca akdin feshine engel görülmüştür. İade imkânı tamamen yitirilmeyip malın bir kısmının iadesinin mümkün olması durumunda ise, akdin iade edilen kısım nispetinde cüzî bir feshe konu olması mümkündür. Öte yandan mal ile menfaat ya da hizmetin mübadelesini içeren kira ve iş akdi gibi hukuki işlemlerde, menfaatten yararlanan veya hizmet alan taraf açısından alınan menfaat ya da hizmetin iadesi mümkün değildir. Bu sebeple bu gibi akitlerin akit konusu menfaat veya hizmetin ilgili tarafça tamamıyla alınmış olması halinde feshi mümkün değildir. Akde konu olan menfaat veya hizmetin bir kısmının alınmış olması durumunda ise, akdin ancak henüz alınmamış menfaat ya da hizmet ile bunun mukabilindeki bedele nispetle kısmî olarak feshi mümkündür.

Fesih kavramının lüzûm/bağlayıcılık kavramıyla yakın ilişkisi bulunmakta olup, bir akdin tek taraflı feshedilebilmesi lüzûm sıfatını taşımasına bağlıdır.

Akdin lüzûm sıfatını taşımaması ise iki durumda olur. Bunlardan birisi akdin yapısı itibariyle her iki taraf ya da tek taraf açısından bağlayıcı olmayan (**câiz/gayr-i lâzım**) bir akit olması, diğeri ise akdin bağlayıcı yapıda (**lâzım**) olsa da fesih hakkı doğuran bir sebebin mevcudiyeti sebebiyle ilgili tarafa nispetle bağlayıcılık vasfını yitirmiş olması durumudur. Her iki taraf için bağlayıcı yapıda olan ve bağlayıcılık sıfatını koruyan bir akdin ise tek taraflı feshi mümkün olmayıp, böyle bir akit ancak tarafların karşılıklı anlaşmasıyla/ikâle yoluyla feshedilebilir.

İslam hukukçuları iki tarafa karşılıklı bedel ödeme yükümlülüğü getirmeyen, akdi yapanlardan birinin diğesine karşılıksız yarar sağlamasını ihtiva eden vedâ, âriyet, vekâlet gibi akitleri genellikle iki taraf için de bağlayıcı olmayan akitlerden saymaktadırlar. Çünkü bu gibi akitlerde akdin tek taraflı feshedilmesi, taraflardan herhangi birisi için bir hak kaybına yol açmamaktadır. Ancak hibe akdi tek tarafın karşılıksız yardımını kabilinden bir akit olmakla birlikte mezkûr akitlerden farklı değerlendirilmektedir. Bu akitte hibeye konu olan mal hibe edildiği şahsa teslim edildiğinde mülkiyetin intikali sonucunu doğurduğu için, Hanefiler dışındaki İslam hukukçuları hibe akdini malın tesliminden sonra bağlayıcı saymaktadırlar.

Öte yandan alacağı güvence amaçlı rehin ve kefâlet akitleri fukahânın ittifakıyla tek taraf için bağlayıcı kabul edilen akitlerdendir. Bu akitler alacaklı tarafın hakkını güvenceye almaya matuf olduğundan güvence veren taraf açısından bağlayıcı sayılmaktadır. Zira güvence veren tarafın dilediğinde akdi feshedebilecek olması, alacaklı tarafın hakkının ihlaline sebep olabilecek bir durum olduğu gibi bu akitlerin güvence akdi olma özelliğini de ortadan kaldırır. Alacaklı taraf ise, alacağını güvenceye almak kendisine ait bir hak olduğu için dilerse bu hakkından vazgeçme yetkisine sahiptir. Bu sebeple mezkûr akitler alacaklı taraf açısından bağlayıcı sayılmamaktadır.

Taraflar arasında borç ilişkisi oluşturan, karşılıklı hak ve yükümlülükler doğuran bey', icâre gibi akitler ise İslam hukukçularının ittifakıyla her iki taraf için bağlayıcı yapıda kabul edilen akitlerdir. Zira şahıslar yaptıkları bu türden akitlerle, bir takım yükümlülükler üstlenmek karşılığında ihtiyaç duydukları bazı hakları elde etmeyi amaçlamaktadırlar. Dolayısıyla bu akitlerin tek taraflı feshine izin verilmesi,

insanların ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla gerçekleştirdikleri akitleri her zaman tek taraflı bozulmaya hazır kılar. Bu durum ise kişiler için olduğu gibi sosyal ve ticari hayat için de ciddi zararlara yol açar.

Yapısı itibariyle iki taraf ya da tek taraf için bağlayıcı olmayan akitlerde akdin mevcut yapısı taraflar veya ilgili taraf açısından başlı başına fesih hakkı doğurucu bir sebep teşkil etmekte olup, bu akitlerde akdin kendisini bağlamadığı taraf ya da taraflar için feshi meşru kılıcı başkaca bir sebepten bahsetmeye yer yoktur. Buna göre fesih hakkı doğurucu sebepler, iki tarafı bağlayıcı akitlerde her bir taraf, tek tarafı bağlayıcı akitlerde ise yalnızca akitle bağlı olan taraf açısından söz konusu olur.

Çalışmamız neticesinde İslam hukukunda bağlayıcı yapıdaki akitlerin feshini meşru kılan sebepleri, alakalı oldukları fikhî ilkeler bakımından u grupta ele almanın mümkün olduğu sonucuna ulaştık. Birinci gruptaki sebepler akitlerde karşılıklı rızanın gerekliliği ilkesiyle bağlantılıdır. Bu sebeplerin kendi içinde, karşılıklı rızanın akit sırasında sağlıklı bir Şekilde oluşumuna engel olan haller, karşılıklı rızanın akit sonrasında devamlılığına mani durumlar ve akdin karşılıklı rızayla yapılmasını sağlamak amacıyla meşru kılınan muhayyerlikler olmak üzere u kısım olduğunu tespit ettik.

Akdin taraflarından birinin ciddi tehdit/ikrâh altında olması, hileyle yanlış yönlendirilmesi, kendisini akde yönelten bir vehme/yanılığya kapılması gibi durumlar, akdin inşası sırasında meydana gelip ilgili tarafın akde yönelik irade ve rızasının sağlıksız bir Şekilde oluşmasına sebep olan unsurlardır. Yine akit konusuna rayiç değerinin fâhiş derecede altında veya üstünde bir bedel biçilmiş olması (**gahn**) da, -ilgili tarafın bilgisizliğinden veya maddi sıkıntı içerisinde olmasından yararlanılmak suretiyle yapıldığı takdirde- akitte karşılıklı rıza unsurunun sağlıklı biçimde oluşmasına engel bir durumdur.

Akit karşılıklı rızanın sağlıklı bir Şekilde oluşmasına engel bir durum bulunmaksızın kurulduğu halde, taraflardan birinin rızasının kendisiyle kayıtlı olduğu, sarahaten zikredilen veya karinelerin delaletiyle zımnen anlaşılan meşru Şart

ve beklentilerin yerine gelmemesi ise, sağlıklı oluşan rızanın devamlılığına engel teşkil eden bir durumdur. Söz gelimi taraflardan birinin akit sırasında akde konu olan şeyin belli bir vasıfta olmasını şart koşması yahut vadeli bir satış akdinde alacaklı tarafın borçlanan tarafa rehin veya kefil getirmesini şart koşması halinde, ilgili tarafın şartı yerine getirmemesi şartı ileri süren tarafın sarahaten zikrettiği şartla kayıtlı olan rızasının devamlılığına engel oluşturur.

