

I- TAKYİDİ ŞART KAVRAMI VE TARİFİ

Şart, Arapça bir kelime olup, lügatta, hâl, durum, bir şeyin gerçekleşmesi için gerekli olan veya hiç ayrılmaksızın mutlaka birlikte bulunan alamet-i lâzime anlamlarına gelen genel bir kavramdır¹. Hukukta da farklı anlamlarda kullanılmasına rağmen burada inceleme konumuz olan şart, bir şeyin gerçekleşmesi için gerekli olan şey anlamındaki yerini tespit etmek gerekecektir. Belirtmek gerekir ki, eski hukukumuzda şart kavramı öncelikle kanunî ve iradî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanun koyucu tarafından vaz' edilmiş olan şartlara kanunî (şer'î) veya hakiki şartlar; kişilerin kendi iradeleri ile hukukî işlemlerde ileri sürdükleri şartlara ca'li (iradî) şartlar denmektedir². Eski hukukumuzda özel hukuk kavramı olarak şart deyince bunlardan sadece iradî şartlar anlaşılmaktadır³. İradî şartlar da kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. İlki, bir hukukî işlemi her hangi bir şarta bağlamadan bir kayıtla takyit etmek şeklinde tarif edilen şartlardır⁴ ki, bunlara akdî şartlar⁵, akte yakın olan şartlar⁶ veya takyidî şartlar denmektedir⁷. İkincisi yani talikî şart ise, bir hukukî işlemin hükümlerinin işlemeye başlaması veya sona ermesinin kendisine bağlandığı, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olaydır⁸. Biz burada sadece birinci anlamda yani takyidi şarta bağlı işlemler üzerinde duracağız. Esasen eski hukukumuzda şart deyince ilk akla gelen de bu nevi şartlardır.

Takyit, lügatta kayıt ve şarta bağlama, şart koşma, kısıtlama ve bağlama anlamlarına gelmektedir⁹. Hukukî kavram olarak ise, bir hukukî işlemi herhengibir şart edatı olmaksızın bir kayıtla takyit etmektir şeklinde tarif edilmektedir. Takyit işlemine şart,

* Yrd. Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü İslam Hukuku Anabilim Dalı

- 1 Develioğlu, şart maddesi; Topaloğlu/Karaman, şart maddesi; Zeydan, Fıkıh Usûlü, 84; Şa'ban, 229; Atar, Fıkıh Usûlü, 137; Atf Bey, Kavaid-i Külliye, 91; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/176-177; Bilmen, I/35.
- 2 Şa'ban, 230 vd.; Zeydan, Fıkıh Usûlü, 85 vd.; Atar, Fıkıh Usûlü, 138.
- 3 Mecelle m. 82, 83, 186-189; Mürşidü'l Hayran, m. 221-225; Serahsî, XIII/13 vd.; Kâsânî, V/169 vd.; İbn-i Hümmam, V/251 vd.; Şirazi, I/268 vd.; Hattab, 373; İbn-i Rüşt, II/133 vd.; İbn-i Kayyım, II/162 vd. ve III/288 vd.; Halebi, 102; Şevkanî, VI/100 vd.; İbn-i Nüceym, 367 vd.; Suyutî, 481 vd.; İbn-i Teymiyye, Feteva, III/3 vd., III/326 vd., ve Mecmuu'l Feteva, XI/89 vd., XX/155 vd., XXIX/337 vd. ve Nazariyetü'l-Akid, 12 vd.; Senhûrî, III/112 vd.; Ahmet İbrahim, 177 vd.; Ebu Zehra, 245 vd., 257 vd.; Zeydan, 309 vd., 327 vd.; Ali Haydar, I/179 vd. ve 290 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/184 vd. ve Kitabü'l Büyü', I/65 vd.; Atf Bey, Kavaid-i Külliye, 93 vd. Kitabü'l Büyü', 47 vd.; Mesut Efendi, 52 vd.; Ziyaeddin, 85; Cemaleddin, 22 vd.; Seyyid Nesib, 408 vd.; DFHFM, 1338, S. XII, s. 161 vd.; CA, 1338, S. IV, s. 190 vd.; Bilmen, VI/23 vd; Ceziri, III/1372; Karaman, II/187 vd.; Çeker, 100 vd.; Cin/Akgündüz, II/197 vd.; Cin, Mürî, 188.
- 4 Mecelle m. 83, 186-189; Serahsî, XIII/13 vd.; Kâsânî, V/169 vd.; İbn-i Hümmam, V/251 vd.; Şirazi, I/268 vd.; Hattab, 373; İbn-i Rüşt, II/133 vd.; İbn-i Kayyım, II/162 vd.; Halebi, 102; İbn-i Nüceym, 367 vd.; Suyutî, 481 vd.; İbn-i Teymiyye, Feteva, III/326 vd., XI/89 vd., XX/155 vd., XXIX/337 vd. ve Nazariyetü'l-Akid, 12 vd.; Senhûrî, III/112 vd.; Ebu Zehra, 245 vd.; Zeydan, 327 vd.; Ali Haydar, I/179 vd. ve 290 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/184 vd. ve Kitabü'l Büyü', I/65 vd.; Atf Bey, Kavaid-i Külliye, 93 vd. Kitabü'l Büyü', 47 vd.; Mesut Efendi, 52 vd.; Ziyaeddin, 85; Cemaleddin, 22 vd.; Seyyid Nesib, 408 vd.; DFHFM, 1338, S. XII, s. 161 vd.; CA, 1338, S. IV, s. 190 vd.; Bilmen, VI/23 vd; Ceziri, III/1372; Karaman, II/187 vd.; Çeker, 100 vd.; Cin/Akgündüz, II/197 vd.
- 5 Cin/Akgündüz, II/228.
- 6 Ebu Zehra, 245; Senhûrî, III/112; Zeydan, Fıkıh Usûlü, 87.
- 7 Şa'ban, 231; Zeydan, Fıkıh Usûlü, 87; Atar, Fıkıh Usûlü, 138.
- 8 Mecelle m. 82; Mürşidü'l Hayran m. 221-225; Şa'ban, 231; Zeydan, Fıkıh Usûlü, 87; Atar, Fıkıh Usûlü, 138; İbn-i Kayyım, III/288; Şevkanî, VI/100 vd.; İbn-i Nüceym, 367 vd.; İbn-i Teymiyye, Feteva, III/3 vd.; Senhûrî, III/113 ve IV/262 vd.; Ahmet İbrahim, 177 vd.; Zeydan, 309 vd.; Ebu Zehra, 257 vd.; Ali Haydar, I/174 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/175 vd.; Atf Bey, Kavaid-i Külliye, 91 vd.; Karaman, II/574 vd.; Çeker, 112 vd.; Cin/Akgündüz, II/228.
- 9 Develioğlu, takyit maddesi.

takyid edilen şeye de meşrut denmektedir. Takyidî şartları ifade etmek üzere “şartla bey’ “, “akte yakın olan şartlar” gibi kelimeler de kullanılmaktadır¹⁰.

Takyidî şart, bir cümlenin içeriğinin meydana gelmesinin, şart edatı ile başka bir cümlenin içeriğinin gerçekleşmesine bağlamaktır¹¹ şeklinde tarif edilmektedir. Başka bir ifade ile takyid, hukukî işlemi bir şarta bağlamaksızın belli bir kayıtla takyid etmektir. Bu şartlar, “üzere, kaydıyla, şartıyla” gibi kelimeler ile ifade olunmaktadır¹². Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu nevi şarta bağlı bir işlemden söz edebilmek için mutlaka söz konusu edatların kullanılması gerekmez. Yani “üzere”, “şartıyla”, “kaydıyla” edatları kullanılmadan da da takyid işarta bağlı işlem yapılabilir. Şart edatı kullanılmadan yapılan şarta bağlı işlemlerde hukukî işlemin niteliğine bakarak sonuca gitmek gerekecektir.

II- TAKYİDÎ ŞARTIN ESKİ HUKUKUMUZDAKİ YERİ

A- İslam Hukuku Kaynaklarında

İslam hukukunda bütün müesseseler hukukî dayanağını aslî veya tâlî kaynaklardan alır. Buna meşrûiyet denmektedir. Bunlardan asli kaynaklar bilindiği üzere Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas olmak üzere dört tanedir. Tâlî kaynaklar ise, mezheplere göre farklılık arz etmekle birlikte ilk akla gelenler, örf ve adet, eski şeriatlar, istihsan, amme maslahatıdır¹³. Hemen ifade edelim ki, İslam hukukunun birinci kaynağı olan Kur’an’da şart ile ilgili özel bir düzenleme bulunmaktadır. Konu Hz. Musa’nın evliliği ile ilgilidir. Koyun olatmakta olan Hz. Şuayb’ın kızlarının diğer çobanların arasına girip koyunlarını sulayamadıklarını gören Hz. Musa, kızlara yardım etmiş ve koyunlarını sulamaları hususunda onlara yardımcı olmuştur. Bu anlamlı davranış çok hoşlarına giden kızlar, babaları Hz. Şuayb’dan, Hz. Musa’yı ücretle çoban tutmasını istemişlerdir. O’da sekiz yıl koyunlarına çobanlık etmesi şartıyla kızlarından birini nikahlamayı taahhüt etmiş ve Hz. Musa’nın dilerse bu süreyi on yıla çıkarabileceğini de ifade etmiştir¹⁴. Olaydan da anlaşılacağı üzere burada kelimenin tam anlamı ile takyidî şarta bağlı bir evlilik söz konusudur.

Hz. Peygamberin söz, fiil ve taktır (yapılan bir işlem karşısında sükût etme)lerine sünnet dendiğini biliyoruz. Üzerinde durduğumuz şart kavramı ile ilgili olarak Hz. Peygamberden birden fazla hadis nakledilmiştir. Ne var ki, bu hadislerde bir hüküm birliği mevcut değildir. Hadislerin hepsi de sahih, yani sağlam yollarla nakledilmiş olmalarına rağmen, ilk bakışta birbirine zıt görünen hükümler ihtiva etmektedirler¹⁵.

Berire hadisi diye meşhur olan birinci hadiste “Allah’ın kitabında bulunmayan hiç bir şart (yüz tane de olsa) geçerli değildir”¹⁶ denilmektedir. Bu hükme göre şarta bağlı bir işlem yapabilmek için o şartın Allah’ın Kitabı’nda yani Kur’an’da bulunması gerekmektedir. Bu hadisi delil olarak kabul eden ve diğerlerini çeşitli sebeplerle red eden İslâm hukukçuları Kur’an’a sıkı sıkıya bağlı kalarak şarta bağlı bir işlem yapılamayacağı veya çok istisnai hallerde yapılabileceği sonucuna varmışlardır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere Kur’an’da şartla ilgili hükümler oldukça kısıtlıdır.

10 Senhûri, III/112; Ebu Zehra, 252.

11 Mürrşidü’l Hayran m. 221; İbn-i Nuceym, 367; Ahmed İbrahim, 177; Ebu Zehra, 257; Zeydan, 309-310; Ali Haydar, I/174; H. Reşit Paşa, I/177; Atif Bey, Kavaid-i Külliye, 91; Bilmen, I/25; Yıldırım, IV/449; Karaman, II/575; Çeker, 112.

12 Ali Haydar, I/180; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye’nin Şerhi, I/184-185; Bilmen, I/25; Cemaleddin, 27.

13 İslâm hukukunun aslî ve tâlî kaynakları hakkında geniş için bkz. Zeydan, 158 vd; Cın/Akgündüz, 147 vd; Aydın, Tarih, İstanbul 1996, s. 33 vd.

14 Kasas, 27-28; Sabûni, 425.

15 İbn-i Rüşt, II/133.

16 Malik, İtk. No: 1019; Buhari, Büyûf, No: 2168; Müslim, İtk. No: 1504; Ebu Dâvut, İtk. No: 39, Bu Hadisin bütün hadis kitaplarındaki kaynağı için bk.Canan, III/71.

Amr b. Şuayb'ın naklettiği ve Ebu Hanife'nin de delil olarak aldığı ikinci hadiste, "Peygamber Efendimiz şartlı satışı yasak etmiştir"¹⁷ denilmektedir. Bu hadisi delil olarak kabul edenler ise, kesinlikle şarta bağlı işlem yapmanın yasak olduğuna hükmetmektedirler.

Cabir'den rivayet edilen üçüncü hadiste ise, "Peygamber Efendimiz benden bir deve satın aldı ve Medine'ye kadar binme hakkını bana şart koştu"¹⁸ ifadesine yer verilmektedir. Bu hadisi nazara alan İslâm hukukçuları da şarta bağlı işlem yapmanın caiz olduğu sonucuna varmışlardır.

Görüldüğü üzere konumuzla ilgili üç hadis, birbirine zıt hükümler ihtiva etmektedir. Bu nedenle bu hadislerden birini nazara alan ve diğerlerini her ne şekilde olursa olsun delil kabul etmeyen İslâm hukukçuları değişik fikirler ileri sürmüşlerdir¹⁹. Bu hususu ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz. Burada belirtilmesi gereken husus, İslâm hukukunda Kitap ve Sünnet'te hüküm bulunması durumunda diğer kaynaklara başvurmaya gerek kalmayacağıdır. Mecelle'nin ifadesi ile "Mevrid-i nassda içtihadı mesâğ yoktur"(m. 14). Gerçekten bu iki kaynağın dışındaki kaynaklarda yer alan hususlar içtihatı ve nass bulunan hususlarda içtihat etmeye gerek yoktur. Şimdi İslâm hukukçularının şart ile ilgili görüşlerini incelemeye geçebiliriz.

B- İslâm Hukukçularının Şartla İlgili Görüşleri

İslâm hukukçularının şartla ilgili görüşleri genel olarak hukukî işlem yapma hürriyeti ile ilgilidir. Hukukî işlem yapma ve muhtevasını belirleme açısından insan iradesinin sınırlarını en dar tutan Zahirî mezhebi hukukçuları olmuştur. Hukukî işlemler ve şartlar konusunda insan iradesine en geniş yer verenler ise, Hanbelî mezhebi hukukçularıdır. Bunlar içinde de bilhassa İbn-i Teymiye'dir²⁰.

Burada hemen şunu ifade edelim ki, Hanefî ve Şafî'î mezhebi hukukçuları, teferuatı farklı görüşler ileri sürseler bile, şartlar konusunda genelde fikir birliği içerisindeyler²¹. Maliki hukukçuları ise, değişik görüşlerin sentezini esas almışlardır. Zira Maliki hukukçulara göre sentez, tercihten üstündür²². Bu kısa girişten sonra çeşitli mezheb hukukçularının şart ile ilgili görüşleri üzerinde ayrı ayrı duralım.

1- Şartı Kabul Etmeyenler

Bunlar genellikle Zahirî mezhebine mensup hukukçulardır. Bu görüş sahipleri, insan iradesine müdahale edip, hukukî işlemlerin şarta bağlanmaları konusunda irade serbestisinin sınırlı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bunlara göre, izin verildiğine dair hukukî bir hüküm bulunmayan her hukukî işlem ve şart yasaktır. Câiz olduğuna dair Kitap, Sünnet ve İcma'da hüküm bulunan hukukî işlem ve şartı kabul, bu kaynaklarda câiz olduğuna dair hüküm bulunmayan hukukî işlem ve şartı yasak saymak gerekir. Yani insan iradesi, ancak kanun koyucunun izin verdiği ölçüde ve muhtevada hukukî işlem yapabilir²³. Zira İslâm'ın hiç olmazsa çerçevesini belirlemediği hukukî işlemleri yapmak, şartları ileri sürmek; Allah'ın koyduğu hükümleri çiğnemek ve O'nun dininde fazlalık meydana getirmek demektir. Kur'an'da "... Kim Allah'ın sınırlarını aşar, tecavüz ederse, onlar zâlimlerin ta kendileridir."(Bakara 229) buyurulmaktadır. Ayrıca Kur'an'da "...bugün sizin dininizi tamamladım..."(Maide 3) denilerek dinin tamamlandığı, ondan sonra yeni hükümler vaz' edilemeyeceği açıkça belirtilmektedir.

Ayrıca İslâm'ın izin vermediği sahalarda hukukî işlemler yapmayı ve şartlar ileri sürmeyi yasaklayan hususî hadisler vardır. Meselâ "Kim emrimizin olmadığı bir işi

17 Hattabî, Mealimü's Sünen, V/154; İbn-i Hazm, Muhalla, VIII/414, no:1445 (İbn-i Rüşt, II/132).

18 Buharî, Şurûh, no: 2718; Müslim, Musâkât, no: 715.

19 İbn-i Rüşt, II/134.

20 İbn-i Teymiye, Feteva, III/335 vd.; Ebu Zehra, 246; Zeydan, 327; Çeker, 112.

21 Kâsânî, V/175; Senhûrî, III/191 vd.; Ebu Zehra, 248.

22 İbn-i Rüşt, II/134.

23 İbn-i Teymiye, Feteva, III/323; Ebu Zehra, 246

işlerse o iş red edilir”²⁴, “İnsanlara ne oluyor ki, Allah’ın Kitabı’nda bulunmayan şartları ileri sürüyorlar. Kim Allah’ın Kitabı’nda olmayan şartları ileri sürerse, (yüz tane de olsa) geçerli değildir”²⁵.

Bütün bu açıklamalar nazara alındığında Zahiri mezhebine mensup hukukçulara göre, İslâm hukukunda bir konu ile ilgili hukukî işlem yapılabilineceğine dair hiç olmazsa çerçeve niteliğinde bir hüküm bulunmadığı hallerde hukuki işlem yapmak ve buna bağlı olarak şartlar ileri sürmek mümkün değildir²⁶. Normalde her hangi bir işlem yapmak böyle bir izne bağlı ise, şarta bağlı hukukî işlem yapmada da evleviyetle böyle bir izin gerektirmektedir. İslam hukukunda da bu hususta izin bulunmayıp, bilakis yasak bulunduğuna göre şarta bağlı hukukî işlem yapmak mümkün değildir.

2- Şartı Kabul Edenler

Bunlar Zahirî mezhebi hukukçularının aksine tam bir irade serbestisi taraftarıdır. Bu görüş, Hanbeli mezhebi hukukçuları ve ayrı bir mezhep sahibi olmasına rağmen sonradan takip edenleri kalmayan İbn-i Şübrüme tarafından savunulmaktadır. Buna göre genel olarak hukukî işlemlerin şarta bağlanması mümkündür²⁷. Hanefî mezhebinin kurucusu Ahmet b. Hanbel, şartları yasak kabul eden Amr b. Şuayb hadisinin devamında “ Bir satışta iki şart... câiz değildir” kısmını delil göstererek bir hukukî işlemde bir şartın câiz olduğunu, buna mukabil birden fazla şartın hukukî işlemi geçersiz kıldığını ifade etmiştir²⁸. Yine temelde Hanbeli olan İbn-i Teymiye ve talebesi İbn-i Kayyım da şart hakkında iradeye en geniş serbestî tanıyan İslâm hukukçularıdır. Bunlara göre, hukukî işlemler ve şartlarda asıl olan sıhhat ve cevazdır. Bir şeyin İslâm’a göre yasak olabilmesi için o konuda nass (Kitap, Sünnet ve İcma)da o şeyin yasak olduğuna dair bir hüküm bulunması gerekir²⁹. Kitap’ta ve İcma’da şartın câiz olduğuna dair deliller vardır³⁰. Meselâ Kur’an’da Musa peygamberin evliliğinin, sekiz yıl çobanlık yapması şartına bağlandığı ifade edilmektedir (Kasas, 27-28).

Ayrıca “Ey iman edenler, ahitlerinizi yerine getiriniz” (Maide, 1), “ ...Birde ahdi yerine getirin. Çünkü ahid (den cayanlar) sorumludur”(İsra 34) şeklindeki ayetler ile, “Münafıkın alameti üçtür; verdiği sözü tutmaz...”³¹ şeklindeki genel anlamda vaadleri yerine getirmeyi tavsiye eden hadisler, şartları geçerli kabul etmek için yeterlidir. Yine İbn-i Teymiye’ye göre, şartları geçerli kabul etmenin caiz olduğuna ilişkin bu nakillerden başka bir de akli delili vardır. Gerçekten şart, adı (basit) işlerdendir. İbadetler gibi aslı işlerden değildir. Bu nedenle şartlarda asıl olan geçerli değildir. Şayet şartlarda yasaklık esas olsaydı o zaman kanun koyucu serbest bıraktıklarını sayardı. Meselâ bir kimseyi öldürmek yasaktır. Kanun koyucu hangi hallerde bir kimsenin öldürülebileceğini açıkça belirtmiştir³².

Ayrıca Hz. Peygamberden nakledilen ve özellikle şartın câiz olduğunu ifade eden hadisler de mevcuttur. “Müslümanlar arasında sulh anlaşması câizdir. Ancak helali haram, haramı helâl hale getirenler yasaktır. Müslümanlar arasında her türlü şart muteberdir, yerine getirmek mecburîdir. Ancak helâli haram, haramı helâl kılan şartlar yerine getirilmez”³³. Buna göre, İslâmın açık hükümlerine aykırı olarak bir şartın ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak açıkca İslâma aykırı olmayan hususlarda şart câizdir ve ifâ edilmesi lazımdır.

24 Hanbel, VI/146,180.

25 Bu hadisin kaynakları için bk. 29 no’lu dipnot.

26 İbn-i Hazm, V/32; İbn-i Teymiye, III/326.

27 Serahsî, XIII/13; Kâsânî, V/175.

28 Ebu Davut, No: 3504; Tirmizi, No: 1234; İbn-i Rüşd, II/133; Seyyit Nesib, 410.

29 İbn-i Teymiye, Feteva, III/329 vd.; İbn-i Teymiye, Nazariyetü’l Akit, 15; Ebu Zehra, 245-246; Senhûrî, III/187.

30 İbn-i Kayyım, II/162.

31 Buhari, No: 32, 33, 383; Miras, I/45.

32 İbn-i Teymiye, Feteva, III/334; İbn-i Kayyım, II/34; Ebu Zehra, 246.

33 Şevkani, Neylü’l Evtar, V/225.

Ayrıca hukukî işlemlerde asıl olan karşılıklı rızadır. Karşılıklı irade açıklamalarının birbirine uyduğu ve bunların yasak olduğuna dair bir delil bulunmadığı takdirde, bu hukukî işlemi ve şartları yasak kabul etmek için hiç bir neden yoktur³⁴.

Görüldüğü üzere Hanbeli hukukçularına, bilhassa İbn-i Teymiye'ye göre bir şeyin yasak olduğuna ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı takdirde o şeyi caiz olarak kabul etmek gerekir. Buna mukabil Zahirî mezhebi hukukçularına göre ise, bir şeyin caiz olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmadığı takdirde o şeyi yapmak mümkün değildir. Yani esas alınan ölçüler birbirinin zıddı olduğu için şartla ilgili genel hükümler her iki mezhep hukukçularınca farklı şekillerde değerlendirilmiştir.

