



T. C.

**RECEP TAYYİP ERDOĞAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI**

**İSLÂM BORÇLAR HUKUKUNDA NİZA
(Doktora Tezi)**

Ali Haydar BÖLÜKBAŞ

**Doç. Dr. Ali KUMAŞ
Danışman**

RİZE

2020

KABUL VE ONAY

Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalında, Ali Haydar BÖLÜKBAŞ tarafından hazırlanan *İslâm Borçlar Hukukunda Niza* başlıklı bu çalışma, 12/06/2020 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oy birliği/oy çokluğuyla başarılı bulunarak jürimiz tarafından Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan: Doç. Dr. Ali KUMAŞ (Kabul/Red)

Üye: Prof. Dr. Şevket TOPAL (Kabul/Red)

Üye: Doç. Dr. İhsan ARSLAN (Kabul/Red)

Üye: Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (Kabul/Red)

Üye: Dr. Öğr. Üyesi Necmeddin GÜNEY (Kabul/Red)

12/08/2020

Doç. Dr. Ahmet YANIK
Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Doktora Programından mezun olmak üzere teslim ettiğim “İslâm Borçlar Hukukunda Niza” konulu tezimi, bilim ve araştırma etiği prensiplerine riayet edilerek tarafımdan yazılmıştır.

Eserimde, başka kaynaklardan aktarılan bütün bilgi ve alıntılar, Enstitünüz Tez Yazım Kılavuzuna uygun olarak açıkça gösterilmiştir. Kaynağı gösterilenler dışında kalan bütün bilgiler uygun araştırma yöntemi kullanılarak tarafımdan edinilmiş ve esere bu şekilde yansıtılmıştır. Şahsıma ait olmayan hiçbir bilgi, kasıt veya kusurlar, şahsıma aitmiş gibi gösterilmemiştir. İnternet kaynakları dâhil, sahibine / kaynağına atıf yapılmaksızın hiçbir bilgi kullanılmamıştır.

Aksinin ortaya çıkması halinde doğacak bütün hukuki, idari, akademik ve etik sorumluluk tarafıma ait olacaktır. Eserin tesliminden sonra herhangi bir zamanda, bilim etiğine aykırılık tespit edilmesi ve / veya eserimle ilgili intihal veya intihal şeklinde anlaşılabacak bir durumun ortaya çıkması halinde; Üniversiteniz ve eğitim kadronuzun hiç bir şekilde sorumlu tutulmayacağını hür irademle kabul, beyan ve taahhüt ederim. **12/06/2020**

Ali Haydar BÖLÜKBAŞ

ÖN SÖZ

Niza, akitle alakalı bir husustaki belirsizliğin akdin tarafları arasında anlaşmazlığa sebep olmasıdır. Böyle bir anlaşmazlık durumunda akitteki belirsiz husus, akdin taraflarının eşit derecede hak iddia etmelerine ve akitte çözümsüz bir çatışma ortamının çıkmasına sebep olmaktadır. İslâm hukuku başta Hanefî mezhebi olmak üzere, akitlerin sonuçsuz kalmaması ve mahkemelerin anlaşmazlıkları çözmekle meşgul olmaması için akdin unsurlarının daha baştan nizayı önleyecek şekilde mâlum olmasını şart koşmuştur.

Bu bağlamda, niza kavramının akitlerin sıhhati hususunda ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. Cehâlet, garar ve akitlerin sıhhati konusunda pek çok çalışmanın yapıldığı sıhhatin tespiti üzerinde asıl rol sahibi olan niza hakkında ne ülkemizde ne de İslâm coğrafyasından bir çalışmanın yapılmamış olması, bu sahada bir boşluk olduğunu ortaya koymaktadır. Niza teorisinin ortaya konmaya çalışıldığı “İslâm Borçlar Hukukunda Niza” adlı çalışmamız, bu boşluğu doldurma düşüncesiyle ortaya çıkmıştır.

Konuyla ilgili Türkiye’deki İslâm hukukçularıyla yaptığımız istişarelerde, fıkıh doktrininde konuyla ilgili olarak bir doktora tezi yapacak kadar malzemenin çıkmayacağı veya niza kavramının fıkıhta belli başlık altında işlenen konular gibi olmadığı için konuyu bir teori altında toplamanın çok zor olacağı yönünde görüş bildiren hocalar da olmuştur. Nitekim ne ülkemizde ne de Arap dünyasında, bu alanda yapılmış bir çalışma bulunmamaktadır. Hanefi mezhebinde niza konusu, hacimli kitapların, şerhlerin ve haşiyelerin farklı konuları içerisinde işlenmiştir. Sonuç olarak fûrû-i fıkıh kitaplarından niza ile ilgili kavramları taramakla başladığımız bu yolculukta, çalışmanın Hanefî fesâd teorisi, cehâlet ve garar başta olmak üzere akitlerin sıhhati hususunda yapılan çalışmaların daha anlaşılır kılınmasına katkı sağlayacak ve alanda bir boşluğun doldurulmasına yardımcı olacak bir çalışma olması ümidini taşımaktayız.

Tezimiz, sonuç bölümü hariç üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; nizanın mahiyeti, naslarda geçen niza kavramı, fıkıh mezheplerinde niza algısı ve Kara Avrupası hukuk sistemlerinde niza algısı üzerinde durulmuştur. İkinci

bölümde; nizanın hüküm doğurduğu özel akitlerden satış akdi, satış akdi şartlarına benzeyen akitler, satış akdine göre daha esnek yapıya sahip akitler incelenmiş ve bu bölüm fıkıh düşüncesinde niza tasavvuru başlığıyla toparlanmıştır. Üçüncü bölümde niza kavramı akit teorisi bağlamında incelenmek üzere; nizanın oluşum şartları, nizanın oluşumuna mani olan bazı fıkıh kuralları, nizaya sebep olan amiller, nizanın çözümünü tayin eden kaynaklar ve nizanın sonuçları üzerinde durulmuştur.

Son olarak; konuların netleşmesi, gelişmesi ve bu aşamaya gelmesinde büyük payı olan ve hiçbir zaman katkı, destek ve yönlendimelerini esirgemeyen, akademik hayatımda bana rehberlik eden danışman hocam Doç. Dr. Ali KUMAŞ'a, tez konusunun çalışılması gerekliliği ve ilmi konulardaki yönlendirmelerinden dolayı Prof. Dr. Şevket TOPAL'a, alan dışından çalışmaya sağlamış olduğu ilmi katkılarından dolayı Doç. Dr. İhsan ARSLAN'a, tezin Kara Avrupası hukuk sistemleriyle ilgili kısmında, materyal ve bilgi paylaşımı hususunda desteklerini esirgemeyen Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ'a, garar konusuyla ilgili materyal ve bilgi paylaşımı hususunda desteklerini esirgemeyen Dr. Öğr. Üyesi Necmeddin GÜNEY'e, tezimi okumak suretiyle yapmış olduğu katkı ve yönlendirmelerinden dolayı; Prof. Dr. Abdurrahman HAÇKALI'ya, Prof. Dr. Yavuz KÖKTAŞ'a, Doç. Dr. Muhammet YILMAZ'a, Dr. Öğr. Üyesi İlyas YILDIRIM'a, Dr. Öğr. Üyesi M. Sait ARVAS'a, Dr. Öğretim üyesi Recep ERKOCAASLAN'a, Dr. Öğr. Üyesi M. Şamil BAŞ'a, Dr. Tayip NACAR'a, Dr. Emine Enise YAKAR'a, Arş. Gör. Zahide KESKİN'e, Arş. Gör. Ayşegül TOPRAK'a, tez sürecindeki desteklerinden dolayı Doç. Dr. Ahmet YANIK başta olmak üzere, Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü çalışanlarına teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Son olarak, her daim verdikleri destek için başta değerli eşime, biricik oğlum Ahmet Eymen ve kızım Zeynep Saliha'ya ve bugünlere gelmemi sağlayan sevgili anne ve babama minnettar olduğumu belirtmek isterim.

Ali Haydar BÖLÜKBAŞ
RİZE/2020

"Bu çalışma Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinatörlüğü birimince desteklenmiştir. Proje Numarası:53002"

("This work was supported by Research Fund of the Recep Tayyip Erdogan University. Project Number:53002")

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	2
ETİK BEYAN	3
ÖN SÖZ	4
İÇİNDEKİLER	6
ÖZET	10
ABSTRACT	11
KISALTMALAR.....	12
GİRİŞ	13

BİRİNCİ BÖLÜM

NİZANIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ YERİ

I. NİZANIN MAHİYETİ.....	19
A. Sözlük Anlamı.....	19
B. Terim Anlamı	22
II. KUR'ÂN-I KERÎM VE HADİS-İ ŞERİFLERDE NİZA KAVRAMI.....	25
A. Kur'ân-ı Kerîm'de Niza Kavramı	25
B. Hadis-i Şeriflerde Niza Kavramı	27
III. İSLÂM HUKUK DOKTRİNİNDE NİZA	28
A. Hanefî Mezhebi	30
B. Şâfiî Mezhebi	31
C. Hanbelî Mezhebi	35
IV. KARA AVRUPASI HUKUK SİSTEMLERİNDE NİZA.....	44
A. Roma Hukuku	44
B. Türk ve İsviçre Hukuku.....	46
1. Sözleşmenin Kurulması.....	48
a) Esaslı Noktalar	49
1) Objektif Esaslı Noktalar (Essentelia Negotii)	49
2) Sübjektif Esaslı Noktalar	52
b) Yan (İkincil) Noktalar	52

2. Sözleşme Boşluğu	53
3. Sözleşmenin Tamamlanması	56
4. Genel Değerlendirme	63

İKİNCİ BÖLÜM

NİZANIN HÜKÜM DOĞURDUĞU ÖZEL AKİTLER

I. MÜZÂYAKAYA DAYALI AKİTLER.....	72
A. Satış Akdi	72
1. Akit Konusunun (Mahal) Bilinmemesi	73
a. Akit Konusunun Zâtının Tayin Edilmemiş Olması	74
b. Akit Konusunun Cinsinin Bilinmemesi	79
c. Akit Konusunun Miktarının Bilinmemesi	81
d. Akit Konusunun Vasfının Bilinmemesi	84
2. Satış Bedelinin (Semen) Bilinmemesi.....	91
a. Bedelin Cinsinin Bilinmemesi	94
b. Bedelin İfâ Zamanının Bilinmemesi	94
c. Bedelin Miktarının Bilinmemesi	97
d. Bedelin Vasfının Bilinmemesi	102
e. Bedelin İfâ Mekânının Bilinmemesi.....	105
B. Satış Akdi Şartlarına Benzeyen Akitler.....	105
1. Sarf Akdi	105
2. Selem Akdi	107
3. İcâre Akdi	123
4. İstisna‘ Akdi	138
5. Şirket Akitleri	139
a. Mudârebe	140
b. Müzâraa	142
c. Müsâkât.....	145
6. Rehin Akdi	146
7. Kitâbet Akdi	147
II. MÜSÂMAHAYA DAYALI AKİTLER.....	148
A. Hibe Akdi	148

B. İâre Akdi.....	149
C. Kefâlet Akdi	150
D. Vekâlet Akdi	151
E. Sulh Akdi.....	153
F. İtk (Köle Azadı).....	155
G. Nikâh Akdi.....	157
1. Mehir	158
2. Nafaka	160
3. Talak.....	160
4. Hul' (Muhâlea).....	161
III. İSLÂM HUKUKUNDA ANLAŞMAZLIKLARIN ÖNLENMESİ İLKESİ	162
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
AKİT TEORİSİNDE NİZA	
I. İLLET-HİKMET TARTIŞMASI BAĞLAMINDA NİZA	169
A. Akdin Sıhhatini Sağlamada Nizanın Tek Başına Ölçü Olamaması	169
B. İllet Olarak Niza	170
II. NİZANIN OLUŞUM ŞARTLARI.....	178
A. Nizanın Teslimi Gereken Bir Malda Söz Konusu Olması	178
B. Akdin Mümâkese ve Müzâyakaya Dayalı Olması	183
C. Akitteki Cehâlet ve Cehâlet Kaynaklı Gararın Nizaya Sebep Olacak Derecede Olması.....	190
D. Akitteki Cehâlet ve Cehâlet Kaynaklı Gararın Akdin Asli Unsurlarında Olması.....	196
E. Mâlumiyetin Müşteri İçin Şart Olması.....	197
III. NİZAYA SEBEP OLAN AMİLLER	198
A. Cehâlet.....	198
B. Garar.....	204
C. Zarar	208
D. Fâsid Şartlar	213
E. Takdirin Kişilere Bırakılması (Sübjektif Belirleme).....	216
F. Piyasa Değeri ve Mahallin Birimleri Arasında Farklılığın Olması	218

IV. NİZANIN OLUŞUMUNA ENGEL OLAN SEBEPLER	222
A. Zaruret ve Hâcet	223
B. Örf	227
C. Meşakkat	236
D. Beyan.....	238
E. Satıcının Malın Kendisine Ait Olduğunu Belirtmesi	242
F. İşaret.....	242
G. Muhayyerlik Hakkı Tanıma	246
1. Tayin Muhayyerliği	246
2. Görme Muhayyerliği	249
3. Şart Muhayyerliği.....	250
V. NİZANIN ÇÖZÜMÜNÜ SAĞLAYAN KAYNAKLAR	251
A. Nizaya Sebep Olan Hususların Kalıcı Hale Gelmeden (Kable't-takarrur) Ortadan Kaldırılması.....	251
B. Tayin.....	253
C. Rıza.....	255
D. Mahkeme.....	256
VI. NİZANIN SONUÇLARI.....	257
A. Hukukî Olmayan Sonuçlar	258
1. Teslim ve Tesellümün İmkânsız Hale Gelişi	258
2. Akdin Amacının Gerçekleşmemesi.....	258
3. Akitlerin Devamının Sağlanamaması.....	260
B. Hukukî Olan Sonuçlar	261
1. Butlân	261
2. Fesâd.....	261
a. Sahihe Dönüştürülemeyen Fesâd ve Teâtî ve Rıza Yoluyla Sahih Kabul Edilen Akitler	262
b. Sahihe Dönüştürülebilen Fesâd	265
SONUÇ.....	269
KAYNAKLAR	277
ÖZ GEÇMİŞ.....	289

Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Ana Bilim Dalı: Temel İslam Bilimleri

Tez Türü: Doktora Tezi

Danışman: Doç. Dr. Ali KUMAŞ

Hazırlayan: Ali Haydar BÖLÜKBAŞ

Yıl: 2020

Sayfa Sayısı: 289

ÖZET

Niza, akitte söz konusu olan belirsizlikten dolayı taraflar arasında çözümünü güç bir anlaşmazlık çıkması durumunu ifade etmektedir. Bu tezde, Hanefî mezhebi tarafından geliştirilen ve muâmelât konularındaki anahtar kelimelerden olan niza kavramının tüm boyutlarıyla ele alınması amaçlanmıştır. Bizi bu çalışmaya sevk eden temel saik, akitlerin sıhhatini etkileyen esas ölçütün niza olabileceği düşüncesidir. Çalışmamızda niza teorisi, mezheplerin fûrû literatüründe yapılan ayrıntılı kavram taramaları ve fıkhi meselelerin tahlili neticesinde ortaya konmuştur.

Çalışma neticesinde, İslâm hukukunun borçlar hukukuyla ilgili yasaklamalarının başında gelen garar ve cehâletin akdi fâsid ya da bâtil kılmasındaki illetin bunların taraflar arasında nizaya sebep olması olduğu yönünde birçok bulguya rastlanmıştır. Bu türden bilgiler bizi, akdin fâsid oluşunu belirleyen asıl illetin niza olduğu ve bunun neticesinde de nizayla sonuçlanan her akde fâsid hükmü verildiği sonucuna götürmüştür. Bundan dolayı, İslâm hukukunda anlaşmazlıkların baştan önüne geçmek ve mahkemeye yansımaları önlemek için akdin unsurlarının *nizaya sebebiyet vermeyecek şekilde belli olması* şart koşulmuştur. Bu bağlamda, İslâm hukukunda akitler ve akitlerin sıhhati konusunda yapılacak çalışmalarda, niza ilkesinin belirleyici bir kural olarak göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Borçlar Hukuku, Niza, Anlaşmazlık, Çekişme, Cehâlet, Garar, Fesâd

Recep Tayyip Erdogan University Graduate School of Social Sciences

Department: Basic Islamic Sciences

Thesis Type: Ph. D. Dissertation

Supervisor: Prof. Dr. Ali KUMAŞ

Author: Ali Haydar BÖLÜKBAŞ

Year: 2020

Pages: 289

ABSTRACT

Nizā' means a situation that occurs a severe disagreement between parties on account of uncertainty in a contract. The study aims to deal elaborately with the concept of *nizā'* that was put forwarded and advanced by the Ḥanafī school. This concept has a key and substantial role in settling disagreements related to contracts within the area of social transaction (*muāmelāt*). The incentive that stimulates to generate this study is the thought that the concept of *nizā'* is the main yardstick that influences the authenticity of contracts.

As a result of this study, it is identified a number of indications that in the area of dept within Islamic law, the reason that *gharar* and *jaḥāla* lead to the *fasad* (improperness) and *butlan* (nulity) of contracts is to cause *nizā'* amongst the parties. This induces us to the hypothesis that the basic reason that conduces to *fāsid* contracts (improper contracts) is the concept of *nizā'*, and then to the assumption that any contract which includes *nizā'* is identified as a *fāsid*. Within Islamic law, it is therefore conditioned that a contract should be prepared in a way that it does not lead to *nizā'*, with the intent of obviating disagreements beforehand and minimising their bringing to trial. In this regard, it can be claimed that the concept of *nizā'* should be taken into consideration in studies related to contracts and their authenticity within Islamic law.

Key Words: Islamic Law, law of obligation, *fasād* (improperness), the concept of *nizā'*, disagreement/conflict, *gharar*, *jaḥāla*.

KISALTMALAR

a	:	Yazma eser kitapların sol taraftaki sayfası
(a.s.)	:	Aleyhisselâm
AAOIFI	:	(İslamî Finans Kurumlarının Muhasebe ve Denetim Organizasyonu)
b.	:	Bin, İbn (Oğlu)/b : Yazma kitapların sağ taraftaki sayfası
bk.	:	Bakınız
bs.	:	Baskı
b.y.	:	Basım yeri yok
c.	:	Cilt
ç.	:	Çoğulu
E	:	Esas numarası
İBK	:	İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	:	Karar numarası
Ktp.	:	Kütüphanesi
md.	:	Madde
Matb.	:	Matbaası
ö.	:	Ölüm Tarihi
s.a.v	:	Sallallahu Aleyhi ve Sellem
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TDV	:	Türkiye Diyanet Vakfı
Thk:	:	Tahkik Eden
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
t.y.	:	Tarih Yok
vr.	:	Varak
vs.	:	Vesaire
VOL.	:	Volume (Cilt)
Yay.	:	Yayınları
y.y.	:	Basım yeri yok

GİRİŞ

Niza, İslâm'ın temel yapısına aykırı bir durumdur. Bu nedenle, İslâm'ın anlaşmazlıkların önüne geçme hususunda ortaya koyduğu pek çok düzenleme mevcuttur. Konuyla alakalı olması bakımından Nisâ sûresi 29. ayeti oldukça dikkat çekicidir. Bu âyet alışverişlerin rızaya dayalı olarak yapılmasını emretmektedir. Hz. Peygamber'in garar ve cehâletle ilgili yasağı ve İslâm makâsîd düşüncesinde, insanlar arasında anlaşmazlıkların önüne geçilmesi ilkesinin en büyük maslahatlardan kabul edilmesi konunun temel parametrelerini oluşturmaktadır. Nitekim bütün bu hususlar dikkate alınarak ilkeleri belirleyen fakihlerin hükümlerinde bu hususa azami gayret gösterdikleri görülmektedir.

“İslâm Borçlar Hukukunda Niza” adlı bu çalışmada, özellikle Hanefî mezhebine göre, cehâlet ve cehâlet kaynaklı garar gibi hususların akdi fesâda götürmesinde belirleyici olan *niza* kavramı incelenmiştir. Niza, akitte söz konusu olan bir belirsizlik nedeniyle, taraflardan her birinin haklı olduğunu iddia ettiği, eşit gerekçeli bir anlaşmazlık durumudur.

Hanefî mezhep sistematığı, sahip olduğu kazuistik metot sayesinde, insanlar arasında anlaşmazlıkların önlenmesi ilkesine binaen tüm akit türlerinde insanları anlaşmazlığa sürükleyip toplumsal huzuru bozacak hususları tespit etmiş ve sunduğu çözüm yollarıyla insanların pratik hayatta yapacak oldukları işlemlerin bu ârizalardan uzak olmasını hedeflemiştir. Aksi durumda kurulan akitleri fâsid kabul etmiş ve bunun bir gereği olarak işlemlere geçerlilik kazandırmak için anlaşmazlığa sebep olan hususların düzeltilmesini şart koşturmuştur. Bu bağlamda, fıkıhın farklı bablarında ve değişik kitaplarda dağınık bir şekilde geçen anlaşmazlık örnekleri ve bu hususta alınacak tedbirler, ilk defa bu çalışma vesilesiyle bir araya getirilmiş olacaktır. Bu çalışma aynı zamanda, mezheplerin niza ile ilgili yaklaşımlarının verilmesiyle toplumda gerçekleşecek ticari işlemlerdeki sorunlara bir bakış açısı oluşturmaya da vesile olacaktır.

Bu tez, dört mezhebin fîrû kaynaklarında kavram taraması neticesinde elde edilen verilerin işlenmesiyle ortaya konmuştur. Yapılan incelemeler, bu kavramı ortaya koyup geliştiren mezhebin Hanefîler olduğunu göstermiştir.

Hanefîler'in belirsizlikle ilgili her meselenin hükmüne karar verme noktasında gerekçe olarak nizamı öne sürmeleri bunun en büyük göstergesidir.

Araştırmanın Kapsamı ve Sınırları

Tezimizin konusu; İslâm borçlar hukukunun önemli kavramlarından biri olan *nizadır* (anlaşmazlıktan dolayı çekişme). Bu çalışmada; niza kavramının mahiyeti ve özel akitlerle akdin sıhhatine yaptığı etki incelenerek nizanın Kara Avrupası hukuk sistemlerindeki yerine dair bir mukayese yapılmıştır.

Bu tez, insanlar arasındaki herhangi bir uyuşmazlık durumunu değil, muâmelât alanındaki pek çok işlemde söz konusu olan, sözleşmelerdeki belirsizliklerden kaynaklanarak tarafları anlaşmazlığa düşüren, akdin ifâsına engel anlaşmazlıkları ele almaktadır.

Çalışmanın başlığından, bu araştırmanın dört mezhebe göre yapıldığı anlaşılabilir. Bu tez, Hanefî mezhebine dair yapılmış bir çalışmadır. Zira niza kavramı neredeyse tamamen Hanefî mezhebinde geçmektedir. Bundan dolayı tezde, diğer mezheplerin niza tasavvurunun bir başlık altında toplanması, kimi durumlarda da farklı başlıklarda bu mezheplerin görüşlerine atıfta bulunulması ve Hanefî mezhebinin niza algısının tüm teze yayılması uygun görülmüştür.

Araştırmanın Hipotezi, Önemi ve Amacı

Hipotez

Yakın dönemde yapılmış fıkıh çalışmalarında cehâlet, akdin fâsid olmasına sebep olan bir etken olarak gösterilmektedir. Konuyla ilgili yaptığımız çalışmalarda, akdin fesâdını gerektiren asıl illetin niza olması, çalışmanın en önemli hipotezini oluşturmaktadır. Bundan dolayı, cehâlet ve cehâlet kaynaklı garar gibi amillerin tek başlarına akdin fesâdını gerektiren sebepler olarak ele alınmaları doğru bir yaklaşım değildir.

Araştırmanın bir diğer hipotezi ise şudur: Diğer mezheplerin yaklaşımlarının altında bir niza ilkesinin yattığı söylenebilirse de nizamı sistemleştirip neredeyse her meselenin çözümüne niza zaviyesinden bakan mezhep, Hanefî mezhebidir.

Önem

Tarihten günümüze kadar beşeri ilişkilere baktığımızda, insanlar arasında çıkan anlaşmazlıkların neredeyse tamamının kişiye karşılıklı borç yükleyen akitlerden, özellikle de satış işlemlerinden çıktığı görülmektedir. İslâm hukuku, insan hayatının ibadetler ve ceza hukuku dışındaki geniş bir alanını kuşatan ve beşeri münasebetler bütününe ifade eden muamelât alanında, onların çekişmeye düşmelerine sebep olacak hususlara dikkat çekip bunları önlemeye yönelik çeşitli yasaklar getirmiştir. Bu yasaklara bakıldığı zaman bunların temelinde, insanların çekişmeye düşmesine mani olma düşüncesi olduğu görülmektedir. Nitekim çekişmeye sebep olan haller, toplumda anlaşmazlık ve husumete yol açmaktadır.

Niza konusunun fıkıh ilmi açısından önemi şu şekilde özetlenebilir.

1) Niza, hukuki işlemlerin sıhhatini olumsuz etkilemektedir. Bundan dolayı akdin sıhhatine karar vermede belirleyici olan niza kavramının bir teori etrafında ortaya koyulması fıkıh ilmi açısından önem arz etmektedir.

2) İnsanları anlaşmazlığa düşüren sebepler ve çözüm yolları, Hanefî mezhebi tarafından çeşitli meseleler üzerinden fıkıh kitaplarındaki farklı konular altında ele alınmıştır. Tezimizde, insanları anlaşmazlığa düşüren hususların bir doktora tezi çerçevesinde biraraya getirilerek fıkıh dünyasına kazandırılmış olması önemlidir.

3) Son dönemdeki çalışmalarda, Hanefîler'e göre akdin fesâda uğramasında nizanın rolüne gereken dikkat çekilmemiş ve fesâd sebepleri olarak cehâlet, fâsid şart ve garar gibi kavramlar gösterilerek akit teorisinde nizanın işlevine temas edilmemiştir. Oysaki cehâlet ve cehâlet kaynaklı garar gibi amillerin tek başlarına akdi fâsid ya da bâtil hale getirdikleri söylenemez. Bu husus, pek çok fıkıh kitabında vurgulanmıştır. Burada fesâda götüren illet cehâlet değil, teslime mani olan çekişme ihtimalidir. Bu bağlamda, çekişmeyi hükümsüzlük teorisini belirleyen kıstaslar listesine ekleyerek hem literatürdeki akitlerin hem de yeni akitlerin sıhhatini belirleme hususunda nizanın belirleyici olduğu tezinin ilim dünyasına kazandırılmış olması önemlidir.

4) Günümüzde, bilhassa sözleşmelerden kaynaklanan anlaşmazlıklar neticesinde oluşan mahkeme trafiğine ve anlaşmazlıkların artmasına bir çözüm önerisi olarak fıkıh ilmindeki niza teorisinin sunulmuş olması önemlidir.

Amaç

1) Çerçevesi ortaya konulan bu teorinin akitlerin sıhhatini belirlemedeki etkisinin ve nizanın görüldüğü bir akdin hukuki sonucunun ne olduğunun ortaya koyulması amaçlanmıştır.

2) Garar ve cehâletin akdi fesâda götürmesinde belirleyici olan kıstasın ne olduğu sorusuna cevap aranmıştır.

3) Bu çalışmayla akdin sıhhatine karar vermede nizanın illet-hikmet bağlamında nerde durduğunun ortaya koyulması amaçlanmıştır.

Yöntem ve Kaynaklar

Çalışmada bu tezde, nitel araştırma yöntemi kullanılmıştır. Araştırma paradigması olarak yorumlayıcı paradigma benimsenmiştir. Araştırma deseni olarak gömülü kuram yöntemi esas alınmıştır. Veri toplama yöntemi olarak doküman inceleme tekniği uygulanmıştır. Konu, veri analizi bağlamında, içerik analizi yöntemi ile tahlil edilmiştir.

Bu çalışmada, daha önce fıkıh literatüründe belli başlıklar altında incelenmemiş niza kuralı, fıkıh meseleler üzerinden hareketle tümevarım yoluyla ortaya konmaya çalışılmıştır. Bundan dolayı çalışmamız ferî meselelerden kaide elde etmek anlamında *tahrîcu'l-usûl mine'l-fürû'* çalışması olarak nitelendirilebilir.¹ Bu yapılırken niza kavramı fıkıh literatüründen; “münâzaa”, “tenâzu” ve “çekişme” gibi kelimeler üzerinden kavram taraması yapılarak incelenmiştir. Bu hususta dört mezhebe ait tüm fûrû literatüründeki kitaplarda niza kavramının geçtiği yerler *el-mektebetü'sh-Şâmile* adlı programdan tespit edilmiştir. Böyle bir teknik destek olmadan bu çalışmanın ortaya konması mümkün gözükmemektedir. Kimi zaman da literatürde ilgili yerlerin okunmasından niza ile ilgili ayrıntılara ulaşılmıştır.

¹ Tuncay Başoğlu, “Tahrîc”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (Ankara: TDV Yayınları, 2010), 39/421.

Bu tezde, istihsân ve onun gerekçelerinden; örf, ihtiyaç, meşakkat gibi ilkelerin yoğun olarak geçmesi, çalışmayı bir anlamda, Hanefî mezhep sistematîği içerisinde *tahrîcû'l-usûl 'ale'l- fûrû*, yani usûle ait konu ve kavramların fûrû-i fıkıh tatbikatı üzerinden dayanak noktası yapıldığı bir araştırma yapmıştır.

Araştırmaya kaynaklık eden klasik eserlerden bahsedilecek olursa, fıkıh kaynaklarında niza ile ilgili bilgilere, doktrindeki orta ve büyük ölçekli kitaplarda, şerhlerde ve haşiyelerde rastlanılmaktadır. Buralarda niza kavramı, belli başlıklar altında değil, çok farklı konuların içerisinde geçmektedir. Bu durum, niza teorisinin ortaya konulmasındaki zorluğu göstermesi açısından önemlidir. Konunun en çok geçtiği, niza teorisine dair en çok yorum ve malzeme sunan ve tezimizin omurgasını oluşturduğumuz kitap, büyük Hanefî hukukçusu Kâsânî'nin *Bedâi'u's-sanâi' fi tertîbi 'ş-şerâi'* adlı eseridir. Yine, Burhânneddîn el-Buhârî'nin *el-Muhîtü'l-Burhânî* adlı eseri, Merginânî'nin *Hidâye* adlı meşhur kitabı ve özellikle bu kitaba İbnü'l-Hümâm'ın yapmış olduğu *Fethu'l-kadîr* adlı şerh, çalışmamıza zengin katkılar sunmuştur. Yakın dönemden ise Mecelle şerhlerinden olan *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* adlı eserde niza ile alakalı özgün tespit ve yorumlar çalışmamızda yer almıştır.

Çalışmanın yakın dönemdeki kaynakları konusunda doğrudan niza ile ilgili bir çalışmanın ismini vermek mümkün gözükmemektedir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, yapılan detaylı araştırmalarda, gerek ülkemizde gerek İslâm coğrafyasında niza ile ilgili bir çalışmaya rastlanılamamıştır. Bununla birlikte nizanın en çok geçtiği yerler olan cehâlet ve garar alanında yazılmış tezler, konumuza özellikle başlıkların tertibinde, bazı yerlerde de muhtevaya yönelik katkılar sunmuştur. Bunlardan en çok istifade ettiğimiz iki tanesinin ismine yer vermekte yarar vardır. Birincisi, Kral Faysal ödülüne layık görülen Muhammed Sıddîk ed-Darîr'in 1967 Kahire Üniversitesi Hukuk Fakültesinde hazırladığı doktora tezin olan, *el-Garar ve eseruhu fi 'l-ukûd fi 'l-fikhi 'l-İslâmî* adlı çalışmadır. İkincisi ise 2013 yılında Necmettin Erbakan Üniversitesi'nde İslâm hukuku öğretim üyelerinden Necmeddin Güney tarafından savunulmuş olan, *Satım Akdi Özelinde İslâm Borçlar Hukukunda Garar* adlı çalışmadır. Bu doktora tezleri, çalışmamızın özellikle cehâlet taksiminde yararlandığımız kaynaklardır. Zira bu

eserlerde, garar konusu cehâleti de içine alacak şekilde ele alınmıştır. Araştırmamızda çokça kullanmasak da sonraki araştırmacılara yol göstermesi açısından ülkemizde cehâletle ilgili yapılmış çalışmalara da değinmek faydalı olacaktır. Bunlar yazılış tarihlerinde göre şu şekildedir: Bülent Kösemehmet tarafından hazırlanan “İslâm Hukukuna Göre Akitlerde Cehâlet ve Akde Etkisi-2012” adlı yüksek lisans tezi, Necmeddin Güney tarafından hazırlanmış olan “İslam Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehâlet ve Akde Etkisi-2010” adlı makale ve Bedri Aslan tarafından hazırlanmış olan, “İslâm Ticaret Hukukuna Göre Cehâlet ve Güncel Akitlere Etkisi-2015” adlı doktora tezidir.



BİRİNCİ BÖLÜM

NİZANIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ YERİ

I. NİZANIN MAHİYETİ

A. Sözlük Anlamı

N-z-a (نَزَعَ) kelimesi sözlükte; “çekmek”, “sökme”, “koparmak”, “çıkarmak”² gibi anlamlara gelmektedir.³ *Nâzi* (نَازِع) kelimesi de çeken anlamındadır. Bundan dolayı Arapçada kuyudan su çekmek için⁴ نَازِع kelimesi kullanılır.⁵ Nâziât sûresinin ismindeki *nâziât* kavramı da ruhları çekip çıkaran melekler manasına gelmektedir.⁶

Hanefî fıkıh kaynaklarında niza kavramı incelendiğinde onun iki anlamı içine aldığı görülmektedir:

a-) Anlaşmazlık/Uyuşmazlık (muhâseme مَخَاصِمَة):

Bazı sözlüklerde niza kavramı, çekişme (muhâseme/mücâdele) şeklinde⁷ açıklanmış, *muhâsim* kelimesi de *münâzi* kavramıyla ifade edilmiştir.⁸ Bu anlamda bu iki kavramın birbirini tanımlamak için kullanıldığı görülmektedir.

² ﴿وَنَزَعَ يَدَهُ فَإِذَا هِيَ بِيضَاءُ لِلنَّاطِرِينَ﴾ bk. A‘râf 7/108.

³ Halil b. Ahmed el-Ferâhidî, *Kitâbü’l-‘aqn* (Beyrut: Müessesetü’l-A‘lemî, t.y.), 1/357; Muhammed Murteza ez-Zebîdî, *Tâcü’l-‘arûs min cevâhiri’l-Kâmûs* (Kuveyt: Matbaatu Hükûmeti Kuveyt, 1975), 22/238; Şemseddîn Sâmî, *Kâmûs-ı Türki* (Dersaadet, y.y., 1317), 1457.

⁴ نَازِع الدَّلْوِ (Kuyudan) kovayı çekti.

⁵ نَازِع الدَّلْوِ مِنَ الْبُيْرِ bk. Zebîdî, *Tâcü’l-‘arûs*, 12/240.

⁶ ﴿وَالنَّازِعَاتِ غَرْقًا﴾ Ayetin meali şu şekildedir: “Andolsun (kâfirlerin ruhlarını) şiddetle çekip çıkaranlara!” bk. en-Nâziât 79/31 Hüseyin Kazım Kadri, *Türk Lügati* (İstanbul: Cumhuriyet Matb., 1945), 4/492.

⁷ Nitekim Enfâl sûresi 46. ayette ve Nisâ sûresi 59. ayetlerde anlaşmazlık manaları açıktır. bk. Zebîdî, *Tâcü’l-‘arûs*, 22/247.

Nitekim Arapçada *nâze‘ahu* kelimesi, anlaşmazlığa düşme anlamına gelmektedir.⁹ Aynı şekilde, *hâsemehü* denildiği zaman da *nâze‘ahü* ve *câdelehü* manaları anlaşılmaktadır. Bu iki kavram arasındaki ince ayrım, münâzaada, anlaşmazlığın yani mücadele durumunun sertleşmesi ve artık tarafların kabalaşması durumu söz konusudur.¹⁰ *Nezâet* (نَزَاعَةٌ) ve *minze‘a* (مِنْزَعَةٌ) kelimeleri de iki kişi arasındaki anlaşmazlığı¹¹ ifade etmek için kullanılmaktadır.¹²

b. Çekişme:

Nizada aslolan mana, *çekişmedir* (mücâzebe). Zira cezb, bir şeyi çekmek manasına gelmektedir. Mesela, bir kişinin karşısındakinin elbisesinden çekmesi, onun da bu durumdan rahatsız olarak kendisini geriye doğru çekmesini ifade etmek için *nâzea‘s-sevbe* (نَزَاعُ الثَّوبِ) tabiri kullanılmaktadır.¹³ Mufâale babından olan mucâzebe ise taraflardan her birinin bir şeyi kendi tarafına çekmesi, yani Türkçedeki ifadesiyle çekiştirmesi manasına gelmektedir.¹⁴ Bu bağlamda, atın gitmek isterken sürücüsünün dizginlemek için yularını çekmesi de *münâzaa* kelimesi ile ifade edilmiştir.¹⁵ Tenâzu kelimesinde, niza kavramında olduğu gibi çekişme mucâzebe (مُجَادَبَةٌ) manası baskındır. Bundan dolayı, düşmanlıktan dolayı iki tarafın çekişmesini ifade etmek için mucâzebe/tecâzüb kelimesi

⁹ *el-Furûku‘l-lügaviyye, el-hâvî li kitâbi Ebî Hilâl el-Askerî ve cüz‘en min kitabi Seyyid Nüreddîn el-Cezâirî, thk. Beytullah Beyyât (Kum/Müessesetü’n-Neşri‘l-İslâmî, 1412), 488; Luvîs Ma‘lûf, el-Müncid fi‘l-lüga ve‘l-a‘lâm (Beyrut: Dârü‘l-Katolikiyyeti, 2010), 801.*

⁹ Niza kavramı, Vankulu Lügâtı’nda da bir anlaşmazlık hususunda (fî husûmetin) çekişmek, şeklinde tanımlanmıştır. Burada müellif, her ne kadar جَادَبْتُهُ فِي الْخُصُومَةِ cümlesini “Husumette çekişmek” şeklinde tanımlasa da فِي harf-i cerrinin ta‘lîl manası olduğu için “husumet (anlaşmazlık) sebebiyle çekişmek” şeklinde ifade edilmesi de mümkündür. bk. Mehmed b. Mustafa Vâni, Vankulu Lügati (İstanbul: Yazma Eserler Kurumu, 2015), 2/1420.

¹⁰ *el-Furûku‘l-lügaviyye, 488; Ma‘lûf, el-Müncid fi‘l-lüga ve‘l-a‘lâm, 801.*

¹¹ بَيْنَهُمَا نَزَاعَةٌ أَيْ خُصُومَةٌ فِي حَقِّ

¹² Vâni, Vankulu Lügati, 2/1420; Seyyid Ahmed Mütercim Asım Efendi, *el-Okyânûsu‘l-basît fî tercemeti Kamûsu‘l-muhît* (İstanbul: YEK, 2013), 4/3526; Ma‘lûf, *el-Müncid fi‘l-lüga ve‘l-a‘lâm, 801.*

¹³ Mütercim Asım Efendi, *el-Okyânûs, 4/3526.*

¹⁴ Muhammed b. Ya‘kûb Firûzâbâdî, *el-Kamûsü‘l-muhît* (Müessesetü‘r-Risâle, 2005), 766.

¹⁵ كما يُتَنَازَعُ الْفَرَسُ فَارِسَهُ الْعَيْنَانِ bk. Ferâhidî, *Kitâbü‘l-‘ayn, 1/359.*

kullanılmaktadır.¹⁶ Müşâcere/teşâcür de tenâzu ile eş anlamlıdır.¹⁷ Tenâzu, Kur'ân-ı Kerîm'de bu anlama gelecek şekilde belli âyetlerde geçmektedir.¹⁸

Türk hukukunda niza kavramına farklı kaynaklarda rastlanılmıştır. Mesela, Türk lügatında niza kavramının çekişme, gürültü patırtı ve laf kavgası gibi manalara geldiği belirtilmiş, nizanın önlenmesi *kat'ı niza*, *fasl-ı niza* ve *hall-i niza* şeklinde ifade edilmiştir.¹⁹ Türk Hukuk Lügati'nde ise *bir hakkın vücûdu, şümülû ve neticeleri hususunda anlaşamama durumu* şeklinde tanımlanmıştır. Bu anlamda niza, ihtilaf kelimesiyle aynı manada kullanılmaktadır. Yalnız niza, ihtilafın ileri bir boyutunu, onun sulh ile çözüme kavuşturulamayıp artık davaya konu olması halini ifade etmektedir.²⁰ Burada nizanın aslında mahkeme, yani dava boyutuna işaret vardır. Ayrıca, fıkıh doktrinde söz konusu olan bu kavramla belli bir alandaki anlaşmazlık değil, genel anlamdaki hukukî uyumsuzlukların kastedildiği görülmektedir. Türk hukukunda, birçok kişinin zilyet oldukları akarın tasarrufu hususunda birbirleriyle olan anlaşmazlıkları da *tenâzu bi'l-eyd* olarak ifade edilmiştir.²¹ *Münâze'un fîh* ya da *meseley-i münâze'un fîhâ* tabiri de niza ve münakaşaya sebep olan mal veya hak manasına gelmektedir. Türk usûl hukukunda buna, dava olunan şey manasında, *müddeâ bih* denmektedir. Hayat mücadelesi manasına gelen *tenâzu-i bekâ* da nizanın gündelik hayattaki

¹⁶ المُنَازَعَةُ فِي الخصومات وَنَحْوَهَا وَهِيَ الْمُجَادَبَةُ bk. Ferâhidî, *Kitâbü'l-ayn*, 1/359; Ebû Nasır İsmail b. Hammâd el-Cevherî, *es-Sıhah tâcû'l-lüga ve sıhâhü'l-'Arabiyye* (Beyrut: Dârü'l-İlm, 1407), 1/97, 98.

¹⁷ Cevherî, *es-Sıhah*, 2/694.

¹⁸ ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ bk. el-Enfâl, 8/46, ﴿وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾ bk. en-Nisâ, 4/59

¹⁹ Müellif bu kelimenin şerhinde, şairin canın mülkiyeti hususunda gönül ile olan çekişmesini ifade etmek için Fuzûlî'nin bir beytinden istihsadda bulunmuşur. Şöyle ki:

“Cânı canân dilemiş vermemek olmaz ey dîl,

Ne niza eyliyelim, ol ne senindir ne benim.” bk. Kadri, *Türk Lügati*, 4/491.

²⁰ Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuku Lügati* (Ankara: Başbakanlık Matb., 1991), 151.

²¹ Kadri, *Türk Lügati*, 4/491. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuku Lügati*, 335.

kullanımına bir örnektir.²² Günümüz Türk hukukunda niza yerine *uyuşamama*, *uyuşmazlık* gibi kavramlar kullanılmaktadır.²³

İngilizcede anlaşmazlık kavramı, “dispute”, “conflict” “disagree”, “litigation” kelimeleriyle ifade edilmektedir.²⁴ Fakat bunlardan kullanımı daha yaygın olan “conflict” kelimesidir. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi’nde niza kavramı, “anlaşmazlık”²⁵ ve “çekişme”²⁶ şeklinde Türkçe ifade edilmiştir. Çalışmamızda bu kavramı ifade etmek için “niza” bazen de “anlaşmazlık” kavramları tercih edilmiştir. Bu anlamda nizanın Türkçeye, “anlaşmazlık” veya “çekişme” olarak çevrilmesi uygun gözükmektedir. Netice itibarıyla niza ve bu kökten türeyen kelimelerin belli bir husustaki anlaşmazlık ve bu anlaşmazlığın sebep olduğu çekişme durumunu ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir.

B. Terim Anlamı

Yaptığımız detaylı araştırmalarda niza kavramının fıkıh kitaplarında, özellikle de klasik dönem fıkıh sözlüklerinde tanımına rastlayamadık. Bununla birlikte, fıkıh kitaplarındaki ferî örneklerin incelenmesi neticesinde nizaya dair istikrâî bir tanım yaptık. Hanefî fıkıh kitaplarındaki meseleleri incelememizden çıkan niza tanımı şu şekildedir: *Niza, sözleşmedeki belirsizliğin akdin taraflarını eşit derecede hak iddia etmesine²⁷ sebep olması neticesinde akitte çıkan*

²² Kadri, *Türk Lügati*, 1/687, 4/491; Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuku Lügati*, 257.

²³ “Taraflar sözleşmenin esaslı unsurlarında uyuşmuşlarsa ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hâkim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar.” bk. TBK md. 2

²⁴ Edward William Lane, *Arabic English Lexicon* (Lübnan/Librairie Du Liban, 1980), 8/3031; Harith Suleiman el-Faruqi, *Faruqi’s Law Dictionary* (Beyrut: Librairie Du Liban, 1986), 154, 223, 427.

²⁵ Ali Bardakoğlu, “Bey”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1992), 6/16.

²⁶ İbrahim Kâfi Dönmez, “Cehalet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 7/221; Bilal Aybakan, “Mebî” (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/213.

²⁷ Hacı Yunus Apaydın, “Fesâd”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1995), 12/419.

*anlaşmazlık durumudur.*²⁸ Çalışma boyunca belirsizlik ifadesiyle, bilinmezliği de kapsayacak şekilde, akitte hiç konuşulmayan ya da net konuşulmayıp anlaşmazlığa sebep olan hususları kastetmekteyiz. Bunlar Türk hukukunda sözleşme boşlukları kavramına tekabül etmektedir. Nizada, uyuşmazlığa düşen iki tarafın karşıt deliller öne sürerek çatışması söz konusudur.²⁹ Bu anlamda niza, hak iddia edilen şeyi karşı tarafın kabul etmemesi neticesinde meydana gelmektedir. Yani iki tarafın bir dava üzerinde anlaşmış olmaları halinde, nizanın olduğu söylenemez.³⁰

Nizanın çekişme şeklinde tercüme edilmesi, modern hukuk sistemleri mantığıyla bakıldığında, taraflar arasındaki bütün anlaşmazlıkların konunun içine dâhil edildiği gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Nizayla kastedilen, akitteki herhangi bir uyuşmazlık değil, satılan malla ilgili belirsizlikten dolayı tarafların farklı bir iddiası ve haklılığının olması durumudur. Yoksa akit sahih olarak kurulsa bile başka hususlardan kaynaklı anlaşmazlık çıkabilmektedir. Bu durumda anlaşmazlıkların çözüm mercii mahkemedir.³¹ Mesela satıcı, semenin ödenmediğini söylerken müşteri aksini söyleyebilir veya taraflar ödenen miktar hususunda anlaşmazlığa düşebilir. Burada bir belirsizlik ve tarafların eşit derecede haklı olmaları durumu yoktur. Bu hususla ilgili İbnü'l-Hümâm şöyle bir tespit yapmıştır:

“Birim fiyat söylenerek belli miktardaki bir malın satışında, her ne kadar cehâlet söz konusu olsa da akitteki belirsizliği önlemek müşterinin elindedir. Zira satıcı, toplam meb'î bilmeden parayı alamaz. Ancak kilosunu belli veya kendisine işaret edilmiş bir malın ücretini müşterinin vermemesi ile ortaya çıkan durum anlaşmazlık değil, inatlaşma olmaktadır.”³²

²⁸ Heyet, *Mu'cemu mustalâhati'l-ʿulûmi's-şerʿiyye* (Riyad: Medînetü Melik Abdülazîz, 2017), 1/550.

²⁹ والمُنَازَعَةُ فِي الْخُصُومَةِ: مُجَادِبَةُ الْحُجَجِ فِيمَا يَتَنَازَعُ فِيهِ الْخَصْمَانِ bk. Ezherî, *Tehzîbü'l-luga*, 2/84; Zebîdî, *Tâcü'l-ʿarûs*, 22/246.

³⁰ el-Hasen b. Abdilâh Ebû Hilâl el-Askerî, *el-Furûku'l-luğaviyye*, thk. Muhammed İbrahim Selim (Kahire: Dârü'l-ʿİlm, t.y.), 1/64.

³¹ Yunus Apaydın, *İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 1989), 134.

³² Bu ifade kitabın bu baskısında eksiktir. bk. Kemalüddîn Muhammed b. Abdilvâhid İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr* (Beyrut: Dâru Sâdır, 1316), 5/89. Eksik olan ifade şu şekildedir:

çelimsiz bir koyunu vermek isterken müşteri aynı gerekçeye dayanarak iyisini almak isteyecektir. Benzer şekilde, icâre akdinin ücret belirlenmeden, müzâraa akdinin elde edilecek üründen taraflara düşen hisse belirtilmeyip bunu belirleyecek olan bir örf bulunmadan kurulması durumlarında taraflar arasında müşkil niza durumu ortaya çıkmaktadır.³⁷ Yunus Apaydın, niza-ı müşkil kavramını, *tarafların hüccetlerinin eşit oluşu nedeniyle sonuca bağlanması güç olan niza* şeklinde tercüme etmiş,³⁸ bazı yerlerde de nizanın sebep olduğu çözümsüzlük haline vurgu yaparak bu kavramı, “çözümlemesi güç anlaşmazlık, çözümsüz anlaşmazlık, çözümsüzlük” şeklinde ifade etmiştir.³⁹

II. KUR’ÂN-I KERÎM VE HADİS-İ ŞERİFLERDE NİZA KAVRAMI

A. Kur’ân-ı Kerîm’de Niza Kavramı

Kur’ân-ı Kerîm’de niza kavramı sekiz yerde yalnızca *tenâzu* lafzıyla, üç yerde ise *emr* ifadesiyle birlikte geçmektedir.⁴⁰ Bunlardan ilki Âl-i İmrân sûresindeki âyettir.⁴¹ Burada *تَنَازَعْتُمْ فِي الْأَمْرِ* ayeti şu şekillerde tefsir edilmiştir: Uhud savaşında, bazı Müslümanların Okçular Tepesi’ni terk ederek ganimet almaya gidip gitmeme hususundaki farklı uygulamaları, Hz. Peygamber’in Okçular Tepesi’nin terk edilmemesi noktasındaki emri üzerine, oradaki askerlerin birbirleriyle olan fikir anlaşmazlığı ve müminlerin içinde bulundukları durumda birbirleriyle olan anlaşmazlık şeklindedir. Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır (ö. 1942), bu kavramın Uhud savaşında kumandanları Abdullah b. Cübeyr’i dinlemeyip mevzilerini terk eden Müslümanlar için kullanıldığını belirterek

³⁷ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti’l-iltizâmi’l-‘âmme* (Şam: Dârü’l-Kalem, 1434), 2/742.

³⁸ Apaydın, *Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, 133, 134.

³⁹ Apaydın, “Fesâd”, 12/419.

⁴⁰ Tefsirlerde, “emirde anlaşmazlık”; tarafların anlaşmazlığa düştüğü şey, manasına gelebildiği gibi verilen emre itaat hususunda çıkan anlaşmazlık şeklinde de anlaşılmaktadır.

⁴¹ وَلَقَدْ صَدَقَكُمُ اللَّهُ وَعْدَهُ إِذْ تَحُسُّونَهُمْ بِإِذْنِهِ حَتَّى إِذَا فَشِلْتُمْ وَتَنَازَعْتُمْ فِي الْأَمْرِ وَعَصَيْتُمْ مِنْ بَعْدِ مَا أَرَاكُمْ مَا تُحِبُّونَ “Andolsun ki Allah size verdiği sözü yerine getirdi. Hatırlayın ki O’nun izniyle kâfirleri öldürüyordunuz, ama Allah size istediğiniz zaferi gösterdikten sonra gevşediniz, emre itaat hususunda birbirinizle tartıştınız ve emre aykırı hareket ettiniz!” Âl-i İmrân 3/152.

nizayı; “emir ve kumanda hususunda anlaşmazlığa düşüp isyan etmek” şeklinde tefsir etmiştir.⁴² Nisâ sûresinde niza kavramı; din âlimlerinin, müminlerin ve yöneticilerin kendi aralarında veya müminlerin yöneticilerle⁴³ dinin bir hükmü üzerinde ya da herhangi bir mesele hususunda anlaşmazlığa düşmesi anlamındadır.⁴⁴ Enfâl sûresinde niza kavramı, Âl-i İmrân sûresindeki benzer bir şekilde, müminlerin savaşma hususunda kendi görüşleriyle amel edecekleri ve ihtilafa düşecekleri, bundan dolayı da farklı kararlar alacağı manasına gelmektedir.⁴⁵ Aynı sûrenin 46. âyetinde ise müminlerin Allah ve Resulüne itaat etmeleri ve kendi aralarında anlaşmazlığa düşüp kalplerinin ayrı düşmemesi⁴⁶ istenmekte, aksini yapmaları durumunda zayıflayıp enerjilerini tüketmiş olacakları buyrulmaktadır.⁴⁷ Kehf sûresinde niza kavramı, bazı insanların Ashâb-ı Kehf’in durumunu tartışmaları şeklinde tefsir edilmiştir.⁴⁸ Niza kavramının geçtiği diğer bir sûrede ise insanların din işlerinde peygamberle çekişmeye girmemeleri

⁴² Fahreddin er-Râzî, *et-Tefsîrû'l-kebir* (Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, 1999), 3/388; Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili* (İstanbul, t.y.), 2/1199.

⁴³ Abdurrahmân b. Ebî Bekr Celâlüddîn es-Suyûtî, *ed-Dürrü'l-mensûr fi't-tefsîr bi'l-me'sûr* (Kahire: Merkezu Hicr, 2003), 4/513; Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, 2/1378.

⁴⁴ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ يَأْتِيهِمُ الشَّيْءُ فَلْيَوَّعُوا عَلَيْهِمْ رَأْيَ رَسُولِ اللَّهِ فَإِنْ اتَّفَعْتُمْ عَلَيْهِمْ فَلْيُطِيعُوا مَا أَمَرُوا بِهِمْ وَلَا تَتَّبِعُوا رِئَايَ وَلَا رِئَايَ بَعْضِ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ “Ey iman edenler! Allah’a itaat edin, Peygamber’e itaat edin, sizden olan ülü’l-emre de. Eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz - Allah’a ve âhirete gerçekten inanıyorsanız- onu, Allah’a ve Peygamber’e götürün. Bu, elde edilecek sonuç bakımından hem hayırlıdır hem de en güzeldir.” en-Nisâ 4/59. Son devir Osmanlı müfessirlerinden Konyalı Mehmed Vehbi Efendi, (ö. 1949) buradaki niza durumunda Allah ve Resulüne durumun arz edilmesi gerektiği ifadesinin fıkıhtaki kıyasa işaret olduğuna işaret etmektedir. bk. Mehmed Vehbi Efendi, *Hulâsatü'l-beyân fi tefsîri'l-Kur'an* (b.y., Üçdal Neşriyat, t.y.), 3/956.

⁴⁵ إِذْ يُرِيكُمُ اللَّهُ فِي مَنَامِكَ قَلِيلًا وَلَوْ أَرَأَيْتَهُمْ كَثِيرًا قَلِيلًا لَفَسَلَتُمْ وَلَتَنَازَعْتُمْ فِي الْأَمْرِ وَلَكِنَّ اللَّهَ سَلَّمَ إِنَّهُ عَلِيمٌ بِذَاتِ الصُّدُورِ “Allah rüyanda onları sana az olarak göstermişti. Eğer onları sana çok gösterseydi korkup çekinir, savaşma konusunda görüşleriniz çelişirdi. Fakat Allah sizi korudu. Şüphe yok ki O kalplerin gizlediğini eksiksiz bilmektedir.” bk. el-Enfâl 8/43; Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, 4/2409.

⁴⁶ İbn Cerîr et-Taberî, *Câmi'u'l-beyân fi tefsîri'l-Kur'an* (Mısır: Dâru Hicr, 2001), 6/214.

⁴⁷ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ “Allah ve resulüne itaat edin, birbirinize düşmeyin, sonra zayıflarsınız ve zaferi elden geçirirsiniz. Sabredin, kuşkusuz Allah sabredenleri sever.” el-Enfâl 8/46.

⁴⁸ وَكَذَلِكَ أَتَيْنَاهُمُ بِالْعِلْمِ إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ “Bir zaman insanlar aralarında Ashâb-ı Kehf’in durumunu tartışıyorlardı.” el-Kehf 18/21.

her birinin bir âyeti kendine delil getirdiği şeklinde bir rivayet vardır.⁵⁵ Bu mana kelimenin terim anlamına uygundur. Zira bu rivâyetlerde, taraflardan her birinin kendisini haklı görüp çekişmesi ve kendince haklı olacak deliller öne sürmesi durumu söz konusudur. Diğer bir rivâyette; kavram, Hz. Nûh'un (a.s.) şeytanla tartışmaya girdiği⁵⁶, başka bir rivâyette ise Ubey b. Ka'b'ın bir fetva üzerinde Hz. Ömer'le anlaşmazlığa düştüğü manasına gelmektedir.⁵⁷

III. İSLÂM HUKUK DOKTRİNİNDE NİZA

Mezheplerin niza algısını anlamak için İslâm'ın anlaşmazlıkların önlenmesine verdiği öneme kısaca değinmek gerekmektedir. İslâm'ın esas gayelerinden biri, insanlar arasında; tartışma, düşmanlık ve kinin önüne geçmektir. Bu bağlamda, insanın canı ve malının korunması dinin temel beş amacı olan zarûriyât-ı hamsedendir. İnsanlar arasındaki anlaşmazlıklar da bu can ve mal güvenliğine zarar verecek neticeler doğurmaktadır. Garar ve cehâlet yasağı gibi hususlara bakıldığında, bunların temelinde nizanın önlenmesi ilkesinin olduğu görülmektedir. Zira bu yasaklar, akitteki bilinmezlik içeren hususların insanları anlaşmazlığa sürüklemesine engel olmak için konulmuştur. Bu bağlamda, Mâide sûresi 91. âyetinde buyrulduğu üzere, İslâm'da içki ve kumar gibi temel yasakların konulma sebebi de insanlar arasında doğacak düşmanlık ve kinin önlenmesidir.⁵⁸ Nisâ sûresi 29. ayette de insanlar arasında tartışma ve düşmanlığı artıran, bâtil yere malların yenmesi yasaklanmıştır. Hadislerde de bazı akitlerin yasaklanma gerekçesi, bâtil yere Müslüman kardeşin malının yenmesi olduğu açıkça zikredilmiş, hatta adet haline gelmiş bazı işlemlerin nizaya sevk etme durumlarının artması sebebiyle durum Hz. Peygamber'e arz edilince Hz. Peygamber bunlara yasak getirmiştir.⁵⁹ Kanaatimize göre İslâm'ın muamelât

⁵⁵ Rivayet şu şekilde geçmektedir: هَذَا يَنْزَعُ آيَةً أَنْ رَسُولُ اللَّهِ خَرَجَ عَلَى أَصْحَابِهِ وَهُمْ يَتَنَازَعُونَ فِي الْقَدَرِ، وَهَذَا يَنْزَعُ آيَةً بk. Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/196; ونحن نتنازع في القدر bk. *Tirmizî*, "Kader", 1.

⁵⁶ نوحًا نازعه الشيطان bk. *en-Nesâî*, "Eşribe", 53.

⁵⁷ نازعني عمر بن الخطاب في المتوفى عنه bk. Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 3/468.

⁵⁸ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ اللَّهِ وَعَنْ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ

⁵⁹ Müslim, "Büyû", 116; Ebû Dâvûd, "Büyû", 30, Darir, *Garar*, 593.

alanıyla ilgili koyduğu yasakların birçoğu, haksız kazancın önlenmesi ve insanlar arasındaki çekişmelerin engellenmek istenmesi hikmetine matuftur.

Mezheplerin kaynaklarındaki niza kavramının kullanılış şekillerine temas etmek faydalı olacaktır. Özellikle Hanefî fıkıh kaynaklarında anlaşmazlık kavramını ifade etmek için *n-z-a* (نَزَاع) kökünün mufâale kalıbındaki mastarı olan *niza* (نِزَاع) ve *münâzaa* (مُنَازَعَة) kelimeleri kullanılmıştır. *Tenâzu* (تَنَازُع) kelimesi de aynı kelimenin tefâul kalıbındaki mastarı olmakla beraber bu şekildeki kullanıma daha çok Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde rastlanılmaktadır. Üç kelime çatı itibarıyla bir işin karşılıklı olarak yapılması manasını içermektedir. Cehâletin nizaya sebep olması durumunu ifade etmek içinse temel⁶⁰ birkaç ifadeye⁶¹ ve bazı nadir ifade kalıplarına⁶² rastlanılmıştır. Akdın anlaşmazlıklardan dolayı sahih olmadığını belirtmek⁶³, taraflar arasında anlaşmazlığın kesinleşmesi, yerleşmesi⁶⁴ ve anlaşmazlığa sebep olan durum⁶⁵ şeklinde farklı biçimlerde ifade edilmiştir.

Dört fıkıh mezhebinin niza algısına dair yapılan detaylı incelemelerden çıkan sonuç şudur: Hanefî mezhebi dışındaki mezhepler nizayı kural olarak sistemleştirip her meselenin çözümüne niza kuralından yaklaşmamışlardır. Bununla birlikte, Şâfiî ve Hanbelî fıkıh kaynaklarında nizanın geçtiği yerlere bakıldığında zaman, onların Hanefîler gibi nizayı akitlerin sıhhatini belirlemede bir illet olarak bazen de hükümlerin hikmetini açıklamak için kullandıkları

⁶⁰ بوقع إلى المنازعة، يُفْضِي إلى التَّزَاع، يُفْضِي إلى المُنَازَعَة bk. Mahmûd b. Ahmed Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî fi'l-fikhi'l-Nu'mânî*, thk. Abdülkerîm Sâmî el-Cündî (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1424), 7/351.

⁶¹ يُؤَدِّي إلى التَّزَاع bk. Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li-ta'îlî'l-Muhtâr*, thk. Mahmûd Ebû Dakîka (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, t.y.), 2/37; Sirâcüddîn Ömer b. İbrâhîm İbn Nuceym, *en-Nehrü'l-fâik*, thk. Ahmed 'Azv el-Înâye (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1422), 3/501; Abdurrahman b. Muhammed Şeyhzâde Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur* (Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, t.y.), 2/62, 63, 98, 99, 122, 388.

⁶² هذه جهالةٌ تَوَقَّعُهَا فِي الْمُنَازَعَةِ، يَقَعُ بَيْنَهُمَا مُنَازَعَة bk. Bu ifadenin müelife has bir tabir olduğu gözlemlenmiştir. bk. Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/486.

⁶³ لا يجوز العقد لِمَكَانِ الْمُنَازَعَةِ bk. Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/175.

⁶⁴ تَتِمَّكَّنُ الْمُنَازَعَةُ بَيْنَهُمَا bk. Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1409), 12/131; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/78.

⁶⁵ Bu durum “bâdî-i nizâ” şeklinde ifade edilmiştir. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (İstanbul: Osmanlı Yayınevi, t.y.), 1/235.

görülmektedir. Malikî mezhebinde ise nizanın herhangi bir kullanımına rastlanılamamıştır.

A. Hanefî Mezhebi

Tezimiz Hanefî mezhebi üzerine konumlandığı için bu başlık altında yalnızca nizanın Hanefî kaynaklarındaki tarihine kısaca temas edilecektir. Ulaştığımız neticelere göre, Hanefî mezhebinde niza kavramına en erken Serahsî’de (ö. 483/1090 [?]) rastlanılmaktadır. Bundan önceki kaynaklara bakıldığı zaman niza kavramı yerine, “teslim ve tesellümün gerçekleşmemesi” şeklinde kullanımlar yer almaktadır. Mesela erken dönem İslâm hukukçularından Kudûrî’nin (ö. 428/1037) konuyu teslim ve tesellüm üzerinden ele aldığı görülmektedir. Şöyle ki Kudûrî, “Basra’daki kölemi sattım.” şeklindeki ifadede, teslimin gerçekleşmeyebileceğini, zira bu ifadenin mutlak oluşundan dolayı müşteri, satıcının getirdiği köleyi değil; başka bir köleyi isteyebileceğini belirtmektedir. Aynı şekilde, “Elbisenin yeni içerisindeki kumaşı sattım.” şeklindeki bir satışta, cehâlet söz konusu olsa da teslim zarar görmemektedir. Çünkü hâkimin satıcıya, “Kumaşı çıkar!” demesiyle mal ortaya çıkacak, müşteri de dilerse alacak, istemezse bırakacaktır. Elbisenin yeni içerisindeki kumaşın selem akdine konu olması durumunda ise müslümün fihin miktarına dair bilinmezlikten dolayı akit fâsid olacaktır. Çünkü satıcı hangi elbiseyi getirirse getirsin müşteri buna karşı çıkabileceği için teslim imkânsız hale gelecektir. Hâkim bu durumda taraflar arasında doğacak olan husumetin önüne geçemeyecektir. Vasiyet ve ikrarda ise bunun tersi söz konusudur. Zira bu işlemlerde cehâlet söz konusu olmasına rağmen akdin sahih kalmasının altında yatan neden, teslimin zarar görmemesidir. Çünkü vasiyette bulunan kişi öldüğü için bu hususta yetkili olan varisler, vasiyetle alakalı belirsizliği netleştirme yetkisine sahiptirler. Aynı şekilde ikrarla ilgili bir belirsizlikte, borcu ikrar eden kişinin bunu belirleme yetkisinin olmasından dolayı buradaki belirsizlikten

anlaşmazlık çıkmamaktadır.⁶⁶ Görüldüğü gibi Kudûrî, Hanefî fıkında genel niza tasavvurundaki, cehâletin niza sebebi olması neticesinde teslim ve tesellümün imkânsızlaşıp taraflar arasında anlaşmazlığın çıkmasına sebep olması şeklinde bir teoriyi açıkça dillendirmemekte, bunun yerine Hanbelîler’de söz konusu olan; teslimin imkânsız hale gelişiyle birlikte cehâletin akdi ifsâd etmesinden söz etmektedir. Bununla birlikte, elbisenin yeni içerisindeki kumaşın satışı örneğinde, hâkimden bahsedilmesi, mahkemeye intikal eden bir anlaşmazlık durumunun olduğu göstermektedir. Nitekim müellifin selem konusundaki, satıcı ve müşterinin her birinin başka bir hak iddia edip teslimin gerçekleşmemesi ve mahkemenin bu anlaşmazlığa çözüm bulamaması ifadesi, açıkça nizayı çağrıştırmaktadır.⁶⁷ Osmanlı şeyhülislâmlarından Sâdî Çelebî’nin (ö. 945/1539) de illet olarak nizayı değil, teslim ve tesellümün gerçekleşmemesini belirlemesi, Kudûrî’nin niza anlayışının sonraki dönem Hanefîler’deki örneğidir. Sâdî Çelebî, ‘Înâye haşiyesinin farklı yerlerinde şârihin, “Bu münâzaaya sebep olan cehâlettir.” şeklindeki ifadelerine; “Akdi vacibi olan semenin teslimine mani olan cehâlet” şeklinde cehâleti merkeze alan tashihlerde bulunmuştur.⁶⁸

B. Şâfiî Mezhebi

Şâfiî mezhebinde, akitlerin sahih ya da bâtil kabul edilmesine dair temellendirmelerde, meselelerin nizayla açıklandığı yerlere rastlanılmıştır. Bununla birlikte, akdi sıhhatine dair yorumlarda, nizanın sınırlı bir yeri olduğu görülmüştür.

⁶⁶ Ebü’l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr el-Kudûrî, *et-Tecrîd* (Kahire: Dârü’s-Selâm, 1424), 2221, 2222; Muhammed Emin b. Ömer İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr ‘ale’ d-Dürri’l-muhtâr şerhu Tenvîri’l-efsâr* (İstanbul: Kahraman Yay., 1984), 6/649.

⁶⁷ Kudûrî, *et-Tecrîd*, 2221, 2222.

⁶⁸ *وَلَعَلَّ الْأَوَّلَى أَنْ يَقُولَ: جَهَالَةٌ تَفْضِي إِلَى امْتِنَاعِ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ الْوَاجِبِ بِالْعَقْدِ* bk. Çelebî, *Hâşiye ‘ale’l-‘Înâye*, 5/88.

Şâfiî mezhebinde, nizanın illet olarak alındığı yerlerde nizaya sebep olan başlıca durumlar şu şekilde incelenebilir:

a-) Şirket Sermayesinin Değeri Değişkenlik Gösteren Aynın Olmasından Kaynaklanan Anlaşmazlık:

Şâfiî mezhebinde, şirket akdinde sermayenin ticaret mallarından oluşması, sahih değildir. Zira ticaret malının sermayeye konu olmasının tartışılmasındaki asıl nokta, kâr paylaşımı ve şirketin sona ermesi (rücû) durumunda aynın geri alınmasıyla ilgilidir. Bu durumda da devreye takdir faktörü ve sübjektif belirleme gireceği için anlaşmazlık çıkmaktadır. Böylece, ticaret malından oluşan bir tarafın sermayesinin kıymeti artarken diğer tarafın koyduğu ticaret malının değeri, dolayısıyla sermayesi artmayabilir. Ya da artan kısım, kârın tamamını kapsayabilir. Ayrıca bu şekildeki bir sermayenin kıymetinin takdire bırakılmış olması da tarafları anlaşmazlığa sürükleyebilir.⁶⁹ İmam Şâfiî ise ticaret malının mislî olması durumunda sermayeye konu olabileceği; çünkü bu yönüyle paraya benzediği, şirketten bir ayrılma söz konusu olması durumunda da taraflara şirket sermayesine koydukları malın mislini vermenin mümkün olduğu görüşündedir.⁷⁰

Günümüzde genel kuralın aksine nakit değeri belirlendikten sonra şirket sermayesinin nakdi olmayan menkul veya gayrimenkul varlıklardan oluşması mümkündür. Bununla birlikte buradan nizanın çıkmamış olması yani tarafların anlaşmaları şarttır.⁷¹ Görüldüğü gibi klasik kaynaklardaki görüşlerin dışında verilen yeni fetvalarda da nizanın esas alınmaması gibi bir durum söz konusu değildir. Zira rıza, akitlerin esasıdır. Bu anlamda her ne kadar değişen zamanla birlikte, akitlerle alakalı cehâleti önleyici şartlarda esnek davranılabilse de bunun altında artık bu şekilde belirsiz hususlar barındıran işlemlerin anlaşmazlığa sebep olmaması yatmaktadır.

⁶⁹ Ebû Zekerîyya Yahya b. Şeref en-Nevevî, *el-Mecmû'* (Beyrut: Dârü'l Fıkr, t.y.), 14/65.

⁷⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/124, 125.

⁷¹ *Faizsiz Bankacılık Standartları* (AAOIFI), çev. Mehmet Odabaşı ve İshak Emin Aktepe, (İstanbul: Türkiye Katılım Bankaları Birliği, 2012), 264.

b-) Herhangi Bir Kayıtlı Kayıtlı Olmayan (Mutlak) İfadenin Sebep Olduğu Anlaşmazlık:

Şâfiî mezhebindeki sahih olan görüşe göre, selem akdine konu olan şey, içerisinde yer aldığı cins kümesi içerisinde farklı kaliteleri olan bir malsa⁷² bunun; iyi, orta ve kötü şeklinde bilinmesi şart değildir. Malın kalitesini açıklamaya yönelik bir açıklamanın yapılamaması durumunda örf devreye girerek bu malın kaliteli olduğuna hükmedilir. Mesela, müslemün fih olarak mutlak anlamda bir buğdayın zikredilmesi durumunda, ifade örfen iyi buğdaya hamledilir. İkinci görüşe göre ise bu malların kalitesine göre amacı değiştiği için akdin sahih olması için bunların açıkça beyan edilmesi gerekmekte, aksi halde niza çıkmaktadır. Aynı şekilde, müslemün fih olarak bir malın en iyisinin talep edildiği bir selem akdi sahih değildir. Zira bir malın en iyisinin tespiti, kişiden kişiye değişebilen bir husus olduğu için taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır.⁷³ İlk görüşe bakıldığı zaman, akdin sahih kalmasının altında yatan gerekçenin örfün anlaşmazlıkları ortadan kaldırması olduğu görülecektir. Çünkü normal şartlarda akdin bâtıl olması gerekirken ifadedeki belirsizliğin nizaya varması örfle önlendiği için akit sahih kabul edilmiştir.

Aynı şekilde, bir kişinin arazisini mutlak olarak ziraat yapılması için iâre olarak vermesi durumunda, ekimi yapılan ürünlerin toprağa vereceği zararın farklı olması ve bu şekildeki genel ifadenin nizaya sebep olması akdi bâtıl hale getirmiştir. Sahih olan görüşe göre ise böyle bir akit geçerlidir. Akdin sîgasındaki lafzın mutlak oluşuna binaen araziye alan kişi, iâre akdinin ruhuna uygun olarak istediği şeyi ekebilir. Rafiî (ö. 623/1226) ve Nevevî'ye (ö. 676/1277) göre ise mutlak olarak söylenen ifadenin zararı en az olana hamledilmesi durumunda mezhep içerisinde bir çözüm verilmiş olmaktadır. Fakat Bulkînî'ye göre (ö. 805/1403), mutlak ifadenin en az zarar vermesi söz konusu olan ürüne hamledilmesi, ancak bunun açıkça söylenmesi durumunda sahih olacak yerlerde

⁷² Hatice Kübra Kahya, *İslam Borçlar Hukukunda Selem*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2012), 74.

⁷³ Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed eş-Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 2000), 3/25, Kahya, *Selem*, 74.

sahihtir. Burada ise en az zarar verecek olan ürünün tespiti kişiden kişiye değiştiği için bu durum anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Akitlerin de oluşacak muhtemel nizalardan korunması gerekmektedir.⁷⁴

c-) Akdin Konusunun Miktarına Dair Belirsizliğin Sebep Olduğu Anlaşmazlık:

Selem akdine konu olacak olan malın miktarının tespitinde, akdin konusunun ölçekle satılması durumunda o ölçeğin örfen kullanılıyor olması gerekmektedir. Aksi takdirde ürünün ölçüldüğü mesela bir testi, borç ifa edilmeden kaybolabilir. Bu da seleme konu olan malın miktarı hususunda bilinmezliğe sebep olur. Buna karşın, aynı ölçekle bir yığın buğday satılması durumunda akit sahihtir. Çünkü teslim, akit anında gerçekleşeceği için ölçekle ilgili bir belirsizlik söz konusu olmamaktadır.⁷⁵ Görüldüğü gibi Şîrbînî, (ö. 977/1570) meseleye yaptığı temellendirmede nizayı değil, ölçekle ilgili belirsizliği öne sürmüştür. Oysaki ölçeğin kaybolmasından kaynaklanacak bir belirsizlik nedeniyle akdin fâsid olması Hanefî mezhebinde niza ile irtibatlandırılmıştır. Her ne kadar niza ile olan ilişkisi kurulmasa da Şâfiî mezhebinde selemin aksine buğday satışında akdin sahih olması, ölçeğin kaybolma ihtimalinin ortadan kalkması, dolayısıyla nizanın gerçekleşmeyecek olmasındandır.

Şâfiî mezhebine dair yapılan incelemelerden şu netice ortaya çıkmıştır: Şâfiî mezhebinde niza kavramı, Hanefî mezhebinde olduğu kadar, akdin hükmünü belirleyen bir illet olarak öne sürülmemiştir. Buna karşın, sıkça belirtilmese de Şâfiî kaynaklarda nizanın Şâfiî Mezhebi'ne göre akitlerin sıhhatini belirleyen bir illet olduğu sonucunu ortaya koyan bilgiler mevcuttur.

⁷⁴ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 3/323.

⁷⁵ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 3/13.

C. Hanbelî Mezhebi

Niza kuralını Hanefî mezhebine en yakın şekilde işleten mezhep, Hanbelî mezhebidir. Hanbelîler'in ortaya koyduğu akit teorisinde, nizanın akitlerin sıhhatini belirleyen bir konumda olduğu yerler vardır. Mesela İbn Kudâme, cehâletin nizaya sebep olduğunu nizadan dolayı da akdin bâtıl olduğunu vurgulamıştır.⁷⁶

Hanbelî mezhebinde nizanın akitlerin sıhhatine karar vermede kıstas olarak alındığı bir çok örneğe rastlamak mümkündür. Mesela insanların birbirleriyle çekişmeye düşmeleri topluma zarar veren bir husustur. Mesela, meyve veya hurmanın dalında iken satın alınarak koparma ya da biçme işini bayinin yapmasını şart koşturmak Hırâkî'ye göre (ö. 334/946) bâtıldır. Hanbelî mezhebindeki genel kanaate göre ise bu satış akdi sahihtir. İbn Kudâme meseleye, zarar ve niza açısından yaklaşarak Hırâkî'nin bu akitle alakalı olarak bâtıl hükmünü vermesi hakkında şu yorumu yapmıştır:

“Burada akdin bâtıl olduğunu söylemek bu mesele ve benzerlerine has olsa gerektir. Zira böyle bir durumda, satıcı kendisine de kalması için ekinin üst kısmından kesmek isterken müşteri satın almış olduğu malının daha çok olmasını isteyeceği için köke daha yakın bir yerden biçilmesini isteyebilir. Bu da tarafları nizaya sürüklemektedir. Niza ise bir mafseddettir. Bundan dolayı da satış bâtıl hale gelmektedir.”⁷⁷

Burada nizanın ne olduğuna dair ipuçlarına rastlamak mümkündür. Şöyle ki bir ekin veya dalındayken meyvenin satın alınması durumunda, kural olarak bunun toplanması müşteriye aittir. Müşterinin bunu satıcıya şart koşturması durumunda, satıcı bir kısmı kendisine kalması için ekinin üstünden kesmeyi isterken müşteri daha dipten kesilmesini istemesi nizayı tasvir eden bir örnektir.⁷⁸

Cehâletin ancak teslim ve tesellüme mani olan nizaya sevk ettiği durumlarda akdi fesâda uğratması şeklindeki Hanefî mezhebindeki kurala bazı Hanbelî âlimlerinde rastlamak mümkündür.⁷⁹ Hanbelîler'e göre cehâlet teslim ve

⁷⁶ فَيُفْضَى إِلَى التَّارَاجِ وَهُوَ مُفْسِدَةٌ فَيَسْطُلُ الْبَيْعُ مِنْ أَجْلِهِ bk. Muvaffukuddîn Abdullah b. Ahmed İbn Kudâme, *el-Muğnî* (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1412), 4/72.

⁷⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/227.

⁷⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/72, 73.

⁷⁹ Abdullah Ali Mahmud es-Sayfî, *el-Cehâle ve eseruha fî 'ukûdi'l-mu'avezât* (Ürdün: Dârü'n-Nefâis, 1426), 85.

tesellüme mani olmuyorsa akdin sıhhatine zarar vermemektedir. Mesela sulh akdinde bedelin tarafların haklarını bilmedikleri bir ayn üzerindeki anlaşmazlığı gibi teslimi gerekmeyen veya hakkında bilgi edinmenin yolu olmayan bir mal olması durumunda, sulh bedelinin bilinmesine gerek yoktur. Zira taraflardan her birinin miktarını bilmediği paydan feragat ederek sulh yapmaları durumunda, teslim gerekmeyeceği için sulh bedelinin de bilinmesi şart değildir. Buna karşın teslimi gereken bir malda sulh bedeline dair bilinmezlik, teslime mani olacak ve anlaşmazlık çıkacaktır. Bunun sonucunda da sulh akdinin amacı gerçekleşmemiş olacaktır.⁸⁰ Görüldüğü gibi burada cehâletin nizaya sebep olup teslim ve tesellümün engellenmesi yerine; cehâletin teslime mani olup nizaya sebep olması şeklinde bir niza düşüncesi vardır.

Aynı şekilde cuâle akdinde ücretin cehâlet barındırmasına rağmen sahih oluşu, cehâletin teslim ve tesellüme mani olmamasıyla açıklanmıştır. Mesela bu işlemde, vaat edilen ödülün (cu'l) mâlum olması gerekirken cu'l olarak ganimetin gösterilmesi durumunda, kâfirin malının teslime mani olmayıp nizaya sevk etmemesi durumunda akdin meçhul olması onun sıhhatine bir zarar vermemektedir.⁸¹ Esasında bu da nizanın bir sonucudur.⁸² Çünkü cu'l olarak ganimetten bir pay gösterilmesi durumunda, ganimetin tamamı meçhuldür. Fakat buradaki cehâlet, nizaya sevk etmemektedir. Çünkü ihtiyaca binaen, ganimetin meçhul olarak paylaşımı sahihtir. Nitekim Hz. Peygamber bir seriyyede, elde edilecek olan ganimetten üçte biri ya da dörtte birini cuâle akdine konu etmiştir. Zira cuâle akdi, ihtiyaca binaen ortaya çıkmıştır.⁸³ Kâfirin malı olması durumunda cuâle akdinin meçhul olmasının akde zarar vermemesinin bunların teslime mani olmaması ve nizaya sevk etmemesinden kaynaklandığını belirtmek

⁸⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 5/27.

⁸¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/231, 375; 5/22; Ebû İshâk Burhânüddîn İbrâhîm b. Muhammed İbn Müflih, *el-Mübdî fî şerhi'l-Muknî* (Beyrut: Dâru Alemlî'l-kütüb, 1423), 5/195.

⁸² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 5/25.

⁸³ Ebü'l-Ferec Abdurrahmân b. Muhammed İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, thk. Abdülmuhsin et-Türkî (Mısır: Dâru Hicr, 1415), 10/130.

gerekmektedir. Ayrıca böyle bir akde ihtiyaç olduğu ve ihtiyaç durumunda bazı kurallarda esnek davranıldığı ortadadır.

Hanbelî mezhebinin fûrû literatüründe nizaya sebep olan başlıca durumlar şu şekildedir:

a-) Fiyatın Belirsiz Oluşunun Sebep Olduğu Anlaşmazlık:

Hz. Peygamber (a.s.), bir akitte iki farklı işlemi (safkaten fî safka)⁸⁴ yasaklamıştır.⁸⁵ Mesela, bir arabayı peşin 25 bin TL, vadeli olarak 30 bin TL'ye satmak ya da bir koyunu tedavülde olan para ile 10 dirheme, tedavülü ve kullanımı çok olmamakla birlikte bazı esnaf arasında geçerli olan para ile dokuz dirheme satmak bu işleme örnek verilebilir. Sevrî (ö. 161/778), İmam Mâlik (ö. 179/795) ve İshak (ö. 188/804[?]) da bir satış akdi içerisinde iki satışı bu şekilde yorumlamıştır. Cumhûra göre bu şekildeki bir satış işlemi bâtıldır. Zira böyle bir alışverişte, iki anlaşmadan hangisinin geçerli olduğu belli değildir. Bu akit, “Sana ya bu evi ya da şu evi sattım.” demeye benzemekte ve rakam satışındaki semene dair bilinmezlik durumu söz konusu olmaktadır. Zira iki köleden birinin satılması durumunda, malın hangi fiyata karşılık geldiği bilinmemektedir. Bununla birlikte Tâvus'tan (ö. 106/725) ve Hammâd b. Ebî Süleyman (ö. 120/738) gelen rivâyete göre müşteri iki seçenekten birini seçerek icapta bulunup satıcının bunu onaylaması durumunda semen belli hale geleceği için anlaşmazlık önlenmiş ve akit de sahih hale gelmiş olur. Mesela satıcı, “Bu elbiseyi sana peşin 50 lira, taksitli 70 liraya sattım.” der ve müşteri de iki satış seçeneğinden birini seçip “Elbiseyi taksitli olarak 70 liraya aldım.” diyerek icapta bulunur, satıcı da “Anlaştık.” derse iki taraf arasında yeni bir akit gerçekleşmiş gibi akit sahih kabul edilir. Bu şekildeki bir akdin in'ikad şartları gerçekleşmiş olmaktadır. Burada müşterinin icabı yahut ona delalet eden bir ifadesi olmadan akdin sahihe dönüşmesi mümkün değildir. Zira iki seçenekten biriyle satışın yapılması doğru

⁸⁴ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bk. Mahmut Samar, “İslâm Hukukunda Akitlerin Birleştirilmesi (Safkateyn) Yasağı ve Günümüz Finans uygulamalarına Etkisi”, (Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, 2018), 77, 80.

⁸⁵ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 11/203; *Tirmizî*, “Büyû”, 18.

bir icap şekli değildir.⁸⁶ Aynı şekilde, müşterinin: “Bu elbiseyi bugün dikersen on dirhem, yarın dikersen beş dirhem veririm.” demesi durumunda, semene dair belirsizlik söz konusudur. Fakat ücret, terzinin işi bitireceği güne göre belli olacağı için anlaşmazlık önlenmiş olacaktır.⁸⁷ Çünkü dikme işlemi, sözleşmeye niteliğini veren karakteristik edimdir.

b-) Akdin Konusunun Belirsizliğinden Kaynaklanan Anlaşmazlık:

Akdin konusunun bilinmemesi, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olan sebeplerin başında gelmektedir. Mesela, “koyun sürüsü” gibi bir topluluk ismi zikredilerek bunun içerisinde hangi koyunun hariç tutulduğu belirtilmeden yapılan satış şekli olan sünyâ satışında bu durum söz konusudur. Bu işlem, Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır.⁸⁸ Zira satıştan hariç tutulan koyunun hangisi olduğu bilinmemektedir. Bu bilinmezlik de taraflar arasında nizaya sebep olmaktadır.⁸⁹

Akdin konusuna dair belirsizliğin sebep olduğu anlaşmazlık durumlarından biri de muhayyerlik hakkının kime tanındığının bilinmemesi durumudur. Muhayyerlik hakkına sahip olan kişi, iki maldan hangisi üzerinde şart muhayyerliği hakkı olduğunu belirtmemesi ya da sözleşmeyi yapanların muhayyerlik hakkına sahip olan kişinin kim olduğunu belirtmemesi durumunda akit bâtil olmaktadır. Çünkü burada cehâlet, nizaya sebep olmaktadır. Bu durum, satıcının “İki köleden birini sattım.”, alıcının da “Aldım.” demesine benzemektedir. Böyle bir durumda, akdin taraflarından her biri, diğerinin istediğinden farklı bir köleyi isteyebilir. Ya da muhayyerliğin kim için verilmiş olduğunun belirtilmemesi durumunda, taraflardan biri kalkıp muhayyerlik hakkının kendisine ait olduğunu iddia ederek diğer kişiden muhayyer olduğu malın iadesini talep edebilir. Akdin diğer tarafı da “Sen bu hususta bir muhayyerlik şartı öne sürmedin, böyle bir şeye hakkın yok.” diyebilir.⁹⁰ Hanbelî

⁸⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/314.

⁸⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/313; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/374.

⁸⁸ Müslim, “Büyû”, 85.

⁸⁹ Müslim, “Büyû”, 85; Ebû Dâvûd, “Büyû”, 33.

⁹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/105.

kaynaklarında böyle bir anlaşmazlık durumunda, tarafların eşit derecede haklı oldukları ve hak iddia edebilecekleri hususların ayrıntılı olarak sıralanması, mezhepte akitlerin anlaşmazlıklardan uzak olmasına gösterilen önemi göstermektedir.

Akdin konusundaki belirsizliği dikkate alıp almamayı belirleyen ölçü, akdin konusunun hangi sınıf mallara dâhil olduğuyla ilgilidir. Hanbelî mezhebinde mallar, *cüzleri birbirine müsavi olan ve cüzleri birbirine müsavi olmayanlar* şeklinde ikiye ayrılmaktadır.⁹¹ Bu malların toplu satışında, malın hangisi olduğu belirtilmeden bir biriminin satışı tarafları nizaya sürükleyeceği için akit bâtıldır. Misal olarak, bir koyun sürüsü içerisinde bir koyunun satışında⁹² koyunlar birbirlerinden farklı olduğu ve bu farklılık da onların fiyatını etkileyeceği için müşteri iyi koyunu almak, satıcı da ucuz koyunu satmak isteyecektir. Yığından bir kafız buğday satışında ise bunun aksi söz konusudur. Zira onun birimleri birbirlerine yakın (mütesâvi)⁹³ olduğu için buradaki belirsizlik nizaya sebep olmamaktadır.

c-) *Selem Akdinde İfa Mekânının Belirsizliğinden Kaynaklanan Anlaşmazlık:*

Hiz. Peygamber, selem akdinin yapılmasına, malın miktarı (keylî ya da veznî olarak) ve vadesi belli olması şartıyla izin vermiştir.⁹⁴ Hanbelî âlimlerden Ebû Ali b Mûsâ el-Haşimî'den (ö. 428/1036) rivâyet edilen bir görüşe göre, müşterinin taşıma işini satıcıya şart koşması, selem akdinin muktezasından olmayan bir şart olduğu için sahih değildir. Zira akitte karşılıklı olarak borçların ifâ edileceği yer, akdin kurulduğu mekândır. Aynı kişiden gelen diğer bir rivâyete göre ise akdin karada yapılmış olması durumunda, akdin kurulduğu yerde malın

⁹¹ مُتَسَاوِيَةٌ الْأَجْزَاءِ مَا لَا تَتَسَاوَى أَجْزَاؤُهُ

⁹² Arazinin ve eski zamanlarda kıyemî kabul edilen kumaşın “her zirâsı şu kadara” şeklindeki satışlar da böyledir.

⁹³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/249, 250.

⁹⁴ Buhârî, “Selem”, 1, 2, 3. Hadisin metni şu şekildedir:

عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: قَالَ قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمَدِينَةَ وَالنَّاسُ يُسْلِفُونَ فِي الثَّمَرِ الْعَامِ وَالْعَامِينَ - أَوْ قَالَ عَامِينَ أَوْ ثَلَاثَةَ شُكَّ إِسْمَاعِيلَ - فَقَالَ مَنْ سَلَفَ فِي ثَمَرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ.

teslimi zor olacağı için teslim yerinin belirlenmesi gerekmektedir. Akit denizde kurulmuşsa malın teslim edileceği mekânın belirtilmesi güzel bir hareket olsa da şart değildir. Kâdî Ebû Ya‘lâ el-Ferrâ (ö. 458/1065) ve Kelvazînî (ö. 510/1116)’ye göre ise teslim mekânı olarak ister akdin yapıldığı yer isterse başka bir yer belirlenmiş olsun teslimin o mekânda yapılması güç olduğu için böyle bir işlemde garar söz konusudur. Bu durum, keylî olarak ölçülen bir üründe, ölçümün hangi kile ile yapılacağına belirtilmesi gibidir. İbn Kudâme bu yaklaşımı doğru bulmamaktadır. Zira selem akdinde malın teslim edileceği mekânın önceden tespit edilmesinin bir amacı ve bunun iki tarafa da sağlayacağı bir yarar vardır. Bu anlamda îfâ mekânın tayini, îfâ zamanın tayin edilmesinin gerekliliğine benzemektedir. Ayrıca onların söylediği gibi, malın teslim edilmesinin zorlaşması konusu, zamanın tayini ile izale edilmektedir. Bu durumda akdin muktezası, akdin kurulduğu yerde malı teslim etmektir. Böyle bir şeyin şart koşulması, akdin muktezasından olan bir husustur. Akdin muktezası, akdin kurulduğu yer değilse malın teslim edildiği yer, îfâ mekânı olarak taayyün etmektedir. Böylece tarafların malın teslimiyle ilgili anlaşmazlıklarının önüne geçilmektedir.⁹⁵ İbn Kudâme, malın teslim edileceği yerin ileride teslimatın yapılacağı yer olma ihtimalinin düşük olduğu ve bunun kile aletinin belirlenmesi hususuna benzetilmesini fâsid bir kıyas olarak niteleyerek itirazda bulunmaktadır. Zira orada da selem konusu malın miktarının belli olması gerektiği kuralından hareketle ölçüm yapılan aletin kaybolma ihtimali vardır. Oysaki miktarın belli olmasına engel olan husus, ölçüm yapılan kabın hacminin meçhul olmasıdır ki bu da zaten teslimatın yapılacağı yerin belirlenmesini gerekli kılan bir durumdur.⁹⁶

d-) Şirket Sermayesinin Değeri Değişkenlik Gösteren Ayın Olmasından Kaynaklanan Anlaşmazlık:

Şirket akdinde sermaye (re’sülmâl), dirhem ve dinar gibi paralardan oluşmalıdır. Hanbelî mezhebindeki zahir görüşe göre, ticaret mallarının şirket akdinde sermayeye konu olması sahih değildir. Çünkü sermayenin ticaret malı

⁹⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/369.

⁹⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/369.

olması durumunda, şirket akdi ya ticaret malının aynı ya kıymeti ya da semeni üzerine kurulmaktadır. Şirket akdinde şirketin sona ermesiyle sermayenin ya da mislinin paylaşımı yoluna gidilir (rücû). Böylece, ya sermaye ya da sermayenin misli paylaşarak tarafların şirkete koyduğu hisseler tespit edilmiş olmaktadır. Sermayenin ticaret malından oluşması durumunda yapılacak bir paylaşımda, bunun kıymeti takdir edilememekte ve taraflar arasında anlaşmazlık çıkmaktadır. Çünkü kıymet, miktarı kesin olarak takdir edilemeyen ve gerek akitte bulunan kişilere, gerek üçüncü bir şahsa bırakıldığında anlaşmazlığa sebebiyet veren bir husustur. Ayrıca bir malın kıymeti, takdir edilenden fazla ya da az olabilmektedir. Bu da tarafları arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Ayrıca taraflardan birinin şirkete koyduğu malın kıymeti artarken diğer tarafın hissesi artmayacak, hatta bu hisse tüm kârı ya da malın değerini geçebilecektir. Diğer ihtimal de bu kişinin koyduğu malın kıymeti azalacak, bu durumda da kişi, kazanç getirmeyen bir malın semeniyle şirkete katılmış olacaktır. Ahmed b. Hanbel'den rivayet edilen diğer bir görüşe göre, ticaret mallarının şirketin sermayesini oluşturması sahihtir. Bu durumda da akit anında malın kıymeti sermaye olarak kabul edilir. Hanbelîler'den Ebu'l-Hattab (ö. 510/1116) da bu görüştedir. Zira şirketin amacı, akdi yapan kişilerin ortaya koydukları mal hususunda ortak tasarruflarının olması ve elde edilecek kârı aralarında ortak paylaşmalarıdır. Ticaret mallarında mümkün olan bu husus, onların şirkete sermaye olarak konulmasına delildir. Şirketten ayrılma durumunda da taraflardan her biri koyduğu malın akit anındaki kıymetini almaktadır.⁹⁷ Daha önce ifade edildiği üzere, günümüzde de ticaret mallarının kıymetinin takdir edilerek sermayeye konu olması yönünde bir fetva bulunmaktadır.⁹⁸

e-) Miktarı Dair Belirsizliğin Sebep Olduğu Anlaşmazlık:

Şirket akitlerinden mudârebede, sermaye miktarının belli olması gerekmektedir. Sermaye belli değil ya da götürü usulü olarak ortaya konulmuşsa burada bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Bu da taraflar arasında nizaya sebep olan

⁹⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/124, 125.