Öte yandan müşterinin semeni ödememesi, ödemeyi geciktirmesi, eksik ödemesi, iflas sebebiyle ödeyemeyecek hale gelmesi gibi, taraflardan birinin bizzat akdin kendisine yüklediği yükümlülüğü tamamen veya kısmen ifadan kaçınması veya ifayı mazeretsiz geciktirmesi yahut ifa imkânını kaybetmesi vb. durumlarda ise, diğer tarafın akde yönelik rızasının bağlı olduğu zımnî şartın yerine gelmemesi söz konusudur. Çünkü bağlayıcı yapıdaki akitlerde akit sırasında konuşulmasa da, her bir tarafın akdi karşı tarafın akitten doğan yükümlülüğünü ifa etmesi şartıyla yaptığı bu akitlerin tabiatından anlaşılmaktadır. Zira bahse konu akitler iki taraf için yükümlülük doğuran bir yapıya sahip olup, bir tarafın yükümlülüğünü ifada bulunmaması diğerinin ifasını karşılıksız hale getirir. Bu ise tarafların bu akitlerden beklentisine aykırı bir durumdur. Dolayısıyla bağlayıcı akitlerde taraflardan her birinin akdî yükümlülüğünü ifa etmesi esasen diğer tarafın zımnî bir şartı konumundadır ki, şartın yerine gelmemesi ilgili tarafın rızasının devamına engeldir.

Satın alınan veya kiralanın malın kusurlu çıkması da rızanın bağlı olduğu zımnî şartın yerine gelmemesi kabilinden bir durumdur. Çünkü örf ve âdetin delaletiyle sabittir ki, satın aldığı veya kiraladığı malın kusurlu olmaması müşteri ve kiracının yapmış oldukları alışveriş ve kira akitlerinden bekledikleri bir sonuçtur. Dolayısıyla bu akitlerde malın kusurdan hâlî olması onlar açısından zımnî bir şart mesabesinde olup, şartın gerçekleşmemesi akde rıza göstermelerinin devamlılığı için engel oluşturabilecek bir durumdur.

Yine istimrârî akitlerde akit süresi tamamlanmadan önce taraflardan birinin akde devam etmesini güçleştiren, Hanefî hukukçuların bu akitlere özgü olarak fesih hakkı doğurucu sebeplerden saydıkları mazeretler, zımnî şartın yerine gelmemesi kapsamında değerlendirilmelidir. Zira bahsi geçen mazeret halleri ilgili tarafın akdin

kuruluşu sırasında öngörme imkânına sahip olmadığı, önceden bilmesi halinde akdi yapmaya yanaşmayacağı durumlardır. Bu sebeple istimrârî akitlerde esasen tarafların rızası akit süresi boyunca bu gibi hallerle karşılaşılması şartıyla zımnî kayıtlıdır. Dolayısıyla akit süresi tamamlanmadan bu gibi hallerle karşılaşılması da, ilgili tarafın zımnî şartının yerine gelmemesi anlamına gelmektedir. Bu da onun bu şarta bağlı olan rızasının devamlılığına engel teşkil eden bir durumdur.

Akitlerde karşılıklı rızanın gerekliliği ilkesiyle bağlantılı fesih sebeplerinin üçüncü kısmını teşkil eden muhayyerliklere gelince, bunlardan birisi Hanefî hukukçuların meşru gördüğü görme muhayyerliğidir. Hanefilere göre söz gelimi akit konusu malı görmeden satın alan veya kiralayan kimse malı gördüğünde muhayyerlik hakkına sahip olur. Bahsedilen muhayyerliklerden bir başkası da meclis muhayyerliğidir. Şâfi'î, Hanbelî ve Zâhirî hukukçulara göre akdin karşılıklı irade beyanlarıyla kurulmasından sonra tarafların akit meclisinden ayrılmadıkları sürece akdi bozup bozmama hususunda muhayyerlikleri vardır. Söz konusu muhayyerliklerden bir diğeri ise şart muhayyerliğidir. Taraflardan birinin veya her ikisinin akit sırasında belli bir süreyle muhayyer olmayı şart koşmasıyla elde edilen bu muhayyerlik, İslam hukukçularınca ittifakla meşru görülmektedir. Bu muhayyerliklerden birine sahip olan taraf açısından akdi feshetmenin meşruiyeti, akdin kuruluşu sırasında rızanın sağlıklı oluşmamasından veya rızanın devamlılığına engel bir durumdan değil, İslam hukukunun akitte karşılıklı rızanın sağlıklı bir şekilde oluşmasını sağlama amacıyla verdiği tercih hakkından kaynaklanmaktadır.

İslam hukukunda feshi meşru kılan sebeplerden ikinci grupta yer alanlar ise, zararın önlenmesi veya giderilmesi ilkesiyle ilişkilidir. Bu sebepler de kendi içinde iki kısımdır. Birincisi akdin taraflarından birinin eksik ehliyetli veya eksik ehliyetli hükmünde olması durumudur. Bu bağlamda buluğa ermemiş mümeyyiz çocuğun ya da buluğa ermiş bile olsa aklî melekelerinde noksanlık bulunan (**ma'tûh**) kimsenin yaptığı yarar ve zarara ihtimalli akitler, İslam hukukçularının çoğunluğunca bunların hukuki temsilcisinin onayına bağlı (**mevkûf**), dolayısıyla onun tarafından feshedilebilir kabul edilmiştir. Yine bu kapsamda fukahânın cumhuru harcamalarını kontrol edemeyip mallarını zayi etme zaafına maruz (**sefih**) kimselerin mahkeme

kararıyla hacr altına alınmasını meşru kabul etmiş, bu durumda onların hukuki temsilcilerine sefihin mallarında yaptığı kâr ve zarara ihtimalli akitleri onaylamayıp feshetme hakkı vermişlerdir. Gerek eksik ehliyetli olan mümeyyiz çocuk ve ma'tûhun gerekse eksik ehliyetli hükmünde kabul edilen mahcûr durumdaki sefihin yaptığı akitler karşılıklı rızanın sağlıklı oluşumuna veya devamlılığına engel bir unsur ihtiva etmese de, bu kimselerin akitten zarar görmesini önlemek amacıyla hukuki temsilcilerine fesih hakkı verilmiştir.

İkinci gruptaki fesih sebeplerinin ikinci kısmı ise, taraflar arasında yapılan akdin üçüncü şahıs ya da şahısların hakkını ihlal edici özellikte olması durumudur. Bununla ilgili İslam hukukçularının çoğunluğu alacaklıların hakkını korumak için borçlunun mahkeme kararıyla hacr edilmesini meşru görmüş ve onun hacr kararından sonra yaptığı mal kaybına sebep olan akitleri gayri nâfiz saymışlardır. Bu durum mezkûr akitlerin alacaklılar tarafından feshedilebileceği anlamına gelmektedir. Yine bu hususla alakalı olarak fikhî kaynaklarda, maraz-ı mevt halindeki kişinin yaptığı malında üçte birden fazla oranda eksilmeye yol açan teberru türü akitlerin veya kendisini fâhiş gabne maruz bırakan satışların hastanın ölümünden sonra mirasçılarının talebiyle feshedilebileceği ifade edilmektedir.

Aynı şekilde rehin veren borçlunun merhûn malı satması halinde mürtehinin sahip olduğu fesih hakkı, gayrimenkul satışlarında şuf'a hakkına sahip bulunan kimsenin itirazı üzerine akar sahibi ile müşteri arasında yapılan akdin mahkeme kararıyla feshi, hukuki temsil yetkisi olmayan şahsın başkası adına yaptığı akdin adına akit yapılan kimsenin onay vermemesi suretiyle feshi, akdin üçüncü şahısların haklarını ihlal edici nitelikte olması sebebiyle feshin meşru kılınmasının örnekleridir. Mezkûr durumlarda üçüncü şahıslara verilen fesih hakkı da, onların akitten zarar görmesini önleme veya akit sebebiyle maruz kaldıkları zararı giderme gayesine matuftur.

Öte yandan İslam aile hukukunda buluğa ermiş kadının velisinin izni ve onayı olmadan nikâh akdi yapabileceği kanaatinde olan Hanefî mezhebi müçtehitlerine göre, kadının dengi olmayan birisiyle evlenmesi ve Ebû Hanîfe'ye göre ayrıca mehr-i mislinin altında bir mehir karşılığında evlenmesi veliler için mahkemeye başvuru

nikâhın feshini isteme hakkı doğuran sebeplerden sayılmaktadır. Hanefî fikhî kaynaklarında bu fesih hakkının velinin itibarının korunması gerekçesiyle izah edilmesi dikkate alındığında, mezkûr durumda da feshin meşru kılınmasının sebebinin akdin üçüncü şahsın hakkının ihlaline yol açması olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan bizce burada veliye tanınan fesih hakkı aynı zamanda kadının yaptığı nikâh akdinden zarar görmesini önleme gayesine matuftur.