3- Şartı İstisnai Olarak Kabul Edenler

Bunlar genel olarak Hanefî ve Şafî'i mezhebine mensup hukukçulardır. Bu hukukçular, şartın öncelikle hukuka aykırı olduğunu iddia etmişlerdir³⁵. Hanefî mezhebinin kurucusu Ebu Hanife, yukarıda zikredilen Amr b. Şuayb hadisini hukukî delil göstererek şartı fâsîs saymıştır³⁶. Bu hadiste Hz. Peygamber şartların yasak olduğunu ifade etmiştir. Ebu Hanife'nin yalnız bu hadise dayanarak içtihat etmesi ve diğer hadisleri nazara almamasının sebebi, özel ve genel hükümlerin delil olma niteliğine dayanmaktadır. Hanefî hukukçularına göre, genel hükümler de özel hükümler gibi kesin delil niteliğindedir³⁷. Aynı tarihi taşıyan özel ve genel hükümler birbirine zat düştüğü takdirde, tabii olarak özel hüküm tercih edilecektir. Ancak bunlardan biri sonraki bir tarihi taşıyorsa, sonraki tarihi taşıyanı delil olarak kabul etmek gerekir. Eğer tarihleri bilinmiyor ve içerdikleri hükümlerde de bir zıtlık söz konusu ise, durum ne olacaktır? Yani özel hüküm mü, yoksa genel hüküm mü tercih edilecektir?

Hanefî hukukçularına göre, bu sorunun cevabı yasak ve câiz olma ölçüsünde aranmalıdır. Araştırma konumuz olan şartta hem hükümlerin tarihlerinin bilinmemesi hem de yasaklık ve serbestlik söz konusudur. İslâm hukukunda kabul edilen genel bir kaideye göre, tarihleri bilinmeyen ve bir şeyi câiz kabul eden hükmün, yasak kabul eden hükümden önce konulduğu kabul edilir. Yani bir şeyi yasaklayan hükmün daha sonra konmuş olması genel kuraldır. Ebu Hanife'ye göre, şartta da böyle bir durum söz konusudur. Amr b. Şuayb hadisi şartı yasak; Cabir hadisi ise, şartı câiz kabul etmiştir. Bundan dolayı şartı yasak sayan hükmün daha sonra konulmuş olduğunu kabul etmek gerekir³⁸. Hanefîlere göre, şartların genel olarak yasak olmasının birden fazla sebebi vardır. İlk olarak, şartlarda faiz veya faiz şüphesinin olmasıdır. Faiz ise İslâm hukukunda câiz görülmemiştir. İkinci olarak, şartlarda garar olmasıdır. Yani gerçekleşmelerinde şüphe olması ve bu nedenle kumara benzenesidir. Üçüncü olarak, taraflar arasında anlaşmazlığa sebep olmasıdır³⁹.

Hanefî hukukçularına göre, hukukî işlemin iktizasından olan, hukukî işlemin amacına uygun (mülaim) olan, hukuken izin verilmiş (şer'an mesağ) bulunan veya örf ve adet haline gelmiş olan şartları geçerli kabul etmek gerekir. Zira bunlar hukukî işleme yabancı bir unsur olmayıp, nitelikleri gereği hukukî işlemde olması gereken durumlardır. O halde genel olarak şartları fâsîs, fakat böyle istisnai hallerde geçerli kabul etmek gerekir⁴⁰. Hanefî hukukçular istisnaların sınırını biraz geniş tutarak şartları câiz, fâsîs ve

34 İbn-i Teymiye, Feteva, III/334; Senhûrî, III/178; Ebu Zehra, 246; Zeydan, 331.

35 Kâsânî, V/175; Ebu Zehra, 245.

36 İbn-i Rüşd, II/135; Seyyit Nesib, 411.

37 Kâsânî, V/175 vd.

38 Seyyid Nesib, 411 vd.

39 Kâsânî, V/175-176; Ali Haydar, I/299; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/181.

40 Mecelle m. 186, 251, 278; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/14; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümam, V/80; Senhûrî, III/119, 170, 173; Ebu Zehra, 248; Şirazî, I/268; Zeydan, 331-332; Ali Haydar, I/291; Atif Bey, Kitabü'l Büyü', 48; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I/66; Cemaleddin, 28; Karaman, I/195; Seyyit Nesib, 411, 417.

lağv olmak üzere üçlü bir ayrıma tâbi tutmuşlardır⁴¹. Mecelle de bu görüşü kanunlaştırmıştır⁴².

Şafi'i mezhebinin kurucusu İmam Şafi'i de, Amr b. Şuayb hadisini delil göstererek, şarta bağlı hukukî işlemleri geçersiz saymıştır⁴³. Ancak gerek Hanefi hukukçuları, gerekse Şafi'i hukukçuları gerekçeleri farklı olsa da, Berire hadisini nazara alarak, bazı hukukî işlemlerin şarta bağlı olarak yapılabileceği sonucuna varmışlardır⁴⁴. İmam Şafi'i'ye göre, genel hüküm, özel hüküm gibi kesin delil niteliğinde değildir. Ancak yine de özel hüküm, genel hükümü tahsis edeceğinden; özel hüküm koyan Berire hadisi, genel hüküm koyan Amr b. Şuayb hadisini tahsis etmiştir. Yani Şafi'i, sonuncu hadise dayanarak şarta bağlı hukukî işlemlerin yasak olduğunu, ancak bundan velâ hakkının köleyi hürriyete kavuşturana ait olacağını Berire hadisine dayanarak istisna etmektedir⁴⁵.

Hanefi ve Şafi'i hukukçuları Cabir hadisini şart konusunda delil kabul etmemişlerdir. Bilindiği üzere bu hadiste, Hz. Peygamber Cabir'den bir deve satın almış ve Mediye kadar binmesine izin vermişti. İlk olarak Hanefi ve Şafi'i hukukçuları, Cabir ile Hz. Peygamber arasında alım-satım aktinin değil, bir hibenin söz konusu olduğu fikrindedirler. Gerçekten hadisin son kısmından, devenin bedelinin Hz. Peygamber tarafından Cabir'e hibe olarak verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Zira hadisin sonunda Hz. Peygamberin, "Deveni al, bedeli de senin olsun!" dediği belirtilmektedir. Yani Hanefi ve Şafi'i hukukçularına göre, Hz. Peygamber deveyi satın almamış sadece devenin bedelini hibe etmek istemiştir. Dolayısıyla burada bir şarttan söz edilemez⁴⁶.

İkinci olarak; burada bir alım-satım aktinin varlığı kabul edilse bile, ileri sürülen şart, akit esnasında değil, daha sonra ileri sürülmüştür. Akit meydana geldikten sonra ileri sürülen şartlar ise, İslam hukukunda hâkim olan fikre göre akte tesir etmez⁴⁷.

Üçüncü olarak ise, hadisin başka bir rivayetinde Hz. Peygamberin "Bu deveyi senden satın aldım, Medineye kadar da binmen için zahrını (sırtını) sana ariyet verdim" ifadesine yer verilmektedir. Bu ifade nazara alındığında burada şarta bağlı bir alım-satım akti değil, belki bir ariyet akti söz konusudur⁴⁸.

Görüldüğü üzere, Hanefi ve Şafi'i hukukçuları, Cabir hadisinde nakledilen olayda öncelikle bir hibenin veya ariyetin söz konusu olduğunu, bu nedenle burada şarta bağlı bir işlem den söz edilemeyeceğini; şarta bağlı işlem olarak kabul edilse bile, şartın akit kurulduktan sonra ileri sürüldüğünü, bunun ise, aktin geçerliliğine her hangi bir tesiri olamayacağını ifade etmektedirler.

4- Sentezci Görüş

Maliki hukukçuları da genel olarak, Şafi'i ve Hanefi hukukçuları gibi, şartları yasak saymışlardır. Ancak bunların yaklaşımı biraz farklılık arz etmektedir. Şöyle ki; İslam hukukunda şarta bağlı işlemler genel olarak yasaktır. Ancak bunlardan bir kısmını istisna etmek gerekir. Burada hemen belirtmek gerekir ki, Maliki hukukçuları bu istisnaların sınırını biraz geniş tutmuşlardır. Öyle ki, adeta şartları yasak kabul eden hadisler ile câiz kabul eden hadislerin sentezini yapmışlardır. Zaten bu mezhep hukukçularına göre, fikirlerin sentezi, onlardan birinin tercihinden üstündür. Bunlara göre, şartların yasak olmasının nedeni, şartların içerdikleri faiz veya garardır. Yani taraflardan birine karşılıksız bir yarar sağlaması veya ileride gerçekleşmelerinin şüpheli

41 Muhammed Y. Musa, 420.

42 Mecelle 186-189; Ali Haydar, I/290 vd.

43 İbn-i Rüşt, II/133.

44 Bazı hukukî işlemlerin şarta bağlanabileceği hususunda Hanefi ile Şafi'i hukukçularının aynı gerekçeye dayandığını iddia eden hukukçular da vardır (Bk. Seyyit Nesib, 414).

45 İbn-i Hümmam, V/215 vd.

46 Serahsî, XIII/14; Seyyit Nesib, 416; Miras, VI/405.

47 Kâsânî, V/176; İbn-i Rüşt, III/196; Ali Haydar, I/296; Bilmen, VI/24; H. Reşit Paşa, Kavâid-i Külliyyenin Şerhi, I/185 ve Kitabül' Büyû', I/67; Atf Bey, Kitabül' Büyû', 49; Seyyit Nesib, 415; Miras, VI/405.

48 Miras, VI/405; Nesâî, VII/299; İbn-i Rüşt, II/136.

olmasıdır. Her şartta mutlaka ya faiz ya da garar vardır. Ancak bu bazılarında az bazılarında çoktur. İşte şartları içerdikleri faiz ve gararın azlık-çokluğuna göre birbirinden ayırmak gerekir. Meselâ Cabir hadisinde, bir tarafın karşılıksız olan yararı az olduğu için câiz olmuştur. Eğer karşılıksız yarar fazla olsaydı yasak olacaktı⁴⁹.

5- Şartlı Geçersiz Kabul Edenler

Bir kısım İslâm hukukçularının şartla ilgili olarak ileri sürmüş oldukları fikirleri, yukarıda belirli başlıklar altında toplananlardan ayrı incelemek gerekir. Zira bu hukukçular, şartı geçersiz fakat şarta bağlı olan hukukî işlemi geçerli kabul etmişlerdir. Bu görüşün en önemli temsilcisi İbn-i Ebi Leyla'dır⁵⁰. Gerçekten öneminden dolayı, diğer hukukçuların görüşleri ile mukayeseli olarak Mecelle Komisyonunca Esbab-ı Mucibe Layihasında bu hukukçunun görüşlerine de yer verilmiştir. İlgili kısmı sadeleştirerek buraya aynen alıyorum⁵¹:

“... Zamanımızda cereyan eden satım akti çok kere bazı şartlara bağlı olup, Hanefî mezhebinde ise, akdin yapıldığı anda ileri sürülen şartların çeşitlerinin çoğu satım aktini fâsit kılması sebebiyle kitab'ül buyû'un en önemli konusu şarta bağlı satım faslı, komisyonumuzda çeşitli fikirlerin ileri sürülmesine sebep olduğundan bu tartışmaları özetleyerek buraya almak gerekli olduğunu düşünüyoruz.

Şarta bağlı satım hakkında İslâm hukukçularının çoğunluğunun fikirleri birbirine uymaz. Maliki mezhebinde kısa bir süre için ve Hanbeli mezhebinde her zaman satıcı kendisi için, satılan şeyde şahsî bir menfeati şart olarak ileri sürebilir. Fakat satıcıya böyle bir yetkinin tanınıp alıcıya tanınmaması İslâm hukukçularının görüşlerine ve kıyasa ters düşer. İmam A'zam hazretleri ile çağdaş olup da sonraları kendi yolunu takip edenleri kalmayan İslâm hukukçularından İbn-i Ebi Leylâ ile İbn-i Şübrüme hazretleri bu hususta birbirine tam olarak zıt olan birer fikir ileri sürmüşlerdir. Şöyle ki, İbn-i Ebi Leyla' ya göre, genel olarak satım ve şart fâsit, İbn-i Şübrüme' ye göre ise, hem satım hem de şart geçerlidir.

İbn-i Ebi Leyla' nın fikri “El müslimûne 'inde şurûtihim”⁵² hadisine ters düşmektedir. İbn-i Şübrüme'nin fikri bu hadise tamamen uygun ise de, satıcı veya alıcı, yerine getirilmesi câiz ve mümkün olmayan şartlar öne sürebilirler. İslâm hukukçularına göre, şartı yerine getirmek imkanlar ölçüsünde olacağından, bu mesele, tahsis ve istisna kabul eder bir kaidedir. Bundan dolayıdır ki, Hanefî mezhebinde orta bir yol takip edilerek şartlar; câiz, müfsit ve lağv olmak üzere üç kısma ayrılmıştır. Şöyle ki, satım aktinin gereklerinden olmayıp veya akti teyit de etmeyip taraflardan birinin yararına olan şart müfsit ve ona bağlı olan satış fâsit olur. Bir tarafın yararına olmayan şartla ise, satım geçerli ve şart lağv (yok) dır. Zira satımdan maksat temlik ve temellük hususudur. Yani her hangi bir engel olmaksızın alıcının satılan şeye, satıcının ise paraya malik olması halidir. Halbuki yararı bir tarafa olan şartın yerine getirilmesini bir taraf ister, diğer taraf ise istemez ve böylece bir anlaşmazlık ortaya çıkabilir. Fakat örf ve adet anlaşmazlığı giderici olduğundan herkes tarafından kabul edilen şart ile satış geçerli kabul edilmiştir.

... İnsanların muamelelerinin kolaylaştırılması için Hanefî mezhebinin dışında İbn-i Şübrüme'nin fikirlerini kabul etmeye gerek görülmeyip diğer fasıllarda olduğu gibi birinci babın dördüncü faslında da Hanefî mezhebi esas alınarak satımı ifsat etmeyen şartların izahıyla yetinilmiştir.”

Mecelle komisyonunun ileri sürdüğü bu fikirler haklı olarak doktrinde⁵³ bir kısım tenkitlere uğramıştır. Gerçekten Ebu Hanife, şarta bağlı işlemlerin fâsit, İbn-i Şübrüme câiz, İbn-i Ebi Leyla ise, şartın fâsit, işlemin câiz olduğunu ileri sürmüşlerdir⁵⁴.

49 İbn-i Rüşd, II/133; Seyyit Nesib, 410.

50 Serahsî, XIII/13-14; Kâsânî, V/175.

51 Düstur, I. Trüp, C. 1, s. 21 vd.

52 Türkçesi: “Müslimanlar şartlarına sadıktırlar” (Keşf'ül Hafa, El Aclûni, C. II, Beyrut 1351, s. 209, 2303).

53 Seyyit Nesib, 410.

54 Serahsî, III/Kâsânî, V/175; İbn-i Rüşd, III/133; Seyyid Murtaza, II/20

Bundan dolayı şartla bağlı işlemlerin fâsıt olup olmaması hususunda birbirine zıt fikir ileri sürenler İbn-i Ebi Leyla ile İbn-i Şübrüme olmayıp, Ebu Hanife ile İbn-i Şübrüme'dir. Bu ikisinin arasında bir görüş ileri süren, yani, şartı fâsıt hukukî işlemleri geçerli kabul eden Ebu Hanife olmayıp İbn-i Ebi Leyladır⁵⁵. Bu nedenle Mecelle'nin Esbab-ı Mucibesinde isim yanlışlığı yapılmıştır.

Görüldüğü üzere belirli bir mezhebe bağlı olsun olmasın İslâm hukukçuları şartla ilgili olarak çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. Bunun sebebi aynı konuda nakledilen hadislerin farklı hatta birbirine zıt hükümler içermesidir. Hadislerin bütünüdür sahih olmasına rağmen bu ihtilaf, İslâm hukukçularının, hadisler arasındaki genel-özel, önce-sonra, yasak-câiz ve amaca ilişkin yorum ölçülerinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır.

C- Mecelle'de Takyidî Şart

Bilindiği üzere Mecelle, 1868-1876 yılları arasında kitaplar halinde hazırlanarak yürürlüğe girmiş olan İslâm-Osmanlı özel hukukunun bir kısmını tedvin eden bir kanundur⁵⁶. Her ne kadar Osmanlı devletinin son döneminde hazırlanmış ise de Mecelle'de yeni hükümlere değil, o tarihe kadar uygulanmakta olan hükümlere yer verilmiştir. Osmanlı devletinde Fatih devrinden Kanuni devrine kadar, Molla Hüseyin Gurer ve bunun şerhi Dürer hukuk kodu olarak mahkemelerde uygulanmıştır⁵⁷. Kanuni devrinden Mecelle'nin hazırlanmasına kadar ise, İbrahim Halebî tarafından kaleme alınan Mülteka, bu boşluğu doldurmuştur⁵⁸. 1869 yılından itibaren ise Mecelle, düzenlediği alanlar itibarıyla 1926 yılına kadar Osmanlı Medeni Kanununun olarak yürürlükte kalmıştır. Bilindiği üzere Mecelle, akitleri, eşya ve şahsın hukuku ile usul hukukunun bir kısmını düzenlemiştir.

55 Serahsî, XIII/13; Kâsânî, V/175; Serahsî, bu hukukçuların görüşlerini şöyle bir olay ile nakletmektedir: Abdülvaris B. Said, hacca gittiği esnada Mekke'de Ebu Hanife'ye, şartla bey' hakkındaki görüşünü sorar. Ebu Hanife, ikisinde baidür. cevabını verir. Bunun üzerine aynı meseleyi İbn-i Ebi Leyla'ya sorar, ondan da, bey' caiz ve şart batıldır cevabını alır. Yine Mekke'de bulunan İbn-i Sirin (aşağıda bunu İbn-i Şübrüme olarak değiştirmektedir)'e gider ve aynı soruyu ona da yöneltir, ondan da, hem şart hem de bey' caizdir cevabını alır.

Aynı meselede birbirine zıt üç cevap alınca aynı kişilere diğerlerinin verdikleri cevapları da ilerek hukukî gerçeklerini sorar. Bunun üzerine Ebu Hanife, Amr B. Şuayb'ın... kendisine, Hz.Peygamber'in şartla bey'i yasakladığına dair bir hadis rivayet ettiğini belirtir. İbn-i Ebi Leyla ise, Hişam B. Urve'nin... "Hz.Peygamberin Hz. Aişe'ye, Berire'nin hürriyet bedelini vermesini ancak velâsının kendisine ait olmasını şart koşmasını ister. Fakat Berire'nin efendileri buna razı olmaz. Bunun üzerine Hz. Peygamber "İnsanlara ne oluyor ki, Allah'ın kitabında olmayan şartları koşuyorlar. Allahın Kitabında olmayan her şart batıldır. Allahın şartı daha doğru daha sağlamdır. Velâ hakkı azad edene aittir" dediğini bildirmiştir. İbn-i Şübrüme (yukarıda İbn-i Sirin demişti)'ye aynı soruyu yöneltir ve o'da, Muharib B. Dessar'ın ...kendisine "Bir Gazve'de Hz. Peygamberin Cabir'den bir deve satın aldığı, ona Medine'ye kadar binmesini şart koştuğunu " ifade ettiğini belirtir (Serahsî, XIII/13-14).

56 Mecelle hakkında geniş bilgi için bkz. Mardin, Ebulûlâ: Medeni Hukuk Cephesinden Cevdet Paşa, İstanbul 1946. s. 171 vd.; Mardin, Ebulûlâ: Mecelle, İslam Ansiklopedisi; Onar, S. Sami: İslâm ve Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Kodification'u Mecelle, İÜHFM, C. XX, S. 1-4, Sene 1954, s. 1 vd.; Öztürk, Osman: Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973, s. 108 vd.; Kaşıkçı, Osman: İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul 1997, s. 1 vd.; Ahmed Nazif: Teceddüt-Tekamül Mecelle Meselesi, Sebülürşat, 1339, S. 579, s. 99 vd. ; Celâl Nuri: Mecelle Meselesi, İçtihat Dergisi, 1329, S. 64, s. 1384 vd.; Küçük Hamdi: Mecelle Hakkında, Sırat-ı Müstakim, 1339, S. 577, s. 77 vd. ; Mustafa Asım: Mecelle Meselesi, İçtihat Dergisi, 1329, S. 65, s. 1417 vd.; Yavuz, Hulusi: The Compilation Of The First Ottoman Civil Code, İslâm Tetkikleri Dergisi, C.VIII'den ayrı basım, İstanbul 1984, s. 89; Velidedeoğlu, H. Veldet: Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimatın 100. Yıldönümü Münasebeti İle, İstanbul 1940, s. 51 vd.; Türk Medeni Hukuku, C. 1, Cüz. 1, Umumi Esaslar, Beşinci Bası, İstanbul 1956, s. 64 vd.; Yavuz, Hulusi: Mecellenin Tedvini ve Cevdet Paşa'nın Hizmetleri, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, Bildiriler, İstanbul 1986, s. 85 vd.; Aydın, M. Akif: Bir Hukukçu Olarak Ahmet Cevdet Paşa, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, Bildiriler, İstanbul 1986, s. 32 vd.; Aydın, M. Akif: Mecelle'nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları IX, İstanbul 1989, s. 31; Karaman, Hayrettin: İslâm Hukuk Tarihi, İzmir 1974, s. 201 vd., Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet: Türk-İslam Hukuk Tarihi, C. 2, İstanbul 1990, s. 155 vd.

57 Sava Paşa, 1/19; İnalçık, Osmanlı, 25.

58 Kinross, 206; Aydın, Aile, 80; Cin/Akgündüz, 2/170. Bu eser bir kanunname olmamakla birlikte şer'î hukuku hanefî mezhebi görüşleri doğrultusunda kanuna yakın bir şekilde kodifike etmiştir (Schacht, Giriş, 123). Yazarı İbrahim b. Muhammed El- Halebî (Öl.956/1549)'dir (Karaman, Tarih, 172).

Mecelle'de şarta bağlı işlemlere hem genel hem de özel hükümler arasında yer verilmiştir. Genel hükümler içinde 83' ncü madde takyîdî şarta ilişkindir⁵⁹. Söz konusu maddede "Bikaderi'l-imkan şarta müraat olunmak lazım gelir"(m. 83) yani imkanlar ölçüsünde şartlara uymak gerektiği hükmüne bağlanmıştır. Ayrıca Mecelle'nin metodu gereği her bir kitapta düzenlenen hususların şarta bağlanıp bağlanamayacağı şarta bağlanabilen bir işlem ise hangi şartlara bağlanabileceği belirtilmiştir.