⁹⁸ Faizsiz Bankacılık Standartları (AAOIFI), 264.

bir durumdur. Akdi kuranlar, belirsizlik ve götürü usulü yapılan satışa şahit olsalar da durum değişmemektedir. Çünkü şahit olmaları durumunda, kâr paylaşımı sırasında taraflar, kendilerine ne kadar hisse düşeceğini bilmemektedirler. Bu da onları anaparanın miktarı hususunda ihtilafa düşürüp nizaya götürecek bir husustur. Fakat Ebû Sevr ve re'y ehli bazı İslâm hukukçularına göre böyle bir durumda, tarafların miktar hususunda karşılıklı olarak yemin yapmaları gerekmektedir. Bu takdirde, yemin etmek şartıyla anaparanın miktarı hususunda sermayeyi işleten kişinin (âmil) sözü esas alınır. Zira o, sermaye sahibinin⁹⁹ emanetçisi konumundadır. Dolayısıyla elinde olan para miktarına itibar edilir. Böylece akitteki bilinmezlik giderilmiş olur.¹⁰⁰

Mudârebe akdinde miktar bilinmezliğinden kaynaklanan bir başka anlaşmazlık sebebi de kâr paylaşımında fâsid bir şartın koşulmasıdır. Mesela, sermayeyi işleten kişiye kâr olarak; o ayki kârın ya da iki köleden birinin verilmesi şeklinde belirsiz bir kâr vaadinde bulunmak, teslimi mani olacağı için taraflar arasında anlaşmazlığa ve sermayeyi işleten kişiye verilecek paranın belirlenememesine sebep olmaktadır.¹⁰¹

Hanbelî mezhebinde, malın müşteri tarafından görünüyorsa cehâlet söz konusu olmasına rağmen bu belirsizliğin nizaya sebep olmasına engel olmaktadır. Mesela, yığının ne tarafından olduğu belirtilmeden yapılan buğday satışında, yığının her yanındaki buğdayların birbirine eşit olması durumunda, hangi bölgeden olduğunu belirtmeden iki kafiz buğdayın satışı sahihtir. Zira bu durumda, taraflar arasında anlaşmazlık çıkmamaktadır. Sıvı yağdan bir rıtlı miktarının satışı örneğinde de aynı şekilde niza söz konusu olmamaktadır.¹⁰² Zira mebî' görülmeyle (müşahede) mâlum olmaktadır. Semen de işaretle yani miktarı

⁹⁹ Bunun teknik ifadesi, *rabb'ül-mâl*'dir. bk. Şevket Topal, "Re'sülmâl", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2008), 35/7.

¹⁰⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 5/191.

¹⁰¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 5/186.

¹⁰² Muvaffukuddîn Abdullah b. Ahmed İbn Kudâme, *el-Kâfî fî fikhi'l-Ahmed b. Hanbel* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1414), 2/4; Mansûr b. Yûnûs el-Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ' 'an metni'l-İknâ'* (Beyrut: Dârü'l-Alemi'l-kütüb, t.y.), 3/168.

ölçülmekle mâlum hale gelmektedir. Böylece kafiz miktarınca semen de belli olmuş olmaktadır.

Genel Değerlendirme

Hanefî mezhebi, sahip olduğu fesâd nazariyesinden kaynaklı olarak Türk hukukuna diğer mezheplerden daha fazla benzerlik göstermektedir. Fıkıh mezhepleri Hz. Peygamber'in garar yasağından kaçınmak için sözleşmelerde garar söz konusu olması durumunda bu sözleşmeleri bâtil kabul etmiştir. Hanefî mezhebi ise akitlerdeki cehâlet garar gibi bazı hususları düzeltme imkânı vermiş, ancak bu imkânın olmaması durumunda sözleşmeleri geçersiz saymıştır. Bu noktada, el-Gamal'a göre, anlaşmazlık söz konusu olması durumunda gararlı satışların çözüm ve tazmin yolu ile halletmek yerine doğrudan yasaklamasının¹⁰³ hikmeti şudur: Cehâletin olduğu bir akitte ekonomik bir fayda mülâhaza edilemez. Bilakis bu durum, taraflar arasında nizaya sebep olacağı için bir takım maliyetlere; mahkeme süreci, taraflar arasında husumet ve zaman kayıplarına yol açacaktır. Buna karşın cehâletten kaynaklanan gararı ortadan kaldırmak daha kolay bir yol olarak görülmektedir.¹⁰⁴ Esasen Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerde cehâletten kaynaklanan gararlı satışlardaki fesâd sebebini kaldırmak yerine akdi geçersiz kılmaları görüşünün altında yatan neden, çeşitli maliyetler açısından daha uygun olduğu şeklinde izah edilmektedir. Bu yönüyle Hanefî mezhebinin yaklaşımının merî hukuka diğer mezheplerden daha yakın olduğu görülmektedir. Zira Hanefî mezhebi cehâlet içeren hususları giderme hususunda taraflara bir hak vermektedir. Şu kadar var ki Hanefîlerde ilk aşamada yetki mahkemede değil taraflardadır.

¹⁰³ Hanefî hukuku, akdin sulbüne dair olmayan cehâlet ve cehâlet kaynaklı gararı giderme imkânı vermiştir. Yani bu da bir nevi sözleşme boşluğunun taraflarca tamamlanıp tarafların rızalarının olması şartıyla akdin geçerlilik kazanmasıdır.

¹⁰⁴ Necmettin Güney, *Satım Akdi Özelinde İslâm Borçlar Hukukunda Garar*, (Konya: Aybil Yay., 2019) 100; Mahmoud A. Gamal, "An Economic Explication of the Prohibition of Gharar in Classical Islamic Jurisprudence", *Islamic Economic Studies* VOL. 8/2 (2001): 39.

IV. KARA AVRUPASI HUKUK SİSTEMLERİNDE NİZA

Bu çalışmada, Kara Avrupası hukuk sistemlerinin niza algısı; sözleşmenin unsurları, sözleşme boşlukları, sözleşmenin tamamlanması gibi konular üzerinden ortaya konmaya çalışılmıştır.¹⁰⁵

Kara Avrupası hukuk sistemlerinin düzenlemelerinde, anlaşmazlıklara sebep olabilecek pek çok durum söz konusudur. Mesela bu hukuk sistemlerinde, İslâm hukukunun aksine, satış akdinin konusunun akit anında belli olması şart değil, belirlenebilir olması da yeterli kabul edilmektedir. Tartışmalı olmakla birlikte,¹⁰⁶ bunun bir sonucu olarak sözleşmenin sübjektif noktalarının ileriye bırakılmış olması anlaşmazlıklara sebebiyet verse de sözleşmenin kurulmuş olmasına ve sıhhatine bir zarar vermemektedir. Bu durumda sözleşmeye, ne Hanefî mezhebinde olduğu gibi fesâd hükmü ne de diğer mezheplerde olduğu gibi bâtil hükmü verilmektedir. Yani bu belirsizlik durumundan akdin in'ikadı da sıhhati de etkilenmemektedir. Bu gerekçelerden kaynaklı bir anlaşmazlık durumunda mahkeme, sözleşmedeki boşluğu tamamlamaktadır. Mesela İslâm hukukunda anlaşmazlık sebebi sayılan; tarafların îfâ zamanı ve îfâ mekânı üzerinde durmamaları halinde sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. Bir anlaşmazlık (ihtilaf) halinde hâkim sözleşmedeki boşluğu tamamlamaktadır.¹⁰⁷

Bu başlıkta, başta Türk hukuku olmak üzere, İslâm hukukuna göre anlaşmazlık sahasına giren konulara Kara Avrupası hukuk sistemlerinin yaklaşımı verilmeye çalışılacaktır.

A. Roma Hukuku

Roma borçlar hukukunda bir sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmenin taraflarının belirli noktalarda (essentialia negotii) mutlaka anlaşmış olmaları gerekmektedir. Bunların eksikliği halinde hukukî işlem yok sayılır. Bunun amacı,

¹⁰⁵ İstişarelerde bulunduğumuz bazı pozitif hukukçu hocalarımız, Kara Avrupası hukuk sistemlerinin niza algısının bu konular üzerinden ortaya konulabileceğini ifade etmişlerdir. Nitekim bu konular, İslâm hukukunda, akdi nizaya ve fesâda götüren hususlara tekabül etmektedir.

¹⁰⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. bs. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 251.

¹⁰⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 252.

yapılan anlaşmanın belli bir sözleşme türü kapsamına alınıp dava edilebilirliğin sağlanmasıdır. Bunun doğal bir yansıması olarak edimin sözleşmenin kuruluş aşamasında objektif olarak belirlenmiş ya da belirlenebilir olması, yani tarafların bunun üzerinde anlaşmış olmaları gerekliliği *pretium certum* bir kural olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁸

Edimin belirtilmesi iki şekilde gerçekleşir:¹⁰⁹

a-) İfası Gereken Şeyin Ferden Tayini: “bu köle”, “şu tablo”, “şu ev” gibi ifası gereken şeye işaret etmekle¹¹⁰ gerçekleşir.¹¹¹

b-) Edimin cinsini ve miktarını belirtmekle: “on koyun”, “yirmi kile Siyez buğdayı” gibi edimi belirli kılacak özelliklerinin belirtilmesiyle gerçekleşir.

Edimin tayininin mümkün olması ise onun sözleşme anında değil de ileriki bir zaman diliminde tayinini mümkün kılacak ölçülerin sözleşme anında tespit edilmesidir. Bu iki şekilde olur:

a-) Bir ay sonra hasadı yapılacak bir elma bahçesinin elmasının kilosu 5 lira olmak üzere satışında, edimin dolayısıyla semenin miktarı belli olmasa da hasat anında belirlenebilir özelliktedir.¹¹²

b-) Edimin miktarının üçüncü bir şahsın takdirine bırakılmasıdır. Burada edimin belirlenmesi işinin taraflardan birinin keyfi takdirine bırakılmaması esastır.¹¹³

Görüldüğü üzere, Roma borçlar hukukunda İslâm hukukundaki kadar olmasa da edime dair taraflar arasında anlaşmazlık konusu olabilecek hususlara karşı sözleşmenin bazı şartlara sahip olması söz konusudur.

¹⁰⁸ Türkan Rado, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018), 10; Pervin Somer, *100 Soruda-100 Cevap Roma Borçlar Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yay., 2013), 15; Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2057; Bülent Tahiroğlu-Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, 9. bs. (İstanbul: Der Yayınları, 2013), 172.

¹⁰⁹ Rado, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, 10.

¹¹⁰ İslâm hukukunda da mebî'e dair belirsizlikleri önlemenin temel yollarından biri ona işaret etmektir.

¹¹¹ Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku* (İstanbul: Der Yay., 2011), 21.

¹¹² Rado, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, 10; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 21.

¹¹³ Rado, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, 10.

B. Türk ve İsviçre Hukuku

Bu başlıkta, İslâm hukukuna göre nizaya sebep olup akdi ifsâd eden durumların Türk borçlar hukukunda karşılık geldiği konular incelenecektir. Türk hukukunda, İslâm hukukuna göre anlaşmazlık konusu olan ve akdin sıhhatini olumsuz etkileyen sözleşmelerin boşluk barındırması olağan bir durumdur. Borçlar hukukunun bu özelliğiyle ilgili hususlar şu şekilde incelenebilir:

Türk borçlar hukukunda, akit kurulduğu anda tam olmayıp bu eksiklik tarafları anlaşmazlığa sevk ediyorsa bu durumda sözleşme boşluğundan bahsetmek gerekmektedir.¹¹⁴ Burada anlaşmazlıktan kastedilen sözleşmenin kurulması için şart olan akitle bağlanma iradesi ve akit kurma iradeleri değildir. Bu hususlarda bir anlaşmazlık olmadıktan sonra sözleşme ile ilgili boşluklardan kaynaklanan anlaşmazlıklar, hâkim tarafından doldurulabilmektedir. Hanefî akit sistemi üzerinden ifade etmek gerekirse, icap-kabul gerçekleşip in'ikad eden bir akitte, başka bir nedenden dolayı anlaşmazlık çıkması, akde zarar vermemektedir.

Türk borçlar hukukunda, tarafların sözleşme kurma (sözleşme ile bağlanma) iradesinin bulunması ve borçlar kanunu birinci maddesinde¹¹⁵ belirtildiği üzere, taraflar arasında bu iradenin birbirine uygun olması gerekmektedir. Bu irade beyanları arasındaki uygunluk, sözleşmenin kurucu unsurlarındandır. Tarafların sözleşmeyle bağlanma iradeleri oluştuğundan sonra sözleşmenin kurulabilmesi için asgari olarak taraflar arasında sözleşmenin hangi unsurlarında anlaşmanın sağlanması gerektiği hususu ise kanunda açık ve net olarak belirtilmemiştir.¹¹⁶ TBK'nın 2'inci maddesindeki¹¹⁷ hükme göre taraflar,

¹¹⁴ Saibe Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası* 55 (1996): 283.

¹¹⁵ Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulabilir. bk. (md. 1)

¹¹⁶ Köksal Kocağa, "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 79 (2008): 73; Haluk Nami Nomer, "Sözleşmede Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 8 (2013): 2053.

sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşmaya varıp ikincil unsurlarda anlaşma sağlayamasalar yahut daha sonra konuşup anlaşmak için ikincil unsurları belirleme işini erteleseler (saklı tutularak ileri bırakma) bu durum, taraflar arasında sözleşmeyle bağlanma iradesinin var olduğu yönünde bir karine ortaya çıkarmaktadır. Yani kişilerin sözleşmenin gerekliliklerini yüklenme iradelerine dair bir delil oluşturmaktadır. Eski borçlar hukukunun deyimiyle bu sözleşmeye, münakit olmuş gözüyle bakılmaktadır. Bununla birlikte, tarafların objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmalarına rağmen sözleşmeyle bağlanma hususunda iradelerinin bulunmadığı ispat edilirse karine çürütülebilir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi tarafların tüm esaslı noktalarda uyuşmuş olmaları şartıyla, yan noktaları saklı tutmaları, yani bunlar hususunda anlaşmayı daha sonraya bırakmaları, sözleşmenin bağlayıcılığına bir engel teşkil etmemekte, yani sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı karine olarak kabul edilmektedir.¹¹⁸ Buradan anlaşılan şudur: Tarafların esaslı unsurlarda anlaşmaya varıp ikincil unsurlarında anlaşmamış olmaları durumu, tarafların iradesinin olduğuna bir delil sayılarak sözleşme kurulmuş kabul edilmektedir.¹¹⁹ Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen, hâkimin ikinci derecedeki uyuşmazlıkları işin özelliğine bakarak karara bağlaması durumu, sözleşme boşluğunu göstermektedir. Burada boşluk, bizzat hâkim tarafından doldurulacaktır. Fakat esas mesele, kanunun sözleşmenin kurulmuş olduğunu kabul etmesidir. Zira kural olarak hâkimin bir sözleşmeyi tamamlamasından bahsetmek için öncelikle o sözleşmenin kurulmuş olması gerekmektedir. Burada sözleşmenin kurulmuş

¹¹⁷ “Taraflar sözleşmenin esaslı unsurlarında uyuşmuşlarsa ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hâkim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar.”

¹¹⁸ Kocağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, 76; Tercüme ve orjinal metin Kocağa ve Nomer’in makalesinden aktarılmıştır. “Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle” bk. Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2054; Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 42.

¹¹⁹ Sanem Aksoy-Dursun, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), 43; Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2053, 2054.

olacağına dair karine kanunda açıkça belirtilmemiştir. Bununla birlikte, karine sözleşmenin nasıl doldurulacağına dair hükmün altında zımnen belirtilmiş olmaktadır.¹²⁰

Türk borçlar hukukunda, üzerinde anlaşılamayan veya anlaşması saklı tutulan, yani ileri bir tarihe ertelenen durumlarda sözleşme boşluğu ortaya çıkmakta, bu da hâkimin sözleşmeye müdahalesini gerektirmektedir. Görüldüğü üzere Türk hukukunda, yalnızca esaslı unsurların belli ya da belirlenebilir olması şart koşulmakta, diğer hususlardaki boşluklarda iş mahkemeye yansımaktadır. Oysaki İslam hukukunda, taraflar arasında anlaşmazlığın çıkıp işin mahkemeye yansımalarının önüne geçmek için merî hukuk diliyle ifade edilmesi gerekirse sözleşmenin gerek esaslı unsurları gerek ikincil/yan unsurlarının akit anında taraflar arasında anlaşmazlığa mahal vermeyecek bir şekilde belirlenmiş olması gerekmektedir. Aksi durumda fesâda sebep olan husus akitte kalıcı hale gelmektedir (takarrur).

Türk borçlar hukukunda, malum olması açısından sözleşmenin unsurları şu şekilde incelenebilir:

1. Sözleşmenin Kurulması

Türk hukukundaki hâkim görüşe göre, bir sözleşmenin tamamlanması için tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşmış olmaları gerekmektedir. Sözleşmenin noktaları; esaslı noktalar ve yan (ikincil) noktalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sözleşmenin esaslı noktaları da objektif ve sübjektif esaslı noktalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tarafların irade beyanlarının sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşmaması durumunda sözleşme kurulmamış olmaktadır.¹²¹

¹²⁰ Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2054.

¹²¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 248; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. bs. (İstanbul: Beta, 2013), 11, 165.

a) Esaslı Noktalar

1) Objektif Esaslı Noktalar (Essentelia Negotii)

Sözleşmenin tanımında yer alıp sözleşme için zorunlu olan unsurlara esaslı noktalar denir. Bunlar hukuk düzeninin öngördüğü biçimde sözleşmenin gerçekleşebilmesi için asgari olan sözleşmenin içeriğini oluşturmaktadır.¹²²

Esaslı noktalar, sözleşmenin tipik unsurları, asgari içeriğidir. Bunlar, sözleşmenin türünü ve genel karakteristik yapısını belirlediği için “sözleşmenin tipik unsurları” şeklinde isimlendirilmektedir. Mesela, satış sözleşmesinde mebû ve semen, kira sözleşmesinde kiralanan şey (menfaat) ve kira bedeli sözleşmenin esaslı unsurlarıdır.¹²³ İslam hukukunda bunlara akdin konusu/mahalli veya rükünü denmekte ve yapılan sözleşmeye göre akdin rükünleri değişiklik göstermektedir.

Türk ve İsviçre hukukundaki genel kanaate göre, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların irade beyanlarının objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmaları, yani bunları belirlenmiş veya en azından belirlenebilir şekilde kararlaştırılması gerekmektedir.¹²⁴ Objektif esaslı noktalardan herhangi birinin belirsizliği veya saklı tutulması, yani ileri bir tarihe bırakılması durumunda sözleşmenin kurulması da saklı tutulmuş olmaktadır. Sözleşmenin kurulmasına mani olan bu durumda, sözleşme hiç kurulmamış, yok hükmünde (keenlemyekün)

¹²² Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 29, 36; Kocaağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, 80; M. Kemal Oğuzman-M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. bs. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 72.

¹²³ Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 29; Kocaağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, 80; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 72; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 249.

¹²⁴ Alman Medeni Kanununda, her ne kadar sözleşmenin kurulabilmesi için objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmanın gerekliliğine dair bir hüküm bulunsa da genel eğilimden farklı yerde duran bazı hukukçular da vardır. Gauch Schluep ve Gauch Jaeggi bunlardandır. Onlara göre, taraflar arasında sözleşmenin kuruluşunda ihtilaf mevcut değilse ve üzerinde anlaşılan sözleşme kendi içinde anlamlı bir bütünse böyle bir sözleşmedeki objektif esaslı noktalardaki boşluk hâkim tarafından tamamlanabilir. Bu TBK 2. maddesindeki hükümlere aykırı değildir. bk. Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2055, 2056; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 105.

kabul edilmektedir. Bu kanaate göre, sözleşmedeki boşluk esaslı unsurlara dairse hâkimin sözleşmeyi tamamlaması söz konusu değildir. Sözleşmenin esaslı unsurlarının akit anında belli olmayıp vadesi gelince objektif kıstaslara göre belirlenebilir (tayini kâbil) olmasının sözleşmenin kurulmasına olumsuz bir etkisi yoktur. Bununla birlikte sözleşmenin esaslı unsurlarından olan mebî'in piyasada ortalama fiyatı bulunan mallardan olması gerekmektedir.¹²⁵ Borçlar hukukunda bunlarla ilgili bazı düzenlemeler mevcuttur.¹²⁶ Belirli olması noktasında sözleşmenin unsurları şu şekildedir:

a. Satılan Mal (Mebî')

Malın sözleşmenin yapıldığı anda belirli olması şart olmayıp duruma göre yeter derecede belirlenebilir olması kâfidir. Bununla birlikte, sözleşmede yapıldığı an belli olmasa da satılan malın en geç îfâ zamanı belirlenebilir olması gerekmektedir. Belirli mala örnek Picasso'nun muayyen bir tablosu, belirlenebilir mal satışına ise üç ton Adapazarı patatesi örnek verilebilir.¹²⁷

Satılan mal belirlenemediği takdirde objektif esaslı noktalarından biri üzerinde tarafların irade beyanlarının uygunluğu bulunmadığı için sözleşme kurulmamış yani meydana gelmemiş olmaktadır.¹²⁸ Hanefî mezhebinde de mebî'in belirsiz oluşu akdi bâtıl hale getirmektedir.

b. Satış bedeli (Semen):

Satış sözleşmesinin geçerli olması için bedelin mutlaka miktar olarak belirli olmasına gerek yoktur. Bunun için belirlenebilir olması da yeterlidir. Zira Türk Borçlar Kanununa göre; "Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün

¹²⁵ Fahrettin Aral-Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. bs. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 168.

¹²⁶ Cevdet Yavuz v.dğr., *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 14. bs. (İstanbul: Beta, 2016), 29; Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 32; İbrahim Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 105; Kocaağa, "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", 82; Nomer, "Sözleşmede Esaslı Bir Nokta", 2055.

¹²⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. bs. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 34, 35; Aydın Zevkliler-Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), 29.

¹²⁸ Eren, *Özel Hükümler*, 34, 35.

olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.” (bk. TBK md. 207)¹²⁹ Bununla birlikte, taşınmaz satışında resmi şekil esas olduğu için satış bedelinin resmi senette belirtilmiş olması gerekmektedir.¹³⁰

Satış sözleşmesi belli bir bedel zikredilmeden kurulmuşsa bundan sözleşmenin gerçekleşeceği zaman ve yerde geçerli olan ortalama piyasa fiyatı üzerinden kurulduğu sonucuna varmak gerekmektedir. Satış bedelinin miktarının sözleşmenin yapıldığı sırada belli olmasının şart olmamasıyla ilgili olarak TBK 233. maddesinde şöyle bir kayıt vardır: “Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifâ yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır.” Semen teslim zamanındaki piyasa rayicine göre belirlenmesinin kararlaştırılmış olması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Ortalama fiyat, borsa dışında alınıp satılmak suretiyle pazarı oluşturan bir malın belirli bir zaman ve ticari çevrede oluşan fiyatıdır. Borsada alınıp satılan mallarda ise borsa fiyatı esas alınmaktadır.¹³¹

TBK’nın 207. maddesinde, “Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.” hükmü geçmektedir. Bu bağlamda, Hanefî akit sistematigince sübjektif kabul edilen pek çok belirleme TBK’da objektif kabul edilmektedir. Buna göre, satış bedelinin “fiyat listesine”, “fabrika fiyatına”, “günlük fiyata”, “işlem hayatında buna benzer bir satış için normal kabul edilen fiyata”, “bir bölgede belli bir ürünü satanların ortalama fiyatına” göre belirlenebilmesi şeklinde yapılan anlaşma hukukîdir.¹³²

Müşteri ile araba acentesi arasında, ilk teslim edilecek partiden müşterinin beğeneceği sıfır kilometre bir arabanın satışının yapılması durumunda mebî‘ belli olmasa da belirlenebilir kabul edilmektedir.¹³³ Bu işlemler, acentedeki arabaların mislî olması anlaşmazlığın önüne geçtiği için Hanefî doktrini açısından da sahih

¹²⁹ Eren, *Özel Hükümler*, 36; Yavuz v.dğr., *Borçlar Hukuku Dersleri*, 29.

¹³⁰ Nihat Yavuz, *Satış Sözleşmeleri*, 1. bs. (Ankara: Adalet, 2016), 78.

¹³¹ Eren, *Özel Hükümler*, 36; Zevkliler-Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 39.

¹³² Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. bs. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 25.

¹³³ Zevkliler-Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 40.

kabul edilebilir. Zira ilk örnekte, arabalar misli olduğu için tayin muhayyerliğinin üçle sınırlı olması gibi bir şart yoktur. Ayrıca satıcının bu duruma rızası vardır.

2) Sübjektif Esaslı Noktalar

Bunlar, sözleşmenin ikinci derecedeki noktaları kategorisinde değerlendirilmektedir. Tarafların anlaşarak ya da birinin yan noktaları esaslı nokta haline getirerek bunlarda anlaşma olmadığı takdirde sözleşmenin kurulmasına rıza göstermeyeceklerini belirttikleri hususlar, sözleşmenin sübjektif esaslı noktalarını oluşturur. Bu noktalar, sözleşmenin olmazsa olmaz şartı olarak ifade edilebilir. Satış sözleşmesinde yan nokta kabul edilen, malın ambalajlanması ve gönderim şeklinin esaslı nokta haline getirilmesi buna örnektir. Satış sözleşmesinin kurulmasını, îfâ zamanı üzerinde mutabakata varmaya bağlamak da aynı şekildedir.¹³⁴ Aynı şekilde îfâ zamanı, sözleşmenin yan unsurlarından biridir. Bununla birlikte taraflar bunu sübjektif esaslı nokta, sözleşmenin olmazsa olmaz şartı haline getirirlerse bu husus artık sözleşmenin kurulmasının şartları arasında kabul edilir.¹³⁵

b) Yan (İkincil) Noktalar

Objektif ve sübjektif yönden esaslı olmayan noktalar sözleşmenin ikinci derecedeki (yan-tâlî) noktalarını oluşturmaktadır. Tarafların anlaşma aşamasında üzerinde durmadıkları, tartışma konusu yapmadıkları hususlar sözleşmenin yan unsurlarıdır. Bunlar îfâ zamanı, îfâ mekânı gibi hususlardır.¹³⁶ Sözleşmeyi kuran kişiler, ikinci derecede bir nokta üzerinde anlaşmaya varamadıkları bir hususu ileri bir tarihe erteleyebilmektedirler. Bu durumda, ikinci derecede bir noktanın

¹³⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 250; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 166; Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 39; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme*, Dördüncü bs.'den 7. Tıpkı bs. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 176.

¹³⁵ Kocağa, "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", 85.

¹³⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 252; Kocağa, "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", 88.

saklı tutulması söz konusu olmaktadır. Böyle bir durum, sözleşmenin kurulmasına mani değildir. Bu bağlamda, işin ne kadar süreceği, paranın hangi vakit ödeneceği gibi hususlar bilinmeden de akit kurulmuş sayılmakta, böyle bir işlemde, sözleşmeden doğan boşluklar da hâkim tarafından doldurulmaktadır.¹³⁷ Zira Türk borçlar hukukunda taraflar, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşmazlığı hâkim işin özelliğine bakarak çözer (bk. TBK 2). Bu durumda sözleşmedeki boşluğun yedek kurallara göre değil, hâkim tarafından doldurulabileceği öngörülmektedir.¹³⁸ Durum böyle olmakla birlikte, üzerinde uyuşulması gereken noktaların sadece objektif esaslı noktalar mı yoksa hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalar mı olduğu konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre esaslı noktalarla objektif esaslı noktalar kastedilmektedir.¹³⁹

Türk borçlar hukukunda satılan malın teslim masraflarının kime ait olacağı konusu üzerinde konuşulmaması objektif ikinci derecedeki noktalardandır. Bu kabilden, bunları tarafların kararlaştırmamış olması sözleşmenin kurulmasına mani değildir. Bu hususlarda uyuşma şart değildir. Bu husustaki boşluğu kural olarak hâkim tamamlamaktadır.¹⁴⁰

Türk Borçlar Kanununa göre ise ifânın ne zaman yapılacağının belirtilmemiş olması hususundaki boşluk da sözleşmenin kurulmasına mani değildir. Böyle bir durumda hâkim, sözleşmedeki boşluğu tamamlamaktadır.¹⁴¹

2. Sözleşme Boşluğu

Sözleşme boşluğu, niza teorisinde anlaşmazlığa sebep olan başlıca nedenlerdendir. Sözleşme boşluğu; tarafların sözleşmeye dair hukukî bir hususu; kasten veya unutarak düzenlememelerinden, ileride çıkacak anlaşmazlıkları

¹³⁷ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 73; Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 42; Melek Bilgin Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 186, 187, 188.

¹³⁸ Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2054.

¹³⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel hükümler*, 251.

¹⁴⁰ Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 39.

¹⁴¹ Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 38.

tahmin edememelerinden, düşünüp anlaşılmaya varamamaları veya düşünüp anlaşmayı sonraya bırakmalarından kaynaklanabilmektedir. Tüm bu hallerde, hâkim sözleşmedeki boşluğu tamamlamaktadır. Bir sözleşmede boşluktan bahsedebilmek için akitte düzenlenmesi gereken bir hususun düzenlenmemiş olması gerekmektedir.¹⁴²

Sözleşmedeki bazı boşluk türleri şunlardır: Gerçek boşluk, tarafların isteyerek ya da istemeyerek bazı hususları hiç düzenlememeleri; gerçek olmayan boşluk, tarafların sözleşmeleri genel hatlarıyla düzenlemeleri; bilinçli boşluk, tarafların anlaşmasını saklı tuttıkları hususta zamanı geldiğinde anlaşamamaları; bilinçsiz boşluk, tarafların sözleşmede düzenlemeyi ihmal ettiği, hiç düşünmedikleri veya unuttukları boşluk türüdür.¹⁴³

Sözleşme boşluğu, tarafların karşılaştıkları anlaşmazlığa sebep olan hususu akdi kurarlarken ön görememeleri, sözleşme için açık veya zımnî olarak bir kural koymamaları, eski uygulamalara, genel örf-âdete, teamül kurallarına, teknik kurallara, özel hukuka ait teamül kurallarına veya genel işlem şartlarına atıfta bulunmamaları durumunda söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde taraflar, anlaşmazlığa sebep olabilecek hususu ön görmüşler, fakat bu husustaki anlaşmayı saklı tutup ileriki bir zamana bırakıp daha sonra bu hususta anlaşamamış olmaları durumunda da sözleşme boşluğundan bahsedilmektedir. Yine taraflar, anlaşmazlığa sebep olabilecek husus için bir çözüm yolu bulmuşlar, fakat bu yöntemin bâtıl olduğu ortaya çıkmıştır. Tüm bu durumlarda sözleşme boşluğu söz konusudur. Bunlar içerisinde insanların en çok karşılaştığı durum ilk madde, yani akit kurulurken ileride tarafları anlaşmazlığa götürebilecek hususları öngörememeleri durumudur. Zira insanın gerçekleştirebilecek her riski önceden

¹⁴² Mehtap İpek İşleten, *Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması*, (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Doktora Tezi, 2009) Sosyal Bilimler Enstitüsü; Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 86, 211.

¹⁴³ İpek İşleten, *Sözleşme Boşluklarının Doldurulması*, 10; Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 83; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 196.

tahmin etme imkân ve kabiliyeti yoktur.¹⁴⁴ İslâm hukukunda, akdin unsurlarındaki belirsiz hususları ifade etmek için kullanılan cehâlet ve garar kavramları, Türk borçlar hukukunda sözleşme boşluğuna karşılık gelmektedir.

İsviçre ve Türk borçlar hukuku doktrinde, Özellikle Hanefî mezhebinde kabul edilenin aksine, sözleşmedeki tarafların anlaşmazlığa düşmesine sebep olacak tüm belirsiz durumları kaldırmak gibi bir gaye imkânsız kabul edilmektedir. Bunun çeşitli gerekçeleri vardır. Bu düşünceye göre, akitleri ileride gerçekleşmesi muhtemel tüm anlaşmazlıklara çözüm sunacak şekilde kurmanın avukatlık masrafları gibi yüksek bir işlem maliyetini (transaktionskosten) gerektirmesi bunlardan biridir. Zira bu gayeyle taraflardan her biri avukat tutsa bile akdin kuruluş aşamasındaki zaman boşluğundan dolayı her yönüyle tam ve hukukî boşlukları olmayan bir akdin kurulma ihtimali düşüktür. Büyük işletmelerin kendi hukukçalarına hazırlattıkları sözleşmelerde bile boşlukların bulunması kaçınılmazdır. Bu bakış açısından hareketle, tarafların akitlerini hukukî açıdan eksiksiz yapmalarını zorlamak yerine, işlemlerin boşluklu olmasını normal kabul edip bunun hâkim tarafından tamamlanmasını mümkün kabul etmek, iktisadi olarak daha doğru bir çözüm olarak kabul edilmektedir. Zira tarafların sözleşmedeki her hususu ayrıntılı ve anlaşmazlığa sebebiyet vermeyecek bir şekilde düşünmesi beklenemez.¹⁴⁵

Bu bakış açısını yansıtmayı açısından İbrahim Kaplan'ın şu ifadeleri dikkat çekmektedir:

“Sözleşmede boşluk olayı hiçbir zaman istisnai bir durum değildir. Gerçek hayatta yapılan sözleşmeler, az ya da çok boşluk taşımaktadır. Kanun koyucuda olduğu gibi, sözleşme taraflarının sözleşmede düzenlenmesi icap eden her hususu öngörmesi ve gelecekteki olayları tahmin etmesi mümkün değildir. Şu halde sözleşmelerde normal durum, onların düzenleme bakımından eksik ve boşluklu olmasıdır.”¹⁴⁶

¹⁴⁴ Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 86; Yeşim M. Atamer, “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulmasına İlişkin Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası* 63 (2005): 174, 175, 176.

¹⁴⁵ Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 14; Atamer, “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulmasına İlişkin Düşünceler”, 177.

¹⁴⁶ Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 85.

Buradan çıkan netice, Türk Borçlar Kanunu'nda da boşluksuz sözleşmenin olmayacağı ve sözleşmelerde normal olanın boşluklu olması olduğu ifade edilerek işin mahkemelere bırakılması ve neredeyse her akitte mahkemeye yansıyan bir uyuşmazlığın söz konusu olması, olağan ve normal kabul edilmektedir

3. Sözleşmenin Tamamlanması

Türk Borçlar Kanununun gerek doktrin gerekse uygulamasında sözleşmenin nasıl tamamlanacağına dair genel bir bilgi bulunmamaktadır. Bu hususta Yargıtay kararları da yoktur.¹⁴⁷

Sözleşmenin tamamlanması, tarafların irade beyanlarının yorumlanması neticesinde akdin anlaşmazlık konusu olan ikinci derecedeki noktalarının sözleşmede düzenlenmemiş olduğunun fark edilip boşluğun hâkim tarafından doldurulmasıdır.¹⁴⁸ Bu boşluk, akdi kuran kişilerin hukukî bir konuyu bilerek ya da bilmeyerek kısmen veya tamamen hiç düzenlememeleri durumunda söz konusu olmaktadır. Sözleşme boşluğu tarafların anlaşmasıyla, aksi durumda da hâkimin boşluğu tamamlayıcı kanun hükümleri, örf-adet hukuku ve hâkimin oluşturacağı kuralla doldurulur.¹⁴⁹ Sözleşmenin geniş anlamda doldurulmasından maksat; sözleşme boşluğunun yedek hukuk kuralları ve örf-adet hukuku ile bunun olmadığı durumda ise hâkimin işin niteliğine bakarak doğruluk-dürüstlük kuralına göre tarafların farazi iradelerini esas alıp kendisinin hukuk koymasıyla tamamlanmasıdır. Hâkim boşluğu, makul ve dürüst kişilerin sözleşmedeki boşluğu doldurma şekli nasıl olacaksa o şekilde ya da taraflar bildikleri ya da bilmeleri gereken şartlara göre bu boşluğu görselerdi nasıl bir düzenleme yapacaklardıysa o şekilde doldurur.¹⁵⁰ Dar anlamda ise hâkimin tamamlayıcı yorumla çözüm araması kastedilir. Satış sözleşmesinde mebû'ın ifâ edileceği yerin akit anında düzenlenmediği durumda ancak geniş anlamda bir sözleşme tamamlanmasından söz edilebilir. Çünkü bu durumda, sözleşmenin

¹⁴⁷ Aksoy-Dursun, Ön sözden alıntı.

¹⁴⁸ Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 194.

¹⁴⁹ Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 6; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 23; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 195.

¹⁵⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 252.

tamamlanmasının ilk aşaması olan yedek hukuk kuralları devreye girmektedir. TBK'da¹⁵¹ tarafların ifâ yerini belirlememeleri durumunda geçerli olacak yedek hukuk kuralları sayılmaktadır.¹⁵²

Bir sözleşmenin tamamlanmasından bahsedebilmek için öncelikle kurulmuş olması lazımdır. Bunun için de karşılıklı irade beyanlarının birbiriyle ve sözleşmenin asgari içeriğiyle uyumlu olması gereklidir. Asgari hususlar kanunlardan çıkan ve genel itibarıyla sözleşmenin esaslı unsurları olan hususlardır.¹⁵³ Hanefî mezhebinde de bir akdin kurulmuş olmasından bahsedebilmek için irade beyanlarının yani icap-kabulün birbirine uygun bir şekilde kurulması gerekmektedir. İcap-kabul, akdin taraflarının ve akdin konusunun var olmasını gerektirmektedir. Genel kanaate göre, sözleşmenin esaslı unsurlarındaki boşluk, sözleşmenin kurulmasına engel olacağı için bu durumlarda sözleşmenin tamamlanmasından bahsedilemez. Bu kanaate göre, sözleşmenin esaslı unsurlarından bir tanesinin sükût ile geçilmesi veya saklı tutulması durumu anlaşmanın da saklı tutulmasını gerektirdiği için sözleşme kurulmamış kabul edilmektedir. Mesela tarafların bedeli sonradan tayin olunmak üzere bir satış akdi yapması halinde, akdin esaslı unsurlarından olan semenin saklı tutulması söz konusu olacağı için anlaşma meydana gelmemiş olmaktadır.¹⁵⁴ Dolayısıyla bu kanaatin bir sonucu olarak bir sözleşmenin tamamlanmasından bahsedilecekse o sözleşmenin öncelikle kurulmuş olması gerekmektedir. Bu durumda geriye,

¹⁵¹ Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde, parça borçları sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde, bunların dışındaki bütün borçlar doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde ifâ edilir. Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifâ önemleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifâ edilir. bk. TBK md. 89

¹⁵² Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 7; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 195.

¹⁵³ Eren, *Özel Hükümler*, 38; Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 209, 210.

¹⁵⁴ Kocağa, "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", 76.

sözleşmenin ikincil unsurlarının belirsizliğinden kaynaklanan sözleşme boşluklarının doldurulması kalmaktadır.¹⁵⁵

Doktrinde yeni sayılabilecek bir görüşe göre, tarafların objektif esaslı noktalarda uyuşamadıkları zaman sözleşmenin kurulamayacağının hukukî bir temeli yoktur. Zira yaygın olan bu kanaat, sözleşme özgürlüğüne zıttır. Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarını belirlememiş ve nasıl belirleneceğine dair bir yöntem de geliştirmemiş olmaları durumunda, onların akitle bağlanma iradeleri bulunduktan sonra boşluk barındıran sözleşmenin esaslı noktalarının ne şekilde doldurulacağına dair kanun hükmü olabilmektedir.¹⁵⁶ Gerek İsviçre gerekse de Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel eğilim, sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için akdin kuruluş aşamasında objektif esaslı noktalarının belirlenmiş ya da belirlenebilir bir şekilde belirtilmiş olması gerektiğine dair bir hükmün olmadığı, yalnızca akdin esaslı noktalarında anlaşmış olmaları, tarafların akitle bağlanma iradelerine dair bir karine oluşturacağı yönündedir. Buna karşın Roma hukukunda anlaşmanın îfâ edilen akdin belli bir sözleşme tipine sokulup dava edilebilirliğini sağlamak için belli bazı hususlarda (*essentia negotii*) taraflar arasında uyuşmanın sağlanması şart koşulmaktaydı. Bu ilkedен hareketle gerek İsviçre gerek Türk Borçlar Kanunu'nda hâkim olan kanaate göre, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların akdin esaslı unsurlarının tamamı hakkında uyuşmuş olmaları, yani bunların belirlenmiş yahut belirlenebilir şekilde taraflarca kararlaştırılmış olmaları gerekmektedir. Aksi durumda, yani akdin esaslı unsurlarından biri üzerinde tarafların anlaşmamış olmaları halinde sözleşme kurulmamış, yok hükmünde kabul edilmektedir. Bu görüşün Alman hukukunda da taraftarları bulunmaktadır.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Kocağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, 76; Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2054.

¹⁵⁶ İpek İşleten, *Sözleşme Boşluklarının Doldurulması* 13; Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 37, 63, 64, 210.

¹⁵⁷ Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 61, 62, 63; Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2055.

İsviçre hukukunda da taraflar, sözleşme ile bağlanma iradelerini ortaya koyduktan sonra sözleşmenin esaslı unsurlarında bilerek veya bilmeyerek anlaşamamaları durumunda, sözleşmenin kuruluşu zarar görmeyeceğini savunan hukukçular vardır. Zira İsviçre borçlar hukukunda bazı hukukçular, sözleşme boşluğunun esaslı noktalarda da olsa tamamlanabileceği görüşündedir. Bununla birlikte İsviçre medeni hukukundaki genel kanaate göre, sözleşmenin kurulabilmesi için esaslı noktaların tayini gerekmektedir. Bundan dolayı, İsviçre Federal Mahkemesi'ndeki bir karara konu olan davada, kira süresi biten kiracı ile mal sahibi, kira akdinin devamı yönünde anlaşmış, fakat kira bedelinin ne kadar olacağı üzerinde durmamışlardır. Böyle bir durumda da anlaşmazlık mahkemeye yansımıştır. Mahkeme, sözleşmenin kurulmuş olduğunu kabul edip sözleşme boşluğunun hâkim tarafından dürüstlük kuralı çerçevesinde doldurulacağına hükmetmiştir. Bu da piyasa rayicinin esas alınmasını gerektirmektedir. Fakat genel kanaatin temsilcisi bazı hukukçular, kira bedelinin piyasa değerine bakılarak karar verilmesine sıcak bakmamışlardır. Zira rayicin her dönem ne kadar olacağı belli değildir. Bu durum da sözleşme güvenliğiyle bağdaşmayan bir husustur. Federal Mahkeme, daha sonraki kararlarında ilgili hukukçuların eleştirilerini dikkate almış ve kira bedelinin tayin edilmediği dönemler için sözleşmenin kurulmuş olmayacağına hükmetmiştir.¹⁵⁸ Haluk Nami Nomer'e göre de tarafların akitle bağlanma iradeleri, özellikle de muâvazalı akit yapma hususunda bağlanma iradelerinin varlığı ispat edilip edim üzerinde uyuşmaları gerçekleştikten sonra sözleşmenin kurulmuş olarak kabul edilmesi için ivazın yani semenin belli yahut en azından belirlenebilir şekilde beyan edilmesi şart değildir. Özellikle îfâ aşamasına geçilmesi tarafların bağlanma iradelerine delildir. Bunun için sözleşmenin esaslı noktasının ne şekilde belirleneceğine dair açık bir kanun hükmü varsa ve tarafların sözleşme ile bağlanmak iradeleri olduğu anlaşılırsa ilgili hükümler tatbik edilir. Borçlar kanunundaki satış, hizmet, eser, yayım ve simsarlıkla ilgili düzenlemelerde ivazın miktarı hususunda hiç durulmamış olsa da sözleşmenin kurulmuş sayılacağı yönünde düzenlemeler, yenilenen dönemde kira

¹⁵⁸ Nomer, "Sözleşmede Esaslı Bir Nokta", 2060.

bedellerinin tayin edilmemiş olması durumları ile ilgili Yargıtay kararları¹⁵⁹ bu görüşü desteklemektedir.¹⁶⁰ Satış bedelinin belirsiz olmasının akde olumsuz bir etkisinin olmamasına dair bazı kanun maddeleri şunlardır:

a-) Satış Sözleşmesinde Satış Bedeli:

TBK md. 233: “Alıcı satış bedelini belirtmeksizin malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifâ yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır.” Burada semen belli değilken mahkeme bunu takdir etmekte, taraflara ise belirsiz bıraktıkları hususu belirleme yetkisi verilmemektedir.

b-) Genel Hizmet Sözleşmesinde Ücret Belirleme:

TBK md. 401: “İşveren işçiye veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.” Burada iş sözleşmesinin işçiye ödenecek ücret, yani akdin esaslı unsurunun belirlenmeden sözleşmenin kurulmuş sayılabileceği yönünde bir hüküm bulunmaktadır.

c-) Eser Sözleşmesinde Bedel Belirleme:

TBK md. 481: “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerinde ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.”

d-) Yayın sözleşmesinde bedel belirleme:

TBK md. 496: “Sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça yayımlatan, bedel ödenmesini isteyebilir. Bedel ödenmesi gereken hallerde ödenecek miktar belli değilse bedel, hâkim tarafından belirlenir.”

¹⁵⁹ “...Borçlar Hukukunun genel kuralına göre, karşılıklı borçları kapsayan akitlerde karşılık borçlardan birisinin akit yapanlarca belli edilmemiş olması halinde bu borç mahkemece rayiç esas tutularak belli edilir. Nitekim bir satış aktinde mal parası veya kira aktinde kira parası, hizmet aktinde işçi parası, istisnâ aktinde iş parası belli edilmiş değilse bu karşılıklar, rayice göre hükmedilir. Yargıtayın kökleşmiş içtihatları da bu yoldadır.” bk. İBK, 18.11.1964, E. 1964/2, K. 1964/4

¹⁶⁰ Gümüüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 25; Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 36, 210; Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2057; Kocaağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, 83.

e-) Simsarlık Sözleşmesinde Bedel Belirleme:

TBK md. 502: “*Ücret belirlenmemişse tarifeye göre, tarife yoksa teamüle göre ödenir.*”

f-) Avukatlık Sözleşmesinde Bedel Belirleme:

Avukatlık asgari ücret tarifesini genel hükümler md. 1/2: “*Taraflar arasında akdi avukatlık ücreti kararlaştırılmamış veya kararlaştırılan akdi avukatlık ücretinin geçersiz sayılması halinde; mahkemelerce, dava konusu edilen tutar üzerinden bu tarife gereğince hesaplanacak avukatlık ücretinin altında bir ücrete hükmedilemez.*” Burada, ücretin sözleşme anında belirlenmemesi durumunda geçerli olacak ücret söz konusu edilmektedir.

Bu konuda ileri sürülen örneklerin tamamı, akdin esaslı unsurlarından semenle alakalıdır. Yani tarafların iradesi olduktan sonra, satılan şeyle ilgili boşluk doldurulabilmektedir. Görüldüğü gibi, yukarıdaki sözleşmelerde ücret belirsizdir. Bu sözleşmelerdeki boşluklar, kanundaki yedek hukuk kurallarına¹⁶¹ göre doldurulabilmektedir. Bu durumda, ücret belirlemede ifâ anındaki ortalama piyasa bedeli (rayiç) veya emsal bedelin esas alınması gerekmektedir.¹⁶²

Buradan da anlaşıldığı üzere, her ne kadar Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Medeni Kanununda, bir sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmenin esaslı unsurlarının tamamında tarafların uyuşması gerektiğine dair genel bir kabul olsa da bazı hukukçular, bunun pratikte her zaman geçerli olmadığını ve bu bakış açısının sözleşme serbestisine uygun düşmediğini savunmaktadır. Zira hem borçlar kanunu ikinci maddesinden böyle bir sonuç çıkmamakta hem de bazı düzenlemelerde, sözleşmenin esaslı unsurlarından olan semenin miktarı belirlenmeksizin akdin kurulduğu görülmektedir. Esaslı bir unsurun belirtilmemiş olması, tarafların o hususu hiç konuşmamış olmaları (sükûtle geçmeleri) ile olabileceği gibi o hususu konuşup anlaşmayı daha sonraya ertelemeleri (saklı tutmaları) ile de gerçekleşmektedir. Burada, sözleşmenin kurulmuş olduğuna tarafların akitle bağlanma iradelerinin var olup olmadığına bakılarak karar

¹⁶¹ “Alıcı satış bedelini belirtmeksizin malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifâ yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır.” bk.TBK md. 233

¹⁶² Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2058.

verilmektedir. Edimin yerine getirilmiş yahut getirilmeye başlanması, bağlanma iradesine kanıt olacağı için sözleşme kurulmuş kabul edilmektedir. O halde aslolan, sözleşmenin ayakta tutulup taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olan hususlarda onların farazi iradelerine göre sözleşmenin boşluklarının tamamlanmasıdır.¹⁶³ Burada dikkat çeken husus, Türk borçlar hukukundaki yaygın kanaate göre, tarafların esaslı unsurlarda anlaşmadan sözleşmenin kurulamayacağı, aksi kanaatte ise tarafların bağlanma iradesi olduktan sonra sözleşmenin kurulmuş kabul edileceğidir. Bâtıl olan bir sözleşmenin bile istisnai durumlarda, bir hakkın kötüye kullanılmasını önlemek için tamamen hükümsüz kalması önlenmektedir.¹⁶⁴

Sözleşme boşluğu, ikinci derecedeki yan noktaların saklı tutularak ileri bırakılmasından kaynaklanıyorsa ve taraflar ileride bu hususta anlaşmazlığa düşerlerse hâkim yedek hukuk kurallarından ziyade işin niteliğine bakarak boşlukları doldurmaya çalışır. Üzerinde hiç anlaşma söz konusu olmayan, yani sükûtle geçilmiş noktalarda ise hâkim yedek hukuk kuralları ile sözleşme boşluğunu tamamlamaktadır.¹⁶⁵

Sözleşmenin tamamlanmasında hâkimin sözleşmeye bir şey eklemesi söz konusu değildir. Burada hâkimin çalışma alanı, tarafların akdin kuruluşu aşamasında isteyip ayrıntılı olarak düşünmedikleri veya düşünüp mutabakata varamadıkları boşluklar oluşturmaktadır.¹⁶⁶

Yedek hukuk kuralları veya diğer ismi ile tamamlayıcı hukuk kuralları, aksi yönde anlaşma yapılmadığı durumda uygulanan hukuk kurallarıdır.¹⁶⁷ Hâkim, sözleşmeyi yedek hukuk kuralları ile tamamlayamıyorsa bu durumda tarafların farazi iradeleri ile meseleyi çözmeye çalışır. Bu da sözleşmedeki boşluğu nasıl bir hüküm koyarak kapatacakları meselesidir. Buradan anlaşılan, tarafların gerçek

¹⁶³ Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2073, 2074.

¹⁶⁴ Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 62; bk. Yargıtay İBK, Tarih: 21/12/1988, Esas No: 1987/2, Karar no: 1988/2.

¹⁶⁵ Kocağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, 76.

¹⁶⁶ Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 89.

¹⁶⁷ Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 91.

iradeleri değil, doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre sahip olmaları gereken farazi iradeleridir. Yani sözleşmeyi boşluksuz tamamlayacak olmaları durumunda nasıl davranacaklarına dair varsayıma dayanan iradeleridir.¹⁶⁸

Türk Medeni Kanunun birinci maddesinde, örf-adet kuralları ve hâkimin hukuk yaratması, tamamlayıcı hukuk kuralının olmaması durumunda alternatif bir hukuk kaynağı olarak işlenmiştir.¹⁶⁹

4. Genel Değerlendirme

Bu bölümde İslâm hukuku ile bu başlık altında incelenen hukuk sistemlerine dair kısa bir değerlendirme yapılacaktır.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, akdin sıhhati için sözleşmenin kurulmuş olması yeterlidir. Oysaki Hanefî mezhebine göre, belirsizlikten kaynaklanan bir anlaşmazlık durumunda, akdin in'ikadı zarar görmese de anlaşmazlığa sebep olan durum olduğu müddetçe akdin sıhhatinden bahsedilememektedir. Ayrıca bu haliyle fâsid kabul edilen akit, anlaşmazlık sebebi düzeltilmezse fesâd kalıcı hale geleceği için bâtıla dönüşmektedir. Akdin bâtıl olması da sözleşmenin kurulmamış olacağı manasına gelmektedir.

İslam hukukunda da Roma hukukundaki objektif belirleme kuralına benzer bir şekilde, mebî' veya semenin anlaşmazlığa sebebiyet vermeyecek bir şekilde akdin taraflarınca belirlenmesi gerekmektedir. Roma hukukunda böyle bir kuralın konuluş amacının anlaşmazlıkları önlemeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Roma hukukunda edimin belirlenebilir olması da sözleşmenin geçerliliği için yeterlidir.

Türk ve İsviçre hukukundaki tarafların esaslı unsurlarda anlaşmaya varıp ikincil unsurlarında anlaşamamış olmaları durumu, tarafların iradesinin olduğuna bir delil sayılarak sözleşmenin kurulmuş kabul edilmesi, Hanefî fıkıhındaki fesâd nazariyesine benzetilebilir. Şöyle ki sıhhat şartlarında eksiklik bulunduğu için fâsid kabul edilen bir akit geçersiz değildir. Bu akdin sahihe çevrilmesinden

¹⁶⁸ Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 89.

¹⁶⁹ Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. TMK 1/2

bahsedebilmek için öncelikle in'ikad şartlarının tam olması gerekmektedir. Tarafların iradesi ve bunun yansıması olan icap-kabul, Hanefî mezhebinde de akdin in'ikad şartıdır. Buradaki fark, mer'î hukukta sözleşmenin ikincil unsuru olan, îfâ mekânı ve îfâ zamanının belirsizlik içermesi durumu, Hanefî mezhebinde akdi fesâda götürmektedir. Bununla birlikte, mesele hemen hâkime intikal etmemektedir. Uyuşmazlığa sebep olan husustaki belirsizlik, tarafların kendi arasında giderilirse sözleşme sahih olarak kurulmakta, aksi durumda yani belirsizliğin giderilememesi durumunda akit bâtil hale dönüşeceğinden hâkim sözleşmeyi feshetmektedir. Hâkimin kendi iradesi ve çeşitli hukukî kurallarla sözleşmeyi tamamlama hak ve yetkisi bulunmamaktadır. Bu da İslam hukukunda, akit serbestisinin ve sözleşmenin içeriğinin belirleme yetkisinin yalnızca akdin taraflarına verilmesini, sözleşmede bozukluk olsa da başka bir iradenin sözleşmeye müdahale etmek suretiyle akdin devamını sağlanması yerine, tarafların rızasını temin etmek için sözleşmenin feshinin tercih edildiğini göstermektedir.

Türk hukukunda Hanefî akit sistemiğince sübjektif kabul edilen pek çok belirleme objektif kabul edilmektedir. Mesela Borçlar Kanununun 207. maddesindeki, “Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.” şeklindeki hükme göre, satış bedelinin “fiyat listesine”, “fabrika fiyatına”, “günlük fiyata”, “işlem hayatında buna benzer bir satış için normal kabul edilen fiyata”, “bir bölgede belli bir ürünü satanların ortalama fiyatına” göre belirlenmesi mümkündür. Oysaki tüm bu anlaşma çeşitlerinde semen, akit anında belli değildir. Bu işlem, bir malın “çarşı fiyatına”, “kıymetine”, “dilediğin ya da hoşuna giden fiyata”, “helal olan fiyata”, “sermayesine”, “filancanın aldığı fiyata”, “insanların aldığı fiyata” satılmasına benzemektedir. Böyle durumlarda müşteri, malın fiyatını bilmemekte ve bu belirsizlik taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Ebû Abdillâh Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, *el-Asl*, thk. Ebû'l-Vefa el-Efgânî (Karaçi: İdâretü'l-Kur'ân, t.y.), 5/89; Ebû Bekir b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî' fî tertîbi's-şerâ'î'* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye, 2010), 6: 601, 602; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/83.

Türk borçlar hukukuna göre, îfânın ne zaman ve nerede yapılacağına belirtilmemesi, teslim masraflarının kime ait olacağı konusu üzerinde konuşulmaması sözleşmenin kurulmasına mani değildir. Bu hususlarda uyuşmanın olması şart değildir. Böyle bir durumda hâkim, sözleşmedeki boşluğu tamamlamaktadır. Fıkıh diliyle ifade etmek gerekirse burada akdin in'ikad ettiği, çıkan anlaşmazlığın da mahkemeye intikal ettiği gözükmemektedir. Hanefî mezhebinde, bir malın taşınması zahmet ve masraf gerektiriyorsa îfâ mekânının belirtilmemesi taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olacağı için akit fâsid olmaktadır. Îfâ zamanı ise İslâm hukukuna göre satış akdinde sözleşmenin objektif esaslı unsurlarından olup anlaşmazlıkların en sık yaşandığı husustur. Bundan dolayıdır ki îfâ zamanına dair az derecedeki bilinmezliklerin dahi akdi ifsâd etmesi her akitte îfâ zamanının belirlenmiş olmasını gerekli kılmıştır. Yani Türk borçlar hukukunda işin mahkemeye yansımada önce, sözleşmelerde nizaya sebep olacak hususlardan uzak durma konusunda İslâm hukukundaki gibi bir vurgu yoktur. Kanaatimizce Türk hukukundaki bu uygulama, mahkemenin iş yükünü artırmakta, dolayısıyla davaların uzayıp neticeye bağlanmamasına sebebiyet vermektedir. Aynı şekilde îfâ zamanının belirtilmesi, akdin mahallinde belirli olması gereken hususların başında gelmektedir. Zira insanlar arasındaki malî anlaşmazlıkların pek çoğu, teslimin yapılacağı zamanla alakalıdır. Öyle ki vade ile ilgili az bilinmezlikler, îfâ zamanı hususunda taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olacağı için akdi ifsâd etmektedir.

Türk borçlar kanununa göre alıcı, satış bedelini belirtmeksizin malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, îfâ yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır. Bu durum, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Oysaki İslâm hukukunda, akdin iki önemli unsurundan olan semenin akit meclisi içinde belirlenmemesi durumunda akit fâsid olmaktadır.

Hanefî akit teorisinde müsâma ile karşılanan sözleşme boşlukları ve gerekçeleri vardır. Bunlar, sözleşmede boşluk oluşturan amiller olan cehâlet ya da gararın anlaşmazlığa sebep olmayacak boyutta olmasından kaynaklanmaktadır. Oysaki burada Türk borçlar hukukundaki ayırım, anlaşmazlıkların çıkmasının kaçınılmaz ve davaların mahkemeye yansımalarının normal kabul edilmesidir. Aynı

şekilde, İslâm hukukunda akdin unsurlarındaki belirsizlikler yani bir anlamda sözleşmedeki boşluklar, genel bir örfün varlığından dolayı bırakılmışsa akit bundan zarar görmemektedir. Bunun sebebi, sözleşmenin hâkim tarafından örf-adet hukukuyla tamamlanması değil, bu hususta yaygın bir örfün bulunmasının sözleşmedeki boşluğu dikkate almamayı gerektirmesidir. Burada da mesele niza teorisine dayanmaktadır. Zira örfün varlığı, insanların böyle bir işlemi yapmaktan dolayı anlaşmazlıklara düşmediğini göstermektedir. Başka bir husus, akitteki boşluk, bir ihtiyaçtan doğuyor ve bu işlemi yapmamak bir meşakkati gerektiriyorsa bu halde de sözleşmedeki boşluk akdin sıhhatini olumsuz etkilememektedir. Zira bu durumda taraflar arasında bir anlaşmazlık söz konusu olmamaktadır.

Türk borçlar hukukunda hâkimin sözleşmeyi yedek hukuk kuralları ile tamamlayamıyorsa bu durumda tarafların farazi iradeleri ile meseleyi çözmeye çalışması ve bunu yaparken tarafların gerçek iradelerini değil, doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre sahip olmaları gereken farazi iradelerini esas alması kanaatimizce nizaya sebep olabilecek sübjektif bir husustur. Zira Hanefî fıkında sözleşmedeki bir boşluk, mesela sürüden herhangi bir koyunun satılması örneğinde olduğu gibi, aynı cins mallar içerisinde edimin zâtının tayin edilmemesinden kaynaklanıyorsa, taraflardan bu boşluğu tamamlamaları istense bu belirsizliğe istinaden taraflar kendi menfaatlerine uygun olan hayvanı seçeceklerdi. Bu noktada hâkim, onların hangi hayvanı seçeceklerinde dair iradelerini tespit edemez. Doğruluk-dürüstlük ilkesi de buna yardımcı olamaz. Niza da bundan dolayı çıkmaktadır. Hanefî fıkı burada merî hukuka göre taraflara daha geniş akit hürriyeti verdiği için sözleşmenin fâsid olması durumunda tamamlanmasını da akdi kuran kişilere, anlaşmazlığa düştükleri şeyi düzeltmek şartıyla vermiştir.

Türk Medeni Kanunun birinci maddesinde, örf-adet kuralları ve hâkimin hukuk yaratması, tamamlayıcı hukuk kuralının olmaması durumunda alternatif bir hukuk kaynağı olarak işlenmektedir. Bu anlamda İslam borçlar hukukunda örf, tamamlayıcı hukuk kuralı olmasının yanı sıra başlı başına bir delildir. Zira, örf

genel kural dışına çıkmak için (istihsân)¹⁷¹ bir gerekçedir. Mesela icâre akdinin konusu olan menfaatin meçhul olmasına rağmen bu konudaki örfün varlığı, cehâletin nizaya sebep olmasına mani olmaktadır. Dolayısıyla örf, anlaşmazlıkların önüne geçen hukukî bir mekanizmadır.

Türk hukukunda edimin belli yahut belirlenebilir olması gerekmektedir. Bu bağlamda satış akdinde de edim, cins olarak belirlenebilir olmalıdır. Burada mebî‘, yani edim iki türlü belirli hale gelmektedir: Edimler ya tür (nev‘) ya da parça borçlarından oluşur. Edim, özel niteliklerine göre yeterli derecede belirlenmiş bir şeyse bu, parça borcu (ferden belirli borç) sınıfına dâhil olmaktadır. Genel itibarıyla mislî mallar çeşit borcuna, mislî olmayan (kıyemî) şeyler parça satışı sınıfına girerler.¹⁷² Sanat eserleri ve el yazmaları gibi şeyler, parça borcunu oluşturmaktadır. “Altı kilo Siyez buğdayı” örneğinde olduğu gibi cins borcunda akde konu olan şeyin belli bir cins ya da türün özelliklerini taşıması gerekmektedir.¹⁷³ Ancak cins borcu olan şeyler de “filan bahçenin filan ağacının şu dalındaki elma” gibi ferden tayin edilerek parça borcu haline getirilebilmektedir. Zira parça borcu-cins borcu ayrımını belirleyen tarafların iradeleridir. Borcun konusunun (mahallü’l-‘akd) cinsi ve nev‘i belirtilmek suretiyle miktar olarak belirlenmesi durumunda da tür borcundan söz edilir. Mesela, 53 AL 053 plakalı araç, parça borcu; “bir kilo elma”, “beş yumurta”, “bir Arap atı”¹⁷⁴ tür borcudur. Burada edimin yeterli derecede belli edilmesinde bir anlamda İslam hukukundaki, mebî‘in nizaya mani olacak derecede belirtilmesi

¹⁷¹ Fıkıh usûlünde bir yöntem delili olarak kabul edilen istihsan, müçtehidin bir meselede kendi kanaatine o meselenin benzerlerine verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren; nas, icma, zarûret, gizli kıyas, örf ve maslahat gibi güçlü bir delile dayanarak o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesidir. bk. İbrahim Kâfi Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 181.

¹⁷² Yavuz, *Satış Sözleşmeleri*, 77; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7; Aral-Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 73, 74.

¹⁷³ Zevkliler-Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 42, 43; Yavuz v.dğr., *Borçlar Hukuku Dersleri*, 29.

¹⁷⁴ Kanaatimizce Arap atının İslâm hukukunda tür borcu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira Arap atının cinsi, yaşı gibi durumlara göre maliyeti değişmektedir. Bu belirsizlik, nizaya sebep olabilir. Bu da İslam hukukunda edimin daha hassas çizgilerle belirlenmesi gerektiğini göstermektedir.

ilkesinde söz konusu olan mantık söz konusudur. Zira edim, yeterince belli değilse onda aranan bu şart yerine gelmez. Mesela sürüden bir koyunun satışı örneğinde, Türk hukukuna göre edim yeterince belli olmayacağı için sözleşme kurulmamış kabul edilmektedir. Türk hukukunda mebû'in ifâ zamanında belirli olması yeterlidir. Mesela bir kişi, kendisine mirastan düşen payını toplu olarak satabilir. Alıcının mirasa dâhil olan malları bilmesine gerek yoktur. Ancak bu malların mülkiyetinin intikali için ayrı ayrı devri gerekmektedir.¹⁷⁵ Çeşit satışlarında mebû'in tavan veya taban olarak tespiti mümkündür. Çeşit borçlarında alıcı istediği malın şeklini, boyutlarını, ölçüsünü, ağırlığını veya başka özelliklerini sonradan bildirerek sözleşmeyi tamamlama hakkı vardır.¹⁷⁶

Edimin belirlenebilir olmasının başka bir sonucu şudur: Semen satış sözleşmesinin yapıldığı sırada miktar olarak belirlenmiş olması şart değildir. Borçlar kanunu md. 207/3'te belirtildiği üzere, durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel kararlaştırılmış bedel hükmündedir. Bu anlamda, taşınmaz satışı dışındaki satışlarda bedelin rayiç bedel olarak belirlenmesi mümkündür.¹⁷⁷

İslâm hukukunda edimin belirlenebilir olması değil, belirlenmiş olması gerekmektedir. Son dönemde yapılan İslâm hukuku çalışmalarında, fıkhi Batı hukukunun kavramları ile ve onun perspektifinden ele alan yaklaşımlara rastlamak mümkündür. Ancak bu yaklaşım, fikhin kendi orijinallliğini yitirmesine ve yapılan karşılaştırmalarda hatalara sebebiyet vermektedir. Mesela bazı çalışmalarda, akdin şartlarında akdin mahallinin *tayin edilmiş* ya da *tayin edilmeye müsait* olma şartı koşulmuştur.¹⁷⁸ İlk bakışta bu ifadeye göre akit

¹⁷⁵ Numan Tekelioğlu, "Mecelle'de ve Türk Borçlar Kanunu'nda Satış Sözleşmesinin Kurulması ve Unsurları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/2 (2017): 510.

¹⁷⁶ Yavuz, *Satış Sözleşmeleri*, 29.

¹⁷⁷ Tekelioğlu, "Mecelle'de ve Türk Borçlar Kanunu'nda Satış Sözleşmesi", 511; Eren, *Özel Hükümler*, 65; Zevkliler/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 37.

¹⁷⁸ وَيَبْدُو مِنْ بَعْضِ النَّصُوصِ أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ أَنْ يَكُونَ الْمَحَلُّ مُعَيَّنًا فِعْلًا بَلْ يَكْفِي أَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلتَّعْيِينِ bk. Abdürrezzâk es-Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak* (Beyrut: Dâru İhyai't-türâsi'l-Arabî, t.y.), 3/62; Mevzûun kâbil-i tayîn olması: Fıkıh kitaplarındaki bazı ifadelerle göre, mevzuda tayin edilmemiş noktalar bulunmasına rağmen, bunlar belli ölçülerle muayyen ve belli hale getirilebilecek durumda ise akit, sahih olmaktadır. Mesela genişleyip daralması, değişmesi

konusunun tayin edilmeye müsait (kâbil-i tayin) olması şartının da İslâm hukuku açısından yeterli olduğu ve bunun fıkıhta da karşılık bulduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Bununla birlikte verilen birkaç sınırlı örnek her ne kadar kâbil-i tayin olma şartına benzerlik gösterse de İsviçre ve Türk borçlar hukukunda kastedilen “malın belirlenebilir olması” özelliğiyle aynı değildir. İslâm hukukuna göre semen veya mebi’nin belirlenebilir değil, belirlenmiş olması gerekmektedir. Bu durum, niza ilkesinin de bir gereğidir. Aksi halde bu hukuk sistemlerinde geçerli bir işlem olan, semenin belirlenmeyip teslim zamanındaki piyasa rayicine göre belirlenmesi üzerine anlaşmanın İslâm hukukuna göre de sahih olması gerekmektedir. Kanaatimizce bu yaklaşım, batı hukukundaki bir kavramı İslam fıkında aramaktan başka bir şey değildir. Hayreddin Karaman’ın da savunduğu bu hususu Senhûrî’nin kitabından aldığı anlaşılmaktadır.¹⁷⁹ Hayreddin Karaman’ın delil olarak verdiği örnekte; genişleyip daralması mümkün olmayan bir kapla, “şunun dolusunca” diyerek yapılan satışta kabın ne kadar alacağını bilinmemesine rağmen akit sahih kabul edilmektedir. Oysaki burada, akit anında tayin edilebilir olmadan bahsedilebilir. Ayrıca böyle bir akdin gayr-ı لازم olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Çünkü böyle bir satışta müşterinin keşf-i hâl muhayyerliği¹⁸⁰ söz konusudur. Müşteri, kapların ne kadar aldığını öğrenmeden akdin hemen geçerlilik kazandığı söylenemez. Müşteri kabın ne kadar aldığına muttali olduğu zaman da satış akdini feshedebilir.¹⁸¹ Yığın buğday satışında da malın miktarı, dolayısıyla semenin miktarına dair cehâlete rağmen akdin sahih olması buna delil olarak gösterilemez.¹⁸² Burada, “Her kaffizi beş lira olmak üzere şu buğday yığımını sana sattım.” gibi birim fiyat söylenerek yapılan satışta, Ebû Hanîfe’ye

mümkün olmayan bir taş gösterilip “şunun ağırlığınca” demek, yahut bir kap gösterip “şunun dolusunca” demek mümkündür. bk. Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 2/174; Ali Bardakoğlu, “Butlân”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1992), 6/476.

¹⁷⁹ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 5/86.

¹⁸⁰ Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler* (Konya: Tekin Kitabevi, 2014), 74.

¹⁸¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 1/215, bk. (Mecelle md. 218); Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, 3/71; Ömer Nasûhi Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kâmusu* (İstanbul: Enes-Sarmaşık, t.y.), 6/32.

¹⁸² Güney, *Garar*, 99.

göre akdin ilk kafiz dışındaki buğday için de geçerli olması için meclis içerisinde müşterinin toplam buğdayın ne kadar olduğunu öğrenmesi ve bundan sonra da malı alıp almama hususunda muhayyer olması söz konusudur. İslâm hukukunda akdin konusunun belirlenebilir olma vasfı yeterli olsaydı şu örneklerin de sahih kabul edilmesi gerekirdi: Satıcı bir şeyi yani etiket fiyatına (rakam), “filancanın satın aldığı fiyata” gibi meçhul fiyatlara satması durumunda, sözleşmeyi yapanlar bu fiyatın ne olduğunu bilmedikçe akit fâsid olmaktadır. Zira bu durum, her ne kadar akdi yapanların dışındaki kişilerin bilgisinin olduğu bir husus ise de akdin sahih olmayışı, sözleşmeyi kuranların bu husustaki bilgisizliğinin nizaya sebep olması ve teslim ve tesellümün gerçekleşmemesidir. Aynı şekilde müşterinin alış fiyatını bilmediği halde, bir malın %10 karla satılması durumunda, müşteri meclis içerisinde fiyatını öğrenip akde rıza göstermedikçe akit sahih kabul edilemez. Yani anlaşmazlığın çıkması halinde bu akit sahih değildir. Tüm bu durumlarda Batı hukuku, semenin *belli* olmasını değil; *belirlenebilir* olmasını dikkate aldığı için işlemi geçerli kabul etmektedir. Oysaki İslam hukuku tarafların rızasına halel getirecek her türlü anlaşmazlığın önüne geçecek tedbirler almıştır.¹⁸³ Burada şunu ifade etmek gerekir ki gerek Senhûrî gerekse Hayreddin Karaman’ın İslâm hukukundaki mahallin kabil-i tayin olmasının yeterli olacağına dair ifadelerin bazı metinlerde yer aldığını belirtmekle, belirlenebilir olma kuralının sınırlı bir alana sahip olduğunu zımnen ifade etmiş olmaktadır.¹⁸⁴ Bununla birlikte İslâm hukukunda mahallin belirlenebilir değil belirlenmiş olması gerektiğine ifade eden İslâm hukukçuları da vardır.¹⁸⁵

Özet olarak ifade etmek gerekirse kanaatimizce İslâm hukuku çalışmalarında mezheplerin üretmiş olduğu fıkıh birikimini sağlıklı bir şekilde ortaya koymanın yolu, öncelikle mezhepler özelinde müstakil çalışmalar yaparak her mezhebin üretmiş olduğu kavramları ve çözüm yollarını özgün bir şekilde

¹⁸³ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, 3/74; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/174.

¹⁸⁴ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, 3/73.

¹⁸⁵ Çeker, *Akitler*, 58; Bir şeyin sözleşmeye konu olabilmesi için “hukuken yararlanılabilir” (mütekavvim), akdin yapıldığı sırada “mevcut” ve “belirlenmiş” olması gerekir. bk. Ahmet Yaman-Halit Çalı, *İslâm Hukuku* (Ankara: Bilay, 2018), 292.

ortaya çıkarmaktır. Aynı şekilde, hukuk sistemlerinin özgünlüğünü ortaya koyma bağlamında, yapılan mukayeselerle Batılı hukuk sistemlerinin gözüyle fıkıh birikimine bakmamak, İslâm hukuku zaviyesinden Batılı hukuk sistemlerini değerlendirmemek gerekmektedir. Bununla birlikte her hukuk sisteminde her ne kadar farklı boyutları ve uygulaması olsa da ortak olan bakış açıları ve müesseseler olabilir.



İKİNCİ BÖLÜM

NİZANIN HÜKÜM DOĞURDUĞU ÖZEL AKİTLER

Akitler, nizanın hüküm doğurması bağlamında üçlü bir tasnife tabi tutulmuştur. Hanefî mezhebine ait olan bu sınıflandırmada, modern dönem İslâm hukuk çalışmalarında yer alan, muâvazalı akitler ve hibe akitleri şeklindeki ayrımın yerine; müsâmahalı ve müzâyakalı akitler şeklinde bir ayrım söz konusudur. Bu şekildeki bir akit sınıflandırmasının altında, niza ilkesi yatmaktadır. Bu bölümde, başta satış akdi olmak üzere akitte anlaşmazlığa sebep olma ihtimali yüksek müzâyakalı ve müsâmahalı akitler ele alınıp fıkıh düşüncesindeki niza tasavvuru ortaya konmaya çalışılacaktır.

I. MÜZÂYAKAYA DAYALI AKİTLER

A. Satış Akdi

Nizanın ortaya çıktığı akitler içerisinde satış akdinin ayrı bir başlık altında incelenmesinin birkaç nedeni vardır. Bunlardan en önemlisi, satış akdinin malî akitlerde titizlikle uyulması gereken kurallara sahip olan ve bu kuralların uygulamasının rahatlıkla gözlemlenebildiği model bir akit olmasıdır. İslâm hukukunda, anlaşmazlık doğduktan sonra onu çözmeyle uğraşmak yerine, başlangıçta anlaşmazlığa sebep olacak sebepleri ortadan kaldırmak esas alındığı için satış akdinin unsurlarının taraflar arasında nizaya sebep olmayacak şekilde belirlenerek kurulması üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur.¹⁸⁶ Satış akdinde nizaya sebep olacak olan hususlar şu iki başlık altında incelenebilir:

¹⁸⁶ Bardakoğlu, “Bey”, 6/17.

1. Akit Konusunun (Mahal) Bilinmemesi

İslâm hukukunda, satış akdinin konusu olan mal, mebî‘ şeklinde isimlendirilmektedir. Mebî‘, parça borçlarının en tipik örneğidir.¹⁸⁷ Bu, kıyemî mallardan oluşabileceği gibi mislî mallardan da oluşabilir. Her iki durumda da malın akdin yapıldığı anda mevcut ve taraflarca da tayin edilmiş olması gerekmektedir.¹⁸⁸ Zira tüm mezheplerde mebî‘in bilinmesi gerekliliği, akdin sıhhat şartıdır. Hanefîler bu yasaklamanın illetini, cehâletin nizaya sevk etmesi olarak belirlemişlerdir. Bu husus, anlaşmazlıkları önlemeye yönelik alınmış bir tedbirdir. Akdin kuruluşu için büyük öneme sahip olan mebî‘in teslim ve tesellüme zarar verecek bir şekilde bilinmemesi, yani buradaki bilinmezliğin anlaşmazlığa sebep olması akdi ifsâd etmektedir.¹⁸⁹

Yapısı gereği, satış akdinin dayandığı iki temel husus mebî‘ ile semendir. Bu bağlamda, bunların arasında doğal bir ilişki vardır. Mesela, satılan mala dair bilgisizlik, semenin de belirsiz oluşunu gerektirmektedir. Buradan Hanefî mezhebinde, semenin de akdin mahalli olduğu gibi bir sonuç akla gelmektedir. Buna karşın, akitte asıl amaç mebî‘e ulaşmak olduğu için akdin mahallinin yalnızca mebî‘ olduğunu belirtmek gerekmektedir.¹⁹⁰ Nitekim Ali Haydar Efendi (ö. 1935) de akdin mahalli ile mebî‘in eş anlamlı olduğunu ifade etmiştir.¹⁹¹ Akdin in‘ikadında mebî‘, akdin sıhhati hususunda ise semen esas alınmaktadır.

¹⁸⁷ “Fıkıh literatürünün ilgili yerlerinde mebî‘ hakkında yapılan hukuki niteleme ve değerlendirmelerin büyük ölçüde modern hukuk incelemelerinde ‘parça borcu’ veya ‘ferden muayyen borç’ diye ifade edilen terim etrafında ortaya konan görüş ve açıklamalara tekabül ettiği görülür. Modern hukukta ‘cins borcu’ veya ‘nev‘an muayyen borç’ terimi etrafında geliştirilen teorik incelemelerin ise fıkıh eserlerinde semen akdinde ‘müslemün fih’ başlığı altında yapıldığı söylenebilir.” bk. Aybakan, “Mebî‘”, 28/213.

¹⁸⁸ Bilal Aybakan, *İslâm Hukukunda Borçların İfası* (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996), 45.

¹⁸⁹ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü’l-Burhânî*, 6/363.

¹⁹⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/147, 148.

¹⁹¹ “Mahall-i bey‘ mebî‘den ibarettir. (Yani mahall-i bey‘ ile mebî‘, elfâz-ı müterâdîfedendir. Manâ ve mâ-sadıkları birdir. Bey‘de semen dahi mevcut ve binaenaleyh bunun da mahall-i bey‘ olması hatıra gelir ise de bey‘de maksûd-u aslî mebî‘ olmakla nefsü’l-emirde mahall-i bey‘ ancak mebî‘dir.”), bk. (Mecelle md. 150), “Zira bey‘den maksût, asl-ı mebî‘dir.” bk. (Mecelle md. 211.) Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/148, 207; Semîr Abdünnûr Câbullâh, *Devâbitü’s-semen ve tatbikatühü fî ‘akdi’l-bey‘* (Riyad: Dâru Küzüi İsbiliya, 1426), 45.

Çünkü insanların asıl faydalanmak istedikleri şey maldır. Semen bir amaç değil, mala ulaşmak için bir araçtır. Bundan dolayı, semenin zimmette borç olarak sabit kalması caizdir. Ayrıca mütekavvim bir mal ile gayr-ı mütekavvim olan bir malın satılması, yani trampa edilmesi durumunda mütekavvim olan mal için satış işlemi fâsid, gayr-ı mütekavvim olan mal için bâtil kabul edilmektedir. Bundan dolayı satış akdinde malın mevcut olmaması akdi bâtil hale getirirken mebî'in bilinmemesi akdi fesâda uğratmaktadır. Ayrıca semenin akit anında var olmaması ya da konuşulmaması da akdi fâsit hale getirmektedir. Dolayısıyla satış akdinde asıl amaç mebî'e ulaşmaktır. Bu husus Mecelle'de şu şekilde kanunlaştırılmıştır: *"Zikr-i semenden sükût olunur ise bey fâsid olmaktadır, yoksa bâtil olmaz."*¹⁹²

Mebî'in bilinmezlik barındırdığı durumlara genel itibarıyla; hangisi olduğu belirtilmeden sürüden bir koyunun satılması, muhayyerlik şartı olmadan iki ya da üç şeyden birinin satın alınması, bir malın sürüden herhangi bir koyun verilmesi şartıyla satın alınması şeklindedir. Bu örneklerde akit, mebî' ve semenin bilinmezliğinden dolayı fâsid olmaktadır.¹⁹³

Akdin konusuna dair belirsizlikler kendi alt türleri içerisinde şu şekilde sınıflandırılabilir:

a. Akit Konusunun Zâtının Tayin Edilmemiş Olması

Satılan malın hangisi olduğunun bilinmemesi durumu, mebî'e dair bilinmezliklerin başında gelmektedir. Bu durum, Arap dünyasında son dönemde kaleme alınan çalışmalarda, *el-cehl bi zâti'l-mahâl* veya *cehâletü'l-'ayn* gibi kavramlarla ifade edilmektedir.

Satış akitlerinde mebî'in zatına dair bilinmezliklerin sebep olduğu anlaşmazlıklar, mebî'in kıyemî oluşundan kaynaklanmaktadır. Bu husustan çıkan anlaşmazlıklar, maddeler halinde şöyle sıralanabilir:

¹⁹² Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/235.

¹⁹³ Muhammed b. Ahmed Alâuddîn es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-fukaha* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1414), 2/45.

a-) Kıyemî Mallar İçerisinde Hangisi Olduğu Belli Olmayan Bir Tanesinin Satışı:

Kıyemî bir malın cinsi veya nev'î bilinip akde konu olan biriminin bilinmemesi, akit konusunun zâtına dair belirsizliklerden kaynaklanan anlaşmazlık çeşididir. Böyle bir anlaşmazlık durumunda, satış akdinden amaçlanan sonuç ortaya çıkmamaktadır. Mesela hangisi olduğu belirtilmeden farklı evsaftaki elbiselerden¹⁹⁴ bir tanesinin yahut vitrindeki herhangi bir elbisenin veya karpuz yığını arasından herhangi bir tanesinin,¹⁹⁵ bir top kumaştan bir zirâsının, iki elbiseden bir tanesinin veya üç köleden bir tanesinin satılması durumunda akit, mebî'in zâtına dair bilinmezlikten dolayı fâsid olmaktadır. Çünkü böyle bir durumda, kumaş parçaları arasında fâhiş derecede farklılıklar vardır. Bu da müşterinin bunlardan birini almak isterken satıcının farklı birini vermek istemesine ve taraflar arasında anlaşmazlık çıkacağı için akdin tamamlanamayıp fesâda uğramasına sebep olmaktadır.¹⁹⁶ Bununla birlikte akit meclisinde satıcının satışa konu olması hasebiyle mallardan bir tanesini belirleyip müşteriye teslim etmesi durumunda müşteri bu duruma rıza gösterirse akit sahihtir. Zira rızanın varlığı, nizanın önüne geçmektedir. Bu durumda rıza ile akit, yeni baştan kurulmuş gibi kabul edilmektedir (ibtidâen bey' bi'l-murâdât).¹⁹⁷ Aynı şekilde elbise örneğinde, satıcının "Dilediğini alman şartıyla iki elbiseden birini 10 kuruşa sattım." demesi durumunda da anlaşmazlık çıkmayacağı için akit sahih kabul edilmiştir.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 5/66; Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Ali b. Ebî Bekr el-Merginânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyetü'l-mübtedi*, thk. Muhammed Adnan Derviş (Beyrut: Dârü'l-Erkâm, t.y.), 2/25; Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/208.

¹⁹⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/208; *Garar*, 167.

¹⁹⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/208; Darîr, *el-Garar*, 178.

¹⁹⁷ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/598, 599; Sayfî, *el-Cehâle*, 143.

¹⁹⁸ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/24.

b-) Kıyemî Malların Toplu Satışında Malın Bir Biriminin Fiyatındaki Belirsizlik:

Bir çuval içerisindeki kıyemî mal sınıfına giren, on adet eliş çorabın satılması örneğinde, çorapların eksik ya da fazla gelmesi durumunda akit fâsiddir. Çünkü malın anlaşılan miktardan fazla gelmesi durumunda satıcıya hangi çorabın iade edilmesi gerektiği, yani mebî'in zâtına dair bir cehâlet söz konusu olmaktadır. Bu durum, kalanın da meçhul olmasına ve taraflar arasında anlaşmazlığın çıkmasına sebep olmaktadır. Eksik gelmesi durumunda da eksik olanın fiyatı belli olmadığı için toplam semenden payının düşürülmesi mümkün olmayacaktır. Ancak satılan her bir çorabın fiyatının belli olması halinde malın az veya çok gelmesi durumunda da akit sahih olacaktır.¹⁹⁹

c-) Kıyemî Bir Malın Belirtilmeyen Bir Parçasının Satışa Konu Edilmesi:

Bir evin belli olmayan bir hissesini satmak gibi kıyemî olan bir malın belirtilmeyen bir bölümünü satmak fâsiddir. Zira burada akdin mahalli, nizaya sebep olacak derecede bilinmezlik içermektedir.²⁰⁰ Aynı şekilde, bir evin on zirâsını satışa konu etmek, Ebû Hanîfe'ye göre akdi ifsâd etmektedir. Çünkü zirâ ifadesi belli bir uzunluğu ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu uzunluğun kıyemî bir mal olan evin önünden mi, arkasından mı veya yanından mı olduğu bilinmediği zaman satışa konu olan malın hangisi olduğu hususunda taraflar arasında anlaşmazlık çıkabilir. İmâmeyn'e göre evin toplamda kaç zirâ olduğu biliniyorsa akit sahihtir. Onlara göre evin yüzdelik olarak satılması ile hisseli olarak satılması aynı olduğu için akit sahih kabul edilmiştir. Çünkü böyle bir durumda, "on zirâ" ifadesinden evin müşâ', yani oranlı bir hissesi, yani 40 Ziralık bir evin ¼'ü kastedilmiş olmaktadır. Burhâneddîn el-Buhârî bu delile Ebû Hanîfe'nin bakış açısından yaklaşarak şöyle bir cevap vermiştir: Evin on zirâsından bir zirâsı ile yüz zirâsından bir zirâsı aynı iken evin on sehminden bir sehmi ile yüz sehminden bir sehmi aynı şeyi ifade etmemektedir. Görüldüğü gibi

¹⁹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/2; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/25; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/8; Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/13.

²⁰⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 30/176; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/26.

burada ayrışma noktası, ölçü ifadesinin yüzdelik olarak ifade edilip edilmemesi etrafında dönmektedir. Hassâf'a göre (ö. 261/875) Ebû Hanîfe'nin akdi fâsîd kabul etme gerekçesi, yığından buğday satışında mebî'in toplam miktarının bilinmemesinde olduğu gibi burada da toplam yüzölçümünün bilinmemesidir. Toplam yüzölçümünün bilinmesi durumunda akit sahihe dönüşmektedir. Fakat pek çok İslâm hukukçusu bu yorumun yerinde olmadığını ifade ederek Ebû Hanîfe'ye göre evin toplam kaç zirâ olduğu bilinse de akdin sahih olmayacağını belirtmişlerdir. Zira burada anlaşmazlığa sebep olan husus, evin hangi bölümünden on pay verileceğidir. Çünkü kıyemî bir mal olduğu için evin her bölümünün fiyatı farklıdır.²⁰¹ Evin hissesinin *sehm*, (pay) olarak verilmesi durumunda buradaki bilinmezlik anlaşmazlığa sebep olmayacağı için akit sahihtir. Çünkü bu şekilde evin yüzdelik, (müşa' olarak) satışı söz konusudur.²⁰²

d-) Birimleri Arasında Farklılıklar Olan Mallarda Parçanın Bütünden İstisna Edilerek Satışı:

Tek olarak satışı sahih olmayan adedî mütefâvit bir malın parçasının kendisinden istisna edilerek satışı durumunda, mebî'in zatındaki bilinmezlik anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Mesela, "Evin bir zirâsını sattım." şeklindeki satış sahih olmadığı gibi "Evi, bir zirâsı hariç sattım." demek de sahih değildir. Çünkü evin bölümleri arasında fiyata etki edecek derecede farklılıklar bulunmaktadır. Aynı şekilde, yığından bir kafiz arpa satışı gibi, bir şeye tâbi olarak ve tek başına satılması sahih olan şeyin belli bir miktarı veya oranı hariç tutularak satılması durumunda, nizaya sebep olacak bir belirsizlik bulunmadığı için akit sahihtir.²⁰³ Buna karşın, istisna edilen kısmın belli olması halinde akit sahih olmaktadır. Mesela bahçeli bir evin satışında, evin bahçesindeki ağaçların istisna edilmesi akdin sıhhatine zarar vermemektedir. Çünkü bu şekilde, satıştan istisna edilen mallar belli olduğu için taraflar arasında akdin mahalline dair bir anlaşmazlık

²⁰¹ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/26; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/370; Ebû Muhammed Bedruddîn Mahmûd b. Ahmed Aynî, *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, thk. Eymen Salih Şa'bân (y.y., Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1420), 8/27.

²⁰² Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/13.

²⁰³ Mv. F., "Sünya", 9/204, 205.

çıkılmamaktadır. Aynı şekilde, bir koyun sürüsünün belirtilen on tanesi hariç tutularak kalanının belli bir fiyata satılması sahihtir. Çünkü bu örneklerde, istisna edilen kısım belli olduğu için akdin mahallinde nizaya sebep olabilecek bir belirsizlik kalmamıştır.

Cehâlet söz konusu olması rağmen mebî'in zâtındaki belirsizliğin nizaya varmasına engel olan bazı hususlar şu şekildedir:

a-) Örf:

Peyderpey ortaya çıkan; lahana, enginar ve bazı çiçek türlerinin satışında²⁰⁴ akdin mahallinin zâtına dair bir cehâlet olması, hatta akdin bir kısmının mevcut olmamasına rağmen bu husustaki örfе dayanılarak akit istihsânen sahih kabul edilmiştir. Burada, belirmiş ve mevcut hale gelmiş sebze dikkate alınarak henüz belirmemiş ve ma'dûm olanın da satışı sahih kabul edilmiştir. Zira bir şeyin kendisinin sahih olmayıp başka bir şeye bağlı olarak sahih kabul edilebilmesi bir fıkıh kuralıdır.²⁰⁵ Ortaya çıkmış, fakat tamamen olgunlaşmamış meyvelerin satışında da akdin mahallinin zâtına dair cehâlet mevzu bahis olmasına rağmen yukarıdaki satışta olduğu gibi akit istihsânen sahih kabul edilmiştir. Zira satılan bir malın satıldığı anda fayda sağlaması şart değildir.²⁰⁶ Bu şekilde bir satış, örf haline gelmiş olmakta, dolayısıyla insanlar böyle bir işlemten kaynaklı olarak nizaya düşmemektedirler. Buna karşın Zeylâî (ö. 762/1360), meydana çıkmış ürünlerin henüz meydana çıkmamış ürünlerden fazla olması durumunda, insanların bu satışı örf haline getirmiş olmalarına ve hepsinin olgunlaşmadan satılmasındaki zarurete binaen akdi istihsânen sahih görmüştür.²⁰⁷

b. Muhayyerlik Hakkı Tanıma:

Mebî'in zatına dair belirsizliğe rağmen anlaşmazlığın çıkmasına mani olan ilkelere bir diğeri de tayin muhayyerliğidir. Satılan ürünlerdeki gabnin önüne

²⁰⁴ Bunlara, efrâd-ı mütelâhiku'z-zuhûr denir.

²⁰⁵ “Bizzât tecviz olunmayan bir şey bi't-teb' tecviz olunabilir.” bk. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/204, bk. (Mecelle md. 197, 207).

²⁰⁶ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/204, bk. (Mecelle md. 197, 206).

