

**Hasan ŞAHİN**

**İSLAM HUKUKUNA GÖRE  
AKİDLERDE MUHAYYERLİKLER**

=====

**MUHAYYERLİĞİN AKİDLERDEKİ**

- HUKUKÎ ALTYAPISI
  - TEMEL ÖZELLİKLERİ
  - YANSIMALARI/TÜRLERİ
- =====

**2024**



**Kitabın Adı** : İSLAM HUKUKUNA GÖRE AKİDLERDE MUHAYYERLİKLER  
**Yazar** : Doç. Dr. Hasan ŞAHİN

**1. Baskı** : Kasım 2024 ANKARA

**Yayın Koordinatörü** : Ceyda ŞEREFLİOĞLU

**Yayın Yönetmeni** : Selva ALİM

**e-ISBN** : 978-625-6173-25-5

**Yayın No** : 2636

© Doç. Dr. Hasan ŞAHİN

Tüm hakları yazarına aittir. Yazarın izni alınmadan kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, çoğaltılması yapılamaz. Yalnızca kaynak gösterilerek kullanılabilir.

## SONÇAĞ AKADEMİ

İstanbul Cad. İstanbul Çarşısı No.: 48/49 İskitler 06070 ANKARA

T / (312) 341 36 67 - GSM / (533) 093 78 64

[www.soncagayincilik.com.tr](http://www.soncagayincilik.com.tr)

[soncagayincilik@gmail.com](mailto:soncagayincilik@gmail.com)

**Yayıncı Sertifika Numarası:** 47865

## BASKI VE CİLT MERKEZİ



UZUN DİJİTAL MATBAA, SONÇAĞ YAYINCILIK MATBAACILIK TESCİLLİ MARKASIDIR.

İstanbul Cad. İstanbul Çarşısı No.: 48/48 İskitler 06070 ANKARA

T / (312) 341 36 67

[www.uzundijital.com](http://www.uzundijital.com)

[uzun@uzundijital.com](mailto:uzun@uzundijital.com)

**İSLAM HUKUKUNA GÖRE  
AKİDLERDE MUHAYYERLİKLER**

**Doç. Dr. Hasan ŞAHİN**

---

**Hasan ŞAHİN:** 1983 yılında Tokat'ta doğan yazar, 2000 yılında Tokat İmam Hatip Lisesi'nden 2004 yılında da Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nden mezun oldu. Ankara Beypazarı ve Çankaya ilçelerinde Diyanet İşleri Başkanlığı'na bağlı camilerde imam-hatiplik yaptı. Erzurum ve Samsun'da Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okullarda öğretmen ve okul müdürü olarak çalıştı. 2013-2016 yıllarında Samsun Ondokuz Mayıs Üniversitesinde araştırma görevliliği yaptıktan sonra 2017 yılından itibaren Sinop Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde İslam Hukuku alanında öğretim üyesi olarak çalışmaya başladı. Orta düzeyde Arapça ve İngilizce bilen/konuşan yazar halen bu vazifesini sürdürmekte olup evli ve dört çocuk babasıdır.

İletişim: hsahin@sinop.edu.tr

## ÖNSÖZ

Bireyin kendi iradesi ile hukukî sorumluluk altına girmesi şeklinde gerçekleşen akidler, kimi zaman irade kusurları kimi zaman da akdin konusunda meydana gelen eksiklik veya belirsizlik nedeniyle taraflar arasında niza ve anlaşmazlığa neden olabilmektedir. Bu gibi durumlarda problemi çözmeye ve bireylerin gerçek iradesini ortaya çıkarmaya yardımcı olan etken, akidlerdeki seçme özgürlüğüne kaynaklık eden muhayyerliklerdir.

Muhayyerlikler, klasik fıkıh kitaplarımızda önemli bir yer teşkil etmektedir. İslam hukuk tarihinde Hz. Peygamber (s.a.v.) döneminden itibaren gündeme gelen bu husus, klasik fıkıh kaynaklarımızda akid konusunun ana kaynağı olan büyü' bahisleri ile birlikte ele alınmaktadır. Herhangi bir klasik eser incelendiğinde alış-veriş tarif edildikten hemen sonra, alış-verişteki muhayyerliklere yer verildiği görülecektir. Bu husus da bize, akid ve muhayyerliğin birbirini tamamlayan konular olduğunu göstermektedir.

Yakın dönemde de sözleşmelerdeki muhayyerlikler detaylı şekilde üzerinde durulan konulardan olmuştur. Mesela, *Mecelle* gibi toplum ve maslahat odaklı ve çağdaş sayılabilecek bir kanunname onlarca farklı maddede muhayyerliklere yer verilmesi ve akidlerde bireylerin gerçek iradelerini koruma, aldanmayı önleme gibi gayelerle bu muhayyerliklerin, ilkesel düzeyde bu kanunnameye yer alması, son asırda da güncelliğini kaybetmemiş bir konu olduğunu göstermektedir. Bu nedenle bu çalışma akidlerde/sözleşmelerde farklı isimler ve şekillerde olsa da her dönem toplumlarında gündemde olan bir konudur.

Muhayyerlik konusu Arap dünyasında makale ve lisansüstü çalışmalarda kendi modern kanunlarıyla mukayeseli olarak ele alınmakla birlikte, ülkemizde kapsamlı şekilde incelenmemiş, konu kısa makaleler ya da basit ve sınırlı çerçevede ele alınan lisansüstü çalışmalar çerçevesinde işlenmiştir. Bu itibarla çalışmamız, muhayyerlikleri daha kapsamlı bağımsız bir teori hâlinde müstakil olarak ele alması bakımından, önemli bir adım olarak görülebilir.

Çalışma üç bölüm halinde planlanmış olup, birinci bölümde akid ve muhayyerlik başta olmak üzere araştırmada ihtiyaç duyulan ilgili kavramlar ele alınmıştır. İkinci bölümde muhayyerlik teorisinin zeminini oluşturan akidlerde şart ve şart koşma serbestisi, bağlayıcılık, muhayyerliklerin akdin oluşumundaki yeri, hukukî sorumluluk, akidlerde muhayyerliklerin varlık sebebi ve muhayyerliklerin sınıflandırma yöntemlerine yer verilmiştir. Üçüncü bölümde ise muhayyerliklerin akidlere yansımaları ele alınmış ve aynı zamanda örnek olması bakımından günümüz bazı kanunlarında seçimlik hak olarak yer alan hususlar, muhayyerliklerle mukayese edilerek tespit edilmeye çalışılmıştır. Muamelat alanı dinamik bir yapıya sahip olduğu için güncel kanunlar da zamana göre değişkenlik gösterebilmektedir. Bu nedenle muhayyerlikler ile güncel kanunlar irtibatlandırırken bugün mevzuatta yer alan cayma hakları çerçevesinde örneklendirmeye gidilmiştir.

Esas itibarıyla doktora çalışması olarak hazırlanan daha sonra gözden geçirilerek yayına hazırlanan bu araştırma boyunca konunun sınırları, yapısı ve ele alınış biçimi başta olmak üzere problemin ve odak

noktalarının belirlenmesinde yardımını esirgemeyen, yoğun gündemine rağmen her fırsatta karşılıklı müzakere ile çalışmayı inceleyerek değerlendirmelerde bulunan Prof. Dr. Nihat DALGIN'a, ayrıca klasik kaynakların anlaşılması ve yorumlanması gibi konularda ve eserin yazım aşamasında sık sık yardımlarını gördüğüm başta Prof. Dr. Osman ŞAHİN olmak üzere İslam Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyeleri Prof. Dr. Muhsin KOÇAK'a, Prof. Dr. Abdullah ÇOLAK'a, Doç. Dr. Şevket PEKDEMİR'e, Prof. Dr. Ayhan AK'a, son olarak da eserin hazırlanmasında doğrudan ya da dolaylı şekilde katkıda bulunan ismini burada zikretmediğim tüm mesai arkadaşlarıma ve dostlarıma değerli katkılarından dolayı teşekkür ederim.

Öğrenim hayatım boyunca daima beni teşvik eden rahmetli babama ve anneme, uzun ve yorucu çalışmalar boyunca maddi ve manevi desteğini gördüğüm eşime ve sevgili çocuklarıma teşekkür ve minnettarlıklarımı takdim ederim.

Hasan ŞAHİN

Sinop 2024

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	3
İÇİNDEKİLER.....	5
GİRİŞ.....	10
I Araştırmanın Konusu .....	10
II Araştırmanın Amacı ve Önemi.....	10
III Araştırmanın Yöntemi .....	10
IV Araştırmanın Sınırlandırılması .....	11
V Araştırmanın Kaynakları .....	12
VI Akidlerde Muhayyerlik Konusu İle İlgili Yapılmış Çalışmalar.....	14

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1.1 Akid .....	18
1.1.1 Akdin Tanımı .....	18
1.1.2 Akdin Temel Unsurları.....	22
1.1.2.1 Akdin Tarafları .....	22
1.1.2.2 İrade Beyanı.....	23
1.1.2.2.1 İcab.....	23
1.1.2.2.2 Kabul.....	24
1.1.2.3 Akdin Konusu .....	25
1.1.3 Akdin Kuruluş Süreci.....	25
1.1.4 Akdin İlişkili Olduğu Bazı Önemli Kavramlar.....	27
1.1.4.1 Hak .....	28
1.1.4.2 Tasarruf.....	29
1.1.4.3 Sorumluluk .....	30
1.1.4.4 İltizam.....	31
1.2 Muhayyerlik.....	32
1.2.1 Muhayyerliğin Anlamı ve Terimleşme Süreci.....	32
1.2.2 Muhayyerliğin Akdin Oluşum Sürecindeki Yeri.....	33
1.2.3 Muhayyerliğin İlişkili Olduğu Kavramlar .....	37
1.2.3.1 Akidlerin Kuruluş ve Tamamlanma Sürecinde Bağlayıcılık Açısından Muhayyerliğin İlişkili Olduğu Kavramlar .....	37
1.2.3.1.1 İn'ikad.....	37
1.2.3.1.2 Sıhhat .....	40
1.2.3.1.3 Nefaz .....	41
1.2.3.1.4 Mevkuf.....	41
1.2.3.1.5 Lüzum .....	44
1.2.3.1.6 İkâle.....	45
1.2.3.2 Muhayyerliğin Meydana Gelme Sürecinde Etkili Olan Kavramlar.....	46
1.2.3.2.1 Şart .....	47
1.2.3.2.2 Gabn.....	47

1.2.3.2.3 Galat.....	49
1.2.3.2.4 Garar ve Tağrir.....	50
1.2.3.2.5 Tedlîs.....	51
1.2.3.2.6 İkrâh.....	52
1.2.3.2.7 Kefâet.....	53
1.2.3.2.8 Bülûğ.....	54
1.2.3.3 Muhayyerliğin Kullanım Sürecine İlişkin Kavramlar.....	55
1.2.3.3.1 İrade.....	55
1.2.3.3.2 İcâzet.....	56
1.2.3.3.3 Fesad.....	57
1.2.3.3.4 Fesih.....	58
1.2.3.3.5 Butlan.....	60
<b>1.3 Teori.....</b>	<b>60</b>
1.3.1 Genel Anlamıyla Teori.....	61
1.3.1 Akidlerdeki Muhayyerliklerle İlişkisi Açısından Teori.....	61
<b>İKİNCİ BÖLÜM</b>	
<b>MUHAYYERLİĞİN AKİDLERDEKİ HUKUKÎ ALTYAPISI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ</b>	
<b>2.1 Akidlerde Muhayyerliğin Hukukî Altyapısı.....</b>	<b>63</b>
2.2.1 Akidlerde Şart.....	63
2.2.1.1 Kanunî Şart.....	65
2.2.1.2 İradî Şart.....	66
2.2.1.2.1 Ta'likî Şart.....	66
2.2.1.2.2 Takyidî Şart.....	67
2.2.2 Akidlerde Ta'lik, İzâfe ve Takyid.....	68
2.2.3 Akidlerde Şart Koşma Serbestisi.....	70
2.2.3.1 Daraltıcı Yorum.....	73
2.2.3.2 Genişletici Yorum.....	74
2.2.3.3 Orta Yolu Takip Eden Yorum.....	74
2.2.3.4 Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	75
2.2.4 Akidlerde Bağlayıcılık.....	76
2.2.4.1 Lâzım Akidler.....	77
2.2.4.2 Gayrı Lâzım Akidler.....	77
2.2.4.3 Mevkuf Akidler.....	78
2.2.4.4 Fâsid Akidler.....	80
2.2.4.5 Bâtıl Akidler.....	81
2.2.5 Muhayyerliğin Akdin Sübût ve Bağlayıcılığına Etkisi.....	81
2.2.5.1 Akdin İn'ikad Şartlarını Etkileyen Muhayyerlikler.....	82
2.2.5.2 Akdin Sıhhat Şartlarını Etkileyen Muhayyerlikler.....	83
2.2.5.3 Akdin Nefaz Şartlarını Etkileyen Muhayyerlikler.....	83
2.2.5.4 Akdin Lüzum Şartlarını Etkileyen Muhayyerlikler.....	85
2.2.6 Akidlerde Hukukî Sorumluluk.....	86
2.2.6.1 Sorumluluğun Başlaması.....	87
2.2.6.2 Sorumluluğun Bağlayıcılığı.....	88
2.2.6.3 Sorumluluğun Son Bulması.....	88
<b>2.2 Hukukî İşlemlerin Muhayyerlikle İlişkisi.....</b>	<b>89</b>
2.2.1 Haklarda Muhayyerlik.....	89
2.2.2 Tasarruflarda Muhayyerlik.....	89
2.2.3 İltizamda Muhayyerlik.....	90



<b>2.3 Muhayyerliğin Akidlerdeki Varlık Sebebi.....</b>	<b>90</b>
2.3.1 Muhayyerliğin Gayesi .....	91
2.3.1.1 Aldanmayı Önleme.....	92
2.3.1.2 Rıza ve İstikrar Sağlama .....	93
2.3.1.3 Ticarî Hayatta Esneklik, Canlılık ve Güven Sağlama .....	94
2.3.1.4 Hukukî Düzenin Sağlanmasına Yardımcı Olma .....	94
2.3.1.5 Yargılamada Kolaylık Sağlama .....	95
<b>2.4 Muhayyerliklerin Sınıflandırılmasındaki Yöntemler .....</b>	<b>95</b>
2.4.1 Kanunî ve İradî Olması Açısından .....	96
2.4.1.1 Akdin Gereği Olan Muhayyerlikler .....	96
2.4.1.2 Tarafların İradelerine Bağlı Gelişen Muhayyerlikler .....	97
2.4.2 Asli ve Tâli Olması Açısından.....	97
2.4.3 Yere-Zamana ve Konuya Bağlı Olması Açısından.....	98
2.4.4 Akdin Taraflarını Bağlayıcı Olması Açısından .....	98
2.4.4.1 Lâzım Akidlerde Muhayyerlikler.....	99
2.4.4.2 Gayrî Lâzım Akidlerde Muhayyerlikler.....	99
2.4.4.3 Mevkuf Akidlerde Muhayyerlikler.....	100
2.4.4.4 Fâsid Akidlerde Muhayyerlikler.....	100
<b>2.5 Muhayyerliklerin Tek Akidde Toplanması.....</b>	<b>101</b>
<b>2.6 Muhayyerliğin Varislere İntikali .....</b>	<b>102</b>
<b>2.7 Muhayyerliği Sona Erdiren Durumlar .....</b>	<b>102</b>

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### MUHAYYERLİĞİN AKİDLERDEKİ YANSIMALARI/TÜRLERİ

<b>3.1 Akdin Gereği Olan Muhayyerlikler .....</b>	<b>106</b>
3.1.1 Akdin Meclisine İlişkin Muhayyerlikler.....	106
3.1.1.1 Akidlerde Meclis Birliği.....	107
3.1.1.1.1 Hazırlar Arasında Meclis Birliği.....	108
3.1.1.1.2 Gaipler Arasında Meclis Birliği.....	112
3.1.1.1.2 Akidlerde Meclisin Süresi .....	115
3.1.1.1.2.1 Hazırlar Arasında Meclisin Süresi .....	115
3.1.1.1.2.2 Gaipler Arasında Meclisin Süresi .....	119
3.1.1.2 Vazgeçebilme Muhayyerliği .....	120
3.1.1.2.1. Tekliften Vazgeçebilme Muhayyerliğini Savunanlar.....	120
3.1.1.2.1.2 Teklifin Bağlayıcı Olduğunu Savunanlar .....	123
3.1.1.2.1.3 Sadece Meclis Muhayyerliğini Savunanlar .....	126
3.1.1.2.1.4 Tekliften Vazgeçebilme ve Meclis Muhayyerliğini Birlikte Savunanlar .....	128
3.1.1.3 Teklifi Kabul Etme Muhayyerliği.....	129
3.1.1.4 Meclise Ait Muhayyerliklerin Etkili Olduğu Akidler .....	132
3.1.1.5 Akid Meclisine Ait Muhayyerlikler Konusundaki Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	132
3.1.2 Akdin Konusuna İlişkin Muhayyerlikler .....	135
3.1.2.1 Akid Konusunun ve Semen Belirsizliğinden Kaynaklanan Muhayyerlikler .....	135
3.1.2.1.1 Görme Muhayyerliği .....	136
3.1.2.1.1.1 Görme Muhayyerliği İle İlgili Yaklaşımlar.....	137
3.1.2.1.1.2 Görme Muhayyerliğinin Süresi.....	145
3.1.2.1.1.3 Görme Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler .....	145
3.1.2.1.1.4 Görme Muhayyerliği Konusundaki Görüşlerin Değerlendirilmesi .....	146

3.1.2.1.2 Kusurlu Çıkma Muhayyerliği .....	147
3.1.2.1.2.1 Kusurlu Çıkma Muhayyerliğinin Meşruiyeti .....	148
3.1.2.1.2.2 Kusurlu Çıkma Muhayyerliğinin Meydana Gelmesi .....	149
3.1.2.1.2.3 Kusurlu Çıkma Muhayyerliği Bulunan Akdin Hukukî Yapısı ve Bağlayıcılığı .....	151
3.1.2.1.2.4 Kusurlu Çıkma Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler .....	152
3.1.2.1.2.5 Kusurlu Çıkma Muhayyerliğinin Hükümleri .....	152
3.1.2.1.3 Miktarı Tahmin Edilemeyen Semen Muhayyerliği .....	155
3.1.2.1.4 Satılan Malın Fiyatını Sonradan Belirleme Muhayyerliği .....	156
3.1.2.1.5 Satılan Malın Miktarını Sonradan Tespit Etme Muhayyerliği .....	158
3.1.2.1.6 Satılan Malın Sonradan Eksik Çıkması Durumunda Muhayyerlik .....	159
3.2.2.2 Akid Konusuna Başkasının Hakkının Karışmasından Kaynaklanan Muhayyerlikler .....	161
3.2.2.2.1 Şüf'a Muhayyerliği .....	161
3.2.2.2.2 Rehin Muhayyerliği .....	164
3.2.2.2.3 Gasp Sonucu Oluşan Tazmin Muhayyerliği .....	167
3.2.2.2.4 Satılan Malın Kiralanmış Olması veya Rehinli Çıkması Durumunda Muhayyerlik .....	168
3.2.2.2.5 Satılan Malda Başkasının Mülkiyet Hakkının Olması Durumunda Muhayyerlik .....	169
3.1.3 Akdin Taraflarına İlişkin Muhayyerlikler .....	169
3.1.3.1 Lâzım Akidlerde Muhayyerlikler .....	169
3.1.3.1.1.1 Bireyin Kendi Tecrübesizliği veya İhmali Sonucu Oluşan Muhayyerlikler .....	171
3.1.3.1.1.2 Karşı Tarafın Kastten Aldatması Sonucu Oluşan Muhayyerlikler .....	173
3.1.3.1.1.3 Aldanma ve Aldatılma Muhayyerliğine Ait Hükümlerin Değerlendirilmesi .....	175
3.1.3.1.2 Sulh Muhayyerliği .....	178
3.1.3.2 Fâsid ve Mevkuf Akidlerde Muhayyerlikler .....	179
3.1.3.2.1 Fesadı Giderme Muhayyerliği .....	179
3.1.3.2.2 Yetkisiz Şahsın Akdine İcâzet Muhayyerliği .....	181
3.1.3.2.3 Kısıtlının Akdine İcâzet Muhayyerliği .....	183
3.1.3.2.4 Zorlananın Akdine İcâzet Muhayyerliği .....	184
3.1.3.2 Gayrı Lâzım Akidlerde Muhayyerlikler .....	185
3.1.3.2.1 Vaadden Dönme Muhayyerliği .....	186
3.1.3.2.2 Hibeden Dönme Muhayyerliği .....	188
3.1.3.2.3 Vasiyet Muhayyerliği .....	190
3.1.3.2.4 Malı Bedelsiz Koruma ve Ödünç Verme Muhayyerliği .....	191
3.1.3.2.5 Karz Muhayyerliği .....	192
3.1.3.2.6 Kefalet Muhayyerliği .....	194
3.1.3.3 Nikah Akdine Ait Muhayyerlikler .....	196
3.1.3.3.1 Nikah Akdinde Yetki .....	197
3.1.3.3.1.1 Tam Eda Ehliyetine Sahip Olanların Nikah Akdindeki Yetkisi .....	198
3.1.3.3.1.2 Tam Edâ Ehliyetine Sahip Olmayanların Nikah Akdindeki Yetkisi .....	204
<b>3.2 Tarafların Ön Anlaşma İle Belirledikleri Muhayyerlikler .....</b>	<b>209</b>
3.2.1 Şart Muhayyerliği .....	210
3.2.1.1 Şart Muhayyerliğinin Meşruiyeti .....	210
3.2.1.2 Şart Muhayyerliği Bulunan Akdin Hukukî Yapısı ve Bağlayıcılığı .....	212
3.2.1.3 Şart Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler .....	213
3.2.1.4 Şart Muhayyerliğinin Hükümleri .....	213
3.2.1.5 Şart Muhayyerliğinin Sona Ermesi .....	218
3.2.2 Vasıf Muhayyerliği .....	219
3.2.2.1 Vasıf Muhayyerliğinin Meşruiyeti .....	219
3.2.2.2 Vasıf Muhayyerliğinin Meydana Gelmesi .....	222
3.2.2.3 Vasıf Muhayyerliği Bulunan Akdin Hukukî Yapısı ve Bağlayıcılığı .....	223
3.2.2.4 Vasıf Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler .....	224
3.2.2.5 Vasıf Muhayyerliğinin Hükümleri .....	224
3.2.3 Tayin Muhayyerliği .....	225
3.2.3.1 Tayin Muhayyerliğinin Meşruiyeti .....	225
3.2.3.2 Tayin Muhayyerliğinin Meydana Gelmesi .....	228

3.2.3.3 Tayin Muhayyerliği Bulunan Akdin Hukukî Yapısı ve Bağlayıcılığı .....	230
3.2.3.4 Tayin Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler.....	231
3.2.3.5 Tayin Muhayyerliğinin Hükümleri .....	231
3.2.4 Ödeme Muhayyerliği.....	233
3.2.4.1 Ödeme Muhayyerliğinin Meşruiyeti .....	233
3.2.4.2 Ödeme Muhayyerliği Bulunan Akdin Hukukî Yapısı ve Bağlayıcılığı .....	236
3.2.4.3 Ödeme Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler.....	236
3.2.4.4 Ödeme Muhayyerliğinin Hükümleri .....	237
3.2.4.5 Ödeme Muhayyerliğinin Sona Ermesi .....	237
<b>SONUÇ.....</b>	<b>239</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>244</b>

## GİRİŞ

### I Araştırmanın Konusu

Araştırmamızın konusu, akidlerdeki muhayyerlikler ve bu muhayyerliklerden hareketle ulaşılacak olan cayma hakkı konusundaki genel teoridir. Ayrıca akdin kuruluş ve tamamlanma sürecinde yer alan muhayyerliklerin birey iradesi ile ilişkisi ve bu muhayyerlikleri belirlemede takip edilen temel gayeler ele alınan diğer konulardır. Bu bakımdan araştırmamızda İslam borçlar hukuku başta olmak üzere akid teorisinin geçerli olduğu tüm alanlarda meydana gelen muhayyerliklere yer verilecektir.

### II Araştırmanın Amacı ve Önemi

Bireyler arasındaki hukukî ilişkiyi düzenleyen akidlerde, birey iradesinin sağlam ve sağlıklı bir şekilde tezahür etmesinde en temel konulardan olan muhayyerlikler, gerek klasik kaynaklarda gerekse çağdaş araştırmalarda topluca ve bir teori halinde ele alınmamıştır. Muhayyerliklere daha çok akidlere bağlı fer'î meseleler çerçevesinde dağınık şekilde yer verilmiştir. Dolayısıyla muhayyerliklerin, konunun asıl ekseninde yer alacağı çalışmalara büyük bir ihtiyaç vardır. Bu nedenle bu çalışmada akidlerde cereyan eden muhayyerlikler toplu olarak incelendiği gibi, sözleşmelerde var olduğu halde muhayyerlik olarak tanımlanmamış bazı hakları bir muhayyerlik türü olarak açığa çıkarmayı ve muhayyerliği bir teori olarak ele almayı da hedeflemekteyiz. Bu noktadan hareketle akidlerdeki seçimlik hakların ilkesel bir düzleme oturtulması sağlanarak, günümüz sözleşmelerinde ilgili hakların nasıl ve hangi şekillerde tezahür edeceğini tespit etmek önemli bir adım olarak görülebilir. Felsefî alt yapısı tespit edilen muhayyerlik konusunun İslam'ın öngördüğü ölçüler bağlamında böylece genel hatları çizilmiş olacak ve önümüze çıkacak yeni sorunlara çözüm bulmak da kolaylaşacaktır.

### III Araştırmanın Yöntemi

Çalışmamızda kaynak tarama yöntemi kullanılmış olup, araştırma aşamasında klasik fıkıh eserlerinde yer alan akidlerde muhayyerlik konusuyla ilgili ulaşılan bulgular bir araya getirilmiş, çağdaş döneme ait İslam hukuku kaynakları ile birlikte diğer hukuk kaynaklarından yararlanılmış ve bilgiler karşılaştırmalı olarak sentezlenip yorumlanarak yazıya geçirilmiştir. Ayrıca İslam hukuk ekollerinin tamamının

görüşlerini incelemek ve yazıya dökmek çalışmamızın sınırlarını çok fazla aşacağı düşünüldükçe burada tümüne yer verilmeyerek başta Hanefîler, Mâlikîler, Şâfiîler ve Hanbelîlerin görüşlerine ağırlık verilmiş ve kimi zaman da Zâhirîlerin hukuk sistematîği içerisinde önemli bulduğumuz görüşlerine karşılaştırmalı (*mukaran*) hukuk sistematîği ile yer yer değinilmiştir.

Genellikle kavramların yer aldığı birinci bölümde analizler yapılırken, konunun temellendirilmesi için öncelikle akid, muhayyerlik ve bu kavramlarla ilişkili olan hususların etimolojik bir tahlille kavramsal analizleri yapılmıştır. Klasik fıkıh kaynaklarımızla birlikte kavramların günümüzdeki karşılıklarına yer vermek amacıyla modern döneme ait sözlükler de kullanılarak elde edilen sonuçlar mukayeseli bir yöntemle incelenip yazıya geçirilmiştir.

İkinci bölümde İslam hukukunda cayma hakkı teorisinin temelini oluşturan; akidlerde şart koşma serbestisi, bağlayıcılık, hukukî sorumluluk ve muhayyerliklerin varlık sebebi gibi konulara olgusal düzeyde yer verilmiştir. Bu hususlar kaynak tarama yöntemiyle eserlerden taranmış ve elde edilen sonuçlar yorumlanıp sentezlenerek yazıya geçirilmiştir. Ayrıca muhayyerlik teorisinin akidlerdeki yansımalarını, akidlerin ve muhayyerliklerin kendi yapılarından kaynaklanan farklılaşmalarını ifade etmek amacıyla muhayyerliklerin sınıflandırma yöntemlerine yer verilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde muhayyerlik konusu, akidlerdeki yansımaları açısından iki ana başlıkta ele alınmış, birinci ana başlıkta, akdin kendi yapısından kaynaklanan ve kanunî iradenin bireylere doğrudan sağladığı türden olan “akdin gereği olan muhayyerliklere”, ikinci ana başlıkta ise “tarafkların ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerliklere” yer verilmiştir. Bu bölümde hem klasik hem de çağdaş dönem çalışmalarında geçtiği bağlamlarla konular ele incelenmiş, elde edilen bulgular bir araya getirilerek yeni bir başlıklandırma ile kaleme alınmıştır.

#### **IV Araştırmanın Sınırlandırılması**

Bu çalışmamızda muhayyerlik konusu akidler/sözleşmeler bağlamında ele alınmıştır. Akid dışı, diğerk hukukî tasarruflardaki muhayyerliklere çalışmanın sınırlarını aşacağı düşüncesiyle yer verilmese de akid olması tartışmalı olan ve tek taraflı iradelerle kurulan işlemlerdeki muhayyerliklere de çalışmada yer verilmiştir.

Çalışmanın ilgili yerlerinde bu konuda örneklemeye de gidilerek akidlerdeki muhayyerlik konusu ile ilişkisi ve benzerliği olan akid dışı hukukî işlemlerde meydana gelebilecek olan muhayyerliklere örnekler verilerek zaman zaman konu dışına çıkmıştır. Mesela, tek taraflı iradeye dayanan vaad, bir akid sayılmamakla birlikte, gayri lâzım akidlerdeki muhayyerlik konusu ile benzer bir sürece sahip olduğu için, vaadden dönme muhayyerliği, akid dışı hukukî tasarruflar çerçevesinde dahil ettiğimiz konulardandır.

## V Araştırmanın Kaynakları

Çalışmanın *birinci bölümü*, kavramsal analizleri içermesi nedeniyle, bu bölümde genellikle sözlük türü eserler kaynak olarak kullanılmıştır. Bu bağlamda ele alınan kavramların sözlük ve terim anlamlarını verirken İbn Manzûr'un *Lisânü'l-Arab*, Fîrûzâbâdî'nin *el-Kâmûsu'l-Muhît*, Râgıb el-İsfehânî'nin *Müfredâtü Elfâzi'l-Kur'an*, Karahisârî'nin *Ahterî-i Kebîr*, Sa'dî Ebû Ceyb'in *el-Kâmûsu'l-Fıkhî*, Muhammed Revvâs Kal'acî'nin *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, Mutarriżî'nin *el-Muğrib fî Tertîbi'l-Mu'rib* adlı eserlerinin yanı sıra teori kavramının muhayyerliklerle ilişkisini kurarken Orhan Hançerlioğlu'nun *Feslefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar*, Süleyman Hayri Bolay'ın *Felsefî Doktrinler ve Terimler Sözlüğü*, Ahmet Cevizci'nin *Felsefe Terimleri Sözlüğü* gibi sözlüklerden ve Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi gibi çeşitli tarih ve kültür ansiklopedilerinden istifade edilmiştir. Ayrıca çalışmanın bu bölümünde akid-muhayyerlik ve ilgili kavramlar arasındaki hukukî ilişkiyi açıklarken Kâsânî'nin *Bedâi'ü's-San'aî*, Karafî'nin *ez-Zahîra*, Şirbînî'nin *Muğni'l-Muhtâc*, İbn Kudâme'nin *el-Muğnî*, Ali Haydar'ın *Düreru'l-Hükkâm*, Ömer Nasuhi Bilmen'in *Hukukî İslâmiyye*, Abdurrezzak es-Senhûrî'nin *Nazariyyetü'l Akd ve Mesâdiru'l-Hak*, Hasan Ali eş-Şâzelî'nin *Nazariyyetü's-Şart*, Karadâğî'nin *Mebdeü'r-Rızâ fî'l-Ukûd*, Vehbe Zuhaylî'nin *el-Fıkhü'l-İslâmî*, Abdulkerim Zeydan'ın *el-Medhal*, Hayreddin Karaman'ın *Mukayeseli İslam Hukuku*, Orhan Çeker'in *İslam Hukukunda Akidler* isimli eserlerinden yararlanılmıştır.

*İkinci bölümde* İslam hukukunda cayma hakkı teorisinin felsefî açıdan temelleri işlendiği için, konular bilgiye dayalı yorum ekseninde işlenmiş ve nakiller daha az yapılmıştır. Bu bölümde fikhin temel eserlerinin yanı sıra çağdaş yazarların konuyla

ilgili akid ve muhayyerlik alanında yaptığı çalışmalarına da başvurulmuştur. Bu bağlamda yukarıda zikri geçen klasik ve çağdaş kaynaklara ilave olarak Merğînânî'nin *el-Hidâye*, Şîrâzî'nin *el-Mühezzeb*, Molla Hüsrev'in *Düreru'l-Hükkâm*, Meydânî'nin *el-Lübâb*, Muhammed Vahidüddîn Sevâr'ın *eş-Şekl fî'l-Fikhi'l-İslâmî*, Ali Hüseyin'in *el-Mukâranâtü't-Teşriyye*, TDV İslam Ansiklopedisindeki ilgili maddeler, bilimsel dergilerde yer alan makaleler ve doktora çalışmaları olarak Burhan Erkuş'un *İslam Hukukunda Hukukî İşlemlerin Şarta Bağlılığı*, Şevket Pekdemir'in *İslam Hukukunda Sözleşmelerde Cezâî Şart* isimli eserleri sayılabilir. Ayrıca muhayyerliklerin akidlerdeki varlık sebebini yani teşrii hikmetini ele alırken başvuru kaynakları olarak Şâh Velîyyullah Dihlevî'nin *Hüccetullâhi'l-Bâliğa*, Ali Ahmed el-Cürcâvî'nin *Hikmetü't-Teşri' ve Felsefetühû*, Nihat Dalgın'ın *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular 2* isimli eserleri sayılabilir.

Üçüncü bölümde ise muhayyerliğin akidlerdeki yansımaları ele alınmış ve konunun klasik ve modern eserlerdeki görünümüne mümkün olduğu ölçüde yer verilmiştir. Bu nedenle nakillerin fazla olduğu bu bölümde verilen bilgiler, en temel kaynaklardan gösterilmeye çalışılmış, zaman zaman da karşılaştırmalı (*mukaran*) fıkıh eserlerine başvurularak, fakihlerin kendi mezhep sistematigi içerisinde ulaştıkları sonuçların dışarıdan nasıl algılandığına dair de ipuçları verilmiştir. Bu bağlamda yukarıda zikrettiğimiz klasik kaynaklara ilave olarak Şâfiî'nin *el-Ümm*, İbn Hazm'ın *el-Muhallâ*, Sehnûn b. Saîd et-Tenûhî'nin *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, İbn Nüceym'in *el-Bahru'r-Râik*, el-Hattâb'ın *Mevâhibü'l-Celîl*, Kemâlüddîn b. Hümâm'ın *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, er-Rûyânî'nin *Bahru'l-Mezheb*, İbn Âbidîn'nin *Minhatü'l-Hâlık*, Nevevî'nin *Mecmu' ve Ravdatü't-Tâlibîn*, İbn Kudâme'nin *el-Muğnî*, Desûkî'nin *Hâşiyetü'd-Desûkî*, Bâbertî'nin *el-Înâye*, İbn Rüşd'ün *Bidâyetü'l-Müctehid*, Remlî'nin *Nihâyetü'l-Muhtâc*, Haraşî'nin *Hâşiyetü'l-Haraşî*, Abdurrahman el-Cezîrî'nin *Kitâbu'l-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Erbâa*, isimli eserler sayılabilir. Ayrıca çalışmamızda birçok klasik kaynağın pdf olarak aslına uygun şekilde yer aldığı “mektebe-i şâmîle” programındaki eserlerden de yararlanılmıştır. Çalışmanın bu bölümünde sıklıkla kullanılan klasik kaynakların çağdaş araştırmacılar tarafından nasıl yorumlandığını bilmek, meseleleri doğru anlamak için kaçınılmazdır. Bu sebeple çalışmamızda klasik kaynakların yanı sıra, modern dönem çalışmalarına da sık sık başvurulmuştur. Çalışmamızda

muhayyerlik çeşitlerinin ele alındığı kısımda en çok istifade ettiğimiz çağdaş kaynakların başında Muhammed Takî el-Osmânî'nin *el-Fikhü'l-Büyû'* isimli eseri gelmektedir. Ayrıca şu modern dönem kaynaklarından da yararlanılmıştır: Ali Haydar'ın *Düreru'l-Hükkâm*, Ömer Nasûhî Bilmen'in *Istilâhâtü Fıkhiyye*, Abdurrezzak Ahmed es-Senhûrî'nin *Nazariyyetül Akd ve Mesâdiru'l-Hak*, Subhî Mehmesânî'nin *en-Nazariyyetü'l-Âmme*, Abdulaziz Hayyât'ın *Nazariyyetü'l akd ve'l-Hıyârât*, Ahmed et-Tayyâr'ın *Hıyâru'l-Meclis ve'l-Ayb fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, el-Habîb b. Tâhîr'in *el-Fikhü'l-Mâlikî ve Edilletuhû*, eş-Şerkâvî'nin *el-Hıyârâtü fi'l-Bey'*, Hamdi Döndüren'in *Delilleriyle Aile İlmihali*.

Ayrıca günümüz modern kanunlarında muhayyerliklerin nasıl ve hangi bağlamda yer aldığını tespit etmek amacıyla *Türk Medenî Kanunu*, *Türk Ticaret Kanunu*, *Türk Borçlar Kanunu*, *Tüketicinin Korunması ve Mesafeli Satış Sözleşmeleri ile ilgili kanunlar* incelenmiştir.

## VI Akidlerde Muhayyerlik Konusu İle İlgili Yapılmış Çalışmalar

Konuyla ilgili kaleme alınmış eserler şunlardır;

1) Abdulaziz Hayyât, *Nazariyyetü'l Akd ve'l-Hıyârât fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Amman: el-Ma'hedu'l Arabî, 1994. Bu çalışmada, akid ve muhayyerlik konusunun bir arada ele alınmaya çalışıldığı ancak muhayyerliklerin Hanefî kaynaklar çerçevesinde sınırlı tutulduğu ve farklı ekollerin görüşlerinin yer almadığı görülmektedir. Ayrıca muhayyerlik çeşitleri çok az sayıda ve kısaca ele alındığı için konunun tüm detayları yer almadığı gibi genel bir bakışa da imkan vermemektedir.

2) Abdullah b. Muhammed b. Ahmed et-Tayyâr, *Hıyâru'l-Meclis ve'l-Ayb fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Riyad: Câmiatü'l-İmam Muhammed b. Suud el-İslâmiyye, 1979. Bu eserde muhayyerlik, akid meclisinde ve malın kusurlu çıkması durumunda meydana gelmesi açısından ele alınmıştır.

3) Ali Bedrî Ahmed eş-Şerkâvî, *el-Hıyârâtü fi'l-Bey'*, Mısır: yy, 1990. Bu eserde satım akdi özelinde belli bir takım muhayyerliklere yer verilmiştir.

Konuyla ilgili yazılmış bazı makaleler şunlardır;

1) Abdulaziz b. Muhammed b. Osman er-Rubeyş, “el-Müddetü fi Hıyârî's-Şart fi'l-



Bey’”, *el-Mecmau’l-Fıkhî’l-İslâmî*, sy. 15, 2002, ss. 225-270. Bu makale, satım akdi özelinde şart muhayyerliğinin süresi ile ilgili konuları ele almaktadır.

2) Muhammed Semîrân, “Eseru’l-Vakt fî Hıyârî’ş-Şart”, *el-Mecelletü’l-Ürdüniyye fî’l-Dirâsâtî’l-İslâmiyye*, 4/3, 2008, ss. 133-154. Bu makalede şart muhayyerliğinin süresiyle ilgili fakihler arasındaki ihtilaflı noktalar ele alınmış ve muâmelâtteki etkisi araştırılmıştır.

3) Muhammed el-Amûş, “Eseru’l-Vakt fî Hıyârî’l-Ayb ve’t-Tasriyye”, *el-Mecelletü’l-Ürdüniyye fî’l-Dirâsâtî’l-İslâmiyye*, 5/3, 2009, ss. 183-196. Bu makalede kusurlu çıkma ve vasıf muhayyerliğinin kullanımında hak sahibine tanınan sürenin hukukî boyutu ele alınmış ve süre kullanımı hakkında fakihlerin farklı yaklaşımları değerlendirme konusu yapılmıştır.

4) Safiyyüddîn el-Hullî, “Hıyârü’l-Gabn”, *Mecelletü’l-Ulûmî’l-İnsâniyye*, Külliyyetü’t-Terbiyye, ty., ss. 113-128. Bu makale fiyat konusunda aldanma (*gabn*) çerçevesinde muhayyerliği kısaca ele almıştır.

5) Rıdvan Bayer, “İslam Borçlar Hukukunda Muhayyerlikler ve Çeşitleri”, *Hikmet Yurdu*, 4/7, 2011, ss. 177-197. Bu çalışmada muhayyerlikler az sayıda ve kısaca ele alınmış, detaylı konulara yer verilmemiştir.

6) İbrahim Tüfekçi, “İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği” İHAD, sy. 20, 2012, ss. 11-42. Bu makalede akid meclisinde meydana gelen muhayyerlikler, fakihlerin farklı değerlendirmeleri nazara alınarak detaylı şekilde incelenmiştir.

Akidlerde muhayyerlik konusuyla ilgili çok az sayıda doktora çalışması yapılmış olup iki tane tespit etmiş bulunmaktayız;

1) Ahmet Yaşar, “İslam Borçlar Hukukuna Göre Satım Akdinde Ayıp Muhayyerliği ve Hukukî Sonuçları”, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994. Çalışmada ayıp muhayyerliği, satım akdi özelinde ele alınmış ve tüketici hakları açısından değerlendirmelerde bulunulmuştur.

2) Ebû Bekr Mübârek Abdullah Muhammed, “Ahkâmu Reddî’l-Mebi’ fî’l-Fıkhî’l-İslâmî ve Kânûnu Devleti’l-İmârâtî’l-Arabiyyeti’l-Müttehîde”, *Doktora, Câmîatü İmdiramânî’l-İslâmiyye*, Külliyyetü’ş-Şerîati ve’l-Kânûn, 2013. Çalışmada

muhayyerlikler, akdin konusu olan malın geri verilmesine sebep olan hususlar çerçevesinde doğrudan değil dolaylı bir şekilde ele alınmıştır.

Akidlerde muhayyerliklerin doktora tezlerine göre daha fazla sayıda farklı bağlam ve boyutlarda ele alındığı bazı yüksek lisans çalışmaları şöyledir;

1) A. Faruk Kuluş, “İslam hukukunda Satım Akdine İlişkin Muhayyerlikler”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994. Bu çalışmada muhayyerlikler satım akdi özelinde sınırlı sayıda ve kısaca ele alınmıştır.

2) Mustafa Kisbet, “İslam Hukukunda Tüketicinin Korunması Açısından Ayıp Muhayyerliği”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998. Bu çalışmada kusurlu çıkma muhayyerliği, tüketici yani satım akdinde müşterinin hakları çerçevesinde ele alınmıştır.

3) Nâhid Mahmûd Hüseyin Abdulhâdî, “Hıyâru’r-Ru’ye ve Eseruhû fi’l-Muâmelâti’l-Mâliyyeti fi’l-Fıkhi’l-İslâmî ve’l-Kânûnî’l-Medenî’l-Ürdünî”, *Master, Câmiatiü Âli Beyt, Külliyyetü’d-Dirâseti’l-Fıkhiyye*, ty. Diğer bir kısım muhayyerliklerin de kısaca özetlendiği çalışmada malî konularda meydana gelmesi açısından görme muhayyerliği ele alınmıştır.

4) Süleyman Kaya, “İslam Hukukunda İcabın Bağlayıcılığı”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000. Bu çalışmada meclise ait muhayyerliklerin bir konusu olan icabın bağlayıcılığı hususu ele alınmıştır.

5) Muhammed Mahmûd Dûcân el-Amûş, “Müskitâtu Hakkı’l-Hıyâr”, *Master, Câmiatiü Âli Beyt, Külliyyetü’d-Dirâseti’l-Fıkhiyye*, 2002. Bu çalışmada muhayyerlikleri düşürücü hususlar belli bir takım muhayyerlikler çerçevesinde ele alınmıştır.

6) Zübeyr Şengül, “İslam Borçlar Hukukunda Görme Muhayyerliği ve Tüketici Hakları Açısından Önemi”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011. Belli bir kısım muhayyerliklerin de özetlendiği çalışmada görme muhayyerliği tüketici hakları çerçevesinde ele alınmıştır.

7) Rüstem Mûsâ İbrâhim Bokermoş, “Ahkâmu Hıyârü Tühallefü’ş-Şart”, *Master*, Câmiatü Âli Beyt, Külliyyetü’ş-Şerîa Kısmü’l-Fıkh, 2013. Bu çalışmada muhayyerlikler, akde bağlı beklenen veya istenilen şartların gerçekleşmemesi durumunda meydana gelen seçimlik haklar çerçevesinde ele alınmıştır.

8) İsâ Muhammed Mahmûdî, “Ahkâmu’l-Hıyâr fî’l-Muâmelâti’l-Mâliyyeti”, *Master*, Câmiatü Ümmü Dermâni’l-İslâmî, Külliyyetü’ş-Şerîati ve’l-Kanûn, 2013. Malî ve ticarî konular bağlamında muhayyerliklerin ele alındığı eserde çerçeve meclis, şart, ayıp ve görme muhayyerlikleri ile sınırlandırılmıştır.

9) Kamil Yelek, “İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımaları”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014. Doğrudan muhayyerlik türlerinin ele alınmadığı bu çalışmada muhayyerlikle ilişkili konularından olan vaadin bağlayıcılığı detaylı şekilde incelenmiş ve günümüz ekonomik şartlarında vaadlere bağlı sözleşmeler ile muhayyerlikler arasındaki ilişkiye değinilmiştir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Bu bölümde konunun ana çerçevesinin daha iyi anlaşılabilmesi için muhayyerlik kavramının akid teorisi içerisindeki yeri incelenecek ve diğer kavramlarla olan ilişkilerine yer verilecektir. Bu maksatla ele alınacak olan kavramların önce sözlük ve terim anlamları verildikten sonra, akid ve muhayyerlik özelinde ilgili kavramların kısaca analizleri yapılacaktır.

#### 1.1 Akid

##### 1.1.1 Akdin Tanımı

Sözlükte düğümleme, bağlama, söz verme ve sözleşme<sup>1</sup> gibi anlamlara gelen akid kelimesi, Kur'an'da akidleri yerine getirmek<sup>2</sup>, verilen sözü tutmak<sup>3</sup>, Allah'ı kefil gösterdikten sonra yemini bozmamak<sup>4</sup> gibi öğütleyici ifadeler şeklinde değişik vesilelerle zikredilmiştir. Zikri geçen ayetlerdeki anlamıyla akid, bireylerin verdikleri söze ve sorumluluklarına bağlı kalmaları vurgusu ekseninde özetlenebilir.

Hız. Peygamber (s.a.v.)'den gelen rivayetlerde akid kavramı, toplum ve fert ilişkilerini düzenleyici ifadeler içerisinde yer almaktadır. Borçlar hukukunda akid kavramına uyan hususlar ise “Mü'minlerin şartlarına bağlılığını” ifade eden rivayetlerde<sup>5</sup> yer almaktadır.

Bir İslam hukuku terimi olan akdin, farklı birçok tanımı vardır. Bunlardan bazıları şunlardır: Kadrî Paşa (ö. 1888) *Mürşîdül Hayrân*'da akdi şöyle tarif etmiştir:

<sup>1</sup> Ebu'l-Fadl Cemaleddin Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisân'ül-Arab*, XXXIV, Kahire: Dâru'l Mearif, 1119, s. 3030; Muhammed b. Yakub el-Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2012, s. 300; Râgıb el-İsfahânî, *Müfredâtü Elfâzî'l-Kur'an*, Beyrut: ed-Dâru's-Şâmiyye, 2002, s. 576; Mustafa b. Şemseddin Karahisârî el-Ahterî, *Ahterî-i Kebîr*, I, İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1310, s. 52.

<sup>2</sup> el-Mâide 5/1. Ayette geçen akid ifadesi ile gerek Allah ile kul arasında; gerekse insanlar arasındaki sözleşmeleri, ahidleri ifa anlamı kastedilmektedir. Bkz. Şihabuddin Âlûsî, *Rûhu'l-Meânî*, V, Beyrut: İhyâü't-Türâsî'l-Arabî, ty., s. 48; Ömer Nasûhî Bilmen, *Kur'an-ı Kerim'in Türkçe Meâlî Âlîsî ve Tefsiri*, II, İstanbul: Bilmen Yayınları, ty., s. 721; Tâhir b. Âşûr, *et-Tefsîru't-Tahrîr ve't-Tenvîr*, VI, Tunus: Dâru't-Tûnisîyye, 1984, s. 74.

<sup>3</sup> el-İsrâ 17/34.

<sup>4</sup> en-Nahl 16/91.

<sup>5</sup> Muhammed b. İsmail Ebû Abdullah el-Buhârî, *Sahîhü'l-Buhârî*, Muhammed Züheyr b. Nâsir en-Nâsir (thk.), III, Dimeşk: Dâru Tûgî'n-Necât, 1422, “İcâre”, 14; Ebû Dâvûd Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî, *es-Sünen*, Muhammed Muhyiddîn Abdulhamîd (thk.), III, Beyrut: el-Mektebetü'l-Asriyye, ty., “Akdiye”, 12.

“Taraflardan birinden sadır olan îcabın, mevzuda sonucu meydana getirecek şekilde karşı tarafın kabulü ile bağlanmasıdır.”<sup>6</sup> Çağdaş araştırmacılarından Senhûrî (ö. 1971) “Akid, sorumluluk meydana getirecek şekilde iki iradenin birleşmesi”<sup>7</sup>; başka bir çağdaş araştırmacı olan Abdulaziz Hayyât ise “Akid, hükmî sonuç meydana getirecek şekilde iki iradenin bir hususta birleşmesi”<sup>8</sup> şeklinde tarif etmişlerdir.

*Mecelle*’nin tarifi ise; “Tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki îcab ve kabul irtibatından ibarettir.”<sup>9</sup> şeklindedir. *Mecelle*’deki tanımда akdin yapısal anlamdaki özellikleri daha teknik ve net olarak ortaya konulduğu görülmektedir. Zira bu tanıma göre, akidde karşılıklı iki tarafın bulunması gerekir. Şu halde tek taraflı iradeler hukukî sonuç meydana getirir de akid tanımının dışında tutulmaktadır. Akdi gerçekleştiren taraflar bir husus üzerine akid yapmalı yani akdin bir konusu olmalıdır. Şu halde konusu olmayan bir durum için sözleşmek akid kapsamına girmeyecek ya da akde konu olamayacak hususlar üzerine taahhüt, akid meydana getirmeyecektir.

Akid yapmayı borçlanmak olarak değerlendiren fakihler, akid konusunu, borçlar hukuku sahasında ele almışlardır. Borçlar hukuku alanında model akid olan *bey*’, fıkıh kitaplarımızda detaylı şekilde açıklanarak bağlantılı konulara açıklık getirme vazifesini de yapmıştır.<sup>10</sup> Nitekim klasik kaynaklarımızda *bey*’ şu farklı şekillerde tanımlanmıştır: “Değeri olan malları<sup>11</sup> karşılıklı olarak değişmek”<sup>12</sup>, “Temlik ve temellük kastıyla

<sup>6</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü’l Hayrân İla Marifeti Ahvali’l İnsan*, Bulak: Matbaatü Kübra’l-Emîriyye, 1891, s. 27.

<sup>7</sup> Abdurrezzak Ahmed es-Senhûrî, *Nazariyyetü’l Akd*, I, Beyrut: Menşûrâtü’l Halebî el-Hukûkiyye, 1998, s. 28.

<sup>8</sup> Abdulaziz Hayyât, *Nazariyyetü’l Akd ve’l-Hıyârât fi’l-Fıkhi’l-İslâmî*, Amman: el-Ma’hedu’l Arabî, 1994, s.6.

<sup>9</sup> *Mecelletü’l-Ahkâmî’l-Adliyye*, Heyet (haz.), Necîb Havâvînî (thk.), yy., ty., Md. 103.

<sup>10</sup> Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, Konya: Tekin Kitabevi, 2014, s. 3; Ali Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., VI, 1992, s. 14.

<sup>11</sup> Mal kavramı incelendiğinde bunun, mübah ve müntefeun bih ( *fayda sağlama*) olması şartı arandığı görülmektedir. Akid tanımını “mal ile mal mübadelesi” şeklinde tanımlayan ilk dönem hukukçularının da mal kavramıyla bu şekilde bir mübahlığı ve fayda sağlıyor olma şartını anladığını ve nitekim yeni yapılan akid tanımlarında örneğin, *Mecelle*’de mal kavramını daha açık bir şekilde ifade etmek amacıyla “meşrû” ifadesi kullanıldığı görülmektedir. Bkz. *Mecelle*, Md. 103. Tanımlarda geçen ve satım akdine konu olan “mal kavramıyla” ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Sa’dî Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu’l-Fıkhi’l-Lugaten ve Istilâhen*, Dimeşk: Dâru’l-Fikr, 1988, s. 344. Ayrıca bkz. Nihat Dalgın, “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”, *OMÜİFD*, sy. 11, 1999, ss. 97-127; Hasan Hacak, “Mal”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXVII, 2003, ss. 461-465.

<sup>12</sup> Alaaddin Ebi Bekr b. Mes’ud el-Kâsânî, *Bedâi’u’s-San’âi fi Tertibi’s-Şerâi’*, VI, Kâhire: Dâru’l-Hadîs, 2005, s. 467.

karşılıklı olarak malları değişmek”<sup>13</sup>, “Vechi mahsus üzere bir malı bir mal mukabilinde değişmek”<sup>14</sup> şeklindedir.

TBK’da satış sözleşmesinin karşılıklı iki irade ile kurulduğu ve satıcının malın teslimini, alıcının ise mala karşılık bedel ödeme borcunu üstlenmesi şeklinde gerçekleştiği ifade edilir.<sup>15</sup> Buna göre günümüz modern kanunları ile klasik fıkhn satım akdi tanımı birbirine benzemektedir.

Buradaki sınırlı/özel anlamının yanı sıra akid, geniş anlamıyla mükelleflerin iradelerini bir hususta birleştirmesini ifade ettiği için akiddeki irade birleşimi, borçlar hukuku temel olmak üzere insan hayatını ilgilendiren tüm tasarruflarda geçerlidir. Bu yönüyle akdin iki manası ortaya çıkmaktadır; birinci ve genel manası, tek veya çift taraflı irade ile kurulan ve hukukî netice meydana getiren tüm tasarruflar, ikincisi ise bedelli akidlerde îcab-kabul ile kurulan hukukî tasarruflardır.<sup>16</sup>

Akdin en az iki iradeden oluşması sebebiyle, tek taraflı irade ile gerçekleşen bazı hususların akid tanımının dışında tutulup tutulmaması ayrı bir tartışma alanı olmuştur. Bu hususta genel kanaat, tek taraflı edimlerle kurulabilen başı ivazsız (*bedelsiz*) sonu ivazlı (*bedelli*) olan kefalet ve karz gibi hukukî işlemlerin akid sayılacağı yönündedir. Başı ve sonu ivazsız olan hibe ve âriyet gibi işlemlerin akid sayılıp sayılmayacağı konusundaki tartışma daha derin olup, bu hususların akid sayılması, fakihlerin geneli üzerinden düşünüldüğünde netlik kazanmamıştır.<sup>17</sup> Yukarıda da ifade edildiği gibi *Mecelle*’deki tanımda tek taraflı iradelerle kurulan işlemler, akdin dışında tutulmuştur.<sup>18</sup>

Baş ve sonu ivazsız olan tek taraflı iradelerin akid sayılamayacağı fakihler arasında

<sup>13</sup> Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme, *el-Muğnî ve’ş-Şerhu’l-Kebîr alâ Metni’l-Muknî’ fi’l-Fikhi’l-İmam Ahmed b. Hanbel*, IV, Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1994, s. 3.

<sup>14</sup> Muhammed b. Muhammed el-Hatîb eş-Şirbînî, *Muğnî’l-Muhtâc ilâ Ma’rifeti Meânî’l-İlmîye*, II, yy.: Dâru’l-Kütübi’l-İlmîye, 1994, s. 320.

<sup>15</sup> Bkz. “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.” *TBK*, sy. 6098, yıl 2011, Md. 1, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf> (01.09.2016). “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.” *TBK*, Md. 207.

<sup>16</sup> Hasan Ali eş-Şâzelî, *Nazariyyetü’ş-Şart fi’l-Fikhi’l-İslâmî*, yy.: Dâru’l-İttihâdî’l-Arabî, ty., s. 37; Ali Muhyiddin Ali el-Karadâğî, *Mebdeü’r-Rızâ fi’l-Ukûd Dirâsetün Mukâranatün fi’l-Fikhi’l-İslâmî*, I, Beyrut: Dâru’l-Beşâiri’l-İslâmiyye, 1985, ss. 111-145.

<sup>17</sup> Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, İstanbul: Nesil Yay., 2005, s. 42.

<sup>18</sup> *Mecelle*, Md. 103.

kesinlik kazanmasa da fakihler tek taraflı irade ile gerçekleşen hukukî işlemleri de akid ile aynı çatı altında işlemişlerdir. Özellikle Mâlikîler, tek taraflı iradenin, hukukî borç meydana getireceği konusunu daha net bir şekilde savunmuşlar, hatta bireyin îcabından veya bir sebebe dayalı verdiği sözden dönmeyeceğini prensip olarak kabul etmişlerdir.<sup>19</sup>

Sözlü iletişim kurmaksızın karşılıklı bedellerin teslimi (*teâfî*) şeklinde gerçekleşen hususların akid sayılıp sayılmayacağı hususunda görüş farklılığı olsa da<sup>20</sup> genel kabul, bu tür işlemlerin de akid kapsamında değerlendirilmesi yönündedir.<sup>21</sup>

Akdin kuruluş sürecinde belli bir takım şartlar gerekse de İslam fıkında esas olan, akidlerin rızâ bir temele dayanmasıdır. Bu sebeple akidlerin kuruluşunda genel olarak şekil ve merasim şartından çok, irade beyanlarına itibar edilir.<sup>22</sup> Ancak akidde iradeye ait gerekli şartların oluşmaması veya akdin oluşumunda meydana gelen kusurlar nedeniyle akid bazen sahih, fâsid ve mevkuf gibi farklı şekillerde isimlendirilebilmektedir.

Akdin butlanı, sıhhati, fesadı, nefazı ve lüzumu gibi hususları bir cümlede ifade edecek olursak; kuruluş şartlarını taşıyan akid mün'akid, taşımayan akid bâtıl; kuruluş ve sıhhat şartlarını taşıyan akid sahih, kuruluş şartlarını taşıyıp akdin sıhhatine engel olacak şekilde vasıftaki kusurlardan dolayı sıhhat kazanamayan akid fâsid; nefaz

<sup>19</sup> Mâlikîler, bir işi yapmak üzere söz verenin taahhüdünün bağlayıcı olduğunu savunurlar. Bkz. Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşrîyyetü beyne'l-Kavânini'l-Vaz'îyyeti ve't-Teşrî'i'l-İslâmî Mukâranatün beyne Fikhi'l-Kânûni'l-Fıransî ve Mezhebi'l-İmamî Mâlik b. Enes*, II, Kâhire: Dâru's-Selâm, 2001, ss. 710-711; el-Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 145; ayrıca icabın bağlayıcılığı ile ilgili bir yüksek lisans çalışması örneği için bkz. Süleyman Kaya, “İslam Hukukunda İcabın Bağlayıcılığı”, (*Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000), ss. 17-18.

<sup>20</sup> Ebû Zekeriyâ Muhyiddin b. Şeref en-Nevevî, *Kitâbu'l-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzebe li's-Şirâzî*, IX, Cidde: Mektebetü'l-İrşâd, ty., s. 190; Şâfiîler genel olarak teâfîyi caiz görmezken İbn Süreyc (ö.306 h.), er-Rûyânî (ö.502 h.) gibi Şâfiî fakihler, ekmek gibi basit ve ucuz ürünlerde teâtînin caiz olacağını belirtmişlerdir. Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, II, s. 326.

<sup>21</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 5; Ebû'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li Ta'îli'l-Muhtâr*, II, Beyrut: Dâru'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, ty., s. 252. Ayrıca TBK'da da “örtülü” irade beyanı ile yapılan sözleşmelerin geçerli olacağını ifade edilmesi, fiilî bir akid olan teâtînin örtülü akidler kapsamında geçerli olacağını göstermektedir. Bkz. TBK, Md. 1; Nitekim ilgili kanunun yorumlanmasında “örtülü” ifadesinin açıklaması olarak “fiilî işlemler” örneği verilmiştir. Bkz. *Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekilleri Hakkında Kanun*, sy. 6101, yıl 2011, Md. 1, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6101.pdf> (01.09.2016).

<sup>22</sup> Karadâğî, İslâm'ın, Cahiliye dönemine ait “münâbeze” ve “mülâmeze” gibi şekli akidleri caiz kabul etmeyerek şekilcilik önüne geçtiğini ve akidleri rızâ bir temele dayandırdığını ifade etmektedir. Bkz. Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, ss. 18-22; Hayreddin Karaman, “Akid”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., I, 1989, s. 252.

şartlarını taşıyan akid nâfiz, taşımayan akid gayrı nâfiz; lüzum şartlarını taşıyan akid lâzım, taşımayan akid gayrı lâzım; tam anlamıyla tüm aşamalardan başarıyla geçmiş olan akid de bâtt (*kesin/kat'î*) olarak isimlendirilir.<sup>23</sup>

### 1.1.2 Akdin Temel Unsurları

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre *tarafklar* (âkidân), *irade beyanı* ve *konu* akdin üç temel unsuru olarak kabul edilir.<sup>24</sup> İcab ve kabul ile irade beyanı gerçekleşmekte ise de bu icab-kabul kavramının neyi ifade ettiği ya da akdin hangi tarafını temsil ettiği hususunda ihtilaf yaşanmaktadır. Akdin diğer unsuru olan konu, mal olabildiği gibi menfaat de olabilmektedir.

#### 1.1.2.1 Akdin Tarafları

Akdin birinci unsuru, işlemi gerçekleştirecek olan taraflardır. Akde taraf olanların; akıllı, bâliğ ve tem yetkili olmaları gerekir. Yani eda ehliyetine sahip olmayan bireyler, akdî bir sorumluluk altına giremezler. Şu halde akıl hastasının, bunağın ve gayrı mümeyyiz küçüğün yaptığı akidler mün'akid değildir.<sup>25</sup>

Akidlerin kuruluşunda karşılıklı iki tarafın bulunması genel kural olarak kabul edilmekle birlikte, velî ya da hâkimin belli durumlarda akdin her iki tarafını da temsil etmesi söz konusu olabilmektedir.<sup>26</sup> Veli veya vela sıfatıyla yapılan nikah akidlerinde bu daha açık görülür.

Fakihlerin bir kısmına göre mümeyyiz küçük de belli şartlar altında akdî sorumluluk altına girebilecektir. Onlara göre velî ya da vasîsinden izinsiz gerçekleştirdiği işlemleri mevkuf sayılan mümeyyiz çocuğun tasarrufları, baştan izin verilmesi durumunda nâfiz sayılmaktadır.<sup>27</sup> Yine fuzûlî denilen yetkisiz şahsın yapmış olduğu akid de bu sürece sahiptir.

<sup>23</sup> Bkz. *Mecelle*, Md. 114, 115, 116, 117; Cumhura göre fâsid ile bâtil aynı anlamda kullanılmakta olup, fâsid akid de bâtil sayılarak geçersiz kabul edilirken; Hanefilere göre fâsid akid, aslen meşrû vasfen meşrû olmayan bir yapıya sahip olduğu için, fesad durumu giderildiğinde akid sahih hale dönüşebilmektedir. Bkz. Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 152.

<sup>24</sup> Bkz. Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 174; Muhammed Revvâs Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye el-Müeyssera*, I, Beyrut: Dâru'n-Nefâes, 2010, s. 755; Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, VI, s. 14.

<sup>25</sup> Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşriyye*, II, s. 671; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, II, s. 1414.

<sup>26</sup> Muhammed Emin b. Âbidîn, *Reddül Muhtâr ale'd-Dürri'l Muhtâr Şerhu Tenvirü'l-Ebsâr*, Âdil Ahmed Abdulmevcud-Ali Muhammed Muavviz (thk.), VII, Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003, s. 43.

<sup>27</sup> İbn Âbidîn, *Reddül Muhtâr*, VII, s. 311.



### 1.1.2.2 İrade Beyanı

Akdin diğer bir unsuru olan irade beyanı, kimi fakihlere göre akdin tek ve en temel unsurudur. Onlara göre akdin tanımında *karşılıklı iki iradenin birleşmesi* akid olarak tanımlanır.<sup>28</sup> Fakat daha detaylı tanımlarda irade beyanı en temel unsur olsa da akdin tek unsuru değildir.

Bir akidde irade beyanı, tarafların îcab ve kabulü ile gerçekleşir. Ancak bazı akidlerde îcab yeterli görüldüğü için, kabul bir rükün olmaktan çıkar. Mesela hibe, Ebû Hanîfe'ye göre îcab ile gerçekleşen bir akiddir ve bu akdin irade beyanına dayalı rükünü, yalnızca îcabdır. Dolayısıyla kabul burada bir rükün değildir.<sup>29</sup>

İrade beyanlarında îcab-kabul uygunluğu ve kullanılan sîgalar, akdin kuruluşu için büyük öneme sahiptir.

#### 1.1.2.2.1 Îcab

Îcab kavramı Arapça “vecebe” fiilinden türemiş bir isim olup gerekli (*vâcib*) kılmak, gerekli olmak ya da varolan herhangi bir şeyi ispat<sup>30</sup> gibi anlamlara gelmektedir. Fıkhî bir terim olarak ise îcabın iki farklı tanımından bahsetmek mümkündür: Birincisi Hanefîlerin tanımı olup bir akdi gerçekleştirmek için ilk söylenen söz, îcabdır.<sup>31</sup> İkincisi ise cumhurun tanımı olup satıcıdan gelen teklif ve mülkü başkasına devretmeye (*temlik*) delalet eden her söz îcabdır.<sup>32</sup>

Hanefîlerin tanımına göre, akid teklifini ister satıcı yapsın ister müşteri, gelen ilk teklif îcab olarak değerlendirilir. Bu nedenle onlara göre, kabulün îcabdan önce gerçekleşmesi teknik olarak mümkün değildir. Nitekim *Mecelle* şârihi Ali Haydar Efendi (ö.1935) *Mecelle*'deki “İnşâyı tasarruf için ibtidâ söylenilen sözdür ki tasarruf anıyla ispat olunur”<sup>33</sup> şeklindeki îcab ile ilgili bu maddeyi verdikten sonra îcabı şöyle açıklamıştır: “İlk teklifin satıcı veya alıcıdan gelmiş olması arasında fark yoktur. Bu

---

<sup>28</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Hayyât, *Nazariyyetü'l Akd*, s. 6.

<sup>29</sup> Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akd*, I, s. 64.

<sup>30</sup> İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, XXXXXIII, s. 4766; Nâsiruddin Ebu'l-Feth el-Mutarrizî, *el-Muğrib fî Tertîbi'l-Mu'rib*, II, Halep: Mektebetü Usâme b. Zeyd, ty., s. 342; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, s. 14; Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fıkhî*, s. 372.

<sup>31</sup> Mevslî, *el-İhtiyâr*, II, s. 252; Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fıkhî*, s. 372.

<sup>32</sup> Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, s. 324; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, s. 3.

<sup>33</sup> *Mecelle*, Md. 101.

nedenle îcab hangi taraftan gelmişse, kabulü diğer taraf gerçekleştirir.”<sup>34</sup> Örnek verecek olursak, bir satıcının “şu kalemi sana sattım” demesi îcab, müşterinin “satın aldım” demesi kabuldür. İlk önce müşteri konuşsa ve “bu kalemi senden satın aldım” dese, bu takdirde yine ilk teklif, îcab olarak değerlendirilirken satıcının sonradan bu îcaba “sattım” şeklinde cevap vermesi de kabul olarak değerlendirilir.

Cumhura göre ise mülkü başkasına devretmek kastıyla söylenen her söz îcab olarak değerlendirilir. Bu nedenle cumhura göre kabul, îcabdan önce meydana gelebilir. Yani kabul ile îcab arasında öncelik-sonralık şeklinde bir sıralama yoktur.<sup>35</sup> Ancak Hanbelîler sadece nikah akdinde îcabın kabulden önce yapılmış olmasını şart görürler ve îcab yapılmadan meydana gelen kabulü geçersiz sayarlar.<sup>36</sup> Aynı örnek üzerinden gidildiğinde cumhura göre mülk edinmeye delalet eden söz îcab sayıldığı için önce müşteri konuşsa ve “bu kalemi senden satın aldım” dese, her ne kadar bu söz ilk söylenmiş olsa da bu bir kabul ifadesidir. Satıcının “sattım” demesi ise ikinci söylenmiş söz olsa da îcab olarak değerlendirilir.

#### 1.1.2.2.2 Kabul

Arapça “kabile” fiilinin mastarı olan kabul kelimesi, “bir işe razı olmak” anlamına gelmektedir.<sup>37</sup> Terim olarak, kabul kelimesi için de aynen, îcab kavramında olduğu gibi, mezhepler arasında iki farklı tanım vardır. Hanefîlere göre bir akdi tamamlamak için ikinci söylenen ve akdi bağlayıcı kılan söze kabul denilir. Diğer fakihlere göre ise; müşteriden gelen teklife ve mülk edinmeye (*temellük*) delalet eden söze kabul denilir.<sup>38</sup> Mesela, şu malı senden satın aldım diyen bir müşteri, esasında ilk teklifi yapmış ise de yaptığı işlem mülk edinmeye delalet ettiği için cumhura göre kabul kapsamında düşünülür. Hanefîlere göre ise teklif ilk defa müşteriden geldiği için îcab olarak değerlendirilir. Şu halde böyle bir teklife satıcının onay vermesi cumhura göre îcab,

<sup>34</sup> Ali Haydar, *Dürru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Avukat Fehmî el-Hüseynî (çev.)*, I, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, ty., s. 90.

<sup>35</sup> Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, s. 328.

<sup>36</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, s. 430.

<sup>37</sup> Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, s. 1045; Karahisârî, *Ahterî-i Kebîr*, II, s. 117; Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fikihî*, s. 294.

<sup>38</sup> Mevslî, *el-İhtiyâr*, II, s. 252; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, ss. 323-324; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 3; Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fikihî*, s. 294; Hacı Yunus Apaydın, “İrade Beyanı”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXII, 2000, s. 388.

Hanefîlere göre ise akdi tamamlayan bayi olduğu için kabul olarak değerlendirilir.<sup>39</sup> *Mecelle*'deki tanımında da akdi inşa için ilk söylenilen söz îcab olarak değerlendirilmektedir.<sup>40</sup> Bu tariftten, *Mecelle*'de kabulün Hanefîlerin anlayışına göre tanımlandığını görmekteyiz.

### 1.1.2.3 Akdin Konusu

İslam Hukuku kaynaklarında “akdin mahalli” şeklinde isimlendirilen ve bireylerin akid yapmasına sebep teşkil eden şeyi ifade eden konu, satış akidlerinde “mebi” olarak isimlendirilen malı ve “semen” şeklinde isimlendirilen malın bedelini kapsamaktadır. Mal olabildiği gibi menfaat de olabilen akdin konusunun bir takım şartları taşıması gerekmektedir. Bunlar, konunun istifade edilebilir (*müntefeun bih*), nizaya düşmeyecek şekilde malum, teslimi mümkün ve mülkiyetinin akid yapanlara ait olması gibi hususlardır.<sup>41</sup>

Akdin konusunda meydana gelen vasma ait eksiklikler ve kusurlar, birçok muhayyerliğin oluşumuna zemin teşkil etmektedir. Nitekim muhayyerliğin akidlere yansımalarının alt başlıklarından olan “akdin konusuna ait muhayyerlikler” kısmında bu hususlar detaylı şekilde ele alınacaktır.

### 1.1.3 Akdin Kuruluş Süreci

Akdin kuruluşunda en temel faktörlerden olan îcab ve kabulün birbirine uygun olması gerekir. Mesela tarafların teklif ya da kabullerini aynı konu üzerinde yapmaları îcab-kabul uygunluğu ile ilgilidir. Şayet konu ortadan kalkar veya değişikliğe uğrarsa îcab-kabul uygunluğundan bahsedilemez.

Fakihler bir akdin kurulabilmesi için belli birtakım şartlar öne sürmüşlerdir. Ancak, akdin kuruluş aşamasında diğer ekoller ile Hanefîler arasında bariz farklar bulunmaktadır. Hanefîler akdin kuruluşu, akdin sıhhati ve akdin işlerlik kazanmasını (*nefaz*) ayrı ayrı ele almışlardır.<sup>42</sup> Bu bağlamda onlar akdin kuruluşu (*in'ikadı*) için îcab

---

<sup>39</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, s. 90.

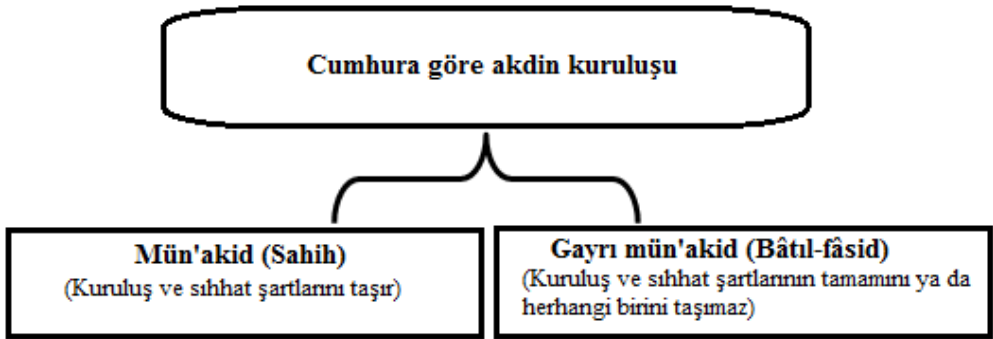
<sup>40</sup> *Mecelle*, Md. 102.

<sup>41</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 481; Mansûr b. Yûnus el-Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi' Şerhu Zâdi'l-Müstekni'*, yy.: Müessesetü'r-Risâle, ty., s. 309; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, s. 167; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, I, s. 376.

<sup>42</sup> Hacı Yunus Apaydın, “Mevkuf”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXIX, 2004, s. 438.

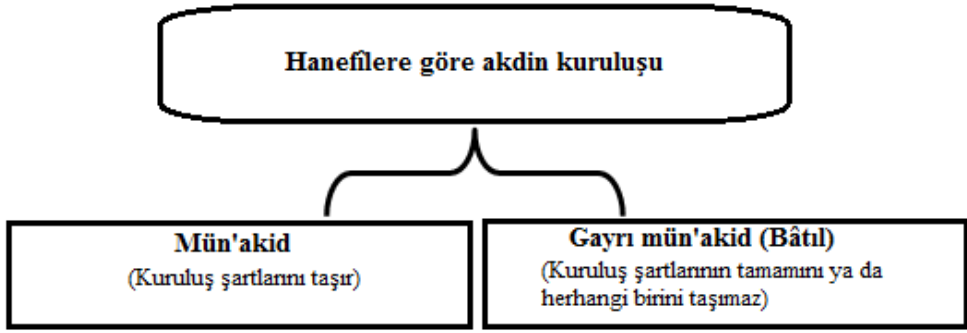
ve kabulü yeterli görürler. Bu şekliyle Hanefilerin, akdin kuruluşunu daha basit bir formda ele aldıklarını söyleyebiliriz. Taraflarda ya da akdin konusunda meydana gelen vasma ait arızalar akdin sıhhatine engel olsa da akdin kurulduğu temele zarar vermemekte, ârizî kusur ortadan kaldırıldığında yeni bir kuruluş işlemine gerek kalmadan akid sıhhat kazanabilmektedir. Diğer bir ifadeyle Hanefiler, kurulmuş bir akdin sıhhatinde engel varsa bu akdi fâsid olarak nitelemekte, bâtlı saymamaktadır. Şu halde fâsid akid kuruluş itibariyle mün'akid, sıhhat açısından ise sorunlu veya kusurlu akid anlamı taşır. Bu kusur giderildiğinde fesad nedeni de ortadan kalkmış olacağı için akid sıhhatli hale dönüşür.

Cumhur ise akdin kuruluşu ile sıhhat kazandığı aşamayı hatta bir kısmına göre nefaz aşamasını da beraber değerlendirdikleri için onlarda akdin kuruluşu Hanefilerin akid anlayışına göre daha zorlu bir sürece sahiptir. Hanefilerde olduğu gibi cumhura göre de icab ve kabul ile akid gerçekleşirken, akdin taraflarında veya akdin konusunda meydana gelen vasma ait arızalar akdin doğrudan kuruluş aşamasını etkilemekte ve Hanefilerin fâsid saydığı akidler onlara göre bâtlı kabul edilmektedir. Dolayısıyla cumhura göre vasmadaki kusurdan dolayı fesada uğramış bir akid, bu kusur düzeltilse bile sıhhat kazanamamaktadır. Şu kadar var ki taraflar isterlerse bu akdi yeniden kurabilme imkanına sahiptirler. Akdin kuruluş süreci şu şekillerle (Şekil-1, Şekil-2) daha açık anlaşılabilir.



Şekil-1

Cumhura göre akid kuruluş itibariyle akdedilmiş olma ve sahih olma şartlarını bir arada bulundurmalıdır. Dolayısıyla akdin sıfatlarında meydana gelen fâsid durumlar nedeniyle de akid geçersiz kabul edilir.



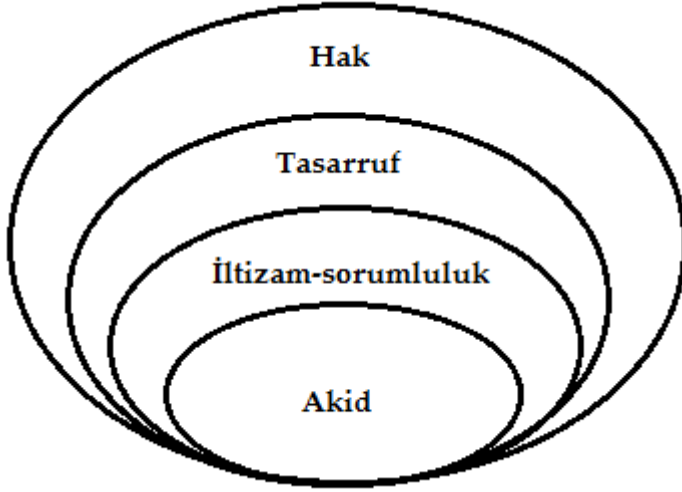
Şekil-2

Hanefilere göre akid, kuruluş itibariyle sadece “akdedilmiş olma” şartını taşımalıdır. Onlar akdi sıhhati yönüyle değerlendirmeyi, akdin kuruluş sürecinde değil farklı bir aşama olan akdin sıhhat kazandığı aşamada ele almışlardır. Böylece Hanefiler, sıfatlarındaki kusurlardan dolayı akdi cumhur gibi geçersiz saymamışlar, fâsid kabul ederek akdi fesada uğratan nedeni ortadan kaldırarak geçerli kılabilecek bir yöntem geliştirmişlerdir.

#### 1.1.4 Akdin İlişkili Olduğu Bazı Önemli Kavramlar

Akidle ilişkili kavramlar olan hak, tasarruf, sorumluluk ve iltizam; akdin özel ve daha teknik anlamı açısından bakıldığında hem akdi hem de akid dışı hukukî işlemleri kapsamaktadır. Bu çalışmamızda *Mecelle*’de verilen akdin özel ve teknik tanımına<sup>43</sup> göre muhayyerlik incelendiği için, burada işlenecek olan kavramlar, doğrudan akid kapsamında ele alınmamış, akidle bağlantılı kavramlar olarak işlenmiştir. Çünkü birbirini içermeye açısından “hak” en genel kavram olup tasarruf, sorumluluk, iltizam ve akdin de içinde yer aldığı bir alanı kapsamaktadır. Akidle bağlantısı açısından bu kavramlar şu şekil (Şekil-3) ile daha net görülebilecektir.

<sup>43</sup> “Tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüd etmeleridir ki icab ve kabul irtibatından ibarettir.” *Mecelle*, Md. 104.



Şekil-3

Şekilde de görüldüğü gibi, akidle bağlantılı hususların en geneli hak kavramıdır. Tasarruf ise hak kavramına göre daha dar bir kapsayıcılığa sahip olup, iltizam-sorumluluk ve akdi de içine alan bir anlama sahiptir. İltizam, sorumluluk ile eş anlamlı bir kavram olup akidten geniş, diğer kavramlardan daha dar bir anlama sahiptir. Akid kavramı ise teknik ve özel tanımına göre en küçük dairede diğer kavramlara göre daha dar bir alanı kapsamaktadır. Şimdi bu kavramları izah edelim.

#### 1.1.4.1 Hak

Sözlükte “gerçek, sabit, doğru olmak ve gerekmek”<sup>44</sup> gibi anlamlara gelen hak kelimesi terim olarak, *inkârı geçerli olmayacak şekilde sabit ve gerekli olan*<sup>45</sup> demektir. Hukukî olarak “yetki ve ayrıcalık”<sup>46</sup> anlamı ağırlık kazanan hak kelimesi akid ve muhayyerliklerin ilişkili olduğu en temel kavramlardır.

Hak, Allah’ın insanlara doğrudan sağladığı yaşama, düşünme ve hürriyet hakkı, akid neticesinde doğan tasarruf hakkı ve zarûret durumlarında oluşan kullanma hakkı gibi kısımlara ayrılmaktadır. Hakkın kaynakları olarak zikredilen bu üç durumdan birisi olan akid; bedelli, bedelsiz veya teberru şeklinde gerçekleşen tüm işlemleri

<sup>44</sup> İbn Manzûr, *Lisân’ül-Arab*, XI, s. 940; İbrahim Mustafa vd., *el-Mu’cemu’l Vasît*, I, Kâhire: el-Mektebetü’l-İslâmiyye, ty., s. 187.

<sup>45</sup> Kal’acî, *el-Mevsûatü’l-Fikhiyye*, I, s. 755.

<sup>46</sup> Ali Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XV, 1997, s. 140.

kapsamaktadır.<sup>47</sup>

Birey, hakkı olmayan bir mal üzerinde tasarrufta bulunamayacağı gibi hukukî tasarruf hakkı olmadan herhangi bir akdî sorumluluk altına da giremeyecektir. Aksi halde yaptığı tasarruflar, fuzûlînin tasarrufları gibi değerlendirilir.<sup>48</sup>

Hak, bizzat birey tarafından kullanılabilen bir husus olmakla birlikte, kimi zaman yetkili merci aracılığıyla da kullanılabilmektedir. Bu nedenle bireyin bizzat kendisinin tasarrufuyla kullanabildiği haklar aynı zamanda yetki anlamını da içermektedir. Yani kullanma hakkı aynı zamanda kullanma yetkisini de içerir. Mesela, şart muhayyerliğinde malı iade etme hakkını birey bizzat kullanabilmekte, dolayısıyla hak, bir yetki özelliğini de içermektedir.<sup>49</sup> Ancak bülûğ muhayyerliği olan bir kızın, nikah akdini kabul etmeme hakkı, hâkimin hükmü ile karara bağlandığı için, burada muhayyerlikten doğan hak, yetki anlamını içermemektedir.<sup>50</sup>

#### 1.1.4.2 Tasarruf

Sözlükte “İleri-geri hareket etme ve bir durumdan başka bir duruma geçme”<sup>51</sup>, “Bir şeyi istediği gibi kullanma yetkisi, kullanım”<sup>52</sup> şeklinde geçen tasarruf, terim olarak; bir malı mutlak surette kullanabilme salahiyetinin hukukî ve tabii neticesi ve mülkiyetin ayrılmaz lâzımı olarak işlem yapabilme kudreti, hukukî sonucu olan herhangi bir fiil ya da söz<sup>53</sup> anlamına gelmektedir.

Bireyin dışı vurduğu her türlü söz ve davranışı tasarruf olarak kabul edilir. Ancak bu söz ve davranışların hukukî netice doğuran kısmı iltizam, taahhüt veya sorumluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Hukukî tasarruf, kimi zaman mücerred irade beyanından oluşmakta kimi zaman da bireyin fiili ile ortaya çıkmaktadır. Mesela, bir kimseyi yemeğe davet etmek sözlü bir tasarruf iken hırsızlık, fiilî bir tasarruf olup hukukî

<sup>47</sup> Hakkın tanımı ve hak çeşitleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ebû Ceyb, *el-Kâmûsü'l-Fıkhî*, s. 94; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, I, s. 755.

<sup>48</sup> Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhû*, IV, Dimeşk: Dâru'l-Fıkr, 1985, s. 533.

<sup>49</sup> Şart muhayyerliği ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, s. 262; Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr el-Fergânî el-Merğînânî, *el-Hidâye Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî*, Muhammed Adnân Derviş (thk.), Beyrut: Dâru'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, III, s. 29; Ebu'l-Velîd el-Kurtubî İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, II, Beyrut: el-Mektebetü'l-Asriyye, 2006, s. 200.

<sup>50</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 233.

<sup>51</sup> İbn Manzûr, *Lisân'ül-Arab*, XXVII, ss. 2434-2435; İbrahim Mustafa vd., *el-Mu'cemu'l Vasît*, II, s. 513.

<sup>52</sup> Şükrü Haluk Akalın vd., *Türkçe Sözlük*, Ankara: Türk Dil Kurumu Yay., 2011, s. 2275.

<sup>53</sup> Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005, s. 547; İbrahim Kâfi Dönmez, “Tasarruf”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXX, 2011, s. 118.

sonuçları vardır. Tasarruflar inşâî olabildiği gibi ihbarî de olabilmekte ve tek taraflı irade beyanları ya da borç altına girme durumlarını da kapsamaktadır. Çift taraflı hukukî sorumluluk altına girmeyi ifade eden akid de hukukî bir tasarruf çeşitidir. Ancak tasarruf, akidden daha geniş bir anlama sahiptir. Yani *her akid bir tasarruftur ancak her tasarruf bir akid değildir*. Bununla birlikte, kimi zaman İslam hukukçuları, akid kavramının genel manasından hareketle tasarruf kavramını, akid ile aynı anlamda kullanmışlardır.<sup>54</sup> Tasarruf ile akdin farklı yanlarını şu şekilde özetleyebiliriz;

-Akid, inşâî olup, hukukî olarak bir hususu meydana getirme (*tesis etme*)’dir. Tasarruf ise hem inşâî hem de ihbârî olabildiği için, hem meydana getirme hem de haber verme, tasarrufun kapsamına girmektedir.

-Akid, meşrû bir gerekçeye dayanmalıdır. Tasarruf ise hırsızlık gibi gayrı meşrû fiileri de kapsar.

-Özel anlamıyla akid, çift taraflı ve çoğunlukla malî bir işlemdir. Tasarruf ise tek taraflı olabildiği gibi, malî bir konuya da dayanmayabilir.<sup>55</sup>

#### 1.1.4.3 Sorumluluk

Sorumluluk sözlükte “Kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi, sorum, mes’uliyet”<sup>56</sup> anlamına gelmektedir. İltizam ve taahhüt kavramlarıyla da ilişkilendirilen sorumluluk, bireyin hukukî tasarruflarını ifade etmektedir. Bir şahsın kendisi için lâzım olmayan bir şeyi lâzım kılması şeklinde tanımlanan iltizam<sup>57</sup> ile örtüşen bir anlam sürecine sahip olan sorumluluk kavramı, hem tek hem de çift taraflı hukukî sorumluluk gerektiren durumları içermesi yönüyle taahhütten daha geniş bir anlama sahiptir. Zira taahhüt, tek taraflı sorumluluk yükleyen söz ve eylemleri içermektedir.<sup>58</sup>

İslam hukukunda sorumluluk, konusu açısından ele alındığında ceza hukukunda

<sup>54</sup> Şâzelî, *Nazariyyetü’ş-Şart*, s. 38; Abdurrezzak Senhûrî, *Mesâdiru’l-Hak fi’l-Fikhi’l-İslâmî*, I, Beyrut: Dâru’l-lhyâi’t-Turâsî’l-Arabî, ty., ss. 73-74; Hayyât, *Nazariyyetü’l Akd*, s. 6; Karaman, hukukî tasarrufların temelini akid değil, tek taraflı irade beyanı olduğunu ifade ederek, akdin, tasarrufa göre daha dar bir anlama sahip olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, ss. 42-43.

<sup>55</sup> Şâzelî, *Nazariyyetü’ş-Şart*, ss. 38-39.

<sup>56</sup> Akalın vd., *Türkçe Sözlük*, s. 2142.

<sup>57</sup> Kal’acî, *el-Mevsûatü’l-Fikhiyye*, I, s. 279.

<sup>58</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 43.



bireyin şahsı itibariyle cezaî müeyyideye konu olup olamayacağı, borçlar hukukunda ise bireyin malî açıdan borç altına girebilmesi veya malî itibariyle borca taraf olup olamayacağı açısından ele alınır. Daha açık bir tasnif yapmak gerekirse, sorumluluk temelde iki ana kümeye ayrılmakta olup birincisi cezai sorumluluk ikincisi ise hukukî sorumluluk şeklindedir. Hukukî sorumluluk da iki kısma ayrılmakta olup birincisi, akde bağlı sorumluluk, ikincisi ise akid dışı sorumluluktur.<sup>59</sup>

Akde bağlı sorumluluk, bedeli ya da borcu ifa başta olmak üzere, bireyin edim borcu gibi malla ilgili malî konuları içermektedir. Bu bağlamda vaktinde ödenmemiş akde bağlı bir borç, bireyin sorumluluğunu yerine getirmemesi nedeniyle hukukî icbara konu olabilmektedir.

Bireyler, tek taraflı irade ile hukukî sorumluluk altına girebildikleri gibi çift taraflı iradelerle de hukukî sorumluluk altına girebilmektedirler. Bu açıdan bakıldığında sorumluluk kavramı, hem akdî sorumlulukları hem de akid kapsamına girmeyen hukukî tasarrufları ifade etmektedir. Şu halde sorumluluk kavramı, hukukî sorumluluk ifade etmesi açısından, akidden daha geniş bir anlam içeriğine sahip olduğuna göre akid, sorumluluk kavramının bir alt kümesidir denilebilir.<sup>60</sup>

#### 1.1.4.4 İltizam

Bir kimsenin, daha önce yükümlü olmadığı bir şeyi üstlenmesi anlamına gelen iltizam, zaman zaman akid kavramıyla aynı anlamda kullanılmaktadır. Hem tek taraflı hem de çift taraflı borç altına girme, bir hakkın inşâsını veya naklini ihtiva eden tasarruflar, iltizam kavramının şumûlüne dâhildir.<sup>61</sup> Bu nedenle, tasarruf, iltizam ve akid kavramları, birbiriyle girişken bir yapı arzederler. Ayrıca, *Mecelle*'de akid tarif edilirken, tarafların bir hususu iltizamından<sup>62</sup> söz edilerek, akid ve iltizam kavramlarının birbirini tamamlayıcı yönüne dikkat çekilmiştir.

Vehbe Zuhaylî akdin genel anlamıyla bakıldığında iltizam, akidle eş anlamlı olarak

---

<sup>59</sup> Kemal Yıldız, “Sorumluluk”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXVII, 2009, ss. 381-382.

<sup>60</sup> Kal’acî iltizamı bir başkasına karşı sorumlu olmak şeklinde gerçekleşen *bey, icare, vedia ve rehin* ve bir başkasına karşı sorumlu olunmayan *nezr, yemin vakıf vasiyet ve hibe* şeklinde ikiye ayırarak ele almıştır. Bkz. Kal’acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, I, s. 279.

<sup>61</sup> Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 80; Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akd*, I, ss. 27-28; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, ss. 247-248.

<sup>62</sup> “Tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüd etmeleridir ki icab ve kabul irtibatından ibarettir.” *Mecelle*, Md. 104.

kullanılırken, akdin özel tanımıyla bakıldığında iltizamın akidden daha geniş bir anlama sahip olduğunu belirtir.<sup>63</sup> Çünkü akdin özel tanımı satış, kiralama ve rehin gibi sadece iki taraflı irade ile kurulan hukukî tasarrufları kapsarken, iltizam ise bu sayılanlara ilave olarak vakıf, adak ve yemin gibi tek taraflı hukukî tasarrufları da içermektedir. Yani iltizam, akdin genel tanımıyla eş anlamlıdır.<sup>64</sup>

## 1.2 Muhayyerlik

Muhayyerlik hak, tasarruf ve iltizamda yer alan genişten dara doğru seçimlik hakları ifade eden genel bir kavram olmakla birlikte, akidlerde meydana gelmesi daha teknik olup üzerinde detaylı durulması gerekmektedir. Bu nedenle önce anlamı ve terimleşme süreci ve daha sonra akdin oluşum sürecinde muhayyerliğin yeri ve muhayyerlikle ilişkili olan kavramlar ele alınacaktır.

### 1.2.1 Muhayyerliğin Anlamı ve Terimleşme Süreci

Muhayyerlik, kökeni Arapça olan bir kelimedir. Sözlükte iki şeyden dilediğini seçme anlamına gelen muhayyerlik, Arapça kaynaklarda “hıyâr” şeklinde geçmektedir.<sup>65</sup> Terim olarak, bir akdi geçerli kılma ya da feshetme konusunda tercih hakkına sahip olma<sup>66</sup>; “Anlaşmaya veya şer’î bir gerekçeye dayanarak taraflardan birinin veya her ikisinin akdi onama yahut fesh etme şıklarından birini seçme hakkına sahip olma” gibi tanımlara sahiptir.<sup>67</sup> Diğer taraftan en kısa şekliyle muhayyerlik, akdi fesihden kurtarabilme veya feshedebilme hakkıdır. Akdi kurtarma hakkı fesadı gidermek suretiyle olabildiği gibi onay bekleyen gayri lâzım ve gayri nâfiz akde icâzet vermek suretiyle de olabilir. “Tarafların akdi geçerli kılma yahut feshetme hakkını kullanma hususunda seçim yapma”<sup>68</sup> veya “Bir akdi feshetme yahut yürürlüğe koyma arasında seçim yapma”<sup>69</sup> şeklinde de tarif edilen muhayyerlik terimi, fıkıh kaynaklarımızda daha çok borçlar hukukunda ele alınmakla birlikte; aile hukukunda

<sup>63</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, ss. 82-83.

<sup>64</sup> Bkz. Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akd*, I, s. 28; Şâzelî, *Nazariyyetü's-Şart*, ss. 40-43.

<sup>65</sup> İbn Manzûr, *Lisân'ül-Arab*, XV, s. 1299; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, s. 379; Karahisârî, *Ahter-i Kebîr*, I, s. 234; Kal'acı, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, s. 832.

<sup>66</sup> Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 305; Ömer Nasûhî Bilmen, *Hukûk-ı İslâmîyye ve Istilâhâtü Fıkhiyye Kâmusu*, VI, İstanbul: Bilmen Basımevi, 1970, s. 6.

<sup>67</sup> Hacı Yunus Apaydın, “Muhayyerlik”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXI, 2004, s. 25.

<sup>68</sup> Abdülkerim Zeydan, *el-Medhal li Dirâseti's-Şer'îyyeti'l İslâmîyye*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2006, s. 359.

<sup>69</sup> Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 194.

evlilik sözleşmelerinde de kullanılmaktadır.<sup>70</sup> Ancak yapılan bu tanımlar, muhayyerliğin hep onama ya da reddetme hakkı sağlamasından bahsetmektedir. Bu yönüyle tayin muhayyerliğini açıkta bıraktığından tanımların eksik olduğu kanaatindeyiz. Zira tayin muhayyerliğinin bireye sağladığı hak, fesih veya onama değil, müstakil bir seçim hakkıdır.<sup>71</sup> Tanım şu şekilde yapıldığı takdirde daha kapsayıcı olacaktır: “Muhayyerlik, hukukun bireylere sağladığı veya tarafların ön şart olarak belirlediği onama ve cayma hakkına veya lazım akde konu olan ürünlerden birisini seçme hakkına sahip olma”dır.

Muhayyerlik teriminin hadislerde yer alması,<sup>72</sup> bu kavramın İslam toplumunun daha ilk zamanlarından itibaren kullanılmaya başlandığını göstermektedir. Sahabe, Tabiûn ve müçtehit imamlar döneminde özellikle muamelat ve borçlar hukuku ile ilgili fer’î meselelerde sıkça kullanılan bu terim, devam eden süreçte fıkıh kaynaklarımızda müstakil başlıklar halinde incelenmiş ve İslam hukuk literatüründeki yerini almıştır. Daha çok meclis, şart, ayıp, görme gibi temel muhayyerlikler çerçevesinde ele alınan muhayyerlik kavramı, akidlerin yer aldığı “büyû” bahislerinin birçok yerinde konu içerisinde zikredilmiş veya atıflar yapılmıştır.<sup>73</sup>

### 1.2.2 Muhayyerliğin Akdin Oluşum Sürecindeki Yeri

Cumhura göre, genel hatlarıyla in’ikad ve lüzum şeklinde iki aşamada oluşan akid, kurulup hüküm ve sonuç meydana getirebilmesi için, Hanefilerin öngördüğü aşamaların ilki kuruluş aşaması (*in’ikad*); ikincisi geçerlilik aşaması (*sıhhat*); üçüncüsü işlerlik (*nefaz*); dördüncüsü bağlayıcılık (*lüzum*) olarak isimlendirilmektedir.<sup>74</sup>

Fakihler, akdin kuruluşu ile akdin hukukî işlerlik ve bağlayıcılık kazanmasını ayrı

<sup>70</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 80.