Mecelle'nin tadili çalışmalarında⁶⁰ da inceleme konumuz olan şarta yer verilmiştir. Buna göre "şartla bey' hakkındadır" şeklindeki birinci babın dördüncü faslının başlığının "bey'in şart ile takyîdî hakkındadır" şeklinde tadil edilmesini teklif etmiştir⁶¹. Ayrıca takyîdî şartı tanzim eden bu maddelerin muhtevası ile ilgili olarak ta, büyük değişiklikler ve ilaveler yapılması istenmiştir⁶². Mecellenin bu maddelerinin tadilinde, Hanefî mezhebi hukukçularının görüşleri terk edilerek, zamanın ihtiyaçlarına uygun görülen Hanbelî mezhebinin görüşleri kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶³.

III- TAKYİDİ ŞARTIN ÇEŞİTLERİ

Hukukî işlemler takyîdî şartın bütün çeşitlerine bağlanamazlar. Çünkü hukukî işlemler takyîdî şartın alt bölümlerinden bir kısmına bağlı olarak yapıldıkları takdirde ya kendilerini (şartlar) ya da hem hukukî işlemi hem de kendilerini hükümsüz kılarlar. Bu sebeple takyîdî şarta bağlı hukukî işlemlerin hükümleri hakkında bir genelleme yapılamaz. O halde burada öncelikle takyîdî şartın çeşitlerini incelemek gerekecektir. Takyîdî şartın çeşitlerini incelerken bunlara bağlı hukukî işlemlerin hukukî akıbetlerine yer vermeye çalışacağız.

A- Câiz Şartlar ve Bu Şartlara Bağlı İşlemler

Bu nevi şartlara câiz şartlar dendiği gibi⁶⁴, sahih şartlar⁶⁵ da denmektedir⁶⁶. Câiz şartların, geçerli kabul edilme sebebi hususunda İslâm hukukçuları değişik fikirler ileri sürmüşlerdir. Hanbelî ve Maliki hukukçularına göre, hukukî işlemlerde olduğu gibi şartlarda da asıl olan câizlik olduğundan bir mesele yoktur. Buna mukabil Hanefî ve Şafi'i hukukçuları, genelde şartları fâsit kabul etmişlerdir. Ancak bunlardan hukukî

59 Ali Haydar, I/174 vd.; H. Reşit Paşa, I/175 vd.; Atıf Bey, Kavaid-i Külliye-i Fıkhyenin İzahı, 91 vd.; Yıldırım, IV/449.

60 Bu çalışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Kaşıkçı, 312 vd.

61 DHFM, 1339, S. 13, s. 163.

62 Konumuzla ilgili yapılması teklif edilen tadil ve ikmaller çalışmaları şu şekildedir:

Bab-ı Evvelin Fasl-ı Râbünin Unvanı Ber-vech-i Zîr Tadil Olunur

Bey'in Şart İle Takyidi Hakkındadır

Madde 3- (1 ve 2. madde şartla ilgili değildir) Ehadî akıdeyne nef'i ma'lûmu olan şart ile bey' ve şart muteberdir. Mesela bayyin şu kadar müddet binmek şartıyla bir hayvanı satması veyahut müşterin malum olan hanesine nakledilmek şartıyla bir şey satın alması sahih ve şart muteberdir.

Madde 4- Ehad-i akıdeyne nef'i olan iki şartın cemiyile vukubulan bey' fasittir. Meğer ki, bu şartlar aktin muktezası veya muktezayı akti müeyyid veya mütearef olalar.

Madde 5- Bir akdi ahari müstakil şartıyla vukubulan bey' fasit ve şart batıldır. Mesela müşteri bayic yahut bayi' müşteriye bir miktar akçe ikraz etmek yahut bir şey satmak gibi bir şartla vukubulan bey' fasit ve şart batıldır.

Madde 6- Ba'del akit irad olunan şurut-u caize aslı akde iltihak eder. Lakin şurut-u faside aslı akde iltihak etmeyip lağv olur. Bu maddeler ve esbab-ı mucibeleri için bk. DFHFM, 1339, S. 13, s. 161-165; CA, 1338, S. 2, s. 95-96; S. 4, s. 190-191; 1340, S. 25, 901 vd.

63 DFHFM, 1339, S. 13, s. 164.

64 Mürşid'ül-Hayran m.227; Ali Haydar, I/180.

65 Mecelle m. 186-188; Ebu Zehra, 248; Senhûrî, III/117; H.Reşit Paşa, I/186; Çeker, 102.

66 Caiz yapılması mümkün olan her hangi bir fiil veya hukukî işlemdir. Sahih ise, şartları ve hükümleri geçerli bir şekilde mevcut olan hukukî işlemlerdir. Bazen bir hukukî işlem sahih olduğu halde caiz olmayabilir. Mesela Cuma namazı için ezan okunduğu halde camiye gitmeyip alış veriş yapılması halinde bu alış veriş sahih olmakla birlikte caiz değildir. Ancak Mecelle de, sahih ile caiz aynı anlamda kullanılmıştır. O halde burada şöyle bir ayırım yapmak gerekir: İslâm hukukçularınca hukukî işlemlerin kendisine bağlanabileceği kabul edilen şartları "caiz", bu nevi şarta bağlı işlemleri de sahih olarak nitelendirmek gerekir (Mecelle m. 108, 186-188; Ali Haydar, I/217; Bilmen, I/33, 35).

işlemin iktizasından (gereklerinden) olan ve iktizasını teyit edenler (amacına uygun, mülâim) ile mütearef (örf ve âdet haline gelmiş) olanları ve şer'an mesağ (hukuken câiz kabul edilmiş) bulunan şartları istisna etmişlerdir. O halde câiz şartları, hukukî işlemin gereklerinden olan, hukukî işlemin amacına uygun olan, örf ve âdet haline gelmiş olan ve hukuken câiz kabul edilmiş bulunan şartlar şeklinde bir ayırımı tâbi tutarak incelemek gerekir⁶⁷.

1- Hukukî İşlemin Gereklerinden Olan Şartlar

Bu nevi şartlar, hukukî işlem yapılırken ileri sürülmesi dahi, yerine getirilmesi gerekli olan şartlardır. Bu nedenle bu şartlar, hukukî işleme yeni bir şey eklemeler. Belki var olan bir hususu kuvvetlendirici bir özellik arzederler. Bundan dolayı hukukî işlemin gereklerinden olan şartlar, bütün İslâm hukukçularınca câiz kabul edilmiştir. Yani bu nevi şartlara bağlı olarak yapılan hukukî işlemler geçerlidir⁶⁸. Ayrıca bu şartları mutlaka yerine getirmek gerekir veya şartın gerçekleşmesi halinde ona bağlı olan hukukî işlemin hükümleri işlemeye başlar veya sona erer. Satıcının semeni alıncaya kadar malı habsetmesi şartı; satılan şeyin müşteriye, semenin satıcıya teslim edilmesi şartı; satılan şeyin alıcının mülkü olması şartı; kap içinde satılan şeylerde kabın darasının düşülmesi şartı; ağaç üzerindeki meyvelerin satılırken toplanmasının alıcıya ait olması şartı; bedelin bir miktarının indirilmesi şartı, bu şartlara misal olarak verilebilir⁶⁹. Görüldüğü üzere bu nevi şartlar, şart olarak ileri sürülmesi dahi, hukukî işlem gereği yerine getirilmesi gereken hususlardır. Bundan dolayı aktin geçerliliğine her hangi bir etki yapmazlar⁷⁰.

Kap içinde satılan şeylerde kabın darasının düşülmesi şart koşulduğu hallerde, satıcı borcunu ifâ ettikten sonra kabın darasında veya çeşidinde tarafların anlaşamaması halinde, ispat yükü kime ait olacaktır? Hukukî işlemin yazılı şekilde yapılması halinde genelde böyle bir anlaşmazlığın çıkması mümkün değildir. Ancak vasıflarının belirtilmemesi halinde böyle bir anlaşmazlığın çıkması muhtemeldir. Hukukî işlemin sözlü olması halinde ise, alıcıya yemin teklif edilmek suretiyle mesele halledilecektir. Ancak satıcı, alıcının iddia ettiğinin aksini bir delille ispat edecek olursa buna itibar edilmesi gerekir⁷¹.

2- Hukukî İşlemin Amacına Uygun Olan Şartlar

Bu nevi şartlar hukukî işlemin gereklerinden olmamakla birlikte, hukukî işlemin amacına uygundur. Bir şeyi satış bedeli karşılığında rehin vermek; akit meclisinde bulunan bir şahsı kefil göstermek; hukukî işlemi şahitler huzurunda yazmak ve onları şahit olarak göstermek; satış bedelini üçüncü bir şahsa vermek, bir müvekkilin vekiline her ne zaman seni vekaletten azl edersem vekilimsin, padişahın bir kimseye üç gün içinde A şehrine ulaşırsan o şehrin valisinin ifadelerinde olduğu gibi⁷². Bu şartlar hukukî işlemin gereklerinden olan şartlarla aynı hükme tâbidirler. Yani hukukî işlemi geçersiz kılmayıp sadece hukukî işlemin unsurlarını kuvvetlendirirler. Bundan dolayı İslâm hukukunda bu nevi şartlara hukukî işlemin amacına uygun (mülâyim) şartlar denmektedir⁷³.

Hukukî gerekçeleri farklı olsa da, hukukî işlemin amacına uygun olan şartlara bağlı hukukî işlemlerin geçerli olduğunu dört mezhep hukukçuları da kabul etmektedir-

67 Serahsî, XIII/13 vd.; Kâsânî, V/168 vd.; İbn-i Rüşî, II/132 vd.; Senhûrî, III/117 vd.; Muğni, IV/285; Ali Haydar, I/291 vd.; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I/66; Atf Bey, Kitabü'l Büyü', 47-48.

68 Mecelle m. 186, 251, 278; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/14; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/80; Senhûrî, III/119, 170, 173; Ebu Zehra, 248; Şirazi, I/268; Ali Haydar, I/291; Atf Bey, Kitabü'l Büyü', 48; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I/66.

69 Serahsî, XIII/14; Senhûrî, III/118; Muğni, IV/285; Bedayi, V/171; İbn-i Hümmam, V/215.

70 Senhûrî, III/119.

71 Mecelle, m. 186; Ali Haydar, I/291; Mesud Ef., 52; Feteva, V/404.

72 Mecelle, m. 187; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/19; Şirazi, I/268; Muğni, IV/285-286; Senhûrî, III/125; Ali Haydar, I/293; Mesud Ef., 52.

73 Kâsânî, V/171; Senhûrî, III/120, 170.

ler⁷⁴. Hanefi hukukçularına göre, bu nevi şartları kıyas yolu⁷⁵ ile fâsî⁷⁶ kabul etmek gerekir. Zira bu nevi şartlarda taraflardan birinin diğer tarafa nazaran daha fazla yararı vardır. Ne var ki, bu nevi şartlar taraflardan birine yarar sağlıyorsa da, hukukî işlemin hükümlerini kuvvetlendirmekte ve alıcının haklarını sağlamlaştırmaktadırlar. Bu nedenle bu nevi şartları Hanefi hukukçuları istihsan⁷⁷ yolu ile câiz kabul etmişlerdir⁷⁸. O halde Hanefi hukukçuları, hukukî işlemin amacına uygun olan şartların aslında fâsî olduklarını, fakat istisnaen yani alıcının haklarını kuvvetlendirdiği ve hukukî işlemin amacına uygun olduğunu ileri sürerek caiz olması gerektiğini belirtmişlerdir. Buna mukabil Maliki, Hanbeli ve Şafi'i hukukçuları bu hususta birbirine yakın hukukî gerekçeler ileri sürerek, bu nevi şartların istisnaen değil aslen, câiz olduğu görüşündedirler⁷⁹.

Hanefi, Şafi'i ve Hanbeli hukukçuları, hukukî işlemlerin mülaim şartlara bağli olarak geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, rehin olarak verilmesi veya bir şahsın kefil olması şartının ileri sürülmesi halinde, rehin olarak verilecek şeyin ve kefil olacak şahsın belirli olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bunların belirli olmasından maksat, hukukî işlemin yapıldığı mecliste hazır ise işaret, hazır değilse isminin veya vasıflarının belirtilmesidir⁸⁰. Eğer rehnedilecek şey bilinmezse hukukî işlem fâsî olacaktır⁸¹. Zira bu şartlar satış bedelini kuvvetlendirmek için öngörülmüştür. Ayrıca bunların bilinmemesi daha sonra taraflar arasında bir anlaşmazlığın doğmasına sebep olabilir. Ancak rehnedilecek şeyin vasıflarını taraflar hukukî işlemin yapıldığı mecliste kararlaştırırlar veya rehin bedeli hemen verilecek olursa, fesat sebebi ortadan kalktığı için hukukî işlem geçerli olarak kurulacaktır⁸². Maliki hukukçularına göre ise, rehin olarak verilmesi kararlaştırılan şeyin veya kefil olacak şahsın belirli olması şart değildir⁸³.

Kefil olacak şahıs, hukukî işlemin yapıldığı mecliste hazır ise, kefaleti hemen kabul etmelidir. Söz konusu şahıs kefaleti kabul etmez veya o mecliste bulunmaz, taraflar ayrılıncaya kadar da gelip kefaleti kabul etmezse, Hanefi hukukçularına göre, hukukî işlem geçerli değildir. Zira hukukî işlem kefalet şartına bağlanmıştır. Bu nedenle kimin kefil olduğunun veya kefaleti kabul edip etmediğinin bilinmesi lazımdır. Hanbeli ve Şafi'i hukukçularına göre ise, bu gibi hallerde satıcı, seçimlik bir hakka sahiptir. Dilerse satış bedelinin ödenmesini ister, dilerse akti fesheder⁸⁴. Rehlin verilecek şeyde olduğu gibi kefil olacak şahsı tarafların hukukî işlemin yapıldığı mecliste kararlaştırmaları yeterli değildir. Yani kefil olacak şahsın, hiç olmazsa tarafların hukukî işlemin yapıldığı meclisten ayrılmasından önce akit meclisine gelmiş ve kefaleti kabul etmiş olması gerekir⁸⁵.

Burada akla şöyle bir soru gelmektedir: Acaba alıcı şartları yerine getirmezse durum ne olacaktır? Yani satıcı, alıcıyı şartları yerine getirmeye zorlayabilecek midir? Bu sorunun cevabı alternatiflidir. Yani satıcı, şu üç husustan birini seçme hakkına sahiptir: İlk olarak, alıcıdan şartları yerine getirmesini isteyebilir. Ancak alıcıyı şartları yerine

74 Senhûrî, III/125; Ebu Zehra, 248; Suyutî, 482.

75 Kıyas, İslâm hukukunun asıl kaynaklarından dîridir. Buna kıyas-ı fukaha da denmektedir. Sözlükte, takdir, ölçme, karşılaştırma manalarına gelen kıyas, hukuk terminolojisinde şöyle tarif edilmektedir: İslâm hukukunda hakkında açık hüküm bulunan bir meselenin hükmünü, aralarındaki illet (amaç) benzerliğinden dolayı, hakkında açık hüküm bulunmayan bir meseleye de uygulamaktır (Bilmen, I/16; Zeydan, 167).

76 Bk. ileride "Fasî Şartlar".

77 İstihsan, İslâm hukukunun tali kaynaklarından olup, kelime olarak bir şeyi güzel görmek ve tercih etmek manalarına gelmektedir. Hukukî kavram olarak ise, müctehit hukukçunun, zaruret, muteber bir örf ve adet kaidesi veya daha kuvvetli bir kıyas sebebiyle, kapalı kıyası açık kıyasa veya özel bir hükmü genel bir hükme tercih etmesidir (Bilmen, I/17; Zeydan, 169; Cin/Akgündüz, I/161).

78 Serahsî, XIII/16; Senhûrî, III/129; Kâsânî, V/171.

79 Senhûrî, III/130-131, 170, 173; Hiraşî, V/82; Ebu Zehra, 252.

80 İbn-i Hümam, V/215; Senhûrî, III/125.

81 Serahsî, XIII/18; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümam, V/215.

82 Feteva, V/405; Serahsî, XIII/19; Kâsânî, V/171; Senhûrî, III/125; Ali Haydar, I/293; Atıf Bey, Kitabü'l Büyû', 49. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyû', I/66-67.

83 Senhûrî, III/127; Hattab, IV/375.

84 Senhûrî, III/126-127.

85 Mecelle m. 187; Serahsî, XIII/18; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümam, V/215; Senhûrî, III/125-126; Feteva, V/405; Ali Haydar, I/293; Atıf Bey, Kitabü'l Büyû', 49. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyû', I/67.

getirmeye zorlayıp zorlanamayacağı hususunda İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. İbn-i Ebi Leyla ve İmam Züfer'e göre, alıcı rehni vermeye zorlanabilir. Zira bir şeyi rehin olarak vermek hukukî işlem yapılırken şart koşulmuş ise, o artık alıcı için bir haktır. Bundan dolayı alıcı hakkını talep edebilir⁸⁶.

Maliki hukukçularına göre, şarta bağlı hukukî işlem yapıldıktan sonra alıcı, rehin olarak verilmesi kararlaştırılmış olan şeyi vermezse, teslimi zorlanır. Eğer rehin olarak verilecek şeyin vasıfları kararlaştırılmamış ise o beldede örf ve adet olan bir şeyi rehin olarak vermeye zorlanacaktır. Yoksa mutad olmayan bir şeyi rehin olarak vermek istediği takdirde satıcının o şeyi kabule zorlanması mümkün değildir⁸⁷.

Diğer bir kısım İslâm hukukçularına göre ise, bir şeyin rehin olarak verilmesi hukukî işlemin aslı unsurlarından değildir. Bu nedenle alıcıyı zorlamak mümkün değildir. Ayrıca bu şartlar hukukî işlemin gereği olan satış bedelinin teslimini kuvvetlendirir niteliktedir. Bu nedenle alıcı rehin olarak kararlaştırılmış olan şeyi vermeye zorlanamaz⁸⁸. Ancak ona rehni veya kıymetini veya satış bedelini vermesi söylenir. Eğer bunlardan hiçbirini yerine getirmezse satıcının akti feshedeceği kendisine bildirilir⁸⁹. Aynı şekilde alıcıyı, bir şahsı kendisine kefil göstermeye zorlamak mümkün değildir⁹⁰. Buna karşılık alıcıyı aktin yazılı olarak yapılmasına ve başka birini şahit göstermeye zorlamak mümkündür⁹¹.

İkinci olarak satıcı, alıcıdan, satılan şeyin bedelini veya rehlin kıymetini kendisine veya bir başkasına vermesini isteyebilir⁹². Bu durumda alıcıyı rehlin kıymetini veya satış bedelini vermeye zorlamak mümkündür. Alıcı, rehlin kıymeti yerine satış bedelini rehin olarak verecek olursa bu hukukî işlem istihsanen câizdir⁹³. Yani satıcı, şartın mahiyetine göre, alıcıdan şartı yerine getirmesini, semeni ödemesini veya rehlin kıymetini vermesini yahut da satış bedelini rehin olarak vermesini isteyebilir.

Üçüncü olarak satıcı, akti feshedebilir⁹⁴. Alıcı, akitte öngörülen şartları yerine getirmez, satılan şeyin bedelini veya rehlin kıymetini alıcıya vermezse satıcı akti feshedebilir. Zira satıcının, karşılığında rehin bulunan satış bedelinde, karşılığında rehin bulunmayan satış bedelinden daha fazla yararı vardır⁹⁵.

Ancak, alıcı semeni veya rehlin kıymetini verecek olursa, satıcının akti feshetme yetkisi yoktur. Zira rehinden maksat, o şeyin ayını olmayıp kıymetidir. Kıymetinin verilmesi ile de maksat yerine gelmiş olacaktır. Satılan şeyin bedelinin verilmesi halinde ise artık rehne gerek kalmadan akit şartsız olarak meydana gelmiş olur⁹⁶.

3- Örf ve Adet Haline Gelmiş Olan Şartlar

Örf ve adet, insanların alışkanlık haline getirdikleri ve günlük hayatlarında, hukukî işlemlerinde uyguladıkları söz fiil ve terk gibi şeylere denmektedir⁹⁷. Bir şeyin hukuken örf ve adet olarak kabul edilebilmesi için insanların çoğunluğu tarafından uyulması, süreklilik bulunması ve müeyyidesi olması gerekir. Mecelle'nin ifadesi ile, "Nasın istimali hüccettir ki, anıyla amel vacib olur", "Adet, ancak muttarit yahud galip

86 Serahsî, XIII/19; Kâsânî, V/171.

87 Hattab, V/376; Serahsî, III/127.

88 Mecelle, m. 187; Kâsânî, V/171; Bilmen, VI/23; Ali Haydar, I/293; Fateva, V/404; Reşit Paşa, Kitabü'l Büyük, I/66; Mesud Ef., 53.

89 Serahsî, XIII/19; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/215; Senhûrî, III/126.

90 Senhûrî, III/126.; İbn-i Hümmam, V/215.

91 Ali Haydar, I/293 dipnot. 1.

92 Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/215; Hattab, IV/375; Ali Haydar, I/293; Atf Bey, Kitabü'l Büyük, 49.

93 Serahsî, XIII/19; Fateva, V/404.

94 Mecelle m. 187; Serahsî, XIII/19; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/215; Fateva, V/405; Hattab, V/375; Ali Haydar, I/293; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyük, I, 67; Atf Bey, Kitabü'l Büyük, 49.

95 Mecelle, m. 187; Kâsânî, V/171.

96 Senhûrî, III/121; Bilmen, VI/23; Ali Haydar, I/293.

97 Zeydan, 172 vd. ; Cin/Akgündüz, I/161 vd.

oldukda muteber olur”, “Adet muhakkermdir”, “Örf ile tayin nass ile tayin gibidir”⁹⁸. O halde örf ve adet haline gelmiş olan (müteâref)⁹⁹ şartlar, belirli bir ticarî veya sosyal beldede yaşayanların çoğunluğu tarafından kabul edilip uygulanan şartlar demektir. Aynı manayı ifade etmek üzere teâmül haline gelmiş şartlar kavramı da kullanılmaktadır¹⁰⁰. Kürkü kaplamak, kilidi yerine yerleştirmek, yırtık elbiseyi yamamak veya ağaç üzerinde bulunupda bazısı yemeye elverişli ve bazısı da henüz elverişli olmayan meyveyi tamamen olgunlaşınca kadar kalması şartıyla satmak gibi hallerde örf ve adet haline gelmiş olan şartlardan söz edilir. Bu nevi şartlar câiz şartlardan kabul edildiğinden bunlara bağlı olarak yapılan hukukî işlemler de geçerlidir¹⁰¹. Mecelle'nin ifadesi ile, “Örfen maruf olan şey, şart kılınmış gibidir.”, “Beyne't-tüccar maruf olan şey, beyinlerinde meşrut gibidir”¹⁰². Zira örf ve adet, İslâm hukuku kaynaklarından biridir¹⁰³. Bu nedenle söz konusu şartlar gerçekleşecek olursa, ona bağlı olan hukukî işlem de hükümlerini meydana getirmeye başlayacak¹⁰⁴ ve imkanlar ölçüsünde yerine getirilmek gerekecektir¹⁰⁵.