²⁰⁷ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/12.

geçmeye olan ihtiyaca binaen akitteki belirsizliğe rağmen, üç eşyayla sınırlı olmak kaydıyla²⁰⁸ müşteriye tayin muhayyerliği verilerek akit istihsânen sahih kabul edilmektedir.²⁰⁹

b. Akit Konusunun Cinsinin Bilinmemesi

Akde konu olan malın cinsinin bilinmemesi, satış akdinde nizaya sebep olan başlıca bilinmezlik türlerinden biridir. Zira akdin konusunun cinsine dair bilgisizlik; onun zâtının, vasfının ve miktarının da bilinmemesini gerektirmektedir. Cins bilinmezliğine; cinsi belirtilmeksizin bir elbisenin kolu (yen) içindeki, avuç veya kapalı bir kutu içindeki, örtü altında veya depodaki bir malın satışı ve “Sana bir şeyi 10 liraya sattım.” ya da “Sana bir mal sattım.” gibi satışlar örnek verilebilir.²¹⁰ Bu misallerde görüleceği üzere, söz konusu alışverişlerde satılan malın ya da elbisenin cinsi belirtilmemiştir. Cins bilinmezliği aşırı derecede cehâlet barındırdığı, cehâlet de Hz. Peygamber tarafından yasaklandığı²¹¹ için akit fâsid olmaktadır. Bunun için İslam hukukçuları, malın cinsinin bilinmesini satış akdinin sıhhat şartı olarak belirlemişlerdir.²¹²

Hanefî mezhebinde de net olmayan bir görüş dışında, cinsi bilinmeyen bir malın satışı sahih değildir. *Mebûsû*, *Tenvîrû'l-ebîsâr* gibi kitaplarda, görülmeyen malların satışının sahih olduğu, çünkü müşterinin muhayyerlik hakkının olduğu belirtilmiştir. Bunun için de mebû'e veya yerine işaret edilmesinin şart olduğu ifade edilmiştir.²¹³ Bazı Hanefî âlimler, Serahsî'nin mebû'e veya yerine işaret edilmekle akdin sahih hale geleceği şeklindeki ifadesinin genel anlam ifade etmesinden dolayı mebû'in cinsinin bilinmemesi durumunda da akdin sahih olacağı yönünde bir mana çıkarmışlardır. Bazıları ise mebû'in cinsinin

²⁰⁸ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 6/599; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/314, 315.

²⁰⁹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 6/599.

²¹⁰ Buhârî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/163.

²¹¹ Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs el-Karâfî, *Envârü'l-burûk fî envâ'i'l-furûk* (Beyrut: Dârü'l-kütübü'l-ilmiyye, 1418), 3/432; Nevevî, *el-Mecmû*, 9/288; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/593.

²¹² Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs el-Karâfî, *Envârü'l-burûk fî envâ'i'l-furûk* (Beyrut: Dârü'l-kütübü'l-ilmiyye, 1418), 3/432; Nevevî, *el-Mecmû*, 9/288; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/593.

²¹³ Serahsî, *el-Mebûsû*, 15/414; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/593.

bilinmemesinden dolayı akdin hiçbir şekilde sahih olamayacağından hareketle, Serahsî'nin böyle bir görüşü öne süreceğine ihtimal vermemişlerdir. İbnü'l-Hümâm, Serahsî'nin bu sözünün genel anlam ifade etmesinden dolayı, yerine veya kendisine işaret edilip müşteriye görme muhayyerliği sunularak cinsi bilinmeyen bir malın satışının sahih hale geleceği gibi bir sonuç çıkarmanın yanlış olacağını belirtmiştir.²¹⁴

Tür (nev') bilinmezliği, fıkıh kitaplarında çok geçmemekle birlikte genelde cins ve vasıf bilinmezliği altında ele alınmıştır. Bu bağlamda nev' bilinmezliğine dair örneklerle kısaca temas etmek gerekir. Hanefî mezhebinde akdin konusunun çeşidine dair akdi ifsâd eden bilinmezliğe, karkas etten²¹⁵ yeri belirtilmeden yapılan et satışı örnek gösterilebilir. Müşterinin hayvanın hangi bölgesinden olduğunu belirtmeden “Şu hayvandan bana 2 kilo et ver.” ya da “Bana 5 kilo koyun eti ver.” demesi, nev' bilinmezliğine örnektir. Çünkü etin çeşidi, vücutta bulunduğu yere, yağ-kemik oranına ve tadına göre değişmektedir. Bunlar da fiyatı etkileyeceği için bu hususlardaki belirsizliklerden dolayı anlaşmazlığın çıkması muhtemeldir.²¹⁶ Diğer taraftan müşterinin “Bana hayvanın kaburgasından ya da bacağından 3 kilo ver.” demesi örneğinde, akit İmâmeyn'e göre sahih, Ebû Hanîfe'ye göre ise fâsiddir. İmâmeyn burada, etin bölgesi belirtildikten sonra o bölge içindeki etin farklı olmasını bir anlaşmazlık sebebi saymamıştır.²¹⁷ Yani bir hayvanın bacağının eti az çok aynı lezzet ve fiyattadır. Burada, Ebû Hanîfe'nin genel olarak hayvanın bir bölgesinin söylenmesi ile nizanın önüne geçilemeyeceğinden hareket ettiği anlaşılmaktadır. Zira hayvanın

²¹⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/137; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/529.

²¹⁵ Karkas; kasaplık hayvanların tekniğine uygun olarak kesildikten sonra, kanının akıtılması, derisinin yüzülmesi, iç organlarının boşaltılması, böbrek ve kavram yağlarının çıkartılması ve baş ve ayaklarından ayrılmasından sonra elde edilen gövdesini ifade etmektedir.

²¹⁶ Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/56.

²¹⁷ Darîr, *el-Garar*, 20.

etinin yağlı olup olmaması ile etteki kemik oranı, yukarıdaki beyan ile yeterli derecede belirli hale gelmemektedir.²¹⁸

c. Akit Konusunun Miktarının Bilinmemesi

Satış akdinde, akdin her iki tarafı için de ivazın (mebî‘ ve semen) miktarının bilinmesi şarttır. Çünkü teslim ve tesellüm, akdin gereği (vacibi) ve zorunlu sonucudur. Aksi takdirde bilinmezlikler nizaya sebep olmakta ve neticede teslim ve tesellüm gerçekleşmemektedir. Bundan dolayı, mahallin miktarına dair bilinmezliklerin akdin sıhhatine engel olduğu kabul edilmektedir.²¹⁹

Akdin mahallinin miktarındaki bilinmezliğe dair bazı işlemler şu şekildedir:

a-) Miktarı Belli Olmayan Bir Malın Miktarı Belli Olan Bir Mal Karşılığında Satışı:

Yüz kafîz gümüş cevherinin, belli gram altın ya da başka bir mal karşılığında satılması durumunda akit fâsid olmaktadır. Çünkü toprak ile karışık olan gümüş cevherin yüz kafîz miktarı karşılığında satışı, nizaya sebep olacak şekilde cehâlet ve faiz içermektedir. Zira yüz kafîz cevher içerisinde 2 ya da 3 gr. gümüş çıkma ihtimali vardır. Buna karşın, yüz kafiz buğday karşılığında bir mal satılması durumunda, buğday kafîzlerindeki ürün miktarı nizaya sebep olacak derecede farklılık göstermeyeceği ve niza çıkmayacağı için akit sahih kabul edilmiştir.²²⁰

b-) Ölçü Biriminin Hacminin Belirsiz Oluşunun Malın Miktarında Belirsizliğe Sebep Olması:

Satış akdinde, malın ölçü biriminin bir taş ve piyasada yaygın olarak kullanılmayan bir kap olması durumunda, anlaşmazlığın çıkmaması için bunların demir ve tahta gibi ölçüsü değişkenlik göstermeyen bir nesne olması

²¹⁸ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî'*, 7/138, 139; Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/113; Ebü'l-Abbas Şehâbeddin Ahmed b. Muhammed Şelebî, *Hâşiye 'ale't-Tebyîni'l-hakâik* (Dârü'l-Ma'rife, t.y.), 4/113.

²¹⁹ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/82.

²²⁰ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî'*, 7/89.

gerekmektedir. Aksi durumda, mebû'in miktarında bir belirsizlik oluşmaktadır. Ölçü birimi olan şeyin hacmi; kırba, poşet ve çuval gibi içine konulan şeye göre değişiklik gösteriyorsa bu takdirde akit fâsid olmaktadır. Zira müşteri çuvalın iyice açılmadığını ve içine daha az ürün konulduğunu, buna karşın satıcı da tam tersini iddia edip taraflar arasında anlaşmazlık çıkabilmektedir.

Ölçü biriminin hacminin belirsiz oluşundan dolayı her ne kadar anlaşmazlık çıksa da bu hususta bir örfün var oluşu, muhtemel anlaşmazlığın önüne geçmektedir. Mesela, eski zamanlarda kullanılan kırbalarda su satışında, kırbanın hacmi, durumdan duruma değişmektedir. Bununla birlikte, insanların bu şekildeki uygulamaları, nizanın çıkmasına engel olarak akit istihsânen sahih kabul edilmiştir.²²¹ Burada anlaşmazlıkların önüne geçmede örfün kıyasa üstün gelerek belirleyici olması söz konusudur.

Malın miktarına dair belirsizlik söz konusu olmasına rağmen akitte anlaşmazlığın çıkmasına engel olan bazı ilkeler şunlardır:

a-) Malı Görmek:

İslam Hukukunda cüzâfen satış, bir malı ölçüp tartmadan görerek fazlasıyla satın almaktır. Zira جَزَفَ لَهُ بِالْكَيْلِ ifadesi “Fazlasıyla verdi.”, yani bu hususta eli geniş davrandı manasına gelmektedir.²²² Hanefî fıkında, ribevî malların kendi cinsleri içerisinde satışı istisna olmak üzere, görülüp müşahade edilen malların götürü usulü şeklindeki satışı sahih kabul edilmiştir. Burada teslim, hemen gerçekleşeceği için mahallin miktarına dair bilinmezliğin teslim ve tesellüme engel olması gibi bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle, taraflar arasında bir anlaşmazlık çıkmamaktadır.²²³ Özet olarak Hanefîler’in miktara dair bilinmezliğin akdın sıhhatine zarar vermemesini, teslim ve tesellümün zarar görmemesiyle bunu da niza ilkesiyle temellendirdikleri görülmektedir.

²²¹ Ebû Bekir b. Ali Haddâd, *el-Cevheretü'n-neyyire* (Matbaâtü'l-Hayriyye, 1322), 1/186; Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/215, bk. (Mecelle md. 218).

²²² İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/86.

²²³ Aynî, *el-Binâye*, 8/19; Hüsrev Mehmed Efendi Molla Hüsrev, *Dürrerü'l-hükkâm fî şerhi Gureri'l-ahkâm*, 1300'den ofset bs. (İstanbul: Matbaa-i Âmiriyye, 1978), 2/145; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/86; Ebü'l-Hasenât Abdülhay b. Muhammed Leknevî, *Şerhu'l-Hidâye* (Pakistan: Dâru İdâreti'l-Kur'ân, 1417), 5/11.

b-) Mala İşaret Etmek:

Kural olarak mala işaret etmek, maldaki belirsizlikten dolayı anlaşmazlığın çıkmasına engel olan bir husustur. Zira müşterinin gördüğü bir maldaki belirsizlik asgari düzeydedir. Kendisine işaret edilmesi durumu hariç, bir akitte mebî'in bilinmemesi tarafları anlaşmazlığa sürükleyeceği için akdi fesâda uğratmaktadır. Bununla birlikte, kendisine işaret edilen mebî' ya da semenin miktarının bilinmemesi teslim ve tesellüme mani olmadığı için anlaşmazlığa sebep olmamakta, dolayısıyla akit sıhhatini korumaktadır.²²⁴

İşaretin nizaya engel oluşuna dair şöyle bir örnek vermek mümkündür: Bir satıcının “Şu, 10 kilodan²²⁵ az olan buğdayı sana satıyorum.” diyerek satması durumunda müşteri, anlaşmadaki gibi 10 kg'dan daha az bir buğday aldığını görürse akit sahihtir. Zira ma'kûdun aleyhteki belirsizlik, işaretle giderilmiş, akit anında zikredilen şart da yerine getirilmiştir. Bununla birlikte, buğdayın 10 kg veya daha fazla çıkması durumunda akit fâsid olmaktadır. Zira anlaşma, satın alınmış olan buğdayın bir kısmını kapsamaktadır. O da akit anında konuşulan ve 10 kg'dan az olan buğday miktarıdır. Bu durumda müşteri, anlaşmanın yapıldığı 10 kg'dan fazla olan buğdayın fiyatını tam olarak tespit edemeyeceği için bu durum taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olacaktır. Aynı şekilde, belli miktarda buğdayın 10 kg'dan fazla gelmesi şartıyla satılması durumunda, toplam buğday 10 kg'dan biraz fazla gelirse akit sahihtir. Az gelmesi durumunda ise az gelen buğday miktarının fiyatını tespit noktasına anlaşmazlık çıkacağı için akit fâsid olacaktır.²²⁶

²²⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/82.

²²⁵ Kür, Iraklılarca kullanılan bir ölçü birimidir. Hanefiler'e göre bunun karşılığı 2.348 kg'dır. Metinde *Kür* ifadesi kullanılmakla birlikte güncel olması açısından bu ifade yerine örnekte kilo gram (kg) kullanılmıştır. bk. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2010), 322.

²²⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 26/12; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, 2/149; Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/13.

d. Akit Konusunun Vasfının Bilinmemesi

Mebî'in vasfının bilinmemesi, ya mebî'in akit meclisinde bulunmaması ya da akit meclisinde bulunup müşterinin onu görme imkânının olmaması durumlarında söz konusu olmaktadır.²²⁷ Buna göre, bir satış akdinde satılan şeyin niteliğinin bilinmemesi halinde, müşteri iyi cins malı almak isterken satıcı kalitesiz olanı vermek isteyecektir. Bu durumda, taraflar arasında anlaşmazlık çıkacak ve akdin hukukî amacı gerçekleşmeyecektir. Mesela, markası ve özellikleri belirtilmeden bir fotoğraf makinesi ya da bir telefonun satılması durumunda, mebî'in vasfının bilinmemesinden kaynaklanan bir anlaşmazlık çıkacaktır.²²⁸

Mebî'in vasfının bilinmemesinin diğer bir örneği de şudur: Adediyyât-ı mütekâribe sınıfına dâhil olan mallar, bir malın belli bir kısmını görmesi, kalanında anlaşmazlığın çıkmasına engel olduğu için müşterinin muhayyerlik hakkını kaldırırken adediyyât-ı mütefâvite mallardan belli bir kısmını görmesi müşterinin muhayyerlik hakkını saklı tutmaktadır. Zira müşteri görmediği kısımdaki ürünün vasfını bilmediği için bu duruma razı olmayabilir.²²⁹ Bu minvalde, bir müşteri adediyyât-ı mütefâvite ürün sınıfına giren karpuz veya nardan belli sayıda satın alsa daha sonra toplam karpuz miktarının kendisine söylendiğinden daha çok olduğunu anlasa akit fâsid olmaktadır. Bu noktada, nizanın önüne geçmek için iki seçenek söz konusudur: Birincisi, müşteri konuşulan fiyat üzerinden mevcut duruma razı olacaktır. Çünkü rıza, insanlar arasında anlaşmazlıkların olmadığı en büyük alametidir. İkincisi ise anlaşılan miktardan fazla gelen kısım, akdin konusu dışında tutularak akdin mahalli ilk konuşulduğu şekline dönüştürülecektir. Böyle bir durumda da söz konusu akit, teâtî yoluyla kurulmuş yeni bir akit haline gelmiş olmaktadır. Çünkü müşteri, malı zikredilen sayı içerisinde seçtiği için akdin sulbünde cehâlet söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, karpuzların bir kısmına muttali olamamıştır. Yani mahalden ayrı tutulan kısım üzerine akit teâtî üzerine kurulmuş gibi olacaktır. Zira

²²⁷ Güney, *Garar*, 164.

²²⁸ Mûsa, *el-Emvâl*, 287.

²²⁹ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 2/86.

akde konu olan mallar, birimleri arasında ciddi farklılıklar olan mallardan olduğu için üzerinde anlaşma sağlanan miktardan fazla gelen kısmın fiyatını belirleme hususunda taraflar arasında niza çıkmaktadır. Çünkü fazla gelen ürünün kaliteli olması durumunda, satıcı bu malı vermek istemezken kötü olması durumunda da müşteri almak istemeyecektir. Bundan dolayı, fazla olan ürünün iadesi durumunda akdin tarafları arasında anlaşmazlık çıkacaktır. Çünkü hangi ürünün satış dışı olduğu tayin edilemediği için mebî'in kalanı da meçhul kabul edilmektedir.²³⁰

Bazı Hanefî hukukçuları, mebî'in vasfının zikredilmesini satış akdinin sıhhat şartı saymamaktadır. Örneğin Haskefi'nin ifadelerinden²³¹ onun mebî'in vasfının bilinmesini, akdin sıhhati için şart koşmadığı yönünde bir anlam çıkmaktadır. Şürübülâlî (ö.1069/1659) de olaya niza ilkesinden hareketle yaklaşarak cinsi bilinip miktarı ve vasfı bilinmeyen mahallin kendisine veya bulunduğu yere işaret edilsin yahut edilmesin satışının sahih olacağını ifade etmiştir. Zira kendisine işaret edilen mal, işaretle belirli hale gelmiştir. İşaret edilmeyen maldaki bilinmezliğin sebep olacağı anlaşmazlık, müşteriye görme muhayyerliği hakkı verilerek işlevsiz hale getirilmiştir.²³² Zira vasfı ve miktarı bilinmeyen bir mal, nizaya sebep olmamaktadır. Çünkü müşterinin malı beğenmemesi durumunda iade edebilme hakkı vardır. Müellif delil olarak miktarı ve vasfı bilinmemekle birlikte sahih kabul edilen; bir evdeki ya da bir sandıktakilerin tamamının satılması, avucun içinde gizli olan bir malın satılması, arsanın yalnızca sınırlarının söylenerek satılması, bir malı gasp eden ya da emanet alan kişinin ikrarda bulunduktan sonra malı sahibinden satın alması gibi işlemleri göstermiştir.²³³ İbn Âbidîn'in aktardığına göre²³⁴ Kâsânî de mebî' ve semende vasfın bilinir olmasını şart koşmamıştır. Zira ona göre, akdin konusunun zâtının bilinip vasfının bilinmemesi müşteriye görme muhayyerliği hakkı verdiği için bu

²³⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/2; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/226.

²³¹ وشُرْطُ لَصَحَّتِهِ مَعْرِفَةُ قَدْرِ مَبِيعٍ وَصَفِ ثَمَنِ bk. İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/529.

²³² Ebü'l-İhlâs Hasen b. Ammâr Şürübülâlî, *Nefîsü'l-metcer bi şirâi'd-dürrer*, (Süleymaniye Ktp., Esad Efendi, no. 001027), 344b.

²³³ Şürübülâlî, *Nefîsü'l-metcer*, 337a, 338b; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/529, 530.

²³⁴ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/530.

durum akdin sıhhatine değil, bağlayıcılığına (lüzûm) halel getirmektedir. İbnü'l-Hümâm ise vasfın bilinmesinin semende olduğu gibi mebî' de de şart olduğunu ileri sürmüştür.²³⁵ İbn Nüceym, bu iki görüşü tevil ederek Kâsânî'nin görüşünün kendisine ya da bulunduğu yere işaret edilen malla ilgili olduğunu, İbnü'l-Hümâm'ın görüşünün ise bu özelliklere sahip olmayan mallarla alakalı olduğunu belirtmiştir.²³⁶ Bununla birlikte Siracüddîn İbn Nüceym,²³⁷ Zeynüddîn İbn Nüceym'in yorumunun ciddi bir yanılğı olduğunu ifade etmiştir. Zira İbn Âbidîn'in de belirttiği üzere, mebî' ve semenin miktarının bilinmesi gerektiği hususunda ittifak vardır. İhtilaf, mebî' ve semenin vasfının yani nev'inin bilinmesinin şart olup olmadığı noktasındadır. İbnü'l-Hümâm'ın, vasfın bilinmesi gerektiğini ifade ettiği husus, mutlak semen konusudur. İbnü'l-Hümâm, semen olsun mebî' olsun, teslimi hemen gerçekleştiği ve halel görmediği için kendisine işaret edilen ivazların miktar ve vasfının bilinmesinin şart olmadığını ifade etmiştir.²³⁸ Gerek İbnü'l-Hümâm'ın gerekse Kâsânî ve Haskefî'nin ifadelerine bakıldığı zaman, İbn Âbidîn'in aktardığının aksine, bu fıkıh âlimlerinin aynı görüşte oldukları izlenimi oluşmaktadır. Çünkü Kâsânî'ye göre, mebî' ve semenin vasfının bilinmesinin şart olmaması, mebî' ve semenin aslının bilinmesinden sonra söz konusu olmaktadır. Ayrıca ona göre, mebî'in aslı ortada ise mâlum olması için mutlaka kendisine işaret edilerek belirtilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan Kâsânî, Hz. Peygamber'in görülmeden satılan bir malın görüldüğü vakit müşteriye muhayyerlik hakkı vereceği şeklindeki²³⁹ hadisine dayanarak muhayyerliğin ancak sahih ve meşrû bir akitte söz konusu olacağından hareketle görülmeden yapılan bir satış akdinin de sahih olduğu sonucuna varmıştır.²⁴⁰

²³⁵ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/83.

²³⁶ Zeynüddîn b. İbrâhîm İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik* (Beyrut: Dârü'l-Kitâbi'l-İslâmî, t.y.), 5/298.

²³⁷ Kenzü'd-dekâik şerhlerinden olan bu kitabın müellifi İbn Nüceym'in kardeşi olan Ömer b. İbrâhîm b. Nüceym'dir (ö. 1005/1596).

²³⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/82, 83; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-fâik*, 3/343.

²³⁹ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا مَا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ bk. Ebû Bekir İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, nşr. Muhammed Avvâme (Cidde: Dârü'l-kible, 1427), 10/488.

²⁴⁰ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâi'*, 6/618, 619.

Buradan, akitte mebî'in aslının bilindiği ama vasıflarla ilgili bir bilgi eksikliği olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim İbn Abidîn de Haskefî'nin "İşaretle cehâletin giderilmesi, satış akdinin aslının sahih olması için şarttır. Ta ki satışın akabinde muhayyerlik hakkı doğsun.", "Kişinin görmediği bir malı satın aldığı akit sahihtir. Malın kendisine yahut bulunduğu yere işaret etmesi satış akdinin geçerli olmasının şartıdır." şeklindeki görüşlerini naklederek işaretsiz akdi sahih kabul edenlerin de var olduğunu kabul etmiş, fakat onların işaret etmeden cehâletin önlendiği durumlar için bu ifadeleri kullandığı yorumunu yapmıştır. Yani, işaret vasıtasıyla fâhiş cehâletin giderilmesi, satış akdinin aslının sahih olması için mutlaka şarttır. Bu durumda, akdin aslı sahih olduktan sonra akitte görme muhayyerliği hakkı sabit olacak ve geride kalan küçük belirsizlikler de giderilecektir.²⁴¹ İbnü'l-Hümâm da Kâsânî ile aynı doğrultuda görüş bildirerek mebî'e işaret edildikten sonra vasfının²⁴² bilinmesine ihtiyaç bulunmadığını belirtmiştir.²⁴³ İbn Âbidîn de İbn Nüceym'in istidlallerinin yerinde olmadığını söyleyerek bu duruma şu şekilde itirazda bulunmaktadır:

"Evin içerisinde veya sandıktaki eşyaların miktarı ve vasfı belirtilmeden satılması durumunda anlaşmazlık çıkmaz. Zira buradaki bilinmezlik az olduğu için nizaya sebep olmamaktadır. Gasp ve vediâ türü bir malın müşteri tarafından evsaf ve miktarı bilinmeden satışı durumunda da aynı şekilde bilinmezlik nizaya sebep olmamaktadır. Çünkü teslim ve tesellüme ihtiyaç duymayan mallardaki cehâlete itibar edilmemektedir. Zira nizaya sebep olan bilinmezlik, müşterinin malın miktarını bilmemesidir. Hâlbuki burada böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü mal zaten müşterinin elindedir. Bir arsanın yalnızca hudutlarının tayin edilerek satılmasına geline; bu noktada miktar ancak şerî ölçülerde olmaktadır. Şeriat ise arsa için sınır tayini yapmaktan başka bir ölçü birimi ile ölçülmesine itibar etmemiştir. Ayrıca malın cinsi söylenerek yapılan satışın sahih olduğu kabul edilse "Sana bir dirhem buğday sattım." veya "Sana bir köle ya da ev sattım." gibi satışların da sahih olması gerekirdi. Aynı şekilde görme muhayyerliği ile cehâletin ortadan kalktığı görüşü de kabul edilemez. Zira mebî'in bir kısmını görmekle görme muhayyerliği ortadan kalkar ve nizaya sebep olan cehâlet devam edebilir. Bazen de "Satın aldığımı sattım ya da rehnettim." diyerek mal görülmeden yapılan işlemle görme muhayyerliği bâtil olabilir. Bundan dolayı Haskefî, görülmeyen bir malın satışını şu şekilde savunmuştur: "Görülmeyen bir malın satışı sahihtir. Bu akdin sahih olmasının şartı mala veya bulunduğu yere işaret etmektir."²⁴⁴

²⁴¹ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/530.

²⁴² Müellif burada vasıf kelimesiyle kastedilenin miktar olduğunu ifade etmektedir. bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/82.

²⁴³ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/82.

²⁴⁴ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/530.

İbn Âbidîn, İslam hukukçularının görüşlerini özetledikten sonra, bir malın görülmeden satışının sahih olması için bir takım şartların tespitini yaparak sıralamış ve bunların okuyucu tarafından bir ganimet değerinde kabul edilmesi gerektiğini de ilave ederek temel kuralı şöyle vermiştir:

“Buradan anlatılanlardan ortaya çıkmaktadır ki miktar ve vasfın bilinmesinin gerekliliği, nizaya sebep olan cehâleti önlemek içindir. Bu husus, satış akdini benzerlerinden ayıran en önemli özelliktir. Bu da öncelikli olarak mal akit meclisinde ise kendisine işaret etmekle, mecliste bulunmaması durumunda; miktarla satılan mal cinsindense miktarını ve vasfını belirtmekle olmaktadır. Mesela satıcının mülkünde olması şartıyla “Siyez buğdayından sana bir ölçek sattım.” demek gibi. Böylece nizaya sebep olan cehâlet önlenmiş olmaktadır. Yahut malın bulunduğu yer belirtilir: “Bu evin içindekileri ya da avucumun içindekini sattım.” demek böyledir. Veya mal, satana izafe edilir. Bu durumda niza çıkmaması için aynı cinsten başka bir malın olmaması lazımdır. Şöyle ki: “Sana kölemi sattım.” Satışa konu olan şey arsa ise arsanın sınırları beyan edilerek satılır. Tüm bu işlemlerle maldaki fâhiş cehâlet ortadan kalkar ve geride akdin sıhhatine zarar vermeyen yesîr bilinmezlikler kalır. Çünkü görme muhayyerliği ile az bilinmezlikler tamamen giderilmektedir. Bu da ancak akit sahih olarak kurulduktan sonra gerideki az bilinmezliği gidermek için devreye girmektedir. Fâhiş derecedeki cehâleti ortadan kaldırmak için görme muhayyerliği yeterli değildir.”²⁴⁵

Durum böyle olunca, Şürûnbülâlî dışında, burada bahsedilen fıkıh âlimleri arasında vasıf bilinmezliği konusunda bir görüş farklılığı kalmamaktadır. Diğer fıkıh âlimlerinin görüşleri incelendiği zaman nizanın tek başına belirleyici bir kıstas olmadığı, aslı yani asgari şekil şartlarında eksiklik bulunan bir akdin sadece nizaya sebep olmuyor diye sahih kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Mebî'in vasfının bilinmesi gerekliliği hususunda diğer mezheplerin görüşleri şu şekildedir: Malîkî mezhebinde mahallin vasfının bilinmesi, akdin sıhhat şartıdır.²⁴⁶ Fakat onlar, mahallin vasfının bilinmemesinin nizaya yol açacağına dair bir temellendirmede bulunmamışlardır. Şâfiî mezhebinde ise mebî'in vasfının bilinmesi gerektiğine dair üç görüş vardır: Birincisi; selem akdinin konusu olan malda olduğu gibi, mebî'in bütün vasıflarının zikredilmiş olması, ikincisi maksada delalet edecek olan vasfının zikredilmiş olması gerektirir. Üçüncü görüşe göre ise müşterinin görme muhayyerliği hakkı olduğu

²⁴⁵ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/530.

²⁴⁶ Ebü'l-Velîd Süleyman b. Halef el-Bâcî, *el-Müntekâ* (Mısır: Matbaatü's-Saâde, 1332), 5/41; Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimâtü'l-mümehhidât*, thk. Said Ahmed A'râb (Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1408), 2/75.

müddetçe, malın görülmesine itibar edileceği için vasıflarının zikredilmesine gerek bulunmamaktadır.²⁴⁷ Üçüncüsü, görme muhayyerliğinin müşteriye verilmesi ile mebî'in vasıflarının bilinmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir. Şürünbülalî'nin kanaatine yakın olan bu görüş, muhayyerlik sebebiyle nizanın çıkmaması ile ilişkilendirilmektedir. Hanbelî mezhebinde, mebî'in vasfının bilinmesine yönelik iki görüş bulunmaktadır: Zâhir olan görüşe göre, akit meclisi içerisinde olmayıp özellikleri bilinmeyen ve daha önce de görülmemiş olan bir şeyin satışı sahih değildir. İmam Şâfiî'nin bir görüşü de bu yöndedir. Bu bağlamda, misk geyiğinin kesesi (fe'r) içerisindeki miskin²⁴⁸ satılması örneğinde olduğu gibi, vasfı bilinmeyen bir mebî'in satışı sahih görülmemiştir. İkinci görüşe göre ise müşterinin görme muhayyerliği hakkı olduğu için böyle bir satış işlemi sahihtir. Ebû Hanîfe ve İmam Şâfiî'nin ikinci görüşü de bu doğrultudadır. Bununla birlikte Hanbelî mezhebinde, böyle bir satışın bâtil oluşu niza ile irtibatlandırılmamaktadır. Başka bir görüşe göre ise müşteriye görme muhayyerliği verilmek şartıyla mebî'in vasfının bilinmesine gerek kalmamaktadır.²⁴⁹ Burada her ne kadar niza ile temellendirme zikredilmese de muhayyerlikle beraber vasfı bilinmeyen bir malın satışının sahih oluşu, muhayyerlik vasıtasıyla nizanın önüne geçilmesiyle alakalıdır. Bu şekildeki bir akdi sahih gören Ebû Hanîfe ve İmam Şâfiî'nin bir görüşü ile Hanbelîler'in bir kısmının görüşleri; alış verişlerin helâl olduğu ile ilgili âyetin²⁵⁰ genel bir anlam (mutlak) ifade etmesi ve sahâbeden Osman b. Affan ve Talha arasında geçen rivâyete dayandırılmıştır.²⁵¹ Hanbelî mezhebinde zâhir olan görüşün sahipleri ise vasfı bilinmeyen bir malın satışının sahih olmamasına, Hz. Peygamber'in gararlı

²⁴⁷ Nevevî, *el-Mecmûc*, 9/288.

²⁴⁸ Misk, misk geyiğinin "Moschidae" kesesinden kaşık gibi bir alet yardımıyla çıkarılabilen bir kokudur. فَارُ الْمِسْكِ ifadesi misk faresi değil, misk geyiğinin kesesi için kullanılan bir kelimedir. Misk keseden çıkarılmasıyla ilgili şu belgesel izlenebilir: "وثائقي-كيفية أخذ عطر المسك مِنْ الغزال", Erişim Tarihi: 14 Ekim 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=kHTEa5xC38c>.

²⁴⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/79, 299.

²⁵⁰ Ayetin metni şu şekildedir: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا bk. el-Bakara 2/275

²⁵¹ Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyin Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424), 5/439.

satışın yasak olduğu ile ilgili hadisi,²⁵² selemde olduğu gibi vasfı bilinmeyen bir malın satışının aşırı derecede garar barındırması, sahâbî kavlinin hüccet oluşu ve ilgili teknik ihtilaf gibi noktalarda itirazda bulunmaktadır. Ayrıca böyle bir akdin sahih olduğunu savunanların Hz. Peygamber'in "Kim görmediği bir malı satın alırsa gördüğünde muhayyer olmaktadır."²⁵³ şeklindeki hadisine, yukarıda geçen ve Kâsânî'nin de ifade ettiği "Muhayyerlikler ancak sahih bir akitte söz konusu olmaktadır." kuralına ve bu hadisin râvisi, İbrâhîm el-Kerdî'nin²⁵⁴ rivâyeti dikkate alınmayan bir kişi (metrûkû'l-hadîs)²⁵⁵ olmasına dayanarak itirazda bulunmaktadır. Ayrıca mebî' için akit kurmadaki amacın gerçekleşeceği vasıflarının (evsâf-ı maksûde) bilinmesini şart koşmaktadırlar.²⁵⁶ Buradan da anlaşıldığı üzere, vasfı bilinmeyen mebî'in satışının sahih olmayacağı görüşünde olan İslâm hukukçuları görüşlerine, bu hususta vârit olan gararlı satışın yasak oluşu ile ilgili rivâyete dayanarak ulaşmışlardır. Diğer İslâm hukukçuları da Hanefîler gibi açıkça görme muhayyerliği hakkının olmasından dolayı nizanın çıkmaması ve bu şekilde akdin sahih kalması şeklinde, niza üzerinden bir gerekçelendirme yapmasalar da düşüncelerinin arka planında niza nazariyesinden hareketle, muhayyerliklerin vasfı bilinmeyen mallarda oluşacak anlaşmazlıkların önüne geçeceğini savunmuş olmaları ihtimali bulunmaktadır.

²⁵² Müslim, "Büyû", 1513.

²⁵³ مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ إِنَّ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ bk. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 5/439, 440.

²⁵⁴ Tam adı İbrâhîm b. Hâlid el-Kerdî el-Hâşimî olan ve cerh-tadil kitaplarında tenkit edilen râvinin vefat tarihine rastlanılamamakla birlikte, kaynaklarda h. 220 yılına kadar Bağdat'ta kaldığına dair bir bilgiye ulaşılmıştır. Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed Zehebî, *Mizânü'l-icâdât fî nakdi'r-ricâl*, thk. Ali Muhammed el-Becâvî (Beyrut: Dâru'l-Ma'rif, 1382), 3/179.

²⁵⁵ Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed Zehebî, *el-Mugnî fî'd-du'afâ*, thk. Nûreddîn 'İtr (Katar: İdâretü İhyai't-türâsi'l-İslâmî, 1407), 2/34.

²⁵⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/79, 80.

Mebî'in vasfındaki belirsizliklere rağmen akdin sahih kalmasını sağlayan bazı durumlar şöyledir:

a-) Mebî'e İşaret Etmek:

İşaretin anlaşmazlıkları engelleyen bir ilke olduğu ifade edilmişti. Kendisine işaret edilen mal ya da semenin vasfının bilinmesi şart olmamakla birlikte,²⁵⁷ kendisine işaret edilmeyen bir malın vasfının zikredilip edilmemesi hususunda İslâm hukukçuları ihtilaf etmişlerdir. Kendisine işaret edilmeyen mallarda vasfin zikredilmesini akdin sıhhat şartı sayan fıkıh âlimleri, görüşlerini niza ilkesiyle temellendirmişlerdir. Şöyle ki teslim ve tesellüm akdin gereğidir. Bu şekildeki vasa dair bir bilinmezlik de nizaya sebep olmakta, dolayısıyla teslim ve tesellüm gerçekleşmemektedir.²⁵⁸

b-) Müşterinin Görme Muhayyerliği Hakkına Sahip Olması:

Hanefî mezhebinde görülmeyen bir şeyin kiralanması sahihtir. Zira kural olarak cehâletin akitte bulunmasıyla değil; nizaya sebep olmasıyla akit fâsid olmaktadır. Burada her ne kadar görülmeyen malın vasfında bilinmezlik olsa da müşterinin görme muhayyerliği hakkının olması görülmeyen maldaki vasıf bilinmezliğinin taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmasına mani olmaktadır.²⁵⁹

2. Satış Bedelinin (Semen) Bilinmemesi

Hanefî fıkında, satış akdinin sahih olması için mebî'nin olduğu kadar semenin de çekişmeye engel olacak şekilde bilinmesi gerekmektedir. Semen teslim ve tesellüm gerçekleşmeyecek derecede bilinmemesi, yani buradaki bilinmezliğin nizaya sebep olması, akdi ifsâd etmektedir.²⁶⁰ Çünkü Hanefîler'e göre ma'kûdun bih olarak ifade edilen semen, satış akdinin hükmü ve gereğidir. Bundan dolayı, nizaya sebep olacağı için semenin cinsi, miktarı ve ödeme

²⁵⁷ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/82.

²⁵⁸ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/530.

²⁵⁹ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5/145.

²⁶⁰ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/363; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, 2/145.

zamanına dair belirsizlikler akdi fâsid hale getirirken satışın semensiz olacağını ifade etmek, akdi bâtil yapmaktadır.²⁶¹

Bedele dair bilinmezliklerden biri de semenin zikredilmeden satışdır. Bir malın fiyatının söylenmeden satışı durumunda, semen meçhul kalacağı için akit fâsid olmaktadır.²⁶² Çünkü böyle bir durumda, semenin ne olacağının takdiri konusunda taraflar arasında anlaşmazlık çıkacaktır. Buna karşın satıcının “Bu malı sana meccanen sattım.” demesinde olduğu gibi, satışın ücretsiz gerçekleşeceğinin söylenmesi (nefy-i semen) halinde akit bâtil olmaktadır. Satış akdinin taraflara karşılıklı borç yükleyen bir muâvaza işlemi oluşundan dolayı, işlemde satıcının fiyat hususunda sessiz kalmasından malı kıymetine satmayı kastettiği anlaşılır. Bir malın kıymetine satışında ise semen ortadan kalkmayıp yalnızca belirsiz olduğu için akit bâtil değil, fâsid olmaktadır. Buna karşın, semenin olmayacağını söyleme durumunda ise satış akdinin iki temel unsurundan olan semenin kalkmasıyla mal da ortadan kalkacağı için böyle bir işleme satış (bey‘) denemeyeceği için akit bâtil hale gelmektedir. Zira satış akdi, karşılıklı bedellerin değişimine (muâvaza) dayanmaktadır.²⁶³

Semenin belirsiz oluşundan kaynaklanan anlaşmazlığa şu husus örnek gösterilebilir: Adediyyât-ı mütefâvite kapsamındaki malların toplu satışında, malların birim fiyatının belirlenmemesi tarafları anlaşmazlığa sürükleyeceği için akdi ifsâd etmektedir. Mesela iki koyunun 1000 lira karşılığında satılması durumunda koyunların fiyatı belli değildir. Çünkü semen, koyunların cinsi ve besili olmasına göre değişmektedir. Böyle bir durumda, koyunlar kabz edildikten sonra müşteri hayvanlarda bir ayıpla karşılaştığında ayıplı olan malı iade etmek isteyecektir. Bu durumda, koyunların birim fiyatı belli olmadığı için iade edilecek olanın fiyatı üzerinde anlaşmazlık çıkacaktır. Yine müşteri malı teslim almadan önce hayvanların bir tanesinin helâk olması, birisi üzerine ikâle yapılması veya hayvanlardan birisinin başkasına ait olduğunun ortaya çıkması durumunda, ilgili

²⁶¹ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24.

²⁶² Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/372, bk. (Mecelle md. 237, 364).

²⁶³ “Hîn-i bey‘de tesmiye-i semen lâzımdır. Binaenaleyh mebî‘in bahası (zıkr) olunmaz ise bey‘ fâsid olur.” Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/235, bk. Mecelle md. 237, 364.

hayvanın birim fiyatı belli olmadığı için semene dair fâhiş bilinmezlik, tarafları anlaşmazlığa sürükleyecektir.²⁶⁴

Semenin bilinmezliği; semen ortada ise yalnız görmek ve işaret etmekle ortada değilse miktarını ve vasfını belirtmekle giderilir. Zira bir satışta fiyatın mâlum olması, öncelikle semene işaret etmekle, sonra da semenin nev'ini, miktarını ve vasfını beyan etmekle olmaktadır. Semene dair bu beyan; sarahaten ya da örfün beyanı gibi delâleten olmaktadır.²⁶⁵ Semene işaret edilince artık onun miktar ve vasfındaki bilinmezlik nizaya sebep olmamaktadır. Çünkü bir şeye işaret etmek, onu tanıtmaya yöntemlerinden en iyisidir. Mesela bir kişi, “Şu yığın buğdayı şu elimdeki altınlarla aldım.” deyip onların ne kadar olduğunu bilmesede müşteri altınları gördüğü için akit sahihtir.²⁶⁶

Semendeki bilinmezliğin nizaya sebep olacak derecede olmaması durumunda akit fesâda uğramamaktadır. Çünkü kural olarak cehâletin bulunması değil; nizaya sebebiyet vermesi akdi ifsâd etmektedir. Zira akitte nizanın çıkmış olması, teslim ve tesellüme mani olmakta, bunun neticesinde de satış akdinden amaçlanan sonuç meydana gelmemektedir.²⁶⁷ Mesela 100 lira borcu olan bir kişi alacaklısına, “Şu malımı 100 liranın bir kısmına, diğer malımı da kalan kısmına karşılık gelecek şekilde sattım.” deyip alacaklının bunu kabul etmesi durumunda, böyle bir işlemde semen belirsiz olmasına rağmen akit sahihtir. Borçlu, satın aldığı fakat fiyatı belli olmayan iki malı 100 liralık borcuna saymıştır. Bundan dolayı buradaki bilinmezlik nizaya sebep olmamaktadır.²⁶⁸

²⁶⁴ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/366.

²⁶⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/235, bk. (Mecelle md. 238).

²⁶⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/237, (Mecelle md. 239).

²⁶⁷ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâîc*, 6/598; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/235 bk. (Mecelle, md. 238).

²⁶⁸ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 5/298; Aslında burada meb'în fiyatının bilinmemesi değil, iki eşyanın toplam fiyatı belirlendiği için cüzâfen satış söz konusudur. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/236, bk. (Mecelle, md. 238); Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/39.

a. Bedelin Cinsinin Bilinmemesi

İslâm hukukunda satış bedeli, yalnızca paradan oluşmamaktadır. Bundan dolayı, semen olarak belirlenmiş şeyin cinsinin belirtilmiş olması gerekmektedir. Veznî bir şey olması durumunda semen ya ağırlığı söylenerek ya da işaret edilerek mâlum hale getirilir. Bu şekillerden biriyle belli edilmemişse semendeki bilinmezlik tarafları anlaşmazlığa sevk etmektedir.²⁶⁹

b. Bedelin İfâ Zamanının Bilinmemesi

Satış akdinde nizanın çıkmaması için önemli olan hususlardan bir tanesi, ödeme zamanının belli olmasıdır. Nitekim Resûlullah (s.a.v.), Yahudi birinden bir gıda maddesini, belli bir vakitte ödemek koşuluyla almış ve rehin olarak ona zırhını vermiştir.²⁷⁰ Ayrıca selem akdi yapmak isteyenlere: “Kim hurma hususunda selem akdi yapmak isterse; belli ölçek ve ağırlıkta, belli bir tarihe göre yapsın.” buyurmuştur.²⁷¹

Bedelin ödeme zamanıyla ilgili bilinmezlik, ister fâhiş ister yesîr derecede olsun akdi fesâda uğratmaktadır. Çünkü akdi ifsâd eden husus, tek başına cehâletin ya da fâhiş cehâletin varlığı değil, akitte nizaya sebep olacak bilinmezliğin bulunmasıdır. Bunun bir sonucu olarak cehâlet-i fâhişe sınıfına girip akdi ifsâd etmeyen bilinmezlikler olduğu gibi, cehâlet-i yesîre kapsamında olup akdi ifsâd eden bilinmezlikler de vardır. Zira vadenin belirsiz oluşu, akitte anlaşmazlıkların görüldüğü temel hususlardan biridir. Vadedeki az bilinmezlikler, gün olarak öne veya geriye gelmesi muhtemel olan zaman dilimleridir. Mesela vadeyi, “hasat vaktinde teslim edilme” şeklinde belirleme, az bilinmezlik sınıfına girse de nizaya sebep olabileceği için akdi fesâda uğratmaktadır.

Vadenin belirsizlik taşıyan bir zaman dilimi olarak ifade etmesi sonucu akdin fâsid olmasının altında, akitte anlaşmazlığın çıkması yatmaktadır. Çünkü böyle bir ortamda, satıcı parayı erken almak isterken müşteri, daha geç vermek

²⁶⁹ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/329.

²⁷⁰ Buhârî, “Büyû”, 14; “İstikrâz, 1”.

²⁷¹ Buhârî, “Selem”, 1, 2, 7; Ebû Dâvûd, “Büyû”, 55.

isteyecektir.²⁷² Bu durumda da akitten beklenen amaç gerçekleşmeyecektir. Mesela vadenin hasat zamanı olarak belirlenmesi durumunda, satıcı zamanın gelmesinden hareketle alacağını isterken müşteri de henüz vakit girmediğinden borcunu vermek istemeyecektir. Çünkü hasat vakti, kişiden kişiye değişiklik gösteren bir durumdur. Aynı şekilde, hacıların gelmesine bırakılan bir vade, teslimi mani olan anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Çünkü eski zamanlarda ulaşım imkânının kısıtlı oluşundan dolayı, hacıların gelişinin belli bir zaman dilimi yoktu. Bir bölgeden hacca giden bir hac kafilesi, daha önceki yıllara göre erken ya da geç dönebilmekteydi.²⁷³ Burada dikkat çeken bir husus vardır. “Rüzgârın esmesi”, “yağmurun yağması”, “filancanın gelmesi”, “filancanın ölmesi”, “borçlunun zengin olacağı vakit”, “kişinin elinin geniş olacağı zaman” gibi vakitler, vadenin fâhiş derecede bilinmediği zaman dilimleridir. “Hasat günü”, “harman zamanı (diyas)”, “Nevruz günü”, “Mihricân (sonbaharın gelişi) günü”, “hacıların dönüş günü”, “milat günü”, “Hristiyanların oruç günü”, “koyunların kırıma zamanı”, “meyvelerin toplanma zamanı”, gibi yakın bir geleceğe dair bilinmezlikler az (yesîr/mütেকârîbe) bilinmezlik sınıfına dâhil olup akdi fesâda uğratmaktadır. Zira eski zamanlarda *Nevruz* ve *Mihricân* günlerinin belirlenmiş tam bir günleri yoktu. Bunlar, tahmin ve astroloji ilmiyle uğraşanların tecrübelerine dayanmaktaydı. Çoğu kez gün hususunda hata olmakta ve insanlar arasında anlaşmazlıklar yaşanmaktaydı. Aynı şekilde Hristiyanların oruca başlama ve Yahudilerin bayram günü de tam olarak bilinmemekteydi. Zira Hristiyanlar, 50 gün oruç tutup sonrasında bayram yapmaktaydılar. Yahudiler ise ayın başında oruç tutmaya başlayıp diğer ayın 20’inci günü bitene kadar bayram yapıyorlardı. Ayların farklı günlerde olması nedeniyle insanlar, onların bayram vakitlerini bilememekteydi. Bundan dolayı akdin sahih olması için belirtilen günler gelmeden böyle bir sürenin akitten iptal edilmesi gerekmektedir.²⁷⁴ Bu örneklerde, fâhiş cehâlet

²⁷² Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 5/301; Bilal Aybakan, “İfa”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2000), 21/503.

²⁷³ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 5/84; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü’l-Burhânî*, 6/404.

²⁷⁴ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâi’*, 7/32; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/50; Zeylâî, *Tebyînü’l-hakâik*, 4/59; Nevruz: Güneşin koç burcuna ilk vurduğu gün olup baharın başlangıcını temsil etmektedir.

içeren; “rüzgârın esmesi” ve “yağmurun yağması” gibi olayların gerçekleşip gerçekleşmemesi belirsizdir. Dolayısıyla burada, cehâletten öte garar söz konusudur.

Vadeye dair az derecedeki bilinmezliklerin akdi ifsâd etmesi, bunların anlaşmazlığa sebep olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, anlaşmazlığa sebep olmayan bir vade tayini, akdi ifsâd etmemektedir. Mesela, semenin vadesi geldikten sonra borcun ertelenmesi durumunda, yalnızca fâhiş bilinmezlikler akdi ifsâd etmektedir. Bu ikisi durum arasındaki fark şudur: Rüzgârın esmesi veya hasat günü gibi bir ödeme zamanı belirleme durumu (te’cîl) az bilinmezlik içerse de akit fâsîd olmaktadır. Çünkü şart koşulan süre, yapısı müzâyakaya dayanan bir akitte şart kılınmıştır. Akit kurulduktan sonra vadesi gelen şeyi tehir etme ise müsâmahaya dayanmaktadır. Zira bu, alacaklının yaptığı bir bağış (teberrû) ve insanlara ödeme konusunda bir genişlik tanımaktır. İnsanlar günlük işlemlerinde borçlarını ödeyemeyen alacaklılarının borçlarını az bilinmezlik içeren vakitlere ertelemektedirler. Durum böyle olmakla birlikte borcun vadesi gelince, fâhiş derecede bilinmezlik içeren vakitlere ertelenmesi adet olmadığı ve bu durum nizaya sebep olduğu için akit sahih kabul edilmemektedir.²⁷⁵

Vadeye dair belirsizliklerin akdi ifsâd etmesinin bir istisnası da kefâlet akdidir. Kefâlet akdinde borcun satıcı tarafından; hasat zamanı ve hacıların gelme zamanı gibi vakitlere tehir edilmesi durumunda akit sahihtir. Zira kefâlet akdi, müsâmahaya dayandığı için alacaklının borcu hemen isteme ya da ibrâ etme hakkı olduğu gibi tehir etme hakkı da bulunmaktadır. Bununla birlikte vadenin, “rüzgârın esmesi” gibi aşırı derecede cehâlet içeren bir zamana tehir edilmemesi gerekmektedir. Ayrıca borcun tecilinin sahih olması için borçlunun bunu kabul etmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi burada da niza ilkesi belirleyici olmaktadır.

Mihrican: Güneşin terazi burcuna vurduğu ilk gün, son baharın başlangıcını temsil etmektedir. bk. Damad Efendi, *Mecma’u’l-enhur*, 2/63.

²⁷⁵ İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 5/82; Darîr, *el-Garar*, 305, 306; Câbullâh, *Devâbitü’s-semen*, 298, 299.

Zira borcun ertelenmesi müşterinin lehine olacağı için sahihtir. Buna karşılık müşterinin itiraz etme ihtimaline binaen onun rızası şart koşulmuştur.²⁷⁶

c. Bedelin Miktarının Bilinmemesi

Satış akdinde, satış bedelinden kaynaklı olarak çıkan anlaşmazlıkların en önemlilerinden biri de satış bedelinin miktarının bilinmemesidir. Bedelin miktarının bilinmemesi taraflar arasında anlaşmazlığa, bunun neticesinde de akdin fesâda uğramasına sebep olmaktadır.²⁷⁷ Bedelin miktarına dair belirsizliğin sebep olduğu durumlar şu şekildedir:

a-) Fiyatın Kişiden Kişiye Değişebilecek Bir Şekilde Konuşulması:

Bir malın fiyatının “çarşı fiyatına”, “piyasadaki rayice göre”²⁷⁸, “kıymetine”, “dilediğin ya da hoşuna giden fiyata”, “helal olan fiyata”, “sermayesine”, “filancanın aldığı fiyata”, “insanların aldığı fiyata”²⁷⁹ şeklinde, kişiden kişiye değişebilecek bir şekilde konuşulması durumunda, semene dair bilinmezlik, tarafları anlaşmazlığa sürükleyeceği için akit fâsid olmaktadır. Aynı şekilde fiyatın belirlenmesi; müşteriye, takdir edicilere veya üçüncü kişilere bırakılması ve malın; “gerçek fiyatına”, “fiyat tahmin edicilerin yaptığı tahmine göre”, “filan kimse kaç a almışsa ona göre”, “herkes kaç a satıyorsa ona göre” veya “falan kişinin aldığı mislîyle” şeklinde satılması durumlarında bilinmezlik tarafları anlaşmazlığa sürükleyeceği için akit fâsid olmaktadır. Çünkü taraflardan

²⁷⁶ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/132; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-fâik*, 3/467; Şelebî, *Hâşiye 'ale't-Tebyîni'l-hakâik*, 4/84.

²⁷⁷ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24.

²⁷⁸ Piyasadaki rayice göre malın satılması örneğinde, akdin sahih olması için taraflarının teslim anındaki rayici bilmeleri gerekmektedir. Bunun toplum tarafından bilinmesi yeterli olmamaktadır. Bu anlamda borçlu kişi, borç aldığı kişiye, borcuna mahsuben belli miktarda bir buğday verse fiyatı da piyasadaki rayice göre esas alacağını belirtse teslim anında taraflar rayici belirlemesi durumunda akit sahih, aksi durumda fesâda uğramaktadır. bk. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/236, bk. (Mecelle md. 238).

²⁷⁹ Bununla birlikte, ekmek ve et gibi fiyatı toplumda az çok belli olan ürünlerin “insanların aldığı fiyata” şeklinde satılması durumunda, fiyattaki belirsizlik anlaşmazlığa sebep olmayacak derecede olduğu için sahihtir. Yine müşteri meclis içerisinde fiyata muttali olursa akit sahihe dönüşmektedir.

her biri, kendi menfaatine uygun bir bedel belirlemek isterler.²⁸⁰ Bununla birlikte meclis içerisinde icap ve kabul gerçekleştikten sonra fiyat takdir edilip semen belirlenirse müşterinin muhayyerlik hakkı saklı olmakla birlikte, akit sahih hale gelmektedir.

b-) Malın Üzerinde Yazan Fakat Müşterinin Görmediği Fiyata Satış:

Bir malın üzerine fiyat etiketi konularak yapılan satışa *bey' bi'r-rakam/bey'u'r-rakam* denir.²⁸¹ Bey'u'r-rakam, malın üzerinde yazmakla birlikte, müşterinin görmediği fiyata satıştır. Böyle bir işlemde, semen belli olmadığı için akit fâsid olmaktadır.²⁸² Zira bu satış, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Çünkü müşteri fiyatı görmediğini, satıcı da ücretin malın üzerinde yazılı olduğunu iddia edebilmektedir. Fakat meclis içerisinde semenin öğrenilmesi durumunda akit sahihe dönüşmektedir. Çünkü anlaşmazlığa sebep olan husus, yani fesâd nedeni ortadan kaldırılmıştır. Bu durumda akdin sıhhati için satıcı ve müşterinin yeni duruma rıza göstermesi gerekmektedir. Böylece akit, yeni baştan karşılıklı rıza ile kurulmuş gibi olmaktadır.²⁸³

c-) Bir akitte İki Akit Kurmak:

Bir akitte iki akit yapmak, akdin sîgasına dair cehâlet kapsamında değerlendirilse de aynı zamanda bu husus, semenin miktarına dair aşırı bilinmezlik kapsamına girmektedir. Mesela, satıcının “Şu malı 1 buğday kafîzi ya da 2 arpa kafîzi karşılığında sana sattım.” demesi durumunda, semenin miktarı fâhiş derecede bilinmezlik içermektedir. Ayrıca böyle bir durumda, bir akit içerisinde iki akit, yani “safkatân fî safka” şeklinde bir işlem söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde bir kimse: “Bu devre mülkü 10 yıllığına 25 bin liraya, 20 yıllığına da 30 bin liraya sattım.” demesi durumunda burada bir satış akdi içerisinde iki şart söz konusu olup semenin miktarı meçhul kalmaktadır.²⁸⁴ Gerek

²⁸⁰ Şeybânî, *el-Asl*, 5/89; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 6/601, 602; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/83.

²⁸¹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 6/604.

²⁸² Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/236.

²⁸³ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 6/604; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/368.

²⁸⁴ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 6/602.

bir satış akdi içerisinde iki satış²⁸⁵ gerekse de bir satış akdi içerisinde iki şartla yapılan satış, Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır.²⁸⁶

d-) Birim Fiyatın Zikredilip Toplam Ücretin Bilinmediği Mislî Malların Satışı:

Dört ölçü birimleriyle²⁸⁷ ölçülmüş bir malın birim fiyatı söylenerek toplu olarak satışa sunulması durumunda, malın fiyatı ve miktarına dair bir cehâlet söz konusu olmaktadır. Ebû Hanîfe bu konuda şöyle bir kural benimsemiştir: “Toplu mal satışında; toplam fiyat bilinmiyorsa akit fâsiddir. Böyle bir işlemde, taraflar arasında anlaşmazlık konusu olmayacak kısım, fesâda uğramamaktadır.” Bu prensibe göre; satılan malda toplam keyl, vezin, aded ya da zirânın zikredilmesi durumunda akit sahih kabul edilmekte, zikredilmezse mislî olanlarda²⁸⁸ akit yalnızca ilk birim için geçerli olmaktadır. Aynı şekilde “Her ay 750 lira olmak üzere bu evi sana kiraladım.” şeklindeki bir kiralamada, Ebû Hanîfe’ye göre akit, yalnızca ilk ay için geçerli olmaktadır.²⁸⁹ Altın-gümüş gibi ev eşyalarında ise mebî’in tamamında fesâda uğramaktadır. Mesela; “Şu yığın buğdaydan her kafîzi 5 liraya sana sattım.” denmesi durumunda semenin miktarı meçhul hale gelecektir. Bu da anlaşmazlığa sebep olacaktır.²⁹⁰ Böyle bir durumda, mebî‘ mislî olduğu için Ebû Hanîfe’ye göre, mebî‘ ve semendeki cehâletten dolayı satışı tüm bağdaya sarf etmek mümkün olmadığı için işlem, sadece ilk kafîz için bağlayıcı

²⁸⁵ Hadisin metni şu şekildedir: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَنْ بَيْعَيْنِ فِي بَيْعٍ

²⁸⁶ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ bk. Tirmizî, “Büyû“, 18”; Nesâî, “Büyû“, 73.

²⁸⁷ Bu mallar; mekîlat, mevzûnat, adediyyât ve mevrû‘ât şeklinde ifade edilir. Bunlara mukadderât-ı erbaa denir.

²⁸⁸ Bunlar; keylîler, ceviz gibi adediyyât-ı mütekâribe ve veznîlerde parçalanmanın zarar oluşturmadığı yağ ve altın filizi gibi ürünlerdir.

²⁸⁹ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/234. Bu kuralın İslâm hukukunda pek çok ferî meseleye yansıması vardır. Mesela, “Her deve beş bin lira olmak üzere, bu deve sürüsünü sana sattım.”, “Her ay 500 lira olmak üzere bu evi sana kiraladım.” dendiğinde akit sadece ilk ay için geçerli olmaktadır. Bir kadın, eşinin ödemesi gereken nafakaya, “her ay için bin lira vermek” şartıyla kefil olsa bu kefâlet sadece ilk ay için geçerli olmaktadır.

²⁹⁰ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/5; Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd Bâbertî, *el-İnâye* (Beyrut: Dâru Sâdır, 1316), 5/88.

olmakta, kalanı için beklenmesi gerekmektedir (tevakkuf).²⁹¹ Meclis içerisinde tesmiye edilmesi veya kaç ölçek olduğunun belirlenmesiyle akit sahihe dönüşmektedir.²⁹² Tarafların bu şekilde meclisten ayrılmaları durumunda in'ikad anındaki fesâd, kalıcı hale gelmektedir (takarrur). İmâmeyn ise bu kuralı prensip olarak kabul etmekle birlikte, burada cevaz kapsamında olmayan kısmın kendisine işaretle sınırı (müntehası) bilinmeyen mallar olduğunu savunmuştur. Toplam miktarı, kendisine işaretle mâlum kabul edilen malların tamamı akit anında belirtilmiş (tesmiye) gibidir. Zira tarif etme hususunda işaret, tesmiyeden daha belirleyicidir.²⁹³ Ayrıca semene dair bilinmezliğin giderilmesi, tarafların elinde olan bir husustur. Satışın müşterinin iki veya üç köleden dilediği birini alması koşuluyla yapılması örneğinde olduğu gibi, buradaki bilinmezlik nizaya sebep olmamaktadır.²⁹⁴ Bu durumda, toplam miktar ve her birinin fiyatı belli olacağı için toplam semendeki belirsizliğin nizaya varması engellenmiş olacaktır.²⁹⁵

²⁹¹ İlk kafiz, işlemin nizasız ve kesin olarak gerçekleşeceği kısımdır. Her ne kadar, “Her kafizi 5 lira” şeklindeki işlem ilk kafiz için bir cehâlet barındırsa da bu bilinmezlik tarafları nizaya sürüklememektedir. Çünkü “her kafizi” ifadesinde mebî‘ ve semen kesin olarak bilinmekte, müşteri malın kalanında muhayyer olmaktadır.

²⁹² Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/5; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/88, 89; İbnü'l-Hümâm ve Sâdî Çelebî, semeni satıcının talep etmesi ve müşterinin verememesi neticesinde niza çıkacağı temellendirmesine karşı çıkmaktadır. Zira buğdayın kaç kilo olduğunu tartmadan satıcının ücreti talep etmesini makul görmemektedir. bk. Sâdî Çelebî, *Hâşiye 'ale'l-İnâye*, 5/88.

²⁹³ أَبْلَغُ أَسْبَابِ التَّعْرِيفِ

²⁹⁴ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâi'*, 6/606, 607, 608; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/25; İbnü'l-Hümâm, İmâmeyn'in “Nizaya sebep olan cehâleti ortadan kaldırmak tarafların elinde olan bir husustur.” şeklindeki temellendirmesine şöyle karşı çıkmıştır: Cehâleti giderme imkânı tarafların elinde olan akitler sahih kabul edilecekse; rakam satışı, dört köleden birinin satışı ve “Dilediğin fiyata al!” şeklindeki satışların da sahih kabul edilmesi gerekmektedir. Ona göre, bu tür satışlarda kumara benzer bir vasıf bulunduğu için bu işlemlerin tümü bâtıldır. Ayrıca bahsi geçen satışlarda cehâlet, akdin sulbündedir. Dolayısıyla cehâletin giderilmesi, tek başına mevcut akdin sahihe çevrilmesi için yeterli değildir. Bunun için nizaya sebep olan cehâletin meclis içerisinde giderilip tarafların bu duruma rıza göstermesi gerekmektedir. Böylece akit yeni baştan teâtî yoluyla yapılmış gibi kabul edilir. Yoksa ilk akit sahihe dönüşmemektedir. bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/90.

²⁹⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/5, 6.

Mecelle, toplu fiyat söylenmeden birim fiyat üzerinden mal satışı hususunda İmâmeyn'in görüşünü kanunlaştırmıştır.²⁹⁶

Günümüzde kurban etlerinin birim fiyat üzerinden satışı da bu konulara benzerlik göstermektedir. Bu durumda Ebû Hanife'ye göre akdin yalnızca ilk birim için geçerli olması gerekmektedir. İmâmeyn'e göre ise akdin sahih olması için meclis içerisinde tartılıp toplam et miktarı, dolayısıyla da hayvanın fiyatının belli edilmesi gerekmektedir. Oysaki bu işlemde hayvanın kilosu akitten sonraki bir zamanda yani kurban günü belirlenmektedir. Bu durumda hayvanın kaçması veya telef olması neticesinde anlaşmazlık gündeme gelebilmekte ve hayvanın fiyatı takdir edilememektedir. Bu da makdûru't-teslim olma açısından işlemin garar barındırdığını göstermektedir.

e) Birim Fiyatın Zikredilip Toplam Ücretin Bilinmediği Kıyemî Malların Satışı:

Adedî mütefâvit mallar ve kumaş, arazi, tahta gibi zirâ ile satılan kıyemî malların, “her zirâsı 50 lira olmak üzere” şeklinde birim bazında satışında, toplamda ne kadar zirâ kumaş satılacağı söylenmediği için Ebû Hanîfe'ye göre akit, malın tamamında fâsid olmaktadır. Mesela, “Her biri 500 lira olma şartıyla koyun sürüsünü sattım.” ya da “Her zirâsı 50 lira olmak üzere kumaş topunu sattım.” ifadesinde, fiyatın hangi koyun ya da kumaş için geçerli olduğu bilinmediği için taraflar arasında niza çıkmaktadır. Ancak müşteri meclis dağılmadan malın kaç zirâ olduğunu ya da hangi koyunun 500 liraya satıldığını, dolayısıyla toplam semeni öğrenirse akit sahihe dönüşmektedir. Böyle bir durumda da müşteri, malı belirtilen fiyat üzerinden alıp almama hususunda muhayyer olmaktadır. İmâmeyn'e göre ise her iki durumda da akit sahih ve bağlayıcıdır. Çünkü buradaki cehâleti gidermek müşterinin elinde olan bir durumdur.²⁹⁷

²⁹⁶ “Mukadderâtın yalnız efrad ve aksamına bahâ takdir edilerek toptan satmak sahih olur.” bk. Mecelle 220 bk. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/216, 217, 218.

²⁹⁷ Şeybânî, *el-Asl*, 5/88; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 6/605; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/5; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/88, 89, 90.

f-) Adediyyât-ı mütefâvite Malların Birim Fiyatının Belirtilmemesi:

Adediyyât-ı mütefâvite mal kapsamında olan koyunların, her iki koyun bin lira olacak şekilde satılması durumunda akit fâsid olmaktadır. Zira kıyemî bir mal olan koyunların her bir tanesinin fiyatı belli değildir. Bu durumda, toplam ücret olan bin liranın kıymetleri oranında koyunlara taksim edilmesi gerekmektedir. Bunun yapılması için ise hayvanların tek tek kıymetlerinin belli olması lazımdır. Bu belli olmadığı için akitte anlaşmazlık çıkmaktadır. Zira hayvanlardan bir tanesinin ayıplı çıkması durumunda iade edilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, koyunlar kıyemî mal kapsamında değerlendirildiği için iade edilmesi gereken hayvanın birim fiyatı meçhul kalmaktadır. Aynı şekilde, kabzdan önce hayvanlardan bir tanesinin helak olması veya bir tanesinin üzerinde başka bir şahsın hakkının ortaya çıkması ya da biri için ikâlede bulunulması durumunda, bahsi geçen hayvanın kıymetindeki bilinmezlik akdi fesâda uğratmaktadır.²⁹⁸

d. Bedelin Vasfının Bilinmemesi

İslam hukukçuları, semenin vasfının bilinmesi gerektiği hususunda ittifak etmiştir.²⁹⁹ Zira akdin iki rûknünden (bedeleyn) biri ve mebî'e karşılık olarak gösterilen şey olması hasebiyle semenin belirsiz olmasından kaynaklanan anlaşmazlık, akdin vacibi olan teslim ve tesellüme mani olmaktadır.³⁰⁰ Semen vasfının bilinmemesinden kaynaklanan anlaşmazlık gerekçeleri şu şekildedir:

a-) Ayın Olması Durumunda Semen Vasfının Bilinmemesi:

Semenin deyn değil, buğday gibi ayın olması durumunda, bu malların iyi-orta ve düşük kalite şeklinde vasıflarının belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde semenin vafına dair bilinmezlik nizaya sebep olmaktadır.³⁰¹ Çünkü müşteri ödemeyi yaparken kalitesiz buğdayla ödeme yapmak isterken satıcı, kaliteli buğdayla yapmak isteyecek ve aralarında anlaşmazlık çıkacaktır. Bundan dolayı,

²⁹⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/7; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/6; Haddâd, *el-Cevhere*, 1/187.

²⁹⁹ Muhammed Mahmud Süleyman Muhammed, *Eserü'l-cehâle ve'd-darûre fi'l-mu'amelâti'l-maliyye* (Arap Emirlikleri: Mektebetü's-Sahâbe, 1424), 170; Sayfî, *el-Cehâle*, 81.

³⁰⁰ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24.

³⁰¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/235, 236.

semenin buğday gibi nakit olmayan bir mal olması durumunda hangi kalitede buğday olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.³⁰²

b-) Semen Para Olması Durumunda Para Birimini Belirtmemek:

Farklı piyasa değerlerine sahip dirhemlerin kullanıldığı bir bölgede, dirhem vasfının belirtilmemesi, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Çünkü paranın vasfı bilinmediği takdirde, müşteri piyasa değeri düşük dirhemle ödeme yapmak isterken satıcı yüksek olanla ödemenin yapılmasını talep edecektir. Böylece akitlerin fıkıhtaki amacı olan³⁰³ nizasız bir şekilde ihtiyaçların giderilmesi gerçekleşmeyecektir. Bu şekilde cereyan eden tüm bilinmezlikler, akdın sıhhatine engel teşkil etmektedir.

Konuyla ilgili bir diğer örnek şu şekildedir: Farklı para birimlerinin tedavülde olduğu ülkede bir satıcı, “Şu atı sana 100’e sattım.” demesi durumunda eğer o bölgenin piyasasında, ülkenin milli parası ve dolar geçerli olsa böyle bir durumda semenin vasfına dair cehâlet nizaya sebep olmaktadır. Bununla birlikte, bu paralarının kullanımı, diğerlerine göre çoksa bu durumda bahsi geçen ifade, yaygın olarak kullanılan ülke parasına hamledilir.³⁰⁴ Bununla birlikte o ülkede farklı para birimleri aynı ölçüde tedavülde ve bunların piyasa değerleri farklıysa semenin ne olduğuyla ilgili bilinmezlik, taraflar arasında nizaya sebep olacağı için akit fâsid olmaktadır. Çünkü bir para birimini diğerine tercih edecek bir kıstas yoktur. Bu durumda, işlemin sahih olması için satıcının hangi para birimini kastettiğini belirtmesi gerekmektedir. Bunun karşın, piyasadaki değeri ve revacı eşit para birimlerinin vasfı zikredilmeden satışında, akitteki belirsizlik, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmamaktadır.³⁰⁵

³⁰² İbn Âbidîn, *Reddû 'l-muhtâr*, 4/529, 530.

³⁰³ Bu tabirin teknik ifadesi şu şekildedir: *Maksûd-u şer'îyyeti 'l-'akd*

³⁰⁴ Türk Borçlar Kanunu 99'uncu maddesine göre de ödeme mutlak anlamda memleket parası ile yapılacaktır. Hatta akit anında semen olarak yabancı bir para birimi kararlaştırılmış olmakla beraber “aynen ödeme” şeklinde ödemenin mutlak surette bu para birimiyle yapılacağına dair bir açıklama bulunmuyorsa ülke parasıyla da ödeme yapılabilir. bk. Aybakan, *Borçların İfası*, 74.

³⁰⁵ Kâsânî, *Bedâ'î'u 's-sanâî*, 6/605; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24.

Satış bedelinin belirsizlik olmasına rağmen akdin sahih kalmasını sağlayan hususlar şunlardır:

a-) Satış Bedeline İşaret Etmek:

İslam hukukunda, bedelin vasfının bilinmesi ile ilgili hükümler, semenin satıcı tarafından görülüp görülmemesiyle ilgilidir. Zira akit meclisi içerisinde bulunan ve kendisine işaret edilen bedel, mâlum sayılmaktadır.³⁰⁶ İşaretin cehâlet ve nizayı önleyen bir kural olduğu daha önce de ifade edilmişti. İşaret vasıtasıyla semene dair bilinmezliklerin nizaya varması önlenmiş olmaktadır. Mesela bir kişi, semenin miktarı bilinmezlik içeren; “Şu yığın karşılığında sattım.” veya müşterinin elinde görünür halde olup miktarı bilinmeyen; “Şu dirhemle sattım.” şeklinde bir işlem yapsa akit sahih ve bağlayıcıdır. Zira böyle bir tavsifte, belirsiz olan husus, yalnızca semenin vasfının meçhul oluşudur. İşaret, bu işlemdeki bilinmezliğin nizaya sebep olmasına engel olmaktadır. Bu durumda karşılıklı kabz, hemen akdin peşi sıra gerçekleşeceği için akde zarar vermemektedir. Çünkü böyle bir durumda, akdin vacibi olan teslim ve tesellüm zarar görmemektedir. Selem akdinde ise bunun aksi bir durum söz konusudur. Zira selemde, ivazlardan bir tanesinin vadeli olmasından dolayı cehâleti önlemek için işaret yeterli olmamaktadır. Burada ivazdan kastedilen, ribevî olmayan mallardır. Ribevî malların kendi cinsiyle değişiminde faiz şüphesine binaen miktar bilinmezliği akdi fesâda uğratmaktadır.³⁰⁷

b-) Örf:

Örf de satış bedelindeki belirsizliğin nizaya sebep olmasına engel olmaktadır. Akit meclisi içerisinde olmayan yahut kendisine işaret edilmeyen semenin cins ve niteliğinin bilinmemesi (altın, gümüş, TL...) yahut mislî veya kıyemî, vasfı bilinmeyen malların semen olarak gösterilmesi durumunda nizaya sebebiyet veren cehâlet söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte örf, akitte var olan cehâleti izale ediyorsa akit sahih kabul edilmektedir.³⁰⁸

³⁰⁶ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 5/298.

³⁰⁷ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24; Bâbertî, *el-İnâye*, 5/82; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/82, 83.

³⁰⁸ Güney, *Garar*, 225.

e. Bedelin İfâ Mekânının Bilinmemesi

Buğday gibi taşıma masrafı gerektiren ve vadeli olarak verilecek olan bir ayn olması durumunda, semenin teslim edileceği yerin belirtilmesi gerekmektedir. Mesela bir ton buğdayın semen olarak belirlenmesi durumunda, teslim edilecek yerin belirtilmemesi neticesinde, taraflar arasında ifâ mekânına dair anlaşmazlık çıkar. Fakat vadeli olup teslimi zahmet ve masraf gerektirmeyen, söz gelimi bir yüzüğün teslim edileceği yer belirtilmese de herhangi bir anlaşmazlık söz konusu olmamaktadır. Hatta müşteri malı satıcının istediği yerde teslim etmeyebilir. Nizanın çıkmaması, malın nakliye masrafı gerektirmemesiyle ilgilidir. Vadesiz olup teslimi zahmet gerektirmeyen bir malın başka bir yerde teslim edilmesi durumunda akit fâsid olmaktadır. Zira taraflardan birine fayda sağlayan şartlar, diğer tarafın buna itirazına, neticede de anlaşmazlığa sebep olmaktadır.³⁰⁹

B. Satış Akdi Şartlarına Benzeyen Akitler

Naslarda cehâlet ve gararla alakalı yasaklamalara bakıldığı zaman, hemen hepsinin müzâyakaya dayalı akitlerin başında gelen satış akdi üzerinden ifade edildiği görülmektedir. Çünkü yapılan işlemler içerisinde; düşmanlık, anlaşmazlık ve haksız mal yemenin yaygın ve belirgin bir şekilde cereyan ettiği işlem satış akdidir. Bu durum, gararlı satışların yasaklanması ve akıbeti belli olmayan meyvelerin satışının yasaklanması gibi pek çok örnekte karşımıza çıkmaktadır. Diğer muâvazalı akitlerde de satış akdinin bu özelliği mevcut olduğu için onlar da satış akdi gibi kabul edilerek satış akdinde garar ve cehâlet etkili olduğu gibi onlarda da etkili olduğu ifade edilmiştir.³¹⁰ Satış akdi gibi müzayakaya dayalı akitler şu şekildedir:

1. Sarf Akdi

İslâm hukukunda, paranın parayla değişildiği işlem olan sarf akdinde, faize düşülmemesi ve taraflar arasında anlaşmazlık çıkmamasına yönelik hassas ölçüler konulmuştur. Bunların birkaçına temas etmekte yarar vardır.

³⁰⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/235, 236.

³¹⁰ Darîr, *el-Garar*, 585.

Sarf akdinde, küsuratlı paralar söz konusu olduğunda dirhem yerine *fels* kelimesinin çoğulu olan *fûlûs*³¹¹ kullanılmaktadır. Bu bağlamda bir kişi, bir malı dirhem altıda birine (dânik) ya da on ikide birine (kîrât) denk gelecek fûlûs karşılığında satın alsa akit istihsânen sahihtir. Zira burada adedî olarak satılan fûlûsun miktarı tam olarak belirtilmemiştir. Bununla birlikte bu husustaki bilinmezlik, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Çünkü dirhem altıda biri olan fûlûs ifadesiyle insanların anladığı gümüş dirhem miktarı belli olup bölgeden bölgeye değişmemektedir. Bu durumda müşteri, aslında fûlûsun miktarını açıkça belirtmiş olmaktadır. Buna karşın toplumda bu ifadeden farklı dirhem miktarlarının anlaşılması durumunda böyle bir bilinmezlik nizaya sebep olacağı için akdi fesâda götürmektedir. İmam Züfer'in istişhadda bulunduğu, bir cariyeyi kölenin kıymetine satışı örneğindeki bilinmezlik buradakinden farklıdır. Zira kölenin kıymeti, kişiden kişiye değişkenlik göstereceği için bu bilinmezlik, nizaya sebep olmaktadır. Oysaki diğer örnekte toplum içerisinde dirhemden küçük para birimlerini dirhem belli bir oranı nispetinde fûlûs ile ifade etme örneğinde, fûlûsun karşılık geldiği dirhem miktarı insanlar arasında eşit olduğu için bir anlaşmazlık çıkmamaktadır.³¹²

Örf, pek çok işlemde olduğu gibi sarf akdinde de nizanın oluşumunu engellemektedir. Mesela, 10 dirhem bir dinar karşılığı değiştiği bir bölgede, dinar veya dirhem hangi cinsi olduğunun belirtilmemesi durumunda semen, o ülkede yaygın olarak kullanılan para birimine (gâlibi nakdi'l-beled), merî hukuktaki ifadesiyle memleket parasına hamledilir Zira bu yaygınlık, bu hususta örfün var olduğunu göstermektedir. Para birimlerinin maliyetleri farklı, revaçlarının eşit olması durumunda ise akit fâsid olmaktadır. Zira bu şekilde, bedelin mutlak olarak belirlenmesi durumunda müsemma meçhul kalacak ve bu bilinmezlik taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olacaktır. Çünkü böyle bir

³¹¹ Fûlûs, İslâmiyet'in ilk devirlerinden beri basılan bakır veya bronz paraya denmektedir.

³¹² Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/175; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/144; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/220; Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/122.

durumda, parayı bozdurmak isteyen kişi piyasa değeri en yüksek fiyata bozdurmak isterken parayı bozan kişi en düşük fiyata bozmak isteyecektir.³¹³

2. Selem Akdi

Selem, İslâm hukukunda ma'dûm malın satış yasağından istisna olarak ihtiyaca binaen sahih kabul edilen bir akittir. Satış akdinden sonra, insanlar arasında anlaşmazlığın en sık yaşanabileceği akdin selem olduğunu söylemek yanlış değildir. Selem akdinde, malın teslimi akitten sonraki bir zaman diliminde yapılacağı için muhtemel anlaşmazlıkları bertaraf etme adına akdin konusuna dair getirilen sıkı şartlar bunun göstergesidir.

Hanefîler'e göre selem akdinin rûknü, kurucu irade beyanlarıdır. Geçerlilik şartları ise karşılıklı bedellerin mütekavvim olması, belirlenmiş olması, re'sûlmâlin peşin, müslemün fîhin mevcut, îfâ zamanı ile îfâ mekânının mâlum olması ve akdin ribâyâ yol açmamasıdır.³¹⁴ Selemle ilgili şartların tespit ve tayininde nizayı önleme amacının güdüldüğü, dolayısıyla şartların tayininde nizayı önleme ilkesinin önemli rol oynadığı ifade edilebilir.

Selem akdinde nizanın çıkmaması gerekli şartlar şöyle sıralanabilir:

a-) Müslemün Fîhin Malum Olması:

Selem akdinde, akdin tarafları arasında anlaşmazlığın çıkmaması için müslemün fîhin yani akde konu olan malın bilinmesi önem arz etmektedir. Bunun için; müslemün fîhin cins, tür, vasıf ve miktar yönünden (keylî, veznî, adedî) belirlenmesi gerekmektedir. Bu unsurlardaki fâhiş derecedeki bilinmezlikler, nizaya sebep olmaktadır. Nitekim Peygamberimiz'in selemle ilgili, "Sizden kim

³¹³ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/18.

³¹⁴ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/126; Ebû Hanîfe'ye göre selem için şu yedi şartı sağlaması gerekmektedir/Seleme konu olan malın; cinsinin, nevînin, vasfının, miktarının, îfâ zamanının, keylî ve veznî olması durumunda re'sûlmâlin miktarının, taşıma masrafı gerektiren mal olması durumunda da îfâ mekânının belirtilmiş olması gerekmektedir. Son iki şart dışındakilerin şart oluşu noktasında İmâmeyn de Ebû Hanîfe ile aynı görüştedir. bk. Merginânî, *el-Hidâye*, 2/74, 75; Aynî, *el-Binâye*, 8/346, 347; Bilal Aybakan, "Selem", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2009), 34/403, 404, 405 .

selem yaparsa belli bir ölçü, belli bir kilo ve belli bir vadeye göre selem yapsın.”³¹⁵ buyruğu, akitteki belirsizliği kaldırmaya yöneliktir.

Selem akdinin, özellikleri belirtilmeyen bir mal, mesela buğday üzerine yapılması durumunda, akitle ilgili belirsizlikler şu şekilde giderilir: “Bir tahıl ile selem yaptım.” değil, “Bir buğdayla selem yaptım.” demekle cins bilinmezliğinin, “Karakılçık buğdayı” demekle nev‘i bilinmezliğinin, “İyi kalitede Siyez buğdayı” demekle vasıf bilinmezliğinin, “5 kilo kaliteli Siyez buğdayı” demekle miktar bilinmezliğinin önüne geçilmiş olur.³¹⁶ Çünkü selem akdinde müşteri, alacağı eşyanın nasıl olacağını bilmek isterken satıcı düşük kalitede bir malı vermek ister. Bu hususlarda belirsizlik olması halinde, taraflardan her biri diğerine karşı akitteki belirsizliğin kaynağı olan mutlak ifadeyi delil gösterir.

b-) Müslemün Fîhin Vasıflarının Belirlenebilir Olması:

Selem akdinde,³¹⁷ özellikleri ve miktarı anlatmakla malum hale gelmeyen mallardaki bilinmezlik nizaya sebep olacağı için bunlarla selem yapmak caiz değildir. Vasfı ve miktarı tespit edilebilir her maldaki bilinmezlik, nizaya sebep olmadığı için selem akdine konu olabilmektedir. Zira selem akdi bir borç ilişkisi³¹⁸ olduğu için akdin konusu ancak tavsif edilerek belirli hale gelmektedir.³¹⁹ Bu bağlamda keylî, veznî ve adediyyât-ı mütekâribe malların selem akdine konu olması sahihtir. Çünkü bu malların miktarları mâlum olup vasıfları tespit edilebilmektedir. Ayrıca bunların birimleri arasındaki farklara örfen itibar edilmemiştir. Mesela adedî mütekârib mal kapsamında olan ceviz ya da yumurtanın selem akdine konu olmasında, “iyisinden” ya da “Orta kalitede Şebinkarahisar cevizinden 10 kilo sattım.” şeklinde özelliği belirtildikten sonra, cevizlerin arasında bazılarının küçük bazılarının büyük olması, akde bir zarar vermemektedir. Çünkü insanlar, cevizin birimleri arasındaki farklılığı örfen

³¹⁵ Buhâri, “Selem”, 1, 2, 7.

³¹⁶ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâi’*, 7/126.

³¹⁷ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/34.

³¹⁸ *المُسْلَمُ فِيهِ دَيْنٌ حَقِيقَةٌ وَالَّذِينَ يُعْرِفُ بِالْوَصْفِ* bk. Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâi’*, 7/135; Aynî, *el-Binâye*, 8/373; Aybakan, “Selem”, 34/403.

³¹⁹ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/78; Zeylâî, *Tebyînü’l-hakâik*, 4/111; Haddâd, *el-Cevhere*, 1/220.

dikkate almamışlar, bundan dolayı bir anlaşmazlık da çıkmamıştır. Ebû Hanîfe, deve kuşu yumurtasını, birimleri arasında ürünün maliyetine etki edecek derecede farklar bulunduğu için bundan istisna etmiştir. Buna karşın, karpuz ve narın birimleri arasındaki farklar, insanlar arasında anlaşmazlığa sebep olacak düzeydedir.³²⁰ Bu mallar, adedî olarak da keylî olarak da selem akdine konu olabilmektedir. İmam Züfer, iki duruma da karşı çıkmıştır. Adedî olarak selem akdine konu olamamalarını, bunların birimleri arasındaki farklılığın az da olsa teslim hususunda nizaya sebep olmasıyla ilişkilendirmiştir. Hanefî mezhebinin diğer imamlarının selem akdinin sıhhati hususunda esas aldığı ölçü, miktarının bilinip vasfının tespit edilebilir olmasıdır. Bu özellik ise bahsedilen mallarda mümkün olduğu için oluşabilecek anlaşmazlıkların önüne geçmektedir.³²¹

c-) Müslemün Fîhin Kıyemî/Adediyyât-ı Mütেকâribe Olmaması:

Müslemün fîhin keylî, veznî, zirâî ve adediyyât-ı mütেকâribe mallardan olması gerekmektedir. Bunun bir sonucu olarak adedî mütefâvit ve kıyemî mallarla selem yapılamaz. Zira mal vasfedilmekle bunların cinsi, nev'î ve miktarına dair belirsizlikler ortadan kalkmamaktadır. Hayvanlar, hayvan derileri, hayvan uzuvları, karpuz, nar, acur, yakut ve inci gibi ürünler buna örnek olarak gösterilebilir. Bu ürünlerin birimleri arasında ciddi farklılıklar olduğu için vasfedilmekle tam olarak kavranamamaktadır.³²² Dolayısıyla cinsini, vasfını, nev'ini ve miktarını beyan ettikten sonra bile hala anlaşmazlığa sebep olabilecek belirsiz hususlar söz konusu olabilmektedir.³²³

Kural olarak, kıyemî mallar selem akdine konu olamamakla birlikte, vasfetmekle akde konu olacak maldaki belirsizliğin nizaya sebebiyet vermeyecek bir şekilde ortadan kalkması durumunda, kıyemî mallarla da selem yapmak

³²⁰ Nar ile karpuzun çekişmeye sebep olma hususunda cevizden farklı olmasının sebebi, cevizlerin kütle olarak farklı olmaları, bunların lezzetine tesir eden bir husus değilken karpuz ve narda bu farklılığın lezzete etki yapması mümkün olabilir. Bu ihtimalle bağlantılı asıl önemli sebepten cevizin küçüğü ile büyüğü arasındaki farklılıklar fiyata etki yapmazken diğerlerinde boyut farklılığı fiyata etki yapmaktadır.

³²¹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/12; Şelebî, *Hâşiye 'ale't-Tebyîni'l-hakâik*, 4/111.

³²² Bu tabirin teknik ifadesi şu şekildedir: *Lâ yümkinu zabtuhâ bi'l-vasfî*.

³²³ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/128; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/37; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-fâik*, 3/497.

sahihtir. Çünkü selem akdi, ihtiyaca binaen meşru kılınmış bir borç ilişkisidir. Nitekim Kur'ân-ı Kerim'in borçların yazımıyla ilgili hükmünde,³²⁴ borç ifadesi genel (mutlak) anlam ifade etmektedir. Bu bağlamda, borçların yazımıyla ilgili genel emir, zirâ ile ölçülen ve adedî malları da kapsamaktadır. Burada, zirâ ile ölçülen malların veresiye satışına bir gönderme vardır. Bununla birlikte, kıyemî mallardaki farklılık asgariye indirilmeye çalışılmıştır. Mesela eski zamanlarda kıyemî kabul edilen kumaş ve kilim gibi zirâ ile satılan mallar; en, boy ve bazı kumaşlarda da ağırlıkları belirtilerek seleme konu olabilmektedir. Çünkü aynı tarzda dokunmuş, kaç zirâ olduğu, cinsi ve “Şam işi” gibi işçilik tarzı (san'at) bayan edilen iki kumaş arasındaki farklılık az olduğu için örf, bunu dikkate almamaktadır. Böyle bir işleminden dolayı anlaşmazlık da çıkmamaktadır. Bu durum genel kuralın aksine olan bir husustur.³²⁵ Şöyle ki eni ve boyu belirtildikten sonra, altın-gümüş işli ve kabartmalı bir kumaş çeşidi olan brokar kumaş (dîbâc) ve ipek, akitte oluşabilecek nizayı tam anlamıyla önleyememektedir. Zira bunların kıymeti, ağırlıklarına göre de değişmektedir. Bu durum, kumaşın ölçüleri dışında başka hususların belirsizliğine, o da taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olacağı manasına gelmektedir. Zira her akdin kendi ruhuna uygun olarak beyan edilmesi gereken yönleri vardır. Hangi hususun belirtilmesi gerektiği, anlaşmazlığın çıkıp çıkmamasına göre değişiklik göstermektedir. Mesela, ipeğin hafif olanı makbulken üzerinde bulundurduğu kıymetli madenden ötürü, dîbâcın ağır olanı daha kıymetlidir. Burada anlaşmazlığın çıkıp çıkmamasında belirleyici olan husus, toplumun bu mallara atfettikleri değerdir. Dolayısıyla ağırlığın az ya da çok olmasının kıymete etkisi örf'e göre değişmektedir. Bu bağlamda İbnü'l-Hümâm, Anadolu'da ipekle ilgili örfün, Merginânî'nin memleketi olan Mâverâünnehir'den farklı olduğunu, Kemha³²⁶ denilen ipekli kumaşın ağırlığı artıkça kıymetinin de artacağını³²⁷ ifade etmiştir.³²⁸

³²⁴ Ayetin metni şu şekildedir: وَلَا تُسَامُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ “Onların küçük ya da büyük, vadesini yazma hususunda üşenmeyin.” el-Bakara, 2/282

³²⁵ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/128; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/78; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/171; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/598.

³²⁶ Şerife Sezgin-Nesrin Önlü, “Osmanlı Klasik Dönem İpekli Kumaşları”, *Tekstil ve Mühendis*, 43-44 (t.y.): 49; Kemha: Kaftan yapımında kullanılan bir ipek çeşididir. Kemhanın çözgüsü ve

Kıyemî olup selem akdine konu olan şeylerden bir tanesi de el yapımı toprak tencere, bakır güğüm, deri mest gibi mallardır. Bu şekilde kıyemî mal kategorisine giren birçok şeyin tavsif edilmekle nizaya sebep olmadan anlaşılması mümkün oluyorsa bunların selem akdine konu olması sahihtir.³²⁹ Bundan dolayı selem akdinde müslümün fihin vasfı ve miktarının tespiti mümkün mallardan olması gerekmektedir. Bu şekilde, özellikleri ya da miktarı anlatıldıktan (vasf) sonra geride birimler arasında az farklılıklar kalmaktadır.

Selem akdinin yapılamadığı kıyemî mallar şunlardır:

1-) Hayvan Üzerine Selem:

Hanefî mezhebine göre, hayvan üzerine selem akdi yapılamaz.³³⁰ Zira Hz. Peygamber'in bu konuyla ilgili buyruğu vardır.³³¹ Şâfiî mezhebindeyse cinsi,

atkısı ipek, deseni yapan takviye atkısında ayrıca gümüş veya altın alaşımlı telle çok sık dokunmuş ipekli bir kumaştır. bk. Kevser Gürcan Yardımcı, "Osmanlı Dönemi Dokuma Sanatı Ürünlerinden Örnekler", *International Journal of Cultural and Social Studies* 2/1 (2016): 10.

³²⁷ "Bâyezid II.'ye âit olan uzun kollu bu üst kaftanının kumaşı, ağır altunlu kemhâ nev'inden hakîkaten emsalsiz ve şâheserdir." (Tahsin Öz). bk. "Kemhâ", *Kubbealtı Lügatı*, erişim: 06 Şubat 2020, <http://www.lugatim.com/s/kemha>.

³²⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/325. Kanaatimizce bu yorum hatalı olup bu kumaş türünün ağırlığının artması, ipeği ile alakalı bir husus değil, dokumasında altın ve gümüş kullanılmasıyla ilgilidir. Kemha kumaşı daha çok dibâca benzemektedir. Kıymeti artsın ya da artmasın nizanın önlenmesi için bunun ağırlığının belirtilmesi gerekmektedir.

³²⁹ فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَحْصُلُ تَمَامَ مَعْرِفَتِهِ بِالْوَصْفِ، بَأَن لَمْ تَبْقَ فِيهِ جِهَالَةٌ مَقْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ جَازَ السَّلَامُ فِيهِ، وَإِلَّا فَلَا. *Kâsânî, Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/135.