<sup>71</sup> Nitekim Ali Bardakoğlu, muhayyerliğin her durumda bir tür fesih hakkı olmadığını şöyle ifade etmektedir: “Tarafların başlangıçtaki anlaşmasından doğan şart, nakd (süre) ve vasıf muhayyerliklerinde kullanılan fesih hakkının mahiyet ve sonuçları meclis, ayıp, görme muhayyerlikleri gibi hukuk düzeninden doğanlardan nisbeten farklılık gösterir. Hatta tayin muhayyerliği hakkının kullanıma fesih denmesi, akid konusunun ayıplı olmasından kaynaklanan fesih hakkına muhayyerlik adı verilmesi de fazla isabetli sayılmayabilir.” Bkz. Ali Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XII, 1995, s. 429.

<sup>72</sup> Buhârî, “Büyû”, 43; Müslim b. Haccâc Ebu’l-Hasen el-Kuşeyrî en-Nisâburî, *Sahîhü'l-Müslim*, Muhammed Fuâd Abdulbâkî (thk.), III, Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsî'l-Arabî, ty., “Büyû”, 1531; Ebû Dâvûd, “Büyû”, 54.

<sup>73</sup> Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 469; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 199; ayrıca bkz. Ali Yüksek, *İslam Hukuk Tarihinde Taberî Mezhebi*, Samsun: Üniversite Yay., 2014, s. 301.

<sup>74</sup> Apaydın, “Mevkuf”, XXIX, s. 438.

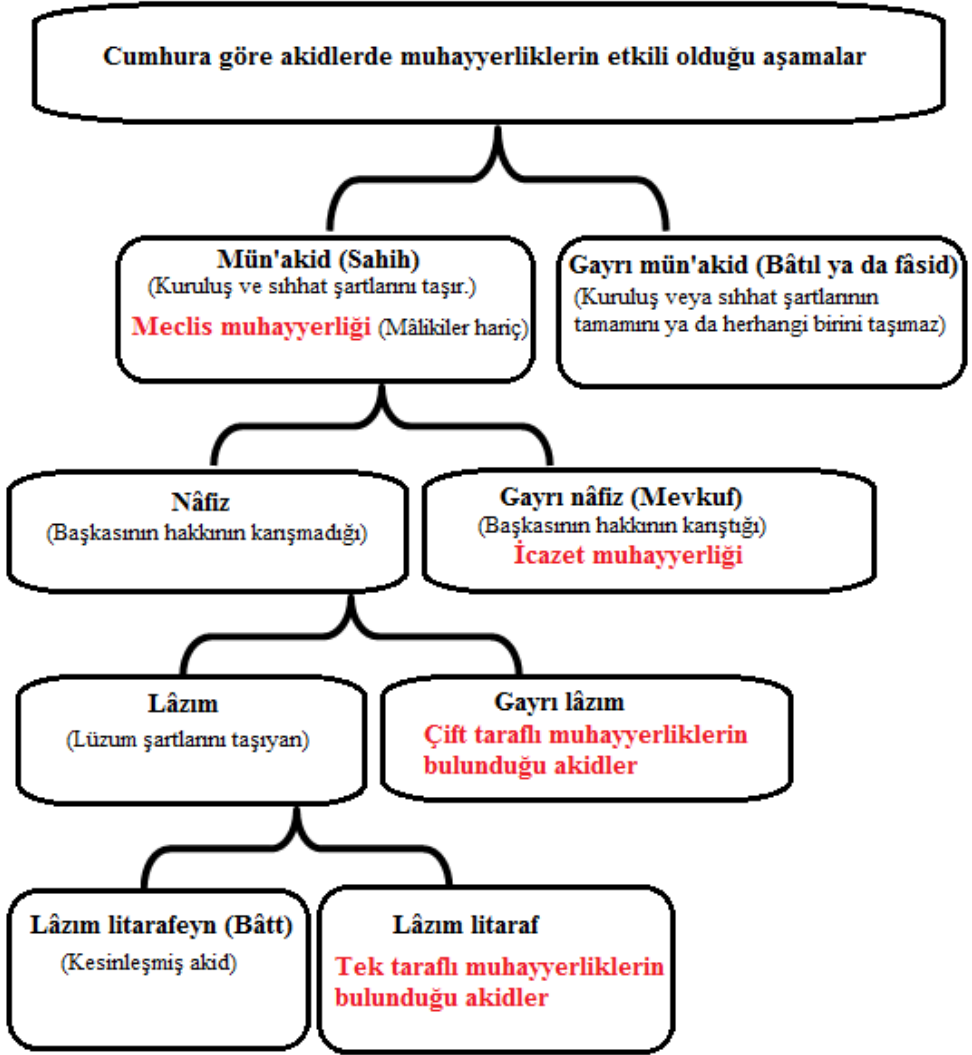
ayrı değerlendirmiştir. Kuruluş şartları tamam olan bir akid, bazı sebeplerle hukukî geçerlilik kazanamayabilir. Mesela, üçüncü şahsın icâzetiyle hukukî geçerlilik kazanabilen ve mevkuf olarak isimlendirilen akidlerde durum böyledir.

Muhayyerlikler, akdin kuruluş ve bağlayıcılık kazanması sürecinde farklı aşamalarda etkili olurlar. Mesela, akdin kuruluşunda icab-kabul ve meclis muhayyerliği söz konusu olurken, akdin bağlayıcılık kazanması aşamasında vasıf, ayıp gibi muhayyerliklerden söz etmek mümkündür.<sup>75</sup> Akidlerin bağlayıcılığını etkileyen unsurlardan olan muhayyerliklerin birçoğu akdin kuruluşuna etki etmezken, akdin hukukî geçerliliğini sağlamada kilit rol oynayabilmektedir. Nitekim mün'akid olan ama muhayyerlik sebebiyle gayrı lâzım olan bir akid, feshedilmesi mümkün olan bir akiddir.

Akdin kuruluşu ve sıhhat kazanması aşamalarını ayrı ayrı ele alan cumhur ile Hanefîler arasında muhayyerliklerin etkili olduğu aşamalar noktasında da farklılıklar vardır. Şu şekillerde (Şekil-4, Şekil-5) bu daha net olarak gösterilmiştir:

---

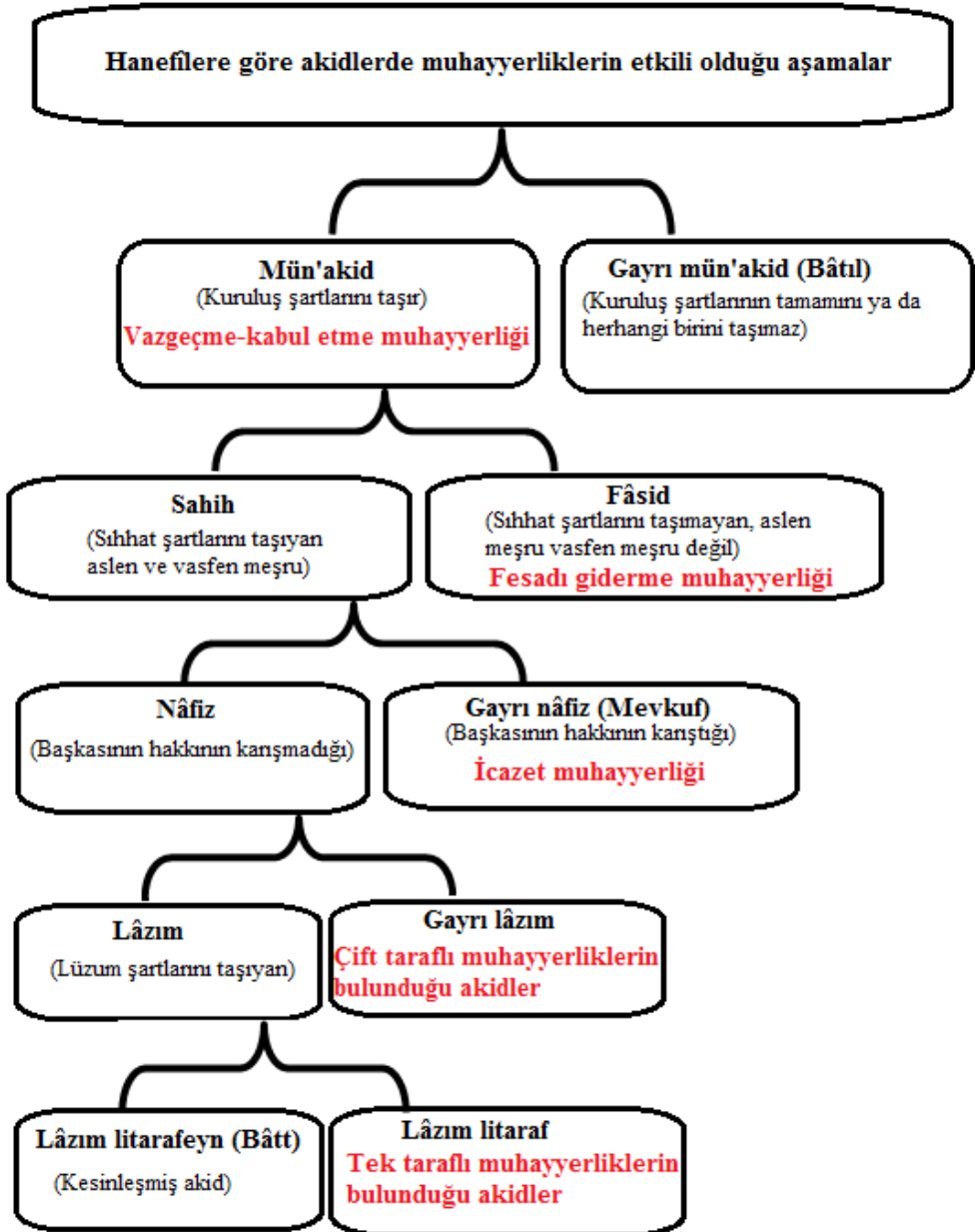
<sup>75</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 7.



Şekil-4

Şekilde de görüldüğü gibi cumhura göre akid sürecinin her aşamasında muhayyerlik bulunabilir. Fakat cumhur ile Hanefiler arasındaki ayırım, bazı aşamalarda isim farklılığı ya da konuyu teknik anlamda farklı anlamaktan kaynaklanmaktadır. Mesela, cumhur (Mâlikiler hariç) akdin kuruluşunda meclis muhayyerliğini kabul ederken, Hanefiler aynı aşamada icab ve kabul etme muhayyerliğinden bahsederler. Bu iki muhayyerlik türü isimleri farklı da olsa, akidde aynı sürece hizmet eder. Ancak cumhur, akdin sıhhatini de akdin kuruluş sürecine dâhil ettiği için, onlarda Hanefilerde olduğu gibi sıhhat-fesad ayırımından kaynaklanan muhayyerlik bulunmaz. Bunun

dışında geri kalan muhayyerliklerin birçoğu genel anlamda teorik olarak ortaktır.



Şekil-5

Şekilden de anlaşılacağı gibi Hanefîlerde akid sürecinin her aşamasında muhayyerlik bulunabilir. Akdin kuruluşunda vazgeçebilme ve kabul etme muhayyerliği, akdin sihhat kazandığı aşamada fesadı giderme muhayyerliği, akdin

işlerlik kazandığı aşamada icâzet muhayyerliği, akdin bağlayıcılık kazandığı aşamada da çift ya da tek taraflı (*kusurlu çıkma ve vasıf gibi*) muhayyerlikler bulunur. Bununla birlikte muhayyerliklerin büyük çoğunluğu gelecek bölümlerde izah edileceği üzere akdin nefaz ve lüzum aşamasında meydana gelmektedir.

### **1.2.3 Muhayyerliğin İlişkili Olduğu Kavramlar**

Muhayyerliğin ilişkili olduğu kavramlar akidlerin oluşum ve bağlayıcılık sürecinde, akdin feshi ve onaylanması gibi süreçlerde kullanılmaktadır. Bağlayıcılık, muhayyerliklerin meydana gelmesi ve kullanılması sürecinde karşımıza çıkan bu kavramlar, genel olarak akid konusuyla özel olarak da muhayyerlikle ilişkili olarak sıkça karşılaştığımız önemli kavramlardır.

#### **1.2.3.1 Akidlerin Kuruluş ve Tamamlanma Sürecinde Bağlayıcılık Açısından Muhayyerliğin İlişkili Olduğu Kavramlar**

Akdin kuruluş ve tamamlanma sürecinde muhayyerliklerin meydana gelmesi ile ilişkili olan en temel husus bağlayıcılıktır. Akdin taraflarının teknik anlamda taşıdığı vasfı veya durumu ifade eden bağlayıcılık; in'ikad, sıhhat, lüzum, mevkuf, nefaz ve ikâle kavramlarıyla yakından ilişkilidir.

##### **1.2.3.1.1 İn'ikad**

Sözlükte düğümlemek, bağlamak ve bir araya toplamak şeklinde ifade edilen akid ile aynı kökten türemiş in'ikad kelimesi, yapılan sözleşme sonrasında ortaya çıkan durumu veya işlemin meydana gelmesini ifade etmektedir. İslam borçlar hukukunda ise in'ikad, akdin kuruluşunu ifade etmek üzere kullanılır ve in'ikadı gerçekleşmiş olan akid, mün'akid olarak isimlendirilir.<sup>76</sup>

İN'ikadın meydana gelmesi için, karşılıklı irade beyanı ve akdin bir konusu olması gerekmektedir. Ancak in'ikadın gerçekleşmesi için bu iki hususun da bazı şartlar taşıması gerekmektedir. Eda ehliyetine sahip olmak, irade beyanında bulunanların taşıması gereken in'ikad şartı olduğu gibi, meclis birliği ve akdin konusunun mevcut ve

---

<sup>76</sup> İbn Manzûr, *Lisân'ül-Arab*, XXXIV, s. 3031; Hacı Yunus Apaydın, “İN'ikad”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXII, 2000, s. 314; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 251.

mütekavvim olması da in'ikadın gerçekleşmesinin şartlarıdır.<sup>77</sup>

Akidlerin oluşum sürecinin en başında yer alan in'ikad, işlemin hukukî varlık kazanmasının ilk adımıdır. Akdin in'ikadı ile diğer aşamaları ayrı değerlendiren Hanefîler, in'ikad terimini daha basit bir formda ele almışlar ve karşılıklı irade beyanları ve akdin konusunun mevcut olmasını, in'ikad için yeterli görmüşlerdir. Yani Hanefîlere göre in'ikad kavramı, sıhhat ve nefaz kavramları ile bir bütün olarak ele alınmamıştır. Bu kavramlar farklı aşamalarda akdin oluşumunu etkileyen hususlar olarak değerlendirilmiştir. Hanefîlerin bu anlayışının bir sonucu olarak mün'akid olan bir akdi, sahih, fâsid veya mevkuf olma şeklinde farklı süreçler izleyebilecektir.<sup>78</sup> Akdin kurulup hüküm ifade etmesi bakımından tam olarak Hanefîler gibi düşünmeseler de Mâlikîler, akdin in'ikadı ile nefazını ayırmaları sebebiyle akdin işler hale gelmesi bakımından Hanefîler ile benzer düşünceye sahiptirler.<sup>79</sup>

Hukukî sonuç meydana getirecek şekilde tarafların karşılıklı irade beyanında bulundukları süreç ile akdin diğer aşamalarını teknik olarak bir bütün kabul eden Şafîî ve Hanbelîlere göre, akdin in'ikadı, sıhhati ve nefazı bir bütün olarak ele alınır. Böylece, onlara göre in'ikad etmiş olan akid, aynı zamanda sahih ve nâfiz olup bu aşamaların birisinde meydana gelen bir eksiklik, akdi butlana veya fesada götürmektedir. Nitekim onlar, akidlerde butlan ve fesad kavramını birbirinin yerine kullanmışlardır.<sup>80</sup>

Şu şekillerde (Şekil-6, Şekil-7) fakihlerin in'ikad kavramına yüklediği farklı anlamlar daha net görülebilecektir.

<sup>77</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 7.

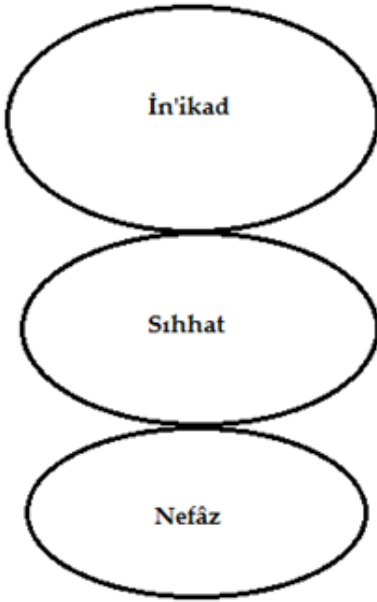
<sup>78</sup> Bkz. Ebû Muhammed Mahmud b. Ahmed el-Aynî, *el-Binâye fî Şerhi'l-Hidâye*, VI, yy.: Dâru'l-Fikr, 1981, s. 192-193.

<sup>79</sup> Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 165.

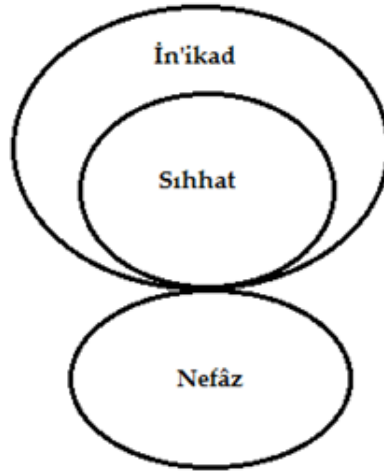
<sup>80</sup> Krş. Ebû Bekr b. Muhammed Şettâ ed-Dimyâtî, *İlânetü't-Tâlibîn alâ Halli Elfâzi Fethi'l-Mübîn*, III, yy.: Dâru'l-Fikr, 1997, s. 12; Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi'*, s. 305.



**Hanefîlere göre akdin in'ikad şeması**

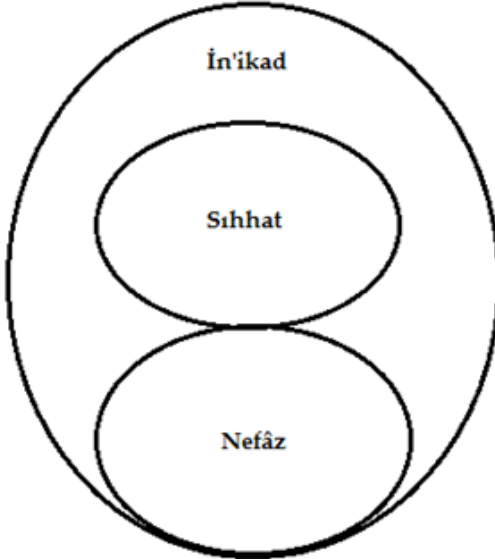


**Mâlikîlere göre akdin in'ikad şeması**



Şekil-6

**Şafiî ve Hanbelîlere göre akdin in'ikad şeması**



Şekil-7

Şekillerde de görüldüğü gibi, Hanefilere göre, in'ikad, akdin oluşum sürecinin ilk aşaması olup, karşılıklı irade beyanı ile akid kurulmuş sayılır. Bu anlayışa göre akdin sıhhat ve nefaz kazanması, in'ikad sürecinde değil, farklı aşamalarda gerçekleşmektedir. Akdin in'ikad ve sıhhat şartlarını bir bütün olarak ele alan cumhur, akdin işler hale geldiği nefazın, in'ikada dahil olması konusunda farklı düşünmektedir. Görüldüğü gibi Mâlikîler, akdin in'ikad ve sıhhat şartlarını bir bütün olarak ele almışlar ancak nefazı, akdin kuruluşundan ayrı düşünmüşlerdir. Şafîî ve Hanbelîler ise sıhhat gibi nefazı da akdin kuruluş şartlarının içerisinde saymışlar ve in'ikad, sıhhat ve nefazı bir bütün olarak ele almışlardır.<sup>81</sup>

İn'ikad kavramı, akidlerdeki muhayyerliklerin bir kısmıyla yakından ilişkilidir. Zira meclise ait muhayyerliklerin meydana geldiği aşama, akdin in'ikad aşamasıdır. Bu husus gelecek bölümlerde ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

### 1.2.3.1.2 Sıhhat

Sözlükte sağlam, kusursuz ve sağlıklı olmak, hastalık ve sakatlıktan ârî olmak şeklinde tanımlanan sıhhat kelimesi, İslam hukuku terimi olarak, hukukî işlemin gerekli şartları taşıması sonucu geçerli olması veya akdin; şart, rükün ve vasıflarını tam olarak bulundurması durumunu ifade etmektedir.<sup>82</sup>

Cumhurun in'ikad şartları içerisinde değerlendirdiği sıhhat, akdin kuruluşunda şart ve vasıfların sağlıklı şekilde yerine gelmesini ifade etmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, Hanefîler, kuruluş şartları ile sıhhat şartlarını birbirinden bağımsız düşündükleri için, akdin sıhhat kazandığı aşama, in'ikaddan sonra meydana gelmektedir. Nitekim Hanefîler, rükünlerinde/aslında meydana gelen kusurları akdin butlanına sebep sayarken, sıhhat şartlarında/vasfında meydana gelen kusurları fesada sebep saymışlar ve bu iki kategoriyi ayrı ayrı ele almışlardır. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak akdi fesaddan kurtarmayı ifade eden bireylerin icâzet muhayyerliği karşımıza

<sup>81</sup> Akdin oluşumundaki şartlar ve akdin hükmünün geçerli hale gelmesi ile ilgili fakihlerin farklı yaklaşımlarıyla ilgili değerlendirmeler için bkz. Hacı Yunus Apaydın, “İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)”, *EÜİFD*, sy. 6, 1989, ss. 178-179.

<sup>82</sup> İbn Manzûr, *Lisân'ül-Arab*, XXVIII, s. 2401; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, II, s. 1199; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 491.

çıkmıştır.<sup>83</sup>

İki yaklaşımın sonucunda sıhhat kavramının akiddeki görünümü şu şekilde ifade edilebilir; cumhura göre sıhhat şartını taşımayan akid mün'akid değildir. Bu nedenle bâtil sayılmıştır. Hanefîlere göre ise sıhhat şartlarını taşımayan akid mün'akiddir ancak fâsiddir, bâtil değildir.

#### 1.2.3.1.3 Nefaz

Sözlükte caiz kılmak, onay vermek, geçerli kılmak gibi anlamlara gelen nefaz kelimesi, terim olarak, hukukî işlemin işlerlik ve geçerlilik kazanması; tam olarak vücut bulması ve hükümlerinin geçerliliğinin meydana gelmiş olmasını ifade etmektedir.<sup>84</sup>

Hanefî ve Mâlikîlere göre, in'ikad ve sıhhat şartları gerçekleşmiş olan akdin hükmünün işler hale geldiği aşamayı ifade eden nefaz, akde etkisi açısından Şafî ve Hanbelîlerin yüklediği anlamla genel olarak örtüşse de akdin kuruluşu ile bağlantısı açısından farklılaşmaktadır.<sup>85</sup> Çünkü daha önce izah edildiği üzere, Şafî ve Hanbelîlere göre nefaz, akdin in'ikad ettiği sürecin bir parçası olup, işlemin hükümlerinin işler hale geldiği kısımdır.<sup>86</sup>

Akidlerde nefaz, mevkuf kavramının zıttı olarak kullanılmakta olup, mevkuf akde icâzet verildiğinde akdin kazandığı anlamı ifade etmek üzere bu terim kullanılmaktadır.<sup>87</sup> Mevkuf ile nefaz kavramları, birbirini tamamlayan iki husus olup gelecek başlıkta bu konunun detaylarına inilecektir.

#### 1.2.3.1.4 Mevkuf

Mevkuf, ayakta durdurmak, tutmak ve hapsetmek gibi anlamlara gelen “vakf” kelimesinden türemiştir.<sup>88</sup> Terim olarak mevkuf ise “akdin kuruluşunda yetki eksikliği veya üçüncü bir şahsın hakkının bulunması sebebiyle hükmün askıya alınması

---

<sup>83</sup> Hacı Yunus Apaydın, “Sihhat”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXVII, 2009, ss. 110-111.

<sup>84</sup> İbn Manzûr, *Lisân'ül-Arab*, XXXXX, s. 4496; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, s. 339; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 450.

<sup>85</sup> Aynı, *el-Binâye*, VI, ss. 192-193; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 165.

<sup>86</sup> Krş. Dimyâtî, *İlânetü't-Tâlibîn*, III, s. 12; Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 305.

<sup>87</sup> Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, II, s. 1857.

<sup>88</sup> Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, s. 860; Karahisârî, *Ahterî-i Kebîr*, II, s. 352.

hâlidir.”<sup>89</sup> Diğer bir ifadeyle, aslı ve vasfı itibariyle meşrû, bir başkasının hakkını bulundurduğu için icâzet bekleyen akde mevkuf denir. Mevkuf akid, kurulmuş ancak hukukî açıdan işlerliğe sahip olmak için askıda bekleyen akiddir. Ancak gerekli icâzet verildiğinde akid işlerlik kazanabilecektir.<sup>90</sup>

Akdin mevkuf olması iki şekilde gerçekleşir:

*Birincisi:* Ehliyet eksikliği nedeniyle akdin mevkuf olmasıdır.

*İkincisi:* Üçüncü şahısların haklarını ilgilendirmesi sebebiyle akdin mevkuf olmasıdır.

Mesela, velîsinden habersiz mümeyyiz bir çocuğun yaptığı akid birinci gruba girerken, yetkisiz bir şahsın (fuzûlî) bir başkası hakkındaki tasarrufu da ikinciye örnektir.<sup>91</sup>

Mevkuf akid, akdin bağlayıcılığı noktasında görünüş itibariyle muhayyerlik bulunan akidlerle benzerlik arz eder. Ancak gerek yapı olarak gerek hukukî sonuçları itibariyle mevkuf akid ile muhayyerlik bulunan akidler arasında önemli farklılıklar vardır. Mesela, ayıp muhayyerliği barındıran lâzım bir akid düşünelim, müşteri aldığı malı kullanmaya başlar ve malda olmaması gereken bir ayıpla karşılaşır. Bunun üzerine müşteri bu ayıplı mal için muhayyerlik hakkına müracaat ederek akdi feshedebilir. Mevkuf akid, kuruluşu taraflarca tamamlanmış fakat akdin işlerlik kazanması noktasında icâzet bekleyen akid olup fıkıhta nâfiz zıddı olarak kullanılır.<sup>92</sup> Mevkuf akidde mülkiyet intikali henüz oluşmamıştır. Muhayyerlik bulunan akidlerin bir kısmında ise mülkiyet intikali gerçekleşmiştir. Şu halde mevkuf ve muhayyerlik terimleri akdin bağlayıcılığını etkileyen kavramlar olsa da hukukî yapı olarak farklılık arz etmektedir. Hatta bazı araştırmacılar mevkuf akdi, hükümsüz ya da gayrı sahih akidler sınıfında değerlendirmişlerdir.<sup>93</sup> Bununla birlikte, muhayyerliklerin birçoğunda bir tarafın veya her iki tarafın icâzetinin beklendiği akidlerdeki bekleyiş de teknik

<sup>89</sup> Apaydın, “Mevkuf”, XXIX, s. 438.

<sup>90</sup> Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 155; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, II, 1857; daha önce de geçtiği üzere, Şafîî ve Hanbelîlere göre akdin kuruluşu ve işler hale gelmesi bir bütün olarak ele alındığı için, mevkuf kavramı onlara göre akdin kuruluşunu da etkilemektedir. Bkz. Dimyâtî, *İlânetü't-Tâlibîn*, III, s. 12; Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 305.

<sup>91</sup> Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 155.

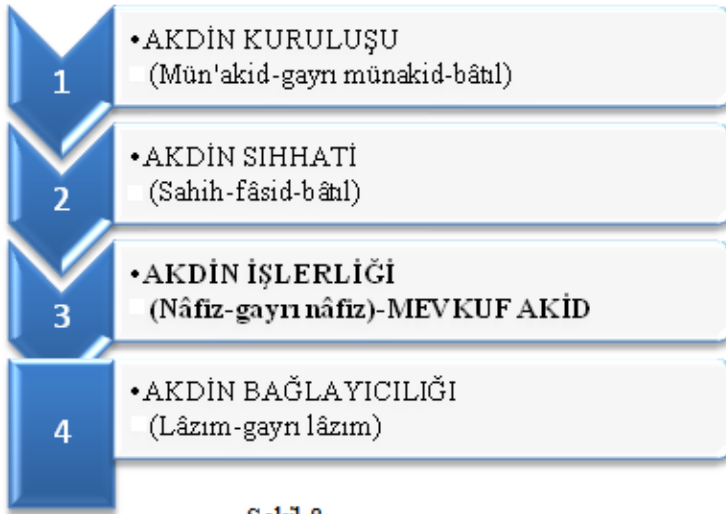
<sup>92</sup> Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fikhiyyi'l-Âmm*, I, Dimeşk: Dâru'l Kalem, 2004, ss. 498-499.

<sup>93</sup> Bu değerlendirmeler ve tartışmalar için bkz. Apaydın, “Mevkuf Akidler”, ss. 180-182.

olmasa da görünüm olarak bir mevkuf olma durumudur. Bu nedenle, muhayyerliklerdeki icâzet ile mevkuf akidlerdeki icâzet zaman zaman birbirine karıştırılabilmektedir.

Muhayyerlik hakkı bulunan taraf, akde icâzet verdiği takdirde akid işleme konulur.<sup>94</sup> Mevkuf akde verilen icâzet ile akid, icâzet verildiği andan itibaren hüküm icra etmeye başlamaktadır.

Akdin hukukî yapısını gösteren aşağıdaki şekil (Şekil-8) mevkuf akdin yerini daha iyi tespit etmemizi sağlayacaktır.



Şekil-8

Şekilden de anlaşılacağı gibi mevkuf akidler, akdin işlerlik kazandığı aşamada yer alır. Nitekim işlerlik kazanmış bir akde nâfiz denirken, işlerlik kazanamamış bir akde de *gayrı nâfiz* yani mevkuf denilir.<sup>95</sup>

Her ne kadar mevkuf akidler muhayyerliklerden ayrı ele alınsa da kapsayıcılık açısından düşünüldüğünde muhayyerlikler teorik anlamda mevkuf akidleri de kapsayan daha geniş bir yelpazeye sahiptir. Mesela, mevkuf bir akid askıda beklerken, gerekli icâzeti verip vermeme hususunda yetkili şahıs muhayyerdir. Dilerse mevkuf akde

<sup>94</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 288.

<sup>95</sup> Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 498. Daha önce ifade edildiği üzere, bir kısım fakihler akdin oluşum sürecini ifade eden bu şekilde ilk üç aşamayı, in'ikad başlığı altında ele almıştır. Buradaki teknik ayrım, meselenin daha net anlaşılması için, Hanefilerin anlayışına göre yapılmıştır.

icâzet vererek işlerlik kazandırır, dilerse akde icâzet vermeyerek geçersiz kılar. Bu açıdan bakıldığında mevkuf akidlerdeki “*akde işlerlik kazandırma yetkisi*”, *icâzet muhayyerliği* şeklinde de isimlendirilebilir. Nitekim çalışmamızın ileriki bölümlerinde muhayyerlik çeşitleri ele alınırken icâzet muhayyerliğine de değinilecektir.

Sonuç olarak, akidlerdeki bağlayıcılığın sadece bir bölümünü ilgilendiren mevkuf akidler, muhayyerliklere göre daha sınırlı bir alanda etkilidir. Muhayyerlikler ise akdin hukukî sürecinin neredeyse tamamında etki alanına sahiptir. Daha net söylemek gerekirse; *mekvuf olma, genelde akdin bulunduğu bir durumu ifade ederken muhayyerlik ise akidde taraflara verilmiş olan bir hakkın adıdır.*

### 1.2.3.1.5 Lüzum

Lüzum kelimesi sözlükte sebat, devam ve gereklilik gibi anlamlara gelmektedir.<sup>96</sup> Terim olarak lüzum “Akdin, taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle fesh edilemeyecek nitelikte olmasını”<sup>97</sup> ifade eder. Kuruluş, geçerlik ve işlerlik şartı gerçekleştikten sonra akdin lüzumundan bahsedilir. Akidlerde lüzum/bağlayıcılık, iki şekilde muhayyerlik hususuyla bağlantılıdır:

*Birincisi:* Temelde bağlayıcı olduğu halde muhayyerlikler nedeniyle veya akdin fesada götürülmesine sebep olacak bir özellik taşıması sebebiyle akdin bağlayıcılığını yitirmesidir. Satım ve kiralama gibi muâvazalı (*bedelli*) akidler, lâzım akidlere örnektir.

*İkincisi* ise: Gayrı lâzım olarak bilinen bağlayıcı olmayan akidlerdir. Bunlara örnek, vekâlet, hibe, şirket gibi akidlerdir. Bu akidler tek taraflı irade ile ortadan kaldırılabildikleri için gayrı lâzım sınıfına dâhil edilmiştir.<sup>98</sup>

Lâzım/bağlayıcı akidler de kendi arasında ikiye ayrılmıştır, bunlar lâzım litaraf ile lâzım litarafeyndir. Lâzım litaraf, tek taraf için lâzım olan ama diğer taraf için lâzım olmayan akidlerdir. Buna örnek kefalet akdi verilebilir. Alacaklı tek taraflı irade ile kefîli azledebilme yetkisine sahip olduğu için kefalet akdi lâzım litaraf akidlerden sayılmıştır. Lâzım litarafeyn ise her iki taraf için de lâzım akid demektir. Tek taraflı

<sup>96</sup> Karahisârî, *Ahterî-i Kebîr*, II, s. 179; İbrahim Mustafa vd., *el-Mu'cemu'l Vasît*, II, s. 823.

<sup>97</sup> Hacı Yunus Apaydın, “Lüzum”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXVII, 2003, s. 260.

<sup>98</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 140; Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 149; *Mecelle*'de lâzım akid, “muhayyerlik bulunmayan akid” olarak tanımlanır. Bkz. *Mecelle*, Md. 114.

irade ile bu tür akidler fesh edilemez.<sup>99</sup> Mutlaka fesh için iki tarafın da iradesi gerekir. Nitekim bu durum, ikâle başlığında ayrıca ele alınacaktır.

### 1.2.3.1.6 İkâle

İkâle sözlükte aleyhinde iddiada bulunmak, bir akdi fesh etmek ve ortadan kaldırmak<sup>100</sup> gibi anlamlara gelirken, hukukî bir terim olarak; bağlayıcılığı tamamlanmış bir akdi bozmak ve akidden caymak anlamında kullanılmaktadır.<sup>101</sup>

İkâle teriminin Hz. Peygamber (s.a.v.)’den gelen rivayetlerde kullanılmış olması, bu kelimenin ilk dönemlerde terimleşmeye başladığını göstermektedir. Satıcının pişman olması ve müşterinin de bu durumu dikkate alarak akdi bozmaya razı olması şeklinde gerçekleşen ikâlenin ilgili rivayetlerde teşvik edildiği görülmektedir.<sup>102</sup>

İkâlenin fesih mi yoksa yeni bir akid mi olduğu hususunda fakihler nezdinde üç farklı yaklaşım mevcuttur:

*Birinci Yaklaşım:* Bu yaklaşımı benimseyen Şâfiî, Hanbelî ve bir kısım Hanefîler, lafza bağlı bir bakış açısıyla konuyu ele almışlar ve ikâlenin fesih anlamı üzerinde durmuşlardır. Buna göre ikâle, gerek taraflar gerek üçüncü şahıslar için bir fesih işlemidir.<sup>103</sup>

*İkinci Yaklaşım:* Mâlik (ö. 179/795) ve Ebû Yusuf (ö. 182/798), ikâlenin hem taraflar hem de üçüncü şahıslar hakkında yeni bir akid olduğunu savunur. Ancak Ebû Yusuf, şayet ikâle yapılacak akidde henüz edimler gerçekleşmemişse birinci yaklaşımda olduğu gibi ikâleyi fesih olarak kabul etmiştir.<sup>104</sup>

*Üçüncü Yaklaşım:* Ebû Hanîfe (ö. 150/767)’nin savunduğu bu yaklaşıma göre ikâle taraflar için fesih, üçüncü şahıslar için ise yeni bir akid özelliği taşır. Ebû Hanîfe’nin

<sup>99</sup> Karadâgî, *Mebdeü’r-Rızâ*, I, s. 149.

<sup>100</sup> İbn Manzûr, *Lisânu’l-Arab*, XXXII, s. 3780; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsu’l-Muhît*, s. 1051.

<sup>101</sup> Buhâtî, *er-Ravdu’l-Murbi*, s. 327; Ali Haydar, *Dürrü’l-Hükkâm*, I, s. 112; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, IV, s. 713; Bilal Aybakan, “İkale”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXII, 2000, s. 14.

<sup>102</sup> Rivayet mealen şöyledir: “Kim bir Müslüman’ın pişman olduğu bir alış-veriş ikâle ederse, Allah da onun hatasını izâle eder.” Ebû Dâvûd, “Büyû”, 54; Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvîni, *es-Sünen*, Muhammed Fuâd Abdulbâkî (thk.), II, yy.: Dâru İhyâi’l-Kütübi’l-Arabiyye, ty., “Ticarât”, 26.

<sup>103</sup> Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, s. 239; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, IV, ss. 714-715.

<sup>104</sup> Mâlik b. Enes b. Mâlik b. Âmir el-Esbahî, *el-Muvatta*, Muhammed Fuâd Abdulbâkî (thk.), Kâhire: Dâru’l-Hadîs, 1992, s. 467; Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü’t-Teşriyye*, II, s. 760; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, IV, ss. 714-715.

bu yaklaşımının nedeni, akde taraf olanların başvurabilecekleri hilelere karşı üçüncü şahısların haklarını koruma amacına yöneliktir.<sup>105</sup>

İkâle, fesh edilmesi mümkün olan akidlerde geçerli olduğu için nikah veya muhalea<sup>106</sup> gibi feshi mümkün olmayan akidlerde geçerli kabul edilmemiştir. Bu açıdan bakıldığında ikâlenin bir tür fesih olduğu iddiası kuvvet kazanmıştır. Ancak fesih işlemi tek taraflı irade ile bozulabilen akidlerde söz konusu olduğu ilkesi kabul edildiği için, ikâlenin feshten farklı bir yapısı da vardır. Çünkü ikâlede iki tarafın iradesi gerekli iken, fesihte tek tarafın iradesi yeterlidir. İkâlenin yapılabilmesi için akdin konusu olan malın mevcut ve sağlam olması gerekir. Çünkü ikâlede malın kendisi iade edilmelidir.<sup>107</sup> Ayrıca ikâle taraflar için bağlayıcılığı teyid edilmiş ve kuruluşunda herhangi bir şekilde eksiklik bulunmayan akidlerde söz konusudur.<sup>108</sup> Bu yönüyle ikâle, iki tarafı da bağlayıcı akidlerde; fesih ise iki taraf için veya bir taraf için bağlayıcılığı olmayan akidlerde söz konusudur.

Bu tartışmaları ortak bir noktada özetleyen Orhan Çeker, ikâle'nin hem fesih hem de yeni bir akid olma şeklinde öne sürülen bu iki yaklaşımı birleştiren bir tutum sergileyerek ikâleyi “*akid şeklinde bir fesih*”<sup>109</sup> olarak tanımlamıştır. Bu tanım, Ebû Hanîfe'nin “ikâle taraflar için fesih, üçüncü şahıslar için yeni bir akid” yaklaşımına benzemektedir.

### 1.2.3.2 Muhayyerliğin Meydana Gelme Sürecinde Etkili Olan Kavramlar

Muhayyerlikler, akdin başlangıç ve tamamlanma süreçlerinde ortaya çıkmaktadır. Bu süreçte akdin kendi yapısından kaynaklanan ya da tarafların kendilerinin şart koşmaları sonucunda muhayyerlikler meydana gelmektedir. Mesela, taraflardan birisinin akidde zarara uğratılması, muhayyerliğin meydana gelmesi için bir sebeptir. Bireyin zarara uğraması ve aldatılması ise gabn, galat ya da garar gibi kavramlarla ifade edilmektedir.

<sup>105</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 55.

<sup>106</sup> “Karı kocanın anlaşarak çoğu kez kadının mehrinden vazgeçmek gibi bir bedel vermesi karşılığında ayrılımları.” Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 390.

<sup>107</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, ss. 55-56; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 718; yani taraflar ikale yaptıklarını belirtirler de bedeller değiştiği takdirde bu işlem, yeni bir akid olarak yorumlanır.

<sup>108</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 713.

<sup>109</sup> Çeker, *Akidler*, s. 122.



Bireyin gerçek iradesini kısıtlayan veya tamamen ortadan kaldıran ikrah kavramı muhayyerliklerle ilişkili olduğu gibi evlilik sözleşmelerinde bireylerin kendi istekleri doğrultusunda evliliğe rıza göstermelerinde kefaet ve bülûğ kavramları da muhayyerliklerin oluşumunda etkilidir.

### 1.2.3.2.1 Şart

Sözlükte kişinin bir hususu kendisi veya bir başkası üzerine gerekli kılması, koşul anlamına gelen şart;<sup>110</sup> terim olarak bir hususun varlığı, kendi varlığına bağlı olmakla birlikte, o husustan bir parça teşkil etmeyen durumu ifade eder. Fıkıh usûlünde vaz'î hüküm kategorisinde değerlendirilen şart,<sup>111</sup> fer'î meseleler bağlamında “hukukî işlemin başlaması veya sona ermesinin ilerideki bir olaya bağlanması yahut hukukî işlem için kayıtlar konması” anlamına gelmektedir. Akidlerde şart kavramı ise daha özel bir anlama sahiptir. Buna göre, akidlerin kendi varlığından olmayan, ancak akidlerin meydana gelmesi kendisine bağlanan hususlara şart denir. Mesela, nikah akdinin sıhhat şartlarından olan şahitlik, akdın bizatihi kendi vasfından değildir. Ancak akdın meydana gelmesi, bu şartın gerçekleşmesine bağlı kılınmıştır. Yani şahit bulunduğu halde nikah bulunmayabilir fakat nikah, şahit bulunmadan meydana gelemeyecektir.<sup>112</sup>

Muhayyerlikler açısından düşünüldüğünde akidlerdeki şart koşma ekseninde değerlendirilen ön anlaşmaya bağlı muhayyerlik şartları ya da akdın kendi hukukî yapısından kaynaklanan muhayyerlikleri bu hususta zikredebiliriz.

### 1.2.3.2.2 Gabn

Sözlükte gabn, bir şeyi unutmak, gizlemek ve yanlış yapmak; görüşü zayıf ve eksik olmak gibi anlamlara gelir.<sup>113</sup> Terim olarak, akidlerde bedeller arasında değer yönünden dengesizlik bulunması ya da bireyin aldatılması, özellikle fiyat konusunda

---

<sup>110</sup> İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, XXVI, s. 2335; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, s. 673; Karahisârî, *Ahterî-i Kebîr*, I, s. 348.

<sup>111</sup> Muhsin Koçak-Nihat Dalgın-Osman Şahin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013, s. 223; Mehmet Boynukalın, “Fıkıh Usûlünde Şart Kavramı”, *MÜİFD*, sy. 36, (Ocak-2009), ss. 7-46.

<sup>112</sup> Tanımlar için bkz. Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fikhî*, s. 192; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, II, 1134; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 519; Mehmet Boynukalın, “Şart”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXVIII, 2010, s. 364.

<sup>113</sup> Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, s. 1219; Karahisârî, *Ahterî-i Kebîr*, II, s. 72.

yanıtılması durumlarını ifade etmektedir.<sup>114</sup>

Piyasayı iyi bilmeme ve aklî muhakeme noksanlığı gibi sebeplerle kimi bireyler akidlerinde yanlış kararlar verebilirler. Bu nedenle İslam hukukuna göre akidlerde tarafların haklarını korumayı sağlamak için bireye sağlanan haklardan biri de gabn sonucu oluşacak fesih hakkıdır. Bu fesih hakkının kullanılması veya kullanılmaması bir başka ifadeyle tercih yetkisi, muhayyerlik hakkı şeklinde ifade edilir. Bu düzlemde akidlerdeki aldanma, aldatılma, şart ve ayıp muhayyerlikleri gabn kavramıyla yakından ilişkilidir. Bu nedenle gabn, İslam hukukunda sadece satım akidinde değil, iki taraflı tüm akidlerde etkilidir.<sup>115</sup>

Gabnın akidlerde muhayyerliğe sebep olması doğrudan rızayı sakatlamasıyla değil, rızanın ihlal edildiğini ve haksız bir zararın bulunduğunu gösteren delillerin bulunmasıyla gerçekleşir. Fakat gabn, zararın tespiti noktasında objektif bir kritere sahip olmalıdır. Zira, mesela bir malın piyasa fiyatı ile ilgili değerlendirmeler kimi zaman subjektif karakterli olabilir. Nitekim İslam hukukçuları gabnı, gabnı yesîr ve gabnı fahiş şeklinde ikiye ayırarak gabn sebebiyle oluşacak zararı tespitinde daha objektif bir yol takip etmeye çalışmışlardır.<sup>116</sup>

Gabnı fahiş, aşırı ve belirgin aldanma; gabnı yesîr çoğu zaman bundan kaçınmak mümkün olmadığı için basit ve önemsiz aldanma şeklinde açıklanırken, fakihlerin gabnın ölçüsü konusunda buluştukları ortak nokta örnektir. Yani gabnın miktarı, yaşanan bölgedeki esnaf ve bilirkişiler tarafından belirlenir.<sup>117</sup>

Fakihler, hangi şartlarda gabnın feshe sebep olabileceği hususunda tartışmışlardır. Şayet gabn, karşı tarafın hile ve aldatması sonucu oluşmuşsa, muhayyerlik hakkına sebep olacağı hususunda ittifak olmakla birlikte, kasıt olmaksızın gerçekleşen gabn hususunda ihtilaf vardır. Hukukî düzeni korumak amacıyla gabnın kasıtsız olduğu durumda fesih hakkına/muhayyerliğe yol açmaması gerektiğini savunan birçok hukukçu bulunmakla birlikte, bir kısım hukukçular gabnın her koşulda muhayyerliğe

<sup>114</sup> Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fıkhî*, s. 271; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 11; Ali Bardakoğlu, “Gabn”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XIII, 1996, s. 268; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 151.

<sup>115</sup> Buhûfî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 327.

<sup>116</sup> Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed Şemsü'l-eimme es-Serahsî, *el-Mebsût*, XII, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1993, s. 214; Buhûfî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 327; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 11.

<sup>117</sup> Dimyâfî, *İlânetü't-Tâlibîn*, III, s. 85.

sebepe olacağı kanaatini taşır.<sup>118</sup>

Akıl hastaları, bunaklar ve yetimlerin malları ile kamuyu ilgilendiren vakıf ve hazine malı gibi hususlardaki gabn, muhayyerliklerin dışında tutulmaktadır. Zira buradaki gabn sonucu oluşan fesih hakkı, kişilerin iradelerine bırakılmamış, akdın zorunlu olarak feshi yoluna gidilmiştir. Bu açıdan bakıldığında buradaki fesih, iradi olan değil, cebrî olan bir fesihtir. Böyle bir durum için de muhayyerlikten söz edilemez.<sup>119</sup>

Kişinin kendi bilgisizliği ve dikkatsizliği sonucu gabna maruz kalması galat terimiyle ifade edilir ve bu durum daha çok irade değil, malla ilgili yanılmaya girmekte olup, çözümü daha karmaşıktır. Nitekim çalışmamızda bu husus galat kavramı olarak ayrı bir başlıkta ele alınacaktır.

### 1.2.3.2.3 Galat

Sözlükte yanılmak, yanlışlık<sup>120</sup> gibi anlamlara gelen galat kelimesi terim olarak “kasıt unsuru olmaksızın, maksatla irade beyanı arasında ortaya çıkan uyumsuzluk”<sup>121</sup> şeklinde tanımlanır. Ayrıca galat, tevehhüm ve yanlış tasavvur olarak da ifade edilebilir.

Klasik fıkıh kaynaklarında terimleşmemiş olan galat kelimesi İslam hukukunda daha çok muhayyerlikler bağlamında ele alınmıştır. Galat teriminin ilişkili olduğu muhayyerlikler ise vasıf, ayıp ve görme muhayyerlikleridir. Hata ve cehalet kelimeleri de zaman zaman galat teriminin eş anlamlısı veya yakın anlamlısı olarak literatürde kullanılmıştır.<sup>122</sup> Nitekim Zerka, galatı “akdi yapan kişiye olmayanı varmış gibi tasavvur ettiren ve onu eğer bu tasavvur olmasaydı yapmayacak olduğu akdi yapmaya sevk eden tevehhüm”<sup>123</sup> şeklinde açıklamıştır.

Tevehhüm veya yanlış tasavvura yani iç iradeye dayanması nedeniyle galat, İslam hukukundaki “objektiflik” ve “zâhire göre hüküm verme” yaklaşımına uyum sağlamaz.

---

<sup>118</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, ss. 222-223.

<sup>119</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 79; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 223.

<sup>120</sup> Firûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-Muhîr*, s. 680; Karahisârî, *Ahter-i Kebîr*, II, s. 83.

<sup>121</sup> Hacı Yunus Apaydın, “Galat”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XIII, 1996, s. 297.

<sup>122</sup> Apaydın, “Galat”, XIII, s. 297.

<sup>123</sup> Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 473.

Bu nedenle hukukî istikrar ve güven unsuruna zıt olan subjektif karakteri nedeniyle galatın feshe sebep olması hususu tartışmalıdır. Hukukî istikrar ve iradeyi temel alan Hanefîler ve Şâfiîler akidlerde dış iradeyi esas almışlardır. Bu nedenle onlarda galat nedeniyle akdin fesh edilmesi durumu oldukça sınırlıdır. Hanbelîler ise akidlerde iç iradeye önem vermişler ve bu sebeple galat sebebiyle akdi fesh etme hususunda daha geniş bir anlayış geliştirmişlerdir. Bu iki görüşün ortasında bir yolu takip eden âlimler ise hukukî anlamda güven ve istikrara bir sakatlık gelmeyecekse gerçek iradeye yani iç iradeye itibar edileceği hususunda hemfikir olmuşlardır.<sup>124</sup>

Galatın feshe sebep olup olmamasında kasıt unsurunun da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu husus muhayyerlikler bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ancak bir örnekle ifade edecek olursak; mesela bir şahıs altın zannıyla aldığı bileziğin bakır çıktığını veya ipek zannıyla aldığı elbisenin ipek olmadığını anlasa buradaki galat/hata fakihlerin çoğunluğuna göre kişiye fesih hakkı sağlamamaktadır. Çünkü İslam hukukunda akidlerde genel itibariyle iç iradeye itibar edilmemektedir. Dolayısıyla galatta yanlış tasavvur ya da tevehhüm hususu kişinin akid esnasındaki tutumuyla yakından ilişkilidir.<sup>125</sup> Aksi düşünüldüğünde muhayyerlik meydana gelecektir.

#### 1.2.3.2.4 Garar ve Tağrir

Sözlükte bilmemek, gafil olmak, aldanmak, sonu belli olmamak ve risk<sup>126</sup> gibi anlamlara gelen garar kelimesi terim olarak, meydana gelip gelmeyeceği tam olarak bilinemeyen her türlü durumu ifade ederken, akidde ise haksız kazanca yol açacak derecede akdin kapalılık taşımasını ifade eden bir fıkıh terimidir.<sup>127</sup> Tağrir ise müşteriye malı hakiki vasfından farklı anlatarak yanıltmak, aldatmak ve kandırmak anlamına gelmektedir.<sup>128</sup>

<sup>124</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 218; Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşriyye*, II, ss. 672-673; Halil İbrahim Acar, “Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler 1-Hata”, *ATAÜİFD*, sy. 14, 1999, ss. 83,85; Apaydın, “Galat”, XIII, s. 298.

<sup>125</sup> Krş. Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 218.

<sup>126</sup> Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, s. 648; Karahisârî, *Ahterî-i Kebîr*, II, s. 75.

<sup>127</sup> Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, II, s. 1519; İbrahim Kafî Dönmez, “Garar”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XII, 1996, s. 366; ayrıca akidlerde garar konusu hakkında detaylı bir çalışma için bkz. es-Sadık Muhammed el-Emîn ed-Darîr, *el-Garar ve Eseruhû fi'l-Uğûd*, Beyrut: Dârü'l-Ceyl, 1990, ss. 28-33.

<sup>128</sup> Bkz. *Mecelle*, Md. 164; Hacı Mehmet Günay, “Tağrir” *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXIX, 2010, s. 375.

Akidlerdeki belirsizlik ve bilinmezliği ifade eden garar kelimesi, tağrir ile doğrudan aynı anlama gelmemektedir. Tağrirde *daima aldatma kası* bulunması ancak buna karşın gararda bazen kasıt unsurunun bulunmaması bu iki kavramı ayıran en temel farktır. Şu halde kasıt unsuru barındıran akidlerdeki garar, tağrir ile aynı anlamı ifade ederken, kasıt unsuru barındırmayan garar, tağrirden farklıdır.<sup>129</sup> Garar kelimesi, Hz. Peygamber (s.a.v.)’den rivayet edilen hadislerde geçmektedir. Bu rivayetlerde bizzat Hz. Peygamber (s.a.v.) tarafından “garar satışının” yasaklandığı ifade edilmiş ancak nelerin garar kapsamına girdiği detaylı şekilde açıklanmamıştır.<sup>130</sup> Bu rivayetler üzerinden yürüten fakihler garar kapsamına birçok konuyu dâhil etmişler ve ortak noktanın insanlar arasında nizaya sebep olacak türden bilinmezlik içermesi olduğunu belirtmişlerdir. Bu bağlamda kimi zaman faize yol açan garar, birçok durumda aldanma ve aldatılmayla ilişkilendirilmiştir.<sup>131</sup> Meselâ bir hayvanın karnındaki yavrunun satışı, garar satışı olarak değerlendirilmiş ve yasaklanmış/geçersiz sayılmıştır.<sup>132</sup> Aldanma-aldatılma muhayyerliği başlığı altında gararın muhayyerliğe sebep olması ayrıntılı şekilde ele alınacağı için burada daha fazla detaya girilmeyecektir.

### 1.2.3.2.5 Tedlîs

Sözlükte aldatma, hîle yapma ve malın kusurunu müşteriden gizleme<sup>133</sup> gibi anlamlara gelen tedlîs, terim olarak, akid yapılırken malın kusurunun gizlenmesi ve böylece müşterinin aldatılması anlamına gelmektedir.<sup>134</sup> Hz. Peygamber (s.a.v.)’in şart muhayyerliğine cevaz vermesinin ana gerekçesi de esasen akidlerdeki hileyi ifade eden

<sup>129</sup> Garar kavramıyla ilgili ayrıntılı yapılmış bir çalışma için bkz. Necmeddin Güney, “İslam Borçlar Hukukunda Garar”, (*Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013), s. 16.

<sup>130</sup> “Hz. Peygamber garar satışını yasaklamıştır.” Ebû Dâvûd, “Büyu” 25; Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre et-Tirmizî, *es-Sünen*, Ahmed Muhammed Şâkir vd. (thk.), III, Mısır: Şirketü Mektebeti ve Matbaati Mustafa el-Bâbî el-Halebî, “Büyu” 17.

<sup>131</sup> Ebu’l-Velîd Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd (el-Cedd) el-Kurtubî, *el-Beyânu ve’t-Tahsilu ve’s-Şerhu ve’t-Tevcihu ve’t-Ta’lîlu li Mesâilî’l-Müstehrace*, Muhammed Hacı vd. (thk.), IV, Beyrut: Dâru’l-Garbi’l-İslâmî, 1988, s. 238; Ebu’l-Abbâs Şihâbuddîn Ahmed b. İdris b. Abdurrahman el-Karâfî el-Mâlikî, *ez-Zahîra*, VI, Beyrut: Dâru’l-Garbi’l-İslâmî, 1994, s. 94.

<sup>132</sup> Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî el-Mâverdî, *el-Hâvî’l-Kebîr fî Fikhi Mezhebi’l-İmâmî’s-Şâfiî ve Hüve Şerhu Muhtasarı’l-Müzenî*, eş-Şeyh Ali Muhammed Muavviz-eş-Şeyh Âdil Ahmed Abdu’l-Mevcûd (thk.), V, Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1999, s. 268.

<sup>133</sup> Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü’l-Muhît*, s. 546; Karahisârî, *Ahterî-i Kebîr*, I, s. 106.

<sup>134</sup> Kal’acî, *el-Mevsûatü’l-Fikhiyye*, I, s. 466; Bünyamin Erul, “Tedlîs”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXX, 2011, s. 262.

tedlîse dayanmaktadır.<sup>135</sup>

Akidlerde aldatılma muhayyerliğinin dayandığı kavramlardan olan tedlîs, bütünsel anlamda tağrir<sup>136</sup> ile aynı anlama sahiptir. Her iki kavramın yol açtığı durum, müşteride yanlış kanaat oluşturma ve böylece onun aldanmasını sağlama amacına hizmet etse de tedlîs kavramının sözlük anlamında “kusurun gizlenmesine” vurgu yapılmıştır. Kusuru gizleme ise iki surette yapılabilir: Birincisi, yalan ve yanlış beyanda bulunma şeklinde. İkincisi ise alış-verişte söylenmesi beklenen kusurların sorulmadığı gerekçesiyle söylenmemesi ki bu durum “sukûti hile” olarak nitelenebilir. Sukûti hile de müşterinin aldatılmasına yol açtığı için, yalan beyan ile aynı sürece yani tedlîsten kaynaklı muhayyerliğe yol açacaktır. İşte tağrir ile tedlîsin farklılaştığı husus da burasıdır. Yani tağrirda müşterinin belli bir takım beyanlarla yanıltılması temel alınırken, tedlîste hem yanlış beyan ile hem de sukûti hile ile müşterinin yanıltılması söz konusudur.

Tedlîs kavramı eserlerde genel itibariyle müşterinin aldatılması üzerinden açıklansa da<sup>137</sup> özellikle alış-verişi meslek haline getirmemiş olan bireylerin satıcı konumunda olduğu durumlarda da tedlîsten söz etmek mümkündür. Mesela, karşılıklı malların değişimi (*trampa*) şeklindeki satışlarda alış-verişin bedeli olan malda da bu nevi bir tedlîs bulunabilir. Bu durumda ise tedlîs sonucu muhayyerlik hakkına satıcı sahip olacaktır. Bu hususlar aldatılma muhayyerliği başlığı altında ayrıntılı şekilde ele alınacağı için burada detaya girilmemiştir.

#### 1.2.3.2.6 İkrah

İkrah kelimesi sözlükte şiddet, meşakkat, kaçınmak ve zorlamak gibi anlamlara gelmektedir.<sup>138</sup> Terim olarak ikrah, “Bir kimseyi korkutarak rızası olmaksızın haksız yere bir işi yapmaya zorlamak”<sup>139</sup> ya da “Cebir ve tehdit kullanarak kişiyi rıza göstermeyeceği bir söz veya davranışa zorlamak”<sup>140</sup> şeklinde tarif edilmektedir.

<sup>135</sup> “Alış-veriş yaptığın zaman aldatma yok, ben üç gün muhayyerim de!” Buhârî, “Büyu”, 48; İbn Mâce, “Kitâbu'l-Ahkâm”, 24.

<sup>136</sup> Akidlerde tağrir, aldatılma muhayyerliğinin dayandığı kavramlardan olup, eserlerde hud'a, hilâbe ve ğaş kelimeleri ile eş anlamlı kimi zaman da yakın anlamlı olarak kullanılır. Bkz. Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, II, s. 1471; Günay, “Tağrir”, XXXIX, ss. 375-376.

<sup>137</sup> Bkz. Saffet Köse, “Hile”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XVIII, 1998, ss. 28-29.

<sup>138</sup> Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, s. 1252; Karahisârî, *Ahter-i Kebîr*, II, s. 166.

<sup>139</sup> Çeker, *Akidler*, s. 32.

<sup>140</sup> Ali Bardakoğlu, “İkrah”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXII, 2000, s. 30.

İkrah ile icbar kavramları taşıdıkları anlam itibarıyla benzerlik arz etseler de icbarın hukukî meşrûiyetinin olması, onu ikrahtan ayırır.<sup>141</sup> Zira ihtikâr (*karaborsacılık*) yapan kimsenin mallarının yetkili merciler tarafından cebren satışı<sup>142</sup> ve zekâtını vermeyeni zekât vermeye zorlamak hususunda icbar terimi kullanılırken, yetkisiz bir şahsın bir başkasını zorlayarak istemediği bir akdi gerçekleştirtmesinde ise ikrah terimi kullanılır. Kısaca icbar, kanunî yaptırım, ikrah ise gayri kanunî yaptırım olarak ifade edilebilir.<sup>143</sup>

İkrah kavramı akidlerdeki rıza mefhumuyla yakından ilişkilidir. Hatta ikrah, rızanın zıttı olarak kullanılabilir. Zira zorlanan kişi, normal şartlarda kabul etmeyeceği, rıza göstermeyeceği bir hususu kendi üzerine iltizam etmek zorunda kalmaktadır. Bununla birlikte ikrah, ihtiyarın elinden alınması anlamını doğrudan karşılamamaktadır. Çünkü aldanma sonucu ihtiyarın yanlış kullanılması şeklinde gerçekleşen irade zafiyeti, ikrahta daha farklı bir seyir izler. Mesela, aldanmada hem rıza hem de ihtiyar sakatlanırken, ikrahta sadece rıza zedelenmektedir.<sup>144</sup>

İkrahın ölçüsü hususunda uzun tartışmalar yapılmıştır. Ortaya çıkan sonuç ikrahın ölçüsünün subjektif bir karaktere sahip olduğunu göstermektedir. Zira aynı derecede bir ikraha maruz kalmış olan iki şahıs düşünüldüğünde birinci şahıs için gerçek manada ikraha sebep olan şey, ikinci şahıs için tam anlamıyla ikraha sebep olmayabilir. Çünkü mesela ikinci şahıs birinciye göre hem güçlü hem de ikraha karşı koyabilecek durumdadır. İkrahın bu subjektif karakterinden dolayı, ikrah sonucu gerçekleştirilen bir akdin, zorlanan şahıs için muhayyerlik taşıması hususu ancak kanunî iradenin gerçek ikrahi tespitiyle mümkün olabilecektir. Gerçek ikrahın muhayyerliğe bakan yönü, muhayyerlik çeşitleri bölümünde *zorlananın muhayyerliği* başlığı altında ayrıntılı şekilde ele alınacağı için burada detaylar zikredilmemiştir.

#### **1.2.3.2.7 Kefâet**

Sözlükte eşitlik, denklik, benzerlik ve yeterli olmak gibi anlamlara gelen kefâet kelimesi, İslam aile hukukunda özel bir anlama sahip olup, evlenecek olan karı-koca arasında dindarlık, ekonomik durum ve sosyal seviye gibi bazı hususlarda denklik

---

<sup>141</sup> Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akd*, I, s. 420.

<sup>142</sup> Ali Bardakoğlu, “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 1, 1983, s. 10.

<sup>143</sup> Buhûrî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 305; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, ss. 52, 275.

<sup>144</sup> Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, s. 27; Bardakoğlu, “İkrah”, XXII, s. 32.

bulunmasını ifade eden bir kavramdır.<sup>145</sup>

Sa'dî Ebû Ceyb kefâeti “Nikahta erkeğin kadına İslam, neseb, takva, hürriyet, mal ve meslek konusunda denk olması”<sup>146</sup> şeklinde detaylı bir şekilde tanımlarken, Kal'acî ise *el-Mevsûâtü'l-Fıkhiyye*'de “Bazı sıfatlarda erkeğin kadına denk veya üstün olması” şeklinde genel bir tanım yapmıştır.<sup>147</sup>

Nikah akdinde özel bir anlama sahip olan kefâet, akdin lüzum şartlarıyla ilgili bir kavramdır.<sup>148</sup> Evlilikte denkliğin olmaması sonucu oluşan muhayyerlik hakkı da kefâet muhayyerliği olarak isimlendirilip, bu hakka bazen evlenecek olan kız bazen de kızın velisi sahip olmaktadır. Kefâet muhayyerliği başlığı altında bu hususlar ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

### 1.2.3.2.8 Bülûğ

Sözlükte ulaşmak, idrak sahibi olmak ve ergenlik gibi anlamlara gelen bülûğ, terim olarak, bireyin çocukluk döneminden çıkıp, dinî ve hukukî sorumluluk altına girmesini ifade eder.<sup>149</sup>

Bülûğ, bireylerin eda ehliyeti kazandığı dönemi ifade eder ve bu seviyeye ulaşmış erkeğe bâliğ, kıza ise bâliğa denilir. Bireyin ergenlik çağına ulaşması, fiilî ve hükmi olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir. Fiilî ergenlik, erkek ve kızda bülûğ alameti olarak bilinen fiziksel değişimlerdir. Bunlar, erkek için ihtilam olma, kadın için hayız ve hamilelik gibi hususlardır. Hükmi ergenlik ise fiziksel alâmetler görülmeyen bireyler, belli bir yaş olgunluğuna ulaştıkları takdirde hukukî olarak ergen sayılmaları şeklinde olup, bu ergenlikte üst yaş sınırı, cumhura göre kız ve erkekte onbeş yaş iken Ebû Hanîfe (ö. 150/767)'ye göre kızda on yedi yaş erkekte ise onsekiz yaş olarak

<sup>145</sup> İbn Manzûr, *Lisân'ül-Arab*, XXXXX, s. 4496; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, s. 50; Karahisârî, *Ahterî-i Kebîr*, II, s. 171; Hamza Aktan, “Kefâet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXV, 2002, s. 166; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 300. Ayrıca bkz. Şevket Pekdemir, “Evlilikte Denklik Konuları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 15/1, 2015, ss. 113-147.

<sup>146</sup> Ebû Ceyb, *el-Kâmûsü'l-Fikhî*, s. 220.

<sup>147</sup> Kal'acî, *el-Mevsûâtü'l-Fıkhiyye*, II, s. 1237.

<sup>148</sup> Fakihlerin çoğunluğu kefâeti lüzum şartı olarak görmelerine rağmen, kimi fakihler bunu akdin sıhhat ya da nefaz şartı olarak da kabul etmektedir. Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, ss. 234-235; Kal'acî, *el-Mevsûâtü'l-Fıkhiyye*, II, s. 1237; Aktan, “Kefâet”, XXV, s. 167.

<sup>149</sup> Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, s. 780; Karahisârî, *Ahterî-i Kebîr*, I, s. 89; Ebû Ceyb, *el-Kâmûsü'l-Fikhî*, s. 41; Akalın vd., *Türkçe Sözlük*, s. 424.



belirlenmiştir.<sup>150</sup>

Hukukî mükellefiyetin olduğu bu dönemde birey, her türlü akdî sorumluluk altına girebilmektedir. Zina, kumar gibi yasaklanmış olan haram fiillerden mesul olacağı gibi, namaz ve diğer farz ibadetleri yapmakla da mükellef kılınır. Akdî sorumluluk kapsamında alış-veriş, kiralama ve nikah gibi hukukî işlemleri kendi başına yapabilmek ehliyetini de elde eder.<sup>151</sup>

Muhayyerliklerde bülûğ, bireyde aranan vasıfların başında gelmektedir. Çünkü muhayyerlikler, birey iradesine dayanır ve tarafların rızalarını doğru şekilde gerçekleştirmeyi amaçlar. Eda ehliyetini elde edememiş olduğu için bülûğa ulaşmamış bireyin, gerçek iradesinden söz etmek mümkün değildir. Nitekim nikah akdine ait muhayyerliklerden bülûğ muhayyerliği, bireyin ergenliğe ulaşması durumunda meydana gelmektedir.<sup>152</sup>

### 1.2.3.3 Muhayyerliğin Kullanım Sürecine İlişkin Kavramlar

Muhayyerliklerin kullanımı, akdi onama, fesh etme ya da tercihli ürünlerden birisini seçme gibi birey iradesine bağlı hususları içermektedir. Birey, *iradesini* akde *icâzet* vererek veya *fesh ederek* kullanabildiği gibi, bazı durumlarda muhayyerlik hakkını yargı süreciyle akdi fesh ettirmek suretiyle de kullanabilir. Bu aşamalarda akid sürecinde karşımıza çıkan irade, icâzet, fesih ve fesad kavramlarının muhayyerlik konusunda önemli bir yeri vardır.

#### 1.2.3.3.1 İrade

Sözlükte dilemek, emretmek, bir davranışı gerçekleştirme kuvveti gibi anlamlara gelen irade kelimesi; terim olarak, bir hukukî işlemi yapmaya karar vermek ve yönelmek anlamına gelmektedir. Akidlerde irade, bireylerin akdi gerçekleştirme isteklerini ve yönelişlerini ifade etmektedir. Bu istek ve yönelişlerin gerçekleşmesi ise irade beyanı olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, s. 360; Ali Bardakoğlu, "Bülûğ", *DİA*, İstanbul: TDV Yay., VI, 1992, ss. 413-414.

<sup>151</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 233.

<sup>152</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 233.

<sup>153</sup> Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, s. 673; Karahisârî, *Ahterî-i Kebîr*, I, s. 21; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 255; Mustafa Çağrırcı-Hayati Hökelekli, "İrade", *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXII,

Gerek irade yani karar sürecinde ve gerek irade beyanının gerçekleştiği süreçlerde hukukî olarak bireyin özgür olması, bir baskı ve etki altında kalmadan kararlarını vermesi beklenir. Ancak kimi zaman iradeyi sakatlayan sebeplerden dolayı birey iradesi, akidlerde tam tezahür etmeyebilir. İradeyi sakatlayan sebepler şeklinde de ele alınan bu hususlar, muhayyerlik ile ilişkili olan konulardandır. Mesela, bireyin ehliyetinin tam olmaması iradeyi sakatlayan bir sebep olduğu gibi maldaki kusuru gizleyerek müşteriye yanlış beyanda bulunma da birey iradesini zedeleyici bir durum olarak görülür.<sup>154</sup> Nitekim bu durumlar, gelecek bölümlerde ele alınacağı üzere, muhayyerliğin oluşmasına sebep sayılan hususlardandır.

### 1.2.3.3.2 İcâzet

İcâzet kelimesi sözlükte aşırıp geçme, yürürlüğe koyma, uygulama, caiz kılma ve onama gibi<sup>155</sup> anlamlara gelir. Terim olarak icâzet “Bir hukukî işlemin işlerlik ve bağlayıcılık kazanabilmesi için hak sahibinin onay vermesi”<sup>156</sup> anlamında kullanılır. Ancak icâzet ile izin birbirinden farklı kavramlardır. İcâzet, önceden yapılmış olan bir hususu/eylemi onamaktır. İzin ise eylem gerçekleşmeden önce verilen müsaadedir.<sup>157</sup> Ayrıca, hak sahiplerinin haklarını korumaya yönelik bir tabir olan icâzet, esasen tek taraflı bir irade beyanıdır. Ancak icâzet tek taraflı bir irade olsa da çift taraflı muhayyerliklerde akdin bağlayıcılığını sağlamak için iki tarafın da iradesini gerektiren bir yapı olarak da karşımıza çıkabilir.<sup>158</sup>

İcâzet kelimesinin terim anlamında geçen “işlerlik kazandırma” ifadesi mevkuf akidlerin karşılığı iken; “bağlayıcılık kazandırma” ifadesi ise muhayyerlik bulunan akidlerin karşılığıdır diyebiliriz. Mevkuf akde icâzet verme ile muhayyerlik bulunan akde icâzet verme kural olarak aynı yapıya sahipse de işlerlik ve bağlayıcılık açısından ince fakat önemli bir ayrıntı vardır. Şöyleki mevkuf akid icâzet verilinceye kadar askıda bekler, icâzet verilince işleme konur. Bir kısım muhayyerlikler ise akid

2000, s. 380; Apaydın, “İrade Beyanı”, XXII, s. 387; sözlük tanımı için bkz. Akalın vd., *Türkçe Sözlük*, s. 1203.

<sup>154</sup> Bkz. Acar, “İradeyi Sakatlayan Sebepler 1-Hata”, s. 95.

<sup>155</sup> Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, s. 506; İbrahim Mustafa vd., *el-Mu'cemu'l Vasit*, I, s. 146.

<sup>156</sup> Hacı Yunus Apaydın, “İcâzet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXI, 2000, s. 401.

<sup>157</sup> Bkz. Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, ss. 50-52; ayrıca bkz. Mehmet Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük*, yy.: İz Yayıncılık, ty., ss. 517, 569.

<sup>158</sup> Çeker, *Akidler*, s. 84.

kurulduğu andan itibaren işlerlik kazanmıştır ve hukukî anlamda sonuçlar meydana getirebilecektir. İcâzet de bu akde bağlayıcılık kazandırmaktadır. Bununla birlikte buradaki ortak nokta şudur, muhayyerlik bulunan akidler ile mevkuf olan akidler ancak icâzetle kesinlik kazanır.

### 1.2.3.3 Fesad

Sözlükte yok olmak, telef olmak ve bozulmak; mutedil olanın dışına çıkmak gibi anlamlara gelen fesad kelimesi, salah kelimesinin zıt anlamlısıdır.<sup>159</sup> Daha çok Hanefî fakihler için teknik bir anlam ifade eden fesad terim olarak, hukukî işlemin aslen meşrû, vasfen meşrû olmaması veya “vasıf ve şartlarındaki eksiklik ve bozukluk sebebiyle hükümsüz olması” şeklinde tarif edilmektedir.<sup>160</sup>

Fakihlerin çoğunluğu akidlerin oluşum sürecinde vasıf ayrımı yapmamış, hukukî sonuç meydana getirinceye kadar geçirdiği her şartı akdin aslî unsuru kabul etmiştir. Bu nedenle onlara göre, asıl unsurlarda olduğu gibi, vasıftaki bir noksanlık da akdi bâtıl/geçersiz kılmaktadır. Ancak Hanefîler, akdin oluşum sürecinde gerekli şartları belli aşamalara ayırmış ve asıl unsurlarda meydana gelen eksikliği akdin geçersiz/bâtıl olmasına bir sebep saymışlarken, vasıflardaki eksikliği, fesad sebebi sayarak akdi müdahale ile kurtarma yoluna gitmişlerdir. Böylece vasıftaki eksiklik sebebiyle fâsid kabul edilen akid, Hanefîlerin anlayışına göre, sahih ile bâtıl akdin ortasında bir konuma sahip olmaktadır. Mesela, vadesi belirtilmeden veresiye bir şeyi satmak, müddet belirtilmeden bir şeyi kiralamak vasıfta bir eksiklik kabul edilerek akdi fâsid kılan durumlardan sayılmıştır. Fakat Hanefîler, nikah akdini bundan istisnâ tutmuşlar ve bu akiddeki fesadı, cumhur gibi bâtıl anlamında kullanmışlardır.<sup>161</sup> Böylece Hanefîler, akidleri fâsid ve bâtıl şeklinde ikiye ayırarak cumhurdan farklı bir yol izlese de nikah akdi gibi feshi mümkün olmayan bir takım hukukî işlemlerde cumhur gibi

<sup>159</sup> Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, s. 636; İbrahim Mustafa vd., *el-Mu'cemu'l Vasît*, II, s. 688.

<sup>160</sup> Bkz. Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî, *el-Hucce alâ Ehli'l-Medîne*, Mehdi Hasan Geylânî el-Kâdirî (thk.), III, Beyrut: Âlimü'l-Kütüb, 1403, ss. 192-367; ayrıca bkz. Ebû Ceyb, *el-Kâmûsü'l-Fıkhi*, s. 372; fesad terimi, fakihlerin çoğunluğuna göre, akidlerde aslen ve vasfen meşrû olmayan anlamındaki bâtıl kelimesinin eş anlamlısı olarak kullanılır. Ancak akidleri bâtıl ve fâsid şeklinde ayrı ayrı değerlendiren Hanefîler için fesad kavramı, daha özel bir anlama sahiptir. Fesad kavramı ile ilgili değerlendirmeler için bkz. İbn Âbidîn, *Reddü'l Muhtâr*, VII, s. 233; Hacı Yunus Apaydın, “Fesad”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XII, 1995, s. 417.

<sup>161</sup> Ebû Ceyb, *el-Kâmûsü'l-Fıkhi*, s. 372; Hanefîler fâsid bir akdin müdahale ile sahih hale dönüştürülebileceğini genel anlamda kabul etseler de Züfer (ö. 158 h.) bir takım gerekçeler öne sürerek bunu kabul etmemiştir. Züfer'in bu husustaki gerekçeleri için bkz. Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 262.

fâsid kavramını bâtil anlamında kullanmışlardır. Benzer şekilde ibadetlerde de fesad kavramı, bâtil/geçersiz anlamında kullanılmaktadır.<sup>162</sup>

#### 1.2.3.3.4 Fesih

Fesih kelimesi sözlük anlamı itibariyle aklen veya bedenlen zayıf olmak, bilmemek, ayırmak ve bozmak gibi anlamlara gelmektedir.<sup>163</sup> Terim anlamı ise “bir akdin veya hukukî bağın iradî olarak ortadan kaldırılmasını ifade eder.”<sup>164</sup> Fesih kavramı akidlerdeki muhayyerlik kavramıyla yakından ilişkilidir. Çünkü muhayyerlik sonucu kullanılan hak, çoğunlukla bir fesih hakkıdır.<sup>165</sup>

İnfisah terimi de akdin bozulması anlamında İslam hukukunda kullanılmakta ise de fesihten şöyle bir farkı vardır; fesih iradî olarak taraflardan birisinin akdi bozması anlamında kullanılırken; infisah, akdin kendiliğinden bozulması anlamında kullanılır.<sup>166</sup> Nitekim bazı durumlarda akid zorunlu olarak fesh edilebilmektedir. Bu açıdan iki tür fesih vardır, birincisi bireyin ihtiyarına bırakılan fesih hakkı; ikincisi cebri olan fesihtir. Birincisine örnek bireylerin muhayyerlik haklarını kullanarak akdi fesh edebilmeleridir. İkincisine örnek ise vakıf ve devlet arazisinin gabn ile satışı nedeniyle devletin işleme el koyarak akdi doğrudan fesh etmesidir.<sup>167</sup>

Muhayyerliklerin hemen hepsi, olumsuz yönde kullanıldığı takdirde bir fesih işlemi olduğu gibi, mevkuf akidlerin tümü icâzet verilmediği takdirde yine bir fesih işlemidir.<sup>168</sup> Fakat daha teknik ifade etmek gerekirse bunu dört başlıkta özetlemek mümkündür:<sup>169</sup>

1) *Akdin bağlayıcı olmaması*: Akdin bağlayıcılığını etkileyen en temel iki unsur akdin mevkuf olması ve tarafların muhayyerlik hakkının bulunmasıdır. Muhayyerlik,

<sup>162</sup> Karadâgî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, ss. 152-156; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, II, s. 1519.

<sup>163</sup> Firûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-Muhît*, s. 257.

<sup>164</sup> Bardakoğlu, “Fesih”, XII, s. 427.

<sup>165</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 440; “Muhayyerlik hakkına sahip tarafın akdi onaylamaması veya sona erdirmesine fesih denmesi, akdin icap ve kabulle ve hukukî varlık kazanmış olması sebebiyledir. Bu anlayışa bağlı olarak, kurulmuş fakat yetkili tarafın veya üçüncü şahsın hakkına taalluk ettiği için işlerlik kazanmamış (*mevkuf*) bulunan akdin bu şahıs tarafından onaylanmaması da bir nevi fesih sayılır.” Bkz. Bardakoğlu, “Fesih”, XII, s. 429.

<sup>166</sup> Bardakoğlu, “Fesih”, XII, s. 427.

<sup>167</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 223.

<sup>168</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, ss. 261,440.

<sup>169</sup> Ali Bardakoğlu fesih sebeplerini dört kısma ayırmış olup biz de bu kısımlandırmaya göre konuyu ele aldık. Bkz. Bardakoğlu, “Fesih”, XII, ss. 428-431.

akdin başında taraflarca belirlenebildiği gibi, hukuk düzeninin tanımış olduğu haklar çerçevesinde de bu hak meydana gelebilmektedir.

Mevkuf, üçüncü şahsın hakkına taalluk eden bir akidde işlerliği sağlamak için icâzet vermek veya işlemi iptal için akdi fesh etme ile ilgilidir. Üçüncü şahsın akdi onaylamaması, akdin yok hükmünde sayılmasına neden olmaktadır.

Muhayyerlik kullanılarak veya mevkuf bir akde icâzet vermemek suretiyle meydana gelen işlem her iki durum için de fesih işlemidir. Ancak bu iki durumun meydana getirdiği sonuçlar farklı olabilir.

2) *Akdin fâsid oluşu*: İslam hukukunda malî yönü bulunmayan ve mülkiyeti nakletme sonucunu meydana getirmeyen akidler için fâsid ve bâtil ayrımı yoktur. Bunun dışında malî yönü bulunan ve mülkiyeti nakleden akidlerde fâsid ve bâtil ayrımı vardır. Hanefîlerin yaklaşımında daha çok kendini gösteren fesad ayrımı, etki olarak sorgulandığında fesadı gidermek veya fesh etmek şeklinde yorumlanır. Burada akdin feshinden önce fesada sebep olan kusurun giderilmesi yoluna gidilir. Bu mümkün olmadığı takdirde fesih gerçekleşir. Özetle söylemek gerekirse fesih ile fâsid arasındaki ilişki kısaca şudur; fesih, fâsid bir akidde iptal işleminin adıdır.

3) *Borcun ifa edilmemesi*: Borcun vaktinde ödenmemesi, akidde bir fesih sebebidir. Şöyleki borcun ifasına engel olan sebepler, şayet şahsın kendi kusurundan kaynaklanıyorsa, öncelikle borçlunun borcunu ödemesi sağlanır. Şayet bu mümkün olmaz ise fesih yoluna gidilir. Yani hukukî yapının sui istimaline uğramaması için, birinci planda akdin tamamlanması için çalışılır.<sup>170</sup>

4) *Şahsî mazeretler*: Akde taraf olanların kişisel problemleri bazı durumlarda akdin feshine sebep olabilmektedir. Mesela, kiracının başka şehre taşınmak zorunda kalması kişisel mazerettir. Ancak mazeretlerin tümü feshe sebep olmamakla birlikte hakkaniyet ölçüsüyle belli tür mazeretler feshe sebep olabilmektedir. Fakat burada mal sahibini zarara uğratmamak temel ölçüttür.<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 524.

<sup>171</sup> Bardakoğlu, “Fesih”, XII, ss. 428-431.

### 1.2.3.3.5 Butlan

Sözlükte boşa gitme, zayi olma ve heba olma gibi anlamlara gelen butlan,<sup>172</sup> İslam hukuk terimi olarak hukukî işlemin temelinde meydana gelen bir eksiklik veya bozukluk sebebiyle hükümsüz/geçersiz olması anlamına gelir.<sup>173</sup> Akidlerde butlan ise cumhur ve Hanefiler açısından iki farklı tanıma sahiptir. Cumhura göre, akdin rükünlerinde/aslında veya vafında meydana gelen eksiklikler sebebiyle geçersiz olması butlan olarak ifade edilirken,<sup>174</sup> Hanefilere göre akdin sadece rükünlerinde/aslında meydana gelen eksiklikler butlan olarak görülür ve sadece vafındaki eksiklikler sebebiyle akid fâsid kabul edilir.<sup>175</sup> Fesad kavramı açıklanırken de izah edildiği gibi Hanefilerin bu ayrımı muamelat alanındaki akidleri ilgilendirmekte olup nikah akidinde, Ebû Hanîfe'nin had cezası ile ilgili değerlendirmede butlan-fesad ayrımı dışında genel kabul bu ayrımın yapılmaması yönündedir. Ayrıca Hanefiler, ibadetlerde de butlan-fesad ayrımı yapmamışlar, fâsid bir ibadeti bâtıl/hükümsüz saymışlardır.<sup>176</sup>

Butlan sebebiyle hükümsüz sayılan akidler, bâtıl olarak isimlendirilir. Bâtıl akidler, hüküm ifade etmedikleri için mülkiyet de ifade etmezler. Bu nedenle böyle bir akid, baştan itibaren hiç olmamış (*keen lem yekün*) gibi değerlendirilir. Mesela, murdar bir hayvanı, hür bir insanı satmak ve bir müslümanın diğerine domuz veya şarap satması batıl kabul edilir.<sup>177</sup> Muhayyerlikler açısından düşünüldüğünde, akdi fesh etme veya geçersiz kılma hakkına sahip olan bireyin bu hakkını olumsuz yönde kullanması, işlemi geçersiz kılacağı için ortaya çıkan hükme göre akid bâtıl kabul edilecektir.

### 1.3 Teori

Teori kavramı, tüm bilimsel disiplinleri kapsayan tanımının yanı sıra bulunduğu özel bilimsel disiplinin muhtevâsına göre şekillenen bir anlam içeriğine sahiptir. Bu nedenle teori kavramını hem genel anlamıyla hem de akidlerdeki muhayyerlik teorisi açısından özel anlamıyla tanımlamak gerekmektedir.

<sup>172</sup> İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, IV, s. 302.

<sup>173</sup> Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fıkhî*, ss. 38-39; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, I, ss. 350-352.

<sup>174</sup> Bkz. Dimyâtî, *İlânetü't-Tâlibîn*, III, s. 72.

<sup>175</sup> Bkz. Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 262; İbn Âbidîn, *Reddü'l Muhtâr*, VII, s. 233.

<sup>176</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, ss. 152-156; Ali Bardakoğlu, "Butlân", *DİA*, İstanbul: TDV Yay., VI, 1992, s. 476.

<sup>177</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 487; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 263.

### 1.3.1 Genel Anlamıyla Teori

Sözlükte *kuram* ve *nazariye* kelimesinin eş anlamlısı olarak kullanılan teori kelimesi, “sistemli bir biçimde düzenlenmiş birçok olayı açıklayan ve bir bilime temel olan kurallar, yasalar bütünü”<sup>178</sup> olarak tanımlanır.

Kökene Eski Yunan’a dayanan teori kelimesi terim olarak<sup>179</sup> “*Bilgi anlayışında bir kanunlar grubunun, kendisinden çıkarıldığı bir ilkeye bağlı olması. Saf bilgi, düşünmeye dayanarak yeni olguları bulmayı hedefleyen bilimsel öğreti*”<sup>180</sup> veya “...bilimsel bir bilgi sistemi içinde konusunun bir bölümüne ya da tamamına ilişkin olarak sistematik bir görüş geliştiren soyut, genel ve açıklayıcı ilke...”<sup>181</sup> şeklinde tanımlanan teori, başta felsefe, mantık ve fıkıh usûlünün konularından “düşünme”<sup>182</sup> ve “istidlâl”<sup>183</sup> gibi akıl yürütme eylemi içeren kavramlarla yakından ilişkilidir. İslam hukuku araştırmalarında teori/nazariye ekseninde birçok konu ele alınmış olup, çalışmamızla en çok bağlantılı olan akid nazariyesi/teorisi,<sup>184</sup> bu konulardan birisidir.

### 1.3.1 Akidlerdeki Muhayyerliklerle İlişkisi Açısından Teori

Teori kavramının düşünsel eylem içeren bilimsel çıkarımlarda teori-pratik ikilemesi şeklinde verilerek, *pratik* kavramının karşıt anlamlısı olarak zikredilmesi,<sup>185</sup> teoriyi soyut düşünme eyleminin odağına koymaktadır. Akid teorisinin bir alt başlığı olabilecek olan muhayyerlik teorisi, akidlerdeki pratik sonuçlarından hareketle bu konuyu genel, soyut ve açıklayıcı bir ilke haline dönüştürmeyi amaçlar. Bu bağlamda genel bir ilke haline getirmeye çalıştığımız muhayyerlik teorisi, elbette bazen konunun

<sup>178</sup> Akalın vd., *Türkçe Sözlük*, ss. 1528, 2323.

<sup>179</sup> Teori kelimesi, eski Yunan’a kadar giden anlam kazanma sürecinde farklı süreçler yaşamış, hatta günümüz anlamını kazanması ile ilk çıktığı anlam arasında anlam farklılığı da oluşmuştur. Ancak biz çalışmamızda günümüz anlamıyla araştırmamızı ele alacağız. Teori kelimesinin tarihi arka planı için bkz. Orhan Hançerlioğlu, *Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar*, VI, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1993, s. 309.

<sup>180</sup> Süleyman Hayri Bolay, *Felsefi Doktrinler ve Terimler Sözlüğü*, Ankara: Akçağ Yay., 1997, s. 265.

<sup>181</sup> Ahmet Cevizci, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma Yay., 2003, s. 388.

<sup>182</sup> Düşünme, teorik düşünmeyi de kapsayan ama teoriden daha geniş bir anlam içeriğine sahip olan bir kavramdır. Bkz. İlhan Kutluer, “Düşünme”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., X, 1994, ss. 53-57.

<sup>183</sup> “Bir veya birden çok önermeden başka bir önerme çıkarma, akıl yürütme anlamında mantık terimi; delile bağlı akıl yürütme...” gibi anlamlarda kullanılan istidlâl, genel kurallara ulaşmada akli bir düşünsel eylem içermesi yönüyle teori kavramıyla yakından ilişkilidir. İstidlâl kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Abdülkuddüs Bingöl, “İstidlâl”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXIII, 2001, s. 323; Ferhat Koca, “İstidlâl” (*Fıkıh*), *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXIII, 2001, s. 324.

<sup>184</sup> Bu hususta müstakil eserler de vardır. Bkz. Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akd*, I-II; Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*.

<sup>185</sup> Kutluer, “Düşünme”, X, s. 53.

tamamını bazen de bir bölümünü kapsayan bir yapı arz edebilecektir. Mesela, görme, şart ve kusurlu çıkma muhayyerlikleri, genel ve neredeyse tüm akidleri kapsayıcı bir teori düzleminde ele alınabilirken, şüf'a, kefalet ve rehin gibi hukukî işlemlerden doğan muhayyerlikler, genel anlamda kapsayıcı türden olmayıp, bu işlemlerin kendi husûsî özelliklerine bağlı bir teori ekseninde ele alınabilmektedir. Şu halde mesela kusurlu çıkma muhayyerliği, akid teorisinin geneline etki eden bir muhayyerlik teorisi örneği iken; kefalet muhayyerliği, sadece kefalet akdine ait bir muhayyerlik teorisi örneğidir.



## İKİNCİ BÖLÜM

### MUHAYYERLİĞİN AKİDLERDEKİ HUKUKÎ ALTYAPISI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ

Genel hukuk teorisi içerisinde özel bir yeri olan akid teorisinin, birey iradesinin doğru şekilde gerçekleşmesi açısından en fazla ilişkili olduğu husus, muhayyerlik konusudur. Muhayyerliğin yer aldığı zemini anlayabilmek için de akidlerdeki hukukî altyapısını, hangi nasslara ve gerekçelere dayandığını tespit etmek gerekmektedir. Diğer yandan, çalışmamızda akidler bağlamında/özelinde ele alındığı için, muhayyerliklerin akidlerdeki temel özelliklerine yer vermek, gelecek konuları anlamada bir zemin teşkil edecektir. Ayrıca muhayyerliklerin sınıflandırma yöntemleri, bu bölümde araştırmanın önemli bir parçasını oluşturmaktadır.

#### 2.1 Akidlerde Muhayyerliğin Hukukî Altyapısı

Akidlerde muhayyerliğin hukukî alt yapısını oluşturan temel etkenlerin başında akdin bağlayıcılığa ve devamlılığa sahip olup olmadığı hususu yer alır.

Akid teorisi içerisinde şahıs iradesini temel alan muhayyerlik, İslam borçlar hukuku başta olmak üzere, karar verme ve tercihte bulunma aşamasında akid süreçlerinin tümünde bireylere tanınan hukukî bir güvencedir. Akid teorisi içerisinde muhayyerliği temellendirmek için öncelikle, İslam hukukunda şart koşma serbestisinin anlaşılması gerekmektedir. Zira akidlerde muhayyerlikler genel olarak, tercih hakları, akdin gereği olan ve öne sürülen şart ve koşullardan oluşmaktadır.

#### 2.2.1 Akidlerde Şart

Şart terim olarak, bir hukukî işlemin işlevsel hale gelmesi veya işlevsel olan hükmün sona ermesinin gelecekte vuku bulması ihtimal dâhilinde olan bir hususa bağlanmasını veya hukukî işlem için kayıtlar konulmasını ifade eder.<sup>186</sup>

---

<sup>186</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 36; Boynukalın, “Şart”, XXXVIII, s. 364; ayrıca Sevâr, akidlerdeki şart koşmaları bir şeklîlik olarak ele almış ve esas itibarıyla İslam hukukunda akidlerin birey iradesine göre şekillendiğini, hukuk güvenliği için bazen şeklîliğin gerekli olduğunu ancak İslam hukukunda lafzî şeklîliğin az olduğunu belirtmiştir. İslam hukukunda şeklîlik ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Muhammed Vahidüddin Sevâr, *eş-Şekl fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Amman: Mektebetü Dâru's-Sekâfe, 1997, ss. 36-37, 41, 52, 59.

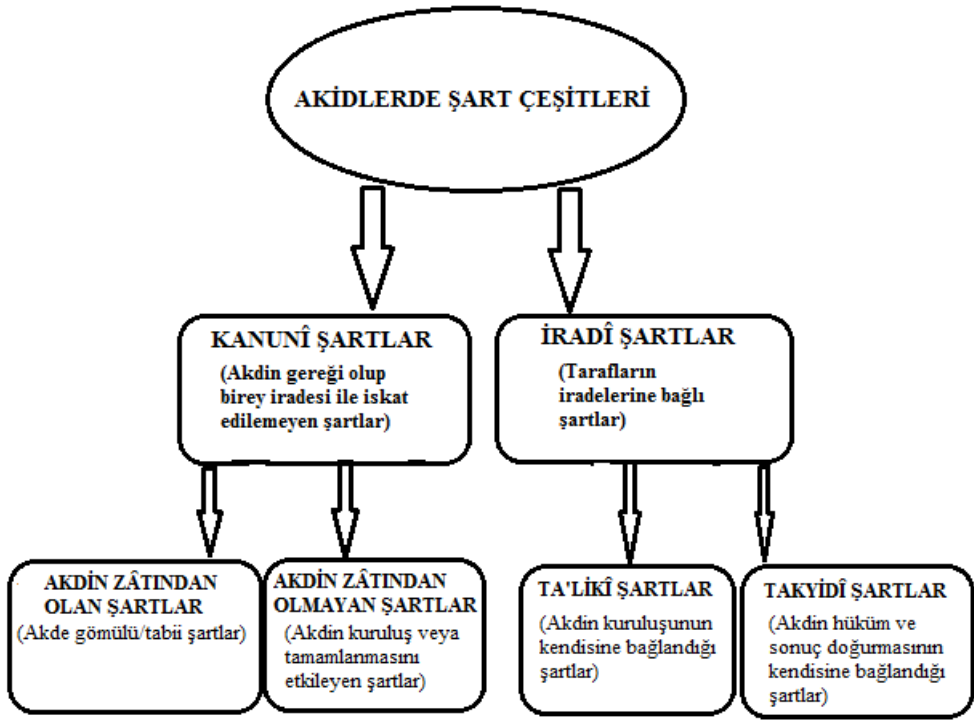
İslam hukukunda şartın iki özelliğinden bahsetmek mümkündür; *birincisi*, hukukun doğrudan sağladığı şartlar, *ikincisi* ise birey iradesine bağlı gelişen şartlardır. İslam hukuku eserlerinde ele alındığı şekliyle burada dayandığı kaynağı bakımından şartlar, kanunî (*şer'î*) ve iradî (*ca'li*) olmak üzere iki başlıkta ele alınacaktır.<sup>187</sup>

İslam hukukunda akidlerin oluşum sürecinde temel unsurlara bağlı hususlar, âlimler tarafından akdin şartları başlığı altında ele alınmaktadır. Bu kapsamda akdin oluşum sürecinde icab-kabul ve zorunlu husûsiyetler de şart kapsamında düşünülebilir. Şu halde akdin temel unsurlarından (*rükünlerinden*) olan icab-kabulün birbirine uygunluğu bir şart olduğu gibi, akdin bağlayıcılığını etkileyen bir kusur taşımaması; bağlayıcılığın taşıdığı bir şart olarak görülür. Bu gibi hususları esasında *akde gömülü (tabii) şartlar* olarak da ifade etmek mümkündür. Zira literatürde *akdin zâtından olmayan koşulların* şart olarak tanımlanması, burada ele aldığımız hususları dışarıda bırakmaktadır. Tanım dışında kalan bu gibi rükünlere gömülü şartlar, akidlerle girişken bir yapıya sahiptir.<sup>188</sup>

Aşağıdaki şekilde (Şekil-9) akde ait şartlar daha net görülmektedir:

<sup>187</sup> Şart konusunu akidlerde farklı açılardan tasnif etmek mümkündür. Bkz. Burhan Erkuş, “İslam Hukukunda Hukukî İşlemlerin Şarta Bağlılığı”, (*Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005), ss. 22-29; Şevket Pekdemir, *İslam Hukukunda Sözleşmelerde Cezâî Şart*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016, ss. 30-44.

<sup>188</sup> İbn Âbidin (ö. 1889) akdin in'ikad, sıhhat, nefaz ve lüzum şeklinde dört şartı olduğunu belirtir. Bkz. İbn Âbidin, *Reddû'l Muhtâr*, VII, ss. 14-15; Akdin rükünlerinin taşınması gereken şartlar ile ilgili bkz. Dimyâtî, *İlânetü't-Tâlibîn*, III, s. 12; Buhûtî (ö. 1051 h.), akdin oluşumunda; tarafların rızası, hukukî ehliyet, malın mübah ve istifade edilebilir (*müntefeun bih*) olması, mülkiyet, malın teslimi mümkün (*makdûru't-teslîm*), malın ve bedelin malum olması şeklinde yedi tane şart saymıştır. Bkz. Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 305; bir akdin meydana gelebilmesi için gerekli olan şartlar olarak da ifade edebileceğimiz akdin temel unsurları; irade beyanı, ehliyet ve akdin konusu gibi hususlardan oluştuğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte akdin kuruluşunda her üç temel unsurun kendine ait in'ikad şartlarını taşıması gerekir. Yani irade beyanı için icab-kabulün gerçekleşmesi bir in'ikad şartı iken, bu icab ve kabulü gerçekleştirenlerin akdi yapmaya elverişli bireyler olmaları da ehliyet unsurunun in'ikad şartıdır. Yine satılan malın akde konu olabilecek mahiyette olması yani mesela malın helal ve mütekavvim olması akdin konusuna ait in'ikad şartına örnektir. Bkz. Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşriyye*, II, ss. 676-677, 688; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, ss. 61-110.