Bu nevi şartların ve bu şartlara bağlanan hukukî işlemlerin istihsan yolu ile geçerli olduğu kabul edilmiştir¹⁰⁶. İmam Züfer, bu nevi şartların taraflardan birine daha fazla yarar sağladığını nazara alarak kıyasen fâsit olduğunu ileri sürmüştür. Zira taraflardan birine faydası olan şartlar müfsit şartlardan olup hukukî işlemi geçersiz kılınmaktadır¹⁰⁷. Ancak hâkim olan görüşe göre, bu nevi şartlar geçerli bir örf ve adet kaidesine istinat ettiklerinden taraflardan birine faydası olan (fâsit) şartlara istisna teşkil etmektedirler. İstihsan kapalı bir kıyasın açık bir kıyasa tercihi söz konusu olduğundan, bu nevi şartlarda istihsan yolu ile câiz şartlardan kabul edilmek gerekir¹⁰⁸.

4- Hukuken Câiz Kabul Edilen Şartlar

Bu nevi şartlara İslam hukukunda şer'an mesâğ bulunan şartlar denmektedir. Hıyâr-ı şart, hıyâr-ı vasıf, hıyâr-ı nakit, hıyâr-ı şart, hıyâr-ı ta'yin, hıyâr-ı rüyet, hıyâr-ı ayıb, hıyâr-ı gabin ve tağır gibi şartlardır. Hıyâr-ı şart (Şart muhayyerliği), bir hukukî işlemde taraflardan birinin veya her ikisinin belirli bir süre içinde hukukî işlemi fesh etmek veya icazet vermek hususunda seçimlik bir hakka sahip olmalarına denmektedir. Ebu Hanife ve İmam Züfer'e göre, belirli süre üç gündür. İmameyn (İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed)'e göre ise, taraflar istedikleri süreyi kararlaştırabilirler. Mecelle İmameyn'in görüşünü tercih etmiştir¹⁰⁹.

Hıyâr-ı vasıf (Vasıf muhayyerliği), bir hukukî işleme konu olan şeyde bulunması gerekli bir vasfın sonradan bulunmadığı anlaşıldığı takdirde karşı tarafa tanınan seçimlik hakka denmektedir. Karşı taraf dilerse hukukî işlemi fesheder, dilerse o vasfıyla

98 Mecelle m. 36, 37, 41, 45.

99 Örf ile adet farklı şeylerdir. Örf aklın ve dinen iyi ilinen şey demektir. Oysa adet, işlenegelen, alışlagelmiş şeyler demektir. Kötü örf olmaz ama kötü adet olabilir (Yıldırım, C. : Kaynaklarıyla İslâm Fıkhı, C. IV, Konya T. siz, s. 433). Mecelle hem örfü (m.45) hem de adet'i (m.36) İslâm hukukunun kaynağı kabul etmiştir. Adetin hukukunun kaynağı olabilmesi için kötü olmaması (mutterid) ve birlikte kullanılmaları gerektiği ifade edilmiştir (Mecelle m.41; Ali Haydar, I/105-106). Yine 188'nci maddede "mütearef" kelimesi, örf-ü adet olarak açıklanmıştır. İslâm hukukçuları da örf ile adet'i aynı manada veya birlikte kullanmışlardır (Bilmen, I/17).

100 Kâsânî, V/172; Senhûrî, III/131; Bilmen, I/17.

101 Mecelle m. 188; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/14; Kâsânî, V/172; Ebu Zehra, 263; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/180.

102 Mecelle m.43, 44; Ali Haydar, I/107 vd.

103 "Örf ile tayin nas ile tayin gibidir." (Mecelle 45); Serahsî, XIII/14; Zeydan, 172 vd.; Cin/Akgündüz, I/161 vd.

104 Mecelle m.82; Ebu Zehra, 263; H.Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/180.

105 Mecelle m. 83; Ali Haydar, I/295; Bilmen, VI/23.

106 Serahî, XIII/14; Feteva, V/406; İbn-i Hümmam, V/221; Senhûrî, III/133.

107 Kâsânî, V/172; Ebu Zehra, 249.

108 Kâsânî, V/172; İbn-i Hümmam, V/221-222; Senhûrî, III/133; Ebu Zehra, 249; Ali Haydar, I/295; Mesud Ef., 53.

109 Mecelle m. 300-309; Serahsî, XIII/38 vd.; Kâsânî, V/174; İbn-i Rüşt, II/172; Ebu Zehra, 248-249; Mardin, Hıyâr-ı Şart, 721-723; Bilmen, VI/56 vd.; Ali Haydar, I/476 vd.; Karaman, II/284 vd.

kabul eder. Ancak karşı tarafın böyle bir hakka sahip olabilmesi için, hukukî işlemin yapıldığı anda veya kararlaştırılmış olması veya hukukî işleme konu olan şeyde o vasfın bulunmasının örf ve adet haline gelmiş olması gerekir¹¹⁰

Hıyâr-ı nakit (Nakit muhayyerliği), tarafların belirli bir zamana kadar bedelin ödenmesi ve ödenmediği takdirde, hukukî işlemin geçersiz olacağını aralarında kararlaştırmalarına denmektedir. Hukukî işlemin iki tarafı içinde nakit muhayyerliği mümkündür. Ayrıca muhayyer olunan sürenin belirli olması şarttır. Süre belirlenmez veya rüzgarın esmesi gibi belirli olmayan bir süre kararlaştırılırsa hukukî işlem fâsit olur. Nakit muhayyerliğinde sürenin üç günden fazla olup olamayacağı İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. İslâm ve Osmanlı hukukunda hâkim olan fikre göre, üç günden fazla olabilir¹¹¹.

Hıyâr-ı ta'yîn (Ta'yîn muhayyerliği), olmayan mallardan iki veya üç şeyin fiyatlarının açıklanarak taraflardan birine bunlardan birini almak veya satmak hakkının tanınmasına denmektedir. İslâm ve Osmanlı hukukunda hâkim olan fikre göre, hukukî işlem esnasında ta'yîn muhayyerliğinin süresinin belirtilmesi lâzımdır. Ebu Hanife'ye göre bu müddet üç gündür. İmameyn'e göre ise taraflar diledikleri kadar bir süre tayin edebilirler¹¹².

Hıyâr-ı rü'yet (Görme muhayyerliği), karşı tarafın görmediği bir şeyin, hukukî işleme konu olması halinde, onu görünce dilerse hukukî işlemi feshetme ve dilerse kabul etme hakkının tanınmasına görme muhayyerliği denmektedir. Görme muhayyerliği belirli bir süre ile sınırlı değildir. Kabul veya fesih beyanı sözlü veya fiilî olarak açıklanabilir. Kabul beyanının karşı tarafa bildirilmesine gerek olmasa bile fesih beyanının karşı tarafa bildirilmesi gerekir¹¹³.

Hıyâr-ı ayb (Kusur muhayyerliği), hukukî işleme konu olan şeyin kusursuz olup olmadığı şart koşulmadan yapılan bir hukukî işlemde, şeyin eski bir kusuru olduğu sonradan anlaşıldığı takdirde, karşı tarafa tanınan seçimlik hakka denir. Karşı taraf dilerse hukukî işlemi fesheder, dilerse kararlaştırılan bedel ile şeyi kabul eder¹¹⁴.

Hıyâr-ı gabn ve tağrîr (Gabin ve aldanma muhayyerliği), bir hukukî işlemde bedel ile konu arasında (taraflardan birinin karşı tarafı aldatarak) büyük bir farklılığın olması halinde, aldanan tarafın hukukî işlemi feshetme hakkına denmektedir. Aldanan tarafın böyle bir hakka sahip olabilmesi için, iki önemli şartın bir arada bilinmesi gerekir: Bunlar bedel ile konu arasında aşırı bir fark olması ve bir tarafın diğer tarafı aldatması (tağrîr, hile) gerekir. Bedel ile konu arasındaki aşırı farkı, ticarî ölçülere göre normal olmayan fiyat farklılığı şeklinde anlamak gerekir. Aldanan tarafın alıcı ile satıcı olması arasında fark yoktur. Taraflardan birinin karşı tarafı çeşitli hileli yollar kullanarak aldatmış olması gerekir. Bilmeyerek ve istemeyerek yapılan bir işlemde fiyatlar arasındaki aşırı fark hıyâr-ı gabn ve tağrîr'e girmez. Ayrıca üçüncü bir kişinin aldatması sonucunda aldananın da böyle bir seçimlik hakkı yoktur¹¹⁵. Fesih hakkına sahip olan kimsenin ne kadar bir süre bu hakka sahip olduğu hususunda Mecelle'de bir açıklık yoktur. Sadece böyle aşırı bir yararlanma ve aldatmanın bulunduğu hukukî işlemin konusunun her hangi bir şekilde telef olması veya bu hakka sahip olan kişinin o şey üzerinde tasarrufta bulunması ile fesih hakkının sona ereceği belirtilmektedir(m. 360). Mecelle tadillerinde, fesih hakkına sahip olan kimsenin bu hakkının, gabin ve tağrîri öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halûkârda üç yıl geçmekle zaman aşımına uğraması gerektiği teklif

110 Mecelle m. 310-312; Serahsî, XIII/45 vd.; Ali Haydar, I/502 vd.; Mardin, Hıyârı vasıf, 483-491; Bilmen, VI/60 vd.

111 Mecelle m. 313-315; Ali Haydar, I/508 vd.; Bilmen, VI/62 vd.

112 Mecelle m. 316-319; Feteva, V/211; Ali Haydar, I/510 vd.; Bilmen, VI/63 vd.; Karaman, II/288 vd.

113 Mecelle m. 320-335; Feteva, V/219; Osman, Muhamat, 1338; S.49, s. 130-133; Ali Haydar, I/520 vd; Bilmen, VI/66 vd; Karaman, II/290 vd.

114 Mecelle m. 336-355; Feteva, V/241; Ali Haydar, I/542 vd; Bilmen, VI/70 vd; Karaman, II/295 vd.

115 Mecelle m. 356-359; Ali Haydar, I/586 vd; Bilmen, VI/79 vd.

edilmiştir¹¹⁶. Bu nevi şartlar İslâm hukukunda câiz şartlardan sayıldığı için söz konusu şartlara bağlı hukukî işlemler de geçerli kabul edilmiştir¹¹⁷.

5- Hukukî İşlem Kurulduktan Sonra Vaad Edilen Şartlar

Hukukî işlem kurulurken her hangi bir şart ileri sürülmediği halde, taraflardan birinin vaad suretiyle hukukî işleme sonradan eklediği şartlar geçerlidir. Ancak bu eklenen şartların câiz şartlardan olması gerekir. Buna mukâbil fâsit şartların vaad edilmesi halinde, İslâm hukukunda hâkim olan fikre göre, bu şartları yerine getirmek gerekmez. Yani lağv olur¹¹⁸.

B- Fâsit Şartlar ve Bu Şartlara Bağlı İşlemler

1- Kavram ve Tarifi

Fâsit, lügatta kötü, fena, yanlış, bozuk manalarına gelen bir kelimedir¹¹⁹. Hukukî kavram olarak fasit, aslında sahih olduğu halde câiz olmayan bir şeye yakınlığı sebebi ile sahih olmaktan çıkan fiil veya hukukî işlemlere denmektedir¹²⁰. İslâm hukukçuları hukukî işlemin unsurlarını aslî (kurucu) ve vasfî (geçerlilik) olmak üzere ikiye ayırarak incelemişlerdir. Bu nedenle fâsiti, aslen meşru, vasfen gayri meşru olan fiillerdir, şeklinde tarif etmişlerdir¹²¹. Fâsit ile bâtil kavramlarına diğer mezhep hukukçuları aynı hükme tabi tutsalar bile, Hanefi hukukçuları fâsit ile bâtil farklı hukukî neticelere bağlanmıştır¹²². Fâsit şartları ifade etmek üzere "bâtil şartlar" kavramını kullanan hukukçular¹²³ var ise de, bunlar azınlıkta kalmakta ve bâtil ve fâsit ayrımı nazara alındığında fâsit şartlar kavramının yerinde bir ifade olduğunu söylemek gerekir. Zira bâtil, aslen ve vasfen meşru olmayan fiil veya işlemlerdir. Burada ileri sürülen şartlar aslında geçerli olmakla birlikte başka bir hukukî işlemle birleştikleri (safkateyn) veya birden fazla oldukları ve bir tarafa daha fazla yarar sağladıklarından bâtil sayılmışlardır¹²⁴.

Fâsit şartları şu şekilde tarif etmek mümkündür: Hukukî işlemin gereklerinden olmayıp, onun amacına da uygun olmayan, örf ve adet haline gelmemiş ve hukuken câiz kabul edilmemiş olan, ancak taraflardan birine veya üçüncü bir şahsa faydası olan şartlardır¹²⁵. Satmamak şartıyla bir köle satın almak, bir yıl ekmek şartıyla arazi satın almak vs. gibi. Bu nevi şartların fâsit oluş sebeplerini konunun önemine binaen ayrı bir başlık altında incelemek gerekecektir.

2- Şartların Fâsit Olmasının Sebepleri

Şartların fâsit kabul edilmesinin sebepleri hususunda İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. Bir fikre göre, bu nevi şartlar taraflar arasında bir anlaşmazlığın çıkmasına sebep olabilir. Zira, bir tarafa faydası olan şartın ifâsını, ilgili taraf talep edecek, fakat karşı taraf bu talebi yerine getirmekten ictinab edebilecektir. Bu durum da taraflar arasında bir anlaşmazlığın çıkmasına sebep olacaktır. Hüküm genele göre

116 CA, 1340, S. 25, s. 902.

117 Serahsi, XIII/17; Kâsânî, V/175; Bilmen, VI/24; Suyutî, 482; Ali Haydar, I/296; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/180 ve Kitabü'l Büyü', I/68.

118 Kâsânî, V/176; İbn-i Rüşd, II/134; Ali Haydar, I/296-297; Bilmen, VI/24; Atf Bey, Kitabü'l Büyü', 49; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I/67.

119 Develioğlu, fasit maddesi.

120 Bilmen, I/35.

121 Mecelle m. 109; Cezirî, II/1370; Zeydan, 305; Ali Haydar, I/217-218; Bilmen, I/35; Karaman, II/2261.

122 Bu görüşler için bk.ilerde "Fâsit Şartların Hükümleri".

123 Ebu Zehra, 251.

124 Kâsânî, V/170; İbn-i Hümmam, V/217; İbn-i Rüşd, III/187; Senhûrî, III/179; İbn-i Kudame, IV/285; Makdîsî, IV/53.

125 Serahsi, XIII/15; Kâsânî, V/169; Ebu Zehra, 249; Ali Haydar, I/299; Atf Bey, Kitabü'l Büyü', 48.

verildiğinden bazı durumlarda anlaşmazlığın çıkmaması bu nevi şartların câiz sayılmasını gerektirmez¹²⁶.

Hanefi mezhebi hukukçularının şartları genel olarak fâsit kabul ettiklerini yukarıda ifade etmiştik¹²⁷. Bu nedenle fâsit şartları en geniş şekilde inceleyen bu hukukçular olmuştur¹²⁸. Hanefi ve Şafi'i hukukçularına göre, bu nevi şartların fâsit olmasının birden fazla sebebi vardır. İlk olarak bu hukukî işlemde karşılığı olmayan bir fazlalık vardır. Dolayısıyla taraflardan birine hukukî işlemde karşılığı olmayan bir yarar sağlamaktadır. Bu fazlalık faiz ya da faiz şüphesi uyandıracak bir durumdur¹²⁹. Bilindiği üzere gerek faizli gerekse faiz şüphesi bulunan hukukî işlemler İslâm hukukunda fâsit kabul edilmiştir¹³⁰.

Bu şartların fâsit olmasının bütün İslâm hukukçularınca kabul edilen en önemli sebebi ise, bir hukukî işlemin içinde ikinci bir hukukî işlemin İslâm hukukunda yasak olmasıdır. İslâm hukukunda buna "safkateyn"¹³¹ denmektedir¹³². Safkateyn şeklinde yapılan hukukî işlemlerin fâsit olduğunu bizzat Hz. Peygamber ifade etmiştir¹³³. Buradan hareketle dört mezhebin hukukçuları da safkateyn şeklinde yapılan hukukî işlemleri fâsit kabul etmişlerdir. Ne var ki, safkateyn kavramının içeriği konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.

Maliki, Hanbeli ve bir kısım Hanefi hukukçularına göre, bir hukukî işlem içinde ikinci bir hukukî işlemde maksat, bir malın peşin şu fiyata, veresiye şu fiyata veya bir ay vade ile şu fiyata, iki ay vade ile şu fiyata denilerek satılması halidir. Zira satım akti belirli bir fiyat karşılığında yapılmamış birden fazla fiyat belirtilmiştir. Oysa safkateyn bir akit içinde ikinci bir akit, başka bir ifade ile bir satış içinde ikinci bir satış demektir ve bu durum bizzat Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır¹³⁴. Bir satışta iki fiyat belirtilmesi ise, kelimenin tam anlamı ile safkateyndir. Bu nedenle yasak olan da bir evin belli bir süre daha içinde oturulması şartıyla satılması olmayıp, birden fazla hukukî işlem veya birden fazla şart içeren bir satışta iki veya daha fazla fiyat belirlenmesidir¹³⁵.

Hanefi mezhebinde hakim olan fikre göre, bir hukukî işlem içinde ikinci bir işlem ve bir şart içinde şarttan maksat, bir satımda iki fiyat tesbiti değildir. Bir hukukî işlem içinde ikinci bir hukukî işlemde maksat, satıcının sattığı evde belli bir süre daha oturmayı şart koşması gibi hallerdir. Gerçekten bir evin bir ay daha içinde oturulması şartıyla satılması halinde, iki ayrı hukukî işlemin varlığını kabul etmek gerekir. Birincisi bir evin satımı, yani satım akti, ikincisi, o evde satıcının belli bir süre ikamet etmesi, yani kira akti. Şart koşulan şeyin hukukî işlemde karşılığı yoksa, iare (ödünç), hibe veya başka bir hukukî işlem söz konusu olabilir. Fakat her halükârda bu gibi hallerde birden fazla hukukî işlemin varlığını kabul etmek gerekir¹³⁶.

126 Ali Haydar, I/299.

127 Bk.yukarıda "İslâm Hukukçularının Şartla İlgili Görüşleri".

128 Serahsî, XIII/13 vd; Kâsânî, V/168 vd.; Senhûrî, III/112 vd; Feteva, V/405 vd.; Ebu Zehra, 251; Ali Haydar, I/299.

129 Kâsânî, V/169; Senhûrî, III/143; Ebu Zehra, 250-251.

130 Senhûrî, III/143, 147; Bilmen, VI/104; Karaman, II/200 vd.

131 Safka, akitle eşanlımlı bir kelimedir. Safkateyn ise, iki akit demek olup, içiçe yapılan iki akti ifade etmektedir (Develioğlu, safka maddesi; Bilmen, VI/75; Çeker, 107).

132 Serahsî, XIII/18; Kâsânî, V/173; İbn-i Hümmam, V/218; El-Makdîsî, IV/53; İbn-i Kudame, IV/285; Senhûrî, III/143 vd.; Ebu Zehra, 250.

133 Tirmizî, Büyû', XII/18, No:1231; İbn-i Hümmam, V/218; İbn-i Kudame, IV/290-291; Senhûrî, I/151.

134 Malik, İbn-i Enes: El-Muvatta, Beyrut 1994, s. 494-495.

135 Serahsî, XIII/7-8,36; Kâsânî, V/158; İbn-i Rüşt, II/134; Senhûrî, III/179; İbn-i Kudame, IV/285; Makdîsî, IV/53; Ebu Zehra, 254.

136 İbn-i Hümmam, V/215 vd.; İbn-i Abidin, IV/122 vd.

3- Fâsîr Şartın Çeşitleri

a) Taraflardan Birinin Yararına Olan Şart

Hanefî hukukçularına göre, taraflardan birine yararı olan şartlar fâsîttir. Bu açıdan şartın alıcı veya satıcının yararına olması arasında fark yoktur. Ancak bu yarar hukukî işlemin gereklerinden olmamalı veya o yerde örf ve adet haline gelmemiş ve hukuken izin verilmemiş olmalıdır¹³⁷. Bir tarafın diğer tarafa bir şeyi ivazlı veya ivazsız olarak devretmesi, bir kimsenin sattığı evinde belirli bir süre veya ölünceye kadar ikamet etmesi, bir tarafın karşı tarafa ölünceye kadar bakması, ağaçtaki meyvaların satıcı tarafından toplanması, adrese teslim¹³⁸ vs. gibi şartlarla yapılan satışlarda taraflardan birinin yararı olduğundan bu nevi şartlar fâsîttir. Aynı şekilde bir kadının bir erkeğe "kendisini veya bir yakınına nikahlaması şartıyla" bir şeyi satması veya hibe etmesi halinde de fâsîr şart söz konusudur¹³⁹. Şafi'î hukukçuları da bu nevi şartları kendisinde hukuka uygunluk bulunmayan şartlar olarak nitelemekte ve Hanefî hukukçuları ile aynı hükme tâbi tutmaktadırlar¹⁴⁰.