³³⁰ Hayvanların selem akdine konu olması, Cumhur ve Hanefîler arasında tartışma konusudur. İmam Şâfiî, hayvanın selem akdine konu olmasını sahih kabul etmektedir. Zira ona göre akdin sahih oluşuna engel olan müslümün fih, yani hayvan hususundaki cehâlettir. Bu belirsizlik de hayvanın cinsi, nevi, vasfı ve yaşı beyan edilerek giderilmektedir. Bu şekilde hayvanın özellikleri, yani anlaşılır (mazbût) hale gelmekte, geride kalan farklılıklar ise dikkate alınmamaktadır. Ayrıca hayvanın nikâh akdi gibi akitlerde zimmette borç olarak sabit kalması mümkündür. Cumhurun aksine Hanefîler'e göre ise burada her ne kadar cehâletin izalesine yönelik; cins, nevi, vasf ve miktar gibi hususlar beyan edilse de cehâlet halen varlık gösterdiği için akdin sıhhatinin temin edilememesi durumu söz konusudur. Mesela atın selem akdine konu olması düşünüldüğünde, atlar arasında ekonomik değer açısından ciddi farklar vardır. Bu da akdin sıhhatine manidir. Hayvanların mehir olarak tesmiye edilmesine gelince, satış akdinin aksine bir mehir bedeli tesmiye olunmadan da nikâh akdi sahihtir. Böyle bir durumda mehr-i misil takdir edilmektedir. bk. *Kâsânî, Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/128, 129.

nev'i, vasfı ve miktarı belirtildikten sonra geride kalan farklılıkların az olmasından dolayı hayvan üzerine selem yapmak sahihtir. Çünkü siparişi verilecek hayvanın bu özellikleri zikredilse bile geride hayvanın maliyetini etkileyerek anlaşmazlığa sebep olacak farklar kalmaktadır.³³² Zira telef olması durumunda hayvan, mislî ile tazmin edilemediği gibi onun mal olan başka bir şey karşılığında zimmette borç olarak sabit kalması da sahih değildir. Çünkü zimmette borç olarak sabit olan, mesela hayvanın tazmin edilmesi gereken durumlarda, eksik veya fazla değil; mislî ile tazmin edilmesi gerekmektedir. Telef olması durumunda mislî ile tazmin yapılamaması, malın teslim zamanında tarafların anlaşmazlığa düşmesine sebep olacaktır. Zira cinsi, vasfı ve türü aynı olan iki hayvanın duruşu ve güzelliği gibi etkenlerden dolayı fiyatları farklı olabilmektedir.³³³

2-) Et Üzerine Selem:

Özellikleri belirtilmeden mutlak olarak et üzerine selem akdi yapmak, Ebû Hanîfe'den rivayet edilen zâhir görüşe göre sahih değildir. Kerhî'nin Ebû Hanîfe'den rivayet ettiği diğer görüşe göre ise etin kemikten ayrılması durumunda işlem sahih kabul edilmektedir. Buna karşın İmâmeyn, etin selem akdine konu olması durumunda; hayvanın cinsinin, nev'inin, yaşının, etin hangi bölgeden verileceğinin, kalitesinin ve miktarının belirtilmesi ile nizanın önüne geçilebileceği için akdi sahih kabul etmiştir. Mesela et; “kısır, iki yaşını doldurmuş güzel bir hayvanın eti” şeklinde tarif edilmelidir. Ebû Hanîfe bu beyanların etler için temel belirleyici iki kıstas olan, etin yağlı olup olmaması ve kemikli olup olmaması hususundaki belirsizliği, dolayısıyla bundan kaynaklanacak olan nizayı ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir. Çünkü bir hayvanın etinin yağ oranı mevsimlere göre değişmektedir. Etin içindeki kemik miktarı da bilinmemektedir. Bu durumda müşteri kemiğin etten ayrıştırılarak

³³¹ bk. Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh Hâkim en-Nîsâbü'rî, *el-Müstedrek 'ale's-Sahîhayn*, thk. Mustafa Abdülkadîr 'Atâ (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1411), 2/65.

³³² Merginânî, *el-Hidâye*, 2/72.

³³³ Burhaneddîn el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/73.

kendisine teslim edilmesini isterken satıcı da araya kemikli kısımlardan karıştırmak isteyecek ve anlaşmazlık çıkacaktır. Kâsânî bu görüşün daha sahih olduğunu ifade ederek Kerhî'nin aktardığı görüş doğrultusunda, etteki cehâlet kemiksiz olma yönünden giderilse bile etin yağlı olup olmaması hususu meçhul olduğunu, dolayısıyla niza ihtimalinin ortadan kalkmadığını savunmuştur.³³⁴

3-) *Balıketi Üzerine Selem:*

Balıketinin selem akdine konu olması hususunda Hanefî mezhebinin görüşü, taze veya tuzlanmış balıkların veznî olarak ve türü belirtilerek selem akdine konu olabileceği yönündedir. Çünkü bu şekildeki balıkların miktarı ve vasfı tespit edilebilmektedir. Küçük balıkların ise adedî olarak selem akdine konu olmaları sahih değildir. Ebû Hanîfe ise küçük balığın da ele geçirilip türü (nev'î) belirtildikten sonra, taze veya salamura olsun, keylî ve veznî olarak da seleme konu olmasını sahih görmüştür. Zira etin selem akdine konu olmasındaki anlaşmazlık durumu, küçük balıkta ortadan kalkmaktadır. Çünkü bunların kemikli-kemiksiz ve yağlı-yağsız olması açısından nizaya sevk edici bir yönü bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere, Ebû Hanîfe akdin sıhhati hususunda nizanın çıkıp çıkmamasını dikkate almıştır.

Büyük balık konusunda Ebû Hanîfe'den iki görüş rivâyet edilmiştir. Birinci görüşte, kırmızı ete kıyas edilerek büyük balığın seleme konu olması sahihtir. Diğer görüşte, büyük iki balığın etleri arasındaki yağlılık ve kemik oranındaki farklılık az, yani cehâlet-i yesîre kabul edildiği için büyük balığın seleme konu olması sahihtir. İmâmeyn ise büyükbaş hayvan etindeki görüşünün aksine, balıketi üzerine selem yapılmayacağını savunmuştur. Çünkü onlara göre etin hayvanın hangi bölgesinden olduğunu belirtmek, akdin sıhhat şartıdır. Bunun balıketinde olmadığı düşünüldüğünde akit fâsid olmaktadır. Çünkü bu durum, derisi yüzülmemiş bir hayvan üzerine selem yapmaya benzemektedir. Mezhepte müftâbih olan görüşe göre, nizaya sebep olmayacak şekilde miktarı ve gerekli

³³⁴ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/138, 139; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/73; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/113; Şelebî, *Hâşiye 'ale't-Tebyîni'l-hakâik*, 4/113.

vasıfları tayin edilen, diğer et çeşitleri ve sebzeler üzerine de selem akdi yapılabilmektedir.³³⁵

4-) İnek/Koyun Kuyruğu ve İç Yağı Üzerine Selem:

İnek ve koyun gibi hayvanların kuyruğu ve iç yağının veznî olarak selem akdine konu olması sahihtir. Zira hayvanların bu bölümleri yağlı olup olmama hususunda farklı değil ya da küçük farklara sahiptir. Dolayısıyla ağırlığı belli olan, iki iç yağı ya da kuyruk yağı arasında anlaşmazlığa sebep olacak derecede bir farklılık bulunmamaktadır.³³⁶ Ebû Hanîfe'nin akitlerde niza çıkma ihtimali hususundaki hassasiyeti dikkate alındığında, günümüzde kasaplarda satılan hayvan etlerinin bölümlere ayrılıp satılmasından hareketle bunlar üzerinde selem yapmanın sahih olduğu söylenebilir. Zira 2 kilo inek antrikotu başka bir hayvandan çıkan 2 kilo antrikota göre nizaya sebep olacak şekilde farklılıklar içermemektedir. Ya da 1 kilo tavuk butu ile diğer 1 kilo tavu butu arasında ciddi farklar yoktur.

5-) Hayvanın Başı, İnciği, Derisi ve Yünü Üzerine Selem:

Hayvanların başı, inciği³³⁷ ve derisi üzerine selem yapmak sahih değildir. Zira bunlar, dört ölçü birimiyle satılan mallardan değil, adediyyât-ı mütefâvite mal kapsamındadır. Dört birimden biriyle ölçülemedikleri için de bunların selem akdine konu olmaları sahih değildir. Çünkü insanlar, bunların birbirlerinden farklı oluşunu dikkate aldıkları için burada anlaşmazlık kaçınılmazdır. Mesela, hayvan derileri önceleri veznî değil, adedî olarak satılıyordu. Bu durum, taraflar arasında nizaya sebep olacağı için hayvan derilerinin adedî olarak selem akdine konu olması sahih kabul edilmemiştir. Veznî olarak satılmaları ise nizaya engel olacağı için bu durum sahih kabul edilmiştir.³³⁸

³³⁵ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâi'*, 7/138; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/73; Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/112.

³³⁶ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâi'*, 7/138.

³³⁷ İncik, koyunun dizi ile paçası arasındaki ete denmektedir. Arapçası كُراع، ق. كُراع/كُواع şeklindedir.

³³⁸ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/73; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/80; Mevslî, *el-İhtiyâr*, 2/37.

Koyun veya keçi yününün veznî olarak selem akdine konu olması durumunda, yünün hayvan sırtında iken satışı sahih olmadığı gibi selem akdine konu olması da sahih değildir. Bununla birlikte, bu yünler hayvandan ayrılmış bir şekildeyken veznî olarak seleme konu olabilir. Çünkü hayvanın sırtındayken teslim anına kadar hayvanın helak olma ve malın teslim edilememe durumları söz konusudur.³³⁹

d- Müslemün Fihin Miktarının Bilinmesi:

Selem akdinde mal, akitten sonraki bir zaman diliminde teslim edileceği için akdin konusunun miktar açısından bilinmemesi nizaya sebep olan hususların başında gelmektedir. Zira selem akdinde amaç, kâr elde etmektir (istirbâh). Bu da ancak maliyetin ne kadar olduğu bilinmekle gerçekleşir. Bir malın maliyeti onun; cinsi, nev'î, vasfı ve miktarına göre değişiklik gösterdiği için bu hususların belirsiz oluşu, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır.³⁴⁰ Zira vasfı ve miktarı belirlenebilen her şey, selem akdine konu olabilmektedir. Çünkü böyle bir durumda niza söz konusu olmamaktadır. Aksi durumda ise anlaşmazlık çıkacağı için akit fâsid olmaktadır.³⁴¹

Müslemün fihin miktarının belirsizliğinden kaynaklanan bazı işlemler şu şekildedir:

a-) Müslemün Fihin Ölçüldüğü Aletin Ölçüsünün Bilinmemesinden Kaynaklanan Belirsizlik:

Selem akdinin konusunun miktar açısından belli olması ve ölçümün yapıldığı ölçeğin toplumda bilinmesi gerekmektedir. Selem yapılacak malın uzunluğu, ağırlığı ve hacmi bilinmeyen cisimlerle müslemün fihin belirlenmesi anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Bu hususların beyan edilmemesi durumunda taraflar arasında anlaşmazlık çıkmaktadır.³⁴² Mesela, “Bu taşla selem yaptım.” dense fakat taşın ağırlığı bilinmese veya “Bu kapla selem yaptım.” denip kabın

³³⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/174; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/125.

³⁴⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/124, 125; Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 2/11; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/7.

³⁴¹ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/34; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 5/209.

³⁴² Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 2/11; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/37.

hacmi bilinmese ya da “elinin zirâsı” ile denilip elin zirâsı bilinmese akdin konusunda nizaya sebep olan bir cehâlet söz konusu olmuş olur. Çünkü bu ölçü aletlerinin kaybolması durumunda anlaşmazlık kaçınılmazdır.³⁴³ Hasan b. Ziyad’ın (ö. 204/819), Ebû Hanîfe’den yaptığı rivâyete göre, bu şekilde bilinmezlik içeren nesnelerle ölçü tayin etmek satış akdinde de sahih değildir. Zâhirü’r-rivâye görüşüne göre ise sahihtir. Ebû Yûsuf, Ebû Hanîfe’nin bu hususu sahih görmediği yönündeki ilk görüşünden döndüğünü aktarmaktadır. Zâhirü’r-rivâyeden gelen görüşte, satış akdinde teslimin akdin akabinde gerçekleşmesinden dolayı bu işlemin sahih olduğu görülmektedir. Ebû Hanîfe’nin ilk görüşüne göre ise keylî, veznî ve adediyyât-ı mütekâribelerin satışında, miktarın bilinmesi şart olduğu için bu akit fâsid olmaktadır. Burada Kâsânî de Ebû Hanîfe’nin zâhirü’r-rivâye görüşünü esas alarak akdi sahih kabul etmiştir. Zira selem konusunun başında işlendiği üzere, buradaki bilinmezlik nizaya varacak ölçüde değildir. Çünkü keylî, veznî ve adediyyât-ı mütekâribelerin miktar olarak bilinmesi şartı bizatihi değil, akdin mahallinin nizaya sebep olacak bilinmezliklerden korumak içindir. Buradaki cehâlet ise nizaya sevk edecek oranda değildir. Çünkü satışa konu olan keylî ürün, hemen meclis içerisinde tartılarak (keylî olarak) bilinmezlik giderilebilir.³⁴⁴ Görüldüğü üzere, Kâsânî’nin Ebû Hanîfe’den gelen zâhir görüşü kabul etmesinin altında yatan sebep, niza ilkesidir. Çünkü ismi geçen ölçülerle bir ürün satmak, her ne kadar bir bilinmezlik barındırsa da satış akdinde teslim, akdin hemen akabinde gerçekleşeceği için meclis içerisinde mebî’in tartılmasıyla anlaşmazlığın önüne geçilebilmektedir.

Müslemün fihin tuğla gibi mal üretim siparişi olması durumunda, üretilecek ürünün miktarı ve ürünün yapılacağı alet belli olduktan sonra akdin konusunun kerpiç ve tuğla olarak belirlenmesinde bir sakınca yoktur. Bunun için kerpiç ve tuğla yapılacak aletin, yani kalıbın vasfının bilinmesi nizanın önüne geçme konusunda yeterlidir. Bu belirleme ile geride kalan birimler arasındaki farklar adediyyât-ı mütekâribe kabilinden olmaktadır. Zira bunların birimleri

³⁴³ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24, 25, 74; Zeylâî, *Tebyînü’l-hakâik*, 4/114; Haddâd, *el-Cevhere*, 1/218.

³⁴⁴ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi*, 7/125, 126.

arasında anlaşmazlığa sebep olacak derecede bir farklılık yoktur. Aynı şekilde zirâ ile satılan malların kaç zira olduğu, vasfı ve yapılacak işin türü (sanat) belli olduktan sonra selem akdine konu olmasında bir engel bulunmamaktadır.³⁴⁵

b-) Müslemün Fîhin Ölçüleceği Aletin Kaybolmasından Kaynaklanan Belirsizlik:

Müslemün fihin miktarının teslim anında tespit edilememesi anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Bundan dolayı, selem akdine konu olan malın miktarı; keylî, veznî ve adedî mallardan olup bu malları ölçecek aletler (kîle), hacimleri bilinmeyen standart dışı ölçeklerden olması durumunda, bunların kaybolmayacağından emin olunmalıdır. Emin olunamıyorsa bu akit fâsid olur. Zira bu işlemde malın teslimi, sonradan gerçekleşeceği için teslim anında ölçüm aletinin kaybolmasından dolayı anlaşmazlık çıkabilmektedir. Dolayısıyla bu özelliğe sahip aletler, akdin in'ikad ve sıhhat şartı olan, "teslim edilebilir olma" vasfına zarar vermektedir Satış akdindeki durum ise bunun aksinedir. Çünkü alışverişte teslim, akdin hemen akabinde gerçekleşmektedir. Böyle bir durumda, kısa sürede bu aletlerin kaybolma ihtimali bulunmamakta³⁴⁶ ya da nadir görülmektedir. Fıkıhta kural olarak nadir olarak görülen şeyler, yok hükmünde kabul edilmektedir.³⁴⁷

c-) Müslemün Fîhin Ölçüldüğü Aletin Standart Bir Ölçü Vermemesinden Kaynaklanan Belirsizlik:

Müslemün fihin miktarına dair belirsizliklerden bir tanesi de yonca ve odunla selem yapmadır. Çünkü eski zamanlarda bunlar veznî olarak değil, yonca demet, odun da yük şeklinde satılmaktaydı. Bu haliyle akdin konusunun; en, boy ve yükseklikleri, dolayısıyla miktarları belli olmadığı için demetten demete yoncanın, yükten yüke de odunun miktarı farklılaşmaktaydı. Bu durum, taraflar arasında nizaya sebep olacağı için sözü edilen mallar üzerine yapılan selem akdi

³⁴⁵ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/111, 112; Haddâd, *el-Cevhere*, 1/220; Aynî, *el-Binâye*, 8/371.

³⁴⁶ Bâbertî, *el-İnâye*, 5/336; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/336.

³⁴⁷ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/125, 126; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/114; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, 2/147.

fâsid kabul edilmiştir. Zira böyle bir durumda, her bir balyanın veya her bir yükün ağırlığı diğerinden farklı olmaktadır.³⁴⁸ Buna karşın, bu malların kilogram ile veya demeti/balyayı saran ipin uzunluğu belirtmek suretiyle satışında, teslim ve tesellüm konusunda nizanın çıkmayacağından emin olunabilecek bir şekilde selem yapılırsa akit sahih kabul edilir. Ancak şu kadar var ki ipin uzunluğu, yükteki ya da demetteki malın miktarını tespitte tam olarak imkân vermeyen dikensi bir bitki ise bu durumda da bir anlaşmazlık söz konusu olabilmektedir.³⁴⁹ Durum böyle olmakla birlikte, bu konuda toplumda bir örfün olması anlaşmazlığa engel olmaktadır. İbnü'l-Hümâm ve İbn Nüceym, kendi bölgelerinde bazı odunların veznî olarak satıldığını, bu şekilde ağırlığı belirtilmek sûretiyle selem bahsedilen malların hepsinde sahih olduğunu belirtmekte ve bunun en doğru ve sağlıklı yöntem olduğunu ilave etmektedir.³⁵⁰ Bu hassas ayrımlar, Hanefî mezhebinde nizanın önlenmesine ne kadar ehemmiyet verildiğini göstermektedir.

Ölçüm aletinin standart bir ölçü vermediği işlemlerden biri de selem akdinin konusunu ölçüleceği aletlerin daralan veya esneyen nesnelerden olmasıdır. Zira ölçüm aletlerinin bu şekilde olması durumunda, esas alınacak belli bir hacimleri olmamakta, içine alacağı miktar duruma göre değişebilmektedir. Mesela, baskı ile büzüştüğü ve içine alacağı miktar azaldığı için deri kaplar ve küfeler, müslemün fihin miktarı hususunda nizaya sebep olmaktadır. Ahşap ve metal kapların içine aldığı miktar ise değişmediği için anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Günümüzde kimi zaman karşılaşılan, sokak sütleri gibi sıvıların ezik plastik bidonlara koyulması neticesinde kapların içine aldığı süt miktarı azalmaktadır. Bununla birlikte bu durum, anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Su kırbaları da deriden olduğu için içine alacağı su miktarı değişebilmekte, buna

³⁴⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/160; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/73; Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/99.

³⁴⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/131; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/73; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/78; Aynî, *el-Binâye*, 8/327; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, 2/195.

³⁵⁰ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/331; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/171.

karşın bu hususta örfün bulunması, belirsizliğin nizaya sebep olmasının önüne geçmektedir.³⁵¹

Satış sözleşmelerinin aksine, selem akdinde malın cinsinin bilinip miktarının bilinmemesi durumunda oluşacak anlaşmazlıkların önlenmesi için satılan mala işaret edilmesi yeterli olmamaktadır. Şöyle ki ribevî malların selem akdinde peşin bedeli oluşturması durumunda, faize düşme ihtimalinden dolayı bu mallara işaret etmek, bunların miktar ve vasfına dair belirsizlikleri önleyememektedir. Zira kendisine işaret edilen malın selem akdinde peşin bedeli oluşturması durumunda akit ikâle yoluyla feshedilirse müşteri aldığı mebî'î satıcıya vermesi gerekmektedir. Malda bilinmezlik söz konusu ise bu mümkün olmamaktadır.³⁵²

d-) Re'sülmâlin Belirsiz Olması:

Selem akdinde nizanın çıkmaması için belirlenmesi gereken hususlardan biri de re'sülmâldir. Re'sülmâlin cins, nev'î ve vasıf yönünden belirsiz olması, taraflar arasında nizaya sebep olacağı için akdi ifsâd etmektedir. Bundan dolayı peşin ödenen bedelin; altın, gümüş veya TL cinsinden mi olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Satış akdinde belirtildiği üzere, Dolar ve yerel para biriminin aynı anda tedavülde olduğu bir bölgede yapılan selem akdinde, paranın çeşidini belirlemek gerekmektedir. Yüksek değerli para, düşük değerli para gibi aynı çeşit paralar arasında nitelik farkı varsa bu da belirlenmelidir.³⁵³ Dolayısıyla bu hususların anlaşmazlığa sebebiyet vermemesi için muayyen olması şarttır.

Resü'lmâlin miktarının bilinmesi, akdin keylî, veznî ve adediyyât-ı mütekâribe gibi, birimlerinin birbirlerine mümâsil olduğu ve ölçülmeye konu olan şeylere taalluk etmesi durumunda şarttır. Ebû Hanîfe, Süfyan es-Sevrî ve İmam Şâfiî'den rivayet edilen bir görüş bu yöndedir. İmam Şâfiî'nin diğer kavli ve İmâmeyn'e göre ise bahsi geçen yerlerde miktarın bilinmesi şart olmayıp işaret, bunun için yeterli olmaktadır. Akdin mahalli, zirâ ile ölçülen ya da adediyyât-ı

³⁵¹ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/37; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/114; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/173.

³⁵² Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/199, 214 bk. (Mecelle, md. 201, 217) .

³⁵³ Şevket Topal, *İslâm Hukukunda Satış Akdi ve Mülkiyet* (Rize: STS Yay., 2014), 68.

mütefâvite gibi, birimleri arasında ciddi farklılıklar olan mallardan ise re'sülmâlin bilinmesinin şart olmayışı icmâya dayanmaktadır. Böyle durumlarda, işaretle yetinilmektedir. İmâmeyn delil olarak, aslolanın re'sülmâlin tayin edilmiş olması olduğunu, bunun da işaretle sağlanacağını öne sürmüştür. Ebû Hanîfe'ye göre ise re'sülmâldeki bilinmezlik, selem akdinin konusunun da bilinmemesine yol açar ki bu da akdi ifsâd etmektedir. Mesela dirhemler içerisinde diğer madenlerle karışık olan (zeyf) ya da başkasının hakkı olan bir para (müstehak) olması durumunda, müşteri paraları iade ettiği mecliste sağlamlarıyla değiştirmese veya paraya hak sahibi olan kişi akde icazet vermezse geri verilen miktar veya başkasının hakkı olan miktara tekabül eden müslemün fîhe dair belirsizlik oluşmaktadır. Ayrıca geriye müşterinin elinde kalan sağlam paranın miktarı bilinmemekte ve bu paranın tekabül ettiği müslemün fîh meçhul olduğu için anlaşmazlığın çıkması kaçınılmazdır. Bundan dolayı keylî ürünlerde ölçüsü bilinmeyen bir kapla selem yapmak sahih değildir. Zira teslim anına kadar kap kaybolabileceği için müslemün fîhin miktarı meçhul kalacaktır.³⁵⁴

e-) İfâ Zamanını Belli Olması:

Selem akdinde teslim anı olan vadenin oluşabilecek nizaları ortadan kaldıracak şekilde mâlum olması gerekmektedir. Satış akdinde olduğu gibi selemde de vade ile ilgili, az veya çok bilinmezlikler nizaya sebep olacağı için akdi fâsid hale getirmektedir. Bunun için satış akdinde olduğu gibi az bilinmezlikler de dâhil vadenin bilinmemesi, anlaşmazlıklara sebep olan hususların başında gelmektedir.³⁵⁵

f-) İfâ Mekânının Belli Olması:

Selem akdinde, müslemün fîhin ifâ edileceği yerin belirli olması hususunda, Hanefî imamlar arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Ebû Hanîfe'ye göre, ağır olan ve taşıma zahmeti gerektiren mallarda, müslemün fîhin ifâ edileceği yerin belli olmaması taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır.

³⁵⁴ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/108, 109, 111, 112; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/175.

³⁵⁵ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/136, 146; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/74; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/115.

Çünkü selem akdinde malın teslimi, sözleşmeden sonraki bir zaman diliminde teslim edileceği için oluşabilecek anlaşmazlıkları önleme adına mekânın tayin edilmiş olması gerekmektedir. Çünkü taşıma gerektiren mallarda, taşıma masrafı ya da zahmeti mesafeye göre değişmektedir. Bundan dolayı malın kıymeti bulunduğu yere göre değişiklik göstermektedir. Dolayısıyla bu mekânın belirlenmemiş olması akdi ifsâd etmektedir. Zira malı teslim edecek olan kişi, kendine yakın bir yerde teslimat yapmak isterken malı alacak kişi, nakliye ile uğraşmak istemeyeceği için kendine yakın bir yerde malı almak ister. İmâmeyn'e göre ise selem akdinde mahallin îfâ edileceği yerin belirtilmesine gerek yoktur. Buradaki ihtilafın altında yatan sebep, karşılıklı borçların îfâ edileceği îfâ mekânının tayini hususudur. Teslimi hemen gerçekleşen peşin satışlarda, îfâ mekânı teslimin gerçekleşmesiyle taayyün etmektedir. Satış akdinde mahal, akdin akabinde teslim edileceği için îfâ mekânı, akdin yapıldığı yerdir. Bu hususta icmâ bulunmaktadır. İhtilaf, selem akdinde îfâ mekânının teslim ile taayyün etmesidir.³⁵⁶ İmâmeyn ise satış akdinde mebi'in teslim edileceği yere dair bir anlaşmazlık çıkmamasına dayanarak selem akdinde de müslümün fîhin teslim edileceği yeri, akdin îfâ mekânı olarak kabul etmektedir. Bu açıdan bakıldığında akdin îfâ yerine dair bir bilinmezlik görülmemektedir. Fakat mahallin daha sonra teslim edilmesi, nizaya yol açma ihtimali olan bir husustur. Bu meyanda Kâsânî de İmâmeyn'in bu husustaki, "Teslimin vacip oluşunun sebebi, belli bir yerde yapılan akdin kendisidir." görüşünü şöyle eleştirmiştir:

"Akit mekân ile değil, akdi yapan kişiler tarafından oluşur. Selem akdinde akdin mekânı, yani mahallin teslim edileceği yer, akdin yapıldığı yer değil, akitte bulunan kişilerin akdi kurdukları yerdir. Akdin bizatihi kendisi de teslimin hemen yapılmasının sebebi değildir. Teslimin mekânı daha önceden kararlaştırılan teslim zamanında ortaya çıkacaktır. Bu takdirde de akdin tarafları farklı yerlerde bulunacağı için teslimin yapılacağı yer hususunda çekişmeye başlayacaktır."³⁵⁷

Selem akdinin konusu olan mal, nakliye masrafı gerektirmeyecek ağırlıkta bir mal olması konusunda, Ebû Hanîfe'den rivâyet edilen iki görüş vardır: Birinci

³⁵⁶ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 2/13; Kâsânî, *Bedâ'î'ü's-sanâi'*, 7/149; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/75; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 5/216; Aybakan, "Selem", 36/404; Aybakan, *Borçların İfası*, 138.

³⁵⁷ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 2/13; Kâsânî, *Bedâ'î'ü's-sanâi'*, 7/150.

görüŖe göre; akdin mekânı teslim ile taayyün etmemektedir. Satıcının malı dilediği yerde vermesi, akdin fâsid oluşunu gerektirmemektedir. Zira fesâd, müslemün fihın teslim edilme yeri hususundaki bilinmezliğin nizaya sevk etme sebebiyle gerçekleşmektedir. Burada ise mal teslimi belli bir külfeti gerektirmemekte ve maliyeti uzaklığa göre değişiklik göstermemektedir. Çünkü müşteri malı cebine koyup evine gidebilmektedir. İmâmeyn'in aktardığı diğer rivâyete göre ise müslemün fihın teslim edileceği mekân, akitle belirlenmiş olmaktadır. Hanefî âlimler, bu görüşü niza ilkesine göre iki şekilde yorumlamışlardır: Birincisi, taraflar arasında bir nizaya sebebiyet vermeyecekse müslemün fih, selem akdinin kurulduğu mecliste teslim edilecektir. Buna karşın taraflar arasında bir anlaşmazlık çıkması söz konusu ise bu takdirde, Ebû Hanîfe'nin ilk görüşünde olduğu gibi, anlaşma nerede sağlanmışsa müslemün fih orada teslim edilecektir.³⁵⁸ Burada Hanefî âlimlerinin Ebû Hanîfe'den rivayet edilen görüşün yorumlanmasında, nizanın çıkıp çıkmamasına göre manalar yüklemesi, akitlerde esas alınacak prensibin insanlar arasında oluşacak anlaşmazlıkların önüne geçmek olduğunu bir kez daha göstermektedir. Günümüzde artık mal teslimiyle ilgili yerleşik uygulamalar olduğu için niza söz konusu olmamaktadır. Mesela beyaz eşyadan tutun elektrikli ev aletlerine, hatta internet satışlarında belli fiyat limitinin üzerindeki en ufak bir malın nakliye masraflarını satıcının üstlenmesi, örf haline gelmiştir. Bu durumda, satış akdinde olduğu gibi selemde de malın teslimiyle ilgili örfün olması durumunda müslemün fihın teslim edileceği yere dair anlaşmazlık ihtimali ortadan kalkacaktır. Zira örf, nizayı ortadan kaldırır. Burada dikkat çeken başka bir husus da Ebu Hanîfe'nin nizanın varlığına azami hassasiyet gösterirken İmâmeyn'in nizanın önlenebilir olmasını dikkate almasıdır. Bu husus pek çok cüz'î olayda göze çarpmaktadır.

Taşıma masrafı gerektiren bir malın îfâ mekânı olarak çarşının (mısır) belirtilmesi yeterlidir. Zira her ne kadar burası büyük bir yer olsa da tek bir yer gibi kabul edilmektedir. Yani bir çarşı içerisinde malın nakliyesi kıymetini

³⁵⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/28 ve 15/114; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/150; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/116; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/176; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-fâik*, 3/503.

etkilememektedir. Bununla birlikte çarşı bir uçtan diğer bir uca bir fersahı³⁵⁹ geçiyorsa îfâ mekânının belirtilmemiş olması anlaşmazlığa sebep olmaktadır.³⁶⁰

3. İcâre Akdi

İslâm hukuku her alanda olduğu gibi icâre akdinde de anlaşmazlıkları önlemeye yönelik bazı tedbirler koymuştur. Zira icâre akdi, satış akdinde olduğu gibi, mûmâkese ve müzâyakaya dayandığı için buradaki belirsizlikler taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır.³⁶¹ Hanefî mezhebindeki genel kuralın istisnası olarak meşru kabul edilen kiralama akdinin sahih olması için akdin unsurlarının nizaya sebebiyet vermemesi lazımdır.³⁶²

Satış akdinde akdi ifsâd eden her husus, icâre akdinde de akdi fesâda uğratmaktadır.³⁶³ Bundan dolayı icâre akdinde ma‘kûdun bih kabul edilen ücret ve ma‘kûdun aleyh olan menfaatin beyan edilmesi akdin sıhhat şartıdır. Ücretin veya menfaatin bilinmemesi taraflar arasında nizaya sebep olmaktadır.³⁶⁴ Zira niza, verme borçlarında teslim ve tesellüme, yapma borçlarında da borcun îfâsına engel olduğu için akdin amacı gerçekleşmemektedir. Akitten beklenen amaç ortaya çıkmayınca böyle bir iş, abesle iştigal etmek manasına gelmektedir.³⁶⁵

İcâre akdinde ma‘kûdun aleyh; bir iş yaptırma üzerine kiralama yapıldıysa amel, bir menfaat üzerine kiralama yapıldıysa menfaatten oluşmaktadır. Menfaatin ne olduğu; akdin süresinin (ecel) ve bazı akitlerde mesafenin belirtilmesiyle beyan edilmiş olmaktadır. Amelin ne olduğu, işin yapılacağı yerin belirtilmesiyle, semen ise ücretin belirtilmesiyle malum hale gelmektedir.³⁶⁶

³⁵⁹ Fersah: Orta yürüyüşte bir saatlik yola denir. Yaklaşık, 5544 metre. bk. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2010), 141.

³⁶⁰ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/342; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/176.

³⁶¹ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 2/357; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5/121.

³⁶² Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/368.

³⁶³ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 8/19.

³⁶⁴ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/227; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5/105; “İcârede menfaat mani-i münâzaa olacak vechile malum olmak şarttır.” bk. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/462, 463.

³⁶⁵ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/539.

³⁶⁶ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/395; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/5.

Genel hatları verilen icâre akdindeki nizaya sebep olan hususlar şöyledir:

a-) Menfaatin Bilinmemesi:

İcâre akdinde anlaşmazlığın önemli bir bölümünü, akdin konusu olan menfaat üzerindeki belirsizlikler oluşturmaktadır. Mesela bir kişinin “Bu iki ustadan birini yahut bu iki köleden birini sana kiraladım.” demesi durumunda, bu kiralama sahih değildir. Çünkü ma‘kûdun aleyh olan, kiralanen köle veya ustanın hangi köle ya da usta olduğu, anlaşmazlığa sebebiyet verecek derecede bilinmezlik barındırmaktadır. Bu durum akdin sıhhatine zarar vermektedir. Buna karşın cehâlet, nizaya sevk etmeyecek orandaysa o halde teslim ve tesellüm bilfiil gerçekleşeceği için akdin kuruluş amacına ulaşılmış olur.³⁶⁷ Buradan anlaşıldığı üzere, akdin amacına ulaşılmasını sağlayan kıstas olan teslim ve tesellümün sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesi için akitlerin nizaya sebep olan bilinmezliklerden uzak olması gerekmektedir.

İcâre akdinde menfaat iki şekilde belirli hale getirilmektedir:

1-) Beyan:

Menfaatin belirli hale gelmesi için yapılacak ilk şey, menfaatin ne olduğunun beyan edilmesidir. Bu, bir kişinin iş gücünden yararlanılacaksa işin ne olduğunun belirtilmesiyle olur. Mesela işçi kiralamada; işin ne olduğu, taşımacılık için hamal kiralamada işçiye ne taşıtılacağına beyan edilmesi gerekmektedir. Hayvan kiralamada ise hayvana ne iş yaptırılacağı, onun hangi mesafeye kadar kiralandığı gibi hususların belirtilmesi lazımdır.³⁶⁸

2-) İşaret:

Menfaatin bilinmemesi beyan ile olabileceği gibi tayin ve işaretle de olabilmektedir. Mesela bir adama, “Şu yükü, şu yerden şu yere taşıman karşılığında seni kiraladım.” denmesi durumunda menfaat, işaretle belirli hale gelmektedir.³⁶⁹

³⁶⁷ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/539; Haddâd, *el-Cevhere*, 1/259; Ali Bardakoğlu, “İcâre”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2000), 21/381.

³⁶⁸ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/228; Aynî, *el-Binâye*, 10/230.

³⁶⁹ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/228.

Menfaate dair belirsizliğin anlaşmazlığa sebep olduğu bazı kiralama işlemleri şu şekildedir:

1-) Arazi Kiralama:

Menfaatin bilinmediği kiralama işlemlerinden biri de arazi kiralamadır. Arazi kiralamada, arazinin niçin kiralandığının belirtilmemesi durumunda taraflar arasında anlaşmazlık çıkmaktadır. Mesela ekim yapmak için kiralanan bir arazide, ne ekilip biçileceğinin bilinmesi gerekmektedir. Zira toprağa ekilen şeylerin ona vereceği zarar ve sağlayacağı yarar farklıdır. Mesela mısır bitkisi, hasattan sonra geride bıraktığı anız örtüsünden dolayı, buğday ve arpaya göre toprağa daha zarar vermektedir. Çünkü mısırdan geriye kalan bitki örtüsü, kendi kendine çürümemektedir. Yapısı itibariyle eli kesebilecek olan bu bitki gövdesi, toprağa yeni bir ekim yapılabilmesi için ayrıca bir sökme ve topraktan temizleme meşakkatini gerektirmektedir. Dolayısıyla bu işlemde, zarardan kaynaklanan ve nizaya sebep olan bir cehâlet durumu söz konusu olmaktadır. Buna bir çözüm olarak tarla sahibinin “her ne ekersen” şeklinde mutlak anlamda bir arazi kiralama akdi kurması durumunda anlaşmazlık önleneceği için akit sahih hale gelmektedir.³⁷⁰ Burada dikkati çeken bir nokta, zararın anlaşmazlığa sebep olması hususudur. Zira bazı ürünlerin ekimi veya biçimi toprağa ve araziye zarar vermektedir. Bunun için nizanın önüne geçmek için arazi kiralamada tarlaya ekilecek şeyin beyan edilmesi ya da mutlak bırakılarak her türlü şeyin ekilebilmesi şeklinde bir akit kurulmalıdır.³⁷¹ Bununla birlikte ne ekileceğinin beyan edilmemesinden kaynaklı olarak fâsid olan bir akit feshedilmeden önce, tarlayı kiralayan kişi, tarlada ne yapacağını veya üzerinde ne ekeceğini belirtip tarla sahibi de bu duruma rıza gösterirse akit sahihe dönüşür. Ya da tarlaya bir şey ekip mal sahibinin bunun tarlaya zarar vermeyen bir ürün olduğunu görmesi

³⁷⁰ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 5/547; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/230, 231; Mevslî, *el-İhtiyâr*, 2/52; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/166; “Bir kimse ne ekeceğini tayin yahut” her ne dilerse ekme üzere’ diye ta’min etmeyerek bir arzı isticar etse icâre fâsid olur.” Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/522, bk. (Mecelle md. 524); Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/197.

³⁷¹ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5/114.

durumunda akit sahihe dönüşeceği için istihsânen konuşulan fiyatın verilmesi gerekmektedir. Çünkü burada fesâd, akdin feshinden önce düzeltilmiştir.³⁷²

2-) Binek Hayvan Kiralama:

Binek hayvan kiralamada, hayvana koyulacak yükün mahiyeti ve miktarı ile hayvanı sürececek kişiye dair anlaşmazlığa sebebiyet verecek bir belirsizliğin bulunmaması ya da “Dilediğini bindirebilirsin.” şeklinde genel bir ifadenin kullanılması gerekmektedir.³⁷³ Zira hayvanın çekeceği zahmet; yükün mahiyeti, miktarı ve binicinin kilosuna göre değişmektedir. Ayrıca pek çok binici, bir başkasının hayvana bir ayda vermediği zahmet ve zararı, bir günde verebilmektedir.

Binek hayvan kiralamada, ma‘kûdun aleyhin mâlum olması için kullanım zamanıyla birlikte nereye gidileceğinin de belirtilmesi gerekmektedir. Kullanım zamanının kiralama süresinin tamamını kapsamaması durumunda, yalnızca zamanın, aksi durumda mekânın da belirtilmesi gerekmektedir. Mesela bir kişi; bir günlüğüne, çarşıdaki ihtiyaçlarını gidermek için bir hayvan kiralasa çarşıda nerelere uğrayacağını belirtmesine gerek yoktur. Bu durum, iş yaptırmak için bir kişiyi yevmiye ile çalıştırmaya benzemektedir. Buna karşın, her ay belli bir ücret karşılığında, ihtiyaç duyduğunda hayvana binmesi şartıyla kiralama yapması durumunda, gideceği yeri belirtmediği müddetçe akit sahih değildir. Zira böyle bir durumda, ma‘kûdun aleyh bilinmemektedir. Buna karşın “Kûfe’den filan bölgeden falan bölgeye gideceğim.” demesi halinde işlem sahihtir. Çünkü burada binme işi, kiralama müddetinin tamamında gerçekleşen bir fiil olmadığı için gidilecek yerlerin belirtilmesi gerekmektedir.

³⁷² Bu mesele, vadenin basit bilinmezliklere bağlandığı akitlerde, zikredilen zaman gelmeden sözleşmeden belirsiz zaman ifadesinin kaldırılması veya dört gün muhayyer olma şart koşulup dördüncü gün gelmeden bu ifadenin sözleşmeden kaldırılması neticesinde akdin sahihe dönüşmesine benzemektedir. bk. Aynî, *el-Binâye*, 10/308, 309; Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/197.

³⁷³ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/231; “Rükûb için bir hayvan istikra olunup da kimin bineceği ta‘yin ve ‘dilediğini bindirmek üzere’ diye ta‘mîm olunmasa icâre fâsid olur.” Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/546, bk. (Mecelle md. 553).

Bir kişinin bir binek hayvanını, birini karşılamak veya birine yetiştirmek için kiralaması durumunda, akitte anlaşmazlık çıkmaktadır. Çünkü kiracı, adamların buluşacağını veya adamın peşine ne tarafa doğru gideceğini belirtmemiştir. Bu takdirde de adamın gideceği yere dair bir belirsizlik söz konusudur. Zira adamların buluşacağı yer belirsiz olduğu gibi bir adamın peşine her tarafa doğru gitme ihtimali de bulunmaktadır.³⁷⁴

Yaya olarak bir bölgeye yolculuk yapmak isteyen bir topluluğun deve sahibine, yolculuk süresince develere yalnızca yolculardan hasta olan ve bîtap düşenlerin bineceğini belirtmesi durumunda akit fâsid olmaktadır. Zira burada deveye binme konusunda nizaya sebep olacak bir belirsizlik vardır. Buna karşın, deveye binmeyi dönüşümlü olarak yapmayı şart koşmaları halinde, muhtemel anlaşmazlığın önüne geçilmiş olacağı için akdin sıhhati bundan bir zarar görmemektedir.³⁷⁵

3-) Sütanne Tutma:

Hanefî mezhebinde, çocuğun emzirilmesi için sütanne tutulması istihşânen sahih kabul edilmiştir. Sütanneye ücret olarak, yemek ve giyim masraflarının karşılanacağı söylene akit Ebû Hanîfe'ye göre istihşânen sahih olur. Bu durumda, ücret olarak belirlenen elbiseden ortalama kalitede bir tanesi verilir. Normal şartlarda, bu şekildeki bir ücret belirlemede, aşırı bilinmezlik vardır. Çünkü kadına, hangi kalite ve ölçüde bir elbise veya ne çeşit yemek verileceği belli değildir. Sütanne tutma hususunda adet olan, ona yapılacak harcama noktasında sıkı davranmamak ve onun gönlünü hoş tutarak isteklerini yerine getirmektir. Bu, kişinin kendi evladına duyduğu şefkatin ve korumanın bir yansımasıdır.³⁷⁶ Zira çocuğun sütanneye verilmesi aynı zamanda, kadının ona bakıcılık yapması demektir. Burada da annenin çocuğa iyi davranması, önemli bir husustur. Nitekim

³⁷⁴ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/564.

³⁷⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 16/22.

³⁷⁶ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/236; Mevslî, *el-İhtiyâr*, 2/59; "...Fakat adet olduğu üzere, elbise yapılmak üzere sütana isti'cârı caizdir. Ve elbisenin nasıl olacağı vasıf ve tarif olunmadığı takdirde, evsat derecesi lazım olur." Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/566, bk. (Mecelle md. 566); Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/211.

Mûsa (a.s), beşikteyken nehre atılıp Firavun'un himayesine geçince Mûsa (a.s)'ın ablası başka sütanneleri kabul etmeyen kardeşi için saray ahalisine sütanne olarak kendi annesini tavsiye etmiş ve bunu yaparken bahsettiği ailenin çocuğun bakımını üstlenip ona iyi davranacağını vurgulamıştır.³⁷⁷ İmâmeyn ise yemesi ve giyimi karşılığında sütanne kiralamada ücrete dair belirsizliğin nizaya sebep olacağından hareket ederek bu şekilde bir işlemi sahih kabul etmemiştir.³⁷⁸ Zira böyle bir sözleşmede, genel bir kiralama akdinin ruhuna ters olan bazı hususlar vardır. O da ayn olan sütün tüketilmesi (istihlâk) durumudur. Nitekim sütünden faydalanmak için aynı şekilde bir ineğin belli bir ücret ve belli bir süreliğine kiralanması sahih değildir. Ebû Hanîfe'ye göre akdin genel kurala istisna olarak sahih kabul edilmesindeki istihsân veçhi Kur'ân-ı Kerîm'de geçen şu iki âyettir: "...Eğer çocuklarımızı emzirirlerse ücretlerini verin."³⁷⁹ Bu âyet-i kerîmede sütanneye ücretlerinin verilmesi emredilirken, "Onların (annelerin) yiyecek ve giyecekleri örfe uygun olarak babalara aittir."³⁸⁰ şeklindeki âyette, annenin yeme ve giyim masraflarının örfe uygun olarak babaya ait olduğunu emredilmektedir. Dolayısıyla bu husus, sütanne için de geçerlidir. Annenin yeme ve giyimi sütannenin ücretine denk gelmektedir. Ücret ise meçhul olmasına rağmen vacip kılınarak bunun takdiri örfe (ma'rûf) bırakılmıştır. Bir şeyin örfe bırakılması, vasfının ve türünün bilinmemesini gerekli kılmaktadır. Bunun delili Hz. Peygamber'in kocasının aşırı cimriliğinden şikâyet eden Ebû Süfyân'ın karısı için "Ebû Süfyân'ın malından örfe uygun olarak (bi'l-ma'rûf) sana ve çocuğuna yetecek kadar al."³⁸¹ demesidir. Nafakanın her yönüyle miktarı ve vasfı belli olsaydı örfe uygun olanın verilmesinden bahsedilemezdi. Bu da yeme ve giyim hususunda ücretin meçhul oluşunun akdin sıhhatine bir zarar vermediğine delildir. Cehâletin bizatihi kendisi değil; nizaya sebep olmasının akdi fesâda uğratması

³⁷⁷ el-Kasas, 28/13. Ayetin metni şu şekildedir:

وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ

³⁷⁸ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 2/361; Şelebî, *Hâşiye 'ale't-Tebyîni'l-hakâik*, 5/127; Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/386.

³⁷⁹ et-Talâk, (65/6) Ayetin metni şu şekildedir: فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ

³⁸⁰ el-Bakara, 2/233. Ayetin metni şu şekildedir: وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ

³⁸¹ Buhârî, "Büyü", 95, "Nafakât", 9, 14; Müslim, "Ekziye", 7.

kuralı dikkate alındığında ücretin meçhul oluşu, taraflar arasında bir çekişmeye sebep olmamaktadır. Zira tüm bölgelerde adet olan, sütannenin ücreti hususunda geniş davranılması ve bu konuda pazarlığa girmekten çekinilmesidir.³⁸² Çünkü bu konuda sıkı davranmak, çocuğunun bakımı ve emzirilmesine olumsuz yansıyabilmektedir. Ayrıca bu akdin amacı süte ulaşmak değil; çocuğun eğitimi, korunup gözetilmesi (hadâne) ve bakımındır. Süt, bunlara bağlı olarak (tebean) ortaya çıkan bir şeydir. Nitekim Mecelle’de ifade edildiği üzere³⁸³ kendisi sahih olmayan bir şeyin bağlı oldukları şeye binaen sahih kabul edilmesi kuraldır.³⁸⁴

4-) *İşçi Tutma:*

İcâre kapsamında değerlendirilen işçi kiralamada, merî hukuk deyimiyle iş akdinde, menfaat ve ücretin tarafları anlaşmazlığa sevk etmeyecek şekilde belli edilmesi gerekmektedir. İşçi kiralamada menfaat, işçinin emeği olup yapılacak işe ve işin süresine göre değişmektedir.³⁸⁵ İşin ne olduğu ve işçinin özel olarak hangi şey üzerinde çalıştırılacağının, zanaatkâr için söylemek gerekirse mamulün ne olacağının nizaya sebep olmayacak bir şekilde belirtilmesi gereklidir. Mesela işçi kiralamada, yaptırılacak işin belirtilmemesi durumunda akit fâsid olmaktadır. Zira cehâlet, nizaya sevk edecek orandadır. Mesela bir kişinin işçi tutup ona işle ilgili bilgi vermeden; elbise beyazlatmak, terzilik veya çobanlık yapmak üzere sözleşme yapması, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olabilir. Zanaatkâra yaptırılacak işteki (mamulün) bilinmezliği gidermek için beyazlatılacak yahut dikilecek elbiseye işaret edilir ya da cinsi, nev’i, miktarı ve vasfı belirtilir. Taşımacılık için çalıştırılacak olan kişilere de ne taşıtırılacağının beyan edilmesi gerekmektedir. Günümüzde kimi zaman hamal tutmada yaptırılacak iş belirtilmemekte, bundan dolayı da bir anlaşmazlık çıkmamaktadır. Çoğu zaman da işçiler ne iş yaptırılacağını sormakta, bilhassa kum taşıma gibi ağır işleri standart işçi tarifesine (yevmiye) göre değil, kararlaştırılan bir ücret karşılığında

³⁸² Zeylâî, *Tebyînü’l-hakâik*, 5/127.

³⁸³ “Bizzât tecvîz olunmayan bir şey bi’t-teba‘ tecvîz olunabilir.” bk. (Mecelle md. 54).

³⁸⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/120.

³⁸⁵ Bardakoğlu, “İcâre”, 21/381, 382, 384, 385, 387.

yapmaktadırlar. Dolayısıyla bu hususların belirtilmemesi anlaşmazlığa sebep olabilir.

Yaptırılacak olan iş çeşidini göre diğer işçi kiralama işlemleri şu şekildedir:

Çoban tutmada güdülecek olan hayvanın cinsi ve sayısı belirtilmelidir. Sözgelimi güdülecek olan hayvanın sayısı ile deve, at, inek ya da koyun mu olduğu belirtilir. Zira bu meslek gruplarında işin zorluğu, hangi hayvanın güdüleceğine göre değişmektedir.³⁸⁶ Bir koyunu gütmeye bir keçiyi gütmeye aynı zorlukta değildir. Tüm bunlarda gözetilen esas gaye, özellikle hayvan kiralama ve işçi kiralama gibi akitlerde akit kurulurken açıkça belirtilmeyen ya da baştan konuşulmayan durumlarda insanların zarara uğramasının önlenmesidir. Nitekim zarar, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Buradan da anlaşıldığı üzere, bilinmezlik türlerinin nizaya sevk etmesi akitlere göre değişiklik göstermektedir. Çobanlıkta güdülecek hayvanın cinsi ve sayısının bilinmesi şartken elbise diktirmede kumaşın cins, nev'î, miktar ve vasfı bilinmelidir.

Evin boyanması için boyacı tutma örneğinde, zâhiren aynın yani boyanın tüketilmesi durumu söz konusu olsa da burada akit, boya yapması için boyacının kiralınmasıdır. Boya, ustaya bağlı olarak (tebean) akde girmektedir.³⁸⁷ Buna karşın bir kişinin duvarına kireç (boya yapmak) veya çatısına çamur sürmek için usta tutup sürülecek kireç veya çamurun kalınlığını belirtmemesi durumunda akit fâsid olmaktadır. Buradaki bilinmezlik, teslim ve tesellüme mani olan nizaya sebep olmaktadır. Zira ma'kûdun aleyh olan amel, meçhuldür. Çünkü kireç ve çamurun miktarına göre, yapılacak olan işin zahmeti değişmektedir. Buna karşın işveren, duvarına kirecin kalınca sürülmesini söyleyip kalınlığını da belirtirse akit sahih olur. Zira bu durumda kirecin kalınlığı belirtilmekle ma'kûdun aleyh olan menfaat, nizaya sebep olmayacak bir şekilde belirlenmiş olmaktadır.³⁸⁸

Boyama işine yakın bir kiralama işlemi de kerpiç imalatıdır. Bir kişi kendisine kerpiç yapması için bir usta tutması durumunda, kerpiç yapılacak kalıp

³⁸⁶ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/549, 550.

³⁸⁷ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/445.

³⁸⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 30/204.

biliniyorsa akit sahihtir. Zira işin zahmeti ve büyüklüğü, kalıba göre değişmektedir. Kalıbın nasıl olduğunun bilinmemesi durumunda anlaşmazlık çıkacağı için akit fâsid olmaktadır.³⁸⁹

Bir kişi kölesine, bir sanat öğretmesi için hoca tutup şart olarak kölenin eğitim alacağı hususta mahir bir usta olmasını öne sürse bu şekilde bir kiralama fâsid olur. Zira mahir bir usta olmak, izafî bir şey olduğu ve üst sınırı olmadığı için böyle bir işlemde anlaşmazlığın yaşanması kaçınılmazdır.³⁹⁰

b-) Ücretin Bilinmemesi:

İcâre akdinde anlaşmazlığa sebep olan temel hususlardan bir tanesi de ücretin bilinmemesidir. Çünkü ücret, akdin sıhhat şartıdır.³⁹¹ Nitekim bir hadis-i şerifte, “Kim bir işçi kiralarsa ona ücretini söylesin.” buyrulmaktadır.³⁹² Kira bedeliyle ilgili olarak genel anlamda şu söylenebilir: Satış akdinde ücret olmaya elverişli olan her şeyin icâre akdinde kira bedeli olması sahihtir.³⁹³

İcâre akdinde, nizanın tam olarak önüne geçmek için ücretin belirtilmiş olmasının yanında, hangi para birimiyle ödeneceğinin de konuşulması gerekmektedir. İcâre akdinde ödemenin yapılacağı para biriminin belirsiz bırakılması halinde, satış akdinde söz konusu olan şu durum ortaya çıkmaktadır: Öncelikle bir bölgede tek bir para birimi kullanımdaysa icâre akdi, kiralama akdinin kurulduğu beldenin para birimi üzerine yapılmış gibi kabul edilir. Mesela Kûfe’den Rey şehrine, taşımacılık için hayvan kiralamada, ücretin Kûfe’nin para birimine göre ödenmesi gerekmektedir. Bir bölgede, farklı para birimleri kullanılmakta, fakat bunların revaçları eşit ya da birinin diğerine değer olarak bir üstünlüğünün olmaması durumunda, ücretteki bilinmezlik tarafları nizaya sevk etmeyeceği için akit sahih olmakta ve kiracı istediği para birimiyle ücretini ödeyebilmektedir. Para birimlerinin revaçları eşit ve piyasa değerleri farklı ise akit

³⁸⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 16/57.

³⁹⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 16/41.

³⁹¹ “Ücret malum olmak şarttır. (Zira cehâlet-i ücret bâ’is-i münâzaadır.)” Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 1/461, bk. (Mecelle md. 450).

³⁹² وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمَهُ أَجْرَهُ bk. Ebû Süleymân Ahmed b. Muhammed el-Hattâbî, *Ma’rifetü’s-sünen ve’l-âsâr*, thk. Abdü’l-mu’î Emîn el-Kalâcî (Beyrut: Dâru Kuteybe, 1412), 8/335.

³⁹³ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/227; Aynî, *el-Binâye*, 10/227.

fâsid olmaktadır. Çünkü ücrete dair bu belirsizlik durumunda taraflardan her biri kendi menfaatine uygun olan para birimiyle ödeme yapmak isteyecek ve anlaşmazlık çıkacaktır. Eğer bir yerde piyasa değerleri farklı iki para birimi var, fakat biri daha çok kullanımda ise buna itibar edilmektedir. Böyle bir durumda anlaşmazlık çıkmayacağı için akit sahih olmaktadır.³⁹⁴

Kiralama ücretine dair belirsizliğin sebep olduğu anlaşmazlık çeşitlerinden bir diğeri şudur: Bir kişi, bakımlı hale getirmesi, restoresi, gereken yerlerin tamiri, kapıcı parası ve vergilerinin ödenmesi şartıyla bir ev kiralaması durumunda akit fâsid olmaktadır. Zira bu sözleşmede, ücret belirsiz bırakılmıştır. Bu da teslimi mani olan nizaya yol açacağı için akit fâsid hale gelmiştir. Çünkü müşteri, evin bakım ve tamiri yapılacak bir yerinin olmaması durumunda kira bedelinden ne kadar düşeceğini bilmemektedir. Semene dair bilinmezlik az da olsa akdi ifsâd etmektedir. Çünkü bu belirsizliğin tayini hususunda herkes kendi menfaatine uygun bir fiyat takdir edecek ve taraflar arasında anlaşmazlık çıkacaktır.³⁹⁵ Aynı şekilde, kiraya veren kişinin kira ücreti olarak mâlum bir bedel, evin sıvanması, tamiri, kapısının yapılması gibi şeyleri de şart koşması durumunda, bu hususlar ilave ücret kapsamına girip fâhiş derecede cehâlet barındırmaktadır. Dolayısıyla akde ilave ücret gerektiren ve aşırı cehâlet barındıran akitler tarafları nizaya sürüklemektedir.³⁹⁶

Bir kişi, içerisinde altın veya gümüş olduğu bilinen bir madende kendisiyle birlikte kazı yapması için bir işçi kiralayıp ücret olarak madenden çıkacak cevherin bir kısmını işçiye vereceğini belirtse akit sahihtir. Zira her ne kadar madenden çıkacak toprakta ne kadar altın olduğu, dolayısıyla ücret bilinmese de bu husus nizaya sebep olmamaktadır. Böyle bir durumda, çıkan toprağı görmesi durumunda işçi muhayyer olmaktadır. Buna karşın maden toprağının (cevher) belli bir kilosu karşılığında icâre akdi yapılırsa akit fâsid olmaktadır. Çünkü burada işçinin amacı toprağın içindeki altındır. Altın da toprağın kimi kısımlarında az,

³⁹⁴ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/395; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, 2/146; Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/9.

³⁹⁵ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/471.

³⁹⁶ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi*, 6/22.

kimi kısımlarında çok olabileceği gibi hiç de olmayabilir. Bu husus anlaşmazlığa sebep olan bir belirsizliktir.³⁹⁷

c-) Kira Süresinin Bilinmemesi:

İcâre akdinin sıhhat şartlarından biri de kira müddetinin tayin edilmiş olmasıdır. Buna göre; ev, daire, dükkân kiralama ve ücret karşılığında sûtanne tutma durumunda, kira süresinin belirtilmemiş olması nizaya sebep olmaktadır. Zira taraflardan biri, kiranın devamını isterken diğer taraf akdin bitmesini isteyebilir. Burada kiralama müddetinin bir günden, bir aydan veya bir seneden az veya bir seneden çok olması sonucu değiştirmemektedir. İmam Şâfiî'den rivayet edilen ağırlıklı görüş de bu yöndedir.³⁹⁸ Türk Borçlar Kanunu'nda ise kiranın süresiz yapılmasına imkân sağlayan düzenlemeler bulunmaktadır.³⁹⁹

Kira süresinin bilinmediği kiralama işlemlerinden biri de birim fiyat üzerinden toplam kiralama müddetinin ne kadar olduğu belirtilmeden yapılan icâre akdidir. Şöyle ki bir kişinin “Bu evi bir seneliğine, her ay 700 lira vermen şartıyla sana kiraladım.” demesi durumunda, sözleşmede ücret ve kiralama müddeti belli olduğu için akit icmâ ile sahihtir. Buna karşılık, ev sahibi toplam kiralama müddetini zikretmeyip her ay 700 lira almak şartıyla bir ev kiralasa Ebû Hanîfe'ye göre akit yalnızca akdin yapıldığı dönemi takip eden bir ay için geçerli olmaktadır. Bu hükmün arka planında, her kafîzi⁴⁰⁰ beş lira olarak bir yığın buğdayın satışı örneğinde, Ebû Hanîfe'nin akdin yalnızca ilk kafîz için geçerli olduğunu dillendirdiği görüşteki bakış açısı vardır. Çünkü “her ay 700 lira olmak şartıyla” ifadesinden, akdin toplamda kaç ay süreceği bilinmemektedir. Bu durumda, ayların tamamı belli olmadığı için “her ay” ifadesinin sadece akdi takip eden aya, yani en az olana hamledilmesi gerekmektedir. Yığın buğdayın satışındaki görüşünün aksine İmâmeyn'in kiralama konusundaki kanaati, Ebû Hanîfeyle aynı yöndedir. Zira “her ay” ifadesi cehâlet barındırmaktadır. Çünkü

³⁹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/45.

³⁹⁸ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 5/542.

³⁹⁹ “Kira sözleşmesi belirli veya belirli olmayan bir süre için yapılabilir.” bk. TBK, md. 300.

⁴⁰⁰ On iki sa' miktarı bir ölçek. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 285.

yığındaki belirsizlik, onun kaç ölçek olduğu ölçülerek giderilebilir⁴⁰¹ Ebû Hanîfe'nin bu husustaki kuralı şu şekildedir: Keylî ve veznî olanların toplu satışında ve yalnızca bir ayının kira ücreti belli edilen toplu kiralama sözleşmesinde akit, ilk birim veya ilk ay için geçerli olup kalanında geçersizdir. Ancak akit meclisinde müşteri yığının tamamı hakkında bilgi sahibi olursa veya toplam kiralama süresini öğrenirse akit sahih olur.⁴⁰²

İcâre akdinde, belirsiz hususlar olmasına rağmen akdin sahih kalmasını sağlayan bazı ilkeler vardır. Bunlar şu şekilde incelenebilir:

a-) Örf:

Kural olarak örf, bir akitte cehâletin anlaşmazlığa sebep olup olmamasını belirleyen en önemli kıstastır. Aşağıda verilen kiralama örnekleri de örf-niza ilişkisini net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Kural olarak hayvan kiralamada, hayvanla nereye kadar gidileceğinin belirtilmemesi durumunda anlaşmazlık çıkacağı için akit fâsid olmaktadır. Konuyla ilgili klasik kaynaklarda geçen bir örnek şudur: Bir kişinin şehir mezarlığına gitmek için at kiralaması halinde akit fâsiddir. Zira kabristanın sınırları çok geniş olduğu için gidilecek yere dair belirsizlik oluşur. Buna karşılık kişinin Kûfe'ye gitmek için hayvan kiralaması durumunda akit sahihtir. İlk bakışta Kûfe şehri, kabristandan daha geniş bir araziye kapsayıp daha büyük bilinmezlik barındırdığı ve bu haliyle niza çıkma ihtimali daha yüksek olduğu akla gelse de burada örf devreye girerek anlaşmazlığın oluşmasına mani olmaktadır. Çünkü bir kişinin “Kûfe'ye gideceğim.” demesinden; onun Kûfe'deki evine gideceği anlaşılabilir.⁴⁰³ Bu görüşlerden hareket edilecek olursa günümüzdeki araç kiralamalarının sahih olmaması gerekmektedir. Zira bugün bir kişi, sekiz farklı şehre gitme düşüncesiyle bir araç kiralasa uğrayacağı şehirleri veya gideceği şehirde nerelere uğrayacağını beyan etmesine gerek yoktur. Çünkü bu hususta oluşan örf, anlaşmazlıklara engel olmaktadır. Dolayısıyla araçla,

⁴⁰¹ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/545.

⁴⁰² Merginânî, *el-Hidâye*, 2/234.

⁴⁰³ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/548.

sözleşmede kararlaştırıldan fazla ya da farklı yere gidilmesi, anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Burada önemli olan aracın kazaya karışıp karışmamasıdır. Bunda da tazmin sorumluluğu, yapılan anlaşmaya göre değişmektedir. Nizanın çıkmaması durumunda da akdin amacı olan teslim ve tesellüm sorunsuzca gerçekleşeceği için akdi fâsid görmenin bir anlamı kalmamaktadır.

İcâre akdinde örfün anlaşmazlıkların önüne geçmesinin bir başka örneği şudur: Bir kişi, sırtında iki yolcu ve içinde bazı eşyalar olan yüklüğü taşıması şartıyla bir deve kiralayıp hayvana mutat sayılan bir yük yükleme durumunda, kural gereği akit fâsiddir. İmam Şâfiî de bu görüştedir. Zira yüklüğe koyulan eşyanın cinsine göre hayvana binen ağırlık değişmektedir. Bu da tarafları anlaşmazlığa sürükleyebilmektedir. Bununla birlikte, bu işlemde hayvana mutat, yani o topluma göre normal sayılabilecek bir yükün konulması, cehâletin varlığına rağmen anlaşmazlığın önüne geçmiştir. Zira toplumda geçerli bir âdetin söz konusu olması, insanların bu işlemi yapmaktan dolayı anlaşmazlığa düşmediklerini göstermektedir. Yani örfün varlığı, anlaşmazlıkların önüne geçmektedir. Bununla birlikte kiracının yüklüğü ve yük miktarını göstermesi anlaşmazlığa mahal bırakmama hususunda daha iyi bir yoldur.⁴⁰⁴ İmam Şâfiî'ye göre bu şekildeki bir kiralamada, hayvana koyulacak yüke dair bilinmezlik olmasından dolayı akit sahih değildir. Hanefî mezhebinde de kıyasen hükmün böyle olması gerekmektedir. Zira yüklüğün ne kadar yük alacağı belli olmadığı için bu durum taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olabilmektedir. Fakat burada örf, nizanın önüne geçmektedir. Böyle bir durumda akdin asıl konusu yolcular olduğu ve yüklerin onlara tabi hususlar olduğu kabul edilmektedir. Buradaki bilinmezlikten kaynaklanan anlaşmazlık, hayvana örfe uygun olan mutat bir yük yüklenerek giderilmektedir.⁴⁰⁵ Günümüzde de yolcu taşımacılığında yük için ya hiç ücret alınmamakta ya da belli bir limitten sonra ücret talep edilmektedir.

Niza-örf ilişkisinin bir örneği de çoban kiralama akdidir. Burada, koyunun yavrulaması ile doğan yavrunun bakımı çobana ait değildir. Zira koyunun

⁴⁰⁴ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/58; Aynî, *el-Binâye*, 10/309; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/225; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, 2/241.

⁴⁰⁵ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5/147.

doğması ile artık o yeni bir koyun kabul edilir. Bu da akit anında konuşulmuş bir şey değildir. Akit anında doğan yavrunun da bakımının şart koşulması durumunda akit kıyasen fâsîd olmaktadır. Zira icâre akdinde mahallin yani amelin belli olması gerekmektedir. Oysaki burada koyunun kaç tane veya dişi mi erkek doğuracağı meçhuldür. Dolayısıyla ma'kûdun aleyh bilinmemekte, bu da nizaya sebep olabilmektedir. Mesela hayvanın üçüz doğurması durumunda çoban bunların bakımını yapmak istemeyebilir. Mal sahibi de bunları akit anında konuştuklarını ileri sürerek bakım talebinde bulunabilir. Durum böyle olmakla birlikte akit, istihsânen sahih kabul edilmiştir. Çünkü bu işlemde, örf (ameli'n-nas), anlaşmazlığın çıkmasına engel olmaktadır. Neticede nizaya sebep olmayan bilinmezliklerin akdin sıhhatine bir etkisi yoktur.⁴⁰⁶

b-) Muhayyerlik Hakkının Olması:

İcâre akdi, çıkar çatışmasına (müzâyaka) dayalı bir akit olma konusunda satış akdinin gerisindedir. Çünkü satış akdinde aynın mülkiyet hakkı tamamen el değiştirmekte, icârede ise mülkiyet bâki olmakla birlikte menfaatin belli bir süreliğine kullanılması söz konusu olmaktadır. Bundan dolayı, satış akdinde muhayyerlikler vasıtasıyla anlaşmazlığın önüne geçilip müsâmaha gösterilen işlemlerin icâre akdinde sahih kabul edilmesi daha önceliklidir. Kira sözleşmesinde, üç şeye kadar muhayyer bırakılarak bir şeyin kiralanması, buna örnek olarak verilebilir. Zira tayin muhayyerliği, akitte çıkacak muhtemel anlaşmazlıkların önüne geçmektedir. Şöyle ki bir evin, bir dükkânın yahut bir kölenin beş aylığına beş bin liraya, on aylığına on bin liraya kiralanması veya bir atın Üsküdar'dan Kadıköy'e 50 liraya kiralanması ile Üsküdar'dan Beykoz'a 100 liraya kiralanması örneğinde, işlem bu şartla yapılan satış akdinde olduğu gibi istihsânen sahih kabul edilmiştir. İmam Züfer ve İmam Şâfiî ise genel kuralı işleterek bu akdi sahih görmemiştir. Aynın satılması veya kiralanması örneklerinde üç güne kadar şart muhayyerliği belirlenebildiği gibi terzilik ve boyama benzeri icâre kapsamında değerlendirilen işlemlerin üç eşyaya kadar muhayyer bırakılarak yapılması durumunda da muhayyer bırakılan eşyalar dörde

⁴⁰⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/164.

çıkmadığı sürece akit sahihtir.⁴⁰⁷ Buradaki ihtilafın sebebine bakılacak olursa, genel kurala göre kiraya veren kişi akdi bahsettiği iki şeyden biri üzerine kurmuştur. Dolayısıyla hangi seçenek üzerinde akdin kurulduğu belli olmadığı için dört şey arasında muhayyer bırakma örneğinde olduğu gibi, akdin sahih olmaması gerekmektedir. Fakat İmam Züfer dışındaki Hanefî imamların genel kuraldan sarf-ı nazar etmesini gerektiren husus şudur: Bu sözleşmede kiralayan kişi, muhayyer bıraktığı iki akdi, mâlum iki mütekavvim mahal üzerine, mâlum iki bedel karşılığında muhayyer bırakmıştır. Bu durum, bir kişinin terziye, “Bu elbiseyi de diksen diğer elbiseyi de diksen yüz lira ödeme yapacağım.” demesine benzemektedir. Yahut mesafeleri aynı olan iki yere gitmek için at kiralama durumunda, mal sahibinin “Bu hayvanla şuraya da gitsen oraya da gitsen ücret olarak 50 lira alacağım.” demesine benzemektedir.⁴⁰⁸ Bu akde yapılan bir diğer itiraz ise akdin mahallinin bilinmemesi, terzi örneğinde akdin elbiselerden herhangi birine izafe edilmeden kurulmasıdır. Cehâletin akitte varlığı doğru olmakla birlikte, kiracıya seçeneklerden birini belirleme hakkı, yani tayin muhayyerliği sunularak cehâletin sebep olacağı anlaşmazlık durumu önlenmiş olmaktadır. Kiracı ya da müşteri de dilediği akdi belli bir bedel karşılığında onaylamış olmaktadır. Burada söz konusu olan bilinmezlik, yığından buğday satışında olduğu gibi tarafları nizaya sevk etmemektedir. Ayrıca bu akde insanların ihtiyacı vardır. Dolayısıyla bu şekildeki muhayyerli satış akitleri sahih görülmüştür. Üç seçeneğe kadar muhayyer bırakılarak yapılan bir satış akdi sahih olduğuna göre bu durumun icâre akdinde sahih olması daha münasiptir. Zira ifade edildiği üzere, satış akdi karşılıklı çıkar çatışmasına dayalı akit olması hususunda icâreden önce gelmektedir. Bu yönüyle icâre akdi, satış akdine göre daha geniş/esnek (أَوْسَع) bir yapıya sahiptir. Bunun için böyle bir kiralama akdi şart muhayyerliği olmadan sahihken aynı şekildeki bir satış akdi, ancak şart muhayyerliği ile sahih kabul edilmektedir. Bunun sebebine gelince, Hanefîler’e göre icâre akdinde ücret, işin akabinde tahakkuk etmektedir. Dolayısıyla, “Bu

⁴⁰⁷ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi’*, 5/554.

⁴⁰⁸ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi’*, 5/554.

elbiseyi klasik tarzda dikersen 70 lira, spor tarzda dikersen 50 lira ödeme yaparım.” şeklindeki bir kiralamada ecâr-i âmm olan terzi, iki işten birini seçtiği anda artık ücret belirlenmiş olmaktadır. Bundan dolayı şart muhayyerliğine gerek kalmadan ve cehâlet nizaya sebep olmadan sözleşme geçerlilik kazanmaktadır.⁴⁰⁹

4. İstisna‘Akdi

İstisnâ‘ akdinde akdin mahalli mebî‘ olduğu için akitte nizanın çıkmaması için; mebî‘in cins, nev‘i, miktar ve vasfının bilinmesi gerekmektedir.⁴¹⁰

İstisnâ‘ akdindeki belirsizliğin sebep olduğu anlaşmazlık durumuna şu örnek verilebilir: Bir kişinin belli bir miktar susamı, kabuğunu ayırıp menekşeyle karıştırmak, sonra da yağın çıkarmak üzerine istisnâ‘ akdi kurması durumunda akit fâsid olmaktadır. Zira bu işlemde, koku vermesi için ne kadar menekşe kullanılacağını bilinmemesi anlaşmazlığa yol açmaktadır. Buna karşın, boya terziden olması şartıyla, kumaşın boyanması üzerine anlaşma yapılması durumunda taraflar arasında niza söz konusu olmayacağı için akit sahih kabul edilmiştir. Zira kumaştaki boya oranı, gözlemlenebilen (mahsûs) bir şeydir. Menekşeye bulanmış yağdaki koku, boyada olduğu gibi belirgin bir şekilde hissedilecek bir şey değildir. Konunun bir başka ayrıntısı da şudur: Kumaş boyama işinde boyacı, kendisine verilen kumaşları toplu olarak boyadığı ve herkese kumaşı için ne kadar boya kullanacağını belirtmesi meşakkatli bir iş olduğu için bu hususta beyanda bulunmasına gerek yoktur. Susamın yağının çekilmesi ise herkes için ayrı ayrı zamanlarda yapıldığı için susama koku vermesi için katılacak olan menekşe miktarının belirtilmesi zor değildir. Çünkü burada menekşe miktarının bilinmemesi tarafları anlaşmazlığa sürüklemektedir. Bu örnek, aynı değirmende herkesin mısır veya buğdayının ayrı olarak öğütülmesine benzemektedir. Bununla birlikte, susama katılacak menekşenin belli bir miktarı tesmiye olunması durumunda cehâlet ortadan kalkacağı için akit sahih kabul edilmiştir. Yine menekşenin miktarı belirtilmemekle birlikte ticaret erbabınca kastedilen miktarın anlaşılması durumunda akit sahihtir. Zira bir hususta öne

⁴⁰⁹ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 5/555.

⁴¹⁰ Kâsânî, *Bedâ‘i‘u’s-sanâi‘*, 7/136; Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/118.

sürülen şart, belirsiz hususlar barındırmasına rağmen o konudaki örfün varlığına binaen mâlum kabul ediliyorsa bu takdirde, akitte mâlum bir şart koşulmuş gibidir.⁴¹¹ Bu da pek çok işlemde olduğu gibi, genel kurala göre belirsizlik içeren bir durumda, örfe binaen istisnâ‘ akdi yapmanın istihsânen sahih olduğunu göstermektedir. Çünkü örf, anlaşmazlıkların önüne geçen bir mekanizmadır.⁴¹²

5. Şirket Akitleri

Şirket akitleri çıkar çatışmasının yoğun yaşanabileceği akit türlerindendir. Şirketler hukukunda genelde anlaşmazlığın en çok görüldüğü yer, kâr paylaşımı hususudur.

Şirket akitlerinde anlaşmazlığa sebep olacak durumlar şu şekildedir:

a-) Kâr Paylaşımının Sabit Miktar (Makt‘û) Olarak Belirlenmesi:

Şirket akdinde paylaşılacak olan kârın oranı önceden belirlenmiş olmalıdır. Aksi takdirde taraflar arasında anlaşmazlık çıkmaktadır.⁴¹³ Kâr belirlenmesinde; kârın yarısı, üçte biri, %5’i gibi müşâ‘, yani oranlı bir birim kullanılmalıdır. Maktû‘, yani yılsonundaki kârdan 15000 TL almak gibi belirli bir miktar şart koşularak yapılan bir şirket akdinde mahallin miktarına dair garar söz konusu olacağı için anlaşmazlık vuku bulmaktadır.⁴¹⁴ Çünkü şirketin söz konusu miktarı kazanıp kazanmayacağı konusu belirsizlik içermekte ya da bu miktar şirketin kârının büyük bir kısmını oluşturabileceği için paylaşımda adalet sağlanamamaktadır. Aksi durumda şirket akdi fâsid hale gelmektedir.

⁴¹¹ “Örfen maruf olan şey, şart kılınmış gibidir.”bk. (Mecelle, md. 43) “Beyne’t-tüccâr maruf olan şey beyinlerinde meşrut gibidir.” bk. (Mecelle md. 44)

⁴¹² وَكُلُّ مَا تَعَارَفَ النَّاسُ إِلَّا سِتْصِنَاعَ فِيهِ فَهُوَ جَائِزٌ bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 15/90.

⁴¹³ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 7/505.

⁴¹⁴ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 7/505; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/11; “Şerikler beyninde taksim olunacak ribhin hisseleri nısıf ve sülüs ve rubu‘ gibi cüz-i şâyi‘ olmak şarttır. Şeriklerden birine ribihten maktû‘an şu kadar kuruş verilmek üzere mukavele olunsa, şirket bâtıl olur.” Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 3/374, bk. (Mecelle md. 1337); Zerkâ, *el-Medhal*, 744.

b-) Şirket Sermayesinin Değeri Değişkenlik Gösteren Ayın Olmasından Kaynaklanan Anlaşmazlık:

Hz. Peygamber, (a.s.) helak durumunda tazmin edilemeyen malların kâr paylaşımına konu olmasını yasaklamıştır.⁴¹⁵ Bu bağlamda emvâl şirketinde, sermayenin tayin ile taayyün etmeyen; altın (dinar), gümüş (dirhem) veya madenden yapılmış paralar gibi aynî nakit olması lazımdır. İmam Malîk'in görüşünün aksine, kabzedilmeden önce deyn oldukları için tayin ile taayyün eden aynî ticaret malları (urûz) ve başkasının zimmetinde bulunan alacakların sermayeye konu olması sahih değildir.⁴¹⁶ Çünkü ticaret mallarından elde edilen kârın taksimi sırasında hissedarlar arasında anlaşmazlık çıkmaktadır. Zira ticaret mallarının kıymeti, ancak takdirle belirlenmektedir. Paralarda ise durum böyle değildir. Mesela yıllık kârı 50 bin lira olan bir şirketin kâr paylaşımı sırasında ortaklar arasında uyuşmazlık çıkmamaktadır. Çünkü paralar, tayin ile taayyün etmemektedir. Daha önce konusu geçtiği üzere, tayin ile taayyün etmeyen malların teslimi ve taksimi sırasında akit anında konuşulanın aynını değil, bedelini vermek gerektiği için uyuşmazlık çıkmamaktadır.

a. Mudârebe

Mudârebe, müzâraa ve müsâkat akitleri de şirket akitlerinin örneklerini oluşturmaktadır. Bundan dolayı şirket akitlerindeki genel anlaşmazlık sebepleri mudârebe akdinde de nizaya sebep olmaktadır. Mudârebe akdinde, anlaşmazlığa sebep olan hususlar şu şekilde incelenebilir:

a-) Sermayenin Aynî Ticaret Malları Gibi Tayin İle Taayyün Eden Mallardan Olması:

Cumhûr ulemaya göre, şirketler hukukunda olduğu gibi mudârebe akdinde de sermayenin dinar ve dirhem gibi para cinsinden olması gerekmektedir. İmam Mâlîk ise mudârebe dışında ticaret mallarının (urûz) da sermayeye konu olabileceğini savunmuştur. Buradaki genel kural, tayin ile taayyün eden malların

⁴¹⁵ Hadisin metni şu şekildedir: وَلَا رَيْحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ bk. Tirmizî, “Büyû”, 19; Ebû Dâvud, “Büyû”, 68; Nesaî, “Büyû”, 71, 72, 76; İbn Mâce, “Ticarât”, 60; Dârimî, “Büyû”, 26.

⁴¹⁶ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/7, 8; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik*, 3/316; Orhan Çeker, *Akitler*, 158.

sermayeye konu olması, *ribhu ma lem yudmen*, yani helak olması durumunda tazmin sorumluluğu olmayan mallardan kazanç elde etmektir. Zira ticaret malları satın alınırken taayyün etmektedir. Bu şekilde olan malların tazmini yapılamamaktadır. Şöyle ki teslimden önce tayin edilmiş kısmın helak olması durumunda mudârebe bir şey gerekmemektedir. Helak durumunda tazmin sorumluluğu bulunmayan bir maldan kâr elde etmeyi Hz. Peygamber (a.s.) yasaklamıştır. Tayin ile taayyün etmeyen mallar ise helak durumunda tazmin edilmektedir. Bu bağlamda, ticaret malları ile mudârebe akdi yapma neticesinde kâr paylaşımı hususunda cehâlet söz konusu olacaktır. Çünkü ticaret mallarının kıymeti, takdir ve zanna dayandığı ve kesin bilgi ifade etmediği için onu takdir eden kişiye göre değişiklik göstermektedir. Sermayenin değerindeki bilinmezlik de kârın paylaşımı sırasında anlaşmazlığa yol açmaktadır.⁴¹⁷

Ayrıştırılmamış toz altının⁴¹⁸ mudârebe akdinde sermayeye konu olması örfe göre değişmektedir. Şöyle ki insanların ham altınla muamelelerde bulunduğu yönünde bir örf varsa bu şekildeki altın, tayin ile taayyün etmeyen para mesabesindedir. Eğer insanlar işlenmemiş altını ticari işlemlerinde kullanmıyorlarsa bu durumda, söz edilen ham altının sermayeye konu olması doğru değildir.⁴¹⁹ Çünkü bu şekildeki altın, cevherinden ayrıştırılmadığı için altın miktarına ve değerine dair belirsizlik oluşacak, bu da anlaşmazlığa sebep olacaktır.

b-) Kârın Belirtilmemesi, Fâsid Bir Şart veya Maktû‘ Olarak Belirtilmesi:

Mudârebe akdinde kârın bilinmemesi durumu, anlaşmazlığa sebep olan hususların başında gelmektedir. Mesela, sermaye sahibinin sermayeyi işletecek olan kişiye: “Bu bin dirhemi mudârebe olarak ya da mukârada olarak al.” deyip kâr oranından bahsetmemesi durumunda, böyle bir mudârebe akdi fâsid olmaktadır. Zira mudârebe lafzı ile kurulan bir akit, sermayeyi işletecek olan kişiye (mudârib) elde edilecek olan kârdan belli bir miktarı vermeyi

⁴¹⁷ Kâsânî, *Bedâ’îu’s-sanâî*, 8/12; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 5/15.

⁴¹⁸ Arapça ifadesi (تبر) şeklindedir.

⁴¹⁹ Kâsânî, *Bedâ’îu’s-sanâî*, 8/13; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/8.

gerektirmektedir. Bu kâr ise meçhul olduğu için sermaye sahibiyle onu işleten kişiler arasında anlaşmazlık çıkmaktadır.⁴²⁰

Kârın fâsid bir şart olarak öne sürülmesi de kâr hususunda anlaşmazlığa yol açmaktadır. Zira bu bilinmezlikler, kâr paylaşımında tarafların uyumsuzluklarına yol açmaktadır. Mesela, mudâribe; “kârın bir kısmını”, “kazanılacak olan kölelerden birini”, “bu ayki kârı” verme ya da “satın alınacak bir kölenin taraflardan birinin hakkı olduğunu”, “belli bir meblağın tüm hakkı ya da hakkının bir kısmı olduğunu” söyleme ve kârın belli bir kısmını, üçüncü bir şahıs için şart koşma gibi örneklerde kârın fâsid şart olarak öne sürülmesi söz konusudur. Çünkü bu bilinmezlikler, taraflardan her birinin kârdan ne kadar alacağı ya da kârın tamamı hususunda bilinmezliklere yol açmaktadır. Bu da tarafları nizaya sevk etmektedir.⁴²¹

Diğer şirket akitlerinde olduğu gibi mudarebe akdinde kârın müşâ‘ olarak belirtilmemesi durumunda akit fâsid olmaktadır. Çünkü yılsonu şirketin öne sürülen kazanca ulaşması belirsizdir.⁴²²

b. Müzâraa

Müzâraa akdinde nizaya sebep olan durumlar şu şekildedir:

a-) Kârın Müşâ‘ Olarak Belirlenmemesi:

Şirket akdinde olduğu gibi müzâraa akdinde de elde edilecek ürünün paylaşımında yarısı, üçte biri, dörtte biri gibi, müşâ‘ (oranlı) bir hisse belirlenmelidir. Bu belirlemenin yapılmayıp maktû‘ (sabit miktar) bir hisse veya takdirin kişilere bırakılması şeklinde bir kâr paylaşımı, akdin mahallinin miktarına dair garara ve neticesinde nizaya yol açmakta, bundan dolayı da akit fâsid olmaktadır.⁴²³ Ürünün paylaşımı sırasında şâyi‘ değil, “15 kaffiz buğdayı benimdir.” gibi maktû‘ bir hissenin şart koşulması durumunda akdin sahih olmamasının gerekçesi şudur: Şirket akdi kapsamında olan müzâraada, hasat

⁴²⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 22/25.

⁴²¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 5/187.

⁴²² Merginânî, *el-Hidâye*, 2/196, 197.

⁴²³ Kâsânî, *Bedâ’îu’s-sanâîc*, 8/268; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/11; Zerkâ, *el-Medhal*, 746.

zamanı topraktan söz konusu miktar kadar ürünün çıkacağı belli değildir. Ya da o kadar miktar buğdayın bir kişiye verilmesinde adil paylaşım gerçekleşmeyebilir. Bu da anlaşmazlığa yol açan bir durumdur.⁴²⁴

b-) Ekim Yapılacak Arazinin Yüzölçümünün Belirlenmemesi:

Müzâraa akdinde, arazinin (mezrû'un fih) ekimin yapılacak kısmı ve yüzölçümü belirlenmiş olmalıdır. Aksi takdirde böyle bir bilinmezlik, nizaya yol açmaktadır. Mesela, “Şu arazinin bir kısmına buğday, bir kısmına arpa ekmen şartıyla...”⁴²⁵ şeklinde kurulan bir müzâraa akdi sahih olmamaktadır. Zira “bir kısmı” ifadesi fâhiş cehâlet barındırmaktadır ki bu da nizaya yol açmaktadır.⁴²⁶ Çünkü daha önce belirleme yapılmadığı için arazi sahibinin göstereceği yer ile müzâraa ekim yapmak isteyeceği alan farklılık gösterebilir.

Müzâraa akdinde, ekim işleminden toprağın göreceği zarar, üründen ürüne değişiklik gösterdiği için arazinin neresine, hangi ürünün ekimi yapılacağı açıkça belirtilmelidir. Müzâraa akdinde ekim yapılacak arazinin sınırlarının belli olması gerektiğine dair bir başka örnek de şudur: Tarla sahibi, “Bu araziden bir yere buğday ekersen şu hisselerde, bir yere arpa ekersen şu hisselerde müzâraa akdi yaptım.”⁴²⁷ demesi durumunda akit fâsid olmaktadır. Çünkü مِنْ kelimesi “teb'îz”, yani bir bütünün bir kısmını ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu bir kısmının da arazinin ne kadarı ya da hangi kısmı olduğu bilinmediği için niza söz konusu olmaktadır. Buna karşın tarla sahibi, “Burada buğday olarak her ne ekersen şu oranda, arpa olarak her ne ekersen şu oranda müzâraa akdi yaptım.” demesi durumunda arazinin tamamı ekim işlemine konu olacağı için akit sahih kabul edilmektedir.⁴²⁸

⁴²⁴ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 8/268.

⁴²⁵ على أن ما يُزرع فيها حنطة فكذا وما يُزرع فيها شعيرًا فكذا

⁴²⁶ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 8/269.

⁴²⁷ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 8/269; Hey'et, *el-Fetâva'l-Hindiyye* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 2000), 5/305.

⁴²⁸ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 8/269.

c-) Toprağa Hangi Ürünün Ekileceğinin Belirtilmemesi:

Pek çok akitte olduğu gibi müzâraa akdinde de akde mahal olan hususun anlaşmazlıklara sebep olmayacak bir şekilde bilinmesi gerekmektedir. Bu anlamda, zarar başlığında işlendiği üzere, toprağa ekilecek olan ürünün belirtilmemiş olması, arazinin göreceği zarar ihtimalinden dolayı insanlar arasında anlaşmazlığa sebep olabilmektedir. Çünkü ekimi yapılan bir ürün neticesinde ekim işleminden kaynaklı olarak arazi zarar görebileceği gibi değer de kazanabilir. Ancak toprak sahibinin “Dilediğini ek.” şeklinde mutlak bir beyanı bulunması durumunda, mâlikin muhtemel zararlara razı olduğu kabul edildiği için anlaşmazlık önlenmiş olmaktadır.⁴²⁹

d-) Tohumu Temin Edecek Kişinin Belirtilmemesi:

Müzâraa akdini sahih gören fıkıh bilginleri, akdin sahih olması için altı şartı sağlamasını gerekli görmüşlerdir. Bunlardan biri de tohumun kim tarafından karşılanacağı hususudur. Zira ma‘kudûn aleyh, tohumun ait olduğu kişiye göre değişiklik göstermektedir. Eğer tohum tarlayı işleyene (âmil) ait olacaksa ma‘kudûn aleyh, topraktan elde edilen faydadır. Tohumun karşılanması toprak sahibine aitse ma‘kudûn aleyh çalışanın emeğidir. Bu hususun bilinmemesi taraflar arasında anlaşmazlıklara yol açmaktadır.⁴³⁰

e-) Sürenin Belirtilmemiş Olması:

Müzâraa akdinde nizanın oluşmaması için gerekli olan şartlardan biri de akdin süresinin belirlenmiş olmasıdır. Sürenin belirlenmemiş olması durumunda, toprak sahibi tarlasının tahliyesini isteyebileceği gibi müzârî de tarla işletim hakkının devamını talep edebilmektedir. Böylece taraflar arasında çözümü güç bir anlaşmazlık durumu çıkmaktadır. Burada kural, sürenin nizaya sebep olmayacak bir şekilde belirlenmesidir. Bununla birlikte, bir bölgede bunun aksi yönünde bir örf olup anlaşmazlığın çıkmasına engel oluyorsa akit, istihsânen sahih kabul edilmektedir. Şöyle ki insanlar bir bölgede süre tayin etmeden müzâraa akdi yapıp sürenin bitimini akdin yapıldığı yılı takiben ekinin toplandığı ilk zaman dilimi

⁴²⁹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 8/267; Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/376.

⁴³⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 23/19; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, 2/325.

olarak belirliyor olabilirler. Bu uygulamanın örf haline gelmesi, insanların nizaya düşmediklerini göstermektedir. Zira örf, nizanın oluşmasına mani olan bir mekanizma, genel kural dışına çıkmayı gerektiren bir gerekçedir. Bu da cehâleti önlemeyle ilgili belirlenen kuralların niza oluşmadığı durumlarda istihsân yapılarak esnetilebildiğini göstermektedir. Nitekim Kâsânî'nin aktardığına göre, Muhammed b. Seleme (ö. 192/807), kendi bölgelerinde zamanın tayinine ihtiyaç olmadığını belirtmiştir. Çünkü zamanın tayininin ekime başlama zamanı farklı olan arazi mahsullerinin yetiştirildiği bir bölgede, ekime başlama dönemine dair belirsizlikten dolayı bir karışıklığın ve anlaşmazlığın çıkmasını engellemeye yönelik olduğunu belirtmiştir. Kendi bölgelerinde ise böyle bir hususun söz konusu olmadığını, dolayısıyla ilk ürünün oluşmasından ürünün bitişine kadar geçen sürenin akdin vakti olduğunu belirtmiştir.⁴³¹

c. Müsâkât

Müsâkat akdi, meyve bahçesi veya üzüm bağı sahipleriyle bunların bakım ve sulamasını üstlenecek işletmeci arasında, çıkacak ürün belli oranda aralarında paylaşılacak üzere yapıldığı sözleşmedir. Ebû Hanîfe ve İmam Züfer'e göre, böyle bir işlemde garar ve bilinmezlik olduğu için akit sahih değildir. Zira onlara göre bu akit, hasat edilecek ürünün bir kısmı karşılığında yapılan bir kiralama akdidir. Kira bedeli yerine geçen, *topraktan çıkacak ürün*, hiç elde edilemeyeceği gibi az ya da çok da elde edilebilir. Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre ise akdin süresi ve çıkacak meyveden tarafların hissesi müşâ' olarak belirlenmesi şartıyla bu işlem sahihtir. Zira Hz. Peygamber'den gelen haberler ve işleme olan ihtiyaç, akdin cevazını gerektirmiştir.⁴³² Bu, aynı zamanda mezhepte tercih edilen görüştür.

Müsâkat akdinde nizanın çıkmaması için gerekli şartlardan bir tanesi de akdin süresinin belirtilmiş olmasıdır. Bir kimse hurmalık ya da bir meyve ağacını,

⁴³¹ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 3/268; Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 8/269.

⁴³² Ahmed Şemseddin Kadızâde, *Netâ'icü'l-efkâr fî keşfi'r-rumûzi ve'l-efkâr (Fethu'l-kadîr ile birlikte)* (Bulak: Matbaatü'l-Kübra, 1318), 8/45, 46; Hamdi Döndüren, "Müsâkat", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, t.y.), 30/70.

ürün yarı yarıya paylaşılacak üzere kiraya verip akdin süresini belirtmemesi durumunda işlem, o sene çıkacak olan ilk ürüne binaen istihsânen sahih kabul edilir. Genel kurala göre bu işlem, meyve bahçesini işleyene (âmil) tarlayı kiralamaktır. Bu şekilde süreyi beyan etmeden kurulan bir akitte ma'kûdun aleyh belli değildir. Sürenin beyan edilmemesi durumunda, müzâraa akdinde olduğu gibi akit sahih olmamaktadır. Meyvenin olgunlaşmasının belli vakitleri vardır. Burada meyvenin olgunlaşmaya başlamasına kadar akdin devam ettirilmesinin şart koşulduğu kesin olarak bilinmektedir. Kural olarak sabit olan şey, şart koşularak sabit olmuş gibidir.⁴³³ Dolayısıyla süre belli olmuş kabul edilir. Biraz geri veya ileri gitmesi âdeten nizaya sebep olmamaktadır. Müzâraada ise durum tersinedir. Bu akitte akdin başlangıç zamanı belli olmadığı için bitiş zamanı da belli olmaz. Zira sonbaharda ekilen bir ürün baharın sonuna doğru hasat edilebilir. Baharda ekilen ise yaz sonu toplanabilir. Müzâraa akdine başlama vakti bilinmeyince akdin bitiş vakti de bilinmemektedir. Bu da taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Bundan dolayı müzâraa akdinde sürenin mutlaka belirtilmesi gerekmektedir. Müsâkatta ise süre belirtilmemiş olsa bile akdin ilk meyvenin çıkacağı zamana kadar devam edeceği kesin olarak bilinmekte, kalan vakti kapsaması hususu ise şüpheli olduğu için akdin bittiği kabul edilmektedir.⁴³⁴

6. Rehin Akdi

Satış akdinde, kişinin alacağını garanti altına alması için alacağı karşılık borçluya ait bir malı rehin almak, İslam hukukunda borcun ödenmemesi durumunda tarafların haklarını korumaya yönelik olarak meşru kılınmış bir işlemdir. Akdin sahih olması için rehin olarak gösterilecek şeyin belirli olması gerekmektedir. Aksi durumda, müşteri bir şeyi rehin olarak gösterirken satıcı farklı bir şeyi rehin vermek isteyecek ve taraflar arasında teslim ve tesellümü imkânsızlaştıran bir anlaşmazlık ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte meclis

⁴³³ “Örfen maruf olan şey, şart kılınmış gibidir.”bk. (Mecelle, md. 43) “Beyne’t-tüccâr maruf olan şey beyinlerinde meşrut gibidir.” bk. (Mecelle md. 44)

⁴³⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 23/102; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/337.

dağılmadan taraflar rehin olacak şey hususunda anlaşılırsa akit istihsânen sahih olur.⁴³⁵

Rehin olarak gösterilecek şeyin bilinmemesinden kaynaklı anlaşmazlıklara şunlar örnek verilebilir: Bir kişinin birini yirmi dirhem, diğerini on dirhem karşılığında olmak üzere iki koyunu rehin gösterip hangisinin yirmi, hangisinin on dirhem karşılığında olduğunu belirtmemesi durumunda akit fâsid olmaktadır. Zira yirmi dirhemlik koyunun helak olması durumunda, rehni alan on dirhemlik koyunun helak olduğunu, rehni veren ise yirmi dirhemlik koyunun helak olduğunu öne sürecek ve taraflar arasında anlaşmazlık çıkacaktır.⁴³⁶

7. Kitâbet Akdi

Kitâbet, hürriyetine kavuşmak için köle veya cariyenin efendisiyle yaptığı bir akittir. Bu akitte mala dair hususlar olduğu için anlaşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir.