Şekil-9

Şekilde de görüldüğü gibi, akidlerdeki *kanunî şartlar*, akdin gereği olup birey iradesi ile yok sayılamazlar. *İrâdî şartlar* ise tarafların akid yaparken başta belirledikleri koşulları ihtiva etmesi yönüyle, birey iradesi ile iskat edilebilecektir. Kanunî şartlar da kendi arasında iki kısma ayrıldığında *birincisi*, akdin kendi zâtından olan akde gömülü/tabii şartlar, *ikincisi* ise akdin kuruluş ve tamamlanması aşamalarında yer alan akdin zâtından olmayan şartlardır. İrâdî şartlar da kendi içinde iki kısma ayrılmakta olup *birincisi*, akdin kuruluşunun kendisine bağlandığı ta'likî şartlar, *ikincisi* ise akdin hüküm ve sonuç doğurmasının kendisine bağlandığı takyidî şartlardır. Gelecek başlıklarda bu hususlar örnekleriyle birlikte daha detaylı ele alınacaktır.

### 2.2.1.1 Kanunî Şart

Şer'î veya resmî şart olarak da isimlendirilen bu husus, kaynağını doğrudan kanun koyucu iradede ya da hukukî işlemin kendi yapısından almaktadır. Kanunî şart, temel itibarıyla nasslara dayanmakta ve akidlerin oluşumunda zorunlu olarak bulunması

gerekmektedir.<sup>189</sup>

Kanunî şart kimi zaman akidden bağımsız olabildiği gibi, kimi zaman da akde gömülü olarak bulunur. Mesela, nikah akidinde şahitlerin bulunması<sup>190</sup> hukukî işlemin ek bir şartı iken, alış-verişte icab ve kabulün olması,<sup>191</sup> malın mütekavvim olması,<sup>192</sup> tarafların ehliyete sahip olmaları,<sup>193</sup> hukukî işleme gömülü şartlardandır.

Muhayyerlikler bağlamında düşünüldüğünde akdin gereği olan muhayyerliklerin neredeyse tamamı, kanunî şart kapsamında yer almakta ve başta şart koşturmakla gerek kalmaksızın, akidlerin içerisinde bu şartlar (*muhayyerlikler*) yer almaktadır. Mesela, akidlerde meclise bağlı muhayyerlikler ve görme muhayyerliği gibi akdin gereği olan ve kaynağını doğrudan nasstan ve akdin kendi yapısından alan muhayyerlikler, birey iradesi ile yok sayılamaz. Bu gibi muhayyerlikler, birey iradesine bağlı kılınmadığı için iskat edilemezler. Akid kaim olduğu sürece, bu muhayyerlikler de kaimdir.<sup>194</sup>

### 2.2.1.2 İradî Şart

İradî şart, meydana gelmesi insan iradesine bağlanması sebebiyle bu ismi almıştır. Ta'li şartlar olarak da isimlendirilen bu husus, akidlerde tarafların ileri sürdükleri koşulları ifade etmektedir. Ta'likî ve takyidî olmak üzere iki kısımda ele alınan bu şartlar,<sup>195</sup> muhayyerlik teorisinin dayandığı, akidlerde şart koşturma serbestisi açısından önemli bir faktördür.

#### 2.2.1.2.1 Ta'likî Şart

Ta'lik, bir işin meydana gelmesini başka bir işin gerçekleşmesine bağlamaktır. Ta'likî şart ise bir hukukî işlemin gerçekleşmesini, ileride meydana gelmesi muhtemel bir olaya bağlamaktır. Ta'likî şartlarla kurulan hukukî işlemlerde “ise olursa, eğer, her ne zaman” gibi şart edatları kullanılır.<sup>196</sup>

Ta'likîn meydana gelebilmesi için iki şartın oluşması gerekir: *Birincisi*, akdin

<sup>189</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, ss. 282, 284; Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 224.

<sup>190</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 224.

<sup>191</sup> Mevsi, *el-İhtiyâr*, II, s. 252.

<sup>192</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 7.

<sup>193</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 472.

<sup>194</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, ss. 309-469; İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, s. 282.

<sup>195</sup> Detaylı bilgi için bkz. Erkuş, *Hukukî İşlemlerin Şarta Bağlılığı*, s. 24.

<sup>196</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 36; Ahmed b. Muhammed ez-Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, Cidde: Dârul-Beşîr, 2001, s. 415; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, s. 527.

kuruluşunun bağlandığı şart, akid esnasında mevcut olmamalıdır. Aksi halde akid, şarta bağlanmış olmaz. Mesela, bir kimse diğerine “Ramazan ayı girmişse bu arabayı sana sattım” dese ve hakikaten akidleşme anında da Ramazan ayı girmiş olsa, bu akidde şekil bakımından ta’lik varsa da hakikatte bu, şarta bağlı bir akid değil, kuruluş itibariyle derhal geçerli olan bir akiddir.<sup>197</sup> İkincisi, akdin bağlandığı ta’likî şart, gerçekleşmesi muhtemel bir şart olmalıdır. Gerçekleşmesi muhtemel olmayan bir şarta mesela “güneş batıdan doğarsa, sana şu malı sattım” şeklinde bir işlem, şartın muhtemel olmamasından dolayı geçersizdir.<sup>198</sup>

Ta’likî şartın özelliklerini şu şekilde özetleyebiliriz:

- Ta’likî şart, hukukî işlemten ayrı bir husustur. Tarafların iradeleriyle işlemin bir parçası haline gelir.
- Ta’likî şart, geleceğe yönelik bir husus olmalıdır. Gerçekleşmiş bir olaya bağlı öne sürülen bir ta’likî şart, esasında ta’lik değildir.
- Ta’likî şart, olması muhtemel bir iş ya da eyleme dayanmalıdır. Meydana gelmesi mümkün olmayan bir husus, ta’likî şart olamaz. Böyle bir şart, hukukî işlemi geçersiz kılıcı bir şarttır. Olması kesin olan bir ta’likî şart da esasında ta’lik değil bir izâfedir.<sup>199</sup>

Ta’likî şartların hangi tür hukukî tasarruflarda bulunabileceği, fakihler arasında tartışmalıdır. Ancak genel kabul, bedelli yani temlik meydana getiren akidlerde ta’likî şartın geçerli olmayacağı yönündedir. Buna göre nikah, satım ve kiralama gibi mal ya da menfaatin intikalini içeren akidlerde ta’likî şart geçersiz sayılmıştır. Ancak vasiyet, vekâlet, umra ve rukbâ gibi akidler ta’lik kabul edebilmektedir.<sup>201</sup>

### 2.2.1.2.2 Takyidî Şart

Hukukî işlemin kayıt ve şarta bağlanması anlamına gelen takyid, akde bitişik olan şartlardandır. Takyidî şart, akdin in’ikadı yani kuruluşuyla değil, akdin hükmüyle yani

<sup>197</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 36.

<sup>198</sup> Bkz. Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, ss. 415-416.

<sup>199</sup> Bkz. Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, ss. 416-417.

<sup>201</sup> Bkz. Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, s. 231; Ta’likî şart ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, ss. 416-417; Erkuş, *Hukukî İşlemlerin Şarta Bağlılığı*, ss. 24-25; bedelli akidlerde ta’likin geçerli sayılmamasının temel nedenini Dârîr, akidlerde meydana gelen garar mefhumu ile açıklamıştır. Bkz. ed-Darîr, *el-Garar fi'l-Ukûd*, s. 138.

sonuç doğurmasıyla bağlantılıdır.<sup>202</sup> Mesela, Hz. Şuayb'ın, sekiz yıl çalışma şartıyla Hz. Musa'ya kızlarından birisini nikahlama şartı, takyidî şart ile yapılan bir akde örnektir.<sup>203</sup>

Takyidî şartın özellikleri şu şekilde özetlenebilir:

- Takyidî şart akdin aslından değil, akde ilave şartlardandır.
- Takyidî şart, gelecekte bir işin şart koşulmasıdır.
- Takyidî şart, gerçekleşmesi muhtemel bir olay ya da bir husus olmalıdır. Gerçekleşmesi kesin olan bir hususa bağlanmışsa, takyidî şarttan değil, akdin izâfesinden bahsedilir.
- Takyidî şart, akdin kuruluşunu etkilemez, ancak hükmünü geciktirir.

Ta'likî ve takyidî şartlar, geleceğe yönelik olmaları, muhtemel bir olaya dayanmaları, akde ilave şartlardan olmaları yönüyle benzer özelliklere sahiptir. Ancak bu iki şartın aralarındaki en belirgin ve önemli fark şudur; ta'likî şartın hukukî işlemin sonuç veya hükümlerine etkisi olmayıp, işlemin kuruluşunda etkisi vardır. Takyidî şartın ise hukukî işlemin sonuç ve hükümlerine etkisi olup, işlemin kuruluşuna bir etkisi yoktur.<sup>204</sup>

### 2.2.2 Akidlerde Ta'lik, İzâfe ve Takyid

İslam hukukunda akid hürriyetinin temelinde akidlerde şart koşabilme imkanı yatmaktadır. Bu bağlamda yukarıda da izah edildiği üzere üç çeşit şarttan bahsedilir; *birincisi*, ta'likî şartlardır ki bizatihi akdin varlığına bağlı, yani akdin gerçekleşmesinin bağlandığı şartlardır. *İkincisi*, izâfe şartları olup bu da akdin işleyişini belli bir zamandan başlatan şartlardır. *Üçüncüsü ise* takyidî şartlar olup, akdin hüküm ve sonuçlarını etkileyen şartlardır.<sup>205</sup> İzâfî ve takyidî şartları aynı kategoride ele almak da mümkündür.

Akidlerde ta'lik, in'ikadın (*kuruluşun*) gelecekte olması muhtemel bir şarta

<sup>202</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 37.

<sup>203</sup> el-Kasas 28/27. Ayrıca bkz. Ayhan Ak, *İslam Hukuk Literatüründe Hz. Musa*, İstanbul: Rağbet Yay., 2016, ss. 63-66.

<sup>204</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 37.

<sup>205</sup> Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, s. 527; Bardakoğlu, "İslam Hukukunda Akit Hürriyeti", s. 10.

bağlanması iken, izâfe<sup>206</sup> ise in'ikadı gerçekleşmiş olan akdin, hükmen geçerliliğinin, gelecekte bir zaman dilimine bağlanmasıdır. Akdin in'ikadı gelecekte bir şarta bağlanmışsa “muallak”, hükmü gelecekte bir zaman dilimine bağlanmışsa “muzâf”, akdin in'ikadı ve hükmü derhal geçerli olacak şekilde gerçekleşmesi durumunda akid “münecciz” olarak isimlendirilir.<sup>207</sup>

İslam hukukuna göre konusu mal ya da menfaat olan akidler genel olarak ta'lik kabul etmezken, kuruluşu gelecekte bir şarta bağlanmış olan vasiyet, vekâlet ve vesâyet gibi akidler, yapısı itibariyle ta'lik kabul ederler. Bey' ve nikah gibi derhal temlik ifade eden akidler izâfe kabul etmezken, yapısı itibariyle gelecekte bir zaman dilimine bağlanan vasiyet gibi veya özelliği itibariyle hükmü istikbâle ait olan icâre gibi akidler izâfe kabul etmektedir.<sup>208</sup>

İzâfe, muhayyerlik teorisi bağlamında ele alındığında muâvazalı (*bedelli*) akidlerde de etkili olabilmektedir. Mesela, yetkili olan şahsın onayını beklediği için mevkuf akidlerin icâzet beklemesi, bir tür izâfe işlemidir. Ayrıca akdin bağlayıcılığıyla ilgili tarafların ön anlaşma ile belirledikleri şartlı muhayyerliklerin tümü, akdin kesinlik kazanması bakımından, muhayyer olan tarafın icâzetine izâfe edildiği için, yine bir izâfe işlemidir. Yani akidlerin in'ikad aşaması izâfe kabul etmese de akid nefaz veya lüzum aşamalarında izâfe kabul edebilmektedir. Zaten izâfe, daha önce izah edildiği üzere, akdin kuruluşunu değil, işleyişini etkileyen hususlardandır.<sup>209</sup>

İslam hukukunda akidler kurulurken kullanılan sigalara ziyadesiyle önem verilerek hem şimdiki zamana hem de gelecek zamana ait bir anlam taşıyabildiği için genellikle muzârî sigası değil, kesinlik ifade eden mazi (*geçmiş zaman*) sigası kullanılmıştır. Bu nedenle fakihler arasında genel kabul muzârî sigalarla<sup>210</sup> akdin kurulamayacağıdır.<sup>211</sup> Ancak bazı âlimlere göre, kullanılan muzârî sigasının şimdiki zamana ait olduğu

<sup>206</sup> İzâfe kavramı, ilişki, bağlantı kurma, bir şeyi bir şeye bağlama gibi anlamlara gelmektedir. Mahmut Kaya, “Makûlât”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXVII, 2003, s. 460.

<sup>207</sup> Bkz. Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 37; Çeker, *Akidler*, s. 94.

<sup>208</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, ss. 37-38.

<sup>209</sup> Buhûti, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 321; Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 37; ayrıca bkz. Darîr, *el-Garar fi'l-Ukûd*, ss. 146-147.

<sup>210</sup> Arapçada muzârî sigalar hem şimdiki zamana hem de gelecek zamana delalet etmektedir.

<sup>211</sup> Mevslî, *el-İhtiyâr*, II, s. 252; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 4; Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, I, s. 90; ayrıca Mecelle'de “Ukûdda itibar mekâsîd ve meâniyedir; elfâz ve mebâniye değildir.” kuralı, akidlerin kuruluşunda maksadın önemine işaret etmektedir. *Mecelle*, Md. 3.

anlaşıyorsa, bu durumda da kullanılan lafız ile akid tamamlanmış sayılmaktadır.<sup>212</sup> Esasında burada vurgulanmak istenen, akidlerin inşâî lafızlarla kurulmuş olmasının gerekliliğidir. Mazi sigalar yapısı itibarıyla inşâîdir ve bu nedenle inşâî olan mazi sigaları, yeni bir durum oluşturur. Muzârf sigalar ise ihbarî olduğu için yeni bir durum oluşturmaz, yeni durumu sadece haber verir.<sup>213</sup> Bu nedenle akdin in'ikad sürecinin izâfe ifade etmemesine fakihler özen göstermişlerdir. Bununla birlikte, kesinlik kazanmış bir akid de geleceğe izâfe anlamı taşıyabilir. Yani akdin kuruluş mantığında gelecekteki bir edimi ifa anlamı yatması, akdin geleceğe izâfesi kapsamında düşünülebilir. Nitekim Karaman'ın iptidaî bir görüş olarak değerlendirdiği “akdin in'ikadı ile ifası arasında mutlaka bir zaman dilimi bulunmalı” yaklaşımını savunan ve bu yüzden teâtîyi akid olarak görmeyen fakihler,<sup>214</sup> akdin gelecekte ifasının, bir izâfe işlemi olarak değerlendirilmesini desteklemektedir.

Akidlerin bazı durumlarda tamamlanma yönüyle (nefaz ve lüzum) geleceğe izâfe edilebileceğini söylemiştik. Mesela, başlanmış olan bir akdin tam anlamıyla sonuç meydana getirmesi ve tamam olması, şayet gelecekte bir zaman diliminde vuku bulacak türden bir şarta bağlı ise akid geleceğe izâfesi açısından ele alınır. Şöyleki şart muhayyerliği barındıran bir akid, her ne kadar akdin kuruluş şartlarını taşısa da belirlenen süre doluncaya kadar akid, feshe kabildir. Şu halde akdin kesinlik kazanması, geleceğe izâfe edilmektedir. Bu açıdan şarta bağlı muhayyerlikler, akdin geleceğe izâfesi kapsamında değerlendirilebilir.

### 2.2.3 Akidlerde Şart Koşma Serbestisi

İslam hukukunda muamelat alanında sınırlar ve kurallar, ibadetler ve hadlarda olduğu kadar net çizgilerle belirtilmemiş, genellikle toplum menfaati, örf ve maslahat gibi zamana ve bölgeye bağlı hususlarla ilişkilendirilmiştir. İbaha prensibi sayesinde İslam hukukçuları birçok konuda muamelat sahasında haramlık yerine helal olma ön kabulüyle meselelere yaklaşmışlardır. Bu sebeple İslam hukukunda “eşyada asl olan ibahadır”<sup>215</sup> kuralı, en çok muamelat sahasını ilgilendirmektedir.<sup>216</sup>

<sup>212</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 468.

<sup>213</sup> Mevslî, *el-İhtiyâr*, II, s. 252; Çeker, *Akidler*, s. 51.

<sup>214</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 48.

<sup>215</sup> Krş. Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed b. Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, I, yy.:



İslam hukukçuları, akidlerin kuruluşunda rıza unsurunu vazgeçilmez kabul ederler. Akdin rızaya dayanması da bu ibaha kuralının bir sonucudur. Zira akidlerde bu kural işletilmezse, sınırlı sayıda olan nikah gibi şekli akidlerle, alım-satıma konu olan ve şekli olmayan akidler arasında bir fark kalmayacaktır. Bu da akidlerin belli birtakım şekil şartlarına tabi olmadan, mücerred rızaya dayanma prensibine<sup>217</sup> zıt olacaktır. Halbuki akidlerin rızaya dayanması prensibine ziyadesiyle önem verdiği için, bireyin gerçek iradesinin ortaya konması hususunda İslam hukuku diğer hukuklara nazaran tarihî süreçte öncü bir yer edinmiştir.<sup>218</sup> Bu nedenle o, koyduğu umûmî şartlar ve prensipler/genel kurallar haricinde akidlerin şart ve çeşitleriyle ilgili herhangi bir sınırlandırmaya gitmemiş, bu genel kurallar çizgisinde olan her türden akdi ve şartı, akid serbestisi çerçevesinde geçerli saymıştır.<sup>219</sup>

Bu sayılanların yanı sıra muhayyerliğin dayandığı akid serbestisini sınırlayıcı bazı hususlar da vardır. Mesela, İslam hukuku araştırmacılarının bir kısmı akidleri işlerken, modern döneme ait bir akid türünü mutlaka klasik dönemdeki bir akde bağlama veya benzetme ihtiyacı hissederler. Hâlbuki konuya ibaha prensibi açısından bakan hukukçular, kendilerini yeni bir akid türünü klasik dönem akidlerinden biriyle ilişkilendirmek zorunda hissetmezler. Onlar için önemli olan bu yeni akid türünün fâsid şartlar barındırmama gibi İslam hukukunun genel prensipleriyle uyum içerisinde olmasıdır. Bu cümleden olarak, mesela sigorta akdi modern döneme ait bir akid türü olarak kabul edilir. Sigortayı meşrûlaştırmak için uzun tartışmalar yapılmış ve klasik dönem akidleriyle bağlantısı ispatlanmaya çalışılmıştır.<sup>220</sup> Bu bağlamda kimisi sigortayı klasik dönemdeki âkile sistemine ya da kefalet akdine benzetmiş, kimisi de

---

Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, ty., s. 17, V, s. 282; *Mecelle*, Md. 8. Ayrıca bkz. Osman Şahin, "İslam Hukuk Metodolojisinde İstishâb", *OMÜİFD*, sy. 12-13, 2001, s. 511.

<sup>216</sup> Örf'e bağlı, nizaya sebep olmayan şartların caiz olacağı ile ilgili bkz. İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, s. 286; Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 37; Darîr, *el-Garar fi'l-Ukûd*, s. 9; Abdurrahman Haçkalı, "İslam Hukuku Açısından Akid Serbestisi Prensibi", *Dini Araştırmalar Dergisi*, 5/13, (Ağustos 2002), s. 136.

<sup>217</sup> Karadâgî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, ss. 18-22; rızâilik prensibi, "akdin kurulması için icabın kabule bitişmesinin yeterli olması demektir. Bir başka ifadeyle rızâilik, tarafların iradelerinin (*teslim ve tesellüm olmadan*) tek başına akdi oluşturabilmesidir." Bkz. İbrahim Tüfekçi, "İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği", *İHAD*, sy. 20, 2012, s. 13.

<sup>218</sup> "Mücerret rıza ile bir akdin kurulabilmesi, hukuk tarihinde ilk defa İslam hukuku tarafından kaide olarak benimsenmiştir." Bkz. Bardakoğlu, "Akit Hürriyeti", s. 10.

<sup>219</sup> Nitekim ayetlerde "Ey iman edenler akidlerinizi yerine getiriniz." Şeklindeki genel hitaplar dışında akdi sınırlayıcı bir hitap bulunmamaktadır. el-Maide 5/1.

<sup>220</sup> Nihat Dalgın, *İslam'ın Işığında Sigortacılık*, Samsun, yy., 2002, ss. 52, 58, 64, 93, 100; Haçkalı, "Akit Serbestisi", s. 119.

hibe, muvalat ve vekâlet gibi farklı akid türleriyle sigorta arasında bağlantı kurmaya çalışmıştır. Ancak tüm bu çabalar göstermiştir ki sigorta klasik döneme ait akid türlerinden hiçbiri ile birebir örtüşmemektedir. Konuya ibaha prensibi ile bakan araştırmacılar ise sigortanın her ne kadar klasik dönem akidleriyle birebir bağlantılı olduğunu tespit edemeseler de prensip olarak sigorta akdinin kurulmasının mübah olduğunu, mevcut sigorta akidlerinin “nevi şahsına has” birer akid olduğunu kabul etmişlerdir. Ancak mevcut tüm sigortaların caiz olup olmadığı hususunu, içerdiği bazı özellikler sebebiyle ayrıca tartışmışlardır.<sup>221</sup>

Tüm bu anlatılanlara bağlı olarak şunu söyleyebiliriz; muamelat sahasında işlenen akidler, ibaha prensibi çerçevesinde düşünülürse hem anlama hem de uygulama alanında daha faydalı bir yaklaşım sağlanabilecektir. O halde akidlerdeki şart koşma serbestisi de aynı şekilde ibaha kuralı çerçevesinde mütalaa edilmelidir. Bu şekilde olduğunda akidlerdeki şart koşma serbestisi günün şartları, kanunî güvence, toplumsal işleyiş ve birey hakları açısından ele alınarak hem genişletilebilir hem de sınırlandırılabilir. Mesela, bireyler kendi menfaatlerini korumak için akidlerde muhayyerlikler gibi belli şartları öne sürebileceği gibi devlet de vatandaşlarını ve hukuk düzenini korumak için noter, resmî belge, şahitlik gibi belli şartlar öne sürebilir. İşte tüm bunlar, akidlerde şart koşma serbestisi çerçevesinde düşünülmelidir. Nitekim TBK’da da kanunun izin verdiği sınırlar içerisinde taraflar, sözleşmenin içeriğini belirleme yetkisine sahiptirler.<sup>222</sup>

Muhayyerlikler açısından ele alındığında akidlerde şart koşma serbestisi sadece genişliği değil, sınırlandırmayı da ifade eder. Zira akid serbestisi bağlamında birey dilediği şartı öne sürerek keyfî uygulamalara gidebilir. Bunu önlemek için hukuk düzeninin/kanunun bu şartları sınırlandırması gerekir. Yani hukuk düzeni, bu sınırlandırmayla, bireyler için sağlanan muhayyerlikleri belli şekil şartlarına tabi kılar. Mesela, şart muhayyerliğinin süresini kısaltmak ya da uzatmak bu kapsamda düşünülebilir. Yani yapılan sözleşmelerde cayma süresi resmî anlamda belli bir günle sınırlandırılabilir.<sup>223</sup> Ya da mesela kanun, internetten satın alınan bir ürün için görme

<sup>221</sup> Dalgin, *Sigortacılık*, ss. 52, 58, 64, 93, 100.

<sup>222</sup> Bkz. TBK, Md. 26; ayrıca bkz. Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1995, s. 99.

<sup>223</sup> Nitekim günümüz tüketici kanununa göre mesafeli satış sözleşmelerinde tüketicinin on dört gün içinde

muhayyerliğini, malın kargo elemanı tarafından teslimiyle sınırlandırılabilir. Bu şekildeki sınırlandırmalar, kanaatimizce doğrudan bireylerin haklarını kısıtlamaya yönelik değil, tarafların veya üçüncü şahısların haklarını korumaya yöneliktir.

Burada şu önemli hususa da dikkat çekmek gerekir; tarafların ön anlaşma ile belirledikleri şartlı muhayyerlikler, temelde akidlerde şart koşma serbestisine dayanmaktadır. Akdin gereği olan muhayyerlikler ise akidden beklenen fayda, rıza ve bireylerin iradesini sağlıklı şekilde gerçekleştirme gibi esaslara dayanmakta olup doğrudan kaynağını hukukî iradede almaktadır. Bu nedenle akidlerde şart koşma serbestisi, muhayyerliklerin sadece bir bölümüyle yakından ilişkilidir.

Abdulkerim Zeydan akidlerdeki şart koşma serbestisi konusunda âlimleri daraltıcı, genişletici ve orta yolu takip eden yorum sahipleri şeklinde üç gruba ayırmıştır.<sup>224</sup> Bu üç yaklaşım, hem klasik fıkıhın akid serbestisine bakışı, hem de çağdaş dönemde bu konuyla ilgili takip edilebilecek yollarla ilgili net bilgiler sunmaktadır.

### 2.2.3.1 Daraltıcı Yorum

Zâhirîlerin öncülük ettiği daraltıcı yorum sahipleri, akidlerle ilgili şartlarda *asl olan haramlıktır* anlayışına sahiptirler. Onlara göre nass veya icmâ ile tespit edilmemiş şartlar sahih değildir. Dolayısıyla sadece insan iradesi ile ortaya konan şartlar bâtıldır. Delilleri ise “Kim Allah’ın koymuş olduğu hududu aşarsa işte onlar zalimlerdir”,<sup>225</sup> “Bugün sizin dininizi tamamladım”<sup>226</sup> gibi ayetlerdir. “Kim bizim işimize uygun olmayan bir işle amel ederse o merduttur”<sup>227</sup> hadisi de Zâhirîlerin öne sürdükleri delillerdendir.<sup>228</sup>

Bu yaklaşım sahiplerine göre, nasslarda belirtilmemiş olan şartlar, fâsid şartlar olup geçerli değildir. Bireyler akid esnasında kendi iradeleri ile şer’î açıdan desteklenmemiş olan bir takım şartları öne süremezler. Zâhirîlerin bir kısım muhayyerlikleri kabul etmemesinin arka planında bu yaklaşımları vardır.

---

sözleşmeden cayma hakkı vardır. Bkz. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, sy. 6502, yıl 2013, Md. 48, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6502.pdf> (09.09.2016); ayrıca güncel kanunlarda şekil şartları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, ss. 64-65.

<sup>224</sup> Zeydan, *el-Medhal*, ss. 375-379.

<sup>225</sup> el-Bakara 2/229.

<sup>226</sup> el-Maide 5/3.

<sup>227</sup> Buhârî, “Büyü”, 60; Müslim, “Hudud”, 18.

<sup>228</sup> Zeydan, *el-Medhal*, ss. 375-379.

### 2.2.3.2 Genişletici Yorum

Genellikle Hanbelî âlimlerin öncülük ettiği ve kısmen Mâlikîlerin de yakın durduğu genişletici yorum sahiplerine göre, akidlerde şart koşma hususunda asl olan mübahlıktır. Helali haram ya da haramı helal kılacak şekilde olmamak kaydıyla, akidlerde ileri sürülen şartlar, geçerli kabul edilir. Onların delilleri, “Ey iman edenler, akidlerinizi yerine getirin”<sup>229</sup>, “Anlaşma yaptığımız zaman Allah’ın ahdini tam olarak yerine getirin”<sup>230</sup> gibi ayetler ve “Müslümanlar arasında sulh caizdir, ancak helali haram haramı helal kılmak hariç. Helali haram, haramı helal kılmamak kaydıyla Müslümanlar şartlarına bağlıdır”<sup>231</sup> gibi rivayetlerdir.<sup>232</sup>

Genişletici yorum sahiplerine göre, riba meydana gelmesi gibi dinin genel yasalarına muhalefet etmediği sürece, bireyler akid esnasında bir takım şartlar öne sürebilme hakkına sahiptirler. Bu yaklaşıma sahip olan fakihlerin, muhayyerliklerde daha müsamahakâr ve işlemlerin sınırlarını daha geniş tutmalarında buradaki ön kabulleri etkilidir. Zira mesela, şart muhayyerliğinde Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ve Şâfiî (ö. 204/820) sürenin üç günü geçemeyeceği kuralını kabul etmelerine karşın, Mâlikîler ve Hanbelîler, sürenin üç günden fazla olabileceğini kabul ederler.<sup>233</sup>

### 2.2.3.3 Orta Yolu Takip Eden Yorum

Üçüncü olan ve önceki iki görüşün ortası olan yorum sahipleri ise Hanefîlerdir. Şâfiîlerin de genel manada bu grupta yer aldıkları söylenebilir.<sup>234</sup> Bu grup, genişletici yorum sahipleri gibi akidlerde şart koşma hususunda tam anlamıyla ibaha prensibini kabul etmiş olmasalar da, bu ibaha kuralı sonucu oluşan çok geniş alanı, teknik bazı prensiplerle sınırlandırmayı uygun bulmuşlardır. Akidlerde şart koşma hususunda daraltıcı ve genişletici yorumların ortasında bir yol takip eden bu tutuma göre, akidlerde ileri sürülen şartlar sahih, fâsid ve bâtil olmak üzere üç kategoriye ayrılır. Akdin muktezası, yani akdin sonucu olarak meydana gelebilen şeyler, sahih şartlardır.

<sup>229</sup> el-Maide 5/1.

<sup>230</sup> en-Nahl 16/91.

<sup>231</sup> Ebû Dâvûd, “Akdiye”, 12; Tirmizi, “Ahkâm”, 17.

<sup>232</sup> Buhâtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 321; Zeydan, *el-Medhal*, ss. 375-379.

<sup>233</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 60.

<sup>234</sup> Şâfiîler, akidlerde mutlak anlamdaki ta'likî şartı geçerli kabul etmezler. Mesela, “Zeyd’in kavmi gelirse aramızda satış yoktur” şeklindeki bir ifade mutlak bir şart olup, Şâfiîlere göre akidde geçersiz bir şart olup akdi de bâtil kılan bir şart koşmadır. Bkz. Nevevî, *el-Mecmû*, IX, s. 230.

Sahih şartlardan olmayan ve bir tarafa menfaat sağlayan şartlar fâsid şartlardandır ve bu şartlar akdi geçersiz kılmaktadır. Sahih şartın özelliklerini taşımayan ve bir tarafa da menfaat sağlamayan şartlar, bâtil şartlardır. Bâtil şartın kendisi geçersiz kabul edilse de akdi geçersiz kılmamaktadır. Özetle örnek verecek olursak, muhayyerlikler sahih şarta; içinde kendisi bir yıl oturmak şartıyla evi satmak fâsid şarta; müşterinin ekmemesi üzerine bir tarlayı satmak da bâtil şarta örnek olarak verilebilir.<sup>235</sup>

Hanefîlerin fâsid şartlar konusundaki ilk baştaki katı tutumları, sonraki dönemlerde daha müsamahalı olmaya başlamıştır. Örf ve istihsan kapsamında bazı fâsid şartlar, zamanla izin verilir hale gelmiştir. Çünkü onların akidde aradıkları, taraflar arasında nizaâ yol açacak şartın olmamasıdır. Şu halde örf haline gelen bir şart, akid için sakınca oluşturmuyorsa Hanefîler tarafından da kabul görmüştür denilebilir.<sup>236</sup>

### 2.2.3.4 Görüşlerin Değerlendirilmesi

Akidlerde şart koşma serbestisi ile ilgili görüşler, genişletici, daraltıcı ve bu iki görüşün ortasında olan yorum olmak üzere üç başlıkta ele alınmıştır. Bu görüşlerin en müsamahalısı genişletici yorum olup, görünüm itibarıyla birey iradesi ve rızasını en çok destekleyen yaklaşım sayılabilir. Ancak bir yerde hürriyet varsa, mutlaka bu hürriyetin bir sınırı da olmalıdır.<sup>237</sup> Nitekim insanlık olarak geldiğimiz noktada gelişen dünya ekonomisi, ticarî ilişkiler, karmaşık teknolojiler ve benzeri nedenlerden dolayı, akidlerin artık sadece iki birey arasındaki ilişkinin ötesine geçmesi nedeniyle, akidlerdeki şart koşma serbestisinin belli sınırlılıklarının olması gerekmektedir. Bu sınırları kimi zaman ticarî ve resmî kuruluşlar, kimi zaman da piyasa koşulları belirleyebilmektedir. İslam hukukunda akidlerdeki şartlar konusunda toplumsal teamüle yer verilmesi, bu hususu desteklemektedir.<sup>238</sup>

Sonuç olarak, akidlerdeki şart koşma serbestisi sadece insanların gelişigüzel şart koşmalarına değil, aynı zamanda akidlerdeki şart koşmaları sınırlandırma amacına da hizmet eder. Zira akidlerde ortaya konan şekil şartları, her ne kadar şart koşma serbestisinin bir sonucu olsa da nihayetinde bireylerin iradelerini sınırlayıcı bir yapıya

---

<sup>235</sup> Zeydan, *el-Medhal*, s. 380; Haçkalı, “Akid Serbestisi Prensibi”, s. 126.

<sup>236</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, s. 286; Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, s. 22.

<sup>237</sup> Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, s. 27.

<sup>238</sup> Krş. İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, s. 286.

sahiptir. Mesela, alış-verişlerde kârın üst sınırını belirlemek bir şekil şartı olup bireylerin haklarını korumaya yönelik bir amaca hizmet etmektedir. Fakat burada kanun bir yandan akidlerdeki şart koşma serbestisinden yararlanarak bu ve benzeri şekil şartlarını koyuyor olsa da bir yandan da bireylerin iradelerini sınırlayıcı bir yol takip etmektedir.<sup>239</sup> İşte bu noktadan hareketle, kanaatimizce akidlerdeki şart koşma serbestisi, bir yandan da akidlerin sınırlılıklarını belirlemeye dönük bir mefhumdur. Nitekim Karadâgî, İslam hukukunun münâbeze, mulâmese ve bey’ul-hasat gibi fâsid şartlar taşıyan şekli akidleri kaldırarak şekilciliğin önüne geçtiğini ve akidleri rızai bir temele dayandırıldığını ifade etmekle birlikte, gerektiği takdirde akid hürriyetinin sınırlanabileceğine dikkat çekmektedir.<sup>240</sup>

#### 2.2.4 Akidlerde Bağlayıcılık

Akidlerde bağlayıcılık, taraflar için akdi sadece kendi iradeleri ile fesh edememeyi ifade eder. Akidlerin kuruluş aşamasıyla başlayan bağlayıcılık mefhumu, muhayyerliklerin ana temasını oluşturmaktadır. Mesela, akdin bağlayıcılığını etkileyen mümeyyiz küçüğün yaptığı akid, yetkili şahsın irade beyanı ile bağlayıcı hale gelmektedir.<sup>241</sup> Buradaki hak ise icâzet muhayyerliği olarak isimlendirilir. O halde muhayyerlik ile bağlayıcılık mefhumları, akid sürecinde kardeş mefhumlar olup biri diğerinin mütemmimi kabilindendir.

Satım ve kiralama gibi bedelli akidler, bağlayıcı olmasaydı, akdin tarafları, kendilerine ait olan malları gönül rahatlığıyla kullanamazlardı. Zira her an bir taraf diğer tarafın akdi fesh edeceği endişesini duyardı. Bu nedenle akidlerde bağlayıcılık, bireylerin mülkiyet tasarruflarını gerçekleştirmede güven sağlayıcı bir fonksiyona sahiptir.<sup>242</sup> Bağlayıcılık açısından akidler, lâzım, gayri lâzım, mevkuf ve fâsid şeklinde kısımlara ayrılmaktadır. Tamamen hükümsüz/geçersiz olması durumunda ise akid bâtıl olarak isimlendirilir.

<sup>239</sup> Halit Çalış, “İslam Borçlar Hukukunda Akid Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, 7/19, 2004, s. 272.

<sup>240</sup> Krş. Karadâgî, *Mebdeü’r-Rızâ*, I, s. 22.

<sup>241</sup> İbn Âbidîn, *Reddül Muhtâr*, VII, s. 311; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, IV, s. 533; Buhûtf, *er-Ravdu’l-Murbi*, s. 305.

<sup>242</sup> İzzeddin ibn Abdüsselâm, *Kavâidü’l-Ahkâm fî Mesâlihî’l-Enâm*, Süleyman Kaya ve Soner Duman (çev.), İstanbul: İz yay., 2006, s. 578.

### 2.2.4.1 Lâzım Akidler

Lâzım akidler kuruluş ve hüküm ifade etmesi itibariyle bağlayıcı akidlerdir. Bu akidler kendi içerisinde iki kısma ayrılmakta olup, her iki tarafı bağlayıcı türden olanlar lâzım litarafeyn olarak isimlendirilir. Taraflar, bireysel iradeleri ile akdi fesh edemezler. Bey', icâre, nikah, havale gibi akidler bu kapsama girmektedir.<sup>243</sup>

Akdi yalnızca tek tarafını bağlayıcı olan akidler ise lâzım litaraf olarak isimlendirilmektedir. Bir taraf için bağlayıcı olan bu akidler, diğer taraf için bağlayıcı olmayıp tek taraflı irade ile fesh edilebilme özelliğine sahiptir. Mesela rehin akdi, rehin veren için lâzım, rehin alan için lâzım değildir. Benzer şekilde kefalet akdi, kefil olan için lâzım, alacaklı için lâzım değildir ve alacaklı kefalet akdini tek taraflı olarak fesh etme hakkına sahiptir.<sup>244</sup>

### 2.2.4.2 Gayrı Lâzım Akidler

Kaynaklarda caiz akidler şeklinde de isimlendirilen gayrı lâzım akidler, tarafları bağlayıcı olmayan akidleri kapsamaktadır. Bu tür akidler tek tarafın iradesi ile sonlandırılabilir. Şirket, vekâlet, vasiyet, hibe, âriyet, cuâle ve vedia gayrı lâzım akidlerden sayılıp, tarafların diledikleri zaman bunları fesh edebilme hakları vardır.<sup>245</sup>

Gayrı lâzım akidler bazı durumlarda lâzım hale dönüşebilmektedir. Mesela hibe akdi, kuruluş itibariyle gayrı lâzım iken, kabz gerçekleştiği takdirde lâzım hale dönüşmekte ve bazı istisnalar hariç, tarafların tek taraflı irade ile akdi fesh etme hakları ortadan kalkmaktadır.<sup>246</sup>

Lâzım kategorisinde ele alınan akidler, muhayyerlik içermesi durumunda yapı itibariyle (görünüm olarak) gayrı lâzım sayılmakta ve muhayyer olan tarafa akdi tek taraflı irade ile fesh etme imkanı vermektedir. Tek tarafın muhayyer olduğu akidler, lâzım litaraf iken iki tarafın da muhayyerlik hakkının olduğu akidler, gayrı lâzım sayılmaktadır.

---

<sup>243</sup> Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, ss. 149-150.

<sup>244</sup> Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, ss. 149-150.

<sup>245</sup> Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, II, s. 1413.

<sup>246</sup> Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, II, s. 1413.

### 2.2.4.3 Mevkuf Akidler

İslam hukukuna göre, akidlerde bağlayıcılık, akdin kesinlik kazanarak bir taraf veya her iki taraf için bozulamaz/fesh edilemez olmasını ifade eder. Akdin bağlayıcı olabilmesi için, hem sıhhat şartlarının hem de lüzum şartlarının sağlanmış olması gerekir. Bey' ve icâre gibi lâzım akidler, bir muhayyerlik içermesi durumunda gayrı lâzım hale gelmekte ve bağlayıcılığını yitirmektedir. Ancak bu durum ârizî olup asıl olan bu tür akidlerin lâzım yani bağlayıcı olmasıdır. Hibe ve Vasiyet gibi gayrı lâzım akidlerde ise asıl olan akdin bağlayıcı olmamasıdır.<sup>247</sup>

Akidlerde bağlayıcılık konusu, muhayyerlikler bağlamında akdin tüm aşamalarıyla ilişkilidir. Mesela, akdin kuruluşunda meclise ait muhayyerlikler, akdin sıhhat aşamasında fesadın giderilmesi noktasındaki muhayyerlikler, akdin işlerlik kazanmasında nefaz aşamasıyla bağlantılı muhayyerlikler, akdin lâzım hale gelmesinde kusurlu çıkma ve vasıf gibi muhayyerlikler bunlardandır. Cumhura göre muhayyerliklerle ilişkili olan akdin bağlayıcılığı, sahih akidler için söz konusu edilir.<sup>248</sup> Ancak Hanefîlere göre muhayyerlikler, hem sahih hem de fâsid akidlerde meydana gelebildiği için, fâsid akidlerde de bağlayıcılık konusu işlenir.

Sahi akidlerde nefaz (akdin işlerlik kazanması) durumu akdin mevkuf olmasıyla ilgilidir.<sup>249</sup> Mesela, mümeyyiz çocuğun ve fuzûlnin bir başkası adına yapmış olduğu akid bu kapsamda olup ancak yetkili şahsın icâzet vermesiyle nefaz kazanır yani geçerli/işler hale gelir.<sup>250</sup> Yetkili şahsın ilgili akde icâzet verip vermeme hususunda muhayyer olması, çalışmamızda icâzet muhayyerliği şeklinde isimlendirilmiştir. Zira burada gayrı nâfiz olan akde nefaz kazandırma işlemi (*icâzet*), yetkili şahsın iradesine ve ihtiyarına bırakılmıştır. Şu şekillerle (Şekil-10, Şekil-11) mesele daha iyi anlaşılabilir;

<sup>247</sup> Akidlerin lüzum açısından tasnifi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 149.

<sup>248</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 167; Karâfî, *ez-Zahîra*, V, s. 23; Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, V, s. 45; Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 498.

<sup>249</sup> Mevkuf akidleri sahih akidler arasında değerlendiren fakihler olduğu gibi, gayrı sahih akidler içinde değerlendirenler de vardır. Hatta Apaydın'a göre Hanefîlerin akid anlayışı çerçevesine en uygun olanın, mevkuf akidlerin gayrı sahih ya da hükümsüz akidler kapsamında düşünülmesidir. İlgili değerlendirmeler için bkz. Apaydın, "Mevkuf Akidler", ss. 182-183.

<sup>250</sup> Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 500.





Şekil-10

Şekilden de anlaşılacağı gibi sahih akid yetkili şahıslarca gerçekleştirilmişse derhal geçerlilik kazanır, yani nâfiz hale gelir. Ancak sahih akid mümeyyiz çocuk veya fuzûlî gibi yetkili olmayan şahıslar tarafından yapılmışsa mevkufur. Mevkuf akid ise aşağıdaki şekildeki sürece göre hüküm kazanmaktadır:



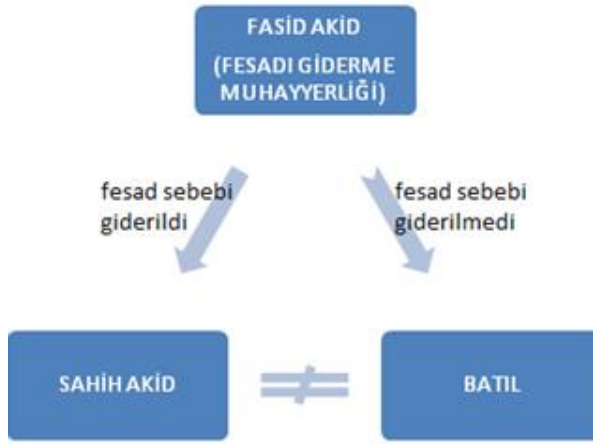
Şekil-11

Şekilden de anlaşılacağı gibi mevkuf akid, icâzet verilmeyi bekleyen bir akiddir. Yani yetkili şahıs mevkuf akde icâzet verip vermeme hususunda muhayyerdir. Şayet o, ilgili akde icâzet verirse akid nâfiz yani geçerli hale gelirken; akde icâzet vermediği

takdirde akid, gayrı nâfiz yani hükümsüzdür.

#### 2.2.4.4 Fâsid Akidler

Muhayyerlikler cumhura göre, sahih akidlerde meydana gelmektedir. Fakat Hanefîlerin ayrımıyla ele alınan fâsid akidde de teorik anlamda muhayyerlikten söz etmek mümkündür. Zira Hanefîlere göre fâsid akid, gerekli şartları elde etmesi halinde sahih hale dönüşebilmektedir. İşte bu işlem, *sıhhat kazandırma muhayyerliği* veya *fesadı giderme muhayyerliği* şeklinde isimlendirilir. Hanefîlerin buradaki muhayyerliği ele alışı, şu şekilde de (Şekil-12) gösterilebilir:



Şekil-12

Şekilde de görüldüğü gibi Hanefîlere göre fâsid akid, fesada sebep olan sebepler ortadan kaldırılarak sahih hale dönüştürülebilmektedir. Cumhura göre akidlerde butlan-fesad ayrımı olmayıp onlar fâsid akdi de bâtil kategorisinde ele aldıkları için, onlara göre muhayyerlikler sadece sahih akidlerde söz konusu olur. Akdin diğer aşamalarındaki muhayyerlikler, hem Hanefîlerde hem de cumhurda genel olarak ortaktır.

İcâzet verme muhayyerliği, fesadı giderme muhayyerliği, meclis muhayyerliği, icab-kabul muhayyerliği gibi hususlar teorik olarak tüm akid türleri için geçerli muhayyerliklerdir. Bununla birlikte tüm muhayyerliklerin, her bir akidde işlevselliği mümkün değildir. Bu açıdan kapsayıcı bir muhayyerlik teorisi ortaya koymak güçtür. Ancak akidlerde belli tür muhayyerlikler diğerlerine nazaran daha kapsayıcı bir yapı

arz eder.

#### 2.2.4.5 Bâtıl Akidler

Bâtıl akid, hükümsüz akid demektir. Cumhura göre, genel anlamda fâsid ile aynı anlamda kullanılan bâtil akid, kuruluş aşamasındaki şartları taşımayan veya akdin diğer aşamalarında meydana gelen kusurlar ya da muhayyerlikler sebebiyle fesh edilen akidleri ifade etmektedir. Yani aslen veya vasfen meşrû olmayan akidler, bâtil akid olarak nitelenir. Hanefîlere göre ise aslen ve vasfen meşrû olmayan akidler için kullanılan bu terim, akdin kuruluşundaki eksiklik, muhayyerlikler ya da fesad sebebiyle akdin geçersiz kılınması anlamında kullanılmaktadır.<sup>251</sup> Bâtıl akid, hükümsüz işlem kategorisinde sayıldığı için, akidlerde bağlayıcılık açısından hüküm ifade etmeyen akidleri kapsamaktadır.

#### 2.2.5 Muhayyerliğin Akdin Sübût ve Bağlayıcılığına Etkisi

Akidlerde muhayyerlik, akdin oluşum süreci olarak ifade edebileceğimiz; in'ikad, sıhhat, nefaz ve lüzum aşamalarının her birinde ayrı etkilere sahiptir. Bir kısım muhayyerlikler akdin sadece kuruluşunu etkilerken bir kısmı ise akdin lüzumunu etkilemektedir. Mesela, meclis muhayyerliği, akdin sübutunu (*in'ikadını*) etkilerken, icâzet muhayyerliği, hükmün tamamlanmasını (*nefazını*), kusurlu çıkma muhayyerliği ise akdin bağlayıcılığını (*lüzum*) etkilemektedir.<sup>252</sup>

Muhayyerlikler, akdin oluşum sürecinde yer aldıkları aşamadan geriye ve ileriye doğru, akdin hükümlerini etkilemektedir. Yani akdin dört temel aşamasında istenilen şartlarla bağlantılı olması açısından muhayyerlikler ayrı etkilere sahip olsalar da akdin feshi durumunda diğer aşamaları da etkilemektedir. Mesela, lüzum aşamasında etkili olan kusurlu çıkma muhayyerliği, bireyin bu muhayyerliği kullanarak akdi fesh etmesi durumunda hukukî işlemin geriye dönük hükümlerini iptal etmektedir. Ayrıca akdin nefaz aşamasında etkili olan icâzet muhayyerliğinde muhayyerlik hakkı olan bireyin akde icâzet vermesi, hem nefaz hem de lüzum şartlarını olumlu yönde etkilemektedir. Şu halde fesih geriye dönük akdin hükümlerini geçersiz kılarken; icâzet, akdin ileriye

---

<sup>251</sup> Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, II, s. 1413.

<sup>252</sup> Krş. Muhammed b. Ferâmûz Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm fî Şerhi Gururu'l-Ahkâm*, II, yy.: Dâru'l-İhyâ'l-Kütüb'l-Arabî, ty., s. 151; Apaydın, "Muhayyerlik", XXXI, s. 26.

dönük diğer hükümlerini geçerli hale getirmektedir. Bu yönüyle birbiriyle girişken bir görüntü sunan akid şartları ile muhayyerlikler, doğrudan bağlantılı olmalarına göre akdin dört temel aşamasındaki şartları etkileme açısından farklı açılardan ele alınabilmektedir.

Akdin oluşum sürecindeki şartlar, öncelik sonralık durumuna göre ele alındığında, yukarıda da ifade edildiği gibi, muhayyerliğin icâzet yönünde kullanılması, akdin ileriye yönelik şartlarını sağlamakta iken, fesih yönünde kullanılması, akdin geriye dönük şartlarını geçersiz kılıcı bir etkiye sahiptir. Birey muhayyerliğini kullanarak akdi fesh ettiğinde akid doğrudan lüzum şartlarını yitirmekte, dolaylı olarak da nefaz, sıhhat ve in'ikad da geçersiz/hükümsüz hale gelmektedir. Zira bu şekilde fesh edilen bir akid, tarafların yeni bir hukukî işlemiyle ancak kurulabilecektir.

#### 2.2.5.1 Akdin İn'ikad Şartlarını Etkileyen Muhayyerlikler

Meclise ait muhayyerliklerin tamamı, in'ikad şartlarını etkilemektedir. Çünkü kimi fakihlere göre îcab-kabulden sonra, kimilerine göre ise kabulden önce bireye düşünme fırsatı veren meclise ait muhayyerlikler, akdin kuruluş aşamasında akid meclisinde meydana gelmektedir.<sup>253</sup> Zira meclise ait muhayyerlikleri Hanefîler, tekliften vazgeçebilme- teklifi kabul etme, Mâlikîler yalnızca teklifi kabul etme, Şafîîler meclis, Hanbelîler ise tekliften vazgeçebilme-teklifi kabul etme ve meclis muhayyerliği şeklinde ele almışlardır. Buradaki muhayyerlikler, akdin ilk aşaması olan kuruluşunda meydana geldiği için, muhayyerliğin olumsuz yönde kullanımı, hukukî işlemin yok hükmünde değerlendirilmesine sebep olmaktadır. Akdin in'ikad şartlarını etkileyen muhayyerlikler şu şekil (Şekil-13) ile daha net görülebilecektir;

<sup>253</sup> “Alıcı-satıcı birbirlerinden ayrılmadıkları müddetçe muhayyerdirler” şeklindeki Hz. Peygamber’e isnad edilen rivayet, meclise ait muhayyerliklerin delili sayılmaktadır. Buhârî, “Büyü”, 43; Müslim, “Büyü”, 47; ilgili değerlendirmeler için bkz. Kâsânî, *Bedâi’*, VI, s. 469; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164.

<b>Akdin in'ikad şartlarını etkileyen muhayyerlikler</b>	
<b>Hanefiler</b>	Tekliften vazgeçme-teklifi kabul etme muhayyerliği
<b>Mâlikîler</b>	Teklifi kabul etme muhayyerliği
<b>Şafîiler</b>	Meclis muhayyerliği
<b>Hanbelîler</b>	Tekliften vazgeçme-teklifi kabul etme ve meclis muhayyerliği

Şekil-13

### 2.2.5.2 Akdin Sıhhat Şartlarını Etkileyen Muhayyerlikler

Cumhur ile Hanefîlerin akidleri sınıflandırmadaki farklı yaklaşımının bir sonucu olan sahih-fâsid ayrımı, muhayyerlik anlayışlarına da yansımıştır. Hanefîlere göre, akdin vasıflarındaki eksiklik fesad sebebi sayılırken, cumhura göre butlan sebebi sayılmış ve akid tamamiyle geçersiz kabul edilmiştir.<sup>254</sup> Fakat Hanefîler, burada farklı bir metod geliştirerek fâsid akdin müdahale ile yani fesadı gidererek vasıftaki noksanlığın giderilebileceğini ve akdin sahih hale getirilebileceğini savunurlar.<sup>255</sup> Bu şekilde gerçekleştirilen işlem ise tarafların kendi iradelerine bağlı olup, fâsid akde icâzet muhayyerliği çerçevesinde ele alınması mümkündür. Fesadı giderme muhayyerliği, nikah gibi feshi mümkün olmayan akidlerde geçerli değildir. Zira Hanefîler de bu tür akidlerdeki fesadı, butlan anlamında kullanmışlardır.<sup>256</sup> Akdin sıhhat şartlarını etkileyen ve genel bir muhayyerlik olan fesadı giderme muhayyerliğini şu şekil (Şekil-14) ile de gösterebiliriz:

<b>Akdin sıhhat şartlarını etkileyen muhayyerlikler</b>
<b>Fesadı giderme muhayyerliği (Sahih-fâsid ayrımına konu olan tüm akidlerde)</b>

Şekil-14

### 2.2.5.3 Akdin Nefaz Şartlarını Etkileyen Muhayyerlikler

Sahih bir şekilde kurulan ancak hukukî anlamda işler hale gelmesi için icâzet bekleyen akidler mevkûf veya gayrı nâfiz olarak isimlendirilirler. Nefaz aşamasında meydana gelen muhayyerlikler, akdin nefaz şartlarını etkilemektedir. Bunlar, miktarı

<sup>254</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 183-184.

<sup>255</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 262.

<sup>256</sup> Krş. Muhammed eş-Şeybânî, *el-Hucce*, III, ss. 192-367.

tahmin edilemeyen semen (*kemiyyet*), satılan malın fiyatını sonradan belirleme (*Tekeşşüf-i hâl*), satılan malın miktarını sonradan tespit etme (*Keşf-i hâl*), satılan malın sonradan eksik çıkması (*Teferruk-ı safka*), şüfa, gasp sonucu oluşan tazmin, satılan malın kiralanmış veya rehinli çıkması ve satılan malda başkasının mülkiyet hakkının olması şeklindeki muhayyerlikleridir. Akdin taraflarına ilişkin muhayyerliklerden; sulh, yetkisiz şahsın akdine icâzet, kısıtlının akdine icâzet, zorlanan şahsın muhayyerliği ve tarafların ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerliklerden; tayin, doğrudan akdin nefaz şartlarını etkilemektedir.

Buradaki muhayyerlikler, kuruluş ve sıhhat şartlarını tamamlamış olan hukukî işlemin, yürürlüğe girmesi/işler hale gelmesi aşamasında meydana gelmektedir. Muhayyerlik kullanılmadan önce mevkuf olarak niteleyebileceğimiz akid, icâzet verildiği takdirde nâfiz hale dönüşmektedir. Fesih yönünde bir işlem ise akdin geriye dönük kuruluşunu, hüküm ve şartlarını geçersiz kılmaktadır. Akdin nefaz şartlarını etkileyen muhayyerlikler şu şekil (Şekil-15) ile daha net görülebilecektir:

<b>Akdin nefaz şartlarını etkileyen muhayyerlikler</b>	
1	Miktarı tahmin edilemeyen semen muhayyerliği
2	Satılan malın fiyatını sonradan belirleme muhayyerliği
3	Satılan malın miktarını sonradan tespit etme muhayyerliği
4	Satılan malın bir kısmında eksiklik çıkması durumunda muhayyerlik
5	Şüfa muhayyerliği
6	Gasp sonucu oluşan tazmin muhayyerliği
7	Satılan malda başkasının hakkının olması durumunda muhayyerlik
8	Satılan malın kiralanmış ya da rehinli çıkması durumunda muhayyerlik
9	Sulh muhayyerliği
10	Yetkisiz şahsın akdine icâzet muhayyerliği
11	Kısıtlının akdine icâzet muhayyerliği
12	Zorlananın akdine icâzet muhayyerliği
13	Tayin muhayyerliği

Şekil-15

#### 2.2.5.4 Akdin Lüzum Şartlarını Etkileyen Muhayyerlikler

Akdin temelde gayrı lâzım olması ya da bir muhayyerlik sonucunda akdin lâzımken gayrı lâzım hale dönüşmesi şeklinde iki farklı açıdan gerçekleşen buradaki muhayyerlikler, akdin doğrudan lüzum aşamasını hedef almaktadır. Bunlar, akdin konusuna ilişkin muhayyerliklerden; görme, kusurlu çıkma ve rehin, akdin taraflarına ilişkin muhayyerliklerden; aldanma, aldatılma, vaadden dönme, hibeden dönme, vasiyet, malı bedelsiz koruma ve ödünç verme, karz, kefalet, kefâet, idrak son olarak da tarafların ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerliklerden; şart, vasıf ve ödeme yer almaktadır.<sup>257</sup>

Görme, kusurlu çıkma, aldanma, aldatılma ve vasıf muhayyerliği, oluşum sürecini tamamlamış ve kesinleşmiş bir akidde maldaki kusurdan ya da beklenen özelliklerin bulunmamasından dolayı, taraflar için hak kaybına sebep olan bir durum ortaya çıktığında meydana gelmektedir. Birey bu aşamada muhayyerlik hakkını kullanarak akdi fesh edebilme hakkına sahiptir. Fesih gerçekleştiği takdirde akdin geriye dönük diğer şartları da etkilenerek akid geçersiz hale dönüşmektedir. Sayılan bu muhayyerlikler, esas itibarıyla lâzım olup muhayyerlik gerekçesiyle gayrı lâzım sayılan akidlerde meydana gelmektedir. Rehin ve kefalet akidindeki muhayyerlikler ise bu işlemlerin teknik anlamda tek tarafı bağlayan (*lâzım litaraf*) olmasıyla ilgilidir. Çünkü alacaklı dilediği zaman rehinli malı sahibine iade edebilme hakkına sahip olduğu gibi, kefil de borçtan ibra etme yetkisine/hakkına sahiptir.

Vaadden dönme, hibeden dönme, karz muhayyerlikleri, akdin gayrı lâzım olmasından kaynaklı bireye fesih imkanı vermektedir. Kefâet muhayyerliğinde de evlilik sözleşmesinden kaynaklı bireyin uğramış olması muhtemel maddi zarar hesaba katılırken, idrak muhayyerliğinde ise parasal mevzulardan çok, bireyin kendi iradesine yani rıza unsurunun gerçekleşmesi hususuna dayalı bir muhayyerlik söz konusudur. Burada kullanılan muhayyerlikler akdin doğrudan lüzum aşaması ile ilişkili olsalar da fesih işlemi ile geriye dönük diğer şartları geçersiz kılıcı bir etkiye sahiptir. Akdin lüzum şartlarını etkileyen muhayyerlikler şu şekil (Şekil-16) ile daha net görülebilecektir:

---

<sup>257</sup> Krş. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 241.

<b>Akdin lüzum şartlarını etkileyen muhayyerlikler</b>	
1	Görme muhayyerliği
2	Kusurlu çıkma muhayyerliği
3	Rehin muhayyerliği
4	Aldanma muhayyerliği
5	Aldatılma muhayyerliği
6	Vaadden dönme muhayyerliği
7	Hibeden dönme muhayyerliği
8	Vasiyet muhayyerliği
9	Malı bedelsiz koruma ve ödünç verme muhayyerliği
10	Karz muhayyerliği
11	Kefalet muhayyerliği
12	Kefâet muhayyerliği
13	İdrak muhayyerliği
14	Şart muhayyerliği
15	Vasıf muhayyerliği
16	Ödeme muhayyerliği

Şekil-16

### 2.2.6 Akidlerde Hukukî Sorumluluk

Akidlerde hukukî sorumluluk, bireylerin iradeleriyle ilgili bir mefhumdur. Akdin en temel unsuru olan irade beyanı, şahsın hukukî sorumluluğunun sınırını tespit etmede en temel faktördür. Akidlerde hukukî sorumluluğun sınırı, genel anlamda bağlayıcılık mefhumu ile dar anlamıyla ise muhayyerliklerle yakından ilişkilidir.

Kur'an'da ve Hz. Peygamber (s.a.v.)'den gelen rivayetlerde Müslümanların şartlarına bağlı kalmaları ve sorumluluklarını yerine getirmelerinin istenmesi, İslam hukukunda sorumluluk kavramının “ahde vefa gösterme” ve “sözünde durma”



ekseninde ele alınmasını mümkün kılmaktadır.<sup>258</sup>

Sorumluluk, tüm hukukî tasarruflarda kullanılan bir kavram olmakla birlikte, akiddeki sorumluluk, daha özel bir anlama sahiptir. Zira akdî sorumluluk, ödenmemiş borç gibi malla ilgili konuları içermektedir.<sup>259</sup>

Akidler, konusu itibariyle ikiye ayrılır, bunlar: Muâvazalı yani karşılıklı bedelleri olan akidler, muâvazasız yani karşılıklı bedelleri olmayan akidlerdir. Mesela, satım akdi başta olmak üzere, karşılıklı bedelleri olan her türlü akid, bu kapsamda değerlendirilir. Fakat hibe gibi karşılığında bir mal bulunmayan akidler ya da kefalet gibi bedelli olmayan akidler, ikinci gruba girer.<sup>260</sup>

Bedelli (*muâvazalı*) olup olmamasına göre akidler, hukukî sorumluluk açısından farklı özelliklere sahiptir. Mesela, sahih ve lâzım bir akid ile satışı gerçekleşmiş bir malı teslim hususunda satıcı hukukî olarak sorumludur. Ancak hibe akdi gibi karşılığı olmayan/bedelsiz olan bir malı, mal sahibi teslim etmek zorunda değildir. Birey hibeden dönme hakkına sahiptir. Zira tek taraflı bir eylemle gerçekleşen bir akid, yapısı itibariyle ve hukukî olarak bağlayıcı değildir.<sup>261</sup>

### 2.2.6.1 Sorumluluğun Başlaması

İslam hukukuna göre hukukî sorumluluk, bireyin söz veya eylemleriyle başlamaktadır. İcab-kabul ile gerçekleşen bir akidde söz ile gerçekleşen akid, hukukî bir sonuç meydana getirmekte ve bireylerin sorumluluğunun başlangıcını ifade etmektedir. Bu bağlamda bayinin sattığı malı, müşterinin de malın bedelini teslimi, akdin taraflara yüklediği sorumluluklardır.<sup>262</sup>

İslam hukukunda akidlerde hukukî sorumluluğun başlaması, genel itibariyle herhangi bir şekil veya merasim şartına tabi kılınmamış, mücerred iradeyi ifade eden söz ile akdî sorumluluk altına girme esas kabul edilmiştir. Bununla birlikte, kanunî

<sup>258</sup> “Ey iman edenler! Akidlerinizin gereğini yerine getirin.” el-Mâide 5/1; “Anlaşma yaptığınız zaman Allah’ın ahdini tam olarak yerine getirin” en-Nahl 16/91; “Müslümanlar arasında sulh caizdir, ancak helali haram haramı helal kılmak hariç. Helali haram, haramı helal kılmamak kaydıyla Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar” Ebû Dâvûd, “Akdiye”, 12; Tirmizi, “Ahkâm”, 17.

<sup>259</sup> Yıldız, “Sorumluluk”, XXXVII, ss. 381-382.

<sup>260</sup> İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, s. 140.

<sup>261</sup> Fakat Mâlikîler bu hususta farklı düşünmektedirler. Onlara göre hibe akidindeki icab-kabul, bey’ akdi gibi bireyi bağlayıcı kabul edilir. Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 315.

<sup>262</sup> İbn Âbidîn, *Reddül Muhtâr*, VII, s. 14; Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşrîyye*, II, s. 655.

irade sorumlulukların bağlayıcı hale gelmesini, yazılı bir mukavele ya da noter tasdiki gibi kanunî güvenceye bağlı gerçekleşecek bir sorumluluk şekline dönüştürebilme yetkisine sahiptir. Zira Kur'an'da borcun yazılması veya şahit tutularak sorumluluk altına girilmesinin tavsiye edilmesi,<sup>263</sup> gerektiğinde devletin bu tür hukukî işlemleri, resmî bir yapı haline getirerek yaygınlaştırmasının zeminini oluşturmaktadır.

### 2.2.6.2 Sorumluluğun Bağlayıcılığı

Burada sorumluluğun bağlayıcılığı konusu, akdî sorumluluk bağlamında düşünüldüğü için, sahih bir şekilde gerçekleşmiş olan bir akid sonucunda tarafların îcab-kabulleri çerçevesinde verdikleri sözler bireyleri bağlayıcı türden kabul edilmektedir. Şu halde akdin konusu olan malı satıcı, müşteriye teslim etmelidir. Bu teslim sürecinde malı kendisi kullanamayacağı gibi, karşı tarafın rızası olmaksızın akdi bozma hakkına da sahip değildir. Bu anlamda bireylerin muhayyerlik şartı koşmaksızın gerçekleştirmiş oldukları akidler, hukukî sorumluluk açısından bağlayıcıdır. Ancak tek taraflı vaadler, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre bireye bağlayıcılık türünden bir sorumluluk yüklememektedir.<sup>264</sup>

### 2.2.6.3 Sorumluluğun Son Bulması

Sorumluluğun son bulması, bireylerin kendi üzerlerine aldıkları (*iltizam*) sorumluluğu yerine getirmeleri ile son bulmaktadır. Bu anlamda mesela, söz ile gerçekleşmiş olan muâvazalı bir akid, hukuken geçerli olup, karşılıklı edimlerin ifasıyla birlikte tarafların sorumluluğu sona erer.

Tek tarafı bağlayıcı türden olan rehin ve kefalet gibi akidlerde hukukî sorumluluk rehin veren ve kefil olandadır. Yani bu bireyler, kendi iradeleri ile akdi sonlandıramazlar. Borcun ödenmesi ya da alacaklının rehin olan malı iade etmesi veya kefilî azl etmesi, sorumluluğu sona erdirmektedir.<sup>265</sup>

Teberruat akidleri olarak nitelediğimiz akidlerde ise sorumluluk bağlayıcı türden değildir. Zira bu tür akidler yapısı itibariyle hukukî anlamda gayrı lâzım olup, bireyler diledikleri vakit sözlerinden dönebilme hakkına sahiptirler. Bu nedenle bu tür akidler,

---

<sup>263</sup> el-Bakara 2/282.

<sup>264</sup> Bkz. İbn Âbidîn, *Reddü'l Muhtâr*, VII, s. 16; Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşriyye*, II, s. 655.

<sup>265</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, s. 415; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 261.

bireylerin tek taraflı iradeleri ile her an sonlandırılabilir. <sup>266</sup>

## 2.2 Hukukî İşlemlerin Muhayyerlikle İlişkisi

Tek taraflı iradelerin akid sayılıp sayılmayacağı konusunda ihtilaf olmakla birlikte, bu tasarruflar genel olarak akid teorisi ile bağlantılı olarak incelenmektedir. Bu bağlamda hem akdi hem de akid dışı hukukî işlemleri kapsayan hak, tasarruf ve iltizam (*sorumluluk*) gibi hususlar, muhayyerlik açısından önemlidir. Mesela, haksız fiili tazmin, gasp sonucu oluşan tazminin türünü seçme <sup>267</sup> gibi hukukî işlemler, doğrudan akidlerle ilgili bir konu olmasa da akidle bağlantılı tasarruflar olarak, muhayyerlik açısından ele alınabilir.

### 2.2.1 Haklarda Muhayyerlik

İslam hukukunda bireylerin hukukunu sağlamak için bir takım muhayyerlik hakları tanınmıştır. Mesela, ric'î boşamada erkeğin karısına dönme muhayyerliği, erkekteki bazı hastalıklar sebebiyle mahkemeye müracaatla kadına boşanma hakkı tanınması <sup>268</sup> gibi hususlar, bu tür muhayyerliklere örnektir. Buradaki muhayyerlik türleri, akidlerde mevcut olan muhayyerliklerle teknik anlamda benzerdir. Zira mesela, akidlerin gereği olan hükmî muhayyerlikler, bireyin kendi iradesiyle oluşmadığı için iskat edilemez. Benzer şekilde erkeğin ric'î talakta dönme muhayyerliği de bireyin kendi iradesiyle iskat edilemez, bu hakkı iddet süresince geçerlidir. <sup>269</sup> Bunun yanı sıra hak kavramı, akid kavramını da içermesi nedeniyle, akidlerde meydana gelen muhayyerliklerin tümü, “haklarda muhayyerlikler” kapsamında da düşünülmelidir.

### 2.2.2 Tasarruflarda Muhayyerlik

Kavramsal çerçevede ayrıntılı şekilde ele alınan tasarruf kavramının, akdi

<sup>266</sup> Bkz. Karadâği, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, ss. 149-150.

<sup>267</sup> Gasptaki muhayyerlik gasp suçunu işleyene değil, malı gasp edilmiş olan şahsı ilgilendirir. Buradaki muhayyerlik bazı durumlarda meydana gelmektedir. Mesela, eti yenilen bir hayvanı bir kimse gaspetse, mal sahibi dilerse eti, hayvanı gaspedip boğazlayana verir, dilerse de eti vermez ama uğradığı zararı tazmin ettirir. Ebu'l Hüseyin Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed Abdulganî el-Ğuneymî el-Meydânî, *el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâb (Kudûrî muhtasarı ile birlikte)*, II, Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 2012, s. 106.

<sup>268</sup> Bu husus Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde “Hıyâr-ı tefrik” başlığı altında ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Bkz. Orhan Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Konya: Mehîr Vakfı Yay., 2012, s. 53; ayrıca bkz. Nihat Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., 2001, ss. 40-43, 75.

<sup>269</sup> Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, ss. 152-153.

tasarrufları da içine alan geniş bir anlam içeriğine sahip olduğunu ifade etmiştik. Akid dışı hukukî tasarruflarda muhayyerliklerin kullanımı, akid düzleminde ele alınan muhayyerlik ile benzer anlam içeriğine sahiptir. Mesela, bireyin malını dilediği gibi kullanabilmesi, ödünç verme, kiralama ve hibe etme gibi hususlar, *tasarruflarda* bireyin sahip olduğu *muhayyerliklere* örnektir.<sup>270</sup> Tasarruf, akde göre daha genel bir anlama sahip olup akdi de kapsadığı için, akidlerde meydana gelen muhayyerliklerin tümünü, “tasarruflarda muhayyerlik” kapsamında düşünmek mümkündür.

### 2.2.3 İltizamda Muhayyerlik

Tek taraflı irade ile hukukî sorumluluk altına girmek ve bir işi üstlenmek, iltizamın konusuna girmektedir. İltizam, akid olarak kabul edilmesi tartışmalı olan, tek taraflı borç doğuran ama akid sayılmayan hususları da içerir. Bu tür tasarruflardaki seçimlik haklar, iltizam kapsamındaki muhayyerlik çerçevesinde düşünülür. Zira bir “konu” (*mebi*) olmaksızın da taraflar hukukî sorumluluk altına girebilmektedirler. Bu bağlamda tek taraflı iradeleri akid olarak kabul etmeyen fakihlere göre, bu tür hukukî işlemlerdeki muhayyerlikler, akid kapsamında değil, genel borçlar hukuku sistematigi kapsamında muhayyerliklerle ilişkilidir.<sup>271</sup>

Akdin oluşumunda tarafların bir edimi veya taahhütü üstlenmeleri açısından iltizam, tek veya çift taraflı oluşan muhayyerliklerle doğrudan ilişkilidir. Mesela, şart muhayyerliği ile bir malı satın alan müşteri, malın bedelinin ödenmesini üstlenmiştir (*iltizam*). Muhayyerlik hakkını kullanarak akidden vazgeçmesi, yani bedeli ödemek üzere üstlendiği sorumluluktan kurtulması, aynı zamanda iltizamda bulunduğu hukukî süreçten de kurtulmasını sağlamaktadır. Şu halde akidlerde meydana gelen muhayyerlikler, iltizamda da meydana gelmiş sayılır.

### 2.3 Muhayyerliğin Akidlerdeki Varlık Sebebi

Borçlar hukûku başta olmak üzere, akid teorisinin geçerli olduğu her alanda muhayyerlik de vardır. Akidlerde muhayyerliğin varlık sebebi, iradenin mümkün olduğu ölçüde sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesini temin etmektir. Ayrıca

---

<sup>270</sup> Dönmez, “Tasarruf”, XXXX, s. 118.

<sup>271</sup> Tek taraflı irade ile kurulan hukukî işlemlerin akid sayılıp sayılmayacağı ile ilgili çalışmanın birinci bölümünde “akid” kavramı ile ilgili başlıkta detaylı bilgi verilmiştir.

muhayyerliklerle akde taraf olanların aldanma veya zarar görme gibi kötü durumlardan korunması veya bu riskin en aza indirgenmesi temel amaçlardandır.

### 2.3.1 Muhayyerliğin Gayesi

İslam hukukunun tüm alanlarında olduğu gibi akidlerde muhayyerliğin de hikmeti teşriiyyesinin temelini oluşturan en temel gaye, bireysel ve toplumsal ihtiyaçlara cevap vermektir.<sup>272</sup> Zira muhayyerlik, tarafların iradelerini korumaya yönelik kabul edilmiş bir hukukî güvencedir. Muhayyerliklere mesned teşkil eden aklî deliller, istihsan ve maslahat şeklinde iki ana temele dayanmaktadır. Muhayyerlikler konusunda birçok naklî delil mevcut olsa da ilgili delillerinin bir kısmını, istihsana veya maslahata götüren naklî deliller olarak değerlendirmek mümkündür.<sup>273</sup> Bu bağlamda Hanefîlerin mezhep metodu olan rey ve içtihad merkezli yaklaşım, gerek nassların yorumlamasında gerek aklî delillerin ortaya konmasında muhayyerlikler ele alınırken kendisini göstermektedir. Mâlikîlerin nasslar yanında maslahat merkezli yaklaşımları, muhayyerliklerin işlenmesinde göze çarpan diğer bir detaydır. Şâfiî, ilk dönem Hanbelîleri ve Zâhirîler muhayyerlikleri, birbirlerine yakın ölçülerde nass-lafız merkezli ele almışlar, ama kimi zaman gerek diğer görüşleri eleştirmede kimi zaman da ilgili konuları açıklamada diğer delilleri de kullanmışlardır.<sup>274</sup>

Akidlerde muhayyerliklerin genel ve özel olmak üzere iki gayesinden bahsetmek mümkündür. Muhayyerliklerin genel gayesi, bireylerin gerçek iradelerini sağlıklı bir şekilde yerine getirmek ve hak kayıplarının önüne geçmektir. Muhayyerliklerin bir de her bir akde özel ve her bir muhayyerliğin ilgili olduğu alana ilişkin taşıdığı özel bir anlamı vardır. Mesela, meclise ait muhayyerliklerin özel gayesi akid meclisinde bireye düşünme fırsatı tanımak ve acele verilen kararları aynı mecliste yeniden gözden

<sup>272</sup> Fıkıhta hikmet, hükmün kuruluş gayesini ve insanların maslahatlarını gerçekleştirmeyi ifade etmektedir. Bkz. Ferhat Koca, “Hikmet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXVII, 1998, s. 514; ihtiyaç ise yerine getirilmediğinde insanların sıkıntıya düşecekleri gereksinimleri ifade eder. Bkz. Rahmi Yaran, “İhtiyaç”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXI, 2000, s. 573; ayrıca bkz. Ahmet Yaman, *Makâsıd ve İctihad İslam Hukuk Felsefesi Araştırmaları*, İstanbul: Rağbet Yay., 2010, s. 21.

<sup>273</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 525; İstihsanın aklî bir yöntem olarak nasslarla olan bağlantısı ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Osman Şahin, “İstihsan Yönteminin Aklî Gereçekleri ve Bazı Uygulama Şekilleri”, *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, Samsun, 4/8, 2008, ss. 41-74.

<sup>274</sup> Hayreddin Karaman, *İslam Hukukunda İctihad*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2010, ss. 133-148; Yunus Vehbi Yavuz, *Hanefî Mezhebinde İctihad Felsefesi*, İstanbul: İşaret Yay., 1993, ss. 64-72; Ali Bardakoğlu, “Hanefî Mezhebi”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XVI, 1997, ss. 1-5; Muharrem Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, İstanbul: Ravza Yay., 2009; ss. 29-46.

geçirme imkanı vermektedir. Kusurlu çıkma, görme ve vasıf muhayyerliklerinde ise özel gaye bireye zaman kazandırmak değil, akidden beklenen maslahatın gerçekleşmesine mani olacak ârizalarda bireye kayıp hakkını kazandırma imkanı vermektedir. Şart muhayyerliğindeki özel gaye ise kanunun bireye doğrudan sağlamadığı ek düşünme imkanını, başta şart koşarak elde etmektir.<sup>275</sup>

Lâzım akidlerdeki muhayyerlikler, kanundan doğan ya da sözleşmeye ilave şartlar şeklinde tezahür etmekte iken, gayrı lâzım akidlerdeki muhayyerlikler ise akdin kendi yapısından kaynaklanmaktadır. Gayrı lâzım akidlerin feshe kabil olması, akidlerde beklenen faydanın daha iyiyi gerçekleştirme düşüncesine veya bireylere huzurlu hissedecekleri, rahat karar verebilecekleri bir alan oluşturma düşüncesine dayanmaktadır. Mesela, vasiyet akdi lâzım bir akid olsaydı, insanlar kendilerini rahat hissetmezler ve böyle bir işlemten çoğunlukla kaçınabilirlerdi. Ayrıca hibe akidinde birey daha faydalı gördüğü için kararını değiştirerek hibesini başka bir noktaya kanalize edebilecektir. Zaten genel itibarıyla teberruat akidlerinden oluşan gayrı lâzım akidler, bireylerin ahiret kaygısıyla sevap umarak gerçekleştirdikleri işlemlerden oluşmaktadır. Bu tür işlemlerin bağlayıcı olması yani muhayyerliklerin yok sayılması, bu tür akidlerden insanların kaçınmasına neden olabilecektir.<sup>276</sup> Ayrıca muhayyerliklerin yargılama gibi hukukî süreçlerde adaleti sağlayıcı bir fonksiyonu da vardır. Bu hususlar gelecek başlıklarda ele alınacak ve muhayyerliklerin temel gayelerinin yanı sıra, zaman zaman da özel gayelere değinilecektir.

### 2.3.1.1 Aldanmayı Önleme

Birçok muhayyerliğe kaynaklık eden ve bu konunun en temel nass delillerinden olan “sütü hayvanın memesinde bekleterek hayvanı sütü gösterme (*musarrat*)” eyleminin yasaklandığı<sup>277</sup> ve “Hz. Peygamber’in garar satışını yasakladığını”<sup>278</sup> bildiren rivayetlerin; esas gayesi, alış-verişlerde aldanma veya aldatılmanın önlenmesidir.<sup>279</sup> Buradaki hadis deliline bağlanan muhayyerliklerde de ortak illet,

<sup>275</sup> Bkz. İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-Ahkâm*, s. 578.

<sup>276</sup> Bkz. İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-Ahkâm*, ss. 579-580.

<sup>277</sup> Buhârî, “Büyü”, 64; Müslim, “Büyü”, 7.

<sup>278</sup> Ebû Dâvûd, “Büyü” 25.

<sup>279</sup> Şâh Veliyyullah Dihlevî, *Hüccetullâhi'l-Bâliğa*, Mehmet Erdoğan (çev.), II, Ankara: Yeni Şafak Yay., 2003, s. 285; Nihat Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular 2*, Samsun: Etüt Yay., 2010, s. 191.

aldanma-aldatılma eylemidir. Meselâ, şart muhayyerliğinde istenilen ek süre, bireyin aldatılma riskini önlemek olduğu gibi vasıf ve kusurlu çıkma muhayyerliğindeki malı iade edebilme hakkı da aldanmanın önüne geçilmesi amacıyla yer alır. Nitekim Ahmed el-Cürcâvî de akidlerde aldanmayı önleme gayesiyle muhayyerliklerin yer aldığını, bir insanın bir şeyi satın aldığı anda ondaki ayıbı hemen fark edemeyebileceğini, bu nedenle uzman bir kişinin incelemesiyle anlaşılacak mallarda muhayyerliğin şart koşulabileceğini ifade etmektedir.<sup>280</sup>

### 2.3.1.2 Rıza ve İstikrar Sağlama

Akidlerde muhayyerliklerin en temel gayelerinden birisi, hukukî yükümlülük altına giren bireylerin, özgür iradelerini gerçekleştirmektir. Bireyin gerçek iradesi, akidlerin oluşumunda icab-kabulde aranan şartlar bağlamında bireyin ehliyet sahibi olması ile ilişkilendirilmiştir. Ehliyet sahibi olan bireyin iradesi ancak rıza beyanı ile ortaya çıkar. Akidlerde rıza ise işlemin kuruluş ve tamamlanma süreçlerinde bireyin özgür iradesi ile kararlarını verebilmesidir. İşte bu süreçlerde devreye giren muhayyerlikler, akidlerde bireyin gerçek iradesi ile işleme razı olmasını hedefler. Mesela, akid meclisinde bireye tanınan meclise ait muhayyerlikler, taraflara yeterli düşünme fırsatı sağladığı gibi bireyler istedikleri takdirde şart muhayyerliği ile bu düşünme fırsatını daha da uzatma imkanına sahip olurlar. Bununla birlikte, İslam hukukunda bireye tanınan muhayyerlikler gelişigüzel bir sürece sahip değildir. Her bir muhayyerliğin kendine ait şartları ve sınırlılıkları vardır. Mesela, yukarıda örneğini verdiğimiz meclise ait muhayyerlikler, sadece akid meclisinde etki alanına sahip olup, meclis dağıldıktan sonra akde etki etmeyecektir. Hukukî istikrar için, bu muhayyerliklere, belli sınırlamalar getirilmiştir. Benzer şekilde şart muhayyerliğinde de sürenin başta belirlenmesi kuralı, akidlerdeki istikrarı korumaya yöneliktir. Bu sınırlandırmaların olmaması durumunda bireyler muhayyerlikleri, kendi çıkarları doğrultusunda esnetebilirler ve karşı taraf için hak kaybına sebep olacak durumlara sebep olabilirler. Bu nedenle muhayyerliklerin, akidlerde rıza sağlaması kadar, hukukî istikrar sağlaması da önemli bir mevzudur.<sup>281</sup>

---

<sup>280</sup> Ali Ahmed el-Cürcâvî, *Hikmetü't-Teşrî' ve Felsefetühü*, II, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1994, s. 128.

<sup>281</sup> Muhayyerliklerin gayesi ile ilgili değerlendirmeler için bkz. İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-Ahkâm*, s. 578; Dalgın, *Tartışmalı Dinî Konular* 2, s. 191.

### 2.3.1.3 Ticarî Hayatta Esneklik, Canlılık ve Güven Sağlama

Muhayyerliklerin varlığı, ticaretten iyi anlamasına gerek kalmadan toplumdaki her bireyin özgürce akid yapmasına olanak sağlamaktadır. Zira aldığı üründeki olası kandırmaca ve kusurları akid esnasında farkedemeyecek olan birey, şart muhayyerliği gibi bir takım güvencelere dayanarak akdi gerçekleştirmekte ve bu şekilde ticarî hayatta olası tikanıklıklar giderilmektedir. Şayet muhayyerlikler olmasaydı bireyler özgürce, istedikleri her zaman ve her koşulda ticaret yapmaktan kaçınacak, daima her bir işleminde tecrübeli, ehil ve erbabından kimseleri aramak durumunda kalacaktılar. Bu durum ise ticarî hayatı kısıtlayıcı ve güven sarsıcı bir etki meydana getirecektir. Dolayısıyla muhayyerlikler, Müslüman toplumunda ekonomik canlılığın artması ve böylece paranın tedavülde kalmasıyla devletin krizlere karşı dirençli hale gelmesi noktasından da önemli bir etkiye sahiptir.<sup>282</sup>

Muhayyerliklerin günümüz tüketiciyi koruma kanunlarına kaynaklık ettiğini belirten Nihat Dalgın, ticarî müesseselerin “satılan mal geri alınmaz” şeklindeki yaklaşımlarını eleştirmekte ve İslam’a göre belli durumlarda bireylerin cayma hakkının olduğunun altını çizmektedir.<sup>283</sup>

### 2.3.1.4 Hukukî Düzenin Sağlanmasına Yardımcı Olma

İslam hukukunun önemli gayelerinden birisi de toplumda hukukî düzeni sağlamaktır.<sup>284</sup> Toplumdaki hûkûkî düzen ise bireyler arasındaki ilişkilere dayanmaktadır. İnsanlar arasında nizaya sebep olan konuların en başında akidlere ve tasarruflara bağlı hukukî işlemler gelmektedir. Bu nedenle İslam, toplumda nizâyı sebep olabilecek hususları engellemek maksadıyla, akidlerde muhayyerlik anlayışını meydana getirmiştir. Fakihlerin akidle bağlantılı olarak detaylı şekilde ele aldığı bu muhayyerliklerin temel gayesi, birey iradesini akidlerde sağlıklı şekilde gerçekleştirmek, aldanmayı önlemek ve böylece nizanın önünü almaktır.<sup>285</sup> İşte bu önlemler, aynı zamanda toplumda hukukî düzenin de varlığının bir göstergesidir. Eğer

<sup>282</sup> Krş. Osman Eskicioğlu, *İslâm ve Ekonomi*, İzmir: Anadolu Yay., 1999, s. 176.

<sup>283</sup> Bkz. Dalgın, *Tartışmalı Dinî Konular 2*, ss. 189-193.

<sup>284</sup> Bkz. Ali Pekcan, *İslam Hukukunda Gâye Problemi*, İstanbul: Rağbet Yay., 2003, ss. 18, 29.

<sup>285</sup> Nitekim İslam ticaret anlayışında esas olan tarafların zarara girmemesi her iki tarafın da yaptığı ticaretten memnun ayrılmasıdır. Bkz. Abdullah Çolak, “İslâm’ın İktisadî Prensipleri” *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, sy. 1, 2003, s. 47.



bu hukukî düzenlemeler olmasaydı, toplumun bireyleri arasında güçlünün haklı olduğu, zayıfın haklarını savunamadığı bir görüntü ortaya çıkacaktı. Hâlbuki toplumun en zayıf bireyi bile, muhayyerlikler sayesinde belli bir takım haklara kanunî güvence çerçevesinde sahip olmaktadır. Mesela, haksızlığa uğrayan birey, kusurlu çıkma, vasıf ve aldatılma gibi muhayyerlikler sayesinde hukukunu kanunî güvence çerçevesinde savunabilmektedir. Şu halde kusurlu malı iade edebilme, şart muhayyerliği çerçevesinde akidden vazgeçebilme ya da şüf'adan kaynaklı ön alım hakkını kullanabilme gibi hususlar, muhayyerliklerin bireylere sağladığı haklar olup, toplumsal düzenin hukuk ayağını oluşturan konuların başında gelmektedir.

### 2.3.1.5 Yargılamada Kolaylık Sağlama

Bireylerin akde bağlı sorumluluklarını yerine getirmemesi durumunda mağdur tarafın mevzuyu kanunî mercilere taşıma hakkı vardır. Kanunî merci, meydana gelecek bir davada bireylerin hak ve sorumluluklarını incelemekte ve davayı sonuca bağlamaktadır. Davayı çözme aşamasında hâkimin yargılamada değerlendirme konusu yapacağı hususlardan birisi de akde bağlı muhayyerliklerdir. Bu muhayyerlikler kimi zaman kanundan doğan, kimi zaman da tarafların belirledikleri türden olabilmektedir. Mesela, nikah akdine ait muhayyerliklerin tümü, akdin gereği olarak kanundan doğan haklardan olup yalnızca hâkimin hükmü ile karara bağlanabilmektedir.<sup>286</sup> Ayrıca, şüf'a hakkının kullanılmasında oluşacak bir anlaşmazlık, ancak yargı yoluyla çözüme kavuşturulabilecektir.<sup>287</sup> Bu gibi muhayyerliklerin bulunduğu anlaşmazlıklarda hâkim, hukukî olarak sınırları tespit edilmiş olan muhayyerlikler sayesinde davayı kolayca çözüme kavuşturabilecektir.

### 2.4 Muhayyerliklerin Sınıflandırılmasındaki Yöntemler

Muhayyerliğin akidlerdeki yansımalarının daha net anlaşılmasında gerekli olan hususlardan birisi de muhayyerlikleri sınıflandırma yöntemleridir. Muhayyerliklerin dayandığı temelleri tespit etme ve hangi tür akidlerle, nasıl bir ilişki içerisinde olduğunu bilmede bu yöntemler bize katkı sağlamaktadır. Bu bağlamda *kanunî iradedden* veya *şahsın kendi iradesinden kaynaklanan, yere, zamana ve şahsa bağlı*

---

<sup>286</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 233.

<sup>287</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, ss. 308-309.

*muhayyerlikler* gibi birçok sınıflandırma yönteminden bahsetmek mümkündür.

### 2.4.1 Kanunî ve İradî Olması Açısından

Hukukî iradenin bireylere doğrudan sağladığı haklar kanunî, bireyin kendi iradesine bağlı haklar ise iradî olarak isimlendirilir. Akid yaparken de kanunun doğrudan sağladığı muhayyerlikler, kaynağını ve yaptırım gücünü doğrudan kanunî iradeden aldıkları için kanunî, kazaî ya da hükmi şeklinde isimlendirilmektedir. Tarafların ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerlikler ise bireylerin kendi iradeleri ile şart koşma veya kaldırma şeklinde gerçekleştirdikleri için iradî/şartlı muhayyerlikler şeklinde isimlendirilir.<sup>288</sup>

#### 2.4.1.1 Akdin Gereği Olan Muhayyerlikler

Kanunî muhayyerlikler yaptırım gücünü doğrudan kanunî iradeden almalarının yanı sıra, akidleşme esnasında bireylerin şart koşmalarına bakılmaksızın meydana gelen muhayyerlik haklarını kapsaması yönüyle, akdin kendi yapısından kaynaklanan yani *akdin gereği olan muhayyerlikler* olarak kabul edilmektedir. Bu muhayyerlikler, tarafların belirlemesiyle meydana gelmediği gibi, onların iradeleriyle de ortadan kaldırılamamaktadır. İşte burada en temel husus da bireylerin ilgili muhayyerlikleri kendi iradeleri ile kaldırma gücünün olmayışdır. Mesela, meclise bağlı muhayyerlikler, görme muhayyerliği ve nikahta meydana gelen kefâet muhayyerliği gibi haklar, başta şart koşmaya gerek duyulmaksızın, kanunî irade tarafından bireylere doğrudan sağlanmaktadır. Ayrıca bireyler, bu muhayyerlikleri genel olarak kendi iradeleri ile iskat etme yani yok sayma hakkına da sahip değildirlir.<sup>289</sup>

Kusurlu çıkma muhayyerliğinin iradî muhayyerliklerden sayılması konusunda ihtilaf varsa da üçüncü bölümde ele alınacağı üzere, bu muhayyerliğin *akdin gereği olan muhayyerlikler* çerçevesine daha uygun düştüğünü ve cumhurun da bu muhayyerliği, akdin gereği olan muhayyerlikler içerisinde ele aldığını ifade edebiliriz. Bu muhayyerliği Hanefîlerin şartlı muhayyerliklerden saydığı ifade edilse de<sup>290</sup> kanaatimizce Hanefîler de bütünsel anlamda bunu, hükmi muhayyerlikler çerçevesinde

<sup>288</sup> Senhûrî, *Nazarîyyetü'l Akd*, I, s. 39; Apaydın, “Muhayyerlik”, XXXI, s. 26.

<sup>289</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, ss. 309-469.

<sup>290</sup> Apaydın, “Muhayyerlik”, XXXI, s. 26.

ele almaktadır. Bu husustaki karmaşıklık, Hanefîlerin akid yaparken *kusurlu çıkma durumunda muhayyerlik hakkı vermemeyi* tarafların şart koşabileceği yönündeki görüşlerine dayanmaktadır. Halbuki bu görüş, bu muhayyerliği tam anlamıyla iradî muhayyerlikler sınıfına dahil etmez. Çünkü Hanefîlere göre de başta hiçbir şart konuşulmasa da bu muhayyerlik, akdin tabii sürecinde bireylere tanınmaktadır. O halde bunu şarta bağlı (tarafların ön anlaşma ile belirledikleri) muhayyerliklerden saymak pek tutarlı değildir.

#### **2.4.1.2 Tarafların İradelerine Bağlı Gelişen Muhayyerlikler**

Tarafların akid esnasında şart koşmalarına bağlı meydana gelmelerinin yanı sıra, onların kendi iradeleriyle kaldırma yetkilerinin de bulunduğu bu gruba giren muhayyerlikler, tarafların ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerliklerdendir. Bu muhayyerlikler de yaptırım gücünü, kanunî iradenin çizdiği genel sınırları çerçevesinde sağladığı kanunî güvenceden almaktadır. Yani kanunî muhayyerlikler doğrudan akdin kendi yapısından kaynaklanmakta ve yaptırım gücünü de akid şartları içerisinde barındırmakta iken, buradaki iradî muhayyerlikler ise yaptırım gücünü, akidlerdeki *şart koşma serbestisi* gibi akid teorisinde ele alınan ve muhayyerlik teorisine zemin teşkil eden genel yaklaşım ve kurallardan almaktadır. Bu bağlamda şart, vasıf, ödeme ve tayin muhayyerlikleri, tarafların iradelerine bağlı muhayyerliklerdir. Geri kalanlar ise, akdin gereği olan muhayyerliklerdir.

#### **2.4.2 Aslî ve Tâlî Olması Açısından**

Aslî ve tâlî olması açısından muhayyerlikler, verilen önem sıralaması ya da kaynaklarda hakkında fazla söz edilen ve bilgi bulunması açısından değerlendirme anlamına gelmektedir. Muhayyerlikleri, birinci veya ikinci derecede önemli olması açısından sıralamayı da ifade eden bu ayırım, teknik ve hukukî bir temele dayanmamakta, tamamen müelliflerin muhayyerliklere yaklaşımının tabîi seyrinden ortaya çıkmaktadır. Çünkü müellifler, genel itibarıyla akdin gereği olan muhayyerlikleri, hükmî muhayyerliklerden meclis, görme ve kusurlu çıkma muhayyerliği gibi hakkında birçok nass ve diğer delillerin bulunduğu muhayyerlikler çerçevesinde ele alırken, tarafların akdin başında belirledikleri muhayyerlikleri de genel olarak şart muhayyerliği çerçevesinde ele almışlar, tartışma ve

değerlendirmelerinin büyük çoğunluğunu bu başlıklar altında vermişlerdir. Buna bağlı olarak mesela, fıkıh kaynaklarımızda hükmî muhayyerliklerden olan görme ve kusurlu çıkma muhayyerliği, aslî bir muhayyerlik görünümü sunarken, “*Tekeşşüf-i Hâl Muhayyerliği*” şeklinde geçen *malın fiyatını sonradan belirleme muhayyerliği* tâlî bir muhayyerlik görünümü sunmaktadır. Meselâ, Zuhaylî’nin akidlerde muhayyerliklerin kuvvet derecelerine işaret etmesi, muhayyerliklerin aslî ve tâlî şeklindeki ayrımının bir göstergesidir.<sup>291</sup>

#### 2.4.3 Yere-Zamana ve Konuya Bağlı Olması Açısından

Akdin meclisine ait muhayyerlikler, akdin yapıldığı mekân ve zamanla bağlantılı hususları içermesi yönüyle yere-zamana bağlı muhayyerliklerden sayılır. Zira bu muhayyerliklerin oluşması ve kullanılması mekân ve zamanla kayıtlanmıştır. Mesela, Hanefîlere göre bireyin akid meclisinde kullanma hakkına sahip olduğu *tekliften vazgeçebilme muhayyerliği*, tarafların akid meclisini terketmeleri ya da akid konusu dışında bir işle meşguliyetleri ile son bulmaktadır.<sup>292</sup>

Akdin yapıldığı mekân ve zamana bağlı olmayan muhayyerliklerin büyük bir kısmı, akdin konusuyla yakından veya uzaktan bağlantılı olarak meydana gelmektedir. Görme, kusurlu çıkma, kemiyet, tekeşşüf hal, keşfi hal, teferrükü safka, şüf’a, rehin, gasp ve satılan malın rehinli veya kiralanmış çıkması muhayyerlikleri, akdin konusuyla doğrudan bağlantılı olan muhayyerliklerdendir. Aldanma, aldatılma, vasıf ve tayin muhayyerlikleri ise akdin konusuyla dolaylı olarak bağlantılı olan muhayyerliklerdendir. Nitekim bu muhayyerlikler çalışmanın üçüncü bölümünde detaylı şekilde ele alınacaktır.

#### 2.4.4 Akdin Taraflarını Bağlayıcı Olması Açısından

Akdin taraflarını bağlayıcı olması açısından akidler; lâzım, gayrı lâzım, mevkuf ve fâsid olarak isimlendirilir. Tek taraflı irade ile fesh edilemeyen akidler, lâzım, fesh edilebilenler ise gayrı lâzım olarak ifade edilir. Akdin kurulduktan sonra hükmünün işler hale gelmesinin bir başkasının icâzetine bağlandığı durumlar ise mevkuf olarak zikredilir. Muhayyerlikler de akidlerin bu teknik ayrımıyla bağlantılı olarak farklı türde

<sup>291</sup> Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 576.

<sup>292</sup> Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 469.

ya da akdin farklı süreçlerinde meydana gelmektedir.

#### **2.4.4.1 Lâzım Akidlerde Muhayyerlikler**

Satım, kiralama, sulh ve havâle gibi akdin her iki tarafı için bağlayıcı olan hukûkî işlemler, lâzım akidler olarak isimlendirilir. Bu tür işlemlerin bağlayıcı oluşundaki en temel faktör, işlemin taraf ya da taraflara malî sorumluluklar yüklemesidir. Lâzım akidler iki kısma ayırılmakta olup, her iki tarafı bağlayıcı olanlar lâzım litarafeyn olarak isimlendirilirken, tek tarafı bağlayıcı olanlar lâzım litaraf olarak isimlendirilir. Meselâ kefalet ve rehin akidleri, lâzım litaraf akidlere örnektir. Bu akidler alacaklıyı bağlayıcı olmayıp, kefil olan ya da rehin veren için bağlayıcı oldukları için lâzım litaraf olarak değerlendirilir.<sup>293</sup>

Muhayyerliklerin büyük çoğunluğu, yukarıda sayıldığı şekilde lâzım litaraf veya lâzım litarafeyn akidlerde meydana gelir. Lâzım akidler, muhayyerliklere gerekçe olan hususların gerçekleşmesi sonucu bağlayıcılığını yitirerek gayrı lâzım hale dönüşmektedir. Ancak bu dönüşüm, akidde sonradan meydana gelen bir kusur veya tarafların akid yaparken şart koşması sonucunda oluşan bir muhayyerlik nedeniyledir.<sup>294</sup>

#### **2.4.4.2 Gayrı Lâzım Akidlerde Muhayyerlikler**

Şirket, vekâlet, mudârame, vasiyet, âriyet, vedâ ve karz gibi tarafları bağlayıcı türden olmayan akidler, gayrı lâzım olarak isimlendirilir. Eserlerde *caiz akidler* şeklinde de isimlendirilen bu işlemlerin her an fesh edilmesi mümkündür. Bu nedenle gayrı lâzım akidlerde lâzım akidlerdeki gibi muhayyerliklere ihtiyaç yoktur. Fakat bu işlemlerin kendi yapılarından kaynaklı *akidden her an vazgeçebilme hakkı*, muhayyerliğin konusuna girmektedir. Şu halde mesela, gayrı lâzım bir akid olan karzdan taraflar diledikleri an dönebilme hakkına sahiptirler. İşte bu dönebilme hakkı, *karz muhayyerliği* olarak isimlendirilir. Bununla birlikte bazı gayrı lâzım akidler, karşı tarafın açık bir zarara uğraması durumunda lâzım hale dönüşmektedir. Mesela, vasînin kendisini azl etmesi durumunda sorumlu olduğu kişinin malı zarara uğrayacaksa,

---

<sup>293</sup> Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, s. 415; Ebû İshak Cemaleddin İbrahim b. Ali b. Yusuf eş-Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, Kâhire: Dâru'l-Kalem, 1959, s. 305; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 261; İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-Tahsil*, IV, s. 76; Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 149.

<sup>294</sup> Krş. İbn Âbidîn, *Reddül Muhtâr*, VII, s. 220.

burada vesâyetin gayrı lâzım oluşundan kaynaklı tek taraflı irade ile akdin fesh edilebilme özelliği geçerli olmayacak, dolayısıyla muhayyerlik de meydana gelmeyecektir.<sup>295</sup>

#### 2.4.4.3 Mevkuf Akidlerde Muhayyerliklerler

Mevkuf akidler, yetki eksikliği veya yetkisizlik durumunda asıl yetkili şahıs tarafından onaylanmayı bekleyen işlemleri kapsar. Buna göre, *fuzûlî ve mümeyyiz küçüğün akdine icâzet, üçte biri geçen vasiyet akdine vârislerin icâzeti* mevkuf akidlerdeki muhayyerliklere örnektir. Bu konudaki örnekleri çoğaltmak mümkündür, ancak burada ana tema, yetkili merci veya şahsın kendisi tarafından icâzet verilmeyi bekleyen her türden işlemin bu kapsama girmesidir.<sup>296</sup>

Akidlerin oluşum sürecinde iki tür mevkuf olma durumu vardır; *birincisi* akdin nefaz şartlarının eksikliği durumunda oluşan mevkuf olma ki bunu *teknik anlamda mevkuf* olarak isimlendirebiliriz. *İkincisi* ise akdin diğer aşamalarında taraf veya tarafların icâzetini bekleyen ve akdin hüküm ve sonuç doğurmasının tarafların irade beyanlarına bağlandığı her türlü durumdur. Bu durum, teknik anlamda akdin nefaz şartlarıyla ilişkili olmasa da buradaki bekleyiş yani akdin askı halindeki konumu bir mevkuf olma durumudur. Mesela, yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, yetkisiz şahsın bir başkası adına gerçekleştirdiği akid, yetkili şahsın icâzeti ile işler hale gelecektir. Nitekim bu icâzetle akdin nefaz şartı gerçekleşmiş olmaktadır. Bununla birlikte, idrak muhayyerliği gibi akdin lüzum şartlarını etkileyen muhayyerliklerde bireyin icâzet vermesinin beklenmesi de bir çeşit mevkuf olma durumudur. Fakat buradaki icâzet, akdin nefaz şartlarıyla değil, lüzum şartlarıyla ilişkilidir.

#### 2.4.4.4 Fâsid Akidlerde Muhayyerliklerler

İslam hukuk ekollerinin çoğunluğunda fâsid akidler, bâtıl/hükümsüz akidler sınıfında ele alınırken Hanefilerin bu konuda farklı düşündüklerini daha önce ifade etmiştik. Hanefilerin akdin kuruluş ve tamamlanma sürecinde kendini gösteren sahih-fâsid ayrımı, farklı türde bir muhayyerlik oluşturmaktadır ki bu “fesadı giderme muhayyerliği” olarak ifade edilecek ve ayrıntılı olarak gelecek bölümde ele alınacaktır.

<sup>295</sup> Gayrı lâzım akidlerin bağlayıcı hale dönüşmesi ile ilgili bkz. Karadâgî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 149.

<sup>296</sup> Bkz. Karadâgî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, ss. 149-152.

Ancak Hanefiler de fesh işlemini kabul etmeyen bir kısım akidlerdeki fesad durumlarını, bâtil anlamında kullanmışlardır. Mesela nikah ve hul' bedeli üzerine yapılan sulh gibi akidler fesh edilmesi mümkün olmayan işlemler oldukları için feshi gerektiren bir durumda bâtil kabul edilmiş ve ilgili akdin kurtarıma yolu kapatılmıştır. Ancak satım ve kiralama gibi fesh edilmesi mümkün olan işlemler, sıhhat şartlarını taşımadıkları durumlarda gerekli fesad durumları onarılarak işleme hukukî sıhhat kazandırmak mümkün olacaktır. İşte bu sıhhat kazandırma işlemi bir tür muhayyerliktir.<sup>297</sup>

## 2.5 Muhayyerliklerin Tek Akidde Toplanması

Akidlerde bazı muhayyerlikler topluca bulunabilir, mesela bir şahıs görmediği bir malı şart muhayyerliği ile satın alsın ve alış verişte fiyat konusunda aşırı aldanma (*gabnı fâhiş*) ve malda bir kusur meydana gelse, bu durumda müşterinin öncelikle görme, sonra şart, sonra kusurlu çıkma, sonra da aldanma muhayyerliği hakkı meydana gelir.<sup>298</sup> Görüldüğü gibi burada hem akdin gereği olan hem de tarafların ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerlikler bir arada bulunmaktadır. Ancak bazı durumlarda bir muhayyerliğin bulunması başka bir muhayyerliğin bulunma gerekçesini ortadan kaldırmaktadır. Mesela, şüf'adan kaynaklı ön alım muhayyerliğinin oluşmasının şartlarından birisi, şüf'aya konu olan malın mülkiyetinin başkasına geçmesine engel bir durumun olmamasıdır. Buna göre, şart muhayyerliği ile bir başkasına satılan gayrı menkul malda şüf'a muhayyerliği cereyan etmeyecektir. Çünkü şart muhayyerliği, mülkiyetin nakline engel bir durum oluşturmaktadır.<sup>299</sup> Bazı durumlarda da bazı muhayyerlikler, bir başka muhayyerliğe ihtiyaç bırakmamaktadır. Mesela, Hanefilere göre görmediği bir malı vasıf muhayyerliği ile satın alan bir müşterinin, görme muhayyerliğinden kaynaklı akdi fesh edebilme hakkı, vasıf muhayyerliğine ihtiyaç bırakmamaktadır. Çünkü görme muhayyerliği sayesinde birey, istediği vasfı satın aldığı malda bulsa da bulamasa da bir gerekçe göstermeksizin akdi fesh etme hakkına sahiptir.<sup>300</sup>

---

<sup>297</sup> Krş. Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 262; Karadâgî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, ss. 152-156.

<sup>298</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, s. 322.

<sup>299</sup> Mülkiyetin naklini engelleyici durumların şüf'a muhayyerliği oluşturmadığı ile ilgili bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, ss. 306-307.

<sup>300</sup> Görme muhayyerliğinde akdin feshedilme süreci ile ilgili bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 317.

## 2.6 Muhayyerliğin Varislere İntikali

Akidlerde muhayyerliklerin varislere intikal etmesi konusunda fakihler arasında farklı düşünceler vardır. İhtilafli noktalar olmakla birlikte cumhur, mala bağlı tüm hakların varislere intikal edeceğinden hareketle muhayyerliğin neredeyse her türünün varislere intikal edeceği görüşünü savunur.<sup>301</sup> Hanefiler; şart, görme ve şüf'a gibi bireyin kendi şahsî görüşüyle karar vereceği yani şahsına bağlı muhayyerliklerin varislere intikal etmeyeceğini, ancak kusurlu çıkma, vasıf ve tayin gibi mala bağlı muhayyerliklerin intikal edeceğini savunur.<sup>302</sup> Esasen Hanefilere göre karar verme süreci objektif ölçülere dayanan muhayyerliklerin, varislere intikal ettiği görülmektedir. Böylece onlara göre bireyin şahsî görüşünün karıştığı muhayyerliklerin subjektif karakterinden dolayı varislere intikal etmeyeceği düşüncesi ağırlık kazanmıştır.

## 2.7 Muhayyerliği Sona Erdiren Durumlar

Muhayyerliklerin akidlerde sona ermesi konusunda genel ve kapsayıcı bir hükme varmak pek mümkün değildir. Çünkü her bir akdin kendine ait özel koşulları ve değişkenleri vardır. Özellikle muhayyerliklerin kullanımında süre ve zamanaşımı, akdin türüne göre değişkenlik arzettiği gibi fakihlerin farklı içtihatları da bu hususta farklı hükümlere yol açabilmiştir. Mesela şart muhayyerliğinde süre Ebu Hanife ve Şafî'ye göre üç gün, imameyne göre tarafların kendi aralarında kararlaştırdığı şekilde belirlenirken Mâlik'e göre akdin türüne ve konusuna göre değişkenlik arz etmekte ve dinamik bir yapı sunmaktadır.<sup>303</sup> Ancak bununla birlikte muhayyerlikleri sonlandırıcı bir takım genel ilkeler de vardır. Bunları şu şekilde maddeler halinde sıralamak mümkündür:

1) *Tasarruf*: Muhayyerlikleri düşürücü sebeplerin başında, muhayyerlik hakkı bulunan tarafın akdin konusu hakkındaki tasarrufları gelir. Zira mülkiyet ifade edici

<sup>301</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 202; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 246. Ayrıca bkz. Çeker, *Akidler*, s. 76; Apaydın, "Muhayyerlik", XXXI, s. 28.

<sup>302</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 280; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, s. 261; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 63. Ayrıca bkz. Çeker, *Akidler*, s. 76; Apaydın, "Muhayyerlik", XXXI, s. 28. Mecelle'de vasıf ve tayin gibi muhayyerliklerin varislere intikal edeceği şart, ödeme, görme ve aldatılma gibi muhayyerliklerin intikal etmeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. *Mecelle*, Md. 306, 311, 315, 319, 321, 358. Hanefilere göre ölümle sona eren muhayyerlikler bağlı bulundukları bir kısım akidleri geçersiz kılarken bir kısmını da bağlayıcı kılmaktadır. Bu husus gelecek bölümde muhayyerlik türleri kısmında detaylı şekilde ele alınacaktır.

<sup>303</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 29; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 224.



tasarruflar, muhayyerliği düşürmektedir. Tasarruf iki türlü olup birisi sözlü diğeri fiilidir. Muhayyerlik hakkı bulunan tarafın akdi onayladığını ifade etmesi sözlü bir tasarruf iken malda mülkiyet ifade eden satım, kiralama ve kullanma gibi eylemler fiilî tasarruf kapsamında değerlendirilir.<sup>304</sup> Ancak ürünü deneme amaçlı kullanımlar, mülkiyet tasarrufu olarak görülmemelidir. Ayrıca satım ve kiralama gibi konusu mal veya menfaat olan akidlere ait muhayyerliklerde mülkiyet ifade edici fiilî tasarruflar muhayyerliği sonlandırırken konusu mal veya menfaat olmayan vekalet ve kefâlet gibi akidlerde bu, söz konusu değildir.<sup>305</sup>

2) *Zamanaşımı*: Her bir muhayyerliğin kendisine ait koşulları olduğu için akdin gereği olan muhayyerliklerde hukukun bireylere doğrudan sağladığı sürenin dolması; tarafların ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerliklerde ise bireylerin kendi aralarında anlaştıkları sürenin dolması muhayyerlikleri sonlandırmaktadır. Dolayısıyla zamanaşımı ve hak düşürücü süreler her bir muhayyerlikte özel olarak değerlendirilmelidir.<sup>306</sup>

3) *Ölüm*: Muhayyerliklerin bir kısmı, hakkı elinde bulunduranın ölümü ile son bulurken, biraz önce izah ettiğimiz gibi bir kısmı varislere intikal etmekte ve bu hak murisin vereseleri tarafından kullanılabilir.<sup>307</sup> Şu halde Hanefilere göre şart, görme ve şüf'a gibi bireyin kendi şahsî görüşüyle karar vereceği muhayyerliklerde ölüm, hak düşürücü bir etkiye sahiptir.

4) *Akdin fesh edilmesi*: Muhayyerlik hakkı bulunan taraflar, bu muhayyerlik haklarını kullanarak akdi fesh etme yetkisine sahiptirler. Fesh etme işlemi, icâzet vermede olduğu gibi hem söz ile hem de fiilî tasarruf şeklinde yapılabilir. Mesela, muhayyerlik hakkı bulunan tarafın akdi fesh ettiğini belirtmesi sözlü bir fesih olduğu gibi muhayyerliği bulunan satıcının malı başkasına satışı da fiilî bir fesih kabul edilir.<sup>308</sup>

5) *Akdin konusunda meydana gelen değişim*: Konusu mal veya menfaat olan

---

<sup>304</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, ss. 240-242; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 57.

<sup>305</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 201

<sup>306</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, ss. 281, 283; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 233. Zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilgili değerlendirmeler için bkz. Osman Şahin, *İslam Hukukunda Zamanaşımı*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016, ss. 140-143.

<sup>307</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 280; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 202; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 246.

<sup>308</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 281; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, ss. 238-241; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 58.

akidlerde malın telafi edilemeyecek ölçüde bir zarara uğraması muhayyerliği sonlandırmaktadır. Böylece akid ve muhayyerliğin türüne göre taraflar için tazmin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.<sup>309</sup> Tazmin konusu ise her bir muhayyerlikte taraflara farklı ölçülerde görevler/sorumluluklar yüklemektedir. Çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınan muhayyerlik türlerinde bu konuya değinilecektir.

---

<sup>309</sup> Buhûû, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 326.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### MUHAYYERLİĞİN AKİDLERDEKİ YANSIMALARI/TÜRLERİ

İslam Hukukunda günümüz modern hukuk sistemlerinde de olduğu gibi kanunlar iki şekilde bireylerin haklarına etki etmektedir. Birincisi, hukukun bizzat tanıdığı ve şart koşulsun ya da koşulmasın her birey için eşit olan haklar. İkincisi ise bireylere ve hukukî işlemin durumuna göre değişkenlik arz eden ve tarafların iradeleriyle belirledikleri haklardır.<sup>310</sup>

Muhayyerlikler de akidlere bağlı olarak iki şekilde bireylerin haklarına etki etmektedir. Birincisi, akdin gereği olan yani bireyler şart koşsun ya da koşmasın bizzat hukukun bireylere vermiş olduğu kanundan doğan muhayyerlik hakları, ikincisi ise yine genel sınırlarını hukukun çizdiği, bireylerin kendi iradelerine bağlı gelişen, tarafların kararlaştırdığı muhayyerlik haklarıdır.<sup>311</sup>

Günümüz modern hukuk sistemlerinde cayma hakkı şeklinde tezahür eden muhayyerlikler, işleyiş açısından farklılıklara sahip olsa da genel anlamda İslam hukukunun amaçladığı bireyin haklarını koruma, aldanmayı önleme gibi temel esaslara dayanmaktadır.<sup>312</sup>

Eserlerde akdin gereği olan ve hukuk tarafından bireylere doğrudan sağlanan muhayyerlikler, tarafların bizzat kendilerinin belirlediği muhayyerlik çeşitlerine göre daha fazla sayıda yer almaktadır. Her iki şekildeki muhayyerlikler sayı olarak İbn

<sup>310</sup> Krş. Senhûrî, *Nazariyyetü'l Akd*, I, ss. 27-28; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 291; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, Ankara: S Yay., ty., s. 509; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 349.

<sup>311</sup> Klasik fıkıh eserlerinde muhayyerlikler, kaynağı açısından şer'î ve şarta bağlı (*ihitiyârî*) şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuş ve kanunun bireylere ön şartsız sağladığı muhayyerlikleri ifade için “şer'î”; tarafların kendi iradeleriyle akidde ön şart olarak belirledikleri muhayyerlikler için “şarta bağlı” ifadesi kullanılmıştır. Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 234; çağdaş araştırmalarda da bu ayrıma riayet edilmiştir. Bkz. Abdullah b. Muhammed b. Ahmed et-Tayyâr, *Hıyâru'l-Meclis ve'l-Ayb fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Riyad: Câmîatü'l-İmam Muhammed b. Suud el-İslâmiyye, 1979, s. 33; ayrıca bkz. Rüstem Mûsâ İbrâhim Bokermos, “Ahkâmu Hıyâru Tühallefü's-Şart”, (*Master*, Câmîatü Âli Beyt, Külliyyetü's-Şerîa Kısmü'l-Fıkıh, 2013) s. 19; İsâ Muhammed Mahmûdî, “Ahkâmu'l-Hıyâr fi'l-Muâmelâti'l-Mâliyyeti”, (*Master*, Câmîatü Ümmü Dermâni'l-İslâmî, Külliyyetü's-Şerîati ve'l-Kanûn, 2013) s. 14; ilgili kaynaklarda geçen şer'î ifadesi dar anlamda kullanılmış olup, bu ifade İslam hukukundaki hükümlerin tümü için de kullanılabilmektedir. Şer'îlik kavramıyla ilgili ayrıntılı bir çalışma örneği için bkz. Ayhan Ak, *İslam Hukuk Felsefesi (Köken ve Uyum Odaklı Analiz)*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2014, ss. 52-63.

<sup>312</sup> Mesela, 7.11.2013 tarihli 6502 numaralı *Tüketiciyi Koruma Kanunu*, bireylerin sözleşmelerde sahip oldukları cayma hakkının kapsam ve sürecini detaylı şekilde açıklamaktadır. Bkz. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, Md. 18, 24, 43, 47.

Nüceym (ö. 970/1563) beş tane nikah akdinde, on üç tane de satım akdinde olmak üzere on sekiz tane; Vehbe Zuhaylî on yedi tane, Yunus Apaydın ise otuzu aşkın olduğunu ifade etmektedir. Ömer Nasûhî Bilmen sayı belirtmemiş ancak muhayyerlikleri eserinde on beş başlıkta ele almıştır. Orhan Çeker ise net bir sayı vermemekle birlikte muhayyerlikleri yirmi dört ayrı başlıkta incelemiştir.<sup>313</sup>

Yaptığımız araştırmalarda muhayyerlik çeşitleri hususunda net bir sayıya ulaşamamış olsak da yapı olarak benzer muhayyerlikler tek bir tür olarak zikredildiğinde sayı azalırken, ince detaylar nazara alınarak yapılacak bir ayırmda sayı yükselmektedir. Bu nedenle sayı, müelliflerin muhayyerlikler konusunu ele alış biçimine göre değişebilmekte ve bu hususta net bir sayı oluşmamaktadır. Ancak akde benzeyen tasarruflar da akid çatısı altında incelendiği takdirde bu sayı belki yüzleri bulabilecektir. Fakat biz konumuz itibarıyla sadece akde bağlı muhayyerlikleri ele aldık.

Bu bölümde muhayyerlikler genel olarak, akdin gereği olan (*hukukî/kanunî/hükmî*) ve tarafların ön anlaşma ile belirlediği (*iradî*) muhayyerlikler şeklinde ikiye ayrılmıştır. Bu muhayyerlikler, genel ve dar kapsayıcılık açısından da değerlendirilerek genel kapsamlı muhayyerliklerde daha fazla tartışma ve görüş ayrılığı bulunduğu için her bir muhayyerlikte konu kendi içinde tanım, hüküm, şartlar vs. gibi alt başlıklarla daha detaylı ele alınmıştır. Dar kapsamlı ve fıkri tartışmaların çok yaşanmadığı muhayyerlikler ise daha kısa ve alt başlıklandırmaya gidilmeden işlenmiştir.

### 3.1 Akdin Gereği Olan Muhayyerlikler

Akdin gereği olan yani hukukun bireylere doğrudan sağladığı muhayyerlikler kaynaklarda hükmî, kazaî ve hukukî olarak da isimlendirilmektedir.<sup>314</sup> Çalışmamızda bu muhayyerlikler, akdin meclisine, konusuna ve taraflarına ilişkin olması açısından ele alınacaktır.

#### 3.1.1 Akdin Meclisine İlişkin Muhayyerlikler

Bir akdin gerçekleşebilmesi için icab ve kabulü yapan tarafların mutlaka aynı

<sup>313</sup> İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, III, s. 218, V, s. 282; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 250; Apaydın, "Muhayyerlik", XXXI, s. 26; Bilmen, *Kâmus*, VI, ss. 55-85; Çeker, *Akidler*, ss. 50-51, 64-78.

<sup>314</sup> Ali Bardakoğlu bu tür muhayyerlikleri, *hukuk düzenince re'sen tanınmaktan doğan muhayyerlikler* şeklinde sınıflandırmıştır. Bkz. Bardakoğlu, "Fesih", XII, s. 429.

mecliste bulunmaları gerekir. Bu bulunma eylemi ya bilfiil olur veya bilkuvve olur. Bu duruma akidde meclis birliği denilmektedir.<sup>315</sup> Meclis birliği sağlandıktan sonra irade beyanında bulunan tarafların hukukî olarak akdi geçerli ve bağlayıcı kılıp kılmama hususunda bir takım seçimlik hakları vardır. Bu seçimlik haklar, akid meclisiyle sınırlı olduğu için, meclis son bulduktan sonra kullanılamazlar.

Meclise ait muhayyerlikler, akdin kuruluşu yani in'ikad aşamasını etkileyen muhayyerliklerdendir. Zira in'ikad aşamasında muhayyerlik fesih yönünde kullanılırsa, akid hiç kurulmamış sayılmaktadır. Burada meydana gelen muhayyerlikler, teknik anlamda akdin sıhhat, nefaz ve lüzum aşamalarını etkilememektedir.

Meclis muhayyerliğini sadece Şâfiî ve Hanbelilerin kabul ettiği, Hanefî ve Malikilerin bu muhayyerliği geçerli saymadığı kaynaklarda yer alır. Bununla birlikte akid meclisine ait muhayyerlikler çerçevesinde düşünüldüğünde, Hanefî ve Malikilerin de bu süreçte taraflara bir takım muhayyerlik hakları tanıdığını söyleyebiliriz.

Meclise ait muhayyerlikler, esas itibariyle lâzım akidler için söz konusudur. Gayrı lâzım akidler, yapısı itibariyle bağlayıcı olmadıkları ve akid meclisi sınırları içerisinde bağlayıcılık kazanamayacaklarından meclise ait muhayyerlikler bu tür akidlerde etkili değildir.<sup>316</sup> Meclise ait muhayyerliklere geçmeden önce akidlerdeki meclisin/meclis birliğinin mahiyetinin ele alınması gerekmektedir.

### **3.1.1.1 Akidlerde Meclis Birliği**

İslam hukukçularının meclis birliği tanımları, meclise ait muhayyerlikleri ele alış biçimine yansımıştır. Bu nedenle meclise ait muhayyerliklerin doğru anlaşılabilmesi için, akidlerdeki meclis ve meclis birliği kavramının detaylı şekilde ele alınmasını zaruri kılmaktadır.

Meclis kelimesi “oturmak” anlamına gelen Arapça “cülûs” kelimesinden türemiş bir isim olup “oturma yeri, toplantı yeri”<sup>317</sup> ve “oturma zamanı”<sup>318</sup> gibi anlamlara gelmektedir. İslam hukuku kaynaklarında terim olarak “akid meclisi”, akdin yapıldığı

---

<sup>315</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 477.

<sup>316</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164.

<sup>317</sup> İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, XXXII, s. 3780; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, s. 536.

<sup>318</sup> Krş. Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, s. 642; ayrıca bkz. Bilal Aybakan, “Meclis”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXVIII, 2003, s. 239.

yeri ve zamanı ifade etmektedir. Bu nedenle akidlerdeki meclis vurgusu yalnızca mekân birliğini değil zaman birliğini de kapsar.<sup>319</sup> Yani daha açık bir ifadeyle, “akidlerde meclis” kelimesi, bir akdi gerçekleştirmek için tarafların (ya da tarafları temsil eden şahıs yahut resmi evrakın) aynı zaman ve aynı mekânda bir araya gelmelerini yani meclis birliğini ifade eder.

O halde akidlerde meclis, tarafların bir araya gelmeleri ve daha sonra ayrılma ve ayrılma kapsayan yeri ve süreci ifade eder. Akidlerde meclis, tarafların bir arada aynı zaman diliminde ve aynı fiziki mekânda olup olmamasına göre iki farklı durum arz etmektedir. Fizikî anlamda aynı mekânda ve aynı zaman diliminde yapılan akidlerdeki meclis “hazırlar arasında” şeklinde isimlendirilirken, bir arada olmayan, birbirinden uzak mesafelerde bulunanların farklı zamanlarda gerçekleştirdiği meclis ise “gaipler arasında” şeklinde isimlendirilmiştir.

İslam hukukçularının birçoğu, meclis birliği anlayışlarını “alıcı ile satıcının birbirlerinden ayrılmadıkları sürece muhayyer olacakları”<sup>320</sup> şeklindeki rivayete dayandırmışlardır. Bu rivayette geçen “الْبَيْعَانِ” (*beyyian*) ve “يَتَفَرَّقَا” (*yeteferrakâ*) kavramları üzerinde duran fakihler, “beyyian” yani “akidleşenler” ifadesini kullanabilmek için tarafların aynı yerde/zamanda olması gerektiğini; “teferruk” yani ayrılma kelimesini kullanabilmek için de yine tarafların bir mekanda/zamanda bulunmaları gerektiğini ifade etmişlerdir.<sup>321</sup> O halde akidlerde meclis, tarafların bir araya gelmeleri ve daha sonra ayrılma ve ayrılma kapsayan yeri ve süreci ifade eder.

### 3.1.1.1.1 Hazırlar Arasında Meclis Birliği

Akidlerde meclis, daha önce izah edildiği üzere, karşılıklı irade beyanının yapıldığı yeri ve zamanı kapsamaktadır. Şâfiîler dışında cumhur, hazırlar arasında icab yapıldıktan sonra akidten vazgeçmeye delalet eden bir söz söylenmediği veya bir eylem gerçekleşmediği sürece kabulün gerçekleşme anına kadar aynı mekânda/zaman diliminde bulunan bireyler için meclisin devam ettiğini düşünürler.<sup>322</sup> Şâfiîler ise icab-

<sup>319</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 23; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 5; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 83.

<sup>320</sup> «الْبَيْعَانِ بِالْجَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» “Alıcı ile satıcı birbirlerinden ayrılmadıkları sürece muhayyerdirler” Buhârî, “Büyû”, 43; Müslim, “Büyû”, 1531; Ebû Dâvûd, “Büyû”, 54.

<sup>321</sup> Bkz. Kâsânî, *Bedâi*, VI, s. 469; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164.

<sup>322</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 197; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 5.

kabul irtibatında zamanı esas alarak, taraflar aynı mekânda olsalar da icab ile kabul arasında fasıla olmamasını şart koşarlar, yani onlara göre icabdan sonra kabul fevrî (fasılasız) olmalıdır. Aksi halde Şâfîilerin anlayışına göre, kabul gerçekleşmemiş sayılır.<sup>323</sup>

Fakihler icab-kabul irtibatına ziyadesiyle önem vermişler ve rızayı zedeleyici eylem veya fasıladan kaçınmak için önleyici tedbirler almışlardır. Bu anlamda cumhura göre taraflar sözleşme ile meşgul oldukları sürece meclis birliği devam eder. Şâfîiler ise meclis birliğini icab-kabul irtibatında fevrilik anlayışıyla sağlamıştır.

Hanefîler, meclis birliği mefhumunu geliştirerek meclisin fizikî anlamda bitmesi ve değişmesi hususuna, konunun değişmesini de ilave ederek mekân mefhumunun yanı sıra konu birliğini de akidlerde meclis birliğini sağlamada esas kabul etmişlerdir.<sup>324</sup> Mecelle’de de icabdan sonra ve kabulden önce taraflardan birisinden akidden vazgeçmeyi ifade eden bir söz veya eylemin meydana gelmesi, akdi geçersiz kılan hususlar olarak zikredilmekte, özellikle burada meclisin sadece fiziksel/bedensel eylemlere değil, söz/kavil üzerine bina edileceği vurgulanmaktadır.<sup>325</sup>

Hatta çağdaş bazı İslam hukukçuları meclisi, fizikî anlamda aynı mekân mefhumundan da alıp, tamamen zaman birliği esasına göre anlamaktadırlar. Nitekim Karaman bu hususta Senhûrî’nin düşüncesini paylaşarak meclis mefhumunu “zaman birliği” esasına bina etmenin İslam hukuku prensiplerine daha uygun olacağını belirtmiştir.<sup>326</sup>

Meclisi zaman birliği olarak tanımlamanın pratik sonucu, aynı mekânı paylaşmayan bireyler arasında yapılan akidlerin geçerli olmasını sağlamakta ve hatta fizikî anlamda bir arada olmamalarına rağmen eş zamanlı haberleşme imkanı sağlayan elektronik cihazlarla, meclis birliği sağlanmış kabul edilmektedir. Nitekim günümüzde birçok çağdaş düşünür, telefon ve internet gibi anlık iletişim yöntemleriyle yapılan akidleri

<sup>323</sup> Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, s. 199.

<sup>324</sup> Mecliste maddî mekan ya da zaman birliği ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Senhûrî, *Mesâdiru’l-Hak*, s. 13.

<sup>325</sup> “Ba’de’l-icâb kable’l-kabul ahad-ı tarafeynden i’raza delalet eder bir kavil yahut bir fiil bulunursa teklif bâtil olup kabule mahal kalmaz. Mesela, mütebâyîyandan biri sattım yahut aldım dedikten sonra ikisinden birisi başka bir işle yahut bir diğer bahis ve müzakere ile meşgul olsa teklif bâtil olup ondan sonra kabul ile beyi münakid olmaz.” *Mecelle*, Md. 183.

<sup>326</sup> Senhûrî, *Mesâdiru’l-Hak*, II, s. 13; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 83.

hazırlar arası meclis kapsamına dâhil etmektedir.<sup>327</sup> Bu durumda meclis, “akidleşme anı” şeklinde tanımlanabilir. Nitekim meclis birliğini hakiki değil, mecâzî/hükmî birliktelik olarak anlayan fakihlerin düşüncesiyle de bu durum örtüşmektedir.<sup>328</sup> Şu halde hazırlar arasında meclis birliği, bilfiil olabildiği gibi bilkuvv ve olabilmektedir.

Günümüzde alış-veriş veya şirket sözleşmelerinin uzaktan telefonla veya internet ortamında yapılabiliyor olması ve bu hususların belli çerçevelerde modern hukukta güvence altına alınması,<sup>329</sup> akid meclisi hususunu daha farklı bir alana taşımıştır. Akid meclisi hususunda fakihlerin mekân ve zaman mefhumlarını bulundukları dönemin şartlarına göre yorumladıkları açıktır. Bugün de akid meclisini, mekân ve zaman birliği anlayışından bir basamak daha ilerleterek, meclis konusunda “ortam birliği” anlayışı geliştirilebilir. Kanaatimizce akidlerde meclis birliğinin, ortam birliği olarak değerlendirilmesi İslam hukukunun günümüz bireylerinin ihtiyaçlarına cevap verme anlayışı açısından daha etkin bir tanım olacağını düşünmekteyiz.<sup>330</sup> Zira ortam birliği, fizikî anlamda aynı mekânı paylaşmak anlamına geldiği gibi, fizikî olmayan, sanal ortamları da kapsamaktadır.<sup>331</sup> Esasen Senhûrî ve Karaman’ın zikrettiği meclis tanımı için “zaman birliği” anlayışı, ortam birliği anlayışını destekleyen bir çıkarımdır.<sup>332</sup>

Elbette burada meclis birliği ile akdin bağlayıcı hale gelmesini sağlayan meclisin son bulması hususunun ayrı değerlendirilmesi gerekir. Yani Hanefî ve Mâlikîler, akdin oluşmasında icab-kabul irtibatını (meclis birliğini), zaman veya mekân birliği olarak anlamakta ve kabul anına kadar meclisin süresini uzatmakla birlikte, akdin bağlayıcı

<sup>327</sup> Bu haberleşme aletleriyle kurulan akdilerde meclisin, hazırlar arasında olduğu kabul edilmesi için tarafların elektronik cihazların başında bulunmaları ve irade beyanını vasitasız iletebilmeleri şart koşulmuştur. Bu hususla ilgili İbrahim Kâfî Dönmez’in uzaktan iletişim araçlarıyla akidleşmeyi çok ayrıntılı olarak ele aldığı bir çalışma için bkz. İbrahim Kâfî Dönmez, “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler (Batı Hukuku ile Mukayeseli Olarak)”, *İLAM Araştırma Dergisi*, 1/1, 1996, s. 54; ayrıca bkz. İbrahim Yılmaz, “İslam Aile Hukukuna Göre İnternet Ortamında Nikah Akdinin (Evlenme Sözleşmesinin) Kuruluşu”, *İHAD*, sy. 23, 2014, s. 84.

<sup>328</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164.

<sup>329</sup> TBK’da “Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bkz. *TBK*, Md. 4.

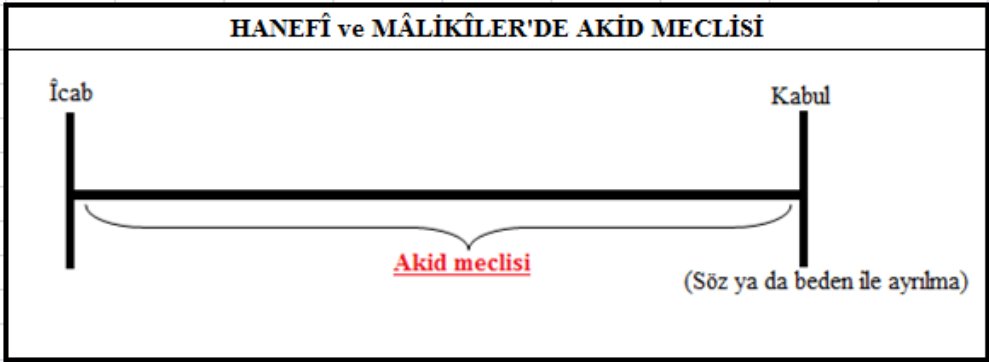
<sup>330</sup> Nitekim “Ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz” şeklindeki *Mecelle* kuralı bu hususu destekler. Bkz. *Mecelle*, Md. 39; ayrıca iletişimin tarihi süreci ve İslamî açıdan iletişim türlerinin değerlendirilmesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ali Türkmen, *İslam İletişim Hukuku*, Samsun: Erol Ofset, 1996, ss. 33-45.

<sup>331</sup> Nitekim ortam kelimesinin sözlük anlamında “sanal ortam” da bireylerin ortaklaşa bir işi gerçekleştirebildikleri bir alan olarak sayılmaktadır. Bkz. Akalın vd., *Türkçe Sözlük*, s. 1817.

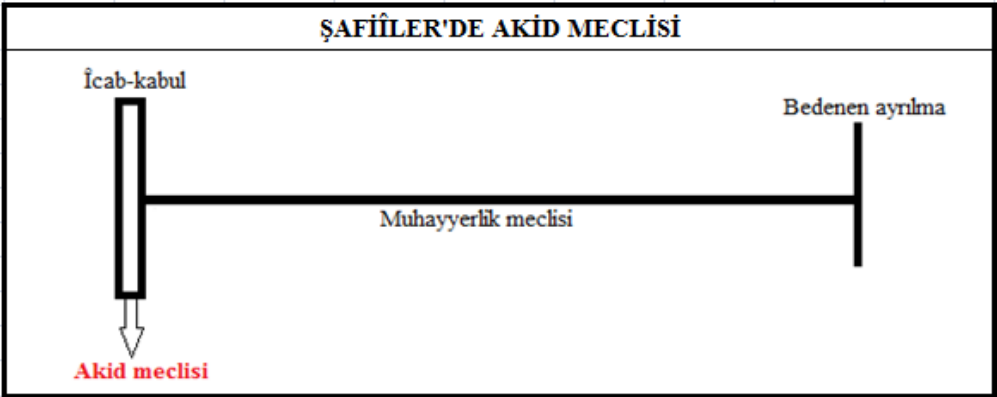
<sup>332</sup> Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, II, s. 13; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 83.



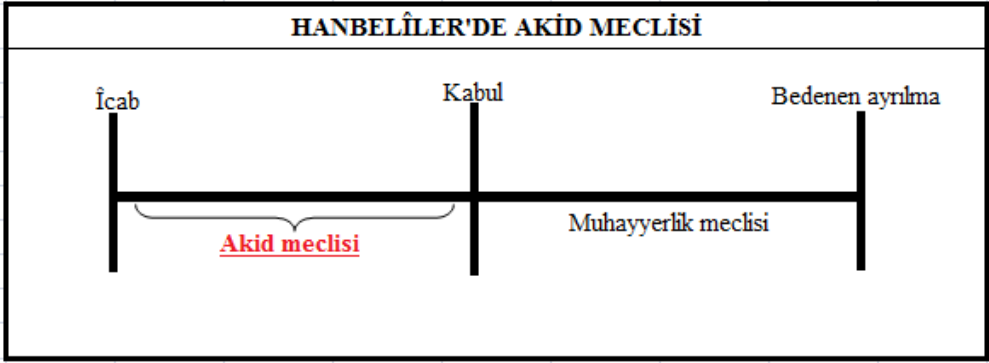
hale gelmesini sağlayan meclisin son bulmasını ise söz ile veya beden ile ayrılmaya bağlamışlardır. Şâfiîler ise akdin oluşumunda îcab-kabulün fasılasız olması şartı ile zaman birliğini esas almış, fakat akdin bağlayıcı olmasını tamamen bedensel ayrılık üzerine bina etmiştir. Hanbelîler daha orta bir yol tercih ederek îcab-kabul irtibatı konusunda Hanefî ve Mâlikîler gibi düşünmekte, fakat akdin bağlayıcı olması hususunda ise Şâfiîler gibi düşünmektedirler. Bu husus aşağıdaki şekillerde (Şekil-17, Şekil-18, Şekil-19) daha net görülmektedir:



Şekil-17



Şekil-18



Şekil-19

Şekillerde de görüldüğü gibi Hanefîlerde ve Mâlikîlerde meclis, irade beyanı (îcab-kabul)’nın yapıldığı zaman aralığını ifade eder ve meclisi bitirmek, ortamın terkedilmesi veya konunun değişmesiyle gerçekleşebilir. Yani kabul gerçekleştiğinde akid, doğrudan bağlayıcı hale gelmekte ve meclis sona ermektedir. Şafiîlerde ise kabul, îcabın hemen peşinden gelmesi gerektiği için akid meclisi çok kısa bir zaman aralığı ile sınırlı tutulmuştur. Ancak Şafiîlerde akdin bağlayıcı olması, bedenen ayrılma üzerine kurulmuştur. Hanbelîler, akdin kuruluşunda Hanefî ve Mâlikîler gibi düşünürken, akdin bağlayıcılığında Şâfiîler gibi düşünmektedirler.

Pozitif hukuk merkezli güncel kanunlarda meclis birliği mefhumunun İslam hukukundakine benzer yaklaşımlar taşıdığı görülür. Nitekim TBK’da sözleşmede kabulün, teklifin hemen peşinden gelmesi gerektiği, aksi halde teklifin bağlayıcı olmayacağı<sup>333</sup> kuralı yer alır. Böylece yukarıda izah ettiğimiz Şafiîlerin görüşü olan îcab-kabul uyumunda “fevrîlik” anlayışına benzer bir tutumun Türk Borçlar Kanunu’nda da yer aldığını görmekteyiz.

### 3.1.1.1.2 Gaippler Arasında Meclis Birliği

İslam hukuku, uzak mesafelerde bulunan insanların hukukî işlem yapmasına imkan tanımıştır. Bu şekilde gerçekleşen akidlerdeki meclis ise gaippler arası meclis şeklinde isimlendirilir.<sup>334</sup> Gaippler arasında akidler klasik kaynaklarda mektup veya bir elçi

<sup>333</sup> “Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur.” Bkz. TBK, Md. 4.

<sup>334</sup> Muhammed Revvâs Kal’acı, *Fıkıh Lugatı*, Ayhan Ak (çev.), İstanbul: Ocak Yay., 2012, s. 231; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 151.

vasıtasıyla akidleşme alt başlıklarında ele alınır. İslam hukukçularına göre bu tür akidlerde îcabda bulunanın gönderdiği haberin ulaştığı yer, akdin meclisi sayılmıştır.

335

Günümüzde teknolojik haberleşme imkânlarının gelişmesi ve çeşitlenmesiyle birlikte, gaipler arası akidleşmeler eskiye oranla daha fazla yaygınlık ve önem kazanmıştır. Gelişen teknolojik dünyada artık bireyler fizikî anlamda bir araya gelmeden birçok ticarî faaliyetini yapma imkanına kavuşmuşlar ve bu şekilde yapılan akidlere modern hukuk “mesafeli satış sözleşmesi” ismi vererek güvence altına almıştır.<sup>336</sup> Elbette İslam hukuk perspektifi, bu yeni durumları geçmiş dönemlerde kullanılan mektupla ya da haberciyle iletilen teklif/îcab<sup>337</sup> yaklaşımının ötesine taşıma potansiyeline sahiptir. Dolayısıyla telefonla hızlı mesaj, faks ve internetle yazışarak akidleşme gibi sanal ortamlardaki hukuki işlemler İslam hukuku açısından geçerlidir. Zira bu tür akidleşmelerin belli şartlar çerçevesinde meclis kavramı içerisine dâhil olması, zamanın ihtiyaçları açısından kaçınılmaz bir hal almıştır.

Çağdaş İslam hukuku araştırmacıları, elektronik cihazlarla iletişim kurarak yapılan akidleşmeleri caiz kabul etmekte ve bu şekilde yapılan îcab-kabulleri, anlık iletişim araçlarıyla yapıyorsa, bulunulan zaman aralığını, hazırlar arası meclis kapsamına dâhil etmektedirler. Bu tür elektronik haberleşme araçlarıyla yapılan akidler, anlık değil de farklı zamanlarda ya da bir başkası aracılığıyla cevap yazmak suretiyle gerçekleşiyorsa, bu durumda ticarî ilişkiler, gaipler arasında akidleşme kapsamına dâhil olmakta ve meclis de tıpkı teklif mektubunun kabul tarafına ulaştığı andaki meclis anlayışıyla aynı hükme tabi olmaktadır.<sup>338</sup>

Günümüzde bazı yazarlar faks, e-posta ya da internet ve telefonla hızlı mesaj gibi

<sup>335</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 479.

<sup>336</sup> “Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir. Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.” Bkz. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, Md. 48; ayrıca bkz. Ahmet Bülter, “Tüketicinin Korunması Hukukunda Mesafeli Sözleşme Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi*, sy. 13, ss. 12-29.

<sup>337</sup> Mergînânî, *el-Hidâye*, III, s. 23.

<sup>338</sup> Krş. Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşriyye*, II, ss. 668-669; Dönmez, “Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler, s. 13; ayrıca nikah akdi özelinde internet ortamında akidlerin hukuki durumu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Yılmaz, “İnternet Ortamında Nikah Akdinin Kuruluşu”, ss. 59-103.

elektronik hızlı haberleşme cihazlarıyla kurulan iletişim yoluyla yapılan akidleri teâtîye (sözlü olmayan, fiilî akid) benzeterek hazırlar arası akidlere dâhil etmektedir.<sup>339</sup> Ancak kanaatimizce bu pek tutarlı görünmemektedir. Bu hususun eleştiriye açık bazı yönleri vardır.<sup>340</sup>

Güçlü deliller öne süren Kâsânî (ö. 587/1191)'nin görüşü esas alındığı takdirde teâtînin tüm alış-verişlerde geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak akidlerin faks, e-posta ya da telefonla mesaj gibi hızlı iletişim yöntemleriyle yapılan yazışmalar şeklinde yapılması geçerli olmakla birlikte, kanaatimizce bu tür akidlerdeki meclis, hazırlar arasındaki meclis anlayışıyla tam örtüşmemektedir. Bu nedenle bu tür haberleşme yöntemleriyle yapılan akidlerin, gaipler arası meclise dâhil edilmesi daha uygun görünmektedir.

Zira gaipler arası akidleşmeler mektup vasıtasıyla yapıldığında teklif yazılarak iletilmekte ve benzer şekilde elektronik hızlı yazışmalarda da teklif yazı ile karşı tarafa gönderilmektedir. Ne kadar acele edilirse edilsin, bu tür elektronik yazışmalarda teklif ve cevap arasında çok kısa da olsa bir fasıla meydana gelecektir. Çünkü teklifi yapan taraf, önce teklifi yazıya dökmekte ve daha sonra karşı/kabul tarafına iletmektedir. Kabul tarafı da cevabı önce yazıya dökmekte ve sonra îcab tarafına geri iletmektedir. Yani burada her iki taraf, fazladan bir eylem (yazma eylemi) gerçekleştirmektedir ki bu durum, hazırlar arası teâtî şeklindeki akidlerde araya konulmaması gereken bir iştir. Çünkü teâtîde tarafların yaptığı tek bir eylem vardır ki bu da bedellerin karşılıklı olarak teslimidir.<sup>341</sup>

Diğer bir husus, bu tür haberleşmelerdeki fasıla, kanaatimizce eski zamanlardaki mektup haberleşmelerindeki uzun zamanın minimize edilmiş halidir. Şu hâlde yazışmalar arasında az bir süre de olsa, yapılan akidler fasıla içerdiği için, mektup

<sup>339</sup> Yılmaz, “İnternet Ortamında Nikah Akidinin Kuruluşu”, ss. 84-85.

<sup>340</sup> Öncelikle, teâtînin kendisinin alış-verişlerde caiz olup olmadığı hususunda klasik eserlerde farklı düşünceler, ihtilaflar vardır. Mesela, bazıları tüm ticarî ilişkilerde bunu geçerli sayarken bazıları basit ticarî ilişkilerde; Kâsânî (ö. 587/1191), teâtîyi tüm ticarî ilişkilerde geçerli saymıştır. Şöyleki Kudûrî'nin (ö. 428 h.) teâtî şeklindeki akidleşmelerin, sadece eşyayı hasisede (basit ticarî ürünler) caiz olabileceği şeklindeki ifadesine Kâsânî bir kısım naklî ve aklî delilleri öne sürerek itiraz etmekte ve teâtînin tüm ticarî ilişkilerde caiz olacağını söylemektedir. Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 470. bazıları ise teâtîyi tümüyle geçersiz saymaktadır. Bkz. Ebû İshak Cemaleddin İbrahim b. Ali b. Yusuf eş-Şirâzî, *el-Mühezzeb* (Kâhire: Dâru'l-Kalem, 1959), I, s. 257

<sup>341</sup> Teatî eylemiyle kurulan akidler hakkında bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 470.

hükümleri uygulanmalıdır. Buna karşın görüntülü veya sesli telefon gibi doğrudan sözlü iletişim kurulan akidleşmeler ise hazırlar arası akidleşmelere girmesinde bir mahzurun olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü araya fasıla girmediği için bu tür akidlerde zaman birliği de sağlanmış olur.<sup>342</sup>

Özetle söylemek gerekirse, İslam hukukçuları akid meclisinin mahiyetiyle ilgili farklı değerlendirmelere sahiptirler. Kimine göre akidlerde meclis, tarafların fizikî olarak aynı mekânda ve aynı zamanda bir arada olmalarını ifade ederken, kimine göre de sadece zaman birliğini ifade eder. Yani mekân birliğini şart koşanlara göre, uzaktan telefon gibi bir takım iletişim araçlarıyla yapılan akidler geçerli değildir.<sup>343</sup> Fakat zaman birliğini yeterli gören hukukçulara göre uzaktan telefon ya da benzeri bir iletişim aracıyla yapılan akidler geçerlidir. Çünkü onlara göre meclis birliği, sadece fizikî mekân birliği anlamına gelmez, bilakis aynı ortamı/zaman dilimini paylaşan bireyler arasında da meclis birliği sağlanabilir.<sup>344</sup> Nitekim *Mecelle*'de meclis “pazarlık için olan içtima”<sup>345</sup> şeklinde özetlenerek sade ve kapsayıcı bir tarif yapılmıştır.

### 3.1.1.1.2 Akidlerde Meclisin Süresi

Meclise ait muhayyerlikler, fakihlerin meclis süresi tespitleriyle de doğrudan ilişkilidir. Zira akid meclisinin taraflara yeteri kadar düşünme fırsatı tanınması beklenir. Böylece meclis, îcab ve kabulün normal seyrinde cereyan ederek tarafların iradelerini sağlıklı bir şekilde ortaya koymalarına olanak tanır. Meclis süresi, hazırlar ve gaipler arasında olmak üzere iki kısma ayrılır.

### 3.1.1.1.2.1 Hazırlar Arasında Meclisin Süresi

Aynı ortamı veya mekânı paylaşan bireyler arasında akid meclisi süresi, teklif yapıldığı anda başlar. Bu konuda İslam hukukçuları arasında ittifak vardır. Ancak, akid

---

<sup>342</sup> Nitekim Dönmez de bu hususta, görüntülü ve sesli telefonu hazırlar arası iletişim saymakta, faks, e-posta gibi yazışma yöntemleriyle kurulan iletişimi “gaipler arası” saymaktadır. Bkz. Dönmez, *Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler*, ss. 54-55.

<sup>343</sup> Meclis kavramının maddî mekân birliği olarak anlaşılmasıyla ilgili tartışmalar ve görüşler için bkz. Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, II, ss. 6-14.

<sup>344</sup> Bkz. Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşrîyye*, II, s. 669; ayrıca *Mecelle* tadil komisyonu tarafından da “îcab ve kabul telefon ve telgraf ile dahi olur” görüşü benimsenmiştir. Bkz. Dönmez, “Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler” (*Ceride-i Adliye*, Kanun-i Evvel 1325, yıl:1, sy. 2, s. 94), s. 13. Burada zikredilen telgraf, günümüzde elektronik cihazlarla haberleşmede kullanılmakta olan internet üzerinden e-maile benzemektedir.

<sup>345</sup> *Mecelle*, Md. 181.

meclisi süresinin ne zaman son bulacağı hususunda görüş ayrılığı vardır. Bu ihtilafın temel sebebi, akid meclisi esnasında akdi yapanlara muhayyerlik hakkı tanıyan hadisi farklı yorumlamaktan kaynaklanır.<sup>346</sup> Hadiste geçen “teferruk” (ayrılmak) kavramını Hanefiler ve Mâlikîler akid meclisi süresinin sona ermesi olarak düşünmüşlerdir. Ayrıca bedenlen ayrılmanın yanında, kabul veya reddederek hatta mevzudan koparak akid meclisi süresinin sona ereceğini kabul etmişlerdir. Bu nedenle onlara göre kabul gerçekleştiğinde, teklif reddedildiğinde veya konu değiştiğinde meclis son bulmaktadır.<sup>347</sup>

Hanefîler başta olmak üzere birçok fakih, karşı tarafın cevabını rahat vermesi hem de teklifi yapan tarafın bundan dönme hususunda bir irade ortaya koyabilmesi ihtimali nedeniyle, meclisin süresini, kabulün gerçekleştirildiği zamana kadar uzatmışlardır. Dolayısıyla teklif<sup>348</sup> ile başlayan meclis süresi, kabul ile son bulmaktadır.<sup>349</sup>

İcab ve kabul arasındaki bekleme süresiyle ilgili net bir fikir olmamakla beraber, bu süreyi üç güne kadar çıkaran fakihler vardır. Ancak ortak nokta, bireylerin iradelerini sağlıklı şekilde ortaya koymalarına olanak tanıyan süre; bireylerin şahsi tutumlarına, akdin cinsine veya akdin konusuna göre değişebilecektir.<sup>350</sup>

Meclis süresi Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ve Mâlik’e (ö. 179/795) göre tek aşamalı bir sürece sahiptir. Yani icab ile başlayan süreç kabul veya ret ile son bulmaktadır.<sup>351</sup> Ancak Şafîî ve Ahmed b. Hanbel’e göre meclis süresi, iki aşamalı bir sürece sahiptir. Birinci aşama, tarafların icab ve kabulünü içeren irade birleşimidir. Bu irade birleşimi Şafîî’ye göre fasılasız gerçekleşmelidir. Ona göre icab ve kabul gerçekleştiğinde akdin meclisi sona ermiştir ve ikinci aşamaya geçilmiştir. İkinci aşama ise icab ve kabulün gerçekleşmesini takiben başlayan meclis muhayyerliğinin bulunduğu süreçtir. Bu ikinci

<sup>346</sup> «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» “Alıcı ve satıcı birbirlerinden ayrılmadıkları müddetçe muhayyerdirler” Buhârî, “Büyü”, 43; Müslim, “Büyü”, 47. Hadisin farklı lafzî rivayetleri için bkz. Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed b. Selâme et-Tahâvî, *Şerhu Meânî'l-Âsâr*, III, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiye, 2013, ss. 272-273.

<sup>347</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 477; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164.

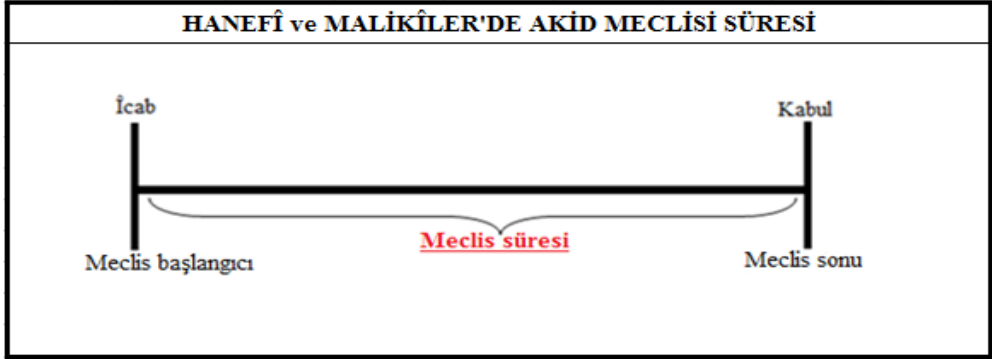
<sup>348</sup> Hanefîlerin yaklaşımında ilk teklif akdin hangi tarafından gelirse gelsin her durumda icab olarak değerlendirilirken, cumhura göre teklif, mülkü başkasına devretmeye (*temlik*) delalet ediyorsa icab, mülk edinmeye (*temellük*) delalet ediyorsa kabul olarak değerlendirilir. Bu nedenle cumhura göre ilk teklif kabul tarafından da gelebilir. Bu durumda akid meclisinin süresi kabul ile başlar, icab ile son bulur. Bkz. Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, II, s. 328.

<sup>349</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 478; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 163.

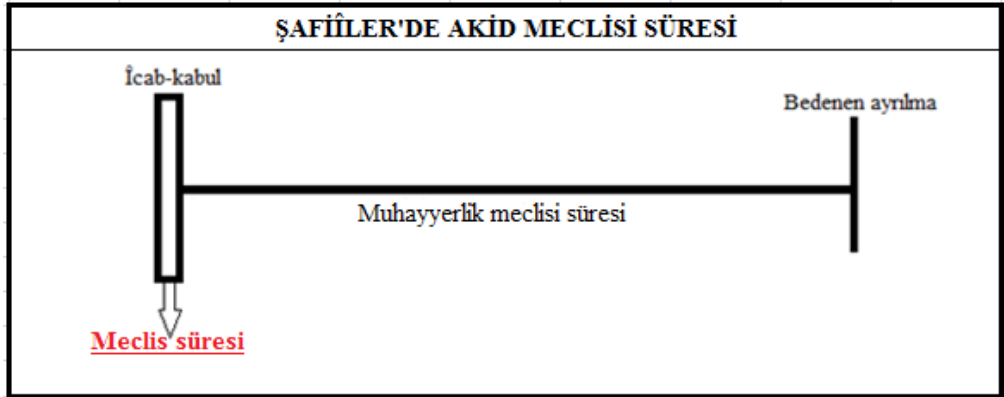
<sup>350</sup> Süre ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Tüfekçi, “İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği”, s. 16.

<sup>351</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 197; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 163.

süreç, tarafların birbirinden bedenen ayrılmaları ile son bulmaktadır.<sup>352</sup> Aşağıdaki şekillerde (Şekil-20, Şekil-21, Şekil-22) akdın kuruluşunda meclis süresi ile ilgili farklı yaklaşımlar daha net görülebilir:

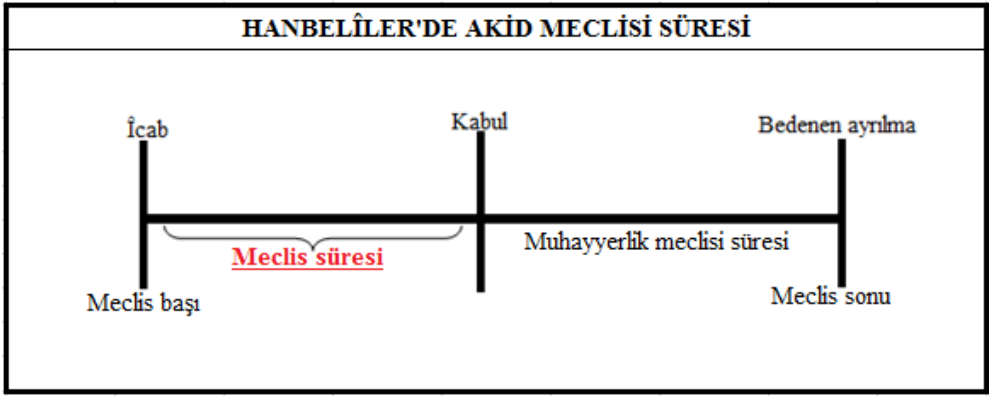


Şekil-20



Şekil-21

<sup>352</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, ss. 8-9; Karaman, Şâfî ve Hanbelîlerin anlayışına göre meclis sürecini, “akid meclisi ve muhayyerlik meclisi” şeklinde ikiye ayırarak ele almıştır. Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 87.



Şekil-22

Şekillerde de görüldüğü gibi, Hanefî ve Mâlikilerin yaklaşımında meclis süresi eşittir; îcab ile başlayan meclis süresi kabul ile son bulmaktadır. Şafiîlere göre ise îcab-kabul irtibatı fasılasız olması gerektiği için akid meclisi süresi çok kısa tutulur. Ancak bununla birlikte onlarda kabulden sonra başlayan muhayyerlik meclisi süresi, bireylerin rahatlıkla kararlarını gözden geçirmelerine olanak tanıyacak şekilde uzun tutulmuştur. Hanbelîlerde de bütünsel anlamda meclis süresi Şâfiîlerle aynı uzunluğa sahip ise de Hanbelîlerde îcab-kabulün fasılasız olması şart koşulmadığı için hem akid meclisi süresi hem de muhayyerlik meclisi süresi bireylere tekrar tekrar düşünme fırsatı sunmaktadır. Hâlbuki Şafiîlerde taraflara düşünme fırsatı, sadece muhayyerlik meclisi esnasında tanınmış, akid meclisinde uzun uzadıya düşünme fırsatı tanınmamıştır. Bununla birlikte, bu yaklaşımların tümünde “kabul” tarafının akdi reddetmesi durumunda kabul noktasından sonraki aşamalar oluşmayacaktır. Mesela, Şafiî ve Hanbelîlerin yaklaşımına göre de, akid teklifi reddedildiğinde meclis muhayyerliği oluşmayacaktır.

Şafiî ve Hanbelî hukukçularının akid meclisini bu şekilde ikiye ayırmalarının ana sebebi, akid meclisi ile ilgili hadiste<sup>353</sup> geçen “el-beyyiân/el-Mütebâyiân (alıcı ve satıcı) ifadesi ile “teferruk” (ayrılmak) ifadelerini farklı yorumlamalarından kaynaklanır. Onlara göre el-beyyiân (alıcı-satıcı) ifadesi “akdi bitirmiş olan taraflar” şeklinde anlaşılmalıdır. “Teferruk” kavramı ise bedenen ayrılmayı ifade ettiği için bu

<sup>353</sup> “Alıcı ve satıcı birbirlerinden ayrılmadıkları müddetçe muhayyerdirler” Buhârî, “Büyü”, 43; Müslim, “Büyü”, 47.



kavram, akdin tam anlamıyla bittiği ve bağlayıcı olduğu yani muhayyerliğin de sona erdiği durumu ifade eder. Böylece teferruk, ikinci meclis olan muhayyerlik meclisinin son bulmasını ifade eden bir kavramdır.<sup>354</sup> “Meclis muhayyerliği” başlığı altında bu husus daha detaylı izah edilecektir.

Akid meclisinde îcab-kabulün fasılasız olmasını şart koşarak zamansal bir faktöre vurgu yapan Şâfîiler, meclisin son bulması hususunda fizikî ortam konusunda sıkı bir anlayış geliştirmişler ve meclisi sonlandırarak akdi tam bağlayıcı kılmak için mutlaka tarafların fizikî ayrılığını şart koşmuşlardır.<sup>355</sup>

Hanefîler ise akid meclisinde îcab-kabul irtibatı konusunda fevriliği şart görmezler ve akdin son bulmasını, bedenlen ayrılmanın yanı sıra konudan sapma veya kabulü söz ile gerçekleştirme gibi zamansal faktörlere bağlamışlardır.<sup>356</sup>

### **3.1.1.1.2.2 Gaippler Arasında Meclisin Süresi**

Gaippler arası akidlerde meclisin süresi, teklifin kabul tarafına iletildiği anda başlar. Bu teklif bir mektup vasıtasıyla iletilmişse, mektubun kabul tarafının bulunduğu mekânda okunması, elçi vasıtasıyla yapılmışsa elçinin haberi ulaştırdığı mekânda dile getirmesi sürecini kapsayan zaman aralığı, meclis süresidir.<sup>357</sup>

İslam hukukuna göre, hazırlar arası akidlerde îcaba mutlaka aynı mecliste cevap vermek gerektiği gibi, gaippler arasında da ilgili teklif, mutlaka haberin ulaştığı andaki mecliste cevaplandırılmak zorundadır. Aksi takdirde îcab sakıt olmuş sayılır. Çünkü meclis süresi, haberin ulaştığı anda başlamıştır. Bazı hukukçulara göre teklifin aynı mecliste cevaplandırılması zorunlu görülmemişse de bu yaklaşım genel kabul görmemiştir.<sup>358</sup>

Akid meclisine bağlı muhayyerlikler konusunda İslam hukukçularının farklı yaklaşımları vardır. Ancak burada biz bu farklı yaklaşımları, vazgeçebilme ve teklifi kabul etme muhayyerliği şeklinde iki ana başlıkta ele aldık. Zira meclise ait muhayyerliklerin tümü, vazgeçebilme ve kabul etme şeklinde iki ana kategoride

---

<sup>354</sup> Şîrâzî, *el-Mühhezzeb*, I, s. 258; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, ss. 7-9.

<sup>355</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 205.

<sup>356</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 477.

<sup>357</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 479.

<sup>358</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 94.

meydana gelmektedir.

### 3.1.1.2 Vazgeçebilme Muhayyerliği

Tarafların yaptığı tekliften veya kabulden dönme hakkını kullanması esasına dayanan vazgeçebilme muhayyerliği, akdin meclisine ilişkin muhayyerliklerdendir. Vazgeçebilme muhayyerliğinin kaynağı hadis naslarına dayandırılmaktadır. Nitekim daha önce akid meclisi ile ilgili tanımda verilen, taraflara akid yaparken muhayyerlik hakkı tanıyan rivayet<sup>359</sup> akdin meclisine ait muhayyerliklerin en kuvvetli nas delili kabul edilir. Bu rivayeti sahih gören fakihler, rivayeti kendi anlayışları çerçevesinde yorumlamışlar ve vazgeçebilme muhayyerliği konusunda farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Mesela, Hanefilere göre bu rivayette kastedilen muhayyerliğin, “tekliften vazgeçebilme muhayyerliği” şeklinde anlaşılması gerektiği, Şafilere göre de akid meclisinin sonunda vazgeçmeye imkân tanıyan “meclis muhayyerliğinin” anlaşılması gerektiği yönündedir.<sup>360</sup>

Kaynakları araştırdığımızda vazgeçebilme muhayyerliği hususunda İslam hukukçularının dört farklı yaklaşıma sahip olduğunu görmekteyiz. Bu yaklaşımların her biri, daha önce izah ettiğimiz meclis ve meclis süresine dair farklı düşüncelere dayanmaktadır. İslam hukukuna göre, vazgeçebilme muhayyerliği iradî değil, hükmî bir muhayyerlik çeşitidir. Bu nedenle bu hak, tarafların kendi iradeleri ile tesis edilmediği için genel kabule göre iskat da edilememektedir.

#### 3.1.1.2.1. Tekliften Vazgeçebilme Muhayyerliğini Savunanlar

Hanefilerin savunduğu yaklaşıma göre, akid meclisinde bireyin yaptığı tekliften vazgeçebilme olanağını tanıyan muhayyerlik türü, tekliften (icabdan<sup>361</sup>) vazgeçebilme muhayyerliğidir. Bu muhayyerlik türü Hanefilere ait kaynaklarda hıyârü'l-îcab, hıyârü'r-rucû veya îcab muhayyerliği gibi farklı isimlerde zikredilmiştir.<sup>362</sup> Hanefî hukukçular görüşlerine delil olarak daha önce meclis tanımında verdiğimiz şu rivayeti esas almışlardır; “Alıcı ve satıcı (el-beyyân) birbirlerinden ayrılmadıkları müddetçe

<sup>359</sup> “Alıcı ve satıcı (el-beyyân/el-Mütebâyân) birbirlerinden ayrılmadıkları müddetçe muhayyerdirler.” Buhârî, “Büyü”, 43; Müslim, “Büyü”, 47.

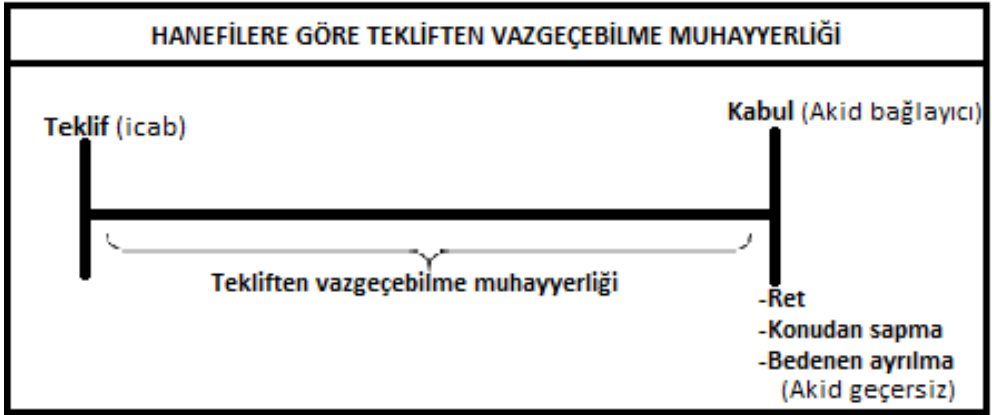
<sup>360</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 469; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, s. 257.

<sup>361</sup> Daha önce izah edildiği üzere îcab; Hanefilere göre bir akdi gerçekleştirmek için ilk söylenilen sözdür. Diğerlerine göre ise; mülkü başkasına devretmeye (*temlik*) delalet eden sözdür.

<sup>362</sup> Bkz. Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 197; Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 469.

muhayyerdirler.”<sup>363</sup> Bu rivayeti sahih kabul eden Hanefîler, iki tane meclise ait muhayyerlik türü belirlemişlerdir. Birisi, şimdi ele aldığımız, tekliften vazgeçebilme muhayyerliği, diğeri de daha sonra değineceğimiz teklifi kabul etme muhayyerliğidir. Ayrıca Hanefî hukukçular bu rivayetten Şâfiîlerin kabul ettiği şekilde bir meclis muhayyerliğinin çıkarılamayacağını düşünür. Çünkü rivayete göre muhayyerlik hakkı “el-beyyian” a yani “akid yapanlar” a tanınmıştır. Akid tamamlandıktan sonra taraflara “el-beyyian” denilemez.<sup>364</sup>

Hanefîlere göre akid meclisi teklif ile başlamakta ve kabul gerçekleştiğinde veya teklif reddedildiğinde son bulmaktadır. Tarafların akdi sonuçlandırmadan bedenen ayrılması veya konudan sapması da meclisi bitiren eylemler olarak görülür. Akid meclisi devam ederken teklifi yapan taraf, teklifinden vazgeçebilme hakkına sahiptir. Buna karşın kabul gerçekleştikten sonra, kabulden dönme veya tekliften vazgeçebilme şeklinde bir muhayyerlik türü yoktur, yani kabul ile akid bağlayıcı hale gelmiştir.<sup>365</sup> Aşağıdaki şekilde (Şekil-23) tekliften vazgeçebilme muhayyerliğinin seyri daha net görülebilir:



Şekil-23

Bireyin teklifinden vazgeçtiğini sözle ifade etmesi, konudan sapması veya

<sup>363</sup> Buhârî, “Büyû”, 43; Müslim, “Büyû”, 47.

<sup>364</sup> Bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, s. 253; Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 197.

<sup>365</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 197. Hanefîlere göre hadiste geçen «البَيَّان» “el-beyyian (alıcı ve satıcı)” ifadesinden; teklif yapıp kabulün gerçekleşmesine kadar tarafların düşünme fırsatı bulduğu zaman aralığı anlaşılmalıdır ki bu zaman aralığı da «بالْخِيَار» “muhayyerdirler” şeklinde hadiste zikredilmiştir. Bkz. Kâsânî, *Bedâi’*, VI, s. 469.

meclisten bedenen ayrılması şeklinde kullanılan tekliften vazgeçebilme muhayyerliğinde amaç, henüz meydana gelmemiş olan bir akdin meydana gelmesini engellemektir.<sup>366</sup> Teklif ile akid henüz doğmadığı için, bu muhayyerliği kullanmak, bir fesih işlemi değildir.

Hanefilerin teklif/ıcab anlayışı çerçevesinde konuya bakıldığında tekliften vazgeçebilme muhayyerliği hakkına, hem satıcı hem de alıcı sahip olabilir. Zira onlara göre ilk teklif ister satıcıdan gelsin ister müşteriden bu, icab olarak isimlendirilir.<sup>367</sup>

Bu yaklaşıma göre, vazgeçebilme muhayyerliğinin üç şekilde son bulduğunu söyleyebiliriz:

1. Kabul gerçekleştiğinde: Bu durumda akid bağlayıcı hale gelir ve teklifi yapan taraf teklifinden geri dönemez. Aynı zamanda kabul ile meclis süresi de sona ermiş olur.
2. Teklifi yapan taraf vazgeçtiğinde: Teklifi yapan taraf, muhayyerlik hakkını kullanarak yaptığı tekliften vazgeçebilir. Böylece hem meclis sona ermiş olur hem de akid geçersiz/hükümsüz hale gelir.
3. Mal helâk olduğunda: Akdin konusu olan mal kaybolmuş veya düzeltilemeyecek derecede fahiş bir zarara uğramış olabilir. Bu durumda da muhayyerlik sona erer.<sup>368</sup>

Mecelle'nin vazgeçebilme muhayyerliğini Hanefi hukukçuların kabul ettiği şekilde kanunlaştırdığını görmekteyiz şöyleki; akid meclisinde icabdan sonra taraflar akid meclisi süresince muhayyerdirlir. Mesela bir kimse akid meclisinde “şu malı şu kadara sattım” dese ve diğeri hemen cevap vermeyip meclis süresi içerisinde bir müddet bekledikten sonra teklifi kabul etse, akid geçerlidir. Meclis süresinin uzunluğuna ya da kısalığına bakılmamaktadır.<sup>369</sup>

<sup>366</sup> Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, II, s. 1073.

<sup>367</sup> Mevslî, *el-İhtiyâr*, II, s. 252.

<sup>368</sup> Subhî Mehmesânî, *en-Nazarîyyetü'l-Âmme li'l-Mücebâtî ve'l-Ukûdi fi'ş-Şer'iatî'l-İslâmiyye*, II, Beyrut: Dâru'l-İlm li'l-Melâyîn, 1972, s. 294.

<sup>369</sup> “Meclîs'i bey'de ba'de'l-ıcab nihayet-i meclise kadar tarafeyn muhayyerdir. Mesela, mütebâyiândan biri meclis-i beyi'de bu malı şu kadar kuruşa sattım yahut aldım diye beyi icab eylese, diğeri derakab aldım yahut sattım demeyip de bir müddet arası geçtikten sonra yine ol mecliste kabul etse, bey' münakid olur; her ne kadar meclis uzun uzadıya sürmüş ve icab ve kabûlün arası hayli uzamış olsa da zarar vermez.” *Mecelle*, Md. 182.

Hanefî hukukçulara göre, tekliften vazgeçebilme muhayyerliği gaipler arasında da gerçekleşebilmektedir. Gaipler arasında gerçekleşen akidlerde teklifte bulunan şahıs teklifinden vazgeçebilme muhayyerliğini kullanmış ise karşı tarafın bunu bilmemesi hukukî bir etkiye sahip değildir. Yani teklifi yapan taraf, karşı tarafa haber vermeden de teklifinden dönebilme hakkına sahip kabul edilir.<sup>370</sup>

### 3.1.1.2.1.2 Teklifin Bağlayıcı Olduğunu Savunanlar

İmam Mâlik'in (ö. 179/795) de aralarında bulunduğu Mâlikî fakihlerin çoğunluğuna göre, tek taraflı iradeler bağlayıcı kabul edilir. Böylece temel ilke, tekliften dönme şeklinde bir vazgeçebilme muhayyerliğinin olmadığıdır.<sup>371</sup> Bu yaklaşıma göre teklif bağlayıcıdır ve dönülemez. Ayrıca onlara göre, akid meclisinde muhayyerlik bildiren rivayet<sup>372</sup> sahih kabul edilse bile yorumu şöyle olmalıdır; “el-beyyan” kelimesi ile kastedilen, akid yapanlar değil, “mütesâvemân” yani “pazarlık yapanlar”dır. Zira taraflar irade beyanında bulunmadan önce istedikleri kadar düşünme imkanına sahiptirler. Dolayısıyla, bu rivayetten akid meclisine ilişkin bir muhayyerlik çıkarılamaz. Şu halde muhayyerlik, sadece pazarlık aşamasında kullanılabilir. Akid için iradeler ortaya konulduktan sonra artık iradelere vazgeçebilme şeklinde bir anlayış, akid mantığına ve Müslümanların şartlarına bağlılığını ifade eden ilkelere zıttır. Aynı şekilde onlara göre, kabul yapıldıktan sonra meclis tamamlanmış olduğu için kabulden de dönülemez. Bu nedenle Mâlikîlere göre akid meclisinde tarafların vazgeçebilme veya meclis muhayyerliği şeklinde bir muhayyerlik hakkı bulunmamaktadır.<sup>373</sup>

Diğer taraftan Maliki Fıkıh Usulünde Ahad haberin Medine ehlinin ameline muhalefeti söz konusu olamaz. Böyle bir durum olduğunda Ahad haber ile amel edilmez. Meclis muhayyerliği bildiren rivayet Ahad haber olarak görüldüğü ve

<sup>370</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 479.

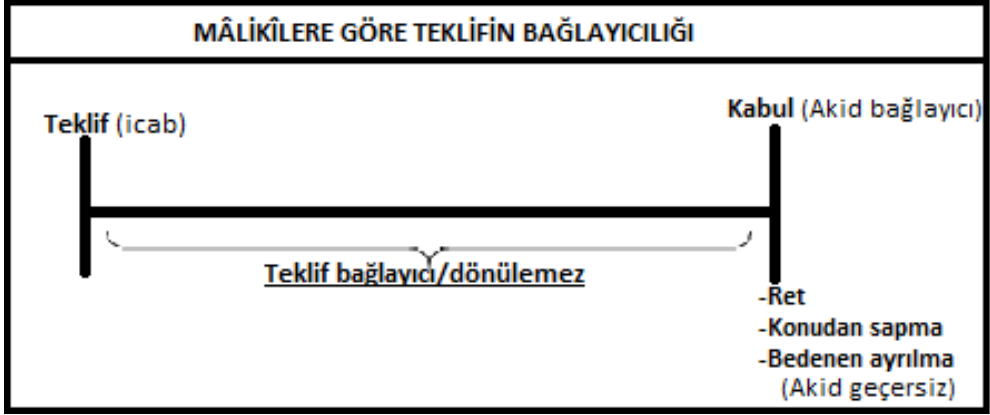
<sup>371</sup> Mâlikîlerde teklifin bağlayıcı olduğu ile ilgili bkz. Muhammed b. Abdurrahman el-Mâlikî el-Mağribî el-Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl li Şerhi Muhtasarı Halîl*, VI, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmîyye, 1995, s. 29; Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşrîyye*, II, s. 667; ayrıca bkz. Kaya, “İslam Hukukunda İcabin Bağlayıcılığı”, ss. 17-18.

<sup>372</sup> «الْبَيْعَانُ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» “Alıcı ile satıcı birbirlerinden ayrılmadıkları sürece muhayyerdirler” Buhârî, “Büyû”, 43; Müslim, “Büyû”, 1531; Ebû Dâvûd, “Büyû”, 54.

<sup>373</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164; el-Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl*, VI, s. 29; Abdurrahman el-Cezîrî, *Kitâbu'l-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Erbâa*, II, Mısır: el-Mektebetü't-Ticarîyyetü'l-Kübrâ, ty., s. 157; Zuhaylî, *el-Fıkıhu'l-İslâmî*, IV, s. 112; Apaydın, “İrade Beyanı”, XXII, s. 388.

Medine’de İmam Malik’e göre böyle bir örfün bulunmadığı gerekçesiyle ilgili hadisin hüküm çıkarmada delil olamayacağı ayrıca belirtilir.<sup>374</sup>

Aşağıdaki şekilde (Şekil-24) Malikilerin bu yaklaşımı daha net görülebilir;



Şekil-24

Şekilde de görüldüğü gibi Malikî fakihlere göre teklif bağlayıcı olduğu için akid meclisinde teklifi yapan tarafa muhayyerlik/vazgeçebilme hakkı tanınmaz. Akid meclisinin son bulması karşı tarafın teklifi kabulü ile son bulur ve akid bağlayıcı hale gelir. İlave bir şart belirlenmemişse veya ayıp ve kusur gibi muhayyerliğe sebep başka bir durum meydana gelmemişse taraflar bu iradelerinden dönemezler.

Ancak şu detaya da yer vermek gerekir ki; Malikilerin öne sürdüğü meclis birliği tanımı Hanefilerle benzer bir süreçte sahip iken teklifin bağlayıcılığı konusundaki yaklaşımları farklılaşmaktadır. Zira hem Malikilere hem de Hanefilere göre teklif yapıldıktan sonra taraflardan birisinin sözleşme ile meşgul olmaması ve yüz çevirmesi meclis birliğini bitiren bir husus olarak zikredilir.

Bu nedenle teklifin bağlayıcı olduğunu savunanlara şu soruyu yöneltmek gerekir; sayet icabı yapan, bu iradesinden dönme hakkına sahip değil ise o halde meclis birliği; sadece kabul tarafının sözleşme ile meşguliyeti çerçevesinde tanımlanmalıydı. Dolayısıyla sözlü irade ile teklifinden dönme hakkı olmayan taraf, eylem yoluyla

<sup>374</sup> “Alıcı ile satıcı birbirlerinden ayrılmadıkları sürece muhayyerdirler” rivayetini haberi vahid kabul eden İmam Malik “Bizde bu muhayyerlik için tayin edilmiş bir müddet, sınır yoktur. Aynı zamanda, bunun uygulandığı bir iş de mevcut değildir.” demiştir. Bkz. Koçak-Dalgın-Şahin, *Fıkıh Usûlü*, s. 59.

icabından dönme imkanına sahip bulunmaktadır ki bu durum ilgili yaklaşımda hukuki bir boşluk anlamına gelmektedir. Bu da doğrudan olmasa da dolaylı şekilde Malikilerin Hanefî yaklaşımındaki “Teklîften vazgeçebilme muhayyerliğini” nazarı olarak reddetmedikleri sonucuna götürür. Malikiler de bu açmazı fark etmiş olmalı ki, teklîfin bağlayıcılığını bir anlamda hukuki açıdan değil ahlaki açıdan ele alarak konunun diyani boyutuna dikkat çekmişler ve teklîften dönmenin Müslümanca bir tavır olmayacağını belirtmişlerdir.<sup>375</sup> Hatta Malikilerin biraz karmaşık görünen bu yaklaşımlarının bir sonucu olmalı ki bir kısım düşünürler onların teklîften vazgeçme muhayyerliğini kabul ettiklerini belirtmektedir.<sup>376</sup>

Mâlikîlerle Hanefîleri hem teklîften vazgeçebilme hem de kabul etme muhayyerlikleri konusunda ortak bir tabloda yer veren müellifler bulunsa da başta imam Mâlik olmak üzere, Mâlikîlerin çoğunluğunun icabdan dönmeyi kabul etmeyerek icabı bağlayıcı saydıkları ve teklîften vazgeçebilme muhayyerliğini kabul etmediklerini tespit ettik. Bu nedenle Mâlikîlerin çoğunluğunun görüşü olan muhayyerlik anlayışını, Hanefîlerden ayırarak bu çalışmada farklı bir başlıkta ele aldık. Böylece Mâlikîlerin büyük çoğunluğuna göre, icabdan dönme şeklinde bir vazgeçebilme (rucû) muhayyerliği –en azından diyânî olarak- yer almayıp, akid meclisine ait sadece teklîfi kabul etme muhayyerliği bulunduğunu söylemek yerinde olacaktır.<sup>377</sup>

Ancak şu detaya da yer vermek gerekir ki; Malikilerin öne sürdüğü meclis birliği tanımı ile teklîfin bağlayıcı olduğu yönündeki yaklaşımları sûreten hukuki bir çelişki içeriyor gibi görünmektedir. Zira teklîf yapıldıktan sonra taraflardan birisinin sözleşme ile meşgul olmaması ve yüz çevirmesi meclis birliğini bitiren bir husus olarak zikredilir. Şayet icabı yapan, bu iradesinden dönmeyecekse o halde meclis birliği sadece kabul tarafının sözleşme ile meşguliyeti çerçevesinde tanımlanmalıydı. Dolayısıyla sözlü irade ile teklîfinden dönme hakkı olmayan taraf, eylem yoluyla icabından dönme imkanına sahip bulunmaktadır ki bu durum ilgili yaklaşımda hukuki

<sup>375</sup> Bu konuda detaylı bir çalışma için bk. Hasan Şahin, “İslam Hukukunda Akid Meclisine Ait Muhayyerlikler”, *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c.6, sy.2, 2018, ss. 345-344.

<sup>376</sup> Bkz. Çeker, *Fıkıh Dersleri I*, s. 48.

<sup>377</sup> Bkz. Orhan Çeker, *Fıkıh Dersleri-I*, Konya: Ensar Yay., 2014, ss. 46-48. Mâlikîlerde icabın bağlayıcılığı ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164; Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl*, VI, s. 29; Cezîrî, *Mezâhibü'l-Erbaa*, II, s. 157; Zuhayfî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 112; Apaydın, “İrade Beyanı”, *DİA*, XXII, s. 388.

bir boşluk anlamına gelmektedir. Bu da doğrudan olmasa da dolaylı şekilde Malikilerin Hanefî yaklaşımındaki “Teklifen vazgeçebilme muhayyerliğini” nazarı olarak reddetmedikleri sonucuna götürür. Malikiler de bu hukuki çelişkiyi fark etmiş olmalılar ki, teklifin bağlayıcılığını bir anlamda hukuki açıdan değil ahlakî açıdan ele alarak konunun diyanî boyutuna<sup>378</sup> dikkat çekmişler ve tekliften dönmenin Müslümanca bir tavır olmayacağı vurgusuna ihtiyaç duymuşlardır.

### 3.1.1.2.1.3 Sadece Meclis Muhayyerliğini Savunanlar

Akid meclisine ait muhayyerlikler hususunda üçüncü yaklaşım, Şâfiîlerin savunduğu “meclis muhayyerliği”dir. Nitekim genelde eserlerde meclis muhayyerliği anlatılırken bu muhayyerliği Şâfiîlerin, Hanbelîlerin ve Zâhirîlerin kabul etmelerine karşın, Hanefîlerin ve Mâlikîlerin kabul etmediği vurgulanır.<sup>379</sup> Fakat bu kaynaklarda vurgulanan literal anlamda meclis muhayyerliğidir. Daha önce geçtiği üzere meclise bağlı muhayyerlikleri farklı kimlik ve içeriklerde diğer bir kısım fukahânın da geçerli saydığını görmekteyiz.

Meclis muhayyerliğini müstakil ve sistemli bir şekilde ele alan Şâfiîler ve onların bu husustaki takipçileri, alış-veriş esnasında muhayyerlik bildiren rivayeti,<sup>380</sup> Hanefîler gibi önemli bir nass delili olarak kullanmalarına rağmen, bu rivayeti Hanefî ve Mâlikîlerden daha farklı yorumlayarak meclisi, akid meclisi ve muhayyerlik meclisi şeklinde iki ayrı kısımda ele almışlardır. Buna göre meclis iki merhaleden oluşmakta, birinci merhaleden irade beyanları gerçekleşmekte, ikinci merhaleden ise yapılan irade beyanlarının sağlamasını yapmak ve enine boyuna düşünmek kapsamında taraflara

<sup>378</sup> “Ey iman edenler, akidlerinize vefa gösteriniz” el-Maide 5/1 ayetini delil olarak zikretmişlerdir. bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164; el-Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl*, VI, s. 29. Halbuki bu ayet teklifin bağlayıcı olduğuna dair doğrudan emredici bir delil olsaydı, bu emrin tüm fakihlerce kabul edilmesi zorunlu olurdu. Ayrıca hükümlerin diyanî yönü hakkında değerlendirme için bkz. “Klasik dönem din bilgileri doktrin ürettikleri ve geliştirdikleri her bir alt alanı mümkün olduğunca dinin asıllarıyla ilişkilendirmeye çalışmış, hükümlerin vicdani/diyanî cihetini de hep göz önünde bulundurur uyarısını sıklıkla yapmıştır.” Ali Bardakoğlu, *İslam Işığında Müslümanlığımızla Yüzleşme*, 2. Baskı, İstanbul: Kuramer Yayınları, 2017, s. 376.

<sup>379</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 155; Hayyât, *Nazarîyyetü'l-Akd ve'l-Hiyârât*, ss. 174-175; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 87; Tayyâr, *Hiyâru'l-Meclis*, s. 52; ayrıca meclis muhayyerliğini detaylı ve eleştirel bir bakış açısıyla ele alan bir çalışma için bkz. Tüfekçi, “İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği”, ss. 11-42.

<sup>380</sup> “Alıcı ve satıcı birbirlerinden ayrılmadıkları müddetçe muhayyerdirler.” Buhârî, “Büyü”, 43; Müslim, “Büyü”, 47.



tanınan muhayyerlik meclisi yer almaktadır.<sup>381</sup>

Şafîilerin akid meclisini bu şekilde ikiye ayırmalarının ana sebebi, ilgili rivayette<sup>382</sup> geçen “el-beyyân” ile “teferruk” kavramlarını farklı yorumlamalarından kaynaklanır. Onlara göre el-beyyân (alıcı-satıcı) ifadesi “akdi bitirmiş olan taraflar” şeklinde anlaşılmalıdır. Zira taraflara atfedilen bu sıfatın (beyyan) kullanılabilmesi için icab ve kabulün bitmiş olması gerekir. Yani bu ifade “bayi’leşmiş”, “satımı tamamlamış” bireyler anlamına gelir. Bu ifade ile birinci meclis olan akid meclisine vurgu yapılmıştır. “Teferruk” ise bedenen ayrılmayı ifade ettiği için bu kavram, akdin tam anlamıyla bittiği ve bağlayıcı olduğu, muhayyerliğin de sona erdiği durumu ifade eder. Yani teferruk, ikinci meclis olan muhayyerlik meclisinin son bulmasına işaret eden bir kavramdır.<sup>383</sup> Şafîilerin meclis muhayyerliği yaklaşımları şu şekilde (Şekil-25) daha net görülebilecektir:



Şekil-25

Şekilde de görüldüğü gibi Şâfiîlerin bu yaklaşımına göre, meclis muhayyerliği teknik olarak akdin kurulmasından sonraki aşamayı ilgilendirir. Meclis muhayyerliğindeki zaman dilimi, kurulan akde bağlayıcılık kazandırma aşamasıdır.

Meclis muhayyerliğinin son bulması ve akdin kesinlik kazanması şu iki şekilde gerçekleşir;

<sup>381</sup> Muhammed b. İdris eş-Şâfiî, *el-Ümm*, III, Kâhire: Dâru'l-Hadis, 2008, s. 339; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, s. 258; Ali b. Ahmed b. Saîd b. Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, VII, Beyrut: Dâru'l-Fikr, ty., ss. 233-234.

<sup>382</sup> “Alıcı ve satıcı birbirlerinden ayrılmadıkları müddetçe muhayyerdirler” Buhârî, “Büyû”, 43; Müslim, “Büyû”, 47.

<sup>383</sup> Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, s. 258; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, ss. 205-206; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, ss. 7-9.

1-Tarafların birbirinden bedenen ayrılması: Bedenen ayrılmanın ölçüsü hususunda farklı değerlendirmeler olmakta birlikte, burada belirleyici olanın örf olduğunu söyleyebiliriz. Mesela, tarafların birbirlerinin sesini duyamayacak bir mesafede uzaklaşmaları, meclisi bitiren bir ayrılma sayılır.<sup>385</sup>

2-Muhayyerlik teklifinde bulunulması: Taraflardan biri diğerine muhayyerlik meclisi içinde yapılan akdi kabul etmek veya reddetmek şıklarından birisini teklif edebilir. Bu şekilde yapılan bir teklifi karşı taraf mutlaka muhayyerlik meclisinde cevaplandırmak zorundadır.<sup>386</sup> Ancak bu talebin muhayyerliği iskat etme niyetiyle değil muhayyerliğin kullanımına ilişkin bir talep olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Zira bu hak iradi değil hukukun bireye doğrudan sağladığı bir muhayyerlik olduğu için iskat edilememektedir.

#### 3.1.1.2.1.4 Teklitten Vazgeçebilme ve Meclis Muhayyerliğini Birlikte

##### Savunanlar

Vazgeçebilme muhayyerliği başlığı altında dördüncü yaklaşım Hanbelîlerin savunduğu, akid meclisinde bireyin hem teklitten vazgeçebilme hem de meclis muhayyerliği hakkına birlikte sahip olmasıdır. Buna göre, akid meclisi süresince birey yaptığı teklifinden vazgeçebileceği gibi meclis muhayyerliği süresince de taraflar, akidden vazgeçebilme hakkına sahiptirler.<sup>387</sup> Orhan Çeker, akidlerde hem vazgeçebilme muhayyerliği hem de meclis muhayyerliği tanıyarak bireye en uzun düşünme fırsatı tanıyan mezhebin Hanbelîler olduğunu ifade etmektedir.<sup>388</sup>

Hanbelîler meclis muhayyerliği konusunda Şâfiîler gibi düşünmelerine rağmen teklif-kabulün fevri olmasını şart görmedikleri için Şâfiîlerden ayrılmaktadır. Şöyleki Hanbelîler, meclis konusunda Şâfiîlerin ileri sürdüğü iki farklı meclis anlayışını kabul etmelerinin yanı sıra, birinci meclisi (akid meclisini) Şâfiîlere göre değil Hanefîlerin anlayışına göre kabul etmişlerdir. Yani Hanbelîlere göre birinci mecliste icab-kabulün fasılasız/fevri olması şartı yoktur. Aynen Hanefîlerin kabul ettikleri şekilde akid meclisi teklif ile başlar kabul yapılmıncaya kadar devam eder. Bu süre içinde bireyin

<sup>385</sup> Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, s. 258.

<sup>386</sup> Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, s. 258.

<sup>387</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, ss. 7-9; Cezîrî, *Mezâhibi'l-Erbâa*, II, s. 159; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 112.

<sup>388</sup> Çeker, *Fıkıh Dersleri-1*, s. 46.

tekliften vazgeçebilme muhayyerliği vardır. Bununla birlikte kabul gerçekleşikten sonra Hanbelîler, Hanefî çizgisinden Şâfiî çizgisine kayarak ikinci meclis denilen muhayyerlik meclisini, akid meclisinin devamı olan bir meclis gibi kabul ederler. Şâfiîlerde olduğu gibi bu ikinci mecliste bireyler bedenlen ayrılıncaya kadar muhayyerlik haklarını kullanabilir veya akdi bağlayıcı kılabilirler.<sup>389</sup>

Hanbelîlerin meclise ait muhayyerliklerle ilgili yaklaşımları şu şekil (Şekil-26) ile daha iyi görülebilecektir;



Şekil-26

Burada Hanbelîlerin Şâfiîlerden ayrıldığı bir diğer nokta, Hanbelîlere göre akdi doğrudan tamamlama eylemi, muhayyerliği iskat şeklinde de meydana gelebilmektedir. Yani birey, teklifi yaparken karşı tarafa, meclis muhayyerliği hakkı vermemek üzere bir teklifte bulunabilmektedir. Karşı taraf bunu kabul ettiği takdirde meclis muhayyerliği oluşmadan da akid bağlayıcı hale getirilebilecektir.<sup>390</sup> Bu eylem de kanaatimizce muhayyerliği iskat değil, işlemi hızlandırmaya yönelik bir işlemdir.

### 3.1.1.3 Teklifi Kabul Etme Muhayyerliği

Teklifi kabul etme muhayyerliği, yapılan teklife müsbet veya menfî cevap verebilme hakkıdır.<sup>393</sup> Burada ele aldığımız muhayyerlik, “kabulden dönme” şeklinde

<sup>389</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 7; Buhûfî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 323; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 250.

<sup>390</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 7; Buhûfî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 323.

<sup>393</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, s. 252; Kemâlüddîn Muhammed b. Abdulvâhid İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, VI, yy.: Dâru'l-Fikr, ty., s. 258.

gerçekleşen bir muhayyerlik türü değildir. Zira kabulden dönme şeklinde gerçekleşen muhayyerlik türü, daha önce vazgeçebilmeye ait muhayyerlikler çerçevesinde ele alınmış ve bu tür bir muhayyerliğin, Şâfiî ve Hanbelîler tarafından meclis muhayyerliği anlayışı çerçevesinde kabul edildiği, buna karşın, Hanefî ve Mâlikîlere göre teklif, kabul ile onaylandıktan sonra akdin bağlayıcı olduğu, dönülemeyeceği vurgulanmıştır.<sup>394</sup>

Bir akidde bireyin hür iradesiyle akdi kabul etmesi beklenir. Aksi halde akidlerin rızaya dayanan<sup>395</sup> yönünü teşkil eden irade yok sayılmış olur ki bu düşünce aklen, mantıken ve hukuken kabul edilemez bir durumdur. Bu sebeple klasik ve çağdaş dönem İslam âlimlerinden herhangi bir fakihin teklifi kabul etme muhayyerliğini reddettiği hususunda bir bilgi mevcut değildir. Vazgeçebilme kapsamına giren muhayyerliklerle ilgili fakihlerin çok farklı yaklaşımları olmakla birlikte, teklifi kabul etme muhayyerliğinin varlığı hususunda fakihler ittifak etmiştir. Zira kabul<sup>396</sup> etme muhayyerliği, bir teklifi kabul edip etmeme esasına dayanır ve âlimlerin ittifakıyla teklif, karşı tarafı bağlayıcı değildir.<sup>397</sup>

Hanefîlere göre teklif yapıldıktan sonra başlayan meclis süresi, kabul yapıldığında veya teklif reddedildiğinde son bulur. Yani meclis süresi aynı zamanda teklifi kabul etme muhayyerliği süresini ifade eder ve bu süre uzun ya da kısa tutulabilir.<sup>400</sup>

Meclis süresi konusunda Hanefîlerle aynı görüşteki Mâlikîlere göre de teklifi kabul etme muhayyerliği süresi, meclis süresi ile eşittir. Ancak bu zaman aralığı, akidden vazgeçmeyi ihsas eder tarzda olmamalı ve örfün tayin ettiği sınırları aşmamalıdır.<sup>401</sup> Hanbelîlerin de zaman konusunda benzer bir yaklaşıma sahip olduklarını söyleyebiliriz.<sup>402</sup>

<sup>394</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 23.

<sup>395</sup> Akidlerde rıza unsuru ile ilgili olarak bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 23.

<sup>396</sup> Kabul: Hanefîlere göre akdi tamamlamak için ikinci söylenen ve akdi tamamlayan sözdür. Diğer mezheplere göre, müşteriden gelen teklife ve mülk edinmeye (*temellük*) delalet eden söze kabul denilir. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 3.

<sup>397</sup> Nitekim Mehmesânî, irade beyanında rızanın gerçekleşmesi için kabul muhayyerliğinin önemini zikrettikten sonra İslam hukukunda, yapılan teklifi kabul edip etmeme anlamında kabul muhayyerliğini reddeden bir yaklaşıma rastlamadığını ifade etmektedir. Bkz. Mehmesânî, *en-Nazariyyetü'l-Âmme*, II, s. 293.

<sup>400</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 469; Mehmesânî, *en-Nazariyyetü'l-Âmme*, II, s. 295.

<sup>401</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164; Mehmesânî, *en-Nazariyyetü'l-Âmme*, II, s. 295.

<sup>402</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 9; Cezîrî, *Mezâhibi'l-Erbaa*, II, s. 169.

Fukahanın çoğunluğuna göre kabul etme muhayyerliği, meclisin sonuna kadar devam eder. Hazırlar arasında olduğu gibi gaipler arasında da akidde kabul etme muhayyerliği vardır.<sup>403</sup>

Şafîilerde kabul etme muhayyerliğinin olmadığını söyleyen yazarlar olsa da<sup>404</sup> kanaatimizce bu doğru bir değerlendirme değildir. Meselenin detayı şu ince ayrıntıda gizlidir:

Şafîilere göre teklifi kabul edip etmeme anlamındaki kabul muhayyerliğinin süresi çok kısadır. Çünkü onlara göre teklif ile kabul arasında (icab-kabul irtibatı) bir fasıla olmamalı yani kabul teklifin hemen peşinden gelmelidir (fevrilik/muvalat). Nitekim bu konu daha önce meclis muhayyerliği çerçevesinde anlatılmıştı. Ancak kabul eylemi ne kadar çabuk yapılırsa yapılsın, kısa da olsa, akidleşme esnasında mutlaka bir zaman aralığı meydana gelecektir. Bu nedenle Şâfiîler, bu zaman aralığını faslı yesîr ve faslı tavîl şeklinde ikiye ayırmışlar ve faslı yesîrin yani çok kısa zaman aralığının kabulün yapılmasına engel teşkil etmediğini, faslı tavîlin, uzun zaman aralığının kabulün gerçekleşmesine mâni olduğunu zikretmişlerdir. Hatta Şâfiîler icab-kabul irtibatını sağlamaya çok özen gösterdikleri için, bu iki eylem arasında, akdi ilgilendirmeyen bir kelime söylenmiş ve bu esnada fasıla çok kısa da tutulmuş olsa (faslı yesîr) yine kabulü geçersiz saymışlardır.<sup>410</sup>

Böylece Şafîilerin anlayışına göre kabul etme muhayyerliği var kabul edilse bile bireye düşünmek için ihtiyaca cevap veremeyecek kadar kısa (faslı yesîr) bir zaman tanınması nedeniyle, bu muhayyerlik türü yok hükmünde sayılmış olabilir. Ancak bu yokluk, inkâr anlamında değil, fayda getirmeyen, kullanışlı olmayan anlamında bir yokluktur. Aksi halde Şafîilerde teklifi kabul etme muhayyerliği yoktur denilirse, bu durumda teklifin kabul edilme zorunluluğu anlamı çıkar ki ne klasik ne de çağdaş dönem âlimlerinden biri, teklifin kabul tarafı için bağlayıcı olduğunu iddia eder. Nitekim çağdaş dönem âlimlerinden Mehmesânî kesin bir dille, İslam hukuku kaynaklarında kabul etme muhayyerliğini reddeden bir yaklaşıma rastlamadığını

---

<sup>403</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 23.

<sup>404</sup> Yılmaz, “İnternet Ortamında Nikah Akdinin Kuruluşu”, s. 80.

<sup>410</sup> Nevevî, *el-Mecmû*, IX, s. 199; Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, II, s. 330; Mehmesânî, *en-Nazariyyetü'l-Âmme*, II, s. 295.

belirtir.<sup>411</sup>

### 3.1.1.4 Meclise Ait Muhayyerliklerin Etkili Olduğu Akidler

Meclise ait muhayyerlikleri kabul eden fakihlere göre, vazgeçebilme veya meclis muhayyerliği çerçevesinde taraflara tanınan muhayyerlik hakları lâzım ve bedelli akidler için söz konusudur. Hibe ve vekâlet gibi gayri lâzım akidlerde meclise ait muhayyerliklerin var olduğunu teorik düzeyde söylemek mümkünse de, akid meclisinden sonra taraflar bireysel iradeleriyle işlemi feshedilebilme imkânına sahip oldukları için, bu tür akidlerde meclis esnasında muhayyerliği tatbik etmek çok anlamlı olmayacaktır. Meclise ait muhayyerliklerin akidlerde anlamlı olabilmesi için ilgili akidlerin bağlayıcı olması gerekmektedir.<sup>412</sup>

Akid meclisine ilave bir konuma sahip olan meclis muhayyerliği, savunucuları tarafından nikah ve hul' gibi feshedilmesi mümkün olmayan akidlerde geçersiz kabul edilmiştir.<sup>413</sup> İcab-kabul irtibatında fevrilik şartı koşan Şâfiîlerin nikah gibi feshi mümkün olmayan akidlerde meclise ait yegane muhayyerlik türünü de yok sayması akdin sağlıklı kurulması açısından düşündürücüdür. Bu durum ancak, evlilik kurumuna onların ziyade önem vermesiyle açıklanabilir. Ayrıca nikah hususunda tarafların irade beyanlarından önce yeterince düşünmeleri gerektiği varsayımıyla da hareket etmek mümkündür.

Meclis muhayyerliği dışındaki diğer meclise ait muhayyerlikler konusunda bu tür bir detaya rastlamıyoruz. Şu halde Hanefi ve Hanbelilerin kabul ettiği tekliften vazgeçebilme muhayyerliğinin nikah gibi feshi mümkün olmayan akidlerde geçerli varsayılacağını söyleyebiliriz.

### 3.1.1.5 Akid Meclisine Ait Muhayyerlikler Konusundaki Görüşlerin

#### Değerlendirilmesi

Akid meclisinde muhayyerlik bildiren rivayeti fakihlerin çoğunluğu sahih kabul etmelerine rağmen, konuyu farklı açılardan yorumlayarak meclise bağlı muhayyerliklerle ilgili farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Elbette fakihlerin farklı sonuçlara

<sup>411</sup> Mehmesânî, *en-Nazariyyetü'l-Âmme*, II, s. 293.

<sup>412</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 250.

<sup>413</sup> Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, s. 258; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, ss. 233-234; ayrıca bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 164.

ulaşmasının yegâne sebebi bu rivayet değildir. Onların kendi görüşlerini destekledikleri daha farklı gerekçeleri vardır. Yukarıda bu hususların önemli bir kısmını izah ettik.

Fakihlerin farklı yaklaşımlarına göre, meclise ait muhayyerliklerle ilgili şu değerlendirmeleri yapabiliriz:

1-Kapsam ve içerikleri farklılık arz etmekle birlikte, tarafların meclise bağlı muhayyerlik haklarının olduğu tüm fakihlerce kabul edilir. Fakat İslam hukukunda kavramsal anlamda “Meclis muhayyerliğini” Şâfiîler, Hanbelîler ve Zahirîler kabul etmektedirler. Hanefîler ve Mâlikîler meclis muhayyerliğini kabul etmeseler de akdin meclisine bağlı farklı tür, isim ve sayıda muhayyerlikleri kabul etmişlerdir. Bu bağlamda Hanefîler, tekliften vazgeçebilme ve teklifi kabul etme muhayyerliğini, Mâlikîler ise teklif bağlayıcı olduğu için sadece teklifi kabul etme muhayyerliğini savunmuşlar, tekliften dönmeyi caiz kabul etmemişlerdir.

2-Meclise bağlı muhayyerlikler, kanundan doğan haklar çerçevesinde ele alınır. Bu nedenle taraflar kendi iradeleriyle bu hukukî güvenceyi kaldıramazlar. Ancak Hanbelîler bu hususta taraflarca bir sınırlamaya gidilebileceğini savunurlar.

3-Hanefîler, Mâlikîler ve Hanbelîler bireye akid meclisinde kabulden önce düşünme fırsatı vermelerine karşın, Şâfiîler akdi yaptıktan sonra bu düşünme fırsatını verirler. Zira icab-kabulün fasılasız olması gerektiğini savundukları için akid meclisi Şâfiîlerde çok kısa tutulmuştur

4-Mâlikî mezhebine göre teklif bağlayıcı kabul edilir ve bu yüzden akid meclisinde teklifte bulunan tarafa vazgeçebilme hakkı verilmez. Fakat diğer mezheplere göre ister tekliften vazgeçebilme muhayyerliği bağlamında, ister meclis muhayyerliği bağlamında, akid meclisi süresince taraflara vazgeçebilme muhayyerliği tanınmıştır. Fakat Mâlikîler, akid öncesinde, pazarlık aşamasında tarafların yeterince düşünme fırsatının olduğu, bu nedenle akid meclisinde yeniden bireye teklifinden vazgeçebilme hakkının verilmesine gerek olmadığı şeklinde akli bir gerekçe öne sürmektedirler.

5-Akid meclisine ilişkin muhayyerliklerin farklı yaklaşımlara konu olduğu görülsede, hepsinin aynı amaca hizmet ettiği açıktır. Bu muhayyerlikler, bireylerin âni ve aceleci kararlarından dolayı yaşayabilecekleri pişmanlıktan dolayı onlara vazgeçebilme fırsatı tanımaktadır. Mesela, Şâfiîlerin savunduğu meclis muhayyerliğinde meclis

dağılıncaya dek bireylerin düşünme fırsatının olması ile Hanefîlerin tekliften vazgeçebilme muhayyerliğinde bireye vazgeçebilme yahut yapılan teklifi kabul hususunda süre tanıma, ortak bir gayeyi hizmet eder.

6-Tekliften vazgeçebilme muhayyerliğinin (hıyârû'l-îcab), Hanefîler tarafından kabul edildiğini daha önce zikretmiştik. Şafîîlerin yaklaşımında ise akid meclisinde tekliften dönme şeklinde bir vazgeçebilme muhayyerliği türü zikredilmese de esasında bunun nedeni, akid meclisi esnasında tekliften dönme muhayyerliği türünün Şafîî mezhebine ait eserlerde ele alınmayışından kaynaklanmaktadır. Çünkü bu eserler, hep îcab-kabul arasındaki fasılasızlığa odaklanmışlar ve cayma haklarını ikinci meclis olan muhayyerlik meclisine atıfla açıklamışlardır. Hâlbuki konuya daha derinlemesine bakıldığında Şafîîlerin yaklaşımında da tekliften dönme şeklinde bir muhayyerlik türünün teorik düzeyde mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca bir meselenin ele alınmayışı, onun yokluğu veya kabul edilmediği anlamına gelmemelidir.

Bu konunun Şafîî fihhına ait eserlerde ele alınmayışının birçok nedeni olabilir, fakat bizce temelde bu durumun iki sebebi vardır. Birincisi, tekliften vazgeçebilme muhayyerliğine ihtiyaç duymama, yani meclis muhayyerliğinin, tekliften vazgeçebilme muhayyerliğine ihtiyaç bırakmamasıdır. İkincisi ise Şafîîlerin akid anlayışında îcab ve kabul irtibatının peş peşe olması gerektiği için böyle bir muhayyerliğin çok kısıtlı bir süreye sahip olması sonucu, kullanışlı olmamasıdır. Ancak akid kurulurken bu fevrilik eylemi, çok kısa olsa da bir fasıla içerir. Bu kısa fasıla esnasında teklifte bulunan tarafın hızlıca teklifinden dönme muhayyerliğini kullanması mümkündür. Şafîîlerde bunun aksine bir yaklaşım olmadığı gibi teklifin bağlayıcı olduğuna dair Mâlikîlerin kabul ettiği türden bir iddia da mevcut değildir.<sup>416</sup> Şu halde Şafîîlerin, Hanefîler gibi “tekliften dönme” şeklindeki muhayyerlik anlayışını, teorik de olsa reddetmediklerini hatta var kabul ettiklerini söyleyebiliriz.

7-Hanefîlere göre kabul gerçekleşikten sonra, kabulden dönme (hıyârû'l kabûl) şeklinde bir muhayyerlik türü yoktur. Zaten bunu kabul etmiş olsalardı, Şafîîlerle meclis muhayyerliği konusunda ihtilaf etmezlerdi.

8- Şafîîlerin anlayışında ikinci meclisin yani muhayyerlik meclisinin taraflara bir

---

<sup>416</sup> Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, II, s. 13.



hak olarak sağlanmasının arkasında yatan hikmet, tekliften sonra kabulü fevri bir şekilde gerçekleştirmek zorunluluğuna dayanır. Taraflara özellikle kabulde bulunan tarafa, akid esnasında yeteri kadar düşünme fırsatı tanımayan bu anlayış, ikinci bir meclis anlayışı ile taraflara irade beyanı hususunda ilave düşünme fırsatı sağlamıştır. Bu anlayışa göre muhayyerlik meclisi süresince vazgeçebilme muhayyerliği, hem tekliften dönme hem de kabulden dönme şeklinde gerçekleşebilmektedir.

9-TBK’da sözleşmenin yapıldığı yerde “bağlanma parası” olarak yapılan ödemeden<sup>420</sup> ve îcab ile kabulün birbirinin peşinden gelmesi gerektiği aksi halde îcabın bağlayıcılığını yitireceği ifade edilmektedir ki bu yaklaşım da Şafîilerin îcab-kabul uyumunda aradıkları “fevrilik” anlayışı ile benzerdir.<sup>421</sup>

### **3.1.2 Akdin Konusuna İlişkin Muhayyerlikler**

Konu, akdin temel unsurlarından birisidir. Bireyler, akidlerini mutlaka bir konu üzerinde inşa ederler. Konu olmadan, akdin meydana gelmesi mümkün değildir. Fakat bazen akdin konusu belirsizlik ve bilinmezlik gibi akdi zedeleyici hususlar taşıyabilir. Bu gibi durumlarda bireylerin hukukunu muhafaza için taraflara belli bir takım muhayyerlik hakları tanınmıştır. Bu muhayyerlikler akdin konusuna ilişkin muhayyerlikler çerçevesinde ele alınacaktır.<sup>422</sup>

Akdin konusuna ilişkin muhayyerlikler “*Akdin konusunun ve semenin belirsizliğinden kaynaklanan*” ve “*Akdin konusuna başkasının hakkının karışmasından kaynaklanan*” muhayyerlikler şeklinde iki ana başlıkta toplanacaktır.

#### **3.1.2.1 Akid Konusunun ve Semen Belirsizliğinden Kaynaklanan Muhayyerlikler**

Akdin konusu mal olabildiği gibi menfaat de olabilmektedir. Ayrıca trampa usulü alış-verişlerde akdin konusunun bedeli (*semen*) şekil, cins ve tür açısından belirsizlik

---

<sup>420</sup> “Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır. Aksine sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktan düşülür.” Bkz. *TBK*, Md. 177.

<sup>421</sup> “Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur.” Bkz. *TBK*, Md. 4.

<sup>422</sup> Akdin konusu olan “mebii redde sebep olması yönüyle” muhayyerliklerin ele alındığı bir doktora çalışması örneği için bkz. Ebû Bekr Mübârek Abdullah Muhammed, “Ahkâmu Reddi’l-Mebi’ fi’l-Fikhi’l-İslâmî ve Kânûnu Devleti’l-İmârâtî’l-Arabiyyeti’l-Müttehide”, (*Doktora, Câmiatiü İmdiramânî’l-İslâmiyye, Külliyyetü’ş-Şer’iati ve’l-Kânûn*, 2013).

taşıyabilir. Bu gibi durumlarda belirsizlik akdin her iki tarafında da bulunabilir. Akiddeki belirsizlik ve bilinmezliği ifade eden ve Hz. Peygamber (s.a.v.)’den gelen rivayetlerde yasaklanan alış-verişlere konu olan garar,<sup>423</sup> akdin karşılıklı bedellerinde meydana gelen bir husus olup, muhayyerliklere gerekçe olan en temel kavramlardır. Nitekim fakihlerin bir kısmı muhayyerliklere gerekçe olarak gararı göstermiş, bir kısmı da akidleri iptal eden bir husus olarak bunu ele almıştır.<sup>424</sup> Akdin konusunun ve semenin belirsizliğinden kaynaklanan muhayyerlikler; görme, kusurlu çıkma, miktarı tahmin edilemeyen semen (*kemiyet muhayyerliği*), satılan malın fiyatını sonradan belirleme (*tekeşşüf-i hâl muhayyerliği*), satılan malın miktarını sonradan tespit etme (*keşfi hâl muhayyerliği*), ve satılan malın sonradan eksik çıkması (*teferruku safka muhayyerliği*) durumunda meydana gelen muhayyerlikler başlıkları altında ele alınacaktır.

### 3.1.2.1.1 Görme Muhayyerliği

Fıkıh eserlerinde “Hıyâru’r-Ru’ye”<sup>425</sup> şeklinde geçen görme muhayyerliği, *Mecelle*’de; bir malı görmeden satın alan kişinin, o malı gördüğünde akdi onama ya da fesh etme hakkının bulunması şeklinde tanımlanmıştır.<sup>426</sup> Görme muhayyerliği, akdin oluşum sürecinin lüzum aşamasında yani hükmün bağlayıcılığı sürecinde etkili olan bir muhayyerliktir. Karşılıklı icab-kabul ile kurulan akid, görme muhayyerliği barındırdığı zaman gayrı lâzım sayılmaktadır.

Görme muhayyerliğini *kanunun bireylere doğrudan sağladığı* bir hak olarak en sistemli şekilde Hanefî fıkıhçılar ele almıştır.<sup>427</sup> Diğer fakihler, görme muhayyerliği konusu üzerinde Hanefîler kadar detaylı durmamış hatta birçoğu bu muhayyerliği müstakil bir muhayyerlik türü olarak da görmeyerek vasıf muhayyerliği kapsamında

<sup>423</sup> Garar kavramının akidlere etkisiyle ilgili ayrıntılı bir doktora çalışması yapılmıştır. Bkz. Güney, “Garar”, s. 16.

<sup>424</sup> Gararın akidlerdeki etkisi ile ilgili bkz. İbn Rüşt, *Bidâye*, II, ss. 142-147.

<sup>425</sup> Kâsânî, *Bedâi*’, VII, s. 309; Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhzâde Dâmâd, *Mecmeu’l-Enhur fi Şerhi Mülteka’l-Ebhur*, III, İstanbul: Tereke Yay., 2015, s. 48.

<sup>426</sup> “Bir kimse bir malı görmeden iştirâ etse görünceye dek muhayyerdir; gördükte dilerse fesh eder ve dilerse kabul eder; buna hıyâr-ı ruyet denilir.” *Mecelle*, Md. 320; ayrıca görme muhayyerliğini malî konularda meydana gelmesi açısından inceleyen bir master çalışması için bkz. Nâhid Mahmûd Hüseyin Abdulhâdî, “Hıyâru’r-Ru’ye ve Eseruhû fi’l-Muâmelâti’l-Mâliyyeti fi’l-Fıkhi’l-İslâmî ve’l-Kânûnî’l-Medenî’l-Ürdünî”, (*Master, Câmiatü Âli Beyt, Külliyyetü’l-Dirâseti’l-Fıkhiyye*, ty.) ss. 45-47.

<sup>427</sup> Kâsânî, *Bedâi*’, VII, s. 309.

değerlendirmişlerdir.<sup>428</sup>

### 3.1.2.1.1.1 Görme Muhayyerliği İle İlgili Yaklaşımlar

Çalışmamızda görme muhayyerliğine bakış açılarına göre, İslam hukukçularının üç farklı yaklaşıma sahip olduklarını tespit ettik. Görme muhayyerliğini tam anlamıyla kabul edenler olduğu gibi, sınırlı kabul edenler ve tamamen geçersiz sayanlar da vardır.

#### 3.1.2.1.1.1.1 Görme Muhayyerliğini Kabul Edenler

Akdin konusu olan malı görmeksizin akid yapmayı meşrû kabul eden Hanefîler, şart koşulsun ya da koşulmasın, görmeden satın alınan mallarla ilgili müşteriye muhayyerlik hakkı tanımışlardır. Hanefîler, görme muhayyerliğini, görmeden bir şeyi satın alana, malı gördüğünde muhayyerlik hakkı tanıyan hadis<sup>429</sup> deliline dayandırmaktadırlar.<sup>430</sup>

Hanefîlerin görme muhayyerliği için öne sürdükleri diğer bir delil, Hz.Osman ile Hz.Talha b. Ubeydullah arasında vuku bulan arazi satımı anlaşmazlığıdır. Rivayete göre Hz.Osman, Kûfe'deki bir araziyi Talha'ya satmıştır. Her ikisi de araziyi görmeden bu ticareti yapmış ve yanıldıklarını düşünerek muhayyerlik talebinde bulunmuşlardır. Cübeyr b. Mut'im'i aralarında hakem tayin etmişler ve Cübeyr, muhayyerlik hakkının Talha'ya verilmesine hükmetmiştir.<sup>431</sup> Bu olaya diğer sahabenin de şahit olduğunu, dolayısıyla hükmün bu açıdan kesinlik kazandığını savunan Hanefîler, akidlerde görme muhayyerliğini kabul etmişler ve bu hakkın Talha'ya verilmesinden yola çıkarak da muhayyerlik hakkını sadece müşteriye tanımışlardır.<sup>432</sup>

Şâfiî'nin eski içtihadına (*kavli kadimine*) ve mezhep görüşü olmasa da Hanbelîlerin kabul ettiği bir görüşe göre ve ayrıca Zâhirîlere göre de gerek satıcı gerek müşteri tarafından olsun, malı görmeden yapılan akid geçerlidir ve bu durumda satıcının da

<sup>428</sup> Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 149.

<sup>429</sup> Rivayet şu şekildedir: “مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْجَيِّزِ إِذَا رَأَاهُ إِنَّ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ” Görmeden bir şeyi satın alan kimse, onu görünce muhayyerdir; dilerse onu alır, dilerse de onu bırakır.” Dârekutnî (ö. 385 h.) ve Beyhakî (ö.458 h.) bu hadisin mürsel olduğunu ve ayrıca râvîlerden Ebû Bekr b. Ebî Meryem'in de zayıf olduğunu zikretmektedir. Bkz. Ali b. Ömer ed-Dârekutnî, *es-Sünen*, III, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2004, s. 382; Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali b. Mûsâ Ebu Bekr el-Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, V, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003, s. 439.

<sup>430</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 309; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 34; Şeyhzâde Dâmâd, *Mecmeu'l-Enhur*, III, s. 48.

<sup>431</sup> Tahâvî, *Şerhu Meâni'l-Âsâr*, III, s. 269.

<sup>432</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 34.

görme muhayyerliği hakkı vardır. Yeni içtihadında (*Kavli ceditinde*) bundan vazgeçen Şâfiî, görmeden yapılan satım akdini geçersiz saymıştır.<sup>433</sup>

Mezhebin genel görüşü olmamakla birlikte bir kısım Hanbelîlerin kabul ettiği görme muhayyerliği şu noktalarda Hanefîlerden farklıdır;

*Birinci fark*; Hanbelîlerin yaklaşımına göre, görme muhayyerliği hakkı hem satıcıya hem de alıcıya ait olabilir.<sup>434</sup> Her ne kadar Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ilk başta hem alıcıya hem de satıcıya görme muhayyerliği hakkı tanıdıysa da sonradan bu içtihadından vazgeçerek ilgili rivayet mucibince<sup>435</sup> sadece müşteriye bu hakkı tanımıştır. Bu nedenle Hanefî mezhebinde hâkim görüş, görme muhayyerliği hakkının sadece müşteriye tanınması yönündedir.<sup>436</sup>

*İkinci fark*, görme muhayyerliğini Hanbelîlerin şarta bağlamasıdır. Yani Hanbelîlere göre akid esnasında mal anlaşılır şekilde tavsif edilmiş ise müşterinin muhayyerlik hakkı ortadan kalkar.<sup>437</sup> Hâlbuki Hanefîlere göre mal görülmedikçe yapılan tavsifler muhayyerlik hakkını düşürmez. Zira bu hak, müşteriye kanunen tanınmış olduğu için, iradî olarak bu hakkı iptal etmek mümkün değildir.<sup>438</sup>

Hanefîlerin yaklaşımına göre, görme muhayyerliğinin meydana gelebilmesi için şu şartların gerçekleşmiş olması gerekir:

- Akdin konusu olan mal, müşterinin mülkiyetinde olmalı ve satılan malla ilgili nizaya yol açacak şekilde aşırı bilinmezlik bulunmamalıdır.<sup>439</sup> Yani müşteri ev, araba, arsa ve bir elbise gibi ne aldığını genel hatlarıyla bilmelidir.
- Akde konu olan mal, tarafların belirlemesi ile muayyen hale gelmelidir. Yani mislî mallarda tayin söz konusu olmadığı için muhayyerlik hakkı da meydana gelmez. Ayrıca Kâsânî (ö. 587/1191), borç ile borcun mübadelesi gibi muayyen olmayan mallar üzerindeki satışlarda görme muhayyerliğinin meydana

<sup>433</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, III, s. 339; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, s. 216; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 77.

<sup>434</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 82.

<sup>435</sup> Hanefîlere göre “Görmeden bir şeyi satın alan kimse, onu görünce muhayyerdir; dilerse onu alır, dilerse de onu bırakır” hadisinde muhayyerlik hakkı, müşteri için söz konusu edilmiştir. Bkz. Dârekutnî, *es-Sünen*, III, s. 382; Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, V, s. 439 ayrıca bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 34.

<sup>436</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, s.205; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 34.

<sup>437</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 77.

<sup>438</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 309.

<sup>439</sup> Cezîrî, *Mezâhibi'l-Erbaa*, II, s. 217.

gelmeyeceğini ifade etmiştir.<sup>440</sup> Borç ile borcun mübadelesi aslında alacağın satılması şeklinde ifade edilebilir ki mislî mallarda tayin olmaması ve böyle bir satışta bedellerin teslim edilebilir olmama gibi mahzurlar taşınması, onun bu şekilde düşünmesine gerekçe olarak gösterilebilir.<sup>441</sup>

- Diğer bir şart, müşterinin satım akdi esnasında malı görmemiş olmasıdır. Malı görerek almışsa, artık müşterinin görme muhayyerliğinden söz edilemez. Şayet müşteri malı teslim almadan malda değişiklik meydana gelmişse, bu durumda görme muhayyerliği değil vasıf veya ayıp muhayyerliği söz konusu olur.<sup>442</sup>

Günümüzün teknolojik imkanları sayesinde bireyler, akdın konusu olan malın resmini, akıllı telefonlar ya da bilgisayarlar aracılığıyla görebilmektedirler. Nitekim internet üzerinden yapılan alış-verişlerin birçoğu bu şekilde gerçekleşmektedir. Daha önce, teknolojik iletişim araçlarıyla yapılan akidlerin geçerli olduğunu ifade etmiştik, ancak bu tür alış-verişlerde görme muhayyerliğinin hukukî durumunu tespit etmek için burada şu sorunun cevaplanması gerekmektedir; malın resmini görmek hakikaten görmek midir? Bu husus fıkıh kaynaklarımızda “malın aynada veya suda yansıyan misalini görmek, hakikaten malı görmek midir?” şeklinde ele alınmış ve sonuçta bu yansımanın, malın aynını hakiki anlamda görmek olmadığı kanaatine varılmıştır.<sup>443</sup> Zira daha sonra da izah edeceğimiz üzere, görme muhayyerliğinin kapsamı sadece malın gözle görülmesini değil, bilakis malın husûsîyetlerini anlamaya yönelik görme, duyma, koklama, tatma ve dokunma gibi duyu organları ile test etme yöntemlerini içermektedir. Şu halde bir malın resmini görmek, malı hakiki anlamda aynını görmek ve malın husûsîyetlerini kavramak anlamına gelmediği için, bu tür alış-verişlerde bireyin görme muhayyerliği de düşmemelidir.

Bununla birlikte malın resmini görmek, bireye malla ilgili olumlu-olumsuz bir fikir verebilmektedir. Dolayısıyla internet üzerinden sipariş verilen ve satın alınan ürünlerin resmi görülse dahi bireyin görme muhayyerliği hakkı saklı kalmak koşuluyla, yapılan alış-verişler geçerlidir. Nitekim günümüz tüketici hakları kanunlarında da mesafeli

<sup>440</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 310; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 582.

<sup>441</sup> Alacağın satılması ile ilgili yapılmış bir makale çalışması için bkz. Ayhan Ak, “Varlık Yönetim Şirketleri”, *İHAD*, sy. 24, (Ekim-2014), s. 131.

<sup>442</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 207; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 311.

<sup>443</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 316.

satışlarda bireye tanınan cayma hakkı<sup>444</sup> görme muhayyerliği hakkındaki bu değerlendirmemizle örtüşmektedir.

Görme muhayyerliği olduğu halde bu hakkını malı görmeden kullanarak akdi fesh etmek isteyen müşteri konusunda Hanefîlerde farklı görüşler mevcuttur. Merginânî (ö. 593/1197) *el-Hidâye* isimli eserinde malı görmeden önce icâzet verme geçerli kabul edilmese de görmeden önce feshin caiz olduğunu söylemektedir.<sup>445</sup> Vehbe Zuhaylî (ö. 2015) de malı görmeden önce akdi fesh hususunda aynı kanaatte olduğunu ve müşterinin akdi fesh edebileceğini, doğru olanın bu olduğunu, ancak bu hakkın muhayyerlikten kaynaklanmadığını, Kâsânî (ö. 587/1191)'nin de ifade ettiği gibi, bu durumun akdin bağlayıcı olmayışından (*gayrı lâzım*) kaynaklandığını belirtir.<sup>446</sup> Bizim kanaatimiz de bu yönde olup, malı görmeden feshin caiz kabul edilmesi, akdin bağlayıcı olmamasıyla ilişkilendirilmelidir. Ancak, akdin bağlayıcı olmayışını da muhayyerlikten tamamen bağımsız düşünmemek gerekir. Zira akdin gayrı lâzım olmasına sebep her ne kadar malı görmemekten kaynaklı bir durum olsa da bireye akdi fesh imkanı veren rivayet, daha önce ifade edildiği üzere, esasında muhayyerliğin nass delili olarak zikredilmektedir.

Görme muhayyerliğinin son bulup akdin lâzım hale gelmesi şu üç şarta bağlanmıştır:

*Birincisi*, malın görülmesi ve akabinde müşterinin akde icâzet verdiğini gösterir iradesinin ortaya konmasıyla görme muhayyerliği sona erer. Burada görme hususu, malın tamamını görmek şeklinde olabileceği gibi malın alım satımda maksadı teşkil eden yanının görülmesi şeklinde mesela, evin bazı odalarını görmek veya numune gösterilerek satılan ürünlerde numunenin görülmesidir.<sup>447</sup> Ayrıca malın görülmesi konusunda bir süre sınırı tayin edilmemiş, muhayyerliği düşürücü bir durum olmadıkça

<sup>444</sup> “Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.” Bkz. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, Md. 48; görme muhayyerliğinin tüketici hakları açısından öneminin ele alındığı bir yüksek lisans çalışması örneği için bkz. Zübeyr Şengül, “İslam Borçlar Hukukunda Görme Muhayyerliği ve Tüketici Hakları Açısından Önemi”, (*Yayımlanmamış yüksek lisans tezi*, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011).

<sup>445</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 34.

<sup>446</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 317; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 580.

<sup>447</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 34

müşterinin ölümüne kadar görme muhayyerliğinin sürebileceği ifade edilmiştir.<sup>448</sup>

Görme muhayyerliğindeki görme eylemi, esasında hem malın göz ile görülmesini hem de malın vasfına göre müşterinin malı anlayabilmesini sağlayan hissî, yani duyuşal test etme yöntemlerini kapsar. Çünkü nasılkı teyemmümde suyu görmekten kasıt mutlak anlamda gözle görmek değil, suyu kullanmaya muktedir olmak ya da ulaşabilmek<sup>449</sup> şeklinde yorumlanmışsa, görme muhayyerliğinde de malın istenen vasıflarını anlayabilecek koklama, dokunma ve tatma gibi eylemler de “görme” mefhumunun kapsamına dahil edilmiştir.<sup>450</sup>

Mesela, bir çileğin kalitesi, gormenin yanı sıra tatma ve koklama ile tam anlaşılabilirdiği gibi bir sirkenin kalitesi de tatmak ile anlaşılır. Benzer şekilde bir binek aracın kalitesi, binerek ve sürerek anlaşılır. Nitekim bir âmâ'nın malı görmesi mümkün olamayacağı için onun dokunması ve tatması görme eylemi yerine sayılacaktır.<sup>451</sup> Şu halde görme muhayyerliğindeki görme eylemi, mutlak anlamda göz ile görmeyi değil, malın husûsîyetlerini anlamaya yarayan test etme eylemini kapsamaktadır.

*İkincisi*, müşterinin ölmesiyle görme muhayyerliği son bulup akid lâzım hale dönüşür. Zira görme muhayyerliği Hanefî fakihlere göre vârislere intikal etmemektedir.<sup>452</sup>

*Üçüncüsü*, müşterinin satın aldığı mal üzerinde malı görmediği halde tasarrufta bulunmasıyla akid bağlayıcı hale gelerek muhayyerlik hakkı düşmektedir. Ancak müşterinin mal üzerindeki tasarrufu, bağlayıcılığı olmayan teslim edilmemiş hibe türünden bir akid ise görme muhayyerliği ikinci tasarrufun yani hibenin bağlayıcı hale dönüşmesi anına kadar devam etmektedir.<sup>453</sup>

Akdin konusu olan mal değişime uğramışsa, müşterinin görme muhayyerliği düşer, ancak bu durumda da müşterinin vasıf ya da ayıp muhayyerliğinden söz edilir.<sup>454</sup> Bu

<sup>448</sup> Görme muhayyerliğinde süre sınırı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 317; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 580.

<sup>449</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, s. 35.

<sup>450</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 312.

<sup>451</sup> “Görme Muhayyerliğinin” kapsamı ve malı inceleme yöntemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 206; Cezîrî, *Mezâhibi'l-Erbâa*, II, s. 219.

<sup>452</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 207; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 36.

<sup>453</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 34.

<sup>454</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 34.

yaklaşımına göre müşteri, muhayyerlik hakkı çerçevesinde akde onay vermesi durumunda bunu satıcıya bildirmesi zorunlu değilken, akdi fesh ettiği takdirde bildirmesi zorunlu görülür. Zira bu durum bildirilmezse, satıcının akde güvenerek zarara uğrayabileceği varsayılmıştır.<sup>455</sup>

Görme muhayyerliği hususunda vekâleti de kabul eden Hanefiler, müşteriye vekâlet eden şahsın malı görmesiyle birlikte muhayyerliğin son bulacağını ifade ederler. Vekil gördükten sonra, asıl mal sahibinin yeniden malı görme muhayyerliği kalmamakla birlikte, vekilin gördüğü mal teslim öncesinde bir değişime veya zarara uğramışsa bu durumda müşterinin görme muhayyerliği değil, vasıf ya da ayıp muhayyerliği hakkı oluşmaktadır.<sup>456</sup>

TBK’da görme muhayyerliği, “beğenme koşuluyla satış” başlığı altında ele alınmakta ve ilgili maddeye göre, malı görmeden satın alan tarafa muhayyerlik hakkı verilmektedir. Buna göre birey, mülkiyetine geçmiş kabul edilse bile malı görünceye dek muhayyer olup görüp inceledikten sonra bir sebep belirtmeksizin sözleşmeyi fesh etme veya bağlayıcı kılma haklarına sahip olmaktadır.<sup>457</sup> İlgili kanunun maddesi, yukarıda ele alındığı üzere Hanefilerin kabul ettiği görme muhayyerliği ile benzer hususiyetlere sahiptir.

### 3.1.2.1.1.2 Görme Muhayyerliğini Sınırlı Kabul Edenler

Mâlikîlerin yaklaşımına göre, akdin konusu olan mal görülmeden taraflar akid yapabilirler. Ancak bu durum için onlara göre yakında olan malı görmeyi engelleyen bir mazeretin olması ya da malın uzakta olduğu için görülemiyor olması gerekir. Akid konusu mal, tarafların bulunduğu mecliste olduğu halde keyfî olarak malı görmeyerek yapılan akid geçersizdir. Ancak mal yakın bir mesafede olduğu halde malın görülmesinde bir meşakkat söz konusu ise bu durumda malın vasıfları zikredilerek veya ürünün bir numunesi gösterilerek de satım akdi yapılabilir. Nitekim bu tür numune üzerinden satış “*bey’u ale’l bernâme*” şeklinde isimlendirilmiştir. Mal

<sup>455</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 66.

<sup>456</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 35.

<sup>457</sup> “Beğenme koşuluyla satış, alıcının satılanı deneyerek veya gözden geçirerek beğenmesi koşuluyla yapılan satıştır.” Bkz. *TBK*, Md. 249; “Beğenme koşuluyla satışta alıcı, satılanı kabul etmekte veya hiçbir sebep göstermeksizin geri vermekte serbesttir. Satılan, alıcının zilyetliğine geçmiş olsa bile, satılanın mülkiyeti, beğenme koşulunun gerçekleştiği ana kadar satıcıda kalır.” Bkz. *TBK*, Md. 250.



görülmeden yapılan satış neticesinde müşterinin malı görme muhayyerliği söz konusu olur. Ancak buradaki görme muhayyerliği, esasında vasıfları zikredilen malın, ilgili vasıfları taşıdığını görme/tespit etme anlamında olduğu için böyle bir muhayyerlik, görme ile vasıf muhayyerliğinin karışımı bir yapı arz eder ve mal, ilgili vasıfları taşıyorsa görme muhayyerliği düşer, akid lâzım hale gelir. Ayrıca kişi daha önce görmüş olduğu bir mal üzerine de akid yapabilir. Şayet bu mal daha önce gördüğü vasıfları taşıyorsa, akid bağlayıcı kabul edilir.<sup>458</sup>

Malın uzakta olması nedeniyle görülememesi durumunda Mâlikîler, malın vasıflarının zikredilmesi ve müşterinin görme muhayyerliğini, kendi hakkında şart koşması durumunda akdin geçerli olacağını öne sürmektedirler.<sup>459</sup> Aynı zamanda Mâlikîler, burada söz konusu muhayyerliği kanundan doğan bir muhayyerlik türü olarak değil, tıpkı vasıf ve şart muhayyerliğinde olduğu gibi tarafların belirlemesiyle gerçekleşen bir muhayyerlik türü olarak anlamaktadırlar.<sup>460</sup>

Görme muhayyerliği konusunda Hanbelîlerin mezhep görüşü de Mâlikîlere benzer şekildedir. Onlara göre, akid meclisinde bulunmayan mal, yeterince tavsif edildiği takdirde satımı geçerlidir. Ancak buradaki tavsif neticesinde müşteriye, birinci yaklaşımdaki Hanefî fakihlerin anlayışına benzer bir görme muhayyerliği tanınmaz. Yani akid esnasında iyice tavsif edilen mal, müşteri tarafından görüldüğünde anlatılan özellikleri taşıyorsa, herhangi bir muhayyerlik hakkından söz edilemez. Ancak mal, sayılan özellikleri taşımıyorsa burada müşteriye muhayyerlik hakkı tanınır, fakat bu durumda da görme değil vasıf muhayyerliğinden söz edilir.<sup>461</sup>

Görme muhayyerliği açısından Hanbelîlerin, Mâlikîlerden ayrıldıkları nokta, Mâlikîlerin akid esnasında malın görülmemesini, ya bir meşrû mazerete ya da malın uzakta olmasına bağlamalarına rağmen, Hanbelîler malın mecliste olmamasını bu

<sup>458</sup> Sehnûn b. Saîd et-Tenûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, IV, Kâhire: Dâru'l-Hadîs, 2005, ss. 209, 212, 219; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 150-151.

<sup>459</sup> Sehnûn b. Saîd, *el-Müdevvene*, IV, s. 212; fakat İbn Rüşd (ö. 595 h.), tavsif edilmeden sadece görme şartıyla yapılan satışın caiz olmasıyla ilgili görüşün Müdevvene'de geçmesine rağmen, Abdulvehhab tarafından mezhebin usulüne muhalif olması gerekçesiyle kabul edilmediğini zikretmektedir. Dolayısıyla, uzaktaki malın vasıfları zikredilmeden sadece görme muhayyerliği talebi üzerine yapılan akdin geçerliliği hususunda ihtilaf vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 150.

<sup>460</sup> Mâlikîlerin görme muhayyerliğini, şart-vasıf muhayyerliği gibi düşündükleri ile ilgili bkz. Muhammed Takî el-Osmânî, *Fıkhü'l-Büyû' ale'l-Mezâhibi'l-Erbâa maa Tatbikâti'l-Muâsırati Mukârinen bi'l-Kavânini'l-Vaz'iyye*, II, Karaçi (Pâkistan): Mektebetü Meârifî'l-Kur'an, 2015, s. 820.

<sup>461</sup> Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 310; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 578.

hususta yeterli görürler ve mal uzakta olmasa da bir meşrû mazeret aramazlar. Yani onlara göre mutlak anlamda malın akid meclisinde olmaması, bu hususta yeterlidir.<sup>462</sup> Ayrıca Hanbelîler, satıcıya da muhayyerlik hakkı tanıyarak Mâlikîlerden ayrılır. Zâhirîler de hem alıcıya hem de satıcıya görme muhayyerliği hakkı tanıyarak Hanbelîlerle bu hususta aynı düşüncüyü paylaşmaktadırlar.<sup>463</sup> Hanbelîlerin görme muhayyerliğini şart ile sabit olan değil, kanunun bireylere doğrudan sağladığı haklardan sayması da Mâlikîlerden ayrıldıkları noktalardandır.<sup>464</sup> Ancak bu iki ekolün buluştuğu ortak nokta, vasıf muhayyerliğinin varlığı, görme muhayyerliğine ihtiyaç bırakmamaktadır.<sup>465</sup>

Sonuç olarak Mâlikî fakihlerin yaklaşımına göre akid meclisinde bulunmayan mal uzakta ise vasıfları sayılarak ve görme muhayyerliği şart koşularak, yakında olup da bir mazeretten dolayı görülemiyorsa yine vasıfları zikredilerek satımı gerçekleştirilebilir. Bu nedenle onların yaklaşımına göre, akidde görme muhayyerliği Hanefî fakihlerin anlayışı gibi bir konuma sahip olmasa da vasıf muhayyerliği çerçevesinde sınırlı bir yapıyla mevcuttur.

### 3.1.2.1.1.3 Görme Muhayyerliğini Kabul Etmeyenler

Eski içtihadında (*kavl-i kadîm*) akid meclisinde bulunmayan malın satımına müsaade eden Şâfiî, yeni içtihadında (*kavl-i cedîd*), akid meclisinde bulunmayan malın satımını, Hz. Peygamber (s.a.v.)'in garar satışını nehyetmesine<sup>466</sup> ve gâib bir malın satışını yasaklayan rivayete dayanarak geçersiz saymıştır.<sup>467</sup> Mezhebin de genel görüşü olan bu yaklaşıma göre, akid meclisinde mal görülmediği takdirde satım işlemi geçersizdir.<sup>468</sup>

<sup>462</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 82.

<sup>463</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, s. 216; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 578.

<sup>464</sup> Bkz. Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 820.

<sup>465</sup> Krş. Acar, “İradeyi Sakatlayan Sebepler 1-Hata”, s. 95.

<sup>466</sup> Hadisin metni şu şekildedir; «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ» Tirmizî, “Büyû”, 17; Ebû Dâvud, “Büyû”, 25.

<sup>467</sup> İlgili rivayet şu şekildedir: “وَلَا تَبِيعُوا شَيْئًا غَائِبًا مِنْهُ بِئَاجَرٍ، إِلَّا بِكَابِدٍ” “Yanınızda bulunmayan bir şeyin satışını yapmayınız...” Buhârî, “Büyû”, 78; Müslim, “Büyû”, 1584.

<sup>468</sup> Abdülvehid b. İsmail er-Rüyânî, *Bahru'l-Mezheb fi Furûi Mezhebi'l-İmâmî'sh-Şâfiî*, VI, Beyrut: Dâru'l-İhyâi't-Türâsü'l-Arabî, 2002, s. 18; Cezîrî, *Mezâhibi'l-Erbaa*, II, s. 214; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 579; Akidler konusunda kitabı bulunan Orhan Çeker görülmemiş malın satışını (Bey') kabul etmeseler de Şâfiilere göre, selem yoluyla malın mübadelesinin gerçekleşebileceğini belirtmektedir. Müellif muhtemelen burada, Şâfiî mezhebindeki lafız merkezli yaklaşımın inceliğine işaret etmek

Görme muhayyerliğini kabul edenlerin dayandığı ve görülmeden satın alınan bir şeyin görüldüğünde muhayyerlik sağladığını bildiren rivayet<sup>469</sup> ise zayıf veya bätıl kabul edildiği için Şâfililer tarafından amel edilmemiştir.<sup>470</sup>

### 3.1.2.1.1.2 Görme Muhayyerliğinin Süresi

Hanefîlere göre, görme muhayyerliğinde belirli bir süre sınırı şart değildir. Müşterinin malı görmesine kadar devam eden bu süreç, malın görülmesiyle ve muhayyerliğin kullanılmasıyla birlikte son bulmaktadır. Malı görmeden önce müşterinin muhayyerliğini kendi adına düşürme hakkı yoktur. Çünkü görme muhayyerliği Hanefîlere göre, hukukun tanıdığı bir hak olduğu için bireyin düşürme tasarrufu geçersizdir. Ayrıca müşteri, malı gördüğünde muhayyerlik hakkını hemen kullanmak zorunda değildir. Muhayyerlik hakkını kullanarak akdi fesh eden müşteri, bu bilgiyi mutlaka satıcıya iletmeli ve onun gereksiz beklemeden dolayı zarara uğramasını önlemelidir.<sup>471</sup>

Mâlikîler, görme muhayyerliğini örfün belirlediği bir süre ile sınırlamışlardır. Hanbelîlere göre ise görme muhayyerliği hakkının kullanımı anlıktır. Yani müşteri ya da bayi, elindeki muhayyerlik hakkını ilk fırsatta kullanmalı ve malı görür görmez cevap vermelidir.<sup>472</sup>

### 3.1.2.1.1.3 Görme Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler

İslam hukukuna göre bu muhayyerlik, feshi mümkün olan akidler için söz konusudur. Mesela, bir malın satımı veya kiralanması bu kapsama girerken, feshi kabil olmayan nikah gibi akidlerde görme muhayyerliği söz konusu değildir. Ayrıca lâzım akidlerde meydana gelen bu muhayyerlik, bağlayıcı olmayan gayri lâzım akidlerde mevcut değildir.<sup>473</sup>

---

istemiştir. Bkz. Çeker, *Akidler*, s. 67.

<sup>469</sup> Daha önce geçtiği üzer rivayet şu şekildedir; “Görmeden bir şeyi satın alan kimse, onu görünce muhayyerdır; dilerse onu alır, dilerse de onu bırakır” Bkz. Dârekutnî, *es-Sünen*, III, s. 382; Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, V, s. 439.

<sup>470</sup> Krş. Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 578.

<sup>471</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 34; Şeyhzâde Dâmâd, *Mecmeu'l-Enhur*, III, s. 48; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 66.

<sup>472</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 80.

<sup>473</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 310; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 79; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 580.

### 3.1.2.1.1.4 Görme Muhayyerliği Konusundaki Görüşlerin Değerlendirilmesi

Görme muhayyerliği ile ilgili fakihlerin farklı yaklaşımlarını şu şekilde maddeleyerek değerlendirmek mümkündür.

1- Görme muhayyerliğinde cumhur ile Hanefîlerin ihtilaf ettiği nokta; akid esnasında görülmeden satışı yapılan malın nasıl ve hangi şartlar altında görüleceği ve akdin bağlayıcılığı noktasında kilitlenmektedir. Hanefîler, akdin konusu olan malı görme hususunu ikiye ayırmışlar, akid öncesinde görülen mal üzerine yapılan akid neticesinde müşteriye görme muhayyerliği hakkı tanımamışlardır. Ancak onlar, önceden görülen mal üzerine yapılan akidde vasıf muhayyerliğini kabul etmişlerdir. Bu yönüyle Hanefîler, cumhur ile aynı kanaate sahiptir.

2-Fakihlerin görme muhayyerliğini açıklarken, malın bir ayna ya da suda yansımaları bile ele almaları, kanaatimizce gereksiz bir ayrıntı değildir. Zira bu ayrıntı, günümüz şartlarında teknolojik aletler üzerinden malın fotoğrafını görerek yapılan satışlar hakkındaki fikhî hükmü tespit, hukukçuya yön verici bir bilgidir. Nitekim fakihler, malın yansımaları yani resmini görmekle, görme muhayyerliği hakkının düşmeyeceğini belirtmişlerdir. Bu yönüyle, modern dönemde teknolojik aletlerle yapılan akidlerde cayma hakkının, görme muhayyerliği bünyesinde ele alınmasında bir sakınca yoktur.

3-Mâlikî ve Hanbelîlere göre akid meclisinde olmayıp vasıfları tam anlamıyla anlatılmayan bir malın satışı caiz değildir. Böylece vasıfları anlatılmayan malın satışı geçerli olmadığı için akid yok hükmünde kabul edilmiştir. Vasıf muhayyerliği devreye girdiği için, malla ilgili anlatılan vasıflar doğru çıkmazsa bu durumda görme muhayyerliğine ihtiyaç yoktur.<sup>474</sup> Şafîîlerin yaklaşımında da görülmeyen malın satışı geçersiz olduğuna göre, görme muhayyerliği, Hanefîlerin dışındaki fakihlere göre, müstakil bir muhayyerlik türü olarak kabul edilmemiştir diyebiliriz.

4-Mâlikî ve Hanbelîlerde görme muhayyerliği, esasında vasıfları zikredilen malın, ilgili vasıfları taşıdığını görme/tespit etme anlamında olduğu için, böyle bir muhayyerlik, görme ile vasıf muhayyerliğinin karışımı bir yapı arz etmektedir. Çünkü

<sup>474</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, ss. 293, 295; Acar, “İradeyi Sakatlayan Sebepler 1-Hata”, s. 95

onlara göre mal, ilgili vasıfları taşıyorsa, görme muhayyerliği düşer, akid lâzım hale gelir. Fakat Hanefîlere göre, görme muhayyerliği bireye mutlak anlamda tanındığı için, vasıfları anlatılrsa da akid, müşterinin malı görüp icâzet vermesiyle ancak lâzım hale gelir. Aksi halde akid lâzım olmaz.

5-Hanefîlerin müşteriye, mal muayyen de olsa, kayıtsız şartsız görme muhayyerliği hakkı tanıdığını ve bunu görme muhayyerliği ile ilgili rivayete<sup>475</sup> dayandırdığını ve müşteriye bir ömür sürebilecek görme muhayyerliği imkanı verdiğini görmekteyiz. Fakat bu yaklaşım, iyi niyetin sui istimaline açık bir alan bırakmaktadır. Böylece sebepsiz yere keyfî olarak akdi fesh etmek ve karşı tarafa zarar vermek maksadıyla süreyi kasten uzatmak gibi olumsuz sonuçlar meydana getirebilecektir. Hâlbuki mal görülmeden yapılan satışta satıcı, müşteriye güvenerek malı satmakta ve bu satışa bağlı başka türlü ticarî faaliyetlere girebilmektedir. İslam'da müşterinin hakkını korumak kutsal olduğu gibi, satıcının hakkını korumak da kutsaldır. Bu nedenle, görme muhayyerliği, hukukun bireylere doğrudan sağladığı bir muhayyerlik türü olarak kalmak şartıyla, vasıfları iyice anlatılmış muayyen bir malın görüldüğünde ilgili vasıfları eksiksiz taşınması durumunda akdin lâzım sayılması ve görmeden önce keyfî olarak akdi fesh etme imkanının verilmemesi zamanın şartları açısından kanaatimizce daha isabetli olacaktır. Nitekim Hanefîlerin bir kısmı, malı görmeden önce yapılan fesh işlemini geçerli kabul etmemiştir.<sup>476</sup> Cumhurun görüşü de bu meyanda olup Şâfiî'nin kavli kadiminde de mevzu bu şekilde izah edilmiştir.

### 3.1.2.1.2 Kusurlu Çıkma Muhayyerliği

Klasik fıkıh eserlerinde *ayıp muhayyerliği* şeklinde geçen kusurlu çıkma muhayyerliği, akdin konusunun, teslimden sonra eskiye ait bir kusurunun çıkması durumunda müşterinin akdi onama veya fesh etme hakkının olmasını ifade eder.<sup>477</sup> Trampa usulü satışlarda ise her iki bedel için de geçerli olan ayıp, hem müşteriye hem

<sup>475</sup> Dârekutnî, *es-Sünen*, III, s. 382; Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, V, s. 439.

<sup>476</sup> Bu konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 317.

<sup>477</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 208; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 36; *Mecelle*, Md. 337; İslam borçlar hukuku bağlamında satım akdindeki ayıp muhayyerliği ile ilgili bir doktora çalışması için bkz. Ahmet Yaşar, "İslam Borçlar Hukukuna Göre Satım Akdinde Ayıp Muhayyerliği ve Hukukî Sonuçları", (*Yayımlanmamış doktora tezi*, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994); ayrıca ayıp muhayyerliğinin tüketicinin korunması açısından ele alındığı bir yüksek lisans çalışması örneği için bkz. Mustafa Kisbet, "İslam Hukukunda Tüketicinin Korunması Açısından Ayıp Muhayyerliği", (*Yayımlanmış yüksek lisans tezi*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998).

de satıcıya kusurlu çıkma muhayyerliği hakkı sağlamaktadır.<sup>478</sup> Vasıf muhayyerliği ile benzer yanları olan kusurlu çıkma muhayyerliği, kanunî açıdan bireye doğrudan sağlanması (*akdin gereği olarak*) yönüyle, şarta bağlı gerçekleşen vasıf muhayyerliğinden belirgin şekilde ayrılmaktadır. Bu iki muhayyerliğin ayrıştığı diğer noktalar, vasıf muhayyerliği başlığı altında ele alınacaktır.

### 3.1.2.1.2.1 Kusurlu Çıkma Muhayyerliğinin Meşruiyeti

Kusurlu çıkma muhayyerliği, akidlerde bireylerin rızasını zedeleyici durumlara karşı alınan bir önlem niteliğindedir. Zira İslam’a göre ticarî işlerde birey iradesinin sağlıklı şekilde gerçekleşmesi akidlerde en önemli faktörlerdendir.<sup>479</sup> Ayrıca Hz. Peygamber (s.a.v.)’den gelen rivayetler, kusurlu çıkma muhayyerliğinin varlığını desteklemektedir.<sup>480</sup> Ancak bu muhayyerliğin dayandığı rivayetlerin kapsamı ve süreciyle ilgili ihtilaflar vardır. Mâlikîler ve Şâfiîler “Sütü hayvanın memesinde bırakarak hayvanı sütlü göstermeyi yasaklayan”<sup>481</sup> rivayeti, kusurlu çıkma muhayyerliği için en önemli delil saymaktadırlar. Ancak Hanefîler bu rivayetin kusurlu çıkma muhayyerliğine delil olamayacağı kanaatindedirler. Çünkü onlara göre, çok süt verir olma, bir vasıf olduğu için, hayvanın sütünün azlığı, vasıf yani niteliğe ait bir durum olup, bu rivayet olsa olsa vasıf ya da aldatılma muhayyerliğine delil olabilir.<sup>482</sup> Hanefîler nass delillerinden çok bu muhayyerliği, aklî gerekçelere dayandırmaktadırlar. Çünkü ticarî ilişkilerde beklenen, bir malın kusurlardan hâli olmasıdır. Bunun hilafına bir durum düşünülemez.<sup>483</sup> Bununla birlikte, Hanefîlere ait fıkıh kaynaklarında akid esnasında *kusurlu çıkma durumunda malın iade edilemeyeceği* satıcı tarafından şart koşulmuş ve müşteri de buna razı olmuşsa, bu muhayyerliğin geçersiz olacağı vurgulanmıştır. Fakat herhangi bir şart koşulmamışsa, ayıp muhayyerliği akdin gereği

<sup>478</sup> Apaydın, “Muhayyerlik”, XXXI, ss. 28-29.

<sup>479</sup> Bkz. “Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda bâtıl yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka...” en-Nisâ 4/29.

<sup>480</sup> Ebû Dâvud, “Büyü”, 74; Tirmizî, “Büyü”, 53.

<sup>481</sup> Buhârî, “Büyü”, 64; Müslim, “Büyü”, 7.

<sup>482</sup> Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 167-168; ayrıca Hanefîler, rivayetin devamında sütü sağdıktan sonra, muhayyerlik çerçevesinde hayvanı geri veren kimsenin, süte karşılık bir parça hurma vermesini, ayıp muhayyerliği çerçevesinde anlaşılmaması gerektiğini, çünkü burada verilen hurmanın sütün kıymeti olamayacağını ifade ederler. Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, ss. 38-39. Bu rivayetin hüccet olup olamayacağı ile ilgili ayrıntılı bir makale çalışması için bkz. İbrahim Tüfekçi, “Tânevî’nin İ’lau’s-sünen İsimli Eserindeki Fıkıh Metodu (Musarrât Hadisi Örneği)”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 43, (2012/2), ss. 129-166.

<sup>483</sup> Bkz. Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 208.

olan bir muhayyerlik olarak ön şartsız geçerli kabul edilmektedir.<sup>484</sup> Diğer mezhep fakihleri, kusurlu çıkma muhayyerliğini geçerli kabul etmişler ancak Hanefiler gibi bir ayrıma gitmemişlerdir.<sup>485</sup> Şu halde Hanefiler ve diğer fakihler, ayıp muhayyerliğinin akdin gereği olan bir muhayyerlik türü olduğunda hemfikir olmalarına rağmen, akidde koşulacak bir şart ile kusurlu çıkma muhayyerliğinin kaldırılabilceği konusunda Hanefiler, cumhurdan ayrılmaktadırlar. Bu yönüyle bakıldığında kusurlu çıkma/ayıp muhayyerliği, Hanefilere göre tarafların iradelerine bağlı bir muhayyerlik görünümü sunmaktadır. Ancak Hanefilere göre, akid esnasında kusurlu çıkma ile ilgili *herhangi bir husus konuşulmamışsa (akidde kusurlu çıkma muhayyerliği şart koşulmamışsa bile)*, muhayyerliğin oluşacağının hükme bağlanması, bu muhayyerliği “tarafların ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerlikler” sınıfından da çıkarmaktadır. Şu haliyle Hanefilere göre bu muhayyerlik, mutlak anlamda akdin gereği olan, yani hükmî muhayyerliklerden iken, özel anlamda müdahaleye açık olması yönüyle, ön anlaşmalı/iradî muhayyerlikler sınıfına girmektedir. Diğer fakihlere göre ise bu hak taraflarca iskat edilemeyeceği için kusurlu çıkma muhayyerliği, *akdin gereği olan muhayyerliklerden* sayılmıştır. Bazı araştırmacılar Hanefilerin bunu şartlı muhayyerlikler çerçevesinde ele aldığını belirtse de,<sup>486</sup> mutlak bey’de bu muhayyerliği kabul ettikleri için bizce Hanefiler açısından da bu muhayyerlik, akdin gereği olan muhayyerlikler çerçevesine uygun düşmektedir. Çağdaş araştırmacılarından Abdulaziz Hayyat da akdin gereği olanlar sınıfında bu muhayyerliği ele almıştır.<sup>487</sup>

### 3.1.2.1.2.2 Kusurlu Çıkma Muhayyerliğinin Meydana Gelmesi

Kusurlu çıkma muhayyerliğinin meydana gelmesi için mutlaka alış-veriş konu olan malda bir kusur tespit edilmiş olmalıdır. Akidlerde kusur/ayıp kavramı genel olarak, gözle görülür maddi eksikliği ifade etmekle birlikte,<sup>488</sup> Şâfîler, hayvanın serkeş olması veya kurban ibadetine uygun olmadığı halde hayvanın kurban edilmek üzere

<sup>484</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, ss. 208-210; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, ss. 36-42; İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, s. 220.

<sup>485</sup> Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 322; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, ss. 572-573.

<sup>486</sup> Krş. Apaydın, “Muhayyerlik”, XXXI, s. 26.

<sup>487</sup> Bkz. Hayyât, *Nazariyyetü'l Akd*, s. 171.

<sup>488</sup> Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 167; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 834; Ali Bardakoğlu, “Ayıp”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., IV, 1991, s. 246.

satın alınması gibi durumları da ayıp kavramına dâhil etmişlerdir.<sup>489</sup> Esasen bunun nedeni Şafîîlerin bu muhayyerliği vasıf muhayyerliği ile aynı kapsamda değerlendirmelerinden kaynaklanmaktadır.<sup>490</sup>

Kusurlu çıkma muhayyerliğinin meydana gelebilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerekir. Fakihlerin kabul ettiği şartlar genel hatlarıyla aşağıdaki şekilde olmakla birlikte, malda kusur olarak belirlenen şeyler, örften bağımsız değildir.<sup>491</sup>

1) *Kusurun, malın değerini etkilemesi gerekir.* Yani kusur, malın değerinde meydana gelen eksiklik olup, bu değer bilirkişiler tarafından tespit edilmelidir.<sup>492</sup> Bu tespitte, tüccar arasında maruf olan (örf) malın değerini düşürücü hususlar esas alınır. Hanefîlere göre, malın kusurunun tespitinde yer alan ehil kimselerinin tümünün ittifakı gerekli iken,<sup>493</sup> Şafîîlere göre ise ehil kimselerden birisinin kusuru tespiti yeterli görülür.<sup>494</sup>

2) *Kusurun hem akidden önce hem de akidden sonra var olması gerekir.* Mâlik (ö. 179/795)'e göre teslimden sonra ortaya çıkan kusur satıcıdan kaynaklanmıyorsa, üç gün içinde müşteriye malı iade etme muhayyerliği sağlamaktadır.<sup>495</sup>

3) *Müşterinin, gerek akdi yaparken gerek malı teslim alırken kusuru fark etmemiş olması gerekir.* Kusuru fark etmiş olduğu halde ses çıkarmaması, müşterinin akdi kabul ettiği anlamında yorumlanır. Fakat müşteri malın kusurunu gördüğü halde bu kusurun malın değerini etkilediğini bilmemesinin muhayyerlik sağlayıp sağlamadığı konusunda ihtilaf vardır. Hanefîler, bu durumda muhayyerliğin oluşacağını, Şafîîler ise oluşmayacağını savunurlar.<sup>496</sup>

4) *Hanefîlere göre, akid esnasında kusurlu çıkma durumunda malın iade edilemeyeceğini şart koşmuş olmamak gerekir.* Hanefîler, mutlak bir akidde kusurlu

<sup>489</sup> Krş. Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, s. 428; Dimyâtî, *Îlânetü't-Tâlibîn*, III, s. 38; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, ss. 558-559; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 833.

<sup>490</sup> Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 523.

<sup>491</sup> Bkz. Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 834.

<sup>492</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 208.

<sup>493</sup> Muhammed Emin İbn Âbidîn, *Minhatü'l-Hâlık (İbn Nuceym'in Bahri Râik Hâşiyesi)*, VI, s. 42.

<sup>494</sup> Ebû Zekeriyâ Muhyiddin b. Şeref en-Nevevî, *Ravdatü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Müftîn*, Zehîr eş-Şâviş (thk.), III, Beyrut: el-Mektebetü'l-İslâmî, 1991, s. 491.

<sup>495</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 168.

<sup>496</sup> Bkz. İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, VII, s. 170; Mâverî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, V, s. 261; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 559; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 831.



çıkma muhayyerliğini geçerli kabul etmekle birlikte, akid esnasında kusurlu çıkma muhayyerliğini, tarafların kendi iradeleriyle kaldırabileceklerini düşünmektedirler. Yani başta böyle bir şart koşulmuşsa, müşteri maldaki kusurdan dolayı muhayyerlik hakkı elde edememektedir.<sup>497</sup> Bu şart koşma, akidde iki şekilde meydana gelmektedir; birincisi, önceden konuşulmuş olan bir kusurun meydana gelmesi durumunda muhayyerliğin kullanılmamasıdır. Buna göre, ilgili kusur dışında meydana gelecek olan diğer kusurlar, bireye muhayyerlik hakkı sağlayacaktır. İkincisi ise tüm kusurları kapsayan şart koşmadır ki malda meydana gelebilecek olan herhangi bir kusur durumunda bireyin muhayyerlik hakkını kullanmamasıdır.<sup>498</sup> Cumhur, böyle bir şart koşmayı genel olarak kabul etmemekle birlikte bazı özel durumlarda belli bir takım kusurların muhayyerliğe sebep sayılmaması yönündeki anlaşmaları geçerli kabul etmişlerdir.<sup>499</sup> Fakihler bu hususta ihtilaf etmiş olsalar da buluştukları ortak nokta, kusurlu çıkma muhayyerliğinin oluşum ve kullanımıyla ilgili örf nezdinde nizaya sebep olmamasını sağlamaktır diyebiliriz.

TBK’da malın değerini düşürücü hususlar ayıp olarak değerlendirildiği gibi, müşterinin malda aradığı niteliklerin bulunmayışı da ayıp olarak görülür ve müşteriye kusurlu çıkma muhayyerliği hakkı sağlar.<sup>500</sup> Bu yönüyle TBK’da müşteriye tanınan muhayyerlik hakkı yukarıda izah edildiği üzere Şafî fakihlerin kabul ettiği şekilde hem vasıf hem de kusurlu çıkma muhayyerliğini bir arada barındırmaktadır. Ayrıca bu kanuna göre, alıcının kusuru bilerek malı alması muhayyerliği düşürürken, satıcının kusurun farkında olması ya da olmaması muhayyerliğin oluşmasına olumsuz yönde bir etki etmemektedir.<sup>501</sup>

### **3.1.2.1.2.3 Kusurlu Çıkma Muhayyerliği Bulunan Akdin Hukukî Yapısı ve Bağlayıcılığı**

Akdin kuruluş, sıhhat ve nefaz aşamalarında doğrudan etkili olmayan bu

---

<sup>497</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 210.

<sup>498</sup> Bkz. İbn Âbidîn, *Reddî’l Muhtâr*, VII, ss. 218-220.

<sup>499</sup> Detaylı bilgi için bkz. Muhammed Takî, *Fıkhu’l-Büyû*, II, s. 849.

<sup>500</sup> “Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddî, hukukî ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.” Bkz. *TBK*, Md. 219.

<sup>501</sup> “Satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir.” Bkz. *TBK*, Md. 219; “Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur.” Bkz. *TBK*, Md. 222.

muhayyerlik, son aşama olan ve akdın kesinlik kazandığı lüzum aşamasında etkilidir. Kusurlu çıkma muhayyerliği, aslen lâzım olup muhayyerlik gerekçesiyle gayrı lâzıma dönüşen akidlerde meydana gelen bir muhayyerlik türüdür. Fakat başta lâzım olan akid, konusuyla ilgili beklenmeyen bir kusur taşınması durumunda lâzım litaraf ya da trampa usulü satışlarda her iki tarafın kusur tespit etmesi durumunda gayrı lâzım hale dönüşmektedir. Hibe ve âriyet gibi gayrı lâzım akidler,<sup>502</sup> her iki taraf için de bağlayıcı olmadığı için, kusurlu çıkma muhayyerliğine ihtiyaç bırakmamaktadır.

#### 3.1.2.1.2.4 Kusurlu Çıkma Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler

Kusurlu çıkma muhayyerliği, birçok akidde olduğu gibi lâzım ve feshi mümkün olan akidlerde geçerli bir muhayyerlik türüdür.<sup>503</sup> Fakat nikah akdi feshi mümkün olmayan akidlerden sayılmasına rağmen, eşler arasında münasebet ve ülfeti engelleyen kusurlar bir kısım fakihlerce ayıp muhayyerliği kapsamında düşünülerek taraflara akdi fesh edebilme olanağı sunmaktadır.<sup>504</sup> Bununla birlikte nikahtaki muhayyerlik hakkının işleyişi, fesih değildir. Zira burada taraflar, kusur sebebiyle doğrudan nikah akdini fesh etme hakkına sahip olmayıp, yetkili merci aracılığıyla akid sonlandırılmaktadır.

#### 3.1.2.1.2.5 Kusurlu Çıkma Muhayyerliğinin Hükümleri

Kusurlu çıkma muhayyerliği olan birey, bu hakkını malı iade etme ya da kusurlu haliyle malı kabul etme şıklarından birisini seçerek kullanabilme imkanına sahiptir. Bunun dışında malın kusurlu kısmına mukabil hukukî açıdan bedelden indirim talep edilip edilememesi konusunda ise farklı görüşler vardır.<sup>505</sup>

Hanefilere göre muhayyer olan taraf, malın bedelinden indirim alma hakkına hukuken sahip olmasa da karşı tarafın rızası dahilinde böyle bir haktan yararlanabilir. Müşterinin indirim talebini, satıcı kabul ettiği takdirde akid geçerli olacaktır. Ancak bu işlem evvelki akdi tashih değil, yeni bir işlem olarak görülür. Ayrıca, maldaki kusurdan dolayı bedelden indirim talep edilemeyeceğini savunan fakihler, müşterinin mal üzerinde ilaveler veya şekli değişiklikler yaptıktan sonra kusurun farkına varması

<sup>502</sup> Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 149.

<sup>503</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 166.

<sup>504</sup> İbn Rüşd (ö. 595 h.) bu konuyu, nikaha ait muhayyerlikler çerçevesinde ele almaktadır. Nitekim Mâlikîler, nikah akdinde kusurlu çıkma muhayyerliğinin hem kadın hem de erkek için geçerli olabileceğini kabul ederler. Konuyla ilgili değerlendirmeler için bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 48-49.

<sup>505</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 208.

durumunda indirim talebinde bulunabileceğini düşünürler.<sup>506</sup> İki tarafın bedeli indirme karşılığında akdi fesh etmemesi teorik olarak sulh muhayyerliğine girmektedir.<sup>507</sup> Şafîiler de kusur nispetinde bedelden indirim yapılmasını kabul etmemelerine rağmen, Muhammed Takî onların, bedelden indirimi her iki tarafın da kabul etmesi şeklinde bir sulh ile çözümlenmesi konusunda iki farklı düşünceye sahip olduklarını zikretmektedir. Ayrıca Muhammed Takî, Şirâzî (ö. 476/1083)'nin mezhep görüşü olarak bunu caiz kabul etmemesine karşın, Sübkî (ö. 773/1372)'nin bunu caiz kabul ettiğini ifade etmektedir.<sup>508</sup> Yukarıda da ifade edildiği gibi, burada Sübkî'nin görüşüne göre, kusurlu çıkma muhayyerliği, sulh muhayyerliği ile çözüme kavuşturulabilecektir.

Mâlikîler bu hususta kusurun malın değerini etkilemesi ölçüsüne göre üç farklı durumdan bahsederler: *Birincisi*, kusurun malın değerine etkisinin çok düşük seviyede olması ki bu durumda muhayyerliğin oluşmayacağını düşünürler. Böyle bir kusur diğer fakihlere göre de muhayyerliğe sebep sayılmaz. *İkincisi*, kusurun malın değerini etkileme oranı, üçte biri geçmediği takdirde muhayyerlik hakkının oluşacağı ve hak sahibinin bedelden indirim hakkının meydana geleceğini savunurlar. Fakat bu hususta ticaret malı ve gayri menkulde farklı yaklaşımlar olduğu zikredilse de İbn Rüşd (ö. 520/1126)'e göre, malın cinsi ne olursa olsun muhayyerlik konusundaki hüküm aynıdır. Yani hak sahibi muhayyerliğini, bedelden indirim talebi şeklinde kullanabilmektedir. *Üçüncüsü*, kusurun malın değerini etkileme oranı çok olursa yani kusurun değere etkisi üçte biri aşıyorsa bu durumda Hanefî ve Şafîilerin görüşünde olduğu gibi müşterinin sadece malı geri iade etme ya da kusurlu haliyle akde razı olma şeklinde bir muhayyerlik hakkına sahip olacağı yönündedir.<sup>509</sup>

Hanbelîlere göre ayıp nispetinde müşteri indirim talep etme veya malı geri verme haklarına beraber sahiptir.<sup>510</sup> Buna göre kusurlu çıkma muhayyerliği konusunda bireye en geniş yetkiyi Hanbelîler sağlamaktadır.

<sup>506</sup> İbn Hümâm, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, VI, ss. 355, 400; Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 209.

<sup>507</sup> Kusurlu çıkma muhayyerliği ile sulh muhayyerliği arasındaki ilişki için bkz. Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 854.

<sup>508</sup> Ebû Zekerîyyâ Muhyiddin b. Şeref en-Nevevî, *Kitâbu'l-Mecmû' Şerhu'l-Muhezzeb li's-Şirâzî maa Tekmîleti Takiyyüddîn es-Sübkî ve Muhammed Necîb el-Mutî'i*, XII, yy.: Dâru'l-Fikr, ty., s. 168, 169; değerlendirmeler için bkz. Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 854.

<sup>509</sup> Ebu'l-Abbas Ahmed b. Muhammed es-Sâvî el-Mâlikî, *Hâşiyetü's-Sâvî ale's-Şerhi's-Sağîr*, III, yy.: Dâru'l-Meârif, ty., s. 158.

<sup>510</sup> Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 322.

Muhayyerlik hakkı bulunan tarafın “kusuru kabul ettim” şeklinde sözlü ya da kusurun farkına vardığı halde mal üzerinde tasarruf şeklinde fiilî olarak akde razı olduğunu göstermesi, muhayyerlik hakkını düşürmektedir.<sup>511</sup>

Muhayyerlik hakkının kullanım süresi ile ilgili farklı görüşlere sahip olan fakihlerin bir kısmına göre bu hak, bir zaman ile sınırlandırılmamış (*terâhî*), bireye müsait olduğu herhangi bir zamanda muhayyerlik hakkı kullanımı imkanı sağlanmıştır. Fakat diğer bir kısım fakihlere göre ise bu hakkın kullanımı bir zaman ile sınırlandırılmış, kusurun fark edilmesi ile birlikte bu hakkın hemen kullanımı (*fevrî*) gerekli görülmüştür. Hanefîler ve Hanbelîler bu hususta zaman sınırlaması getirmeyen görüşü savunur. Onlara göre muhayyer olan taraf, kusurlu haliyle malı kabul etmedikçe, muhayyerlik hakkı sakıt olmaz. Zira muhayyer olan taraf, kusurun geçici (*ârizî*) olması ihtimaline karşı bekleyebileceği varsayımıyla hareket ederler.<sup>512</sup> Muhammed Takî, bu hususta Hanefîlerin zaman sınırlandırması yapmamalarına rağmen, muhayyerlik kullanım süresini tüccar arasındaki örf'e göre anladıklarını, bu nedenle yıllar süren bir bekleyişin, muhayyerlik hakkını düşüreceği yorumunu yapmaktadır.<sup>513</sup> Mâlikîler de bu hususta zaman sınırlandırması yapmamakla birlikte, örfün belirlediği sürelerin esas alınacağını, böylece bu süreleri aşan keyfi bekleyişlerin muhayyerlik hakkını düşüreceğini ifade etmektedirler.<sup>514</sup> Kusurlu çıkma muhayyerliğinin kullanımında zaman sınırlandırması yapan Şafîîler, kusurun fark edilmesiyle birlikte ilk fırsatta muhayyerlik hakkının kullanılması gerektiğini belirtirler. Onlar, namaz ve yemek gibi ihtiyaçlar nedeniyle bir gecikmenin dışında keyfi olarak beklemenin, muhayyerlik hakkını düşüreceğini savunurlar.<sup>515</sup>

TBK'da malın olağan bir sürede kontrol edilmesi ve kusurun farkına varıldığı anda vakit kaybedilmeden satıcıya bilgi verilmesi gerektiği, aksi halde muhayyerlik

<sup>511</sup> Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, yy.: Mektebetü'l-Kâhira, 1968, s. 188.

<sup>512</sup> İbn Hümâm, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, VI, s. 385; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, s. 188.

<sup>513</sup> Bkz. Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, ss. 841-842.

<sup>514</sup> Bkz. Muhammed b. Ahmed b. Arefe ed-Desûkî el-Mâlikî, *Hâşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-Kebîr*, III, yy.: Dâru'l-Fikr, ty., s. 121.

<sup>515</sup> Krş. Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, V, s. 261; ayrıca kusurlu çıkma muhayyerliğinin kullanımında hak sahibine tanınan sürenin boyutlarıyla ilgili detaylı değerlendirmeler için bkz. Muhammed Mahmûd Dûcân el-Amûş, “Eseru'l-Vakt fi Hiyârî'l-Ayb ve't-Tasriyye”, *el-Mecelletü'l-Ürdüniyye fi'd-Dîrâsâti'l-İslâmiyye*, 5/3, 2009, ss. 184-186.

hakkının düşeceği ifade edilmektedir.<sup>516</sup> Ayrıca TBK'ya göre, muhayyerliği olan tarafın bu hakkını sadece malı iade şeklinde değil, maldaki ayıp oranında indirim talep etme, malın onarılması veya yenisi ile değiştirilmesi şeklinde farklı yöntemlerle de kullanabilme hakkı vardır. Mahkemeye intikal eden süreçlerde hakimın takdir yetkisini kullanabileceği ve yukarıdaki seçeneklerden uygun olanı seçerek hüküm verebileceği ifade edilen ilgili kanunda malın tamirinin bedele yakın olması durumunda müşterinin sadece malı iade etme ya da yenisi ile değiştirme haklarından birisini kullanabileceği ifade edilmektedir.<sup>517</sup>

### 3.1.2.1.3 Miktarı Tahmin Edilemeyen Semen Muhayyerliği

Akidde malın bedeli olan para (*semen*), sayılmadan veya görülmeden sadece paraya işaret edilerek yapılan akid sonucunda satıcının parayı gördüğünde veya saydığı anda akdi onama ya da fesh etme hakkına sahip olması anlamında kullanılan bu muhayyerlik, Hanefiler tarafından eserlerde *kemiyet muhayyerliği* şeklinde isimlendirilmiştir.<sup>518</sup> Görme ve ayıp muhayyerlilerine göre daha dar kapsamlı olan bu muhayyerliği, çalışmamızda *miktarı tahmin edilemeyen semen muhayyerliği* şeklinde isimlendirdik.

Görme muhayyerliğine benzer bir yanının olması nedeniyle kemiyet muhayyerliğinde bireyin tercih hakkını kullanması, görme muhayyerliği düzleminde konunun ele alınmasını mümkün kılarsa da burada muhayyerliğin sadece satıcıya

<sup>516</sup> “Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkan bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılana satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır. Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılana olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır.” Bkz. *TBK*, Md. 223.

<sup>517</sup> “Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hâllerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.
2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.
3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.
4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.

Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir. Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir. Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir.” Bkz. *TBK*, Md. 227.

<sup>518</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, s. 187; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 82.

tanınmış olması ve akdin konusunda değil, bedelinde (*semen*) meydana gelen bir muhayyerlik türü olması yönüyle görme muhayyerliğinden ayrılmaktadır. Zira görme muhayyerliği, kıyemî mallarda geçerli olup, misli olan para ve para cinsi şeylerde geçerli bir muhayyerlik türü değildir.<sup>519</sup> Diğer yandan, Hanefilere göre, görme muhayyerliği yalnızca müşteriye tanınmaktadır. Bu açıdan konuya bakıldığında kemiyet muhayyerliği de yalnızca satıcıya tanınması yönüyle, akidde malı görme eyleminden kaynaklı muhayyerlik hakkı düzleminde görme muhayyerliğine müteakabiliyet (*zıtlık*) anlamında *semeni görme* şeklinde bir muhayyerlik türü olduğunu söyleyebiliriz.

Kemiyet muhayyerliği, kanaatimizce akdin hükmünün tamamlanması (*nefaz*) ve böylece bağlayıcı hale gelmesi aşamalarında etkili olmaktadır. Akdin kuruluş ve sıhhat kazanma aşamalarında bu muhayyerlik doğrudan etkili değildir. Çünkü bu muhayyerlikte, in'ikad ve sıhhat şartları gerçekleşmiş olan akid, işler hale gelmek için, satıcının malın bedelini görerek akde onay vermesini beklemektedir.

Toplumsal örfe dayalı bir satışta yer alması açısından değerlendirilmesi gereken buradaki muhayyerlik, TBK'da doğrudan yer almamaktadır. Bununla birlikte günümüz ticaret kanununda hakkında hüküm bulunmayan ticarî işlerde ticarî örf ve âdete göre karar verileceği ifade edilmektedir.<sup>520</sup> Ancak bu muhayyerliğin nizaya yol açabileceği düşüncesi ile kullanılmasının yasaklanması da mümkündür.

### 3.1.2.1.4 Satılan Malın Fiyatını Sonradan Belirleme Muhayyerliği

Fıkıh kaynaklarında “*Tekeşşüf-i Hal Muhayyerliği*” şeklinde isimlendirilen<sup>521</sup> bu muhayyerlik, akid esnasında malın fiyatı; *piyasa, örf, hakiki değer* gibi hususlara atfedilerek net bir fiyat belirlenmeksizin yapılan satışlarda meydana gelen bir muhayyerlik türüdür. Böyle bir satış fâsid kabul edilmekle birlikte,<sup>522</sup> daha sonra fiyat

<sup>519</sup> Ali Haydar, *Dürru'l-Hükkâm*, I, s. 187; Çeker, *Akidler*, s. 73.

<sup>520</sup> “Mahkeme, hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan ticarî işlerde ticarî örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.” Bkz. *Türk Ticaret Kanunu*, sy. 6102, yıl 2011, Md. 1, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf> (01.09.2016).

<sup>521</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 82; Çeker, *Akidler*, s. 74.

<sup>522</sup> Buradaki fesad, malın fiyatının değişkenlik arz ettiği durumlarla ilgili olup, standart fiyata sahip olan ekmek gibi ürünlerde akid fâsid kabul edilmeyip, muhayyerlik de meydana gelmeyecektir. Çünkü bu ve benzeri muhayyerlik hakları, nizaya yol açacak hususları engelleme amacı gütmektedir. Herkes tarafından malum olan ve toplumda nizaya sebep olmayan hususlardaki bilinmezlikler/cehalet, muhayyerliğe ihtiyaç bırakmamaktadır. Bkz. Ali Haydar, *Dürru'l-Hükkâm*, I, s. 186; Bilmen, *Kâmus*,

belirlenmekle fesadı gidermek veya akdi geçersiz saymak mümkündür. Hanefilerin kabul ettiği akdin kuruluş mantığına uyan buradaki fesadı giderme eylemi, hem müşteriye hem de satıcıyı ilgilendirmekle birlikte, fesadı giderdikten sonra yani fiyatı belirledikten sonra, fiyatı kabul ederek akdi geçerli kılma hakkı müşteriye tanınmıştır. Bu yönüyle malın fiyatını sonradan belirleme muhayyerliği, fiyatı kabul etme aşamasında sadece müşteriye ilgilendirmesi nedeniyle, tek taraflı bir muhayyerlik görünümü sunmaktadır.<sup>523</sup>

Benzerlik açısından, *fesadı giderme muhayyerliği* başlığı altında da ele alınması mümkün olan bu muhayyerlik, belirlenen fiyatı onama anlamında sadece müşteriye bir muhayyerlik hakkı tanınması<sup>524</sup> yönüyle ayrılmakta, bu nedenle müstakil bir başlık altında incelenmesini gerekli kılmaktadır. Ayrıca, akidde malın bedelinin belirsizliğine bağlı meydana gelen bir muhayyerlik türü olduğu için, *akdin konusunun ve semeninin belirsizliğinden kaynaklanan muhayyerlikler* çerçevesinde ele alınmıştır.

*Satılan malın fiyatını sonradan belirleme muhayyerliği*, fâsid olan akdin, fesad sebebi ortadan kaldırılarak sahih hale dönüştürülmesi ve müşteriye bu yeni durumu onama ya da reddetme hususlarında meydana gelmektedir. Akdin fesadını gidermek bir muhayyerlik olduğu gibi, müşterinin bu yeni duruma icâzet vermesi de bir muhayyerliktir. Bu nedenle akdin sıhhat kazandığı aşamada ve akdin hükmünün geçerlilik kazandığı nefaz aşamasında meydana gelen bu muhayyerlik, akdin sıhhat ve nefaz şartlarını ilgilendirmektedir.

TBK’da fiyatı konuşmadan yapılan satışlar geçerli kabul edilmiş ve piyasa koşullarının belirlediği bedelin, kararlaştırılmış bedel gibi sayılacağı ifade edilmiştir.<sup>525</sup> Buna göre satılan malın fiyatını sonradan belirlemek, TBK’ya göre de mümkündür. Ancak ilgili kanunda bu hususun müşteriye muhayyerlik sağladığı yönünde bir bilginin bulunmaması, piyasa koşullarına göre belirlenen fiyatın bağlayıcı olduğunu göstermektedir. Şu halde TBK’ya göre, yukarıda anlatıldığı şekliyle yapılan bir akid

---

VI, s. 82.

<sup>523</sup> Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 313; Ali Haydar, *Dürreru'l-Hükkâm*, II, s. 576.

<sup>524</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 82.

<sup>525</sup> “Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.” Bkz. *TBK*, Md. 207. “Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır.” Bkz. *TBK*, Md. 233.

geçerli olmakla birlikte, ilgili akidden meydana gelen muhayyerlik meydana gelmeyecektir.

### 3.1.2.1.5 Satılan Malın Miktarını Sonradan Tespit Etme Muhayyerliği

Fıkıh eserlerinde *keşfi hâl muhayyerliği* şeklinde geçen burada ele aldığımız *malın miktarını sonradan tespit etme muhayyerliği*, malın görülmeden kendisine ya da bulunduğu yere işaret etmek suretiyle yapılan satımda malın miktarındaki belirsizlikten kaynaklanan bir muhayyerlik türüdür. Mesela, buğday gibi konulduğu mekânın şeklini alan ürünlerin ölçülüp tartılmadan götürü usulü satışını caiz kabul eden fakihler, akid tamamlandıktan sonra ürünün miktarına vâkıf olan müşteriye, muhayyerlik hakkı tanımışlardır. Buna göre müşterinin akidden sonra malı ölçerek akdi onama ya da fesh etme hakkını ifade eden bu muhayyerlik (*keşfi hâl*), sadece müşterinin hakkı olan tek taraflı bir muhayyerlik çeşitidir.<sup>526</sup> Burada seçme hakkı sadece müşteriye tanındığı için meydana gelen muhayyerlik, tek tarafı bağlayıcı akidlerde meydana gelmektedir. İzah edildiği gibi sadece malın miktarıyla ilgili bir kapalılığı giderme yönüyle taraflara bir hak olarak verilmiş olan bu muhayyerlik, akidlerde dar kapsamlı muhayyerliklerdendir.

İbn Âbidîn (ö. 1889), müşterinin görme muhayyerliği hakkını kullanarak malla ilgili belirsizliği giderebileceğini ve böylece satışın nizaya yol açmayacağını söylemektedir.<sup>527</sup> Bu nedenle, burada ele aldığımız *malın miktarını sonradan tespit etme muhayyerliği*, görme muhayyerliği alt başlığında da ele alınması mümkündür. Fakat burada satışa konu olan malın tam anlamıyla olmasa da genel hatlarıyla görülmesi ve daha sonra ince ve detaylı görme eylemiyle tamamlanması noktasından görme muhayyerliğinden farklı bir durum arz etmektedir. Şu halde burada ele aldığımız muhayyerlik, doğrudan görme muhayyerliği kapsamında olmayıp, görme muhayyerliği ile tamamlanan bir sürece sahiptir.

Satılan malın miktarını sonradan tespit etme muhayyerliği, kanaatimizce akdin hükmünün tamamlanması (*nefaz*) aşamasında etkilidir. Akdin kuruluş ve sıhhat kazanma aşamalarında bu muhayyerlik doğrudan etkili değildir. Zira akid, kuruluş ve

<sup>526</sup> Fakihlerin buradaki akdi sahih kabul etmelerinin sebebi, malın teslim edilebilir (*makduru'd-teslim*) olması sebebiyledir. Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, III, s. 167; krş. Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşriyye*, II, s. 677.

<sup>527</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, ss. 45-46.



sıhhat şartlarını taşımakta ancak, müşterinin malı ölçmesi ve karar vermesi için askıda beklemektedir. Müşteri, akde onay verdiği takdirde işlem derhal işler hale gelmektedir.

TBK’da yer almamakla birlikte, toplumsal zemini olması hâlinde nizaya yol açmayacak şekilde uygulanması durumunda günümüz ekonomik dünyasında da bu muhayyerliğin yer alabileceğini, özellikle çiftçi ve küçük esnafın tartı ya da ölçü imkanı bulamadığı durumlarda yaptığı satışlarda kullanılmasının mümkün olacağını söyleyebiliriz. Mesela, tarlasından biçtiği buğdayı vasıtasına yükleyip tartma imkanı bulamayan bir çiftçinin, malını satmak istediğinde bulunduğu toplumda malın yer aldığı vasıta içerisinde malın miktarını az çok tespit etmek mümkün oluyor ve insanlar arasında da çekişme meydana gelmiyorsa, satışın geçerli ve bu muhayyerliğin de işlevsel olabileceğini söyleyebiliriz. Nitekim günümüz ticaret kanununda da hakkında hüküm bulunmayan ticarî konularda toplumda yer alan ticarî örf ve âdetin esas alınacağı belirtilir.<sup>528</sup>

### 3.1.2.1.6 Satılan Malın Sonradan Eksik Çıkması Durumunda Muhayyerlik

İslam hukukunda îcab-kabul uygunluğu akdin oluşumunda aranan şartlardandır. Bu uygunluğu zedeleyici durumlar, akid bütünlüğünün bozulması anlamına gelmektedir. Hz.Peygamber (s.a.v.)’den gelen rivayetlerde akid bütünlüğünü bozucu hususlar, safka terimi ile ifade edilmiştir.<sup>529</sup> Sözlükte “ses çıkaran vurma”<sup>530</sup> şeklinde ifade edilen safka kelimesi, terim olarak, satış esnasında eli ele vurma yani âdet üzere satışta el sıkışmak anlamına gelmektedir. Ancak daha sonraki dönemlerde safka kelimesi, akid ile eş anlamlı olarak kullanılmıştır.<sup>531</sup>

İcab-kabul uygunluğunu bozan durumlar esas itibariyle akdi iptal etmektedir. Mesela, îcabdan sonra, malın fiyatını eksilterek kabul beyanında bulunmak, îcab-kabul uygunluğu açısından akid bütünlüğünü bozucu bir işlem olarak görülür ve akid gerçekleşmez. Fakat bazı durumlarda akdin bütünlüğünü bozucu işlemler caiz

<sup>528</sup> “Mahkeme, hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan ticarî işlerde ticarî örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.” Bkz. *Türk Ticaret Kanunu*, Md. 1.

<sup>529</sup> İbn Hanbel, *Müsned*, VI, Hadis no: 3783.

<sup>530</sup> İbn Manzûr, *Lisân’ül-Arab*, XXVIII, s. 2463.

<sup>531</sup> Bkz. İbn Âbidîn, *Reddû’l Muhtâr*, VII, ss. 45-46; “Safka, satım başta olmak üzere kira, nikah gibi işlemleri içine alacak şekilde akid terimiyle eş anlama sahip bir terim haline gelmiştir. Bununla birlikte safka daha çok akid bütünlüğü/bölünmezliği (*ittihâdû’s-safka*) ve bir akid içinde iki akid yapılması (*safkatân fî safka*) konularında öne çıkmaktadır.” Bkz. Osman Şahin, “Safka”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXV, 2008, s. 480.

görülmektedir. Bu bağlamda akid bütünlüğünün bozulması durumunda meydana gelen muhayyerlik eserlerde *teferruku safka muhayyerliği* şeklinde isimlendirilmiştir. Bu muhayyerlik, akdin konusu olan malın, teslim esnasında eksik çıkması durumunda meydana gelmektedir. Şâfiî ve Hanbelîlerin kabul etmediği, Hanefî ve Mâlikîlerin câiz gördüğü bu muhayyerlik, malın bir bölümünün eksik çıkması durumunda müşteriye veya satıcıya akdi fesh etme veya malın eksik kısmını fiyattan düşürmek suretiyle akdi onaylayarak muhayyerliğini kullanabilme hakkı tanımaktadır.<sup>532</sup>

Burada muhayyerliğin meydana gelebilmesi için, malın ölçülen ve tartılan cinsten yani misli olması gerekmektedir. Böylece, muhayyerlik sonucunda oluşan bölünme işleminde bölünen malın fiyatı objektif olarak tespit edilebilecektir.<sup>534</sup>

Buradaki muhayyerlik, taraflara sadece akdin konusunun eksikliğine bağlı bir muhayyerlik hakkı sağlamaktadır. Kuruluş ve sıhhat şartlarını taşıyan ancak akdin işlerlik kazanması için, yetkili şahsın onayını bekleyen durumlarda meydana gelen bu muhayyerlik, kanaatimizce akdin nefaz şartlarıyla bağlantılıdır.

Günümüz Ticaret Kanunu, mümkün olduğu durumlarda ve sözleşmede belirtildiği takdirde satışın bölünebileceğini ve sözleşme sorumluluğunun kısım kısım yerine getirilebileceğini kabul etmektedir. Böyle bir durumda malı satın alan, sözleşmenin eksik kalan kısmı için hak talebinde bulunabilecektir. Ancak sözleşmede bulunmadığı halde satıcı, satış bölüm bölüm gerçekleştirme yoluna gitmişse, alıcının sözleşmeyi fesh etme muhayyerliği meydana gelecektir ki bu durum, satılan malın sonradan eksik çıkması durumunda (*teferruku safka*) meydana gelen muhayyerlik ile örtüşmektedir.<sup>535</sup>

<sup>532</sup> İbn Âbidîn, *Reddü'l Muhtâr*, VII, s. 45.

<sup>533</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 538; Ali Haydar, *Dürru'l-Hükkâm*, III, s. 171; Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 199; Zerkâ, *el-Medhal*, I, ss. 490-491; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 530; ayrıca bkz. Muhammed Mahmûd Dücân el-Amûş, "Müskitâtü Hakkı'l-Hıyâr", (*Master*, Câmîatü Âli Beyt, Külliyyetü'd-Dirâseti'l-Fikhiyye, 2002), s. 36.

<sup>534</sup> Bkz. İbn Âbidîn, *Reddü'l Muhtâr*, VII, ss. 45-46; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 33.

<sup>535</sup> "Sözleşmenin niteliğine, tarafların amacına ve malın cinsine göre, satış sözleşmesinin kısım kısım yerine getirilmesi mümkün ise veya bu şartların bulunmamasına rağmen alıcı, çekince ileri sürmeksizin kısmi teslimi kabul etmişse; sözleşmenin bir kısmının yerine getirilmemesi durumunda alıcı haklarını sadece teslim edilmemiş olan kısım hakkında kullanabilir. Ancak, o kısmın teslim edilmemesi dolayısıyla sözleşmeden beklenen yararın elde edilmesi veya izlenen amaca ulaşılması imkanı ortadan kalkıyor veya zayıflıyorsa ya da durumdan ve şartlardan, sözleşmenin kalan kısmının tam veya gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşılıyorsa alıcı sözleşmeyi feshedebilir." *Türk Ticaret Kanunu*, Md. 23.

### 3.2.2.2 Akid Konusuna Başkasının Hakkının Karışmasından Kaynaklanan

#### Muhayyerlikler

Akdin konusuna ait muhayyerliklerden olan bu bölümdeki alt muhayyerlikler, malın veya menfaatin tamamında veyahut bir kısmında başkasının hakkı olması durumunda meydana gelmektedir. Buradaki muhayyerlikler, akdin yapısından kaynaklanmakta olup, kanunun doğrudan bireylere bir hak olarak sağladığı ve bireylerin kendi iradeleriyle ortadan kaldıramayacakları türden muhayyerliklerdir. Bunlar şüf'a, rehin, gasp sonucu oluşan tazmin, satılan malın kiralanmış ya da rehinli çıkması, satılan malda başkasının mülkiyet hakkının olması durumunda meydana gelen muhayyerliklerdir.

#### 3.2.2.2.1 Şüf'a Muhayyerliği

Sözlükte ilâve etme ve birleştirme<sup>536</sup> anlamına gelen şüf'a, bir fıkıh terimi olarak, bedelli bir akid ile satılan bir malın, satıcı ve müşterinin rızasına bakılmaksızın, üçüncü bir şahsın, belirlenmiş olan bedel karşılığında cebren bu malı temellük etmesi anlamına gelmektedir.<sup>537</sup> Yani malda ortaklık veya bitişik komşu olma durumlarında ortağın ya da komşunun satılan malı alma konusunda öncelik hakkı olmasını ifade etmektedir.<sup>538</sup> Şüf'a, akidlerde mülkiyetin devrine yönelik engellerin başında gelmektedir. Zira bu hak, her yönüyle tamam sayılan bir akdin, işlerlik kazanmasını engelleyici bir fonksiyona sahiptir.<sup>539</sup>

Şüf'a bazen kanunî bir hak, bazen de bir akid görüntüsüyle sunulmakta ise de şüf'a bir akid değil, akdî netice veren bir muhayyerlik hakkıdır. Şu halde şüf'a hakkı yerine,

<sup>536</sup> Ebû Ceyb, *el-Kâmûsü'l-Fikihî*, s. 198.

<sup>537</sup> Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, II, s. 1166; İbrahim Kâfi Dönmez, "Şüf'a", *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXIX, 2010, s. 248; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 529.

<sup>538</sup> *Mecelle*'de şüf'a; "Satın alınan bir mülkü, alıcıya her kaça mal olmuş ise o miktar ile temellük etmektir." şeklinde tarif edilmiştir. Bkz. *Mecelle*, Md. 950; Fakihlerin çoğunluğuna göre şüf'a sadece taksim edilemeyen mallarda ortaklık durumlarında geçerli iken, Hanefîlere göre bitişik komşuluk da şüf'a hakkına sebep sayılmaktadır. Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, s. 305; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 243; Dihlevî, malda ortaklık olmadan sadece bitişik komşuluk sebebiyle oluşan şüf'a hakkı, kazaen olmasa da diyaneten uyulması gerekli bir hak olduğunu, ancak malda ortaklıktan kaynaklı şüf'anın ise sadece diyaneten değil, kazaen meydana gelen bir hak olduğunu belirtmektedir. Bu şekilde Dihlevî (ö. 1762), cumhur ile Hanefîlere ait iki farklı görüşü buluşturarak özetleyen bir yaklaşım sergilemektedir. Bkz. Dihlevî, *Hüccetullâhi'l-Bâliğa*, II, s. 289.

<sup>539</sup> İslam hukukuna göre satım sözleşmesinde mülkiyetin devrini engelleyen hususlarla ilgili bkz. Şevket Topal, "İslam Hukuku Açısından Satış Sözleşmelerinde Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller", *OMÜİFD*, sy. 12, 2001, ss. 528-530.

“şüf’a muhayyerliği” denilmesi yanlış olmadığı gibi, kanaatimizce daha isabetli bir isimlendirme olacaktır.

Kaynağı hadis<sup>540</sup> olan şüf’anın geçerliliği, fakihler nezdinde genel kabul görmekle birlikte, kimin öncelik hakkına sahip olduğu ve şüf’aya konu olan mallarla ilgili fakihler arasında farklı düşünceler vardır. Ancak genel itibarıyla akar denilen gayri menkul cinsi mallarda şüf’anın geçerliliği kabul görmüştür.<sup>541</sup>

Günümüzde birçok hukuk sisteminde mevcut olan şüf’a hakkı, kendi yapısı içerisinde farklı anlam ve süreçlere sahiptir. Ancak bu düşüncenin ilk ve ilkel hali, malların aile, kabile veya bir grubun elinde tutulması düşüncesine dayanmaktaydı.<sup>542</sup> Şüf’a muhayyerliği, İslam hukukunun bireye sağladığı bir hak olmakla birlikte şiddetli ihtiyaç durumlarında kullanılması tavsiye edilerek normal şartlarda kullanılmaması tavsiye edilen haklardandır.<sup>543</sup>

Fakihlere göre şüf’adan kaynaklı muhayyerlik, şüf’a hakkı olan (şefi’) tarafa tanınmış bir muhayyerlik türü olup, satılmakta olan malın satışına rıza gösterme ya da malın bedelini ödeyerek kendine alma seçeneklerinden birisini tercih etme esasına dayanmaktadır. Fakihlere göre, şüf’a muhayyerliğinin geçerli olabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir;

- *Şüf’anın konusu (meşfu), gayri menkul vb. bir mal olmalıdır.*<sup>544</sup>
- *Şüf’aya konu olan mal, bir bedel karşılığında satılmalıdır.* Şüf’ada şefi’in muhayyerlik hakkına sahip olabilmesi için, malın mülkiyetinin satıcı tarafından bir başkasına belli bir bedel karşılığında satılmış olması gerekmektedir. Aksi durumda hibe, sadaka, mehir ve miras gibi sebeplerden kaynaklı malın bedelsiz el değiştirmesi, şefi’ye muhayyerlik hakkı sağlamamaktadır.<sup>545</sup>
- *Meşfu, şahsa ait mülk olmalıdır.* Bu nedenle umumun kullandığı vakıf arazilerinde veya devlete ait arazilerde şüf’a cereyan etmemektedir.<sup>546</sup>

<sup>540</sup> Şüf’a hakkını destekleyen rivayetler için bkz. Ebû Dâvûd, “Büyû” 75; Tirmizi, “Ahkâm”, 31.

<sup>541</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, s. 305; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 244.

<sup>542</sup> Dönmez, “Şüf’a”, XXXIX, s. 248.

<sup>543</sup> Dönmez, “Şüf’a”, XXXIX, s. 249.

<sup>544</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 138.

<sup>545</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, ss. 306-307.

<sup>546</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, ss. 132-134.

- *Şüf'a muhayyerliğine sahip olan (şefi'), bu hakkını, satışı duyduğu anda kullanmalıdır.* Satış işlemini duyduğu halde tepkisiz kalması, muhayyerlik hakkını satışa icâzet verme yönünde kullanması olarak değerlendirilir.<sup>547</sup> Bu yönüyle şüf'a muhayyerliği, kullanım yönüyle ânîdir (*derhal yapılan*), zamânî (*zamana yayılan*) değildir.<sup>548</sup>
- *Satıcının mal üzerindeki mülkiyet hakları sona ermiş olmalıdır.* Yani malın mülkiyetinin naklini engelleyen, satıcının cayma hakkı olduğu satışlarda da şefi'ye, şüf'a muhayyerliği hakkı tanınmamıştır.<sup>549</sup>
- *Şüf'a hakkını düşürücü bir söz veya eylem ortaya konmuş olmamalıdır.* Şüf'a muhayyerliği bulunan şahıs, satışa rıza gösteren bir tavır içerisine girmişse veya söz ile satışı onaylayıcı ifadeler kullanmışsa muhayyerlik hakkı düşmektedir.<sup>550</sup>
- *Şahit bulundurulmalıdır.* Şüf'adan kaynaklı öncelik hakkını/muhayyerliğini kullanarak malı satın almak isteyen kişi, herhangi bir anlaşmazlıkta şهادetine başvurulmak üzere mutlaka bu hakkını kullanacağına dair bir şahit tutmalıdır.<sup>551</sup>

Şüf'a muhayyerliği çerçevesinde satılan malı kendine almak isteyen hak sahibi (*şef'i*), malın bedelini satıcıya ödemek ya da satıcının razı olmadığı durumlarda kanunî mercilere başvurmak suretiyle bu hakkını kullanabilmektedir.<sup>552</sup> Günümüz kanunlarında da belli çerçevelerde şüf'a hakkı geçerli sayılmaktadır.<sup>553</sup>

Şüf'a muhayyerliği, sadece şüf'a hakkı olana (*şefi'*) tanınmış bir tercih hakkı sağladığı için şüf'a, tek tarafı bağlayan (*lâzım litaraş*) bir hukukî işlem özelliğine sahiptir. Ancak şüf'a hakkı kullanılarak satış tamamlandıktan sonra, iki tarafı da bağlayan (*lâzım litaraşeyn*) bir duruma dönüşür. Bu yönüyle şüf'a, esasında akdî netice veren bir haktır, bir akid değil bir muhayyerlik türüdür. Çünkü bu hak kullanılarak

<sup>547</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, s. 308.

<sup>548</sup> Şüf'anın hak düşürücü süreye tabi olduğu ile ilgili bkz. Şahin, *Zamanaşımı*, s. 159.

<sup>549</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, ss. 306-307.

<sup>550</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 139.

<sup>551</sup> Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed b. Selâme et-Tahâvî, *Muhtasarut't-Tahâvî*, Ebu'l-Vefâ Efgânî (thk.), Haydarabad: Lecnetü İhyâi'l-Meârifî'n-Nu'maniyye, ty., s. 120.

<sup>552</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, ss. 308-309; şüf'a hakkının mahkeme süreciyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmez, "Şüf'a", XXXIX, s. 251.

<sup>553</sup> 2001 tarihli 4721 nolu Türk Medeni Kanununun 732, 733, 734 ve 735. maddeleri, önalım (*şüf'a*) ile ilgili konuları düzenlemektedir. Bkz. *TMK*, sy. 4721, yıl 2001, Md. 732-735, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> (07.09.2016).

yapılan akid, bir satış akdidir. Yani öncelik hakkı, doğrudan bir akid değil, akid doğuran bir seçimlik hak olarak görülmelidir. Nitekim bu bahis eserlerde bireye tanınan ön alım hakkı ya da satış akdini fesh edebilme hakkı şeklinde de ele alınmaktadır.<sup>554</sup>

Şüf'anın bir akid olarak algılanmasına neden olan husus ise şudur; satılan malda şüf'a hakkı bulunan şahıs, satışı bozarak ilgili malı belirlenmiş olan fiyat/satış üzerinden alma hakkına sahip olduğu için şüf'a, bir akid görüntüsü vermektedir. Ancak görüldüğü gibi şüf'a doğrudan bir akid değil, önceki akdi aynı koşullarla devretmeyi içermesi yönüyle farklı bir durum arz etmektedir.

Bu muhayyerliği, sadece şüf'a hakkına bağlı bir tercih hakkı sağlaması nedeniyle, dar kapsamlı muhayyerliklerden sayabiliriz. Şüf'a muhayyerliği kanaatimizce akdin nefaz aşamasıyla ilişkili olup, gerekli işlem yapıldığında akdi lâzım kılıcı bir etkisi de vardır. Şüf'a hakkına sahip olan bireyin, kendisi dışında birine yapılan satışa icâzet vermesi de söz konusu olup, ilgili satış icâzet verinceye kadar mevkuf yani gayri nâfizdir.

TBK ve TMK'da şüf'a muhayyerliği, önalım hakkı şeklinde yer almakta ve üzerinde ortaklık bulunan taşınmazların satışında meydana gelmektedir. Bir başkasına satış resmî olarak gerçekleştikten sonra kullanılabilir olan bu hak,<sup>555</sup> sadece satım vaadi ile kullanılamamakta ve satışın dönülemez şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir.

### 3.2.2.2.2 Rehin Muhayyerliği

Borcu garanti altına alma amacına yönelik bir akid olan rehin, borçluya ait bir malın, alacaklı tarafından teminat amacıyla tutulmasıdır.<sup>556</sup> Borca karşılık malı hapsetme<sup>557</sup> anlamına da gelen rehin akdi, hukukî dayanağını ayet<sup>558</sup> ve hadislerden<sup>559</sup>

<sup>554</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmez, “Şüf'a”, XXXIX, s. 251.

<sup>555</sup> “Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.” Bkz. *TMK*, Md. 732; “Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır. Taşınmaz satış vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz. Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.” Bkz. *TBK*, Md. 237.

<sup>556</sup> Ebû Ceyb, *el-Kâmûsü'l-Fikhî*, s. 154; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, I, s. 982.

<sup>557</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 5.

<sup>558</sup> “Seferde iseniz ve yazacak kimse de bulamıyorsanız rehinler alabilirsiniz.” el-Bakara 2/283.

<sup>559</sup> Hz. Peygamber'in de bir Yahûdî'den aldığı yiyeceğe karşılık, zırhını rehin verdiği rivayet edilir. Bkz. Buhârî, “Büyü”, 14; Neseî, “Büyü”, 59.

almaktadır.

Hangi tür malların rehne konu olacağı ve rehinle ilgili ihtilafların neler olduğu konusuna, çalışmamızın sınırlarını aşacağı ve doğrudan muhayyerlik konusu ile bağlantılı olmadığı için değinmeyerek bu hususu, fıkıh kaynaklarımıza<sup>560</sup> havale edip bu akidde meydana gelen muhayyerliğin kapsam ve süreciyle ilgili değerlendirmelere geçeceğiz.

Rehin akdine ait muhayyerlik şu konularla ilgilidir;

- *Birincisi*, rehinli malın kabzedilmeden önce akdin durumu.
- *İkincisi*, rehinli malın (*merhun-rehin*) rehin alan (*mürtehin*) ve rehin veren (*râhin*) tarafından kullanılabilmesi.
- *Üçüncüsü*, rehinli malın sahibine iadesi.
- *Dördüncüsü*, rehinli malın borca karşılık satılmasıdır.

*Birinci duruma göre*, rehin akdinin oluşum sürecinde kabz/teslim şartını fakihlerin çoğunluğu, akdin lâzım hale gelmesi açısından gerekli görürler. Bu nedenle, teslimden önce rehin verecek olan bu akidden dönebilme muhayyerliğine sahip kabul edilir. Bununla birlikte, Mâlikîlere göre lüzum şartı olarak görülmeyen teslim, akdin tamamlayıcı bir şartı olarak görülerek, rehin verene burada vazgeçebilme muhayyerliği tanınmaz. Zira onlara göre akid, teslimden önce bağlayıcılığını kazanmış kabul edilmektedir.<sup>561</sup>

*İkinci durum*; rehinli malın rehin alan tarafından kullanabilmesi için mutlaka rehin veren (*râhin*)’in kullanım için izin vermesi gerekmektedir. Râhin, bu kullanıma izin verip vermeme konusunda muhayyerdur. İzin vermediği durumlarda rehin alan, rehinli malı sadece muhafaza etmekle yükümlü olup kullanma hakkına sahip değildir.<sup>562</sup> Râhinin malı kullanması konusunda ise Hanefîler ve Hanbelîler rehin alan (mürtehin)’a izin verme veya vermeme muhayyerliği tanırlarken, Mâlikîler ve Şâfiîler mala zarar

---

<sup>560</sup> Rehın ile ilgili ayrıntılı bilgi ve değeriendirmeler için bkz. Tahâvî, *Muhtasarut't-Tahâvî*, ss. 92-95; Meydânî, *el-Lübâb*, II, ss. 5-12; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 258-260; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, III, ss. 37-45; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, ss. 397-491; Cezîrî, *Mezâhibi'l-Erbaa*, II, ss. 319-341; Halit Çalış-Hasan Hacak, “Rehin”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXIV, 2007, s. 539.

<sup>561</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 5; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, II, s. 322; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 260; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, s. 305; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, ss. 399.

<sup>562</sup> Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, II, s. 327; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 262.

vermedikçe râhinin maldan yararlanabileceğine hükmetmişler ve mürtebine burada kullanım için izin verme muhayyerliği tanımamışlardır. Ancak malda bir zarar veya eksiklik oluşacaksa, bu durumda onlar da mürtebine izin verme muhayyerliği tanımışlardır.<sup>563</sup>

*Üçüncü durum*; rehinli malın sahibine iadesi, alacaklının kararına bağlıdır. Alacaklı rehinli malı dilerse borçluya iade edebilme ya da malı elinde tutma hakkına sahiptir. Zira hibe veya kefalet gibi teberru akidlerine benzetilen rehin akdi, malı rehin alan için bağlayıcı değildir.<sup>564</sup>

*Dördüncüsü*, borcun vakti gelmeden rehinli malın borcu kapatmak için satılması, borçlunun iznine bağlıdır. Şayet borçluya sorulmadan rehinli mal satılmışsa, satış işlemi borçlunun akde icâzet vermesiyle geçerli/nâfiz hale gelir. Ancak borçlunun buradaki muhayyerliği, kabul edilen görüşe göre, akdi fesih hakkı sağlamamakta, borcun ödenmesine kadar akid mevkuf olarak kalmaktadır. Borç, vakti geldiği halde ödenmemişse, alacaklı doğrudan rehinli malı satamamakta, hâkime müracaat ederek malın satılmasını talep edebilmektedir. Belli bir mahkeme sürecinden sonra hala borç ödenmemişse, hâkim kararı ile rehinli mal satılarak borç giderilmektedir. Râhin de mürtehinin onayı olmadan rehinli malı satma hakkına sahip değildir.<sup>565</sup> Yani râhin ile mürtehin, rehinli malın satışı konusunda yarı yarıya bir satış hakkını paylaşırlar.

Yukarıda anlatıldığı şekliyle, farklı boyutları olan rehin muhayyerliği, borçlu/rehin veren için lâzım litaraf olan rehin akdinde geçerli bir muhayyerlik türü olmakla birlikte, malın kullanımı noktasında rehin veren (*râhin*)’in iznine ve satışı noktasında icâzetine ihtiyaç duyması açısından alacaklıyı sınırlayan bir yapısı vardır. Rehlin muhayyerliği, *rehin alan açısından, rehin akdinin lüzum aşamasında etkili* olan bir muhayyerliktir. Fakat malın rehin alan veya veren tarafından satılması durumunda meydana gelen rehin muhayyerliği, kurulan akde icâzet verme işlemi olduğu için, *akdin nefaz aşamasında* etkili olmaktadır.

Rehin muhayyerliğini sona erdiren durumlar borcun ödenmesi, rehinli malın iade

<sup>563</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 12; Çalış- Hacak, “Rehin”, XXXIV, s. 539.

<sup>564</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, s. 415; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, s. 305; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 261.

<sup>565</sup> Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, II, s. 329; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 261-263; İbn Âbidîn, *Reddül Muhtâr*, VII, s. 317.



edilmesi, helâk olması veya malın satılması şeklinde özetlenebilir.<sup>566</sup>

Fakihlerin çoğunluğuna göre rehinli mal, mürtehinin elinde emânet sayılarak malın kasıt unsuru olmaksızın helâki durumunda emânet hükümleri uygulanır ve tazmin sorumluluğu mürtehine yüklenmez.<sup>567</sup> Hanefilere göre ise rehinli malın, kasıt unsuru olmasa da helâki durumunda borca denk gelen miktarı, mürtehine tazmin ettirilir, fakat artan kısım için ona tazmin sorumluluğu yüklenmez, emânet hükümleri uygulanır.<sup>568</sup>

Bu muhayyerliği, taraflara sadece rehin akdine bağlı bir tercih hakkı sağlaması nedeniyle dar kapsamlı muhayyerliklerden sayabiliriz. TBK’da da yer alan rehin konusu, muhayyerliğe gerekçe olan akdin bağlayıcılığı açısından İslam hukuku ile benzer süreçlere sahiptir. İlgili kanuna göre rehin sözleşmesini bitiren en temel husus borcun ödenmesi iken, alacaklının rehinli malı geri verme veya borçluyu ibra etme muhayyerliğini kullanması da sözleşmeyi sona erdirmektedir.<sup>569</sup>

### 3.2.2.2.3 Gasp Sonucu Oluşan Tazmin Muhayyerliği

Gasp, bir malı sahibinin rızası olmaksızın bir başkasının el koymasdır.<sup>570</sup> Bu el koyma işlemi, gizli olmamalı, sahibinin bilgisi doğrultusunda olmalıdır. Zira sahibinin bilgisi olmadan gerçekleşen el koymalar, hırsızlık kapsamında değerlendirilir.<sup>571</sup>

Gasp sonucu oluşan muhayyerlik, malı gaspedilene tanınmış bir hak olup gasp edenin malı bir başkasına satışına onay verme veya malın tazmini bağlamında bazı hususlarda meydana gelmektedir. Mesela, bir hayvan gaspedilip boğazlandıktan sonra tekrar sahibine ulaşırsa, sahibi isterse bu hayvanın kıymetini alıp etini gaspedene verebilir. Dilerse de hak sahibi sadece noksanını tazmin ettirir. Keza, bir un çuvalı gaspedilse ve içine yağ katılrsa ve ardından bu un sahibine ulaşırsa, yine sahibinin muhayyerlik hakkı meydana gelir. Dilerse gasp edilen un miktarınca un talep eder, dilerse de yağ katılmış unu alır ve yağın parasını, unu gaspedene öder. Buna benzer

<sup>566</sup> Bkz. İbn Âbidîn, *Reddû’l Muhtâr*, X, s. 125.

<sup>567</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 262.

<sup>568</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, ss. 324-325.

<sup>569</sup> “Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.” Bkz. *TBK*, Md. 131; “Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.” Bkz. *TBK*, Md. 132.

<sup>570</sup> Ebû Ceyb, *el-Kâmûsü’l-Fikihî*, s. 275.

<sup>571</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 293; Meydânî, *el-Lübâb*, III, s. 73.

birkaç hususta meydana gelen gasp muhayyerliği, esasında gasp sonucunda oluşan haksız durumu önleme düşüncesiyle yapılmış olan bir sulh akdi ve malı gaspedilene sunulmuş bir tercih hakkı olup, müstakil bir muhayyerlik türü olarak ele alınmamış ancak eserlerde gaspla ilgili konularda bireye tanınmış olan tercih haklarına yer verilmiştir.<sup>572</sup> Bu nedenle bu muhayyerlik dar kapsamlı bir muhayyerlik türüdür. Bir anlaşmazlığı gidermesi açısından bu muhayyerlik, sulh muhayyerliği<sup>573</sup> bünyesinde de ele alınabilir. Fakat gasp muhayyerliği, akdin konusuna bir başkasının hakkının karışması yönüyle doğrudan akdin konusunu ilgilendirdiği için, burada ayrı bir başlık altında işlenmiştir. Burada kullanılan hak, akdin nefaz şartlarını etkileyen bir muhayyerliktir.

#### 3.2.2.2.4 Satılan Malın Kiralanmış Olması veya Rehinli Çıkması Durumunda Muhayyerlik

Satılmış olan malın daha önceden kiralanmış veya rehinli olduğu ortaya çıktığında bu akdin geçerliliği konusunda kiracıya ve müşteriye belli ölçülerde muhayyerlik hakkı tanınmıştır. Böyle bir akidde kiracı, akdi kendi adına onama ya da reddetme hakkına sahiptir. Bu şekildeki bir muhayyerlik kiracıya, satım akdini tümüyle fesh etme imkanı vermemekte, fakat kira müddeti doluncaya kadar malı elinde tutma veya peşin ödediği parayı geri alarak malı iade etme hakkı sağlamaktadır. Yani kiracı, mal sahibi tarafından yapılan satış akdini onaylamasa da akid kurulmuş kabul edilmektedir.<sup>574</sup>

Bu tür bir akidde bilmeden malı satın alan müşterinin muhayyerlik hakkı olup, dilerse akdi fesh edebilecektir.<sup>575</sup> Buradaki muhayyerlik mevkuf akidler kapsamındaki muhayyerliklerde değil, kiracının, alacaklının ve müşterinin hakkını ilgilendirmesi yönüyle, *akdin konusuna başkasının hakkının karışmasından kaynaklanan muhayyerlikler* çerçevesinde ele alınmıştır.

Burada ele aldığımız muhayyerlik haklarını, taraflara sadece belli ve özel durumlarda tercih hakkı sağlaması nedeniyle dar kapsamlı muhayyerliklerden

<sup>572</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, II, ss. 106-109; İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, ss. 319-320.

<sup>573</sup> Daha çok taraflar açısından muhayyerlik teorisi ile ilgili olduğu için sulh muhayyerliği, *akdin taraflarına ilişkin muhayyerlikler* kısmında ele alınacaktır.

<sup>574</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, s. 317; Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, II, s. 576; *Mecelle*, Md. 590; Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 492.

<sup>575</sup> Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, II, s. 576; Zerkâ, *el-Medhal*, I, ss. 492-493.

sayabiliriz. Akidde kullanılan icâzet ve fesih hakkı, akdin doğrudan nefaz şartlarıyla ilişkilidir. Hak kullanıldığında ise işlem, akdin diğer aşamalarını muhayyerliğe sahip olana göre yukarıda izah edildiği gibi değişik şekillerde etkileyecektir.

TBK’da malın mülkiyeti bir başkasına devredilse bile kiracının devam eden sözleşmesinin geçerli olacağı ve dilerse malı kullanmaya devam edebileceği ifade edilir.<sup>576</sup>

### **3.2.2.2.5 Satılan Malda Başkasının Mülkiyet Hakkının Olması Durumunda Muhayyerlik**

Malın bir kısmında başkasının hakkı olduğu durumlarda hak sahibinin, mâlik olduğu kısmın satışı için, akde icâzet vermesi gerekmektedir. Diğer yandan, şayet müşteriye akid yaparken, malın bir bölümünün başkasına ait olduğu bildirilmemişse, bu durumda müşteriye de muhayyerlik hakkı tanınmıştır. Müşteri dilerse akdi fesh eder, dilerse de malın başkasına ait bölümünün ücretini fiyattan düşerek akde icâzet verebilir. Bazı eserlerde *istihkak* muhayyerliği olarak da isimlendirilen<sup>577</sup> bu muhayyerlikte, satıcının, tamamı kendisine ait olmayan bir malı satması nedeniyle, satış akdi, başkasına ait kısım için mevkuftur. Bu muhayyerliğin, *mevkuf ve fâsid akidlerde muhayyerlikler* başlığı altında da ele alınması mümkün iken, yapılan işlem akdin konusuyla ilgili olması nedeniyle akdin konusuna başkasının hakkının karışmasından kaynaklanan muhayyerlikler ana başlığı altında işlenmiştir.

### **3.1.3 Akdin Taraflarına İlişkin Muhayyerlikler**

Akdin gereği olan muhayyerliklerin büyük bir kısmı, genel anlamda lâzım akidlerde meydana gelmekte ise de *akdin taraflarına ilişkin muhayyerlikler*, hem lâzım, hem gayrı lâzım, hem de mevkuf ve fâsid akidlerde söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle akdin taraflarıyla doğrudan ilişkili olan muhayyerlikler bu kısımda lâzım, mevkuf ve gayrı lâzım akidlerde muhayyerlikler çerçevesinde ayrı bölümlerde ele alınacaktır.

#### **3.1.3.1 Lâzım Akidlerde Muhayyerlikler**

Kuruluş ve hüküm ifade etmesi açısından her iki tarafı da bağlayan ve tek taraflı

---

<sup>576</sup> “Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur.” Bkz. *TBK*, Md. 310.

<sup>577</sup> Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, I, s. 308; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 83; Zerkâ, *el-Medhal*, I, s. 491.

irade ile iptal edilemeyen akidler, lâzım olarak isimlendirilir.<sup>578</sup> Asıl itibariyle lâzım olup muhayyerlik nedeniyle taraflardan birisinin veya her ikisinin icâzetine ihtiyaç duyma yönüyle gayrı lâzım olan akidler, kuruluş itibariyle tamamlanmış olmakla birlikte, bağlayıcılık/kesinlik kazanma noktasında tarafların icâzetine ihtiyaç duymaktadırlar. Bu türden olan akidler, tarafların icâzetine gereksinim duyma yönüyle iki kısma ayrılmakta olup tek tarafın icâzetiyle lâzım hale gelen akidler “lâzım litaraf”, iki tarafın icâzetiyle lâzım hale gelen akidler ise “lâzım litarafeyn” şeklinde isimlendirilir.

Lâzım akidlerde akdin taraflarına ilişkin meydana gelen muhayyerlikler, aldanma-aldatılma ve sulh muhayyerlikleri şeklinde ele alınacaktır. Daha önce ele aldığımız muhayyerlikler de genel olarak lâzım akidlerde meydana gelmekle birlikte, akdin konusu ile ilişkili oldukları için burada ele alınmadı.

### 3.1.3.1.1 Aldanma ve Aldatılma Muhayyerliği

Aldanma ve aldatılma muhayyerliği, çalışmamızın kavramsal çerçeve bölümünde işlenen gabn, galat, garar, tağrîr ve tedlîs kavramlarıyla yakından ilişkilidir. Bu kavramların akidlerde ifade ettiği anlamlar kimi eserlerde ayrı birer başlık olarak farklı türde muhayyerlikler çerçevesinde ele alınmışsa da<sup>579</sup> ilgili hususların akidlerde muhayyerliğe sebep olma nedenlerinin benzerliği nedeniyle, bu kavramların akidlerdeki yansımaları, *aldanma ve aldatılma muhayyerliği* ana başlığında ele alınmasını mümkün kılmaktadır. Aldanma muhayyerliğinde tarafların aldatma kastı bulunmadığı için konu, “bireyin kendi tecrübesizliği ve ihmali” sonucunda meydana gelen muhayyerlik çerçevesinde; aldatılma muhayyerliğinde ise tarafların kastı mevcut olduğu için meydana gelen muhayyerlik, “karşı tarafın kasten aldatması” sonucunda oluşan muhayyerlik çerçevesinde ele alınacaktır.

Aldanma ve aldatılma muhayyerliği, çatı bir muhayyerlik türü olup, içerisinde birçok muhayyerliği barındırmaktadır. Mesela, maldaki kusurun gizlenmesi veya söylenmemesi (*tedlis*) aldatılma muhayyerliği şeklinde isimlendirilse de esasen teknik

<sup>578</sup> Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, ss. 149-150.

<sup>579</sup> Mesela, Vehbe Zuhaylî (ö. 2015), *el-Fikhü'l-İslâmî* isimli eserinde gabn muhayyerliğini müstakil bir başlıkta ele almıştır. Burada müellif, gabn nedeniyle oluşan muhayyerliği akidde aldatma kastı/tağrîr bulunması durumunda meydana geleceğini ifade etmiştir. Bkz. Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî*, IV, s. 528.

anlamda burada müşterinin fesih hakkı, “kusurlu çıkma muhayyerliği” ile izah edilir. Benzer şekilde murabaha gibi güven esasına dayanan akidlerde fiyat konusunda müşterinin kandırılması, aldatılma muhayyerliği şeklinde ifade edilse de teknik olarak burada müşterinin sahip olduğu fesih hakkı “hıyanet muhayyerliği” çerçevesinde işlenir. Buradaki örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak özetle şu söylenebilir; tarafların aldanması veya aldatılması nedeniyle meydana gelen muhayyerliklerin tümü bu kapsamda değerlendirilir.

Aldanma muhayyerliği, bireyin kendi ihmali ve yanlış tasavvuruna dayanan galat (*hata*) hususu ile ve kasıt olmaksızın gabn ve garar ile; aldatılma muhayyerliği ise karşı tarafın ihmali, kastı ya da hilesi sonucu oluşan gabn, garar, tağrir ve tedlîs ile bağlantılıdır. Bu nedenle aldanma-aldatılma muhayyerliği ile ilgili hususların, gabn, galat, garar, tağrir ve tedlîs nedeniyle oluşması açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### **3.1.3.1.1 Bireyin Kendi Tecrübesizliği veya İhmali Sonucu Oluşan Muhayyerlikler**

*Fiyat konusunda aşırı aldanma sonucu oluşan muhayyerlik:* Akidlerde karşılıklı bedeller arasında değer yönünden dengesizlik bulunması durumunu ifade eden gabn,<sup>580</sup> akidlerde aldanma muhayyerliğine yol açmaktadır. Gabndaki aldanma hem müşteri hem de bayi için söz konusu olabilmektedir. Değerinin çok altında sattığı bir maldan dolayı aldanma muhayyerliği bayi için geçerli olabildiği gibi, bir malı değerinin çok üzerinde bir fiyatla satın alan müşteri için de aldanma muhayyerliği söz konusudur.<sup>581</sup>

Gabn, gabnı fahiş (*aşırı ve esaslı yanılma*) ve gabnı yesîr (*basit ve önemsiz aldanma*) şeklinde ikiye ayrılmıştır. Fakihlerin çoğunluğuna göre, gabnı yesîr çoğunlukla kaçınılması mümkün olmayan aldanmaları ifade ettiği için muhayyerliğe sebep sayılmamıştır. Gabnı fahiş ise belirgin ve kaçınılması mümkün olan aldanmaları ifade ettiği için muhayyerliğe sebep sayılmıştır.<sup>582</sup> Hanefîler ise kasıt unsuru olmaksızın müşterinin araştırma yapmama gibi kendi ihmaliinden kaynaklanan gabnı,

---

<sup>580</sup> Bardakoğlu, “Gabn”, XIII, s. 268; gabn kavramı ve gabn türleri çalışmanın kavramsal çerçeve bölümünde ayrıntılı şekilde ele alınmıştır.

<sup>581</sup> Buhûî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 327; Bardakoğlu, “Gabn”, XIII, s. 268.

<sup>582</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, ss. 221-222.

muhayyerliğe sebep saymamışlardır. Buna karşın, işleme bir başkasının da hakkı karıştığı için hacr altına alınmış borçluluk durumu, ölüm hastalığı ve vasî için gabnı fâhişin yanında gabnı yesîri de akidlerde değerlendirme konusu yapmışlar ve böyle bir işlemin fâsid veya bâtil olduğunu kabul etmişlerdir.<sup>583</sup>

*Akidde bedeller hakkında yanılma sonucunda oluşan muahayyerlik:* Kasıt unsuru olmaksızın, maksatla irade beyanı arasında ortaya çıkan uyumsuzluk *galat* şeklinde ifade edilir.<sup>584</sup> Teorik anlamda aldanma muhayyerliğine, teknik anlamda ise görme ve vasıf muhayyerliğine yol açan galat, akdin konusunun *vasfında veya cinsinde yanılma* şeklinde gerçekleşmektedir. Galatta kasıt unsuru olmadığı için buradaki uyumsuzluk, aldanma muhayyerliği kapsamına girmektedir. Feshi mümkün olan akidlerde aldanma muhayyerliğine sebep olan galat, nikah gibi feshi mümkün olmayan akidlerde ise muhayyerliğe sebep sayılmamıştır. Ancak Hanbelîler, kadının güzelliği, bekareti ve ilim sahibi olması gibi belirgin vasıflardaki aldanmaları da galat kapsamında düşünmüşler ve bireye nikah akdinde aldanma muhayyerliği hakkı tanımışlardır.<sup>585</sup>

Akidlerde meydana gelen her türlü galat, aldanma muhayyerliğine sebep sayılmaz. Mesela, altın *zannıyla* alınan bir bileziğin bakır çıkması şeklinde meydana gelen bir aldanma, iç iradeye dayandığı için bireye aldanma muhayyerliği hakkı sağlamamaktadır.<sup>586</sup> Şu halde bireyin alış-verişte konuya ilişkin iç iradesindeki istek ve beklentileri, dışa yansımadığı müddetçe, durumun subjektif olması nedeniyle muhayyerlik oluşmayacağı, zira böyle bir durumun kasıt unsuru bulundurmeyen galat mefhumu ile açıklanacağı sonucuna varabiliriz. Böylece yapılan akid de taraflar için bağlayıcı kabul edilecektir.

*Akidde bedellerin belirsizlik ve bilinmezlik içermesi nedeniyle oluşan muhayyerlik:* En kısa şekliyle tehlike anlamına gelen *garar*, akidlerdeki belirsizlik ve bilinmezliği ifade eder. Fıkıhta, varlığı veya yokluğu, azlığı ya da fazlalığı ve tesliminin mümkün olup olmadığı bilinmeyen şey üzerine yapılan akid, *garar akdi* olarak tanımlanır.<sup>587</sup>

<sup>583</sup> Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâberî er-Rûmî el-Mısırî, *el-İnâye Şerhu'l-Hidâye*, IX, yy.: Dâru'l-Fikr, ty., s. 259; *Mecelle*, Md. 356; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 79; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 222; ayrıca bkz. el-Amûş, “Müskitâtu Hakkı'l-Hıyâr”, s. 170.

<sup>584</sup> Apaydın, “Galat”, XIII, s. 297.

<sup>585</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 218.

<sup>586</sup> Krş. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 218; Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşrîiyye*, II, s. 673.

<sup>587</sup> Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fikhî*, s. 272; Dönmez, “Garar”, XII, s. 366.

Cumhura göre garar ile yapılan akidler bâtil kabul edilmekle birlikte, Hanefilere göre giderilmesi mümkün olan garar, akdi bâtil değil fâsid kılmaktadır. Böylece Hanefilere göre garara uğrayan tarafın, fesadı giderme ya da akdi fesh etme şeklinde bir muhayyerlik hakkı oluşmaktadır.<sup>588</sup> Hanefiler de dâhil olmak üzere, fakihlerin çoğunluğu ceviz ve karpuz kabuğunun kalınlık ölçüsünün tam bilinmemesi gibi az miktarda gararın (*garar-ı yesîr*) akidlerde kabul edilebileceğini, çünkü bu tür durumlardan kaçınmanın mümkün olamayacağını ifade etmişlerdir.<sup>589</sup>

TBK’da “esaslı yanılma” olarak nitelenen belirgin aldanmalar, zarara uğrayan tarafa muhayyerlik hakkı sağlamaktadır.<sup>590</sup> Bireyin hem dış hem de iç iradesine başvurulmak suretiyle anlaşılabilir bir takım hususlar nedeniyle oluşan buradaki esaslı aldanmalarda karşı tarafın aldatma kastına bakılmaksızın bu muhayyerlik hakkı oluşmaktadır.<sup>591</sup> Birey bu hakkını, sözleşmeyi fesh ederek kullanılabilecektir. Fakat yanılan tarafın kendi ihmali tespit edilirse, sözleşmenin iptalinden kaynaklı zarar, iptal isteminde bulunan tarafça karşı tarafa ödenmelidir. Bu zararın miktarına ise hâkim hükmedebilir.<sup>592</sup>

### 3.1.3.1.1.2 Karşı Tarafın Kasten Aldatması Sonucu Oluşan Muhayyerlikler

Müşteri ve satıcının niyetleri açısından ele alındığında satıcının müşteriye mali bilerek gabnı fahiş ile satması “aldatma” kapsamına girdiği için müşterinin “aldatılma muhayyerliğinden” söz edilir. Gabn ile satıştaki kasıtlı aldatmayı ifade etmek için fıkıh eserlerinde “tağirli gabn” şeklinde bir ayrıma gidilmiş ve tağirrin bulunduğu gabn ile satışların muhayyerliğe sebep sayılacağı konusunda fakihlerin ittifakı oluşmuştur. Zira Hanefiler, tağir bulunmayan gabnı tek başına muhayyerlik için yeterli görmezler.

<sup>588</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, ss. 218, 439-440.

<sup>589</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, ss. 440-441.

<sup>590</sup> “Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz.” *TBK*, Md. 30.

<sup>591</sup> TBK’da yanılma halleri şu şekilde açıklanmıştır:

“1.Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa.

2.Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa.

3.Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa.

4.Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa.

5.Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa.” Bkz. *TBK*, Md. 31.

<sup>592</sup> “Yanılan, yanılmasında kusurlu ise sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez. Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.” Bkz. *TBK*, Md. 35.

Onlara göre gabn sonucu muhayyerliğin oluşabilmesi için mutlaka karşı tarafın kastı bulunmalıdır.<sup>593</sup> Mecelle’de de karşı tarafın aldatma kastı olduğu takdirde gabnı fahişin fesih hakkı meydana getireceği kabul edilerek Hanefilerin yaklaşımının benimsendiği görülmektedir.<sup>594</sup> Burada gabn sonucu müşterinin elde ettiği fesih hakkı, bizzat “gabn muhayyerliği” sonucu oluşurken, murabaha gibi güven esasına dayanan akidlerde meydana gelen aldatmalar, teknik anlamda “hıyânet muhayyerliği” sonucu müşteriye fesih hakkı sağlamaktadır.<sup>595</sup>

TBK’ya göre zarara uğrayan tarafın zor durumda kalması, deneyimsizliği veya düşüncesizliğinden istifade edilerek sözleşmede karşılıklı bedeller arasında açık bir dengesizlik bulunması durumunda işlemin iptali veya oransızlığın giderilmesi talep edilebilir.<sup>596</sup> Ayrıca karşı tarafı kasten zarara uğratma söz konusu ise aşırı bir aldanma meydana gelmemişse de aldatılan tarafın muhayyerlik hakkı meydana gelmektedir.<sup>597</sup>

Kasıt unsurunun bulunduğu *garar*, *tağrir* ile aynı anlama gelmektedir. Bir kimseyi kasten aldatmayı ifade eden tağrir, akidlerde aldatılma muhayyerliğinin ana temasını oluşturmaktadır. Akidlerde hile<sup>598</sup> ve tedlîs<sup>599</sup> kavramlarıyla da ifade edilen bu işlem, akdin konusunda olmayan bir özelliği varmış gibi gösterme, var olan bir kusuru gizleme ya da güvene dayalı akidlerde gerçeğe muhalif beyanda bulunma<sup>600</sup> şeklinde meydana gelebilmektedir.<sup>601</sup> Böylece aldatılan tarafın akdi onama veya fesh etme

<sup>593</sup> Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-Râik*, V, s. 296; *Mecelle*, Md. 356-357.

<sup>594</sup> “Mütebayiândan biri diğerini tağrir edip de bey’ de gabnı fahiş olduğu tahakkuk ettiğinde, mağbun olan kimse bey’i fesh edebilir.” *Mecelle*, Md. 357.

<sup>595</sup> Bkz. Kâsânî, *Bedâi’*, VII, s. 150.

<sup>596</sup> “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.” Bkz. *TBK*, Md. 28.

<sup>597</sup> “Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.” Bkz. *TBK*, Md. 36.

<sup>598</sup> Hile, “bir şahsın akid veya tek taraflı bir hukukî işlem yapması için kasten yanıltılması” anlamına gelen bir kavramdır. Bkz. Köse, “Hile”, *XIIX*, s. 28.

<sup>599</sup> Tedlis, akidde hile yapmak ya da satılan malda bir kusurun gizlenmesi durumlarını ifade eden bir kavramdır. Bkz. Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu’l-Fikhî*, s. 132; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 556.

<sup>600</sup> Güvene dayalı akidlerdeki aldatılmalar, *hıyanet muhayyerliği* başlığı altında ayrıca ele alınacaktır. Tedlîsin muhayyerliğe sebep sayılması ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, IV, s. 529.

<sup>601</sup> Bkz. Muhammed Takî, *Fıkhü’l-Büyû’*, II, s. 837; Günay, “Tağrir”, *XXXIX*, s. 375; *Mecelle*’de tağrir şöyle tanımlanmıştır; “Müşteriye satılık malı hakikatte olduğundan başka türlü vasfetmektir.” *Mecelle*, Md. 164.



şeklinde aldatılmadan kaynaklı muhayyerlik hakkı oluşmaktadır.

Fıkıh kaynaklarımızda *tedlîs* muhayyerliği şeklinde de isimlendirilen ve “Sütü hayvanın memesinde bekleterek müşteriye aldatmaya yönelik davranışın yasaklandığı rivayetin”<sup>602</sup> temel alındığı husus da esasen aldatılma muhayyerliğini ifade etmektedir.<sup>603</sup> Tedlîse bağlı diğer aldatılma durumlarında oluşan muhayyerlik için zaman şartı getirmeyen Hanbelîler, sadece musarrat hadisi diye meşhur olan bu rivayete bağlı oluşan muhayyerlikte, bireye üç gün süren bir muhayyerlik hakkı vermektedirler.<sup>604</sup>

Alış-veriş kızıştırarak müşteriye malı almaya ikna etmek anlamına gelen *neceş*<sup>605</sup> bir tür tağrir olup yasaklanmış olmakla birlikte, bu şekilde bir malı satın alan müşteriye, akdi fesh etme veya icâzet vererek geçerli kılma muhayyerliği tanınmıştır.<sup>606</sup> Buradaki muhayyerlik, özel anlamda *neceş muhayyerliği* ile ifade edilebilirse de akiddeki uyumsuzluk, yapısal olarak kasıt unsuru taşıdığı için, oluşacak tercih hakkı *aldatılma muhayyerliği* kapsamına girmektedir.<sup>607</sup> Şu da unutulmamalıdır ki günümüzde satış türlerinden birisi olan “açık artırma” *neceş* şeklinde bir satış türü değildir. Çünkü açık artırmada taraflar önceden malın satılacağı yeri, zamanı ve satış türünü bilmekte ve ona göre ilgili akde hazırlıklı bulunmaktadırlar.<sup>608</sup>

### 3.1.3.1.1.3 Aldanma ve Aldatılma Muhayyerliğine Ait Hükümlerin

#### Değerlendirilmesi

Akidlerde aldanma ve aldatılma, satıcı taraf için söz konusu olabildiği gibi, müşteri için de söz konusu olabilmektedir. Bir akidde aldatılmadan söz edilebilmesi için,

<sup>602</sup> Buhârî, “Büyû”, 64; Müslim, “Büyû”, 7.

<sup>603</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, s. 39.

<sup>604</sup> Buhârî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 328.

<sup>605</sup> İslam hukukunda *neceş*, hileli olarak malın fiyatını yükseltmek ve pazarlığı kızıştırmak anlamına gelmektedir. Bkz. Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 215; Ebû Ceyb, *el-Kâmûsü'l-Fıkhî*, s. 348; Kal'acı, *Fıkh Lugatı*, s. 344; Erdoğan, *Fıkh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 449.

<sup>606</sup> Meydânî (ö.1881), böyle bir satışın fâsid olmamakla birlikte tahrimen mekruh olduğunu ifade ederek konunun diyânî boyutuna dikkat çekmektedir. Bkz. Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 216; ayrıca bkz. Buhârî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 327; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 223.

<sup>607</sup> İbn Rüşd (ö. 595 h.), Zahirilerin geçersiz saydığı *neceşli* satışı, Mâlik (ö. 179 h.)'in müşteriye muhayyerlik hakkı vermek suretiyle geçerli saydığını, kaynaklanan muhayyerliği de kusurlu çıkma muhayyerliği gibi değerlendirdiğini, Hanefî ve Şâfiîlerin ise böyle bir satışı yapanın günahkar olacağını fakat satışın geçerli olacağını kabul ettiklerini belirtmektedir. Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 160.

<sup>608</sup> TBK'da açık artırma şu şekilde tanımlanır; “Açık artırma yoluyla satış; yeri, zamanı ve koşulları önceden belirlenerek, hazır olanlar arasından en yüksek bedeli öneren ile yapılan satışır.” Bkz. *TBK*, Md. 274.

mutlaka işlem, kasıt unsurunu barındırmalıdır. Akidlerde kasıt unsuru bulunmaksızın ortaya çıkan haksız durumlar “aldanma” terimiyle ifade edilir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, mesela bir akidde müşteri malda istediği bir özelliği var zannederek satın alsa, ancak istediği vasıf bu malda bulunmasa, bu durum satıcı tarafından da bilinmiyorsa, müşteri için aldanma meydana gelirken; satıcı durumu bilip de müşterinin aldanmasına yol açmışsa, kasıt unsuru var kabul edilerek aldatılmadan söz edilir. Yani akidlerde tarafların kastı olmaksızın ortaya çıkan her uygunsuz/haksız durum, aldanma kapsamında düşünülürken; kasıt unsuru barındıran her tür uygunsuz/haksız durum aldatılma kapsamında düşünülmelidir.

Akidlerde aldanma muhayyerliği, içinde kasıt bulunmayan aşırı aldanma, bilinmezlik ve uyumsuzluk (*galat*) ile ilişkili iken, aldatılma muhayyerliği ise kasıt bulunduran aşırı aldanma (*gabn*), bilinmezlik (*garar*), aldatılma/hile (tağrir) ve kusuru gizleme (*tedlîs*) ile ilişkilidir. Nitekim akidlerde aldatılma kastıyla gerçekleşen tüm haksız durumlar, tağrir ve tedlîs kavramlarıyla ifade edilmekte ve aldatılmadan kaynaklı muhayyerliğe sebep sayılmaktadır.<sup>609</sup>

Fakihlerin, aldatılma sonucu taraflara muhayyerlik hakkı tanınacağı konusunda görüş birliği olmakla birlikte, aldanmaların muhayyerliğe sebep olması konusu ise ihtilaflıdır. Ancak özetle şunu söyleyebiliriz, dış iradeyi esas kabul eden fakihler, bireyin araştırma yapmama gibi kendi ihmali sonucu oluşan aldanmaları muhayyerliğe sebep saymazken, iç iradeye de bu hususta önem veren fakihler, bireyin kendi ihmali sonucu aldanmalarını da muhayyerliğe sebep saymışlardır.<sup>610</sup>

Konuyu bir kaç örnekle daha açık ifade edebiliriz; mesela, gabnı fahiş olarak bilinen; bir malı piyasa fiyatının çok üzerinde bir miktara satış sonucu, fakihlerin çoğunluğuna göre, müşterinin aldanma muhayyerliği meydana gelir. Burada satıcı tarafında kasıt unsuru bulunmasa da müşterinin akdi fesh etme hakkı var kabul edilir. Ancak satıcı tarafında kasıt unsuru tespit edilirse, fakihlerin ittifakıyla, müşteri bu hakkı bu kez aldatılma muhayyerliği çerçevesinde kullanacaktır.<sup>611</sup> Keza, bir müşteri ipek zannıyla bir elbise alsa ve bu elbisenin ipek olmadığını daha sonra anlasa, bu

<sup>609</sup> Dimyâtî, *İlânetü't-Tâlibîn*, III, ss. 6, 40; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 529.

<sup>610</sup> Krş. Bâbertî, *el-İnâye*, IX, s. 259; Dimyâtî, *İlânetü't-Tâlibîn*, III, s. 85; *Mecelle*, Md. 356; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 81; Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşriyye*, II, s. 693.

<sup>611</sup> İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, s. 296; Dimyâtî, *İlânetü't-Tâlibîn*, III, s. 85.

durumda fakihler arasında ihtilaf olsa<sup>612</sup> da müşterinin aldanma muhayyerliğinden söz edilir. Müşterinin aradığı vasfı satıcı bildiği halde sessiz kalmış ve müşterinin aldanmasına sebep olmuşsa, bu durumda kasıt unsuru devreye girdiği için hem aldatılma hem de aldanma muhayyerliği kapsamında ihtilafsız, yine müşterinin akdi fesh etme hakkı meydana gelmektedir.<sup>613</sup>

Aldanma ve aldatılma muhayyerliği, akdin lüzum aşamasıyla ilişkilidir. Zira in'ikad, sıhhat ve nefaz şartlarını taşıyan ve mülkiyet intikallerinin gerçekleşmesinden sonra meydana gelen haksız durumları önlemek amacıyla taraflara tanınan bu muhayyerlik, akdin bağlayıcılığını etkilemekte ve hak kaybına uğrayan tarafa, fesih hakkı sağlamaktadır.<sup>614</sup>

İslam hukukuna göre murâbaha,<sup>615</sup> tevliye<sup>616</sup> ve vedîa<sup>617</sup> gibi güven esasına dayalı satışlarda<sup>618</sup> söz konusu olan hıyânet muhayyerliği, müşterinin fiyat konusunda aldatıldığı durumlarda meydana gelmektedir. Zira murâbaha gibi akidlerin temel özelliği, müşterinin malın alış fiyatını veya maliyetini bilmesi ve buna göre alış-veriş karar vermesi şeklinde gerçekleşmesidir.<sup>619</sup>

Fakihlerin çoğunluğu tarafından kabul gören bu muhayyerlik, murâbahalı alış-verişlerdeki yanlış beyanlar nedeniyle müşteriye indirim hakkı sağlamamakta ancak malı aynen iade etme ya da olduğu haliyle akdi onama imkanı vermektedir. Hıyânet muhayyerliği, tevliye ve vedia da ise müşterinin malı iade etmeyip, sadece malın fiyatını, alması gereken miktara düşürme imkanı tanımaktadır ki<sup>620</sup> bu bir muhayyerlik hakkı değil, haksız durumu tazmin sayılır.

<sup>612</sup> Fakihlerin ihtilafının sebebi, müşterinin bu durumda aldanmasına sebep olan, malda aradığı vasfı zikretmemesi sebebiyle maksadın iç iradeye dayanmasıdır. Aksi halde müşteri aradığı vasfı zikretmiş ama yine de satıcının müşteriye bilgilendirmemesi sonucu bu aldanma meydana gelmişse, bu durumda kasıt unsuru devreye girmekte ve aldatılma muhayyerliği meydana gelmektedir. Nitekim aldatılma muhayyerliği konusunda fakihler ittifak ettiklerini yukarıda zikretmiştik.

<sup>613</sup> Çeker, *Akidler*, s. 71.

<sup>614</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, ss. 218, 439-440.

<sup>615</sup> Murâbaha: Bir malın alış fiyatı söylenip üzerine bir miktar kâr konularak yapılan satıştır. Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, II, s. 1761.

<sup>616</sup> Tevliye: Bir malı alış fiyatına yani kârsız şekilde satmaktır. Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, s. 603.

<sup>617</sup> Vedîa: Bir malı alış fiyatının da altında zararına satışır. Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, II, s. 1961.

<sup>618</sup> Bkz. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, ss. 399, 578, 594.

<sup>619</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 150.

<sup>620</sup> Muhammed (ö. 189 h.) tevliyede de murâbahada olduğu gibi müşterinin muhayyerlik hakkı olduğunu beydan etmektedir. Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, s. 150; Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, I, s. 321.

Hıyânet muhayyerliği, fıkıh eserlerinde müstakil bir başlık olarak ele alınmakla birlikte<sup>621</sup> *kasıt* unsuru bulunduğu için kanaatimizce bu muhayyerliğin *aldatılma muhayyerliği* çerçevesinde ele alınması daha yerinde olacaktır. Bununla birlikte sadece murâbaha, tevliye ve vedîa gibi güven esaslı belli tür akidlerde geçerli bir tür olduğu için bu muhayyerlik, dar kapsamlıdır.

### 3.1.3.1.2 Sulh Muhayyerliği

Kendisine sulh<sup>622</sup> teklifi yapılan tarafın, tekliflerden birisini seçme ya da reddetme esasına dayanan sulh muhayyerliği, başta akidler olmak üzere tazmin sorumluluğu gerektiren cezai işlemler gibi, İslam hukukunun birçok alanında etkilidir.<sup>623</sup> Biz burada konumuz itibariyle sulh muhayyerliğinin sadece akidleri ilgilendiren yanını ele alacağız.

Sulh muhayyerliğinin örneği, klasik eserlerde şu şekilde ele alınır; iki ortağın alacağı hususunda ortaklardan birisi kendi hissesine mukabil bir elbiseyle sulh yapmış olsa, diğer alacaklı muhayyer olup, dilerse kendisi de bu türden bir elbise alabilir. Dilerse de alacaklı olmaya devam etmeyi seçebilir. Bu seçme hakkının kullanımı, bir sulh muhayyerliği işlemidir.<sup>624</sup> Burada sulh muhayyerliğine dar anlamıyla, şirket ortaklığına ait bir örnek verilmiş oldu. Ancak bu muhayyerliğin geniş kapsamlı muhayyerlikler çerçevesinde düşünülmesi de mümkündür. Sulh muhayyerliği, genel itibariyle *akidlerde anlaşmazlığa yol açan her türlü durumla ilgilidir*. Şu halde şüf'ada ön alım hakkı olan tarafın seçme hakkını kullanarak bir karara varması bir sulh işlemi olduğu gibi, kusurlu çıkan bir mal üzerinde müşterinin ayıp muhayyerliğini kullanması ve problemin çözüme kavuşması da bir sulh işlemidir.<sup>625</sup> *Sulh muhayyerliği bu yönüyle çatı bir muhayyerlik türü olup bünyesinde birden çok muhayyerliği barındırmaktadır*. Ancak ilgili muhayyerlikler kendi başlıklarında ele alındığı için burada detaya inilmeyecektir.

<sup>621</sup> Mesela, *Mecelle* şârihi Ali Haydar (ö.1935) ve Ömer Nasuhi Bilmen (ö.1971) eserlerinde “Hıyânet muhayyerliğini” müstakil bir kavram olarak ele almışlardır. Bkz. Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, s. 321; Bilmen, *Kâmus*, VI, ss. 83-85.

<sup>622</sup> Sulh: “Niza ya da anlaşmazlığı ortadan kaldıran akid” şeklinde tarif edilir. Bkz. Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fıkhî*, s. 215; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 513.

<sup>623</sup> Fahrettin Atar, “Sulh”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXVII, 2009, s. 481.

<sup>624</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 89.

<sup>625</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 187.

Özetle şu söylenebilir; muhayyerliklerin kullanımına sebep olan etkenler, genel itibariyle akidlerdeki anlaşmazlıkları önlemek ve hak kayıplarını telafi etmek olduğu için, bu anlaşmazlıkların/nizanın ortadan kalkması ve problemin çözülmesi anlamında yapılan her türlü eylem ve tercih, kanaatimizce teorik anlamda sulh muhayyerliği olarak isimlendirilebilir.

### **3.1.3.2 Fâsid ve Mevkuf Akidlerde Muhayyerlikler**

Fâsid akidlere ilişkin muhayyerlikler, hukukî işlemin sıhhat aşamasıyla ilişkili iken mevkuf akidlere ilişkin muhayyerlikler, akidlerin nefaz aşamasıyla ilgilidir. Yani in'ikad şartlarını taşıyan akid, sıhhat veya nefaz aşamasında bir icâzete ihtiyaç duyuyorsa, buradaki icâzet verme eylemi bir muhayyerlik çeşitidir. Bu hususlara konu olan akidler, lâzım veya gayrı lâzım olabilir. Fâsid ve mevkuf olma, akdin lüzum aşamasından önceki aşamalarla ilgili olduğu için, fâsid ve mevkuf akidlere verilen icâzet, akdin lüzumuna ait bir muhayyerlik türü değildir.<sup>626</sup> Şunu da ifade etmek gerekir ki konunun ele alınış biçimine göre bazen akdin lüzum aşamasında meydana gelen muhayyerliklerdeki icâzet, bir tür mevkufluğu giderici eylem olarak ifade edilebiliyorsa da teknik anlamda akdin mevkuf olması ile akdin lâzım olması farklı türden muhayyerlikleri ilgilendirmektedir. Burada konu, fesadı giderme, yetkisiz şahsın akdine icâzet, kısıtlının akdine icâzet ve zorlanan şahsın muhayyerliği başlıkları altında ele alınacaktır.

#### **3.1.3.2.1 Fesadı Giderme Muhayyerliği**

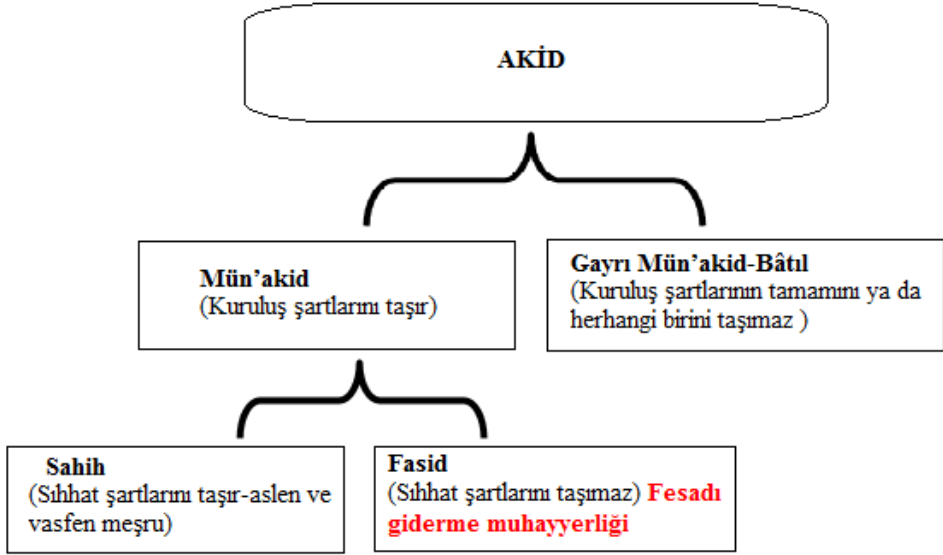
Akdin sıhhat şartlarıyla doğrudan ilişkili olan bu muhayyerlik, hukukî işlemin hem sıhhat hem de nefaz aşamasını etkilemektedir. Zira sıhhat kazandırma işlemi, aynı zamanda akdi işler hale de getirdiği için, bu muhayyerlik mevkuf akidlerdeki muhayyerlikler kapsamında ele alınmıştır. Bununla birlikte burada meydana gelen muhayyerlik, fâsid bir şart taşımaması gerekçesiyle tarafların icâzetini beklemediği için, esas itibariyle değil, yapı itibariyle (*görünüm olarak*) mevkuf olan bir akde icâzet muhayyerliğidir.

Akdin vasıflarında ve şartlarındaki bir eksiklikten dolayı meydana gelen bozukluk

---

<sup>626</sup> Mevkuf akdin hukukî yapısı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. el-Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, ss. 153-155.

anlamına gelen fesad,<sup>627</sup> cumhura göre akdin kuruluş şartlarından sayılan sıhhat şartlarının eksikliği bağlamında akdi iptal eden sebeplerden sayılmıştır. Fakat Hanefîler, akdin kuruluş şartları ile sıhhat şartlarını farklı düzlemde ele aldıkları için, akdin sıhhat şartlarındaki eksiklik durumunda söz konusu olan fesad, akdin sıhhatini engellese de kuruluşuna (*in'ikadına*) etki etmediği düşünülerek fesadın giderilmesi durumunda akdin sıhhat kazanarak devam edebileceğine hükmetmişlerdir.<sup>628</sup> Hanefîlerin bu konudaki yaklaşımları, aşağıdaki şekil (Şekil-27) ile daha net görülebilecektir:



Şekil-27

Şekilden de anlaşılacağı gibi, Hanefîlerin akid anlayışı çerçevesine yerleşen fesadı giderme muhayyerliği, akde sıhhat kazandırma muhayyerliği gibi isimlendirilebilir. Çünkü akdin vasıflarının onarılması ve hükümsüz olan akdin hüküm kazandırılması şeklinde gerçekleşen fesadı giderme muhayyerliği, esasında sıhhat şartlarını taşımayan akde tarafların kendi iradelerini ortaya koyarak akiddeki hatayı tamir edip etmeme şıklarından birisini seçme temeline dayanmaktadır. Mesela, faizli borç akdi, fâsid bir

<sup>627</sup> Fesadın terim anlamı için bkz. Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fıkhî*, s. 372.

<sup>628</sup> Mevslî, *el-İhtiyâr*, II, ss. 273-274; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 183-184; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, ss. 181-182; İbn Âbidîn, *Reddü'l Muhtâr*, VII, s. 233; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 423; Apaydın, "Mevkuf", XXIX, s. 438.

akid sayılmakla birlikte, faizden vazgeçildiği takdirde akid sahih hale dönüşebilecektir. Bu akidde bireylerin faiz şartını akidden kaldırma ya da akdi tamamen yok sayma şeklinde iki tercih hakları olup, faiz şartını ortadan kaldırmaları bir fesadı giderme işlemidir. Fesad giderilinceye kadar hükümsüz (*askıda/mevkuf*) sayılan akid, sıhhat kazandıktan sonra hüküm ifade etmeye başlayacaktır.<sup>629</sup>

Fesadı giderme muhayyerliği, daha önce de ifade edildiği gibi, akdin sıhhat aşamasında gerçekleşen bir muhayyerlik türü olup, lüzum aşamasıyla ilgili değildir. Akdin lüzum aşamasında gerçekleşen muhayyerlik türleri kimi zaman iki tarafın icâzetine kimi zaman da tek tarafın icâzetine ihtiyaç duyarken, fesadı giderme muhayyerliğinde akdin sıhhat kazanması, mutlaka iki tarafın da onayına ihtiyaç duymaktadır. Bu muhayyerliğin diğer bir yönü, akidle birlikte taraflara mülkiyetin intikal etmemesi yani muhayyerlik sürecinde akdin herhangi bir hüküm meydana getirmemesidir.

### 3.1.3.2.2 Yetkisiz Şahsın Akdine İcâzet Muhayyerliği

Hukukî bir yetkiye dayanmaksızın, bir başkası adına tasarrufta bulunan kişiye fuzûlî denir.<sup>630</sup> Bir başkası adına hukukî tasarrufta bulunmak icâzet muhayyerliğine yol açtığı gibi, mümeyyiz çocuk gibi eksik eda ehliyetine sahip bireylerin kendi hesabına yaptıkları hukukî işlemler de velî açısından bu muhayyerliğe sebep olmaktadır. Akdin nefazını kuruluşundan ayrı değerlendiren fakihlere göre, fuzûlînin yaptığı akid, asıl söz sahibi şahsın icâzet vermesiyle geçerli hale gelmektedir. İcâzet yetkisi olan şahsın onayından önce akid, mevkuftur, yani hükümsüz şekilde beklemektedir. Yetkili şahsın onay veya reddetme/fesih şıklarından birisini tercih etme esasına dayanan bu muhayyerlik, her türlü akidde meydana gelebilmektedir.<sup>631</sup>

Buradaki icâzet muhayyerliği, fuzûlînin bir başkası adına yapmış olduğu akidleri kapsadığı gibi, velî, vasî ve vekil tarafından yapıp asilin onayına ihtiyaç duyan her

---

<sup>629</sup> Fâsid akdin sahih hale dönüşmesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 214; krş. Servet Armağan, *Fıkhu'l-Muâmelâti'l-Mâliyyeti'l-Muâsara*, (Gözden geçirilmiş 2. baskı), İstanbul: Gündönümü Yay., 2012, ss. 31-32.

<sup>630</sup> Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fikhî*, s. 287.

<sup>631</sup> İbn Âbidîn, *Reddü'l Muhtâr*, VII, s. 311; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 165; Zuhayfî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 533.

türlü akidde de meydana gelebilmektedir.<sup>632</sup> Mesela, sadece belli marka ve modelde bir araba almak üzere vekil kılınan bir şahıs, yalnızca o marka ve modelde bir araç satın alabilme yetkisine sahiptir. Şayet vekil, vekili olduğu şahıs adına farklı marka ve modelde bir araç satın almışsa, bu akid, asilin icâzetiyle geçerli/nâfiz hale gelebilecektir. İcâzet işleminden önce, ilgili akid hükümsüz olacağı için, onay verilinceye kadar malda oluşacak herhangi bir zarar, asil tarafına tazmin ettirilemez.

İslam hukukuna göre bir şahıs, tüm terekesinin sadece üçte birini vasiyet yoluyla mirasçıları dışında bir başkasına bırakabilir. Vârislerin dışında herhangi bir şahsa terekenin üçte birinden fazla yapılan vasiyete, vârislerin icâzet vermesi gerekmektedir. Çünkü İslam miras hukukuna göre, bir şahıs öldükten sonra en fazla malının üçte biri hakkında tasarruf yetkisine sahiptir. Geri kalan üçte ikilik kısım, vârislerin hakkı sayılıp miras bırakanın bu mal üzerindeki tasarrufları, vârislerin icâzetine ihtiyaç duymaktadır.<sup>633</sup> Yani ölenin, vârislerin hakkı olan kısım üzerindeki tasarrufları, hukukî olarak fuzûlînin tasarrufları gibi değerlendirilir. Böylece vârisler için tanınmış olan buradaki icâzet muhayyerliği hakkı, vârisler tarafından üçte biri geçen ve kendi hakları olan malı bir başkasına verme veya vermeme şıklarından birisini seçme esasına dayanır. Bir yönüyle hibe sayılabilecek olan buradaki vasiyete icâzet, mevkuf bir işlemi nâfiz kılma eylemidir.<sup>634</sup>

İcâzet verilinceye kadar mevkuf olan akidler, yetkili olan şahısların icâzetiyle birlikte nâfiz hale gelmektedir. Bu sebeple burada ele aldığımız, *yetkisiz şahsın akdine icâzet muhayyerliği*, akdin nefaz aşamasıyla ilişkili olup, akdin kuruluş ve sıhhat şartlarını etkilememektedir. Fakat muhayyerlik neticesinde işleme icâzet verilmediği takdirde akdin geriye dönük hükümleri de geçersiz sayılmaktadır.

TBK'da hukukî yetkisi olmaksızın bir şahsın başkası adına yaptığı işlemlerin yetkili şahsın icâzeti ile geçerli olacağı, aksi halde geçersiz sayılacağı ifade edilmektedir.<sup>635</sup>

<sup>632</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, ss. 311-313; Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 153.

<sup>633</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, III, s. 222; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 315; Bilmen, *Kâmus*, V, ss. 148-149; Çeker, *Akidler*, s. 226.

<sup>634</sup> Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 154.

<sup>635</sup> “Bir kimse yetkisi olmadığı halde temsilci olarak bir hukukî işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar. Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunandan, uygun bir süre içinde bu hukukî işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda diğer taraf bu işlemle bağlı olmaktan kurtulur.”Bkz. *TBK*, Md. 46.



İlgili kanuna göre, bu şekilde icâzet verme yetkisine sahip olan bireyin icâzet muhayyerliğinden söz etmek mümkündür.

### 3.1.3.2.3 Kısıtlının Akdine İcâzet Muhayyerliği

İslam hukukuna göre eksik eda ehliyetine sahip bir şahıs, vasîsinin veya velisinin onayına ihtiyaç duymadan, yalnızca “tam anlamıyla kendi lehine” olan akidleri gerçekleştirebilme yetkisine/hakkına sahiptir. Kendi zararına olan akidleri gerçekleştirme yetkisi olmayan birey, hem faydalı hem de zararlı olması muhtemel olan akidleri, vasînin veya velisinin izni ile gerçekleştirebilecektir. Bu nedenle, buradaki icâzet muhayyerliği, temsilciye tanınmış bir muhayyerlik türü olup, temsil ettiği şahsın gerçekleştirmiş olduğu, fayda ve zararı muhtemel bir akde icâzet verme ya da reddetme şıklarından birisini tercih etmesi esasına dayanmaktadır. Kısıtlı olarak nitelenenler; mümeyyiz çocuk, ölüm hastası, akıl sağlığı yerinde olmayan ve hakim kararı ile kısıtlanmış (*mahcûr*)<sup>636</sup> kimselerdir.<sup>637</sup>

Ölüm hastası (*Marazı mevt*) da bir nevi kısıtlı sayıldığı için, onun akidleri ve tasarrufları, hukukî olarak kısıtlının yapmış olduğu akidlere benzemektedir. Bu nedenle, ölüm hastasının yaptığı akde varislerin icâzet muhayyerliği de kısıtlının akdine icâzet muhayyerliği çerçevesine uymaktadır. Ancak icâzet verme yetkisi vârislere tanındığı için, buradaki icâzet muhayyerliği, vârislere ait bir muhayyerlik türü olarak görülür. Yani burada taraflar açısından farklı bir mevkuf olma durumu vardır.<sup>638</sup>

Bunama (*ateh*) da bir kısıtlılık hali sayılmış ve bunağın (*matuh*) akidleri, tıpkı mümeyyiz çocuk gibi “tam anlamıyla kendi yararına” ise geçerli sayılmış ve yarar ve zararı muhtemel olanlar ise velînin icâzetine bağlanmıştır. Fakat bunağın akıl ve idraki tamamen kaybolmuş ise akıl hastası (*deli*) gibi sayılarak akidleri geçersiz sayılmıştır. Yani akıl hastasının yaptığı akidler, mevkuf değil bâtil kabul edildiği için, böyle bir bunağın akdine icâzet verme muhayyerliği de söz konusu olmamaktadır.<sup>639</sup>

Kısıtlının akdine icâzet, mevkuf olan akdi yetkili şahsın onaylaması ya da

---

<sup>636</sup> Bireyin kendi malı üzerindeki tasarruflarını kısıtlamaya hacr denir. Bkz. Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fıkhî*, s. 77.

<sup>637</sup> Hacr sebepleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çeker, *Akidler*, ss. 36-37.

<sup>638</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, s. 176. Ayrıca bkz. Muhsin Koçak, *İslam Vasiyet Hukuku*, Samsun: Eser Matbaası, 1991, ss. 103-105.

<sup>639</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, II, ss. 12-13; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 112.

reddetmesi esasına dayandığı için, bu durum akdin nefaz aşamasıyla ilgili bir muhayyerlik türüdür. Zira akid, in'ikad ve sıhhat aşamalarını tamamlamış, yetkili şahsın onay vermesi için askıda beklemektedir.

TBK'da kısıtlının akdine icâzet muhayyerliği geçerli kabul edilmiş ve bu icâzetin yazılı şekilde olması gerektiği vurgulanarak sözleşmenin sağlam bir zemine oturması amaçlanmıştır. İlgili maddede mümeyyiz çocuk ve kısıtlı bireyler aynı kapsamda değerlendirilerek tek başlarına yaptıkları sözleşmeler tam anlamıyla geçerli sayılmamış, yasal temsilcilerinin icâzeti ile sözleşmelerin kurulabileceği ifade edilmiştir.<sup>640</sup>

### 3.1.3.2.4 Zorlananın Akdine İcâzet Muhayyerliği

İslam hukukuna göre kanunun emrettiği işleri yerine getirmeyen bireylerin kanunî olarak zorlanmasına icbar, kanunî olmayan hukuk dışı zorlamalar ise ikrah terimiyle ifade edilmektedir.<sup>641</sup> Bu bağlamda kanunî bir yetkiyle cebir kullanılarak gerçekleştirilmiş olan akidler, zorlanan tarafa muhayyerlik hakkı sağlamamakta iken; kanunî bir yetki olmaksızın zor (*ikrah*) kullanılarak gerçekleştirilmiş akidler, zorlanan tarafa (*mükreh*) muhayyerlik hakkı sağlamaktadır. Buna göre mesela, malını bir başkasının zorlamasıyla satmış olan bir şahıs, daha sonra ikrahtan kurtulduğunda bu akdi geçerli kılma veya fesh etme hakkına sahiptir. Zorlananın muhayyerliğini ifade eden bu tercih hakkı, Hanefîlere göre akidlerin birçoğunda geçerli kabul edilmekle birlikte, feshi kabil olmayan nikah akdi ve talak gibi hukukî tasarruflarda geçerli kabul edilmemiş, zorlama altında yapılan işlem geçerli ve bağlayıcı sayılmıştır. Diğer fakihlere göre ikrah, akdin kuruluş şartlarından olan sıhhat şartına engel teşkil ettiği için, doğrudan akdi geçersiz kılmakta, dolayısıyla zorlananın muhayyerlik hakkı da oluşmamaktadır.<sup>642</sup>

Zorlanan şahsın, mevkuf olan akdi onaylaması veya reddetmesi esasına dayandığı

<sup>640</sup> “Ayırt etme gücüne sahip bir küçük veya kısıtlı tarafından yapılmış olan taksitle satış sözleşmesinin geçerliliği, yasal temsilcinin yazılı rızasına bağlıdır. Bu durumda rızanın, en geç sözleşmenin kurulduğu anda verilmiş olması gerekir” Bkz. *TBK*, Md. 254.

<sup>641</sup> Nitekim İslam hukukunda nafaka yükümlülüğünü imkanı olduğu halde kasten yerine getirmeyen kocanın, bu sorumluluğunu yerine getirmesi konusunda kanunen zorlanması ya da yetkili irade tarafından namazı kasten mazeretsiz terk edenin namaz kılmaya zorlanması, icbar kavramıyla ifade edilir. İkraha kavramı, çalışmamızın kavramsal çerçeve bölümünde “*ikrah*” başlığı altında ayrıntılı şekilde ele alınmıştır.

<sup>642</sup> Bkz. Meydânî, *el-Lübâb*, III, s. 178; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 185; Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi'*, s. 305.

için, burada ele alınan muhayyerlik, akdin nefaz şartlarıyla ilgilidir. Zira ikrah altında yapılmış olsa bile akid, in'ikad ve sıhhat aşamalarını tamamlamış olup şahsın onay vermesi için askıda beklemektedir.

TBK'da karşı tarafın zorlaması sonucu sözleşme yapmış olan bireyin muhayyerlik hakkı olduğu kabul edilmiş ve muhayyerlik süresi bir yıl olarak belirlenmiştir.<sup>643</sup> Hanefîlerin de kabul ettiği gibi, muhayyer olan taraf, sözleşmeyi onaylayarak veya fesh ederek bu muhayyerlik hakkını kullanabilecektir.

### 3.1.3.2 Gayrı Lâzım Akidlerde Muhayyerlikler

Gayrı lâzım akidler bağlayıcı olmadıkları için gerek akid esnasında gerekse akid tamamlandıktan sonraki herhangi bir süreçte, tarafların akdi fesh edebilme hakkı vardır.<sup>644</sup> Bu nedenle burada ele alınacak olan muhayyerlikler, “teorik düzeyde” bireylerin seçme hakkına dayanmaktadır.

Bu başlıkta ele alınacak olan muhayyerlikler, vekâlet, vasiyet ve hibe gibi akidlerin hukukî olarak bağlayıcı olmayışından kaynaklanmakta olup, bir nedenle karşı taraf için hak kaybına neden olacak bir durum meydana geldiğinde ilgili akid bağlayıcı hale dönüşmekte<sup>645</sup> ve gayrı lâzım oluşundan kaynaklanan akdi tek taraflı fesh edebilme imkanı da ortadan kalkmaktadır.

Burada daha çok belli başlı gayrı lâzım akidlerdeki muhayyerliklere değinilerek konu örneklendirilmeye çalışılacaktır. Tüm gayrı lâzım akidleri muhayyerlikler açısından ele almak çalışmamızın sınırlarını aşacağı gibi, örnekler üzerinden bakıldığında genel itibariyle gayrı lâzım akidlerin, benzer muhayyerlik süreçlerine sahip oldukları görülecektir. Zira gayrı lâzım akidler, teslim veya kabz ile tamam olma, aynî akidlerden olma gibi ortak özelliklere sahiptir.<sup>646</sup> Bu muhayyerliklerin diğer bir ortak özelliği, akdin lüzum aşamasında etkili olmalarıdır. Çünkü gayrı lâzım akidler, in'ikad, sıhhat ve nefaz şartlarını taşımakla birlikte, hukukî olarak bağlayıcı

---

<sup>643</sup> “Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir.” Bkz. *TBK*, Md. 36. “Korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.” Bkz. *TBK*, Md. 39.

<sup>644</sup> Karadâğî, *Mebdeü'r-Rızâ*, I, s. 149.

<sup>645</sup> Krş. Bardakoğlu, “Fesih”, XII, s. 429.

<sup>646</sup> Akidlerin ayrıntılı tasnifi için bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, ss. 52-55.

olmadıkları için, akdin lüzum şartları açısından bakıldığında daima feshe kabil akidlerdendir.

### 3.1.3.2.1 Vaadden Dönme Muhayyerliği

İleri bir tarihte bir şeyi yapma veya vermeyi kabul etme anlamına gelen vaadin<sup>647</sup> konusu, bir akdi gerçekleştirme sözü olabildiği gibi bir işi yapma taahhütü de olabilmektedir. Vaad, hukukî anlamda bir akid değil bir tasarruf olup, akdin hazırlık süreciyle ilgili bir husustur. Burada ele aldığımız vaad ise hukukî netice meydana getiren vaadlerdir. Hukukî sonuç meydana getirmeyen vaadler, konumuzun dışında tutulmuştur.

Bireyin herhangi bir hususta verdiği sözden dönmesi anlamına gelen vaadden dönme, akidlerde de benzer anlamda kullanılmış olup, bireyin kendi adına bağlayıcılık meydana getirmeyecek şekilde gerçekleştirdiği her türlü akid vaadi, bu kapsama girmektedir.

Vaadden dönme muhayyerliği, lâzım ve gayrı lâzım her türden akidle ilgili olup taraflar için bağlayıcı olmayan, vazgeçmeleri her an mümkün olan hususları kapsamaktadır. Mesela borç vaadi, hibe vaadi, kefil olma vaadi ve satım vaadi gibi bağlayıcı türden olmayan tasarruflarda bireyin vaadinden dönebilme imkanı her an mevcut olup birey dilediği an bu muhayyerliğini kullanabilmektedir. *Bu yönüyle vaadden dönme muhayyerliği “teorik olarak” akidlerin hazırlık süreciyle ilgili hususları ilgilendirmektedir.* Nitekim teberrunun ancak kabz ile tamamlanmış<sup>648</sup> olacağı hükmü, kanaatimizce bu tür işlemlerde kabzdan önceki her türlü söz veya tasarrufun, vaad kapsamında düşünülmesinden kaynaklanmaktadır.

Vaadden dönme muhayyerliği, hukukî anlamda mümkün olup İslam hukukunda cezâ bir müeyyideyi gerektirmese de âyetlerde bireylerin vermiş olduğu sözü yerine getirmemesi yerilmiş ve Müslüman bireylerin verdikleri sözde durmaları tavsiye edilmiştir.<sup>649</sup> Bu yönüyle, vaadden dönme muhayyerliğinin keyfî durumlarda değil, kabul edilebilir bir mazeret durumunda kullanılması hem insânî bir erdemlilik, hem de

<sup>647</sup> Tanım için bkz. Kal’acî, *el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, II, s. 1968.

<sup>648</sup> Ali Haydar, *Düreru’l-Hükkâm*, I, s. 51.

<sup>649</sup> Krş. “Ey iman edenler! Yapmayacağınız şeyleri niçin söylüyorsunuz?” es-Sâff 61/2; “Anlaşma yaptığınız zaman, Allah’ın ahdini yerine getirin...” en-Nahl 16/92.

Müslümanca bir davranış olacaktır. Yani keyfi olarak vaaddan dönme, hukukî anlamda bir müeyyide gerektirmese de böyle bir eylemin diyaneten caiz olmayacağı, uhrevî bir sorumluluğunun olacağı açıktır.

Tek taraflı iradenin bağlayıcı olduğunu savunan Mâlikîler, vaaddan dönme muhayyerliği konusunda ittifak halinde olmasalar da diğer fakihlere göre daha farklı bir yaklaşıma sahiptirler. Vaadi ikiye ayıran Mâlikîler, *bir işi ya da bir sözü kabule ait vaadin* bağlayıcı olmadığını ancak, *bir işi yapmak üzere söz vermek* şeklindeki bir *taahhütin* hukukî netice meydana getireceğini savunurlar. Yani onlara göre birinci tür vaad bağlayıcı değilken, tek taraflı irade ile gerçekleştirilen taahhüt şeklindeki vaadler, bağlayıcıdır. Nitekim sebebe dayalı yani karşı tarafı eyleme geçirecek türden vaadlerin bağlayıcı olacağı kabulü de bu mezhepte ağırlık kazanmıştır. Mesela, evlendiğinde kendisine borç vereceğini vaadeden bir kimsenin, karşı tarafın eyleme geçmesi durumunda yaptığı vaadin bağlayıcı olması gerektiğini savunmuşlardır.<sup>650</sup>

Tek taraflı iradenin bağlayıcı olduğunu savunmalarına rağmen Mâlikîler, vaadin bağlayıcı olduğu konusunda ittifak etmemişlerdir. İnsanların anlık ve düşünmeden herhangi bir itici sebeple gerçekleştirmiş oldukları tek taraflı vaad ve sözlerin bağlayıcı sayılması ve hukukî bir yaptırıma tâbî tutulması, vaadi bir akid gibi değerlendirmeye sebep olacaktır. Hâlbuki vaad, bir akid değildir. Şu halde cumhurun da kabul ettiği üzere, vaadlerin akid gibi bağlayıcı olmadığı düşüncesi akid ve muhayyerlik mantığı açısından daha isabetli bir düşüncedir. Ancak karşı tarafı eyleme geçiren ve gerçekleşmediği takdirde maddî zarara sebep olan vaadlerin bağlayıcılık kazanması da ayrıca ele alınması gereken bir husustur. Nitekim Kal’acî de bu hususa işaret etmek maksadıyla, karşı tarafı eyleme geçiren ve maddî zarara sokan mütesebbibin, hem diyâneten hem de kazâen sorumlu olduğunu, bu nedenle de tazminle sorumlu olacağını belirtmektedir.<sup>651</sup>

<sup>650</sup> Bkz. Karâfî, *ez-Zahîra*, V, s. 366; Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü’t-Teşrîyye*, II, s. 711; Karaman vaadin bağlayıcılığı konusunda Mâlikîlerin dört farklı görüşe sahip olduklarını zikreder; *birincisi*, vaadde bulunanın ölümü ya da iflâsı durumunda bağlayıcılık son bulur. *İkicisi*, diğer fakihlerin de kabul ettiği gibi vaadler bağlayıcı değildir. *Üçüncüsü*, evlenecek bireye yardım sözü gibi vaad bir sebebe dayanıyorsa, bağlayıcıdır. *Dördüncüsü* ise vaad bir sebebe dayanıyor ve karşı taraf da bu sebebe binaen bir teşebbüste bulunarak borç altına girmişse bağlayıcıdır. Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 43.

<sup>651</sup> Kal’acî, *el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, II, s. 1968; ayrıca vaadin bağlayıcılığı ile ilgili bir yüksek lisans çalışması örneği için bkz. Kamil Yelek, “İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans

Birebir aynı olmasa da TBK’da ödül vaadi bağlayıcı kabul edilmiş ve bir sonucun gerçekleşmesi karşılığında ödül vereceğini ilan yoluyla duyuran kimse, sözünü yerine getirmekle yükümlü kılınmıştır.<sup>652</sup>

### 3.1.3.2.2 Hibeden Dönme Muhayyerliği

Hayatta olan bir şahsın, bir malı karşılıksız olarak bir başkasına vermesi anlamına gelen hibe, İslam hukukuna göre, teberruat akidlerindendir.<sup>653</sup> Hibe, maddi bir karşılık beklemeksizin, malı geri almamak üzere yapılmalıdır. Hibe akdi bağlayıcı bir akid olmasa da kabz ile hukuki sonuçlar meydana gelmektedir. Bazı istisnaları olmakla birlikte,<sup>654</sup> bir başkasına yapılan hibe, henüz hibeyi alanın mülkiyetinde bulunuyorsa, mekruh kabul edilmekle birlikte dönülebilecektir. Bu Hanefîlerin kabul ettiği görüş olup, diğer fakihlere göre böyle bir hibeden dönülemez. Hatta Mâlikîler, hibe akdinin malın tesliminden önce de bağlayıcı olduğunu savunmaktadırlar.<sup>655</sup>

Fakihlerin çoğunluğuna göre hibe, gayrı lâzım akidlerden sayıldığı için, kabz öncesinde her iki tarafın akidden dönmesi mümkündür. Fakat burada meydana gelen muhayyerlik, hibeden dönmeyi kınayan rivayetler<sup>656</sup> nedeniyle fakihler arasında farklı değerlendirmelere neden olmuştur.<sup>657</sup> Hanefî ve Şafîîlerin bakış açısıyla gayrı lâzım akidlerden sayılan hibe, hibeyi kabul eden şahsa malın teslimi yapıldığında akid lâzım hale dönüşecektir. Malın tesliminden önce hibede bulunan şahsın, yaptığı işlemten dönme muhayyerliği hakkı olduğu gibi, hibeyi alanın da akidden dönme hakkı vardır. Ancak hibe akdi, teslim tamamlandıktan sonra, hibe veren için lâzım hale dönüşmüş kabul edilerek, hibe verenin akidden dönme muhayyerliği son bulmuş sayılmaktadır.<sup>658</sup>

Uygulamalarına Yansımaları”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), ss. 24, 28.

<sup>652</sup> “Bir sonucun gerçekleşmesi karşılığında ödül vereceğini ilan yoluyla duyuran kimse, sözünü yerine getirmekle yükümlüdür. Ödül sözü veren, sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayarsa veya sonucun gerçekleşmesini engellerse, dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılan giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak, bir ya da birden çok kişiye ödenecek giderlerin toplamı, ödülün değerini aşamaz.” Bkz. *TBK*, Md. 9.

<sup>653</sup> Kal’acî, *el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, II, ss. 1923-1924; Ali Bardakoğlu, “Hibe”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XVII, 1998, s. 421.

<sup>654</sup> Hanefîlere göre teslimden sonra hibeden dönülemeyen durumlar ile ilgili bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XII, s. 53; *Mecelle*, Md. 866-867.

<sup>655</sup> Krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XII, s. 53; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 315; Dimyâtî, *lânetü’t-Tâlibîn*, III, s. 176.

<sup>656</sup> Bkz. Buhârî, “Hibe”, 12; Ebû Dâvûd, “Büyü”, 84.

<sup>657</sup> İlgili değerlendirmeler için bkz. Bardakoğlu, “Hibe”, XVII, s. 425.

<sup>658</sup> Hanefîler, kabz gerçekleştiği halde malın mülkiyetinin hâlâ hibe alanda olması durumunda hukuki olarak hibeden dönülebileceğini kabul etmekte ve yasaklayıcı rivayetleri, diyânî bir yaptırım olarak

Nitekim *Mecelle*'de "Hibe ancak kabz ile tamam olur"<sup>659</sup> kaidesi zikredilerek akdin kesinlik kazanmasının teslim sürecinden sonra meydana geldiğine vurgu yapılmıştır. Fakat Mâlikîler, hibeyi bey' akdine kıyaslayarak, îcab-kabul ile bu akdin tamam olacağını ve hibeyi kabul eden tarafın, malı kabz etme hakkının oluşacağını düşünmektedirler.<sup>660</sup> Bu açıdan bakıldığında hibe akdi, hibe veren için lâzım, hibeyi alan için gayrı lâzım bir yapı sunmaktadır.

Karşılığında bir mal bulunan şartlı hibe ise bey' akdinin hükmünü aldığı varsayılmış ve lâzım türden bir akid kabul edilmiştir. Mesela, bir şahıs diğerine "kendi arabanı bana hibe etmen koşuluyla arabamı sana hibe ettim" dese ve karşı taraf da bunu kabul etse, oluşan akid, şartlı hibe akdi olup karşılıklı bedellerin mübadelesi anlamında bey' akdinin takas usulüne benzediği için, lâzım akidler sınıfındandır. Bu nedenle bu türden hibe akidlerinde hibeden dönme muhayyerliği geçerli bir muhayyerlik türü olarak kabul edilmemiştir. Ayrıca, bey' akdinde mevcut olan ayıp, görme gibi muhayyerlikler, malların tesliminden sonra şartlı hibede de geçerli olacaktır.<sup>661</sup>

Teberruat akidlerinden sayılan ve yapı olarak hibeye benzeyen, umrâ<sup>662</sup> ve rukbâ<sup>663</sup> da muhayyerlik konusu bakımından, hibenin kapsamına dâhil edilebilir. Yani bu işlemlerde akid bağlayıcı olmadığı için, taraflara vazgeçme hakkı tanınmıştır.

TBK'da hibenin resmî olarak yapılması veya malın teslim edilmesi ile bağlayıcı olacağı, haklı sebepler olmaksızın dönülemeyeceği ifade edilmektedir. Resmî olarak malın devri gerçekleşmeden veya mal fiilî olarak teslim edilmeden önce bağlayıcı

---

görmektedirler. Böylece onlar, kabzdan sonra hibeden dönmenin tenzihen mekruh olduğunu belirtmektedirler. Bkz. Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 98; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, VII, s. 290.

<sup>659</sup> *Mecelle*, Md. 57, 837.

<sup>660</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 315.

<sup>661</sup> Bkz. Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 97.

<sup>662</sup> Umrâ akdi: Bir kimsenin ölünceye kadar bir malın kullanımını bir başkasına vermesidir. Cumhura göre caiz olan umrâda malın mülkiyeti değil menfaati hibe edilmektedir. Bkz. Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fıkhî*, s. 262; Kal'acî, *Fıkıh Lugatı*, s. 226.

<sup>663</sup> Rukbâ akdi: Bir şahsın bir başkasına kendi malını (özellikle ev vurgulanmaktadır) kastederek kim önce ölürse sağ kalanın mala malik olacağını ifade etmesi ve karşı tarafın da bunu kabul etmesidir. Hanefîlere göre rukbâda malın temlikî, sakıncalı bir duruma talik edildiği için caiz görülmesi de Ebu Yusuf (ö. 182/798) ve diğer bir kısım fakihlere göre geçerli olan rukbâda malın mülkiyeti hibe edilmektedir. Bkz. Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu'l-Fıkhî*, s. 151; Kal'acî, *Fıkıh Lugatı*, s. 157; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 483. Ayrıca konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 97; Çeker, *Akidler*, ss. 211-212.

olmayan “hibe sözünden” dönmek mümkündür.<sup>664</sup>

### 3.1.3.2.3 Vasiyet Muhayyerliği

Ölümünden sonra geçerli olmak kaydıyla, bir şahsın, bir malı veya menfaati bir başkasına bedelsiz temlik etmesine vasiyet denir. Teberruat akidlerinden sayılan vasiyet akdi, gayri lâzım akidlerden olup, bireylerin tek taraflı olarak bu akdi fesh edebilme yetkileri vardır.<sup>665</sup>

Yapılan vasiyet, terekenin üçte birini geçmediği durumlarda vasiyet akidinde muhayyerlik hakkı, sadece vasiyet eden ve edileni ilgilendirirken, malın üçte birini aşan durumlarda muhayyerlik hususu, mirasçıları da ilgilendirmektedir. Çünkü vasiyet, teberru akidlerinden sayılmış ve vârislerin hukukunu ilgilendiren kısım için onların icâzeti şart koşulmuştur.<sup>666</sup> Üçte birlik sınırı aşmayan vasiyet akidinde tarafların diledikleri zaman bu akiddan vazgeçebilme hakkına sahip olmaları<sup>667</sup> ve malın üçte birlik kısmı aşan vasiyetlerde vârislerin icâzet verme muhayyerliği çalışmamızda *vasiyet muhayyerliği* olarak isimlendirilmiştir.

Vasiyet muhayyerliğinde meydana gelen muhayyerlik, akdin gayri lâzım olmasından kaynaklanmakta ve sadece vasiyet akdine özel bir muhayyerlik türü olması nedeniyle, dar kapsamlı muhayyerlikler sınıfına dâhil olmaktadır. TMK’da da vasiyet,

<sup>664</sup> “Bağışlama sözü vermenin geçerliliği, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı bir hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, ancak resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Şekle uyulmaması sebebiyle geçersiz olan bağışlama sözü verme, bağışlayan tarafından yerine getirildiğinde elden bağışlama hükmündedir. Ancak, geçerliliği resmî şekle bağlanmış olan bağışlamalarda bu hüküm uygulanmaz.” Bkz. *TBK*, Md. 288; “Bir kimse başkasına bağışlamayı önerdiği bir malı, başka mallarından fiilen ayırmış olsa bile, bağışlananın kabulüne kadar, bağışlama önerisini geri alabilir.” Bkz. *TBK*, Md. 293.

“Bağışlama sözü veren, aşağıdaki durumlarda sözünü geri alabilir ve onu ifadan kaçınabilir:

1. Elden bağışlanan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden biri varsa.
  2. Malî durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse.
  3. Bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaşmışsa.
- Bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse, ifa yükümlülüğü ortadan kalkar.” Bkz. *TBK*, Md. 296.

<sup>665</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 15; Bilmen, *Kâmus*, V, s. 115; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fukhiyye*, II, s. 1953; Koçak, *Vasiyet Hukuku*, ss. 11-12; Çeker, *Akidler*, s. 226; Abdusselam Arı, “Vasiyet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXXII, 2012, ss. 555-556.

<sup>666</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 315; Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 16; Bilmen, *Kâmus*, V, ss. 148-149. Bu husus “Yetkisiz Şahsın Akdine İcâzet Muhayyerliği” başlığında daha detaylı ele alınmıştır.

<sup>667</sup> Vasiyette bulunanın ölümü ile akdin lâzım hale gelmesi ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Koçak, *Vasiyet Hukuku*, ss. 50-53.



tarafları bağlayıcı bir sözleşme olarak görülmemiştir.<sup>668</sup>

### 3.1.3.2.4 Malı Bedelsiz Koruma ve Ödünç Verme Muhayyerliği

İslam hukukunda emânet akidlerinden sayılan “malı bedelsiz korumaya” *vedia* denir. Vedia akdi, bir şahsın kendi malını korumak amacıyla, bir başkasından yardım talep etmesi ve karşı tarafın da bu teklifi karşılıksız/bedelsiz olarak kabul etmesidir. Bir bedel karşılığında malı korumak üzere anlaşılrsa, bu akid vediaadan çok bir kiralama akdi gibi olacağından iki taraf için de bağlayıcıdır.<sup>669</sup>

Her türlü malın muhafazası anlamına gelen emânet, vedia akdinin eş anlamlısı değildir. Zira emânette, gerek bedelli olan kiralama (*icâre*) gerekse bedelsiz olan malı koruma (*vedia*) anlaşması yapılabildiği gibi, emânet, akid yapılmaksızın da gerçekleşebilmektedir. Bu yönüyle her vedia bir emânettir, fakat her emânet bir vedia değildir, diyebiliriz. Vedia akdi yapan iki taraf için, bu akid bağlayıcı olmayıp, taraflar diledikleri zaman akdi bozabilme hakkına sahiptirler. Bu şekilde bir tercih hakkına dayanan vedia akdine ait muhayyerlik, akdin gayri lâzım olan yapısından kaynaklanan bir muhayyerlik türü olup çalışmamızda bu husus, *malı bedelsiz koruma muhayyerliği* olarak isimlendirilmiştir.<sup>670</sup>

TBK’da malı koruma sözleşmesinin başta süre şart koşulmamışsa bağlayıcı olmadığı ifade edilmiş, ancak başta belirlenen süre ya da değişik koşullar ile sözleşmenin bağlayıcı olacağı kabul edilmiştir. İlgili kanunda mal sahibinden saklama işine karşılık ücret alınabileceği belirtilmekte ise de kanaatimizce bu durumda işlem, kira sözleşmesine dönüşecektir. Yine ilgili kanuna göre malı koruma işinin zarara yol açacağı durumlarda başta belirlenen süre de bağlayıcı olmayıp mal, sahibine iade edilebilecektir.<sup>671</sup>

Eserlerde *iâre* veya *âriyet* terimiyle ifade edilen *ödünç verme* akdi ise karşılıklı

<sup>668</sup> “Miras bırakan, vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameden her zaman dönebilir. Vasiyetnamenin tamamından veya bir kısmından dönülebilir.” Bkz. *TMK*, Md. 542.

<sup>669</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, II, ss. 28, 111; *Mecelle*’de vedia, “Mâlik’in, bir başkasına malını muhafaza etmesi için bırakması” şeklinde tanımlanır. *Mecelle*, Md. 764.

<sup>670</sup> Ebû Ceyb, *el-Kâmûsu ’l-Fikhî*, s. 376; Çeker, *Akidler*, ss. 213-215.

<sup>671</sup> “Saklayan, belirlenmiş olan sürenin sona ermesinden önce saklanana geri veremez. Ancak saklayan, öngörülemez durumlar dolayısıyla sözleşmenin devamı saklanan için tehlikeli veya kendisi için zararlı olursa, belirlenen sürenin sona ermesinden önce de geri verebilir. Süre belirlenmemişse, saklayan saklanana her zaman geri verebilir.” Bkz. *TBK*, Md. 565.

rızaya dayanarak bir şahsın bir malını, başka bir şahsa, bedelsiz olarak ödünç vermesi anlamına gelmektedir. Ödünç verme de bir nevi emânet sayılmakla birlikte, ödünç verilen şeyin menfaatinden istifade edilmesi amacı güdülmesi yönüyle âriyet, vadiadan ayrılırken, ödünç verilen malın tüketilmeyen ve iade edilebilen türden (kıyemî) bir mal olması yönüyle de borç (*karz*) akdinden ayrılmaktadır.<sup>672</sup> Zira karz akdinde borç verilen ürün, borç alan tarafından tüketilir (*istihlak*) ve vadesi geldiğinde alacaklıya malın misli geri ödenir. Bu şekilde diğer emânet akidlerinden ayrılan âriyet akdi, gayrı lâzım akidlerden olduğu için, taraflar açısından bağlayıcı değildir. Bağlayıcı olmayan bu akidden, her iki tarafın istediği zaman vazgeçebilme hakkı vardır. Bu hak da çalışmamızda “*ödünç verme muhayyerliği*” olarak isimlendirilmiştir.

TBK’da kullanım ödünçü olarak ifade edilen âriyet, bağlayıcı olmayan sözleşmelerden sayılmış ve sözleşmede belirtilmemişse mülk sahibinin dilediği zaman malı geri isteme hakkının olduğu ifade edilmiştir.<sup>673</sup> İlgili kanuna göre, ödünç verme muhayyerliği, geçerli bir muhayyerlik türü olup başta belirlenen süre, muhayyerliği kısıtlayıcıdır.

### 3.1.3.2.5 Karz Muhayyerliği

Karz akdi, mislini daha sonra geri almak koşuluyla, bir malı bir başkasına karşılıksız olarak vermek anlamına gelmektedir.<sup>674</sup> Karz akdi de hibe gibi, kabz ile tamamlanan akidlerdenendir.<sup>675</sup>

İslam borçlar hukukunda karz teriminin eş anlamlısı olarak borç ifadesi kullanılıyor olsa da borç hem karzı hem de karzdan daha geniş bir anlama sahip olan deyn kavramını ifade etmektedir. Hâlbuki deyn, hem karşılıksız verilen borcu hem de alış-verişte malın veresiye olan alacağı (*semen*) ifade etmesi yönüyle, hem tüketilebilen mislî mallardaki karz borcunu hem diğer alacak borçlarını ifade etmektedir. Karz

<sup>672</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, ss. 112-113; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, s. 228; Ariyet, kullanım amacıyla verilen ödünçü ifade ederken, karz ise tüketim amacıyla verilen ödünçü ifade etmektedir. Bkz. Hacı Yunus Apaydın, “Karz”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXIV, 2001, s. 521; Beşir Gözübenli, “Âriyet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., III, 1991, s. 379.

<sup>673</sup> “Ödünç konusu, kullanım süresi ve hangi amaçla kullanılacağı belirlenmeden verilmişse, ödünç veren onu dilediği zaman geri isteyebilir.” Bkz. *TBK*, Md. 384.

<sup>674</sup> Tanımlar için bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, VI, s. 132; Dimyâtî, *İlânetü't-Tâlibîn*, III, s. 58; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 13; Ebû Ceyb, *el-Kâmusu'l-Fikhî*, s. 300; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, II, s. 1574.

<sup>675</sup> Buhûfî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 362.

borcunda malın kendisi değil benzeri/misli iade edileceği için kıyemî mallarda karz cereyan etmemektedir. Karz, hem bir akid olması hem de deyne göre daha özel bir anlama sahip olması nedeniyle, burada ele aldığımız borca bağlı muhayyerlik hakları, deyn borcundan doğan değil, karz borcundan kaynaklanan türüdür.<sup>676</sup>

Karz akdinde borcun geri ödeneceği vakit başta tespit edilmiş olsa bile, belirlenen vakitten önce borcun istenebilmesi ve bu vakitten önce veya sonra borçlunun borcu ödeyebilme keyfiyeti, karz akdindeki muhayyerlik konusuna girmektedir.

İslam borçlar hukukuna göre karz akdi, gayrı lâzım akidlerden sayılmış ve taraflara diledikleri takdirde tek taraflı olarak akdi sonlandırma hakkı tanınmıştır. Ancak fakihlerin çoğunluğuna göre hukukî bir yaptırımı olmamakla birlikte, alacaklının vaktinden evvel borcu talep etmesinin doğru olmayacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte alacaklının borcu vaktinden evvel tahsili hususunda bir yaptırım uygulanmamakta, ancak bu durum hukuken olmasa da diyâneten yanlış bir davranış olarak görülmektedir.<sup>677</sup> Mâlikîler, bir kısım Hanbelîler ve İbn Hazm'a göre ise verilen sözlere bağlılığı ifade eden delillere<sup>678</sup> istinaden, karz akdinde süre, bağlayıcı sayılmış ve alacaklıya vaktinden evvel borcu talep etme hakkı tanınmamıştır.<sup>679</sup>

Karz akdinde muhayyerlik kapsamına giren diğer konu, borçlunun vakti gelmeden evvel borcunu ödeyebilme hakkına sahip olmasıdır. Ayrıca alacaklı, borcun vakti gelmeden veya geldiği halde borçluya ek süre verme konusunda muhayyerdir. Nitekim borcunu vaktinde ödeyemeyen zor durumda kalmış olan borçlunun sıkıştırılmayıp borcun vadesinin uzatılması da diyâneten tavsiye edilen bir davranıştır.<sup>680</sup>

<sup>676</sup> Daha önce de ifade edildiği gibi, karz akdini iare (karşılıksız bir malı ödünç vermek)'den ayıran en temel husus, verilen malın karzda tüketilebilir (*istihlak*) cinsten olmasıdır. Para, tüketilebilir cinsten olmamakla birlikte, misli sayıldığı için karz akdine konu olabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dalgın, "Mal kavramı", ss. 97-127. Deyn kavramının karzı kapsadığı yönünde genel bir kabul olmakla birlikte bkz. Mehmet Âkif Aydın, "Deyn", *DİA*, İstanbul: TDV Yay., IX, 1994, s. 267; Apaydın, "Karz", XXIV, s. 521. Karz kavramının deyni kapsadığı yönünde de görüş beyan edenler vardır. Bkz. Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, I, s. 880; II, s. 1574. Bununla birlikte, kanaatimizce bu iki kavram birbirlerini bütünsel anlamda tam kapsamamakla birlikte, kesişen noktaları (*umum-husus min vechin*) bulunmaktadır.

<sup>677</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 113; Apaydın, "Karz", XXIV, ss. 521-523.

<sup>678</sup> "Ey îman edenler! Yapmayacağınız şeyleri niçin söylüyorsunuz?" es-Sâff 61/2; "Anlaşma yaptığımız zaman, Allah'ın ahdini yerine getirin..." en-Nahl 16/92.

<sup>679</sup> Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-Teşriyye*, II, s. 656; Apaydın, "Karz", XXIV, s. 523.

<sup>680</sup> "Eğer (borçlu) darlık içerisinde ise bir kolaylığa ulaşmaya kadar ona kolaylık gösterin." el-Bakara 2/280; borcunu vaktinde ödemeyene uygulanacak işlem ve ceza ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Rahmi

Özetle söylemek gerekirse; hukukî anlamda karz muhayyerliği, alacaklıyı ve borçluyu ilgilendiren iki boyutu vardır. *Birincisi*, alacaklının vaktinden evvel borcu talep etme muhayyerliği; *ikincisi* ise borçlunun vakti gelmeden evvel borcunu ödeyebilme muhayyerliğidir. Karz muhayyerliği, akdin doğrudan lüzum aşamasını ilgilendiren bir hukukî süreçtir. Çünkü akid in'ikad, sıhhat ve nefaz şartlarını taşımakta ancak gayrı lâzım oluşundan dolayı, daima feshe kabil bir yapı sunmaktadır.

TBK'da tüketim ödücü olarak ele alınan karz borcunun geri iadesi konusunda tarafların belirlediği sürenin bağlayıcı olacağı, herhangi bir süre söz konusu değilse her borcun muaccel yani her an geri alınabilme hakkının bulunduğu ifade edilir.<sup>681</sup> Fakat ilgili kanunun başka bir maddesinde tüketim borcunun istenildikten sonra altı hafta içerisinde geri iade edilebileceği zikredilerek borçluya iade sürecinde bir kolaylık sağlanmıştır.<sup>682</sup>

### 3.1.3.2.6 Kefalet Muhayyerliği

Bir hakkın veya borcun güvenceye bağlanması gayesiyle, bir kimsenin asıl borçlunun alacaklı karşısındaki sorumluluğuna ya da borcuna katılması şeklinde tarif edilen kefalet, alacağı teminat altına almak amacıyla yapılan akidlerdenidir.<sup>683</sup>

Kefalet muhayyerliği, sadece kefalet akdinde meydana gelir. Bu muhayyerlik, borçlu ve kefil için tanımlanmış bir hak olmayıp, sadece alacaklının kullanabildiği bir muhayyerlik çeşitidir. Kefalet muhayyerliği, kefalet akdinin tabîî yapısından kaynaklanmakta ve tarafların başta şart koşmalarına gerek kalmadan alacaklıya doğrudan sağlanmaktadır. Bu sebeple bu muhayyerlik, akdin gereği olan

Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İstanbul: M.Ü. İFAV Yay., 1997, ss. 106-107. TBK'da borcunu vakti geldiği halde ödemeyen yani temerrüde düşen borçlu, bu hale gelmesinde kusurunun olmadığını ispat etmediği takdirde zarara uğrayanın zararını ödemekle yükümlü kılınır şöyleki; "Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür." Bkz. *TBK*, Md. 118.

<sup>681</sup> "İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur." Bkz. *TBK*, Md. 90; "Tüketim ödücü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir." Bkz. *TBK*, Md. 386.

<sup>682</sup> "Ödücün geri verilmesi konusunda belirli bir gün ya da bildirim süresi veya borcun geri istendiği anda muaccel olacağı kararlaştırılmamışsa ödünç alan, ilk istemden başlayarak altı hafta geçmedikçe ödücünü geri vermekle yükümlü değildir." Bkz. *TBK*, Md. 392.

<sup>683</sup> İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, VI, s. 221; Ebû Ceyb, *el-Kâmûsü'l-Fıkhî*, s. 311; Hacı Yunus Apaydın, "Kefalet", *DİA*, İstanbul: TDV Yay., 2002, XXV, s. 168. Ayrıca bkz. Abdullah Kahraman, *İslam Borçlar Hukukunda Kefalet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı*, İstanbul: M.Ü. İFAV, 2008, Yay., ss. 56-57.

muhayyerlikler çerçevesinde ele alınmıştır. Ayrıca kefalet muhayyerliği, çalışmamızda ele aldığımız diğer birçok muhayyerlik gibi, teorik anlamda bir muhayyerlik türü olup kavramsal anlamda temel fıkıh kaynaklarımızda meclis, şart ve vasıf gibi müstakil bir muhayyerlik türü olarak ele alınmamıştır.

Kefalet muhayyerliği, kefalet akdinin hukukî olarak lâzım litaraf olmasından kaynaklanır. Yani kefalet akdi, borçlu ve kefil için bağlayıcı olup, alacaklı için bağlayıcı değildir. Alacaklının, istediği takdirde kefil borçtan ibra etme hakkını kullanabilmesi,<sup>684</sup> kefalet muhayyerliğinin ana temasını oluşturur.

Kefalet akdinde zimmetin zimmete ilavesi yani kefilin, borçlunun borç zimmetini kendi zimmetine ilavesi söz konusu olduğu için, alacaklı, borcunu asıl borçludan talep edebileceği gibi kefilinden de bu borcu talep edebilme hakkına sahiptir.<sup>685</sup> Bu seçme hakkı, kefalet muhayyerliğinin diğer yanını oluşturmaktadır. Şu halde kefalet muhayyerliği, alacaklının tercih hakkının bulunduğu iki noktada mevcuttur; *birincisi*, kefil borçtan ibra etme hakkı, *ikincisi*, borcu hem asıldan hem de kefilinden talep etme hakkıdır.

Kefalet muhayyerliği, in'ikad, sıhhat ve nefaz şartlarını taşıyan akdin, lüzum aşamasında meydana gelen hukukî bir süreçtir. Bu muhayyerlik kullanılarak kefil borçtan ibra edildiğinde akid geçersiz hale gelmektedir. TBK'da borcun ödenmesi veya borçtan ibra ile kefalet akdinin sona ereceği ifade edilir.<sup>686</sup> İlgili kanunda “adi” ve “müteselsil” şeklinde ikiye ayrılan kefalet sözleşmesinde alacaklının sahip olduğu muhayyerlik hakkı iki farklı boyut arz etmektedir: Adi kefalette borçludan tahsil edilemediğinde borç, kefilinden talep edilirken, müteselsil kefalette alacaklı alacağını hem borçludan hem de kefilinden tahsil etme hakkına sahiptir.<sup>687</sup>

---

<sup>684</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 80.

<sup>685</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, II, s.79. Borcun hem asıldan hem de kefilinden talep edilebilmesi ile ilgili farklı değerlendirmeler de vardır. Nitekim Mâlik'in bir görüşüne göre, asil dururken kefilinden borç talep edilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 282-283.

<sup>686</sup> “Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.” Bkz. *TBK*, Md. 131. “Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.” Bkz. *TBK*, Md. 132.

<sup>687</sup> “Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefilini takip edemez.” Bkz. *TBK*, Md. 585; “Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilini takip edebilir.

### 3.1.3.3 Nikah Akdine Ait Muhayyerlikler

Aile hukukunun kapsamında olan nikah bölümü, akid ve muhayyerlik ekseninde borçlar hukukundaki akidlerle kesişen ve örtüşen husûsiyetlere sahiptir. Bu nedenle, nikah akdine ait seçimlik hakları da çalışmamızda, muhayyerlik çerçevesinde ele almayı uygun bulduk.

İslam hukukunda şartlı nikah, genel itibariyle geçerli kabul edilmediği için, şarta bağlı muhayyerlikler nikah akdinde mevcut değildir.<sup>688</sup> Ebû Hanîfe (ö. 150/767)'nin yaklaşımına göre, bu durumun sadece bir istisnâsı olup bu husus şartlı muhayyerliklerin ele alındığı bölümde işlenecektir. İslam hukukuna göre nikah akdine ait muhayyerlikler, hukûkun bireylere doğrudan sağladığı haklar olarak görüldüğü için bunlar, akdin gereği olan muhayyerlikler çerçevesine uymaktadır.

Fıkıh kaynaklarımızda nikahla ilgili farklı türde muhayyerlikler yer almakla birlikte, biz özellikle akidlerde muhayyerliğe uyan iki konu üzerinde detaylı şekilde duracağız. Bunlar, “kefâet” ve “idrak” muhayyerliğidir.

İbn Rüşd (ö. 520/1126) *eşlerin kusurlu çıkması, kadının nafakasını ve mehrini alamaması, erkeğin kaybolması ve hürriyete kavuşma* şeklinde dört tane daha muhayyerlikten bahsetmekte ise de<sup>689</sup> bu hususlar daha çok boşanma hukuku ile ilgili olduğu için, çalışmamızda bu hususlara muhayyerlik açısından ayrı bir başlıkta yer vermedik. Bununla birlikte, *eşlerin kusurlu çıkması*, akidle de bağlantılı olduğu için bu konuya, kefâet muhayyerliği başlığı altında yer verilmiştir. Ayrıca, Hanefilerin görüşü, kadındaki kusurlar nedeniyle, kocaya evliliği fesh edebilecek muhayyerlik hakkı vermeme yönündedir. Hanefilerin bu görüşünde kocanın boşama veya ikinci bir eşle evlenme hakkının olması hesaba katılmış ve kadının malî haklarının zayi olmaması hedeflenmiştir.<sup>690</sup>

*Kadının nafakasını alamaması ve erkeğin kaybolması nedeniyle oluşan tercih hakkı*

Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.” Bkz. *TBK*, Md. 586.

<sup>688</sup> Muhsin Koçak-Nihat Dalgın-Osman Şahin, *İslam Hukuku (İslam Hukukuna Giriş, Aile Hukuku, Miras ve Ceza Hukuku)*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013, s. 198.

<sup>689</sup> Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 48-51; ayrıca hangi ayıpların muhayyerliğe sebep olacağı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. el-Habîb b. Tâhir, *el-Fıkhü'l-Mâlikî ve Edilletuhû*, III, Beyrut: Müessesetü'l-Meârif, 2005, ss. 307-310.

<sup>690</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 158.

da akidle doğrudan bağlantılı konulardan olmayıp, kadına boşanma muhayyerliği sağlayan hukukî bir tasarruf olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle çalışmamızda takip ettiğimiz akidlere bağlı muhayyerlik mantığına bu konu da girmemektedir. *Hürriyete kavuşma muhayyerliği* ise kölelikten azad olma durumunda hürriyetine kavuşan bireye, eski nikahı kabul etmeme imkanı veren bir muhayyerlik olup güncelliği olmadığı için ele alınmamıştır.<sup>691</sup>

Nikah akdine ait muhayyerlikler, diğer muhayyerlik türlerinde olduğu gibi, çoğunlukla akiddeki garar, cehâlet ve bilinmezlik içermesi nedeniyle değil, taraflara aile olma bakımından, kendi hayatlarına ait en önemli karar olan evlilik hususunda karar verme yetkisi sunmayı amaçlamaktadır.<sup>692</sup> Bu bağlamda nikah akdiyle ilgili muhayyerlikler, bireylerin eda ehliyetine sahip olup olmamalarına göre ayrı başlıklarda ele alınacaktır. Ama konuya girmeden önce, nikahta yetki probleminin ele alınması gerekmektedir.

### 3.1.3.3.1 Nikah Akdinde Yetki

Nikah akdinde yetki konusu, bireyin zihinsel ve fiziksel gelişimine göre farklı hukukî süreçlere sahiptir. Ayrıca kimi fakihlere göre yetki, evlenecek bireyin cinsiyetine göre de değişebilmektedir. İslam hukukunda bireyin bulunmuş olduğu bu durumlarda nikah akdinde yetki, zorlayıcı ve ihtiyârî velayet konusu ile açıklanmıştır.<sup>693</sup>

*Zorlayıcı velayet:* İcbar (*kanunî zorlama*)<sup>694</sup> velayeti olarak da isimlendirilen bu velayet, eksik eda ehliyeti ve ehliyetsiz bireylerin hukukî tasarruflarında söz konusudur. Velîler, velîsi oldukları bu gibi şahısları izin almadan evlendirebilme yetkisine sahiptirler. Ayrıca Mâlikî ve Şâfîlilere göre, ergen bâkire kız da zorlayıcı

<sup>691</sup> İlgili muhayyerlikler hakkındaki görüş ve değerlendirmeler için bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 48-51.

<sup>692</sup> İbn Rüşd (ö. 595 h.) *Bidâye*'de bu hususa işaret etmek amacıyla satın akidindeki muhayyerlikler ile nikah akdine ait muhayyerliklerin farklı alt yapılarla sahip olduklarını, nikah akdinde “mükâreme” yani bir yuvanın kurulmasında birbirleriyle karşılıklı yardımlaşma ve dayanışmanın esas olduğu, satış akdinde ise “mükâyese” yani herkesin kendi menfaatine öncelik verdiği bir anlayışın esas alındığını ifade etmektedir. Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 10; ayrıca mükareme ve mükayese kavramlarının izahında istifade edilen *Bidâye*'nin Türkçe çevirisi için bkz. Ebu'l-Velîd el-Kurtubî İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Ahmed Meylânî (çev.), II, İstanbul: Arslan Yay., 1976, s. 12.

<sup>693</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, IV, ss. 154-155; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, ss. 187-192.

<sup>694</sup> Karaborsacılık yapan kimsenin mallarının yetkili merciler tarafından cebren satışı, kanunî bir zorlamadır. Bu husus çalışmamızda “ikrah” başlığı altında ele alınmıştır.

velayet kapsamında değerlendirilir. Fakat burada zorlayıcı velayetin sebebi, kızın ehliyetsiz oluşundan değil, bâkire oluşundan kaynaklanmaktadır. Zira ergen (*âkıl-bâliğ*) olan dul kadın, onlara göre icbar velayeti kapsamına girmemektedir.<sup>695</sup>

Fakihler eda ehliyeti tam olmayan bireyler hakkında babanın zorlayıcı velî olabileceği konusunda ittifak etmekle birlikte, bunlar dışındaki velîlerin zorlayıcı velayeti konusunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefîlere göre, baba ve ayrıca babanın babası ve bunların dışındaki asabe denilen erkek velîlerde çocuklar hakkında zorlayıcı velayet yetkisi var kabul edilmektedir.<sup>696</sup> Mâlikî ve Hanbelîlere göre yalnızca babaya tanınan bu yetki, babanın ölmeden önce belirlediği bir vasiye de tanınmıştır. Şafîlilere göre ise baba veya babanın babası dışında hiç kimse zorlayıcı velî olma hakkına sahip değildir.<sup>697</sup>

*İhtiyârî velayet*: Bu velâyet çeşiti velîye, velayeti altındaki şahsı ancak rızası ile evlendirme yetkisi verir. Buna göre, ergen ve hür bireyler kendi rızaları dâhilinde velîleri aracılığıyla nikah akidlerini gerçekleştirebilirler.<sup>698</sup>

### 3.1.3.3.1.1 Tam Eda Ehliyetine Sahip Olanların Nikah Akidindeki Yetkisi

Nikah akdine ait muhayyerlikler ile ilgili ayrıntılara geçmeden önce, bireylerin ve velîlerin nikah akdini gerçekleştirmede yetki ve sorumluluklarının sınırının ele alınması gerekmektedir.

Başkalarına ihtiyaç duymadan, kendi iradesi ve yetkisi ile bir bireyin gerek şahsı adına, gerek sahip olduğu malları hakkında hukukî açıdan tasarruf sahibi olmasına tam

<sup>695</sup> İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, III, s. 117; İbn Rüşt, *Bidâye*, II, s. 8; Bilmen, *Kâmus*, II, s. 47; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-İslâmî*, VII, ss. 187-192.

<sup>696</sup> Hanefîler bu hususta, "Nikah asabeye aittir" şeklindeki hadis delilline dayanırlar. Fakat bu rivayetin tahririni yapan Zeylâî (ö. 762) *Nasburrâye'de* herhangi bir beyanda bulunmamış yalnızca rivayeti zikrederek yetinmiş ve sahih hadis kaynaklarından yerini gösterememiştir. Ayrıca *Mektebe-i Şâmile'de* yaptığımız taramada da temel hadis kaynaklarında bu rivayetin geçmediğini tespit ettik. Bkz. Ebû Muhammed Cemâlüddin Abdullah b. Yûsuf b. Muhammed ez-Zeylaî, *Nasbu'r-râye li-Tahrîci Ehâdisi'l-Hidâye*, Muhammed Avvâme (thk.), III. Beyrut: Müessesetü Reyân li't-Tabâati ve'n-Neşr, 1997, s. 195; Ebu Yusuf (ö. 182/798) ve Muhammed (ö. 189 h.), baba ve dedeye ilave olarak, mirastaki sıraya göre asabe denilen erkek hısımlarla bunu sınırlarken, Ebu Hanîfe (ö. 150 h.) asabeden birisi bulunmaz ise velayetin anaya ve daha sonra sırasıyla zevil erhama geçeceği görüşündedir. Mergînânî, *el-Hidâye*, I, ss. 233-234; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-İslâmî*, VII, s. 747; Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul: Eramat Matbaacılık, 1995, s. 290.

<sup>697</sup> İbn Rüşt, *Bidâye*, II, ss. 9-10; Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, ss. 246-247; Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi'*, ss. 512-513; ayrıca bkz. Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 290.

<sup>698</sup> Bilmen, *Kâmus*, II, s. 47.



eda ehliyeti denir.<sup>699</sup>

Yetişkin (*akıl-bâliğ*) erkeklerin, nikah akdini gerçekleştirme konusunda yetki sahibi oldukları konusunda herhangi bir ihtilaf yoktur. Fakat yetişkin kadınların, nikah akdinde taraf olup olamayacakları ya da akdi bizzat gerçekleştirip gerçekleştiremeyecekleri konusunda ihtilaf vardır.<sup>700</sup>

Hanefilere göre hür, akıllı ve bülûğa ermiş bir kadın, nikah akdinde taraf olabilme yetkisine sahiptir. Bu yetkisini bizzat kendisi kullanabildiği gibi bir başkasını vekil kılmak suretiyle de kullanabilmektedir. Ayrıca kadın, velî veya vekil olarak, bir başkası adına da nikah akdini icra edebilme yetkisine sahiptir.<sup>701</sup> Hanefiler bu hususu, gerek ayetlerde<sup>702</sup> gerek Hz. Peygamber (s.a.v.)’den gelen hadislerde<sup>703</sup> kadının nikahta taraf olarak zikredilmesiyle gerekçelendirmektedirler. Onlara göre nasslarda hitabın doğrudan kadınlara yapılması, kadınların nikah akdinde hukukî yetkiye sahip olduklarının bir göstergesidir.<sup>704</sup>

Cumhura göre ise nikah akdinde kadının taraf olma yetkisi yoktur. Evlenecek olan kadının nikah akdi, mutlaka velîsi aracılığıyla gerçekleştirilmelidir. Cumhur, kadına nikah akdinde yetki vermemesine rağmen, dul kadının icbar (*kanunî zorlama*) ile evlendirilemeyeceğini, nikah akdi için mutlaka kadından velînin izin alması gerektiğinin altını çizmektedir. Ayrıca cumhur, bâkire<sup>705</sup> ve ergen kadının velî

<sup>699</sup> Usulcüler tarafından eda ehliyeti "kişinin dinen ve hukuken muteber olacak tarzda davranmaya ve hukukî işlem yapmaya elverişliliği" olarak tanımlansa da ibadetler ve hukukî ya da hukukî olmayan tasarruflar açısından farklı tanımlamalar yapılmıştır. Bu farklı tanımlar için bkz. Ali Bardakoğlu, "Ehliyet", *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XX, 1994, s. 536.

<sup>700</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 7-8.

<sup>701</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, ss. 231-232; Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 144.

<sup>702</sup> Hanefilere göre, "Kendisini (mehirsiz olarak) peygambere hibe eder ve peygamber de onu nikahla almak isterse..." ayetinde kadın doğrudan hitaba konu olmuştur. el-Ahzab 33/50 ve ayrıca üç talakla boşama neticesinde "beynûnetü kübrâ" oluşmasıyla ilgili ayette "Eğer erkek kadını üçüncü defa boşarsa, ondan sonra kadın bir başka erkekle evlenmedikçe onu alması kendisine helal olmaz" el-Bakara 2/230 ayetinde de hitap doğrudan kadına yapılmıştır.

<sup>703</sup> İlgili rivayetler şu şekildedir; "Dul kadın kendisi hakkında velisinden daha fazla hak sahibidir. Bekar kadından ise velîsi izin alır. Bekarın izni ise susmasıdır" Ebû Dâvûd, "Nikah", 25; Tirmizî, "Nikah", 18.

<sup>704</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 23; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, III, s. 177; Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 287.

<sup>705</sup> Kadının cebri velayete konu olması hususu, özellikle meseleyi bâkire ya da dul olma düzleminde ele alanlar açısından önemlidir. Bekâretin tanımı için bkz. Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, s. 357. Hanefilere göre, kadının dul sayılabilmesi için mutlaka cinsel birliktelik yaşamış olması gerekir. Cinsel birliktelik yaşamadan farklı nedenlerle bekaretini gitmiş olan kadın Hanefilere göre hükmen bâkire kabul edilmektedir. Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 232. Şâfîlilere göre ise cinsel birlikteliğe ilave olarak bunun

tarafından icbar ile evlendirilebileceğini kabul etmektedir.<sup>706</sup> Cumhurun kadına nikah akdinde yetki vermemesinin gerekçesi, Hanefî fakihlerin iddialarının tam aksine, nikah akdi ile ilgili nasslarda hitabın kadına değil, velîye yapılmasıdır. Hitap velîye yapıldığına göre, nikah akdetme yetkisi de velînin elinde olmalıdır.<sup>707</sup>

Kadının nikah akdinde yetkili olduğunu söyleyerek cumhurdan ayrılan Hanefîler, kimi zaman farklı nassları delil kabul etmişler kimi zaman da kullanılan rivayetleri sahih kabul etmeyerek veya farklı yorumlayarak ihtilafa sebep olmuşlardır. Konumuzun sınırlarını aşacağı için ve asıl konumuzun muhayyerlikler odaklı olması sebebiyle bu tartışmalara detaylı değinmeyeceğiz.<sup>708</sup> Hanefîlerin nassları farklı yorumlamalarının gerekçesi ise kanaatimizce onların meseleyi toplumsal düzlemde düşünerek kadına sosyal yaşantıda daha fazla yer verme anlayışıyla ilişkilidir. Mesela, alım-satım gibi maddi tasarruflarında yetkili olan kadının, nikah akdi gibi kendisi hakkında en önemli bir tasarrufta da yetkili olması gerektiğini düşünürler. Böylece kadına nikah akdinde de tasarruf yetkisi tanımışlar ve cumhurun ileri sürdüğü ve sadece velîye nikah akdi yetkisi tanıyan nassları ise farklı şekilde yorumlayarak, hitabın sadece velîye değil tüm topluma yapılan ve tavsiye niteliğinde “bekarlarınızı evlendiriniz” kabilinden, sosyal bir olaya vurgu ve teşvik düzleminde yorumlama/ele alma yoluna gitmişlerdir.<sup>709</sup>

dışında başka bir nedenden dolayı bekaretı gitmiş olan kadın da dul kabul edilmektedir. Yani hükmî bekaret anlayışı Şâfiîlerde yoktur. Bu yaklaşımların bir sonucu olarak, Şâfiîlerde bâkire için zorlayıcı velayet geçerli iken, herhangi bir şekilde bekaretı gitmiş olan yetişkin bayan ya da kız çocuk, zorlayıcı velayet altında değildir. Dolayısıyla Şâfiîlere göre zorlayıcı velayette belirleyici olan bekaret ya da dul olmaktır. Hanefîler’de ise zorlayıcı velayet kapsamına sadece akıl-baliğ olmamış çocuklar dahildir. Yani Hanefîlere göre ölçü, çocuk ya da akıl-baliğ olmaktır. Mâlikîler de Hanefîler gibi cebrî velayeti, çocuk ya da yetişkin olma açısından değerlendirmişlerdir. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 8-9; ayrıca zorlayıcı velayet ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Hasan Şahin, “Nikahta Rıza ve Cebir”, (*Yayımlanmamış yüksek lisans tezi*, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), s. 77.

<sup>706</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 11; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, ss. 31-36; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VII, ss. 187-193.

<sup>707</sup> “İman etmedikleri sürece, Allah’a ortak koşan erkeklerle de kadınlarınızı evlendirmeyin.” el-Bakara 2/221; “Boşadığımız kadınların, iddetlerini doldurmaları halinde eski eşleriyle anlaşarak tekrar evlenmelerine engel olmayın.” el-Bakara 2/232; “İçinizden evli olmayanları ve kölelerinizden ve cariyelerinizden elverişli olanları evlendiriniz.” en-Nur 24/32; “Velisiz nikah olmaz” Ebû Dâvud, “Nikah”, 20; Tirmizî, “Nikah”, 14; “bâkireden izin alınır, dul kendisi karar verir” Ebû Dâvud, “Nikah”, 25; Tirmizî, “Nikah”, 18. Cumhura göre bu nass delilleri gereği kadının nikah akdinde hukukî yetki, velîye tanınmıştır. Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 11-14.

<sup>708</sup> Konuyla ilgili detaylı tartışmalar için bkz. İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, III, s. 117.

<sup>709</sup> Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 231. Ayrıca kadının nikah akdinde taraf olması ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Mehmet Erdoğan, “İmam Ebû Hanîfe ve Kadının Nikah Akdinde Taraf Olması”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, 15/1-2, 2002, ss. 256-257.

Haneffiler, ergen bâkirenin kendi iradesi ile evlenebileceğini, velînin rızasını ya da akidde bulunmasını şart görmedikleri için kadınların yanlış kararları sonucunda uğrayabilecekleri zararı hesaba katarak velîye, bazı durumlarda nikah akdine itiraz etme ve mahkeme yoluyla akdi fesh ettirebilme imkanı tanımışlardır. Ayrıca, nikah akdini gerçekleştirmede sadece velîye yetki veren görüş sahiplerine göre de belli şartlarda kadının nikah akdine itiraz etme hakkı vardır. Bu hak kefâet muhayyerliği olarak isimlendirilmiştir.

### 3.1.3.3.1.1 Kefâet muhayyerliği

Erkeğin, evleneceği kıza denk veya bu kızdan üstün vasıflara sahip olması esasına dayanan evlilikte küfûv yani denk olma anlayışı, İslam hukukçularının birçoğu tarafından nikah akdinde değerlendirme konusu yapılmıştır. Hasan el-Basrî (ö. 110/728), Sevrî (ö. 161/778), Kerhî (ö. 340/952) ve İbn Hazm (ö. 456/1064) gibi birkaç fakih dışında fakihlerin çoğunluğu, nikah akdinde evlenecek olan bireylerin birbirlerine denk olmasını, evlilik saadeti açısından gerekli görmüşlerdir.<sup>710</sup>

Bu hususta nass deliline ve toplumsal maslahat ve örfe dayanan fakihler, evlilikte denkliğin erkekte aranması gerektiği görüşündedirler. Yani erkek, evleneceği kadına soy, hürriyet, dindarlık, mal ve sıhhat hususlarında eşit olmalıdır. Bu anlayışa göre, denklik olmadığı durumlarda nikah akdi fesh edilebilmektedir.<sup>711</sup> Bu gibi durumlarda bayan eşe ya da velîlere tanınan nikahı fesh ettirebilme hakkı, kefâet muhayyerliği olarak isimlendirilmiştir.<sup>712</sup>

Evlilikte kefâet kimi durumlarda akdi doğrudan geçersiz kılıcı bir etkiye de sahiptir. Mesela, bülûğa ermeden baba veya dede dışındaki sair velîlerin birisi tarafından nikahı akdedilen bir bireyin nikahında tarafların birbirine denk olmaması, akdi doğrudan geçersiz kılmaktadır. Ayrıca böyle bir akitte denklik erkekte arandığı gibi kadında da

<sup>710</sup> Nikahta kefâeti şart olarak görmeyen fakihlerin kefâeti reddettikleri anlamı çıkmamalıdır. Onlar evlilikte denk olma anlayışının bir ön şart olarak kabul edilmesini kabul etmemektedirler. Evlilikte denklik konusu için bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 235; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 17; Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 148; Bilmen, *Kâmus*, II, ss. 72-73; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, s. 229; ayrıca bkz. Pekdemir, “Evlilikte Denklik”, ss. 113-147.

<sup>711</sup> Mesela, maldaki eksiklik olarak görülen mehir ve nafaka konusunda yetersiz olan erkekle evlenen kadının nikahına velinin itiraz hakkı vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, I, ss. 235-236; Meydânî, *el-Lübâb*, II, s. 148.

<sup>712</sup> Çeker, *Akidler*, s. 75.

aranmaktadır.<sup>713</sup>

Evlilikte eşler arasında denklik olmadığı durumlarda meydana gelen kefâet muhayyerliği, kimi zaman evlenen bayanı kimi zaman da velîyi ilgilendirmektedir. Hanefîlere göre, bu muhayyerlik daha çok velîye söz hakkı vermektedir. Zira onlara göre kadın velîden habersiz evlenebilme hakkına/yetkisine sahiptir. Kendine denk olmayan bir erkekle evlenen kadının nikahına, velînin müdahale hakkı kefâet muhayyerliği çerçevesinde değerlendirilir.<sup>714</sup> Fakat velisiz nikah akdini geçersiz sayan ve akdin sıhhati için veliyi şart gören fakihlere göre, kadın velîsi olmadan evlenemeyeceği ve akdi gerçekleştirme yetkisi de velîde bulunduğu için, kefâet eksikliği sebebiyle akde itiraz etme hakkı da kadına tanınmıştır.<sup>715</sup> Böylece onlara göre, kefâet muhayyerliği, kadını ilgilendiren bir boyut kazanır.

Fakihlerin çoğunluğuna göre evlilikte kefâet, akdin lüzum şartlarından kabul edilmektedir. Buna göre, sahih bir şekilde akdedilmiş olan bir nikah, velî ya da evlenen kadının icâzetini gerektiriyorsa, icâzet verildiği takdirde akid bağlayıcı hale gelmektedir.<sup>716</sup> Fakat buradaki muhayyerlik sürecinde akdin meydana getirdiği mehir gibi bazı sonuçlar tahakkuk edeceği için, akid hiç olmamış gibi kabul edilemeyecektir.

Nikah akdine kefâetteki noksanlıktan dolayı icâzet vermeyerek, muhayyerlik hakkı bulunup akdin feshini talep eden kişi, bu hakkını ancak mahkemeye müracaat ederek kullanabilmektedir. Hâkim, gerekli tedkikatı yaparak denkliğin bulunmadığını tespit ettiği takdirde akdi fesh ederek evliliği sonlandırır. Fakat bu sonlandırma bir tefrik işlemi kabul edilerek bir talak işlemi sayılmadığı için, ayrılan eşler tekrar bir araya gelirlerse, oluşacak nikah akdinde üç talak hakları da mevcut şekilde devam etmektedir.<sup>717</sup>

Kefâet muhayyerliğinin kullanımı, normal şartlarda bir süre ile sınırlandırılmamışken, muhayyerlik sonucu akdin fesh edilmesinde hukukî anlamda

<sup>713</sup> Bilmen, *Kâmus*, II, s. 50.

<sup>714</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 235; Meydânî, *el-Lübâb*, II, ss. 144-148.

<sup>715</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, ss. 234-235.

<sup>716</sup> Vehbe Zuhaylî (ö. 2015), genel olarak fakihlerin lüzum şartlarından saymasıyla birlikte, Hanefîlerin bazı durumlarda kefâeti sıhhat şartlarından saydığını ifade etmektedir. Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, s. 234; ayrıca bkz. İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, III, ss. 117-118; Bilmen, *Kâmus*, II, ss. 71-72.

<sup>717</sup> Bilmen, *Kâmus*, II, s. 71.

yetkili olan hâkim, kadının çocuk doğurması durumunda akdi fesh edememektedir.<sup>718</sup> Böylece kadının çocuk doğurması, kefâet muhayyerliğini zaman bakımından sınırlayıcı bir etkiye sahiptir.<sup>719</sup>

İslam hukukuna göre, akdin feshine sebep olan kefâet, akdin kuruluş aşamasında aranır. Dolayısıyla evlilik gerçekleşikten sonra fakirleşen veya mesleğini yitiren bir erkek için yeniden kefâet aranmaz.<sup>720</sup> Aksi halde farklı hayat tecrübeleri yaşayabilen insanoğlunun, dünyada garanti altında olmayan, başta sağlık ve meslek gibi kefâet şartlarından sayılan hususların, evlilik sürecinde de devam etmesi şartı, hem evlilikleri zedeleyici hem de toplumu yıpratıcı bir etki meydana getirecektir. Ayrıca fakihlerin kefâet konusundaki tutumları, bulundukları dönemde mevcut olan örf ve toplumsal kabullere göre şekillendiği<sup>721</sup> için, kefâet konusunun güncel şartlara göre yeniden ele alınması gerekmektedir. Çünkü mesela, eskiden değersiz olan bazı meslekler, günümüzde değerli addedilebilmektedir.

Velâden habersiz kadına evlenme yetkisi veren Hanefî fakihlerin daha çok üzerinde durduğu kefâet muhayyerliği, sağlıklı kullanılmadığında kanaatimizce vahim sonuçlar meydana getirebilecek açık bir alan olarak durmaktadır. Bu nedenle Hanefîlerin önde gelen imamlarından Muhammed (ö. 189/805)'in nikah akdinde hem velîye hem de kadına yarı yarıya yetki veren şîrket velayeti anlayışının benimsenmesi, böylece kefâet konusunda oluşacak problemin en başta konuşulmasının sağlanması, hukukî istikrar ve bireylerin haklarını koruma bakımından daha emniyetli bir yol olarak görünmektedir. Günümüzde resmî makamlarca yapılan evlilik sözleşmelerinde şahitlerle birlikte velînin imzasının da bulunması ve böylece genç kızların velîlerinin kararının da dikkate alınması faydalı bir yöntem olacağını düşünmekteyiz.<sup>722</sup>

<sup>718</sup> Hanefî kaynaklar her ne kadar velâdetten bahsediliyorsa da bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, V, s. 27 hamileliğin zuhuru da muhayyerliği kısıtlayıcı kabul edilir. Nitekim Ömer Nasuhi Bilmen (ö.1971), İbn Nüceym'in (ö. 970 h.), "hamileliğin ortaya çıkmasıyla da muhayyerlik hakkının sakıt olacağı" görüşünü nakletmektedir. Bkz. Bilmen, *Kâmus*, II, s. 71; ayrıca bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, III, s. 139; Hukuk-ı Aile Kararnâmesi de bu görüşü esas almıştır şöyleki; "Adem-i kefâet sebebiyle hâkim nikahı ancak hamlin zuhurundan akdem feshedebilir..." bkz. *HAK*, Md. 50.

<sup>719</sup> Şahin, *Zamanaşımı*, s. 124.

<sup>720</sup> Bilmen, *Kâmus*, II, s. 68.

<sup>721</sup> Bkz. Aktan, "Kefâet", XXV, s. 168.

<sup>722</sup> Evlilik akdinde velînin yetkisi ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Koçak vd., *İslam Hukuku*, s. 231.

### 3.1.3.3.1.2 Tam Edâ Ehliyetine Sahip Olmayanların Nikah Akidindeki Yetkisi

Yukarıda ele aldığımız hususlar, yetişkin bireylerin nikah akidleriyle ilgili idi. Burada ele alacağımız konu ise çocukların ve akıl hastalığı olanların nikah akidlerinin yapılabilme keyfiyeti ve hukukî tasarruf yetkisinin kapsam ve süreciyle ilgili olacaktır.

İslam hukukuna göre, çocukların akid boyutunda kalan yani sözleşmeden öteye geçmeyen ve cinsel birlikteliğe varmayacak şekilde olan evlilik akidleri, fakihlerin büyük çoğunluğu tarafından geçerli kabul edilmektedir.<sup>723</sup> Akıl hastalarının evliliği konusunda ise farklı değerlendirmeler olup, fakihlerin bir kısmı bunu geçerli kabul ederken bir kısmı da bir ihtiyaca binaen onların evlendirilmesini geçerli kabul etmektedir. Ayrıca nikah akidinde çocukların ve akıl hastalarının hukukî yetkisinin boyutu veya bunların velileri tarafından evlendirilebilme yetkilerinin hukukî kapsamı konusunda derin tartışmalar vardır.

İslam hukukuna göre, hukukî tasarruf yetkisi noktasında tam eda ehliyetine sahip olmayan bireyler iki kategoride ele alınıp, temyiz gücüne sahip olanlar mümeyyiz olarak isimlendirilmişlerdir. Fakihler arasında ihtilaf olmakla birlikte bunlar, kendi başlarına alım-satım ve nikah gibi farklı akid türlerini gerçekleştirebilme yetkisine sahiptirler. Fakat onların bu şekildeki hukukî tasarrufları, velilerinin icâzetine ihtiyaç duymaktadır. Yani mesela mümeyyiz bir çocuğun yaptığı akid, mevkuf kabul edilerek velinin icâzeti ile nâfiz hale dönüşmektedir.<sup>724</sup> Temyiz çağına ulaşmayan ve gayrı mümeyyiz olarak isimlendirilenler ise hukukî tasarruf yetkisine sahip kabul edilmezler. Velileri izin verse bile yaptıkları akidler bâtil kabul edilmektedir.<sup>725</sup>

<sup>723</sup> Fakihlerin çoğunluğu, maslahat düşüncesiyle çocukların velileri tarafından evlendirilmelerine cevaz vermişlerdir. Ayrıca fakihler, çocukların evliliğinde kimlerin mücbir veli olabileceğini tartışmışlar ve bazı velilerin gerçekleştirdiği akidlerin bağlayıcı olmayacağını belirtmişlerdir. Nikah akidine ait muhayyerlikler ve velinin yetkisi için bkz. Mergînânî, *el-Hidâye*, I, s. 233; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 9-10; Buhûti, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 513; velayet ve çocukların evliliği ile ilgili ayrıntılı bilgi ve bu hususta öne sürülen deliller ile ilgili bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, ss. 179, 193; İbn Hazm (ö. 456 h.) ise küçük çocukların evlendirilemeyeceğini genel olarak kabul etmekle birlikte sadece bâkire olması durumunda buluga ermemiş kızın babası tarafından evlendirilebileceğini, şayet kız bâkire değil ise babanın da bu kızı evlendiremeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, s. 38.

<sup>724</sup> Mümeyyiz çocukluk dönemi, ortalama yedi yaş ile bülûğ çağı arasındaki dönemi kapsamaktadır. Bu dönemdeki çocuğun tam olarak yararına olan tasarrufları nâfiz kabul edilerek, velinin icâzetine ihtiyaç duyulmamaktadır. Ayrıca başkaları tarafından vekaleten hukukî işlemleri yürütebilme yetkisi, hayata bir hazırlık olması amacıyla geçerli kabul edilir. Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, III, s. 346; Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 277.

<sup>725</sup> İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, VIII, s. 89; gayrı mümeyyiz çocukluk dönemi, doğumdan sonra ortalama

Zorlayıcı velayet altında evlendirilmiş olan bir bireyin, gerekli eda ehliyetine kavuştuğunda bu evliliği devam ettirip ettirmeme konusundaki hukuku ise ayrı bir tartışma alanı olmuştur. Fakihlerin ittifakı olmamakla birlikte, bu şekilde eksik eda ehliyeti sonucu evlendirilen bireylerin, bazı muhayyerlik haklarının olduğu kabul edilmiştir. Çalışmamızda bu haklar, “İdrak muhayyerliği” başlığı altında detaylı şekilde ele alınacaktır.

### 3.1.3.3.1.2.1 İdrak Muhayyerliği

Fakihlerin çoğunluğuna göre bülûğdan önce, baba veya babanın yokluğunda dede (*babanın babası*), velî sıfatıyla küçük çocuğun ve akıl hastasının nikah akdini gerçekleştirebilme yetkisine sahiptir. Hanefîler, baba ve dedeye ilave olarak sırasıyla diğer velîlerin de benzer şekilde velîsi bulunduğu küçük erkek ve kız çocuğunu veya akıl hastasını evlendirme yetkisine sahip olduklarını kabul etmektedirler. Ancak Hanefîler, bu diğer velîlerin yapmış olduğu akdin, baba veya dede gibi şefkat taşımadıkları gerekçesiyle sorgulanabileceğini, dolayısıyla bülûğa eren veya ifakat bulan/iyileşen (*akıl hastalığından kurtulan*) bireyin, gerekli eda ehliyetini kazandığı takdirde bu akdi geçerli kılma ya da fesh etme hakkının olduğunu ifade etmişlerdir. Bu açıdan bülûğ ve iyileşme (*ifakat*) muhayyerliği, *sadece Hanefî fakihlerin kabul ettiği ve baba veya dede tarafından yapılanlar hariç, sair velîler tarafından yapılmış olan akidleri kapsamaktadır*. Her iki muhayyerlikte de (bülûğ ve ifakat) bireylerin tam eda ehliyetini kazanmaları, akli muhakeme yani idrak gücünü elde etmeleri açısından ele alındığı için, bu iki muhayyerlik idrak muhayyerliği şeklinde tek bir başlıkta ele alınmıştır.<sup>726</sup>

Bülûğ<sup>727</sup> muhayyerliği, ergenlik çağına ulaşmadan önce, evlilik akdi velîsi<sup>728</sup> tarafından yapılmış olan bireyin, bülûğa erdikten sonra evliliği devam ettirme ya da

---

yedi yaşına kadar olan dönemi kapsar. Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 277.

<sup>726</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 233; Bilmen, *Kâmus*, II, s. 50. Mâlikîlere göre yalnızca baba ya da onun seçtiği bir vasî küçük çocuğu evlendirebilme yetkisine sahiptir. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 9-10.

<sup>727</sup> Bülûğ, bireyin çocukluk evresinden çıkarak fiilen ya da hükmen cinsel yönden ergenlik kazanması anlamına gelmektedir. Bu duruma gelen birey, genel manada akdi sorumluluk altına girebilmektedir. Tanımlar için Bkz. Ebû Ceyb, *el-Kâmûsü'l-Fıkhî*, s. 41; Bardakoğlu, “Bülûğ”, VI, ss. 413-414.

<sup>728</sup> Velî, velayet yetkisini elinde bulunduran şahıstır. Velayet ise rızası olup olmadığına bakılmaksızın bir başkası üzerinde yetkili olmak ve bu şahıs adına yapılan tasarrufların geçerli olması şeklinde tarif edilmektedir. Tanımlar için bkz. Kal’acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, II, s. 1980; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, ss. 602-603; Hacı Yunus Apaydın, “Velâyet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXXIII, 2013, s. 16.

fesh ettirebilme hakkına sahip olmasına denir.<sup>729</sup> Bu muhayyerlik, sadece Hanefîlerin kabul ettiği bir muhayyerlik türü olup, cumhurun yaklaşımında böyle bir muhayyerlik türü yoktur.

Kefâet muhayyerliği kısmında izah edildiği üzere, tam ehliyeteye sahip bireylerin evliliğinde denklik, erkek tarafında aranmasına rağmen, tam ehliyeteye sahip olmayanların denkliği ise hem erkek hem de kız tarafında aranmaktadır.<sup>730</sup> Böylece, küçüklük ve akıl hastalığı gibi nedenlerle tam ehliyeteye sahip olmayan bireylerin baba ve dede dışındaki velîler tarafından yapılmış olan nikah akidleri, kefâette veya mehirdeki eksiklik veya aşırı fazlalık nedeniyle geçersiz sayılmaktadır.

Hanefîler, baba ya da dedenin akdetmiş oldukları nikah akdi için bülûğ muhayyerliği hakkı tanımazlar. Fakat baba veya dede kötü hasletleriyle<sup>731</sup> tanınmış bireyler ise mehirde ve kefâette bir eksiklik olması durumunda bunların yapmış oldukları nikahlarda çocukların menfaatlerini tam düşünemedikleri dikkate alınarak nikah akdi geçersiz/bâtıl sayılır.<sup>732</sup> Sair velîlerde de aynı durumun söz konusu olduğu hesaba katılırsa, asıl velî makamında olan baba ve dede hakkındaki ahlaki yoksunluk veya çocukların menfaatlerini düşünemeyeceği öngörüsü, onları tâlî/ikincil bir konuma düşürmektedir. Şu halde asıl velîler, diğer velîlerle aynı dereceye inmektedir. Zaten fakihlerin genel kabulü, icbar velayetinin geçerli olması ve nikahın feshe açık olmaması, asıl velî olan babanın ve dedenin engin şefkati ve başkalarının bilemeyeceği bazı maslahatları içermesi düşüncesine dayanmaktadır.<sup>733</sup>

Bülûğ muhayyerliği olan birey, bu hakkını bülûğa erdiği anda kullanabilme hakkına sahiptir. Dilerse nikaha razı olur, dilerse de nikaha razı olmadığını ifade edip fesh için hâkime müracaat edebilir. Ancak burada erkek ve kızın bu muhayyerliği kullanmasında bir ayrıma gidilmiş ve iki noktada farklılık oluşmuştur: *Birincisi*, nikah akdinden haberdar ise kızın, ergenliğe erdiğinde muhayyerlik hakkını derhal kullanması gerektiği vurgulanmıştır. Fakat erkte böyle bir zorunluluk yoktur. *İkincisi* ise nikah

<sup>729</sup> Krş. Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 233; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, III, s. 128.

<sup>730</sup> Bilmen, *Kâmus*, II, s. 50.

<sup>731</sup> Krş. Meydânî, *el-Lübâb*, III, s. 10; Bilmen (ö.1971) burada velide bulunan kötü hasletleri, “mala aşırı düşkünlük ve günahkârlık” olarak yorumlamıştır. Bilmen, *Kâmus*, II, s. 50.

<sup>732</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 233.

<sup>733</sup> Krş. Bilmen, *Kâmus*, II, s. 50.



akdi konusunda bilgi sahibi olan bâkire kızın suskunluğu da akde onay verme olarak yorumlanmıştır. Fakat akdin bağlayıcılığı için erkek, mutlaka sözlü olarak akde onay verdiğini belirtmelidir.<sup>734</sup>

Kadının muhayyerlik hakkının kullanımı bu şekilde sınırlandırılmasının nedeni, bâkirenin suskunluğunun akde rıza olarak yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Zira ergen bâkirenin, nikah için mutlaka izin vermesi gerektiğini kabul eden Hanefiler, böyle bir kızın razı olduğunu söylemekten utanacağını, bu sebeple susmasının rıza olarak kabul edileceğini ifade ederler. Susma, bir rıza alameti olarak görüldüğüne göre, akde onay verme için beklemenin de bir anlamının olmadığı gerekçesiyle, bâkirenin bülûğ muhayyerliği kullanımının ergenliğe erdiği anda fasılasız gerçekleşmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmıştır. Fakat bâkire olmayan kadının, mutlaka erkek gibi razı olduğunu söz ile ifade etmesi gerektiğini belirtmişlerdir.<sup>735</sup> Dolayısıyla bülûğ muhayyerliğinin kadın hakkında fasılasız olması gerektiği yönündeki vurgunun, bâkire hakkında olduğu, aksi durumda kadın ile erkek arasında bir farklılığın olmadığını ifade edebiliriz.

Bu muhayyerliğin tanınmasının gerekçesi, Hanefilerin baba ve babanın babası dışında geniş bir aile kitlesine zorlayıcı velayet yetkisi vermeleridir. Bir anlamda Hanefiler, bu geniş velî kitlesinin gerçekleştirebilme yetkisine sahip oldukları akidlerin ortaya çıkaracağı mağduriyetlerin önlenmesi amacıyla bir kontrol mekanizması oluşturmuşlardır.

Bülûğ muhayyerliği sonucunda nikah akdinin lâzım olması bireyin mücerred iradesi ile sağlanırken, akdin geçersiz sayılması mutlaka mahkeme süreciyle kesinlik kazanmaktadır. Yani daha önce velîsi tarafından nikah akidleri yapılan erkek ve kız çocukları, bülûğa erdikleri takdirde akdin iptal edilmesi noktasında muhayyerlik haklarını kullanırken, bir mahkeme aşaması söz konusudur.<sup>736</sup>

Ancak tarihi sürece bakıldığında bireylerin muhayyerlik haklarını kullanabilmeleri, fiilen imkansız hale gelmiş gözükmektedir. Bu sebeple Osmanlı devleti döneminde bu

---

<sup>734</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, ss. 233-234; Bilmen, *Kâmus*, II, s. 50. Ayrıca erkek ve kızın bülûğ muhayyerliği hakkını kullanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şahin, *Nikahta Rıza ve Cebr*, s. 77.

<sup>735</sup> Bilmen, *Kâmus*, II, ss. 48-49.

<sup>736</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, I, s. 233.

konuya ait birçok düzenleme yapılmış ve en son 1917 yılında kabul edilen Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile dokuz yaşından küçük olan kız ve on iki yaşından küçük olan erkek çocuklarının icbar velayeti ile evlendirilmeleri yasaklanmıştır.<sup>737</sup> Ayrıca, velîsiz evlenebilen akıl bâliğ kızların da haklarına bir kısıtlama getirilmiş ve İmam Muhammed'in ortak velayet sistemi (*şirket velayeti*) esas alınarak,<sup>738</sup> gerek kıza velîden izinsiz ve gerek velîye kızıdan izinsiz nikah akdi yapması yasaklanmıştır.<sup>739</sup> Böylece, nikah akdetme yetkisi velî ve kız tarafında yarı yarıya paylaşılan bir yetkiye dönüşmüştür.

İslam hukukuna göre, akıl hastalarının evliliği genel olarak geçerli kabul edilmekle birlikte, bazı Hanbelîlerin de katıldığı Şâfîîlerin görüşüne göre, onlar bir ihtiyaç bulunduğunda evlendirilmelidirler.<sup>740</sup>

Aklî hastalarının evlenebileceğini fakihler genel olarak onaylamalarına rağmen, bu evliliklerde yetkinin kimlerde olacağı hususunda ihtilaf vardır. Yaptığımız araştırmada akıl hastalarının evliliğine bağlı meydana gelen muhayyerliğin, bülûğ muhayyerliği ile aynı yapıya sahip olduğunu tespit ettik. Zira her iki husus da bireylerin idrak/aklî muhakeme yoksunluğu ile ilişkilendirilmiştir.

İslam hukuku kaynaklarında “ifakat muhayyerliği” şeklinde isimlendirilen iyileşme muhayyerliği, akıl hastalığı olan bireylerin baba ve dede (*babanın babası*) dışındaki velîleri tarafından evlendirilmeleri durumunda sahip oldukları seçimlik hakkı ifade etmektedir. Bu muhayyerlik de aynen bülûğ muhayyerliğinde olduğu gibi, Hanefîlerin baba ve dede dışındaki velîlere icbar velayeti yetkisi vermelerinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte kadınların evliliğinde oğul da baba gibi görülür ve yaptığı nikah akdi bağlayıcı kabul edilir. Sadece Hanefîlerin kabul ettiği bu muhayyerlik, diğer mezheplerde mevcut değildir.<sup>741</sup>

İyileşme muhayyerliğine göre birey, akıl hastası olduğu dönemde oğul, baba ve dede dışında bir velî tarafından, kendi adına yapılmış olan nikah akdine icâzet verme

<sup>737</sup> HAK, Md. 7, 10.

<sup>738</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, V, s. 10.

<sup>739</sup> Bilmen, *Kâmus*, II, s. 47; Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 291.

<sup>740</sup> Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, ss. 277-278; Şemsüddîn Muhammed b. Ebî'l-Abbâs Ahmed b. Hamza Şihâbüddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, VI, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1984, s. 262.

<sup>741</sup> Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, III, s. 117; Meydânî, *el-Lübâb*, III, s. 8; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, Heyet (haz.), I, yy.: Dâru'l-Fikr, 1310, s. 287; ayrıca bkz. Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 167.

veya bu akdi geçersiz kılma hakkına sahiptir. Hem kadın hem de erkeğe tanınmış olan bu muhayyerlik, bülûğa ermemiş bireylerce kullanılamamaktadır. Zira çocukluk da bir kısıtlılık hali sayılmıştır.<sup>742</sup>

İdrak muhayyerliği, in'ikad, sıhhat ve nefaz aşamaları tamamlanmış olan akdin, bireyin bülûğ veya aklî muhakemesini elde etmesi sonucunda işleme itiraz etme hakkı kazanması esasına dayandığı için, lüzum aşamasında meydana gelmektedir. Buna göre birey, gerekli yetkiyi elde ettiğinde akdin bağlayıcılığı sona erer ve akid fesh edilmeye kâbil bir hale dönüşür.

### 3.2 Tarafların Ön Anlaşma İle Belirledikleri Muhayyerlikler

Tarafların kendi iradeleriyle belirledikleri muhayyerlikler, bireylere doğrudan bir hak olarak verilmemektedir. Taraflar, yaptıkları akidlerde menfaatleri doğrultusunda bu muhayyerlikleri bizzat kendileri şart koşturmaktadırlar. *Îrâdî muhayyerlikler* şeklinde de isimlendirilen bu muhayyerlikleri taraflar, kendi iradeleriyle akde bir şart olarak koyabildikleri gibi, yine kendi iradeleriyle ortadan kaldırabilme yetkisine sahiptirler. Ancak kanun koyucu resmi irade, bu tür muhayyerliklerin genel sınırlarını belirleme ve bir takım şekil şartları ileri sürme yetkisine sahiptir.

Tarafların belirlemesiyle sabit olan bu tür muhayyerliklerin net bir sayı sınırı yoktur. İslam hukukunun akid serbestisi anlayışı çerçevesinde bireyler, karşı tarafın haklarına zarar vermeyecek şekilde kendi haklarını güvence altına almak amacıyla, akidlerde bir takım muhayyerlik hakları isteyebilirler. Ancak sadece şart muhayyerliğinin cevazı noktasında fakihler arasında ittifak olup, diğer iradî muhayyerliklerle ilgili ihtilaf vardır.<sup>743</sup>

Temel fıkıh kaynaklarında şartlı muhayyerlikler, şart muhayyerliği ana başlığı altında ele alınabildiği gibi, bu muhayyerlikleri kısımlandırarak ayrı başlıklarda ele alan çalışmalar da vardır. Çalışmamızda biz de bu muhayyerlikleri, ayrı birer başlıkta işleyeceğiz. Bu anlamda *tarafların ön anlaşma ile belirledikleri* muhayyerlikler çerçevesinde şart, vasıf, ödeme ve tayin olmak üzere dört temel muhayyerlikten

---

<sup>742</sup> Bilmen, *Kâmus*, II, s. 50.

<sup>743</sup> Ali Bedri Ahmed eş-Şerkâvî, *el-Hıyârâtü fi'l-Bey'*, Mısır: yy., 1990, s. 65; Apaydın, "Muhayyerlik", XXXI, s. 26.

bahsetmek mümkündür. Hanefilerin kusurlu çıkma/ayıp muhayyerliğine ait tutumları, bu muhayyerliği de şartlı muhayyerlikler çerçevesine yaklaştırsa da daha önce ele alındığı gibi bu muhayyerlik, akdin gereği olan muhayyerlikler çerçevesine daha uygun düşmektedir.

### 3.2.1 Şart Muhayyerliği

Taraflardan birinin veya her ikisinin yahut bu ikisi dışında başka bir şahsın yapılan akdi belli bir müddet içinde fesh etme veya akde icâzet verme şeklinde seçimlik bir hakka sahip olmasına şart muhayyerliği denir.<sup>744</sup> Şart muhayyerliği, akid serbestisi ve şart koşma hürriyetinin sağladığı, bireylerin ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerliklerin kapsam ve sınırlılıklarını belirlemede model bir konuma sahiptir. Şarta bağlı muhayyerliklerin birçoğu, bu muhayyerlik ekseninde tanımlanmış ve yorumlanmıştır.<sup>745</sup>

#### 3.2.1.1 Şart Muhayyerliğinin Meşruiyeti

Zâhirîlerin bazıları hariç, fakihlerin çoğunluğuna göre şart muhayyerliği, akidlerde geçerli bir muhayyerlik türüdür.<sup>746</sup> İbn Şübrüme (ö. 144/761) ve Süfyân es-Sevrî (ö. 161/778)'nin şart muhayyerliğini kabul etmediği bazı kaynaklarda ifade edilse de,<sup>747</sup> diğer bir kısım kaynaklarda onların bu muhayyerliği sadece satıcı için caiz görmediği, müşteri için hem mutlak hem de mukayyed anlamda geçerli kabul ettikleri ifade edilir.<sup>748</sup>

Şart muhayyerliğini kabul edenlere göre, Hz. Peygamber (s.a.v.)'den gelen hadisler

<sup>744</sup> *Mecelle*, Md. 300. *Mecelle*'nin orijinal metni şu şekildedir “Bâyi ya müşteri veyahut ikisi birden, müddeti ma'lume içinde bey'i fesh etmek, yahut icâzet ile infaz eylemek hususunda muhayyer olmak üzere, bey'de şart kılmak caizdir.” Şart muhayyerliği ile ilgili benzer tanımlar için bkz. Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 56; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 254; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, s. 835; ayrıca bkz. Muhammed Semîrân, “Eseru'l-Vakt fi Hıyârî's-Şart”, *el-Mecelletü'l-Ürdüniyye fi'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye*, 4/3, 2008, s. 130.

<sup>745</sup> Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 33.

<sup>746</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 223; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200.

<sup>747</sup> Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû'*, II, s. 901; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, s. 284.

<sup>748</sup> Bkz. İbn Hümâm, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, VI, s. 302; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyyü'l-Küveytiyye*, Vüzâratü'l-Evkâfi ve's-Suûnu'l-İslâmiyye (haz.), XX, Kuveyt: Dâru's-Selâsil, 1427, s. 90. Ayrıca Sevrî'nin şart muhayyerliği hakkındaki görüş ve düşünceleri için bkz. Abdulkadir Tekin, *Süfyan es-Sevrî'nin Usûlü ve Fikhi Görüşleri*, Ankara: Fecr Yay., 2015, ss. 236-237. Bu şekilde çelişkili bilgilerin yer alması, ilgili kaynaklardan görebildiğimiz kadarıyla Sevrî'nin cumhurdan farklı bir yol izleyerek sadece müşteriye bu hakkı vermesi ve başta konuşulmayan mutlak süreyi şart muhayyerliğinde geçerli saymasından kaynaklanıyor olmalıdır.

ve sahabe uygulamaları, şart muhayyerliğini desteklemektedir. Nitekim rivayete göre, başından aldığı yara sonucunda aklî muhakemesi zayıflayan ve ticarî işlerinde çoğu kez zarara uğrayan Habban b. Munkız’a Hz. Peygamber (s.a.v.) alış-veriş yaptığında “üç gün muhayyerim” demesini tavsiye etmiştir.<sup>749</sup> Ayrıca İbn Ömer’den gelen bir rivayette, Hz. Peygamber (s.a.v.)’in akidde tarafların meclisten ayrılmadıkları müddetçe muhayyer olacakları, ancak muhayyerlik üzerine satışın bundan müstesna olduğu<sup>750</sup> şeklinde akid meclisi dışında da muhayyerliğe imkan vermesi, şart muhayyerliğini savunanların ileri sürdükleri delillerdendir.<sup>751</sup>

Hanefîler, yukarıdaki delillere ilave olarak İbn Ömer’e ait görüşün de konuyu desteklediğini düşünmektedirler. Nitekim İbn Ömer’in, şart muhayyerliği çerçevesinde iki ay süren bir muhayyerliğe müsaade ettiği rivayet edilir.<sup>752</sup>

Şâfiîler, bu muhayyerliği meşrû kılan hadis delilinin yanı sıra, icmâ delilini de önemli bir kaynak olarak kabul etmektedirler. Ancak onlara göre şart muhayyerliğinde icmâ, muhayyerlik malum bir müddet üzerine yapıldığında oluşmaktadır.<sup>753</sup>

Cumhura itiraz eden ve şart muhayyerliğini kabul etmeyen bir kısım fakihler, akidlerde *garara yol açan şeylerden uzak durulması*<sup>754</sup> yönündeki rivayetleri temel alarak, bu tür bir muhayyerliği, nizaya yol açacağı düşüncesiyle geçerli saymamışlardır.<sup>755</sup> Ayrıca, bir sahabîye üç gün muhayyerlik hakkı verildiğini bildiren rivayetin husûsî bir durum için söz konusu olduğunu ve bu rivayetin hükmünün mutlak ve genel olmadığını ileri sürmüşlerdir. İbn Ömer’den gelen rivayette anlatılan muhayyerliğin ise akid meclisinde tarafların sahip olduğu meclis muhayyerliği şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade etmişlerdir.<sup>756</sup>

Günümüz tüketiciyi koruma kanunlarında alıcının sözleşmeden kimi durumlarda yedi gün, kimi durumlarda da ondört gün içinde dönebileceği ve cezai bir sorumluluk altında kalmayacağı ifade edilir. Bu durumda şart muhayyerliğine benzeyen bir

<sup>749</sup> Buhârî, “Büyü”, 48; İbn Mâce, “Kitabul Ahkâm”, 24.

<sup>750</sup> Bkz. Buhârî, “Büyü”, 44; Müslim, “Büyü”, 1531.

<sup>751</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 29; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, s. 262; Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, s. 224; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200.

<sup>752</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 261.

<sup>753</sup> Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, s. 226.

<sup>754</sup> Ebû Dâvud, “Büyü”, 25; Tirmizî, “Büyü”, 17.

<sup>755</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200.

<sup>756</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200.

muhayyerliğin günümüz kanunlarında yer aldığını, hatta bu güvencenin devlet tarafından kanundan doğan bir hak olarak vatandaşlara sağlandığını görmekteyiz.<sup>757</sup> Şu halde günümüz kanunlarında sözleşmelerde taraflara tanınan cayma hakkı, şart muhayyerliğinin sağlamış olduğu müşteri ve satıcı güvencesi çerçevesine uyumlu bir yapı sunmaktadır. Buna göre bireylerin yaptıkları alış-verişlerde belli bir süre cayma hakkına sahip olmaları, İslam hukuku açısından herhangi bir mahzur içermemekte, hatta İslam'da iradî bir muhayyerlik türü olmasına rağmen günümüzün karmaşık ekonomik dünyasında bu tür bir hakkın doğrudan hukuk tarafından sağlanmasında kanaatimizce bir mahzur bulunmamaktadır. Zira İslam hukukunda iradî muhayyerliklerin gerektiği durumlarda devlet tarafından kanunî bir güvence olarak bireylere doğrudan sağlanmasını yasaklayan bir yaklaşım yoktur.

### 3.2.1.2 Şart Muhayyerliği Bulunan Akdin Hukukî Yapısı ve Bağlayıcılığı

Şart muhayyerliği akdin lüzum aşamasında meydana gelmektedir. Zira tarafların karşılıklı irade beyanlarından sonra, belli bir müddet daha akdi onama ya da fesh etme hakkı istemeleri, akdin kuruluş aşamasında meclise ait muhayyerlikler sürecinde bireylerin sahip oldukları düşünme fırsatına ilave bir düşünme imkanı sunmaktadır.<sup>758</sup> Yani şart muhayyerliği, akdin kuruluşunu ilgilendiren meclise ait muhayyerliklerin devamı mahiyetinde bir hakkı, bireylere sağlamaktadır. Fakat bu hak, sahih bir şekilde kurulmuş akdin bağlayıcılığı ile ilgili olup, muhayyerliği olan tarafa akdi kendi iradesiyle fesh etme veya onama imkanı vermektedir. Bu muhayyerlik, lâzım akidlerde meydana gelmekte olup, tek tarafın muhayyer olduğu durumlarda akid lâzım litaraf, iki tarafın birden muhayyer olduğu durumlarda ise akid, icâzet verilinceye kadar gayrı lâzım sayılmaktadır. Mesela, müşterinin üç gün muhayyer olması şartıyla yapılan bir alış-verişte, icâzet verilinceye ya da süre doluncaya kadar akid, satıcı için lâzım, müşteri için gayrı lâzımdır ki bu şekilde tek tarafı bağlayan akidler, lâzım litaraf olarak ifade edilir. Müşterinin akde icâzet vermesi veya sürenin dolmasıyla birlikte akid kesinlik kazanır ve her iki tarafı da bağlayıcı (*lâzım litarafeyn*) bir yapı arz eder. Bu şekilde akid, esas itibariyle taşınması gereken bağlayıcılığı kazanmış olur.

<sup>757</sup> Mesela, “Tüketici, yedi gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin taksitle satış sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir.” bkz. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, Md. 18.

<sup>758</sup> Bkz. Mevsili, *el-İhtiyâr*, II, s. 262; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 30; İbn Rüşt, *Bidâye*, II, s. 200.

### 3.2.1.3 Şart Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler

Şart muhayyerliğini geçerli kabul edenlere göre bu muhayyerlik, gerek akid esnasında gerek akiddan sonra talep edilebilmektedir. Ancak bu muhayyerlik, satım ve kiralama gibi bedelli, feshi mümkün ve lâzım olan akidlerde etkili olup nikah gibi feshi mümkün olmayan işlemlerde geçersiz sayılmıştır.<sup>759</sup> Ayrıca, faize yol açacağı düşüncesiyle vadenin caiz olmadığı sarf gibi akidlerde ve satışla birlikte kabz şartı aranan işlemler ki bunlar; Hanefilere göre ölçülen ve tartılan ve Şafîlere göre yiyecek maddelerinin mübadelesi şeklinde yapılan satışlarda bu muhayyerlik türü geçerli sayılmamıştır.<sup>762</sup> Zira misli mallar kendi cinsleriyle değişimde eşit ve peşin olmalıdır.

Ayrıca Nevevî, şüf'a ve havaledede de şart muhayyerliğinin sabit olmayacağını belirtmektedir.<sup>763</sup> Kanaatimizce bunun nedeni her iki işlemde de hükmün askıda olması taraflar arasında anlaşmazlığa yol açabileceği düşüncesine dayanmaktadır.

Özetle söylemek gerekirse şart muhayyerliği şu özellikleri taşıyan akidlerde meydana gelmektedir: Lâzım, feshi mümkün ve akid meclisinde kabz şartı aranmayanlar.<sup>764</sup>

### 3.2.1.4 Şart Muhayyerliğinin Hükümleri

Şart muhayyerliğini kabul edenlere göre, hakkında kısıtlayıcı hukukî bir delil bulunmadığı için hem satıcıya hem de müşteriye muhayyerlik hakkı tanınmıştır. Taraflardan biri, muhayyerlik hakkını kendi adına şart koşabildiği gibi, uzmanlığına güvendiği birisi adına da talep edebilmektedir.<sup>765</sup> Bu şekilde belirlenen süre içerisinde hem akdin tarafı hem de muhayyerlik hakkı verilen uzman kişi, akdi onama ya da reddetme yetkisine beraber sahip olmaktadır. Fakat bu yetki, aynı zaman diliminde kullanılıp birisi akde icâzet, diğeri de akdi fesh yönünde bir işlem yaparsa, hak kaybını önlemek bakımından fesh ciheti tercih edilmektedir. Nitekim *Mecelle*'de bu hususu ilgilendiren kaide de böyle bir durumda akdin feshi yönünde bir işlemi

---

<sup>759</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 39.

<sup>762</sup> Meydânî, *el-Lübâb*, I, s. 202- II, s. 4; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 229; Buhûfî, *er-Ravdu'l-Murbi'*, ss. 324-625.

<sup>763</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 229.

<sup>764</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 30; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 537.

<sup>765</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 233; Züfer'e (ö. 158 h.) göre, akid yapanların dışındakiler için şart muhayyerliği hakkı tanınmaz. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 537.

öngörmektedir.<sup>766</sup> Her iki tarafın yani alıcı ve satıcının şart muhayyerliği hakkı olduğu bir akid, yalnızca bir tarafın icâzeti ile lâzım hale dönüştürmez. Mutlaka iki tarafın da akde icâzet vermesi gerekmektedir.<sup>767</sup>

Akdi yapanlar, satılan malın tamamında muhayyerlik hakkı talebinde bulunabildikleri gibi, malın bir bölümü için de bu hakkı talep edebilirler. Yani bin liraya satın alınan bir malın yarısında muhayyer olmayı şart koşmuş olan satıcı, isterse bu hakkını kullanarak malın yarı parasını iade ederek mala ortak olabilir. Benzer şekilde birkaç parçadan oluşan alış verişi konusu mal için de taraflar her bir parça için ayrı ayrı muhayyerlik hakkı isteyebilirler. Fakat bu şekilde gerçekleşen bir akitte, bu malın her bir parçasının fiyatı tek tek tespit edilmiş olması şarttır. Çünkü alış verişi konusu olan malın tek bir cüz'ünde muhayyerlik kullanıldığında bu cüzün fiyatı ya iade edilecek veya malın bedeli teslim edilmemişse, fiyattan düşülecektir.<sup>768</sup>

Şart muhayyerliğinin hukukî geçerliliğini kabul eden fakihler, bu muhayyerliğin kapsam ve süresiyle ilgili kendi anlayışları çerçevesinde farklı görüşler öne sürmüşlerdir.

Akidlerde şart muhayyerliği, Hanefîlerde olduğu gibi Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîlerde de geçerlidir. Mâlikîlere göre muhayyerlik müddeti, akdin konusuna göre değişebilmektedir. Mesela, elbise için bu süre bir veya iki gün iken, bir evin satışında bu süre bir ayı bulabilmektedir.<sup>769</sup> Belirlenecek süre Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ve Şâfiî (ö. 204/820)'ye göre üç günü geçemezken, İmâmeyn'e göre, taraflar süreyi kendileri belirleyebilmektedirler. Ancak, süre belirlenmeksizin koşulan muhayyerlik hususunda ihtilaf vardır. Ebû Hanîfe, üç günü geçmediği takdirde başta belirlenmemiş sürenin akdi geçersiz kılmayacağı görüşündedir. Zira buradaki şart, akdin kuruluş şartlarından değil, akdin sıhhat şartlarından sayılmıştır. Sıhhat şartları Hanefîlere göre, sonradan müdahaleye açıktır. Yani kuruluş şartları tamam olan bir akid, sıhhat şartlarındaki eksiklik nedeniyle fâsid olmuşsa da sonradan bu fesad giderilerek akid sahih hale

<sup>766</sup> “Mani ile muktazi tearuz ettikte mani takdim olunur” *Mecelle*, Md. 46.

<sup>767</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, s. 262; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 30.

<sup>768</sup> Bilmen, *Kâmus*, s. 56.

<sup>769</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200; Muhammed b. Abdullah b. Ali el-Haraşî el-Mâlikî, *Hâşiyetü'l-Haraşî ala Muhtasarı Seydî Halîl*, Şeyh Zekerîyya Umeyrât (thk.), V, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmîyye, 1997, s. 454; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, s. 402; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 60.



dönüştürülebilmektedir. Şart muhayyerliğinde ise bu durum şu şekildedir; akdi fâsid kılan süre belirlenmeksizin koşulan şart, daha sonra süre belirlenerek akde sıhhat kazandırılabilen ya da Ebû Hanîfe'ye göre, şart muhayyerliği barındıran akid, süre belirtilmediği durumda bile üç günü geçmeden karara bağlanırsa, akid sahih kabul edilmektedir.<sup>770</sup>

Ebû Hanîfe ve Şâfiî'ye göre muhayyerliğin süresinin en fazla üç gün, İmâmeyn'e göre ise tarafların anlaştığı herhangi bir süre olduğunu belirtmiştik. Hanbelîler de İmâmeyn ile aynı görüşte olup, şart muhayyerliğinde süre sınırı belirtmemişlerdir.<sup>771</sup> Ancak süre belirtmeksizin, mutlak anlamda şart koşulan muhayyerliğin İbn Şübrüme ve Sevrî'ye göre müşteri için geçerli olduğu iddia edilse de<sup>772</sup> diğer birçok fakihe göre genel kabul böyle bir şartın akdi bâtil ya da fâsid kılacağı yönündedir. Bununla birlikte, Mâlik'in de kanunî iradenin sınırlandırma yetkisi saklı kalmak koşuluyla şart muhayyerliğinin mutlak anlamda geçerli olacağına dair görüşü olduğu rivayet edilir.<sup>773</sup>

Özetle söylemek gerekirse; Ebû Hanîfe, Züfer (ö. 158/775) ve Şâfiî'ye göre üç günü geçemeyen şart muhayyerliği süresi, Mâlik'e göre örfün belirlediği şekilde sınırlanırken Ebû Yusuf, Muhammed ve Ahmed b. Hanbel'e göre taraflara diledikleri ölçüde bir süre sınırı tayin edebilme imkanı tanınmıştır. Şart muhayyerliği süresini üç gün ile sınırlamayan fakihler, muhayyerlikten kastın, düşünüp taşınmak olduğunu, bu nedenle böyle bir süre sınırının maksadı karşılamayacağını ileri sürmüşlerdir.<sup>774</sup>

Süre konusunda dikkat çekici diğer ayrıntı, Mâlik'in süre sınırını örfe bırakarak elbise ve kumaşta bir iki gün ya da evde bir ay şeklinde akdin konusuna göre belirlemede bulunmasıdır.<sup>775</sup> Mâlik'in bu yaklaşımı, maslahat düşüncesinin bir yansıması olarak işlevsel ve günün yeni şartlarına ayak uydurma açısından akidlerde uygulama kolaylığı sağladığını düşünmekteyiz. er-Rubeyş de sürenin malum olduktan sonra üç günden fazla olabileceği yönündeki görüşlerin daha sağlam bir zemine

<sup>770</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 29; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 224; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, s. 60; Şâfiîlerden İbn Münzîr (ö. 318 h.), şart muhayyerliğinde sürenin üç günden fazla olabileceği ile ilgili İmameyn ile aynı görüşü paylaşmaktadır. Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 226; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 536.

<sup>771</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 97.

<sup>772</sup> Bkz. İbn Hümâm, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, VI, s. 302.

<sup>773</sup> Bkz. Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 231; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200.

<sup>774</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200; Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 324.

<sup>775</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200.

oturduğunu ifade ettikten sonra, bu yaklaşımın hem insanların ihtiyaçlarına cevap verdiğini hem de İslam hukukunun ilkelerine ters düşmediğini belirtmektedir.<sup>776</sup>

Yukarıda da ifade edildiği gibi Ebû Hanîfe dışındaki fakihlere göre, baştan belirlenmemiş süre akdi fesh ederken, üç günde ısrar eden Ebû Hanîfe'ye göre, süre belirlenmemiş olsa da üç gün içinde kullanılan muhayyerlik hakkı, akdi sahih kılabilme imkanı vermektedir. Belirttiğimiz gibi bu yaklaşım, Hanefîlerin akdin oluşumunda sıhhat-fesad ayrımı yaparak vasıftaki noksanlığı gidermenin, akdi sağlıklı hale dönüştüreceği görüşünün<sup>777</sup> bir yansımasıdır.

Hanefîlere göre, şart muhayyerliğinin meydana getireceği hüküm, muhayyerlik hakkının satıcıda veya müşteriye olmasına göre değişebilmektedir.

*Muhayyerlik hakkı müşteriye olduğu durumda;* akid lâzım litaraf sayılıp, Ebû Hanîfeye göre malın mülkiyeti satıcıdan çıkmakta, ancak müşterinin mülkiyetine girmemektedir. Hanefî fakihlerin çoğunluğuna göre ise malın mülkiyeti müşteriye geçmektedir. Zira akid, satıcı için bağlayıcı konumda olup, müşteri için bağlayıcı değildir. Ancak malın bedeli, müşterinin mülkiyetinden çıkmamakta, muhayyerlik müddeti bitinceye kadar mevkuf bir borç olarak kalmaktadır.<sup>778</sup>

*Muhayyerlik hakkının satıcıda olduğu durumda* ise; yukarıdakine benzer şekilde Ebû Hanîfe'ye göre malın mülkiyeti satıcıdan çıkmakta, fakat müşterinin mülkiyetine girmemektedir. Hanefîlerin birçoğuna göre ise malın mülkiyeti, muhayyerlik hakkını elinde bulunduran satıcıdan çıkmamaktadır. Çünkü akid onun için bağlayıcı hale gelmemiştir. Ancak, müşteri hakkında akid bağlayıcı olduğu için, malın bedeli onun mülkiyetinden çıkmakta ve satıcıya intikal etmektedir.<sup>779</sup>

Mâlikîlere göre şart muhayyerliği süresince mebi, satıcının mülkiyetinden çıkmamaktadır. Muhayyerliğin satıcıda veya müşteriye olması, durumu

<sup>776</sup> Bkz. Abdulaziz b. Muhammed b. Osman er-Rubeys, "el-Müddetü fî Hıyârî's-Şart fî'l-Bey", *el-Mecmau'l-Fikhi'l-İslâmî*, sy. 15, 2002, s. 246.

<sup>777</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, ss. 273-274.

<sup>778</sup> Mülkiyetin intikali meselesi bazı hususlarda farklı hükûmî sonuçlara ulaşılmasına neden olabilmektedir. Mesela, Ebu Hanîfe'ye (ö. 150 h.) göre, câriyenin nikahında şart muhayyerliği geçerlidir. Çünkü câriye satın alan koca/erkek mülkiyete sahip olmadığı için nikah akdi feshedilebilecektir. İmameyne göre ise mülkiyet intikal ettiği için nikah akdinde şart muhayyerliği geçerli değildir. Zira nikahın hukukî sonuçları meydana geleceği için fesh mümkün olmayacaktır. Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 30; Apaydın, "Muhayyerlik", XXXI, s. 27.

<sup>779</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 39.

değiştirmemektedir. Fakat müşteri, yalnızca deneme amaçlı malı kullanma hakkına sahiptir.<sup>780</sup>

Şafilere göre şart muhayyerliğinde mülkiyet intikali ile ilgili farklı değerlendirmeler olmakla birlikte anlaşıldığı kadarıyla, muhayyerlik satıcıya ait ise mal onun mülkünden çıkmaz, müşteriye ait ise mal müşterinin mülkiyetine intikal etmiş sayılır. Muhayyerlik hakkına hem satıcı hem de müşteri aynı anda sahip olursa, bu durumda mal mevkuf bir mülk kabul edilir. Yani akid tamamlanırsa mal baştan itibaren müşteriye aitmiş gibi, akid bozulursa, mal satıcıya aitmiş gibi değerlendirilir. Böylece maldan hâsıl olmuş olan menfaatler, geriye dönük olarak hangi taraf mülkiyete sahip ise ona iade edilir.<sup>781</sup>

Hanbelîlere göre muhayyerlik ister satıcıya ister müşteriye ait olsun, akdin konusu olan malın mülkiyeti müşteriye intikal etmektedir. Bu süre içinde konuya bağlı meydana gelebilecek olan kazanç veya menfaat, akdin konusu olan mala tabi kılınır. Yani müşteri malı iade ederse, kazanç da mala bağlı olarak satıcıya dönmektedir. Ancak konudan ayrı kazanç (*munfasıl nema*) ve ticaret, akdin konusuna bağlı olmadığı için müşteriye ait sayılır, iade edilmez.<sup>782</sup>

Bireyin mal üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için, malın mülkiyetine sahip olması gerekmektedir. Mülkiyet intikali gerçekleştiği halde şart muhayyerliği hakkı devam eden taraf, mal üzerinde tasarrufta bulunabilme hakkına sahiptir. Bununla birlikte bu hakkını kullandığı takdirde akid üzerindeki muhayyerlik hakkını icâzet yönünde sonuçlandırmış kabul edilir.<sup>784</sup>

Sonuç olarak, şart muhayyerliği âlimlerin çoğunluğu tarafından kabul edilmiş, ancak bazı ayrıntılarda konuyla ilgili ihtilaflar meydana gelmiştir. Şart muhayyerliğinde süre sınırı konusunda özellikle Ebû Hanîfe, Züfer ve Şâfiî'nin üç günde ısrar etmesi ve Mâlik'in örf ile süreyi sınırlandırması, bu muhayyerliğin kullanımındaki keyfiliği önlemeye ait birer tedbir olarak düşünülmüştür. Ebû Yusuf, Muhammed ve Ahmed b. Hanbel, süre konusunda belirli bir sınır getirmeseler de

---

<sup>780</sup> İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 201.

<sup>781</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, ss. 252-260.

<sup>782</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, s. 97; Buhûtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 325.

<sup>784</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, ss. 240-242.

tarafların akid esnasında süreyi kendi aralarında belirlemelerini şart koşturmak suretiyle süre konusunda keyfiliğin önüne geçmeyi amaçlamışlardır.

### 3.2.1.5 Şart Muhayyerliğinin Sona Ermesi

Şart muhayyerliğinin son bulması ve akdin bir hüküm ifade etmesi şu şartlarla gerçekleşmektedir:

1) *Taraflarca belirlenen sürenin dolması*: Belirlenen süre sona erdiğinde şart muhayyerliği hakkı düşmekte ve akid bağlayıcı hale gelmektedir.<sup>785</sup>

2) *Muhayyerlik hakkı bulunan tarafın ölümü*: Hanefilere göre muhayyerlik hakkı vârislere intikal etmemektedir. Bu nedenle ölüm, muhayyerliği bitiren bir faktördür. Ancak çoğunluğa göre, bu hak vârislere intikal etmekte ve muhayyerlik son bulmamaktadır.<sup>786</sup>

3) *Akde icâzet verilmesi veya muhayyerliğin iskat edilmesi*: Muhayyerlik hakkı bulunan taraflar, akde icâzet vererek ya da muhayyerliği düşürerek bu muhayyerlik haklarını sonlandırabilirler. İcâzet verme, söz ile olabildiği gibi, mal üzerinde tasarrufta bulunma şeklinde eylem ile de olabilmektedir. Mesela, şart muhayyerliği olan müşterinin, akdin konusu olan malı satılığa çıkarması, rehin veya kiraya vermesi gibi mülkiyet ifade eden fiilî bir tasarrufta bulunması, yapmış olduğu akde icâzet verme sayılır ve muhayyerlik hakkını akde icâzet verme yönünde kullanmış kabul edilir.<sup>787</sup>

4) *Akdin fesh edilmesi*: Muhayyerlik hakkı bulunan taraflar, bu muhayyerlik haklarını kullanarak akdi fesh etme yetkisine sahiptirler. Fesh etme işlemi, icâzet vermede olduğu gibi hem söz ile hem de fiil ile yapılabilmektedir. Mesela, muhayyerlik hakkı bulunan satıcının, malı başkasına satışı fiilî bir fesih kabul edilir. Akdi fesih işlemi Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre karşı tarafın bilgisi dâhilinde olmak koşuluyla gerçekleşebilmekle birlikte, Ebû Yusuf ve Şâfiî'ye göre böyle bir şarta gerek kalmadan taraflar yalnızca kendi iradeleri ve bilgileri doğrultusunda akdi söz ile fesh etme hakkına sahiptirler.<sup>788</sup>

<sup>785</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, ss. 281, 283; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 233.

<sup>786</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 280; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 202; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, s. 246.

<sup>787</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, ss. 240-242; *Mecelle*, Md. 302; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 57.

<sup>788</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 281; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, ss. 238-241; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 58.

5) *Malın değişime uğraması veya kaybolması*: Şart muhayyerliği olan tarafın akde icâzet vermesine engel teşkil edecek bazı durumlar söz konusu olabilir. Mesela, kabzdan sonra mal telef olsa, bu durumda muhayyerlik düşer ve icâzet söz konusu olmaz.<sup>789</sup>

### 3.2.2 Vasıf Muhayyerliği

Vasıf muhayyerliği, satın alınan malda veya malın bedelinde olması gereken bir özelliğin yokluğunda müşteri veya satıcının malı iade etme ya da akdi geçerli kılma konusunda tercih hakkının bulunmasını ifade eder.<sup>790</sup> Bu muhayyerlik, klasik fıkıh eserlerinde genel olarak kusurlu çıkma ve şart muhayyerliği bünyesinde işlenmiştir. Bunun nedeni, vasıf muhayyerliğinin ayıp ve şart muhayyerliğinin karışımı bir yapı sunmasıdır. Zira bu muhayyerliğin meydana gelmesi, akid yapılırken başta vasfa ait şart koşma ve daha sonra teslim esnasında müşterinin beklediği özelliği malda bulamaması şeklindeki iki hususla ilgilidir.<sup>791</sup> Bu iki husustan birincisi, şart muhayyerliği ile ikincisi de ayıp muhayyerliği ile bağlantılıdır. Ayrıca görme muhayyerliği başlığında ele alındığı üzere, Mâlikîler ve Hanbelîler, görme muhayyerliğini sınırlı şekilde kabul etmişler ve konuyu *vasıf muhayyerliği* ile açıklamışlardır.

#### 3.2.2.1 Vasıf Muhayyerliğinin Meşruiyeti

İslam hukukunda vasıf muhayyerliği geçerli bir muhayyerlik türü olarak genel kabul görmüştür. Fakihlere göre, vasıf muhayyerliğinin delili, sütü hayvanın memesinde bırakarak müşterinin bol süt verir bir hayvan satın aldığını zannetmesine yol açan davranışın yasaklandığı rivayettir.<sup>792</sup> Bu rivayet hem kusurlu çıkma hem de vasıf ve aldatılma gibi birçok muhayyerliğe delil teşkil etmekle birlikte, hayvanın bol süt verir olması, teknik anlamda vasıfla ilgili bir durumu ilgilendirmesi yönüyle, bu rivayetin vasıf muhayyerliğini destekleme yönü daha çok kuvvet kazanmaktadır.<sup>793</sup>

<sup>789</sup> Buhâtî, *er-Ravdu'l-Murbi*, s. 326.

<sup>790</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 60; Kal'acî, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, I, s. 841.

<sup>791</sup> Akidde şart koşma ve teslimde malın gereken vasıfları taşımaması sebebiyle ayıplı sayılması, kusurlu çıkma ve şart muhayyerliği bölümünde ele alınmıştır.

<sup>792</sup> Buhârî, “Büyû”, 64; Müslim, “Büyû”, 7.

<sup>793</sup> İlgili rivayet şu şekildedir: “مَنْ ابْتِئَاعَ شَاةَ مُصْرَآةٍ، فَهُوَ فِيهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا، وَرَدَّ مَعَهَا ” صَاعًا مِنْ تَمْرٍ

Vasıf muhayyerliği, akdin konusunda veya bedelinde meydana gelen aldatılma ya da aldanma durumlarını ifade etse de tarafların kastının olup olmaması, vasıf muhayyerliği hakkını olumsuz yönde etkilememektedir. Fakihler bu muhayyerliğin sübütü konusunda ittifak etmekle birlikte, muhayyerliğin tatbikâtında farklı anlayışlara sahiptirler. Yani vasıf muhayyerliği birçok fakih tarafından şart, ayıp ve aldatılma (tedlîse ve gabna bağlı aldatılma gibi) muhayyerliği bünyesinde ele alındığı için klasik birçok eserde bu muhayyerlik müstakil bir bölüm olarak yer almamaktadır. Malın kıymetini düşüren her durumu genel anlamda ayıp olarak gören Mâlikîler, vasıf muhayyerliğinin işleyişini de ayıp muhayyerliği gibi düşünmüşlerdir. Fakat onlar, vasıf muhayyerliğinin şart ile sabit olduğunu kabul ederek ayıp muhayyerliğinden teknik anlamda ayırmışlardır.<sup>794</sup> Vehbe Zühaylî, vasıf muhayyerliğinin kıyasa muhalif olarak istihsan deliliyle caiz olduğunu zikrettikten sonra, Şâfiî ve Hanbelîlerin bu muhayyerliği kusurlu çıkma muhayyerliği bünyesinde ele aldıklarını vurgular.<sup>795</sup> Hanefîlere ait klasik fıkıh kaynaklarında da vasıf muhayyerliği, özel bir konum verilmekle birlikte, daha çok şart muhayyerliği bünyesinde ele alınmıştır.<sup>796</sup>

Ali Haydar Efendi (ö. 1935) müstakil bir başlıkta ele aldığı vasıf muhayyerliğini, *şart ile sabit olan* ve *şart ile sabit olmayan* şeklinde iki kısma ayırmış ve istenen vasfın akid esnasında zikredilmiş olması ya da ilgili vasfın örfen bilinen ve akidde aranan bir vasıf olması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>797</sup> Esasında Ali Haydar Efendi, karmaşık bir dağılımla diğer muhayyerlikler içerisinde zikredilmesi nedeniyle, vasıf muhayyerliğinin klasik fıkıh eserlerindeki belirsiz konumunu, teknik bir altyapıya kavuşturma düşüncesiyle bu ayrımı yapmıştır. Zira bu muhayyerlik, fakihlerin ilişkilendirmesine göre bazen akdin gereği olan (*hukukî olarak zorunlu*), bazen de tarafların ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerlikler çerçevesinde ele alınmıştır.<sup>798</sup>

“Musarrat olan bir hayvanı satın alan kimsenin üç gün muhayyerlik hakkı vardır. Dilerse malı elinde tutar, dilerse de bir parça hurma ile birlikte malı iade eder.” Buhârî, “Büyü”, 64; Müslim, “Büyü”, 7.

<sup>794</sup> Bkz. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 167-168; ayrıca Mâlikîler ve Hanbelîler görme muhayyerliğini, *malın anlatılan vasıfları taşıdığı* görme şeklinde yorumlarlar ve vasıf ile görme muhayyerliğini birlikte ele alırlar. Bkz. Sehnûn b. Saîd, *el-Müdevvene*, IV, ss. 209, 212, 219; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 150-151; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 578.

<sup>795</sup> Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 523.

<sup>796</sup> Merginânî (ö. 593 h.) bu muhayyerliği, şart muhayyerliği bölümünde ele almıştır. Yani bu muhayyerlik, tarafların ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerliklerdendir. Bkz. Merginânî, *el-Hidâye*, III, s. 33.

<sup>797</sup> Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, I, s. 257.

<sup>798</sup> Krş. İbn Rüşd, *Bidâye*, II, ss. 167-168; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyü*, II, s. 820.

Pakistanlı muâsır fıkıh âlimi Muhammed Takî el-Osmânî vasıf muhayyerliğini müstakil bir başlıkta ele almakta ve bu muhayyerliğin şart ve ayıp muhayyerliği ile olan bağlantısına dikkat çekmektedir. Şöyleki bireyin kullandığı vasıf muhayyerliğinin özellikle ayıp muhayyerliği ile benzer süreçlere sahip olduğunu ifade ettikten sonra, iki noktada vasıf ile ayıp muhayyerliklerinin farklılaştığını belirtmektedir: *Birinci fark*, ayıp muhayyerliği, hükmî muhayyerliklerden olup, hukuk tarafından bireylere doğrudan sağlanan haklardandır. Vasıf muhayyerliği ise şarta bağlı muhayyerliklerden olup akid yapılırken başta şart koşularak meydana gelmektedir. Yani mesela, hayvanın bol süt verir olması, vasa ait bir şart koşmadır. *İkinci fark*, ayıp muhayyerliği, malda ayıp sayılacak bir eksiklik meydana geldiğinde oluşmaktadır. Vasıf muhayyerliği ise akid yapılırken şart koşulan bir özelliğin, malın tesliminden sonra çıkmaması sonucunda meydana gelmektedir. Bu eksiklik, tüccar arasında ayıp olarak nitelenmese de vasıf muhayyerliği meydana getirecektir.<sup>799</sup>

Vasıf muhayyerliği şartı, bazen doğrudan bazen de delâleten sabit olmaktadır. Akid yapılırken malda belli özelliklerin bulunması üzerine yapılan yani başta belirlenen vasıfların teslimden sonra bulunmaması sonucunda oluşan muhayyerlik, doğrudan şart koşma ile sabit olmaktadır. Şart ile sabit olmayan vasıf muhayyerliği ise akid esnasında mevcut olan vasıfların, bedellerin tesliminde de mevcut olması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Zira mesela bir araç satışında akid esnasında bulunduğu halde teslim anında satıcı tarafından aracın işe yarar bir aksesuarı sökülmüş ise müşterinin vasıf muhayyerliği devreye girmektedir. Müşteri akdi fesh edebilme veya aracı bu haliyle kabul etme konusunda muhayyerlik hakkına sahiptir. Başta şart koşulmadığı halde akdin bir gereği olarak görülen buradaki vasıf muhayyerliği, görünüm olarak *akdin gereği olan muhayyerlikler* kısmına da uygun düşmektedir.<sup>800</sup> Bu açıdan vasıf muhayyerliği hem  *tarafların ön anlaşma ile belirledikleri* hem de *akdin gereği olan muhayyerlikler* açısından ele alınabilmektedir. Ancak akidlerde konu ya da bedelin vasıflarının başta aranması ve sorgulanması genel bir yaklaşım olarak kabul edilirse, vasıf muhayyerliğinin şartlı muhayyerlikler çerçevesine daha uygun düştüğünü

---

<sup>799</sup> Konuyla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyük*, II, ss. 875-876.

<sup>800</sup> Nitekim Ali Haydar Efendi, başta şart koşulmadığı halde müşterinin malı, akid esnasındaki haliyle alma hakkının olduğunu vurgulamıştır. Aksi halde müşterinin doğrudan vasıf muhayyerliği hakkına sahip olacağını ifade etmiştir. Bkz. Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, I, s. 260.

söyleyebiliriz.

Vasıf muhayyerliğinin aslen değil de delâleten sabit olmasının diğer bir örneği, kurban bayramı günlerinde kurbanlık maksadıyla alış-veriş yapılan bir çarşıda müşteri bir hayvan satın alsa ve bu hayvanın kurbanlık vasıflarını taşımadığı anlaşılsa, müşterinin muhayyerlik hakkı meydana gelmektedir. Burada müşterinin vasıf muhayyerliğini başta şart koşmasına bakılmaksızın, vasfın örf gereğince şart koşulmuş olduğuna hükmedilir.<sup>801</sup> Nitekim *Mecelle*'de örf ile sabit olan şartların, akidlerde başta şart koşulmuş gibi kabul edileceğine dair maddeler bulunmaktadır.<sup>802</sup>

Sonuç olarak, vasıf ile ayıp muhayyerlikleri birbirine benzer görünse de vasıf, bir sıfat eksikliğini, ayıp ise bir kusuru ilgilendirmesi yönüyle, ikisi farklı türde muhayyerliklerdendir. Mesela, kurbanda delilik vasıf muhayyerliğine yol açarken, kurbanın kuyruğunun kopuk olması ayıp muhayyerliğine yol açmaktadır.<sup>803</sup> Bununla birlikte, vasıf muhayyerliği kullanılarak malın iade edilmesi, kusurlu çıkma muhayyerliği ile aynı sürece sahiptir.<sup>804</sup>

### 3.2.2.2 Vasıf Muhayyerliğinin Meydana Gelmesi

Muhayyerliğin meydana gelmesinde şart koşulan vasıflar, sahih, meşrû ve nizaya sebep olmayacak şekilde belirgin olmalı, garar taşımamalıdır. Bu nedenle, sahih veya meşru olmayan veyahut taraflar arasında nizaya sebep olacak vasa ait şartlar geçersiz sayılmış ve muhayyerliğin oluşmayacağına hükmedilmiştir.<sup>805</sup> Koşulan şart, çalışmamızın ikinci bölümünde akidlerde şart ve şart koşma serbestisi başlığı altında ele alındığı üzere, belli özelliklere sahip olmalıdır. Vasıf muhayyerliğinin meydana gelmesi ise şu şekillerde gerçekleşmektedir:

1) *Malın belirlenen bir özelliğinin eksik çıkması*: Satıcının vaadettiği özellik satılan malda çıkmazsa, müşteri malı iade etme veya eksik vasıfıyla birlikte kullanma şıklarından birisini tercih edebilme imkanına sahiptir. Örneğin sağlır diye satılan bir hayvanın sütten kesilmiş olduğunun anlaşılması müşteriye vasıf muhayyerliği hakkı

<sup>801</sup> Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyük*, II, s. 876.

<sup>802</sup> “Beyne't-tüccâr mâruf olan şey, aralarında şart kılınmış gibidir.” *Mecelle*, Md. 44; “Örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir.” *Mecelle*, Md. 45.

<sup>803</sup> Bkz. Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyük*, II, ss. 875-876; Çeker, *Akidler*, s. 71.

<sup>804</sup> Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyük*, II, s. 879.

<sup>805</sup> Detaylı bilgi için bkz. Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyük*, II, ss. 876-878.



sağlamaktadır. Benzer şekilde on odalıdır diye satılan bir konağın dokuz odalı çıkması gibi satılan malın cüzlerinde oluşan eksiklik de bu kapsamda muhayyerliğe sebep sayılmaktadır. Fakat vasıfların mal içerisinde bir hissesi veya bölümü bulunmadığı için, fiyattan düşüş talep edilememekte ve satıcıya mal üzerinde anlaşılan ücretin tamamının ödenmesi gerekmektedir.<sup>806</sup>

2) *Malın beklenen bir özelliğinin eksik çıkması*: Vasıf muhayyerliği bazen örf kaynaklı da olabilir. Akid esnasında zikredilmese de bir ürünün hangi amaçla alınıp satıldığı, o bölgenin örfüne göre hüküm kazanır. Mesela, bir ineğin sağır olduğu akid esnasında söylenmese de o pazarda inekler sütü için alınıp satılıyorsa, süttten kesilmiş bir ineği alan müşteri, vasıf muhayyerliği hakkı elde eder ve dilerse akdi fesh edebilir. Ancak o pazarda inekler et amacıyla alınıp satılıyorsa, muhayyerlik hakkı meydana gelmemektedir.<sup>807</sup> *Mecelle*'de de tüccar arasında maruf olan şeyin, aralarında şart koşulmuş gibi kabul edilmesi kaidesi, bu durumla örtüşmektedir.<sup>808</sup>

3) *Malın istenenden daha üstün vasıflara sahip olması*: Müşterinin isteklerine cevap veremeyecek nitelikte olan bir mal, beklenenden daha üstün özelliklere de sahip olsa muhayyerlik hakkı meydana getirirken, satılan mal istenilen özelliklerden daha iyisine sahip ve bu özellikler müşterinin isteklerine cevap verebilecek durumda ise muhayyerlik hakkı oluşmadığı varsayılmaktadır.<sup>809</sup>

### 3.2.2.3 Vasıf Muhayyerliği Bulunan Akdin Hukukî Yapısı ve Bağlayıcılığı

Sonradan meydana gelen bir haksız durumu telafi etmesi amacıyla bireye tanınan bir hak olan vasıf muhayyerliği, in'ikad, sıhhat ve nefaz aşamalarını tamamlamış olan akdin, lüzum aşamasıyla ilişkilidir. Çünkü kuruluş ve diğer aşamalardaki şartları sağlıklı şekilde gerçekleştiren ve hukukî varlık kazanan akid, bireyin akidenden beklediği haklı faydayı sağlayamaması nedeniyle oluşan muhayyerlik neticesinde bağlayıcılığını yitirmektedir.<sup>810</sup>

Tek tarafın muhayyerlik hakkı bulunduğu durumlarda lâzım litaraf olan akid, şayet

<sup>806</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, VI, s. 538; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, s. 257; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 60.

<sup>807</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, s. 259; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 60.

<sup>808</sup> *Mecelle*, Md. 44.

<sup>809</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, s. 259; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 61.

<sup>810</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, s. 262; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 30; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200.

her iki taraf için de vasıf muhayyerliği söz konusu ise akid, gayrı lâzım hale dönüşmektedir. Vasıf muhayyerliği olan tarafın akde olumlu yönde icâzet vermesi akdi lâzım hale getirmektedir.<sup>811</sup>

### 3.2.2.4 Vasıf Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler

Vasıf muhayyerliğinin etkili olduğu akidler, şart muhayyerliğinin etkili olduğu akidlerle aynıdır. Nitekim birçok fakih vasıf muhayyerliğini, şart muhayyerliğinin bir cüz'ü olarak ele aldığını daha önce ifade etmiştik. Buna göre, vasıf muhayyerliği, satım ve kiralama gibi bedelli, feshi mümkün ve lâzım akidlerde meydana gelmektedir.<sup>812</sup> Nikah akdinde bireylerin ilgili vasıfları taşımamasının akdi fesh edip edemeyeceği konusu, ayrı bir tartışma alanı olmuşsa da bu husus kusurlu çıkma ve kefâet muhayyerliği çerçevesinde ele alındığı için burada ayrıca ele alınmamıştır.

### 3.2.2.5 Vasıf Muhayyerliğinin Hükümleri

Fakihlerin yaklaşımına göre, muhayyerliği olan taraf, mal üzerinde mülkiyeti ifade eden bir tasarrufta bulunmadığı sürece, vasıf muhayyerliğinde akde icâzet verme veya reddetme için zaman şartı aranmamıştır. Ancak müşteri, maldaki bir vasıf eksikliği nedeniyle, vasıf muhayyerliğini kullanarak akdi fesh edecekse, mutlaka malı aynen iade etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte müşteri malı iade etmek istediği halde meşrû bir mâzeret nedeniyle buna muktedir olamazsa, satıcıdan eksik vasıf için malın fiyatından indirim isteyebilir. Bu indirim şu şekilde hesaplanır; akdin konusu olan mal için, önce eksik olmayan vasıf üzere, daha sonra eksik vasıfıyla fiyat takdir edilir. Böylece oluşacak oran, bu hususta ölçü alınır. Yani mesela, eksik vasıftan dolayı mal yüzde yirmi değer kaybetmişse, tarafların önceden anlaştıkları (*semeni müsemma*) fiyattan bu oranda indirime gidilir.<sup>813</sup>

TBK'da malda istenilen vasıfların eksikliği bir kusur olarak görülür ve kusurlu çıkma muhayyerliği hükümleri uygulanır. Yani ilgili kanunda vasıf ile kusurlu çıkma muhayyerlikleri ayrı tutulmayarak aynı çerçevede ele alınmıştır.<sup>814</sup> Daha önce kusurlu

<sup>811</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 60.

<sup>812</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 39.

<sup>813</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, s. 260; Bilmen, *Kâmus*, VI, 62; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 523.

<sup>814</sup> "Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini

çıkma muhayyerliği başlığı altında ilgili kanun hakkında detaylı bilgi verildiği için burada tekrara gidilmemiştir.

### 3.2.3 Tayin Muhayyerliği

Ta'yin, Arapça “ayn” kelimesinden türemiş olup, “belirlemek, göz ile görüp tespit etmek” gibi anlamlara gelmektedir.<sup>815</sup> Terim olarak ise, kıymet ve vasıfları farklı, fiyatları ayrı ayrı belirlenmiş mallardan birisini müşterinin seçip alması veya satıcının bu mallardan birisini seçip vermesi şartıyla yapılan bir akidde meydana gelen muhayyerlik türüne, ta'yin muhayyerliği denilir.<sup>816</sup> Ta'yin muhayyerliği, tarafların akidde ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerliklerden olduğu için buradaki ta'yin (*dilediği malı seçme*) hakkı, akde ilâve şartlardandır.<sup>818</sup>

#### 3.2.3.1 Tayin Muhayyerliğinin Meşruiyeti

Tayin muhayyerliğini Şâfîiler, Hanbelîler ve Hanefîlerden Züfer (ö. 158/775) akdin mahalli meçhuliyet (*nizaa sebep olacak bilinmezlik*) taşıdığı için caiz görmemişlerdir.<sup>819</sup> Hanefîlere göre kıyas deliline göre fâsid sayılan ta'yin muhayyerliği, toplumsal bir ihtiyaç olması sebebiyle, *istihsana* dayandırılarak geçerli bir muhayyerlik olarak kabul görmüştür. Yani Hanefîler, bir anlamda burada genel ihtiyacı zarurete hamledip<sup>820</sup> ta'yin muhayyerliğini istihsana dayandırmışlardır.<sup>821</sup> Hanefîlerin burada başvurdukları istihsanı Vehbe Zuhaylî, “maslahat ve örf” olarak yorumlamış ve bunu da *daha uygun ve daha müsamahalı olanı seçme* ihtiyacı olarak ifade etmiştir. Dolayısıyla Zuhaylî, bu muhayyerliğe şer'î gerekçe olan istihsanın maslahat ve örf şeklinde iki delile dayandığını vurgulamaktadır.<sup>822</sup>

---

ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddî, hukukî ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.” Bkz. *TBK*, Md. 219.

<sup>815</sup> İbn Manzûr, *Lisân'ül-Arab*, 13: 302.

<sup>816</sup> Sehnûn b. Saîd, *el-Müdevvene*, IV, s. 187; İbn Âbidîn, *Redd'ül Muhtâr*, VII, s. 139; Bilmen, *Kâmus*, VI, 63-64; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 932; Apaydın, “Muhayyerlik”, XXXI, s. 26.

<sup>818</sup> Akde ilâve şartlarla ilgili detaylı bilgi, çalışmanın “Ta'likî Şart” başlığı altında verilmiştir.

<sup>819</sup> Nevevî, *el-Mecmû*, IX, s. 230; Şerkâvî, *el-Hiyârâtü fi'l-Bey*, s. 65; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 927.

<sup>820</sup> “Hâcet umûmî olsun husûsî olsun zarûret menzîlesine tenzil olunur.” *Mecelle*, Md. 32; *Mecelle* şârihi Ali Haydar Efendi (ö. 1935) tayin muhayyerliğini, bu madde çerçevesinde yorumlamış ve kıyasa muhalif olduğu halde umûmî ihtiyacın bu muhayyerliği caiz kıldığını ifade etmiştir. Bkz. Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, I, s. 38; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 927.

<sup>821</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 64.

<sup>822</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 525.

Mâlikîler ta'yin muhayyerliğini meşru kabul etmektedirler. Fakat bu konuya yaklaşımları Hanefilere göre daha karmaşık bir yapı arz etmektedir. Zira Mâlikî mezhebine ait kaynaklarda konu, müstakil bir başlık altında doğrudan ve net bir şekilde ele alınmamış, şart muhayyerliği bünyesinde dolaylı bir yorumla tanımlayabileceğimiz şekilde işlenmiştir. Ayrıca, ta'yin muhayyerliğini çok daha teknik ve kavramsal anlamda ele alan Hanefilerin ve bir kısım çağdaş araştırmacıların tanımı düzleminde baktığımızda Mâlikî kaynaklarda verilen örnekler ile bu konu arasında tam bir örtüşme meydana gelmemiştir. Çünkü teknik anlamda Hanefilerin yaptığı tanımlar düzleminde bakıldığında ta'yin muhayyerliğinde akdin konusu olan *malların her birinin kıyemî olması* ve *tek tek fiyatlarının tespit edilmiş olması* gerekmektedir. Mâlikîlerin yaklaşımında ise *malın kıyemî olması* veya *ürünlerin tek tek fiyatının tespit edilmiş olması* hususu zikredilmemiştir. Bu nedenle birçok ürün arasından seçim imkanı veren onların yaklaşımı, kanaatimizce ta'yin muhayyerliğinin daha farklı ve daha geniş kapsamlı bir çeşittir.<sup>824</sup>

Mâlikîler şart muhayyerliği bağlamında ele aldıkları ta'yini, iki farklı açıdan ele almışlardır: *Birincisi*, yalnızca seçme/ta'yin muhayyerliği, *ikincisi* ise hem tayin hem de şart muhayyerliğinin beraber bulunması şeklindedir. Birinci durumda akid bağlayıcı kabul edilip malı seçme dışında müşteriye fesih hakkı verilmemiş, ikincisinde ise müşteriye hem tayin hem de fesih hakkı tanınmıştır.<sup>825</sup>

Ali Haydar Efendi'nin *Mecelle* şerhinin Arapça baskısında Mâlik (ö. 179/795)'in bu muhayyerliği "bâtil" saydığı ifade edilmekte ise de bu Arapça nüshadaki bilgiyi, orjinal Osmanlıca nüshasından teyit edememiş bulunmaktayız.<sup>826</sup> Bu nedenle, ilgili konuda yazılmış olan Arapça nüshanın<sup>827</sup> hatalı olduğunu düşünmekteyiz. Mâlikî mezhebine ait temel kaynaklarda Hanefilere göre daha farklı bir düzlemde ve bağlamda ele

<sup>824</sup> Bkz. Sehnûn b. Saïd, *el-Müdevvene*, IV, s. 187; el-Hattâb, *Mevâhibü'l-Celil*, VI, s. 326; el-Haraşî, *Hâşiyetü'l-Haraşî*, V, s. 480; Şerkâvî, *el-Hıyârâtü fi'l-Bey'*, s. 65.

<sup>825</sup> Mâlikîler tarafından ta'yin muhayyerliği, şart muhayyerliği ile iç içe ele alınmıştır. Şart ve ta'yin muhayyerliklerinin beraber bulunup bulunmamasına göre akid üç farklı durum arzeder: *Birincisi*, yalnızca şart muhayyerliğinin bulunduğu akid (*bey'u hıyâr*), *ikincisi*, yalnızca ta'yin/seçme hakkının bulunduğu akid (*bey'u ihtiyâr*), *üçüncüsü* ise hem şart hem de ta'yin hakkının beraber bulunduğu akid (*bey'u hıyâr ve ihtiyâr*)'dir. Bkz. Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, III, s. 106.

<sup>826</sup> Eserin Osmanlıca orijinal nüshası için bkz. Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Kitaplığı Nâdir Eserler, ss. 359-367.

<sup>827</sup> Bu kitabın bu nüshasını Arapçaya avukat Fehmî Hüseyinî çevirmiştir. Kitabın tam künyesi "Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Avukat Fehmî el-Hüseyinî (çev.), Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, ty." şeklindedir.

alınmasına rağmen, ta'yin muhayyerliğinin bâtlı sayılmadığı görülecektir. Nitekim Ömer Nasûhî Bilmen de Mâlikîlerin bunu kabul ettiğini, hatta şart muhayyerliği ile birlikte bu konuyu ele aldıklarını ifade etmektedir.<sup>828</sup> Günümüz araştırmacılarından Orhan Çeker de, ta'yin muhayyerliğini Mâlik (ö. 179/795)'in kabul ettiğini belirtmektedir.<sup>829</sup>

TDV İslam ansiklopedisinin “muhayyerlik” maddesinde Mâlikîlerin ta'yin muhayyerliğini kabul ettikleri zikredilse de ilgili maddede tanımlanan ta'yin muhayyerliği, Hanefî ağırlıklı bir tanımdır. Zira Mâlikîlerin ele aldıkları örnekten hareketle ulaştığımız tanım, bizi farklı bir sonuca götürmektedir.<sup>831</sup> Ayrıca daha önce de ifade ettiğimiz gibi Mâlikîlerin şart muhayyerliği bünyesinde farklı bir çerçevede ele aldıkları ta'yin muhayyerliği, kendi temel eserlerinde de net bir tanıma sahip değildir. Ancak Malikîlerin tanımına şu şekilde ulaşmak mümkündür, Mâlikî fakihlerden Haraşî (ö. 1690) bu konuyu anlatırken, cümle içerisinde tanım mahiyetinde şöyle bir açıklamada bulunmuştur; tercihlî satış, kesinleşmiş bir akidde (batt) tek bir türün bazı adetlerinde müşteriye ta'yin/seçme hakkı vermektir.<sup>832</sup> Çağdaş araştırmacılarından Şerkâvî de bu ifadeden hareketle, Mâlikîlerde ta'yin muhayyerliği için şöyle bir değerlendirmede bulunmaktadır; “Bu tanıma göre ta'yin muhayyerliği, bir fesih hakkı değil bir tercih hakkını ifade etmektedir. Zira muhayyer olan birey, sadece akde konu olan mallardan birisini seçme hakkına sahiptir. Bu yönüyle ta'yin muhayyerliği, şart muhayyerliğinden ayrılmaktadır.”<sup>833</sup> Sonuç olarak Mâlikîlerin yaklaşımına göre ta'yin muhayyerliğini şu şekilde tanımlamak mümkündür: Satış akdinde, fiyatı tespit edilmiş olan adetli ürünlerden birisini seçmek konusunda müşterinin veya satıcının sahip olduğu seçimlik hakka ta'yin muhayyerliği denilir. Görüldüğü gibi burada ürünlerin kıyemi olmasından veya bir sayı ile sınırlandırılmasından bahsedilmemektedir.

<sup>828</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 65.

<sup>829</sup> Çeker, *Akidler*, s. 70.

<sup>831</sup> İlgili maddede tanım şu şekildedir: “Kıymet yahut vasıfları farklı birkaç şeyin fiyatları ayrı ayrı belirtilerek alıcının bunlardan dilediğini alması veya satıcının dilediğini vermesi kaydıyla yapılan satım sözleşmesinde tanınan seçim hakkıdır.” Apaydın, “Muhayyerlik”, XXXI, s. 28. Apaydın'ın verdiği tanıma göre, tayin muhayyerliğinin geçerliliği için ürünlerin kıyemi ve farklı vasıflara sahip olması ayrıca birkaç ürün arasından seçme imkanının bulunması gerekmektedir. Malikilere göre ise kıyemi mallarda olduğu gibi misli mallarda da tayin muhayyerliğinin cereyan edebileceğini hatta ürünlerin sayısının da fazla olabileceğini belirtmek gerekir.

<sup>832</sup> Haraşî, *Hâşiyetü'l-Haraşî*, V, s. 480.

<sup>833</sup> Şerkâvî, *el-Hıyârâtü fi'l-Bey'*, ss. 65-66.

### 3.2.3.2 Tayin Muhayyerliğinin Meydana Gelmesi

Tayin muhayyerliğinin meydana gelebilmesi için öncelikle akdin kuruluş ve geçerlilik şartlarını sağlaması gerekmektedir. Yani mün'akid ve sahih olan bir akid kurulmalı ve ayrıca tarafların tayin muhayyerliğini akdin ek bir şartı olarak belirlemeleri gerekmektedir. Tayin muhayyerliği hakkı müşteriye tanımlanabileceği gibi, satıcıya da tanımlanabilecektir. Şöyleki, müşteri fiyatları belirlenen sayılı ürünlerden birisini satış sonrası seçme hakkını elde edebileceği gibi satıcı da satış sonrası fiyatı belirlenmiş olan ürünlerden dilediğini müşteriye teslim etme hakkını elde edebilecektir. Buradaki her iki durum da tayin muhayyerliği çerçevesinde ele alınır.

Ta'yin muhayyerliğini kabul eden başta Hanefiler ve Maliki fakihlere göre, muhayyerliğin geçerli olabilmesi için akdin belli şartları taşıması gerekmektedir. Bu şartlar şöyledir:<sup>834</sup>

1) Hanefilere göre, malın iyisini, ortasını veya kötüsünü seçebilme düşüncesiyle, akidlerde ta'yin, en fazla üç ürün arasından yapılabilir. Dört veya daha fazla ürün için ta'yin muhayyerliği geçersiz sayılmış ve muhayyerliğin oluşmayacağına hükmedilmiştir.<sup>835</sup> Mâlikîlere göre ise ta'yin muhayyerliğinde seçilecek olan malın sayısına bir sınır getirilmemiştir. Hatta yirmi ürün arasından bile müşteri seçim yapabilme imkanına/hakkına sahiptir.<sup>836</sup>

2) Hanefilere göre, akdin konusu olan malın, ta'yin için mutlaka kıyemî olması, misli ise farklı cins ürünlerden olması gerekmektedir. Çünkü cinsi farklı olmayan misli mallar, hep birbirinin aynısı olduğu için, ta'yine ihtiyaç bırakmamaktadır.<sup>837</sup> Mâlikîlerin ilk dönem klasik kaynaklarında malın kıyemî yahut misli olması ile ilgili

<sup>834</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, ss. 63-64; Zuhaylî, tayin muhayyerliğine ait şartları sıralarken Hanefilere atıfla bu şartları belirlemiştir. Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, ss. 525-526; daha önce de izah edildiği üzere, Mâlikî kaynaklarda tayin muhayyerliğinin varlığı tespit edilse de bu muhayyerliğe ait şartlar Hanefî kaynaklarda olduğu gibi net bir şekilde tespit edilememektedir. Bkz. el-Haraşî, *Hâşiyetü'l-Haraşî*, V, s. 480.

<sup>835</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, s. 139.

<sup>836</sup> Sehnûn b. Saîd, *el-Müdevvene*, IV, s. 203.

<sup>837</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, ss. 138-140; Kıyemî mal: Piyasada birebir aynısı bulunmayan, standart olmayan mal demektir. Kıyemî malların değeri ayrı ayrı tespit edilmektedir. Misli mal: Piyasada birebir aynısı bulunan standart mala denir. Misli malların değeri hep aynı olup aynı piyasada tek bir fiyata satılır. Tanımlar için Bkz. Ebû Ceyb, *el-Kâmusu'l-Fikhi*, ss. 311, 344; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, ss. 310, 381 ve ayrıca detaylı değerlendirmeler için bkz. Hacak, "Mal", XXVII, ss. 461-465; Beşir Gözübenli, "Kıyemî", *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXV, 2002, ss. 540-541; Hasan Hacak, "Misli", *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXX, 2005, ss. 187-188.

açık ve net bir bilgi yer almamakla birlikte, Muhammed Takî onların aynı sınıf ve cins mallarda bile ta'yin muhayyerliğini kabul ettiklerini belirtir. Buna gerekçe olarak da Karâfî'nin (ö. 684/1285) "Aynı cins olsalar bile, iki elbiseden birisini veya yüz elbiseden ellisini seçmek üzere satışın geçerli olacağı" yönündeki değerlendirmesini<sup>838</sup> kaynak gösterir. Hanefilerin ta'yin yapılacak malları üç ile sınırlandırmasının gerekçesi olarak malın iyi, kötü ve orta derecede olabileceği şeklindeki açıklamalarını yeterli bulmayan Muhammed Takî, Hanefilerin "*misli mallardan sayılıp cinsi farklı olan hububatın, buğday, arpa ve mercimek gibi farklı cinslerde olması durumunda ta'yin söz konusu olabileceğini, cinsi aynı olan meselâ buğdaylar arasında ise bir ta'yinin söz konusu olamayacağı*" düşüncesini eleştirmektedir. Ona göre, misli olarak nitelenen buğdaylar, aynı cins ürünler olmakla birlikte iyi, kötü veya orta kalitede olması açısından ve bölgeden bölgeye farklı özellikler taşıması yönüyle değişebilecektir. Şu halde aynı cins ürünler arasında da ta'yine ihtiyaç vardır. Ayrıca Muhammed Takî, günümüz dünyasında üretimin çok çeşitlenmesi, farklı renk ve özelliklerde ürünlerin çoğalması ve eskiden kıyemî olarak nitelenen birçok ürünün teknolojinin gelişmesiyle birlikte artık misli özelliklere sahip olması nedeniyle ta'yin yapılacak ürünlerin, Mâlikîlerin de kabul ettiği gibi, ihtiyaca göre sayısının değişebileceği ve misli mallarda da ta'yinin söz konusu olacağı görüşünü savunur.<sup>839</sup>

Kıyemî ve misli malların özelliklerinin günümüz şartları açısından yeniden yorumlanması ve tespit edilmesi ihtiyacı bizim de kabul ettiğimiz ayrı bir husus olarak durmaktadır. Bu durumda Hanefiler açısından da ta'yin yapılabilecek ürünlerin vasıflarının yeniden tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrıca muhayyerliklerde temel gaye bireyin iradesini korumak ve aldanmasını önlemek olduğuna göre, akidlerde nizaya yol açmayacak şart koşmalar, akid serbestisi çerçevesinde yorumlanmalıdır. Şu halde toplum tarafından kabul görecektir ve bireyler arasında nizaya yol açmayacak şekilde, menüde yer alan misli mallarda da ta'yin muhayyerliğinin söz konusu olabileceğini düşünmekteyiz. Misli mallarda ta'yin muhayyerliğinin geçerli olacağını düşünen Mâlikîler açısından tanımlı şu şekilde geliştirmek de mümkündür: Fiyatları belirlenmiş olan misli veya kıyemî mallardan birisini müşterinin veya satıcının seçme

---

<sup>838</sup> Karâfî, *ez-Zahîra*, V, s. 32.

<sup>839</sup> Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyük*, II, ss. 928-931.

hakkına sahip olmasına ta'yin muhayyerliği denir.

3) Ta'yin muhayyerliğinin süresi akid esnasında mutlaka belirlenmelidir. Süresi belirlenmeyen muhayyerlik, akdi fâsid kılıcı bir etkiye sahiptir. Bu süre, şart muhayyerliğinde fakihlerin tespit ettikleri süre ile aynıdır. Şart muhayyerliğinde süre Ebû Hanîfe'ye göre üç gün, İmâmeyne göre tarafların anlaştıkları herhangi bir süre iken, Mâlik (ö. 179/795)'e göre akdin türüne göre değişen sürelerdedir.<sup>840</sup>

4) Satıcının veya müşterinin, akidde teklif edilen ta'yin muhayyerliğini açıkça kabul etmesi gerekmektedir.<sup>841</sup> Zira bu konuda vasıf muhayyerliğinde olduğu gibi delaleten şart koşmalar geçerli sayılmamıştır.

### 3.2.3.3 Tayin Muhayyerliği Bulunan Akdin Hukukî Yapısı ve Bağlayıcılığı

Ta'yin muhayyerliği, in'ikad ve sıhhat şartları gerçekleşmiş olan akdin nefaz aşamasında meydana gelmektedir. Ancak karşılıklı irade beyanlarıyla sahih bir şekilde gerçekleşen akid, mün'akid, sahih ve lazımdır. Bireyin sahip olduğu ta'yin muhayyerliği hakkını kullanıncaya kadar akid, bağlayıcılık açısından değil işlerlik kazanma açısından mevkuf olup askıda beklemektedir. Gerekli tercih/seçim yapıldığında akid nâfiz/işler hale gelmektedir. Ta'yin muhayyerliği, bireye fesih hakkı sağlamadığı, sadece seçili ürünlerden birisini satış sonrası tercih hakkı sağladığı için,<sup>842</sup> akid lâzım/bağlayıcıdır. Yani bu muhayyerlik akdin kuruluş, sıhhat ve lüzum şartlarına negatif yönde etki etmemektedir. Hatta bu muhayyerlik nefaz şartlarına da negatif yönde etki etmemekte, seçim hakkı olan tarafın seçim yapmayarak akdi geçersiz kılma yönünde bir irade ortaya koyması da mümkün olmamaktadır.

Ta'yin muhayyerliğinde bireye tanınan hak, bir fesih hakkı değildir. Mesela, fiyatları belirlenmiş olan üç otomobilden birisini almak üzere müşteri satıcı ile sözleşme yapsa ve muhayyerliğin üç gün olması konusunda da anlaşsalar, bu durumda muhayyerliği bulunan taraf bu otomobillerden birisini seçerek karşı tarafla anlaştıkları miktarda parayı öder ve akdi nâfiz (*işler*) hale getirir. Ancak müşterinin bu muhayyerliği, kendisine akiddan vazgeçme hakkı sağlamaz. Görüldüğü gibi buradaki

<sup>840</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, III, s. 29; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, s. 200.

<sup>841</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, s. 141.

<sup>842</sup> Krş. İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, s. 139.



muhayyerlik, *bir fesih hakkı değil bir tercih hakkı olup, yapılan işlem de akde nefaz kazandırma/faal hale getirme işlemidir.*

### 3.2.3.4 Tayin Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler

Ta'yin muhayyerliği, satım ve kiralama gibi bedelli ve lâzım akidlerde meydana gelmektedir. Gayrı lâzım, bedelsiz, konusu mal veya menfaat olmayan akidlerde; nikah gibi feshi mümkün olmayan akidlerde ve ta'yin yapılamayacak türden satım akidlerinde bu muhayyerlik geçerli sayılmamıştır. Meselâ Hanefilere göre, standart ürünlerin (*mislî*) satıldığı bir satıcıdan mal alınırken, akidde ta'yin muhayyerliği şartı koşulamaz. Yine mesela, yapısı itibariyle bağlayıcı olmayan bir hibe akidinde hibe edilecek mallar arasında ta'yin söz konusu değildir, hibeyi kabul edenin ta'yin muhayyerliği hakkından söz edilemez.<sup>843</sup> Bu örnekte şu da akla gelebilir; hibe akidinde hibe eden taraf karşı tarafa birkaç mal içerisinden seçim imkanı sunabilir. Bu geçerli bir işlemdir. Ancak bu hak ta'yin muhayyerliği olarak nitelenemez, zira ta'yin muhayyerliği hakkı geri alınamaz bir haktır. Hibede ise birey bu hakkı geri alabildiği gibi, yaptığı hibeden de topyekûn dönebilme imkanına sahiptir.

### 3.2.3.5 Tayin Muhayyerliğinin Hükümleri

Tayin muhayyerliği hakkı, akdin her iki tarafı için de tanınabilir. Gerek müşteri gerek satıcı tespit edilmiş olan mallardan birisini vermek veya almak şeklinde seçimlik hakka sahip olabilir. Ayrıca ta'yin muhayyerliği olan taraf bu hakkını satış sonrası kullanabilecektir. Satış öncesi bu hakkın kullanılması söz konusu değildir.<sup>844</sup>

Ta'yin muhayyerliğinde sürenin dolmasıyla birlikte, karşı tarafın mağdur olmaması için, muhayyerliği elinde bulunduran tarafın mutlaka bir seçim yapması ve malın bedelini satıcıya ödemesi gerekmektedir. Bu seçim, söz ile olabildiği gibi, mallardan birisini satmak ve hibe etmek gibi temellük ifade eden bir fiil ile de gerçekleşebilir. Süre dolduğu halde seçim yapmamış olan taraf, Hanefilere göre seçim yapmaya zorlanır (*icbar*).<sup>845</sup> Fakat Mâlikîlere göre, birey icbar edilmeyerek ta'yin

<sup>843</sup> Bkz. İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, s. 139.

<sup>844</sup> Sehnûn b. Saîd, *el-Müdevvene*, IV, s. 187; İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtâr*, VII, s. 139; Bilmen, *Kâmus*, VI, ss. 63-64; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû'*, II, s. 932; Apaydın, "Muhayyerlik", XXXI, s. 26.

<sup>845</sup> Buradaki zorlama, ikrah anlamındaki kanun dışı zorlama değil, icbar ile ifade edilen kanûni zorlama anlamındadır. Bkz. Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 63.

muhayyerliğine konu olan mallara, yarı yarıya ortak kabul edilir.<sup>846</sup>

Muhayyerliği elinde bulunduran tarafın vefatı durumunda, bu hak vâislere intikal etmektedir. Böylece vâisler, mallar arasında ta'yin yaparak miras kalan maldan bedeli satıcıya ödemek zorundadırlar.<sup>847</sup>

Hanefilere göre, süre konusunda şart muhayyerliği ile aynı hükme sahip olan ta'yin muhayyerliği, şart muhayyerliğinin vâislere intikal etmemesi yönüyle farklılaşmaktadır. Buradaki farklılaşmanın nedeni ise Hanefilere göre ta'yin muhayyerliğinin, akdin lüzumunu/bağlayıcılığını etkilememesidir. Zira daha önce de geçtiği üzere ta'yin hakkı bir fesih hakkı değil, sadece müstakil bir seçim hakkıdır. Yani akdin tüm şartları gerçekleşmiş, fakat işler hale gelmesi (*nefaz*), muhayyerlik hakkı bulunan tarafın ta'yin hakkını kullanmasını beklemektedir. Bu hak kullanıldığında akid işler/nafiz hale gelmekte ve akdin diğer şartları etkilenmemektedir. Bu nedenle bu hak, her iki tarafın akidle ilgili olan bağlayıcılığını etkilememekte ve malın mülkiyetini mecbûrî olarak karşı tarafa intikal ettirmektedir.<sup>848</sup> Elbette bu hüküm, ta'yin muhayyerliğinin müstakil bulunduğu durumlarla ilgili olup, şart muhayyerliği ile beraber bulunması durumunda hüküm, şart muhayyerliğine göre şekillenecek ve Hanefilere göre varislere intikal etmeyecektir.

Muhayyerliklerin genel olarak varislere intikalinde Hanefiler şahsilik ilkesini dikkate aldıkları görülür.<sup>849</sup> Zira bireyin kişisel tercihlerini barındıran muhayyerlikler varislere intikal etmezken, objektif nedenlere dayanan muhayyerlikler varislere intikal edebilecektir. Tayin muhayyerliğinde satış sonrası belirli ürünler arasından bireyin mallardan birisini seçmesi şahsi tutumundan çok, malın iyisini seçebilme düşüncesine dayandığı için objektif kriterlere göre tercih yapılabilecektir. Böylece muhayyerlik hakkı olan birey vefat etse bile onun varisleri tayin hakkını objektif ölçüler çerçevesinde kullanabilecektir.

Birden çok malı ilgilendirmesi yönüyle, malî açıdan ta'yin muhayyerliğinde tazmin konusu önem arz etmektedir. Tazmin sorumluluğu, malın kabz edilip edilmemesine

<sup>846</sup> Desûkî, *Hâşiyetü 'd-Desûkî*, III, s. 107.

<sup>847</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, s. 526.

<sup>848</sup> Krş. Muhammed Takî, *Fıkhü'l-Büyük*, II, s. 934.

<sup>849</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 280.

göre değişmektedir. Hanefîlere göre, muhayyerliği bulunan müşteri, malların tümünü teslim almış ve bu seçim yapacağı mallardan birisi de kendi elinde zayi olmuşsa, bu zayi olan mal, akdin konusu kabul edilerek tazmin, müşteriye yüklenmektedir. Mallar satıcının elinde bulunurken zayi olmuşsa, müşteri geriye kalan mallardan birisini ya da tek bir mal kalmışsa, onu alma hakkına sahiptir.<sup>850</sup> Bu durumda telef olan malların tazmini, satıcıya yüklenmiştir.

Mâlikîlerin ise bu hususta iki farklı görüşü vardır; *birincisi*, telef olan malın bedelini, müşteri ve satıcı yarı yarıya tazmin eder ve diğer mal/mallarda ortak kabul edilirler. *İkincisi ise* telef olan malın bedelinin yarısını müşteri öder ve diğer mal ya da malları iade etme hakkı meydana gelir.<sup>852</sup>

### 3.2.4 Ödeme Muhayyerliği

Ödeme muhayyerliği, akidlerde malın bedelini ilgilendiren bir muhayyerliktir. Vadeli alış-verişlerde *bedelin belirlenen bir vakit aralığında ödenmemesi durumunda satışın iptal edilmesi* veya peşin alış-verişlerde *satıcının peşin aldığı bedeli tekrar müşteriye iade etmemesi durumunda satışın geçerli sayılması* şartıyla yapılan akidlerde meydana gelen bir muhayyerlik türüdür. Fıkıh kaynaklarında *nakid/nakd muhayyerliği* şeklinde isimlendirilen bu husus, tarafların ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerliklerdendir.<sup>853</sup>

#### 3.2.4.1 Ödeme Muhayyerliğinin Meşruiyeti

Ödeme muhayyerliği, Hanefî ve Hanbelîlere göre geçerli, Şafiîlere göre ise geçersiz sayılmıştır.<sup>854</sup> Muhammed Takî, Mâlikîlerin bu konuda üç farklı yaklaşıma sahip olduklarını aktarmaktadır; *birinci* yaklaşıma göre, Hanefî ve Hanbelîlerde olduğu gibi, akidde ödeme muhayyerliği şartı geçerli kabul edilmiştir. *İkinci* yaklaşıma göre, Şafiîlerin kabul ettiği gibi, ödeme muhayyerliği şartı ile yapılan akid bâtıldır. *Üçüncü* yaklaşıma göre ise ödeme muhayyerliği şartı ile yapılan akid geçerlidir, fakat şart bâtıldır. Buna göre, ödeme muhayyerliği oluşmamakta fakat bedelin ödenmesi peşin

---

<sup>850</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, ss. 526-527.

<sup>852</sup> Sehnûn b. Saîd, *el-Müdevvene*, IV, s. 187; Karâfî, *ez-Zahîra*, 46; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, III, s. 107; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 933.

<sup>853</sup> Bkz. Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 262; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 524; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 934.

<sup>854</sup> Bkz. Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 262; Nevevî, *el-Mecmû*, IX, s. 230.

olarak veya vâdesinde gerçekleşmek zorundadır.<sup>855</sup>

Şartlı akid düzleminde ele alınması ve tarafların ön anlaşma ile belirledikleri türden olması noktasından, bütünsel anlamda şart muhayyerliğinin standartlarına uyan ödeme muhayyerliği, ince ayrıntılarda kendine ait hususiyetlere sahiptir.<sup>856</sup> Mesela, şart muhayyerliğinde hem müşterinin hem de satıcının hakkını koruma söz konusu iken, kanaatimizce ödeme muhayyerliğinde satıcının hukuku daha ziyade ön planda tutulmuştur. Zira daha önce geçtiği üzere, şart muhayyerliği ile ilgili rivayet, alış-verişte aldanmış bir müşteri örneği üzerinden varid olmuştur. Ödeme muhayyerliğinde ise satıcının haksızlığa uğramaması ön plandadır. Yani şart muhayyerliğinde taraflar için akdin bağlayıcı hale gelmesi, belli bir zaman şartına ya da muhayyerlik hakkı bulunan tarafın icâzetine bağlanmasına rağmen, ödeme muhayyerliğinde satıcının parayı zamanında almasını sağlayarak haksızlığa uğramaması veya satıcının kararsız kaldığı alış-verişlerde parayı iade hakkı talep ederek daha rahat karar vermesini sağlamak ön planda tutulmuştur. Bu farklılıklarına rağmen ödeme muhayyerliğinin süresi, şart muhayyerliğine benzeyen yönü de hesaba katılarak, üç gün veya tarafların anlaştıkları süre olarak kabul görmüştür. Zaten bir kısım fakihler, bu muhayyerliği, şart muhayyerliğinin bir parçası olarak ele almışlardır.<sup>857</sup>

*Mecelle* şârihi Ali Haydar Efendi ta'likî şartın akidlerde caiz olmadığından hareketle, ödeme muhayyerliğinin de akidde bir ta'likî şart olduğunu bu nedenle, bu muhayyerliğin kıyasa muhalif olarak istihsan delili ile caiz kılındığını ifade etmektedir.<sup>858</sup> Ömer Nasûhî Bilmen, bu muhayyerlikteki istihsanın gerekçesini “*satıcının mumâtale zararından kurtulması*” şeklinde nakletmiştir.<sup>859</sup> Bedruddîn el-Aynî (ö. 855/1451), buradaki mumâtale zararını, takdirî bir soru sorarak özetle şu şekilde izah etmektedir;

...burada birey şart muhayyerliği ile akid yaparak, istediği

<sup>855</sup> Sehnûn b. Saîd, *el-Müdevvene*, IV, ss. 197-198; Karâfî, *ez-Zahîra*, V, ss. 27-28; Desûkî, *Hâşiyetü'l-Desûkî*, III, s. 17; Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, ss. 935-936.

<sup>856</sup> Vehbe Zuhaylî (ö. 2015), bu muhayyerliğin şart muhayyerliğinin bir kolu olduğunu söylemektedir. Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 524.

<sup>857</sup> Muhammed eş-Şeybânî (ö. 189 h.) bu sürenin üç günden fazla olabileceği görüşündedir. Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 262. *Mecelle*'de de Muhammed'in görüşü benimsenmiş ve ödeme muhayyerliğine üç gün sınırı getirilmemiştir. Bkz. *Mecelle*, Md. 313-314; Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, I, s. 261.

<sup>858</sup> Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, I, s. 261.

<sup>859</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 63.

*takdirde akdi fesh etme olanağına sahip iken, neden ödeme muhayyerliğine ihtiyaç duyulsun denilebilir, bu sorunun cevabı; Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre şart muhayyerliği bulunan taraf, fesh işlemi mutlaka karşı tarafın bulunduğu bir ortamda yapmalıdır. Bu durumda da karşı taraf akdin feshi konusunda işi uzatma (mumâtale) yoluna gidebilir. Ödeme muhayyerliğinde ise sürenin dolmasıyla birlikte otomatik olarak akid hükümsüz hale geleceği için, bu muhayyerlik taraflara kendi haklarını koruma açısından, pratik bir kolaylık sağlamaktadır.<sup>860</sup>*

Ödeme muhayyerliğinin gerekçesi olarak istihsan delili yukarıdaki şekilde izah edilmekle birlikte, esas itibarıyla fakihler bu muhayyerliğin dayandığı şer'î delili şart muhayyerliğinin deliline dayandırmaktadırlar. Şart muhayyerliğinin şer'î delili ayet ve hadise dayalı istihsan olduğu için, ödeme muhayyerliği de şart muhayyerliğine ilhak edilmiştir. Klasik kaynaklarda bu iki muhayyerliğin, tek bir başlık altında ele alınmasının nedeni de teknik benzerliğinin yanı sıra, aynı şer'î delile dayanıyor olmalarından kaynaklanmalıdır.<sup>861</sup>

Vehbe Zuhaylî bu muhayyerliğin, şart muhayyerliğinin bir şekli olduğunu söylemekte, ancak iki muhayyerliğin şu noktada farklılaştığının altını çizmektedir: Şart muhayyerliğinde akidde aslanan bağlayıcılık iken, ödeme muhayyerliğinde ise aslanan akdin bağlayıcı olmamasıdır. Yani şart muhayyerliğinde belirlenen süre dolduğunda akid bağlayıcı/lâzım hale gelirken, ödeme muhayyerliğinde ise belirlenen süre dolduğunda akid, fâsid hale dönüşmektedir.<sup>862</sup>

Şart muhayyerliğinde olduğu gibi, ödeme muhayyerliğinde de mutlaka süre başta belirlenmelidir. Baştan sınırı tespit edilmeden yapılan ödeme muhayyerliği üzerine bir akid, şart muhayyerliğinde olduğu gibi fâsid kabul edilmektedir.<sup>863</sup>

TBK'da ödeme muhayyerliğine benzer bir durum yer almakta olup, sözleşmede belirtilmek koşuluyla, alıcının bedeli ödeyememesi (*temerrüd*) durumunda satıcı, malı

<sup>860</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 264.

<sup>861</sup> Aynî, *el-Binâye*, VI, s. 266.

<sup>862</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, s. 524; ödeme muhayyerliği ile şart muhayyerliğinin ilişkisi ile ilgili ayrıca bkz. Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, I, ss. 261-262; Bilmen, *Kâmus*, VI, ss. 62-63.

<sup>863</sup> Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*, I, s. 261; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 63.

geri alabilme hakkına sahiptir. İlgili kanuna göre bu muhayyerlik, tarafların başta şart koşmalarına bağlı meydana gelmekte ve sadece satıcıya muhayyerlik hakkı sağlamaktadır.<sup>864</sup> Buna göre, İslam hukukunda yer alan ödeme muhayyerliği ile ilgili kanunda yer alan muhayyerliğin tarafların ön anlaşma ile belirledikleri türden olması, ortak bir noktadır.

### 3.2.4.2 Ödeme Muhayyerliği Bulunan Akdin Hukukî Yapısı ve Bağlayıcılığı

Ödeme muhayyerliğinin birçok hükmünün, şart muhayyerliği ile benzer olduğunu daha önce zikretmiştik. Bu muhayyerlik de şart muhayyerliği gibi, doğrudan akdin bağlayıcılığını hedef alır. *Gerekli bedelin ödenmemesi veya teslimi gerçekleşmiş bedelin iade edilmesi* durumunda akdin yok sayılacağı yönünde bir işleme gerekçe olan bu muhayyerlikte fesh işlemi, akdin hükümsüz sayılmasına neden olmaktadır.<sup>865</sup> Bağlayıcılık açısından düşünüldüğünde muhayyerliğini bireyin olumlu yönde kullanması, akdi lâzım hale getirmektedir.

Hukukî yapı olarak ele alındığında ödeme muhayyerliği elinde bulunan taraf için gayri lâzım olan akid, diğer taraf için lâzım yani bağlayıcıdır. Mesela, peşin bir alış-verişte, satıcının aldığı bedeli belirli bir süre içerisinde iade edip etmeme üzerine kurulu bir akidde bağlayıcılık açısından akid satıcı için gayri lâzım iken, müşteri için lâzımdır. Tam tersi düşünüldüğünde bedeli belli bir müddet içinde satıcıya ödemek koşuluyla yapılan bir akid, müşteri için gayri lâzım, satıcı için ise lâzımdır. Özetle söylemek gerekirse, ödeme muhayyerliği hangi tarafta olursa olsun, akid lâzım litaraf (*tek tarafı bağlayıcı*) bir yapı sunmaktadır.

### 3.2.4.3 Ödeme Muhayyerliğinin Etkili Olduğu Akidler

Ödeme muhayyerliği, şart muhayyerliğinde olduğu gibi, satım ve kiralama gibi bedelli, feshi mümkün ve lâzım olan akidlerde geçerli bir muhayyerliktir.<sup>866</sup> Bu muhayyerlik, bedelli (*muâvazalı*) akidlerde bedel üzerinden meydana geldiği için,

<sup>864</sup> “Satılanın, ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesi gereken durumlarda alıcı temerrüde düşerse satıcı, herhangi bir işlem gerekmezsin satıştan dönebilir. Bu hakkını kullanmak isteyen satıcı, durumu gecikmezsin alıcıya bildirmek zorundadır. Satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır.” Bkz. *TBK*, Md. 235.

<sup>865</sup> Muhammed Takî, *Fıkhu'l-Büyû*, II, s. 936.

<sup>866</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l Hayrân*, s. 39.

bedelsiz akidlerde bu muhayyerliğin meydana gelmesi söz konusu değildir. Şu halde hibe, vasiyet ve âriyet gibi bedelsiz akidlere ödeme muhayyerliği meydana gelmemektedir.

#### 3.2.4.4 Ödeme Muhayyerliğinin Hükümleri

Ödeme muhayyerliği bazen müşteriye bazen da satıcıya tanınmış olabilir. Daha önce de ifade edildiği gibi belli bir süre içinde bedelin ödenmediği durumlarda akdin geçersiz kabul edilmesi ya da bedelin iade edilmediği takdirde akdin bağlayıcı olması üzerine yapılan bir anlaşmadan çıkan bu muhayyerlik, *vadeli alış-verişlerde müşteriye, peşin alış-verişlerde ise satıcıya tanınmıştır*. Yani müşteri belirlenen süre içerisinde bedeli satıcıya teslim edip etmeme konusunda muhayyer olabileceği gibi, benzer şekilde parayı peşin alan satıcı da bu parayı iade edip etmeme konusunda muhayyer olabilmektedir.<sup>867</sup>

#### 3.2.4.5 Ödeme Muhayyerliğinin Sona Ermesi

Ödeme muhayyerliğini sona erdiren durumları şu dört maddede özetlemek mümkündür;

1) *Ölüm*: Satıcıya parayı vermeden müşterinin muhayyerlik süresi içinde vefatı, satışı geçersiz kılmakta ve muhayyerliği de sona erdirmektedir. Nitekim bu muhayyerlik, vârislere intikal etmemektedir.<sup>868</sup>

2) *Tasarruf*: Ödeme muhayyerliği bulunan müşterinin muhayyerlik süresi içinde malda mülkiyeti ifade eden tasarruflarda bulunması, bu hakkını sona erdirmektedir.<sup>869</sup>

3) *Malın telef olması*: Teslim alınmış olan mal, muhayyerlik müddeti içerisinde müşterinin elinde telef olmuşsa, mal aynen iade edilemeyeceği için, bu durumda da muhayyerlik sona erer ve akid bağlayıcı hale dönüşür. Böylece müşterinin, daha önce vermemişse satıcıya ödemeyi yapması gerekir.<sup>870</sup>

4) *Malın kusurlu hale gelmesi*: Teslim alınmış olan mal, muhayyerlik müddeti içerisinde müşterinin elinde kusurlu hale gelmişse ve bedel de henüz ödenmemişse,

---

<sup>867</sup> Ali Haydar, *Dürru'l-Hükkâm*, I, s. 261; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 63.

<sup>868</sup> Ali Haydar, *Dürru'l-Hükkâm*, I, s. 261; Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 63.

<sup>869</sup> Ali Haydar, *Dürru'l-Hükkâm*, I, s. 261; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, ss. 524-525.

<sup>870</sup> Bilmen, *Kâmus*, VI, s. 63.

müşterinin muhayyerliği düşerken, bayinin bu hususta malı kusuruyla geri alma ya da semeni anlaşılan miktar üzerinden kabul etme muhayyerliği meydana gelmektedir.<sup>871</sup>

5) *Sürenin dolması*: Belirlenen süre dolduğunda müşteri ödemeyi yapmadığı takdirde ödeme muhayyerliği sona erer ve akid fâsid kabul edilir. Haneflilere göre burada şöyle ince bir detay vardır, o da şudur: Bu muhayyerliğin sürenin dolmasıyla sona ermesi bir fesih işlemi olmayıp akdin otomatik olarak fâsid hale gelmesidir. Yani süre dolduğu halde hâlâ malı elinde bulunduran müşterinin bir kısım tasarrufları, tazmin sorumluluğunu gerektirmektedir.<sup>872</sup>

---

<sup>871</sup> Ali Haydar, *Dürru'l-Hükkâm*, I, s. 262.

<sup>872</sup> Detaylı bilgi için bkz. Muhammed Takî, *Fıkhü'l-Büyük*, II, s. 936.



## SONUÇ

Bu çalışmamızda elde ettiğimiz sonuçları şöylece maddelemek mümkündür.

- 1) Sözleşmelerde seçme, cayma ve onama iradesinin yer aldığı her husus muhayyerlik kapsamındadır. Bu yüzden muhayyerlik, eserlerde ismi yer almasa da her türlü seçme ve birey iradesini sağlayan vazgeçebilme hakkı gibi akid serbestisi çerçevesine uyan konuları kendi bünyesinde barındırmaktadır.
- 2) Akdin kuruluş ve tamamlanma sürecinde, taşınması gereken şartlarla ilgili fakihler arasında farklı yaklaşımlar vardır. Akdin kuruluş, sıhhat ve işlerlik kazandığı aşamaları ayrı başlıklarda ele alan Hanefiler, bir akdin kuruluşunun karşılıklı îcab-kabul ile gerçekleşeceğini benimseyerek en asgari şartları yeterli görmüşlerdir. Cumhur ise akdin kuruluşu ile sıhhat aşamalarını tek bir başlıkta ele alıp, akdin kuruluşunda îcab-kabule ilave olarak işlemin sahih olmasını da ekleyerek daha fazla şartı gerekli görmüştür. Buna bağlı olarak bazı muhayyerliklerin oluşum ve işleyişi de farklı şekilde tezahür etmiştir. Mesela fesadı giderme muhayyerliği, akdin kurulmuş olmakla birlikte sahih olmadığı durumlarda bireylerin akdi kurtarma yoluna gitme veya gitmeme durumlarıyla bağlantılı olup, sadece Hanefilerin kabul ettiği akdin kuruluş mantığında karşımıza çıkmaktadır. Ancak cumhur, sahih olmayan bir akdi tümünden geçersiz saydığı için onların yaklaşımında böyle bir muhayyerlik meydana gelmeyecektir.
- 3) Klasik ve çağdaş dönem eserlerinde muhayyerlikler farklı sayılarda yer almaktadır. Bu çalışmamızda otuz iki başlıkta muhayyerliklikleri ele almış bulunsak da bu hususta net bir sayı vermek mümkün değildir. Zira mezheplerin konuya farklı yaklaşımları ve iktisadî gereklilikler sayıyı etkilemektedir. Benzer muhayyerlikleri bir tek tür olarak kabul edenlere göre sayı azalırken ince detayları nazara alarak yapılan tasniflerde sayı çoğalmaktadır. Ayrıca fakihlerin yer aldığı mezhep sistemi de muhayyerliklerin sayısını etkilemektedir. Bununla birlikte akidlerde en fazla sayıda muhayyerliğe yer verenin Hanefî ekolü olduğunu söyleyebiliriz. Günümüz kanunlarında da yer alan muhayyerlikler, dağınık şekilde ilgili olduğu kanun maddesinin içerisinde yer almaktadır. Bu kanunlarda bireylerin haklarının korunması, aldanmanın önlenmesi gibi temel esasları gerçekleştirmek amacıyla

düzenlenen cayma hakları, bazı farklılıklar olsa da İslam hukukundaki yaklaşımlarla genel anlamda uyum içerisinde.

- 4) İslam hukukunda tarafların kendi iradeleriyle akidlerde ön anlaşma ile belirledikleri muhayyerlikler, akde ilave şartlar olarak görülür. Bu muhayyerlikler, akiddeki şart koşma serbestisine dayanmaktadır. Fakat bu muhayyerlikleri kanunî irade genel sınırlarını belirleme ve bir takım şekil şartları ile sınırlandırma yetkisine sahiptir. Bu itibarla günümüz tüketici kanunlarında müşteriye belli bir zaman diliminde malı iade etme hakkı verilmesi, İslam hukukundaki şart koşma serbestisi ile izah edilebilir. Çalışmamızda bu konuyu şart, vasıf, tayin ve ödeme muhayyerlikleri şeklinde dört başlıkta ele almış olsak da tarafların belirlemesiyle sabit olan ön anlaşmayla kurulan muhayyerlikler, günün şartları ve ekonomik gerekliliğe göre içerik ve sayı olarak değişebilmektedir.
- 5) Muhayyerlikler, sadece akid meclisinde ve akdin lüzum aşamasında değil, işlemin her bir aşamasında yer almaktadır. Ayrıca sadece “muavazalı (*bedelli*) ve sahih akidlerde muhayyerlik yer alır” şeklindeki bir yaklaşımın doğru olmadığını, muavazasız ya da fâsid akidlerde de muhayyerliklerin yer aldığını söyleyebiliriz. Zira muhayyerlikler genel itibarıyla lâzım türden akidlerde meydana gelmekle birlikte, muhayyerlik teorisi ekseninde bakıldığında mevkuf, gayri lâzım hatta fâsid akidlerde de meydana gelebilmektedir. Çünkü bu tür akidlerde beklenen icâzetler, muhayyerlik teorisinin sistematığı içerisinde yer almaktadır.
- 6) Muhayyerliklerin akdin taraflarına tanınması, bu hakkın daima onlar tarafından kullanılarak hükmün gerçekleşeceği anlamına gelmemektedir. Zira bülûğ muhayyerliğinde birey muhayyerlik hakkını kullanarak akdi doğrudan fesh edememekte, sözlü olarak nikah akdini kabul etmediğini belirtse de son kararı mahkeme vermektedir. Böylece hak, bireye ait olsa da yetki kanunî mercinin elinde bulunabilmektedir.
- 7) Muhayyerliklerin şer’î dayanağı olan rivayetler, satım akdi özelinde gelmiş olmakla beraber, bu husus diğer sözleşmelerde yerini almış ve bir takım hak ve sorumlulukların çözümlenmesinde kullanılan bir kavram olmuştur. Bazı araştırmacılar muhayyerliği; “akidlerin onaylanması veya reddedilmesi hakkı”

şeklinde tanımlamış ancak ürünler arasında “tercih” hususu üzerinde durmamıştır. Halbuki muhayyerliğin sadece onay ve red anlamıyla yapılan tanımı, “tayin muhayyerliğini” dışarıda bırakmaktadır. Bu nedenle muhayyerlik; seçme, onama ve cayma hususlarını bir arada barındıran tüm seçimlik hakları ifade eden bir kavram olarak tanımlanmalıdır. Şu halde muhayyerlik, tek başına bir fesih işlemi olmadığı gibi, kimi zaman akdi fesh edebilme veya geçerli kılabilme yetkisi/hakkı, kimi zaman da tayin muhayyerliğinde olduğu gibi sadece bir tercih/seçme hakkıdır.

- 8) Akidlerde kanunî ve iradî şeklinde iki kısma ayrılan şartlar, muhayyerliklere de benzer şekilde etki etmekte, böylece kanunî şartlar, akdin gereği olan yani kanun tarafından bireylere doğrudan sağlanan muhayyerliklere zemin oluştururken, iradî şartlar da tarafların ön anlaşma ile belirlediği muhayyerliklere zemin oluşturmaktadır. Bu bağlamda akdin gereği olan muhayyerliklerin hemen hepsi kanunî/hukukî şart kapsamında yer almakta ve başta herhangi bir şart koşturmayla gerek kalmadan akidler içerisinde gömülü olarak bulunmaktadır.
- 9) Akid serbestisi çoğu kez kolaylık ve genişlik ifade etmekte ise de kimi durumlarda sınırlandırmayı ifade eder. Zira serbesti, bazen kanunî merci aracılığıyla hukukî sınırlandırmalar şekline tezahür edebilir. Söz gelimi, muhayyerliklerin belli zaman ve koşullarda kullanılabilmesi şeklinde kanun bir sınırlandırmaya gidebilir. Bu cümleden olarak şart muhayyerliğinin kullanımını kanun üç gün ile sınırlandırabileceği gibi, kusurlu çıkma muhayyerliğine gerekçe olan ayıbın fark edilme süresini bir yıl ile sınırlayabilecektir. Böylece bir yıl dolduktan sonra fark edilen ayıplar sebebiyle muhayyerlik kullanılamayacaktır. Nitekim hak ve sorumlulukların kullanımında getirilen bu sınırlarlamalar, günümüzde zamanaşımı şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla günümüz kanunlarında akid serbestisi çerçevesine uyan ve muhayyerliklere belli bir takım sınırlılıklar getiren düzenlemeler, İslam hukukunun da ruhuna uygundur.
- 10) Akidlerde muhayyerliklerin gayesi, hukukî işlemi gerçekleştiren bireylerin iradelerinin mümkün olduğu ölçüde sağlıklı bir şekilde gerçekleştirmelerini ve tarafların aldanma ve zarar görme gibi hususlardan korunmasını sağlayarak riskin en aza indirilmesini temin etmektir. Böylece akidlerin kendi içerisinde bir kontrol

mekanizması oluşturarak, her bir anlaşmazlığın kanunî mercilere taşınmasını önlemek ve oluşacak husumetlerin bireyler arasında kendi içerisinde çözüme kavuşturulmasını sağlayarak yargının iş yükünü azaltmak olduğunu da söyleyebiliriz. Bununla birlikte akidlerdeki muhayyerliklerin genel ve özel olmak üzere iki gayesinden bahsetmek mümkündür. Muhayyerliklerin genel gayesi akidlerde bireylerin iradelerini sağlıklı şekilde gerçekleştirmek ve hak kayıplarının önüne geçmek iken her bir muhayyerliğin yer aldığı özel alana ilişkin taşıdığı bir gayesi de vardır. Mesela akid meclisine ait muhayyerliklerde özel gaye, bireye düşünme fırsatı sağlamak ve acele verilen kararları yeniden gözden geçirme imkanı sunmaktır. Görme, kusurlu çıkma ve vasıf muhayyerliğinde ise özel gaye, bireye ilave düşünme fırsatı sunmak değil, akidden beklenen faydanın gerçekleşmesine engel olacak durumlarda bireylere hak kayıplarını telafi etme imkanı sunmaktır.

- 11) Akid meclisini fakihler mekân ve zaman mefhumlarını gündeme getirerek bulundukları dönemin ihtiyaçları çerçevesinde konuyu yorumlamışlardır. Bugün de akid meclisini, mekân ve zaman birliği anlayışı çerçevesinde yeniden yorumlamak gerekmektedir. Kanaatimizce akidlerde meclis birliğinin, *ortam birliği* olarak değerlendirilmesi mümkündür. Çünkü ortam birliği, bedensel olarak aynı mekân paylaşmak anlamına geldiği gibi, fizikî olmayan, sanal ortamları da kapsamaktadır.
- 12) Muhayyerliklerin birçoğu, akdin temel unsuru olan “konu” ile bağlantılıdır. Bazen “konu”daki belirsizlik ve bilinmezlik neticesinde meydana gelen muhayyerlikler, bazen de konudaki kusur veya gerekli vasfı taşımama neticesinde meydana gelebilmektedir. Akdin konusuna bir başkasının hakkının karışması da konuya bağlı muhayyerliklerin oluşmasına zemin oluşturmaktadır. Mal olabildiği gibi menfaat de olabilen akdin konusu, trampa şeklindeki akidlerde edimin her iki tarafında da yukarıda sayılan belirsizlik ve bilinmezlik nedeniyle muhayyerliğe temel olan hususları barındırabilir. Böylece konuya bağlı muhayyerlik, akdin her iki tarafı için de söz konusu olur.
- 13) Akid konusunun belirsizliğine dayanan görme muhayyerliği, günümüz ticarî hayatında daha dikkat çekici bir öneme sahiptir. Zira ulaştığımız teknolojik imkanlar sayesinde uzaktan sanal ortamda yapılan ticarî faaliyetler hızla artmaktadır. Bu imkanlar hayatımızı kolaylaştırmakla birlikte yapılan ticaretin denetlenmesi ve

tarafının aldatılmasının ve zarara uğratılmasının önüne geçecek önlemler alınması kaçınılmazdır. Bu amaçla günümüz modern kanunlarına ışık tutacak yaklaşımlar, İslam hukukunda özellikle de görme muhayyerliğinin hükümlerinde yer almaktadır. Nitekim günümüz kanunlarında mesafeli satış sözleşmelerinde yer alan cayma hakkı, görme muhayyerliği ile benzer bir işleve sahiptir.

- 14) Kusurlu çıkma muhayyerliği ile vasıf muhayyerliği, öteden beri araştırmacılar tarafından birbirine karıştırılan konulardan olmuştur. Bunun nedeni, ilgili muhayyerliklerin benzer süreçlerde meydana gelmesi ve benzer hükümler içermesidir. Fakat Hanefiler bu konuları titizlikle ele almışlar ve bu iki muhayyerliği belirgin şekilde birbirinden ayırmışlardır. Onlar, malın niteliğine ait eksikliği kusur olarak görmemiş, vasıf muhayyerliği kapsamında değerlendirmişlerdir. Buna karşın ehil ve erbabı tarafından malın değerinde noksanlığa sebep olan kusurları ise kusurlu çıkma muhayyerliği nezdine ele almışlardır. Günümüz kanunlarında da tam tefrik edilmemiş olan bu iki hususun Hanefilerin kabul ettiği şekilde ayrı ayrı ele alınması, hukuk mantığı açısından daha teknik ama gerekli bir husus olarak görünmektedir. Zira vasıf muhayyerliğinde müşteri, malı satın alırken istediği özellikleri, akidde şart olarak öne sürmektedir ki böyle bir şart koşma, kusurlu çıkma muhayyerliğinde yer almamaktadır. Çünkü kusurlu çıkma muhayyerliği, kanun tarafından re'sen bireylere sağlanmakta, başta şart koşmaya gerek bırakmamaktadır. O halde başta şart koşulan vasıfların eksikliği, kusurlu çıkma değil vasıf muhayyerliği ekseninde bireye vazgeçebilme-kabul etme muhayyerliği sağlamalıdır. Bununla birlikte cumhur, bu iki muhayyerliği aynı düzlemde ele almayı tercih etmiş özellikle Şafîiler vasa'a ait eksiklikleri tamamen kusurlu çıkma muhayyerliği içerisinde görmüşlerdir.

## KAYNAKÇA

- Abdülhâdî, Nâhid Mahmûd Hüseyin; “Hıyârü’r-Ru’ye ve Eseruhû fi’l-Muâmelâti’l-Mâliyyeti fi’l-Fikhi’l-İslâmî ve’l-Kânûnî’l-Medenî’l-Ürdünî”, (*Master*, Câmîatü Âli Beyt, Külliyyetü’d-Dirâseti’l-Fikhiyye, ty.).
- Acar, Halil İbrahim; “Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler 1-Hata”, *AÜİFD*, sy. 14, 1999, ss. 79-109.
- Ak, Ayhan; “Varlık Yönetim Şirketleri”, *İHAD*, sy. 24, (Ekim-2014), ss. 127-148.
- \_\_\_\_\_; *İslam Hukuk Felsefesi (Köken ve Uyum Odaklı Analiz)*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2014.
- \_\_\_\_\_; *İslam Hukuk Literatüründe Hz. Musa*, İstanbul: Rağbet Yay., 2016.
- Akalın, Şükrü Haluk vd.; *Türkçe Sözlük*, Ankara: Türk Dil Kurumu Yay., 2011.
- Aktan, Hamza; “Kefâet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXV, 2002, ss. 166-168.
- Ali Haydar; *Düreru’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Kitaplığı Nâdir Eserler.
- \_\_\_\_\_; *Düreru’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, *Avukat Fehmî el-Hüseyinî* (çev.), 16 cilt, Beyrut: Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, ty.
- Ali Hüseyin, Seyyid Abdullah; *el-Mukâranâtü’t-Teşrîyyetü beyne’l-Kavânîni’l-Vaz’iyyeti ve’t-Teşrîi’l-İslâmî Mukâranâtün Beyne Fikhi’l-Kânûnî’l-Firansî ve Mezhebi’l-İmamı Mâlik b. Enes*, 3 cilt, Kâhire: Dârü’s-Selâm, 2001.
- Âlûsî, Şihabuddin; *Rûhu’l-Meânî*, 24 cilt, Beyrut: İhyâü’t-Türasi’l-Arabî, ty.
- Amûş, Muhammed Mahmûd Dücân; “Müskitâtü Hakkı’l-Hıyâr”, (*Master*, Câmîatü Âli Beyt, Külliyyetü’d-Dirâseti’l-Fikhiyye, 2002).
- \_\_\_\_\_; “Eseru’l-Vakt fi Hıyârî’l-Ayb ve’t-Tasriyye”, *el-Mecelletü’l-Ürdüniyye fi’d-Dirâsâti’l-İslâmiyye*, 5/3, 2009.
- Apaydın, Hacı Yunus; “İcâzet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXI, 2000, ss. 401-403.
- \_\_\_\_\_; “İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)”, *EÜİFD*, sy. 6, 1989, ss. 177-200.
- \_\_\_\_\_; “Fesad”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XII, 1995, ss. 417-421.
- \_\_\_\_\_; “Galat”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XIII, 1996, ss. 297-300.
- \_\_\_\_\_; “İn’ikad”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXII, 2000, ss. 314-315.
- \_\_\_\_\_; “İrade Beyanı”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXII, 2000, ss. 387-391.
- \_\_\_\_\_; “Karz”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXIV, 2001, ss. 520-525.
- \_\_\_\_\_; “Kefalet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., 2002, XXV, ss. 168-177.
- \_\_\_\_\_; “Lüzum”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXVII, 2003, ss. 260-262.
- \_\_\_\_\_; “Mevkuf”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXIX, 2004, ss. 438-440.
- \_\_\_\_\_; “Muhayyerlik”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXI, 2004, ss. 25-30.
- \_\_\_\_\_; “Sihhat”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXVII, 2009, ss. 110-111.
- \_\_\_\_\_; “Velâyet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXXIII, 2013, ss. 15-19.
- Arı, Abdusselam; “Vasiyet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXXII, 2012, ss. 552-555.
- Armağan, Servet; *Fikhü’l-Muâmelâti’l-Mâliyyeti’l-Muâsara*, (Gözden geçirilmiş 2. baskı), İstanbul: Gündönümü Yay., 2012.

- Atar, Fahrettin; “Sulh”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXVII, 2009, ss. 481-485.
- Aybakan, Bilal; “İkale”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXII, 2000, ss. 14-16.
- \_\_\_\_\_; “Meclis”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXVIII, 2003, ss. 239-241.
- Aydın, Mehmet Âkif; “Deyn”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., IX, 1994, ss. 266-268.
- Aynî, Ebû Muhammed Mahmud b. Ahmed; *el-Binâye fî Şerhi'l-Hidâye*, 10 cilt, yy.: Dâru'l-Fikr, 1981.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed er-Rûmî el-Mısırî; *el-Înâye Şerhu'l-Hidâye*, 10 cilt, yy.: Dâru'l-Fikr, ty.
- Bardakoğlu, Ali; “Ehliyet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XX, 1994, ss. 533-539.
- \_\_\_\_\_; “Ayıp”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., IV, 1991, ss. 246-247.
- \_\_\_\_\_; “Bey”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., VI, 1992, ss. 13-19.
- \_\_\_\_\_; “Butlân”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., VI, 1992, ss. 476-478.
- \_\_\_\_\_; “Bülûğ”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., VI, 1992, ss. 413-414.
- \_\_\_\_\_; “Fesih”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XII, 1995, ss. 427-436.
- \_\_\_\_\_; “Gabn”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XIII, 1996, ss. 268-273.
- \_\_\_\_\_; “Hak”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XV, 1997, ss. 139-151.
- \_\_\_\_\_; “Hanefî Mezhebi”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XVI, 1997, ss. 1-21.
- \_\_\_\_\_; “Hibe”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XVII, 1998, ss. 421-426.
- \_\_\_\_\_; “İkrah”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXII, 2000, ss. 30-37.
- \_\_\_\_\_; “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy.1, 1983, ss. 9-29.
- Beyhakî, Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali b. Mûsâ Ebu Bekr; *es-Sünenü'l-Kübrâ*, 10 cilt, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003.
- Bilmen, Ömer Nasuhi; *Hukûkî İslâmiyye ve Istılâhâtı Fıkhiyye Kâmusu*, 8 cilt, İstanbul: Bilmen Basımevi, 1970.
- \_\_\_\_\_; *Kur'an-ı Kerim'in Türkçe Meâli Âlisi ve Tefsiri*, 4 cilt, İstanbul: Bilmen Yay., ty.
- Bingöl, Abdülkuddûs; “İstidlâl”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXIII, 2001, s. 323.
- Bokermoş, Rüstem Mûsâ İbrâhim; “Ahkâmu Hıyâru Tühâlefü's-Şart”, (*Master*, Câmîatü Âli Beyt, Külliyyetü's-Şeria Kısmü'l-Fıkh, 2013).
- Bolay, Süleyman Hayri; *Felsefî Doktrinler ve Terimler Sözlüğü*, Ankara: Akçağ Yay., 1997.
- Boynukalın, Mehmet; “Fıkıh Usûlünde Şart Kavramı”, *MÜİFD*, sy. 36, (Ocak-2009), ss. 7-46.
- \_\_\_\_\_; “Şart”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXVIII, 2010, ss. 364-365.
- Buhârî, Muhammed b. İsmail Ebû Abdullah; *Sahîhü'l-Buhârî*, Muhammed Züheyr b. Nâsir en-Nâsir (thk.), 9 cilt, Dimeşk: Dâru Tûğî'n-Necât, 1422.
- Buhûfî, Mansûr b. Yûnus; *er-Ravdu'l-Murbi' Şerhu Zâdi'l-Müstekni'*, yy.: Müessesetü'r-Risâle, ty.
- Bülter, Ahmet; “Tüketicinin Korunması Hukukunda Mesafeli Sözleşme Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi*, sy. 13, ss. 12-29.
- Cevizci, Ahmet; *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma Yay., 2003.
- Cezîrî, Abdurrahman; *Kitâbu'l-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Erbâa*, 4 cilt, Mısır: el-Mektebetü't-Ticariyyetü'l-

Kübrâ, ty.

Cürcâvî, Ali Ahmed; *Hikmetü't-Teşrif' ve Felsefetühû*, 2 cilt, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1994.

Çağrı, Mustafa – Hökelekli, Hayati; “İrade”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXII, 2000, ss. 380-384.

Çalış, Halit - Hacac Hasan; “Rehin”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXIV, 2007, ss. 538-542.

\_\_\_\_\_; “İslam Borçlar Hukukunda Akid Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, 7/19, 2004, ss. 269-295.

Çeker, Orhan; *İslam Hukukunda Akidler*, Konya: Tekin Kitabevi, 2014.

\_\_\_\_\_; *Fıkıh Dersleri-1*, Konya: Ensar Yay., 2014.

\_\_\_\_\_; *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Konya: Mehîr Vakfı Yay., 2012.

Çolak, Abdullah; “İslâm'ın İktisâdî Prensipleri” *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, sy. 1, 2003, ss. 29-49.

Dalgın, Nihat; *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular 2*, Samsun: Etüt Yay., 2010.

\_\_\_\_\_; *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., 2001.

\_\_\_\_\_; *İslam'ın Işığında Sigortacılık*, Samsun, yy., 2002.

\_\_\_\_\_; “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”, *OMÜİFD*, sy. 11, 1999, ss. 97-127.

Dârekutnî, Ali b. Ömer; *es-Sünen*, 5 cilt, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2004.

Darîr, es-Sadîk Muhammed el-Emîn; *el-Garar ve Eseruhû fi'l-Ukûd*, Beyrut: Dâru'l-Ceyl, 1990.

Desûkî, Muhammed b. Ahmed b. Arefe el-Mâlikî; *Hâşiyetü'd-Desûkî ale's-Şerhi'l-Kebîr*, 4 cilt, yy.: Dâru'l-Fikr, ty.

Dihlevî, Şâh Veliyyullah; *Hüccetullâhi'l-Bâliğa*, Mehmet Erdoğan (trc.), 2 cilt, Ankara: Yeni Şafak Yay., 2003.

Dimyâtî, Ebû Bekr b. Muhammed Şettâ; *İlânetü't-Tâlibîn alâ Halli Elfâzi Fethi'l-Mübîn*, 4 cilt, yy.: Dâru'l-Fikr, 1997.

Doğan, Mehmet; *Büyük Türkçe Sözlük*, yy.: İz Yayıncılık, ty.

Döndüren, Hamdi; *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul: Eramat Matbaacılık, 1995.

Dönmez, İbrahim Kafi; “Garar”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XII, 1996, ss. 366-371.

\_\_\_\_\_; “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler (Batı Hukuku ile Mukayeseli Olarak)”, *İLAM Araştırma Dergisi*, 1/1, 1996, ss. 9-62.

\_\_\_\_\_; “Şüf'a”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXIX, 2010, ss. 248-252.

\_\_\_\_\_; “Tasarruf”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXX, 2011, ss. 118-119.

Ebû Ceyb, Sa'dî; *el-Kâmûsu'l-Fikhî Lugaten ve Istılâhen*, Dimeşk; Dâru'l-Fikr, 1988.

Ebû Dâvûd, Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî; *es-Sünen*, Muhammed Muhyiddîn Abdulhamîd (thk.), 4 cilt, Beyrut: el-Mektebetü'l-Asriyye, ty.

*el-Fetâva'l-Hindîyye*, Heyet (haz.), 6 cilt, yy.: Dâru'l-Fikr, 1310.

*el-Mevsûatü'l-Fikhiyyü'l-Küveytiyye*, Vüzâratü'l-Evkâfi ve's-Şuûnu'l-İslâmiyye (haz.), 45 cilt, Kuveyt: Dâru's-Selâsil, 1427.

Erdoğan, Mehmet; *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005.

\_\_\_\_\_; “İmam Ebû Hanîfe ve Kadının Nikah Akdinde Taraf Olması”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, 15/1-2,



2002, ss. 255-257.

Eren, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3 cilt, Ankara: S Yay., ty.

Erkuş, Burhan; “İslam Hukukunda Hukukî İşlemlerin Şarta Bağlılığı”, (*Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005).

Erul, Bünyamin; “Tedlîs”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXX, 2011, ss. 262-264.

Eskicioğlu, Osman; *İslâm ve Ekonomi*, İzmir: Anadolu Yay., 1999.

Fîrûzâbâdî, Muhammed b. Yakub; *el-Kâmûsu'l-Muhît*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2012.

Gözübenli, Beşir; “Âriyet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., III, 1991, ss. 379-380.

\_\_\_\_\_; “Kıyemî”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXV, 2002, ss. 540-541.

Günay, Hacı Mehmet; “Tağrir” *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXIX, 2010, ss. 375-376.

Güney, Necmeddin; “İslam Borçlar Hukukunda Garar”, (*Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Necmeddin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013).

Habîb b. Tâhir; *el-Fıkhü'l-Mâlikî ve Edilletuhû*, 6 cilt, Beyrut: Müessesetü'l-Meârif, 2005.

Hacak, Hasan; “Mal”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXVII, 2003, ss. 461-465.

\_\_\_\_\_; “Mislî”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXX, 2005, ss. 187-188.

Haçkalı, Abdurrahman; “İslam Hukuku Açısından Akid Serbestisi Prensibi”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, 5/13, (Ağustos 2002), ss. 120-136.

Hançerlioğlu, Orhan; *Feslefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar*, 7 cilt, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1993.

Hattâb, Muhammed b. Abdurrahman el-Mâlikî el-Mağribî; *Mevâhibü'l-Celîl li Şerhi Muhtasarı Halîl*, 8 cilt, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1995.

Hayyât, Abdulaziz; *Nazariyyetü'l Akd ve'l-Hıyârât fî'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Amman: el-Ma'hedu'l Arabî, 1994.

Haraşî, Muhammed b. Abdullah b. Ali el-Mâlikî; *Hâşiyetü'l-Haraşî ala Muhtasarı Seydî Halîl*, Şeyh Zekerıyya Umeyrât (thk.), 8 cilt, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1997.

İbn Abdüsselâm, İzzeddin; *Kavâidü'l-Ahkâm fî Mesâlihi'l-Enâm*, Süleyman Kaya ve Soner Duman (çev.), İstanbul: İz yay., 2006.

İbn Âbidîn, Muhammed Emin; *Reddû'l Muhtâr ale'd-Dürri'l Muhtâr Şerhu Tenvîrü'l-Ebsâr*, Âdil Ahmed Abdulmevcud-Ali Muhammed Muavviz (thk.), 12 cilt, Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003.

İbn Âşûr, Tâhir; *et-Tefsîru't-Tahrîr ve't-Tenvîr*, 30 cilt, Tunus: Dâru't-Tûnisiyye, 1984.

İbn Hazm, Ali b. Ahmed b. Saîd; *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, 12 cilt, Beyrut: Dâru'l-Fikr, ty.

İbn Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdolvâhid; *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, 10 cilt, yy.: Dâru'l-Fikr, ty.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed b. Muhammed; *el-Muğnî*, 10 cilt, yy.: Mektebetü'l-Kâhira, 1968.

\_\_\_\_\_; *el-Muğnî ve's-Şerhu'l-Kebîr alâ Metni'l-Muknî' fî'l-Fıkhî'l-İmam Ahmed b. Hanbel*, 12 cilt, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1994.

İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî; *es-Sünen*, Muhammed Fuâd Abdalbâkî (thk.), 2 cilt, yy.:Dâru İhyâi'l-Kütübî'l-Arabiyye, ty.

İbn Manzûr, Ebu'l-Fadl Cemaleddin Muhammed b. Mükerrrem; *Lisân'ül-Arab*, 55 cilt, Kahire: Dâru'l Mearif, 1119.

İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed; *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 8 cilt, yy.: Dâru'l-Kitâbî'l-İslâmî, ty.

- İbn Rüşd (el-Cedd), Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî; *el-Beyânü ve't-Tahsîlû ve's-Şerhu ve't-Tevcihu ve'Ta'lîlû li Mesâilî'l-Müstehrace*, Muhammed Hacı vd. (thk.), 20 cilt, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1988.
- İbn Rüşd (el-Hafîd), Ebu'l-Velîd el-Kurtubî; *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, 2 cilt, Beyrut: el-Mektebetü'l-Asriye, 2006.
- \_\_\_\_\_; *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, 2 cilt, Ahmed Meylânî (çev.), İstanbul: Arslan Yay., 1976.
- İbrahim Mustafa vd.; *el-Mu'cemu'l Vasi't*, 2 cilt, Kâhire: el-Mektebetü'l-İslâmiyye, ty.
- İsfehânî, Râgıb; *Müfredâtü Elfâzi'l-Kur'an*, Beyrut: ed-Dâru's-Şâmiyye, 2002.
- Kadrî Paşa; *Mürşidü'l Hayrân İla Marifeti Ahvâli'l İnsan*, Bulak: Matbaatü Kübra'l-Emîriyye, 1891.
- Kahraman, Abdullah; *İslam Borçlar Hukukunda Kefalet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı*, İstanbul: M.Ü. İFAV Yay., 2008.
- Kal'acî, Muhammed Revvâs; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye el-Müeyyesserâ*, 2 cilt, Beyrut: Dâru'n-Nefâes, 2010.
- \_\_\_\_\_; *Fıkıh Lugatı*, Ayhan Ak (çev.), İstanbul: Ocak Yay., 2012.
- Karadâgî, Ali Muhyiddin Ali; *Mebdeü'r-Rızâ fi'l-Ukûd Dirâsetün Mukâranatün fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 2 cilt, Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 1985.
- Karâfî, Ebu'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdurrahman el-Mâlikî; *ez-Zahîra*, 14 cilt, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1994.
- Karahisârî, Mustafa b. Şemseddin el-Ahterî; *Ahterî-i Kebîr*, 2 cilt, İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1310.
- Karaman, Hayreddin; *Mukayeseli İslam Hukuku*, 3 cilt, İstanbul: Nesil Yay., 2005.
- \_\_\_\_\_; “Akîd”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., I, 1989, ss. 251-256.
- \_\_\_\_\_; *İslam Hukukunda İctihad*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2010.
- Kâsânî, Alaaddin Ebi Bekr b. Mes'ud; *Bedâi'u's-San'âi fi Tertîbi's-Şerâi'*, 10 cilt, Kâhire: Dâru'l-Hadîs, 2005.
- Kaya, Mahmut; “Makûlât”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXVII, 2003, ss. 460-461.
- Kaya, Süleyman; “İslam Hukukunda İcabın Bağlayıcılığı”, (*Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000).
- Kisbet, Mustafa; “İslam Hukukunda Tüketicinin Korunması Açısından Ayıp Muhayyerliği”, (*Yayımlanmış yüksek lisans tezi*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998).
- Koca, Ferhat; “Hikmet”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXVII, 1998, ss. 514-518.
- \_\_\_\_\_; “İstidlâl” (*Fıkıh*), *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXIII, 2001, ss. 323-325.
- Koçak, Muhsin; *İslam Vasiyet Hukuku*, Samsun: Eser Matbaası, 1991.
- Koçak, Muhsin – Dalgın, Nihat – Şahin, Osman; *İslam Hukuku (İslam Hukukuna Giriş, Aile Hukuku, Miras ve Ceza Hukuku)*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013.
- \_\_\_\_\_; *Fıkıh Usûlü*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013.
- Köse, Saffet; “Hile”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XVIII, 1998, ss. 28-29.
- Kutluer, İlhan; “Düşünme”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., X, 1994, ss. 53-57.
- Mahmûdî, İsâ Muhammed; “Ahkâmu'l-Hıyâr fi'l-Muâmelâti'l-Mâliyyeti”, (*Master, Câmiatü Ümmü Dermâni'l-İslâmî, Külliyyetü's-Şer'iati ve'l-Kanûn*, 2013).
- Mâlik b. Enes, b. Mâlik b. Âmir el-Esbahî; *el-Muvatta*, Muhammed Fuâd Abdalbâkî (thk.), Kâhire: Dâru'l-

Hadîs, 1992.

Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî; *el-Hâvi'l-Kebîr fî Fikhi Mezhebi'l-İmâmî's-Şâfiî ve Hüve Şerhu Muhtasarı'l-Müzenî*, eş-Şeyh Ali Muhammed Muavviz-eş-Şeyh Âdil Ahmed Abdu'l-Mevcûd (thk.), 19 cilt, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1999.

*Mecelletü'l-Ahkâmî'l-Adliyye*, Heyet (haz.), Necîb Havâvînî (thk.), yy., ty.

Mehmesânî, Subhî; *en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Mucebâtî ve'l-Ukûdî fî's-Şerîati'l-İslâmiyye*, 2 cilt, Beyrut: Dâru'l-İlm li'l-Melâyîn, 1972.

Mergînânî, Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr el-Fergânî; *el-Hidâye Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî*, Muhammed Adnân Dervîş (thk.), 4 cilt, Beyrut: Dâru'l-Erkam b. Ebî'l-Erkam, ty.

Mevsilî, Ebû'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd; *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, 5 cilt, Beyrut: Dâru'l-Erkam b. Ebî'l-Erkam, ty.

Meydânî, Ebu'l Hüseyin Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed Abdulganî el-Ğuneymî; *el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâb (Kudûrî muhtasarı ile birlikte)*, 3 cilt, Beyrut: Dâru'l-Kitâbî'l-Arabî, 2012.

Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmûz; *Düreru'l-Hükkâm fî Şerhi Gureru'l-Ahkâm*, 2 cilt, yy.: Dâru'l-İhyâi'l-Kütübî'l-Arabî, ty.

Muhammed Takî, el-Osmânî; *Fikhu'l-Büyû' ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa maa Tatbikâtî'l-Muâsıratî Mukârinen bi'l-Kavânini'l-Vaz'ıyye*, 2 cilt, Karaçi (Pâkistan): Mektebetü Meârifî'l-Kur'an, 2015.

Muhammed, Ebû Abdillâh b. el-Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî; *el-Hucce alâ Ehli'l-Medîne*, Mehdi Hasan Geylânî el-Kâdirî (thk.), 4 cilt, Beyrut: Âlimü'l-Kütüb, 1403.

Muhammed, Ebû Bekr Mübârek Abdullah; “Ahkâmu Reddî'l-Mebî' fî'l-Fikhi'l-İslâmî ve Kânûnu Devleti'l-İmârâtî'l-Arabiyyeti'l-Müttehide”, (Doktora, Câmiatü İmdiramânî'l-İslâmiyye, Külliyyetü's-Şerîati ve'l-Kânûn, 2013).

Mutarrizî, Nâsiruddîn Ebu'l-Feth; *el-Muğrib fî Tertîbi'l-Mu'rib*, 2 cilt, Halep: Mektebetü Usâme b. Zeyd, ty.

Müslim, İbn Haccâc Ebu'l-Hasen el-Kuşeyrî en-Nisâburî; *Sahihü'l-Müslim*, Muhammed Fuâd Abdulkâkî (thk.), I-V, Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsî'l-Arabî, ty.,

Nevevî, Ebû Zekerıyyâ Muhyiddin b. Şeref; *Kitâbu'l-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzebe li's-Şirâzi*, 18 cilt, Cidde: Mektebetü'l-İrşâd, ty.

\_\_\_\_\_; *Kitâbu'l-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzebe li's-Şirâzi maa Tekmileti Takiyyüddin es-Sübkî ve Muhammed Necîb el-Mutî'i*, 20 cilt, yy.: Dâru'l-Fikr, ty.

\_\_\_\_\_; *Ravdatü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Müftîn*, Zehîr eş-Şâvîş (thk.), 12 cilt, Beyrut: el-Mektebetü'l-İslâmî, 1991.

Önder, Muharrem; *Haneî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, İstanbul: Ravza Yay., 2009.

Pekcan, Ali; *İslam Hukukunda Gâye Problemi*, İstanbul: Rağbet Yay., 2003.

Pekdemir, Şevket; *İslam Hukukunda Sözleşmelerde Cezâi Şart*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016.

\_\_\_\_\_; “Evlilikte Denklik Konuları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 15/1, 2015, ss. 113-147.

Remlî, Şemsüddîn Muhammed b. Ebî'l-Abbâs Ahmed b. Hamza Şihâbüddîn; *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, 8 cilt, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1984.

Reisoğlu, Safa; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1995.

Rubeys, Abdulaziz b. Muhammed b. Osman; “el-Müddetü fî Hıyârî's-Şart fî'l-Beyr”, *el-Mecmau'l-Fikhi'l-İslâmî*, sy. 15, 2002, ss. 225-270.

Rûyânî, Abdulvâhid b. İsmail; *Bahru'l-Mezheb fî Furûi Mezhebi'l-İmâmî's-Şâfiî*, 14 cilt, Beyrut: Dâru'l-

İhyâi't-Türâsü'l-Arabî, 2002.

Sâvî, Ebu'l-Abbas Ahmed b. Muhammed el-Mâlikî; *Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-Sağır*, 4 cilt, yy.: Dâru'l-Meârif, ty.

Sehnûn b. Saîd, et-Tenûhî; *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, 6 cilt, Kâhire: Dâru'l-Hadîs, 2005.

Semirân, Muhammed; “Eseru'l-Vakt fi Hıyârî's-Şart”, *el-Mecelletü'l-Ürdüniyye fi'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye*, 4/3, 2008, ss. 133-154.

Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed; *Nazariyyetü'l Akl*, 2 cilt, Beyrut: Menşûrâtü'l Halebî el-Hukûkiyye, 1998.

\_\_\_\_\_; *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhî'l-İslâmî (Dirâsetün Mukâranetün bi'l-Fıkhî'l-Garbî)*, 6 cilt, Beyrut: Dâru'l-İhyâi't-Türâsü'l-Arabî, ty.

Serahsî, Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed Şemsü'l-eimme; *el-Mebsût*, 30 cilt, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1993.

Sevâr, Muhammed Vahîdüddîn; *eş-Şekl fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Amman: Mektebetü Dâru's-Sekâfe, 1997.

Şâfiî, Muhammed b. İdris; *el-Ümm*, 9 cilt, Kâhire: Dâru'l-Hadîs, 2008.

Şahin, Hasan; “Nikahta Rıza ve Cebir”, (*Yayımlanmamış yüksek lisans tezi*, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008).

Şahin, Osman; “Safka”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXV, 2008, ss. 480-481.

\_\_\_\_\_; “İslam Hukuk Metodolojisinde İstishâb”, *OMÜİFD*, sy. 12-13, 2001, ss. 489-516.

\_\_\_\_\_; “İstihsan Yönteminin Aklî Gerekçeleri ve Bazı Uygulama Şekilleri”, *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 4/8, 2008, ss. 41-74.

\_\_\_\_\_; *İslam Hukukunda Zamanaşımı*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016.

Şâzelî, Hasan Ali; *Nazariyyetü'ş-Şart fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, y.y.: Dâru'l-ittihâdî'l-Arabî, ty.

Şengül, Zübeyr; “İslam Borçlar Hukukunda Görme Muhayyerliği ve Tüketici Hakları Açısından Önemi”, (*Yayımlanmamış yüksek lisans tezi*, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011).

Şerkâvî, Ali Bedrî Ahmed; *el-Hıyârâtü fi'l-Bey'*, Mısır: yy., 1990.

Şeyhzâde Dâmâd, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman; *Mecmeu'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, 2 cilt, İstanbul: Tereke Yay., 2015.

Şirâzî, Ebû İshak Cemaeddin İbrahim b. Ali b. Yusuf; *el-Mühezzeb*, 2 cilt, Kâhire: Dâru'l-Kalem, 1959.

Şirbînî, Muhammed b. Muhammed el-Hatîb; *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî elfâzi'l-Minhâc*, 6 cilt, yy.: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994.

Tahâvî, Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed b. Selâme; *Muhtasarut't-Tahâvî*, Ebu'l-Vefâ Efgânî (thk.), Haydarabad: Lecnetü İhyâi'l-Meârifî'n-Nu'maniyye, ty.

\_\_\_\_\_; *Şerhu Meânî'l-Âsâr*, 4 cilt, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2013.

Tayyâr, Abdullah b. Muhammed b. Ahmed; *Hıyârü'l-Meclis ve'l-Ayb fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Riyad: Câmiatü'l-İmam Muhammed b. Suud el-İslâmiyye, 1979.

Tekin, Abdulkadir; *Süfyan es-Sevri'nin Usûlü ve Fıkhî Görüşleri*, Ankara: Fecr Yay., 2015.

Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre; *es-Sünen*, Ahmed Muhammed Şâkir vd. (thk.), 5 cilt, Mısır: Şirketü Mektebeti ve Matbaati Mustafa el-Bâbî el-Halebî, ty.

Topal, Şevket; “İslam Hukuku Açısından Satış Sözleşmelerinde Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller”, *OMÜİFD*, sy. 12, 2001, ss. 517-538.

Tüfekçi, İbrahim; “İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 20, 2012, ss. 11-42.

\_\_\_\_\_; “Tânevî'nin İ'laü's-sünen İsimli Eserindeki Fıkıh Metodu (Musarrât Hadisi Örneği)”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 43, (2012/2), ss. 129-166.

- Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, sy. 6502, yıl 2013, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6502.pdf> (09.09.2016).
- Türk Borçlar Kanunu*, sy. 6098, yıl 2011, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf> (01.09.2016).
- Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekilleri Hakkında Kanun*, sy. 6101, yıl 2011, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6101.pdf> (01.09.2016).
- Türk Medeni Kanunu*, sy. 4721, yıl 2001, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> (07.09.2016).
- Türk Ticaret Kanunu*, sy. 6102, yıl 2011, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf> (01.09.2016).
- Türkmen, Ali; *İslam İletişim Hukuku*, Samsun: Erol Ofset, 1996.
- Yaman, Ahmet; Makâsıd ve İctihad İslam Hukuk Felsefesi Araştırmaları, İstanbul: Rağbet Yay., 2010.
- Yaran, Rahmi; *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İstanbul: MÜ İFAV Yay., 1997.
- \_\_\_\_\_; “İhtiyaç”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXI, 2000, ss. 573-574.
- Yaşar, Ahmet; “İslam Borçlar Hukukuna Göre Satım Akdinde Ayıp Muhayyerliği ve Hukukî Sonuçları”, (*Yayımlanmamış doktora tezi*, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994).
- Yavuz, Yunus Vehbi; *Haneî Mezhebinde İctihad Felsefesi*, İstanbul: İşaret Yay., 1993.
- Yelek, Kamil; “İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımaları”, (*Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014).
- Yıldız, Kemal; “Sorumluluk”, *DİA*, İstanbul: TDV Yay., XXXVII, 2009, ss. 381-382.
- Yılmaz, İbrahim; “İslam Aile Hukukuna Göre İnternet Ortamında Nikah Akdinin (Evlenme Sözleşmesinin) Kuruluşu”, *İHAD*, sy. 23, 2014, ss. 59-103.
- Yüksek, Ali; *İslam Hukuk Tarihinde Taberî Mezhebi*, Samsun: Üniversite Yay., 2014.
- Zerkâ, Ahmed b. Muhammed; *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, Cidde: Dâru'l-Beşîr, 2001.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed; *el-Medhalü'l-Fıkhiyyi'l-Âmm*, 2 cilt, Dimeşk: Dâru'l Kalem, 2004.
- Zeydan, Abdülkerim; *el-Medhal li Dirâseti's-Şer'iyyeti'l-İslâmiyye*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2006.
- Zeylaî, Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdullah b. Yûsuf b. Muhammed; *Nasbu'r-râye li-Tahrîci Ehâdîsi'l-Hidâye*, Muhammed Avvâme (thk.), 4 cilt, Beyrut: Müessesetü Reyân li't-Tabâati ve'n-Neşr, 1997.
- Zuhaylî, Vehbe; *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuhû*, 8 cilt, Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 1985.