Malîki ve Hanbelî hukukçularına göre bu nevi şartlar câizdir¹⁴¹. Zira bu şartlar hukukî işlemin gereklerinden olmamak, onun amacına uygun bulunmamakla beraber, hukukî işlemin niteliğine aykırı da değildirler. Satıcının belirli bir süre oturması şartıyla evini satması gibi. Bu hukukçular, gerekçe olarak Hz. Peygamber'in Cabir'den deve satın aldığı hadisi göstermektedirler. Bu hadise göre, Hz. Peygamber, Cabir'den bir deve satın almakta ve Medine'ye kadar binmesini şart koşmaktadır ki, burada kelimenin tam anlamı ile taraflardan birinin yararı vardır. Hatta satıcı kendi lehine olan bu yararı başkasına ivazlı veya ivazsız devredebilir. Aynı şekilde alıcı da kendi lehine böyle bir şart koşabilir. Ancak taraflarca ileri sürülen bu şartların birden fazla olmaması ve belirli olması gerekir. Şartın belirsiz veya birden fazla olması halinde hem şart hem de hukukî işlem fâsîr olacaktır. Zira Hz. Peygamber başka bir hadisinde bir hukukî işlemde birden fazla şart ileri sürülmesini yasaklamıştır¹⁴².

b) Satılan Şeyin Yararına Olan Şartlar

Hemen belirtelim ki satılan şeyin yararına olan şartlar, sadece satılan şeyin insan (köle) olması halinde söz konusu olabilir. Bu sebeple hürriyetine kavuşturulması (azad edilmesi) şartıyla bir kölenin satılması hali bu nevi şartların tek misâlini teşkil eder.

Satılan şeyin yararına olan şartların hangi hükme tâbi oldukları hususunda İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. Bir kısım Hanefî, Şafi'î ve Hanbelî hukukçuları gerekçeleri farklı olsa da, satılan şeyin yararına olan şartın fâsîr olduğunu belirtmişlerdir. Zira bu nevi şartlar hukukî işlemin muktezasından olmadığı gibi onu teyit eder mahiyette de değildir. Ayrıca burada malikin tasarruf hakkı kısıtlanmaktadır. Çünkü satılan şey köle de olsa mal hükmünde olduğundan alıcının ona malik olması ve üzerinde dilediği şekilde tasarruf edebilmesi gerekir. Oysa hürriyetine kavuşturulması şartıyla bir köle satın alınmasında bu durum yoktur. Hanbelî hukukçuları ise, hukukî işlemin

137 Serahşî, XIII/15; Kâsânî, V/169; İbn-i Hümam, V/215; Senhûrî, III/141; Ebu Zehra, 262; Ali Haydar, I/299; H. Reşîr Paşa, Kavaid-i Külliye, I/180.

138 Alıcı ile satıcı farklı yerlerde ikamet ettikleri takdirde adreste teslim şartıyla bir alım-satım akti yapılacak olursa bütün İslâm hukukçularına göre, bu alım-satım akti batıldır. Ancak taraflar aynı yerde ikamet ediyorlarsa, Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf'a göre İstihşanen geçerlidir. İmam Muhammed'e göre ise, bu nevi bir şart, hukukî işlemin iktizasından olmadığı gibi, hukukî işlemin iktizasına uygun da değildir. Ayrıca taraflardan birine (alıcıya) yarar da sağlamaktadır. Bu nedenle kıyasen fâsîttir (Senhûrî, III/142 dipnot).

139 Feteva, V/406-407; Suyutî, 481; Ali Haydar, I/300.

140 Ebu Zehra, 253.

141 İbn-i Teymiye, taraflardan birinin yararına olan şartta bağlı olarak bir hukukî işlemin yapılabileceği görüşündedir. Mesela kişi sattığı evde bir ay daha oturmayı şart koşabilir. Aynı şekilde hibe eden veya vakıf yapan kimsenin belli bir müddetle bir yararı şart koşması da mümkündür (İbn-i Teymiye, Nazariyetü'l-Akd, 16). Ancak gerek malî ve gerekse teberruata (hibe, vakıf gibi) ilişkin hukukî işlemlerde yarar belli değilse şart fâsîr olacaktır (İbn-i Teymiye, Feteva, III/342).

142 İbn-i Kudame, Muknî, IV/49 vd; İbn-i Rüşd, II/136; Senhûrî, III/182; Cezîrî, III/1378.

muktezasına aykırı olduğu gerekçesi ile aynı sonuca varmaktadırlar¹⁴³. Ebu Hanife, Şafi'i, Maliki¹⁴⁴ ve bir kısım Hanbeli¹⁴⁵ hukukçularına göre, bu nevi şartlar câizdir. Dolayısıyla kölenin azad edilmesi şartıyla satılması halinde bu işlem geçerlidir¹⁴⁶. Hukukî dayanak olarak da yukarıda geçen Berire hadisini misal göstermektedirler¹⁴⁷. Bu hadiste Berire isimli bir cariye, hürriyetine kavuşabilmesi için gerekli olan bedel konusunda Hz. Peygamberin eşi Aişe'den yardım istemiş, Aişe'de hürriyetine kavuştuktan sonra velâ hakkının¹⁴⁸ kendisine ait olması şartıyla gerekli parayı vereceğini şart koşmuş ve Berire'nin sahipleri de buna razı olmamışlardır. Bunun üzerine Hz. Peygamber, Aişe'nin, önce Berire'yi satın almasını sonra da hürriyetine kavuşturmasını istemiştir. Bu fikri savunanlara göre, burada normal bir alım-satım akti söz konusu olup satılan şeyin mülkiyetinin alıcıya geçmesi şart koşulmaktadır. Bu da aktin mahiyetine uygundur ve akti ifsat etmez¹⁴⁹. Ancak alıcı, akti tamam olduktan sonra köleyi azad etmeyecek olursa, durum ne olacaktır? Bu hususta iki fikir ileri sürülmüştür. Bir fikre göre, alıcı satın aldığı köleyi azad etmeye zorlanır. Diğer bir fikre göre ise, bu durumda satıcının akti feshetme hakkı vardır. Satıcı akti feshederek dilerse kölesini azad eder dilerse etmez¹⁵⁰. Alıcının köleyi azad etmeye zorlanması daha makul görünmektedir. Çünkü şartlara bikader'il-imkan müraat etmek gerekir.

c) Gerçekleşmesi Şüpheli Şartlar

İslâm ve Osmanlı hukukunda bu nevi şartlara "vücudunda garar olan şartlar" denmektedir¹⁵¹. Garar, lügatta tehlike, bilmemek ve aldanmak manalarına gelen bir kelimedir¹⁵². Hukukî kavram olarak garar, gerek unsur gerekse vasıf olarak tarafların iradeleri ile hukukî işlemde ileri sürülen, mevcut olmayan ve gerçekleşmesi de şüpheli olan şeydir. Ağa takılacak balıklar veya havadaki kuşu satmak gibi¹⁵³. Tariften de anlaşılacağı üzere garar, hukukî işlemin konusunda veya vasıflarında olabilir. Gararın hukukî işlemin konusu ile ilgili olması halinde hukukî işlem bâtül olur. Bir ağa takılacak balıkların satılması gibi. Mecelle'nin ifadesi ile "Mâdumun bey'i bâtıldır."¹⁵⁴ Yani mevcut olmayan bir şeyin hukukî işleme konu olması mümkün değildir. Buna mukâbil gararın, hukukî işlemin vasıf ve miktarında olması ve bu hususun hukukî işlemde şart olarak ileri sürülmesi (Meselâ hayvanın hamile olması şartıyla satın alınması) halinde hukukî işlemin ne gibi bir müeyyideye tâbi olacağı hususunda İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir.

Ebu Hanifeye göre, bu nevi şarta bağlanmış bir hukukî işlem geçerlidir. Çünkü burada bir kölenin katip olması veya bir cariyenin terzi olması şartıyla satın alınmasına benzer bir durum vardır. Yani şart değil bir vasfın beyanı vardır¹⁵⁵. Hanefi hukukçusu İmam Muhammed'e göre ise, bu nevi şarta bağlanmış olan hukukî işlemler fâsittir¹⁵⁶.

143 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, V/170; İbn-i Hümam, V/215; Remelî, III/433; İbn-i Rüşt, II/135; Senhürî, III/182.

144 Malikîler, kölenin hemen azad edilmesi halinde bu şartı caiz görmüşlerdir. Eğer alıcının hemen azad etmesi şart koşulmazsa gararı çok olacağından caiz olmayacağını ileri sürmüşlerdir (İbn-i Rüşt, II/135).

145 İbn-i Teymiye'ye göre, kölenin hürriyetine kavuşturulması şartıyla yapılan satım akti caizdir. Hatta bir köleyi ölüncüye kadar kendisine hizmet etmesi şartıyla hürriyete kavuşturmak da geçerlidir. Lakin vela hakkının satıcıya ait olacağına dair şart geçersizdir. Zira bu şart Hz. Peygamber tarafından haram kılınmıştır ve satıcı bu satım aktini bu şarta bağlamakla haramı helal kılmaktadır (İbn-i Teymiye, Feteva, III/327).

146 Kâsânî, V/170; Şirazî, I/268; Ebu Zehra, 254; İbn-i Rüşt, II/135; Suyutî, 482.

147 Hadisin metni ve kaynakları için bakınız yukarıda "İslâm Hukukunda Şartın Düzenlenişi".

148 Velâ, hürriyetine kavuşan köle ile efendisi arasında kurulan akrabalık bağıdır. Buna mevle'l-itaka da denir (Canan, III/74; Cin/Akgündüz, II/133).

149 Serahsî, XIII/16.

150 İbn-i Hümam, V/216.

151 Serahsî, XIII/19; Kâsânî, V/168; Ali Haydar, I/291.

152 Kamus, garar maddesi; Topaloğlu/Karaman, garar maddesi.

153 Kamus, garar maddesi; Bilmen, VI/24, 61.

154 Mecelle m. 205; Ali Haydar, I/319, 326.

155 Serahsî, XIII/20; Kâsânî, V/168-169.

156 Senhürî, III/112, 113; Ali Haydar, I/302; Bilmen, VI/61.

Zira Hz. Peygamber tarafından gararlı satışlar yasaklanmıştır¹⁵⁷. Ayrıca bir hayvanın hamile olup olmadığını bilmeye her zaman imkan yoktur. Yani bu nevi şarta bağlı bir hukukî işlemde varlığı şüpheli olan bir fazlalık şart koşulmaktadır. Eğer şart koşulan şeyin varlığı şüpheli olmazsa bu takdirde hukukî işlem câizdir. Ancak misâlimizde şart koşulan fazlalığın meydana gelip gelmeyeceği şüphelidir. Meydana gelse bile ölü veya sağ doğacağı veya erkek veya dişi olacağı bilinmemektedir. Bundan dolayı hukukî işlemde belirli olmayan bir şeye bedel tayin edilmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Maliki hukukçuları, takyîdî şartları, ihtiva ettikleri garar nisbetin göre, câiz, fâsit ve lağv şartlar olmak üzere üçe ayırmışlardır. Yani takyîdî şartları tasnif ederken Ebu Hanife ile İmam Muhammed'in görüşlerinin sentezini benimsemişlerdir. Gerçekten bu hukukçulara göre, genel olarak sentez, tercihten üstündür¹⁵⁸. Buna göre, hukukî işlemde vasıf olarak ileri sürülen şartlardaki garar, fazla miktarda ise hukukî işlem fâsit, az olursa câiz, ne az ne de çok olursa, hukukî işlem geçerli olup şart lağv (yok) kabul edilir¹⁵⁹.

d) Vâde Şartı

Bu nevi şartlara İslâm ve Osmanlı hukukunda mebi'de ve ayın olan semende vade şartı denmektedir¹⁶⁰. Mebi', aktin konusu, yani satılan şey demektir¹⁶¹. Bir şeyin mebi' olarak nitelendirilebilmesi için hem mal hem de mütekavvim şeylerden olması gerekir¹⁶². Mütekavvim, dinen satıma konu olmasında bir sakınca bulunmayan ve tasarrufa imkan tanıyan (mührez) şey demektir¹⁶³. Buna göre, mütekavvim olmayan şeylerin hukukî işleme konu olması halinde bu hukukî işlem bâtil olur¹⁶⁴.

İslâm ve Osmanlı hukukunda semen (satış bedeli) biri dar diğeri geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmıştır. Dar anlamda semen, bir nesnenin kıymetidir¹⁶⁵. Bu anlamda semen, ölçülebilen, tartılabilen veya nakit gibi şeylerdir. Geniş anlamda semen ise, mebi'e karşılık olan şeydir. Bu anlamda semen, nakit, ölçülebilen ve tartılabilen şeyler olabileceği gibi elbise veya hayvan dahi olabilir¹⁶⁶.

Ayın ise, lügatta muayyen ve muşahhas olan şeydir. Hukukî kavram olarak ayın, gayrimenkul, hayvanât, misli eşya, yenebilir, ölçülüp-tartılabilir şeylerdir¹⁶⁷. O halde ayın olan semenden maksat, nakit haricindeki şeylerdir¹⁶⁸. Vâde ise, gelecekte gerçekleşmesi muhakkak bir olaydır. Vâde, gün, ay, yıl, yıldönümü gibi belirli bir zaman dilimi ile ifade olunur¹⁶⁹.

Buradaki vâde şartından maksat, satış bedelinin ayın olması halinde, semenin veya mebi'in belirli bir vadeye bağlanmasıdır. Meselâ A'nın B'ye elbisesini 100 kilo buğday karşılığında bir ay vâde ile satmasında olduğu gibi. Bu durum hadisle yasaklanmış¹⁷⁰ olduğundan satım akti fâsit olmaktadır¹⁷¹. Satış bedelinin nakit olması halinde,

157 Serahsî, XIII/19-20; Kâsânî, V/168-169.

158 İbn-i Rüşd, II/133.

159 İbn-i Rüşd, II/133-134; Hattab, IV/373; Hiraşî, V/80.

160 Ali Haydar, I/302; Karaman, II/186.

161 Mecelle m. 150-151; Bilmen, VI/5; Döndüren, 71 vd.

162 Mecelle m. 199; Ali Haydar, I/319.

163 Mecelle m. 127.

164 Mecelle m. 210 vd.; Zühaylî, I/168; Ali Haydar, I/332.

165 Mecelle m. 152; Bilmen, VI/9; Döndüren, 81 vd.

166 Kâsânî, V/234; Ali Haydar, I/776.

167 Mecelle m. 159; Ali Haydar, I/245-246.

168 Ali Haydar, I/238.

169 Mecelle m. 247, 248; Ali Haydar, I/397-298; Bilmen, VI/41.

170 Şevkanî, Neylül Evtar, V/176.

171 Serahsî, XIII/18; Kâsânî, V/174; Senhûrî, III/112; Ali Haydar, I/302, 396.

semen belirli bir vâdeye bağlanabileceği gibi¹⁷², mebi'i de vâdeye bağlanabilir (ki buna selem veya selef denmektedir)¹⁷³.

Bu husus Mecelle'de açıkça yer almasa bile, 245'nci madde nazara alınarak böyle bir sonuca varmak mümkündür. Bu madde hükmüne göre, "Semeni tecil ve taksit ile bey' sahih olur." Mecelle'yi şerheden hukukçular buradaki semenden maksadın nakit olduğunu, semenin ayın olması halinde belirli bir vadeye bağlanamayacağını ifade etmişlerdir¹⁷⁴. Zira akitten maksat, mal ile malın veya mal ile bedelin karşılıklı temlik ve teslimidir. Mebi'in veya ayın olan semenin hemen teslim edilmemesi halinde ise, bu amaç gerçekleşmemektedir. Hukukî işlemlerde vâdeden maksat, bir tarafın o şeyde tasarrufta bulunarak (bizzat faydalanarak veya başkasına satarak) vâdesi geldiğinde semeni veya mebi'i karşı tarafa teslim etmesidir. Semen ayın olarak kararlaştırılır ve bu da belirli bir vadeye bağlanacak olursa, alıcı semeni aynen teslim etmek zorunda olduğundan onun üzerinde bir tasarrufta bulunamayacak ve akitten beklenen gaye de gerçekleşmemiş olacaktır¹⁷⁵.

e) Hıyâr-ı Şartın Devamlı Veya Belirsiz Süreli Olması Şartı

Hıyâr-ı şart, belirli bir süre içinde akti feshetmek veya icazet vermek hususunda taraflardan birine veya ikisine veya üçüncü bir şahsa tanınan seçimlik hakka denmektedir¹⁷⁶. Yukarıda da ifade edildiği üzere hıyâr-ı şart, hukuken câiz kabul edilen şartlardandır. Hıyâr-ı şartı çeşitli açılardan tasnife tâbi tutmak mümkündür. Ancak biz sadece konumuzla ilgili olan süre yönünden yapılan tasnif üzerinde duracağız. Süre yönünden hıyâr-ı şart, süre belirtilmeden, devamlı ve bilinmeyen bir süre ile sınırlı olmak üzere üç kısma ayrılır. Hıyâr-ı şartın süresinin belirli olması lâzımdır. Ancak bu süre hususunda İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. Ebu Hanife, Züfer ve Şafi'i'ye göre, hıyâr-ı şart süresi üç gündür¹⁷⁷. Maliki hukukçularına göre, satılan şeyin çeşidine göre değişir. Hanbelilere göre ise, bu sürenin belirli olması yeterlidir¹⁷⁸.

Hıyâr-ı şartta, süre belirtilmemesi halinde hukukî işlem bütün İslâm hukukçularına göre fâsit olur¹⁷⁹. Hıyâr-ı şartta, devamlı olarak veya istediğin kadar veya yağmurun yağması, rüzgarın esmesi veya üçüncü bir şahsın gelmesi gibi belirsiz bir süre kararlaştırılması halinde, hukukî işlemin ne gibi bir müeyyideye tâbi olacağı İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. İmam Malik'e göre hâkim hukukî işlemin konusuna bakarak belirli bir süre tayin eder. Ebu Hanifeye göre ise, muhayyerlik şartı üç gün içinde kullanılmazsa hukukî işlem fâsit olur. Diğer bir kısım İslâm hukukçularına göre, hıyâr-ı şartta böyle belirsiz bir sürenin kararlaştırılmış olması halinde hukukî işlem baştan itibaren fâsittir¹⁸⁰. Mecelle sürenin kararlaştırılması gerektiğini hükme bağlamış, fakat sürenin ne kadar olacağı hususunda her hangi bir hüküm getirmemiştir(m. 300).

C- Lağv Şartlar

1- Kavram ve Tarifi

Lağv, lügatta faydasız, boş, hükümsüz bırakma gibi anlamlara gelen bir kelimedir¹⁸¹. Hukukî kavram olarak ise, bir hukukî işlemde ileri sürülmüş olan olayın veya fiilin, hukukî işlemin amacına nazaran faydasız, manasız, çelişkili veya mantıksız

172 Bakara, 282; Kâsânî, V/174; Bilmen, VI/40.

173 Buhârî, Selem, 7; Müslim, Müsâkât, 128; İbn-i Hümmam, V/323.

174 Ali Haydar, I/396.

175 Kâsânî, V/174; Ali Haydar, I/396; Karaman, II/187.

176 Feteva, V/173, 174, 183; Ali Haydar, I/476; Karaman, II/284.

177 Mecelle m. 300; Feteva, V/174; Ali Haydar, I/480; Karaman, II/286.

178 Cezirî, III/1313.

179 Feteva, V/174-175; Cezirî, III/1310 vd.; Ali Haydar, I/480.

180 Kâsânî, V/174, 178; İbn-i Rüşd, II/172; Feteva, V/174; Cezirî, III/1311; Senhûrî, III/113; Ali Haydar,

I/302, 480; Karaman, II/286.

181 Cürçânî ve Devclioğlu, lağv maddeleri.

olması durumunu ifade eder¹⁸². Bu nevi şartları ifade etmek üzere bâtil şartlar kavramını kullanan İslâm hukukçuları da vardır¹⁸³. Lağv şartları, hukukî işlemin gereklerinden olmayan, onu teyit de etmeyen, örf ve adet haline de gelmemiş ve hukuken izin verilmemiş olan ve taraflardan birine her hangi bir yarar da sağlamayan şartlardır şeklinde tarif etmek mümkündür¹⁸⁴.

Hem Mecelle'de hem de Mürşidü'l Hayran'da lağv şartlara yer verilmiştir. Mecelle'de lağv şartlar, "Ehadi akıdeyne nef'i olmayan şartla bey' sahih olup ancak şart fâsittir. Meselâ ahere satmamak, veya meraya salıvermek şartıyla bir hayvanı satmak sahih olup fakat şart lağvdir" (m. 189) şeklinde tanzim edilmiştir.

Mürşidü'l Hayran'da ise, "Akıdeyne veya üçüncü bir şahsa faydası olmayan şartlar lağv, gayrı muteber ve buna mukarın olan akit sahihdir"¹⁸⁵. hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere ne Mecelle'de ne de Mürşidü'l Hayran'da lağv şartlar tarif edilmemiş sadece bu şartların niteliği ve hukukî sonuçları üzerinde durulmuştur. Aralarındaki tek fark, Mürşidü'l Hayran'da, "üçüncü bir şahıs" ifâdesidir.

2- Lağv Şartların Çeşitleri

a) Taraflardan Birine Faydası Olmayan Şartlar

Taraflardan birine faydası olmayan bir şarta bağlı olarak da hukukî işlem yapılması mümkündür. Taraflardan maksat, bir hukukî sonuç elde etmek amacıyla bizzat veya hukukî temsilci aracılığı ile irade açıklayan şahıslardır. Satılan bir şeyi, alıcının, başkasına satmaması, hibe etmemesi veya meraya salıvermesi gibi hususları bu şartlara misal olarak vermek mümkündür. Bir başka açıdan bakıldığında bu şartlar alıcının aldığı şey üzerindeki tasarruf hakkını kısıtlamaktadır. Bu nedenle alıcının bu şartları yerine getirmesi talep edilemez. Şartlar yerine getirilmediğinden dolayı karşı tarafın hukukî işlemi feshetme hakkı yoktur¹⁸⁶.

O halde lağv şartlara bağlı hukukî işlemlerin hukukî akıbeti ne olacaktır? Bu hususta İslâm hukukçuları çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. Hanefi¹⁸⁷ ve Hanbeli¹⁸⁸ mezhebindeki bir kısım hukukçulara göre, taraflardan birine faydası olmayan şartlar, aktin muktezasından olmadığı gibi ona zarar verir niteliktedir. Bu nedenle hem şart hemde bu nevi şartlara bağlı hukukî işlemler fâsittir. Meselâ muzaraa aktinde¹⁸⁹, malikin tarlasını başkasına satamayacağı veya çiftçinin ziraat etme hakkını başkasına devredemeyeceği şart koşulacak olursa, hem şart hemde muzaraa akti fâsittir. Zira malikin mülkünde tasarruf hakkı kısıtlanmaktadır. Bunda malikin zararı vardır. Malik mülkünde dilediği şekilde tasarruf edebilmelidir¹⁹⁰. Ayrıca bu nevi şartlar, hukukî işlemin gereklerinden olmadıkları gibi onun amacına da uygun oldukları söylenemez. İnsanlar arasında örf ve adet haline gelmediği gibi hukuken izin verilmiş şartlar da değildir. O halde hem bu nevi şarta bağlanan işlemleri hem de şartları fâsit saymak gerekir¹⁹¹.