Kölenin hürriyetine kavuşmak için ödeyeceği kitâbet bedeli; cinsi ve miktarı belirli bir mal olabileceği gibi belli bir süre hizmet etmek veya belli bir işi yapmak da olabilir.⁴³⁷ Kitâbet akdinde, bedel olarak gösterilecek maldaki belirsizlikler, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olabilmektedir. Bu akitte, tür ve miktara dair bilinmezlikler fâhiş cehâlet kapsamında değerlendirilmekte ve bu hususların belirsiz oluşu taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Bundan dolayı kitâbet akdinde gösterilecek olan bedelin vasfı belirli olsun olmasının nev'î (türü) ve miktarının belirli olması gerekmektedir. Bu, akdin in'ikad şartıdır.

⁴³⁵ وإن لم يكن الرهن معيناً ولا مسمى، وإنما شرطاً أن يرهنه بالثمن رهناً فالبيع فاسد؛ لأن جهالة الرهن يوقعهما في منازعة مانعة من التسليم فالمشتري يعطيه رهناً، والبائع يطالبه برهن آخر bk. Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/390; Abdülganî b. Tâlib el-Meydânî, *el-Lübâb fî şerhi'l-Kitâb*, thk. Muhammed Muhyiddîn Abdülhamit (Beyrut: el-Mektebetü'l-İlmiyye, t.y.), 2/64; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/390; وكذا يصح بشرط ملائم للعقد كشرط أن يرهنه المشتري شيئاً معيناً bk. Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/62; Meydânî, *el-Lübâb*, 2/64; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/182; Vehve Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühü*, (Şam: Dârü'l-fikr, t.y.), 5/3468.

⁴³⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 21/110; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 8/217; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/499; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 2/162.

⁴³⁷ Fahrettin Atar, "Mükâtebe", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yay., 2006), 31/531, 533.

Mesela cinsi belirtilmeden bir hayvan üzerine kitabet akdi yapma durumundaki belirsizlik, taraflar arasında anlaşmazlıklara sebep olmaktadır.⁴³⁸

Vasıf bilinmezliği, cins bilinmezliğinin aksine kitâbet akdinin sıhhatini olumsuz etkilememektedir. Bu durum, sahâbenin icmâsı ile sabittir. Zira Hz. Ömer, ashâbın hazır bulunduğu bir yerde, cinsiyetini belirtmeden bir hizmetçi (vasîf ç. vusefâ) üzerine kitâbet akdi yapılmasını sahih görmüştür. Çünkü kölenin “iyi”, “kötü” ya da “orta” şeklinde, kalitesi belirtilmeden mutlak olarak bir köle karşılığında kitâbet akdi yapılması durumunda, “bir köle” ifadesi vasıf bilinmezliği içermektedir. Böyle bir durumda, kölenin vasıfları belirsiz olsa da kastedilenin ortalama bir köle olduğu anlaşılmaktadır.

II. MÜSÂMAHAYA DAYALI AKİTLER

Müsâmahaya dayalı akitler, çıkar çatışması ve belirsizlikten kaynaklanan anlaşmazlıkların görülmediği ya da az olduğu, esnek yapıya sahip akitlerdir. Bunlar genel itibarıyla şu şekilde incelenebilir:

A. Hibe Akdi

Hibe, teberruât akdi olmasından dolayı esnek kurallara tabidir. Bu bağlamda, anlaşmazlık ihtimali bulunmadığı için hibe edilen malın mâlum ve muayyen olması, her zaman aranan bir şart değildir.

Müzâyakaya dayalı akitlerde akdi fesâda sürükleyecek belirsizliklerin hibe akitlerinde akde menfî bir tesirinin olmamasının altında yatan gerekçe, niza ilkesidir. Çünkü hibe akdi, menfaat çatışmasına dayalı bir işlem değil, kendisine hibe edilen kişinin (mevhûbun leh) karşılıksız menfaatinin olduğu bir akitir. Bundan dolayı, hibe edilen mala dair belirsizlikler taraflar arasında nizaya sebep olmamaktadır. Buna karşın, ortaklı malların hibe edilmesinde, hibe edilen şeyin belirli olması gerekmektedir. Mesela bir kişinin; “Kölemden hissemi sana hibe ettim.” deyip hissesini belirtmemesi durumunda hibe akdi sahih olmamaktadır. Zira burada hisseye dair bilinmezlik, her ne kadar hibe edilen kişi için bir anlaşmazlık sebebi olmasa da hibe eden kişiyle köleye ortak olan diğer kişi

⁴³⁸ Aynî, *el-Binâye*, 10/383.

arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Çünkü herhangi bir akit vasıtasıyla akdin asıl konusunu oluşturan hususun belirsiz olmasıyla temlik sahih değildir.⁴³⁹

B. İâre Akdi

İâre, geri dönüşü mümkün olmak üzere, menfaatin karşılıksız olarak devredildiği bir işlemdir. Bağlayıcı olmayan akitlerdeki bilinmezlikler, nizaya sebep olmamaktadır. Çünkü tarafların cayma hakkının olması, anlaşmazlığın önüne geçmektedir. Bu anlamda müzayakaya dayalı akitlerde, belirsiz olup anlaşmazlık sebebi olan pek çok husus, âriyet akdinde nizaya sebep olmamaktadır. Çünkü iârede bulunan kişinin her an bundan vazgeçme hakkı bulunmaktadır.⁴⁴⁰

Hanefî mezhebine göre iâre akdinin zaman ve mekân sınırlaması beyan edilmeden yapılması sahihtir. Bu bağlamda, hayvanın ödünç olarak verilmesi durumunda, hayvana yük olarak ne yükleneceğinin belirtilmemiş olması akdin sıhhatine zarar vermemektedir. Zira bu akitlerde karşılıklı bir teslimat söz konusu olmadığı için anlaşmazlık çıkmamaktadır. Ayrıca bu sözleşme bağlayıcı olmadığı için iâreye veren kişi dilediği zaman akdi feshedebilmektedir. Bu kural açısından bakıldığında zaman, bir atı ödünç alan kişi, hayvana yük yükleyebileceği gibi onu binek olarak da kullanabilmektedir. Aynı şekilde atı kısa bir müddet kullanabileceği gibi uzun bir süre de kullanabilmektedir.⁴⁴¹

Âriyet akdinde, bir şeyle kayıtlı olmayan (mutlak) bir malın ödünç verilmesi, tarafları anlaşmazlığa götürmemektedir. Mesela, rehin vermek üzere bir malı ödünç alan kişi, rehin hususundaki mutlak ifadeye istinaden o maldan istediği miktarı istediği kişiye rehin vermesi, bir anlaşmazlığa sebep olmamaktadır.⁴⁴²

⁴³⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/74.

⁴⁴⁰ Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik*, 5/83; Aynî, *el-Binâye*, 10/138; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/102; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, 2/346.

⁴⁴¹ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 5/555.

⁴⁴² Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/71; Aynî, *el-Binâye*, 13/29; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/513.

C. Kefâlet Akdi

İslâm hukuku, satış akitlerinde alacakları garanti altına almak için kefâlet ve rehin gibi işlemleri meşru kabul etmiştir. Bu bağlamda, kefâletin olduğu bir satış akdinin fesâda uğramaması için kefil olarak gösterilecek kişinin belirli olması gerekmektedir. Kefilin olduğunun söylenip kefil olacak kişinin kim olduğunun belirtilmemesi durumunda, söz gelimi müşteri ekonomik gücü zayıf bir kişiyi kefil gösterecek ve taraflar arasında anlaşmazlık çıkacaktır. Çünkü her insanın borç ödeme ve borçlanma hususundaki tabiatı diğerinden farklıdır.⁴⁴³

Kefâlet akdinde kefil olacak kişinin belli olması şartına karşın esnekliğe dayandığı için kefil olunan şeye dair bilinmezlikler de akdın sıhhatine zarar vermemektedir. Zira bu husustaki belirsizlik, bir anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Çünkü kefil olan kişiye, kefil oluşundan dolayı tahsilatla ilgili bir talep ancak satış akdi tamamlandıktan sonra gelebilir. Böyle bir durumda da satış akdi tamamlanmış olacağı için satılan şey mâlum hale gelmektedir.⁴⁴⁴ Ayrıca bu işlemde, borcun asıl kişiden temini mümkün olduğu için kefâlete dair ağır şartlar getirilmemiştir. Mesela; “Fılan kimseye malını sat. Ona sattığın şeye ben kefilim.” denmesi durumunda bu şekildeki bir kefâlet akdi sahihtir. Çünkü kefâlet, asıl kişinin borçlanmasıdır.⁴⁴⁵

Örfün anlaşmazlıkların önüne geçen bir ilke olmasının kefâlet akdinde de yansımaları vardır. Çünkü kefâlet akdinin meşruiyeti örfe dayandığı için örfen

إذا لم يكن الكفيل معيناً ولا bk. Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâi*, 7/17; وكذا إذا كان الكفيل مجهولاً فالبيع فاسدٌ مسمى، فالعقد فاسد؛ لأن جهالة الكفيل يوقعهما في منازعة مانعة من التسليم؛ لأن الناس يتفاوتون في قضاء وكذا يصح بشرط ملاءم bk. Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/390; للعتد كشرط أن يرهنه المشتري شيئاً معيناً أو يعطيه كفيلاً معيناً لأن هذا لا يفسد بل يؤكد وإن كانا غير معينين bk. Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/62; Meydânî, *el-Lübâb*, 2/64; “Çünkü kefil malum olmasa müşteri, bayiye kudret-i maliyesi olmayan bir adamı kefil vermek ister. Bayi ise bunu kabul etmez. Ve bu vechile beynlerinde niza mucip olur.” bk. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/182; (أبيعك بشرط أن تعطيني كفيلاً بالثمن) ولم يسم إنساناً ولا أشار إلى إنسان؛ لأن هذه جهالة تفضي إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم؛ إذ أن معنى التوثق والتأكد بالحصول على الثمن بالرهن أو الكفالة لا يحصل إلا بالتسليم، وذلك لا يتحقق في المجهول bk. Zuhaylî, *el-Fikhu'l-İslâmi*, 5/3468.

⁴⁴⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/50.

⁴⁴⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/50.

uygulana gelen; vadenin az bilinmezlikler içeren, “hasat zamanı”, “harman zamanı”, “Nevruz günü” gibi zaman dilimlerine ertelenmesi, akdi ifsâd etmemektedir. Zira örf, anlaşmazlıkların önüne geçmektedir. Oysaki bu vadeler, çıkar çatışmasına dayalı akitlerde akdi ifsâd etmektedir. Bu meyanda, hali hazırda geçerli olan bir kefâlet akdinin süresinin bu vakitlere ertelenmesi sahihtir.⁴⁴⁶

D. Vekâlet Akdi

Vekâlet akdinde bazı belirsizlikler, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmasına karşın, satış akdinde nizaya sebep olan bazı belirsizlikler, bu akdi olumsuz etkilememektedir. Mesela, bir kişi diğere, “Bu iki kölemi sat.” veya “Bu iki kölemden birini sat.” demesi durumunda, akit istihsânen sahihtir. Oysaki bu şekilde, akdin konusunun zâtının bilinmediği bir satış akdi fâsiddir. Buna karşın vekâlet akdi; esnekliğe dayandığı, bağlayıcı olmadığı ve buradaki cehâlet telafi edilebilir (cehâletün müstedreketün) olduğu için bu bilinmezlik nizaya sebep olmamaktadır. Çünkü vekil tayin eden kişinin bu şekilde bir işleme ihtiyacı olabilir. Böyle yaparak hangi malın daha rağbet göreceğini bilmediği için vekilin işini kolaylaştırırken kendisi de iyi fiyata malının satılmasından kârlı çıkmaktadır.⁴⁴⁷

Vekâlet akdi, esnek yapıya sahip olsa da belirsizlikleri kabul etmeyen yönleri de bulunmaktadır. Mesela, bir kişi vekâlet verdiği şahsa, “Seni bütün işlerimde vekil tayin ettim.” ya da “Her şeyimi sana havale ettim.” şeklinde, vekil verenin tüm işleri hususunda genel bir vekâlet akdi yapması durumunda akit fâsid olmaktadır. Çünkü burada her şeyin vekâletinin verilmesi, nizaya sebebiyet verecek fâhiş bilinmezlikler içermektedir. Zira kişinin tüm işlerinin yetkisini vermesi; talak, kölelerin azadı, malların tasadduku gibi büyük sorumluluklar isteyen şeylerin de yetkisini vermeyi gerektirmektedir.⁴⁴⁸ Bu durumda da asıl kişi, istemediği sonuçlarla karşılaşabilmektedir.

⁴⁴⁶ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/391.

⁴⁴⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 19/53.

⁴⁴⁸ Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/322.

Yetki hususunda genel vekâletin verilmesi akdi ifsâd ederken satış hususundaki genel vekâlet, nizaya sebep olmadığı için akdi ifsâd etmemektedir. Mesela, bir kimsenin “Bana istediğini al.” ya da “Bana istediğin elbiseyi al.” şeklinde verdiği genel bir vekâlette; malın türü, vasfı ve fiyatına dair fâhiş bilinmezlik söz konusudur. Müvekkil, vekile bu hususta tüm yetkilerini rızasıyla verdiği için buradaki bilinmezlik çok olsa da anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. “Dilediğini satın al.”, “Gördüğünü al.” gibi genel satın alma vekâletlerinde; tür, vasıf ve semenin bilinmemesi, yani bu hususlarda fâhiş bilinmezlik bulunması durumunda da aynı şekilde akit sahihtir. Çünkü satın almada genel bir yetkinin verilmesiyle anlaşmazlığın çıkması önlenmiş olmaktadır.⁴⁴⁹

Özel bir şeyi satma hususunda verilen vekâletlerde ise az veya çok bilinmezlikler akdi ifsâd etmektedirler. Zira satış vekâletinde, akdin çıkar çatışması özelliği baskındır. Bunun için vekâlet yetkisi verilecek malın; tür, vasıf, miktar ve semen gibi hususlarının bilinmesi gerekmektedir.⁴⁵⁰

Özel bir şeyi satın alma konusunda verilen vekâletlerde ise fâhiş bilinmezlikler akitleri ifsâd etmekteyken az bilinmezlikler istihsânen akde zarar vermemektedir. Burada istihsân veçhi şu nastır: Hz. Peygamber, kendisine kurbanlık bir koyun alması için sahâbeden Hâkim b. Hizâm’a (ö. 54/674) para vererek onu pazara göndermiştir. Eğer az bilinmezlikler vekâlet akdini ifsâd edecek olsaydı, Hz. Peygamber böyle bir durumda Hâkim’i göndermezdi.⁴⁵¹ Zira kurbanlık hayvanın vafına dair bilinmezlik, onun fiyatının ve nev‘inin söylenmesiyle giderilememektedir. Görüldüğü gibi vekâlet, çıkar çatışmasına değil, esneklik ve genişliğe dayanan bir akit olduğu için satış akdinde caiz olmayan bazı belirsiz hususlar akdi ifsâd etmemiştir. Durum böyle olmakla birlikte, vekâlette de bazı belirsiz hususlar anlaşmazlığa sebep olduğu için akdi ifsâd etmiştir. Buradan akitlerin sıhhatine karar vermede, nizanın ne derece önemli bir faktör olduğu ortaya çıkmaktadır. Satın alma vekâletinde, satışa konu olan malın kendi içinde birçok çeşidi varsa bu hususun belirtilmemesi fâhiş

⁴⁴⁹ Buhârî, “Menâkıb”, 28; Ebû Dâvûd, “Büyû”, 28; Tirmizî, “Büyû”, 34.

⁴⁵⁰ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 7/433.

⁴⁵¹ Buhârî, “Menâkıb”, 28; Ebû Dâvûd, “Büyû”, 28; Tirmizî, “Büyû”, 34.

cehâlet kapsamında değerlendirildiği için taraflar arasında anlaşmazlık çıkmaktadır. Şöyle ki bir kişi diğerine, “Bana 200 liraya bir elbise al.” demesi durumunda fiyatın bilinmesine rağmen tür (nev‘) bilinmezliği sebebiyle akit sahih olmaz. Zira elbisenin kendi içerisinde türleri olduğu gibi kumaşın da vardır.⁴⁵²

E. Sulh Akdi

Sulh akdinde, teslimi gereken şeylerin belirsiz olmaması şartı, sulh türlerinin sıhhatini de belirlemektedir. Sulh akdi, mâlum olan bir şey için mâlum bir bedel karşılığında, meçhul olan bir şey için mâlum bir bedel karşılığında, meçhul olan bir şey için meçhul bir bedel karşılığında, mâlum olan bir şey için meçhul bir bedel karşılığında olmak üzere dört şekilde yapılır. Bunlardan ilk ikisi için yapılan sulh akdi sahih, diğerleri için yapılan ise fâsid olmaktadır. Kural olarak meçhul bir şey hususunda sulh akdi yapılabilir, fakat sulh bedelinin her durumda mâlum olması gerekmektedir. Çünkü üzerinde hukukî anlaşmazlık bulunan konu, teslimi gerekmeyen bir şey olduğu için mâlum olması şart değildir. Zira kural olarak teslimi gereken her şeyin bilinmesi gerekmektedir. Sulh bedeli de teslim ve tesellümü gereken bir şey olduğu için bunun meçhul olmasıyla akit fâsid olmaktadır.⁴⁵³ Mesela meçhul bir hak üzerine mâlum bir bedel karşılığında sulh yapmak sahihtir. Zira sulh akdinde böyle bir bilinmezlik, nizaya sebep olmamaktadır. Şöyle ki iki kişi, bir evde hisseleri olduğunu iddia edip bunun ne kadar olduğunu bilme, daha sonra da mahiyetini bilmedikleri bu haktan vazgeçme, yani ıskat ile sulh yapsalar akit sahihtir. Çünkü tarafların mâlumu olmayıp hak iddia etikleri şey, teslimi gereken bir husus olmadığı için bilinmezlik nizaya sebep olmamaktadır.⁴⁵⁴

Sulh akdinde, üzerinde hukukî anlaşmazlık bulunan konuya *mûsalehun anh* denir. Mûsaleh anhin şartlarından biri de karşılığında bedel alınabilen ve meçhul olmayan bir hak olmasıdır. Meçhul olmamayı Şâfiî ve Zâhirîler mutlak

⁴⁵² Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 7/433.

⁴⁵³ Mevslî, *el-İhtiyâr*, 3/6; Molla Hüsrev, *Dürerü’l-hükkâm*, 2/404; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/204.

⁴⁵⁴ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/69; Zeylâî, *Tebyînü’l-hakâik*, 4/102; Molla Hüsrev, *Dürerü’l-hükkâm*, 2/167.

biçimde; Hanefîler, teslim ve tesellüme mani olmayacak şekilde; Malîkî ve Hanbelîler ise bilinmesinin mümkün olduğu hallerde şart koşmuşlardır. Şevkânî (ö. 1250/1834) ise tarafların helalleşmeleri halinde sulh konusunun meçhul olmasında bir sakınca olmayacağını ifade etmiştir.⁴⁵⁵ Görüldüğü gibi, konuya niza ilkesi açısından yalnızca Hanefî mezhebi yaklaşmaktadır. Zira diğer mezheplerde bilinmezlik istenmeyen bir durumken Hanefî mezhebinde teslim ve tesellüme mani olan bilinmezlikler akde zarar vermektedir. Teslim ve tesellümün gerçekleşmesine engel olan husus da nizadır. Yani, nizaya sebebiyet veren bilinmezlikler akdi ifsâd ettiği için sulh akdinde de teslime mani olan bilinmezlikler akdin sıhhatini olumsuz etkilemektedir.

Sulh akdinde, teslimin gerekmemesi neticesinde anlaşmazlığın çıkmamasına bir örnek de şudur: Bir kişi, bir aynda hakkı olduğunu iddia etse davalı da bunu inkâr yahut ikrar etse, daha sonra da bu kişiler, belli bir mal üzerine sulh etseler akit sahihtir. Zira sulh akdi, muâvaza şeklinde olduğu gibi hak veya mükellefiyeti düşürme işlemi olan ıskat ile de gerçekleşebilmektedir. Iskatta, her ne kadar adamın feragat ettiği pay bilinmese de bu işlem teslim ve tesellüm ile kabza mani olmadığı için anlaşmazlık çıkmamaktadır.⁴⁵⁶

Sulh akdiyle ilgili bazı işlemler niza açısından şu şekilde incelenebilir:

a-) İkrar İle Sulh:

İkrar ile sulh yapılması halinde sulh, mala karşılık yine bir malla yapılıyorsa akitte malın malla değişimi söz konusu olduğu için akdi kuranların rızasıyla bu işlem bir satış gibi kabul edilir. Dolayısıyla sulh akdinde görme, ayıp ve şart muhayyerliği ile şufa cereyan ederken bedelin teslim edilebilir olup cehâletten uzak olması da şart koşulmuştur. Zira bedele dair bilinmezliğin nizaya sebep olması durumunda akit fâsid olmaktadır.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Fahrettin, Atar, “Sulh”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (Ankara: TDV Yayınları, 2009), 37/483.

⁴⁵⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/148; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâi’*, 7/482; Aynî, *el-Binâye*, 8/137.

⁴⁵⁷ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/5; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 6/27.

b-) Miras Üzerine Sulh:

Mirastan kalan terike üzerine sulh yapma durumunda, terikenin bilinmezlik içermesine rağmen yapılan sulh işlemi sahihtir. Zira burada miras olarak kalan mal, varislerin elinde olduğu için teslim söz konusu olmayacak ve mirasçılar arasında anlaşmazlık çıkmayacaktır.⁴⁵⁸

c-) Mehir ya da Kısastan Af Hususunda Sulh:

Nikâh akdinde, mehir olarak belirlenmesi sahih olmayan her husus, kısastan dolayı yapılan sulhun sıhhatine de mani olmaktadır. Zira bu akitlerde öne sürülen bedelin karşılığı, mal olmayan bir şeydir. Ayrıca nikâh ve sulh akdi müsâmaha üzerine kurulu bir akitken satış akdi mümâkese ve müzâyakaya dayanmaktadır. Zira insanoğlu, kimi durumlarda canı hususunda hoşgörülü olduğu kadar malı konusunda değildir.⁴⁵⁹ Bundan dolayı mehirde ya da kısastan af hususunda sulh bedeli olarak öne sürülecek şey, nizayı engellemeye yeterli olduğu için bunun nev‘inin bilinmesi kâfidir. Örneğin sulh bedeli olarak “bir köle ya da Rize bezi” üzerine sulh yapmak, bu malların ortalamasını tespit etmek mümkün olduğu için anlaşmazlığa sebep olmayacağı için sahihtir.

F. Itk (Köle Azadı)

İslam dini, insanın yaşam hakkına büyük ehemmiyet verdiği için çeşitli yollarla kölelerin özgürlüğüne kavuşturulmasını teşvik etmiş ve onlara özel hukukî kurallar koymuştur. Kölelerin özgürlüğüne kavuşturulması fıkıhta “ıtk/i‘tâk” şeklinde isimlendirilmektedir. Köle azadı meselesi, her ne kadar ilk bakışta borçlar hukukunun konusu olmadığı şeklinde bir izlenim uyandırır da kölelerin mal kapsamında değerlendirildiği düşünüldüğünde, bunların insanlar arasındaki borç ilişkilerinin konusunu oluşturacağı kaçınılmazdır.

Muâmelâtın diğer alanlarında olduğu gibi köle azadında da tarafların nizaya sebep olacak bilinmezliklerden uzak durması gerekmektedir. Bu anlamda, kölenin azad olması için öne sürülen malın cins yönünden bilinmezlik taşıması,

⁴⁵⁸ Zeylâi, *Tebyînü’l-hakâik*, 5/52; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 5/643.

⁴⁵⁹ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 7/481.

buna örnektir. Mesela, efendinin kölesine “Bana bir kumaş getirirsen karşılığında seni özgür bırakacağım.” deyip köle de ortalama bir kumaş getirmesi durumunda; efendisi bunu kabul etmediği müddetçe azat olamaz. Çünkü elbisenin farklı farklı cinsleri ve türleri vardır. Mesela atlas ya da ipek de bir kumaşken yün veya keten de bir kumaştır. Bundan dolayı tarafların çekişmeye düşmeden cinsi belirtilmeyen kumaştan ortalama bir tanesi üzerinde mutabık olmaları zordur. Akdin gerçekleşmesi için öne sürülen “kumaş temin etme” şartındaki bilinmezlik var olduğu müddetçe tarafların anlaşmazlığa düşmesinin önüne geçilemez. Nizalı bir durumda ise köle azat akdinin hükmü olan teslim ve tahliye (özgürlük) gerçekleşmemektedir. Görüldüğü gibi burada cins bilinmezliğinden kaynaklanan bilinmezliğin nizaya sebep olması, nizanın da akdin hükmünü uygulamaya imkân vermemesi söz konusudur. Buna karşın, kumaşın cinsi belirlense mesela bir Herat kumaşı karşılığında akit kurulup köle de ortalama bir Herat kumaşı getirse efendinin bunu kabul etmesi gerekmektedir. Aksi durumda bunu kabul etmeye zorlanır. Çünkü kumaşın cinsi mâlumdur.

Aynı şekilde, kölenin bir hayvan getirmesi şartıyla azat olacağının belirtildiği bir akitte, azat bedeli olan malın cins bilinmezliği söz konusu olduğu için taraflar arasında niza çıkabilmektedir. Fakat bir at karşılığında akit kurulması durumunda, hayvanın cinsi belli olması sebebiyle, ortalama bir at tedarik edilerek taraflar arasında anlaşmazlığın çıkmasına engel olunabilmektedir.⁴⁶⁰

Anlaşmazlıkların önüne geçme noktasında rızanın önemli bir yeri vardır. Rızanın bu etkisi, köle azadı konusunda da görülmektedir. Şöyle ki köle azadında akit konusunun cins yönünden bilinmezlik barındırması anlaşmazlığa sebep olduğu için işlem sahih değildir. Durum böyle olmakla birlikte cins bilinmezliği barındıran şeye efendinin rıza göstermesiyle niza çıkmamış olacağı için akit sahih kabul edilmektedir. Mesela efendinin mutlak anlamda bir köle karşılığında sözleşmeyi yapıp niyet olarak mukayyet, yani iyi bir köleyi kastetmesi durumunda köle, azat olmak için kötü bir köle getirir ve efendisi bu duruma razı olursa

⁴⁶⁰ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 4/255.

anlaşmazlık söz konusu olmayacağı için akit sahihe dönüşür.⁴⁶¹ Buradan da akdin hukukî varlık kazanabilmesinde belirleyici kıstasın cehâlet değil, niza olduğu bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Nitekim yukarıda geçtiği üzere, mutlak köleyi zikredip belirli vasıflardaki bir köleyi kast eden efendi, kötü bir köle getirilmesi durumuna razı oluyorsa akit sahihe dönüşmektedir. Bir diğer örnek ise bir kumaş karşılığında azat edilme şartında, normal şartlarda akdin konusunda fâhiş cehâlet bulunmaktadır. Fakat efendinin kendisine getirilen herhangi bir kumaşa rıza göstermesi, yani nizanın çıkmamış olması durumunda akit sahih hale gelmiştir. Bu da köle azadında, anlaşmazlık ihtimalinin çok düşük olmasından dolayı müzâyakalı akitler kadar sıkı şartların aranmadığını göstermektedir.

Diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi köle azadında da nizaya sebebiyet vermeyecek belirsizlikler akdi ifsâd etmemektedir. Bundan dolayı, köle azadının meçhul bir icapla yapılması sahihtir. Çünkü burada borç altına giren mevlâdır. Onun icabına karşılık bir kabûlün bulunması gerekmediği için niza söz konusu olmamaktadır. Buna karşın meçhul bir icapla kurulan satış akdi, nizaya sebep olacağı için fâsid olmaktadır. Mesela, “Sana bir köle sattım.” ifadesi sahih değilken “Bir kölemi azad ettim.” denip kişinin bir kölesinin olması durumunda akit sahihtir.⁴⁶²

G. Nikâh Akdi

İslâm muâmelât hukukunda niza kuralı, mala taalluk eden konularla alakalı bir husustur. Nikâh akdinin konusunun malla ilgili olması hasebiyle mehir, nafaka gibi işlemlerde nizanın tezahürlerine rastlamak mümkündür. Zira nikâh akdi, her ne kadar malın parayla değişildiği akitler sınıfına dâhil olmasa da bu sözleşmelerde; mehir, sulh bedeli gibi malla ilgili borca taalluk eden hususlar vardır. Bundan dolayı buralarda, malın teslimine mani olacak anlaşmazlıklardan kaçınmak gerekmektedir.

Satış akdi, icâre ve bir mal hususunda yapılan sulh akdi gibi işlemler; fâsid şart ve bedelin meçhul oluşu gibi gerekçelerle fesâda uğramaktadır. Çünkü

⁴⁶¹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâi'*, 4/255.

⁴⁶² Serahsî, *el-Mebsût*, 7/85, 94.

bunlarda, malın mal olan bir şeyle değişimi söz konusudur. Nikâh ve hul‘ ile kasten adam öldürme neticesinde yapılan sulhta ise fâsid şart veya bedelin meçhul oluşu gibi amillerden dolayı akit fesâda uğramamaktadır. Çünkü bu akitler, malın mal olmayan bir şeyle değişildiği akit sınıfına girmektedir. Kitâbet akdi ise bedelin meçhul oluşunun akdi fesâda uğratması yönünden satış akdi gibi, fâsid şartın akde tesir etmemesi yönünden nikâh akdi gibi değerlendirilmektedir.⁴⁶³ Bunun bir sonucu olarak mehre dair bilinmezlik; nikâh akdinde amacın mal olmaması ve akdin müsâmaha üzerine kurulu olmasından dolayı nizaya sebep olmamaktadır. Bundan dolayı akit değil, mehir belirleme (tesmiye) fesâda uğradığı için mehr-i misil verilmektedir.⁴⁶⁴

1. Mehir

Nikâh akdinde, mehir belirlemenin sıhhatinden bahsetmek için mehir olarak verilecek malın taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmayacak şekilde tayin edilmiş veya kendisine işaret edilmiş olması gerekmektedir. Muayyen olan ve kendisine işaret edilmiş bir malın mehir olarak belirlenmesi sahihtir. Bununla beraber, ne muayyen ne de kendisine işaret edilmiş olan bir malın mehir olarak verilmesi sahih değildir. Çünkü buradaki bilinmezlikler tarafları anlaşmazlığa sevk etmektedir.⁴⁶⁵

Hanefî fakihleri, mehir belirlemede akde olumsuz etkisi olan bilinmezliği giderme hususunda mehr-i misli ölçü almışlardır. Normal şartlarda satış akdi ve icâre akdinde olduğu gibi, ivazdaki bilinmezliklerin ivazın mehir olarak belirlenmesine mani olması gerekmektedir. Bu durum nikâh akdindeki mehirde de geçerlidir. Bununla birlikte, yukarıdaki kurala göre icmâ ile sabit olan “mehr-i mislîn” sınırında veya ondan daha az miktarda belirsiz olan malların mehr-i misle kıyasla mehir olarak belirlenmesi akdin sıhhatine bir hâlel getirmez. Zira mehr-i misil uygulaması, bir takım belirsiz hususlar içermesine rağmen üzerinde icmânın sabit olmasından dolayı meşru kabul edilmiştir. Mesela cinsi bilinmeyen bir binek

⁴⁶³ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/447.

⁴⁶⁴ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 2/148; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 2/461; Darîr, *el-Garar*, 546.

⁴⁶⁵ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 3/502.

veya vasfı bilinmeyen bir evin mehir olarak gösterilmesi, mehr-i misil olarak verilecek ivazdaki cehâletten daha fazla bir bilinmezlik içermektedir. Zira mehr-i misilde; iffet, mal, güzellik, akıl, yaş ve bölge farklılığı hususunda birbirine denk olan iki kadının mehirleri de birbirine yakın kabul edilmektedir. Buna karşın yukarıdaki örnekteki gibi, cins ve türe (nev‘) dair bilinmezlikler, mehr-i misilden fazla olduğu için nizaya sebep olmaktadır.⁴⁶⁶

Mehir olarak belirlenen malın mehir hususunda fâhiş cehâlet sebebi sayılan, cins ve tür yönünden bilinmezlik içermeyip “köle, cariye, at, deve, eşek, Herat ya da Merv kumaşı” gibi, vasıf yönünden bilinmezlik içermesi durumunda, bunların mehir olarak belirlenmesi Hanefî Mezhebine göre sahihtir. Kadın, mehir olarak belirlenen şeyden, mesela ortalama bir atı almaya hak kazanırken koca, mehir olarak cinsini ve nev‘ini belirtip vasfını belirtmediği maldan ortalama bir tanesini veya bunun bedelini vermek arasında muhayyerdir. İmam Şâfi‘ ise satış akdine kıyasta bulunarak vasfa dair bilinmezliği cins ve nev‘i bilinmezliği gibi değerlendirerek böyle bir mehir belirlemenin sahih olmayacağını savunmuştur. Buna karşın Hanefîler nikâhı; kitâbet akdi, zekât ve diyet gibi malın (mehir) mal olmayan bir şeyle (cinsel faydalanma) değişildiği bir akit olarak kabul ettikleri için vasfa dair bilinmezliklerin teslim ve tesellüme mani olan nizaya sebep olmayacağını savunmuşlardır.⁴⁶⁷ Çünkü cinsi ve nev‘i bilinip vasfı bilinmeyen, mesela bir hayvanın mal olmayan bir şey karşılığında zimmette borç olarak sabit kalması sahihtir. Zira Hz. Peygamber, “Mümin bir cana karşılık yüz deve gerekmektedir.”⁴⁶⁸ buyurmuştur. Ayrıca bahsedilen mallardan, mesela ortalama bir attaki bilinmezlik, mehr-i misildeki bilinmezlik gibi veya ondan daha az bir bilinmezlik barındırmaktadır. Mehr-i misildeki bilinmezlik akde zarar vermediği gibi burada da aynı durum söz konusudur.⁴⁶⁹ Fakat bu şekilde vasfı bilinmeyen bir mal, satış akdinde bedel olarak gösterilememektedir. Zira satış akdinde bedele dair bir bilinmezlik asla sahih değildir. Çünkü satış akdi, sıkı pazarlık

⁴⁶⁶ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 3/502, 503; Mevslî, *el-İhtiyâr*, 3/107.

⁴⁶⁷ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 5/432; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 2/461, 462.

⁴⁶⁸ Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, 8/100.

⁴⁶⁹ Mevslî, *el-İhtiyâr*, 3/83; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ‘ik*, 3/175.

(müzâyaka/mümâkese) ve çıkar çatışmasına dayalıdır.⁴⁷⁰ Ayrıca satış akdinde faizin ortaya çıkması muhtemel olduğu için buradaki bilinmezlik az da olsa akde zarar vermektedir. Nikâh akdi ise çıkar çatışmasına dayalı değil, karşılıklı anlayış ve erdemlilik esası üzerine kurulmuştur. Dolayısıyla nikâh akdinde, mehr-i misil gibi bilinmezlikler akde zarar vermemektedir.⁴⁷¹

2. Nafaka

Konusunun mal olmasından dolayı, boşanma sonrasında erkeğin ödediği nafaka konusunun nizayla ilişkisi vardır. Mesela bir kişinin boşadığı karısıyla iddet süresi içinde ödeyeceği nafaka miktarı hususunda anlaşma (sulh) yapması durumunda iddet, hayızla belirlenmişse sulh sahih olmazken ayla belirlenmişse sulh sahih kabul edilmektedir. Zira hayzın ne kadar süreceği belli değildir. Hayzın toplam kaç gün olduğu belli olmadığı için de kadına toplam nafaka miktarından günlük verilecek tutar meçhul hale gelmektedir. Bu da teslime mani olmaktadır. Zira böyle bir bilinmezlik, tarafları anlaşmazlığa sürüklemektedir. Ay hesabı olarak nafaka ödenmesi üzerine sulh yapılması durumunda ise aylık miktardan günlük paya ne kadar düşeceği belli olmaktadır.⁴⁷²

3. Talak

Satış akdinde, tarafları anlaşmazlığa götürmeyen bilinmezlikler akdin sıhhatini etkilememektedir. Fakat nikâh akdinin yapısı genişliğe dayandığı için satış akdindeki bazı bilinmezliklerin bu işleme olumsuz bir etkisi bulunmamaktadır. Mesela bir adamın “Eşlerimden birini boşadım.” sözünde, her ne kadar mahallin zâtına dair bir belirsizlik olsa da bu şekildeki bir boşama

⁴⁷⁰ Kâsânî, diğer akitlerde sağlanan kolaylıkların ve esnekliğin satış akdinde olamayacağını ifade etmektedir. Satış akdinin mümâkese yani sıkı bir pazarlık üzerine kurulduğuna örnek olarak da ikisi zimmî olup şarap üzerine kitabet akdi yapan kişilerden birinin Müslüman olması durumunda akdin devam edeceğini, Müslüman olmayla da şarabın mütekavvim mal olmaktan çıktığı için kölenin şarabın bedelini ödemesi gerektiği konusunu zikretmektedir. Zira mükâtebe akdi, kölenin hür olma şerefine ulaşması amaçlanarak kolaylık ve müsâmaha üzerine kurulmuştur. Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/432.

⁴⁷¹ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâi'*, 5/503; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 2/151.

⁴⁷² Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 3/560.

geçerlidir. Neticede talak, adamın kastettiği kadın üzerinde geçerli olmaktadır. Burada Hanefiler'in delili "Her talak sahihtir."⁴⁷³ şeklinde varit olan hadis-i şeriftir. Çünkü söz konusu bilinmezlik anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Zira koca, karısını boşama yetkisine sahip olduğu gibi boşamanın gerçekleştiği eşi beyan etme yetkisine de sahiptir. Çünkü o, boşamanın gerçekleştiği eş hususunda beyanı esas alınacak kişidir.⁴⁷⁴

4. Hul' (Muhâlea)

İslâm hukukunda hul' kavramı, kadının vereceği belli bir bedel karşılığında kocasının ondan ayrılmaya razı olmasıyla kadının evlilik bağından kurtulmasını ifade etmektedir. Ebû Hanîfe'ye göre hul', kadın için tam bir muâvaza akdi olarak nitelenmekten çok teberrû niteliği taşıyan akitlerin hükümlerine tabidir. Diğer üç mezhebe göre ise hem kadın hem de kocası için muhâlea bir muâvaza akdi sayılmaktadır.⁴⁷⁵

Hul', mal olmayan bir şeye karşılık verilen bir ivaz olduğu için hul' bedelini teslimden aciz kalmak, bedelin kıymeti hususunda tarafları nizaya sevk etmemektedir. Bundan dolayı bir kadının kocasıyla ona kaçak kölesini vermesi karşılığında hul' akdi yapması durumunda, köle bulunursa köleyi, aksi durumda da kıymetini vermesi gerekmektedir. Aynı şekilde bir kadın, başkasının bir kölesi üzerine muhaleâda bulunsu akit sahihtir. Bu durumda efendisi kabul ederse köleyi, aksi durumda da kıymetini verir. Mehir karşılığında başkasının kölesini vermek sahih olunca hul' akdi evleviyetle sahih olmaktadır. Görüldüğü gibi hul', malın mal olmayan bir şey karşılığında değişildiği müsâmahaya dayalı bir işlem olduğu için⁴⁷⁶ bu akitteki bazı belirsiz hususlar akdin sıhhatini etkilememektedir.

Diğer müsâmahaya dayalı akitlerde olduğu gibi hul' akdinde de belirsizliklerin anlaşmazlığa sebep olduğu yerler vardır. Mesela kocanın doğan çocuğun nafakasını üstlenmemek üzere hul' yapması, taraflar arasında

⁴⁷³ كَلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ، إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُورِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ bk. Tirmizî, "Talâki'l-ma'tûh", 15.

⁴⁷⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 6/122, 123.

⁴⁷⁵ Fahrettin Atar, "Hul'", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2005), 30/401.

⁴⁷⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 3/209; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-fâik*, 2/439.

anlaşmazlığa sebebiyet veren bir durumdur. Çünkü kadın, bir ay nafakayı üstlenmek isterken kocası daha fazla üstlenmesini isteyebilmektedir.⁴⁷⁷

III. İSLÂM HUKUKUNDA ANLAŞMAZLIKLARIN ÖNLENMESİ İLKESİ

Akitlerde nizanın tezahürleri ortaya koyulduktan sonra bu zaviyeden hareketle fıkıh düşüncesindeki niza tasavvurunun ortaya konulması amaçlanmıştır.

İslam hukuku, hayatın her alanında insanlar arasındaki çekişmelerin önüne geçilmesine yönelik kurallar getirmiştir.⁴⁷⁸ Zira kullar arasındaki anlaşmazlık ve düşmanlık, Şâri‘ Teâlâ’nın istemeyeceği bir şeydir.⁴⁷⁹ Bu ilkenin akitlere yansımaları olarak nizanın çıktığı akitlerin sıhhati üzerinde önemli etkisi bulunmaktadır. Bilhassa Hanefî mezhebindeki tüm işlemlerde, akdin sıhhatini belirlemede kilit rolün nizaya ait olduğu ortaya çıkmıştır. Özel akitler konusunda ele alınan, yesîr derecede de olsa nizaya sebep olan bilinmezliklerin akdi ifsâd etmesi, fâhiş derecede de olsa nizaya sebep olmadığı için bazı bilinmezliklerin akdi ifsâd etmemesi, niza kuralının önemini göstermesi açısından önemlidir.

İslâm dini, kullar arasındaki ilişkileri düzelterek davranışları teşvik ederken onların arasında ihtilafa sebep olacak şeyleri engellemeye yönelik kurallar koymuştur. Bu bağlamda, Kur’ân-ı Kerîm’deki birçok ayetin anlaşmazlıkları önlemeye yönelik maksatlar içerdiği söylenebilir. Mesela, borçların yazılmasıyla alakalı olan ve Kur’ân-ı Kerîm’in en uzun âyeti olan Bakara sûresinin 285’inci âyetindeki emirler, insanlar arasında oluşabilecek anlaşmazlıkların önüne geçmek için yapılması gerekenleri kapsamaktadır. Zira gündelik hayatta, borçların kayıt altına alınmamasından kaynaklanan birçok anlaşmazlık çıkmakta, bunun neticesinde de haksız mal kayıpları yaşanmaktadır.

⁴⁷⁷ Damad Efendi, *Mecma‘u’l-enhur*, 3/455; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 3/455.

⁴⁷⁸ İbrahim Kâfi Dönmez, “Cehâlet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 7/221.

⁴⁷⁹ أَنَّ بَيْعَ الدِّينِ بِالْأَدْنَى لَا يُدْفَعُ فِيهِ مِنْ تَقَدُّمِ عِمَارَةِ ذِمَّةٍ أَوْ ذِمَّتَيْنِ عَلَى الْبَيْعِ، وَعِلَّةُ الْمَنْعِ كَوْنُهُ يُوصِلُ إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَالْمُخَاصَمَةِ الَّتِي يُبْغِضُهَا الشَّارِعُ bk. Ahmed b. Guneym en-Nefravî, *el-Fevâkihü’l-devânî ‘alâ Risâleti Ebî Zeyd el-Kayrevânî* (Beyrut: Dârü’l-Fikr, 1415), 2/101.

Kur'ân-ı Kerîm'deki insanlar arasında zulüm, haksızlık, gasp gibi bâtil yollarla mal edinmenin yasaklanmasına dair ayetlerin de anlaşmazlıkları önlemeye yönelik olduğu söylenebilir.⁴⁸⁰ Hz. Peygamber'in "Müslüman bir kimsenin gönül rızası olmadan malını almak helal olmaz."⁴⁸¹ hadisi, bu âyetleri tefsir mahiyetindedir. Nitekim Kiyâ el-Herrâsî (ö. 504/1110) bâtil kavramını; kumar, şarap satışı, gararlı satış ve fâsid akitten kazanç elde etmek şeklinde izah etmiştir.⁴⁸² Görüldüğü gibi, belirsiz unsurlar içeren satışlar da bâtil yere mal yeme kapsamına girmektedir.

Nizanın önlenmesinin şeriâtın temel amaçlarıyla da doğrudan ilişkisi bulunmaktadır. Zira insanlar arasındaki çatışma ortamının haksız mal, hatta can kayıplarına varan neticeleri bulunmaktadır. Bu da malın ve canın korunması ile alakalı bir durumdur. Şeriâtın genel maksatlarıyla ilişkili başka bir konu da şudur: Bir akitte cehâletin bulunması, akdin fâsid olması için tek başına yeterli olmaması fikhî bir ilkedir. Mesela, kira akdinde menfaat bilinmemektedir. Aynı şekilde icâre kapsamındaki hamamda yıkanma akdi, kullanılacak su ve hamamda kalış süresi bilinmeden kurulmaktadır. Süre ve su miktarı, örf tarafından belirlenmediği halde zarurete binaen örf haline gelmiş bu akitte söz konusu olan bilinmezlik dikkate alınmamaktadır. Zira kural olarak akitlerde cehâleti tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir. Bu, insanlar arasındaki işlemleri kilitleyen sonuçlara varmaktadır. Cehâletten kaynaklanacak olan zararın giderilmesi ancak, nizanın

⁴⁸⁰ Ayetler şu şekildedir:

1- el-Bakara 2/188

وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ

2- en-Nisâ 4/160, 161.

فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدَهِمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا وَأَخَذَهُمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُوَ كُلِّهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ، وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا

3-et-Tevbe 9/34.

وَيَصُدُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْأَحْبَارِ وَالرُّهْبَانِ لَيَأْكُلُونَ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ

⁴⁸¹ Dârekutnî, *Sünen*, 3/424.

⁴⁸² Şemsü'l-imam Ali b. Muhammed el-Herrâsî, *Ahkâmü'l-Kur'ân* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye, 1403), 2/437.

oluşmasını engellemek ve zarûriyâtın olan⁴⁸³ alış verişlerin yapılması gerekliliği ilkesini tamamlamak için istenmektedir. Dolayısıyla burada bilinmezliğin olmaması tekmîlî bir unsurdur. Kural olarak tekmîlî unsurlar, tamamlayıcı oldukları asılları iptale sebep olmaları halinde dikkate alınmamaktadır. Aksi halde insanlar arasındaki hukuki işlemlerin önü kapanmaktadır. Diğer bir ifadeyle alış veriş zaruridir. Alış verişlerde garar ve cehâletin bulunmaması şartı ise tekmîlî bir unsurdur. Alış verişlerde garar ve cehâletin hiç bulunamaması şart koşulsaydı ortada alış veriş diye bir şey kalmazdı. Dolayısıyla insanların önemsemediği, yani akdin anlaşmazlığa varmadan yapılmasına imkân sağlayan az bilinmezlikler dikkate alınmazlar.⁴⁸⁴ Fâhiş derecedeki bilinmezlikler ise hukuki işlemlerde katlanılması kaçınılmaz ve zaruri bir durum değildir. Fâhiş bilinmezlikler sonucu akdin feshedilmesinde büyük riskler de yoktur. Bu açıdan bakıldığında, satış akitlerinin nizasız bir şekilde yapılması tekmîlî bir unsur olarak kabul edilebilir. Hatta olaya daha geniş bir zaviyeden yaklaşılabilecek olursa bir satış akdinde anlaşmazlığın söz konusu olması akdin yapılmasını imkânsız hale getirmektedir.

Şâtîbî, şeriatın genel amacının “külliyyât-ı şeri‘a” olarak belirttiği; zarûriyat, haciiyyât ve tahsiniyyât olan asılların tahakkuku olduğunu ve bu asılların fıkhnın bütün konularında ve delillerinde yer aldığını ifade etmiştir. Bununla birlikte bu makâsidî asılların da ötesinde dinin amaçları arasında yer alan daha genel hususlar vardır. Bunlar, toplumsal düzenin sağlanması ve insanları hevadan sakındırmaktır.⁴⁸⁵

⁴⁸³ Bazı fıkıh âlimlerine göre alış verişler haciiyyattandır.

⁴⁸⁴ Mekâsidü’ş-şeri‘a; zarûriyyât, haciiyyât ve tahsiniyyât olarak üçe ayrılır. Bir de bu üç ilkeyi tamamlayıcı tekmîlî unsurlar bulunmaktadır. Mesela satış akdini zarûriyyâtın kabul edersek satış akdinde meçhul olmaması şartı, rehin ya da kefil istenmesi veya şahit tutulması gibi hükümler, zarûriyyâtın tamamlayıcı unsurlarıdır. Haciiyyâtın tamamlayıcı unsuruna ise küçük kızın evlendirilmesi durumunda denklik ve mehr-i mislin şart koşulması örnek verilebilir. Tahsiniyyâtın tamamlayıcı unsurlarına da kurbanlık için iyi hayvanın, köle azadı içinse iyi kölenin seçilmesi örnek verilebilir. bk. Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ Şâtîbî, *el-İ’tisâm*, thk. Hişâm b. İsmâil es-Sînî (Suudi Arabistan: Dâru İbnü’l-Cevzî, 1429), 3/55; Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ Şâtîbî, *el-Muvafakât* (b.y., Dâru İbn Affân, 1417), 4/22; Abdurrahman Haçkalı, *Şâtîbî’de Makâsid ve Fıkıh Usûlü* (İstanbul: Rağbet, 2010), 93.

⁴⁸⁵ فَاِنَّ الْمَقْصُودَ بِالْكُلِّيِّ هُنَا اَنْ تَجْرِيَ اُمُورُ الْخَلْقِ عَلَى تَرْتِيبٍ وَنِظَامٍ وَاحِدٍ لَا تَفَاوُتُ فِيهِ وَلَا اخْتِلَافٌ bk. Şâtîbî, *el-Muvafakât*, 2/97; Haçkalı, *Şâtîbî’de Makâsid ve Fıkıh Usûlü*, 98, 99.

İslâm hukukunun iktisâdi alanla ilgili düzenlemelerine bakıldığı zaman anlaşmazlıkların çıkmadan bertaraf edilmesine yönelik “önleyicilik” vasfının ön planda olduğu görülmektedir.⁴⁸⁶ Bunun bir sonucu olarak insanlar arasındaki hukukî işlemlerin anlaşmazlıklara imkân vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.⁴⁸⁷ Bu, insanlar arasındaki hukuki işlemlerin (muâmelât) devamı için şart olan bir husustur. Bundan dolayı Allah Teâlâ, iki taraf arasında nizaya sebep olacak etkenlerin önünü kapatacak kurallar koymuştur. Bunlardan birisi, akdin mahallinin her yönden belirsizliklerden (cehâlet ve garar) uzak olmasıdır. Cehâleti önleyen bilgi; akde konu olan şeye işaret etmek, onu görmek, mislî mallardan olması durumunda da onun cinsini, nev’ini ve vasfını belirtmekle gerçekleşmektedir.⁴⁸⁸

İslam hukukunda nizanın önlenmek istenmesinin altında pek çok hikmet vardır. Daha önce de temas edildiği üzere mahkemelerin iş yükünü hafifleterek muâmelâtın hızlı ve hukuki bir çerçevede sürdürülebilirliğini sağlamak da bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu da İslâm hukukunun çok dava üreten ve her sorunu mahkemeye çözen bir yapıda olmadığını göstermektedir. Zira nizaya varacak işlemleri hukuken geçersiz saymak, o anlaşmazlıkların mahkemeye taşınmasına daha baştan mani olmaktadır. Bu husus, İslâm hukukunun taraflar arasında husumetin artmasına engel olan, çözüm odaklı, tarafların iradesinin esas alındığı pratik bir sistem olduğunu ortaya koymaktadır. Hasan Hacak, fıkıh metinlerindeki anahtar kavramlardan biri olarak nitelediği niza ilkesinin davaların oluşmasına engel olan özelliğine şu şekilde temas etmiştir:

“Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus da fıkıhın ciddi anlamda bir hukuk siyaseti barındırıyor olmasıdır. Bunun da göz ardı edilmemesi lazım. Birçok hükmün arkasında Fıkıh siyasetini/politikasını görebiliriz. Zira klasik hukukçular

⁴⁸⁶ Şevket Topal, “İslam Hukuku Açısından Satış Sözleşmelerinde Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 12/12-13 (2001): 519; Şevket Topal, “İslâm Hukûkunda Alım Satım Piyasasına Yönelik Bazı Düzenlemeler”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 5/4 (2005): 212, 215, 217.

⁴⁸⁷ *فَيُودِّي إِلَى النِّزَاعِ وَالْعُقُودُ تُصَانُ عَنْ ذَلِكَ* bk. Ebû Yahyâ Zeynüddîn Zekerîyyâ b. Muhammed eş-Şirbinî, *el-Gurerü'l-behiyye fi şerhi'l-Behcetü'l-verdiyye* (el-Matbaâtü'l-Meymüniyye, t.y.), 3/233.

⁴⁸⁸ Abdülkerim ez-Zeydan, *el-Medhal li dirâsâti's-şer'iati'l-İslâmiyyeti* (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1423), 259.

Anlaşmazlığın çıktığı bir işlemde, akitten beklenen hukukî amaç gerçekleşmemektedir.⁴⁹⁴ Böyle bir işlemde, belirsizlikten kaynaklı olarak satıcı bir malı satmak isterken müşteri farklı bir malı almak isteyecektir. Dolayısıyla bu işlemde, akdin rükün şartlarından olan icap-kabul uygunluğu da bulunmamaktadır. Teslim ve tesellüme engel olan bu durum neticesinde akdin amacı gerçekleşmeyecektir.⁴⁹⁵ Böyle bir durumda akit yapmak, abesle iştigal etmektir.⁴⁹⁶ Bu yüzden niza, teslimin söz konusu olduğu yerlerde görülmektedir.⁴⁹⁷ Alış verişler, kişilerin süresi içerisinde borçlarını ödemeleri için bir araçtır. Bu esasında akitten beklenen bir gayedir. Yani akit neticesinde müşteri parayı satıcı da mebî'i teslimle yükümlü olmaktadır. Akitte, bir gerekçeden ötürü nizanın çıkmış olması ile teslim ve tesellüm gerçekleşmeyeceği ve taraflar karşılıklı borçlarını (teslim ve tesellüm) îfâ edemeyecekleri için çekişme durumu karşılıklı borçlar açısından yokluk durumunu ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca nizanın varlığı, satış akdinden beklenen gaye ile de çelişmektedir.⁴⁹⁸ Allah Teâlâ Kur'ân-ı Kerîm'de akitlerin gereğinin yerine getirilmesini emretmektedir. Niza ise akitlerin gereğince davranmayı imkânsız hale getirmektedir. Nizanın çıktığı bir satış akdi, Âyet-i kerîmedeki alış verişlerin rızaya dayalı olması gerektiği ilkesiyle de çelişmektedir.

İslâm hukukunda, belirsizliği gidermenin akdin sıhhat şartı olarak aranması, aksi durumda sözleşmenin fâsid olması, hukuk güvenliğinin sağlanması ile adalet ve hakkaniyetin tesisine katkı sağlamaktadır.⁴⁹⁹ Bu bağlamda, malî

⁴⁹⁴ بِوُقُوعِ النَّزَاعِ الْمُخْرَجِ لِلْعَقْدِ عَنِ الْمَقْصُودِ بِهِ وَهُوَ قَطْعُ الْمُنَازَعَةِ وَالْعُرْفُ يَنْفِي النَّزَاعَ وَلِأَنَّهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ الْمُنَازَعَةُ bk. Bâbertî, *el-İnâye*, 5/215.

⁴⁹⁵ Bâbertî, *el-İnâye*, 5/244;

فَإِنْ قُلْتَ إِذَا لَمْ يَفْسُدِ الشَّرْطُ الْمُتَعَارَفُ الْعَقْدَ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْعُرْفُ قَاضِيًا عَلَى الْحَدِيثِ. قُلْتَ لَيْسَ بِقَاضٍ عَلَيْهِ، بَلْ عَلَى الْقِيَاسِ لِأَنَّ الْحَدِيثَ مَعْلُولٌ بِوُقُوعِ النَّزَاعِ الْمُخْرَجِ لِلْعَقْدِ عَنِ الْمَقْصُودِ بِهِ، وَهُوَ قَطْعُ الْمُنَازَعَةِ. وَالْعُرْفُ يَنْفِي النَّزَاعَ. فَكَانَ مُوَافِقًا لِمَعْنَى الْحَدِيثِ. وَلَمْ يَبْقَ مِنَ الْمَوَانِعِ إِلَّا الْقِيَاسُ. وَالْعُرْفُ قَاضٍ عَلَيْهِ bk. Muhammed Emin b. Ömer İbn Âbidîn, *Mecmu'âtü resâil-i İbn Âbidîn* (Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, t.y.), 2/121.

⁴⁹⁶ Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, 2/225.

⁴⁹⁷ İbn Âbidîn, *Reddî'l-muhtâr*, 5/215.

⁴⁹⁸ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi*, 6/599.

⁴⁹⁹ Abdurrahman Savaş, *İslâm Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Hukukî Sonuçları* (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006), 14; Necmeddin

alanlarla ilgili, özellikle de belirsizliğin önlenmesine yönelik yasakların altında, haksız kazancın önlenmesi, tarafların ilişkilerini güzel bir şekilde devam ettirip nizaya sebep olabilecek durumları baştan önleme ilkesi yatmaktadır.⁵⁰⁰

İnsanlığın ayakta durması; yeme, içme, giyinme gibi birçok ihtiyacın karşılanmasına bağlıdır. Bir insanın ihtiyaç duyduğu her şeye tek başına sahip olması mümkün olmadığı için tarihten günümüze sürekli malın malla ya da malın parayla değişimi zorunlu olmuştur. Bu bağlamda satış akdi, mülkiyetin intikaline, anlaşmazlıkların oluşmasının önüne geçilmesine ve beşeriyetin devamına bir sebeptir. İnsanlığın bu ihtiyaçlarının sağlıklı bir şekilde karşılanması ancak anlaşmazlıkların önüne geçilmesi ile sağlanmaktadır ki buna imkân sağlayacak olan da satış akdidir.⁵⁰¹

İslâm hukuku, garar ve cehâletin akitlerin sıhhatine olan etkisini belirleyici konumdadır. Burada örf ve ihtiyaç gibi ilkeleri ve toplumsal düzenin bozulup bozulmadığını dikkate alır. Bundan dolayı, toplumda yerleşik bir örfün bulunması ve insanların bu tarz işlemlere ihtiyacının olması durumunda hukuk, bu şekildeki işlemleri sahih kabul etmektedir. Tüm bu aşamalarda, taraflar arasındaki anlaşmazlığın önlenmesi ilkesi belirleyici olmaktadır. Nitekim anlaşmazlığın olmaması zarûrî bir ilkedir. Mesela satış akdinde bir anlaşmazlığın çıkması durumunda müşteri parayı, satıcı da malı vermek istemez. Böylece akdin amacı olan teslim ve tesellüm gerçekleşmeyeceği için zarûriyyât ya da haciiyyât kapsamında değerlendirilen alış verişler⁵⁰² yapılamaz hale gelir. Bu durumda da insanlar ihtiyaçlarını karşılayamazlar. Böylece toplumsal düzenin dinamikleri bozulup kargaşa ortaya çıkar. Bu bağlamda özellikle örf ilkesi, akitlerin sıhhati hususunda çok önemli bir yere sahiptir. Toplumun içerisinde yapılagelen ve bir çatışma ve kargaşaya sebep olmayan işlemler, bazı yönlerden belirsiz hususlar içerse de meşru kabul edilmesinin altında bu ilke yatmaktadır.

Güney, “İslâm Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehâlet ve Akde Etkisi”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 16 (2010): 493.

⁵⁰⁰ Güney, “Cehâlet”, 493.

⁵⁰¹ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi’*, 7/368.

⁵⁰² Abdurrahman Haçkalı, *İzzüddîn b. Abdisselâm’da Maslahat Nazariyesi* (Doktora Tezi, 19 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999), 211.

AKİT TEORİSİNDE NİZA

Buna karşın bu akitler, sahih kabul edilmemektedir. Çünkü üç eşyadan fazla mal için tayin muhayyerliği hakkının olması hukukî değildir. Buradan çıkan sonuç, akdi bâtil ya da fâsid yapan her hususun cehâletten kaynaklanmadığıdır. Kuşkusuz başka fesâd gerekçeleri de vardır. Niza, özellikle cehâlet içeren bir akdin fâsid oluşunun illetidir. Buna, garar ve fâsid şart içeren akitleri de eklemek mümkündür.⁵⁰⁵

B. İlet Olarak Niza

İslâm dini, kullar arasında anlaşmazlık ve çekişmenin önlenmesine dair ilkeler koymuştur. Akitlerle ilgili cehâlet ve garar yasağı gibi yasaklamalar, bu ilkenin bir yansımasıdır. Hanefî mezhebindeki kadar açıkça ifade edilmese de akitlerin anlaşmazlıklardan uzak tutulması, tüm mezheplerin kabul ettiği bir ilkedir. Niza kuralı ile akitlerin muhtemel anlaşmazlıklardan korunması amaç edinilmiştir.⁵⁰⁶ Cehâlet, garar ve fâsid şart gibi yasaklamaların altında da insanların anlaşmazlığa düşmesinin önüne geçilmesi düşüncesi vardır. Bu yasaklamaların altında yatan esas gerekçenin bunların niza sebepleri olması olduğunu ifade etmek yanlış değildir.

Fıkıh usûlünde bir şeyin illet olarak kabul edilmesinin belli şartları vardır. Bunlar; illetin zâhir, munzabıt, münâsip olup kâsır olmamasıdır. Hükmün zâhir, munzabıt ve münâsip bir vasıfla ta'lîl edilebileceği noktasında usûlcüler ittifak etmiştir.⁵⁰⁷ Bu ölçülerin illet olarak belirlenen her hususta net olarak ortaya çıkmayacağı görüşündeyiz. Durum böyle olmakla birlikte, nizanın illet olma kriterleri üzerinden sağlaması şu şekilde yapılabilir:

a-) Zâhir

Akdin fâsid oluş illeti olarak düşünüldüğünde; nizanın zâhir bir vasıf olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Zira cehâlet ve cehâlet kaynaklı garar içeren

⁵⁰⁵ لأنَّ الجهالة المانعة ما تفضي إلى المنازعة bk. Bâbertî, *el-İnâye*, 5/86.

⁵⁰⁶ فَيُودِّي إِلَى التَّرَاعٍ، وَالْعُقُودُ تُصَانُ عَنْ ذَلِكَ bk. Ensârî, *el-Gurerü'l-behiyye*, 3/233; Nefravî, *el-Fevâkihü'd-devânî*, 2/101.

⁵⁰⁷ Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 156, 157, 158; Haçkalı, *Maslahat Nazariyesi*, 154, 155, 156.

akitlerde teslim ve tesellüm ya da akdin îfâsına engel olan bir anlaşmazlığın olup olmadığı objektif bir şekilde bellidir.

b-) Munzabıt

Niza illeti aynı zamanda munzabıt bir vasıftır. Yani kişiden kişiye, durumdan duruma göre değişiklik göstermemektedir. Şöyle ki akitte teslim ve tesellümün gerçekleşmemesi ya da akdin îfâ edilememesiyle neticelenen bir anlaşmazlığın çıkması, bu duruma bakan kişiye göre değişen, izafî bir husus değildir. Mesela bir kişinin sözleşmede herhangi bir anlaşmazlığın olmadığını iddia edip başka birinin anlaşmazlığın çıktığını iddia etmesi gibi bir durum mümkün değildir.

c-) Münasip

İllet olarak düşünüldüğünde niza, münasip bir vasıftır. İlletin münasip olması, onun bir şeye hüküm bina edildiğinde o hükümden maksat olan maslahatın temin edilip mefsedetın giderilmesini sağlayan bir vasıf olmasıdır. Burada cehâlet ve cehâlet kaynaklı içeren akitlerin yasaklanması illeti, “nizaya sebep olma” olarak belirlendiği zaman, niza illeti zikredilen akitlerin yasaklanması hükmünün konulmasına münasip bir vasıftır. Çünkü nizanın illet olarak belirlenmesi durumunda, taraflar arasında anlaşmazlık çıkması ve akit kurmadaki amacın gerçekleşmemesi mefsedeti önlenmiş olacaktır. Nizanın Hanefî mezhebine göre, hikmet olarak kabul edildiği şeklinde bir düşünce doğru değildir. Çünkü Hanefî mezhebinin kitaplarında; cehâletin ancak nizaya sebep olduğu takdirde akdi ifsâd ettiği, nizanın illet olduğu ve nizanın olduğu her akdin fâsid olacağı yönünde onlarca ifade bulunmaktadır.

Nizayı illet olarak ele alıp akitlerin sıhhatine karar vermede en sık kullanan mezhebin Hanefîler olduğunu söylemek yanlış değildir.⁵⁰⁸ Hanefî literatüründe nizanın illet olduğu görüşünü destekleyen pek çok delil bulmak mümkündür. Daha ilk asırlardan itibaren akdi ifsâd eden illetin niza olduğu

⁵⁰⁸ “Hanefî âlimlerinin yasaklama gerekçesinin ‘nizaya yol açma ihtimali’ olmasına dayanarak butlan değil fesad müeyyidesini öngördükleri tesbit edilebilmektedir.” bk. Dönmez, “Garar”, 13/371.

vurgulanmış, akdin meşru sınırlar içerisinde olması şartıyla cehâletin nizaya sevk etmediği her akit sahih kabul edilmiştir. Orta ve büyük ölçekteki Hanefî fıkıh kitapları ve şerhlerinin hemen hepsinde açıkça; “Cehâletin bizzat kendisi değil, nizaya sebep olması akdi ifsâd etmektedir.” şeklinde, akdi ifsâd etmede belirleyici hususun cehâlet değil niza olduğu, cehâletin yalnızca nizaya sebep olan bir husus olduğu, nizaya sebep olmayan tüm bilinmezliklerin akdin sıhhatine bir zarar vermediği belirtilmiştir.⁵⁰⁹ Nizanın illet olduğunu vurgulayan Hanefî fakihlerinden biri de Serahsîdir.⁵¹⁰ Serahsî, illetin naslarda belirtilmediği konuları anlatırken kaçan kölenin satışının ve gararlı satışların Hz. Peygamber tarafından yasaklanmasının illetini, satıcının malı teslim etmede aciz kalması ve mebî’deki cehâletin nizaya sebep olacak ölçüde olması olarak göstermiştir.⁵¹¹ Başka bir yerde de akdi ifsâd eden illetin *nizaya sebep olan cehâlet* olduğunu ifade etmiştir.⁵¹²

Kâsânî’nin de nizanın illet olduğu yönünde ifadeleri vardır. Kâsânî, akdin fesâda uğramasında ve sahihe dönüşmesinde illet olan hususun niza olduğunu şu ifadelerle açıkça belirtmiştir:

“Bir kişinin akşama kadar bir at kiralayıp ata kimin bineceğini belirtmemesi durumunda akdin konusu olan menfaat, aşırı derecede bilinmezlik içerdiği için bu akdin fâsîd olması gerekmektedir. Buna karşın adam, akşama kadar ata kendisi binerse bu belirsizlik ortadan kalkacağı için işlem, istihsânen sahih kabul edilir. Zira burada akdi fesâda sürükleyen illet, cehâletin nizaya sebep olmasıdır. Bu ise ortadan kalkmıştır. Akdi fesâda uğratan illetin ortadan kalkması ile fesâd hükmü de ortadan kalkmaktadır.”⁵¹³

⁵⁰⁹ الجِهَالَةُ لَا تَمْنَعُ صَحَّةَ الْعَقْدِ لِذَاتِهَا بَلْ لِإِفْضَائِهَا إِلَى الْمُنَازَعَةِ bk. Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâi’*, 6/22;

وَلَا أَنَّ الْجِهَالَةَ لَا تَوْجِبُ فُسَادَ الْعَقْدِ بِعَيْنِهَا بَلْ لِلْإِفْضَاءِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَالْجِهَالَةِ هَاهُنَا لَا تَفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ الْعَادَةَ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ bk. Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü’l-Burhânî*, 7/445.

⁵¹⁰ وَالْجِهَالَةُ بِعَيْنِهَا لَا تُفْسِدُ الْعَقْدَ فَكُلُّ جِهَالَةٍ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَهِيَ لَا تُؤَثِّرُ فِي الْعَقْدِ bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 15/164 .

⁵¹¹ وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْآبِقِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ وَهُوَ مَعْلُولٌ يَعْجزُ الْبَائِعُ عَنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ أَوْ جِهَالَةٍ فِي الْمَبِيعِ فِي نَفْسِهِ عَلَى وَجْهِ تَفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ bk. Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl Serahsî, *Usûlü’s-Serahsî*, thk. Ebü’l-Vefa Efgânî, 1414, 2/175.

⁵¹² وَلَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ مَعَ فُسَادِ الْعَقْدِ وَجْهَ الْإِسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُفْسِدَ وَهُوَ الْجِهَالَةُ الَّتِي تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ قَدْ زَالَ وَبِإِنْعَادِ الْعِلَّةِ الْمُفْسِدَةِ يَنْعَدِمُ الْفُسَادُ bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 15/166.

⁵¹³ إِنَّ الْمُفْسِدَ وَهُوَ الْجِهَالَةُ الَّتِي تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ قَدْ زَالَ، وَبِإِنْعَادِ الْعِلَّةِ الْمُفْسِدَةِ يَنْعَدِمُ الْفُسَادُ bk. Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâi’*, 6/48.

Nizanın illet olduğunu vurgulayan Hanefî fakihlerden biri de İbn Nüceym'dir. Vade konusunda, hacıların gelmesi ve hasat zamanı gibi vakitlere akdi ertelemek, az bilinmezlik barındırmaktadır. Tüm bu durumlarda, vakit gelmeden müşteri, öne sürdüğü süre şartını kaldırırorsa akit sahihe dönüşür. İbn Nüceym bunun gerekçesini açıklarken akdin fâsidden sahihe dönüştüğünü, zira fesâdın nizadan kaynaklandığını, onun da yerleşmeden (kable't-tekarrur) ortadan kalktığını ifade etmiştir. Görüldüğü üzere, fesâdın nizadan kaynaklandığı açıkça belirtilmiştir. Burada nizanın akdin fesâd gerekçesi olduğunun ikinci bir delili daha vardır. İbn Nüceym, fesâdın niza kaynaklandığını ta'lîl lâmi (ل) ile belirtmiş, akabinde onun da kesinleşmeden ortadan kalktığını ifade etmiştir. Müellif, burada kesinleşmeyen hususun niza olduğuna vurgu yapmıştır. Bu da cehâletin kesinleşmeden önlenmesi değil, nizanın kalıcı hale gelmeden önlenmesi durumunda akdin sahihe dönüşeceği anlamına gelmektedir.⁵¹⁴

Nizanın akdin fâsid olmasının illeti olduğunu açıkça vurgulayan bir diğer âlim İbnü'l-Hümâm'dır. (ما يقتضي سببُ الفساد، وهو المنازعة) O, vadenin az bilinmezlik barındıran vakitler olarak belirlenmesi durumunda, belirlenen süre gelmeden önce müşterinin öne sürdüğü şartı kaldırmasını şöyle açıklamaktadır: “Sihhate mani olan vaktin akdin fâsid olmasını gerektiren sebep olan nizadan önce kaldırılması, akdin sahihe dönüşmesini gerektirmektedir.”⁵¹⁵ İbnü'l-Hümâm'ın nizayı, akdin fesâdını gerektiren sebep olarak ifade etmesi, Hanefî mezhebinde nizanın illet olduğu yönündeki güçlü delillerdendir. Aynı konuda temellendirmelerde bulunan Damad Şeyhîzâde de sürenin gelmeden sözleşmeden kaldırılmasıyla akdin sahihe dönüşeceğini, zira akdi ifsâd eden hususun niza olduğunu açık bir şekilde belirtmiştir.⁵¹⁶

Nizanın tek başına bir fesâd illeti olduğunu belirten Hanefî âlimler de vardır. Burhâneddîn el-Buhârî ve Ali Haydar Efendi bunlardandır. Bu Hanefî

⁵¹⁴ انْقَلَبَ الْبَيْعُ صَحِيحًا لِأَنَّ الْفَسَادَ كَانَ لِلْمُنَازَعَةِ، وَقَدْ ارْتَفَعَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ bk. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/97.

⁵¹⁵ فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي سببُ الفساد، وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر فإن أسقط ممن له الأجل المُفسد للبيع قبل حلوله أي قبل مجيء الأجل المُفسد وقبل التفرق صح البيع وهو معنى انقلابه صحيحًا bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/224.

⁵¹⁶ فَإِنْ أَسْقَطَ مِمَّنْ لَهُ الْأَجْلُ الْمُفْسِدَ لِلْبَيْعِ قَبْلَ حُلُولِهِ أَيْ قَبْلَ مَجِيءِ الْأَجْلِ الْمُفْسِدِ وَقَبْلَ التَّفَرُّقِ صَحَّ الْبَيْعُ لِزَوَالِ الْمُفْسِدِ وَهُوَ التَّرَافُ bk. Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/64.

fakihleri بِفَسَادِهِ كُلِّ عَقْدٍ يُفْضِي إِلَى الْمَنَازَعَةِ يُحْكَمُ بِفَسَادِهِ ifadesiyle, bir sebepten dolayı taraflar arasında nizanın çıktığı her akdin fâsid kabul edileceğini çok açık bir dille belirtmişlerdir.⁵¹⁷ Bu ifadeler, nizanın akitlerin sıhhatine karar vermede tek başına illet olduğunun en önemli göstergesidir. Nizanın illet olduğunu dillendiren fıkıh âlimlerinden biri de İbn Âbidîn'dir. Şartlı satış yasağıyla ilgili hadis hususunda yorum yaparken “لِأَنَّ الْحَدِيثَ مَعْلُولٌ بِوُقُوعِ النَّزَاعِ” ifadesini kullanmıştır. Yani burada, hadisteki şartlı satış yasağının⁵¹⁸ illetinin nizanın çıkması olduğunu açıkça vurgulamıştır.⁵¹⁹ Başka bir yerde, Timurtâşî'nin (ö. 1006/1598) semenin zamanı bilindikten sonra vadeli ödenmesinin de caiz oluşunu, “nizaya sebebiyet vermeme” ile gerekçelendirmesini, nizayı semenin malum olması şartının illeti olduğu şeklinde açıklamıştır. Zira semenin belirlenmiş olması, nizayı önlemektedir. Semen belirli olmasını şart koşmanın anlamı, semen meçhul olursa akdin sahih olmayacağıdır. Akdi ifsâd edecek olan bilinmezliğin illeti de semendeki bilinmezliğine nizaya sebep olmasıdır.⁵²⁰ Ömer Nasuhi Bilmen (1883/1971) de akdin sahihe dönüşmesi konusunda yaptığı bir tahlilde, akdi ifsâd eden illetin nizaya sebep olan cehâlet olduğunu ve bu illetin ortadan kalkmasıyla akdin de sahihe dönüşeceğini ifade etmiştir.⁵²¹

Fıkıh âlimlerinin illet noktasındaki ifadelerinin yanı sıra nizanın illet olduğu görüşünü destekleyen hususlardan biri de nizanın geçtiği yerlerde kullanılan ifade kalıplarıdır. Fıkıh usûlünde bir şeyin illet olduğunu belirleyen ve ta'lîl anlamı taşıyan ifadeler, o şeyin illet olup olmadığına karar vermede

⁵¹⁷ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/391; “Nizaya müeddi olan her akit fâsid olur. Binaenaleyh nizaya müeddi olacak veçhile cehâlet ile meçhul olan malın bey'î fâsiddir. Bir sürüden koyun satmak gibi.” bk. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/198.

⁵¹⁸ İbnü'l-Hümmâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/402; bk. Bâbertî, *el-İnâye*, 5/244; *الشرط* bk. Tirmizî, “Büyû”, 18; Nesâî, “Büyû”, 73.

⁵¹⁹ İbnü'l-Hümmâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/402; bk. Bâbertî, *el-İnâye*, 5/244; *فإن قلت إذا لم يفسد الشرط المتعارف العقد يلزم أن يكون العرف قاضيا على الحديث قلت ليس بقاض عليه بل على القياس لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى* bk. İbn Âbidîn, *Mecmu'âtü resâil-i İbn Âbidîn*, 2/121.

⁵²⁰ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/531.

⁵²¹ “Bu sûretle cehâlet bertaraf olmuş olmaktadır. İcâreyi ifsâd eden, münâzaaya müfzi olacak olan cehâlettir. Bu cehâlet ise bu halde zail olmuştur. İlet-i müfsidenin in'idâmıyla da fesâd mün'adim olmaktadır.” bk. Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/205, 206.

kullanılan ilk kıstastır. Şöyle ki gerek fesâd, gerek sıhhat noktasında niza kalıpları gramatik olarak hep illet (ل ve لِكِي) formatı içerisinde ifade edilmiştir.⁵²² Tüm bunlar, nizanın illet olduğu tezini desteklemektedir. Bu yönüyle, cehâlet ve cehâlet kaynaklı gararın akdi ifsâd eden mutlak bir âmil olarak gösterilmesi veya akdi ifsâd eden bilinmezliğin cehâlet-i fâhişe olduğunun söylenmesi doğru değildir. Bunlar nizaya sebep oldukları için akdi ifsâd etmektedirler. Dolayısıyla akdi ifsâd eden asıl amil nizadır. Zira Burhâneddîn el-Buhârî'nin de ifade ettiği gibi anlaşmazlığın söz konusu olduğu her akdin fâsid olduğu önermesi, bu sonucu doğurmaktadır. Ayrıca her fâhiş cehâlet, akdi ifsâd etmediği gibi her az bilinmezliğin de akde etki yapmayacağını söylemek doğru değildir.

Sonuç olarak nizanın hukuki yerini ifade etme noktasında; şerî sınırlar içerisinde olup bilhassa cehâlet ve cehâlet kaynaklı garar barındıran işlemlerde, “Teslime mani olan niza, akitlerin sıhhatini belirlemede illettir.”⁵²³ ifadesi doğru gözükmemektedir. Niza, yalnızca cehâletten kaynaklanmamaktadır. Akitte fâsid şart ve zarar gibi başka bir gerekçeden kaynaklanan ve teslime mani olan bir anlaşmazlığın çıktığı akitlerin sıhhatini belirlemede de niza illet konumundadır. Bununla birlikte nizanın akitleri fâsid hale getirmede illet oluşunu söylemek tek başına yeterli değildir. Her şeyden önce akdin, ribâ yasağı gibi naslarda yasaklanan herhangi bir işlem çerçevesinden olmaması gerekmektedir. Zira nizadan kasıt herhangi bir anlaşmazlık değil, teslim ve tesellüme mani olan anlaşmazlıktır. Çünkü akitlerde teslim ve tesellüm gerçekleşmeyince akdin amacı ortadan kalkacak ve bu haliyle akde fesâd hükmü bağlanacaktır.

Akdi sıhhatini belirlemede esas alınan niza, teslime mani olan anlaşmazlıktır. Bu bağlamda, belirsizlik gibi bir husustan değil de tarafların inatlaşmaları gibi şahsi tutumlarından kaynaklanan anlaşmazlığın akdi sıhhatini belirlemede bir etkisi yoktur. Bu husus bazı fıkıh kitaplarında vurgulanmıştır.⁵²⁴

⁵²² Ta'îl ifadesi manasına gelen harfler şunlardır; “ل, كِي, لِأَجْلِ, مِنْ أَجْلِ” bk. Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 158.

⁵²³ لَأَنَّ جِهَالَتَهُمَا تُفْضِي إِلَى التَّرَاعِ الْمَانِعِ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ فَيَخْلُو الْعَقْدُ عَنْ الْفَائِدَةِ وَكُلُّ جِهَالَةٍ تُفْضِي إِلَيْهِ يَكُونُ مُفْسِدًا bk. Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/5.

⁵²⁴ Bu ifade kitabın bu baskısında eksiktir. bk. Kemalüddîn Muhammed b. Abdilvâhid İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr* (Beyrut: Dâru Sâdır, 1316), 5/89. Eksik olan ifade şu şekildedir:

Bu bağlamda, teslim ve tesellümün hâlel görmesi nizanın bir sonucu olduğu gibi aynı zamanda da bir vafıdır. Bundan dolayı fıkıh kitaplarında pek çok yerde niza neticesinde teslim ve tesellüm gerçekleşmeyeceği ifade edilmekle birlikte teslim ve tesellüme mani olan anlaşmazlığın akdi ifsâd edeceği ifadesi de yer almaktadır.⁵²⁵ Bu da akdin fesâd illeti olarak *teslim ve tesellüme mani olan niza*⁵²⁶ şeklindeki bir belirlemenin daha doğru olacağı neticesini vermektedir.

Hanefî âlimlerinin nizanın illet olduğu yönündeki görüşlerine yer verdikten sonra bu hususta mezhep içerisindeki genel eğilimden farklı yerde bulunan Osmanlı şeyhülsâlmâlarından Sâdî Çelebî'nin görüşlerine de temas etmekte fayda vardır. Bâbertî, Ebu Hanîfe'nin birim fiyat üzerinden toplu mal satışında; her kafîzi beş lira olmak üzere yığının satışında, ilk kafîz dışında akdin fâsid olduğu görüşüne yaptığı temellendirmede, mebî' ve semenin anlaşmazlığa sebep olacak derecede cehâlet içermesi ve "her kafîzi..." lafzının mebî'in tamamına sarf edilmesine imkân vermemesi ile irtibatlandırmıştır. Bâbertî'nin kitabına hâşiye yazan Sâdî Çelebi ise Ebû Hanîfe'ye göre akdin fâsid oluşunu, nizaya sevk eden cehâletin akitteki varlığı ile değil; "akdin vacibi olan semenin teslimine mani olan cehâletin varlığı" ile irtibatlandırmanın daha doğru olacağını söylemiştir.⁵²⁷ Sâdî Çelebi'nin ifadelerinden ona göre akdi ifsâd eden illetin niza değil, akdin vacibi olan teslim ve tesellümün gerçekleşmemesi olduğu anlaşılmaktadır. Aslında bu ifade de niza teorisine ışık tutmaktadır. Çünkü teslim ve tesellümün gerçekleşmemesi, nizanın doğal bir sonucudur. Bununla birlikte, teslimin gerçekleşmesine mani olan hususun cehâlet değil, niza olduğunu da hatırlamakta yarar vardır. Belki şu söylenebilir: "Niza, akdin fâsid oluş illeti

وَأَمَّا الْجَوَابُ بِمَنْعِ كَوْنِهَا غَيْرَ مُفْضِيَةٍ إِلَى الْمُنَازَعَةِ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ قَدْ يَطْلُبُ الْمُشْتَرِيَ بِتَسْلِيمِ الثَّمَنِ، وَهُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ لِعَدَمِ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فَيَتَنَازَعَانِ فَتَهَافُ ظَاهِرٌ، لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يُطَالِبَهُ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَكِيلَهُ لِيَعْرِفَ الْقَدْرَ الَّذِي يُطَالِبُ بِهِ، إِذْ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُطَالِبَهُ إِلَّا بِكَمِّيَّةٍ خَاصَّةٍ مُشَارِ إِلَيْهَا أَوْ مَضْبُوطَةٍ الْوِزْنِ، وَحِينَئِذٍ يَعْلَمُهَا الْمُشْتَرِيَ فَيَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَلَوْ امْتَنَعَ بَعْدَ هَذَا التَّقْدِيرِ كَانَ مَطْلًا لِلْمُنَازَعَةِ bk. Fethu'l-kadîr, (Beyrut: Dârü'l-Fikr, t.y.), 6/268; "...ve öyle faydasız niza, inaddan ma'duttur." bk. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/184.

⁵²⁵ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/479; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/514.

⁵²⁶ الجهالة الفاحشة المؤدية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم

⁵²⁷ Çelebî, *Hâşiye 'ale'l-Înâye*, 5/88.

olduğu gibi teslim ve tesellümün gerçekleşmemesi de bir fesâd illetidir. Zira teslimin gerçekleşmemesi neticesinde akitten beklenen amaç gerçekleşmeyecektir.” Her yönüyle iki tespit de aynı sonuca varmaktadır.

Diğer mezheplerde nizanın akitteki konumuna gelince, Darîr; Malîkî ve Şâfîîler’in miktarı bilinmeyen bir mebî‘in satışının bâtıl oluşunu yalnızca gararın varlığı ile illettendirdiklerini, Hanefîler’in ise satışın fâsid olma illetini; mebî‘ ve semendeki cehâletin teslim ve tesellüme mani olan nizaya sebep olması olarak tespit ettiklerini ifade etmiştir.⁵²⁸ Buradan Malîkî ve Şâfîî mezhebinde nizanın illet olma özelliğine vurgu yapılmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Hanbelî mezhebinde ise İbn Kudâme’nin ifadelerinden mezhebin niza algısının Hanefîler ile aynı doğrultuda olduğu görülmektedir.⁵²⁹

Son dönem İslâm hukukçularının illet bağlamındaki görüşlerine yer vermede yarar vardır. İbrahim Kâfi Dönmez’e göre, sırf cehâlet içeren durumlarda akdin yasaklanma gerekçesi, bilinmezliğin taraflar arasında çekişmeye yol açma ihtimalidir. Nitekim cehâlet, bu ihtimalin kuvvet derecesine göre değerlendirilmekte ve buna göre akde geçersizlik müeyyidesi uygulanıp uygulanmamaktadır.⁵³⁰ Necmeddin Güney’e göre, diğer mezheplerde olduğu gibi Hanefî mezhebinde de niza, haksız kazanç ve malların zayi olmasının önüne geçilmesi gibi cehâlet ve gararın yasaklanma hikmetidir. Güney, bununla birlikte doktrinde bazı durumlarda hüküm verilirken nizanın oluşmayışının da illet olarak alındığını, böylece bir anlamda hikmetle ta‘lîl yapıldığını belirtmektedir.⁵³¹

⁵²⁸ ويعلل فقهاء الحنفية المنع بأن جهالة مقدار كل من المبيع والثلث تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم bk. Darîr, *el-Garar*, 227.

⁵²⁹ فيفضي إلى التنازع وهي مفسدة فيبطل البيع من أجله. bk. İbn Kudâme, *el-Muğni*, 4/227.

⁵³⁰ Dönmez, “Garar”, 13/370, 371.

⁵³¹ “Görüldüğü üzere, gerek klasik literatürde gerekse günümüzde hikmet illet cinsinden değerlendirmeler çok yönlüdür. Bu açıklamalara bütüncül bakıldığında, İslâm hukukunda garar yasağının amacı, malın bilinmemesi (cehâlet) veya teslim edilememesi neticesinde bedeller arasında açık nisbetsizlik (gabin) meydana gelmesini, böylece kişilerin mallarının zayi olmasını ve haksızlık meydana gelmesini ve neticede ise taraflar arasında niza oluşmasını engellemektir. Ancak bu noktada niza illet-hikmet sınırını belirlemek gerekecektir. Kanaatimizce illet, Serahsî’nin vukufiyetle tespit ettiği üzere, ‘teslim edilememe riski’ ve ‘cehâlet’tir. İfade edilen diğer hususlar ise yasağın hikmetini oluştururlar. Bazı durumlarda hüküm verilirken, ‘nizanın

Mahmut Samar, bir satış akdi içerisinde iki alışveriş yapma (safkateyn) yasağının illetini, akitlerin birleştirilmesi sebebiyle ortaya çıkan belirsizliğin (cehâlet/garar) taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olması olarak belirtmiştir.⁵³² Bu görüş illetin, nizaya sebep olan cehâlet veya garar olduğunu ifade etmektedir.

Yaptığımız tespitler, pek çok Hanefî âlimin konuyla ilgili sarîh ifadeleri, nizanın illet olduğu tezini güçlendirmektedir. Diğer mezheplerde de sıklıkla vurgulanmasa da özellikle Hanbelî ve Şâfiî mezhebinde nizanın illet olduğu yönünde örnek ve tahliller vardır. Bununla birlikte bu mezhepler, konuyla ilgili pek çok meselede niza üzerinden bir temellendirmeden bahsetmemişlerdir.

II. NİZANIN OLUŞUM ŞARTLARI

Akdi fâsid kılan anlaşmazlık durumundan söz edebilmek için nizaya sebep olan hususların bazı şartları sağlaması gerekmektedir. Nizanın oluşum şartları olarak ifade edilebilecek olan bu durumlar şu şekilde incelenebilir:

A. Nizanın Teslimi Gereken Bir Malda Söz Konusu Olması

Niza teorisinde teslim ve tesellümün önemli bir yeri vardır. Merî hukuk diliyle ifade etmek gerekirse satış akdi gibi verme borçlarında teslim ve tesellüm, istisnâ‘ gibi yapma borçlarında ise akdin îfâ edilememesi, belirsizlikten kaynaklanan anlaşmazlığın en önemli sonucudur. Teslim ve tesellümün gerçekleşmemesi, akit yapmadaki amaca ulaşamamaya sebep olmaktadır. Niza, teslim ve tesellüme engel olduğuna göre, teslimi gerekmeyen mallardaki belirsizlikler nizaya sebep olmayacağı için nizanın varlığından bahsedebilmek için anlaşmazlığın teslimi gereken mallardaki belirsizlikten kaynaklandığını belirtmek gerekir.

oluşmadığı’nın da illet olarak ele alındığı, böylece bir nevi ‘hikmetle ta‘lîl’de bulunulduğu görülmektedir.” bk. Güney, *Garar*, 240.

⁵³² “Safkateyn yasağının illeti, akitlerin birleştirilmesi sebebiyle ortaya çıkan belirsizliğin (garar ve cehâlet) taraflar arasında çözümünü güç anlaşmazlıklara (nizây-ı müşkil) yol açmasıdır.” Mahmut Samar, *İslâm Hukukunda Akitlerin Birleştirilmesi (Safkateyn) Yasağı ve Günümüz Finans uygulamalarına Etkisi* (Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 336.

İslâm hukukunda, teslimi mümkün olmayıp akitte sakınılması gereken satışlar iki şekilde cereyan etmektedir. Bunlardan; havadaki kuşun, kaçan hayvanın ve sudaki balığın satışı, teslimi tamamen mümkün olmayıp bâtil kabul edilen satışlardır. Teslimi, tamamen imkânsız hale gelmemekle birlikte, bilinmezlik ve zarar gibi mevcut şartlar çerçevesinde imkânsızlaşan ve bu arızaların düzeltilmesiyle akdin sahih hale geldiği şeylerin satışı ise fâsiddir. Çünkü kural olarak teslim ve tesellümü gereken bir malın fâhiş derecede bilinmemesi nizaya sebep olacağı için akit fâsid olmaktadır.⁵³³ Zira akdi ifsâd eden, mutlak anlamda bilinmezlik değil, cehâletin teslim ve tesellüme mani olan nizaya sebep olmasıdır. Nizaya sebep olmayan ya da teslim ve tesellüme mani olmayan bilinmezliklerin akde bir zararının olmadığını söylemek bunun zorunlu sonucudur. Cehâlet, teslim ve tesellümün gerçekleşmesine mani olmuyorsa cehâletin varlığı akdin fâsid olması için yeterli değildir.⁵³⁴

Hanefî fakihler, malların nizayı engelleyecek derecede bilinir olmasını, yalnızca teslimi gereken mallarda şart koşmuş⁵³⁵ ve bunu şu şekilde kurallaştırmışlardır: “Kabzedilmesi gereken her şeyin bilinmesi şarttır. Aksi durumda niza ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, sulh konusu gibi, kabzi gerekmeyen hususların bilinmesi nizaya sebep olmamaktadır. Çünkü bu bir ıskattır.”⁵³⁶ Zira teslim ve tesellüm, akdin fesâdla sonuçlanması sürecinde niza kavramı ile sebep-sonuç ilişkisi içerisinde olan bir husustur. Çünkü satış akdinin amacı ve rüknü, nizasız bir şekilde teslim ve tesellümün gerçekleşmesi, yani bir

⁵³³ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/205, bk. (Mecelle md. 209).

⁵³⁴ وهذا لأن الجهالة ما كانت مانعة لعينها، بل للإفضاء إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم، ينعدم عند ذلك ما هو فائدة العقد. فإذا لم يكن مانعة من التسليم والتسليم، فقد انعدم المعنى الذي لأجله صارت الجهالة مفسدةً bk. Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhitü'l-Burhânî*, 6/363.

⁵³⁵ Mecelle şerhinde bu hususa şöyle vurgu yapılmıştır: “-Mebî‘in mâlûm olması konusu işlenirken- ‘Teslim ve tesellüme muhtaç ise’ denildi. Zira teslim ve tesellüme muhtaç değil ise bu veçhile cehâlet mani‘-i sıhhat değildir. Binaenaleyh bir kimse diğer bir kimesneye, ‘Bende senin metain vardır.’ deyip onu bedel-i mâlûm mukabilinde satın alsa ve hâlbuki miktarı, tarafeynin mâlûmu bulunmasa bey‘ sahihtir.” Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/199, bk. (Mecelle md. 200).

⁵³⁶ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/6.

malın diğerk bir malla değıştirilmesidir. Diğerk bir ifadeyle verme borçlarında teslim ve tesellümün, yapma borçlarında da akdin îfâsının gerçekleşmesi vaciptir. Bundan dolayı teslim ve tesellümün gerçekleşmemesi akdi ifsâd etmektedir. Niza da teslim ve tesellüme engel olmaktadır.⁵³⁷ Dolayısıyla teslimi gereken mallardaki belirsizlik, nizaya sebep olurken teslimi gerekmeyen mallardaki bilinmezlikler nizaya sebep olmadığı için akit sahih kalmaktadır.

Teslimi gereken mallardaki bilinmezliklerden kaynaklanan bazı işlemler şu şekildedir:

Bir kişı, hissesini bilmediğı bir evde hakkı olduğunu, diğeri de aynı evde hissesini belirtmediğı bir hakkı olduğunu ileri sürüp daha sonra her biri iddiasından vazgeçmek üzerine sulh etseler akit sahihtir. Zira her ne kadar taraflar, birbirlerinin iddia ettikleri şey hususunda bilgi sahibi olmasa da bu, teslimi gereken bir husus olmadığı için bir anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Çünkü hak iddia ettikleri evin hissesi, onların mülkiyetlerinde değildir. Onlar sadece hak iddia etmektedirler. Bu iddiadan da karşılıklı olarak vazgeçmeleri teslimi gerekmeyen bir husustur.⁵³⁸

Konuyla ilgili bir diğerk örnek ise şudur: Satıcı müşteriye, “Sahip olduğum bütün mal varlığımı sana sattım.” deyip müşteri de bunların neler olduğunu bilmeden “Aldım.” demesi durumunda akit fâsid olur. Zira burada teslim ve tesellüm şart olduğu için belirsizlikten kaynaklı olarak taraflar arasında niza çıkmaktadır. Teslim ve tesellüm gerektirmeyen bir malın fâhiş derecede belirsizlik içermesi durumunda da satış sahihtir. Mesela bir kişı gasp ya da vedîa yoluyla elinde bulundurduğu malı ikrar edip daha sonra bu malı sahibinden satın alsa mala dair cehâlet söz konusu olmasına rağmen akit sahih olur. Zira satın almadan önce mal zaten gasp eden kişinin elinde olduğu için bu işlemde, teslim ve tesellüme ihtiyaç yoktur. Teslim ve tesellüme ihtiyaç duyulmayan mallardaki belirsizlikler ise tarafları anlaşmazlığa sürüklememektedir.⁵³⁹ Aynı şekilde, müşterinin

⁵³⁷ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 2/45; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/83.

⁵³⁸ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/6; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/159.

⁵³⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/208, bk. (Mecelle md. 213); Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/29.

dilediğini almakta muhayyer bırakıldığı iki malın satışında nizanın çıkması önlenmiş olduğu için akit sahihtir. Normal şartlarda bu akitlerin konusu belli değildir. Fakat müşterinin muhayyer bırakılması ile mebî‘ taayyün etmektedir.⁵⁴⁰ Teslim ve tesellüme ya da akdin îfâ edilmesine engel olmayacak derecedeki bilinmezliklerin anlaşmazlık sebebi olmayacağına, dolayısıyla akdi olumsuz etkilemeyeceklerine dair bir başka örnek de şudur: Bir kişi elinde mevcut olan bir nesne üzerine cuâle akdi kurması durumunda, nesnenin belirsizlik içermemesi lazımdır. Çünkü kişinin mülkiyeti altında olan bir şeyin bilinmezliği akde olumsuz etki yapmaktadır. Buna karşın ele geçirilmemiş, mesela ganimetin Hz. Peygamber’in yaptığı gibi; üçte bir, dörtte bir şeklindeki taksimle cuâle akdine konu edilmesi durumunda nizaya sevk etmeyecek derecedeki bilinmezlikler, akdin sıhhatine bir zarar vermemektedir. Oysaki burada toplam ganimetin ne kadar olduğu meçhuldür. Bununla birlikte böyle bir işleme ihtiyaç vardır. Cuâle akdi de ihtiyaç sebebiyle sahih olmuştur.⁵⁴¹ Nitekim ihtiyaç ilkesi; örf, zaruret ve meşakkat ilkesinden olduğu gibi bilinmezliklerin nizaya sebep olmasına engel olmaktadır.

Bir akitte nizanın çıkması, akdin teslim ve tesellüme dayalı olmasıyla ilgili oluşuna dair bir başka örnek şudur: Bir kişinin, kendi cinsinden olmayan bir hububatı, hacmi değişmeyen belli bir kap veya ölçekle ya da belli bir taş ile tartıp satması durumunda satış, müşteri açısından gayr-ı lazım olmak üzere sahihtir. Müşterinin bu işlemede keşf-i hâl muhayyerliği söz konusu olmaktadır. Burada o kabın ya da ölçeğin ne kadar ürün aldığı ve taşın ne kadar ağırlıkta olduğunun bilinmesi şart değildir. Şart olan, kap ya da taşın teslim anına kadar sağlam kalıp kaybolmamasıdır. Zira her ne kadar mebî‘ meçhul ise de buradaki cehâlet teslimi engel olmadığı için niza çıkmamıştır. Buna karşın, kap veya taş, mal teslim edilmeden helak olursa nizanın çıkması muhtemel olur. Fakat mebî‘in teslimi satış akdinin hemen arkasında yapıldığı için anlaşmazlığın çıkması nadir bir durum olmakta ve buna itibar edilmemektedir. Buna karşın selem sözleşmesinde bu

⁵⁴⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/208.

⁵⁴¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 10/40.

şekildeki bir satış sahih olmamaktadır. Çünkü selem akdinde teslim, akitten sonraki bir zaman diliminde yapılacağı için ölçü biriminin helak olmasıyla nizanın çıkması kesinleşmektedir.⁵⁴² Aynı şekilde ölçü biriminin ağırlığı, kurumakla değişen karpuz gibi bir şey olması durumunda; teslimin akitten sonraki bir zaman diliminde yapılması halinde niza söz konusu olmaktadır. Çünkü müşteri, karpuzun kuruyarak kilosunun azaldığını öne sürebilmektedir. Buna karşın teslim hemen gerçekleşecekse akdin sahih olduğunu belirtmek gerekir.⁵⁴³

Akdin fesâdla sonuçlanmasında teslim ve tesellümün belirleyici özelliği bir grup İslâm hukukçusunu bu hususu illet olarak belirlemeye sevk etmiştir. Bazı Hanbelî âlimler ile Hanefîler'den Kudûrî⁵⁴⁴ ve Sâdî Çelebî bunlardandır. Sâdî Çelebî, 'Înâye haşiyesinin farklı yerlerinde şârihin, "Bu münâzaaya sebep olan cehâlettir." şeklindeki ifadelerine; "Akdin vacibi olan semenin teslimine mani olan cehâlet" şeklinde, cehâleti merkeze alan tashihlerde bulunmuştur.⁵⁴⁵ Bu da ona göre akdi ifsâd eden illetin nizaya sebep olan cehâlet değil, teslimi mani olan cehâlet olduğunu göstermektedir. Mezhepteki genel kanaate göre ise cehâlet, nizaya sebep olduğu için akdi fesâda uğratmaktadır.

Teslim ve tesellümün niza ve fesâdla olan ilişkisi, şu iki şekil üzerinden gösterilmiştir:



Fâhiş veya yesîr Cehâlet

Taraflar arasında niza ortaya çıkar.

Şekil.1 Fâsid Akit

⁵⁴² Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/215, bk. (Mecelle md. 218); Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/32.

⁵⁴³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/215, bk. (Mecelle md. 218).

⁵⁴⁴ Kudûrî, *et-Tecrîd*, 2221, 2222.

⁵⁴⁵ Kudûrî, *et-Tecrîd*, 2221, 2222. bk. Çelebî, *Hâşiye 'ale'l-Înâye fî şerhi'l-Hidâye*, (Beyrut: Dâru Sâdır, 1316), 5/88.



Şekil 2. Sahih Akit

Buraya kadar anlatılanlardan çıkan sonuç, nizanın önlenmesi ilkesinin amacı, teslime yani akdin sonucu ve amacına engel teşkil edecek hususları bertaraf etmektir.

B. Akdin Mümâkese ve Müzâyakaya Dayalı Olması

İslam hukukuyla ilgili çalışmalarda yer verilmeyen ve bu çalışmanın üzerine konumlandığı müzâyaka ve müsâmaha şeklindeki ikili akit tasnifi, niza kuralı çerçevesinde oluşturulmuştur. Şeyhîzâde (ö. 1078/1667)⁵⁴⁶ ve Zeylaî de bu tasnifin arka planında niza düşüncesi yattığını belirtmiştir. Zeylaî, bir akdin mümâkeseye dayanmasının o akitteki bilinmezliğin nizaya sebep olması sonucunu doğurduğunu belirtmiştir.⁵⁴⁷ Şöyle ki bazı akitler tabiatı itibarıyla esneklik, erdemlik, hoşgörü (müsâmaha-mürûet) ve genişliğe (tevessû') dayanırken bazıları da karşılıklı çıkar çatışmasına,⁵⁴⁸ herkesin kendi menfaatini gözetme hususunda daha sıkı pazarlık içinde olmasına⁵⁴⁹ (müzâyaka-mümâkese) dayanmaktadır. Müsâmaha Türkçedeki anlamıyla, kişinin karşı tarafa tolerans göstermesidir. Bu minvalde Kâsânî, satış akdiyle kıstastan af hususunda ödenen sulh bedelini kıyaslarken “Pek çok insan malı hususunda göstermediği müsâmahayı canı hususunda göstermektedir.” diyerek müsâmaha ile kastedilen şeyi açıklamaktadır.⁵⁵⁰

Mümâkese ve müzâyaka kelimeleri, sıkışıklık manasına gelmektedir. İbnü'l-Hümâm, mümâkeseyi fiyat düşürme isteği (istinkâsu's-semen) olarak

⁵⁴⁶ Damad Efendi, *Mecma'u'l-enhur*, 2/317.

⁵⁴⁷ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 2/151.

⁵⁴⁸ Niza konusuyla yaptığımız bir görüşmede, İslam Hukukçularından Prof. Dr. Bilal Aybakan, mümâkese kavramını *çıkarcı çatışmaya dayalı akit* şeklinde ifade ettiğini belirtmiştir.

⁵⁴⁹ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/80.

⁵⁵⁰ الإنسان يُضَاقِقُ بِمَالِهِ مَا لَا يُضَاقِقُ بِنَفْسِهِ... الإنسان يُسَامِحُ بِنَفْسِهِ مَا لَا يُسَامِحُ بِمَالِهِ عَادَةً. bk. Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/481.

tanımlamıştır. İstinkâsu's-semen ifadesi *sıkı pazarlık* şeklinde de tercüme edilebilir. Bu durum, satış akdinin genel karakteristiğidir. Bir akdin ruhunun sıkı pazarlıklara dayalı olması, pek çok hususun taraflar arasında anlaşmazlık konusu olduğunu göstermektedir.⁵⁵¹ Görüldüğü gibi İbnü'l-Hümâm, Hanefî mezhebinde akitlerin sonuçlarına göre yapılan tasnifte ana kavram olan mûmâkeseyi niza ile irtibatlandırmıştır.

Müsâmahaya dayanan akitlerin *malın mal olmayan bir şeyle değişildiği işlemler* olduğu söylenebilir. Nikâh, hul', para karşılığı azat, kitâbet akdi, kasten adam öldürme neticesinde ödenen diyet bunlara örnek gösterilebilir.⁵⁵² Mûmâkeseye dayalı akitte niza sebebi olan pek çok hususun burada akdin ruhundan kaynaklı olarak akde olumsuz bir tesiri yoktur. Bu işlemlerde, akit yapmaktan asıl amaç mal olmadığı için bu akitlerin gereği olarak söz konusu olan malla ilgili hususlardaki bilinmezlikler, akdin sıhhatine hâlel getirmemektedir. Durum böyle olunca, malla ilgili bilinmezlik ve belirsizlikler, satış akdinde olduğu kadar anlaşmazlık ve zarara yol açmamaktadır. Mesela insanların nikâh akdi yapmalarında, bir satış veya selemdeki gibi bir amaç bulunmamaktadır. Nikâh akdinde, mehir gibi borç ilişkisi doğuran ve mala taalluk eden bir husus vardır. Fakat nikâhta amaç mehir değil, cinsel ihtiyaçların giderilmesinin helal kılınması (مُبَاذَعَة) ve aile kurmak olduğu için kadın akit esnasında konuştuğu ve umduğu mala ulaşamadığı için anlaşmazlığa varacak bir pişmanlık yaşamamaktadır. Çünkü kadının bu akdi kurmadaki amacı mehir değildir. Bu da nikâh akdinin müzâyakalı değil, müsâmağa ve hoş görüye dayalı bir akit olmasının sonucudur.⁵⁵³

Akdin ruhunun neye dayandığı hususu nizanın çıkma ihtimalini belirlemektedir. Müsâmahaya dayanan akitlerde bazı bilinmezlikler nizaya sevk etmediği için cehâlet-i yesîre kabul edilirken satış akdi gibi müzâyakaya dayanan

⁵⁵¹ الْمُمَاكَسَةُ: اسْتِنْقَاصُ الثَّمَنِ، وَالْمَكْسُ وَالْمَكَّاسُ فِي مَعْنَاهُ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي الْبَيْعِ عَادَةً وَهُوَ يُوجِبُ الْمَاكَسَةَ: bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/223.

⁵⁵² “İ'tiyâz”, *el-Mevsûatü'l-fikhiyye* (Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1406), 5/230, 231.

⁵⁵³ Darîr, *el-Garar*, 586.

akitlerde bu orandaki bilinmezlikler kolaylıkla taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olabileceği için fâhiş cehâlet sınıfına girmektedir.

Müzâyakalı akit örnekleri şu şekildedir:

a. Satış ve sarf akitlerinin örnek gösterilebileceği bu akitlerin en belirgin özelliği, çıkar çatışmasına dayalı olmalarıdır. Burada müzâyaka, yani darlıktan kastedilen, akdin ruhsatlarının ve esnekliğinin geniş olmama durumudur. Mesela satış akdinde tür bilinmezliği nizaya sebep olmaktadır. Buna karşın, mehrin ya da kısastan af hususunda ödenecek olan sulh bedelinin “bir köle” ya da “Herat kumaşı” şeklinde belirlenmesindeki tür bilinmezliği, anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Zira cinsellik, mehre karşılık gelmediği gibi adam öldürme neticesinde ödenecek bedel de insan canına tekabül etmemektedir. Yani bunlar malın mal olmayan bir şeyle değiştiği akitlerdir. Dolayısıyla nev‘inin biliniyor olması nizayı ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte nev‘inin de bilinmediği mesela, “elbise”, “ev” veya “hayvan” üzerine müsâmahalı akitler kurulamaz.⁵⁵⁴ Zira her ne kadar bu akitlerin yapısı müsâmahaya dayansa da akitlerin sıhhatine karar vermede belirleyici olan niza olduğuna göre nev‘inin bilinmemesi taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olur.

b. Vasfı, yani özellikleri bilinmeyen bir hayvanın mehir olarak gösterilmesi sahihken aynı şeyin satış akdinde bedel olarak belirtilmesi sahih değildir. Çünkü vasıfları bilinmeyen bir hayvanın mal olmayan bir şey karşılığında zimmette borç olarak sabit kalması sahihtir. Vasfı bilinmeyen bir nesnenin mal olmayan bir şey karşılığında verilebilmesine örnek olarak Hz. Peygamber’in şu hadisi gösterilebilir: “Müslüman bir cana karşılık yüz deve verilir.”⁵⁵⁵ Satış akdinde bedele dair bir bilinmezlik taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olacağı için böyle bir bedel tayini sahih olmamaktadır. Çünkü akdin gerçekleşmesinin bedelle sıkı bir ilişkisi olup bazı bilinmezliklerde müsâmahâ söz konusu olmamaktadır.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 7/480.

⁵⁵⁵ في النفس المؤمنة مائة من الإبل bk. Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, 8/100.

⁵⁵⁶ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 3/503.

Müsâmahalı akit örnekleri şu şekildedir:

a. Hibe, lehte vasiyet gibi teberrû akitleri müsâmahaya dayandığı için bu işlemlerde söz konusu olan cehâlet ve cehâlet kaynaklı bir anlaşmazlığa, dolayısıyla bâtil yere mal yemeye sebep olmamaktadır. Mesela bir kişi, tarlasından çıkacak olan bir yıllık ürününü hibe etmesi durumunda hibe yapılan kişi, ne kadar ürünün kendisine hibe edildiğini bilmesee ve tarladan az ya da çok ne kadar ürün çıksa hatta hiç ürün çıkmasa da akit sahihtir. Çünkü kişinin burada bir ödemesi olmadığı için bundan bir zararı da olmayacaktır. Dolayısıyla bunun için bir düşmanlık ve çekişme çıkmayacaktır. Mâlî muâvazalı akitlerde durum, bunun tam tersidir. Mesela, kişi bir yılın sonunda hasat ettiği ürünü satışa konu etse akit fâhiş cehâletten dolayı fâsid olmaktadır. Zira satış akdi çıkar çatışmasına bağlı, yani müzâyakalı bir akittir. Burada taraflardan her birinin menfaati ve zararı söz konusudur. Çünkü tarafların satış akdinden amaçladığı iki şey; mebî‘ ve semendir. Böyle bir işlemde ise toplam mebî‘ bilinmemektedir. Çünkü tarladan hiç ürün alınmayacağı gibi ürün tahminden çok az da çıkabilmektedir. Bu da taraflar arasında anlaşmazlık, düşmanlık, haksız kazanç ve zarara sebep olmaktadır.⁵⁵⁷

b. Taşımacılık ya da seyahat için hayvan kiralama, bebek emzirmesi için sütanne tutma sözleşmelerinde cehâlet barındıran bazı hususlar vardır. Örneğin bir kişi çocuğunu emzirmesi için; mâlum bir ücret ile yeme-içme ve giyimini karşılamak karşılığında bir sütanne tutması ve aynı şartlar karşılığında bir köle veya mâlum bir ücret ve yiyeceği yem karşılığında bir hayvan kiralaması durumunda, İmâmeyn’e göre bu işlemlerde ücrete dair cehâlet barındıran hususlar olduğu için akit sahih değildir. Çünkü kölenin yemek, hayvanın yem, sütannenin giyim ve yemek masraflarının ne kadar olacağı bilinmemektedir. Bu da akdi fâsid hale getirmektedir. Ebû Hanîfe ise akdin müsâmahaya dayanması ve bu konuda istihsân yapmayı gerektiren bir nas olması sebebiyle akdi sahih kabul etmiştir. Zira toplumda, kölenin yemeği hususunda müsamahakâr olmak adet olduğu için buradaki bilinmezlik nizaya sebep olmamaktadır. Niza çıkmayınca akit de sahih

⁵⁵⁷ İbn Âbidîn, *Reddû ’l-muhtâr*, 6/649; Darîr, *el-Garar*, 586.

kalmaktadır.⁵⁵⁸ Ayrıca Kur'ân-ı Kerîm'de, annenin rızkı ve giyiminin babaya ait olduğu, onun ölümünden sonra da aynı mükellefiyetin mirasçılara ait olduğu, ayrıca sütanneye verilecek ücretin de helal olduğu hükmü bulunmaktadır.⁵⁵⁹ Kâsânî, Ebû Hanîfe'nin görüşünü şu şekilde desteklemektedir: "İmâmeyn, cehâlete bakarak akdin fâsid olduğunu söylemektedir. Buna karşın burada bizatihi cehâletin varlığı değil; onun nizaya sevk edecek boyutta olması akdin sıhhatine zarar vererek onu ifsâd etmiştir. Zira ücretteki bilinmezlik akdi ifsâd etmemiştir. Çünkü bu akitte çocuklara duyulan şefkatten ötürü cehâlete müsâmahaya göstermek adet haline gelmiş ve bu mesele, buğday yığınının belli miktar satış örneğinde, ürüne dair cehâlete rağmen nizanın çıkmayışına benzetilmiştir."⁵⁶⁰ Burhâneddîn el-Buhârî, tüm bölgelerde bu akdin genişliğe dayanmasının örf haline geldiğini belirtmektedir. Satış akdinde olduğu gibi pazarlık hususunda sıkı davranılmamasının hikmetini de çocuğun bakımından duyulan endişe olarak belirtmektedir. Zira sütannenin yeme ve giyimi hususunda cimri davranmak, çocuğun bakımı ve terbiyesine olan ilgiyi azaltabilir. Yalnızca cehâletin varlığının akdi ifsâd etmeyip nizaya sebep olduğu oranda akdi fesâda uğratması⁵⁶¹ ve akdin müsâmahaya dayanmasının muhtemel anlaşmazlıkların oluşmasına mani olduğu gözükmemektedir.⁵⁶²

c. Akdin müsâmahaya dayanmasına kitâbet akdi de örnek gösterilebilir. Akdin bedelinin belirlenmesinde vasfa dair bilinmezliğin olumsuz etkisinin olmaması kitâbet akdinde de geçerlidir. Zira kitâbet akdi, müsâmahalı akitlerdendir. Burada akitlerin amacı, malın mal olmayan bir şeyle değişimi olduğundan zikredilen malın (mesela hayvan, cinsiyeti belli olmayan hizmetçi vs.) zimmette borç olarak kalıp bunlardan ortalama bir şeyin verilerek akdin sahih

⁵⁵⁸ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5/276.

⁵⁵⁹ Bakara, 2/233 Ayetinin metni şu şekildedir:

وعلى المولود له، رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف... وعلى الوارث مثل ذلك... وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سألتم ما آتيتم بالمعروف

⁵⁶⁰ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/22.

⁵⁶² Burhâneddîn el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/445.

kalması mümkündür.⁵⁶³ Aynı şekilde ariyet akdinde süresinin bilinmemesi, akdin sıhhatine bir zarar vermemektedir. Çünkü ariyet, lazım bir akit değildir. Kira akdi ise lazım bir akit olduğu için oradaki bilinmezlik akdi ifsat etmektedir.⁵⁶⁴

d. Akdin vaktine dair bilinmezlikler, normal şartlarda akdi fâsid hale getirmektedir. Bununla birlikte, 1000 dirhem karşılığında hasat gününe, harman zamanına veya devletin Müslüman vatandaşa her yıl vermiş olduğu maaş ('atâ) gününe kadar kitâbet akdi yapma, nizaya sebep olmadığı için cehâlet-i yesîre kapsamında telakki edilip sahih kabul edilmiştir. Ama aynı durum, müzâyakaya dayanan satış akdinde, nizaya sebep olduğu ve cehâlet-i fâhişe kabul edildiği için sahih değildir.⁵⁶⁵ Buradan cehâlet-i yesîre ve cehâlet-i fâhişe ayrımının sınırlarını nizanın belirlediği, nizanın da akit türlerine göre farklılık gösterdiği görülmektedir. Aynı şekilde vadeli bir satışta, vadeyi az (mütekârîbe) bilinmezlik içeren bir vakte ertelemek (tehir) sahihtir. Çünkü insanlar âdeten bunu yapı gelmiş ve buna müsâmaha gösterdikleri için de anlaşmazlığa düşmemişlerdir. Zira borcu ertelemek, müsâmahaya dayanmaktadır. Yani bir borcu ertelemek, müşterinin lehine olup satıcının aleyhine olmayan ya da satıcının rızasının olduğu bir işlemdir. Buna karşın, tecil yani borcu ileri bir tarih olarak belirlemek ise akitte vadeyi, bir şart olarak öne sürmektir. Akitte şart koşulan vadedeki bilinmezliklerin az ya da çok olması fark etmeksizin akdi ifsâd etmektedir. Çünkü tecil, müzâyakaya dayandığı için buradaki az bilinmezliklerden bile niza çıkmaktadır. Bununla birlikte kefalet akdi, müsâmahaya dayandığı için az bilinmezlikler bu işlemde sahih kabul edilmiştir. Zira kendisine kefil olunan kişi, adet olarak borç hususunda kefil sıkıştırmamaktadır. Çünkü borcunu asıl borçludan tahsil yoluna gidebilmektedir. Bundan dolayı borcu, az bilinmezlik içeren vakitlere ertelemekten dolayı taraflar arasında niza çıkmamaktadır. Satış akdinde durum ise tam tersidir. Çünkü satış akdindeki böyle bir bilinmezlik anlaşmazlığa sebep olmaktadır.⁵⁶⁶

⁵⁶³ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/433.

⁵⁶⁴ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 8/366.

⁵⁶⁵ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/433.

⁵⁶⁶ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/35.

Akdin yapısının müsâmağa üzerine kurulmasına bakılarak her türlü bilinmezliğin akde tesir etmeyeceğine hükmetmek doğru değildir. Burada esas olan, müsâmahalı akitlerin fâhiş cehâlet sınırının müzâyakalı akitlere göre daha üstte olmasıdır. Yoksa “yağmurun yağması”, “rüzgârın esmesi” gibi tamamen belirsiz bir vakte kadar kitâbet akdi yapmak cehâlet-i fâhişe barındırdığı ve bu da nizaya sebep olduğu için sahih olmamaktadır.⁵⁶⁷

Akdin müsâmağa veya müzâyakaya dayanmasının yanı sıra; müzâyakaya dayanan akitler kendi içerisinde, menfaat çatışmasının boyutlarına göre daha dar/daha geniş şekilde tasnife tutulmaktadır. Örnek olarak icâre akdi müzâyakaya dayalı akit olmasına rağmen satış akdine göre daha geniş (أَوْسَع) ruhsatlara sahiptir. Zira icâre ve satış akdi her ne kadar müzâyaka akitlerden olsa da icâre akdinde aynın mülkiyetinin el değiştirmesi değil, menfaatin kullanımını ilgilendiren bir durum mevzu bahistir. Dolayısıyla bu akit, mülkiyetin karşı tarafa intikal ettiği bir akit olan satış akdine göre daha esnektir. Müsâmahalı akitler kapsamında olup birinin diğerine göre daha sıkı şartlara tabi olduğu akitlere örnek olarak hibe akdi ve bir hak veya mükellefiyeti düşürme akdi olan ıskat örnek verilebilir. Iskata göre daha sıkı bir temlik işlemi olan hibede, cehâlet nizaya sebep olmadığı için akdi ifsâd etmezken ıskat işleminde nizaya götürmeyen bilinmezliğin akdi ifsâd etmemesi daha muhtemeldir.⁵⁶⁸

Bu çalışmada, akdin sıhhati hususunda örfün belirleyici olduğuna sıkça temas edilmiştir Akdin müzâyaka ya da müsâmahaya dayanmasını belirleyen amil de örfdür. Şöyle ki örfen bir şeyin müzâyakaya dayanıp dayanmadığını söylemek, bir akdin nizaya sebep olup olmamasına karar vermektir. Dolayısıyla burada da belirleyici olan nizadır. Mesela Ebû Hanîfe’ye göre menfaatlerin paylaşımında, örneğin ortakların kendilerine hizmet edecek iki köleyi aralarında, yemek masrafları kendilerine ait olmak üzere paylaşmaları durumunda işlem istihsânen sahihtir. Çünkü kölelerin ne kadar yemek yiyeceği meçhul olmakla birlikte buradaki cehâlet tarafları nizaya götürmemektedir. Bunun aksine kölelere, onların

⁵⁶⁷ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi*, 5/433.

⁵⁶⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 8/93.

giyim masraflarını karşılamak üzerine ortak olsalar giyim konusundaki belirsizlik tarafları nizaya götüreceği için akdi ifsâd eder. Zira giyim konusu, müzâyakaya dayanırken yemek hususu müsâmahaya dayanmaktadır. Çünkü örf ve adette yemek hususunda daha esnek davranılırken giyim hususunda daha sıkı davranılır.⁵⁶⁹ Zira birinin ortalama yemek ihtiyacını gidermek çok maliyetli bir şey değilken giyimi dikilecek elbisenin kumaşının cinsi, türü ve özelliklerine göre değişmektedir. Kâsânî'nin yaşadığı dönemde müsâmahaya kapsamında olan bir husus, günümüz örfünde müzâyaka kapsamında değerlendirilebilir. Örfün değişmesiyle nizanın çıkma ihtimali de değişmektedir.

C. Akitteki Cehâlet ve Cehâlet Kaynaklı Gararın Nizaya Sebep Olacak Derecede Olması

Son dönemde yapılan birçok çalışmada bilinmezlik, nizaya sebep olup olmama açısından üçlü sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Bu tasnifte, akdi ifsâd etmeyecek boyuttaki bilinmezliklere yesîr, nizaya sebep olacak düzeydekilere fâhiş, nizaya sebep olup olmama ihtimali bulunanlar ise mutavassıta şeklinde ele alınmaktadır. Durum böyle olmakla birlikte, akdi ifsâd eden şey; tek başına akitte bilinmezliğin bulunması değil, nizaya sebep olan bilinmezliğin bulunmasıdır.⁵⁷⁰ Yani akdin sıhhatine karar vermede ölçü, cehâletin türü değil nizaya sebep olmasıdır. Çünkü nizaya sebep olan her bilinmezlik, teslim ve tesellüme mani olup akdin amacının gerçekleşmesine engel olduğu için⁵⁷¹ akdi ifsâd etmektedir.⁵⁷² Bundan hareketle, “*Her cehâlet-i fâhişe akdi ifsâd eder.*” yahut “*Her yesîr cehâlet akdin sıhhatine olumsuz etki yapmaz.*” şeklindeki bir yargı doğru değildir. Nitekim akdi ifsâd etme açısından vadedeki cehâletin az ya da orta dereceli olması ile çok olması arasında bir fark yoktur.⁵⁷³ Burada belirleyici olan nizadır. Nikâh ve icâre akitlerindeki bazı işlemlerde ise fâhiş cehâlet söz konusu

⁵⁶⁹ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 9/172.

⁵⁷⁰ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 2/46; Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/22; 7/21.

⁵⁷¹ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/363.

⁵⁷² Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24.

⁵⁷³ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/31.

olmasına rağmen anlaşmazlık çıkmadığı için akit bundan olumsuz etkilenmemektedir. Bu durum nizanın çıkmasına mani olan bazı etkenlerden kaynaklanmaktadır. Bunlar; örf, ihtiyaç ve fâhiş cehâlet içeren durumdan sakınmanın bir meşakkat gerektirmesi gibi ilkelerdir. Bu durumda cehâletin dikkate alınmamasını bahsedilen ilkeler değil, nizanın çıkmaması sağlamaktadır.

Hanefî mezhebi dışındaki mezhepler, *cehâlet* yerine *garar* kavramını,⁵⁷⁴ *cehâlet-i yesîre/cehâlet-i fâhişe* yerine ise *az garar/çok garar* ifadesini kullanmışlardır. Akdin sıhhatine olumsuz etkisi olan bilinmezliğin ise fâhiş cehâlet (el-gararü'l-kesîr) olduğu konusunda ittifak etmişlerdir.⁵⁷⁵ Bu mezhepler, akde etkisi olmayan bilinmezliklerin tespitinde nizayı değil; nizanın çıkmasına mani olan; zarûret-hâcet ve akdi terk etmenin meşakkat getirmesi gibi hususları esas almışlardır. Genel olarak mezheplerde, bir akitteki cehâletin az mı çok mu olduğunu ayırmak içinse kesin ölçüler bulunmamaktadır.⁵⁷⁶ Mezheplerin bu konudaki görüşleri şu şekilde incelenebilir:

Mezhepler arasında cehâletin az-çok ve orta şeklinde üçlü bir şekilde tasnifi ilk olarak Karâfî (ö. 648/1285) tarafından yapılmıştır. Karâfî'ye göre çok garar (müessir), icmâ ile yasaklanmıştır. Mesela havadaki kuşun satışı, doğacak yavrunun yavrusunun satışı (habelü'l-habele), erkek hayvanın sperminin satışı (medâmîn-melâkih), dokunarak satış (mülâmese), atarak satış (münâbeze), çakıl taşı atarak satış (bey'u'l-hasât) gibi işlemler bunlara örnektir.⁵⁷⁷ Az cehâlet (gayr-ı müessir) ise evin odaları ve cübbedeki pamuğun miktarında olduğu gibi, akitte bulunan bilinmezliğin icmâ ile sahih kabul edildiği kısımdır. Orta dereceli cehâlet ise İslâm hukukçularının çok cehâlet mi az cehâlet mi değerlendirilmesi gerektiği

⁵⁷⁴ Diğer mezheplerin görüşleri anlatılırken *garar* ifadesinin geçtiği yerlerde kastedilen şeyin cehâlet olduğunu belirtmek gerekmektedir.

⁵⁷⁵ Darîr, *el-Garar*, 587.

⁵⁷⁶ Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, 3/55.

⁵⁷⁷ “Habelü'l-habele, medâmîn-melâkih, mülâmese, münâbeze, bey'u'l-hasât” şeklindeki satışlarla ilgili geniş bilgi için bk. Güney, *Garar*.

hususunda ihtilaf ettikleri bilinmezlik çeşididir.⁵⁷⁸ Karâfî'nin kitabına ilavelerde bulunan Muhammed Alî el-Mekkî (ö. 1367/1948) ise üçlü bir cehâlet tasnifi yapmış ve bunların ilk ikisinin akdi ifsâd ettiğini, üçüncüsünün de az bilinmezlik bağlamında kabul edildiğini belirtmiştir. Bunlar; cehâletten dolayı akdin konusunun hiçbir şekilde meydana gelmediği, cehâletten dolayı akdin konusunun bir nebze hâsıl olduğu ve cehâlet söz konusu olmasına rağmen akdin konusunun büyük kısmının hâsıl olduğu akitler şeklindedir.⁵⁷⁹ Görüldüğü gibi bu tasnifin nizaya göre yapıldığına dair bir kayıt bulunmamaktadır. Fakat son dönemde yapılan araştırmalarda, genellikle bu tasnifin niza kıtası esas alınarak yapıldığı söylenmektedir.⁵⁸⁰ Az da olsa bazı çalışmalarda ise cehâlet tasnifinin Hanefî mezhebine göre niza kıtasına göre yapıldığı ve Hanefîler'de bilinmezlik içeren akitlerin yasaklanma illetinin niza olduğu belirtilmiştir.⁵⁸¹

Mâlikîler, akdi fesâda götürmeyen bilinmezlikleri; zarûret-hâcet, meşakkat gibi ilkelerden dolayı dikkate alınmayanlar olarak ifade etmişlerdir.⁵⁸² Şöyle ki yesîr bilinmezlikler; akdin bu şekilde kurulmasına ihtiyaç ve zarûretin olması, kendisinden sakınmanın büyük bir meşakkat gerektirmesi, bunların neredeyse tüm akitlerde söz konusu olması gibi gerekçelerle dikkate alınmayan bilinmezlik çeşididir. Bununla birlikte, hayvanın hamile olarak satılmasının şart koşulması istisna olmak üzere, cübbedeki pamuğun oranı, ev satışında odalarının metrekaresinin bilinmemesi gibi bilinmezlik içeren unsurların örfen satışta asıl amaç olmamasını (gayr-ı maksûd) bu belirsizliklerin az olmasının göstergesi saymışlardır. Hayvanın hamile olmasının şart koşulması ise akitte amaç

⁵⁷⁸ İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimât*, 2/73; Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, thk. Heysem Cum'a Hilâl (Beyrut: Dâru Mektebeti'l-meârif, 1433), 581; Karâfî, *Envârü'l-burûk*, 3/433, 434; Sayfî, *el-Cehâle*, 36.

⁵⁷⁹ Muhammed Ali b. Hüseyin el-Mekkî, *Tehzîbü'l-furûk ve'l-kavâ'idü's-seniyye fi'l-esrâri'l-fikhiyye* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye, 1418), 1/276.

⁵⁸⁰ Güney, "Cehâlet", 494; Muhammed Yûsuf Mûsa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Ârabî, 1417), 287, 288; Selâme, *Nazariyyetü'l-akd*, 261.

⁵⁸¹ Sayfî, *el-Cehâle*, 39; İbrahim Kâfi Dönmez, "Garar", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1996), 13/371.

⁵⁸² Ebû Abdullah Muhammed b. Yusuf el-Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl alâ muhtasari Halîl* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye, 1416/1994), 6/230.

edinilmiştir. Böyle bir işlemde cehâlet-i yesîre söz konusu olsa da hamilelik hayvanın semenini etkileyeceği için akit sahih olmamaktadır. Buna karşın, içerisinde kalma süresi ve su tüketim miktarı bilinmeden ve ayın otuz bir gün ile mi yoksa daha az gün ile mi çıkacağına bilmeden aylık kira sözleşmesi yapma, içindeki pamuk miktarını bilmeden cübbe satın alma gibi örnekler yesîr cehâlet kapsamında olduğu için bunlara itibar edilmemiştir. Çünkü bu işlemlere insanların ihtiyacı vardır. Ayrıca buradaki bilinmezlikler akdin asıl amacıyla ilgili değildir.

Malîkî fakihlerden Eşheb (ö. 204/820) de akdi etkilemeyen bilinmezlikleri; az ve kendisinden sakınmanın çok güç olması şeklinde tanımlamıştır. Meyvelerin görünmeyen iç taraflarında kötü kısımlarının olması buna örnektir.⁵⁸³ Bâcî'ye göre (ö. 474/1081) aşırı bilinmezlik manasındaki çok garar, satışta belirsizliğin çok olup satışa galip geldiği ve artık bu işlemin *gararlı satış* diye isimlendirildiği garar çeşididir. Bunun yasak oluşuna dair bir ihtilaf yoktur. Az bilinmezlik manasındaki az garar ise her akitte bulunabilen ve akdin sıhhatine zarar vermeyen az belirsizliklerdir. Fıkıh bilginlerinin bu konuda ihtilaf etmelerinin nedeni, bir akitte bulunan gararın çok garar kapsamında mı yoksa az garar kapsamında mı değerlendirileceğinden kaynaklanmaktadır.⁵⁸⁴ Bu hususta görüş belirtenlerden biri de İbn Rüşd el-Cedd'dir (ö. 520/1126). Ona göre az garar, satış akitlerinin genelinde bulunan ve hafif sayılıp sahih görülen bilinmezlik çeşididir.⁵⁸⁵

Konuyla ilgili özgün tespitlerde bulunan isimlerden biri de Şâtıbî'dir (ö.790/1388). O, akitteki cehâletin akdi olumsuz etkilememesi için bazı şartlar sıralamıştır. Bunlar; bilinmezliğin az derecede olması, akdi bu haliyle yapmanın insanlara kolaylık sağlaması, kendisinden kaçınmanın zor ya da imkânsız olması (zaruretin bulunması),⁵⁸⁶ böyle bir işlemin yapılmasından dolayı insanlar arasında meydana gelecek anlaşmazlıkların az olması ve insanların böyle bir işleme ihtiyaç

⁵⁸³ Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/230; Nefravî, *el-Fevâkihü'd-devânî*, 3/60; Muhammed b. Ahmed Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî 'ale's-Şerhi'l-kebîr* (Dârü'l-Fikr, t.y.), 3/60.

⁵⁸⁴ Bâcî, *el-Müntekâ*, 5/41.

⁵⁸⁵ İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimât*, 2/73.

⁵⁸⁶ Bir akitte cehâlet, çok olsa da zaruret durumunda az kabul edilir. Zaruret de bölgeden bölgeye bir zaman diliminden diğerine değişiklik gösteren bir olgudur. bk. Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, 3/37.

duymasıdır. Müellif, konuya örnek olarak fâhiş cehâlet barındırmasına rağmen sahih görülen ve icâre kapsamında değerlendirilen hamamda yıkanma sözleşmesini vermiştir. Böyle bir akitte; ücret, kullanılacak su ve hamamda kalma miktarı bilinmemektedir. Ücrete dair bilinmezlik, örf vasıtasıyla giderilmektedir. Su ve kalma miktarındaki bilinmezlik ise örf vasıtasıyla bununla belirlenemiyorsa da zarûret ilkesiyle amel edilerek akdin sıhhatine zarar vermesinin önüne geçilmektedir.⁵⁸⁷

Şâfiî mezhebi, gararın akdin sıhhatine etkisi hususunda Malîkî mezhebinin yaklaşımını sergilemiştir. Ancak onlar, akdin sıhhatine zarar vermeyen gararın maddelerini sayarken az gararı da bunlardan kabul etmişlerdir. Onlara göre, hakkında varit olan hadis-i şerife⁵⁸⁸ binaen gararlı işlemler bâtıldır. Fakat burada kastedilen, kendisinden sakınmanın mümkün olduğu (yümkinü'l-ihtirâz) açık garar durumlarıdır. Gararın olduğu bir akde ihtiyaç var ve akdi yapmaktan kaçınmak meşakkat gerektiriyorsa bu şekildeki gararlı akitleri yapmak icmâ ile sahihtir. Aynı şekilde, az bilinmezlikler içeren garar da akdin sıhhatine olumsuz etki yapmamaktadır. Kira sözleşmesinde; ayın 29, 30 ya da 31 ile mi çıkacağı bilinmeden bir aylığına ev kiralamak, odaları ile ilgili bazı hususları bilmeden ev satın almak, pamuklu bir cübbenin pamuk miktarını bilmeden satın almak gibi örneklerde bilinmezlikler nizaya sebep olmadığı için butlâna sebep olmamaktadır.⁵⁸⁹

Şâfiî mezhebi, gararın akdin butlânına sebep olmama illetini; zarûret-hâcet, meşakkat ve gararın az olması olarak belirlemiştir.⁵⁹⁰ Nevevî de ihtiyacın gararlı işlemde bulunmayı gerektirmesi ve garardan sakınmanın ancak meşakkat ile mümkün olması durumlarında gararı az (hakîr) kabul etmektedir.⁵⁹¹ Müessir, yani bir anlamda fâhiş cehâletin illetini, kendisinden sakınmanın mümkün olduğu

⁵⁸⁷ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/234; Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, 3/55.

⁵⁸⁸ Müslim, “Büyû”^c, 4; Hadisin metni şu şekildedir: نهى رسول الله عن بيع الغرر Tirmizî, “Büyû”^c, 17.

⁵⁸⁹ Nevevî, *el-Mecmû*^c, 9/258.

⁵⁹⁰ Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed el-Maverdî, *el-Hâvi'l-kebîr fî fikhi mezhebi'l-Îmâm eş-Şâfiî*, thk. Ali Muhammed Muavviz ve Adil Ahmed Abdü'l-mevcûd (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmiyye, 1419), 7/405; Nevevî, *el-Mecmû*^c, 9/258 ve 15/18.

⁵⁹¹ Nevevî, *el-Mecmû*^c, 9/258; Selâme, *Nazariyyetü'l-akd*, 190.

ve bu şekildeki bir akde ihtiyaç ya da zaruretin olmadığı durumlar olarak tanımlamışlardır. Mesela iki köleden birinin ya da iki elbiseden bir tanesinin satışı gibi akdin mahallinin bilinmeden satışının yapılması durumunda işlem bâtıldır. Çünkü böyle bir akde ihtiyaç yoktur.⁵⁹²

Konuyla ilgili yakın dönem İslâm hukukçularından Darîr'in görüşlerine yer vermek faydalı olacaktır. Bâcî'nin tanımlamasını tercih eden Darîr'in ifade ettiği üzere, bu tanımlar yesîr ve fâhiş cehâlet arasındaki farkı tam olarak ortaya koyamamaktadır. Bununla birlikte cehâlet ve garar teorisinin nasıl esnek bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir. Zira bu ölçekler; zaman, mekân ve örfe göre değişiklik göstermektedir. Bu da İslam hukukunun çağlar üstü çözüm üreten yapısının bir gereğidir.⁵⁹³

Hanefî mezhebinin cehâlet ve cehâlet kaynaklı akdin sıhhatini belirlemede anlaşmazlığın söz konusu olmasına göre hareket etmesi, kanaatimizce bu tanımların hepsinden daha basit, daha kapsayıcıdır. Çünkü bu işlemlere dair yasaklamaların arka planında ya toplumda çıkan ya da çıkması muhtemel anlaşmazlıklar esas alınmıştır. Mesela, Hz. Peygamber (a.s.) toplumun öteden beri yapageldiği ve cehâlet içeren, meyvenin sağlam olarak meydana gelmesinden önce satışına izin vermiştir. Fakat toplumda böyle bir işlemten dolayı insanlar arasındaki anlaşmazlıklar artmıştır. Çünkü meydana gelen afetlerden dolayı ürünler tam meyve haline gelmeden helak olmuştur. Resûlullâh da bunun üzerine bu şekildeki satışı yasaklamıştır.⁵⁹⁴ Aynı şekilde Hz. Peygamber zamanında tarla sahipleri ile tarlayı işleyenler arasında müzâraa anlaşması yapılmaktaydı. Bu anlaşmalarda, tarla sahipleri dere kenarlarında biten ya da ırmaklarla sulanan yerlerdeki ürünün kendilerine ait olmasını şart koşmaktaydı. Bu durumda tarlayı işleyenin hissesi belirsiz kalmaktaydı. Çünkü dere kenarlarındaki ürün sağlıklı bir şekilde hasat edilirken tarlayı işleyenin ürünleri kurak bölgede olduğu için telef olmaktaydı. İnsanlar bu işlemten dolayı anlaşmazlığa düşünce durumu Hz.

⁵⁹² Ebû İshâk İbrâhîm b. Ali eş-Şirâzî, *el-Mühezzeb fi'l-fikhi'l-İmam eş-Şâfi* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, t.y.), 2/14.

⁵⁹³ Darîr, *el-Garar*, 592.

⁵⁹⁴ Buhârî, "Büyû", 82, 93; Müslim, "Büyû", 15, 52, 58, 59, 79, 81.

Peygamber’e arz etmişler, Hz. Peygamber de bu şartlarda arazi kiralamayı yasaklamıştır.⁵⁹⁵ Bâcî’nin tespit ettiği ve Darîr’in de dikkat çektiği⁵⁹⁶ yönteme göre, bu işlemin yasaklanma nedeni bu akdin gararla anılır olmasıdır. Fakat böyle bir tanımlama meseleyi doğru bir şekilde ortaya koymamaktadır. İki rivâyete de bakıldığı zaman bunların yasaklanma gerekçesinin gararlı işlem olarak tanımlanması değil, bu işlemlerden dolayı toplumda anlaşmazlıkların baş göstermesidir.

Görüldüğü gibi diğer mezheplerde her ne kadar Hanefî mezhebindeki, “az cehâlet” “çok cehâlet” şeklindekine benzer bir tasnif söz konusu olsa da bu sınıflandırmada, Hanefî mezhebinde olduğu gibi, niza kuralının esas alındığına dair mezhep kaynaklarında, açık bir bilgiye rastlanılamamıştır. Bununla birlikte bu mezhepler, az gararın tanımında bulunan, *her akitte bulunması kendisinden kaçınmanın imkânsız olması veya sakınmanın meşakkat gerektirmesi ve akdi bu şekilde yapmanın ihtiyaç olması* gibi gerekçeleri öne sürmüşlerdir.

D. Akitteki Cehâlet ve Cehâlet Kaynaklı Gararın Akdin Asli Unsurlarında Olması

Nizadan kaynaklı olarak akdin sıhhatinin zarar görmesi için cehâlet veya gararın akdin aslında (asaleten) bulunması gerekmektedir. Bir akdin yapılış amacı olmayıp ona tabi olan hususlardaki garar, akdin sıhhatine bir zarar vermemektedir. Zira kural olarak bizzat caiz olmayan bir şey, bağlı bulunduğu asla binaen caiz olabilmektedir.⁵⁹⁷ İslam hukukunda satışı sahih görülen pek çok işlemde bu kuralın etkisi görülmektedir.

Konuyla ilgili örnekler üzerinden mesele daha net anlaşılacaktır. Mesela, ineğin memesindeki sütün inekle birlikte satışında, sütün miktarı belirsiz olsa da böyle bir satışta amaç süt değildir. Süt, alışverişin yapılış gayesi olan şeye (inek) bağlı olan bir unsurdur. Bundan dolayı fâhiş cehâlete rağmen, ineğin satışında

⁵⁹⁵ Müslim, “Büyû”, 116; Ebû Dâvûd, “Büyû”, 30.

⁵⁹⁶ Darîr, *el-Garar*, 594.

⁵⁹⁷ “Bizzât tecvîz olunmayan şey bi’t-teb’ tecvîz olunabilir.” Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/78, bk. (Mecelle md. 54).

sütünün sahih olduğu hususunda icmâ bulunmaktadır. Niza açısından olaya bakıldığında, böyle bir satıştan dolayı insanlar arasında bir anlaşmazlık çıkmadığı için akit sahih kabul edilmiştir. Nitekim musarrât hayvanın satışıyla ilgili hadis⁵⁹⁸ bunun delilidir.⁵⁹⁹

Aynı şekilde, yerin altında büyüyen; soğan sarımsak gibi saçaklı bitkilerin toplanmadan satışı da bu kapsamdadır. Fâhiş cehâlet barındırmasına rağmen, bu ürünlerin satışını sahih görenlere göre, yerin üstündeki kısmının altındakinden fazla olmasına ve bu işlemlere olan ihtiyaca binaen akitlerdeki bilinmezlikler dikkate alınmamıştır.⁶⁰⁰

E. Mâlumiyyetin Müşteri İçin Şart Olması

Akdin unsurlarının bilinmesi gerekliliği, müşteri için şart koşulmuş bir husustur. Yaptığımız araştırmalarda ilk kez Mecelle şerhinde yapılmış olan bu tespit,⁶⁰¹ son dönemde Arap dünyasında yapılan pek çok araştırmaya referans olmuştur. Müşterinin malı bilmesi, satış akdinin sahih olması için yeterlidir. Zira malın bilinmemesi müşteriye zarar vereceği için akdin sıhhati için satıcının malı bilmesi gerekli değildir. Burada özetlenen niza teorisinin daha derli toplu ifadesi Ali Haydar Efendi tarafından yapılmıştır. O, bütün bu süreçleri bir tanım altında toplamıştır. Satış akdi üzerinden ifade etmek gerekirse niza, mebî‘ veya semenle alakalı hususlar üzerinde cereyan etmektedir. Mebî‘in belirsizlik içermesi taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Onun için bunun nizaya sevk etmeyecek bir şekilde belirlenmiş olması gerekmektedir. Mebî‘in mâlum olması müşteriyle alakalı bir husus olduğu için mebî‘, müşteri tarafından nizaya sebep olmayacak şekilde biliniyorsa işlem sahihtir.⁶⁰²

⁵⁹⁸ *Buhârî*, “Büyû”, 65.

⁵⁹⁹ Nevevî, *el-Mecmûc*, 9/326.

⁶⁰⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/224.

⁶⁰¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/199.

⁶⁰² “Mebî‘; teslim ve tesellüme muhtaç ise evvela, müşterinin mani‘-i münâzaa olacak veçhile mâlumu olmak adem-i fesâd-ı bey‘de lazımdır. Zira cehâlet-i mebî‘ teslim ve tesellüme mani ve nizaya müeddi bulunmuş ve akit faydadan hali kalmış olup, nizaya müeddi olan her akit fâsid olur.” Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/198, bk. (Mecelle md. 200) .

Mebî'in mâlum olmasının müşteriyle alakalı olmasına dair başka örnekler de verilebilir. Bir akarın taksim edilmeden yarısı, üçte biri gibi müşterinin bildiği şeyi hissesini satmak sahihtir. Satıcının bu hisseyi bilmesine gerek yoktur.⁶⁰³ Zira burada hissenin bilinmemesinden dolayı zarara uğrayacak olan müşteridir. Satıcı hisseyi bilmese de satmaya karar vermiştir. Hanbelî mezhebinde ise akdin sahih olması için malın iki taraf açısından da biliniyor olması gerekmektedir.⁶⁰⁴

III. NİZAYA SEBEP OLAN AMİLLER

A. Cehâlet

Hanefî mezhebinde, akitlerdeki bilinmezlikleri karşılamak için kullanılan cehâlet kavramı nizanın temel gerekçesidir. Bu çalışmada niza teorisi büyük oranda cehâlet üzerine kurulduğu için bu başlık altında yalnızca cehâlet-niza ilişkisine dair genel bir teori ortaya konacaktır.

Bilinmezliklerin fesâda sebep olduğu akitler, muâvazalı akitlerin tamamı, bir bedel karşılığında yapılan sulh akdi ve ivazlarından biri ya da ikisi meçhul olan kısmet akdidir.⁶⁰⁵ Bundan dolayı İslâm akit nazariyesi, muâvazalı yani iki tarafa da borç yükleyen işlemlerin mâlum ve muayyen (belirsizliklerden uzak) olması esas; Nisâ sûresindeki, “*Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda bâtil yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa (mallarınızı bâtil yollarla yememiş olursunuz) başka. Kendinizi helak etmeyin. Şüphesiz Allah size karşı çok merhametlidir.*”⁶⁰⁶ âyeti ve bilinmezlik ve belirsizlik taşıyan akitleri yasaklayan hadislerle dayanmaktadır.

Hanefî mezhebine göre, temel unsurları ve kuruluş şartları itibarıyla meşru bir akit; cehâlet, garar, fâsid şart ve ribâ gibi unsurları barındırması sebebiyle fâsid kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, ancak in'ikad ve sıhhat şartlarını sağlamış bir akdin sıhhatinden bahsedilebilir. Buradan hareketle Hanefî âlimler, akdin

⁶⁰³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/209, bk. (Mecelle md. 214).

⁶⁰⁴ Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/473.

⁶⁰⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, 91.

⁶⁰⁶ Nisâ, 4/29 *يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا* 4/29 *أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا*

meşru olarak kurulabilmesi için vafında bir takım şartlar bulunması gerektiğini savunmuşlardır. Cehâlet, Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerde akdi bâtil kılarken Hanefî mezhebinde teslim ve tesellüme mani olduğu için müşkil nizaya sebep olan bilinmezliklerin akdi ifsâd ettiği bir kural olarak kabul edilmiştir.⁶⁰⁷ Bu hususiyet, İslâm hukukunun alış veriş piyasasına yönelik yaptırımlarında, taraflar arasında tartışmaya (nizâ), aldatmaya (garar) ya da belirsizliğe götürecektir (cehâlet) unsurlardan kaçınmaları yolunda azami hassasiyet göstermesinin sonucudur.⁶⁰⁸

Cehâletin kaynaklandığı sebepler; cins, tür (nev'), vasıf ve miktar olarak dört guruba ayrılmaktadır. Hanefî mezhebine göre cins ve tür bilinmezliği cehâlet-i fâhişe sınıfına dâhildir. Bu ikisinin içinde cins bilinmezliği en büyük bilinmezlik çeşididir. Çünkü bu durumun nizaya sebep olması kaçınılmazdır.⁶⁰⁹ Örneğin evlenecek bir kişinin hangisi olduğunu belirtmeden bir hayvanı, bir evi yahut elbiseyi mehir olarak belirlemesi durumunda mehir sahih olmamaktadır. Çünkü belirlenen mehirde cins bilinmezliği vardır. Bu durumda kadının mehr-i misli ne ise onu alması gerekmektedir. Zira hayvanın birçok alt türü, o türlerin de alt sınıfları vardır. Ev de küçüklüğü, büyüklüğü, dış görünüşü ve yapılış malzemesine göre farklı olup bulunduğu ülke ve mahalle hatta sokağa göre fiyatı farklılık gösteren bir şeydir.⁶¹⁰

Cehâletin nizaya sebep olması neticesinde akdin fesâda uğramasının çeşitli aşamaları vardır. Mecelle'de bu husus şu şekilde açıklanmıştır:

1. Eğer mal, teslim ve tesellüm gerektiriyorsa müşterinin malı nizaya sebep olmayacak bir şekilde bilmesi lazımdır.⁶¹¹ Zira İslam hukukunda bir satış işleminin cehâlet barındırması, o akdin konusunun teslim ve tesellümü gereken bir

⁶⁰⁷ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/599; هذا هو الأصل، تمنع الجواز، bk. Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24; Topal, "Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller", 523.

⁶⁰⁸ Topal, "Alım Satım Piyasasına Yönelik Düzenlemeler", 217.

⁶⁰⁹ Bedri Aslan, İslam Ticaret Hukukuna Göre Cehâlet ve Güncel Akidlere Etkisi, 68.

⁶¹⁰ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 3/502.

⁶¹¹ "Mebî' teslim ve tesellüme muhtaç ise evvela, müşterinin mani'-i münâzaa'a olacak veçhile mâlumu olmak adem-i fesâd-ı bey'de lazımdır. Zira cehâlet-i mebî' teslim ve tesellüme mani ve nizaya müeddi bulunmuş ve akit faydadan hali kalmış olup, nizaya müeddi olan her akit fâsid olur." Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/198, bk. (Mecelle md. 200).

mal olduğu manasına gelmektedir. Nitekim teslim ve tesellüme gerek duyan bir akitte bilinmezlik, cehâlet-i fâhişe derecesinde ise akit fâsiddir. Teslim ve tesellüme ihtiyaç duymayan bir meçhulün satışı ise sahihtir. Mesela bir kimse elinde başka bir kişiden gasp ettiğı bir eşya olduğunu ama bunla ilgili bazı hususlarını bilmediğini ikrar edip onu satın alacak olsa akit sahihtir.⁶¹² Cahiliye satışları olan münâbeze, mülâmese ve ilkâ-i hacir satışlarında da mebi‘ aşırı bilinmezlik içermektedir.⁶¹³

2- Malın bilinmesi gerekliliğinin amacı, müşteri tarafından çıkacak anlaşmazlığın engellenmek istenmesidir. Mesela bir satıcının filan arsadaki hissesini satması durumunda, satıcı hisseyi bilmeyip müşteri bilse satış akdi sahihtir. Bu durumda satıcının muhayyerlik hakkı bulunmamaktadır. Bununla birlikte bir gabin ve aldanma söz konusu ise o halde satıcının da muhayyerlik hakkı vardır.⁶¹⁴ Eğer mal müşterinin elinde ise mesela müşteri, “Benim yanımda senin malın vardır.” dese fakat mebi‘in miktarı ile ilgili iki tarafın da bilgisi olmasa akit yine sahihtir. Çünkü teslimde müşteri, cinsini veya nev‘ini bilmediğı bir şeyle karşılaşmaz. Zira mal, zaten müşterinin elindedir. Malın miktarı ile ilgili bilinmezlik ise malın müşteriye teslimi gerekmediğı için sorun teşkil etmemektedir.⁶¹⁵ Dolayısıyla iki taraf, para hususunda anlaştıkları zaman malın evsafı ile ilgili ayrıntılar satıcı için bir anlaşmazlık sebebi değildir. Zira onun amacı, semene ulaşmaktır. Ayrıca malının mülkiyetinden çıkmasına kendi rızasıyla onay vermiştir. Fakat müşterinin amacı, belirli evsaftaki mala sahip olmaktır. Satış akdinde müşterinin amaçladığı şey budur. Böyle bir durumda müşteri, mal kendisine teslim edildiğinde akit anında malla ilgili olarak daha önce bilgisinin olmadığı bir şeyle karşılaşırsa niza kaçınılmaz olmaktadır. Çünkü müşteri mala parasıyla sahip olmaktadır. Bu anlamda örnek olarak satın almış olduğı bir hayvanın türünü bilmemesi neticesinde mala rıza göstermeyebilir.

⁶¹² “Meçhulden murat teslim ve tesellüme muhtaç olan meçhuldür.” Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/208.

⁶¹³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/20, bk. (Mecelle md. 213).

⁶¹⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/199.

⁶¹⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/199.

Böylece niza çıkar. Bunun için malın bilinir olması gerektiği ile ilgili tanımda, malın nizaya sebep olmayacak bir şekilde müşteri tarafından bilinmesi şart koşulmuştur.⁶¹⁶

Anlaşmazlığa sebep olan ve kaynağı cehâlet olan bazı akitler genel itibarıyla şunlardır:

a-) Malın Ferden Tayin Edilmemesinden Kaynaklanan Belirsizlik:

Satıcının “Sahip olduğum bütün eşyayı sana 4 bin liraya sattım.”, “Şu köydeki ya da şu evdeki hayvan, elbise, ev eşyası gibi bütün eşyalarımı 5 bin lira karşılığında sattım.” demesi durumunda ya da varislerden birinin daha taksim edilmeden terikeden kendisine düşen hisseyi satması durumunda müşteri, satış anında satış konusu mallara vakıf olmadığı için akit fâsid olmaktadır. Zira bu satışta, teslimi gereken mebî'e dair aşırı bir bilinmezlik söz konusudur. Bu şekilde belirsizliğin olduğu bir işlemde, teslim ve tesellüm imkânsız hale geleceği için akit fâsid olmaktadır.

Malın ferdan tayin edilmemesinden kaynaklanan anlaşmazlık türlerinden biri de şudur: Satıcı müşterisine, “Sana ev sattım.” dese fakat hangi ev olduğunu belirtmese mebî'e dair aşırı bilinmezlikten dolayı akit fâsid olmaktadır. Çünkü adamın birçok evi olabilir. Ya da malı kendine izafe etmediği, yani mebî'in kendi malı olduğunu belirtmediği için başkasının evini da kastediyor olabilir. Aynı şekilde iki çeşidi bulunan bir buğdayın satışında, satıcının buğdayın kendisine ait olduğunu belirtip satışa sunduğu buğdayın iki buğday türünden hangisi olduğunu belirtmemesi durumunda da akit fâsid olmaktadır. Çünkü böyle bir durumda anlaşmazlık kaçınılmazdır. Ancak satıcı nizayı önlemek için müşteriye tayin muhayyerliği imkânı sunarsa anlaşmazlık önlenmiş olacağı için akit sahihe dönüşmektedir.

Satıcı kıyemî olan iki mala işaret ederek “Şu iki malımdan birisini sattım.” dese fakat müşteriye tayin hakkı vermese akit, mebî'ye dair aşırı bilinmezlik barındırmasından dolayı fâsid olmaktadır.

⁶¹⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/199.

b-) Öne Sürülen Şartın Sebep Olduğu Belirsizlik:

Satıcı; karpuzu tatlı olmak, zeytin veya susamı belli miktar yağ çıkmak, çeltiği belli miktar pirinç çıkmak, kabuklu fındığı belli miktar fındık çıkmak, ineği belli bir miktar et/yağ/süt vermek üzere satarsa akit fâsid olur. Zira bu durumlarda akdin konusu olan mebî‘, fâhiş derecede bilinmezlik barındırmaktadır.

c-) Tayin Edilmeyen Bir Malın İstisna Edilmesinden Kaynaklanan Belirsizlik:

Birçok kıyemî ya da aded-i mütefâvit olan maldan belli olmayan bir bölümünün istisna edilerek satışı fâsiddir. Zira kural olarak mâlum olan bir şeyden meçhul olan bir şeyin istisna edilmesi durumunda geride kalan kısım da meçhul hale gelmektedir. Mesela bir evin satışında, içinden herhangi bir odanın satıştan hariç tutulması veya bir sürünün içinden hangisi olduğu belirtilmeyen üç koyunun hariç tutularak tüm sürünün satılması durumunda mebî‘, nizaya sebep olacak derecede aşırı cehâlet barındırmaktadır. Kıyemî olan malların toplu satışında, malın anlaşılan toplam miktardan az veya çok çıkması durumunda da bu kural geçerlidir. Zira burada toplam miktardan az ya da çok gelen kısmın toplam fiyattaki payı bilinmeyince geri kalan miktar da meçhul olmaktadır. Çünkü fıkıh kuralı olarak vasfın semenden karşılığı bulunmamaktadır. Mesela, 100 adet eliş dantel örtü 5 bin liraya satılsa daha sonra toplam dantel miktarının 95 olduğu anlaşılsa mal kıyemî olduğu için eksik olan 5 örtünün toplam fiyat içerisindeki değeri tespit edilememektedir. Bu kısım bilinmeyince kalan örtü miktarı da meçhul hale gelmektedir. Çünkü meçhul olan bir şeyin istisnası da meçhul kabul edilmektedir.⁶¹⁷

Konu ile ilgili bir diğer örnek şudur: Bir ineğin karnındaki yavrusu hariç tutularak satılması durumunda akit fâsid olmaktadır. Çünkü hayvanın karnındaki yavrunun akdin asıl konusunu teşkil ederek satılması (asaleten) sahih değildir. Dolayısıyla ineğin yavrusu olmadan satışı da sahih değildir. Zira cenin, anneye bitişik olduğu müddetçe hayvanın organları gibidir. Hayvanın başı, ayağı vb. organlarının satışa asaleten konu edilmesi sahih olmadığı gibi asaleten istisnası da

⁶¹⁷ Aynî, *el-Binâye*, 8/41.

sahih değildir. Ayrıca cenin anne karnında iken meçhul bir maldır. Dişi mi, erkek mi, sağ mı, ölü mü, tek mi, çift mi olduğu bilinmemektedir. Müstesna meçhul olunca müstesna minh, yani hayvanın cenin olmadan satışı da meçhul olmaktadır. Ayrıca bu akitte ineğin semeni de meçhuldür. Çünkü ineğin ceninsiz halinin maliyeti takdir edilememektedir. Dolayısıyla ma‘kûdun aleyhin bilinmezliği akdi ifsâd etmektedir. Çünkü bu, nizaya sebep olan bir durumdur.⁶¹⁸

Cehâlet başlığı şu şekilde özetlenebilir: Satış akdi için söylenecek olursa mebî ve semenin mâlum olması gerekmektedir. Bu ikisinden birinde, tarafları nizaya sevk edecek bir bilinmezliğin bulunması durumunda akit fâsid olmaktadır. Eğer bilinmezlik, tarafları nizaya sevk edecek oranda değilse akit sahihtir. Bir akitte cehâletin söz konusu olması insanlar arasında nizaya sebep olmuyorsa onun akdin sıhhat şartını ihlal ettiği hükmüne varılamaz. Zira cehâlet, nizaya sebep olursa akdin hükmü olan teslim ve tesellüm gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla cehâletin varlığına rağmen nizanın söz konusu olmadığı bir akitte teslim ve tesellüm gerçekleşeceği için akit sahih kabul edilmektedir.⁶¹⁹ Bu konunun en yaygın örneği, bir satıcının bir koyun sürüsünden hangi hayvanın satışa konu olduğunu belirtmeden “Bir koyunu sattım.” demesi, alıcının da aynı şekilde hangi hayvanı almak istediğini belirtmeden “Satın aldım.” demesidir.⁶²⁰ Burada, unsurlar arasında zincirleme bir ilişki söz konusudur. Şöyle ki cehâlet nizaya sebep olacağı için akde fâsid hükmü verilmiştir. Zira bu derecede bir cehâletin düzeltilmesi için taraflara bir imkân verilerek hem nizaya düşmeleri hem de akdin geçersiz olması önlenmiş olmaktadır. Bunun sağlanamaması durumunda mahkeme akdi feshetmektedir. Ayrıca bir akdin aşırı cehâlete rağmen varlığına meşru olarak devam etmesi mümkünken nizanın varlığına rağmen yürürlükte kalması ve feshedilmemesi mümkün değildir.⁶²¹

⁶¹⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 19/13.

⁶¹⁹ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 6/598.

⁶²⁰ Kumaş, günümüzde misli mal olarak kabul edildiği için bu örneğin anlaşılması ilk anda insana zor gelebilir. Fakat geçmiş dönemlerde insanlar kumaşı elle dokudukları için ve iki kumaş arasında ciddi farklılıklar olduğu için kıyemi kabul edilmiştir.

⁶²¹ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 6/598.

B. Garar

Haneffî mezhebinde garar, cehâletten farklı bir konumda değerlendirilmiştir. Diğer mezheplerde ise cehâleti de içine alacak bir şekilde, çoğu zaman da bilinmezlik manasında kullanılmıştır. Bu çalışma Haneffî akit sistematigi üzerine yazıldığı için cehâlet ve garar ayrı kategorilerde ele alınmıştır. Çalışmamızda, Türkçe ifade etme noktasında belirsizlik kavramı, cehâlet ve gararı içine alacak şekilde, büyük oranda da meçhul akitleri ifade etmek için kullanılmıştır.⁶²² Bu bağlamda çalışmamızda Haneffî kaynaklarında garar kapsamında değerlendirilen işlemlerde nizanın yerine temas ettik.

Garar ve cehâlet ilişkisine dair üç farklı görüş vardır. Birincisi, “umûm husus mutlak”, ikincisi “umûm husus min vechin”, üçüncü görüş ise cehâlet ve gararın eş anlamlı olduğu yönündedir. Birinci görüşe göre, garar cehâletten daha kapsamlıdır. Her meçhul garardır, fakat her garar meçhul değildir. Bu anlayışta cehâlet de garar kapsamında görülmektedir. İkinci görüş ise garar, elde edilip edilmeyeceği bilinmeyen şey, meçhul ise vasıfları bilinmeyen fakat elde edilip edilmeme hususunda bir belirsizlik olmayan işlemlerdir. Bu görüşü savunan İbrahim Kâfi Dönmez’e göre⁶²³ yalnızca garar içeren bir işlemin yasaklanma gerekçesi kazancın risk üzerinde bina edilmesidir. Sırf cehâlet içeren bir akdin yasaklanma gerekçesi ise bilinmezliğin taraflar arasında çekişmeye yol açma ihtimalidir. Üçüncü görüş ise cehâlet ve gararı eş anlamlı kabul etmektedir.⁶²⁴ Çalışmamızda esas aldığımız görüş, Necmeddin Güney’in de dillendirdiği, cehâletin gararın meydana getirici sebeplerinden biri olmasıdır.⁶²⁵

Garar, hükmü bakımından ikiye ayrılmıştır: Birincisi, akdi bâtil hale getiren garardır. Bu, akdin konusunda asaleten bulunan garar çeşididir. Mesela; hayvanın karnındaki yavrunun satışı, balıkçı ve dalgıcın ağ atması neticesinde

⁶²² Bu farkı ortaya koymak için TDV İslâm Ansiklopedisinde, garar kavramı için *belirsizlik*, cehâlet içinse *bilinmezlik* ifadeleri kullanılmıştır. bk. Dönmez, “Cehâlet”, 7/221; Dönmez, “Garar”, 13/366.

⁶²³ Ayrıntılı bilgi için bk. Dönmez, “Garar”, 13/370-371.

⁶²⁴ Güney, *Garar*, 77-82.

⁶²⁵ Güney, *Garar*, 82.

denizden çıkacak balığın satışı gibi akitler bâtıldır. Bu şekildeki işlemlerde akit in'ikad etmemektedir. İkincisi, akdin mahallinin ferî unsurları olan onun evsaf ve miktarına yönelik belirsizliklerdir. Gararın bu çeşidi akdi ifsâd etmektedir.⁶²⁶ Garar yasağının Kur'ân'daki en kuvvetli dayanağı bâtıl yoldan kazanç sağlamayı yasaklayan âyetlerdir.⁶²⁷ Ayrıca gararın Hz. Peygamber tarafından yasaklandığını ifade eden birçok hadis de bulunmaktadır.⁶²⁸

Garar üç sebepten kaynaklanmaktadır: Meçhul olma, makduru't-teslim olmama ve ma'dûm olma. Özel akitlerde müstakil olarak incelenen ve burada ayrıntısına temas edilmeyecek olan selem ve istisnâ' akdi ile bazısı olgunlaşmış olan meyvelerin satışı ma'dûmun satışı kapsamında olması hasebiyle gararlı satışlardır. Bu işlemlerin kıyasen sahih olmaması gerekmektedir. Fakat toplumda bu işlemlere olan ihtiyacın varlığı, akdi istihşânen sahih kılmıştır. İnsanların bir akde ihtiyaçlarının olması da nizanın çıkmadığının delilidir. Sonradan çıkacak ürünlerin akit anında ma'dûm olması ve miktarlarının bilinmemesi sebebiyle garar söz konusu olması gerekirken insanların bu akde duyduğu ihtiyaç ve pratikte nizasız bir şekilde bu akdi yapmaları hususundaki örfe binaen (teâmülü'n-nâs) çıkmamış ürünlerin satışı çıkmışlara kıyasla sahih görülmüştür.⁶²⁹ Bu görüşteki ilim adamları, Hanefîler'in azınlığını oluşturmaktadır. Serahsî, ma'dûmu mevcut olana itibarla meşru kılma, dolayısıyla böyle bir akdi yapma hususunda bir zaruretin olmadığını, patlıcan gibi sebzelerin köküyle satın alınması, ağaçtaki meyvelerin ise olgunlaşanlarının alınıp kalan kısım hususunda akdin ertelenmesi gerektiğini savunmuştur. Mecelle'nin 207. maddesinde azınlık görüşü⁶³⁰ kanunlaştırılmış ve Darîr de bu görüşü benimsemiştir.

Garar-niza ilişkisine dair şunlar söylenebilir: Nizanın görüldüğü gararlı işlemler büyük oranda; hayvanın memesindeki sütün, sırtındaki yünün satışı gibi

⁶²⁶ Zerkâ, *el-Medhal*, 744, 745.

⁶²⁷ Bakara, 2/182; Nisâ, 4/29, 161; Tevbe, 9/34.

⁶²⁸ Buhârî, "Büyû", 61; Müslim, "Büyû", 40; Nesaî, "Büyû", 27, ", Ebû Dâvûd, "Büyû", 24, 25; Tirmizî, "Büyû", 17.

⁶²⁹ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/7; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *‘Akdü'l-bey’* (Şam: Dârü'l-Kalem, 1433), 27; Güney, *Garar*, 214, 215.

⁶³⁰ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/105.

anlaşmazlığa sebep olabilir.⁶³³ Sütün miktarını tespit etmek için müşterinin sütü sağlamak istemesi ve memede sonradan oluşan sütlerin satışa konu olmasına sebep olacağından satıcının bunu istememesi anlaşmazlığa sebep olmaktadır.⁶³⁴

b-) Hayvanın Sırtındaki Yün ve Sütteki Yağın Satışı:

Hayvanın sırtındaki yün ile sütteki yağın satışı da bu şekildedir. Zira yün, kırılmadan mütekavvim mal kapsamında değildir. Ayrıca hayvanın yünü, sürekli kök kısmından uzadığı için bunun nereden kesileceği konusunda anlaşmazlık çıkabilmektedir. Fakat Ebû Yûsuf gibi bazı Hanefî âlimler, oluşabilecek anlaşmazlıkların önüne geçmek için akit kurulurken akdin akabinde yünün hemen kırılıp müşteriye, meclis içerisinde teslim edilmesi şeklinde bir çözüm yolu üretmiştir.⁶³⁵ Necmeddin Güney'e göre de artık bu şekildeki bir işleme ihtiyaç duyuluyorsa mebî'in mevcut olması sebebiyle bu işlem caizdir. Zira miktar tahmin edilmekte, kırma işlemi bu iş için özel olarak üretilmiş aletlerle belli derinliklerde yapılmakta dolayısıyla da niza muhtemel gözükmemektedir.⁶³⁶ Kanaatimizce de bu konulardaki belirleyici kural olan nizanın önüne geçiliyorsa akdin sahih olduğu söylenebilir. Kâsânî, hayvanın sırtındaki yünün satışının yasak oluşunu, kılın anbean uzaması ve akit anındaki yünlerden sonradan uzayanları ayırmanın imkânsız oluşu ile açıklamıştır. Sonradan uzayanlar ise akit anında ma'dûmdur. Ayrıca, yünü kırmak veya yolmak sûretiyle akde konu olan asıl miktarı çıkarmak mümkün değildir. Başka bir yerde de yasaklanma illetini, yün miktarına dair bilinmezliğin tarafları anlaşmazlığa sürüklemesi olarak belirtmiştir.⁶³⁷

⁶³³ وَلَإِنَّ اللَّبْنَ يَزْدَادُ سَاعَةً فَسَاعَةً وَتِلْكَ الزِّيَادَةُ لَا يَتَنَاوَلُهَا الْبَيْعُ وَاخْتِلَاطُ الْمَيْعِ بِمَا لَيْسَ بِمَيْعٍ مِنْ مَلِكِ الْبَائِعِ عَلَى
مِغْنَانِي، *el-Hidâye*, 2/43; Zeylâî, Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/377;
Tebyînü'l-hakâik, 4/46.

⁶³⁴ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/46; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/192.

⁶³⁵ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/44; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/377, 378.

⁶³⁶ Güney, *Garar*, 177.

⁶³⁷ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâîc*, 6/576, 628.

c-) Hayvanın Belli Miktar Süt Vermesi Şartıyla Yapılan Satışlar:

Hayvanın belli miktarda süt vermesi şartıyla yapılan satışlarda, akdin miktarına dair garar olduğu için akit fâsid olmaktadır. Bu durumda belirtilen miktarın sağılmaması neticesinde müşteri ile satıcı arasında teslim hususunda niza çıkabilir. Hayvanın sütlü olması ya da çok sütlü olması şeklinde yapılan satışlarda ise örfen hayvan söz edilen özelliklerle nitelenmeyecek durumda ise şart koşulan özelliğin bulunmamasından dolayı müşterinin muhayyerlik hakkı söz konusu olmaktadır.⁶³⁸

d-) Şirket Akitlerinden Kâr Olarak Belli Bir Miktarın Şart Olarak Öne Sürülmesi:

Şirket akdinde tarafların şirketin elde edeceği kârın oranlı (müşâ‘) bir hissesini değil de belli miktarını şart koşması durumunda, bu şart garar içerdiği için akit fâsid olmaktadır. Zira şirket, hiç kâr yapmayabileceği gibi kâr, tarafların istediklerinden az da olabilir. Bu durumda taraflardan her biri akit anındaki ifadeye binaen payını almak isteyecek ve taraflar arasında anlaşmazlık çıkacaktır. Çünkü bir tarafın payı şirketin o yılki kârının belki de büyük bir kısmını teşkil edecektir.⁶³⁹ Şirket akdinin farklı bir türü olan müzâraa ve müsâkat akitlerinde de garar içerdiği için tarafların elde edilecek kârdan belli miktar almayı şart koşmaları akdi fâsid hale getirmektedir.⁶⁴⁰

C. Zarar

Fıkıhın en temel gayelerinden biri, taraflar arasındaki anlaşmazlık (anlaşmazlık ve çekişme), düşmanlık (tehâsum) ve zarara sebep olan halleri ortadan kaldırmaktır. Bu amillerden zararın önlenmesi prensibi, fıkıhta önemli bir yer teşkil etmektedir.⁶⁴¹

⁶³⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/192; Zerkâ, *‘Akdü'l-bey’*, 37.

⁶³⁹ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâi’*, 7/505; “Şerikler beyninde taksim olunacak ribhin hisseleri nısıf ve sülûs ve rubu‘ gibi cüz-i şâyi‘ olmak şarttır. Şeriklerden birine ribihten maktû‘an şu kadar kuruş verilmek üzere mukavele olursa, şirket bâtlı olur.” Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 3/374, bk. (Mecelle md. 1337); Zerkâ, *el-Medhal*, 744.

⁶⁴⁰ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâi’*, 8/268; Zerkâ, *el-Medhal*, 746.

⁶⁴¹ “Zarar izâle olunur.” bk. (Mecelle md. 20).

Akitlerde, nizaya sebep olan amillerden biri de akdin konusunun yeterince bilinmemesinden kaynaklanan zarardır. Burada inceleme alanımıza giren, akdi ifsâd eden ve teslimin ancak zararla mümkün olduğu işlemler değil, bilinmezliğin sebep olduğu zararların gözlemlendiği işlemlerdir. Bu işlemlerde zarar, nizaya o da akdin fâsid olmasına sebep olmaktadır.

Nizanın sınırlarından bahsetmek için öncelikle zararın akitlere olan etkisini bilmek gerekmektedir. Zarar, akdi fâsid kılan hususlardandır. Bazı durumlarda da akitteki belirsizliklerin zarara sebep olması dolayısıyla akit fâsid olmaktadır.

Zararın akdi fesâda götürmesinde niza önemli bir yer tutmaktadır. Şöyle ki belirsizlikten kaynaklanan bir anlaşmazlık durumunda, taraflardan birinin kârda, diğerinin zararda olması söz konusudur. Mesela, sürü içerisinde hangisi olduğu belirtilmeyen bir hayvanın satışındaki belirsizlik durumunda; müşterinin tercihi öne çıkarılırsa satıcı, satıcının tercihi öncelik tanınırsa müşteri zararlı çıkacak ve bu durum anlaşmazlığa sebep olacaktır.

Belirsiz hususlar barındıran bir akitte, tarafların zararının olmaması durumunda niza ortaya çıkmamaktadır. Aksine, cehâletin varlığından dolayı akdi fâsid kabul etmek başka bir zarara yol açıyorsa bu durumda bilinmezlik nizaya sebep olmamaktadır. Mesela, hayvan kiralamada hayvanın aynının kiralamaya dâhil edilmemesinde, akdin mahalline dair cehâlet söz konusu olmasına rağmen anlaşmazlığın çıkması söz konusu değildir. Fakat cehâlet prensibinden hareketle akdi geçersiz saymak insanları zarara sokacaktır. Çünkü hayvanın aynının kiralamaya konu olması durumunda, onun yolda ölmesi ile akit iptal olacak ve kiralayan kişinin yeni bir hayvan talep etme imkânı olmayacaktır. Dolayısıyla burada zarûretten dolayı insanlar bu uygulamayı örf haline getirmiş, aksini yaptıkları durumlarda bir zararla karşılaşmışlardır.⁶⁴²

⁶⁴² Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/542.

Akitteki belirsizlikten kaynaklı zararın sebep olduğu bazı anlaşmazlık durumları şöyledir:

a-) Hayvanla Yapılan Yük Taşımacılığında Yüke Dair Belirsizliğin Sebebi Olduğu Zarar:

Taşımacılık için hayvan kiralamada, hayvana yüklenecek yükten kaynaklı zararın anlaşmazlık çıkmaması için yükün mahiyeti ve miktarına dair beyanda bulunulması gerekmektedir. Zira demir ve tuz gibi mallar ile aşırı yüklerin hayvana zararı söz konusudur. Bununla birlikte, zarar noktasında eşdeğer olan yüklerin yüklenmesinde bir beis bulunmamaktadır. Mesela, 50 kilo buğday taşıması için kiralanmış hayvana, buğdayın vereceği zarara yakın olan; mısır, arpa gibi ürünlerin yüklenmesinden dolayı akit fâsid olmamaktadır.⁶⁴³

At kiralama durumunda da ata kimin bineceği, ne kadar yük yükleneceği, hayvanın hangi işlerde çalıştırılacağı ve onla nerelere yolculuk yapılacağı belirtilmemesi durumunda mal sahibinin zararı söz konusudur. Bu durumda kiracı da akit anındaki genel (mutlak) kiralama ifadesini delil göstereceği için taraflar arasında zarardan kaynaklı bir anlaşmazlık durumu çıkacaktır.⁶⁴⁴

b-) Toprağa Ekilecek Olan Ürünün Belirsizliğinden Kaynaklanan Anlaşmazlık:

Müzâraa akdinde, ekilen ürünün türü ve ekim sürecinden ve ürünün toprakta kalmasından kaynaklanan sebeplerle toprak zarar görebileceği gibi değer de kazanabilmektedir. Aynı şekilde, hasat sonrası üründen geride kalan anız örtüsü ve bunun temizlenmesin çiftçiye vereceği zarar, üründen ürüne değişiklik göstermektedir.⁶⁴⁵ Mesela, arpa ve buğdaya göre toprağa daha fazla zararlı olan mısır bitkisi, hasattan sonra geride topraktan temizlenmesi fazladan bir emek gerektiren ve insanın elini kesebilecek bir anız örtüsü bırakmaktadır.⁶⁴⁶ Bu hususun önceden belirlenmemesi, tarafları nizaya sürükleyebilir. Aynı şekilde

⁶⁴³ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/231.

⁶⁴⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/166; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5/115.

⁶⁴⁵ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 8/267.

⁶⁴⁶ Aynî, *el-Binâye*, 10/308.

arazi kiralamada, kiralayan kişinin arazinin üzerine ev yapmak için mi yoksa bir şey ekip dikmek için mi kiraladığını belirtmesi gerekmektedir. Bunu yapmayacaksa tarladan dilediği gibi faydalanma gibi genel bir şart koşmalıdır. Zira bir araziden faydalanmak, üzerine bina ya da tarım yapmaya göre değişmektedir. Dolayısıyla burada “zarar kaynaklı nizaya sevk edici bir cehâlet” söz konusudur. Bütün bunlardan anlaşılan, zararın nizaya sebep olan bir amil olduğudur.⁶⁴⁷

c-) Kiralanan Şeyin Kim Tarafından Kiralandığının Belirtilmemesinden Kaynaklanan Zarar:

Eski zamanlarda insanlar, imkânsızlıklardan dolayı özel günlerde giymek için elbise kiralamaktaydılar. Tüm eşyalarda olduğu gibi elbiselerin bu kullanımdan zarar görmesi, kişiden kişiye değişmektedir. Zira insanların elbise veya hayvan kullanımı farklıdır. Mesela tarlada çalışan birine kiralanan bir elbise ile memura kiralanan bir elbisenin eskime ve yıpranma oranı aynı değildir. Bu zarar ihtimalinden dolayı, elbiseyi kimin giyeceği veya kime giydirileceğinin belirtilmediği bir kiralama, anlaşmazlığa sebep olduğu için fâsid kabul edilmektedir.⁶⁴⁸ Çünkü mal sahibi, elbisesini zayıf kişinin giymesini ve malını muhafaza etmesini arzularken kiralayan kişi ise mal kendisinin olmadığı için elbiseyi vereceği kişilerin onun bedenine uygun olması noktasında bir titizlik göstermeyebilir. Taraflar, kendi haklılıklarını ispat etmek için kiralamanın genel (mutlak) oluşunu öne sürebilir.⁶⁴⁹ Böyle bir durumda, akit anında konuşulan ücret değil, elbisenin piyasadaki rayiç bedeli (ecr-i misil) verilmelidir. Çünkü menfaate fâsid bir akit neticesinde ulaşılmıştır. Yani zararın ne kadar olduğu bilinmemektedir. Bununla birlikte, kiralayan kişinin elbiseyi kendi kullanması (istifâ) daha sonra da akşama kadar giymesi için bir başkasına vermesine mal sahibinin rıza göstermesi durumunda akit sahih kabul edildiği için istihsânen konuşulan fiyatın (ecr-i müsemma) verilmesi gerekmektedir.⁶⁵⁰ Zira kural olarak,

⁶⁴⁷ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/547.

⁶⁴⁸ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/52.

⁶⁴⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/166; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5/115.

⁶⁵⁰ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/48; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/512.

akdin sonundaki tayin, başta yapılan belirleme gibidir. Dolayısıyla geç de olsa akitteki belirsizlik giderilmiştir. Bu şekilde, akdin mahalline dair cehâletin varlığına rağmen mal sahibinin akde onay verdiği işlemlerde, mal telef olsa hatta kişi daha sonra malı başkasının kullanımına verse de akdi kuran kişinin tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere, mal sahibinin ikrarı ile akit sahihe dönüşmüştür. Çünkü sahih bir akitte taksir ve teaddî olmadan tazmin söz konusu olmamaktadır. Bunun aksine, kiralayan kişi dışındaki birinin elbiseyi giymesinden doğan telef durumunda, akdi kuran kişinin tazmin sorumluluğu vardır. Çünkü akit kurulurken elbiseyi giyecek olan kişi, yani kiracı tayin edilmiş, onun elbiseyi başka birine vermesiyle kiracı akdin gereğine uymayarak gâsıp durumuna düşmüş olmaktadır. Dolayısıyla verdiği kişinin bir taksiri olmasa da oluşacak olan zararlardan kiracı mesuldür.⁶⁵¹

Elbiseyi kiralayan kişi, sözleşmede bunu kullanacak kişiye dair bir kayıt koymaması durumunda, (mutlak) dilediği kişiye elbiseyi kiralayabilmektedir. Çünkü bu durumda, mal sahibinin genel bir icazeti söz konusu olduğu için anlaşmazlık çıkmamaktadır.⁶⁵²

d-) Müstakil Olarak Satılamayan Malların Satış Dışı Tutulmasından Kaynaklanan Zarar:

Müstakil olarak satılamayan malların satış dışı tutulması sahih değildir.⁶⁵³ Böyle bir akit fâsid olmaktadır. Bu duruma, anne karnındaki bir hayvanın annesiz ya da annenin yavrusuz satışı, bacak ya da kuyruğun hayvandan hariç tutularak satışı, yüzük veya kılıcın süslemelerinden hariç tutularak satışı ya da süslemelerin kılıçtan müstakil olarak satışı, koyunun başından veya başın koyundan ayrı satışı gibi hususlar örnek olarak verilebilir. Verilen örneklerin ayrı olarak satışlarında o şeyler mebî'nin ayrılmaz parçaları olduğu için mebî'den ayrı satıldıkları için

⁶⁵¹ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/48.

⁶⁵² Merginânî, *el-Hidâye*, 2/231.

⁶⁵³ التابع لا يُفرد بالحكم “Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilmez.” bk. (Mecelle md. 48) Mesela annesinin karnındaki bir hayvan yavrusu ondan hariç satılamaz, annesi satılırken de yavru satıştan hariç tutulamaz.

taraflar arasında zarardan kaynaklanan bir anlaşmazlık çıkmaktadır. Ayrıca istisna edilen kısmın miktarı belli değilse akit cehâletten dolayı fâsid olmaktadır.⁶⁵⁴

e-) Başkasının Evinin Üzerine Atılacak Kata Dair Belirsizliğin Sebep Olduğu Zarar:

Klasik kaynaklarda geçen belirsizliğin sebep olduğu anlaşmazlık türlerinden biri de ev yapmak üzere arazi kiralamak veya üstüne kat atmak için alt katın tablasını kiralamaktır. Hanefî mezhebinde bu işlemler sahih kabul edilmiştir. Ebû Hanîfe ikinci işleme itiraz etmektedir. O'na göre böyle bir akitte havanın kiralanması mevzu bahistir. Hava ise kimsenin mülkü olmadığı için mütekavvim mal sınıfına dâhil değildir. Ayrıca birinci katın üzerine koyulacak katın ağırlığı bilinmediği için bu belirsizlik tarafları anlaşmazlığa sürükleyebilmektedir. Mesela, bu belirsizlikten dolayı alt katın sahibi yeni yapılacak olan katın çok ağır olduğunu iddia edebilir. Zira ağırlığın miktarına göre alt katın tavanının ve duvarlarının göreceği zarar değişmektedir. Kiracı, akitteki belirsizliğe binaen alt katın kaldıramayacağı büyüklükte bir kat atıp alt katın malikini zarara uğratabilir. Kuşkusuz bunlar kerpiç ve yığma tarzı evler için geçerlidir. Günümüzde, imar kanunları çerçevesinde, kat miktarı belli olduktan sonra mühendislik açısından müsait olan bir yapının üzerine çıkılacak kısmın ağırlığının bilinmemesi anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Üzerine bir bina yapmak için arazi kiralama örneğinde ise böyle bir durum yoktur. Çünkü yerin üzerine düşen ağırlığın toprağa bir zararı söz konusu değildir.⁶⁵⁵

D. Fâsid Şartlar

Akdin muktezasından olmayan, akdin muktezasını teyit etmeyen, akdin yapısına uygun (mülâim) olmayan, şeriatın caiz görmediği, hakkında örf bulunmayan, taraflardan birine menfaat sağlayan ve kendisiyle işlem yapmanın sahih olmadığı şartlara fâsid şartlar denir. Bu şartlar, insanlar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Akdin nizayla sonuçlanması nedeniyle de akit

⁶⁵⁴ Mevslî, *el-İhtiyâr*, 2/54; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-fâik*, 3/360; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/216, bk. (Mecelle md. 219)

⁶⁵⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 16/43, 44.

amacını gerçekleştiremez konuma gelmektedir. Zira muâmelât alanında kurallar koymanın amacı, insanlar arasında anlaşmazlığın önüne geçmektir. Neticede akit anlaşmazlıkla sonuçlandığı için fâsid hükmünü almaktadır.⁶⁵⁶

Taraflardan birine menfaat sağlayan ve akdin muktezasından olmayan şartların Hz. Peygamber tarafından yasaklanmasının altında, ribâyâ sebep olması yatmaktadır.⁶⁵⁷ Çünkü bu durumda, taraflardan biri şartın yerine getirilmesini isterken diğer taraf istememektedir. Fâsid şartlı akitlerin yasaklanma gerekçesinin altında yatan bir neden de akitte belirsizliğe sebep olmalarıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, satış akdinin amacı, nizasız bir şekilde mülkiyetin tesis edilmesidir. Ali Haydar Efendi burada zihinlere gelebilecek şöyle bir soru yöneltmektedir:

“Resûlullah (a.s.) şartlı satışı yasaklamışken burada satış akdinin ve şartın muteber kabul edilmesi, örfün nassa tercih edildiği manasına gelmez mi? Oysaki nas, örften güçlü bir delildir. Ayrıca insanların nassı değiştirme yetkileri bulunmamaktadır.”

Ali Haydar Efendi cevaben, Hadis-i şerifte şartlı satışın yasaklanmasında amacın nizanın önüne geçmek olduğunu belirterek böyle bir şartın nizaya sebep olarak akdin gayesinin gerçekleşmesine engel olacağını belirtmektedir. Bununla birlikte örfün nizayı engelleyen bir unsur olduğunu ve bu yönüyle şartın muteber sayılmasının hadisin manasına uygun olduğunu da ifade etmektedir.⁶⁵⁸ Burada örfün anlaşmazlıkların önüne geçerek genel kural dışına çıkmaya imkân veren bir kural olduğu bir kez daha ortaya çıkmıştır.

Fâsid şartlara şu işlemler örnek gösterilebilir: Bir kadının; kızı veya kendisiyle evlenmesi şartıyla evini bir adama satması veya evini, kendisini boşamaması şartıyla kocasına satması, müşterinin; ağaçlardaki meyveyi satıcının toplaması şartıyla satın alması, satıcının malı müşteriye bir ay kadar teslim etmeme şartıyla satması ve hayvanın gebe olması şartıyla satılması durumunda

⁶⁵⁶ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/48, 49; *بِسْمِ اللَّهِ إِلَى الْمَنَازَعَةِ يُحْكَمُ بِفَسَادِهِ* bk. Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/391; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/57; Abdurrahman Haçkalı, “İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”, *Dinî Araştırmalar* 5/13 (2002): 127.

⁶⁵⁷ Tirmizî, “Büyû”, 18; Nesâî, “Büyû”, 73. Hadisin metni şu şekildedir: نَهَى عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ

⁶⁵⁸ Fâsid şartlı satış örnekleri için bk. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/183, 185, bk. (Mecelle md. 188).

akitte söz konusu olan şartlar, tarafları anlaşmazlığa sürükleyerek akdin fâsid olmasına yol açmaktadır.⁶⁵⁹

Taraflardan herhangi birine faydası olmayan fâsid bir şartla yapılan satışta şart yani geçersiz (lağiv), akit ise sahih sayılmaktadır. Mesela bir malı satarken alıcıya malı satmamasını şart koşma durumunda satış sahih olurken şart bâtil kabul edilmektedir.⁶⁶⁰ Zira böyle bir şart, anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Bununla birlikte, satıcının malı verirken belli bir kişiye satmasını şart koşması durumunda akit fâsid olmaktadır. Çünkü bu durumda, taraflardan birine fayda sağlanacağı için anlaşmazlık çıkabilmektedir.⁶⁶¹

Akit anında bilinmeyen ve ileride anlaşmazlığa sebep olacak şartların ileri sürülmesi durumunda akit fâsid olmaktadır.⁶⁶² Mesela, belli miktarda koyun, bir çuval buğday veya hurma ağacı üzerine akit kurulup daha sonra müşterinin bunlardan birini geri vermesi, satıcının da birini geri alması şartıyla satış yapılması durumunda akit fâsid olmaktadır. Zira istisna edilen şey, (müstesna) belirsiz olunca kendisinden istisna yapılan mebi‘ de meçhul olmaktadır. Bu durum da taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Zira söz konusu malların ekonomik değerleri birbirinden farklıdır.⁶⁶³

Örfün anlaşmazlıkların önüne geçip genel kural dışında değerlendirilme imkânı tanıyan hukukî bir mekanizma olduğu bu çalışma boyunca sıklıkla vurgulanmış bir husustur. Yukarıda ifade edildiği üzere, fâsid şartlar akdi amacından çıkarıp nizaya sebep olmaktadır. Fakat akitlerin amacı

⁶⁵⁹ “Akd-i bey’in muktezasından olmayan ve muktezây-ı akdi teyit etmeyen ve mute‘âref ve meşru bulunmyan; fakat âkitlerden birine faydadan bir şarta mukârin olanın bey’i fâsiddir.” bk. Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/24.

⁶⁶⁰ Damad Efendi, *Mecma‘u’l-enhur*, 2/62.

⁶⁶¹ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/50; (وَكَذَا) يَصِحُّ (بِشَرْطٍ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَلَا نَفْعٌ فِيهِ لِأَحَدٍ) مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ وَالْمَبِيعِ قَالَ بَعْتُ هَذِهِ الدَّابَّةَ مِنْكَ عَلَى أَنْ لَا تَبِيعَهَا أَوْ تُسَبِّحَهَا فِي الْمَرْعَى لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ لَا يُوَدِّي إِلَى النَّزَاعِ وَلَا يَحْتَمِلُ الرِّبَا لِعَدَمِ النَّفْعِ الزَّائِدِ فَيَصِحُّ الْعَقْدُ bk. Damad Efendi, *Mecma‘u’l-enhur*, 2/62; “Ehad-i âkideyne fayda ve nef‘i olmayan şartla bey’ sahih olup ancak şart fâsid, lağv ve keenlemeyekündür. Zira bu gibi şartın ehad-i tarafeyne faydası olmadığı cihetle nizaya müeedi olmaz.” bk. Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 1/184.

⁶⁶² Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 129.

⁶⁶³ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/19; Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 129.

anlaşmazlıkların önüne geçmektir. Bununla birlikte, örfe binaen bir şartın koşuluyor olması durumunda akit sahih,⁶⁶⁴ şart da muteber kabul edilmektedir.⁶⁶⁵

Örfe binaen fâsid şartlı bir akdin sahih kabul edilmesine bir başka örnek de şudur: Günümüzde, satılan bir beyaz eşyanın satıcı tarafından eve taşınması ve montajının yapılması, akdin muktezasından olmayan bir husustur. Fakat örfe yapılagelen bir uygulamaya binaen yapılmış bir şartlı satış, istihsânen sahih olduğu için öne sürülen şart da muteber kabul edilmiştir. Dolayısıyla öne sürülen şartın yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu kurala göre, akdin muktezasından olmayan, fakat taraflardan ikisine de yarar sağlayan şartlar, toplum içerisinde biliniyor ve yapılageliyorsa niza söz konusu olmamaktadır. Böyle akitler sahih, şartlar da muteberdir. Zira satış akdinin amacı; nizasız bir şekilde mülkiyeti tesis etmektir. Yani alışverişler nizayı önlemek için konulmuştur. Şartların örf haline gelmesi taraflar arasında anlaşmazlığın ortadan kalktığını göstermektedir.⁶⁶⁶

E. Takdirin Kişilere Bırakılması (Sübjektif Belirleme)

Hanefî akit teorisinde, fiyatın takdirinin müşteriye, taraflardan birine, takdir edici kişilere veya hâkime bırakılması sahih değildir. Zira bu durum, tarafların rızasına zarar vermekte, neticede taraflar arasında anlaşmazlıklar çıkmaktadır.⁶⁶⁷ Çünkü böyle sübjektif belirlemenin olduğu bir ortamda, taraflardan her biri kendi menfaatine uygun bir bedel belirlemek istemektedir. Diğer bir husus ise satıcı, fiyat belirleme işini havale ettiği müşterinin ya da başka bir kişinin hangi miktarı belirleyeceğini bilemediği için semen meçhul kalmaktadır. Mesela, bir satış akdinde, “Bu malı kıymetine sattım.” demek,

⁶⁶⁴ “Müteârif olan şart muktezây-ı akitten olmasa bile bu gibi şartla dahi bey’ istihsânen caiz ve şart muteber addolunmuştur. ...Şart müteârif olunca tarafeynce bâ’is-i niza olmaz. O şart ifâ edilir. Bey’den maksûd olan temellük bilâ niza hâsıl olur.” bk. Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 1/183, bk. (Mecelle md. 188, 36, 37, 83); Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 128.

⁶⁶⁵ بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة، والعرف يُنفي النزاع ولأنه يقع بسببه المنازعة bk. Bâbertî, *el-Înâye*, 5/215.

⁶⁶⁶ “...Bey’den maksûd olan temellük bilâ niza hâsıl olur.” Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 1/183, bk. (Mecelle md. 188); Abdurrahman Haçkalı, *İslâm Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar* (Yüksek Lisans Tezi, 19 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995), 59.

⁶⁶⁷ Zeylâî, *Tebyînü’l-hakâik*, 3/316.

taraflar arasında anlaşmazlığa sebebiyet vermektedir. Zira kıymeti belirlemek, onu takdir eden kişilere göre değişiklik gösterdiği için semen meçhul kalmaktadır. Çünkü kıymet, akit anında değil, daha sonra takdir edicilerin belirlediği bir şeydir.⁶⁶⁸

Takdirin kişilere bırakılmasının örneklerinden biri de mudârebe akdinde sermayenin kıymetî ticaret mallarından oluşması durumudur. Hanefî mezhebine göre, bu işlemde nizaya sebep olacak hususlar olduğu için akit fâsittir. Çünkü kâr paylaşımı, sermayeye göre değişmektedir. Sermaye de ticaret mallarından oluştuğu için onun miktarı, takdir eden kişilere göre değişmektedir.⁶⁶⁹

Takdirin kişilere bırakılmasının sebep olduğu anlaşmazlık türlerinden biri de müzâraa akdinde; hasat sonucu ortaya çıkacak ürünün paylaşımında, hisselerin belirlenmeyip kişilere bırakılması durumudur. Böyle bir belirsizlik durumunda, hissenin paylaşımında taraflardan her biri üründen daha fazla pay almak isteyeceği için anlaşmazlık çıkacaktır.⁶⁷⁰

İstirsâl akdi, her ne kadar aldatma özelliği üstünse de bir anlamda takdirin satıcıya bırakıldığı bir işlemdir. İstirsâl, satıcıya teslim olma, ona güvenme manasına gelmektedir.⁶⁷¹ Bu akitte müşteri ya da satıcı, yapacağı hukukî işlemde malın kıymeti hakkında bilgisi olmadığını belirtip karşı tarafın samimiyetine güvenerek malı, diğer insanlara sattığı fiyata satmasını veya diğer insanlardan satın aldığı fiyata almasını söylemektedir. Müşteriden, malı kıymetine satma teklifi geldikten sonra satıcının kıymetinin üzerinde bir fiyata malı satması, bir istirsâl akdi olup İslâm hukukunda haram kabul edilmiştir.⁶⁷²

Batı hukukunda, her ne kadar mahallin belli olması yönünde kurallar olsa da İslam hukukundaki kadar anlaşmazlığı önlemeye yönelik tedbirler

⁶⁶⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 8/7.

⁶⁶⁹ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 8/12.

⁶⁷⁰ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 8/268.

⁶⁷¹ Mûsa b. Ahmed el-Haccâvî, *el-İknâc fi'l-fikhi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel*, (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, t.y.), 2/91; Muhammed Revvâs Kal'acî, *Mu'cemu lugeti'l-fukahâ*, (Ürdün: Dârü'n-nefâis, 1988/1408), 1/61; Ali Kumaş, *İslâm Borçlar Hukukunda Gabin*, (Rize: STS Yay., 2016), 85.

⁶⁷² Kumaş, *Gabin*, 85.

bulunmamaktadır. Çünkü Batı⁶⁷³ ve Türk hukukunda, semenin takdirinin; taraflardan birine veya üçüncü bir şahsa bırakılması mümkündür. Bu durumda, takdir yetkisi kendisine bırakılan kişinin bunu hakkaniyet ve adalet ölçüsü içerisinde kullanması gerekmektedir. Aksi durumda hâkim, takdir yetkisini elinden alıp kendisi kullanmaktadır. Takdir yetkisinin taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakılması durumunda da bu kişinin yetkisini diğer tarafın özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlamaması ve belirlemenin hakkaniyete uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir. Bu yetkiyi hakkaniyete uygun olarak kullanmayan yahut bu yetkinin kullanılmasını savsaklayıp sürüncemede bırakan kişinin belirleme yetkisi mahkemeye geçmektedir.⁶⁷⁴ Bununla birlikte, semenin taraflardan birine veya üçüncü bir şahsın keyfi takdirine bırakılmasının sözleşmenin kurulmasına mani olacağını savunan Türk hukukçular da bulunmaktadır. Onlara göre böyle bir sözleşmede ahlaka aykırılık söz konusudur.⁶⁷⁵ Fakat bu ölçüler oldukça sübjektif durmakta ve İslâm hukuku zaviyesinden bakıldığında anlaşmazlıklara kapı aralamaktadır.

F. Piyasa Değeri ve Mahallin Birimleri Arasında Farklılığın Olması

Satış akdinde ürünler, birimleri arasında tarafları nizaya sevk edecek ciddi farklılıklar olup olmasına göre; adediyyât-ı mütefâvite ve adediyyât-ı mütekâribe şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrımın belirlenmesinde niza kıstası esas alınmıştır. Satış akdine konu olan bir malın bu şekilde bir tasnife tabi tutulması, cehâletin nizaya sevk edip etmemesine göre yapılmıştır. Şöyle ki bir satıcının “Şu yığından bir ölçek buğdayı sana sattım.” demesi durumunda, “yığından bir ölçek buğday” ifadesi cehâlet barındırmakta, fakat bu bilinmezlik tarafları nizaya sevk etmemektedir. Çünkü bir yığın buğdayın herhangi bir

⁶⁷³ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, 3/73.

⁶⁷⁴ İpek İşleten, *Sözleşme Boşluklarının Doldurulması*, 32; Eren, *Özel Hükümler*, 36; Kocaağa, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, 83.

⁶⁷⁵ Aral-Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 68, 69; Nomer, “Sözleşmede Esaslı Bir Nokta”, 2067; Haluk Nami Nomer-Baki İlkay Engin, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 3. bs. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, t.y.), 56.

yerinden alınan bir ölçeğin içindeki buğdaylar, birbirine benzer olup aralarında ciddi farklılıklar yoktur. Dolayısıyla burada her ne kadar fâhiş bilinmezliğin olduğu zannedilse de buğdayın birimleri arasındaki farklılık anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Buna karşın bir satıcı, “Şu sürüden bir koyunu sana sattım.” demesi durumunda, görünüşte diğer örnekteki cehâletin bir benzeri söz konusu olsa da koyun, adediyyât-ı mütefâviteden olduğu için her hayvan diğerinden şekil ve kilo olarak ciddi farklılıklara sahiptir. Dolayısıyla buradaki cehâlet, nizaya sebep olmaktadır.⁶⁷⁶

Adediyyât-ı mütekârîbe, bir kısmının görülmesi, kalan kısım ile ilgili nizaya sebebiyet vermeyeceği için müşterinin muhayyerliğini kaldırırken adediyyât-ı mütefâvitelerde kişinin gördüğü kısım, görmediğiyle alakalı bir fikir vermeyeceği için onun muhayyerlik hakkı saklı kalmaktadır. Zira müşteri görmediği kısımdaki ürüne razı olmayabilir.⁶⁷⁷ Bu minvalde, bir müşteri adediyyât-ı mütefâvite mallardan olan karpuz veya narın belli bir miktarından belli sayıda satın alsa daha sonra da toplam karpuz miktarının söylenenden daha çok olduğunu anlasa akit fâsid olmaktadır. Çünkü müşteri malı, belirtilen sayı içerisinde seçmiştir. Dolayısıyla karpuzların bir kısmına muttali olamamıştır. Bu da akdin mahallinde nizaya sebep olan bir bilinmezliktir.⁶⁷⁸

Mahallin birimleri arasındaki farklılığın nizaya etkisine başka bir örnek şudur: “5 kilo iri Sinop kestanesi” denilerek satışa sunulan bir ürünün satın alındıktan sonra aynı cins olmakla birlikte, ebatlarının birebir aynı olmaması örfen anlaşmazlık sebebi olmadığı için akit sahih kabul edilmiştir. Zira İslâm hukukuna göre ceviz veya kestane, birimleri arasında ciddi farklılıklar olan ürünlerden değildir. Buna karşın karpuz ve nar satışında aynı husus, anlaşmazlığa sebep olacağı için akit fâsid olmaktadır.⁶⁷⁹ Zira karpuz ve nar meyvelerinin birimleri arasındaki farklılık, ürünlerin piyasa değerine ve lezzetine etki yapmaktadır.

⁶⁷⁶ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi*°, 6/604.

⁶⁷⁷ Semerkandî, *Tuhfetü’l-fukaha*, 2/86.

⁶⁷⁸ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi*°, 6/601.

⁶⁷⁹ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi*°, 7/127.

Kural olarak, birimleri arasındaki ciddi farklılıktan dolayı, zirâ ile ölçülen ve adediyyât-ı mütefâvite kapsamında olan malların selem akdine konu olması sahih değildir. Bununla birlikte Hanefî mezhebinde bu işlemler, insanların ihtiyaçları dikkate alınarak istihsânen sahih kabul etmiştir. Burada aşırı cehâlet barındıran ve kıyemî kabul edilen kumaşın zirâları ya da günümüz ifadesiyle metreleri arasındaki farklılık; kumaşın cinsi, vasfı, sıfatı, eni, boyu ve genişliği belirtilerek anlaşmazlığa mahal bırakmayacak bir düzeye indirilir. Çünkü bu derece tavsif edilen bir kumaş, mislî mal gibi piyasa değeri sabit bir ürün haline gelmektedir. Buna karşın ipek gibi ağırlığı, kumaşının fiyatının etkileyen bir mal; cinsi, vasfı, türü, eni, boyu ve genişliği belirtilmekle kumaştaki fâhiş bilinmezlik durumu ortadan kalkmamaktadır. Çünkü bu şartları taşıyan aynı iki ipek kumaştan bir tanesinin ağırlığının daha fazla olması durumunda ağır olanın piyasa değeri daha yüksek olacaktır. Dolayısıyla piyasa değerindeki farklılık, insanları anlaşmazlığa sevk edecektir. Çünkü terzi, siparişte verilen elbiseyi daha hafif bir ipek ile dikmek isterken müşteri de elbisesindeki ipeğin ağır olmasını isteyecektir. Bu husus, günümüzdeki birçok işlemle kıyaslanabilir. Mesela, bütün evsafi belirtilen bir gümüş yüzük siparişi verilirken gümüşün ağırlığı fiyatını etkileyeceği için bu hususun belirtilmesi lazımdır.

Cinsleri arasında büyük farklılıklar olan kıyemî malların (ayn) paylaşımında Ebû Hanîfe, İmâmeyn'in aksine akdi sahih görmezken menfaatlerinin paylaşımını sahih kabul etmiştir. Çünkü ayınların, mesela iki farklı evin; bulunduğu mevki ve evin hangi kalitede donatıldığına göre fiyatları farklıdır. Ayrıca bunların takdiri kişilere göre değişmekte, bu da anlaşmazlığa sebep olmaktadır.⁶⁸⁰

Bir malın borç olarak verilmesinde, iade olarak mislinin alınması karz akdinin mahiyetini oluşturmaktadır. Zira mislî malların birimleri arasında değer ve fiyat farkına yol açacak bir farklılık bulunmamaktadır.⁶⁸¹ Bu bağlamda, mislî mal kapsamındaki; keylî, veznî ve adediyyât-ı mütekârîbe malların karz akdine

⁶⁸⁰ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 9/172.

⁶⁸¹ Hacı Yunus Apaydın, "Karz", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2001), 24/522.

konu olması sahihtir. Buna karşın, zirâ ile ölçülen ve kıyemî malların borca konu olması durumunda, taraflar arasında anlaşmazlık çıkmaktadır. Çünkü îfâ zamanı gelince bu malların aynı ya da mislini ödemek mümkün değildir. Kıymetleri de takdir eden kişilere göre değişmektedir. Bu kuralla amel eden Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf, ekmeğin borç alınmasını sahih görmemiştir. Zira ekmekler; ağırlık, pişkinlik, büyüklük-küçüklük açısından birbirlerinden farklıdır. Bu da selem akdinde olduğu gibi anlaşmazlığa sebep olmaktadır. İmam Muhammed ise insanların bu husustaki örfünü dikkate alarak ekmeğin adedî olarak borç verilmesini sahih görmüştür.⁶⁸² Günümüz şartlarında mislî olduğu için ekmeklerin borç olarak verilmesi tüm Hanefî imamlarına göre sahih kabul edilmektedir. Çünkü artık ekmekler gramaj ile satılmaktadır. Bunun dışındaki diğer husustaki farklar, asgariye indirilmiştir ki bu da anlaşmazlığın çıkmasına engel olmaktadır.

Kıyemî mallarda cehâlet içeren hususlar beyan edilerek bilinmezliğin giderilmesi mümkündür. Buna karşılık bazı mallar, ana cehâlet sebepleri olan cins, nev'î, vasıf ve miktara yönelik beyanlara karşın hala meçhul kalabilmektedir. Böylece nizanın önüne geçilememektedir. Bunlara fıkıhta, vASFedilerek anlaşılması mümkün olmayan şeyler denir.⁶⁸³ Keylî ve veznî mallar bu türdendir. Buna karşın, vASFetmekle geride yalnızca birimleri arasında nizaya sevk etmeyecek derecede az bilinmezlikler kalan akitlere, anlaşılması vASFetmekle mümkün olan akitler denmektedir.⁶⁸⁴ Burada mahallin vasfı ve miktarı vASFetmekle anlaşılmaktadır. Adedıyyât-ı mütefâvite mallar da vASFetmekle karşı tarafa anlatılamayan mallar kapsamındadır. Hayvanlar, hayvan derileri ve uzuvları ile yakut, inci, karpuz, nar, acur gibi ürünler buna örnek verilebilir. Bu ürünlerin birimleri arasında ciddi farklılıklar olduğu için bunların vASFedilmekle tam olarak kavranması mümkün değildir. Dolayısıyla İmam Şâfiî'nin görüşünün aksine, selem akdine konu olması durumunda hayvanların; cins, vasıf, tür, miktar ve yaş gibi hususlarının belirtilmesinden sonra bile nizaya sebep olabilecek hususları olabilir. Zira develerin kendi içinde birçok türü olup bu husus, onların

⁶⁸² Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 10/596.

⁶⁸³ Bu tabirin teknik ifadesi şu şekildedir: *Lâ yümkinu zabtuha bi'l-vasf*.

⁶⁸⁴ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/127, 128.

maliyetlerinin de farklı olmasına sebep olmaktadır.⁶⁸⁵ Burada cins, tür, vasıf ve miktar gibi unsurlarla cehâlet giderilmeye çalışılsa bile nizanın önüne geçilemediği için akit, fâsit olmaktadır.

IV. NİZANIN OLUŞUMUNA ENGEL OLAN SEBEPLER

İslâm hukukunda, nizanın oluşmasına engel olmak için genel manada cehâlet ve garar içeren işlemler yasaklanmış, özel manada ise her akdin yapısına göre anlaşmazlığa sebep olabilecek durumlar tespit edilmiştir. Bundan dolayı, hukuki işlemleri kendi yapısı açısından önemli olan hususlarının nizaya sebebiyet vermeyecek şekilde açıkça beyan edilmesi gerekmektedir.

Muâmelât alanındaki genel kural, akdin gereklerine (muktezasına) ve genel teamüllere uygun şekilde oluşturulmasıdır. Bununla birlikte bazı durumlarda, akitlerin genel kuralla ters olmakla birlikte sahîh kabul edildiği görülmektedir. Pek çok akdin genel kuralla çatışmasına rağmen meşru kabul edilmesi, ihtiyaç ve meşakkat gerekçelerine dayanılarak yapılan istihsân ilkesine dayanmaktadır. Çünkü bu ilkeler, anlaşmazlıkların oluşmasına mani olmaktadır. Nitekim mâlî akitlerin meşru kılınış gayesi, insanların zarûret, ihtiyaç ve güzelleştirme (tahsinî) türünden olan maslahatlarını gidermek için muhtaç oldukları şeylere, gerek para gerekse mal vesilesiyle sahip olmalarını sağlamaktır. Satış, kira ve sipariş akdi gibi işlemler bu şekildedir.⁶⁸⁶

Hanefî mezhebinde, nizaya sebep olacak hususlar olmasına rağmen akitlerde anlaşmazlığın çıkmaması, istihsân kavramıyla açıklanmıştır. Bu anlamda çalışmamızda, Hanefî fıkıh usulünün fûrûa yansımalarının belirgin bir şekilde istihsân kavramı üzerinden gözlemlenebildiğini söylemek gerekmektedir. Nizanın geçtiği pek çok yerde istihsân kavramına rastlanılması da bunun bir sonucudur.

Hanefî fıkıh literatüründe, genel kural dışında olup istihsân yöntemine dayanılarak meşru kabul edilen işlemlerin dayanak noktaları şunlardır:

⁶⁸⁵ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi*, 7/128, 129.

⁶⁸⁶ Haçkalı, *Maslahat Nazariyesi*, 213.

A. Zaruret ve Hâcet

İhtiyaç, kişinin yasak olan şeyi yapmaması durumunda, helak olmamakla birlikte sıkıntı ve meşakkate düşeceği şeydir.⁶⁸⁷ İhtiyaç prensibi, tüm İslâm hukukçularının üzerinde ittifak ettiği bir ilkedir.⁶⁸⁸ İhtiyaçlar; toplumun tamamını ilgilendirdiği gibi insanların bir bölümünü, bir bölge insanını, bir meslek gurubunu veya birbirleriyle irtibatlı olmayan kişileri de ilgilendirebilir. Toplumun tamamını ilgilendirenlere umumi ihtiyaçlar, diğerlerine hususi ihtiyaçlar denir. Bunların hepsi zaruret kapsamında değerlendirilmektedir.⁶⁸⁹

Hanefî fıkıh usulünde ihtiyaç kavramı, genel kural dışına çıkabilmek için bir gerekçe (vechü'l-istihsân) olarak ele alınmıştır. Zaruret ilkesi diğer mezheplerce de delil kabul edilmiştir. Bu bağlamda, İbn Rüşd (ö. 595/1198), müessir olmayan, yani akde olumsuz etkisi olmayan bilinmezliği; “az garar”, yahut “çok olmasına rağmen zaruretin gerektirdiği bilinmezlik” şeklinde tanımlamıştır.⁶⁹⁰ Nevevî, hadiste yasaklanan gararın kendisinden sakınmanın mümkün olduğu garar olduğunu ve insanların ihtiyaç duyduğu ve kendisinden sakınmanın mümkün olmadığı satışların icmâ ile sahih olduğunu belirtmiştir. Mesela, büyüklüğü bilinmeden evin odalarının satışı; gebe hayvanın karnındaki yavrunun dişi mi, erkek mi, kusurlu mu, sağlam mı, tek mi, ikiz mi olduğu bilinmeden satışı ve sağılan bir koyunun satışı bunlara örnek gösterilebilir.⁶⁹¹

Zaruretin akitlerin üzerinde yaptığı etki şöyle izah edilebilir. Bir akitte cehâlet ve cehâlet kaynaklı olmasına rağmen akdin sahih kalması için insanların böyle bir işleme ihtiyaç duymaları gerekmektedir. Eğer bir akde ihtiyaç var ve insanları bu akitten menetmek, dinin muteber saydığı maslahatlardan birinin yokluğu sebebiyle, onları büyük bir meşakkate sevk ediyorsa akitte fâhiş cehâlet

⁶⁸⁷ bk. الحاجة أن يصل المرء إلى حالة بحيث لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة ولا كنه لا يهلك Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr es-Suyûtî, *el-Eşbah ve'n-nezâir* (Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-ilmîyye, 1483), 85.

⁶⁸⁸ Darîr, *el-Garar*, 600.

⁶⁸⁹ “Hâcet umûmî olsun hususî olsun zarûret menzilesine tenzîl olunur.” Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/58, bk. (Mecelle md. 32); Darîr, *el-Garar*, 605.

⁶⁹⁰ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 584.

⁶⁹¹ Nevevî, *el-Mecmûc*, 9/258.

olsa da bu işlem sahih kabul edilmektedir. Çünkü akitlerin tamamı, insanların ona olan ihtiyaçlarından dolayı meşru kılınmıştır. Bu bağlamda, istisnâ‘, selem ve kira akitleri ihtiyaç kapsamında sahih kabul edilen akitlerin tipik örnekleridir.

İslâm hukukuna göre, mevcut olmayan bir şeyin satışı yasaklanmıştır. Söz gelimi selem akdinde, normal şartlarda mebî‘ ortada yoktur. Buna karşın, selem yapmaya olan ihtiyaç, nizayı önleyici bazı tedbirlerin alınması şartıyla akdi sahih hale getirmiş, bu vesileyle meşru bir finansman yöntemi de sağlanmıştır. Zira tarla sahiplerinin, ürününü ekip hasat edeceği süreçte masraflarını karşılayacak para veya borç alacak birini bulamaması böyle bir işleme ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Aksi durumda tarlayı işleyip gelir elde etme maslahatı ortadan kalkacak ve başka bir meşakkat ortaya çıkacaktır.⁶⁹²

Darîr ve sonrasında yapılan pek çok fıkıh çalışmasında, cehâletin fâhiş derecede olup akdi ifsâd etmemesi, ihtiyaç ilkesi ile açıklansa da esasında burada belirleyici olan nizadır. Çünkü bir akde insanların ihtiyaç duyması, o işlemin toplumda yaygınlık kazanmasından dolayı insanların anlaşmazlığa düşmediği manasına gelmektedir.

İhtiyaç kuralı dikkate alınarak genel kural (kıyas) dışına çıkılmanın meşru olduğu işlemler şu şekildedir:

a. Tayin muhayyerliğinde, mebî‘ meçhul olmasına rağmen, insanların mal ve fiyat araştırması noktasında sorup soruşturma ihtiyacını giderdiği için bu işlem genel kuralın aksine sahih görülmüştür. Bu işlemdeki belirsiz olan hususların taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmamasının altında, ihtiyaç kavramı yattığı görülmektedir. Aynı şekilde fıkıh kaynaklarında, bey‘u’l-vefânın sahih kılınmasına, Buhâra ahalisinde borçlu insan sayısının çok olması, yani bu işleme olan hususi ihtiyaç gerekçe gösterilmiştir.⁶⁹³

b. İcâre akdi Hanefî mezhebinde, akdin mahallinin henüz ortada olmayıp fâhiş derecede cehâlet içermesine rağmen ihtiyaç ilkesine dayanılarak meşru kabul edilmiştir.⁶⁹⁴ Müzâraa akdinin İmâmeyn’e göre sahih oluşu da ihtiyaca

⁶⁹² Darîr, *el-Garar*, 601.

⁶⁹³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/58.

⁶⁹⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 15/140.

binaendir. Zira mal sahibi, tarlasını işleme gücüne sahip olmayabileceği gibi tarlayı işleyen kişi de tarlaya ve onu işleyecek araç ve gerece sahip olmayabilir. Bu husus, meçhul ve ma'dûm bir ücret karşılığında bir kiralama sözleşmesi olsa da akde duyulan ihtiyaç, insanları böyle bir işlem yapmaya mecbur kılmıştır.⁶⁹⁵ Cuâle ve havâle gibi akitler de genel kuralın aksine meşru kılınmıştır. Zira bu akitlerde, henüz ortada olmayan bir menfaat, cehâlet ve borcun borçla satımı söz konusudur. Fakat bu işlemlere olan genel ihtiyaç, bunların sahih kabul edilmesine sebep olmuştur. Çünkü fıkıh kuralı olarak, ihtiyaçlar genel bir durum arz ettiğinde zarûret seviyesinde kabul edilmektedir.⁶⁹⁶

İhtiyaç ilkesine dayanılarak cehâlet ya da gararın akdi ifsâd etmemesi için şu şartlar gerekmektedir:

a-) Mevcut Akit Dışında; Meşakkat, Garar ve Cehâlet İçermeyen Alternatif Başka Bir Akdin Yapılamaması:

Buna ihtiyacın taayyün etmesi denir. Mesela sütanne kiralamada annenin ne kadar sütünün olacağı cehâlet-i fâhişe kapsamına girmektedir. Fakat akde olan genel ihtiyacın olması ve alternatif başka bir işlemin olmaması bu bilinmezliğin göz ardı edilmesini sağlamıştır. Buna karşın, süt içmek için inek kiralamak fâsiddir. Zira hayvanın sütünün ne kadar olduğu ve kişinin ne kadar süt içeceği fâhiş derecede belirsizlik içermektedir. Bu da nizaya sebep olmaktadır. Burada ihtiyaç ilkesinin dikkate alınmama nedeni, insanların süte olan ihtiyaçlarının başka meşru bir yolla giderilebilir olmasıdır. O da sütün sağılarak satılmasıdır.

Fıkıhî ihtilafların arka planında bu ilkenin olduğu hususlardan birisi de efrâd-ı mütelâhikanın⁶⁹⁷ satışlarıdır. Kural olarak akdin mahalli; ma'dûm ve meçhul olan henüz olgunlaşmamış, karpuz ve patlıcan gibi efrâd-ı mütelâhika kapsamındaki ürünlerin satışını sahih görenler, insanların bu akde olan ihtiyaçlarını, dolayısıyla bu işlemi yapmaktan dolayı bir anlaşmazlığa

⁶⁹⁵ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/75.

⁶⁹⁶ Suyûtî, *el-Eşbah ve'n-nezâir*, 88.

⁶⁹⁷ Efrâd-ı mütelâhika; bir kısmı olgunlaştığı halde diğer kısımları olgunlaşmayan hatta henüz çiçek haline bile gelmeyen ürünlerin olgunlaşanlar ile birlikte satılmasıdır. bk. İsmail Bilgili, "İslâm Hukukunda Ma'dumun Satışı", 8 (2006): 211-238.

düşmemelerini öne sürmüşlerdir. Ürünlerin olgunlaştıkça peyderpey toplanarak (lükdaten lükdaten) satışının çözüm olarak öne sürülmesi, insanlar arasında anlaşmazlığa ve meşakkate sebep olmaktadır. Zira mal sahibi her istediğinde müşteri bulup ürününü satma imkânı bulamayabilir. İbn Teymiyye (ö. 728/1328) de bu hususta aynı bakış açısından hareket etmektedir. Ona göre, bu işlem meşakkati, nizayı ve malın zayi olmasını önlemek için yapılması gereken bir işlemdir. Aksi durumda taraflar arasında anlaşmazlık, haksız mal kaybı, meşakkat ve zarar gibi sonuçlar ortaya çıkacaktır. Çünkü olgunlaşma kıstası, kişiden kişiye değişen bir şey olduğu için müşteri bir sebze almaya isterken satıcı henüz tam olgunlaşmadığı için onu almasını istemeyecek ve aralarında anlaşmazlık çıkacaktır.⁶⁹⁸ Akdin sahih olmadığını öne sürenlerse böyle bir zaruretin ve ihtiyacın olmadığını ve ürünlerin olgunlaştıkça satışının yapılmasının mümkün olduğunu ifade etmişlerdir.⁶⁹⁹

b-) İhtiyaç İlkesinin İhtiyaç Durumuna Göre Dikkate Alınması

İhtiyaca binaen cehâletin akdi etkilememesi için koşulan şartlardan bir diğeri ve önemli bir fıkıh kuralı olan, ihtiyacın kendi miktarınca takdir edilmesidir. Mesela Hanefî mezhebinde tayin muhayyerliği, ihtiyaca binaen; iyi-orta-kötü vasıflarda olmak üzere, üç eşya ile sınırlı olmak şartıyla, genel kuralın aksine sabit olmuştur.⁷⁰⁰ Aynı şekilde Ebû Hanîfe'ye göre şart muhayyerliğinin üç günle sınırlı olmasının sebebi, malla ilgili araştırma ve gabnin önüne geçmek için bunun yeterli olması, fazlasına ise ihtiyacın olmamasıdır. Zira günle ilgili bir sınırlandırma yapılmadığı takdirde günlerin sonu gelmemektedir.⁷⁰¹

⁶⁹⁸ Ebü'l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm İbn Teymiyye, *Nazariyetü'l-akd*, thk. Muhammed Nasirüddîn el-Elbânî, b.y., y.y., 1386, 233; Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr İbn Kayyım, *İ'lâmü'l-muvakkîn 'an rabbi'l-âlemîn* (Suudî Arabistan: Dâru İbni'l-Cevzî, 1423), 3/212.

⁶⁹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/197; Darîr, *el-Garar*, 397, 605.

⁷⁰⁰ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 6/599; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/51, "Zarûretler kendi miktarlarınca takdir olunur." bk. (Mecelle md. 22)

⁷⁰¹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/25.

B. Örf

Buraya kadar ele alınan konularda, örfün anlaşmazlıkların önüne geçmedeki rolüne değinilse de ayrı bir başlık altında, örfün anlaşmazlıkları önlemedeki rolüne değinmede fayda görülmüştür. Bazı durumlarda, insanların yaptıkları hukukî sözleşmelerde, cehâlet ve cehâlet kaynaklı garar bulunmasına rağmen akdin fesâda uğramadığı gözlenmektedir. Böyle durumlarda anlaşmazlıkları ortadan kaldıran mekanizmalar devreye girmektedir. Kuşkusuz bunlardan en önemlisi örftür. Hanefi mezhebinde örfün, özellikle muamelât alanındaki akitlerin hukukî sonuçlarına önemli etkisi vardır.⁷⁰² Çünkü çoğu durumda örfün varlığı, o konuda kuralın varlığı ile aynı manaya gelmektedir.⁷⁰³ Mecelle'nin bazı maddelerinde de örfün hüküm üzerindeki etkisi kurallaştırılmıştır.⁷⁰⁴ Bunun bir sonucu olarak pek çok işlemde örf, genel kuralın önüne geçmiştir.⁷⁰⁵ Meginânî, örfün kaynak değerini bir hadisle temellendirerek Müslümanların bir işi güzel görmesi, o fiilin Allah katında güzel olduğuna delil sayarak ifade etmiştir.⁷⁰⁶

Örf, anlaşmazlıkların önüne geçip akdin sıhhatini belirlemede önemli bir yere sahiptir. İbn Âbidîn, “Örf, nizaları ortadan kaldırır.” ifadesiyle bunu açıkça dillendirmiştir.⁷⁰⁷ Hanefî fıkıh kitaplarında cehâlet ve cehâlet kaynaklı gibi konuların işlendiği yerlere bakıldığı zaman, cehâletin varlığına rağmen akdin örfe dayanılarak istihşânen sahih kabul edildiği görülmektedir.⁷⁰⁸ İbn Nüceym'in aktardığına göre de örf bir şeyin bilinmezliğine rağmen ona müsaade ediyorsa

⁷⁰² “Âdet muhakkemdir.” bk. (Mecelle md. 36).

⁷⁰³ لَأَنَّ الْمَعْلُومَ بِالْعُرْفِ كَالْمَعْلُومِ بِالنَّصْرِ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ فِيهِ تَصْحِيحٌ تَصَرُّفِهِ bk. Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/5.

⁷⁰⁴ “Âdet muhakkemdir.” bk. (Mecelle md. 36); “Âdeten mümteni‘ olan şey hakikaten mümteni‘ gibidir.” bk. (Mecelle md. 38); “Örf ile ta‘yin nas ile ta‘yin gibidir.” bk. (Mecelle md. 45).

⁷⁰⁵ Bu ifade literatürde; العُرف قاضٍ على القياس şeklinde karşılık bulmaktadır.

⁷⁰⁶ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/234; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/52.

⁷⁰⁷ Bâbertî, *el-İnâye*, 5/244; فَإِنْ قُلْتَ إِذَا لَمْ يَفْسُدِ الشَّرْطُ الْمُتَعَارَفُ الْعَقْدُ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْعُرْفُ قَاضِيًا عَلَى الْحَدِيثِ. قُلْتُ لَيْسَ بِقَاضٍ عَلَيْهِ بَلْ عَلَى الْقِيَاسِ. لِأَنَّ الْحَدِيثَ مَعْلُولٌ بِوُقُوعِ النَّزَاعِ الْمُخْرَجِ لِلْعَقْدِ عَنِ الْمَقْصُودِ بِهِ وَهُوَ قَطْعُ الْمُنَازَعَةِ وَالْعُرْفُ يَنْفِي النَّزَاعَ فَكَانَ مُوَافِقًا لِمَعْنَى الْحَدِيثِ وَلَمْ يَبْقَ مِنَ الْمَوَانِعِ إِلَّا الْقِيَاسُ وَالْعُرْفُ قَاضٍ عَلَيْهِ bk. İbn Âbidîn, *Mecmu'âtü resâil-i İbn Âbidîn*, 2/121.

⁷⁰⁸ Darîr, *el-Garar*, 609, 610.

akdin sıhhati buradaki belirsizlikten etkilenmemekte ve bu bilinmezlik cehâlet-i yesîre kabul edilmektedir.⁷⁰⁹ Çünkü bir şeyde örfün cari olması, insanların bu şekilde cehâlet içeren işlemleri toplumda anlaşmazlığa düşmeden yaptıkları manasına gelmektedir. Bu da işin mahiyetinin niza kuralına varacağı anlamına gelmektedir.

Akitlerde cehâlete rağmen nizanın çıkmamasında örf ve istihsân gibi ilkeler etkili olsa da Darîr, bunların ihtiyaç ilkesi olmadan düşünülmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Zira insanların bir muâmeleyi örf haline getirip yapagelmeleri için o akde ihtiyaç duymaları gerekmektedir. Yani bir işlem örf haline gelmişse bu durum, toplumda o akde ihtiyaç duyulduğunun göstergesidir. Hacet umûmî veya husûsî olduğu gibi teâmül de husûsî veya umûmî olmaktadır. Burada önce, ihtiyaç hâsıl olmakta sonra, uygulama topluma yerleşip örf haline gelmektedir. Bir hususta örfün cari olup orada ihtiyacın söz konusu olmaması mümkün değildir.⁷¹⁰ Bazı Hanefî âlimlerinin konuyla ilgili değerlendirmelerine bakıldığında Darîr'in tespitinin yerinde olduğu görülecektir. Mesela Kâsânî, icâre akdi ve tayin muhayyerliğinin genel kuralın aksine sahih oluşunu, insanların bu akde olan ihtiyaçlarından dolayı işlemin örf haline gelmiş olmasıyla izah etmiştir.⁷¹¹ Buna karşın, meyvelerin olgunlaşmasını beklemek ve elbise kurutmak için ağaçları kiralamak şeklinde bir kiralama akdi örfte karşılığı olmadığı için bu işlemler bâtıldır.⁷¹² Burada dikkat çeken nokta, her ne kadar ihtiyaç, örften önce gelse de bir hususta sadece ihtiyacın oluşup insanların o hususta bir örfünün oluşmadığı durumlarda genel kural dışına çıkılamayacağıdır. Çünkü ihtiyacın genel bir hale gelmesiyle örf de genel bir hal almaktadır. Okumak için kitap kiralamak, elbise asmak için askı kiralamak gibi işlemlerde her ne kadar bazılarının böyle bir akde ihtiyaç duymaları söz konusu olsa da genel anlamda insanların böyle bir ihtiyacı olmadığı için bu kiralama sahih değildir.⁷¹³ Bu da

⁷⁰⁹ İbn Nüceym, *el-Bahrü 'r-râ'ik*, 5/295.

⁷¹⁰ Darîr, *el-Garar*, 610.

⁷¹¹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 6/599.

⁷¹² İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/103.

⁷¹³ Darîr, *el-Garar*, 611.

cehâletin varlığına rağmen nizanın çıkmaması için genel bir ihtiyacın oluşup bu ihtiyaç doğrultusunda genel bir örfün meydana gelmesi gerektirmektedir.

Örfe dayanılarak genel kuralın aksine sahih kabul edilen işlemler şunlardır:

a-) Satış Akdi:

Satış işlemlerinde örfün genel kural dışına çıkılmasına imkân verdiği durumlar şu şekildedir:

1-) Satın Alınan Meyvelerin Tam Olgunlaşması İçin Ağaçta Bırakılması:

Meyvelerin belli bir büyüklüğe erişmekle birlikte tam olgunlaşmaması durumunda, olgunlaşması için az bir süre ağaçta kalmasını şart koşturmak İmam Muhammed'e göre sahihtir. Zira burada meyvenin ağaçta kalacağı süreyle ilgili bilinmezlik az ve böyle bir şartı koşturmak konusunda toplumun örfü olduğu için akit istihsânen sahih kabul edilmiştir.⁷¹⁴ Burada da örf dikkate alınarak istihsân yapıldığı görülmektedir.

2-) Hacmi Belirsiz Olan Kaplarla Yapılan Satış:

Hacmi bilinmeyen ve piyasada yaygın kullanımı olmayan bir ölçü birimi ile satış yapılırken eğer ölçü birimi olan şey; kırba, poşet, çuval gibi esneyen ve içine konuluş şekline göre aldığı şeyin miktarı değişen bir şeyse akit fâsid olmaktadır. Zira müşteri çuvalın iyice açılmadığını ve daha az ürün aldığını satıcı da aksini iddia edeceği için taraflar arasında anlaşmazlık çıkmaktadır. Geçmişte kullanılan kırbalarla su satışı da bu kapsama girmesine rağmen bu konuda örfün bulunması, nizanın çıkmasına mani olmuş ve akit sahih kabul edilmiştir.⁷¹⁵ Günümüzde de göz kararı olarak satılan; külâhla dondurma satışı, lokantalarda kepçe ile çorba satışı gibi hususlarda meb'î'nin miktarına dair belirsizlik söz konusudur. Bununla birlikte bu şeylerin satışında toplumda yerleşik bir örfün varlığı, nizanın çıkmasına engel olmaktadır.

⁷¹⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/196.

⁷¹⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/215, bk. (Mecelle md. 218).

3-) Semen'in Bilinmemesi:

Semen'in belirsizliği, taraflar arasında anlaşmazlığın yaşanabileceği en önemli husustur. Durum böyle olmakla birlikte, semen'in konuşulmayıp bu husustaki belirsizliği örfün giderdiği hususlar bulunmaktadır. Mesela bir kişinin bir duvar ustası tutup ücreti konuşmayıp “200 tuğla ve 10 çuval çimentoluk malzemeden duvar yapmanı istiyorum.” demesi durumunda, kurala göre böyle bir kiralama işleminin fâsid olması gerekmektedir. Çünkü icâre akdinde ma'kûdun aleyh, tuğla ve kireç değil, yapılacak olan iş tir. İş in ücreti de metrekareye göre değişmektedir. Hatta eski zamanlarda duvarın alt tarafı, üst tarafına göre daha kolay örüldüğü için bu hususun belirsiz oluşu da nizaya sebep olmaktaydı. Dolayısıyla duvarın eni boyu belirtilmediğı için ma'kûdun aleyh olan menfaat ve ustanın ücreti belirsizdir. Zira günümüzde olduğu gibi, duvar örme tarzı işçiliklerde ücret metrekareden hesaplanmaktadır. Duvarın metrekaresinin bilinmemesi, ücretin de bilinmemesini gerektirmektedir. Bu da iki taraf arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Durum böyle olmasına rağmen işveren kişinin ustanın ücretini bulmaya yardımcı olması halinde, anlaşmazlık ortadan kalkacağı için akit, örfe binaen istihsânen sahih kabul edilmiştir. Zira örfen bahsedilen miktarda malzemeden kaç metrekare duvar örüleceğı bilinmektedir.⁷¹⁶

4-) Semen'in Mutlak Olarak Zikredilmesi:

Farklı para birimlerinin yaygınlıkta olduğu bir bölgede, semen'in mutlak olarak zikredilmesi durumunda, akdin bedeline dair fâhiş bilinmezlik söz konusudur. Zira taraflardan her biri kendi menfaatine uygun olan para birimiyle alış veriş yapmak istemektedir. Bununla birlikte mutlak ifade, o bölgede insanlar arasında bilinen ve yaygın olarak kullanılan para birimine hamledilerek anlaşmazlığın önüne geçilmektedir. Bu da örfün anlaşmazlıkları önlemede nasıl etkin bir rol oynadığının göstermektedir.

5-) İfâ Zamanının Bilinmemesi:

Kural olarak hukukî işlemlerde teslim vaktinin belirtilmiş olması lazımdır. Bununla birlikte, bu konudaki genel kural dışına çıkılmayı gerektiren güçlü bir

⁷¹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 16/50; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/486.

delil varsa istihsân yoluna gidilir. Mesela, bir bölgede ekim işlemine farklı tarihlerde başlanmaması durumunda, müzâraa akdinin vaktini tayin etmeye gerek yoktur. Çünkü burada akdin süresi, akit kurulduğu andan ilk ürünün çıkıp tamamen hasadın bitişine kadar olan süredir. Yani burada taraflar arasında nizanın çıkması söz konusu değildir. Taraflar arasında bir anlaşmazlık söz konusu olmayınca o bölgede bu, örf haline gelmiş olmaktadır.⁷¹⁷

Satış akdinde vadeye dair az bilinmezliklerin fâhiş bilinmezlikler gibi akdi ifsâd ettiği, zira bu durumun nizaya sebep olduğu ifade edilmişti. Buna karşın, müsâmahalı akit örneği olan kefâlet akdinde nizaya sebep olmadığı için yesîr bilinmezliklerin akdin sıhhatine bir zararı yoktur. Bu iki akit arasındaki fark şudur: Kefâlet akdi örfe bağlı olarak sahih olduğu için bu akitteki örfî uygulamalar da meşru kabul edilmiştir. Nitekim kefâlet akdinin süresini “Nevruz günü”, “harman zamanı” ya da “hasat zamanı” şeklinde tayin etmek, satış akdinin aksine akdin sıhhatine zarar vermemektedir. Çünkü bu uygulama, insanlar arasında yapılageldiği için örf halini almıştır. Bir uygulamada örfün cari olması da orada anlaşmazlığın çıkmadığı sonucuna bizi götürmektedir. Bundan dolayı satış akdinde anlaşmazlık sebebi olan bir hususun örfün varlığından hareketle kefâlet akdinde nizaya sebep olmamasının gerekçesi budur.⁷¹⁸

b-) İstisna Akdi:

İstisnâ‘ akdi, ma‘dûmun satışı kapsamında değerlendirildiği için kural olarak bu işlemin sahih olmaması gerekmektedir. Buna karşın Hz. Peygamber zamanından beri bu hususta örfün oluşmasına binaen akit istihsânen sahih kabul edilmiştir.⁷¹⁹

⁷¹⁷ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 3/268.

⁷¹⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 7/391.

⁷¹⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/355.

c-) İcâre Akdi:

İcâre akdinde örfün anlaşmazlıkların önüne geçtiği işlemler şu şekildedir:

1-) Hamamda Yıkanma:

Kural olarak icâre akdi kapsamındaki bu işlemin sahih olmaması gerekmektedir. Çünkü bu işlemde; yıkanma ücreti, kullanılacak su miktarı ve hamamda kalma süresi bilinmemektedir.⁷²⁰ Bununla birlikte, Resûlullah'ın Cuhfe hamamında gittiği yönünde nas ve hamama gitme konusunda örf, işlemde bazı belirsiz hususlar olmasına rağmen akdin sahih kabul edilmesini sağlamıştır. Müslümanların bir işi güzel görmesi, o fiilin Allah katında güzel olduğuna işaret etmektedir. Bu bağlamda kadınlar ve erkeklere yönelik hamam inşa etmek de ihtiyaca binaen sahih kabul edilmiştir.⁷²¹

Su ve hamamda kalma miktarının bilinmemesi de örfle belirlenir. Bunun mümkün olmaması durumunda da zarûret ilkesi gereğince amel edilir. Zira akitlerden cehâleti tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir. Bu, insanların kendi aralarındaki işlemlerini yapmada büyük güçlükler sebep olmaktadır. Neticede insanların günlük hayatlarında bu tarz işlemlere ihtiyaçları vardır. Bu zarûretten dolayı, akitlerden ayrılması güç olan az bilinmezlikler hususunda istihsâna uyarak daha esnek davranılma yoluna gidilmiştir.⁷²²

2-) Sütanne Tutma:

Sütanneye verilecek olan ücretin belirsizliğinden kaynaklanan anlaşmazlığın nizaya sebep olmamasında da örf belirleyicidir. Ebû Hanîfe'ye göre sütanneye verilecek ücretin bilinmeyip takdirinin örfe göre belirlenmesi⁷²³ taraflar arasında anlaşmazlığa sebebiyet vermediği için akdi ifsâd etmemektedir. Aynı bakış açısıyla bu ücret mukabilinde sütannenin çocuğu emzirmesinin yanında; onun bakımı, yeme içmesi, tedavi amaçlı vücuduna krem vs. sürülmesi, elbiselerinin yıkanması gibi şeyleri yapmakla sorumlu olup olmaması

⁷²⁰ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/542; Merginânî, *el-Hidâye*, 2/234.

⁷²¹ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/234; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/52.

⁷²² Şâtübî, *el-İ'tisâm*, 2/645.

⁷²³ Bu ifade klasik kaynaklarda "bi'l-ma'rûf" şeklinde geçmektedir.

hususundaki belirsizlik normal şartlarda akdi ifsâd etmektedir. Bununla birlikte, örf, bu hususlardan kaynaklanan anlaşmazlıkların önüne geçiyorsa akit sahih kalmaktadır. Şöyle ki çocuğun çamaşırlarının yıkanması, yemeğinin verilmesi, vücuduna koruyucu veya tedavi amaçlı krem sürülmesi gibi hususlar bir bölgede örf olup anlaşmazlığa sebep olmazken Burhâneddîn el-Buhârî'nin yaşadığı coğrafyada, çocuğa yemek verilmesi ve onun için faydalı olacak tıbbî bakımlarının yapılması çocuğun ailesinin sorumluluğunda olan şeylerdir. Sütanne bu işleri ancak hibe kabilinden yapabilir. Tüm bu hususlarda belirleyici olan öftür. Çünkü bunlar, süt emzirmeyle bağlantılı işlerdendir.⁷²⁴

3-) *Ev Kiralama:*

Örfün anlaşmazlıkları çözmedeki rolünün icâre akdindeki bir diğer örneği şudur: Bir kişi, ev kiralama durumunda evin ne için kiraladığını belirtmesine gerek yoktur. Çünkü örf, bu husustaki belirsizliğin anlaşmazlığa varmasına engel olacaktır. Zira örfte ev ve dükkân kiralamanın amacı barınmadır.⁷²⁵

4-) *İşçi Tutma:*

Örfün anlaşmazlıkların önüne geçmesine dair başka bir örnek de tedavi amacı için krem sürme sözleşmesidir. Şöyle ki bir kişinin, “Sana yarım gram (bir dânik)⁷²⁶ krem süreyim.” deyip süreceği kremin kalınlığını belirtmemesi durumunda akit sahihtir. Zira örfen bir insanın vücuduna tedavi amaçlı olarak ne kadar krem sürülebileceği az çok bellidir. İnsan bedenleri arasındaki farklılık anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Örf (teâmülü'n-nâs), bu işlemdeki bilinmezliğe itibar etmemeyi gerektirmiştir.⁷²⁷ Bu durum, günümüzde bir boyacının 3+1 evi, mesela üç kutu duvar boyası ile boyamak istemesine benzemektedir. Bu boya

⁷²⁴ Burhâneddîn el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/445.

⁷²⁵ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/230.

⁷²⁶ Dânik/Dânek ç. Devânik: Bir ölçü birimi olup bir dirhemin altıda birine, yaklaşık yarım grama karşılık gelmektedir. (0,496 gr.) Konu eczacılıkla ilgili olduğu için bu tabirin İslâm tıp tarihinde eczacılıkta kullanıldığına temas etmek gerekir. Buna göre eczacılığa bir dânik, 0,53 gram ya da başka bir hesaplama göre 0,18 gramdır. Ayrıntılı bilgi için bk. Cengiz Kallek, “Dânek”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1993), 8/458.

⁷²⁷ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 5/542.

miktarı o büyüklükteki bir ev için yeterli olacağı için taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkmamaktadır.

Eni, boyu ve yüksekliği belirtilmeden bir mezar kazma işi için işçi tutma örneğinde de aynı durum söz konusudur. Kıyasen bu akdin fâsid olması gerekmektedir. Fakat Serahsî burada akdin istihsânen sahih olduğunu ifade etmiştir. Çünkü bir kabrin ortalama hangi ölçülerde olacağı örfen bilinen bir husustur.⁷²⁸

d-) *Selem:*

Örfün anlaşmazlıkların önüne geçtiği akit örneklerinden biri de selemidir. Mesela, cevizin selem akdine konu olması durumunda, bunların ebatlarının bilinmemesi ve bazılarının küçük, bazılarının büyük olması anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Çünkü cevizler arasındaki farklılık, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olacak derecede değildir. Buna karşın karpuz ve narın birimleri arasındaki farklılık, nizaya sebep olacak derecededir.⁷²⁹ Bu ürünlerdeki farklılığı ve anlaşmazlığın sınırını belirleyen örfdür. Bu da nizayı belirleyen en güçlü delilin örf olduğunu desteklemektedir. Bundan hareketle, geçmişte niza sebebi olan bir unsurun artık günümüzde bu özelliğini kabul ettiği durumlarda akdin sıhhatine karar vermede örfün belirleyiciliği göz önünde bulundurulmalıdır.

e-) *Fâsid Şartlı Akitler:*

Fâsid şartlar, akdi amacından çıkarıp anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Örf ise nizayı önlemektedir. Dolayısıyla örfte var olan bir şart dolayısıyla akit fâsid olmayacağı gibi şart da muteber kabul edilmektedir.⁷³⁰ Bunun için koşulan şart yerine getirilir. Dolayısıyla örf haline gelmiş bir şartla yapılan satışta, satışın amacı olan nizasız bir şekilde mülkiyetin nakli gerçekleşmiş olmaktadır.⁷³¹ Zira

⁷²⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/49.

⁷²⁹ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/127.

⁷³⁰ بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف يُنفى النزاع ولأنه يقع بسببه المنازعة bk. Bâbertî, *el-Înâye*, 5/215.

⁷³¹ “Müteârif olan şart muktezây-ı akitten olmasa bile bu gibi şartla dahi bey° istihsânen caiz ve şart muteber addolunmuştur...Şart müteârif olunca tarafeynce bâ°is-i niza olmaz. O şart îfâ edilir. Bey°den maksûd olan temellük bilâ niza hâsıl olur.” Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/183, bk. (Mecelle md. 188 Ayrıca bk. 36, 37, 83); Haçkalı, “Akit Serbestisi”, 128.

Hız. Peygamber'in şartlı satışları yasaklamasındaki maksat, insanlar arasındaki anlaşmazlık ve çekişmeleri önlemektedir. Örf de bu maksadı temin ettiğine göre, örfte binaen şartlı satış yapmak, nassın hükmüne muhalif değil; nizamı önlediği için bilakis nassı destekleyen bir husustur.⁷³²

f-) Mehir:

Örfün varlığına binaen belirsizliklerin anlaşmazlığıa varmadığı hususlardan biri de mehir konusudur. Nikâh akdinde mehr-i mislîn ve onun altındaki bilinmezliklerin akdin sıhhatini etkilemeyeceğine temas edilmişti. Burada, icmâ ile sabit olan mehr-i misil uygulamasına bir kıyaslama söz konusudur. Mesela, vasıf ve miktarına dair bilinmezlik barındıran bir hayvanı mehir olarak gösterip evlenen bir kişi, eşine bu hayvan türünden ortalama bir tanesini verme yahut hayvanın bedelini ödeme hususunda muhayyer olmaktadır. Mehir olarak bir hizmetçi ve elbise dolabının (beyt) belirlenmesi durumunda da mehre dair bir cehâlet söz konusudur. Zira *beyt* ifadesi şehirde; "evin döşenmesi" manasına gelirken çölde; "kıl çadır" anlamına gelmektedir.⁷³³ Fakat buradaki bilinmezlik örf vesilesiyle giderilmektedir. Çünkü herkes bu ifadelere bulunduğu yere göre anlam vermektedir.

Örfün akitlerde anlaşmazlıkların önüne geçmesine temas edildikten sonra, tek başına örfün varlığının anlaşmazlığın önün geçmede yeterli olmayacağını belirtmek gerekmektedir. Burada esas olan niza kuralıdır. Örfün varlığı nizanın çıkmadığını göstermektedir. Örfte rağmen anlaşmazlıklar devam ediyorsa örf değil, niza esas alınmaktadır. şu örnek, bunun net bir göstergesidir: Hz. Peygamber zamanında tarla sahipleriyle tarlayı işleyenler arasında müzâraa anlaşması yapılmaktaydı. Buna göre tarla sahipleri dere kenarlarındaki ya da ırmaklarla sulanan yerlerdeki ürünün kendisine ait olmasını şart koşmaktaydı.

⁷³² bk. Bâbertî, *el-İnâye*, 5/244; فإن قلت إذا لم يفسد الشرط المتعارف العقد يلزم أن يكون العرف قاضيا على الحديث قلت ليس بقاض عليه بل على القياس لأن الحديث معلولٌ بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث ولم يبق من الموانع إلا لأن الحديث معلولٌ bk. İbn Âbidîn, *Mecmu'âtü resâil-i İbn Âbidîn*, 2/121. والعرف قاض عليه "بوقوع النزاع" ifadesiyle, hadisteki şartlı satış yasağının illetinin niza olduğu açıkça görölmektedir.

⁷³³ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 3/505.

Böyle bir işlemde, tarlayı işleyen hissesi meçhul kalmaktadır. Çünkü dere kenarlarındaki ürünlerde verim yüksek olmakta, tarlayı işleyen ürünleri kurak bölgede kaldığı için telef olmaktadır. Bu şekildeki işlemlerden dolayı insanlar anlaşmazlığa düşünce durumu Hz. Peygamber'e (a.s.) arz ettiler. Hz. Peygamber (a.s.) da bu şartlarda tarla kiralamayı yasaklamıştır.⁷³⁴ Görüldüğü gibi böyle bir işlem, toplum içerisinde örf haline gelmiş olmasına rağmen Efendimiz tarafından yasaklamıştır.

C. Meşakkat

Kur'ân-ı Kerîm'de de geçen zorluğun kaldırılmasına dair âyetler⁷³⁵ ve Peygamberimiz'in "Din, kolaylıktır."⁷³⁶ şeklindeki hadisi, İslâm'ın hükümlerinin kullara zorluk getirmediğini içermektedir. Meşakkat ilkesi, ibadetlerde etkili olduğu gibi muâmelat alanında, özellikle satış akdindeki bilinmezlikler hususunda da belirleyici bir rol üstlenmektedir. Bu konuya temas eden Şâfiî fakihî İz b. Abdisselâm (ö. 660/1262), meşakkatin etkili olduğu gararlı satışları üç kısımda ele almıştır. Bunlardan ilki, garardan kaçınmanın meşakkat gerektirdiği satışlardır. Mesela; karpuz, fındık, fıstık, yumurta, nar ve içini göstermeyen kaplarda bulunan sıvıların satışında bu ürünlerin satın alınmadan içlerinin bütünüyle görülmesi imkânsızdır. Aynı şekilde ev satışlarında, temel gibi toprak altında kalan bölümlerinin görülmesi aşırı meşakkat gerektiren bir durumdur. Bu işlemlerdeki belirsizliği ortadan kaldırmak ayrıca bir meşakkat gerektirdiği için şeriat bunları dikkate almamıştır. Bu akitlerde, müşterinin gördüğü kısma razı olması yeterli olup görmediği kısımlarda rızası aranmamaktadır. İkinci gruptaki, iki köleden birinin satışı ve meyvelerin olgunlaşmadan satışındaki bilinmezlik gibi belirsizliklerden sakınmak kolaydır. Böyle bilinmezlikler bulunan akitler sahih değildir. Üçüncü gruba ise kayıp bir malın satışı, ceviz ve bademin kabuklu olarak

⁷³⁴ Müslim, "Büyû", 116; Ebû Dâvûd, "Büyû", 30.

⁷³⁵ Âyetlerin metinleri şu şekildedir:

وما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ bk. Hac, 22/78.

يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ bk. el-Bakara, 2/185.

مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ bk. el-Mâide, 5/6.

⁷³⁶ Buhârî, "İmân", 29.

satışı, misk geyiğinin⁷³⁷ kesesi içerisinde miskin satışı, sütün hayvanın memesindeyken satışı, buğdayın başağındaiken satışı örnek gösterilebilir. Bu işlemler, orta sınıfta yer alırlar. Bunlardan meşakkati fazla olanların bilinmezliği mazur görülmüşken meşakkati az olanların bilinmezliği dikkate alınmamıştır. Mesela taze baklanın yeşil kabuğu ile birlikte satışı, duyulan ciddi ihtiyaç (mesîsü'l-hâce) ve yasaklanmasının zorluğa sebep olması gerekçeleriyle sahih görülmüşken taze cevizin yeşil kabuğu içinde satışı ise çok bilinmezlik söz konusu olması ve yeşil kabuğu olmadan satışı ciddi sıkıntı oluşturmayacağı için sahih görülmemiştir.⁷³⁸

Nevevî, kendisine ihtiyaç duyulan ve akitteki garardan kaçınmanın mümkün olmadığı akitlerdeki bilinmezliklerin icmâ ile geçerli olduğunu ifade etmiştir. Mesela evin satışında temelinin bilinmemesi akdin mahalline dair bir bilinmezliktir. Fakat temele bakılması mümkün olmadığı için akit sahihtir. Burada meşakkat ilkesi ile izah edilmeye çalışılan husus, temel hususunda niza ilkesi ile izah edilebilir. Çünkü evin satışında, temelinin müşteri tarafından görülmemesi insanlar arasında anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Gebe hayvanın satışı ve memesindeki süt miktarı bilinmeyen hayvanın satışı da bu şekildedir. Gebe hayvanın doğuracağı yavrunun nasıl ve kaç tane olacağı, cinsiyetinin ne olacağı; satılan hayvanın memesindeki sütün miktarı meçhul olup⁷³⁹ bunların tespiti büyük bir zorluk gerektirdiği, hatta imkânsız olduğu ve insanların bu akitlere ihtiyacı olduğu için bir anlaşmazlık söz konusu olmamaktadır. Yani akde olan ihtiyaç ve bilinmezliğin giderilmesinin meşakkat gerektirmesi nizanın oluşmasını önlemektedir. Suyûtî (ö. 911/1505) ise meşakkatin kolaylaştırmayı beraberinde

⁷³⁷ Misk, misk geyiğinin “Moschidae” kesesinden kaşık gibi bir alet yardımıyla çıkarılabilen bir kokudur. فَارِ الْمِسْكِ ifadesi misk faresi değil, misk geyiğinin kesesi için kullanılan bir kelimedir. Misk keseden çıkarılmasıyla ilgili şu belgesel izlenebilir. “وثائقي- كيفية أخذ عطر المسك من الغزال”.

⁷³⁸ İzzüddîn Ebû Muhammed Abdülazîz b. Abdisselâm İbn Abdisselâm, *Kavâ'idü'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm*, thk. Nezih Kemâl Hammâd ve Osmân Cum'a Dâmiriyye (Şam: Dâru'l-Kalem, 1421), 2/15, 16, 300; Güney, *Garar*, 262, 263.

⁷³⁹ Nevevî, *el-Mecmûc*, 9/258; Güney, *Garar*, 263.

getirdiği yönündeki külli kuralını⁷⁴⁰ açıkladığı yerde, ibadetlerde olduğu gibi muamelâtta da bilinmezlik içeren bazı satış akitlerinin bu ilkeye göre sahih kabul edildiğini ifade etmiştir. Ona göre; nar, yumurta ve selem satışı, yığından buğday satışında yığının görünen kısmına bakmakla yetinilip tüm buğdaya bakılmaması, muhayyerliklerin sahih kılınması, ayıp durumunda malın iade edilebilmesi gibi durumlar bu kabildendir.⁷⁴¹

D. Beyan

Akitlerde nizaya sebep olan hususların ortadan kaldırılması için akdin konusun; cins, tür, miktar ve vasıfla ilgili bilinmezliklerden dolayı fâsid olmasından sonra, bu belirsizliklerin giderilmesiyle akit sahih hale gelir. Bununla birlikte cehâlet ve cehâlet kaynaklı bu beyan türlerinden hangisinde tarafları nizaya sevk edeceği akit türlerine göre değişiklik göstermektedir. Beyanla ilgili alt başlıklar çalışmanın ilgili yerlerinde işlendiği için burada ayrıntıya yer verilmeyecektir.

Akitlerin mahallerindeki cehâleti kaldırmak için mutlak manada cins, tür, vasıf, miktar ve akdin özelliğine göre önemli olan diğer hususların beyanı her akit için şart değildir. Akde konu olan şey, mesela at, kendi içerisinde farklı tür ve vasıflara sahipse o zaman bu hususların beyan edilmesi lazımdır. Bununla birlikte normal şartlarda, akitlerde nizaya sebep olan cehâleti gidermek için mahallin cinsi, nev'i, vasfı ve miktarına dair bilinmezlikler beyan edilerek akdin sıhhati tesis edilebilir. Fakat bunların beyanı eğer nizayı izale etmiyorsa akit hala fâsid demektir. Dolayısıyla tüm bu açıklamaların gayesi nizayı ortadan kaldırmaktır. Niza, bu beyanlara ek olarak başka bir hususun da belirtilmesi ile kalkacaksa o husus temin edilir. Mesela; cinsi, vasfı nev'i, eni, boyu, genişliği belirtilen bir ipek kumaştan elbise diktirilmesinde, elbisede kullanılacak ipeğin ağırlığı değer farkına yol açıyorsa nizaya sebep olacağı için bu hususun da netleştirilmesi gerekmektedir. Fakat kumaşın ağırlığı önemli değilse o halde yukarıda sayılan

⁷⁴⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/46, 47.

⁷⁴¹ Suyûtî, *el-Eşbah ve'n-nezâir*, 79.

beyan çeşitleri ile akit sahih hale gelir. Çünkü bu durumda niza çıkmamış olmaktadır.⁷⁴²

Mebî‘in bilinir kılınması için şu hususların yapılması gerekmektedir: Mebî‘ meclis içerisinde değilse onun mâlum kılınması onu diğer mallardan ayıracak özelliklerini (hal ve evsaf) belirtmekle gerçekleşir. Bu da malın cinsini, miktara dair bir husussa (mukadderât) miktar ve vasfını, akar ise sınırı ve özel yerini belirtmekle gerçekleşir. Mebî‘ meclis içerisinde olup müşteri de bunu görüyorsa bu durumda mala işaret etmek onu bilinir kılmak için yeterlidir.⁷⁴³ Satış akdindeyse miktarın bilinmesi bizatihi değil, akdin mahallini fesâddan korumak için şart koşulmuştur. Burada bilinmesi gerekli olan miktar ise keylî, veznî ve adediyyât-ı mütekâribelerdir.⁷⁴⁴

Zirâ ile satılan kumaş gibi malların selem akdine konu olmaları durumunda; kaç zirâ olduğu, vasfı ve ne tarz bir işçilikle üretildiği beyan edilmelidir. Buna karşın hayvan etinin selem akdine konu olması durumunda, İmâmeyn hayvanın cinsinin, nev‘inin, yaşının, etin hangi bölgeden kesileceğinin, kalitesinin ve miktarının belirtilmesi ile nizanın önüne geçilebileceğini ifade etmiştir. Mesela, hayvan “kısır, iki yaşını doldurmuş, iyi bir hayvan” şeklinde tarif edilmelidir. Köy buğdayının selem akdine konu olması durumunda; cinsi, nev‘i, vasfı, miktarı ve teslimatın süresi beyan edilmelidir.⁷⁴⁵ Görüldüğü gibi akdin karakterine göre nizaya sebep olabilecek hususlar değişiklik göstermektedir. Bu hususlar beyan edilerek anlaşmazlıkların çıkması önlenmeye çalışılmaktadır.

Nizayı önleyen beyan çeşitlerinden biri de malın tam olarak bulunduğu yerin beyan edilmesidir. Bu anlamda müşteri malın cinsini beyan ederek mesela, “Şu sandığımda veya şu odamdaki bütün elbiselerimi sattım.” demesi durumunda akit sahihtir. “Bu köyde olan; un, arpa ve kumaştan ibaret olan malların tamamını şu kadara sattım.” ya da “Şu avlulu evde (dâr) olan; un, arpa ve kumaştan oluşan olan malların tamamını şu kadara sattım.” demesi durumunda satış akdi fâsid

⁷⁴² Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 7/128.

⁷⁴³ Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/30.

⁷⁴⁴ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 7/126.

⁷⁴⁵ Zeylâî, *Tebyînü’l-hakâik*, 4/112, 113, 114, 115.

olmaktadır. Çünkü köy ve dâr sınırları çok geniş olan yerlerdir. Bu şekilde mekân tayin etmekle bilinmezlik ortadan kalkmamaktadır. Buna karşın “Şu evde, şu sandıkta veya şu çuvallarda olan filan malı şu kadara sattım.” demesi durumunda akit sahihtir. Yine satıcı, “Filan yerdeki ahırdaki atı sana sattım.” der ve ahırda bahsettiği attan başka bir at olmazsa akit sahihtir.⁷⁴⁶ Çünkü böyle bir durumda niza çıkmamaktadır.

Etin selem akdine konu olmasında görüldüğü üzere cins, tür, miktar ve vasma ilaveten İmâmeyn etin hangi bölgeden olduğunun bilinmesini de şart koşturmuştur. Bu beyan akdin yapısı itibarıyla yapılması gerekli bir husustur. Ebû Hanîfe ise bunu yeterli görmeyerek etin kemikli ve yağlı olup olmamasının da bilinmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna karşın iç yağının türü hayvandan hayvana değişmemektedir. Bundan dolayı hayvanın kemik-yag oranında iç yağlara oranla fâhiş cehâlet olduğu için yalnızca ağırlığının belirtilmesi yeterli olmaktadır.⁷⁴⁷ Bu da bize akitlerin sıhhatini belirlemede mâlum olması gereken hususların akitten akide değiştiğini bunun da altında taraflar arasında nizaya mahal vermeyecek bir akit kurma çabası olduğunu göstermektedir.

Genel hatlarıyla ifade edilen beyan, maddeler halinde şu şekilde incelenebilir:

a-) Mebî'in Zâtının Beyan Edilmesi:

Nizaya sebep olan cehâleti ortadan kaldıran hususlardan biri de tayindir. Bir örnek üzerinden konuyu anlatmak yerinde olacaktır. Sürüden muayyen olmayan bir koyun satışının akdi ifsâd ettiğinden daha önce bahsedilmişti. Bu örnekte hangi koyunun satışa konu olduğuna dair fâhiş cehâlet bulunmaktadır. Burada satıcı belli bir koyunu tayin edip müşteriye teslim eder, müşteri de buna rıza gösterirse akit sahih hale dönüşür. Çünkü satıcının belirsiz olan mebî' tayin etmesi müşterinin de buna rızası nizanın kalktığının en büyük göstergesidir.⁷⁴⁸

⁷⁴⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/200, bk. (Mecelle md. 201).

⁷⁴⁷ Kâsânî, *Bedâ'î'ü's-sanâî*, 7/138.

⁷⁴⁸ Kâsânî, *Bedâ'î'ü's-sanâî*, 5/99.

b-) Mebî'in Cinsinin Beyan Edilmesi:

Akitteki belirsizliği gidermek için öncelikli olarak yapılması gereken şey, malın cinsinin beyan edilmesidir. Bir görüşe göre bilinmezliğin giderilmesi, ancak malın cinsinin belirtilmesi ile olmaktadır. Çoğu zaman yalnızca cinsi belirtilerek satılan bir malın diğer hususlarındaki bilinmezlik akdi fesâda uğratmaz. Böyle bir durumda cinsi bilinen bir malın vasfı, miktarı bilinmese hatta satıcı, malın kendi mülkünde olduğunu ya da bulunduğu yeri belirtmese de akit sahihtir. Çünkü müşteri, bazı hususlarını bilmediği malı eline alınca görme muhayyerliğini kullanarak geri verebilmekte, dolayısıyla bir anlaşmazlık çıkmamaktadır. Müşteri, malın cinsini bilip nerede olduğunu yahut satıcının mülkünde olup olmadığını bilmese böyle bir durumda mal, satış anında satıcının mülkiyetinde ise akit sahihtir. Zira müşteri muhayyerlik hakkına sahiptir.⁷⁴⁹

Satış akdinde de mebî'in cinsinin bilinmesi çok önemlidir. Cinsi akitte konuşulandan farklı çıkan bir mebî'in satışı bâtıldır. Mesela, elmas diye satılan bir malın cam çıkması ya da zümrüt diye satılan bir malın taş çıkması taraflar arasında anlaşmazlığa sebebiyet vermektedir.⁷⁵⁰

Bir görüşe göre mebî'deki bilinmezliğin önüne geçilmesinin tek yolu onun cinsinin beyan edilmesidir. Burada satıcının cinsi bilinip miktarı ve vasfı beyan edilmeyen bir malın kendisine ait olduğunu söylemese ya da malın bulunduğu yere işaret etmese akit sahihtir. Çünkü müşteri bu şekilde cinsini bildiği fakat miktar ve vasfını bilmediği bir malı teslim aldığı anda malı beğenmemesi durumunda görme muhayyerliği hakkını kullanarak geri verebilmektedir. Dolayısıyla burada miktar ve vasıfta bulunan bilinmezlikler nizaya sevk etmediği için akdi ifsâd etmemektedir.⁷⁵¹

c-) Mebî'in Vasfınının Beyan Edilmesi:

Farklı değerde ama eşit kullanımda paraların olduğu bir bölgede semenin vasfı belirtilmeden mutlak olarak ifade edilmesi durumunda bu bilinmezlik

⁷⁴⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/200, bk. (Mecelle md. 201).

⁷⁵⁰ “Hazırdaki vasıf lağiv ve gaipteki muteberdir.” bk. (Mecelle md. 65)

⁷⁵¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/200, bk. (Mecelle md. 200).

tarafları anlaşmazlığa sürükleyecektir. Çünkü eşit oranda kullanım birine hamletmeye mani olmaktadır. Bunun için satış akitlerinde hangi para biriminin kastedildiği beyan edilmelidir.⁷⁵²

E. Satıcının Malın Kendisine Ait Olduğunu Belirtmesi

Anlaşmazlığın oluşumuna engel olan hususlardan biri de satıcının malı kendisine izafe etmesidir. Bu şekilde yapmakla maldaki belirsizliği tayin etmiş olmaktadır. Bu anlamda satıcı, “Filan ahırdaki atımı sana sattım.” deyip hem malı kendisine izafe edip hem de malın yerini belli etmesi durumunda akit ittifakla sahihtir. Çünkü böyle bir ifadede nizaya sebep olacak hususların önüne geçilmiştir. Buna karşın malın bulunduğu yeri belirtmeyip “Atımı sana sattım.” dese ve satıcının başka bir atı da olmasa bir görüşe göre akit sahihtir. Taraflar, sözleşme yaptıkları at hususunda hem fikir olurlarsa akit sahihtir. Çünkü böyle bir durumda her ne kadar bir bilinmezlik söz konusu olsa da taraflar akdin mahalli üzerine ittifak etmişlerdir. Bir görüşe göre ise böyle bir işlem sahih olmaz.⁷⁵³ Olaya nizanın çıkıp çıkmaması zaviyesinden bakılırsa satıcı her ne kadar malın yerini belirtmese de başka bir atı olmadığı için belirsizlikten kaynaklanan bir anlaşmazlığın çıkması muhtemel gözükmemektedir.

F. İşaret

İşaret, belirsizlikten kaynaklanan anlaşmazlıkların önüne geçen bir ilkedir. Zira bir şeye işaret edip onu göstermek o şeyi anlatma konusunda en iyi yöntemdir.⁷⁵⁴ Satış akdinde malın vasfı ve miktarı gibi bazı özellikleri bilinmiyor, fakat mal meclis içerisinde bulunuyorsa maldaki belirsizliği giderme adına yapılacak ilk şey mala işaret etmektir. Kendisine işaret edilen bir malın vasfı ve miktarının bilinmemesi anlaşmazlığa sebep olmadığı için akit sahih kalmaktadır.⁷⁵⁵ Zira kural olarak itibar, görülen şeydir.⁷⁵⁶ Mesela satıcı, “Şu

⁷⁵² Zeylâi, *Tebyînü 'l-hakâik*, 4/5.

⁷⁵³ İbn Âbidîn, *Reddû 'l-muhtâr*, 4/530; Ali Haydar Efendi, *Dürerü 'l-hükkâm*, 1/200, bk. (Mecelle md. 201).

⁷⁵⁴ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/24. “İşaret esbâb-ı tarîfin eblağıdır.” bk. (Mecelle md. 1620).

⁷⁵⁵ Damad Efendi, *Mecma'u 'l-enhur*, 2/8; İbn Âbidîn, *Reddû 'l-muhtâr*, 4/530.

hayvanı 5 bin liraya sana sattım.” deyip müşteri de o hayvanı görürse akit sahihtir. Ayrıca hayvanın kendine ait olduğunu belirtmesine gerek yoktur. Çünkü işaret edilmekle müşteri mebî’e vakıf olmaktadır. Aynı şekilde, işaret edilen bir yığın buğdayın satışında; malın satıcıya ait olduğunun, miktarının ve vasfının belirtilmesine gerek yoktur. Hatta kendisine işaret edilerek satılan bir hayvanın başka bir cins olduğu ifade edilse mesela bir ata işaretle “Şu merkebi sana sattım.” denilse, fakat akdin tarafları onun at olduğunu bilseler akit yine sahihtir. Çünkü kural olarak⁷⁵⁷ işaret bilinmezlikleri, dolayısıyla taraflar arasında çıkacak anlaşmazlıkları önlemektedir. Aynı şekilde, ağaçtaki meyvenin satışı sahih olduğu gibi belli bir kısmının istisna edilmesi de sahihtir. Zira ağaca işaret edilmesi taraflar arasındaki anlaşmazlıkların çıkmasına engel olmaktadır.⁷⁵⁸

İşaretin ortadan kaldırdığı anlaşmazlıklardan biri de mebî’in zatına dair belirsizliklerdir. Mesela, bir satıcı işaretle gösterdiği buğday yığınının bir kürden⁷⁵⁹ daha az olduğunu belirtip fiyatını belirtse müşteri de teslim aldığı buğdayın satıcının söylediği gibi bir kürden az olduğunu görse akit sahihtir. Zira mebî’in bilinmezliği işaretle giderilmiş ve satıcının şartı doğru çıkmıştır. Fakat bir kür kadar veya ondan daha çok olduğunu görürse akit fâsid olur. Zira burada fazla olan miktarın toplam semen içerisinde fiyatı tespit edilememektedir. Bunu belirleme işi de tarafları anlaşmazlığa sürüklemektedir. Aynı şekilde satıcı, içerisinde 50 adet olmak şartıyla bir sürü koyun satması örneğinde, müşteri koyunların 51 ya da 49 tane olduğunu görürse akit fâsid olmaktadır. Zira böyle bir durumda mebî’e dair aşırı bir bilinmezlik söz konusudur. 51 olması durumunda satıcıya iade edilmesi gereken bir koyunun hangisi olduğunun bilinmemesi ve bunun tespiti, tarafları anlaşmazlığa düşürmektedir. Aynı şekilde 49 çıkması durumunda, koyunlar kıyemî mallardan olduğu ve eksik olanın iyi-orta ya da kötü

⁷⁵⁶ Mecelle’de bu husus şöyle kurallaştırılmıştır: “Hazırdaki vasıf lağiv ve gaipteki muteberdir.” bk. md. 65.

⁷⁵⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/201, bk. (Mecelle md. 202).

⁷⁵⁸ Zeylaî, *Tebyînü’l-hakâik*, 4/12, 13.

⁷⁵⁹ Iraklılarca kullanılan bir ölçü birimidir. Hanefiler’e göre 2.348 kg’a tekabül etmektedir. bk. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 322.

mü olduğu bilinmediği için kıymeti tam olarak takdir edilememektedir. Eksik olanın fiyattan payı bilinmeyince kalan 49 koyunun semeni de takdir edilememektedir. Bunu belirlemede tarafların anlaşmazlığa düşmesi yüksek ihtimaldir.⁷⁶⁰

İşaretin anlaşmazlıkların önüne geçmesine dair bir örnek de mebî'in miktar ve vafına dair belirsizlik konusundadır. Satış akdinde, satıcının mebî'e işaret etmesi ile artık onun miktar ve vafına dair belirsizlikler nizaya sebep olmaktan çıkmaktadır. Çünkü müşteri her ne kadar malın tam olarak miktarını ve vafını bilmesede bilmediği kısım nizaya sebebiyet vermediği gibi müşterinin malı büyük oranda görmesi de sonradan anlaşmazlığın çıkmasına engel olmaktadır. Zira gözün bir ölçü olduğu kuralı günlük yaşamda ve satış akitlerinde de karşılık bulmuştur. Mesela, bir kişinin, “Şu yığın buğdayı, elindeki şu para karşılığında sana sattım.” demesi durumunda buğdayın ve semenin miktarı bilinmeyip para da görünür bir biçimde olsa müşteri de kabul etse akit لازم olmaktadır. Zira işaretle mebî'in miktarı ve semenin vafına dair cehâlet akdin sıhhatine zarar vermekten çıkmaktadır. Çünkü böyle bir durumda teslim hemen gerçekleşeceği için teslim ve tesellüm hâle görmemektedir. Bunun neticesinde de taraflar arasında bir anlaşmazlık söz konusu olmamaktadır.⁷⁶¹

Satış akdinde satın alınan nesneye karşılık olarak verilen şeye ivaz ya da semen denir. İvaz, altın ve gümüş para gibi semen cinsinden olabileceği gibi mebî', yani satışa konu olabilecek bir ayn da olabilir. İvazın miktarına dair fâhiş bir bilinmezlik tarafları anlaşmazlığa sevk edebileceği için akit fâsid olmaktadır. Bununla birlikte, kendisine işaret edilerek belirtilen ivazların miktarına dair bir cehâlet söz konusu olsa da teslim ve tesellüme engel olan ve nizaya götüren cehâletin ortadan kalkmasında işaret yeterli olacağı için akit sahihtir. Çünkü kural olarak bir şeyi göstermek onu anlatmaktan daha etkilidir.⁷⁶²

Farklı madenlerle karışık olan gümüş dirhemlerin borç verilmesi durumunda, gümüş oranı diğer madenlerin oranından fazla ise insanların gümüşü

⁷⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 26/12; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/373, 374.

⁷⁶¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/82; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/530.

⁷⁶² Bâbertî, *el-İnâye*, 5/82.

veznî olarak mı adedî olarak mı kabul ettiklerine bakmak gerekmektedir. Dirhemlerin esas özelliği veznî olmalarıdır. Fakat toplumun uygulamasına binaen (teâmuli'n-nâs) adedî olarak kabul edilebilir. Dirhem veznî olarak kabul edildiği bir bölgede, müşteri veznî değil, adedî olarak bir malı satın alıp paraya da işaret etmese semene dair nizaya sebep olan bir belirsizlik durumu söz konusu olacağı için akit fâsid olmaktadır. Zira müşteri, mesela 5 dirhem gümüşün kaç gram olduğunu bilmediği için bu durum, anlaşmazlığa sebep olabilmektedir. Bununla birlikte, işaret bu belirsizliğin önüne geçebilmektedir. Şöyle ki müşteri, malı alırken semeni veznî olarak vermesi gerekirken adedî olarak verip semene de işaret etse akit sahihtir. Zira her ne kadar işaretle gösterdikten sonra veznin kaç gram olduğu bilinmese de bu bilinmezlik nizaya sebep olmamaktadır. Çünkü işaretle gösterilen semenin vezin olarak ne kadar olduğu ölçülebilen bir husus olduğu için anlaşmazlık çıkmamaktadır.⁷⁶³ Bu da işaretin nizaya mani olması açısından önemli bir ayrıntıdır.

İşaretin anlaşmazlıkların önüne geçmesi kuralının bazı istisnaları vardır. Mesela, ribevî mallarda faize bulaşma ihtimali olduğu ve selem akdinde malın teslimi daha sonradan yapılacağı için hassas ölçüler söz konusudur. Zira bir işlemde faizin çıkma ihtimali gerçekleşmesi gibidir.⁷⁶⁴ Zira ribevî malların cinsiyle satışında yarım sa'dan fazla olan miktarlarda faiz ihtimali olduğu için cüzâfen satılmaları sahih değildir.⁷⁶⁵ Selem akdinde re'sülmâlin de cüzâfen satışı sahih değildir. Zira ikâle durumunda müşterinin aldığı satıcıya, satıcının aldığı müşteriye iade etmesi gerekmektedir. Akitte bilinmezlik varken bu durum söz konusu değildir. Bundan dolayı, cinsi ile mübadele edilmiş ribevî malların satışı ile keylî ve veznî olarak satılan malların selem akdinde semeni oluşturması durumunda, akdin mahalline işaret etmek nizayı önlemek için yeterli değildir. Zira burada az derecede bilinmezlikler nizaya sebep olmaktadır. Mesela ribevî mallardan, buğdayın buğday ile değişiminde miktar belirtilmeden göz kararı bir değişim sahih değildir. Çünkü böyle bir işlem faize sebep olmaktadır. Zira akitte

⁷⁶³ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/93.

⁷⁶⁴ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 5/297.

⁷⁶⁵ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/5.

mal daha sonraki bir vakitte teslim edileceği için böyle bir durumda faiz cereyan edecektir.⁷⁶⁶

İşaretin anlaşmazlıkları önlemede yeterli olmamasına dair bir örnek de şudur: Bir müşteri, karkas haldeki hayvan etine işaret ederek kasaba, “Şu etten 70 liraya, üç kilo ver.” dese fakat hayvanın hangi bölgesi olduğunu belirtmese akit fâsid olmaktadır. Zira etlerin türüne göre lezzeti, dolayısıyla fiyatı değişmektedir.⁷⁶⁷ Görüldüğü gibi bu ilkeler anlaşmazlıkların önün geçip akdin sıhhatini sağlasa burada esas olan niza kuralıdır. Örf ve işaret gibi ilkelere rağmen akitteki anlaşmazlığın önüne geçilememişse akdin sıhhatinden bahsedilememektedir.

G. Muhayyerlik Hakkı Tanıma

Nizanın çözümünü sağlayan hukukî mekanizmalardan biri de müşteriye muhayyerlik hakkı tanımadır. Bu şekilde anlaşmazlığın kaynağı olan belirsizlik, müşteriye kendisine verilen bir takım tercih hakları ile izale edilmiş ve anlaşmazlığın önüne geçilmiş olmaktadır. Anlaşmazlıkların önüne geçen muhayyerlikler şunlardır:

1. Tayin Muhayyerliği

Tayin muhayyerliği, süre olarak üç gün, özellik olarak da iyi, orta ve düşük kalitedeki kıyemî mallardan iki veya üç tanesinin fiyatları ayrı ayrı söylenerek müşterinin bunlardan dilediğini alması veya satıcının dilediğini vermesi şeklinde cereyan etmektedir. Eski dönemlerde yaşlılar ve kadınların çarşıya her zaman çıkamamasından dolayı satıcılar, önce bu kişilerin almak istedikleri malı onlara satıyorlardı. Daha sonra da hepsinin fiyatlarını ayrı ayrı söyleyerek müşterilerin bunlardan beğendikleri bir tanesini almalarına imkân tanıyorlardı.⁷⁶⁸

⁷⁶⁶ Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, 2/145; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/199, 214, bk. (Mecelle md. 201, 217).

⁷⁶⁷ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/601.

⁷⁶⁸ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/600; Aynî, *el-Binâye*, 8/74; Çeker, *Akitler*, 69.

Tayin muhayyerliği, anlaşmazlıkları önleyen muhayyerliklerin başında gelmektedir. Hanefî mezhebinde, teslim ve tesellüm gerektiren bir malın zâtının bilinmemesi durumunda, kural olarak akdin fâsid olması gerekmektedir. Bununla birlikte, satılan ürünlerdeki gabnin önüne geçmeye olan ihtiyaca binaen, tayin muhayyerliği şartıyla akit yapmak istihsânen sahih kabul edilmiştir. Çünkü müşterinin muhayyerlik hakkının olması, anlaşmazlıkların önüne geçmektedir.⁷⁶⁹ Hâlbuki belli sayıda maldan tayin edilmeden herhangi birisinin⁷⁷⁰ satışa sunulması en bilinen anlaşmazlık çeşitlerindendir. Böyle bir satış, fâhiş derecede cehâlet barındırdığı için taraflar arasında nizaya, dolayısıyla akdin fesâda uğramasına sebep olmaktadır. Zira müşteri, tayin edilmemiş olmasına dayanarak malın en iyisini, satıcı da aynı gerekçeye dayanarak en kötüsünü vermek isteyecektir. Aynı şekilde, müşterinin dilediğini alması şartıyla; iki köleden veya iki elbiseden birini satmak sahihtir. Muhayyerlik sahibinin tayin hakkı olduğu için buradaki bilinmezlik nizaya sebep olmamaktadır.⁷⁷¹ Tayin muhayyerliği ile bu satış belli kurallar çerçevesinde nizaya sebep olmadığı için meşru kabul edilmiştir. Bu da muhayyerliklerin anlaşmazlıkların önüne geçtiğinin bir delilidir.⁷⁷²

Tayin muhayyerliğinde, kural olarak akdin konusu cehâlet-i fâhişe derecesinde bir bilinmezlik içermektedir. Bundan dolayı da akdin fâsid olması gerekmektedir. Fakat akde olan ihtiyaç ve müşterinin malı belirleme yani tayin hakkının olması ile anlaşmazlık hali ortadan kalkmaktadır. Çünkü mebî'in seçimi müşteriye bırakılmış olduğu için akdin konusu, onun malı seçtiği an belirli hale gelmektedir. Ayrıca böyle bir işleme ihtiyaç bulunmaktadır. Çünkü insan bazen sevdiklerine bir hediye almak istemekte bazen de ailesinin çarşıya çıkma durumu olmamaktadır. Kimi zaman da satıcı, karşılıklı bir satış işlemi gerçekleşmeden müşteriye malı verip alacağı ürüne evde karar vermesine izin vermemektedir. Bu tarz durumlarda anlatılan şekilde bir akit kurma ihtiyacı hâsıl olmaktadır.

⁷⁶⁹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâi'*, 6/599; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, 2/155; Aynî, *el-Binâye*, 8/75.

⁷⁷⁰ Bu ifadenin karşılığı, *lâ âle't-tayîn* şeklindedir. Türkçe'de *lalettayin* şeklinde kullanılmaktadır.

⁷⁷¹ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/21.

⁷⁷² Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/63.

Dolayısıyla burada cehâletin söz konusu olmasına rağmen, genel kuralın aksine, ihtiyaca binaen bu bilinmezlik taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmamaktadır. Çünkü üç maldan birini beğenip karar verme yetkisi (tayin) müşteriye aittir. Buna karşın satıcının aldığı ürünlerden birini beğenip karar verme hususunda müşteriye muhayyer bırakmaması durumunda anlaşmazlık çıkmaktadır. Çünkü üç maldan birini alma hususunda muhayyer olmayan müşterinin hangi malı alacağı belli olmadığı için satılan mebî'e dair aşırı bir bilinmezlik söz konusudur. Bu durum da teslim ve tesellüme engel olan çekişmeyle sonuçlanmakta, neticede akit fâsid olmaktadır. Aynı şekilde mallardan her birinin fiyatı belli olmazsa müşterinin almaya karar verdiği malın fiyatının tespit edilememesi durumu, yani semene dair bir bilinmezlik söz konusu olacaktır. Bu da anlaşmazlığa sebep olacağı için akit fâsid olacaktır.

Malın üçle sınırlanması, malların iyi-orta ve kötü olarak üç sınıfa ayrılması hasebiyledir. Üç eşyayı geçen bir tayin muhayyerliğinde anlaşmazlık çıkmasa da akit sahih kabul edilmemektedir. Çünkü ihtiyaç, bu üç sınıf maldan bir numune almakla giderilmektedir.⁷⁷³ İbnü'l-Hümâm, üç eşyanın üzerindeki satışlarda anlaşmazlığın çıkmamasına rağmen akdin sahih olmamasıyla alakalı zihinlere gelebilecek soruyu şu şekilde izah etmektedir. “Akdin genel kurala göre, bâtil olmasının sebebi, cehâlet değil, mebî' ve semenin yokluğudur.”⁷⁷⁴ Burada dikkat çeken husus, cehâletin varlığı hatta bu örnekte olduğu gibi fâhiş oranda olmasının akdi ifsâd etmek için tek başına yeterli olmamasıdır. Bu anlamda, fâhiş bilinmezlikten dolayı taraflar arasında anlaşmazlık çıkmamışsa akit sahihtir. Burada anlaşmazlığın çıkmasına mani olan ve genel kuraldan ayrılmaya imkân veren şey, yani istihsân veçhi, insanların bu işleme olan ihtiyaçlarıdır. Bir akdin sahih kabul edilebilmesi için anlaşmazlığın çıkmaması mutlak ölçü alınmamış, ihtiyaç ölçüsünde nizanın çıkmaması esas alınmıştır. İmam Züfer'e göre ise muhayyerlik hakkı sunulan eşyanın üç ya da daha çok olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Burada akdin konusu olan mebî' bilinmemektedir. Tayin

⁷⁷³ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 6/600; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/512; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/56.

⁷⁷⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/87.

muhayyerliğı ise cehâleti önlemek şöyle dursun maldaki belirsizliğı artırmaktadır. Hanefî mezhebinin akdin sıhhatine dair yaklaşımın altında, böyle bir işlemdeki cehâletin nizaya sebep olmadığı için akdi ifsâd etmemesi düşüncesi yatmaktadır. Zira tayin muhayyerliğı ile meçhul olan mebî‘ belirli hale gelmektedir. Tabi burada nizanın çıkmaması için tayin muhayyerliğı ile beraber satılan malların fiyatlarının ayrı ayrı bilinmesi de şarttır.⁷⁷⁵

İmam Şâfi‘ ve Ahmed b. Hanbel, akdin konusuna dair bilinmezlik olduğu için tayin muhayyerliğini sahih görmemişlerdir. Buna karşın Hanefiler ve Mâlikîler kural olarak cehâletin varlığını kabul etmekle beraber insanların bunu adet edinmelerinden hareketle istihsânen akdi sahih kabul etmişlerdir. Ayrıca tayin muhayyerliğinin meşru olduğu sonucuna, bu muhayyerliğı şart muhayyerliğine kıyas ederek ulaştıklarını da belirtmekte yarar vardır. Konuyla ilgili olarak Kâsânî, akdin konusunda bir belirsizlik olduğunu kabul etmemektedir. Çünkü satıcının “Dilediğini al.” demesiyle akit, mülkiyet doğuracak şekilde hemen değil, müşterinin tercihte bulunduğu zaman diliminde in‘ikad etmektedir. Zira tercih hakkı müşteriye bırakılmış, müşteri de dilediğini almıştır.⁷⁷⁶

2. Görme Muhayyerliğı

Satış akdinde bedellerin görülmemesinin akdin in‘ikadına olumsuz bir etkisi yoktur. Hz. Peygamber de bu hususta şöyle buyurmuştur: “Kim görmediğı bir malı satın alırsa gördüğü vakit muhayyer olmaktadır.”⁷⁷⁷ Müşterinin malı, ayn olması durumunda da satıcının semeni görmesi akdin in‘ikad şartı değildir. Bunların görülmemesi tarafları anlaşmazlığa sevk etmemektedir. Çünkü taraflar, beğenmemeleri durumunda bu malları iade edebilmektedirler. Zira müşterinin malı görmemesinden dolayı akit bağlayıcı hale gelmemektedir.⁷⁷⁸ Satış akdinde,

⁷⁷⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/55.

⁷⁷⁶ Kâsânî, *Bedâi‘ü’s-sanâi‘*, 6/599; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/56; H. Yunus Apaydın, “Muhayyerlik”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 31/28.

⁷⁷⁷ Rivayetin metni şu şekildedir: مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً مَا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ bk. İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, 10/488.

⁷⁷⁸ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/34; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/15.

cinsi bilinen malın miktar ve vasfının bilinmediği durumlarda müşterinin malla ilgili bazı hususları bilmemesinden dolayı oluşan bilinmezlikler, anlaşmazlığa varmadan önlenmektedir. Çünkü böyle bir durumda, müşterinin malı beğenmesi durumunda almakta, beğenmemesi durumunda malı görmediği için görme muhayyerliği hakkını kullanarak onu iade edebilmektedir. Bu şekilde de anlaşmazlığın önüne geçilmektedir.⁷⁷⁹

Hanefî kaynaklarında görme muhayyerliğiyle alakalı; elbisenin yeni içinde belli özellikteki elbiseyi veya avucun içindeki belli vasıftaki bir inciye ya da vasıflarını belirtmediği avuç içinde kapalı olan bir nesneyi satma ile müşterinin görmediği bir malı satın alması gibi işlemler geçmektedir. Bu işlemlerde her ne kadar mebî'in vasfına dair bir bilinmezlik söz konusu olsa da bu bilinmezlik nizaya sevk etme durumuna göre belirlenmektedir. Burada ise müşterinin görmediği bir malı satın almasından dolayı söz konusu olan görme muhayyerliği anlaşmazlığa engel olmaktadır. Mesela yığından bir kafîz buğday satın alma durumunda, müşterinin muhayyerlik hakkının olması anlaşmazlığa engel olmaktadır.⁷⁸⁰

Satıcının müşteriye önceden iki elbiseyi uzaktan gösterip daha sonra satış anında bir poşetin içinde iki elbiseyi satması durumunda, müşterinin bunların önceden kendisine gösterilen elbiseler olduğunu anlaması halinde muhayyerlik hakkı düşer. Anlamayıp poşetteki elbiselerin ikisinden birini 10 liraya aldığını ifade etmesi durumunda akit fâsid olmaktadır. Çünkü elbiselerin kıymeti farklı olduğu için 10 liralık elbisenin hangisi olduğunun belirtilmemesi anlaşmazlığa sebep olmaktadır.⁷⁸¹

3. Şart Muhayyerliği

Diğer muhayyerliklerde olduğu gibi şart muhayyerliğinin de niza ile ilişkisi söz konusudur. Zira şart muhayyerliğinde bazı hususların belirli olmaması

⁷⁷⁹ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/34; Aynî, *el-Binâye*, 8/83, 84; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/200, bk. (Mecelle md. 201).

⁷⁸⁰ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/531.

⁷⁸¹ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/533.

taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Mesela şart muhayyerliğinin azami süresi Ebû Hanîfe'ye göre 3 gün, diğer üç İmama göre ise zamanı belli olma şartıyla herhangi bir vakittir. Tahâvî (ö. 321/933) ve Kerhî (ö. 340/952) de bu görüştedir.⁷⁸² Burada üç ya da dört gün muhayyerlik hakkının şart koşulması anlaşmazlığa sebep olmasa da üç günden fazla bir güne ihtiyaç olmadığı ve akde cevaz da ihtiyaç ilkesine göre verildiği için üç günle sınırlı olmuştur.⁷⁸³ Şart muhayyerliğinde belli bir sürenin tayin edilmemesi ya da akdin “günlerce” ya da “asla” gibi ifadelerle kurulması neticesinde akit, icmâ ile fâsid olmaktadır.⁷⁸⁴ Çünkü böyle bir ifadenin taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmama ihtimali yoktur. Zira akdin muktezası olan teslim gerçekleşmemektedir.

Buraya kadar anlatılardan, muhayyerliklerin niza ile doğrudan ilişkisi olduğunu ortaya çıkmaktadır. Zira müşterinin akitteki bir belirsizliği gidermeye yönelik yetkisinin olması, akitteki belirsizliğin anlaşmazlık konusu olmasına engel olmaktadır.

V. NİZANIN ÇÖZÜMÜNÜ SAĞLAYAN KAYNAKLAR

İslam borçlar hukukunda akitlerin nizayla sonuçlanmaması için belirsizliğin ortadan kaldırılıp akde işlerlik kazandırılması yönünde çözümler getirilmiştir. Bunlar nizanın çözümünü tayin ettiği için bu başlık altında işlenmiştir.

Akdin konusundaki belirsizliğin sebep olduğu anlaşmazlığın çözümünü sağlayan belli başlı amiller şunlardır:

A. Nizaya Sebep Olan Hususların Kalıcı Hale Gelmeden (Kable't-takarrur) Ortadan Kaldırılması

Hanefî akit teorisindeki fesâd ayırımına göre, kurulan akit tamamen geçersiz sayılmamakta, böylece insanların iradeleriyle oluşturmaya çalıştıkları karşılıklı yükümlülüklerin boşa çıkmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Buna göre,

⁷⁸² Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/600.

⁷⁸³ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/33.

⁷⁸⁴ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/33.

akitte anlaşmazlığa sebep olan hususların giderilerek akdin devamı sağlanmaktadır. Bu bağlamda, cehâletten kaynaklanan bir anlaşmazlığın giderilmesi, akit meclisi içerisinde bilinmezlik barındıran hususun beyan edilip tarafların da buna rıza göstermesiyle mümkünse akit sahihe dönüşmektedir. Buna akitte fesâdın kesinleşmeden (kable't-takarrur) düzeltilmesi denmektedir.⁷⁸⁵

Fesâdın kalıcı hale gelmeden düzeltilmesiyle alakalı örnekler şunlardır:

Rayıçleri eşit, piyasa değeri açısından farklı üç altın para biriminin geçerli olduğu bir bölgede, hangisi olduğu belirtilmeden “100 altına sattım.” şeklinde bir satışta, satış bedeline dair fâhiş bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Bu da taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmaktadır. Fakat meclis dağılmadan fesâda sebep olan hususun ortadan kaldırılması durumunda akit sahihe dönüşmektedir.⁷⁸⁶ Zira sahih olan bir akdin, bir sebepten dolayı sıhhati zarar görüyorsa akdin sıhhatine hâlel getiren unsurun ortadan kalkmasıyla akit de yeniden sahih olarak nitelenebilmektedir.⁷⁸⁷

Akitlerde fesâda götüren hususun kaldırılıp akdin sahihe dönüştürülmesi, akitteki cehâletin sulbü'l-akitte olup olmaması ya da müsâmaha gösterilebilecek bir şartta olup olmamasına göre değişiklik göstermektedir. Vadeli satışlarda îfâ zamanı olarak; rüzgârın eseceği veya yağmurun yağacağı vakit gibi fâhiş bilinmezlik kapsamındaki vadelerin belirlenmesi veya hacıların geliş vakti ve hasat zamanı gibi yesîr bilinmezlik (cehâlet-i mütekârîbe) içeren vadelerin belirlenmesi durumunda akit fesâda uğramaktadır. Bu meyanda, hasat zamanı gibi az bilinmezlik barındıran bir akitteki belirsizliği, süreyi bu şekilde belirleyen kişi⁷⁸⁸ bu vakit gelmeden ve akit fesâd gerekçesiyle feshedilmeden izale ederse anlaşmazlık ortadan kalkmaktadır. Eğer meclis dağılırsa artık bu akitteki niza sebebi izale edilememektedir. Buna karşın, fâhiş cehâlet barındıran, mesela yağmurun yağmasına bağlanan bir akdin sahihe dönüşmesi için meclis dağılmadan vadedeki bilinmezliğin kaldırması lazımdır. Çünkü *hasat zamanı*

⁷⁸⁵ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/85; Darîr, *el-Garar*, 387.

⁷⁸⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/238.

⁷⁸⁷ “Mani zâil oldukça memnû' avdet eder.” bk. (Mecelle md. 24).

⁷⁸⁸ Bu kişiye, *men lehü'l-ecel* denir.

mevsim olarak değil, gün olarak belirsiz bir vakitken *yağmurun yağması* hem gün hem dönem olarak belli değildir. Ayrıca bu hava olayının meydana gelip gelmemesi belirsiz bir husus olduğu için böyle bir akit garar içermektedir. Dolayısıyla burada niza ile ilgili daha hassas davranılması ve akit meclisi dağılmadan fesâda sebep olan aşırı bilinmezliğin düzeltilmesi gerekmektedir.⁷⁸⁹ Günümüzde meteoroloji ilminin gelişmesi ve hava tahminleri hesaplamalarının yapılma payının düşük olması göz önüne alındığında, yağmurun yağmasına bağlanan bir vade, cehâlet-i yesîre kapsamında değerlendirilebilir. Tabi ki bu durumda söz konusu bölgenin ortalama yağış alan bir bölge olması lazımdır. Çünkü hava tahmin verileri en çok aylık olarak verilmektedir. Senenin az bir kısmında yağmur alan bir bölgede bu durum zor gözükmektedir.

B. Tayin

Akitlerde anlaşmazlığa sebep olan hususun giderilmesi için öne çıkan kavramlardan biri de tayindir. Tayin, anlaşmazlığa sebep olan belirsizliğin giderilmesi manasına gelmektedir. Nizanın çözümünü sağlayan tayin kavramının aşama olarak başta ve sonda olmasına göre iki şekli bulunmaktadır. Bu husus, bu çalışmaya özgü bir tespit olup modern fıkıh araştırmalarında karşılaşılmayan bir ayrımdır.

a-) Bidâyeten Tayin:

Akitlerin sıhhat ve fesâdına karar vermede niza ölçütünün belirleyici bir yeri olduğu için cehâletin varlığına rağmen nizanın söz konusu olmadığı bazı akitler sahih olarak değerlendirilebilmektedir. Çünkü cehâlet içeren hususun akdin başında veya sonunda tayin edilerek anlaşmazlığın çıkması engellenmiş olmaktadır. Bu durum, satıcının tayin ettiği, fakat müşterinin bilmediği veya satın almak için talepte bulunmadığı bir akitte söz konusu olmaktadır. Müşteri tarafından ne olduğu bilinmeyen, fakat satıcı tarafından baştan tayin edilerek müşterinin tercihi sunulan bir satış işlemi, müşterinin rızası ile sahih hale gelmektedir. Mesela satıcının “Şu koyunu sattım.” deyip müşterinin o koyunu

⁷⁸⁹ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâî*, 7/33; Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/41.

almayı onaylaması durumunda akit sahih kabul edilmektedir. Çünkü sürü içerisinde hangisi olduğu tayin edilmemiş bir koyunun satışı örneğindeki belirsizlikten farklı olarak burada, satıcının malı baştan belirlemesi ve müşterinin rızasına sunması durumu vardır. Müşterinin de satıcının belirttiği mebî'i onaylayıp almaya razı olması durumunda akit sahih olarak vücut bulmaktadır. Bu şekilde, malın baştan tayin edilerek karşılıklı rıza şeklinde yapıldığı satışta, sürüden herhangi bir koyunun satışındaki fâhiş cehâlet ortadan kalkmıştır. Zira satış akdinin hükmü, müşterinin satın aldığı maldan yararlanmayı, satıcının da semene ulaşmasını gerektirirken anlaşmazlık çıkması durumunda mal ve semenin değişimi, yani teslim ve tesellüm gerçekleşmeyeceği için akitten beklenen amaç gerçekleşmemektedir. Rızanın alışverişin sıhhat şartı olduğu düşünüldüğünde, aşırı cehâlet barındıran akitlerdeki belirsiz hususlar, başta (ibtidâen) ya da sonda (nihâyeten) tayin edilip buna ilaveten karşılıklı rıza da sağlanarak akit sahihe dönüştürülebilmektedir. Bu sürecin ikinci aşaması olan karşılıklı rıza durumunun ancak bilinen şeylerde olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Nitekim verilen örnekte de malın mâlum olması tayin ile sağlanmıştır.⁷⁹⁰

b-) Nihâyeten Tayin:

Nihâyeten, yani akdin sonunda yapılan tayin, başlangıcında yapılmış gibi kabul edilmektedir. Mesela bir kişinin “Sana bir köle sattım.” demesi durumunda, mebî'in zâtına dair bilinmezlik söz konusu olacağı için taraflar arasında anlaşmazlık çıkacak, bundan dolayı da akit fâsid olacaktır. Bununla birlikte kişi, “İşte, satacağım köle budur.” deyip müşteri de tamam demesi durumunda akit sahih olmaktadır. Zira akitteki belirsizliğin sonradan tayin edilmesi ve yeni duruma rıza gösterilmesiyle niza ortadan kaldırmaktadır. Çünkü muâmelâtta kural olarak akdin unsurlarının akdin sonundaki belirlemesi, baştan belirlemesi gibidir.⁷⁹¹

⁷⁹⁰ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/599.

⁷⁹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 7/85.

C. Rıza

Fıkıh âlimleri, Nisâ sûresi 29. âyetteki malların bâtil yere yenmesinin yasaklanarak akitlerin rızaya dayalı olarak kurulmasının emredilmesi hükmü ve konuyla ilgili hadislerden hareketle, genel olarak hukukî işlemlerin temelini rızanın oluşturduğunu benimsemişlerdir.⁷⁹² Alışverişlerin sahih bir şekilde kurulabilmesi için de mevcut akde tarafların rızasının bulunması gerekmektedir. Zira alışverişler, insanların belli bir süre içerisinde belli haklara (mal-para) ulaşması için bir araçtır. Nitekim âyet-i kerîmede belirtildiği üzere rıza, satış akdinin sahih olmasının şartıdır. Bu da ancak mâlum olan şeylerde tezahür etmektedir. Nizanın varlığı da teslim ve tesellümü imkânsız hale getirdiği için bu amacın gerçekleşmesine engel olmaktadır. Rıza, alışverişlerin şartı olduğu için rızanın olmadığı bir akit nizaya sebep olmaktadır. Bu durum şu şekilde ifade edilebilir: Rızanın olduğu yerde niza, nizanın olduğu yerde de rızanın olması mümkün değildir. Bu yönüyle rıza, nizanın zıddıdır. Bu da rızanın varlığının nizanın oluşmamasını gerektirdiğini göstermektedir.⁷⁹³ Dolayısıyla rızanın olmadığı bir satış akdinde, akdin hükmü olan malın müşteriye intikali ve onun maldan yararlanması mümkün değildir.⁷⁹⁴ Alışverişlerde rızaya mani olup akdi ifsâd eden bilinmezlikler nizaya sebep olan bilinmezliklerdir.⁷⁹⁵

Rızanın yokluğu cehâletten kaynaklanabileceği gibi başka bir şeyden de kaynaklanabilir. Yukarıda ifade edildiği üzere, rıza ancak bilinen bir şeyde söz konusu olmaktadır.⁷⁹⁶ Bu cümlemin anlamı şudur: Akit konusu hakkında yeterli bilgiye sahip olunması ve akit konusunun yeterince tayin ve tespit edilmiş olması, karşılıklı rızanın ön şartıdır.⁷⁹⁷

Nizaya sebep olmadığı müddetçe akitlerde bulunan bilinmezliğin akde olumsuz bir etkisinin olmadığı, rızanın varlığının nizayı izale ettiği daha önce

⁷⁹² Abdüsselam Arı, “Rıza”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2008), 35/57.

⁷⁹³ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi’*, 6/599.

⁷⁹⁴ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi’*, 6/599.

⁷⁹⁵ Darîr, *el-Garar*, 432.

⁷⁹⁶ Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi’*, 6/599.

⁷⁹⁷ Güney, “Cehâlet”, 492.

ifade edilmişti. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, müşterinin semenin meçhul oluşuna rızasıyla değil, meclis içerisinde semenin bilinmezliğinin ortadan kalkıp bu duruma rıza göstermesi ile akdin sahihe dönüştüğüdür. Aksi takdirde akit sahihe dönüşmemektedir. Bu meyanda, nizaya sebep olan hususa eğer meclis içerisinde muvafakat edilmişse burada anlaşmazlık ortadan kalkmış olacağı için akit sahihe dönüşmektedir. Meclis dağılmadan cehâletin giderilmesi durumuna tarafların razı olmaması durumunda ise akit fâsid olmaktadır. Mesela bir satıcının malı, sermayesine ya da gerçek kıymetine sattığını söylemesi durumunda akit fâsid olmaktadır. Çünkü semen bilinmemektedir. Bu durumda ya meclis içerisinde semen belirtilip müşteri tercih hakkını kullanacak ya da akit feshedilecektir. Bununla birlikte akitte rıza devreye girip meclis içerisinde satıcı semeni belirtir, müşteri de bu duruma rıza gösterirse akit sahihe dönüşecektir. Zira akdin fesâdına sebep olan husus, akdin kuruluşu esnasında bilinmezliktir. Bu hususun akit sona ermeden yani meclis içerisinde izale edilmesi durumunda akit, kurulurken mâlum olmuş gibi kabul edilir. Meclis dağılana kadar semenin öğrenilememesi halinde akdin kuruluşu anındaki fesâd devam eder.⁷⁹⁸

D. Mahkeme

Hanefî mezhebinde yoğun olarak işletilen ve muamelâtın pek çok alanında karşılaşılan niza kuralının önemi, taraflar arasındaki anlaşmazlıkların mahkemeye varmadan çözümünü sağlamasında yatmaktadır. Zira mezhep doktrininde, her akitte karşılaşılabilecek muhtemel anlaşmazlık durumları ve bunların çözümüne yönelik tedbirler yoğun olarak işlenmiş ve anlaşmazlıkları önlemeye yönelik kurallar koyulmuştur. Aksi takdirde, akde fesâd hükmü bağlanmıştır. Bu durumda, fesâd nedeni ortadan kaldırılarak anlaşmazlık mahkemeye varmadan tarafların kendi aralarında çözüme kavuşturulmakta, böylece akitlere geçerlilik kazandırılmaktadır. Bunun için mahkemenin bir onayı gerekmemektedir. Mahkemenin devreye girmesi, tarafların sözleşmelerde anlaşmazlığa sebep olan hususu hukuka uygun olarak yeniden düzenlememeleri halinde söz konusu olmaktadır. Bu durumda da hâkim akdi feshetmektedir. Bazı modern hukuk

⁷⁹⁸ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/604; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/236.

sistemlerinde olduğu gibi sözleşmedeki boşluğun hâkim tarafından doldurularak akdin devamının sağlanması Hanefî doktrinde söz konusu değildir. Sözleşmelerdeki belirsizliklerin mahkeme tarafından doldurulması durumunda, mahkemelerin iş yükü ciddi manada artmaktadır. Bununla birlikte, modern hukuk sistemlerinde sözleşme boşluklarının olması muhtemel ve kaçınılmaz bir durum olarak telakki edilmektedir. Bunları düzeltmek için Türk ve İsviçre borçlar hukukunda hâkimin sözleşmeyi tamamlamasına dair hukukî mekanizmalar getirilmiştir. Bu hukuk bakış açısının bir sonucu olarak sözleşmelerde hâkim tarafından akit kuran kişilerin gerçek iradeleri değil, farazi iradeleri esas alınmaktadır.

Hanefî mezhep kitaplarında, anlaşmazlığa sebep olacak hususların ve bunların çözümüne yönelik tedbirlerin yer almasına rağmen Kudûrî'de anlaşmazlıkların mahkemeye intikal etmesi ve çözüm olarak taraflara anlaşmazlığa düştükleri hususların düzeltilmesi yolunda mahkemenin imkân verdiği görülmektedir.⁷⁹⁹ Oysaki daha sonraki dönem Hanefî literatüründe nizaya sebep olacak durumlar belirlenip işin daha mahkemelere varmadan engellendiği görülmektedir. Bu da mahkemelerin iş yükünü azaltmaya ve insanlar arasındaki sözleşmelerin hukukî ve hızlı bir şekilde yapılmasına imkân sunmaktadır.

VI. NİZANIN SONUÇLARI

Özellikle müzâyakaya dayalı akitlerde ve malla ilgili hususların olduğu akitlerde, cehâlet ve cehâlet kaynaklı gararın çok olması durumunda taraflar arasında nizanın çıkması kaçınılmaz hale gelmektedir. Nizaya rağmen akitten bir sonuç almayı beklemek, taraflar arasında; husumet, kin, pişmanlık, üzüntü, nihâyetinde taraflardan birinin haksız mal kazanmasına, diğer tarafın da kazanç kaybına ve zarara uğramasına yol açmaktadır.⁸⁰⁰

Akitlerin temel amacı, insanlar arasındaki işlemlerin anlaşmazlığa sebebiyet vermeyecek şekilde kurularak ihtiyaçlarının hukukî bir zeminde karşılanmasıdır. Herhangi bir sebepten dolayı anlaşmazlığın çıktığı akitlerin bir

⁷⁹⁹ Kudûrî, *et-Tecrîd*, 2221, 2222.

⁸⁰⁰ Darîr, *el-Garar*, 586.

takım sonuçları vardır. Bu anlamda nizanın sonuçları; hukukî olan sonuçlar ve hukukî olmayan sonuçlar olarak ikiye ayrılmaktadır.

A. Hukukî Olmayan Sonuçlar

1. Teslim ve Tesellümün İmkânsız Hale Gelişi

Nizanın çıktığı bir akitte ortaya çıkan sonuçlardan bazıları, hukukî olmayan durumları içermektedir. Teslim ve tesellümün imkânsız hale gelişi bu sonuçların başında gelmektedir. Teslim ve tesellüm konusu daha önce işlendiği için konuyu ayrıntılarına burada temas edilmemiştir. Nizanın hukukî sonuçlarından olan fesâd da teslim ve tesellümün gerçekleşmemesinden kaynaklanmaktadır.

Bir akitte, akdin tarafları arasında anlaşmazlığın çıkması, teslim ve tesellümün gerçekleşmesine engel olmaktadır. Bundan dolayı, fıkıh kitaplarında teslim ve tesellümün gerçekleşmemesi nizanın bir sonucu olarak zikredilmiştir.⁸⁰¹ Akitte bir anlaşmazlığın çıkması, teslime engel olmakla birlikte teslim gerçekleşmişse fâsid bir akit sonucu gerçekleşen teslimin hükümleri cari olmaktadır. Mesela satıcı müşteriye görme muhayyerliği hakkı vermeyip iki elbiseden birini 10 liraya satması durumunda akit fâsid olmaktadır. Çünkü müşteri, hangi elbisenin 10 lira olduğunu bilmemekte ve tayin hakkı da bulunmamaktadır. Burada mebî'de bulunan fâhiş derecedeki bilinmezlik nizaya, bu da malın teslimine engel olmaktadır.⁸⁰²

2. Akdin Amacının Gerçekleşmemesi

Akdin amacının gerçeklememesi konusu nizanın hukuki olmayan sonuçlarındandır. Tez içerisinde cüz'î örnekler üzerinde mesele ele alındığı için burada ayrıntılarına temas edilmeyecek, konu teori halinde verilecektir.

Akitler, insanların günlük hayatlarında ulaşmak istedikleri bazı haklara hukukî bir çerçeve içerisinde imkân sağlamaktadır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, insanlar ihtiyaçlarını karşılamak veya belirli şeylere ulaşmak amacıyla

⁸⁰¹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî*, 7/479; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/514.

⁸⁰² Merginânî, *el-Hidâye*, 2/45; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/514.

çeşitli akit türleri aracılığıyla birbirleriyle borç ilişkilerine girmektedir. Buna, akdin amacı *maksûdu'l-bey'* denir. Satış akdinin amacı, teslim ve tesellüm yani nizasız bir şekilde satıcının paraya, müşterinin de mala ulaşmasıdır. Nizanın oluşması sonucu taraflar arasında çıkan anlaşmazlık, akdin amacının gerçekleşmesine engel olmaktadır.⁸⁰³ Hatta bazı fıkıh kitaplarında, akitlerin belirli bir amacının olması, satış akdinin tarifinde vurgulanmış bir husustur. Mecelle'de de bu hususa işaret edilmiştir.⁸⁰⁴ Bu meyanda, akdin taraflara bir faydasının olmaması, esasında akdi fesâda uğratan bir husustur. Akdin bir faydasının olması şartı, mebî'in vasıflarında bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla bunun yokluğu akdi fesâda götürmektedir.⁸⁰⁵

Bir akitte faydanın oluşmaması çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Cehâlet de akitten beklenen faydanın oluşmasına mani olan hususlardandır. Şöyle ki nizaya sebebiyet veren bir bilinmezlik, teslim ve tesellüme engel olmaktadır. Teslim ve tesellümün gerçekleşmemesi de nizaya sebep olmaktadır. Bunun neticesinde akit, taraflara bir fayda sağlamamaktadır. Akdin faydalanılamaz oluşu ve bir akitte nizanın varlığı da ayrı ayrı birer fesâd sebebidir.⁸⁰⁶ Akdin faydasız hale gelmesine örnek olarak şu verilebilir. 10 gr. altının aynı özellik ve gramda başka bir 10gr. altın karşılığında satışı fâsiddir. Çünkü böyle bir akdin taraflara sağlayacağı herhangi bir fayda yoktur.⁸⁰⁷

⁸⁰³ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâî'*, 6/598; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/5.

⁸⁰⁴ "Bey', vech-i müfid mahsûs... ilâ âhirihi" diye tarif olunup 'müfid' kaydıyla veznen ve sıfaten yekdiğere müsâvî iki mecidiyenin yekdiğeriyle mübadelesi gibi bî fâide bulunan bey' tariftten ihraç olunmuştur. Çünkü bey'de faide bulunmak şart ve faidesiz bey' fâsiddir." Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/134, bk. (Mecelle md. 105).

⁸⁰⁵ "...Nitekim bey'-i muvakkat olmamak ve bey'de fâsid şart bulunmamak ve fayda olmak dahi lazımdır." Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/198, bk. (Mecelle md. 196).

⁸⁰⁶ "Mebî', teslim ve tesellüme muhtaç ise evvela müşterinin mani'-i münaza'a olacak veçhile mâlumu olmak adem-i fesâd-ı bey'de lazımdır. Zira cehâlet-i mebî' teslim ve tesellüme mani ve nizaya müeddi bulunmuş ve akit faydadan hali kalmış olup, nizaya müeddi olan her akit fâsid olur." Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/198, bk. (Mecelle md. 200) .

⁸⁰⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/199, bk. (Mecelle md.200).

B. Hukukî Olan Sonuçlar

Hanefî mezhebinde, anlaşmazlığın söz konusu olduğu bir akdin hukuki sonucu fesâddır. Zira niza kuralı, fesâd teorisinin ruhuna uygun bir husustur. Nizaya sebep olabilecek hususlar barındıran bir akitte, anlaşmazlığa sebep olan durumların ortadan kaldırılmasıyla akdin sıhhatinin önündeki engel kalkmaktadır.

1. Butlân

Hanefî mezhebi dışındaki mezheplere göre bilinmezlik sebebiyle bâtlı kabul edilen akitlerin butlân sebebi sınırlı örneklerde niza ile irtibatlandırılmıştır. Ayrıca bilinmezlik sebebiyle akitlerin bâtlı kabul edilmesinin altında bu mezheplerde fesâd kategorisinin olmaması yatmaktadır. Bu mezheplerin niza ile ilgili görüşleri ilk bölümde işlendiği için bu başlıkta temas edilmeyecektir. Hanefî mezhebinde ise nizanın söz konusu olduğu bir akdin dini hükmü fâsid olduğu için hukuki sonuçlar başlığı altında fesâda ayrıntılı bir şekilde değinilmiştir.

2. Fesâd

Sistematik olarak Hanefî mezhebinde kullanılmış bir kavram olan niza, yine Hanefî mezhebinin üretmiş olduğu fesâd teorisi üzerine konumlanmıştır. Hanefî mezhebinde, akitte çıkan anlaşmazlıkların en önemli hukuki sonucu fesâddır. Bundan dolayı doktrinde; cehâlet, garar, fâsid şart, zarar gibi bir sebepten dolayı taraflar arasında nizanın çıktığı her akit fâsid kabul edilmiştir.⁸¹¹ Bilinmezlik açısından düşünüldüğünde, bir satışın fâsid satış olarak nitelenmesi için semen veya mebî'e dair anlaşmazlığa sebep olacak bir bilinmezliğin olması gerekmektedir. Çünkü tarafların anlaşmazlığa düşmesi, akdin amacı olan teslim ve tesellemün gerçekleşmesine engel olmaktadır. Hangisi olduğu belirtilmeden sürüden bir koyunun veya dört şeyden bir tanesinin satışı örneğinde olduğu gibi,

⁸¹¹ وكلّ عقد يفضي إلى المنازعة يُحكم بفساده bk. Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/391; "Nizaya müeddi olan her akit fâsid olur. Binaenaleyh nizaya müeddi olacak veçhile cehâlet ile meçhul olan malın bey'i fâsiddir. Bir sürüden koyun satmak gibi." bk. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/198.

akde konu olan şeyin tayin edilememesi durumunda mebî'in ne olduğu hususunda anlaşmazlık söz konusu olacak, neticesinde de akit fesâda uğrayacaktır.⁸¹²

Nizaya sebep olacak derecede cehâlet ya da garar içeren bir akit, Hanefî mezhebine göre fâsid kabul edilmektedir. Nizaya sebep olan unsurun ortadan kaldırılması halinde ise akit sahihe dönüşmektedir. Belirsiz husus giderilmediği müddetçe akit hukukî varlık kazanamamaktadır. Çünkü taraflar arasındaki anlaşmazlık, akdin amacı olan teslim ve tesellümün gerçekleşmesine engel olmaktadır. Mesela satış akdinin kuruluş amacı, müşterinin mala, satıcının semene ulaşmasıdır. Nizadan dolayı karşılıklı borçların îfâ edilememesi neticesinde akit fâsid olmaktadır. Fesâd nedeninin ortadan kaldırılmaması durumunda da akit bâtil hale gelmektedir. Yani bu akit hiç kurulmamış kabul edildiği için hukukî netice doğurmamaktadır. Bu yönüyle, nizaya sebep olan husus ortadan kaldırılmadığı sürece nizanın varlığı, akitlerin yokluğuna sebep olmaktadır. Bu yokluk durumu, akitlerden beklenen gaye olan tarafların borçlarını îfâ etmelerine engel olmaktadır. Kâsânî, bu yokluk durumunu *tefâni* şeklinde ifade etmiştir.⁸¹³

Genel hatlarıyla Hanefî fesâd düşüncesinden bahsedildikten sonra, fâsid bir akdin sahihe çevrilebilmesi konusuna temas etmek gerekmektedir. Hanefî fesâd nazariyesinde, fâsid bir akdin sahihe çevrilebilmesi için fesâd sebebinin akdin sulbünde bulunmaması gerekmektedir. Zira böyle bir işlem, fesâd gerekçesi ortadan kaldırılarak sahihe dönüştürülememektedir. Bu anlamda, Hanefî mezhebinde; sahihe dönüşebilmesi açısından fesâdın iki kısımda değerlendirildiği sonucuna ulaşılmıştır.

a. Sahihe Dönüştürülemeyen Fesâd ve Teâtî ve Rıza Yoluyla Sahih

Kabul Edilen Akitler

Hanefî mezhebinde, fâsid akitlerin sahihe çevrilme durumları, fesâd gerekçelerinin akitte bulundukları konumuna göre değişmektedir. Şöyle ki akdin sulbünde olan fesâd, *kavî fesâd* şeklinde isimlendirilmektedir. Böyle bir işlemin sahihe çevrilme ihtimali bulunmamaktadır. Mesela, mütekavvim bir mal

⁸¹² Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, 2/45.

⁸¹³ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi*, 6/599.

karşılığında, semen olarak şarap gibi mütekavvim olmayan bir malın belirlenmesi durumunda fesâd semende,⁸¹⁴ yani akdin sulbündedir. Böyle bir işlemde, şarabı semenden çıkarmakla akit sahihe dönüşmemektedir. Buna karşın, fesâd gerekçesi akdin sulbünde olmayan, taraflardan birine fayda sağlayan şart ve belirsiz vade üzerine yapılan satış akdinde, fesâd sebebi ortadan kaldırılarak akit sahihe çevrilebilmektedir.

Bir akitte fesâd sebebinin akdin sulbünde olması durumunda akdin sahihe dönüştürülememesi, fesâd sebebi akdin sulbünde yer alan her akdin bâtıl kabul edileceği manasına gelmemektedir. Zira Hanefî mezhebinde, kurulmuş bir akdi geçersiz saymamak ve tarafların iradelerinin heder olmasına mani olmak için akdin sahihe dönüşmesi değil, teâtî yoluyla yeni baştan⁸¹⁵ kurulmuş olduğu kabul edilmektedir. Bunun için nizaya sebep olan bilinmezliğin meclis içerisinde giderilip tarafların bu duruma rıza göstererek karşılıklı borçların îfâ edilmesi gerekmektedir. Bu durumda akit, yeni baştan teâtî yoluyla yapılmış gibi kabul edilmektedir. Yoksa ilk akit, cehâletin akitte bulunduğu konumdan ötürü, sahihe dönüşmemektedir.⁸¹⁶ Yakın dönem fıkıh araştırmalarında rastlanılmayan bu bilgi, Hanefî mezhebinin hususiyetlerinden olan fesâd nazariyesinde önemli bir ayrıntıdır. Konuya örnek vermek gerekirse, dört köleden birini satın alma hususunda bir kişiye tayin muhayyerliğinin verilmesi, etiket üzerinde yazan fiyat (rakam) üzerinden satış⁸¹⁷ veya “Dilediğin fiyata sattım.” şeklinde yapılan satışlarda, fesâd gerekçesi akdin sulbündedir. Bu durumda kural olarak akdin sahihe çevrilememesi gerekmektedir. Buna karşın akit meclisi içerisinde semen öğrenilip veya mebî‘ tayin edilip, tarafların bu duruma rıza göstermesi neticesinde

⁸¹⁴ Hanefîler’e göre şarabın semen olması durumunda akdin bâtıl değil, fâsid olmasının nedeni, şarabın semâvî dinlerin bir tanesinde mal kapsamında olduğu içindir. Ayrıca semen akitte amaç (maksûd) değil mebî‘e ulaşmaya bir vesiledir. bk. Böyle olduğu için semenin helaki durumunda akit bâtıl olmazken mebî‘in helaki durumunda akit bâtıl hale gelir. İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 5/50; ayrıca bk. Hannân Yûsuf Muhammed el-Kadîmât, *el-Butlân ve'l-fesâd 'inde'l-usûliyyîn ve eseruhuma fî'l-fikhi'l-İslâmî*, Ürdün: Dârü'n-nefâis, 1423, 252.

⁸¹⁵ وَإِنَّمَا يَتَجَدَّدُ اِعْقَادُهَا

⁸¹⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/90.

⁸¹⁷ يَنْعَقِدُ بَيْنَهُمَا عَقْدٌ اِبْتِدَاءً بِالْاِتْرَاضِ bk. Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/368.

akıt teâtî yoluyla yeni baştan kurulmuş gibi kabul edilmektedir. Yoksa ilk işlemde fesâd gerekçesi izale edilerek akıt sahihe dônüřmemektedir.⁸¹⁸ Bu hususu pek çok Hanefî hukukçusu dile getirmiştir. şemsü'l-eimme el-Halvânî (ö. 452/1060?) de bunlardandır.⁸¹⁹ Türk hukukunda da hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçmek için kural olarak hukuken geçersiz sayılan, fakat kısmen de olsa îfânın gerçekte aradan uzun zaman geçtikten sonra bu sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmenin dürüstlük kuralına aykırı olduğu yönünde Yargıtay kararları bulunmaktadır.⁸²⁰

Fesâd gerekçesi akdın sulbünde olup sahih kabul edilen işlemlerden satış ve icâreyle alakalı iki örnek vermek faydalı olacaktır. İcâreyle alakalı örnek şudur: Bir kişinin akşam vaktine kadar bir at kiralayıp ata kimin bineceğini belirtmemesi durumunda akdın konusu olan menfaate dair aşırı derecede bilinmezlik oluşacağı için akdın fâsid olması gerekmektedir. Buna karşın kiralaayan kişi, ata akşama kadar kendi binmesi durumunda, sözleşmedeki belirsizlik ortadan kalkacağı için akıt istihânen sahih kabul edilmiştir. Zira burada akdi fesâda uğratan illet, cehâletin nizaya sebep olmasıdır. Bu ise ortadan kalkmıştır. Akdi fesâda uğratan illetin ortadan kalkması ile fesâd hükmü de ortadan kalkmış olmaktadır.⁸²¹ Aynı şekilde, bir kişi bir hayvanı, amacını belirtmeden belli bir yere kadar gitmek için kiralsay bu durumda taraflar arasında anlaşmazlık çıkacağı için akıt fâsid olmaktadır. Bunun neticesinde de sözleşme feshedilir. Zira burada akdın konusunda cehâlet söz konusudur. Bununla birlikte kiralaayan kişinin hayvana eşya yükleyip sözleşmede belirttiği yere kadar gitmesi halinde, akdın konusundaki

⁸¹⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/90.

⁸¹⁹ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 7/368.

⁸²⁰ Aksoy-Dursun, *Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 62; “Bir sözleşmenin taraflarından birinin o sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süre gelen davranışları ile karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyi niyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıy ve bu husus yasal himayeden yoksun kalır. Bu durumlarda sözleşmenin geçersizliğine dayanılarak akdın İcrasından kaçınılamaz... olayın özelliğine göre cebri tescil davası kabul edilmelidir...” bk. Yargıtay İBK, Tarih: 21/12/1988, Esas No: 1987/2, Karar no: 1988/2.

⁸²¹ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/48.

nizaya sebep olan cehâlet ortadan kalkmış olacağı için akit sahihe dönüşecektir. Ayrıca akit istihsânen sahih kabul edildiği için ücret olarak ecr-i müsemma gerekmektedir. Zira kural olarak sondaki tayin baştaki tayin gibidir. Neticede kira akdini fâsid kılan husus, anlaşmazlığa sebep olan bilinmezliktir. Akdi ifsâd eden illetin ortadan kaldırılması ile fesâd da ortadan kalkmaktadır.⁸²²

Satış akdi ile ilgili örnek ise şu şekildedir: Mebû'in zâtına dair bilinmezlik, taraflar arasında çözümü zor anlaşmazlıklara sebep olduğu için böyle bir akit, fâsid kabul edilmektedir. Mesela bir satıcı, iki elbiseden veya üç köleden herhangi birini satacak olsa mebû'in zâtına dair bilinmezlikten dolayı akit fâsid olmaktadır. Çünkü böyle bir durumda köle ve kumaş parçaları arasında fâhiş derecede farklılıklar vardır. Bu da müşterinin bunlardan birini almak isterken satıcının farklı birini vermek istemesine, dolayısıyla taraflar arasında niza çıkacağı için akdin tamamlanamayıp fesâda uğramasına sebep olmaktadır.⁸²³ Bununla birlikte satıcı, satışa konu olması hasebiyle bunlardan bir tanesini belirleyerek müşteriye teslim edip müşterinin de bu duruma rıza göstermesi durumunda akit sahih kabul edilmektedir. Zira muâmelât alanında kural olarak rızanın varlığı, nizanın önüne geçmektedir. Bu durumda da akit yeni baştan teâtî ve rıza ile (ibtidâen bey' bi'l-murâdât)⁸²⁴ kurulmuş farz edilmektedir.⁸²⁵ Elbise örneğinde de satıcının "Dilediğin birini alman şartıyla iki elbiseden birini 10 kuruşa sattım." demesi durumunda niza söz konusu olmayacağı için akit sahih kabul edilmektedir.⁸²⁶

b. Sahihe Dönüştürülebilen Fesâd

Akdin sıhhat şartlarından birinde eksiklik olan⁸²⁷ ve bu eksiklik vade gibi akdin harici⁸²⁸ ve arızî⁸²⁹ bir unsurunda bulunup akde bitişik olmayan⁸³⁰ fesâda

⁸²² Aynî, *el-Binâye*, 10/310; Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/205, 206.

⁸²³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/208; Darîr, *el-Garar*, 178.

⁸²⁴ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 6/598, 599.

⁸²⁵ Eski zamanlarda kumaşlar el ile dokunduğu için kıyemî kabul edilmekteydi. bk. Süleyman Muhammed, *Eserü'l-cehâle*, 143.

⁸²⁶ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/24.

⁸²⁷ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/366.

⁸²⁸ Şelebî, *Hâşiye 'ale't-Tebyîni'l-hakâik*, 4/60.

⁸²⁹ Bâbertî, *el-İnâye*, 5/88.

akdin sulbünde olmayan fesâd denir. Fesâd gerekçesi akdin sulbünde olmayan bir akit, fesâda sebep olan husus izale edilerek sahihe dönüştürülebilmektedir.⁸³¹ Mesela; üç günün üzerinde şart koşulan muhayyerlik, îfâ zamanının meçhul vadelere ertelenmesi, süresiz muhayyerlik veya vadesi meçhul olarak belirlenen muhayyerliğin şart koşulması gibi örneklerde fesâd gerekçesi olan bilinmezlik akdin sulbünde olmadığı için bu işlemler sahihe çevrilebilir.⁸³² Hacıların geleceği vakit, hasat vakti gibi vakitlerin îfâ zamanı olarak belirlenmesi durumunda vadedeki bilinmezlik taraflar arasında nizaya sebep olduğu için akit fâsid olmaktadır. Bununla birlikte fesâd gerekçesi akdin sulbünde olmadığı için akit sahihe dönüştürülebilmektedir.⁸³³ Ömer Nasuhi Bilmen (1883/1971), akdin sahihe dönüşmesinde, onu ifsâd eden illet olan nizaya sebep olan cehâletin ortadan kaldırılması gerektiğini şu sözlerle ifade etmiştir:

“...Bu suretle cehâlet önlenmiş olmaktadır. İcâreyi ifsâd eden, nizaya sebep olan cehâlettir. Bu cehâlet ise bu durumda ortadan kaldırılmıştır. Akdi ifsâd eden illetin ortadan kalkmasıyla fesâd da ortadan kalkmış olmaktadır.”⁸³⁴

Zayıf fesâda bir örnek de muhayyerlikler konusundan verilebilir. Ebû Hanîfe’ye göre muhayyerlik süresi üç günle sınırlıdır. İmâmeyn ise süresi belirtildikten sonra üç günden fazla da muhayyer olunabileceği görüşündedir. Bu minvalde, bir kişi muhayyerlik süresini belirtmeden bir satış yapması durumunda, işlem fâsid olmaktadır. İmâmeyn’e göre, bu akdin sahihe çevrilebilmesi için birkaç gün geçtikten sonra muhayyerlik sahibinin muhayyerlik hakkını düşürmesi gerekmektedir.⁸³⁵

Akitlerin sahihe dönüşmesi için fesâdın giderileceği zaman dilimi de önemlidir. Bu anlamda, bazı akitlerde fesâd sebebinin akdin in‘ikadından hemen sonra, meclis dağılmadan düzeltilmesi gerekirken bazı akitlerde meclis sonrasında da akdin düzeltilme imkânı vardır. Şöyle ki zamana bağlı bir akitte cehâlet;

⁸³⁰ Aynî, *el-Binâye*, 8/214.

⁸³¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/380, 381.

⁸³² Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi*, 7/33.

⁸³³ Merginânî, *el-Hidâye*, 2/51.

⁸³⁴ Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye*, 6/205, 206.

⁸³⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/236, bk. (Mecelle md. 238).

“harman zamanı”, “hasat zamanı” gibi az bilinmezlik içerse de hasadın dönemi az çok bilindiği, fakat hangi gün olduğu tam olarak tespit edilemediği için satış akdi fâsiddir.⁸³⁶ Bununla birlikte akit, hasat zamanı gelene kadar feshedilememektedir. Bu zaman gelmeden önce vadedeki cehâlet giderilirse akit sahihe dönüşmektedir. Çünkü fesâd, zikri geçen sürenin gelmesiyle kalıcı hale gelecektir. Bunun izalesi ile akit sahihe dönüşmektedir. Aynı şekilde Ebû Hanîfe’ye göre belli bir vakitle sınırlanmayan ya da “ebediyen” veya “Günlerce muhayyerim.” denen bir şart muhayyerliğinde, muhayyerlik talebinde bulunan kişinin üç gün geçmeden muhayyerliğini iptal etmesi durumunda akit sahihe dönüşmektedir. İmâmeyn’e göre ise muhayyerliğin sınırı, üç gün veya vadesi bilinen bir zaman dilimi olduğu için muhayyerlik sahibi muhayyerliğini iptal eder ve “4 gün, 5 gün” gibi tarafları anlaşmazlığa sevk etmeyecek şekilde bilinen bir vakit tayin ederse akit sahihe dönüşmektedir. Buna karşın vadesi; “yağmurun yağması”, “rüzgârın esmesi” gibi garar ve fâhiş cehâlet barındıran bir akit fâsiddir. Bu akdin sahihe dönüşmesi için meclis dağılmadan fesâd nedeni ortadan kaldırılmalıdır. Aynı şekilde etiket fiyatına (bey’u’r-rakam) satılan ama müşterinin fiyatını bilmediği bir satış akdindeki fesâd, ancak meclis dağılıp müşteriler meclisten ayrılmadan fiyat belirtilerek sahihe dönüştürülebilmektedir. Bu iki akdin baştaki akitlerden farkı, hasat zamanına kadar yapılan akitte niza vadenin hangi zaman diliminde olduğundan değil, hangi gün olduğundan kaynaklanmaktadır. Bunun için o gün belirlenene kadar akit feshedilememektedir. Çünkü vadenin gerçekleşip gerçekleşmemesi ile ilgili bir belirsizlik bulunmamaktadır. Yağmurun yağması, rüzgârın esmesi gibi vade konulan akitlerdeki nizanın kaynağı, bu hava olaylarının olup olmaması ile ilgili belirsizlik durumu, yani garardır. Ayrıca eski zamanlarda bu günlerin yaklaşık olarak da bilinmesi mümkün değildir. Dolayısıyla rakam satışında olduğu gibi müşterinin fiyat ile ya da zaman ile ilgili az çok bir bilgisinin olmadığı akitlerdeki nizanın çıkması kaçınılmazdır. Bu

⁸³⁶ Bağdat ve bazı Maveraünehir Hanefî âlimlerine göre akit fâsid olarak kurulup fesâd nedeni ortadan kaldırılınca sahihe dönüşür. Horasan ve çoğunluk Mâveraünnehir âlimlerine göre ise böyle bir illet ile malul bir akit, cehâlet giderilene kadar sahihe dönüşmez, mevkuf kabul edilir. bk. Kâsânî, *Bedâi’ü’s-sanâi*, 7/33.

yüzden, rüzgârın esmesine kadar bir zaman tanımak nizaya sebep olacağı için hemen meclis içerisinde bu hususların düzeltilmesi gerekmektedir.⁸³⁷



⁸³⁷ Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, 7/33.

SONUÇ

“İslâm Borçlar Hukukunda Niza” adlı bu çalışmada, özellikle Hanefî fesâd teorisinde önemli bir yere sahip olan ve muâmelât alanındaki anahtar kavramlardan olan *niza* konusu incelenmiştir. Ulaşılan neticeler; fıkıh mezheplerinde nizanın mahiyeti, önemi, akit teorisindeki yeri, özel akitlere olan etkisi ve Kara Avrupası hukuk sistemlerinde niza algısı etrafındadır.

Bu çalışma neticesinde, mezheplerin niza anlayışının net bir şekilde ortaya koyulması amaçlanmıştır. Öncelikle, çalışmamızın yargılama hukukunun temeli olan anlaşmazlıkların çözülmesi ilkesinin kapsamı dışında olduğunu belirtmek gerekmektedir. Niza, insanlar arasındaki herhangi bir anlaşmazlık durumunu değil, akitteki belirsizliklerin tarafların eşit derecede hak iddia etmesine sebep olarak akdın îfâsına engel olduğu çözümü güç anlaşmazlıkları kapsamaktadır. Nizanın karakteristik örneği olarak, sürüden hangisi olduğu belli olmayan bir hayvanın satışında, satıcı daha çelimsiz bir koyunu vermek isterken müşterinin en besili olanı almak istemesi ve gerekçe olarak akitteki genel ifadeyi öne sürmesi gösterilebilir.

Bu tez, İslâm hukukunun akit sistematiği konusunda şu tespitleri içermektedir:

1) Niza teorisini kuran, geliştiren ve belirsizlikle ilgili her işlemin sıhhatine niza penceresinden bakan mezhebin Hanefî mezhebi olduğu ortaya çıkmıştır. Bu durum, onlara özgü olan fesâd teorisinin de gerektirdiği bir husustur. Çünkü anlaşmazlığın çıkmasına imkân sağlayacak şekilde kurulan, diğer bir ifadeyle niza ihtimali taşıyan bir akit fesâda uğramaktadır. Anlaşmazlığa sebep olacak durumun izale edilmesiyle de akdın sıhhati temin edilebilmektedir. Diğer mezheplerde ise kullanımı sınırlı olmakla birlikte akitlerin hükümlerini illetini açıklama sadedinde niza ilkesinin bazı konularda esas alındığı görülmektedir. Ayrıca nizanın geçtiği örneklerin aynı konular olması, fakihlerin bu yorumlarda birbirlerinden etkilendikleri izlenimini uyandırmaktadır. Yapılan detaylı araştırmalarda, Mâlikî mezhebinde niza ilkesinin bir kural olarak fıkhi meseleleri temellendirmede esas alındığına dair bir bilgi ya da kullanıma rastlanılamamıştır.

Diğer mezhepler ise çoğu zaman, Hanefîlerin niza ile ilgilendirdikleri meselelerde, nizanın çıkıp çıkmayacağına dikkat çekmeksizin onun doğal sonucu olan şeyleri öne sürmüşlerdir. Bundan dolayı, akitte cehâlet söz konusu olmasına rağmen akde olan ihtiyacı, akdin sahih kabul edilmesinin gerekçesi olarak yorumlamışlardır. Oysaki Hanefî mezhebinde, ihtiyaç veya örfün tek başına varlığı ile değil, bunların akitte bulunması anlaşmazlığın çıkmasına engel olduğu için akit sahih kabul edilmiştir. Bu da sözü edilen mezheplerde her ne kadar açıkça ifade edilmese de bir niza ilkesi olduğunu, fakat bunu Hanefîler kadar geliştirip aktif olarak kullanamadıkları sonucunu ortaya koymaktadır.

2) Hanefî fıkıh düşüncesinin geliştirdiği niza kuralı, akitlerin sıhhati konusunda şemsiye bir kavramdır. Oldukça esnek bir kural olan niza, tüm zaman ve toplumlarda akitlerin hukuki bir çerçevede kurulmasına imkân sağlamaktadır. Şöyle ki Hanefî mezhebinde, akdin unsurlarının mutlak bir surette belirlenmiş olması değil nizayı önleyecek şekilde belirtilmesi şart koşulmuştur. Dolayısıyla şerî sınırlar içerisinde olma şartıyla nizaya sebep olmayan bilinmezlikler akdi olumsuz etkilememektedir. Mesela, bir toplumda bir malın ifâ mekânının belirlenmemiş olması, o konudaki örfün varlığından dolayı anlaşmazlığa sebep olmuyorsa bu işlem sahih kabul edilir. Aynı şekilde, klasik kaynaklarda belirlenmiş olması şart koşulan hususlar, günümüzde nizaya sebep olmuyorsa bunların belirlenmesi şart değildir.

3) Hanefî mezhebinde, akitlerin müzâyaka/mümâkese ve müsâmaha/mürûte dayanan akitler şeklinde incelendiği tespit edilmiştir. Sıkı pazarlıklara (mümâkese/müzâyaka) dayalı akitler, karşılıklı menfaat kaygılarının üst seviyede olması nedeniyle hassas şartların hâkim olduğu ve belirsizliklerden kaynaklı olarak anlaşmazlıkların sık yaşanabileceği işlemlerdir. Satış, icâre ve selemin örnek gösterilebileceği bu akitler, son dönemde bazı İslâm hukukçuları tarafından, *çıkâr çatışmasına dayalı akitler* olarak ifade edilmiştir. Bu işlemlerdeki belirsizliklere karşı esnek davranılmamakta ve taraflardan her biri kendi menfaatine uygun olacak şekilde hak iddia edebilmektedir. Diğer grup ise nikâh, köle azadı, sulh akdi gibi, akitteki belirsiz hususlara karşı tarafların müsâmaha ve hoşgörüsüne (müsâmaha/mürûet) dayalı, dolayısıyla daha esnek

şartların hâkim olduğu akitlerdir. Bu işlemlerde, müzâyakalı akitlerde söz konusu olan pek çok hususa, akdin ruhuna uygun olarak müsâmağa gösterilmiştir. Kuşkusuz bu sınıflandırma, niza kıtası göz önüne alınarak yapılmıştır. Mesela, müsâmahalı akitlerde müzâyakalı işlemlerin pek çoğunda cehâletin söz konusu olmasına rağmen akdin fesâda uğramayışı, bu akitlerin müsâmahaya dayanması neticesinde taraflar arasında anlaşmazlık çıkmamasına dayanmaktadır. Bu tasnif, son dönemdeki çalışmalarda rastlanan, muâvazalı ve teberruât akitleri şeklindeki sınıflandırmadan farklılık arz etmesi açısından önemlidir.

Akitlerin tasnifinde dikkat çeken başka bir husus da müzâyaka ve müsâmahaya dayalı akitlerin anlaşmazlığın çıkma ihtimaline göre kendi içerisinde; *sıkı* ve *daha esnek* şeklinde sınıflandırılmasıdır. Mesela, müzâyakaya dayalı akit olmalarına rağmen icâre akdi, satış akdine göre daha esnek kurallara sahiptir. Aynı şekilde, müsâmahaya dayalı akit olmalarına rağmen hibe akdi, ıskata göre daha sıkı kurallara sahiptir.

4) Bir akitteki bilinmezlik ya da başka bir husustan dolayı teslimi mani olan bir anlaşmazlığın çıkmaması, akdin sıhhati için yeterli değildir. Bunun için en başta akdin hukuki sınırlar içinde olması gerekmektedir. Aksi takdirde, ribâ içeren veya doğmamış yavruların satışı gibi hakkında nas bulunan bazı gararlı işlemlere tarafların rızasının olması bunları meşrulaştırmaz.

5) Niza ile ilgili ulaşılan önemli sonuçlardan biri de akdin fesâda uğramasında nizanın üstlendiği roldür. Hanefî mezhebinde, kural olarak nizanın söz konusu olduğu her işlemin fâsid kabul edilmesi, nizanın tek başına bir illet olduğunun en önemli göstergesidir. Bu anlamda niza, bilhassa cehâlet ve cehâlet kaynaklı garar işlemlerinin fesâd gerekçesidir. Fıkıh kitaplarında, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olan hususun giderilmesiyle akdin sahihe dönüşmesi izah edilirken gerekçe olarak akdin fesâdını gerektiren illetin niza olduğu ve bunun giderilmesiyle (zevâl) akdin sahihe dönüşeceği açıkça vurgulanmıştır. Nizanın cehâlet ve cehâlet kaynaklı garar dışında, fâsid şartlar ve temelinde bilinmezlik olup taraflara zarar veren bazı işlemlerin sıhhatini belirlemede de illet olduğu görülmektedir. Burada her ne kadar nizanın etki alanını fâsit şart, garar ve zararlar

genişletmeye çalışsak da niza esasında cehaletin ve cehâlet kaynaklı diğerkhususların sıhhatini belirleyen bir kıstastır.

Nizanın aynı zamanda hikmet boyutu vardır. Bu anlamda, nizanın hangi noktaya kadar hikmet, hangi noktadan sonra illet olduğunun ortaya koyulması gerekmektedir. Bu bağlamda, ilke olarak tüm cehâlet ve garar barındıran işlemlerin yasaklanma hikmetlerinden birinin nizanın önlenmek istenmesi olduğu söylenebilir. Buraya kadar hikmet çerçevesinde değerkendirilen niza kavramı yukarıda ifade edildiği üzere aynı zamanda cehâlet içeren işlemlerin yasaklanma illetidir.

6) Niza teorisinde, özellikle verme borcu doğuran satış ve selem gibi işlemlerde teslim ve tesellümün, yapma borçlarında da ifânın anahtar bir kavram olduğu ortaya çıkmıştır. Satış işlemi üzerinden ifade edilecek olursa belirsizliğin nizaya sebep olduğu bir akitte, akdin amacı olan teslim ve tesellüm gerçekleşmeyecektir. Bunun neticesinde de akitten beklenen amaç gerçekleşmeyeceği için baştan bu işlem fâsid kabul edilmiştir. Bu hususa en fazla temas eden fakihin Kâsânî olduğu gözlemlenmiştir Kâsânî, nizaya sebep olan cehâleti ifade etmek için, *teslime mani olacak nizaya sebep olan cehâlet* ifadesini kullanmıştır. Niza, teslim ve tesellüme engel olduğu için teslim ve tesellümü gerekmeyen mallardaki belirsizlikler, doğal olarak nizaya sebep olmamaktadır. Bundan dolayı, teslim ve tesellüm gerektirmeyen bazı sulh akitlerinde akdin konusu teslimi gereken bir şey olmadığı için bunun meçhul olmasıyla taraflar arasında anlaşmazlık çıkmamaktadır.

7) Nizanın akitlerin hukuki neticelerine önemli etkileri vardır. Hanefî mezhebi açısından bakıldığında, anlaşmazlığın çıktığı akitlerin hukuki neticesinin fesâd olduğu ortaya çıkmıştır. Diğerk mezheplerde ise nizanın çıktığı akitler bâtıl olarak değerkendirilmiştir. Hanefî mezhebine göre nizanın çıktığı akitlerin fesâd kapsamında değerkendirilmesi, fesâd teorisinin de bir sonucudur. Zira akitte çıkan anlaşmazlık çözüme kavuşturulabiliyorsa akit sahih hale gelmektedir.

8) Bir akitteki niza ihtimali neticesinde fâsid olarak nitelenen bir akdin sahihe dönüşmesi için fesâd gerekçesinin akdin sulbünde olmaması gerekmektedir. Akdin sulbünde olan fesâd sebebi kaldırılıp akit sahihe

dönüştürülememektedir. Durum böyle olmakla birlikte, kurulmuş bir akdi geçersiz saymamak ve tarafların iradelerinin heder olmasına engel olmak için fesâd sebebi akdin sulbünde olan akitlerin bâtil olmadığı, mevcut sözleşmeye tarafların rızası bulunduktan sonra akdin teâti yoluyla yeni baştan kurulmuş olduğu farz edilmektedir. Bu tespit, Hanefî mezhebinin özelliklerinden olan fesâd nazariyesinde, akdin sulbünde olan fesâdın sahihe dönüşmeyeceği şeklindeki kabulün hatalı olduğu sonucunu vermektedir.

9) Hanefî mezhebinin akitlerde çıkacak muhtemel anlaşmazlıkların önüne geçmek için hassas tedbirler içeren kurallar koyması ve bu işlemleri fâsid olarak kabul etmesinin temel amaçlarından birinin mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu özellik, diğer fıkıh mezhepleri arasında ve Kara Avrupası sistemlerinde karşılığı olmayan bir husustur. Zira gerek Türk, gerek İsviçre ve Alman borçlar hukukundaki kabule göre, iki taraf avukat tutsa bile bir sözleşmenin taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmadan ve boşluk içermeden kurulma ihtimali düşüktür. Sözleşmenin esaslı unsurlarında, tarafların akit kurma iradeleri bulunduktan sonra ikincil unsurlardaki boşluklar sözleşmenin kurulmasına engel değildir. Hatta İsviçre-Alman ve Türk borçlar hukuku doktrinindeki bazı görüşlere göre, imkânsız kabul edildiği için tarafların akdin esaslı unsurlarında bile tam olarak anlaşmaları şart değildir. Türk borçlar kanunundaki bazı maddelerde de düzenlenmiş olan satış sözleşmesinde semenin belirlenmeden kurulması buna örnektir.

Hukuk sistemlerinde, oluşabilecek muhtemel anlaşmazlıkların cüz'î meseleler üzerinden tek tek tespit edilmesi gibi bir hukuk mantığıyla karşılaşılmamaktadır. İsviçre ve Türk borçlar hukukunda bu mümkün bir şey kabul edilmemektedir. Buna karşın Hanefî mezhebinde, fukaha ekolünün bir yansıması olarak daha ilk dönemden itibaren her akdin yapısına uygun belirlenmesi gereken ve belirsiz bırakılması durumunda insanları anlaşmazlığa düşürecek noktalar ayrıntılı olarak tespit edilmiştir. Muhtemel anlaşmazlık durumları tespit edilerek insanların sözleşmelerini kurarken doktrinde işaret edilen bu hususlara hassasiyetle dikkat etmeleri gereken hususlar hükme bağlanmıştır. Bu sayede, hukuki işlemlerin taraflar arasında hızlı ve mahkemeye yansımadan

12) Tezimizde, bizden önceki çalışmalarda yer almayan ya da hatalı olarak ele alındığını düşündüğümüz tespitler şu şekilde sıralanabilir:

a. Anlaşmazlıklara sebebiyet verme noktasında önemli bir yere sahip olan cehâletin nizayla olan ilişkisine dair şu sonuçlara ulaşılmıştır: Akitlerde nizanın en çok karşılaşıldığı husus, akdin unsurlarındaki bilinmezliktir. Durum böyle olmakla birlikte cehâlet, akdin fâsid oluşunu gerektiren tek sebep değildir. Garar, cehâlet kaynaklı zarar ve fâsid şartlar da nizaya sebep olmaktadır.

b. Hanefî mezhebinde, cehâletin bir akitte bulunması nizaya sebep olması için tek başına yeterli değildir. Dolayısıyla burada vurgulanması gereken husus, akdin fesâdına sebebiyet veren illetin niza olduğudur. Allah Teâlâ'nın alış verişlerin rızaya dayalı olması gerektiği yönündeki emri ve fıkıh kitaplarında geçen, nizanın söz konusu olduğu her işlemin akdi fâsid kılacağı bilgisi, bunun delilidir. Zira akitte çıkan niza neticesinde borcun îfâsı gerçekleşmeyeceği için işlem fesâda uğramış olacaktır. Durum böyle olmakla birlikte, teslimi mani olan nizanın akitlerdeki en büyük sebebi cehâlettir. Bundan kaynaklı olarak bilinmezlik nedeniyle akdi fesâda uğratan şeyi doğru ve tam olarak ifade etmek için “cehâlet” yerine, hicrî 6. asırdan itibaren, *nizaya sebep olan cehâlet* tabirinin kullanılması doğrudur. Sınırlı olmakla birlikte; fâsid şart ve büyük oranda bilinmezlik kaynaklı olan garar ve zararın akdi ifsâd etmesinde de belirleyici olan nizadır. Bu konularla ilgili ayrıntılar ilgili başlıklarda incelenmiştir.

c. Son dönemde yapılan çalışmalarda, cehâletin dereceleri ile ilgili; *fâhişe*, *mutavassıta*, *yesîre* şeklindeki tasnifin nizaya dayandırılarak yapılmış olduğu bilgisinin yanlış olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Bu bakış açısının Karâfî'ye dayandırıldığını görüyoruz. Bununla birlikte, onun bu sınıflandırmayı nizaya göre yaptığına dair bir bilgiye ulaşılamamıştır. Dolayısıyla bu sınıflandırmada, Hanefî mezhebi açısından esas alınan bir ölçüt olan nizanın tüm mezheplerde geçerli bir kural olarak öne sürülmesi söz konusudur.

d. Çalışmamamızda akdi fâsid kılan bilinmezlik türünün aşırı bilinmezlik (cehâlet-i fâhişe) değil, nizaya sebep olan cehalet olduğu tespit edilmiştir. Bundan dolayı, cehâlet-i fâhişenin akdin fesâdına sebep olan cehâlet; cehâlet-i yesîrenin ise akdin sıhhatini etkilemeyen cehâlet şeklinde tanımlanması hatalıdır. Öncelikle, Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerde bu kavramlar değil; “müessir garar”, “çok garar” gibi ifadelerle rastlanmakta ve bilinmezliğin akdi ifsâd etmesinde belirleyici olarak büyük oranda niza değil, ihtiyaç, meşakkat ve örf gibi amiller ileri sürülmektedir.

13) Nizanın klasik akitlerde, akdin sıhhatini belirleyen temel ölçü olduğunun tespiti, belirsizlik bağlamında yeni akitler ve muâmelât alanındaki pek çok işleme verilecek fetvalarda niza kuralının dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır.

“İslâm Borçlar Hukukunda Niza” adlı bu çalışmanın başta Hanefî fesâd düşüncesi olmak üzere, akitlerin sıhhati hususunda yapılacak olan çalışmalara katkı sunması ve hükümsüzlük teorisi alanıyla ilgili bir boşluğu doldurması umulmaktadır.

KAYNAKLAR

- Aksoy-Dursun, Sanem. *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. 4 Cilt. İstanbul: Osmanlı Yayınevi, t.y.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. bs. İstanbul: Beta, 2013.
- Apaydın, H. Yunus. “Muhayyerlik”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 25-30. c. 31. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Apaydın, Hacı Yunus. “Fesâd”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 1995.
- Apaydın, Hacı Yunus. “Karz”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2001.
- Apaydın, Yunus. *İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 1989.
- Aral, Fahrettin-Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 11. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Arı, Abdüsselam. “Rıza”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2008.
- Atamer, Yeşim M. “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulmasına İlişkin Düşünceler”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası* 63 (2005).
- Atar, Fahrettin. “Hul”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2005.
- Atar, Fahrettin. “Mükâtebe”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yay., 2006.
- Aybakan, Bilal. “İfa”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2000.
- Aybakan, Bilal. *İslâm Hukukunda Borçların İfası*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996.

- Aybakan, Bilal. “Mebî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aybakan, Bilal. “Selem”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2009.
- Aynî, Ebû Muhammed Bedruddîn Mahmûd b. Ahmed. *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*. Thk. Eymen Salih Şa'ebân. 13 Cilt. b.y., Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1420.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd. *el-İnâye*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru Sâdır, 1316.
- Bâcî, Ebû'l-Velîd Süleyman b. Halef. *el-Müntekâ*. 7 Cilt. Mısır: Matbaatü's-Saâde, 1332.
- Bardakoğlu, Ali. “Bey”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 1992.
- Bardakoğlu, Ali. “Butlân”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 1992.
- Bardakoğlu, Ali. “İcâre”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2000.
- Başoğlu, Tuncay. “Tahrîc”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2010.
- Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyin. *es-Sünenü'l-kübrâ*. 11 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1424.
- Bilgili, İsmail. “İslâm Hukukunda Ma'dumun Satışı”. 8 (2006): 211-238.
- Bilmen, Ömer Nasûhi. *Hukuk-u İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmusu*. 8 Cilt. İstanbul: Enes-Sarmaşık, t.y.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl el-. *Sahîhü'l-Buhârî*. 3 Cilt. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnûs. *Keşşâfü'l-kınâ' 'an metni'l-İknâ'*. 6 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Alemi'l-kütüb, t.y.
- Burhâneddin el-Buhârî, Mahmûd b. Ahmed. *el-Muhîtü'l-Burhânî fî'l-fikhi'l-Nu'mânî*. Thk. Abdülkerîm Sâmî Cündî. 9 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1424.

- Câbullâh, Semîr Abdünnûr. *Devâbitü's-semen ve tatbikatühü fî 'akdi'l-bey'*. Riyad: Dâru Küñüzi işbiliya, 1426.
- Celâlüddîn es-Suyûtî, Abdurrahmân b. Ebî Bekr. *ed-Dürrü'l-mensûr fî't-tefsîr bi'l-me'sûr*. 17 Cilt. Kahire: Merkezu Hicr, 2003.
- Cevherî, Ebû Nasır İsmail b. Hammâd. *es-Sihah tâcü'l-lüga ve sıhâhü'l-'Arabiyye*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru'l-İlm, 1407.
- Çeker, Orhan. *İslâm Hukukunda Akitler*. Konya: Tekin Kitabevi, 2014.
- Çelebî, Sâdî. *Hâşiye 'ale'l-İnâye fî şerhi'l-Hidâye*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru Sâdır, 1316.
- Dârimî, Abdullah b. Abdurrahman b. Fazl. *Sünenü'd-Dârîmî*. İstanbul: Çağrı Yayınları-Dâru Sahnûn, 1992.
- Darîr, es-Siddîk Muhammed el-Emîn. *el-Garar ve eseruhu fî'l-ukûd fî'l-fikhi'l-İslâmî*. Cidde, y.y., 1416.
- Desûkî, Muhammed b. Ahmed. *Hâşiyetü'd-Desûkî 'ale's-Şerhi'l-kebîr*. 4 Cilt. Dâru'l-Fikr, t.y.
- Döndüren, Hamdi. "Müsâkat". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, t.y.
- Dönmez, İbrahim Kâfî. "Cehalet". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 219-222. c. 7. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Dönmez, İbrahim Kâfî. "Garar". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 1996.
- Ebû Dâvûd, Ebû Dâvûd Süleymân. *Sünenü Ebî Dâvûd*. 5 Cilt. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.
- Ebû Hilâl Askerî, el-Hasen b. Abdilâh. *el-Furûku'l-luğaviyye*. Thk. Muhammed İbrahim Selim. Kahire: Dâru'l-İlm, t.y.
- Efendi, Mehmed Vehbi. *Hulâsatü'l-beyân fî tefsîri'l-Kur'ân*. 15 Cilt. b.y., Üçdal Neşriyat, t.y.
- el-Furûku'l-lügaviyye, el-hâvî li kitâbi Ebî Hilâl el-Askerî ve cüz'en min kitabi Seyyid Nûreddîn el-Cezâirî*. Thk. Beytullah Beyyât. Kum: Müessesetü'n-Neşri'l-İslâmî, 1412.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2010.

- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 23. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 4. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Fahrettin. "Sulh". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2009.
- Faruqi, Harith Suleiman. *Faruqi's Law Dictionary*. Beyrut: Librairie Du Liban, 1986.
- Ferâhidî, Halil b. Ahmed. *Kitâbü'l-^cayn*. Beyrut: Müessesetü'l-A^clemî, t.y.
- Firûzâbâdî, Muhammed b. Ya^ckûb. *el-Kamûsü'l-muhît*. 1 Cilt. Müessesetü'r-Risâle, 2005.
- Gamal, Mahmoud A. "An Economic Explication of the Prohibition of Gharar in Classical Islamic Jurisprudence". *Islamic Economic Studies* VOL. 8/2 (2001).
- Gazzâlî, Hüçetü'l-İslâm Ebû Hamîd Muhammed b. Muhammed. *el-Müstasfâ min ^cilmi'l-usûl*. Thk. Muhammed b. Süleymân el-Eşkar. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1417.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 3. bs. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Güney, Necmeddin. "İslam Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehâlet ve Akde Etkisi". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 16 (2010): 491-502.
- Güney, Necmeddin. *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar*. Konya: Aybil, 2019.
- Hacak, Hasan. "İlahiyat Fakültelerinde Eşya ve Borçlar Hukuku Dersi Müfredatı". *Kelâm İlmi ve İslâm Hukukunda İçerik Sorunları*. İstanbul, 2017.
- Haccâvî, Mûsa b. Ahmed. *el-İknâ^c fi'l-fikhi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel*. (Beyrut: Dârü'l-Ma^crife, t.y.).
- Haçkalı, Abdurrahman. "İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi". *Dinî Araştırmalar* 5/13 (2002).
- Haçkalı, Abdurrahman. *İslâm Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar*. Yüksek Lisans Tezi, 19 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995.

- Haçkalı, Abdurrahman. *İzzüddîn b. Abdisselâm'da Maslahat Nazariyesi*. Doktora Tezi, 19 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999.
- Haçkalı, Abdurrahman. *Şâtîbî'de Makâsîd ve Fıkıh Usûlü*. İstanbul: Rağbet, 2010.
- Haddâd, Ebû Bekir b. Ali. *el-Cevheretü'n-neyyire*. b.y., Matbaâtü'l-Hayriyye, 1322.
- Hâkim en-Nîsâbü'rî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh. *el-Müstedrek 'ale's-Sahîhayn*. Thk. Mustafa Abdülkadîr 'Atâ. 4 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1411.
- Hattâbî, Ebû Süleymân Ahmed b. Muhammed. *Ma'rîfetü's-sünen ve'l-âsâr*. Thk. Abdü'l-mu'î Emîn Kal'acî. 15 Cilt. Beyrut: Dâru Kuteybe, 1412.
- Herrâsî, Şemsü'l-imam Ali b. Muhammed. *Ahkâmü'l-Kur'ân*. 4 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1403.
- Hey'et. *el-Fetâva'l-Hindîyye*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 2000.
- Heyet. *Mu'cemu mustalâhati'l-‘ulûmi's-şer'îyye*. 4 Cilt. Riyad: Medînetü Melik Abdülazîz, 2017.
- İbn Abdisselâm, İzzüddîn Ebû Muhammed Abdülazîz b. Abdisselâm. *Kavâ'idü'l-ahkâm fî mesâlihî'l-enâm*. Thk. Nezih Kemâl Hammâd ve Osmân Cum'a Dâmîriyye. 2 Cilt. Şam: Dârü'l-Kalem, 1421.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer. *Mecmu'âtü resâil-i İbn Âbidîn*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsî'l-Arabî, t.y.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer. *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-‘absâr*. 8 Cilt. İstanbul: Kahraman Yay., 1984.
- İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekir. *Musannef*. Nşr. Muhammed Avvâme. 26 Cilt. Cidde: Dârü'l-kible, 1427.
- İbn Kayyım, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr. *İ'lâmü'l-muvakkûn 'an rabbi'l-‘âlemîn*. 7 Cilt. Suudî Arabistan: Dâru İbni'l-Cevzî, 1423.
- İbn Kudâme, Ebü'l-Ferec Abdurrahmân b. Muhammed. *eş-Şerhu'l-kebîr*. Thk. Abdülmuhsin et-Türkî. 30 Cilt. Mısır: Dâru Hicr, 1415.
- İbn Kudâme, Muvaffukuddîn Abdullah b. Ahmed. *el-Kâfî fî fikhi'l-Ahmed b. Hanbel*. 4 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1414.

- İbn Kudâme, Muvaffukuddîn Abdullah b. Ahmed. *el-Muğnî*. 14 Cilt. Beyrut: Dârü'l Fikr, 1412.
- İbn Mâce, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd. *Sünenü İbn Mâce*. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.
- İbn Melek, Ferišteoğlu. *Şerhu Mecmai'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*. Nşr. İlyas Kaplan. Dârü'l-Kütübi'l-ilmiyye: Dârü'l-Kütübi'l-ilmiyye, 2005.
- İbn Müflih, Ebû İshâk Burhânüddîn İbrâhîm b. Muhammed. *el-Mübdî fî şerhi'l-Mukni*. Beyrut: Dâru Alemi'l-kütüb, 1423.
- İbn Nüceym, Sirâcüddîn Ömer b. İbrâhîm. *en-Nehrü'l-fâik*. Thk. Ahmed °Azv İnâye. 3 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmiyye, 1422.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm. *el-Bahrü'r-râ'ik*. 8 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kitâbi'l-İslâmî, t.y.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed. *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*. Thk. Heysem Cum'a Hilâl. Beyrut: Dâru Mektebeti'l-meârif, 1433.
- İbn Rüşd el-Ced, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed. *el-Mukaddimâtü'l-mümehhidât*. Thk. Said Ahmed A°râb. 3 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1408.
- İbn Teymiyye, Ebû'l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm. *Nazariyetü'l-°akd*. Thk. Muhammed Nasirüddîn el-Elbânî. b.y., t.y., 1386.
- İbnü'l-Hümâm, Kemalüddîn Muhammed b. Abdilvâhid. *Fethu'l-kadîr*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru Sâdır, 1316.
- “i°tiyâz”. *el-Mevsûatü'l-fikhiyye*. Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve'ş-Şuuni'l-İslâmiyye, 1406.
- İşleten, Mehtap İpek. *Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Doktora Tezi, 2009.
- Kadıızâde, Ahmed Şemseddîn. *Netâ'icü'l-efkâr fî keşfi'r-rumûzi ve'l-efkâr (Fethu'l-kadîr ile birlikte)*. Bulak: Matbaatü'l-Kübra, 1318.
- Kadîmât, Hannân Yûsuf Muhammed. *el-Butlân ve'l-fesâd inde'l-usûliyyîn ve eseruhuma fî'l-fikhi'l-İslâmî*. Ürdün: Dârü'n-Nefâis, 1423.
- Kadri, Hüseyin Kazım. *Türk Lügati*. 4 Cilt. İstanbul: Cumhuriyet Matb., 1945.

- Kahya, Hatice Kübra. *İslam Borçlar Hukukunda Selem*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Kal'acî, Muhammed Revvâs. *Mu'cemu lugeti'l-fukahâ* (Ürdün: Dârü'n-nefâis, 1988/1408)
- Kallek, Cengiz. "Dânek". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 1993.
- Kaplan, İbrahim. *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Karâfî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs. *Envârü'l-burûk fî envâ'i'l-furûk*. 4 Cilt. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1418.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslâm Hukuku*. 3 Cilt. İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd. *Bedâ'i'u's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi'*. 3. bs, 10 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmiyye, 2010.
- "Kemhâ". *Kubbealtı Lügatı*. Erişim: 06 Şubat 2020. <http://www.lugatim.com/s/kemha>.
- Kocağa, Köksal. "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 79 (2008).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme*. Dördüncü bs.'den 7. Tıpkı bs. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr. *et-Tecrîd*. 1 Cilt. Kahire: Dârü's-Selâm, 1424.
- Kumaş, Ali. *İslâm Borçlar Hukukunda Gabin*. Rize: STS Yay., 2016.
- Lane, Edward William. *Arabic English Lexicon*. 8 Cilt. Lübnan: Librairie Du Liban, 1980.
- Leknevî, Ebü'l-Hasenât Abdülhay b. Muhammed. *Şerhu'l-Hidâye*. 8 Cilt. Pakistan: Dâru İdâreti'l-Kur'ân, 1417.
- Ma'îlûf, Luvîs. *el-Müncid fî'l-lüga ve'l-a'lâm*. Beyrut: Dârü'l-Katolikiyyeti, 2010.
- Maverdî, Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed. *el-Hâvi'l-kebîr fî fikhî mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî*. Thk. Ali Muhammed Muavviz - ve Adil Ahmed Abdü'l-mevcût. 19 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmiyye, 1419.

- Mekkî, Muhammed Ali b. Hüseyin. *Tehzîbü'l-furûk ve'l-kavâ'idü's-seniyye fi'l-esrâri'l-fıkhiyye*. 4 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1418.
- Merginânî, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Ali b. Ebî Bekr. *el-Hidâye şerhu Bidâyetü'l-mübtedi*. Thk. Muhammed Adnan Derviş. 2 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Erkâm, t.y.
- Mevsılî, Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd. *el-İhtiyâr li-ta'lıli'l-Muhtâr*. Thk. Mahmûd Ebû Dakîka. 5 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, t.y.
- Mevvâk, Ebû Abdullah Muhammed b. Yusuf. *et-Tâc ve'l-iklîl alâ muhtasari Halîl*. 8 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1416/1994.
- Meydânî, Abdülganî b. Tâlib. *el-Lübâb fî şerhi'l-Kitâb*. Thk. Muhammed Muhyiddîn Abdülhamit. 4 Cilt. Beyrut: el-Mektebetü'l-İlmîyye, t.y.
- Molla Hüsrev, Hüsrev Mehmed Efendi. *Dürerü'l-hükkâm fî şerhi Gureri'l-ahkâm*. 1300'den ofset bs., 2 Cilt. İstanbul: Matbaa-i Âmiriyye, 1978.
- Mûsa, Muhammed Yûsuf. *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd fî'l-fıkhi'l-İslâmî*. Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Ârabî, 1417.
- Müslim, Ebü'l-Hüseyin Müslim b. el-Haccâc. *Sahîhü Müslim*. 3 Cilt. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.
- Mütercim Asım Efendi, Seyyid Ahmed. *el-Okyânûsu'l-basît fî tercemeti Kamûsu'l-muhît*. 6 Cilt. İstanbul: YEK, 2013.
- Nefravî, Ahmed b. Guneym. *el-Fevâkihü'd-devânî 'alâ Risâleti Ebî Zeyd el-Kayrevânî*. 2 Cilt. Beyrut: Dârü'l Fikr, 1415.
- Nesâî, Ebû Abdîrrahmân Ahmed b. Şuayb en-. *Sünenü'n-Nesâî*. 2 Cilt. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.
- Nevevî, Ebû Zekerîyya Yahya b. Şeref. *el-Mecmû'*. Dârü'l Fikr, t.y.
- Nomer, Haluk Nami. "Sözleşmede Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?" *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 8 (2013).
- Nomer, Haluk Nami-Engin, Baki İlkay. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. 3. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, t.y.
- Oğuzman, M. Kemal-Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 11. bs. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.

- Okday, Saibe. “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası* 55 (1996).
- “Örf”. *el-Mevsûatü'l-fikhiyye*. Kuveyt: 1404/1983, t.y.
- Rado, Türkan. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Râzî, Fahreddin. *et-Tefsîrû'l-kebîr*. 11 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, 1999.
- Samar, Mahmut. *İslâm Hukukunda Akitlerin Birleştirilmesi (Safkateyn) Yasağı ve Günümüz Finans uygulamalarına Etkisi*. Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Sâmi, Şemseddîn. *Kâmûs-ı Türkî*. Dersaadet, y.y., 1317.
- Savaş, Abdurrahman. *İslâm Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Hukukî Sonuçları*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Sayfî, Abdullah Ali Mahmud. *el-Cehâle ve eseruha fî 'ukûdi'l-mu'avezât*. Ürdün: Dârü'n-Nefâis, 1426.
- Selâme, Muhammed. *Nazariyyetü'l-'akd fî'l-fikhi'l-İslâmî min hilâli 'akdi'l-bey'*. Suudî Arabistan: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslâmiyye, 1414.
- Semerkindî, Muhammed b. Ahmed Alâuddîn. *Tuhfetü'l-fukaha*. 3 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmiyye, 1414.
- Senhûrî, Abdürrezzâk. *Mesâdirü'l-hak*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru İhyai't-türâsi'l-Arabî, t.y.
- Serahsî, Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl. *el-Mebsût*. 30 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1409.
- Serahsî, Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl. *Usûlü's-Serahsî*. Thk. Ebü'l-Vefa Efgânî. 2 Cilt. 1414.
- Sezgin, Şerife-Önlü, Nesrin. “Osmanlı Klasik Dönem İpekli Kumaşları”. *Tekstil ve Mühendis*. 43-44 (t.y.).
- Somer, Pervin. *100 Soruda-100 Cevap Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yay., 2013.
- Suyûtî, Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr. *el-Eşbah ve'n-nezâir*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmiyye, 1483.

- Süleyman Muhammed, Muhammed Mahmud. *Eserü'l-cehâle ve'd-darûre fi'l-mu'amelâti'l-maliyye*. Arap Emirlikleri: Mektebetü's-Sahâbe, 1424.
- Şa'bân, Zekiyyüddîn. *İslâm Hukuk İlminin Esasları*. Trc. İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: Diyanet Vakfı Yayınları, 2007.'
- Şâtübî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ. *el-İ'tisâm*. Thk. Hişâm b. İsmâil es-Sînî. 3 Cilt. Suudî Arabistan: Dâru İbnü'l-Cevzî, 1429.
- Şâtübî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ. *el-Muvafakât*. Dâru İbn Affân, y.y., 1417.
- Şelebî, Ebü'l-Abbas Şehâbeddin Ahmed b. Muhammed. *Hâşiye 'ale't-Tebyîni'l-hakâik*. Dârü'l-Ma'rife, t.y.
- Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Hasan. *el-Asl*. Thk. Ebü'l-Vefa Efgânî. 5 Cilt. Karaçî: İdâretü'l-Kur'ân, t.y.
- Şeyhizâde Damad Efendi, Abdurrahman b. Muhammed. *Mecma'u'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, t.y.
- Şirâzî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Ali. *el-Mühezzebe fi'l-fikhi'l-İmam eş-Şâfiî*. 3 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, t.y.
- Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed. *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*. 6 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 2000.
- Şürünbülâlî, Ebü'l-İhlâs Hasen b. Ammâr. *Nefisü'l-metcer bi şirâi'd-dürer*. (Süleymaniye Ktp., Esad Efendi, no. 001027).
- Taberî, İbn Cerîr. *Câmi'u'l-beyân fi tefsîri'l-Kur'ân*. 25 Cilt. Mısır: Dâru Hicr, 2001.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: Der Yay., 2011.
- Tahiroğlu, Bülent - Erdoğan, Belgin. *Roma Hukuku Dersleri*. 9. bs. İstanbul: Der Yayınları, 2013.
- Tekelioğlu, Numan. "Mecelle'de ve Türk Borçlar Kanunu'nda Satış Sözleşmesinin Kurulması ve Unsurları". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/2 (2017).
- Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed. *Sünenü't-Tirmizî*. 4 Cilt. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.
- Topal, Şevket. "İslam Hukuku Açısından Satış Sözleşmelerinde Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller". *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 12/12-13 (2001).

- Topal, Şevket. “İslâm Hukûkunda Alım Satım Piyasasına Yönelik Bazı Düzenlemeler”. *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 5/4 (2005).
- Topal, Şevket. *İslâm Hukukunda Satış Akdi ve Mülkiyet*. Rize: STS Yay., 2014.
- Topal, Şevket. “Re’sülmâl”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2008.
- Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuku Lügati*. Ankara: Başbakanlık Matb., 1991.
- Vânî, Mehmed b. Mustafa. *Vankulu Lügati*. İstanbul: Yazma Eserler Kurumu, 2015.
- Yaman, Ahmet-Çalış, Halit. *İslâm Hukuku*. Ankara: Bilay, 2018.
- Yardımcı, Kevser Gürcan. “Osmanlı Dönemi Dokuma Sanatı Ürünlerinden Örnekler”. *International Journal of Cultural and Social Studies* 2/1 (2016).
- Yavuz, Cevdet - Acar, Faruk - Özen, Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. 14. bs. İstanbul: Beta, 2016.
- Yavuz, Nihat. *Satış Sözleşmeleri*. 1. bs. Ankara: Adalet, 2016.
- Yazır, Muhammed Hamdi. *Hak Dini Kur’ân Dili*. 9 Cilt. İstanbul, t.y.
- Yüce, Melek Bilgin. *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Zebîdî, Muhammed Murteza. *Tâcü’l-‘arûs min cevâhiri’l-Kâmûs*. 40 Cilt. Kuveyt: Matbaatu Hükûmeti Kuveyt, 1975.
- Zehebî, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed. *el-Mugnî fi’l-du‘afâ*. Thk. Nûreddîn ‘İtr. 2 Cilt. Katar: İdâretü İhyai’t-türâsi’l-İslâmî, 1407.
- Zehebî, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed. *Mîzânü’l-‘itidâl fî nakdi’r-ricâl*. Thk. Ali Muhammed el-Becâvî. Beyrut: Dârü’l-Ma‘rife, 1382.
- Zekeriyyâ el-Ensârî, Ebû Yahyâ Zeynüddîn Zekeriyyâ b. Muhammed. *el-Gurerü’l-behiyye fî şerhi’l-Behceti’l-verdiyye*. 5 Cilt. b.y., el-Matbaâtü’l-Meymüniyye, t.y.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *‘Akdü’l-bey’*. Şam: Dârü’l-Kalem, 1433.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhal ilâ nazariyyeti’l-iltizâmi’l-‘âmme*. Şam: Dârü’l-Kalem, 1434.

Zevkliler, Aydın-Gökyayla Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

Zeydan, Abdülkerim. *el-Medhal li dirâsâti's-şeri'ati'l-İslâmiyyeti*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1423.

Zeylaî, Ebû Muhammed Fahrüddîn Osmân b. Alî. *Tebyînü'l-hakâik*. Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, t.y.

“وثائقي-كيفية أخذ عطر المسك من الغزال”. Erişim: 14 Ekim 2019.

<https://www.youtube.com/watch?v=kHTEa5xC38c>.



ÖZ GEÇMİŞ

Adı, Soyadı	Ali Haydar BÖLÜKBAŞ		
Doğum Yeri ve Yılı	Pazar/Rize 1988		
Medeni Durumu	Evli		
Bildiği Yabancı Diller ve Düzeyi	Arapça: İyi İngilizce: Orta		
Öğrenim Durumu	Başlama-Bitirme Yılı	Kurum Adı	
Lise	2002-2006	Rize Anadolu İmam-Hatip Lisesi	
Lisans:	2007 2008	2008 2011	Rize Üniv. İlahiyat Fak. (1. Sınıf) İstanbul Üniv. İlahiyat Fak. (Yatay Geçiş)
Yüksek Lisans	2012	2014	Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Doktora	2014	2020	Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Çalıştığı Kurumlar		Başlama	Ayrılma Yılı
Diyanet İşleri Başkanlığı Artvin Müftülüğü (İmam-Hatip)		2008	
Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi (Arş. Gör.)		2012	
Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Arş. Gör.)		2012-	
Katıldığı Proje ve Toplantılar	BAP Projesi (Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi)		
Yayınlar	Makaleler: 1- “Sarhoşluk Veren İçeceklerin İçilmesi: Cezanın Kapsamı Bağlamında Bir Tahlil”, <i>Dinbilimleri Dergisi</i> , c.16, s. 1 (Doç. Dr. Ali KUMAŞ’la birlikte) 2- Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fâsid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve Sulbü’l-Akit Kavramı” <i>USÛL İslam Araştırmaları Dergisi</i> , s. 33 (Doç. Dr. Ali KUMAŞ’la birlikte)		Kitaplar: <i>“İbadetler Bağlamında Abdullah b. Mes’ûd’un Ebû Hanife’ye Etkisi”</i> SER Kitap, 2020
	alihaydar.bolukbas@erdogan.edu.tr opodrace53@hotmail.com		