Feshi meşru kılan sebeplerden üçüncü grup ise, akdin İslam hukukunun aradığı meşruiyet şartlarını taşıması ilkesiyle alakalıdır. Akdin bu ilkenin ihlaline yol açan söz gelimi riba, fâhiş bilinmezlik vb. bir unsur barındırdığı durumlar bu grup kapsamındaki fesih sebepleridir. Akdin meşruiyet şartlarını taşıyamaması ya da diğer bir tabirle hukuka aykırı bir şekilde kurulması sebebiyle feshi, akdin hukuka aykırılığını batıl ve fâsid olmak üzere iki ayrı mertebede değerlendiren Hanefî hukukçularca dile getirilmiştir. Bu yaklaşıma göre akdi oluşturan temel unsurlarda bir eksiklik bulunmamakla birlikte İslam hukukun aradığı bazı şartları taşımayan akitler fâsid olarak adlandırılmaktadır. Bu akitler batıl akitlerin aksine hukuken var kabul edilmekle birlikte gayri meşru nitelikte olduklarından, bunların meşru hale getirme imkânı bulunmuyorsa feshedilmesi vâcib görülmektedir. Akdin hukuka aykırı kurulmuş olması, feshi meşru kılan diğer sebeplerden farklı olarak ilgili taraf için fesih hakkı doğurucu bir sebep değil taraflardan her birini akdi feshetmekle yükümlü kılan bir sebeptir.

KAYNAKÇA

- Abdürrezzâk, Ebû Bekr Abdürrezzâk b. Hemmâm es-San'ânî: **el-Musannef**, thk. Habîburrahmân el-A'zamî, 11 c., 2. bs., Beyrut, el-Meclisü'l-ilmî, el-Mektebü'l-İslâmî, 1403/1983.
- Acar, Halil İbrahim: "Tefrik", **DİA**, 2011, C: XL, s. 277-279.
- _____ "Özür", **DİA**, 2007, C: XXXIV, s. 134-135.
- _____ "Talak", **DİA**, 2010, C: XXXIX, s. 496-500.
- Aclân, Abdullah b. Abdülaziz: **el-Ehliyye ve nazariyyetü'l-hakk fi's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Riyad, Müessesetü'l-mümtâz, 1416/1996.
- Adevî, Ebu'l-Hasen Ali b. Ahmed es-Saîdî: **Hâşiyetü'l-Adevî alâ Şerhi Muhtasari Halîl li'l-Haraşî**, 8 c., Beyrut, Dâru'l-fikr, t.y.
- Akıntürk, Turgut-Ateş Karaman, Derya: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, 23. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2014.
- Aktan, Hamza: "İstihkak", **DİA**, 2001, C: XXIII, s. 336-337.
- _____ "Kısmet", **DİA**, 2002, C: XXV, s. 497-498.
- _____ "Tehâruc", **DİA**, 2011, C: XL, s. 319.
- Âli Ali, Ahmed b. Hasen: **Ahkâmu's-şurûti'l-mukterineti bi akdi'n-nikâh ve âsâruhâ**, Birleşik Arap Emirlikleri, Cem'iyetü dâri'l-birr, 1435/2014.
- Ali Haydar: **Düreru'l-hükkâm fi şerhi Mecelleti'l-ahkâm**, ta'rîb: Fehmî el-Hüseynî, 4 c., y.y., Dâru'l-cîl, 1411/1991.
- Antalya, O. Gökhan: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012.
- Apaydın, H. Yunus: "Lüzûm", **DİA**, 2003, C: XXVII, s. 260-262.

_____ “Muhayyerlik”, **DİA**, 2006, C: XXXI, s. 25-30.

_____ “Fesâd”, **DİA**, 1995, C: XII, s. 417-421.

_____ “Galat”, **DİA**, 1996, C: XIII, s. 297-300.

_____ “Hacir”, **DİA**, 1996, C: XIV, s. 513-517.

_____ “Karz”, **DİA**, 2001, C: XXIV, s. 520-525.

_____ “Kefalet”, **DİA**, 2002, C: XXV, s. 168-177.

Arı, Abdüsselam: “Vasiyet”, **DİA**, 2012, C: XLII, s. 552-555.

Atar, Fahrettin: “Azil”, **DİA**, 1991, C: IV, s. 326-327.

_____ “İflâs”, **DİA**, 2000, C: XXI, s. 509-512.

_____ “Sulh”, **DİA**, 2009, C: XXXVII, s. 481-485.

Aybakan, Bilal: **İslam Hukukunda Borçların İfasi**, İstanbul, İFAV Yayınları, 1998.

_____ “İnfisâh”, **DİA**, 2000, C: XXII, s. 292-293.

_____ “Rücû”, **DİA**, 2008, C: XXXV, s. 284.

_____ “İkâle”, **DİA**, 2000, C: XXII, s. 14-16.

_____ “Selem”, **DİA**, 2009, C: XXXVI, s. 402-405.

_____ “Hapis Hakkı”, **DİA**, 1997, C: XVI, s. 65-67.

_____ “Muâvaza”, **DİA**, 2005, C: XXX, s. 331-332.

_____ “Teberru”, **DİA**, 2011, C: XL, s. 215-216.

_____ “Vekâlet”, **DİA**, 2013, C: LXIII, s. 1-6

Aynî, Bedreddîn Ebû Muhammed Mahmud b. Ahmed: **el-Binâye Şerhu'l-Hidâye**, 13 c., Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1420/2000.

_____ **Umdetü'l-Kârî Şerhu Sahîhi'l-Buhârî**, 25 c., Beyrut, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.y.

Azîmâbâdî, Ebû Abdirrahmân Muhammed Eşref b. Emîr: **Avnu'l-Ma'bûd Şerhu Süneni Ebî Dâvud**, 14 c., 2. bs., Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1415 h.

Bâbertî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed Ekmeleddîn: **el-Înâye Şerhu'l-Hidâye**, 10 c., y.y., Dâru'l-Fikr, t.y.

Bahrululûm, Muhammed: **Uyûbu'l-irâde fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye**, Beyrut, Dâru'z-Zehrâ, 1404/1984.

Ba'î, Abdülhamîd Mahmûd: **Davâbitü'l-Ukûd Dirâse Mukârane fi'l-Fikhi'l-İslâmî ve Müvâzene bi'l-Kânûni'l-Vaz'î ve Fikhihî**, y.y., Dâru't-Tevfikî'n-Nemûzeciyye li't-Tıbâa, t.y.

Bardakoğlu, Ali: "İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi –Özellikle Personel İstihdamı–", (Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Erzurum, 1982.

_____ "Fesih, **DİA**, 1995, C: XII, s. 427-436.

_____ "Butlân", **DİA**, 1992, C: VI, s. 476-478.

_____ "İkrah", **DİA**, 2000, C: XXII, s. 30-37.

_____ "Gabn", **DİA**, 1996, C: XIII, s. 268-273.

_____ "Ehliyet", **DİA**, 1994, C: X, s. 533-539.

_____ "Hibe", **DİA**, 1998, C: XVII, s. 421-426.

_____ "Havâle", **DİA**, 1997, C: XVI, s. 507-512.

_____ "Vesâyet", **DİA**, 2013, C: XLIII, s. 66-70.

Belhî, Nizâmeddîn vdğr.: **el-Fetâvâ el-Hindiyye**, 6 c., 2. bs., y.y., Dâru'l-fikr, 1310 h.

Bereketî, Muhammed Amîm İhsan: **et-Ta'rîfâtü'l-fikhiyye**, y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1424/2003.

Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyin: **es-Sünenü'l-Kübrâ**, thk. Muhammed Abdülkâdir Atâ, 10 c., 3. bs., Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1424/2003.

Beyzâvî, Nâsıruddîn Ebû Saîd Abdullah b. Ömer: **Envâru't-Tenzîl ve Esrâru't-Te'vîl**, thk. Muhammed Abdurrahman el-Mar'aşlî, 5 c., Beyrut, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1418 h.

Bilgili, Fatih, Demirkapı, Ertan: **Hukukun Temel Kavramları**, Bursa, Dora Yayıncılık, 2014.

Bilmen, Ömer Nasuhi: **Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul, Bilmen Basım ve Yayınevi, t.y.

Boynukalın, Mehmet: “Şart”, **DİA**, 2010, C: XXXVIII, s. 364-365.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl, **el-Câmiu's-sahîh**, thk. Muhammed Züheyr b. Nâsır en-Nâsır, 9 c., Beyrut, Dâru tavkî'n-necât, 1422 h.

Buhârî, Alâeddîn Abdülaziz b. Ahmed: **Keşfü'l-Esrâr şerhu Usûli'l-Pezdevî**, 4 c., y.y., Dâru'l-kitâbi'l-İslâmî, t.y.

Buhûtî, Mansur b. Yunus: **Keşşâfu'l-kınâ' an metni'l-İknâ'**, 6 c., y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, t.y.

_____ **Dekâiku Üli'n-Nühâ li şerhi'l-Müntehâ (Şerhu Münteha'l-İrâdât)**, 3 c., y.y., Âlemü'l-Kütüb, 1414/1993.

_____ **er-Ravzu'l-murabba' Şerhu Zâdi'l-müstakni'**, y.y., Dâru'l-müeyyed/Müessesetü'r-risâle, t.y.

Bûsîrî, Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Ebîbekr: **Misbâhu'z-zücâce fî zevâidi İbn Mâce**, thk. Muhammed el-Müntekâ el-Keşnâvî, 4 c., 2. bs., Beyrut, Dâru'l-arabiyye, 1403 h.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî: **Ahkâmu'l-Kur'ân**, thk. Muhammed Sâdık el-Kamhâvî, 5 c., Beyrut, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, 1405 h.

Cevherî, Ebû Nasr İsmail b. Hammâd: **es-Sihâh Tâcü'l-Luğa ve Sihâhu'l-Arabiyye**, thk. Ahmed Abdülğafûr Attâr, 6 c., 4. bs., Beyrut, Dâru'l-İlmi li'l-Melâyîn, 1407/1987.

Ceylan, Hadi Ensar: “İslam Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı”, (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, Ankara, 2017.

- Cündî, Ziyâeddîn Halil b. İshâk: **Muhtasarü Halîl**, thk. Ahmed Câd, Kahire, Dâru'l-Hadîs, 1426/2005.
- Cürcânî, Ali b. Muhammed eş-Şerîf: **et-Ta'rîfât**, thk. heyet, Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1403/1983.
- Çalış, Halit-Hacak, Hasan: "Rehin", **DİA**, 2007, C: XXXIV, s. 538-542.
- Dalamanlı, Lütfü: **Akdin Feshi ve İptali Davaları**, Ankara, İz Matbaacılık ve Ticaret, 1971.
- Dalgın, Nihat: **İslam Hukukuna Göre Müslüman Gayr-i Müslim Evliliği**, Samsun, Etüt Yayınları, 2005.
- _____ "Sigorta", **DİA**, 2009, C: XXXVII, s. 159-164.
- Dâmâd Efendi, Şeyhzâde Abdurrahman b. Muhammed: **Mecmau'l-Enhur fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur**, 2 c., y.y., Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.y.
- Dârekutnî, Ebu'l-Hasen Ali b. Ömer, **Sünenü'd-Dârekutnî**, thk. Şuayb el-Arnaût vdğr., 5 c., Beyrut, Müessesetü'r-risâle, 1424/2004.
- Dârimî, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdirrahmân: **Sünenü'd-Dârimî**, thk. Hüseyin Selîm Esed ed-Dârânî, 4 c., Suudi Arabistan, Dâru'l-muğnî, 1412/2000.
- Demirci, İslam: "İslam Borçlar Hukukunda Hata", (Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Konya, 2011.
- Demîrî, Ebu'l-Bekâ Muhammed b. Mûsâ: **en-Necmü'l-vehhâc fî şerhi'l-Minhâc**, thk. heyet, 10 c., Cidde, Dâru'l-minhâc, 1425/2004.
- Derdîr, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed el-Halvetî: **eş-Şerhu's-sağîr alâ akrabi'l-mesâlik ilâ mezhebi'l-İmâm Mâlik**, 4 c., y.y., Dâru'l-meârif, t.y.
- _____ **eş-Şerhu'l-kebîr**, 4 c., y.y., Dâru'l-fikr, t.y.
- Desûkî, Muhammed b. Ahmed b. Arafe: **Hâşiyetü'd-Desûkî ale's-Şerhi'l-Kebîr**, 4 c., y.y., Dâru'l-Fikr, t.y.
- Dimyâtî, Ebû Bekr Osman b. Muhammed: **İânetü't-Tâlibîn alâ Elfâzı Fethi'l-Muîn**, 4 c., y.y., Dâru'l-Fikr, 1418/1997.

- Döndüren, Hamdi: “Müsâkât”, **DİA**, 2006, C: XXXII, s. 70-71.
- Dönmez, İbrahim Kâfi: “Tasarruf”, **DİA**, 2011, C: XL, s. 118-119.
- _____ “Garar”, **DİA**, 1996, C: XIII, s. 366-371.
- _____ “Şüf’a”, **DİA**, 2010, C: XXXIX, s. 248-252.
- Ebu’l-Bekâ, Eyyûb b. Musa: **el-Külliyât**, thk. Adnân Dervîş-Muhammed el-Mısırî, Beyrut, Müessesetü’r-risâle, t.y.
- Ebû Ceyb, Sa’dî: **el-Kâmûsu’l-Fikhî Luğaten ve Istilâhan**, 2. bs., Dımeşk/Suriye, Dâru’l-Fikr, 1408/1988.
- Ebû Dâvud, Süleyman b. el-Eş’as es-Sicistânî, **Sünenü Ebî Dâvud**, thk. Şuayb el-Arnaût-Muhammed Kâmil Karabelli, 7 c., y.y., Dâru’r-risâleti’l-âlemiyye, 1430/2009.
- Ebû İshâk, Burhâneddîn İbrahim b. Muhammed: **el-Mübdi’ fî şerhi’l-Mukni’**, 8 c., Beyrut, Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye, 1418/1997.
- Ebû Zehre, Muhammed: **el-Milkiyye ve Nazariyyetü’l-Akd fî ş-Şerîati’l-İslâmiyye**, Kahire, Dâru’l-Fikri’l-Arabî, t.y.
- _____ **Usûlü’l-fikh**, Kahire, Dâru’l-fikri’l-Arabî, t.y.
- _____ **el-Ahvâlü’ş-şahsiyye**, 3. bs., Kahire, Dâru’l-fikri’l-arabî, 1377/1957.
- Ensârî, Ebû Yahyâ Zekerîya b. Muhammed: **Esne’l-Metâlib fî şerhi Ravdî’t-tâlib**, 4 c., y.y., Dâru’l-kitâbi’l-İslâmî, t.y.
- _____ **el-Gureru’l-behiyye fî şerhi’l-Behceti’l-verdiyye**, 5 c., y.y., el-Matbaatü’l-meymeniyye, t.y.
- _____ **Fethu’l-Vehhâb bi şerhi Menheci’t-tullâb**, 2 c., y.y., Dâru’l-fikr, 1414/1994.
- Erdoğan, Mehmet: **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, 3. bs., İstanbul, Ensar Neşriyat, 2010.
- Erul, Bünyamin: “Tedlîs”, **DİA**, C: XL, 2011, s. 262-264.

Esmâdî, Muhammed Nuaym: **Nazariyyetü feshi'l-ukûd fi'l-fikhi'l-İslâmî**, Amman, Dâru'n-nefâis, 1426/2006.

Feyyûmî, Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed: **el-Misbâhu'l-münîr fî ğarîbi's-Şerhi'l-kebîr**, 2 c., Beyrut, el-Mektebetü'l-ilmîyye, t.y.

Fîrûzâbâdî, Ebû Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Yakub: **el-Kâmûsu'l-Muhît**, thk. Muhammed Nuaym el-Araksûsî, 8. bs., Beyrut, Müessesetü'r-Risâle, 1426/2005.

Besâiru zevi't-Temyîzi fî Letâifi'l-Kitâbi'l-Azîz, thk. Muhammed Ali en-Neccâr, 6 c., Kahire, el-Meclisü'l-A'lâ li's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1-3. C. 1416/1996, 4-5. C. 1412/1992, 6. C. 1393/1973.

Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed et-Tûsî: **el-Vasît fi'l-Mezheb**, thk. Ahmed Mahmûd İbrahim-Muhammed Muhammed Tâmir, 7 c., Kahire, Dâru's-Selâm, 1417 h.

Göç, Emine Esin: "İslam Borçlar Hukukunda İnkâl", (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2010.

Gözübenli, Beşir: "Fuzûlî", **DİA**, 1996, C: XIII, s. 239-240.

_____ "Ateh", **DİA**, 1991, C: IV, s. 51-52.

_____ "Âriyet", **DİA**, 1991, C: III, s. 379-380.

_____ "Şirket", **DİA**, 2010, C: XXXIX, s. 198-201.

Gül, Ali Rıza: "Faizsiz Bankacılığın Dinî Temeli Açısından Mudârabe ile Selef Yöntemlerinin Mukayesesi", **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C: XLVI, sy. 1, 2005, s. 43-83.

Günay, Hacı Mehmet: "Vakıf", **DİA**, 2012, C: XLII, s. 475-479.

Hadîsî, Abdullah Hasan Hamîd: **Ahkâmu'l-mu'sir fi'l-fikhi'l-İslâmî**, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1426/2005.

Haffîf, Ali: **Ahkâmu'l-Muâmelâti's-Şer'iyye**, 3. bs., Kahire, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, t.y.

Hâkim, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh en-Nîsâbûrî: **el-Müstedrek ale's-sahîhayn**, thk. Mustafa Abdülkâdir Atâ, 4 c., Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1411/1990.

Halebî, İbrahim b. Muhammed: **Mülteka'l-Ebhur**, thk. Halîl İmrân el-Mansûr, 4 c., Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1419/1998.

Hallâf, Abdülvehhâb: **İlmu Usûli'l-Fıkh**, 8. bs., y.y., Dâru'l-kalem, t.y.

_____ **İlmu usûli'l-fıkhî ve hulâsatü târihi't-teşrî'**, Mısır, Matbaatü'l-medenî, t.y.

_____ **Ahkâmu'l-Ahvâli's-Şahsiyye fi's-şerîati'l-İslâmiyye**, 2. bs., Kahire, Dâru'l-kütübi'l-Mısriyye, 1357/1938.

Haraşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh: **Şerhu Muhtasari Halîl**, 8 c., Beyrut, Dâru'l-Fıkr, t.y.

Haskefî, Muhammed b. Ali Alâuddîn: **ed-Dürü'l-Muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebşâr ve câmi'i'l-bihâr**, thk. Abdülmün'im Halîl İbrahim, y.y., Dâru'l-Kütübi'l-İlmîyye, 1423/2002.

Hayyât, Abdülaziz: **Nazariyyetü'l-Akd ve'l-Hıyârât fi'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Amman, el-Ma'hedü'l-Arabî li'd-Dirâsâti'l-Mâliyye ve'l-Masrafiyye, 1994.

Hevârî, Muhammed Abdurrahman Ali: **Bahs fi'l-hacr ve eseruhû fi himâyeti'l-emvâli limüstehikkîhâ**, Kahire, Dâru'l-Hüdâ, 1409/1989.

Hırakî, Ebu'l-Kâsım Ömer b. el-Hüseyn: **Metnü'l-Hırakî 'alâ mezhebi Ebî Abdillah Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî**, y.y., Dâru's-sahâbe li't-türâs, 1413/1993.

Hicâvî, Musa b. Ahmed: **el-İknâ' fî fıkhî'l-İmâm Ahmed b. Hanbel**, thk. Abdüllatîf Muhammed Musa es-Sübkî, 4 c., Beyrut, Dâru'l-ma'rife, t.y.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi.

Hûrân, Muhammed Süleyman: **Nazariyyetü'l-Feshi ve Tatbîkâtuhâ fi'l-fıkhî'l-İslâmî**, Beyrut, Dâru'n-nevâdir, 1433/2012.

Hussein Bahjat Hussein Ali: “İslam Aile Hukukunda Nikâh Akdinin Feshi”, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Ankara, 2012.

Hüseyin, Ahmed Ferrâc: **el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi's-şerîati'l-İslâmiyye**, Beyrut, ed-Dâru'l-câmi'iyye, t.y.

İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer: **Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr**, 6 c., 2. bs., Beyrut, Dâru'l-fikr, 1412/1992.

_____ **Hâşiyetü Minhati'l-Hâlık**, 8 c., 2. bs., y.y., Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, t.y.

_____ **Mecmûatü resâili İbn Âbidîn**, Beyrut, Dâru ihyâi't-türâsi'l-arabî, t.y.

İbn Âşûr, Muhammed et-Tâhir b. Muhammed et-Tûnusî: **et-Tahrîr ve't-tenvîr**, 30 c., Tunus, ed-Dâru't-Tûnusiyye, 1984.

İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed: **el-Musannef**, thk. Kemal Yusuf el-Hût, 7 c., Riyad, Mektebetü'r-rüşd, 1409 h.

İbn Emîr Hâc, Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed: **et-Takrîr ve't-Tahbîr**, 3 c., 2. bs., y.y., Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1403/1983.

İbn Esîr, Ebu's-Saâdât el-Mübârek b. Muhammed el-Cezerî: **en-Nihâye fî Ğarîbi'l-Hadîsi ve'l-Eser**, thk. Tâhir Ahmed ez-Zâvî-Mahmûd Muhammed et-Tanâhî, 5 c., Beyrut, el-Mektebetü'l-İlmiyye, 1399/1979.

İbn-i Fâris, Ebu'l-Hüseyin Ahmed b. Fâris el-Kazvînî: **Mu'cemu Mekâyîsi'l-Lüğa**, thk. Abdüsselâm Muhammed Harun, 6 c., y.y., Dâru'l-Fikr, 1399/1979.

İbn Ferhûn, Burhâneddîn İbrahim b. Ali el-Ya'mûrî: **Tebşiratü'l-hükkâm fî usûli'l-akziyeti ve menâhici'l-ahkâm**, 2 c., y.y., Mektebetü'l-külliyâtî'l-Ezheriyye, 1406/1986.

İbn Hacer, Ebu'l-Fadl Ahmed b. Ali b. Hacer el-Askalânî: **Fethu'l-Bârî Şerhu Sahîhi'l-Buhârî**, nşr. Muhibbuddîn el-Hatîb, 13 c., Beyrut, Dâru'l-ma'rife, 1379 h.

_____ **et-Telhîsu'l-Habîr fî Tahrîci Ehâdîsi'r-Râfi'îyyi'l-Kebîr**, 4 c., y.y., Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1419/1989.

İbn Hacer, Ahmed b. Muhammed el-Heytemî: **Tuhfetü'l-muhtâc fî şerhi'l-Minhâc**, 10 c., Mısır, el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, 1357/1983.

İbn Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed: **el-Müsned**, thk. Şuayb el-Arnaût vdğr., 45 c., Beyrut, Müessesetü'r-risâle, 1421/2001.

İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed ez-Zâhirî: **el-Muhallâ bi'l-Âsâr**, 12 c., Beyrut, Dâru'l-Fikr, t.y.

İbn Hibbân, Ebû Hâtim Muhammed b. Hibbân et-Temîmî: **Sahîhu İbn Hibbân**, thk. Şuayb el-Arnaût, 18 c., Beyrut, Müessesetü'r-risâle, 1408/1988.

İbnü'l-Hümâm, Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvâhid es-Sîvâsî: **Fethu'l-Kadîr**, 10 c., Beyrut, Dâru'l-Fikr, t.y.

_____ **et-Tahrîr**, 3 c., 2. bs., y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1403/1983.

İbn Kayyim, Şemseddîn Muhammed b. Ebî Bekr el-Cevziyye: **Ahkâmü ehli'z-zimme**, thk. Yusuf b. Ahmed el-Bekrî-Şâkir b. Tevfik el-Ârûrî, 3 c., Demmâm, Ramâdî li'n-neşr, 1418/1997.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed: **el-Muğnî**, 10 c., y.y., Mektebetü'l-Kahire, 1388/1968.

_____ **el-Mukni' fî fikhi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî**, thk. Mahmûd el-Arnaüd-Yasin Mahmûd el-Hatîb, Cidde, Mektebetü's-sevâdî, 1421/2000.

_____ **el-Kâfi fî fikhi'l-İmâm Ahmed**, 4 c., y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1414/1994.

İbn Kudâme, Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Muhammed: **eş-Şerhu'l-Kebîr 'ale'l-Mukni'**, thk. Abdullah b. Abdilmuhsin et-Türkî-Abdülfettâh Muhammed el-Hulv, 30 c., Kahire, Hecer li't-tibâa ve'n-neşr, 1415/1995.

- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî: **Sünenü İbn Mâce**, thk. Şuayb el-Arnaût vdğr., 5 c., Beyrut, Dâru'r-risâletü'l-âlemiyye, 1430/2009.
- İbn Manzûr, Ebu'l-Fadl Muhammed b. Mükerrerem: **Lisânü'l-arab**, 15 c., 3. bs., Beyrut, Dâru sâdır, 1414 h.
- İbn Mâze, Ebu'l-Meâlî Burhâneddîn Mahmûd b. Ahmed: **el-Muhîtu'l-Burhânî fi'l-fıkhi'n-Nu'mânî**, thk. Abdülkerîm Sâmi el-Cündî, 9 c., Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1424/2004.
- İbn Neccâr, Takiyyüddîn Muhammed b. Ahmed el-Fütûhî: **Münteha'l-irâdât**, Abdullah b. Abdilmuhsin et-Türkî, 5 c., y.y., Müessesetü'r-risâle, 1419/1999.
- İbn Nüceym, Zeyneddîn b. İbrahim el-Mısrî: **el-Bahru'r-Râik şerhu Kenzi'd-dekâik**, 8 c., 2. bs., y.y., Dâru'l-kitâbi'l-İslâmî, t.y.
-
- el-Eşbâh ve'n-Nezâir alâ Mezhebi**
- Ebî Hanîfete'n-Nu'mân**, thk. Zekeriya Umeyrât, Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmîyye, 1419/1999.
- İbn Nüceym, Sirâceddîn Ömer b. İbrahim b. Nüceym el-Hanefî: **en-Nehru'l-Fâik şerhu Kenzi'd-dekâik**, thk. Ahmed Azv İnâye, 3 c., y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1422/2002.
- İbn Receb, Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Receb el-Hanbelî: **el-Kavâid**, y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, t.y.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî: **Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid**, 4 c., Kahire, Dâru'l-Hadîs, 1425/2004.
- İbnü'ş-Şihne, Ebu'l-Velîd Ahmed b. Muhammed: **Lisânü'l-Hükkâm fi Ma'rifeti'l-Ahkâm**, 2. bs., Kahire, el-Bâbî el-Halebî, 1393/1973.
- İbn Teymiyye, Takiyyüddîn Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Abdilhalîm: **Nazariyyetü'l-akd**, Kahire, Mektebetü's-Sünneti'l-Muhammediyye, 1949.
- İbrahim Mustafa vdğr.: **el-Mu'cemu'l-Vasît**, y.y., Dâru'd-Da'vet, t.y.

- İsfahânî, Ebu'l-Kâsım el-Hüseyn b. Muhammed er-Râğıb: **el-Müfredât fî Ğarîbi'l-Kur'ân**, thk. Safvân Adnân ed-Dâvudî, Beyrut, Dâru'l-Kalem, 1412 h.
- İsmet Abdülmecîd Bekr: **Nazariyyetü'l-Akd fî'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, t.y.
- İzz b. Abdisselâm, Ebû Muhammed İzzeddîn Abdülazîz b. Abdisselâm: **Kavâ'idü'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm**, 2 c., Kahire, Mektebetü'l-külliyâtî'l-Ezheriyye, 1414/1991.
- Kadri Paşa, Muhammed: **Mürşidü'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân**, 2. bs., Bulak, el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1308/1891.
- Kal'acî, Muhammed Revvâs-Kanîbî, Hâmid Sâdık: **Mu'cemu lugati'l-fukahâ**, 2. bs., y.y., Dâru'n-nefâis, 1408/1988.
- Kallek, Cengiz: "Müzayede", **DİA**, 2006, C: XXXII, s. 236-238.
- _____ "Mudârebe", **DİA**, 2005, C: XXX, s. 359-363.
- Kalîsî, Ali Ahmed: **Fıkhü'l-Muâmelâti'l-Mâliyye fî'ş-Şerîati'l-İslâmiyye**, 5. bs., Beyrut, Müessesetü'r-Risâle, 1425/2004.
- Kamhâvî, Muhammed Hâmid-Ömer Abdullah: **Ahkâmu'l-ahvâli'ş-Şahsiyye li'l-müslimîn**, İskenderiye, Dâru'l-matbûâtî'l-câmiyye, 1986.
- Karadâğî, Muhyiddin Ali: **Mebdeü'r-rızâ fî'l-ukûd**, 2 c., Beyrut, Dâru'l-beşâiri'l-İslâmiyye, 1985.
- Karâfî, Ebu'l-Abbâs Şehâbeddîn Ahmed b. İdris: **Envâru'l-burûk fî envâi'l-Furûk**, 4 c., y.y., Âlemü'l-kütüb, t.y.
- _____ **ez-Zahîra**, thk. Muhammed Huccê-Saîd A'râb-Muhammed Bû Hubze, 14 c., Beyrut, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1994.
- Karaman, Hayrettin: **Mukayeseli İslam Hukuku**, 3 c., İstanbul, İz Yayıncılık, 2001.
- Kâsânî, Alâeddîn Ebubekir b. Mes'ûd: **Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi'ş-Şerâi'**, 7 c., 2. bs., y.y., Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1406/1986.
- Kayapınar, Hüseyin: "Müzâraa", **DİA**, 2006, C: XXXII, s. 234-236.

- Kelbî, İbn Cüzey Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed el-Gırnâtî: **el-Kavânînu'l-Fıkhıyye**, y.y., t.y.
- Kermî, Mer'î b. Yusuf: **Delîlü't-tâlib li neyli'l-metâlib**, thk. Ebû Kuteybe Nazar Muhammed el-Fâryâbî, Riyad, Dâru Taybe, 1425/2004.
- Keşnâvî, Ebû Bekr b. Hasan: **Eshelü'l-medârik şerhu İrşâdi's-sâlik**, 3 c., 2. bs., Beyrut, Dâru'l-fıkr, t.y.
- Kirmânî, Şemseddîn Muhammed b. Yusuf: **el-Kevâkibü'd-derârî fi şerhi Sahîhi'l-Buhârî**, 25 c., 2. bs., Beyrut, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, 1401/1981.
- Koca, Ferhat: "Mâni", **DİA**, 2003, C: XXVII, s. 573-574.
- Konevî, Kasım b. Abdullah er-Rûmî: **Enîsü'l-fukahâ fi ta'rîfâti'-elfâzi'l-mütedâvile beyne'l-fukahâ**, thk. Yahya Hasen Murâd, y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1424/2004.
- Köse, Saffet: "Hile", **DİA**, 1998, C: XVIII, s. 28-29.
- Kudûrî, Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Muhammed: **Muhtasaru'l-Kudûrî**, thk. Kâmil Muhammed Uveyda, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1418/1997.
- Kumaş, Ali: "İslâm Borçlar Hukukunda Gabin", (Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Konya, 2011.
- Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed: **el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân**, thk. Ahmed el-Berdûnî-İbrahim Atfîş, 10 c., 2. bs., Kahire, Dâru'l-Kütübi'l-Mısriyye, 1384/1964.
- Kurtubî, Ebû Ömer Yusuf b. Abdillâh en-Nemerî: **el-Kâfi fi fıkhî ehli'l-Medîne**, thk. Muhammed Ahyed Velid el-Moritânî, 2 c., 2. bs., Riyad, Mektebetü'r-Riyad el-hadîsetü, 1400/1980.
- Kübeysî, Fuâd Muhammed: **İcâratü'l-a'yân fi ş-şerîati ve'l-kânûn**, Lübnan, Dâru'n-nevâdir, 1433/2012.
- Mahmasânî, Subhî: **en-Nazariyyetü'l-âmmeh li'l-mücebâti ve'l-ukûd fi ş-Şerîati'l-İslâmiyye**, Beyrut, Dâru'l-ilmi li'l-melâyîn, 1983.

Makdisî, Ebû Muhammed Bahâeddîn Abdurrahman b. İbrahim: **el-Udde Şerhu'l-Umde**, Kahire, Dâru'l-Hadîs, 1424/2003.

Mâlik b. Enes: **Muvatta'**, thk. Muhammed Fuâd Abdulbâkî, Beyrut, Dâru İhyâi't-türâsi'l-arabî, 1406/1985.

Mâverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed: **el-Hâvi'l-kebîr fî fıkhi mezhebi'l-İmâmi's-Şâfi'i**, thk. Ali Muhammed Muavviz-Âdil Ahmed Abdülmevcûd, 19 c., Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1419/1999.

Mecelle-i Ahkâm-i Adliyye.

Medkûr, Muhammed Sellâm: **Mebâhisü'l-hükm inde'l-usûliyyîn**, Kahire, Dâru'n-nahdati'l-arabiyye, 1379/1959.

Merdâvî, Ebu'l-Hasen Ali b. Süleyman: **el-İnsâf fî ma'rifeti'r-râcihi mine'l-hılâf**, 12 c., 2. bs., y.y., Dâru İhyâi't-türâsi'l-arabî, t.y.

Merğînânî, Ebu'l-Hasen Burhâneddîn Ali b. Ebîbekr: **Bidâyetü'l-mübtedî**, Kahire, Mektebetü Muhammed Ali Subh, t.y.

_____ **el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübtedî**, thk. Tallâl Yusuf, 4 c., Beyrut, Dâru İhyâi't-türâsi'l-arabî, t.y.

Mevsîlî, Ebu'l-Fadl Abdullah b. Mahmud: **el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr**, 5 c., Kahire, Matbaatü'l-Halebî, 1356/1937.

_____ **el-Muhtâr li'l-fetvâ**, 5 c., (el-İhtiyâr şerhiyle birlikte), Kahire, Matbaatü'l-Halebî, 1356/1937.

Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yusuf el-Gırnâtî: **et-Tâcü ve'l-iklîl li Muhtasari Halil**, 8 c., y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1416/1994.

Meydânî, Abdülğanî b. Tâlib: **el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâb**, thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamîd, 4 c., Beyrut, el-Mektebetü'l-İlmiyye, t.y.

Meyyâre, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Fâsî: **el-İtkân ve'l-ihkâm fî şerhi Tuhfeti'l-hükkâm**, 2 c., y.y., Dâru'l-ma'rife, t.y.

Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmerz: **Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Gureri'l-Ahkâm**, 2 c., y.y., Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, t.y.

-
- Gureru'l-ahkâm**, 2 c., (Düneru'l-hükkâm şerhiyle birlikte), Kahire, Dâru ihyâi'l-kütübi'l-arabiyye, t.y.
- Mübârekfûrî, Ebu'l-Alâ Muhammed Abdurrahman: **Tuhfetü'l-Ahvezî**, 10 c., Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, t.y.
- Müslim, Ebu'l-Hasen Müslim b. Haccâc en-Nîsâbü'rî: **es-Sahîh**, thk. Muhammed Fuâd Abdulbâkî, 5 c., Beyrut, Dâru ihyâi't-türâsi'l-arabî, t.y.
- Müzenî, Ebû İbrahim İsmail b. Yahya: **Muhtasaru'l-Müzenî**, Beyrut, Dâru'l-Ma'rife, 1410/1990.
- Nemle, Abdülkerîm b. Ali: **el-Mühezzeb fi ilmi usûli'l-fıkhî'l-mukâran**, 5 c., Riyad, Mektebetü'r-rüşd, 1420/1999.
- Nesâî, Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Şuayb: **Sünenü'n-Nesâî**, thk. Abdülfettah Ebû Gudde, 9 c., 2. bs., Halep, Mektebetü'l-matbûâti'l-İslâmiyye, 1406/1986.
-
- es-Sünenü'l-Kübrâ**, thk. Hasen Abdulmün'im Şelebî, 12 c., Beyrut, Müessesetü'r-risâle, 1421/2001.
- Nesefî, Hâfizuddîn Ebu'l-berekât Abdullah b. Ahmed: **Kenzü'd-dekâik**, thk. Sâid Bekdâş, y.y., Dâru'l-beşâiri'l-İslâmiyye, 1432/2011.
- Nevevî, Ebû Zekeriya Yahya b. Şeref: **el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb**, 20 c., y.y., Dâru'l-Fıkr, t.y.
-
- Minhâcu't-tâlibîn ve Umdetü'l-müftîn**, thk. İvaz Kâsım Ahmed İvaz, y.y., Dâru'l-fıkr, 1425/2005.
-
- Ravzatü't-tâlibîn ve umdetü'l-müftîn**, thk. Züheyr eş-Şâvîş, 12 c., 3. bs., Beyrut, el-Mektebü'l-İslâmî, 1412/1991.
-
- et-Takrîb ve't-Teysîr**, thk. Muhammed Osman el-Huş, Beyrut, Dâru'l-kitâbi'l-arabî, 1405/1985.
- Pezdevî, Ebu'l-Yüsr Muhammed b. Muhammed: **Usûlü'l-Pezdevî**, 4 c., (Keşfü'l-esrâr şerhiyle birlikte), y.y., Dâru'l-kitâbi'l-İslâmî, t.y.

- Râzî, Fahreddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ömer et-Teymî: **Mefâtihu'l-ğayb**, 32 c., 3. bs., Beyrut, Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, 1420 h.
- Remlî, Şehâbeddîn Muhammed b. Ahmed: **Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc**, 8 c., Beyrut, Dâru'l-fikr, 1404/1984.
- Ruaynî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed el-Hattâb: **Mevâhibü'l-Celîl fî şerhi Muhtasari Halil**, 6 c., 3. bs., y.y., Dâru'l-fikr, 1412/1992.
- Sadru's-Şerîa, Ubeydullah b. Mes'ûd: **et-Tavzîh fî halli ğavâmidü't-Tenkîh**, 2 c., (Telvîh şerhiyle birlikte), Mısır, Mektebetü Sabîh, t.y.
- Sahnûn, Ebû Saîd Abdüsselam b. Saîd et-Tenûhî: **el-Müdevvenetü'l-kübrâ**, 4 c., y.y., Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415/1994.
- San'ânî, Ebû İbrahim Muhammed b. İsmail: **Sübülü's-selâm**, 2 c., y.y., Dâru'l-Hadîs, t.y.
- Savaş, Abdurrahman: "Türk Borçlar Hukukunda İkâle Sözleşmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, sy. 26, 2016, s. 105-142.
- Sâvî, Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed el-Halvetî: **Bülğatü's-sâlik li akrabi'l-mesâlik**, 4 c., y.y., Dâru'l-meârif, t.y.
- Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed: **Nazariyyetü'l-Akd**, Beyrut, Mecmau'l-ilmî'l-Arabî, 1934.
-
- Mesâdiru'l-Hakk fî'l-fıkhi'l-İslâmî**, 6 c., Kahire, Câmîatü'd-devli'l-arabiyye, 1391/1971.
- Serahsî, Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed: **el-Mebsût**, 30 c., Beyrut, Dâru'l-ma'rife, 1414/1993.
-
- el-Usûl**, 2 c., Beyrut, Dâru'l-ma'rife, t.y.
- Sıddıkî, Selim A.: **İslam Devletinde Mali Yapı**, trc. Rasim Özdenören, İstanbul, Fikir Yayınları, 1980.

Sindî, Ebu'l-Hasen Nureddîn Muhammed b. Abdilhâdî: **Hâşiyetü's-Sindî alâ Süneni'n-Nesâî**, 8 c., 2. bs., Halep, Mektebü'l-matbûâtî'l-İslâmiyye, 1406/1986.

Suyûtî, Celâleddîn Abdurrahman b. Ebî Bekr: **el-Eşbâh ve'n-Nezâir**, y.y., Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1411/1990.

Misbâhu'z-zücâce Şerhu Süneni İbn Mâce, Karatçî, Kadîmî Kütüphane, t.y.

Sübkî, Ali b. Abdülkâfi: **Tekmiletü'l-Mecmû'**, 20 c., (el-Mecmû ile birlikte), y.y., Dâru'l-fikr, t.y.

Şâfi'î, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris: **el-Ümm**, 8 c., Beyrut, Dâru'l-Ma'rife, 1410/1990.

Şahin, Osman: "Safka", **DİA**, 2008, C: XXXV, s. 480-481.

Şâtıbî, İbrahim b. Musa el-Lahmî: **el-Muvâfakât**, thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Hasen Âli Selmân, 7 c., y.y., Dâru İbn Affân, 1417/1997.

Şekara, İsa Zekî İsa Muhammed: **el-İkrâh ve Eseruhû fi't-Tasarrufât**, Beyrut, Müessesetü'r-risâle, 1987.

Şerîf, Şeref b. Ali: **el-İcâratü'l-vâridetü 'alâ ameli'l-insân**, Cidde, Dâru's-şurûk, 1400/1980.

Şevkânî, Muhammed b. Ali: **Neylü'l-Evtâr**, thk. Isâmüddîn es-Sabâbetî, 8 c., Mısır, Dâru'l-Hadîs, 1413/1993.

Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen: **el-Asl**, thk. Ebu'l-Vefâ el-Efgânî, 5 c., Kerâtişî, İdâratü'l-Kur'ân ve'l-ulûmi'l-İslâmiyye, t.y.

Şilbî, Şihâbeddîn Ahmed b. Muhammed: **Hâşiyetü's-Şilbî alâ Tebyîni'l-hakâik**, 6 c., (Tebyînü'l-hakâik ile birlikte), Bulak/Kahire, el-Matbaatü'l-kübrâ el-emîriyye, 1313 h.

Şîrâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali: **el-Mühezzeb fi fıkhi'l-İmâmi's-Şâfi'î**, y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, t.y.

Şirbînî, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb: **Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-Minhâc**, 6 c., y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1415/1994.

Şirvânî, Abdülhamîd: **Hâşiyetü's-Şirvânî alâ Tuhfeti'l-muhtâc**, 10 c., (Tuhfetü'l-muhtâc ile birlikte), Mısır, el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, 1357/1983.

Şürünbülâlî, Ebu'l-İhlâs Hasen b. Ammâr: **Gunyetü zevi'l-ahkâmi fî buğyeti Düreri'l-hükkâm**, 2 c., (Molla Hüsrev'in Düreri'l-hükkâm'ı ile birlikte), y.y., Dâru ihyâi'l-kütübi'l-arabî, t.y.

Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed: **el-Mu'cemu'l-evsat**, thk. Târik b. İvadullâh-Abdülmuhsin b. İbrahim el-Hüseynî, 10 c., Kahire, Dâru'l-Haremeyn, t.y.

el-Mu'cemu'l-kebîr, thk. Hamdî b. Abdilmecîd es-Selefi, 25 c., 2. bs., Kahire, Mektebetü İbn Teymiyye, t.y.

el-Mu'cemu's-sağîr, thk. Muhammed Şekûr Mahmûd el-Hâc Emrîr, 2 c., Beyrut, el-Mektebü'l-İslâmî, 1405/1985.

Tahâvî, Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed: **Şerhu Müşkili'l-âsâr**, thk. Şuayb el-Arnaût, 16 c., y.y., Müessesetü'r-risâle, 1415/1994.

Tarâblusî, Ebu'l-Hasen Alâeddîn Ali b. Halîl: **Muînu'l-hükkâm fî mâ yeteraddedu beyne'l-hasmeyni mine'l-ahkâm**, y.y., Dâru'l-fikr, t.y.

Tecikânî, Muhammed Habîb: **Nazariyyetü'l-Akd fi's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Kuveyt, Vizâratü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1431/2010.

Teftâzânî, Mesûd b. Ömer: **et-Telvîh**, 2 c., Mısır, Mektebetü sabîh, t.y.

Tehânevî, Muhammed b. Ali el-Fârûkî: **Keşşâfu Istilâhâti'l-Fünûni ve'l-Ulûm**, thk. Ali Dahrûc, 2 c., Beyrut, Mektebetü Lübnan Nâşirûn, 1996.

Tehânevî, Zafer Ahmed: **İ'lâu's-Sünen**, Karaçi/Pakistan, İdâratü'l-Kur'ân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, 1418/1997.

- Timurtâşî, Muhammed b. Abdullah: **Tenvîru'l-ebşâr ve câmiu'l-bihâr**, (ed-Dürü'l-muhtâr şerhiyle birlikte), thk. Abdülmün'im Halîl İbrahim, y.y., Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1423/2002.
- Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ: **Sünenü't-Tirmizî**, thk. Ahmed Muhammed Şâkir vdğr., 5 c., 2. bs., Mısır, Mektebetü ve Matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî, 1395/1975.
- Tûrî, Muhammed b. Hüseyin: **Tekmiletü'l-Bahri'r-Râik**, 8 c., (el-Bahru'r-râik ile birlikte), 2. bs., y.y., Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, t.y.
- Turan, Osman Fırat: "Sözleşmede İrade Sakatlıkları Hata-Hile-İkrâh", <http://osmanfiratturan.av.tr>.
- Tüfekçi, İbrahim: "Tânevî'nin İ'lâu's-sünen İsimli Eserindeki Fıkıh Metodu (Musarrât Hadisi Örneği)", **Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, sy. 43, (2012/2), s. 129-166.
- Türk Borçlar Kanunu**, T.C. Resmi Gazete, 27836, 04 Şubat 2011.
- Türk Ceza Kanunu**, T.C. Resmi Gazete, 25611, 12 Ekim 2004.
- Türk Ticaret Kanunu**, T.C. Resmi Gazete, 27846, 14 Şubat 2011.
- Yaran, Rahmi: **İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi Borçlunun Temerrüdü Alacaklının Temerrüdü**, İstanbul, İFAV Yayınları, 1997.
- Yarmalı, Eyüp Sabri-Alp, Selçuk: **Hukuk Terimleri Sözlüğü**, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2011.
- Yıldırım, Mustafa: "Vedîa", **DİA**, 2012, C: XLII, s. 596-598.
- _____ "Tahkîm", **DİA**, 2010, C: XXXIX, s. 411-413.
- Yusuf Musa, Muhammed: **el-Emvâl ve Nazariyyetü'l-Akd fi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, y.y., Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1987.
- Zebîdî, Muhammed Murtazâ: **Tâcu'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs**, thk. heyet, 40 c., y.y., Dâru'l-Hidâye, t.y.
- Zebîdî, Ebubekir b. Ali el-Haddâd: **el-Cevheretü'n-Neyyira**, 2 c., y.y., el-Matbaatü'l-Hayriyye, 1322 h.

- Zemahşerî, Cârullâh Ebu'l-Kâsım Mahmûd b. Amr: **el-Keşşâf an Hakâkı Ğavâmıdıt-Tenzîl**, 4 c., 3. bs., Beyrut, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1407 h.
- Zennûn, Hasan Ali: **en-Nazariyyetü'l-âimme li'l-fesh fi'l-fıkhî'l-İslâmî ve'l-kânûni'l-medenî**, Kahire, Mektebetü'n-nahdati'l-Mısriyye, 1946.
- Zerkâ, Mustafa b. Ahmed: **el-Medhalü'l-Fıkhıyyü'l-Âmm**, 2 c., 2. bs., Dimeşk, Dâru'l-Kalem, 1425/2004.
- Zeydân, Abdülkerîm: **el-Medhal lidirâseti's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Dimeşk, Müessesetü'r-Risâle Nâşirûn, 1431/2010.
- Zeylaî, Fahreddîn Osman b. Ali: **Tebyînü'l-hakâık şerhu Kenzi'd-dekâık**, 6 c., Bulak/Kahire, el-Matbaatü'l-kübrâ el-emîriyye, 1313 h.
- Zühaylî, Muhammed Mustafa: **el-Vecîz fı Usûli'l-Fıkhî'l-İslâmî**, 2 c., 2. bs., Dimeşk, Dâru'l-Hayr, 1427/2006.
- Zühaylî, Vehbe b. Mustafa: **el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühû**, 10 c., 12. bs., Dimeşk, Dâru'l-Fıkr, t.y.