İmam Malik'e ve İslâm hukukunda hâkim olan fikre göre, bu nevi şartlara bağlı işlemleri geçerli fakat şartları geçersiz kabul etmek gerekir¹⁹². Zira şartlar hukukî işlemleri iki sebepten dolayı fâsit kılarlar. Birincisi, şartın taraflardan birine yarar

182 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, V/170; İbn-i Hümmam, V/215; Senhûrî, V/146-147; Ebu Zehra, 251; Ali Haydar, I/297; Atf Bey, Kitâbü'l Büyû', 48.

183 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, V/170; İbn-i Hümmam, V/215; Ebu Zehra, 251.

184 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, V/170; İbn-i Hümmam, V/215; Senhûrî, V/146-147; Ebu Zehra, 251; Atf Bey, Kitâbü'l Büyû', 48.

185 Mürşidü'l Hayran m. 228/II.

186 Mecelle m. 83; Ali Haydar, I/297; H.Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/185; Atf Bey, Kavaid-i Külliye, 93.

187 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, V/170.

188 İbn-i Kudame, Muğni, IV/285; İbn-i Kudame, Mukni, IV/55; Senhûrî, III/172; Ebu Zehra, 254.

189 Muzaraa akti, taraflardan birinin tarla, diğerinin de emeğini ortaya koyarak elde edilecek mahsulü paylaşmak üzere yaptıkları şirket aktidir (Kâsânî, VI/179).

190 Serahsî, XIII/15.

191 Kâsânî, V/170; Senhûrî, III/147 dipnot, 2.

192 Malik, 462.

sağlaması. Taraflardan birine yarar sağlamayan şartın hukukî işlemi ifsat ettiğini kabule imkan yoktur. Bu durum taraflar arasında daha sonra bir anlaşmazlığın çıkmasına da sebep olmaz. Burada da taraflardan birine yarar sağlamayan bir şart söz konusudur. Zira muzâra'a aktinde tarafların bilhassa emeğini sermaye olarak koyan kimsenin şahsının büyük önemi vardır. Ayrıca burada taraflardan birine fayda gözetilmediğinden faiz veya faiz şüphesi de söz konusu değildir. İkinci olarak, hukukî işlemleri fâsit kabul etmeye sebep olan safkateyn meselesidir. Yani bir hukukî işlem içinde başka bir hukukî işlemin yapılması halinde bunların fâsit olacağı İslâm hukukunda hükme bağlanmıştır.

Bu nevi şartların hukukî işlemin konusuna yarar sağladığı da ileri sürülebilir. Ancak burada hukukî işleme konu olan şey hayvan olduğundan¹⁹³ ve hayvanların da başkaları üzerinde hak iddia etmeleri söz konusu olamayacağından bu nevi şartlara bağlı hukukî işlemleri geçerli kabul etmek gerekir¹⁹⁴.

Ayrıca taraflardan birine yarar sağlamayan şartlar, hukukî işlemin iktizâsından veya hukukî işlemin amacına uygun değil veyahut örf ve adet haline de gelmemiş ise, bu nevi şartları fâsit fakat bu şartlara bağlı olarak yapılan hukukî işlemleri geçerli kabul etmek gerekir. Yani hukukî işlem geçerli fakat şart yok kabul edilir. Şartları lağv kabul etme açısından hukukî işlemin ivazlı veya ivazsız olmasının bir önemi yoktur. Bu husus kamu düzeni açısından da önemlidir¹⁹⁵.

İslâm ve Osmanlı hukukunda ikinci görüş tercih edilmiştir¹⁹⁶. Bu nevi şarta bağlı bir hukukî işlemde karşı taraf şartı yerine getirmeye zorlanamaz. Yukarıda verilen misallerde alıcı, satın aldığı şeyi başkasına hibe etmemeye veya satmamaya veyahut meraya salmaya zorlanamaz¹⁹⁷.

b) Üçüncü Kişilere Faydası Olan Şartlar

Üçüncü kişilerden maksat, hukukî işlemin taraflarının dışında kalan kişilerdir. Bir hukukî işlem yapan veya yapanlar, bu hukukî işlemi, üçüncü bir kişiye faydası olan bir şarta bağlayabilirler. Meselâ bir alım-satım aktinde, alıcının satın aldığı şeyi, üçüncü bir şahsa ödünç vermesi, satması, hibe etmesi gibi. Böyle bir şartla yapılan hukukî işlem geçerlidir fakat şart lağvdir, yani geçerli değildir¹⁹⁸. Ancak hemen belirtelim ki, üçüncü bir kişiye satmamak veya hibe etmemek gibi şartlarla yapılan bir hukukî işlemde, üçüncü kişi ismen belirtilecek olursa, bu takdirde sadece şart değil, hukukî işlem de fâsit olur¹⁹⁹.

c) Üçüncü Kişinin Fiilinin Şart Koşulması

Satıcı üzerine şart koşulduğu takdirde akti fâsit kılan şartlar, üçüncü bir kişi üzerine şart koşulduğu takdirde hukukî işlem geçerli olup şart lağv olur. Meselâ bir satım aktinde tarafların, üçüncü bir kişinin alıcıya belirli bir miktar ödünç vermesini şart olarak ileri sürmeleri durumunda akit geçerli fakat şart geçersiz olacaktır. Burada üçüncü kişinin fiilinden yararlanacak olan şahsın alıcı veya satıcı olması arasında fark yoktur. Hukukî işlemde böyle bir şartın ileri sürülmesi halinde, şart lağv olduğundan lehine şart koşulan kişi karşı taraftan veya üçüncü kişiden şartı yerine getirmesini talep edemez ve şartın yerine getirilmemesini ileri sürerek hukukî işlemi feshemez. Bununla birlikte üçüncü kişi,

193 Hukukî işleme bir kölenin konu olması halinde hangi hükme tabi olacağı hakkında bkz. yukarıda "Hukukî İşlemin Konusunun Yararına Olan Şartlar".

194 Feteva, V/407; Ali Haydar, I/297.

195 Serahsî, XIII/15; Kâsânî, III/170; İbn-i Hümmâm, V/215-216; Senhûrî, III/147-148, 175; Suyufî, 481; İbn-i Kudame, Muğnî, IV/285; İbn-i Kudame, Muknî, IV/55; Ebu Zehra, 251; Ali Haydar, I/297.

196 Mecelle m. 189; Mürşidü'l Hayran m. 228/II; Ali Haydar, I/179 vd. ve 297 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye I/185; Ziyaeddin, 86.

197 Ali Haydar, I/181.

198 Senhûrî, III/142; Feteva, V/408; Ali Haydar, I/298; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü, I/69.

199 Feteva, V/408; Ali Haydar, I/297-298.

kendi üzerine şart koşulan fiili kendi iradesi ile tamamen veya kısmen yerine getirebilir²⁰⁰.

d) Hiç Kimseye Fayda ve Zararı Olmayan Şartlar

Bir hukukî işlemde ileri sürülen olay veya fiilin (şartın), asıl hukukî işlemin amacına nazaran faydasız, manasız, çelişkili veya mantıksız olması halinde faydasız şartlardan söz edilir. Bu şartlar, lehine ileri sürüldükleri kişinin, anlamlı-anlamsız bir harekette bulunmasını gerektirir. Meselâ yenilmesi şartıyla yiyecek, giyilmesi şartıyla giyecek, alıcının oturması şartıyla ev satmak gibi. Bu nevi hukukî işlemler geçerli olup şartlar lağvdir²⁰¹. Zira bu nevi şartlar alıcının tasarruf hakkını kısıtlamakta ve bu nedenle kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Satım akti bir mübadele akti olup, mal ile bedelin karşılıklı temlik ve tesliminden ibarettir. Bunun neticesi olarak mâlik mülkünde dilediği şekilde tasarruf etme hakkına sahip olmalıdır.

Bir şartın faydasız olduğunun tesbiti yorum işidir. Bir kimseye göre faydasız gibi görülen bir fiil, başka bir kimseye göre faydalı olabilir. Bundan dolayı bu hususta genel bir kaide vaz' etmek mümkün değilse de, çoğunluğun faydalı kabul ettiği şeyin faydalı olduğuna hükmetmek gerekir.

e) Zararlı Olan Şartlar

Hiç kimseye faydası olmadığı hatta zararı olduğu halde bazı şartların hukukî işlemlerde öngörülmesi mümkündür. Meselâ bir elbiseyi aldıktan sonra yırtmak veya bir evi aldıktan sonra yakmak gibi. Böyle bir şartın hukukî işlemlerde ileri sürülmesi halinde, hukukî işlem geçerli olup şart lağv olur²⁰². Şartın lağv olmasının sebebi, aynen faydasız şartlarda olduğu gibi alıcının tasarruf hakkını kısıtlaması ve bu nedenle kamu düzenine aykırılık teşkil etmesidir. Bu nedenle şartın yerine getirilmesi talep edilemez ve şartın yerine getirilmediği ileri sürülerek hukukî işlem feshedilemez.

IV- HUKUKÎ İŞLEMLERİN TAKYİDİ ŞARTA BAĞLANMASI

A- Hukukî İşlem Kavramı

Hemen belirtelim ki eski hukukumuzda hukukî işlem kavramı kullanılmamaktadır. Ancak bu eski hukukumuzda hukukî işlemin karşılığı olan bir işlemin olmadığı anlamına gelmemektedir. Çünkü hemen aynı anlamı ifade etmek üzere tasarruf kavramının kullanıldığı görülmektedir. O halde burada öncelikle tasarruf kavramı üzerinde durmak gerekecektir. Tasarruf, çok değişik alanlarda ve anlamlarda kullanılan bir kelimedir. Konuşma dilinde tasarruf, bir şeyi idareli bir şekilde kullanma, tutumlu olma, biriktirme, arturma gibi anlamlara gelmektedir²⁰³. Hukukî kavram olarak tasarruf, hukukî bir sonuç elde etmeye yönelik irade açıklamalarını ifade etmektedir²⁰⁴. Buna göre, bir hak veya hukukî ilişkiyi doğrudan etkileyen; yani onu karşı tarafa geçiren, değiştiren, sınırlayan veya ortadan kaldıran işlemler de tasarruf işlemleridir.

İslâm hukukunda tasarruf, kişilerin malvarlıklarının sadece aktif kısmında azalma meydana getiren durumları (tasarrufî işlemleri) değil, aynı zamanda kişilerin malvarlıklarının pasif kısmını da artıran (borçlandırıcı) işlemleri de kapsamaktadır. Bu sebeple İslâm hukukunda tasarruf, hukukî işlem kavramından da geniş bir içeriğe sahiptir. Zira İslâm hukukunda tasarruf, bir kimsenin hukukî bir sonuç doğurmaya yönelik ve hukuk düzeninin kendisine hukukî sonuçlar yüklediği söz ve maddi fiiller şeklinde tarif edilmektedir²⁰⁵.

200 Feteva, V/408; Ali Haydar, I/298-299.

201 Feteva, V/410; Ali Haydar, I/298.

202 Feteva, V/409; Suyutî, 481; Ali Haydar, I/298.

203 Bk. Develioğlu, tasarruf ve iktisad maddeleri.

204 Zerka, Fıkhul-İslâmi, I/194.

205 Zerka, I/194; Zeydan, 239-240; Ali Haydar, III/123.

Bilindiği üzere hukukî işlem, bir veya birden fazla şahsın hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde, hukukî sonuçlar meydana getirmek için iradelerini açıklamalarıdır. Tariften de anlaşılacağı üzere, hukukî işlemlerin, irade, bu iradenin beyanı ve hukukî sonuç olmak üzere üç önemli unsuru vardır. İrade insana ait bir iç olaydır. Her zaman bir hedefe yönelir. Belirli bir hedefe yönelmiş irade ancak açıklanmak suretiyle dışa akseder. Bu sebeple bir hukukî sonuç elde etmek üzere iradenin dışa yansıtılmasına irade beyanı denmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere, irade beyanının bir hukukî işlem olarak nitelendirilebilmesi için, bunun, hukukî bir sonuç doğurmaya yönelik olması lazımdır. Hukukî bir sonuç elde etmeye yönelik irade beyanı sarih olabileceği gibi zımnî de olabilir.

İslâm hukukunda tasarruf kavramının geniş bir anlam ifade ettiğini belirttikten sonra bu anlamlar üzerinde durmak gerekecektir. Bunun için yalıcak olan da tasarruf kavramını çeşitlere ayırarak incelemektir.

Tasarruf'u değişik yönlerden çeşitlere ayırarak incelemek mümkündür. Öncelikle maddî bir fiil ile tamamlanıp tamamlanmamasına göre tasarruf, fiilî ve kavli (sözlü) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu, genel bir ayırım olup, bir bakıma hukukî olay veya haksız fiillerden hukukî işlemleri ayırt etmek için yapılmaktadır. Bu ayırım üzerinde kısaca durmak gerekecektir.

1- Fiilî Tasarruflar

Fiilî tasarruf, maddî bir fiil ile tamamlanan ve kendisine hukukî bir sonuç bağlanan tasarruftur²⁰⁶. Bir malı zorla alma (gasb), malı telef etme (itlâf) gibi. Bu manayı ifade etmek üzere Mecelle, "tasarrufu fi'li" kavramını kullanmıştır(m. 1007). Günümüz hukukunda bu nevi tasarruflara haksız fiil denmektedir. Haksız fiil kavramının İslâm hukukundaki fiilî tasarruf, başka bir ifade ile gasb ve itlaf kavramını karşıladığı söylenebilir²⁰⁷. Bu nevi tasarrufların araştırma konumuzla bir ilgisi yoktur. Zira şartta asıl olan irâdîlik, yani tarafların iradeleri ile işlemi her hangi bir kayıt veya hükümlerinin gerçekleşmesini veyahut da sona ermesini gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir olaya bağlamalarıdır. Burada ise, ne irâdîlik ne de işlemlerin bir kayıt veya olaya bağlanması söz konusudur. Konumuzla ilgili olmadığı için daha fazla üzerinde durmuyoruz.

2- Sözlü Tasarruflar (Hukukî İşlemler)

Sözlü tasarruflardan maksat, kavramın hemen akla getirdiği gibi sözle ifade edilen tasarruflar olmayıp hukukî işlemlerdir. İslâm ve Osmanlı hukukunda en geniş muhtevaya ve bu nedenle en çok uygulama alanına sahip olan bu nevi tasarruflardır. Bunlara kısaca akitler de denmektedir²⁰⁸. Akit, lügatta bağlamak, rabt etmek anlamlarına gelen iki kelimedir²⁰⁹. Hukukî kavram olarak akit, biri genel diğeri dar ve teknik olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır²¹⁰. Dar ve teknik anlamda akit, iki veya daha fazla kişinin bir hukukî sonuç elde etmek amacıyla karşılıklı ve birbirine uygun olarak iradelerini ızhâr etmelerine denmektedir²¹¹. Bey' (satım), icar (kira) vs gibi. Mecelle akti, "tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki, icab ve kabulün irtibatından ibarettir"(m. 103) şeklinde tarif ederek, aktin kurulmasını "icab ve kabulün hukukî sonuç doğuracak şekilde birbirine bağlanması"(m. 104) olarak açıklamıştır.

Geniş anlamda akit ise, tek taraflı işlemleri de içine alan sözlü tasarruflardır²¹². Tek taraflı sözlü tasarruflar, bir kimsenin bir hak doğurmaya veya sona erdirmeye yönelik tek taraflı iradesini ihtiva eden vakıf, boşama, ibra gibi tasarruflardır. Tariften de anlaşılacağı üzere tek taraflı sözlü tasarruflar bir akit değildir. Zira bir akitden söz

206 Mecelle, 1007; Zerka, I/288; Zeydan, 239; Ali Haydar, III/123.

207 Ebu Zehra, 165; Senhûrî, I/68; Zeydan, 240; Karaman, II/31; Apaydın, 2.

208 Mecelle m.101-879; İbn-i Teymiye, Nazariyetü'l-Akid, 5 vd.; Ebu Zehra, 165 vd.

209 Kamus, akid maddesi.

210 Zeydan, 239; Akgündüz, Vakıf, 48.

211 Serahsî, XII/167; Zerka, I/289; Ebu Zehra, 171; Zeydan, 239-240.

212 Senhûrî, I/74 vd.; Karaman, II/37 vd.; Akgündüz, Vakıf, 47 vd.

edebilmek için en az iki kişinin karşılıklı olarak bir hukukî sonuç elde etmeye yönelik iradelerini açıklamaları gerekmektedir. Oysa tek taraflı sözlü tasarruflar, adından da anlaşılacağı üzere, gerçekleşmesi istenen hukukî sonuç için bir tek şahsın iradesinin yeterli olduğu hukukî işlemlerdir²¹³. İslâm nazarı hukukçuları bu nevi tasarruflara “ihrâcât”, “iskâtât” veya “ikaât” demektedirler. İhrâcât, kişinin kendi iradesi ile bir hakkı yetki dairesinden çıkarması; iskâtât, kişinin kendine ait bir hakkı düşürmesi; ikaât ise, bir kişinin yalnız başına bir hukukî işlem meydana getirmesi hâlidir²¹⁴. Görüldüğü üzere İslâm hukukunda tek taraflı işlemler günümüz hukuk sistemlerinden daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Hatta sözlü tasarrufların temelini akitlerin değil, tek taraflı hukukî işlemlerin oluşturduğunu iddia eden İslâm hukukçuları da vardır²¹⁵. Bununla birlikte İslâm hukukçularının çoğunluğu bu nevi işlemleri, akit kavramı altında incelemişlerdir²¹⁶.

Tek taraflı işlemler ile akitleri birbirinden ayıran en önemli unsur hukukî işlemin oluşması için gerekli olan irâde beyânıdır²¹⁷. Yoksa irâde beyanını açıklayan (taraf), bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Sonuncu halde bir ortak işlem söz konusu olmaktadır. Beş arkadaşın birlikte bir daire kiraladıklarını düşünelim. Bu beş arkadaş belli bir süre sonra kira aktinin feshini ihbar ederlerse, bu ihbar ortak işlem şeklinde tezahür etmiş tek taraflı bir hukukî işlem olacaktır.

Biz dar ve teknik anlamdaki akitler ile kavram karışıklığını önlemek amacı ile geniş anlamda akitleri karşılamak üzere “hukukî işlem” kavramını kullanmanın daha uygun olacağını düşünüyoruz. Özellikle araştırma konumuz açısından, yani şarta bağlanıp bağlanamamaları yönünden tek taraflı işlemler ile akitlerin birbirinden farklı bulunmadığından maksadın ifadesinde büyük bir kolaylık sağlanmış olacaktır.

Hukukî işlemleri değişik açılardan tasnife tabi tutmak mümkün olmakla birlikte biz sadece konumuzu ilgilendiren ayrım üzerinde duracağız. Bu açıdan hukukî işlemleri münecciz hukukî işlemler ve şarta bağlı hukukî işlemler olmak üzere ikiye ayırma mümkündür. Münecciz hukukî işlemler hükümlerini kuruldukları andan itibaren doğurmaya başlayan işlemlerdir. Bu açıdan işlemlerin ivazlı-ivazsız, vadeli-vadesiz olmasının önemi yoktur. Önemli olan hukukî işlemin hükümlerinin işlemeye başlamasıdır. İnceleme konumuz şarta bağlı işlemler olduğundan bu konuyu ayrı bir başlık altında işlemek gerekecektir.

B- Takyidî Şarta Bağlı İşlemler

Şarta bağlı bir işlem söz konusu olabilmesi için, öncelikle geçerli bir hukukî işlemin kurulmuş olması lazımdır. Zira şarta bağlanmadan önce başka sebeplerle fâsit veya bâtil olan bir hukukî işlemin şarta bağlanması bir anlam ifade etmeyecektir. Bilindiği üzere İslâm hukukunda geçerli bir hukukî işlemin kurulabilmesi için öncelikle icap ve kabule ihtiyaç vardır. İcap, hukukî işlemin kurulması için ilk olarak açıklanan irade beyanıdır. Kabul ise, icaba karşılık olarak ve ona uygun olan irâde beyânıdır²¹⁸. Kabul anında icap sahibinin sağ olması, icabından rücû’ etmemiş bulunması ve her iki beyanında ciddi olması gerekir²¹⁹. İrade beyanlarında şeklin önemi yoktur. Zira İslâm hukuku şekle değil, tarafların iç ve dış iradelerine önem vermiştir. Asıl olan sözlü irade beyanıdır. Ancak bazı işlemlerde ispat açısından yazılı şekil tavsiye etmiştir²²⁰.

213 Karaman, II/37 vd.

214 Senhûrî, I/74-76; Ahmed İbrahim, 622 vd.; Ali Haydar, III/506 vd.

215 Karaman, II/43.

216 Zeydan, 246; Karaman, II/40 vd.; Akgündüz, Vakıf, 48.

217 Karaman, II/42.

218 Mecelle m. 101-102.; Serahsî, XII/167 vd.; Kâsânî, V/133 vd.; Feteva, III/4 vd.; Senhûrî, I/85 vd.; Ebu Zehra, 186 vd.; Bilmen, I/34-35.; Ali Haydar, I/211 vd.; Karaman, II/63 vd.

219 Zira Hz. Peygamber sadece üç şeyin şakasında ciddi olduğunu belirtmiştir. Bunlar evlenme, boşanma ve köleyi hürriyetine kavuşturma’dır (Kâsânî, V/176).

220 Bakara, 282; Senhûrî, I/82; Zeydan, 249.

İrade beyanında bulunan taraflar böyle bir hukukî işlem yapma ehliyetine sahip olmalıdır. Zira herkesin hukukî işlem yapma ehliyeti yoktur. İslâm hukukunda hukukî işlem yapabilme (fiil) ehliyetine eda ehliyeti denmektedir. Buna göre bir kişinin geçerli bir hukukî işlem yapabilmesi için, âkıl, bâliğ ve reşit olması gerekir. Ayrıca bu kişinin mahcur da olmaması gerekir. Baliğ olmayan kişilerden ehliyetsiz olanlar, mutlak suret de yararlı olan işlemleri, eksik ehliyetliler ise, yararlı veya zararlı olması muhtemel olanlardan ivazlı işlemleri kanunî temsilcilerinin izni veya icâzeti ile yapabilirler.

Ayrıca tarafların rızasını bozan ikrah, hile, hata ve gabin gibi hallerin bulunmaması gerekir²²¹. Hukukî işlem yapılabilmesi için tarafların belirli bir yerde bulunmaları gerekmez. Başka başka yerlerde bulunan kimseler arasında (telefon, telgraf, fax, mektupla) da hukukî işlem kurulabilir. Ancak hukukî işlemin kurulduğu yerin, asıl ifadesi el akit meclisinin büyük önemi vardır. Meselâ kabul beyânı açıklanmış yani hukukî işlem kurulmuş olsa bile taraflar birbirinden ayrılmadığı müddetçe hukukî işlemden dönme (meclis muhayyerliği) hakları vardır. Ayrıca icapda bulunanın karşı taraf kabul beyanını açıklayınca kadar icabından dönme (rücû muhayyerliği), diğer tarafın da meclis sona erinceye kadar kabul muhayyerlikleri vardır²²². Ayrıca hukukî işlemin konusunun mal, mütekavvim, mevcut, muayyen ve karşı tarafa teslim ve ifâsı mümkün olması gerekir²²³.

İkinci olarak, hukukî işlemin şarta bağlanmasının mümkün olması gerekir. Çünkü bütün hukukî işlemler takyidi şartın herbir çeşidine bağlı olarak yapılamaz. Başka bir ifade ile hukukî işlemlerin takyidi şart ile takyit edilebilip edilememeleri yönünden genel bir kural belirlemek mümkün değildir. Bu durumda öncelikle şartların câiz, fâsit ve lağv ayrımını nazara alarak bir sonuca gitmek gerekecektir. Câiz şartlar, hukukî işlemin gereklerinden, onun amacına uygun, örf ve adet haline gelmiş veya hukuken câiz kabul edilmiş şartlar olduğundan bütün hukukî işlemlerin bu nevi şartlara bağlanması mümkündür²²⁴. Câiz şartlara bağlı olarak yapılabilmeleri açısından hukukî işlemlerin ivazlı-ivazsız olmalarının önemi yoktur. Satım akti²²⁵ bu nevi şartlara bağlanabileceği gibi evlenme akti de bağlanabilir²²⁶.

Hukukî işlemleri fâsit şartlara bağlı olarak yapılabilmeleri yönünden, ikiye ayırarak incelemek gerekir. Birincisi, malî bir mübâdelenin söz konusu olduğu hukukî işlemlerin fâsit şartlara bağlanması mümkün değildir. Bey', icâre, mal üzerinde sulh ve taksim, müzâra'a ve musâkât gibi. Bu nevi şartlar, taraflardan birine yararı olan, gerçekleşmesi şüpheli olan; ayın olan semende vâde; hıyâr-ı şartın devamlı veya belirsiz olması halleridir²²⁷. Malî bir mübâdelenin söz konusu olduğu hukukî işlemler bu nevi şartlara bağlanacak olursa, hukukî işlem fâsit olur. Ne var ki bu genel kuralın bir kısım istisnaları mevcuttur. Meselâ ölünceye kadar bakma şartına bağlı satım aslında kararlardan birisine yarar sağladığından fâsittir. Hatta bu sebeple Arazi Kanununda ölünceye kadar bakma şartı ile mirî arazinin ferağı önce kabul edilmemiş, fakat daha sonra ferağın satıma değil, hibeye benzediği gerekçe gösterilerek ölünceye kadar bakma şartına bağlı ferağ

221 Kâsânî, V/176.

222 Mecelle m. 181-185; Ali Haydar, I/282-290; Karaman, II/63-97.

223 Mecelle m. 126-127; Kâsânî, V/138 vd.; Zeydan, 257 vd.; Ali Haydar, I/218; Karaman, II/158-184.

224 Mecelle m.186-188, 287, 300, 468, 474, 505, 605, 696, 855, 884,1166, 1367, 1370, 1390, 1420, 1467;

Ali Haydar, I/179 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/185.

225 Mecelle m.186-188; Ali Haydar, I/180; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/185.

226 Bîlmen, I/37; Karaman, I/270. Hanbeli mezhebi hukukçuları evlenme (nikah) hususunda da takyidi şartların konusunu geniş tutmuşlardır. Hukuka uygun olduğu müddetçe tarafların nikah aktini şarta bağlayabilecekleri kabul edilmiştir. Mesela kadının bâkire ve güzel olması,erkeğin zengin ve sanat sahibi olması gibi. Şart koşan taraf şartların yerine gelmediği takdirde evlenme aktini feshedebilir. Şafi'i hukukçuları ile Maliki hukukçuların çoğunluğu da aynı görüştedir. Mehir vermemek şartıyla yapılan evlenme akti Hanefi hukukçularına göre, geçerlidir ve mehri mîli verilmesi gerekir. Buna mukabil Hanbeli hukukçularına göre, böyle bir şarta bağlanan evlenme akti batıldır (fasittir). Karşı taraf dilerse akti fesheder dilerse geçerli olarak devam etmesini ister (İbn-i Teymiye, Feteva, III/346 ve Nazariyetü'l-Akd, 156 vd.). Aynı şekilde kadının erkeğe onu evinden, bulunduğu şehirden çıkarmamasını, üstüne başkası ile evlenmemesini de şart koşabilir (İbn-i Teymiye,Feteva, III/327 ve Nazariyetü'l-Akd, 161.). Bu şartlar Maliki mezhebi hukukçularına göre caiz değildir (Senhûrî, III/172).

227 Daha geniş bilgi için bk. yukarıda "Fasit Şartlar".

geçerli sayılmıştır²²⁸. Bununla birlikte Osmanlı uygulamasında ölünceye kadar bakma şartı ile satma hayatın zaruretleri nazara alınarak izin verilmiştir²²⁹.

İkinci olarak mâlî bir mübâdelenin söz konusu olmadığı hukukî işlemler fâsit şartlara bağlanabilir. Evlenme, hibe, havâle, kefâlet, rehin gibi. Hemen belirtelim ki fâsit şartlara bağlanabilen bu nevi işlemlerin diğer şartlara bağlanabileceğini evleviyetle kabul etmek gerekir. Ne var ki bu nevi işlemlerin fâsit bir şarta bağlanması halinde, hukukî işlemler hiç bir şarta bağlı değilmiş gibi hüküm ifade ederler. Meselâ mehr vermemek şartıyla yapılan evlenme akti geçerlidir fakat, şart yok (lağv) sayılır ve mehr-i misil verilmesi gerekir²³⁰. Ölünceye kadar kendisine bakmak şartı ile başkasına mal vasiyetinde bulunulması durumunda her ne kadar söz konusu şart fâsit olduğundan lağv olması gerekirse de, hayatın zaruretleri nazara alınarak bu nevi şartların geçerli olduğu kabul edilmiştir²³¹.

Hukukî işlemler genel olarak lağv şartlara bağlanabilirler. Lağv şartları, kısaca câiz ve fâsit şartların dışında kalan şartlar şeklinde tarif etmek mümkündür. Hiç kimseye faydası olmayıp zararı olan, üçüncü kişilerin yararına olan, hiç kimseye zarar ve yararı olmayan şartlar gibi. Hukukî işlemleri, bu nevi şartlara bağlanabilmeleri açısından belirli bir tasnife tâbi tutmak mümkün değildir²³². Bununla birlikte söz konusu işlemleri şu şekilde sıralamak mümkündür: Lağv şartlara bağlanması mümkün olan işlemler 1-Bey' (Mecelle 189). 2-Vekâlet. Meselâ A, B' yi, alacağından kendisini ibra etmesi şartıyla vekil tayin ettiğini ifade etse, B' de bunu kabul etse vekalet sahih olup şart geçersiz olur. 3-Ticaret İzin 4-Hakimlik , Valilik Veya Bunlardan Azil .Mesela Padişah A, B'yi hiç azl etmemek şartıyla bir yere hakim veya Vali tayin etse, B de kabul etse hakimlik veya valilik şartsız geçerli olur (Mecelle m. 1521). 5-Kefalet. Mesela A, B'ye, bana bir milyon lira ödünç vermen şartıyla senin şu borcuna kefil oldum dese,kefalet şartsız geçerli olur. 6- Karz. 7- Hibe 8- Sadaka Mesela A, B'ye bana bir ay hizmet etmen şartıyla sana bir milyonu ödünç verdim, hibe ettim veya sadaka olarak verdim diyerek teslim etse, bu hukukî işlemler şartsız olarak geçerli olur. 9- Rehin. Meselâ A, B'ye, bir ay kendisi kullanmak ve bu esnada rehin verilen şey yok olacak olursa borç sakit olmak şartıyla bir şeyi rehin verip teslim etse rehin şartsız olarak geçerli olur. 10-İ'sâ. Mesela A, B'ye kızın C'yi benimle evlendirmen şartıyla seni vasi tayin etse isâ şarsız olarak geçerli olur. 11-İkale 12-Hacr. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Görüldüğü üzere, hukuk fiylenlerin lağv şartlara bağlanabilmeleri açısından ivazlı-ivazsız olup-olmama önemli değildir. Lağv

228 AK, m. 114; Halis Eşref: Külliyyat-ı Şerh-i kanun-ı Arazi, İstanbul 1315, s. 642-643; Ali Haydar, Şerh-i Cedid Li Kanun-ı Arazi, İstanbul 1311, s. 398-402.

229 Konu ile ilgili olarak bir şer'îye sicilini günümüz hukukî lisanına aktararak buraya almayı faydalı buluyoruz: "Harput kasabası sakinlerinden İlyas Oğlu Hacı, şer'î mecliste Yusuf Oğlu Hamza huzurunda söz alarak şöyle ikrar eyledi: Büyük Camii yakınında bulunan bir tarafı Hüseyin Beşe Boşnak ve bir tarafı Katurei Veli evine ve bir tarafı müşteri ve bir tarafı yol olan bu sınırla çevrili iki kapı evimi havlusuyla ve örtmesiyle işbu hamzaya otuz riyal kuruşa kesin satış ile sattım. Bedelinden on beş riyal kuruş alıp kabul ettim ve on beş kuruş karşılığında da adı geçen Hamza bana ölünceye kadar bakacak. Şöyle ki, eğer bana bakmayıp kapı dışarı edecek olursa zikrolunan evler yine benim olacak ve on beş kuruşu dahi geri vermeyeceğim. Eğer kaza ve kader icabı adı geçen Hamza benden önce vefat ederse oğlu ve uşakları bana bakacaklar. Şöyle ki, adı geçenin ölümünden sonra bana bakmayacak olurlarsa yine evlerim benim olacak" dedi Hamza dahi adı geçenin bu ikrarını kabul ve tasdik eyledi. Sicile kaydolundu. Şevval Ayının başı 1041/1631(Şer'îye Sicilleri, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayını, C. II, İstanbul 1989, s. 27).

230 El-Ahkâm'üş-Şer'iyye m. 12; Ebu Zehra, 249; Bilmen, II/37; Karaman, I/271.

231 Bu konu ile ilgili şer'îye sicillerinde çokca misal bulmak mümkündür. Biz burada sadece bir tanesine yer vermeyi gerekli ve yeterli görüyoruz: "Harput Kasabası sakinlerinden Şahbîke Hatun şer'î meclise gelip Abdullah oğulları olan Ali ve Veli huzurunda kendi istek ve rızası ile şöyle ikrar eyledi: Meydan ağzında bulunan bir tarafı Allahverdi ve bir tarafı saka Mehmet ve bir tarafı umumi yol ile hudud kirada olan evlerimi inek ve bir kovan , bir sandık, bir çift altın küpe, elbiseler, ev eşyaları, bir çift gümüş bilezik ve sair zinetlerimin hepsini işbu oğullarım Ali ve Veli'ye şu şartlar ile hibe temlik ve teslim eyledim. Omlar dahi alıp kabul eylediler. Şart ise şudur: Ben hayatta olduğum sürece beni besleyecekler. Öldüğüm zaman beni iyice kaldıracaklar. Eğer ben vefat etmeden önce adı geçenler beni beslemeyip kapı dışarı edecek olurlar ise zikrolunan evlerin ve ev eşyalarım, ziynetlerim, küpe, bilezik ve cümlesi benim olacaktır. Ali ve Veli karışmayacak" dedi. Şahbîke Hatun'un bu ikrarını oğulları Ali ve Veli dahi tasdik eylediler. Sicile kaydolundu. Şevval Ayı 1041/1631(Şer'îye Sicilleri, II/40).

232 Ali Haydar, I/180 vd.

şartlara bağlanan hukukî işlemler şartsız bir işlem gibi geçerli olup, şartlar yok kabul edilir²³³.

V- ŞARTA BAĞLI İŞLEMLERİN HÜKÜMLERİ

Bilindiği üzere takyîdî şartlar, hukukî işlemleri her hangi bir şarta bağlamaksızın bir kayıtla takyit etmektir. Bu nedenle takyîdî şarta bağlı işlemlerde aktin kurulduğu an ile hükümlerinin işlemeye başladığı an aynıdır. Bu hususta bütün İslâm hukukçuları fikir birliği içerisindedir. Zira burada teknik anlamda bir şart değil, tariften de anlaşılacağı üzere bir takyit (kayıtlandırma) söz konusu olmaktadır²³⁴. Bu kayıt hukukî işlemin hükümleri ile ilgili olmayıp kuruluşu ile ilgilidir. Yani taraflar karşılıklı olarak hukukî işlemi bir kayıtla takyit ettikleri takdirde, hukukî işlem kurulacak ve hükümlerini hemen meydana getirmeye başlayacaktır.

A- Câiz Şartlara Bağlı İşlemlerin Hükümleri

Câiz şartlar, yukarıda izah edildiği üzere hukukî işlemin gereklerinden olan, hukukî işlemin amacına uygun bulunan, örf ve adet haline gelmiş olan ve hukuken câiz kabul edilen şartlardır. Hukukî işlemin gereklerinde olan onun amacına uygun olan şartlar hukukî işleme yeni bir şey eklemeyip, bizatihî işlem gereği var olan unsurları kuvvetlendirirler. Bu nedenle hukukî işlemin geçerliliğine her hangi bir etkileri yoktur²³⁵.

Örf ve adet haline gelmiş olan şartlar, hukukî işlemin gereklerine ve amacına uygun olabilecekleri gibi bunlara uygun da olmayabilir. Hatta taraflardan birine karşılığı olmayan bir yarar sağlayan fâsit şartlardan da olabilir. Ancak İslâm hukukunda örf ve adet hukukun kaynaklarından olduğu için bu nevi şartlar geçerli kabul edilmiştir²³⁶.

Hukuken câiz kabul edilmiş olan şartlara gelince, bu nevi şartlar da aşında bir tarafa karşılığı olmayan bir yarar sağladıklarından dolayı kıyas yolu ile fâsit olmaları gerekirken hayatın zaruretleri nazara alınarak câiz kabul edilmişlerdir. Yani hukukî işlemin geçerliliğine her hangi bir etkileri yoktur²³⁷.

B- Lağv Şartlara Bağlı İşlemlerin Hükümleri

Taraflardan birine faydası olmayan, üçüncü kişilere faydası olan, hiç kimseye fayda ve zararı olmayan ve zararlı şartlara lağv şartlar denmektedir. Bu nevi şartların hukukî işlemlerde ileri sürülmesi halinde, şartlar lağv (yok), işlemler ise geçerlidir. Yani bu nevi şartlara bağlanmış bir işlem, normal şartsız bir işlem gibi hüküm ve sonuçlarını meydana getirir²³⁸.

C- Fâsit Şartlara Bağlı İşlemlerin Hükümleri

Fâsit şartlar, hukukî işlemin gereklerinden olmayıp, onun amacına da uygun olmayan, örf ve adet haline gelmemiş ve hukuken câiz kabul edilmemiş olan, ancak taraflardan birine veya üçüncü bir kişinin faydasına olan şartlardır. Bu nevi şartların nitelendirilmesinde İslâm hukukçuları değişik fikirler ileri sürseler bile, fâsit olarak kabul

233 Bkz. yukarıda "Lağv Şartlar".

234 Mecelle m.186-189; Mürşidü'l Hayran m. 227-228; Serahsî, XIII/13 vd.; Kâsânî, V/168 vd.; İbn-i Teymiye, Feteva, III/325 vd. ve Nazariyetü'l Akid, 16 vd.; İbn-i Kayyım, II/162 vd.; Senhûrî, III/113 vd.; Ebu Zehra, 245 vd.; Zeydan, 327 vd.; Ali Haydar, I/290 vd.; H. Reşit Paşa, Kavaid-i Külliye, I/185; Atıf Bey, Kavaid-i Külliye, 92.

235 Mecelle m. 186; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/14; Kâsânî, V/171; İbn-i Hümmam, V/180; Şirazi, I/268; Senhûrî, III/119; Ebu Zehra, 248; Ali Haydar, I/291; H. Reşit Paşa, Kitabü'l Büyü', I/66; Ayrıca bkz. yukarıda "Caiz Şartlar".

236 Mecelle m.188; Mürşidü'l Hayran m. 227; Serahsî, XIII/14; Kâsânî, V/172; Ebu Zehra, 263; Ali Haydar, I/295; Ayrıca bkz. yukarıda "Örf ve Adet Haline Gelmiş Olan Şartlar".

237 Serahsî, XIII/17; Kâsânî, V/175; Bilmen, VI/24; Ayrıca bkz. yukarıda "Hukuken Caiz Kabul Edilen Şartlar".

238 Mecelle m.189; Serahsî, XIII/15; İbn-i Hümmam, V/215; Ayrıca bkz. yukarıda "Lağv Şartlar".

ettikleri şartları aynı hükme tâbi tutmuşlardır. Yani fâsit bir şarta bağlanan hukukî işlemlerin feshi gerekir. Takyîdî şartların fâsit olması halinde hukukî işlemin niteliğinin önemi yoktur²³⁹.

Fâsit hukukî işlem, teslimden önce her hangi bir hukukî sonuç meydana getirmez. Taraflardan herbirinin hukukî işlemi feshetme hakkı vardır. Ayrıca kamu düzenini ilgilendirdiğinden dolayı hâkim tarafından re'sen de feshedilebilir. Ancak bir hukukî işlemin fâsit olması bizatihi olmadığından yani aslen değil vasfen fâsit olduğu için fesat sebebinin ortadan kalkması ile hukukî işlem geçerli hale gelir. Eğer fesat sebebinin ortadan kalkması mümkün değilse²⁴⁰, bu takdirde fesih hakkına sahip olan tarafın, Hanefî mezhebinde hâkim olan fikre göre, karşı tarafın huzuru olmaksızın dahi feshi mümkündür. Diğer bir fikre göre ise, ancak karşı tarafın huzurunda fesih mümkündür.

Teslimden sonraki durumu ikiye ayırarak incelemek gerekir: Alıcı şey üzerinde her hangi bir tasarrufta bulunmamış ise, şeyi geri vermek zorundadır. Buna mukabil alıcı, hukukî işlemin konusu üzerinde geri vermeye engel teşkil edebilecek bir tasarrufta bulunmuş (satmış, hibe etmiş, şekil değiştirmiş vs.) ise, artık fesih hakkı kullanılamaz. Bu halde alıcı, kararlaştırılan bedeli değil, şeyin asıl kıymetini ödemekle sorumludur²⁴¹.

Hanefî hukukçuları fâsit aktin feshinin, taraflar için bazan bir hak, bazan da bir görev olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bununla beraber tarafların fâsit akti feshetme niyetinde olmamaları halinde tarafların talebi olmaksızın hâkimin hukukî işlemi feshedip edemeyeceği tartışmalıdır. Bir kısım Hanefî hukukçuları hâkimin fâsit akti re'sen ve cebren feshedebileceğini kabul etmişlerdir²⁴². Diğer bir kısım Hanefî hukukçular ise, hâkimin böyle bir karar vermeye ancak Allah Hakkı'nı ilgilendiren durumlarda yetkili olduğunu, özel hukuku ilgilendiren konularda hâkimin böyle bir yetkisinin olmadığını belirtmişlerdir²⁴³.

Fâsit olan hukukî işlem sözlü olarak veya fiilen feshedilebilir. Sözlü fesih, fesih yetkisine sahip olan kişinin, "akti feshediyorum", "reddediyorum" gibi sözleriyle gerçekleştirilebilir. Bu durumda gerek kabzdan önce gerek kabzdan sonra hâkim kararına ve karşı tarafın rızasına gerek kalmadan feshedilmiş olur. Fiilî fesih ise, satılan şeyi satıcıya geri vermek suretiyle olur. Ebu Hanifeye göre feshin sahih olması için karşı tarafın huzurunda olması gerekir. Ebu Yusuf'a göre ise, feshin sahih olması için karşı tarafın huzurunda yapılması gerekmez²⁴⁴.

Burada hukukî işlemlerin bâtil ve fâsit olmaları üzerinde durmak gerekecektir. Hanefî hukukçularına göre, fâsit ile bâtil farklı şeyler olmasına rağmen diğer mezhep hukukçularına göre, fâsit ile bâtil aynı manayı ifade eden iki kelimedir. Sonucu fikri savunanlara göre, bir hukukî işlemin kurucu unsurları ile geçerlilik unsurları arasında fark yoktur. Bir şeyin aslının yasaklamak ile vasfını yasaklamak aynı şeydir. Buna karşılık Hanefî hukukçuları bir şeyin aslının yasaklanması ile vasfının yasaklanmasını birbirinden ayırt etmek gerektiğini ve bunların ayrı hükümlere tâbi olacağını ileri sürmüşlerdir²⁴⁵. Bunun neticesi olarak ta, kurucu ve geçerlilik unsuru ayırımı yapmayan hukukçular bâtil ile fâsit arasında fark olmadığını ileri sürmüşlerdir. Buna mukabil hukukî işlemlerin unsurlarını kurucu ve geçerlilik olmak üzere ikiye ayıran hukukçular bu unsurların ayrı ayrı hükme tâbi olacağını ileri sürmüşlerdir.

239 Fasit şarta bağlanması mümkün olmayan hukukî işlemler şunlardır: 1- Satım 2- Kısımet 3- İcare 4-Hukukî işleme icazet 5- Malın mal ile değişiminde ikrar, İnkâr ve sukut etmeden sulh 6- İbra 7- Mütazaraa 8-Musakât 9- Vakıf (Ali Haydar, I/180-183).

240 Maliki mezhebinde hâkim olan fikre göre, faiz ve gararlı işlemlerde -meselâ gararın çok olduğu şartlarda- bunlar ortadan kalksa bile hukukî işlem fasit olur (İbn-i Rüşd, II/137).

241 Kâsânî, V/299-305; İbn-i Hümmam, V/185 vd.

242 İbn Nüceym, Bahr, VII/103, 110.

243 Kerderî, IV/405; Sadru's-Şehid, II/141-142.

244 Kâsânî, V/300-301.

245 Mecelle m. 109-110; Kâsânî, V/299 vd.; İbn-i Hümmam, V/227 vd.; Suyutî, 312; Zeydan, 305; Cezirî, III/1326 vd.; Karaman, II/267; Apaydın, 2 vd.; Cin/Akgündüz, II/201 vd.

Bu fikri savunanlar göre bâtil, kurucu unsurlarını, şartlarını, vasıflarını içermeyen hukukî işlemlerin tâbi olduğu bir müeyyidedir. Gayrı müeyyiz bir küçüğün yaptığı satım akti gibi. Fâsit ise, aslında geçerli olduğu halde, hukuka uygun olmayan bir şeye yakınlığı dolayısıyla geçersiz hale gelen hukukî işlemlerdir. Hanefi hukukçularına göre, bir hukukî işlem, kurulması için gerekli unsurların tamam olması ile kurulur. Ancak geçerlilik kazanmaz. Hukukî işlemin geçerli olabilmesi için iradelerin açıklanmasında ikrah, konusunda şüphelilik (garar), faiz ve fâsit şart, teslimde zarar olmaması gerekir. Oysa bütün bu sebepler diğer mezhep hukukçularınca butlan sebebi olarak gösterilmiştir²⁴⁶. Bâtil hukukî işlem hiç yapılmamış hukukî işlem demektir²⁴⁷. Bu nedenle bâtil işlemler, hiçbir hukukî sonuç meydana getirmedikleri gibi izin veya icazetle de geçerli hale gelmezler²⁴⁸. Ancak borçlar hukukuna ilişkin bu kaidenin aile hukukunda uygulanması mümkün değildir. Zira evlenme geri dönülmesi mümkün olmayan bir işlem olup, bâtil da olsa meydana gelir ve ona bazı sonuçlar bağlanır. Bu hukukî sonuçlar bâtil evlenme ortadan kaldırılınca kadar devam eder. Ayrıca ona dayanarak bir hukukî sonuç elde edilmez. Meselâ bâtil bir evlenme aktinde zıfafın gerçekleşmesi halinde taraflara zina haddi uygulanamaz²⁴⁹. Bâtil olan hukukî işlemlerin bölünmesi mümkün ise, bölünebilir. Yani hukukî işlemin bir kısmının geçerli olarak devam etmesine imkan var ise, bu halde hukukî işlem o kısım için devam eder. Bâtil işlemler yok hükmünde olduğundan ortadan kaldırılması için mahkeme hükmüne gerek yoktur. Ayrıca zamanaşımının işleminde de mani olmaz²⁵⁰.

Fâsit hukukî işlemler ise, kurucu unsurları ve in'ikat şartları tam olduğundan kurulmuş, fakat bazı vasıfları eksik olduğu için sakat doğmuştur. Meselâ fâsit bir şarta bağlanan hukukî işlem gibi. Mecelle fâsit bey'i (satımı) "Aslen sahih olup da vasfen sahih olmayan, yani zaten mün'akit olup da bazı evsâfı hariciyesi meşru olmayan bey' dir"(m. 109) şeklinde tarif ettikten sonra, "In'ikad-ı bey'in şartı bulunup da bazı evsaf-ı hâriciyesi itibarıyla meşru olmazsa, meselâ mebi' meçhul, yahut semende hâlel vaki olursa bey'i fâsit olur"(m. 364) diyerek fâsit bey'i açıklamıştır. Burada hukukî işlem (eğer unsurları ve şartları tam ise) aslında kurulmuştur. Ancak hukuken sakattır. Bu nedenle eğer taraflar hukukî işlemin aynen veya değiştirilerek devamını istemiyorlarsa fâsit olan hukukî işlemi feshetmeleri gerekir. Yani kendiliğinden hükümsüz olmadığı gibi hâkim olan fikre göre hâkim tarafından da feshedilemez. Bu nedenle kabz işlemi ilgili tarafın izni ile gerçekleştiği takdirde fâsit hukukî işlemler bazı hukukî sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle kabz işlemi, hukukî işlemin feshine mani değildir. Ancak fâsit hukukî işlemi feshedebilmek için konusunun her hangi bir değişikliğe uğramaması lazımdır²⁵¹.

246 Bilmen, I/35; Ali Haydar, I/216.

247 Mecelle m. 110; Ali Haydar, I/218; Zeydan, 305.

248 Mecelle m. 370; Ali Haydar, 617.

249 Bilmen, II/36; Karaman, I/278 ve II/256; Aydın, 30.

250 Mecelle m. 52; Zeydan, 305 vd.; Ali Haydar, I/119; Karaman, I/256 vd.

251 Mecelle m. 371-373; Kâsânî, V/299; Zeydan, 305; Ali Haydar, I/218, 618 vd.; Karaman, II/268-273.

SONUÇ

Görüldüğü üzere şart, İslâm hukukunda önemli yer tutan bir kavramdır. Gerçekten şarta bağlı işlemler üzerinde İslâm hukukçuların birbirinden farklı fikirleri ileri sürmüşlerdir. Bunun sebebi, Hz. Peygamberden aynı konuyu tanzim eden ve birbirine zıt hükümler içeren birden fazla hadis nakledilmiş olmasıdır. Gerçekten bu hadisler, birlikte ele alındığında içinden çıkılmaz gibi görünen durumdan İslâm hukukçuları, bir kısmı istisna diğer bir kısmı da muhtevalarında yorum yapma yoluyla çıkmayı başarmışlardır.

Şart, öneminden dolayı İslâm hukukunun bir kısmının kodifikasyonundan ibaret olan ve Osmanlı Medeni Kanununun denebilecek Mecelle'de hem genel hükümler hem de özel hükümler arasında yer almıştır. Hatta söz konusu Mecelle'nin eshab-ı mucibesinde de tartışma konusu yapılmıştır. Ayrıca zamanın ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir kanun hazırlanmasının amaçlandığı Mecelle tadillerinde de şart üzerinde durulmuş ve önemli değişiklik teklifleri getirilmiştir. Mısır'ın Mecellesi diyebileceğimiz Mürşidü'l Hayranda da şarta büyük önem ve yer verilmiştir. Buna rağmen bu kanunlarda şartın, önemi ile doğru orantılı olarak düzenlendiği söylenemez. Bize göre bunun en önemli sebebinin söz konusu kanunların belirli bir mezhep hukukçularının görüşleri ile bağlı kalınarak hazırlanmış olması ve esas alınan hanefî mezhebî hukukçuları tarafından da şartın genelde fâsit kabul edilmesidir.

İnceleme konumuz olan takyidî şartlar, hukukî işlemleri belirli bir kayıtla takyit etmektir şeklinde tarif edilmektedir. Şartı câiz, fasit ve lağv olmak üzere üçe ayırarak incelemek mümkündür. Hem şart hem de hukukî işlemin geçerli olduğu şartlara câiz şartlar; şartlar geçersiz, hukukî işlem geçerli olan şartlara lağv şartlar; hem şart hem de hukukî işlemin geçersiz olduğu şartlara ise fasit şartlar denmektedir. Şart, hukukî işlemlere tarafların iradeleri ile eklenmiş bir unsur olup, yalnız başına hukukî işlemlere konu olamayacağından şarta bağlı işlem yapabilmek için öncelikle geçerli bir hukukî işlem söz konusu olması gerekmektedir. Ayrıca bu işlemin aynı zamanda şarta bağlanabilir olması gerekir. Zira bütün hukukî işlemlerin şarta bağlanması mümkün değildir. Bir kısım işlemler nitelikleri gereği bazı şartlara bağlanamazlar. Bir hukukî işlemin şarta bağlı olarak yapabilmesinde genel kural, ivazlı-ivazsız olması değil hukukî işlemin niteliğidir.

Şarta bağlı işlem yapabilmek için normal hukukî işlem yapabilmek ehliyetine sahip olmak lazım ve kafidir. Söz konusu ehliyetin hukukî işlemin kurulduğu anda mevcut olması gerekir. Bir hukukî işlemin şarta bağlı olarak yapılıp yapılmadığını anlamak için şart edatı kullanılıp kullanılmadığına bakmak gerekirse de, bu hukukî bir zorunluluk değildir. Başka bir ifade ile şartın tayini için belirli bir şekil zorunluluğu yoktur.

Şart, hukukî işlemin yapıldığı esnada kararlaştırılmalıdır. Bununla birlikte hukukî işlem tamam olduktan sonra da şarta bağlamak mümkündür. Ancak hukukî işlem tamam olduktan sonra şarta bağlanacak olursa durumu ikiye ayırarak incelemek gerekecektir. İslâm hukukunda hâkim olan fikre göre, hukukî işlem tamam olduktan sonra ileri sürülen şart, câiz şartlardan ise şart hukukî işleme dahil olacaktır. Yani hukukî işlem şarta bağlı olarak yapılmış kabul edilip şarta riayet etmek gerekecektir. Buna mukabil sonradan ileri sürülen şart, fâsit şartlardan ise, yine İslâm hukukunda hâkim olan fikre göre, şart yok kabul edilip hukukî işlem geçerli sayılacaktır. Ancak o yerde örf ve adet haline gelmiş olan şartlar bu kuraldan müstesnadır. Zira örf ve adet haline gelmiş olan şartlar hukukî işlem esnasında zikredilmeseler dahi onlara riayet etmek lâzım gelir. Ancak kararlaştırılan bu şart olmadan tarafların bu hukukî işlemi yapmayacakları anlaşılıyorsa hukukî işlemi şarta bağlı olarak yapılmış kabul etmek gerekir. Buna mukabil taraflar şart olmadan da hukukî işlem yapacaklarını kararlaştıracak olurlarsa şartı yok sayıp hukukî işlemi geçerli kabul etmek gerekir.

Şartın genelde tek başına bir irade beyanına konu olması mümkün değildir. Bu nedenle şartın hukukî işlemin içinde bir kayıt şeklinde (şart kaydı) öngörülmesi zorunludur. Binaenaleyh ortada bir hukukî işlem yoksa şartta yoktur. Şart, hukukî işlemin mütemmim cüz'üdür, yani hükmün varlığı ona dayanır. Gerçekten şart, kanunî bir unsur olmayıp, tarafların veya tek taraflı işlemlerde onu yapan tarafın iradesi ile hukukî işleme

girmiştir. O halde şart hukukî işleme girip girmemekte serbest, fakat girdikten sonra hukukî işlemin esaslı bir unsuru olmaktadır. Ancak kanunî bir unsur olmadığından taraflar işlemi şarta bağlayıp bağlamamakta serbestirler. Hukukî işlem şarta bağlandıktan sonra şart gerçekleşecek olursa ona bağlı hükümler de meydana gelecek ve şarta imkanlar ölçüsünde riayet etmek gerekecektir. Netice itibarıyla şart, hukukî işlemin aslî unsurlarındandır. İrade açıklayan kimse bu iradesini şarta bağlı bir işlem meydana getirmek için açıklamıştır. Bu nedenle şartı borç ilişkisinden ayrı olarak ele alma imkanı yoktur. Zira hükmün varlığı şarta bağlıdır. Ancak şartın varlığı hükmün de var olmasını gerektirmez. Bu durum şartın geçerli olup olmaması ve bunun hukukî işleme yansımada önem arzeder. Binaenaleyh şarta bağlı bir işlemde, şartı fâsit (lağv) kabul edip, işlemin geçerli olarak devam etmesi istisnâî bir durumdur. Bu hallerde ise, şartı aslî bir unsur olarak nitelendirmeye imkan yoktur. Şarta bağlanabilen işlemler de şartın niteliğine göre hükümlerini meydana getireceklerdir. Başka bir ifade ile şarta bağlı işlemler, şart olayla kayıtlı olarak hukukî varlıklarını sürdürecektir.

B İ B L İ Y O Ğ R A F Y A *

- AHMED İBRAHİM :Makale Fil-Ukûd veş-Şurût vel-Hıyârât Mecellet'ül-Kanun vel- İktisad, Sene IV, Mısır.
- AHMED NAZİF :Teceddüt-Tekamül Mecelle Meselesi, Sebilürreşat, 1339.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet ::(Halil Cin ile birlikte) Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. I-II, İstanbul 1990.
*İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Ankara1988.
*Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, C. I-IX, İstanbul 1990-1996.
*İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986.
*Şer'îye Sicilleri, (Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı İlim Heyeti İle birlikte), C. I-II, İstanbul 1989.
- ALİ HAYDAR :Dürr'ül-Hükkâm Şerh-u Mecellet'il-Ahkâm, C. I-IV, İstanbul 1330.
- APAYDIN, Yunus :İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1989.
- ATAR, Fahreddin : İslâm İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 1990.
*Fıkıh Usulü, İstanbul 1988.
- ATIF BEY, Kuyucaklızade AYDIN, M. Akif :Mecelle-i Ahkâmı Adliye Şerhi, İstanbul 1330.
:İslâm-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985.
* Türk Hukuk Tarihi (Tarih), İstanbul 1996.
- BARKAN, Ö. Lütfi :Türkiye'de Toprak Meselesi, C.I, İstanbul 1980.
*Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi, İHFM, C. XI, S. 3-4.
*XV ve XVI. Asırlarda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, İstanbul 1943.
- BERKİ, A. Himmet :Hibenin Şart ve Mükellefiyetle Takyidi, AD, S. I, Ankara 1970.
* Fatih Sultan Mehmet Han, Ankara T.siz.
- BİLMEN, Ö. Nasuhî :Hukuk-ı İslâmiye ve İstilahat-ı Fıkhiye Kamusu, C. I-VIII, İstanbul 1970.
- BUHARİ, İbn-i İsmail'il-Buharî :Sahih-i Buhari, C. I-IV, İstanbul 1315.
- CANAN, İbrahim :Kütüb-i Sitte, C. III, Ankara 1988.
- CELAL NURİ :Mecelle Meselesi, İçtihad Dergisi, 1329.

* Anıfarda kullanılan kısaltmalar ilgili eserin karşısında gösterilmiştir.

- CEMALEDDİN
:Havaic-i Kanuniyemiz, İstanbul 1331.
:Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye-Fransa Medeni Kanunu, İlmi Hukuk ve Mukayeseli Kavanin Mecmuası, C. I, 1325.
- CEZİRÎ, Abdurrahman
:(Çev. M. Keskin), Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı, 3. Baskı, C. III, İstanbul 1990.
- CİN, Halil
:(Ahmet Akgündüz İle birlikte) Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C.I-II, İstanbul 1990.
- CÜRCANÎ, Seyyid Şerif
:Tarîfât, İstanbul 1318.
- ÇANTAY, H. Basri
:Kur'an-ı Hâkim ve Meali Kerim, C. I-III, İstanbul 1981.
- DEVELİOĞLU, Ferit
:Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 7. Baskı, Ankara 1986.
- EBU DAVUD,
İbn-i İshak'is-Sicistanî
:Sünen-i Ebu Davud, C. I-IV, Mısır 1371.
- EBU ZEHRA , Muhammed
:El-Mülkiye ven-Nazariyet'ül-Akid, Kahire 1939.
- FETEVÂY-I HİNDİYE
: C. V, Ankara T.siz.
- FINDIKOĞLU, F. Ziya
:Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi, Ebul-Ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1943.
- GÜR, Refik
:Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, İstanbul 1958.
- H. REŞİT PAŞA
:Ruh'ul-Mecelle, İstanbul 1328.
- HALEBÎ,
İbrahim b. Muhammed
:Mültek'al-Ebhur, İstanbul 1309.
- HATTAB, Ebu
Abdullah Muhammed
:Mevahib'ül-Celil Şerh-u Muhtasar-ı Halil, C. IV, Mısır 1329.
- HİRÂŞÎ, Ebu
Abdullah Muhammed
:Şerh'ul-Hiraşî Alâ Muhtasar-ı Halil, C. V, Mısır 1317.
- İBN-İ ABİDİN
:Redd'ül-Muhtar Aled-Dürr'il-Muhtar, C. IV, Mısır 1967.
- İBN-İ KAYYİM
İbn-i Ebu Bekir El Cevzî
:İ'lam'ul-Muvakkîn An Rabb'il-Alemin, C. II-III, Beyrut 1973.
- İBN-İ KUDAME
İBN-İ AHMED
:El-Muğni Alâ Muhtasar'il-Hirakî, C. IV, Mısır 1334.
- İBN-İ KUDAME
EL-MAKDİSÎ
:Şerh'ul-Kebir Alâ Metn'il-Muknî, C. IV, Mısır 1348.
- İBN-İ HAZM,
İbn-i Ahme
:Muhalla, Mısır 1389.
- İBN-İ HÜMAM
Vâhid Es-Sivasî
:Feth'ul-Kadir, C. V. Mısır 1319.

- IBN-İ NÜCEYM
IBN-İ RÜŞT,
Muhammed b. Ahmed
:El-Eşbah ven-Nezair, Mısır 1968.
- IBN-İ TEYMIYE,
İbn-i Abdü'l Halim
:Bidayet'ül-Müçtehit ve Nihayet'ül-Muktesid
C. II-III, Kahire 1975.
- İNALCIK, Halil
:Feteva Li İbn-i Teymiye, Kahire 1326
*Mecmu'ul-Feteva, C. XI, XX, XXIX, Riyad
1383.
*Nazariyet'ül-Akid, Medine 1949.
:Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultanî Hukuk
ve Fatihin
Kanunları, SBF, C. XIII, S. 2'den ayrı
basım, 1958.
- KADRİ PAŞA,
Muhammed
:Mürşid'ül-Hayran İle Ma'rifeti Ahval'il-İnsan,
Mısır 1338.
*Ahval'üş-Şahsiye, İskenderiyye 1875.
- KAMUS-I OKYANUS
TERCEMESİ
KARAMAN, Hayreddin
:C. I-IV, İstanbul 1305.
:Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I-II, İstanbul
1987.
*İslâm Hukuk Tarihi, İstanbul 1984.
- KÂSÂNÎ, İBN-İ MESUD
:Bedâ'üs-Senâi Fî Tertîb'ış-Şerâyî, C. V,
Beyrut, 1910.
- KAŞIKÇI, Osman
:İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle,
İstanbul 1997.
- KERDERÎ, M. Muhammed
MALİK B. ENES
MARDİN, Ebulûlâ
:El-Camiul-Veciz, C. IV, Beyrut 1986.
:Muvatta, Beyrut 1994.
:Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet
Paşa, İstanbul 1946.
*Hukuk-ı Tasarrufiye-i Arazi, Dersaadet,
1328.
- MESUD EFENDİ
MİRAS, Kamil
:Mir'ât-ı Mecelle, İstanbul 1302.
:Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih
Tercemesi ve Şerhi, C. VII, Ankara 1984.
- MUMCU, Ahmet
:(Coşkun ÜÇÖK ile birlikte) Türk Hukuk
Tarihi, Ankara 1986.
- MUSTAFA ASIM
MUHAMMED Y. MUSA
:Mecelle Meselesi, İçtihat Dergisi, 1329.
:El-Emval ve Nazariyet'ül-Akd Fil-Fıkh'il-
İslâmî, Kahire 1958.
- MÜSLİM B. Haccaci'l
Kuşeyrî
ONAR, S. Sami
:Sahih-i Müslim, İstanbul 1329.
:İslâm ve Osmanlı İmparatorluğunda İslâm
Hukukunun Bir Kısımının Codificationu
Mecelle, İİHF, C. XX, S. 1-4, 1954.
- ÖZTÜRK, Osman
:Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul
1973.

- PULAŞLI, Hasan :Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989.
- REMELÎ, Şemsüddin
İbn-i Muhammed :Nihayet'ül-Muhtaç İlä Şerh'il-Minhaç, C. V, Mısır 1386.
- SADR'UŞ-ŞEHİD :Şerh-u Edeb'il-Kâdî Lil-Hassaf, Bağdat 1978.
- SABUNÎ, M. Ali :(Ter. Sadreddin Gümüş-Nedim Yılmaz), Safvet'üt-Tefâsir, C. IV, İstanbul 1990.
- SENHURÎ, Abdürrazzak Ahmed :Mesâdîr'ul-Hak Fil-Fıkh'ül-İslâmî, C. II-IV, Mısır 1967.
- SERAHSÎ, Muhammed
İbn-i Ahmed :El-Mebsut, C. XI, XIII. Mısır 1324.
- SEYYİD NESÎ :Mecellenin İslahına Doğru, DFHFM, S. IV, İstanbul 1332.
- SUYUTÎ, Celalüddin
Abdurrahman :El- Eşbah Ven-Nezair, Mısır T.siz.
- ŞA'BAN, Zekiyyüddin :(Ter.: İ. Kafi Dönmez) İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü Fıkh), Ankara 1990.
- ŞEVKANÎ, İbn-i
Muhammed :Neyl'ül-Evtar Şerh-u Mültek'al-Ahbar, C.VI, Mısır 1357.
- ŞİRAZÎ, Ebu
İshak Muhammed :El- Mühezzeb, C. I, Mısır 1376.
- TİRMİZÎ, İbn-i İsa
Et-Tirmizî :Süneni Tirmizî, Mısır 1350.
- TOPALOĞLU, Bekir/
KARAMAN Hayreddin :Arapça-Türkçe Yeni Kamus,8. Baskı, İstanbul 1980.
- ÜÇOK, Coşkun :Şart, İslâm Ansiklopedisi, Milli Eğitim Bakanlığı yayını
- ÜÇOK, Coşkun :(Ahmet MUMCU ile birlikte) Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1986.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfza
Veldet :Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimatın 100. Yıldönümü Münasebeti İle, İstanbul 1940
- YAVUZ, Hulusi *Türk Medeni Hukuku, C. I, Cüz. 1, Umumi Esaslar, Beşinci Bası, İstanbul 1956.
- YILDIRIM, Celâl :Mecellenin Tedvini ve Cevdet Paşa'nın Hizmetleri, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, İstanbul 1986.
- ZEBİDÎ, S. Murtaza :Kaynaklarıyla İslâm Fıkhı, C. IV, Konya.
- ZERKA, Mustafa Ahmed :Ukûd'ül-Cevahir'ül-Hanefi Fi Edillet-i Mezheb-i Ebu Hanife, İstanbul 1309.
- ZERKA, Mustafa Ahmed :El-Fıkh'ül-İslâmî Fî Sevbih'il-Cedid, C. I, Dımaşk 1967.

ZEYDAN, Adülkerim

:El-Medhal Li Diraset'is-Şeriat'il-İslâmiyye,
Ürdün 1990.

* (Çev: R. Özcan), Fıkıh Usûlü, 2. Baskı,
Ankara 1982.

ZİYAEDDİN, Mehmet

:Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Şerhi, İstanbul
1312.

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi.
BK	: Borçlar Kanunu.
Bkz.	: Bakınız.
DFHFM	: Darü'l Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası.
C.	: Cilt.
CA	: Ceride-i Adliye.
İHMKM	: İlmî Hukuk ve Mukayeseli Kavanin Mecmuası.
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
m.	: madde.
MK.	: Medeni Kanun.
T.	: Tarih.
T.siz.	: Tarihsiz.
t.	: tertip.
S.	: Sayı.
s.	: sahife.
Yarg.	: Yargıtay.
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi.