



# ŞART MUHAYYERLİĞİ

DR. FATİH AVCI

# **ŞART MUHAYYERLİĞİ**

**FATİH AVCI**





**Kitabın Adı** : ŞART MUHAYYERLİĞİ  
**Editörler** : Dr. Öğr. Üyesi Ali Rıza KARA, Dr. Öğr. Üyesi İbrahim KORHAN  
**Yazar** : Dr. Fatih AVCI

**1. Baskı** : Aralık 2024 ANKARA

**Yayın Koordinatörü** : Ceyda ŞEREFLİOĞLU  
**Yayın Yönetmeni** : Selva ALİM  
**e-ISBN** : 978-625-6173-62-0  
**Yayın No** : 2695

© Dr. Fatih AVCI

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.soncag yayincilik.com.tr - soncag yayincilik@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

uzun@uzundijital.com

## ÖNSÖZ

Her hukuk sisteminde sözleşmelerin kuruluşu için olduğu gibi sonlandırılması için de birtakım kuralların tespit edildiği görülmektedir. Bunun temel sebebi, her sözleşmenin her zaman hedeflenen sonucu vermemesidir. Nitekim sözleşme konusu malda var olan aksaklıklar, semenle ilgili sıkıntılar veya ifanın geciktirilmesi gibi nedenlerle taraflar sözleşmeyi sonlandırmak isteyebilir. Bu durumda hukuklar da mağdur tarafın arkasında durarak sözleşmenin sonlandırılmasını bir an evvel sağlayarak karşılaşılan zararın asgari düzeyde kalmasını sağlar. İslâm hukukunda sözleşmeyi sonlandırma hakları genel olarak “muhayyerlik” kavramıyla isimlendirilmiştir. Bu hukukta farklı durumlardan kaynaklı yirmiyi aşkın muhayyerlik ismi zikredilmiştir. Mezhepler bazı muhayyerliklerin varlığı ve isimlendirilmesi hususunda ihtilaf yaşasa da ayıp, tağrir ve şart muhayyerliği gibi temel muhayyerlikler üzerinde görüş birliği vardır. Bu fesih haklarının temel amacı, tarafların sözleşmeyi kurarken hedefledikleri kazanımları elde edebilmelerini sağlamaktır. Fakat bu muhayyerliklerden bir tanesi, karşı tarafın hiçbir kusuru olmasa ve ifa gereği gibi yapılsa da sözleşmeyi fesih hakkı vermektedir. Bu fesih hakkı, şart muhayyerliğidir.

Şart muhayyerliği, Roma hukukundan bu yana uygulanagelen, taraflara hiçbir gerekçe öne sürmeksizin sözleşmeyi sonlandırma imkânı tanıyan bir haktır. Genellikle sözleşmenin başında şart koşularak elde edilir. Taraflara verdiği geniş yetki sebebiyle meşruiyeti ve hukuki niteliği hukukçular tarafından her devirde tartışma konusu olsa da ona duyulan ihtiyaç sebebiyle bu hak her zaman meşru görülmüştür. Roma hukuku ve devamında Kara Avrupası hukuku literatüründe şart muhayyerliğine dair türlü incelemeler ve tartışmalar yürütülse de İslâm hukuku onu sadece genel kurala aykırı olarak meşru görülmüş bir şart olarak değerlendirmiştir. Bu çalışmada İslâm hukukunda şart muhayyerliği üzerine ayrıntılı bir inceleme yapılarak alandaki eksiklik kapatılmaya çalışılacaktır. Hem de İslâm hukukçularının şart muhayyerliğine neden bu denli önem vererek onu fıkıh kitaplarının satış sözleşmesi bahislerinin en başında inceledikleri sorusu da cevaplanmaya çalışılacaktır.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında desteklerini sunan danışman hocam Prof. Dr. Hasan Hacak’a ve Türk hukuku ile ilgili kısımlarda yönlendirmeleriyle bana yol gösteren Doç. Dr. Abdurrahman Savaş, Dr. Öğr. Üyesi Numan Tekelioğlu hocalarıma ve Eyüp Kun arkadaşşıma şükranlarımı sunarım. Çalışmanın tashih sürecinde vakit ayırarak bana yardımcı olan Dr. Öğr. Üyesi Ebru Koçak, Dr. Mehmet Yuşa Özmen, Dr. Öğr. Üyesi Ali Rıza Kara, Dr. Öğr. Üyesi İbrahim Korhan, Dr. Öğr. Üyesi Hakan Tahtacı, Arş. Gör. Elmas Ruşen Barut, Arş. Gör. Meral Sabun ve Dr. Öğr. Üyesi Hikmet Şavluk’a teşekkür ederim.

Son olarak zorlu yazım sürecinde sabırla yanımda durarak bana destek olan eşim Şeyma Avcı'ya ve sıkıntılı zamanlarımda beni mutlu eden kızım Hafsa Vera ve oğlum Burhan Eymen'e kalpten bir teşekkürü borç bilirim.

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ .....	i
KISALTMALAR .....	vii
GİRİŞ .....	1
I. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE YÖNTEMİ .....	1
II. LİTERATÜR.....	5
III. TEMEL KAVRAMLAR .....	8
A. Muhayyerlik Kavramı .....	8
1. Muhayyerliklerin Çeşitleri ve Amacı .....	10
2. Muhayyerliklerin Tarihsel Gelişim Süreci .....	14
a. Câhiliye Döneminde Muhayyerlikler .....	14
b. Roma Hukukunda Pactumlar/Muhayyerlikler .....	17
B. İslâm ve Türk Borçlar Hukukunda Şart Kavramı .....	21
1. Şart Kavramının Tanımı ve Mahiyeti .....	21
2. Şarta Benzeyen Kavramlar .....	22
3. Şartın Amacı .....	23
4. Şartın Çeşitleri .....	25
5. Şartın Hukuki Sonuçları .....	27
6. Şartların Uygulama Alanı .....	28
7. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi .....	30
8. Bazı Hukuk Sistemlerinin Sözleşmelerin Şarta Bağlanmasına Menfi Bakmasının Sebepleri .	32
B. İslâm ve Türk Borçlar Hukukunda Fesih Kavramı .....	40
1. Sözleşmenin Bağlayıcılığı ve Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı .....	40
a. Dönme Hakkı.....	42
b. Fesih.....	44
c. İptal .....	45
d. Geri Alma .....	46
e. İkâle.....	48
2. İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Fesih İmkânının Darlığı ve Muhayyerliklerle İlişkisi.....	49
BİRİNCİ BÖLÜM .....	53
ŞART MUHAYYERLİĞİ.....	53
I. ŞART MUHAYYERLİĞİNİN MAHİYETİ.....	53
A. Tanımı .....	53

B.	Hukuki Niteliği.....	57
1.	Şart Muhayyerliğinin Yarı Aynî Hak ve Yenilik Doğuran Hak Olması .....	57
2.	Şart Muhayyerliğinin “Şart” Olması .....	60
3.	Şart Muhayyerliğinin Mutlak (Sırf, Tam) İradî Şart Olması.....	62
C.	Benzer Kurumlardan Farkı .....	67
1.	İkâle.....	67
2.	Pazarlık (Müsâveme).....	68
3.	Örnek Üzerine Satış.....	69
4.	Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydı İle Satış.....	70
5.	Satış İçin Bırakma Sözleşmesi.....	72
6.	İfayı Engelleyen Ceza Koşulu (Dönme Cezası) .....	73
7.	Cayma Parası (Pişmanlık Akçesi) .....	74
8.	Opsiyon Hakkı .....	75
9.	Cayma Hakkı.....	77
10.	Sözleşme Yapma Vaadi (Ön Sözleşme) .....	79
11.	Ödeme Muhayyerliği (Hıyârû’n-Nakd) .....	80
12.	Ayıp Muhayyerliği .....	82
13.	Tayin Muhayyerliği.....	83
14.	Vasıf Muhayyerliği.....	84
15.	Meclis Muhayyerliği .....	85
16.	Hibeden Dönme Muhayyerliği .....	86
D.	Türk Hukukunda Şart Muhayyerliğine Denk Olarak “Beğenme Koşuluyla Satış” .....	86
<b>II.</b>	<b>ŞART MUHAYYERLİĞİNİN AMACI VE UYGULAMA ALANI .....</b>	<b>92</b>
A.	Amacı .....	92
B.	Uygulama Alanı .....	94
<b>III.</b>	<b>MEŞRUIYETİ.....</b>	<b>100</b>
A.	Konu ile İlgili Hadisler .....	100
.1	Habbân b. Munkiz Hadisi .....	100
2.	Şart Muhayyerliğine Delil Olarak Getirilen Diğer Hadisler .....	105
B.	İcmâ .....	108
C.	İhtiyaç .....	111
<b>IV.</b>	<b>ŞART MUHAYYERLİĞİ İLE YAPILAN SÖZLEŞMENİN TEMEL</b>	
<b>UNSURLARI.....</b>		<b>112</b>
A.	Muhayyerlik Sahibi.....	112

1.	Alıcı ve Satıcının Muhayyerliği .....	112
2.	Üçüncü Kişinin Muhayyerliği.....	113
3.	Vekil, Veli ve Vasînin Muhayyerlik Şartı Koşması .....	117
B.	Muhayyerlik Bildirimi .....	119
1.	Bildirimin Şekli .....	119
2.	Bildirimin Zamanı .....	120
3.	Şart Muhayyerliğinin Şarta Bağlanması .....	122
C.	Muhayyerlik Bulunan Sözleşmenin Konusu .....	123
D.	Muhayyerliğin Süresi .....	125
1.	Sürenin Uzunluğu ile İlgili Tartışmalar.....	126
2.	Sürenin Malın Cinsine Göre Belirlenmesi.....	135
3.	Sürenin İzin Verilenden Fazla veya Belirsiz Olması .....	137
4.	Sözleşmeyle Muhayyerlik Arasına Zaman Girmesi.....	140
<b>İKİNCİ BÖLÜM.....</b>		<b>142</b>
<b>ŞART MUHAYYERLİĞİYLE KURULAN SÖZLEŞMENİN ÖN HÜKÜMLERİ VE HUKUKİ SONUÇLARI.....</b>		<b>142</b>
<b>I. ÖN HÜKÜMLERİ .....</b>		<b>142</b>
A.	Mal ve Semenın Durumu .....	142
1.	Hanefi Mezhebi.....	143
2.	Diğer Mezhepler .....	154
B.	Tarafların Hak ve Yükümlülükleri .....	156
1.	Beklenen Hak Kavramı .....	157
2.	Karşılıklı Bedellerin Tesliminin Gereği.....	158
3.	Malın Denenmesi .....	160
4.	Malın Gelir-Gider ve Tazmin Sorumluluğunun Aidiyeti.....	164
<b>II. ŞART MUHAYYERLİĞİNİN DÜŞMESİ.....</b>		<b>169</b>
A.	Onay veya Fesihle Düşmesi.....	170
1.	Sözlü (Sarih) Onay-Fesih .....	170
2.	Fiili (Delâleten) Onay-Fesih .....	172
3.	İrade Beyanlarının Çelişmesi .....	177
4.	Sözleşmenin (Safkanın) Bölünmesi .....	178
5.	Fesih Bildiriminin Haberli Olması .....	181
B.	Sürenin Sona Ermesi .....	185
C.	Malın Ayıplı Hale Gelmesi veya Telef Olması .....	187



1. Hanefi Mezhebi.....	187
2. Diğer Mezhepler .....	192
D. Malın Artması.....	195
E. Ölüm .....	196
1. Şart Muhayyerliğinin Miras Kalması .....	196
2. Varislerin Şart Muhayyerliğini Kullanması .....	200
F. Ehliyet Kaybı.....	201
.G İflas.....	203
H. Din Değiştirme .....	203
<b>III. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ SONUÇLARI.....</b>	<b>204</b>
<b>SONUÇ .....</b>	<b>209</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>213</b>

## KISALTMALAR

<b>bk.:</b>	bakınız
<b>c.:</b>	cilt
<b>çev.:</b>	çeviren
<b>DİA:</b>	Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
<b>h.:</b>	hicri
<b>Hz.:</b>	Hazreti
<b>KAH:</b>	Kara Avrupası hukuku
<b>MÜSBE:</b>	Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
<b>Nşr.:</b>	neşreden
<b>s.:</b>	sayfa
<b>SBE:</b>	Sosyal Bilimler Enstitüsü
<b>t.y.:</b>	tarih yok
<b>TBK:</b>	Türk Borçlar Kanunu
<b>thk.:</b>	tahkik eden
<b>vb.:</b>	ve benzeri
<b>y.y.:</b>	yayın yeri yok

## GİRİŞ

### I. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE YÖNTEMİ

Genel olarak hukuk tarihine bakıldığında zaman bazı sözleşmelerin baştan itibaren iki taraf veya tek taraf için bağlayıcı olduğu bazılarının ise sonlandırılabilir olduğu görülmektedir. Bir sözleşmenin sonlandırılabilir olması bazen sözleşmenin kendi yapısından ya da tağrir, ikrah ve gabin gibi sözleşmeyi sakatlayan (fasit kılan) durumlardan kaynaklanırken bazen de sözleşmeye eklenen şartlarla ilgili olabilmektedir. İslâm hukukunda her ne şekilde elde edilmiş olursa olsun tarafların sözleşmeyi sonlandırma hakkı genelde *muhayyerlik* olarak isimlendirilmektedir. Muhayyerlikler ise şart koşularak elde edilip edilmemesi bakımından *iradî* ve *hükmi* olarak ikiye ayrılmaktadır. Konumuz olan şart muhayyerliği, sözleşmede şart koşularak elde edildiği için iradî muhayyerlikler kapsamında değerlendirilmektedir. Türk hukukunda *iradî şartlar* olarak yer alan bu muhayyerlikler, İslâm hukukundakinin aksine *mutlak iradî şart* ve *alelade iradî şart* olarak iki kategoriye daha ayrılmıştır. Bu şart türlerinden ilki sözleşmenin bağlayıcı hale gelmesini kişinin o anki isteğine bağlarken; ikincisi kişinin iradî bir fiiline bağlamaktadır.

Kurulan bir sözleşmenin sonuçlarını doğurmasını bir tarafın isteğine bağlayan şart, tespit edilebildiği kadarıyla Roma hukukundan bu yana sözleşmelerde yer almaktadır. Bu şart, Roma hukukunda “*Pactum Displicentiae*”, Türk hukukunda “*Beğenme Koşulu*”, İslâm hukukunda da “*Şart Muhayyerliği*” gibi farklı şekillerde isimlendirilmiştir. İsimleri ve bazı hükümleri birbirinden farklı olsa da hepsi aynı amaca hizmet etmektedir. Nitekim onun şart koşulmasıyla kararsız alıcılar özellikle değerli eşyaların alışverişinde sakince düşünebilme;<sup>1</sup> satıcılar ise “beğenmezsen alma”, “denemesi bedava” gibi kampanyalarla malını daha iyi pazarlayabilme imkânı elde etmektedirler.<sup>2</sup> Sağladığı fayda göz ardı edilemediği için uygulamadan hiç kalkmasa da kişiye verdiği geniş yetkiler sebebiyle bu şartın hukuki niteliği her zaman tartışılmıştır.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), I-1/295; Turgut Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 2/1557; Özlem Tüzüner, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmaları* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 183.

<sup>2</sup> Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 208.

<sup>3</sup> Gökhan Antalya, *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1991), 2.

Beğenme koşuluyla satış, kanunlarla düzenlenene kadar borçlar hukukunun en tartışmalı konularından birini teşkil etmiştir. Tartışılan konu, mutlak iradî şartın sözleşmelere eklenip eklenemeyeceğidir. Alıcının ileride canının istemesine bağlanmış bu tip şüpheli bir irade beyanı, Roma hukukundan bu yana kabul görmemiştir. Beğenme koşuluyla satış ise her zaman istisnaen sabit olmuş özel bir sözleşme türü olarak varlığını sürdürmüştür. Son yüzyılda kanunlaştırılmasıyla beraber onun meşruiyetine dair tartışmalar ortadan kalkmış olmasına rağmen hukuki niteliğine dair ihtilaf hala devam etmektedir.<sup>4</sup> Nitekim, Kara Avrupası hukukunda beğenme koşuluyla satışı bir “şart” olarak görenlerin yanı sıra “ön sözleşme”, “opsiyon”, “isimsiz-aynî sözleşme” veya kabul bekleyen bir “icap” görüşleriyle açıklayan hukukçular da vardır. Onun şart olduğunu kabul edenler ise alelade şart mı yoksa mutlak iradî bir şart mı olduğu hususunda tartışmışlardır.<sup>5</sup>

İslâm hukukunda şart muhayyerliğinin hukuki niteliğine dair çok fazla ihtilaf yoktur. Hukukçular, şart muhayyerliğiyle yapılan satışı istisnaî olarak meşru görülen şartlı bir sözleşme olarak kabul etmişlerdir. Fakat bazı hukukçular, şart muhayyerliğinin takyidî bir şart olduğunu söylemişlerdir.<sup>6</sup> Ancak takyidî şartlar, şart muhayyerliğinin aksine sözleşmenin devam edip etmemesine değil onun hükümlerini değiştirmeye yönelik şartlar olduğu ve sözleşmeyi askıya almadığı için bu görüşe katılmamaktayız. Diğer bir görüşe göre Türk hukukundaki beğenme koşuluyla satışın İslâm hukukunda sevm-i şirâya (satış pazarlığı) tekabül ettiği savunulmaktadır.<sup>7</sup> Oysaki iki işlem birbirinden temelde farklıdır. Beğenme koşulu, kurulmuş bir sözleşmeyi sonlandırma hakkı veren bir şart iken; sevm-i şirâ henüz sözleşme kurulmadan önceki pazarlık aşamasını ifade etmektedir. Kanaatimizce beğenme koşulu, İslâm hukukunda şart muhayyerliğine karşılık gelmektedir. Bu çalışmada şart muhayyerliğinin hukuki niteliği hakkındaki belirsizliğin giderilmesine gayret edilecektir. Bunun için Roma hukukundan bu yana farklı isimlerle

<sup>4</sup> Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 2, 120.

<sup>5</sup> Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 119-161; Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992), 70-71.

<sup>6</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970), 6/23-24; Ali Bardakoğlu, “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1/1 (1983), 19; Osman Kaşıkçı, “Şart”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2010), 38/366; Mahmut Samar, “İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyidî Şartlar”, *Marife Dini Araştırmalar Dergisi* 18/2 (2018), 509.

<sup>7</sup> Hasan Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları* (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989), 112; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 30-32; Ahmet Akman, “İslam Hukuku, Mecelle ve Türk Hukukunda Beğenme Şartıyla Satış Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 63/1 (2022), 241.

varlığını sürdüren benzer bir hak olan beğenme koşuluyla satış üzerine yapılan incelemelerden de faydalanılacaktır.

Klasik kaynaklarda farklı sözleşmelerin içerisinde dağınık olarak incelenmiş olan şart muhayyerliği bu çalışmada, şart kurumunun borçlar hukuku genel hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır. Çalışmamızda herhangi bir dönem veya eser sınırlamasına gidilmemiş olup klasik kaynaklardan yirmi birinci yüzyıl modern hukuk çalışmalarına kadar her türlü kaynaktan faydalanılmaya çalışılmıştır. Mezhep görüşlerinin aktarımında mümkün olduğunca erken dönem kaynaklardan faydalanılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde öncelikle muhayyerlikler hakkında genel bir inceleme yapılarak şart muhayyerliğinin muhayyerlikler arasındaki yeri tespit edilecektir. Bu kısımda ayrıca Cahiliye Arapları ve Roma hukukunda muhayyerlik benzeri kurumlar ele alınacak ve şart muhayyerliğinin Hicaz bölgesine yakın olan coğrafyalardaki uygulamaları üzerinde durulacaktır.

Şart muhayyerliğinin anlaşılabilmesi için şart ve fesih nazariyelerinin açıklanması gerekir. Çünkü Kara Avrupası hukuku ve İslâm hukukunda kişiye çok geniş yetkiler veren bu hakkın bir “şart” olduğu hususunda yaygın bir kanaat vardır. Şartlar ise sözleşmenin feshine imkân sağladığı için fesih nazariyesiyle doğrudan ilişkilidir. Ayrıca fesih nazariyesini incelemek, şart muhayyerliğiyle ilgili önemli bir sorunun cevaplanmasına da fayda sağlayacaktır. Avrupa hukukunun tamamının incelenmesi çalışmamızın sınırlarını aşacaktır. Bu nedenle birinci bölümde, Kara Avrupası hukukunu temsilen Türk hukukunda şart ve fesih nazariyeleri ele alınacaktır.

Bu çalışmada cevabı aranan diğer bir soru, İslâm hukukçularının istisna olarak gördükleri şart muhayyerliğine neden bu kadar geniş bir uygulama alanı açtıklarıdır. Bizce bunun sebebi, İslâm hukukunda fesih imkânlarının kısıtlı olmasıdır. İslâm hukuku, temerrüt gibi tarafların sözleşmeye devam etme çıkarlarını zedeleyen bazı durumlar ortaya çıksa da mümkün oldukça kurulan sözleşmelerin devamından yanadır. Çünkü hukuk düzeni açısından sözleşmenin devam etmesi, fesholmasından her zaman daha kolaydır. Sözleşmenin feshi, yeni sorunların ve taraflar arasında anlaşmazlıkların ortaya çıkmasına zemin oluşturacağı için hoş görülmemiştir. Senhûrî (ö. 1971), yeni kurulan hukuk sistemlerinin tam olarak kendi ayakları üzerinde durup istikrar sağlamadan kendisini yıpratmak olası problemlere karşı temkinli olmak istediği için bu şekilde davrandığını belirtmiştir. Fakat İslâm hukuku bu bakış açısını hiçbir zaman

değiştirmemiştir. Bu nedenle şart muhayyerliği, kişilerin sözleşmeyi feshedebilmeleri için kullandıkları en önemli araçlardan olma özelliğini halen sürdürmektedir.

İkinci ve üçüncü bölümlerde özel olarak şart muhayyerliği incelenecektir. Temelde dört mezhebin görüşleri dikkate alınacak, yer yer de Zâhiriler ve Şia gibi diğer mezhepler ile mezhep sahibi olmayan fıkıhçıların görüşlerine değinilecektir. Dört mezhep içinde öncelikle Hanefi mezhebinin görüşleri verilecek daha sonra da farklı görüşler aktarılacaktır.

İkinci bölümde öncelikle şart muhayyerliğinin hukuki niteliği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Onun genelde bir hakkı't-temellük ve şart olması özelde ise mutlak iradî bir şart olması üzerinde durulacak, Türk hukuku ve İslâm hukukundaki benzer kurumlarla mukayesesi yapılacaktır. Bu kısımda Türk hukukundaki beğenme koşuluyla satış üzerinde ayrıca durularak onun şart muhayyerliğine denk bir hak olduğu ortaya konmaya çalışılacaktır.

Bu bölümde incelenecek önemli bir mesele de şart muhayyerliğinin meşruiyetidir. Konu incelendiğinde meseleyle ilgili ayet bulunmadığı ve başta Habban b. Munkiz hadisi olmak üzere onun meşruiyeti için delil getirilen tüm rivayetlerin şart muhayyerliği ile doğrudan ilişkili olmadığı görülmektedir. Fakihlerin Habban b. Munkiz isimli akli melekesi zarar görmüş bir sahabeye Hz. Peygamber tarafından verilen, bir şey satın aldığı anda geçerli, üç gün süreli fesih hakkını delil göstererek; çoğu sözleşmede, üç gün sınırı olmadan, tarafların her biri veya üçüncü bir kişi için geçerli bir fesih hakkına cevaz vermesi dikkati çekmektedir. Nitekim Nevevî ve İbnü'l-Hümâm gibi fakihler bu muhayyerliğin asıl delilinin hadisler değil de icma olduğunu açıkça zikretmiştir. İcma'nın dayanağı ise kanaatimizce fesih hakkına duyulan ihtiyaçtır. Çünkü kişiler sözleşme konusu maldaki kusurlar, sözleşmenin yapıldığı esnadaki uygun şartların değişmesi veya karşı tarafın borcunu ifayı geciktirmesi gibi sebeplerle sözleşmeden beklediği faydayı sağlayamayabilir. İslâm hukuku ise yukarıda bahsedildiği üzere sözleşme konusu mal var olduğu sürece çoğu durumda feshe imkân tanımamaktadır. Bu da sahibine geniş bir fesih imkânı tanıyan şart muhayyerliğinin yaygın bir şekilde kullanılmasına ve onun üzerinde icma oluşmasına yol açmaktadır. Çünkü bilindiği üzere icma'nın bir dayanağı da maslahat delilidir. Bu bağlamda ilgili bölümde şart muhayyerliğinin hangi fonksiyonları icra ettiği üzerinde de durulacaktır.

İkinci bölümde son olarak şart muhayyerliği ile yapılan sözleşmenin temel unsurları ele alınacaktır. Bu bağlamda muhayyerlik sahipleri, irade beyanında muhayyerliğin nasıl yer alacağı, hangi mallarda ve hangi süreyle şart muhayyerliğinin geçerli olacağı meseleleri üzerinde durulacaktır.

Üçüncü bölüm, şart muhayyerliğinin devam ederken ve düştükten sonra sözleşmeye etkisi üzerinedir. Bu bölümdeki bazı meselelerde Hanefi mezhebinin görüşleri ayrıntılı olduğu için ayrı bir başlık altında incelenecektir. Onun haricinde mezheplerin görüşleri aynı başlık altında ve çoğu zaman itiraz-cevap şeklinde bir sıralamayla verilecek, ihtilaflar tarafsız bir şekilde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Muhayyerlik devam ederken muhayyer alıcının mala zarar verecek durumlardan sakınması, satıcının ise alıcının beklenen hakkına zarar verecek her türlü işlemde uzak durması ve alıcının malı denemesine engel olmaması istenmektedir. Bu aşamada mal ve semenin mülkiyeti, gelirleri ve tazmin sorumluluğunun kime ait olduğu ise mezhepler arasında tam bir ihtilaf konusudur. Bu hükümlerin hiçbirisi naslarla sabit olmadığı için çoğu mesele hakkında mezheplerin kendi içinde bile görüş birliği yoktur. Üçüncü bölümde öncelikle bu meseleler üzerinde durulacaktır. Daha sonra şart muhayyerliğini düşüren durumlar ve bunun hukuki sonuçları ele alınacaktır. Sözleşme onaylanmışsa hükümlerin geriye etkisi, feshedilmişse malın iadesinden önce tazmin sorumluluğu ve iade masraflarının aidiyeti de bu kısımda ele alınacak meseleler arasındadır.

## II. LİTERATÜR

Şart muhayyerliği özelinde Türkiye’de yapılmış, Elif Büşra Özen’in *Şart Muhayyerliğinde Malın Mülkiyeti Meselesi* isimli yüksek lisans tezi (Necmettin Erbakan Üni. SBE, 2019) ve Recep Özdemir’in *İslâm Hukukunda Şart Muhayyerliği* isimli makalesi dışında tespit edebildiğimiz kadarıyla başka bir çalışma bulunmamaktadır. Ahmet Akman’ın *İslâm Hukuku, Mecelle ve Türk Hukukunda Beğenme Şartıyla Satış Üzerine Bir İnceleme* isimli çalışması, şart muhayyerliğinden kısmen bahsetse de daha çok sevm-i şîrâ üzerine odaklanmaktadır. A. Faruk Kuluş’un *İslâm Hukukunda Satım Sözleşmesine İlişkin Muhayyerlikler* isimli yüksek lisans tezi (Marmara Üni. SBE, 1991) ve Hasan Şahin’in *Sözleşmelerde Muhayyerlik Teorisi* isimli doktora tezi (Ondokuz Mayıs Üni. SBE, 2016) ise tüm muhayyerlikleri ele aldığı için şart muhayyerliğine dair kısıtlı bilgi vermektedir.

Türkiye dışında muhayyerlikler konusunda bizim de çalışmamızda faydalandığımız birçok eser mevcuttur. Bunların başında Ebû Gudde'nin *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, Abdülaziz el-Hayyât'ın *Nazariyyetü'l-akd ve'l-hıyârât fi'l-fikhi'l-İslâmî* ve Şerkâvî'nin *el-Hıyârât fi'l bey'* adlı eserleri gelir. Fakat bu eserler de tüm muhayyerlikleri ele almaya çalıştıkları için şart muhayyerliği konusunu sınırlı düzeyde işlemişlerdir. Şart muhayyerliği üzerine yapılmış en ayrıntılı incelemelerden biri Hıdır Abdullah Sâlim'in *Ahkâmu'l-hıyârâtı's-sâbite bi's-şart fi's-şer'îati'l-İslâmiyye* isimli doktora tezidir. Bu çalışma, iradî muhayyerlikleri konu edinmiş ve bu başlık altında şart muhayyerliğini de ele almıştır. Fakat diğer iradî muhayyerlikler de incelendiği için çalışmanın yalnızca dörtte birlik kısmı şart muhayyerliğine ayrılmıştır. Ayrıca meselenin yalnızca klasik kaynaklardaki boyutlarıyla ele alınması, konunun farklı boyutlarının ortaya konulması bakımından önemli bir eksiklikler. Bahsedilen doktora çalışması dışında şart muhayyerliğini inceleyen Muhammed Osman el-Ezrak'a ait *Hıyâru'l-meclis ve's-şart ve eseruhümâ fi akdi'l-bey*<sup>8</sup> isimli yüksek lisans tezi mevcuttur. İbn Mekkî'ye ait *Hıyâru's-şart fi'l-fikhi'l-İslâmî ale'l-mezâhibi'l-fikhiyyeti's-sünniyye*<sup>9</sup> isimli yüksek lisans tezi, Muhammed b. Abdurrahman el-Aclân'a ait *Hıyâru's-şart fi akdi'l-bey*<sup>10</sup> isimli yüksek lisans tezi ve Ali b. Hamdû'l-Ali'ye ait *Hıyâru's-şart fi'l-fikhi'l-İslâmî* isimli yüksek lisans tezi<sup>11</sup> ise "Almandumah" isimli e-kütüphanede yer almasına rağmen erişime açık değildir. Genel olarak muhayyerlikleri ele alan Abdullah Muhammed el-Alfi'ye ait *Ahkâmü'l-hıyâr fi'l-Kânûni'l-Medeni el-Yemeni* isimli doktora tezi (erişime açık değil),<sup>12</sup> Muhammed Abdülhakim Hüseyin'e ait *Hıyârâtü'l-akd fi'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kânûn: dirâsetün mukârane* isimli yüksek lisans tezi,<sup>13</sup> Abdullah Hamad el-Gâmidi'ye ait *Eseru'l-hıyâr fi himâyeti'l-müstehlik: dirâsetün fikhiyyetün iktisâdiyyetün*

<sup>8</sup> Muhammed et-Tayyip Osman Ezrak, *Hıyâru'l-meclis ve's-şart ve eseruhümâ fi akdi'l-bey: Dirâsetün fikhiyyetün mukârenetün* (Sudan: Kuran-ı Kerim ve İslami İlimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2001).

<sup>9</sup> Muhammed İbn Mekkî, *Hıyâru's-şart fi'l-fikhi'l-İslâmî ale'l-mezâhibi'l-fikhiyyeti's-sünniyye* (Cezayir: Cezayir Üniversitesi, Yüksek Usûlü'd-Din Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1990).

<sup>10</sup> Muhammed b. Abdurrahman b. Abdullah Aclân, *Hıyâru's-şart fi akdi'l-bey: Dirâsetün mukârenetün* (Riyad: İmam Muhammed b. Suud İslam Üniversitesi, Yüksek Yargı Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1987).

<sup>11</sup> Ali b. Hamdû'l-Ali Osman, *Hıyâru's-şart fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Riyad: İmam Muhammed b. Suud İslam Üniversitesi, Yüksek Yargı Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1983).

<sup>12</sup> Abdullah Abdullah Muhammed Alfi, *Ahkâmü'l-hıyâr fi'l-Kânûni'l-Medeniyyi'l-Yemeniyyi: Dirâsetün mukârane bi'l-Kânûni'l-Mısri* (Kahire: Ayn Şems Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Doktora Tezi, 1988).

<sup>13</sup> Hüseyin Abdülhakim Sabit Abdülkerim, *Hıyârâtü'l-akd fi'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kânûn: Dirâsetün mukârane* (Sudan: Kuran-ı Kerim ve İslami İlimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2018).



*mukârane* isimli yüksek lisans tezi<sup>14</sup> ve Muhammed b. Mesud b. Ali'ye ait *ed-Davâbitü'l-fikhiyye fî hıyâri'l-meclis ve's-şart ve't-tedlîs ve'l-gabn cem'an ve dirâseten* isimli yüksek lisans tezi<sup>15</sup> de belirli bölümlerinde şart muhayyerliğini özet olarak ele almıştır. Bu çalışmaların dışında Suat Sathi'ye ait *el-Hıyâr fî'l-bey: dirâsetün fikhiyyetün mezhebiyye*,<sup>16</sup> Muhammed Ali Semiran'a ait *Eseru'l-vakt fî hıyâri's-şart*,<sup>17</sup> Süleyman Aşkar'a ait *Hıyâru's-şart fî'l-buyû ve tatbîkuhû fî muâmelâti'l-mesârifi'l-İslâmiyye*,<sup>18</sup> Sami b. İbrahim es-Süveylem'e ait *Hıyâru's-şart fî'l-murâbaha*,<sup>19</sup> İbtisam Sıdkı el-Hengârî'ye ait *Hıyâru's-şart ve eseruhû fî akdi'l-bey*,<sup>20</sup> Yasir Yunus es-Seb'âvî'ye ait *Hıyâru's-şart beyne'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kânûni'l-vaz'î*<sup>21</sup> ve Muhammed Abdi el-Aden'e ait *et-tehavvut bi hıyâri's-şart fî'l-muâmelâti'l-mâliyyeti'l-muâsıra*<sup>22</sup> isimli makaleler mevcuttur.

Türk hukukunu incelerken Kemal Oğuzman, Cevdet Yavuz, Fikret Eren, Turgut Akıntürk gibi hukukçulara ait *TBK Özel Hükümleri* ve *TBK Genel Hükümleri* eserlerinden, Cevdet İlhan Günay, Turgut Uygur ve Nihat Yavuz'un *TBK şerhlerinden*, özelde Hasan Pulaşlı'nın *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları* ile Lale Sirmen'in *Türk Özel Hukukunda Şart* eserlerinden, fesih nazariyesi ile ilgili bölümde Rona Serozan'ın *Sözleşmeden Dönme* isimli eserinden, beğenme koşuluyla satışın incelendiği kısımlarda ise Gökhan Antalya'nın *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım* eserinden sıkça faydalanılmıştır. Roma hukukuyla ilgili kısımlarda Belgin Erdoğan'ın *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, Türkan Rado'nun *Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku* ve Bülent Tahiroğlu'nun *Roma Borçlar Hukuku*

<sup>14</sup> Abdullah Hamad el-Gâmîdî, *Eseru'l-hıyâr fî himâyeti'l-müstehlik: Dirâsetün fikhiyyetün İktisâdiyyetün Mukârane* (Amman: Ürdün Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2015).

<sup>15</sup> Muhammed b. Mesud b. Ali Âli Hasan, *ed-Davâbitü'l-fikhiyye fî hıyâri'l-meclis ve's-şart ve't-tedlîs ve'l-gabn cem'an ve dirâseten* (Riyad: İmam Muhammed b. Suud İslam Üniversitesi, Yüksek Yargı Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010).

<sup>16</sup> Suat Sathi - Selman Nasr, "el-Hıyâr fî'l-bey: Dirâsetün fikhiyyetün mezhebiyye", *Mecelletü'l-Ulûmi'l-İslâmiyye* 39/38 (2015), 135-148.

<sup>17</sup> Muhammed Ali Semiran, "Eseru'l-vakt fî hıyâri's-şart", *el-Mecelletü'l-Ürdüniyye fî'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye* 4/3 (2008), 133-154.

<sup>18</sup> Ömer Süleyman Abdullah Aşkar, "Hıyâru's-şart fî'l-buyû ve tatbîkuhû fî muâmelâti'l-mesârifi'l-İslâmiyye", *Mecelletü's-Serîa ve'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye* 5/10 (1988), 13-42.

<sup>19</sup> Sami b. İbrahim Süveylem, "Hıyâru's-şart fî'l-murâbaha", *Mecelletü'l-İktisâdi'l-İslâmî* 43/506 (2022), 60.

<sup>20</sup> İbtisam Sıdkı Hengârî, "Hıyâru's-şart ve eseruhû fî akdi'l-bey", *el-Mecelletü'l-Libya li'd-Dirâsât* 17 (2019), 418-432.

<sup>21</sup> Yasir Yunus Seb'âvî, "Hıyâru's-şart beyne'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-Kânûni'l-Vaz'î", *Mecelletü Külliyyeti'l-Kânun li'l-Ulûmi'l-Kânûniyye ve's-Siyâsiyye* 5/17 (2016), 590-636.

<sup>22</sup> Muhammed Abdi Aden, "et-Tehavvut bi hıyâri's-şart fî'l-muâmelâti'l-mâliyyeti'l-muâsıra", *Dirâsetün İktisâdiyyetün İslâmiyye, el-Ma'hedü'l-İslâmî li'l-Buhûs ve't-Tedrib* 24/2 (2018), 48-89.

eserleri, ayrıca Duygu Tahan'ın *Roma Hukukunda Alım Satım Akdine Bağlı Pactumlar* ve Fahri Erdem Kaşak'ın *Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart* isimli makaleleri ve Halil İbrahim Yüksel'e ait *Roma Hukukunda Satış Sözleşmesi (Emptio-Venditio)* isimli yüksek lisans tezi yararlandığımız önemli kaynaklar arasındadır.

### III. TEMEL KAVRAMLAR

İslâm hukukunda bir kavramı incelerken o kavramın geçtiği meseleyi yalnız başına ele almak yerine ilgili meselenin ilişkili olduğu tüm konuları kapsayan bir araştırma yapmak gereklidir. Aksi halde ilgili kavram, bağlamından kopararak ele alıncak ve yanlış sonuçlara varılacaktır. Bu sebeple şart muhayyerliğini tahlil etmeden önce genel olarak muhayyerlik kavramını incelemenin gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca muhayyerliklerin çoğu sözleşmede hükmen verilmiş haklar olmakla birlikte, bu çalışmanın konusunu oluşturan şart muhayyerliği dâhil muhayyerliklerin bir kısmı sözleşme esnasında şart koşmakla elde edilebilmektedir. Bu sebeple şart muhayyerliğinin anlaşılabilmesi için şart kurumunun da incelenmesi gerekmektedir. Yine İslâm hukukunda muhayyerliklerin söz konusu olduğu işlemlerde fesih hakkından bahsedilmektedir. Bu sebeple muhayyerlikleri anlayabilmek için fesih kurumunu da anlamak gerekir. Bunun için öncelikle muhayyerliklerin genel bir incelemesi yapıldıktan sonra şart ve fesih kavramları üzerinde durulacaktır.

#### A. Muhayyerlik Kavramı

Muhayyerlikleri ifade etmek için fıkıh eserlerinde “el-hıyâr” (ç. hıyârât) terimi kullanılır. Bu kelime “ihtêra” fiilinin mastarıdır. Bu fiil sözlük anlamı olarak; seçme, tercih etme manasındadır ve h-y-r kökünden gelir. Aynı kökten gelen “el-hayr” kelimesi ise şerrin zıddıdır. “el-hayr”ın çoğulu da, “el-hıyâr” şeklinde söylenir.<sup>23</sup> Nitekim “el-hıyâr”ın terim manasının tercih ve hayr manalarının ikisini birden içerdiği görülmektedir. Örneğin genelde Şâfiî ve Hanbelî mezhebine mensup birçok fakihin muhayyerliği “sözleşmeyi onay ve fesih konusunda hayırlı (faydalı) olanı taleptir.”<sup>24</sup> şeklinde

<sup>23</sup> Ebû Nasr İsmâîl el-Cevherî, *eş-Şihâh* (Beyrut: Dâru'l-İlm li'l-Melâyin, 1987), 2/651; Ebü'l-Feth Burhânüddîn Nâsır el-Mutarriżî, *el-Muğrib fi tertîbi'l-Mu'rib* (Dâru'l-Kütübî'l-Arabî, ts.), 157; Ebu Bekir er-Râzî, *Muhtârü's Sıhah* (Beyrut: Mektebetü'l-Asriyye, 1999), 99; Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab* (Beyrut: Dâru Sâdır, 1414), 4/265-267.

<sup>24</sup> “وَهُوَ طَلَبُ خَيْرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَمْرَيْنِ أَوْ الْقَسْخِ”

tanımladığı görülmektedir. İki işin en hayırlısından kasıt, olumlu veya olumsuz, maksada en uygun karardır, denilmiştir.<sup>25</sup>

Hanefî kaynaklarda ise muhayyerlik, “sözleşmeyi tenfiz ile fesih arasında muhtar olmaktır.” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>26</sup> *Mecelle* de bu tanıma kabul etmiş, ayrıca bu tarifi muhayyerliklerin tamamına şamil olduğunu belirtmiştir.<sup>27</sup> Hâlbuki tayin muhayyerliği bu tarifi dışında kalmaktadır. Çünkü *Mecelle*’nin de kabul ettiği üzere tayin muhayyerliğinin şart muhayyerliğini içermesi gerekmemektedir.<sup>28</sup> Böyle olunca tayin muhayyerliğine sahip kişinin fesih hakkı değil sadece mallardan birini tercih hakkı kalmaktadır.

Bazı modern araştırmalarda “Sözleşmeyi yapan tarafların hukukî bir gerekçe veya aralarında anlaşmaları ile sahip oldukları fesih veya onay hakkı.” şeklinde tanım yapılmıştır.<sup>29</sup> Burada öncekilere ek olarak muhayyerliklerin kaynağından da bahsedilmiş ve hükmen ya da tarafların şart koşmaları ile sahip olunabilen bir hak olduğu zikredilmiştir.<sup>30</sup>

Modern tanımlardan bazılarında muhayyerlik, “Sözleşmeyi yapanlardan birinin veya her ikisinin onu yürürlüğe koyma yahut feshetme hakkına sahip olmasıdır.”<sup>31</sup> şeklinde ifade edilmiş, böylece tanımda muhayyerliğe sahip olabilecek taraflara da yer verilmiştir. Fakat üçüncü kişilerin de muhayyerliğe sahip olabileceği zikredilmemiştir. Ancak özellikle Hanefî fıkında üçüncü kişi adına muhayyerliğin gerekliliğinden bahsedilmektedir.

<sup>25</sup> Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed el-Heytemî İbn Hacer, *Tuhfetü'l-muhtâc bi-şerhi'l-Minhâc* (Mısır: el-Mektebetü't-Ticâriyyetü'l-Kübrâ, 1983), 4/332; Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'âni elfâzi'l-Minhâc*, thk. Abdürrezzak Şuhûd En-Necm (Suriye-Dımaşk: Darül Feyha-Dârul Menhel Nâşirun, 1430/2009), 2/596; Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed er-Remlî, *Nihayetül Muhtâc ila Şerhil Minhâc* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1984), 4/3; Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed ez-Zerkeşî, *Şerhu'z-Zerkeşî 'alâ Muhtaşari'l-Hırakî* (Dâru'l-Ubeykan, 1993), 3/383; Ebû İshâk Burhânüddîn İbrâhîm İbn Müflih, *el-Mübdî' fî şerhi'l-Muḥni* (Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003), 3/401; Mansûr b. Yûnus b. Salâhüddîn Buhûti, *Keşşâfû'l-ḳinâ' 'an metni'l-İḳnâ'* (Beyrut: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1403/1983), 3/198.

<sup>26</sup> Ebu Bekr Alâeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebi Ahmed es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-fukahâ'* (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1994), 2/67; Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fî tertibi's-şerâ'i'*, thk. Şeyh Ali Muhammed Muavviz - Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2010), 7/280.

<sup>27</sup> Küçük Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 1/206.

<sup>28</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/463.

<sup>29</sup> Kurul, *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye* (Kuveyt: Dâru's-Selâsil, 1404), 2/41.

<sup>30</sup> Hükmi muhayyerlikler sözleşmenin aslından var olan, iradî muhayyerlikler ise sözleşme esnasında şart koşularak elde edilen muhayyerliklerdir. Muhayyerliklerin alt türleri için bk. Çalışmanın “Muhayyerliklerin Çeşitleri ve Amacı” başlığı, 9-11.

<sup>31</sup> Ali Hafif, *Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Şer'iyye* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 2008), 361.

Bazı modern hukukçular ise muhayyerliği; “Anlaşmaya veya şer’î bir gerekçeye dayanarak taraflardan birinin veya her ikisinin sözleşmeyi onama yahut feshetme şıklarından birini (tayin muhayyerliğinde birkaç maldan birini) seçme hakkına sahip olmasıdır.”<sup>32</sup> şeklinde tanımlamıştır. Yine bu tanımda da üçüncü kişiden bahsedilmemiş fakat tayin muhayyerliği de tanıma eklenmiştir. Diğer tanımların bu bakımdan eksik kaldığı görülmektedir.

Abdullah Sâlim, iradî muhayyerlikleri konu aldığı tezinde özetle muhayyerlikleri şöyle tanımlamıştır: Muhayyerlikler, tarafların anlaşmasıyla veya şer’î (hukukî) bir sebeple lâzım ve feshi mümkün bir sözleşmeye eklenerek ona sahip olana muayyen bir sürede sözleşmeyi onay-fesih ya da tayin muhayyerliğinde muhayyer olunan mallardan birini tercih hakkı veren şer’î bir ruhsattır.<sup>33</sup> Görüldüğü üzere o, tanımında muhayyerliklerin eklenebileceği sözleşme türlerine yer vermiş ayrıca sürenin belirli olması gereğinden bahsetmiştir. Oysaki ayıp muhayyerliği gibi hükmî muhayyerliklerde süre belirsizdir. Kişi, sözleşme yapma iradesine zarar veren durum ortaya çıktığı zaman sözleşmeyi fesheder. Yazar, tanımında ayrıca tayin muhayyerliğine de yer vermiş, ayrıca diğer tanımlardan farklı olarak muhayyerlikleri tercih hakkı değil ruhsat olarak tanımlamıştır. Bu şekilde muhayyerliklerin istisnâî haklar olduğuna işaret etmiştir. Fakat o, tanımında muhayyerlik sahibine yer vermemiştir.

Sonuç olarak kanaatimizce muhayyerlik kavramını, taraflar ve onların belirlediği üçüncü bir kişinin hükmen veya şart koşularak sahip olabildiği, sözleşmenin devamına veya konusunun belirlenmesine yönelik süreli veya (ayıp ve görme muhayyerliğindeki gibi) süresi belirlenmemiş karar hakkı, şeklinde tanımlamak mümkündür.

### **1. Muhayyerliklerin Çeşitleri ve Amacı**

İslâm hukuku Kara Avrupası hukukundan (KAH) farklı olarak, meseleleri genel kaideler halinde ele almadığı için KAH’ın şart nazariyesi adı altında ele aldığı meseleleri ayrı ayrı muhayyerlikler halinde zikretmiştir. Fukahâ, muhayyerliklerin sayısı hakkında

<sup>32</sup> Yunus Apaydın, “Muhayyerlik”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2020), 31/25.

<sup>33</sup> Hıdır Abdullah Sâlim, *Ahkâmü’l-hıyârâti’s-sâbiteti bi’s-şart fi’s-şer’iati’l-İslâmiyye-Dirâsetün mukârenatiün bi’l-Kânûni’l-Yemenî* (Külliyetü’l-Hukuk-Kısmu’s-Şer’iati’l-İslâmiyye: Câmîiatü’l-İmam Muhammed b. Suud, Doktora Tezi, 2008), 6.

farklı görüşlere sahiptir. *Mecelle*, muhayyerlikleri farklı açılardan beşe tasnif etmiştir.<sup>34</sup> İlk grupta muhayyerlikler türe göre tasnif edilmiş ve bu grupta yedi çeşit muhayyerlik sayılmıştır.<sup>35</sup> Ali Haydar Efendi de (ö. 1935) buna on beş tane daha eklemiş<sup>36</sup> ve sayıyı yirmi ikiye çıkarmıştır.<sup>37</sup> İbn Nüceym (ö. 970/1563) on sekiz<sup>38</sup>, İbn Kudâme (ö. 620/1223) on<sup>39</sup>, Nevevî (ö. 676/1277) ise yedi<sup>40</sup> muhayyerlik zikretmiştir. Bu farklılığın bir sebebi, bazı mezheplerin birkaç muhayyerliği ayıp muhayyerliği, tağrir muhayyerliği gibi tek başlık altında toplarken bazılarının her durum için ayrı ayrı muhayyerlik ismi vermesindendir. Örneğin Şâfiîler ve Hanbelîler *telakki'r-rukbân* ve *neceş* muhayyerliklerini *tağrir* muhayyerliği altında zikretmek yerine ayrı başlıklarda ele almışlardır.<sup>41</sup> Muhayyerlik sayılarının farklı olmasının ikinci bir sebebi de bazı mezheplerin bir kısım muhayyerlikleri kabul ederken bazılarının kabul etmemesidir. Örneğin Hanefiler *şart*, *ödeme* ve *tayin muhayyerliğinin* üçünü birden kabul

<sup>34</sup> Türüne göre, ona sahip olana göre, şarta bağlı olup olmamasına göre, miras kalıp kalmamasına göre, müddete tabi olup olmamasına göre. Bk. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/429-431.

<sup>35</sup> Hıyâr-ı şart, hıyâr-ı vasf-ı mebi', hıyâr-ı nakd, hıyâr-ı ta'yin, hıyâr-ı rüyet, hıyâr-ı ayb, hıyâr-ı gabn ve tağrir.

<sup>36</sup> Hıyâr-ı vasf-ı semen, hıyâr-ı kabul, hıyâr-ı ayb fi's-semen, hıyâr-ı keşf-i hal, hıyâr-ı tekeşşüf-i hal, hıyâr-ı teferruk-i safka bi zuhûri'l mebi' nakîsan, hıyâr-ı teferruk-i safka bi helâki bazı'l-mebi' kable'l-kabz, hıyâr-ı kemiyet, hıyâr-ı istihkâk, hıyâr-ı hıyânet, hıyâr-ı icazet-i akd-i fuzûlî, hıyâr-ı zuhûri'l-mebi' müste'ciran, hıyâr-ı tağrir-i fi'lî, hıyâr-ı zuhûri'l-mebi' merhûnen, hıyâr-ı ayb-ı şirket.

<sup>37</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/429.

<sup>38</sup> Şart muhayyerliği, ayıp muhayyerliği, görme muhayyerliği, tayin muhayyerliği, gabn muhayyerliği, ödeme muhayyerliği, kemiyet muhayyerliği, istihkak muhayyerliği, tağrir muhayyerliği, keşfü hal muhayyerliği, murabaha ve tevliye akitlerinde hıyanet muhayyerliği, istenilen vasfın eksikliği muhayyerliği, (satın alınan malın bir kısmının teslimden önce telef olması sebebiyle) safka bölünmesi muhayyerliği, fuzulinin akdine icazet muhayyerliği, satın alınan malın kiralanmış veya rehnedilmiş çıkması muhayyerliği, ikâle ve yeminleşme muhayyerliği. Bk. Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999), 292.

<sup>39</sup> Meclis muhayyerliği, şart muhayyerliği, gabn muhayyerliği (telakki'r rukbân, neceş, alışverişte tecrübesiz kimsenin "müstersilin" aldatılması), tedlis muhayyerliği (hayvanın memesinde süt biriktirme, cariye'nin yanaklarına allık sürme vs. fiili aldatma), ayıp muhayyerliği, güvene dayalı emanet akitlerinde aldatma muhayyerliği (tevliye, şirket, murâbaha, muvâdaa akitlerinde), tarafların (semen vs.'de) ihtilafı neticesi (fesih) muhayyerliği. Bk. Muvaffakuddîn İbn Kudâme, *el-Mukni'* (*el-Mübdî' ile beraber*) (Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003), 3/401-447, 4/5-12.

<sup>40</sup> Ebû Zekerîyyâ Yahyâ b. Şeref en-Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzebe*, thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd vd. (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1438/2017), 10/164.

<sup>41</sup> İbn Kudâme, *el-Mukni'*, 3/401-447, 4/5-12; Vehbe Zuhayli, *İslam Fıkıh Ansiklopedisi*, çev. Beşir Eryarsoy (İstanbul: Risale Yayınları, 1994), 5/372-373.

etmekteyken,<sup>42</sup> Mâlikîler ödeme muhayyerliğini,<sup>43</sup> Hanbelîler tayin muhayyerliğini,<sup>44</sup> Şâfiîler hem ödeme<sup>45</sup> hem de tayin muhayyerliğini<sup>46</sup> kabul etmemektedir.

Muhayyerlikler genelde fukahâ tarafından iki gruba ayrılmıştır. Birinci grupta hukuk<sup>47</sup> tarafından vazolunan ve tarafların sözleşmede şart koşmasına gerek duyulmadan var olan “*hıyâru’n-nakîsa*”, “*hıyâru’n-naks*” gibi isimlerle anılan “*hükmi muhayyerlikler*” yer alır. *Ayıp, tedlis, tağrir, tefriku’s-safka muhayyerliği* vb. bu muhayyerlikler her alacaklının sözleşme konusu mala eksiksiz, kusursuz ve makul fiyatlara sahip olabilmeyi isteyeceği fikrinden ortaya çıkmıştır. Modern hukukta güven ilkesi ve dürüstlük ilkesi adı altında ele alabileceğimiz bu düşünceyi İslâm hukukunda “*Aranızda mallarınızı karşılıklı rızaya dayalı bir ticaret olmaksızın haksız yollarla yemeyin. (Nisa/29)*” ayeti özet bir şekilde ifade eder.<sup>48</sup>

Sözleşme nazariyesinin özünde karşılıklı rızanın gerçekleşmesi yer alır. Muhayyerlikler de bu amacın gerçekleşmesini sağlar. Ebû Gudde hükmi muhayyerliklerin temel gayelerini üç başlık altında toplamıştır: Bunlar kişinin sözleşmenin başında malı görmemesi veya semenin tespit edilmemesi gibi sebeplerle yetersiz bilgi sahibi olması durumunda meydana gelen kafa karışıklığının olumsuz sonuçlarını gidermek, sözleşme esnasında gabin veya tağrir gibi sebeplerle karşılaştığı zararı telafi etmek ve sözleşme sonunda ifanın hiç yapılmaması veya eksik yapılması gibi nedenlerle karlılaşılan zararı ortadan kaldırmaktır. Özet olarak hükmi muhayyerlikler, tarafların iradelerini kusurlardan arındırıp onların zarara uğramasının önüne geçmeyi

<sup>42</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin “Benzer Kurumlardan Farkı” başlığı, 54.

<sup>43</sup> Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd es-Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ* (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2012), 3/204; Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed ed-Desûkî, *Haşiyetü’d-Desûkî ale’ş-şerhi’l-kebîr* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, ts.), 3/176.

<sup>44</sup> Ebû’l-Ferec İbn Kudâme, *eş-Şerhu’l-kebîr alâ metni’l-Muknî (el-Muğni içinde)*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ (Lübnan: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2009), 6/33.

<sup>45</sup> Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/217-218; Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref en-Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn ve ‘umdetü’l-müttakîn*, thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd - Şeyh Ali Muhammed Muavvız (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1434-2013), 3/109.

<sup>46</sup> Şirbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 2/520.

<sup>47</sup> Metinlerde “şâri” şeklinde kullanılan tabir ile kastedilen çoğu zaman hukukçulardır. Bazen de hükümlerin âyet ve hadislerle sabit olduğu görülmektedir. Bu kaynakların tamamının “hukuk” adı altında zikredilmesi mümkündür. Bk. Muhammed b. Ahmed Ebû Zehre, *el-Mülkiyye ve Nazariyyetü’l-Akd* (Kahire: Dâru’l Fikri’l-Arabî, 1996), 363-364.

<sup>48</sup> İbn Cüzey, *el-Kavâninü’l-fikhiyye*, ts., 180; Halîl b. İshâk b. Mûsâ el-Cündî, *et-Tavzîh Şerhu Muhtasar-ı İbni’l-Hâcib*, thk. Ahmed b. Abdilkerim en-Necîb (Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1433/2012), 5/388-389; Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/193; Şirbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 2/597; Apaydın, “Muhayyerlik”, 31/26.

amaçlar. Ayıp, görme, tağrir ve tefrîku's-safka muhayyerliği gibi muhayyerlikler bu amaca hizmet etmektedir.<sup>49</sup>

İkinci grup muhayyerlikler ise tarafların sözleşmede zikretmedikleri sürece anlaşılamayacak olan sübjektif iradelerini koruyabilmek için var olmuş *iradî muhayyerlikler*dir. Bu muhayyerlikler kişinin satın alacağı mal üzerine daha fazla düşünme imkânı tanıdığı için “*hıyâru't-teravvî*”, “*hıyâru't-teşehhî*”, “*hıyâru's-şehve*” gibi isimlerle anılmaktadır. Onların sözleşmeye eklenebilmesi için sözleşme kurulurken veya daha sonra bunun belirtilmesi gerekir.<sup>50</sup>

İradî muhayyerliklerin temel işlevi ise kişinin, yapacak olduğu sözleşmenin amacını tam olarak karşılayıp karşılamayacağı üzerine düşünebilmesini sağlamaktır. Kişinin satın alacağı mal üzerine özel istekleri, mali durumuyla ilgili çalkantılar, ileride beklediği ekonomik darlık korkusu, işine yarayan birden fazla mal arasında kararsız kalması gibi durumlar, dışı vurulmadığı sürece dışarıdan tahmin edilemez. Kişi, bu çekincelerini yok etmek için iradî muhayyerliklerden şart, tayin, ödeme ve vasıf muhayyerliğini sözleşmede şart koşabilir. Bu sayede hem sözleşme fırsatını kaçırmamış olur hem de sözleşmeyi sonlandırma hakkını (veya tayin muhayyerliğinde dilediği malı seçme hakkını) elinde tutarak olası tehlikelerden kendisini koruyabilir.<sup>51</sup>

Ebû Gudde (ö. 1997) muhayyerlikleri var oluş sebebine göre dokuz başlık altında ele almıştır. Onun tasnifini incelemek, meselenin daha iyi anlaşılması açısından faydalı olacaktır. Bu sebeple aşağıda Ebû Gudde'nin muhayyerlikler sınıflandırmasına yer verilecektir.<sup>52</sup>

- Düşünme (teravvî) muhayyerlikleri: Meclis muhayyerliği, rücu muhayyerliği, kabul muhayyerliği, şart muhayyerliği, hayvan muhayyerliği.

<sup>49</sup> Abdü's-Settâr Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd* (Kuveyt: Matbaatü Makhavî, 1405/1985), 1/59; Abdurrahman el-Cezîrî, *Kitâbü'l-fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1424/2003), 2/154-157.

<sup>50</sup> Ebû'l-Berekât Ahmed b. Muhammed ed-Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir 'alâ Muhtaşarı Sîdî Halîl*. (*Hâşiyetü't-Desûki ile beraber*) (Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.), 3/91; Ebû Muhammed Abdülbâkî ez-Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî ale Muhtaşarı Halîl*, thk. Abdüsselam Muhammed Emin (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1422/2002), 5/197; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/193; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/597; Apaydın, “Muhayyerlik”, 31/26.

<sup>51</sup> Cündî, *et-Tavzîh*, 5/388-389; İbn Cüzey, *el-Kavânîni'l-fikhiyye*, 180; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, 3/91; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/197; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/193; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/597; Cezîrî, *Kitâbü'l-fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/154-157.

<sup>52</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/56-58.

- Eksiklik (nakîsa) muhayyerlikleri: Ayıp muhayyerliği, istihkak muhayyerliği, tefrîku's-safka muhayyerliği, cüz'î telef muhayyerliği.
- Cehalet muhayyerlikleri: Görme muhayyerliği, kemiyyet (semenin miktarını bilmeme) muhayyerliği, keşf-ü hâl (malın ölçü biriminin bilimeme) muhayyerliği, tayin muhayyerliği.
- Tağrir muhayyerlikleri: Fiilî tedlis muhayyerliği, kavli tağrir muhayyerliği, neceş muhayyerliği, telakki'r-rukbân muhayyerliği.
- Gabin muhayyerlikleri: Musâveme gabni muhayyerliği, müstersil muhayyerliği, kasırın gabni muhayyerliği.
- Emanet muhayyerlikleri: Murâbaha muhayyerliği, tevliye muhayyerliği, teşrik muhayyerliği, muvâdaa muhayyerliği.
- Hıyanet (Hulf) muhayyerlikleri: Fevâtı vasf (istenilen vasfın yokluğu) muhayyerliği, fevâtı şart (koşulan şartın yerine getirilmemesi) muhayyerliği, malın miktarında ihtilaf muhayyerliği.
- İfada eksiklik (ihtilalût tenfîz) muhayyerlikleri: Tehir muhayyerliği, kiralık ürünün satılması muhayyerliği, rehin ürünün satılması muhayyerliği, ekili tarlanın (mezru) satılması muhayyerliği.
- Teslimden imtina muhayyerlikleri: Ödeme muhayyerliği, malı teslim edememe muhayyerliği, tesâriul fesâd (malın hızlı bozulması) muhayyerliği, teflis muhayyerliği.

## ***2. Muhayyerliklerin Tarihsel Gelişim Süreci***

Yeni oluşan bir hukuk sisteminin, mevcut hukuki normlardan etkilenmemesi düşünülemez. İslâm Hukuku da oluşum sürecinde çeşitli düzenlemeler yapmak suretiyle Câhiliye hukukunu kullanmıştır. Bu sebeple öncelikle İslam hukukunda var olan muhayyerliklerin daha öncesinde Câhiliye hukukunda da yer alıp almadığı incelenecektir. Daha sonra ise zamanın önemli hukuk sistemlerinden biri kabul edilen Roma hukukunda var olan muhayyerlikler üzerinde durulacaktır.

### ***a. Câhiliye Döneminde Muhayyerlikler***

Bir rivâyete göre Hz. Peygamber (s.a.v) nübüvvetten önce bir bedviden deve veya başka bir şey satın aldı ve satıştan sonra ona “seç” dedi. Bedevi ona baktı ve “Allah



sana ömür versin, sen kimsin?” dedi.<sup>53</sup> Bu rivâyette geçen seçme hakkı, bazı fahikler tarafından meclis muhayyerliği olarak yorumlanmıştır. Yapılan incelemede yukarıda zikredilen rivâyet dışında Câhiliye döneminde Hicaz bölgesinde uygulanan herhangi bir muhayyerliğe rastlanmamıştır. Ebû Gudde bu rivâyeti şöyle açıklamıştır: “Bedevi’nin şaşırması, bu muhayyerliğin Araplara yabancı olduğunu göstermektedir. Allah Rasûlü bu muhayyerliği kendi üretmiş veya Haniflikten kalma unutulmuş bir uygulamayı ihya etmiş olmalıdır.”<sup>54</sup> Abdullah Sâlim ise adamın şaşırmasını, sözleşme yapan herkesin bu hakkı karşı tarafa vermemesine bağlamıştır. Yani ona göre bu muhayyerlik Araplarca bilinmekte fakat uygulanmamaktadır.<sup>55</sup> Ebû Gudde, Habbân hadisine de<sup>56</sup> değinerek Habbân’ın ailesinin Allah Rasûlü’ne gelerek onun alışverişlerde aldandığı için hacredilmesini istemesinin, onların (ve dolayısıyla diğer Arapların) gabin ve şart muhayyerliklerinden haberdar olmadığını gösterdiğini söylemiştir. Yine onun belirttiği üzere Araplar, ayıpları gizlemeyi adet haline getirmiş ve ayıplı çıksa dahi ürünün iadesine izin vermemişlerdir. İlkesel olarak adaleti uygulamayan Câhiliye Arapları’nın muhayyerliklere de önem vermesi beklenemez.<sup>57</sup>

Yukarıda rivâyet edilen hadis her ne kadar meclis muhayyerliği bağlamında ele alınsa da bu muhayyerliğin ortak bir kabul görmediği açıktır. Ayrıca bu rivâyeti meclis muhayyerliğinin delili olarak kabul etmeyi gerektirecek bir karine de yoktur. Öyle ki; rivâyette geçen seçme hakkını, şart muhayyerliği veya Hz. Muhammed’in gönüllü olarak yaptığı ikâle teklifi olarak da kabul etmek mümkündür. Ebû Gudde’nin Habbân hadisiyle ilgili yorumları da tamamen zannî görünmektedir. Çünkü Habbân’ın ailesinin devamlı şart muhayyerliği veya gabin muhayyerliği ile uğraşmak yerine Habbân’ın hacredilmesini istemiş olması da mümkündür. Bu onların şart muhayyerliğini veya gabin muhayyerliğini bilmediğini göstermez. Fakat Hicaz Araplarının bu muhayyerlikleri kullandığına dair bir delil de yoktur. Ancak aşağıda anlatılacağı üzere bazı belgelerde Hicaz bölgesi dışında bu muhayyerliklerin kullanıldığı görülmektedir.

<sup>53</sup> Abdürrezzâk b. Hemmam, *el-Muşannef fi’l-hadîs* (Hindistan: Meclisü’l-İlmî, 1403), 8/50.

<sup>54</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi’l-ukûd*, 1/44-45.

<sup>55</sup> Hıdır Abdullah Sâlim, *Ahkâmü’l hıyârâti’s-sâbiteti bi’ş-şart*, 12.

<sup>56</sup> Habbân hadisiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bk. Şart muhayyerliğinin “Meşruiyeti” başlığı, 85-88.

<sup>57</sup> Hıdır Abdullah Sâlim, *Ahkâmü’l hıyârâti’s-sâbiteti bi’ş-şart*, 12; Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi’l-ukûd*, 1/45-46.

Bizans ve Güney Arabistan kanunları incelendiğinde bazı muhayyerliklere rastlanmaktadır. Fakat görüldüğü kadarıyla bu ticari kültür, Hicaz bölgesini etkilememiştir. Bunun önemli bir sebebi, Güney Arabistan halkı yerleşik hayat sürerken Hicaz Araplarının daha çok kervan ticaretiyle uğraşmaları nedeniyle çok fazla yerleşik pazarlarının bulunmaması olabilir. Çünkü muhayyerlikler uzun süre düşünmeyi gerektirir. Sürekli hareket halinde olan kervanların bekleyecek zamanı yoktur.<sup>58</sup> Güney Arabistan halkı ise verimli topraklara sahip olduğu için tarımla uğraşmaktadır. Bu sebeple onlar yerleşik bir ticarî hayata sahiptir. Bu da bu bölgede muhayyerlik gibi farklı uygulamaları mümkün kılmış olabilir.<sup>59</sup>

M.S. üçüncü yüzyılda yaşayan Yemen Himyeri Devleti Kralı Şemar Yaris'in<sup>60</sup> hâkimiyeti altındaki Sebe ve Me'rib halkına ticari düzenlemelerle ilgili gönderdiği bir yazı, bölge ticaretinde muhayyerliğin yeri ile ilgili bazı önemli veriler sunmaktadır. Bu belgede satış işleminde tarafların görevleri ve malın sözleşme tamamlanmadan önceki hükmüyle ilgili bilgiler yer almaktadır. Kanunda; köle, cariye, insan, deve, koyun, inek gibi şeylerin satışında sözleşmeyi sonlandırmanın mümkün olduğu son sürenin bir ay olduğu belirtilmektedir. Buna göre bir aydan sonra hiçbir sebeple sözleşme sonlandırılmayacaktır. Muhayyerlik süresince mal, satıcının mülkiyetinde kalacaktır. Sözleşmeyi sonlandıran alıcının, malın örfe göre belirlenmiş kira bedeline denk bir tazminat ödemesi gerekir. Yine bu kanuna göre alıcının elindeki hayvanın ilk bir hafta içinde ölmesi halinde sözleşmeyi sonlandırma hakkı vardır. Bu muhayyerliğin esas amacı malın kusurdan, hastalıktan veya eksiklikten beri olduğunu tespit etmektir.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Ebû Gudde, Câhiliye döneminde muhayyerliklerin var olmamasını onların ticari faaliyetlerinin aslen garar ve kumara dayanmasına bağlamıştır. O; münâbeze, mülâbese, beyu'l-hasat tarzı sözleşmeleri de buna örnek göstermiştir. Câhiliye Arapları'nda bu tarz sözleşmelerin olduğu doğrudur. Fakat buradan yola çıkarak onların tüm ticarî faaliyetlerinin garar ve kumara dayandığını söylemek bizce çok da gerçekçi değildir. Çünkü bilindiği üzere Mekke, Arabistan'ın en önemli ticaret merkezlerinden biridir ve ticaret kervanlarının geçiş yolu üzerinde bulunmaktadır. Bu şehir, her yıl belirli zamanlarda birçok ziyaretçiyi kabul etmektedir. Böyle bir bölgenin tüm ticarî faaliyetlerinin belirsizlik ve aldatma üzerine kurulduğunu söylemek doğru görünmemektedir. Ebû Gudde'nin ifadeleri için bk. Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/44.

<sup>59</sup> İslâm hukukçusu Prof. Dr. Ali Bakkal hoca ile görüşmemizde o, Hicaz Arapları'nın çok fazla yerleşik pazarlarının olmadığı ve bunun muhayyerlikleri etkilediği görüşünü dile getirmiştir.

<sup>60</sup> Şemar Yaris b. Yâsir Yun'im M.S 280 yılı civarında Yemen'de Himyeri devletinin kralıydı. Himyeri devleti, İslâmiyet'ten önce kurulan en güçlü Güney Arabistan devletlerinden biriydi. Feodalite ile yönetiliyordu. Çin-Bizans ticaret yolunun üzerinde bulunuyor ve çok çeşitli kültürleri içinde barındırıyordu. Bizansın etkisi altındaydı. Hatta II. Konstantinos (337-361) zamanında bölgeye Hristiyanlık giriş yapmıştı. Bk. Hüseyin Algül, "Himyeriler", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1998), 18/62.

<sup>61</sup> Cevad Ali, *el-Mufasssal fi târihi'l-Arab kable'l-İslâm*, 1993, 5/614-615.

Yemen'deki muhayyerliklere benzer uygulamalara Yahudi hukukunda da rastlamak mümkündür. Öncelikle Yahudi hukukunda satış sözleşmesinde mülkiyetin nakli ve bağlayıcılık için “meşîhe” denilen işlemin yerine getirilmesi gerekir. Meşîhe, alıcının malı fiilen veya delaleten teslim alması veya onun yerini değiştirmesi ile olur. Alıcı, meşîheden önce semeni ödese dahi sözleşmeden vazgeçebilir. Bu durumda satıcının aldığı semeni geri ödemesi gerekir. Yine kıymeti en az dört dinar olan menkul malların satışında malın kıymetinin onda birinden fazla gabne tespit edilirse taraflar sözleşmenin feshini talep edebilir. Fesih için satıcıya bir süre tayin edilmemekle birlikte alıcının malı götürüp bir tacire veya akrabasına gösterecek kadar bir zamanı vardır. Gabne maruz kalan taraf, dilerse semenin artırılmasını veya eksiltilmesini talep edebilir.<sup>62</sup> Bâbil hukukunda da alıcı satın aldığı köleyi hastalığı sebebiyle bir aydan fazla kullanamazsa sözleşme fesholmaktadır.<sup>63</sup>

Milletlerin ticaretle ilgili benzer ihtiyaçlara dayanan bazı ortak kabulleri vardır. Çoğu kanun incelendiğinde hukuk sistemlerinin sözleşme taraflarını korumak için benzer önlemler aldıkları görülmektedir. Taraflar özellikle maldaki kusur ve semendeki aldanmalara karşı korunmak istenmiştir. Şart muhayyerliği de zaten ayıp muhayyerliğinin gelişmiş bir versiyonudur. Yukarıda geçtiği üzere Yahudi hukukunda kişinin bir yakınına danışabilmesi için ona belli bir sürenin kanunen verilmesi dikkat çekicidir.<sup>64</sup> İslâm hukukçuları da buna göre hareket etmişler ve şart muhayyerliği gibi uygulamaları canlı tutmuşlardır.

### ***b. Roma Hukukunda Pactumlar/Muhayyerlikler***

Yukarıda Yemen bölgesinde var olan bazı muhayyerliklerden bahsedilmişti. Kanaatimizce bu muhayyerlikler bölgede Bizans etkisiyle var olmuştur. Çünkü aynı muhayyerlikler bölgede etkili daha eski bir hukuk olan Roma hukukunda, “*pactumlar*” adı altında da görülmektedir. Barış ve uyuşma manasına gelen “*pax*” kökünden türeyen “*pactum*” tabiri, özel hukuk alanında Roma hukukunu oluşturan *Ius Civile*'in tanımadığı sözleşme tipleri için kullanılırdı. Hukuk, bu anlaşmaların yapılmasına karşı çıkmaz ama anlaşmaya uyulmaması halinde de mağdur tarafa dava hakkı vermezdi. Zamanla *Ius*

---

<sup>62</sup> Mahmud Esad Efendi, *Tarih-i İlm-i Hukuk* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 194-195.

<sup>63</sup> Mahmud Esad Efendi, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, 93.

<sup>64</sup> Mahmud Esad Efendi, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, 114-115.

*Civile*, bazı ek anlaşmaları (pactumları) tanıdı ve koruma altına aldı. Güçlü hukuki yetkileri olan “*Praetorlar*” da bazı pactumları güvenceleri altına alarak rızâî sözleşmelerin çerçevesini genişletti. İmparatorluk döneminde çıkarılan yasalarla da bazı pactumlar hukuki koruma altına alındı. Bu sayede Roma hukukunun sözleşmelerdeki şekilci yapısı yerini rızâîlik ilkesine bırakmaya başladı. Burada bu çalışmanın konusunu teşkil eden ve sözleşmeden dönme haklarının temelini oluşturan bazı pactumları zikretmekte yarar vardır.<sup>65</sup> Bunlar satış sözleşmesine eklenen “*Lex Commissoria*”, “*In Diem Addictio*”, “*Pactum Displicentiae*”, “*Pactum De Retro Emendo*” ve “*Pactum Arrhale*”dir. Bu pactumlar, satış sözleşmesiyle beraber yapılması halinde bağlı olduğu sözleşmenin davasıyla korunmaktaydı.<sup>66</sup> Alım-satım sözleşmesinin kurulmasından sonra gerçekleştirilen pactum geçersiz sayılıyordu.<sup>67</sup>

“*Lex Commissoria*”, alıcının belirlenen sürede bedeli ödememesi halinde satıcının sözleşmeyi bozma hakkıdır. Satıcının sözleşme anında şart koşulmaması halinde semeni alamadığı zaman sözleşmeyi sonlandırma hakkı yoktu. O, ancak “*actio venditi*” ile semenin ödenmesini isteyebilirdi. Günümüzde bu hak, şart gerekmeksizin taraflara kanunen verilmektedir.<sup>68</sup> Bu hak İslâm hukukunda da Roma hukukuna benzer şekilde tarafların şart koşmasıyla elde edilmektedir. Fakat o, Roma hukukunun aksine ödeme muhayyerliği ismiyle iki tarafa da tanınmıştır. Belirlenen süre içinde muhayyer alıcı bedeli ödemezse veya muhayyer satıcı aldığı semeni iade ederse sözleşme, tercih edilen görüşe göre infisah etmekte veya fâsit olmaktadır. Görüldüğü gibi İslâm hukukunda ödeme muhayyerliğinin, satıcının sattığı malın bedelini güvence altına almasına yardımcı olması dışında taraflara dilediğinde sözleşmeyi sonlandırma imkânı vermesi gibi bir işlevi de vardır.<sup>69</sup>

“*In Diem Addictio*”, satıcının belirli bir süre içinde daha iyi bir teklif alması halinde sözleşmeyi bozabilme hakkıdır.<sup>70</sup> Yine satıcı lehine konmuş bir haktır. Kaynağı Roma hukukunun artırmalı satışlarına (müzâyede) dek uzanmaktadır. Özel açık

<sup>65</sup> Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (İstanbul: Der Yayınları, 2012), 262-263.

<sup>66</sup> Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, 89.

<sup>67</sup> Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 8.

<sup>68</sup> Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 132; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2005), 217; Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, 91; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 218.

<sup>69</sup> Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 218.

<sup>70</sup> Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 218.

artırmalarda sözleşmenin aslında var olan bu hak, kamu mallarının açık artırma yoluyla satışında yoktu. Ek anlaşma ile o, kamusal açık artırmalarda da sağlanmış oluyordu<sup>71</sup> Daha iyi teklif kapsamına daha iyi fiyat, daha fazla taksit imkânı, daha iyi ödeme mekânı, ikinci alıcının daha geniş ödeme imkânının olması vs. giriyordu. Eğer birinci alıcı ikinci alıcının vadettiği fazlalığı karşılamayı kabul ederse satıcının sözleşmeden dönme imkânı kalmazdı.<sup>72</sup>

“Pactum Displicentiae” ise alıcı lehine bir anlaşmadır. Alıcının satın aldığı malı beğenmemesi halinde belirli süre içinde iade hakkını ifade eder. Bu anlaşma “Digesta”da “Satılan şey belirli bir süre içinde hoşuna gitmezse geri verilsin.” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>73</sup> Sözleşmeyi sona erdirmek tamamen alıcının iradesine bağlı olduğu için bu hak mutlak bir iradî şarttı.<sup>74</sup> Roma hukuku, mutlak iradî şartı kabul etmemesine rağmen istisnaen bu pactuma izin vermişti. Bu işlem, hem geciktirici hem de bozucu şekilde yapılabiliyordu. Bozucu şart, geciktirici şarta bağlı dönme anlaşması şeklinde uygulanmaktaydı. Çünkü Roma hukukunda bozucu şart müessesesi tanınmıyordu. Örneğin iki ay içinde beğenirsen mal sana satılmış olsun denilirse bu, geciktirici şarta bağlı bir satışı. Şart gerçekleşmeden mal alıcıya teslim edilse de mülkiyet alıcıya naklolmazdı. Hasar sorumluluğu, şart gerçekleşikten sonra alıcıya geçerdi. Geciktirici şart gerçekleşene kadar ortaya çıkan semereler satıcıya ait olurdu. Alıcının malı beğenmemesi durumunda iki ay içinde mevcut satışın sona ermesi taahhüt edildiği takdirdeyse bozucu şarta bağlı bir satış işlemi meydana gelmiş olurdu. Bu durumda satış işlemi şartsız olarak yapılmışken şarta bağlanan ayrı bir fesih sözleşmesiydi. Mülkiyet ve hasar, derhal alıcıya geçerdi. Alıcı malı beğenmezse satıştan dönmüş olur ve onun için malı iade yükümlülüğü doğardı. Bunun için ayrı bir mülkiyeti nakil muamelesi gerekirdi. Alıcının sözleşmeden dönmesinin neticeleri geçmişe etkili değildi.<sup>75</sup>

Deneme süresi, tarafların isteğine göre belirlenebiliyordu. Fakat süre imkân dâhilinde kısa tutulmalıydı. Ancak esir satışında altmış gün mühlet belirlenmişti.<sup>76</sup> Süre

<sup>71</sup> Rado, Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, 132; Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, 218; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 9.

<sup>72</sup> Erdoğan, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 92.

<sup>73</sup> “ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset red deretor” (D. 18, 5, 6)

<sup>74</sup> Mutlak iradî şartla ilgili bilgi için bk. “Şart Muhayyerliğinin Hukuki Niteliği” başlığı, 51-54.

<sup>75</sup> Rado, Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, 132-133; Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 12-16; Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, 218; Erdoğan, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 92-93.

<sup>76</sup> Pandekt hukukunda beğenme koşulunun süresi, taraflarca belirlenen herhangi bir zaman dilimi olabilirdi. Taraflar süre belirlemediyse örf itibarıyla edilirdi. Örfte de süre yoksa mümkün olan en yakın sürede karar belirlenmeliydi.

dolduğu halde alıcı tercihini yapmamışsa alıcının sözleşmeye devam etmek istediği kabul edilerek sözleşme tamamlanmış sayılıyordu. Taraflar deneme için belirli bir ücret alabiliyorlardı. Süre içinde alıcı malı iade ederse kira bedeli olarak belirlenen miktarı ödüyordu.<sup>77</sup>

Alicının mal üzerinde mâlik gibi tasarrufta bulunması ve deneme sınırlarını aşması halinde sözleşmenin onaylanıp onaylanmadığı Roma hukukunda tartışılmıştır. Örneğin bir atın beğenme koşuluyla alınıp alıcı tarafından bir yarışa sokulması halinde bunun onay sayılıp sayılmayacağı netlik kazanmamıştır. Bu konuda karar hâkimin takdirine bırakılmıştır.<sup>78</sup>

“Pactum De Retroemendo”: Satıcının belirli sürede veya belirli şartların gerçekleşmesi halinde önceden belirlenmiş bir bedel karşılığında sattığı malı geri alabilme hakkıdır. Bu sayede satıcı, maddi sıkıntılarından dolayı malını satmak zorunda kalırsa imkanları genişlediğinde onu geri alma imkânına sahip olurdu.<sup>79</sup> İslâm hukukunda bu hak bey bi'l-vefâ sözleşmesiyle sağlanmaktadır.<sup>80</sup>

“Pactum De Retrovendendo”: Yukarıdaki hakkın alıcı lehine belirlendiği anlaşmadır. Bu sayede alıcı, satın aldığı malı dilediği takdirde satıcıya geri satabilme imkânına sahip olmaktaydı.<sup>81</sup>

“Pactum Arrhale”, pey akçesi (bağlanma parası) içeren anlaşmadır. *Kaparo*, Roma döneminde “*arra*” veya “*arrabo*” ismiyle Akdeniz havzasında bilinmekteydi. Klasik dönemde kaparo olarak verilen miktar, alışverişin gerçekleştiğini destekleyen bir işaretti. O, sözleşme bozulursa alıcıya geri iade edilir, bozulmazsa para ise bedelden sayılır mal ise geri iade edilirdi. Daha sonraları ise tercih halinde kaparo, alıcının sözleşmeyi bozması halinde satıcıda kalır oldu. Bu durumda satıcı, sözleşmeyi bozarsa aldığı kaparoyla beraber onun bir mislini alıcıya ödemek zorunda idi. *Arra poenalis* (ceza

---

Eğer şart bozucu ise süre altmış gündü. Prusya Kanunu’nda da (1794) süreyi taraflar belirliyordu. Herhangi bir üst sınır yoktu. Eski Alman Ticaret Kanunu’nda da (1861) tarafların belirlediği süre, o yoksa örfen belirlenen süre geçerliydi. İkisi de yoksa alıcıya münasip bir süre verilir, süre sonunda satıcı ihtarda bulunur ve alıcı karar vermezse satıcının sözleşmeyle bağlılığı ortadan kalkardı. Münasip süre, malın niteliği ve niceliğine, bulunduğu yere, alıcının kişiliğine göre belirleniyordu. İsviçre- Zürih Medeni Kanunu’nda her sözleşmenin kendisine göre bir muayene süresi belirlendiğinden kesin bir süre tespit edilmemiştir. Bk. Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 22-27.

<sup>77</sup> Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 19-20.

<sup>78</sup> Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 20-21.

<sup>79</sup> Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 218-219.

<sup>80</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Abdülaziz Bayındır, “Bey’ bi’l-vefâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2012), 6/20-22.

<sup>81</sup> Erdoğan, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 95.

parası) olarak isimlendirilen anlaşmada ise önceden ödenen miktar, teslim edilmeyen bedel dolayısıyla meydana gelen zararın tazmini olarak değerlendiriliyordu. Yani bu, cezai şartın önceden ödenmiş haliydi.<sup>82</sup>

Sonuç olarak Roma hukuku ve İslâm hukuku arasında muhayyerlikler açısından gözle görülür bir ortaklık olduğunu söylemek mümkündür. Bu ilişki, bir sonraki bölümde bize Kara Avrupası hukuku ve İslâm hukuku arasında şart muhayyerliğinin mukayesesini yapabilme imkanını da tanıyacaktır. Nihayetinde KAH, Roma hukukunun devamı olduğu için İslâm hukukunu Roma hukukuna yaklaştıran benzerlikler, onun KAH ile bağlantısını da sağlayacaktır.

## **B. İslâm ve Türk Borçlar Hukukunda Şart Kavramı**

Şart muhayyerliği, isminden de anlaşıldığı üzere bir şart olduğundan onu anlayabilmek için öncelikle şart kavramını anlamak gerekir. Bu sebeple bu kısımda şart kavramından ayrıntılı olarak bahsedilecektir.

### **1. Şart Kavramının Tanımı ve Mahiyeti**

İslâm hukukunda şartın bütün çeşitlerini kapsayan genel bir tanım bulunmamaktadır. Şart, önce *hukuki (kanuni)* ve *iradî* ayrımına tabi tutulmuş sonra tanımlanmıştır. Hukuki şartın konumuzla doğrudan ilgisi yoktur. Teknik manada şart, iradî şartlar grubunda yer alır ve iradî şartlar da *ta'likî* ve *takyidî* şart gibi alt başlıklara ayrılır. Şart muhayyerliğinin inceleneceği başlık ta'likî şartlardır. Ta'lik, bir şeyin gerçekleşmesini başka bir şeyin gerçekleşmesine bağlamaktır. Ta'likî şart ise bir hukuki işlemin kurulmasını gelecekte meydana gelmesi şüpheli bir olaya bağlamak manasına gelir.<sup>83</sup> Örneğin “Bu sene göreve atanırsam evimi sana satacağım.” şartlı işleminde evi satmanın atanmaya bağlanması ta'likî bir şarttır.

TBK da şart kavramını tanımlamamıştır. Fakat doktrinde şart; hem hukuki işlemin etkisini ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlayan taraf veya tarafların koyduğu bir *kayıt* hem de bu kayıt ile hukuki işlemin sonucunun gerçekleşmesinin bağlandığı gelecekte meydana gelmesi ihtimalli olan *olgu* manasında kullanılmaktadır.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> Erdoğan, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 90-91; Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, 218.

<sup>83</sup> Burhan Erkuş, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şarta Bağlılığı* (Samsun: Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2005), 24.

<sup>84</sup> Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 48-51; Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, 30-32, 185-186.

## 2. Şarta Benzeyen Kavramlar

Şartı, kendisine benzeyen birtakım kavramlardan ayırmak gerekir. Örneğin *vade* kavramı bir borcun muaccel hale gelmesi için belirlenen süreyi ifade eder. Bu kavram sözleşmedeki bazı hükümlerin doğması için ihtiyaç duyulan bir miktar zamanı ifade etmesi bakımından şart ile benzer. Fakat şart kavramı ile aralarındaki önemli bir fark şudur: Vade gerçekleşmesi kesin olan bir olguyken şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği henüz belli değildir. Örneğin bir satış sözleşmesinin hükümlerinin doğmasının birinin ölümüne bağlanması durumunda bir vadeden bahsedilir. Çünkü her insan bir gün mutlaka ölecektir. Ama kişinin ne zaman öleceği belirsiz olduğu için bu belirsiz bir vadedir. Ancak sözleşme bir kişinin bir sene içinde ölmesine bağlanırsa burada vadeden değil şarttan bahsedilir. Çünkü bir sene içinde ölümün gerçekleşmesi kesin değildir.<sup>85</sup>

Yine şart ve *ön olgu* kavramları arasında da bir benzerlik vardır. Şart, ileride gerçekleşmesi muhtemel olan bir olayken ön olgu, sözleşme esnasında gerçekleşmiş fakat taraflar nezdinde bilinmeyen bir olayı ifade eder. Örneğin baba, sınavı geçmesi halinde çocuğuna bisiklet almayı vadetmişse ve sınav sonuçları belli olmuş fakat baba-oğul tarafından bilinmiyorsa burada şarttan değil ön olgudan bahsedilmektedir.<sup>86</sup> Sözleşme esnasında gerçekleşmiş bir olgu taraflarca gerçekleştiği bilinmese de şart olarak sözleşmeye eklenmişse sözleşmenin sonuçları o andan itibaren doğar. Tarafların bu konudaki bilgisizliği hukuki sonuçların doğmasına mâni değildir.<sup>87</sup>

Taraflar satılan şeyde bazı vasıfların bulunmasını kararlaştırmışlarsa bu durumda da teknik anlamda şartın varlığından bahsedilemez. Burada yapılan şey alıcının satılan şey hakkında bazı özel isteklerde bulunması, satıcıcının da bunu kabul etmesidir. Böylece hükümleri hemen geçerli olan bir sözleşme doğmaktadır. Ortada gelecekte çözülmesi beklenen bir belirsizlik yoktur.<sup>88</sup>

İslâm hukukunda şart teriminin birçok manada kullanıldığı görülmektedir. Fakat yukarıda geçtiği üzere bunların da hepsi hakiki manada şart değildir. Bu kullanımları şu şekilde özetlemek mümkündür:<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 70-77; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 509-510.

<sup>86</sup> Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 70-77; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 509-510.

<sup>87</sup> Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 28-29, 38; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 49.

<sup>88</sup> Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 7.

<sup>89</sup> Hasan Ali eş-Şâzelî, *Nazariyyetü 'ş-şart fi 'l-fikhi 'l-İslâmî* (Dâru Kunûzi İşbiliye li'n-Neşr ve't-Tevzî, 2009), 61-79.



1. İzâfî şart (Şartu'l-ecel): Vade şartı olarak isimlendirebileceğimiz bu şart, daha önce geçtiği üzere teknik manada bir şart değildir. Çünkü şart, bir borcun gerçekleşmesini ileride meydana gelmesi muhtemel bir olaya bağlamak için kullanılan bir tabirdir. Vade ise ne zaman olacağı bilinmese dahi gelmesi kesin olan ileri bir tarihi ifade eder.
2. İskat şartı: Sözleşme yükümlülüklerinden kurtulmak için konulan ek maddeler de şart olarak isimlendirilmektedir. Ayıptan beraet şartı buna örnektir. Satıcı, bu şartı koşarak sözleşme yapılması halinde malda çıkabilecek herhangi bir ayıptan doğacak sorumluluğu üzerinden atmış olmaktadır.
3. Sözleşme konusunun sahip olması istenilen vasıflar da şart olarak isimlendirilir. Cariye için bakire olma, yemek pişirebilme, köle için okur-yazar veya terzi olma, semen için müeccel olma gibi sözleşmeye eklenen vasıflar bu manadaki şartı ifade eder. Bu tür şartlar ayrı değil birer sıfattır. Yani sözleşmeden ayrı bir varlığı ve semenden payı yoktur. Bu özellikleri ile takyidî şartlardan ayrılırlar. Vasıf muhayyerliği bu kısımda yer alır. Zikredilen vasıf malda var olmazsa alıcının vasıf muhayyerliği ile fesih hakkı olur. Bu şartta da ileride gerçekleşme ihtimali olan bir durum bulunmadığı için ona gerçek manada şart denilemez.
4. Takyidî şart: Taraflardan birine, sözleşmenin aslından olmayan bir sorumluluk yükleyen şartlardır. Bağlı bulunduğu ayndan ayrı olarak varlığının bulunması ve ayrı bir sözleşmenin konusu olabilmesi açısından vasıf şartından ayrılmaktadır. Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını değiştirmesi ve onun var olup olmaması ile ilişkisinin bulunmaması açısından ise ta'likî şarttan ayrılmaktadır. Takyidî şartlar bazen alıcının elde ettiği mal veya menfaatteki bazı tasarruflarını kısıtlamaya yararken ya da alıcıya ek menfaatler sağlarken bazen de rehin ve kefalet şartında olduğu gibi sözleşmeyi desteklemektedir. Ama takyidî şartın bulunduğu sözleşme, kurulduğu andan itibaren varlığını sürdürmektedir. Şartın gerçekleşmemesi halinde ise hak sahibinin sözleşmeyi fesih hakkı doğmaktadır. Hanefiler'in sözleşmenin muktezasına uygun olma ve örfen desteklenme gibi kriterler aradığı şart budur.
5. Ta'likî şart: Hakiki manada şart budur. Bir borcun ortaya çıkmasının bağlandığı ileride gerçekleşmesi muhtemel bir olaya ta'likî şart denir. Tanımda da belirtildiği üzere ta'likî şartta şu özelliklerin bulunması gerekmektedir: Şarta bağlanan olay gelecekte meydana gelecek olmalı ancak olayın gerçekleşeceği kesin olmamalıdır. "Şart Muhayyerliğinin Mahiyeti" başlığında onun ta'likî bir şart olduğundan ayrıntılı bir şekilde bahsedilecektir.

### **3. Şartın Amacı**

Şartın amacı tarafların iradelerini sözleşmeye daha iyi bir şekilde yansıtabilmelerini sağlamak ve kanunun verdiği irade serbestisini daha da geliştirmektir. Bu sebeple irade hürriyeti ve sözleşme özgürlüğü ilkeleriyle yakından ilgilidir. Tarafların

sözleşmede şart koşarak elde edebileceği menfaatlerden bazılarını şu şekilde sıralamak mümkündür:<sup>90</sup>

- Kişi, her zaman gerçekleştirmek istediği hukuki işlemlerdeki sorumlu olduğu edimleri ifâ etmek için yeterli imkâna sahip olamayabilir. Örneğin bir kişi terekede diğer varislerle ortak olduğu ve ileride tek başına sahip olacağını düşündüğü bir malı şimdiden satmak isteyebilir. İleride malı teslim edememekten dolayı sorumlu olmamak için de sözleşmenin hüküm doğurmasını, “malın tüm haklarına sahip olmak” geciktirici şartına bağlar.
- Bazense sözleşme kurulurken sahip olunan imkânlar bir süre sonra ortadan kalkacak olabilir. Bu durumda kişi yapacağı işlemi şarta bağlayarak gerçekleştirir ve sözleşme fırsatını kaçırmamış olur. Evin bu ay içinde (haciz vs. sebeple) elinden çıkmaması şartıyla satılması buna örnektir.
- Kişi, satın aldığı bir malın işine tam olarak yarayıp yaramayacağını her zaman bilemeyebilir. Bu durumda mağdur olmamak için satış işleminin geçerliliğini malı beğenmesi şartına bağlayabilir. Şart muhayyerliği de bu amaca hizmet eden bir şarttır.
- Bir kimsenin belirli bir davranışta bulunması veya bulunmaması istendiği zaman, yapması istenilen şeyi yapması şartıyla ona bazı menfaatler vaadedilebilir. O zaman da şart, başkasının davranışlarını etkileme imkânı sağlar. Bu amaçla şart, Türkiye’de seksenli yıllardan itibaren ihracatı artırma amacıyla kullanılmıştır. Nitekim elli milyon dolar üzerinde ihracat yapma şartıyla şirketlere doğu ülkeleriyle ithalat ve ihracat sözleşmelerinde imtiyaz tanınmıştır.

Sonuç olarak taraflar iradelerini etkileyen olayların gidişatını tam olarak bilemiyorlarsa ne kesin bir irade beyanında bulunmak ne de önlerini göremedikleri için ellerindeki sözleşme fırsatını kaçırmak isterler. Bu gibi durumlarda şart kurumu devreye girer ve kişi, her şeyin dört dörtlük olmasını beklemeksizin kendi çıkarlarını, belirlediği şartlarla koruma altına alarak bir sözleşme kurma imkânına sahip olur.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 1189-1190; Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 14-15; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 1; Ahmed M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 947-948.

<sup>91</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1189-1190; Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 14-15; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 1; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 947-948.

#### 4. Şartın Çeşitleri

Yukarıda Türk hukukunda şart kavramının *olgu* ve *kayıt* şeklinde iki tip tanımından bahsedilmişti. Olgu manasındaki şartı; *iradî*, *tesadüfî* ve *karma şart* şeklinde üçe ayırmak mümkündür. İradî şart, gerçekleşip gerçekleşmemesi kişilerin isteğine bağlı olan şarttır. Evin satışının ev sahibinin evden bir ay içinde taşınmasına bağlanması buna örnektir. Tesadüfî şart ise kişilerden bağımsız olarak meydana gelen şarttır. Klima satış sözleşmesinin havanın 40 dereceye çıkmasına bağlanması örneğindeki gibi şartın gerçekleşmesi taraflara bağlı değildir. Bazense iradî ve tesadüfî şartlar bir arada bulunur. Buna da karma şart denir. Örneğin bir satış sözleşmesinin varlığı bankadan çekilecek bir krediye bağlanmışsa, burada krediyi çekenin iradesi iradî şarta, krediyi verecek bankanın iradesi ise tesadüfî şarta dâhildir. Çünkü bankanın krediyi onaylayıp onaylamayacağı tarafların elinde değildir.<sup>92</sup>

Kayıt manasındaki şart ise geciktirici ve bozucu şart olmak üzere ikiye ayrılır. Teknik anlamda şart, hukuki bir işlemin sonuçlarının doğmasını gelecekte meydana gelecek şüpheli bir olaya bağlamak olduğu için, bozucu şartı bu anlamda şart olarak tanımlamak mümkün değildir. Bozucu şart, sadece geciktirici şartı ihtiva eden bir kayıttır. Fakat bunların ikisi de hukuki işlemin unsuru olduğu ve işlemi belirsiz hale getirdiği için kanunen şart olarak tanımlanmıştır.<sup>93</sup>

İslâm hukukunda da bu tarz bir ayrımın olduğu söylenmiştir. Karaman'a göre, şart muhayyerliği geciktirici şarta, teslimden önce ayıp muhayyerliği ise bozucu şarta tekabül eder.<sup>94</sup> Şart muhayyerliği, eklendiği sözleşmenin aslını etkilemeyip hükümlerini ertelemesi bakımından geciktirici şarta benzemektedir. Teslimden önce ayıp muhayyerliğinin bozucu şart olmasına gelince, teslimden önce diye belirtilmesinin sebebi, teslimden sonra ayıp muhayyerliği ile feshin ya karşılıklı rıza ya da mahkeme kararıyla mümkün olmasıyla ilgili olsa gerektir. Bozucu şart kullanılırken bunlara gerek yoktur. Yani kişi tek taraflı iradesiyle bu hakkını kullanabilir.<sup>95</sup> Fakat yine de bozucu şart ve kabızdan önceki ayıp muhayyerliği arasında önemli farklar vardır. Ayıp muhayyerliği hukuken verilen bir hak olduğu için teknik manada bir şart değildir. Ayrıca sözleşmeyi

<sup>92</sup> Serozan, Sözleşmeden Dönme, 1197-1199; Oğuzman - Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 513; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 951-953.

<sup>93</sup> Pulaşlı, Şarta Bağlı İşlemler, 63-64; Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, 53-60.

<sup>94</sup> Kaşıkçı, "Şart", 38/365.

<sup>95</sup> Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, 2/283.

kendiliğinden sonlandırmadığı, aksine mağdur tarafa dilerse sonlandırma hakkı verdiği için onun bir dönme hakkı olduğu söylenebilir. Çünkü malda ayıp çıkması bir şart olarsa bu ayıbın sözleşmeyi doğrudan feshetmesi gerekir.<sup>96</sup> Ödeme muhayyerliği bozucu şart için daha uygun bir örnek olarak görünmektedir. Eğer süre sonunda ödeme yapılmazsa sözleşmenin infisah ettiği (kendiliğinden sona erdiği) kabul edilirse ödeme muhayyerliği bozucu bir şart olur. Fakat ödeme yapılmaması halinde sözleşmenin bozulması, satıcının iradesine bağlanıyorsa bir dönme hakkından söz edilmiş olur.<sup>97</sup> Nitekim ödemenin yapılmaması halinde sözleşmenin fâsî olduğu savunulan görüşe göre dönme muhayyerliği sözleşmeyi feshetmemekle birlikte satıcıya bir dönme hakkı vermektedir.<sup>98</sup>

Türk hukukunda sözleşme şartlarını düzenlemek için, şart nazariyesi adı altında tüm sözleşmeleri kapsayan genel ilkeler konulmuşken İslâm hukuku kazuistik bir yapıya sahip olduğundan her amacı gerçekleştirmek için ayrı ayrı muhayyerlik türleri geliştirmiştir.<sup>99</sup> Örneğin kişinin genel olarak pişman olduğu satıştan dönebilmesi için şart muhayyerliği, alıcı temerrüdüne mani olmak için ödeme muhayyerliği, görmeden alınan mal sebebiyle aldanmamak için görme muhayyerliği, fiyatta aldanmamak için gabin muhayyerliği, vasıfta aldanmamak için vasıf muhayyerliği, ayıp sebebiyle aldanmamak için ayıp muhayyerliği gibi farklı meseleler için yirmi beş kûsur muhayyerlik konulmuştur.<sup>100</sup> Sayı olarak fazla görünse de toplu olarak incelendiğinde bunların çoğunun aslında aynı amaca hizmet ettiği görülmektedir. Bu nedenle hükmî

<sup>96</sup> Abdürrezzak Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Beyrut: Dâru İhya-i Tûrasi'l Arabî, 1953), 3/28-30.

<sup>97</sup> Pulaşlı, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, 223.

<sup>98</sup> Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî İbn Âbidîn, *Reddül'-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr.*, thk. Ebû Bilal Cemal b. Abdu'l-Âl (Beyrut: Dâru'l-Alemîyye li'n-Neşr ve't-Tevzi, 1433/2012), 6/471.

<sup>99</sup> Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 6/152.

<sup>100</sup> Hanefî hukukunda lâzım sözleşmelerin feshi aşağıdaki durumlarda mümkündür. Bu fesih imkânları çoğu zaman özel bir muhayyerlik türü olarak zikredilmiştir. Bazense fesih hakkı için herhangi bir isimlendirilme yapılmamıştır.

1. Sözleşmede karşılıklı rızanın gerçekleşmemesi.
  - Sözleşme sırasında rızanın olmaması: İkra, hile, gabin, hata vb.
  - Sözleşme sonrasında rızanın devam etmemesi: Temerrüt, şartlara uyulmaması, sözlerin tutulmaması, sürekli sözleşmelerde mazeretler
  - Şart, tayin, vasıf ve ödeme muhayyerliklerinin şart koşulması veya görme ve meclis muhayyerliğinde olduğu gibi hukuku muhayyerlik verilmesi. Hepsinin ortak noktası taraflara sözleşmeyi veya bedelleri değerlendirmek için ek süre vermesidir.
2. Zararın giderilmesi veya önlenmesi ilkesi
  - Taraflardan birinin eksik ehliyetli veya eksik ehliyetli hükmünde olması.
  - Üçüncü şahısların hakkının ihlali: Hacir ve ölüm hastalığı (maraz-ı mevt) halinde alacaklı ve mirasçıların durumu vb.
3. Hukuki meşruiyetin sağlanması: Riba, garar vb. Bu ayırım için bk. Üveys Ateş, *İslam Hukukunda Akitlerin Feshi ve Hukuki Sonuçları* (İstanbul: Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019), 367-371.

muhayyerlikleri, dönme ve iptal hakkı gibi temel başlıklar altında toplayarak diğer iradî fesih imkânlarını muhayyerlik veya şart nazariyesi başlığı altında birleştirmek, muhayyerlik kalabalığından kurtulma imkânını sağlayacaktır. Türk hukuku bunu büyük oranda sağlamıştır. Sadece beğenme koşulu gibi bazı özel şartlar tarihi önemi sebebiyle hala TBK’da varlığını sürdürmektedir. Oysaki beğenme koşulu TBK’dan çıkarılsa dahi şart koşma özgürlükleri sayesinde kişiler bu hakkı yine rahatça elde edebilecektir.<sup>101</sup>

### 5. Şartın Hukuki Sonuçları

Türk hukukunda şartlı sözleşmede şarta bağlananın tarafların iradesi mi, hukuki işlemin kendisi mi yoksa sonucu mu olduğu tartışılmıştır. Hâkim olan görüş, şartın tamamlayıcı bir olgu olduğu<sup>102</sup> yani şartlı bir hukuki işlemin sonuçlarının şarta bağlandığıdır. Soyut bir olgu olan iradenin şarta bağlanması uygun görülmemiştir.<sup>103</sup> Hukuki işlem ve sonucunun birbirinden ayrılamayacağını kabul edenlerse hukuki işlemin şarta bağlandığını kabul etmiştir. Onlara göre sözleşmenin kendisi, şart gerçekleştiği zaman meydana gelmektedir. Hukukçuların çoğunluğu ise hukuki işlemin hemen sonuç doğurmasını gerekli görmezler. Örneğin seçimlik borçlarda veya elde edilmesi ümit edilen malların satışında var olan belirsizlik, sözleşmenin hükümlerinin doğmasına manidir. Fakat bu, sözleşmenin kurulmasına engel olmamaktadır.<sup>104</sup>

Hanefî hukukunda ta’likî şart, sözleşmenin aslıyla yani varoluşuyla ilgilidir. Bazı istisnaî durumlar bulunmakla birlikte kural olarak şart gerçekleşene kadar sözleşme kurulmaz. Şart gerçekleştiği takdirde ise sözleşme hüküm ve sonuçlarını tam olarak

<sup>101</sup> Aynı sebepten Irak Medeni Kanunu’nda şart muhayyerliğinin yer alması bazı hukukçular tarafından gereksiz görülerek eleştirilmiştir. Çünkü şart kurumu zaten Borçlar Hukuku Genel hükümler kısmında yer almaktadır. Bk. Seb’âvî, “Hıyârü’s-şart beyne’l-fikhi’l-İslâmî ve’l-Kânûnî’l-Vaz’î”, 17.

<sup>102</sup> Sözleşmenin tamamlayıcı unsuru, sözleşmenin kurulması için gerekli olmayan fakat hukuki sonuçlarının doğması için gerekli olan durumlardan oluşur. Bu sebeple o, kurucu unsurdan ayrılır. Ölüm, doğum, hastalık, insan fiili, irade beyanı vs. buna örnektir. Mesela mümeyyiz küçüğün satış sözleşmesinin nafiz olması için gerekli olan veli onayı, tamamlayıcı bir unsurdur. Bk. Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 48-51; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 30-32, 185-186.

<sup>103</sup> Şarta bağlayan kayıt manasında şart, kurucu unsur olan iradenin tali noktalarından biridir. Olgu manasında şart ise kurulmuş bir sözleşmenin sonuç doğurması için gerekli tamamlayıcı unsurlardan biridir. Kayıt manasında şart, doğrudan doğruya hukuki işlemin sonuçlarının var olup olmamasını etkiler. Objektif açıdan (kanunen) iradenin tali bir noktası olsa da sübjektif açıdan (işlevsel olarak) sözleşmenin esaslı (kurucu) bir unsurdur. Yani şart net olarak belirlenmeden sözleşme de kurulamaz. Şart sözleşmenin geçerlilik şartlarını taşımazsa sözleşme de bätıl olur. Ama sözleşmenin varlığı bu şart var olsa da olmasa da kaim olduğu için objektif açıdan (kanunen) bu şart kurucu unsurlar arasında yer almayarak bir tali nokta veya yan kayıt olarak isimlendirilir. Fakat şart bir kere iradeye eklendikten sonra onun esaslı bir unsuru olur. Geciktirici veya bozucu şart ayırımına tabi olan da bu şarttır. Olgu manasında şart ise gerçekleşmesi beklenen somut olaydır. Bu şart da olumlu-olumsuz, iradî-tesadüfî-karma gibi türlere ayrılır. Bk. Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 48-51; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 30-32, 185-186.

<sup>104</sup> Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 55-56; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 34-36.

doğurur. Bu hüküm *Mecelle*'de şu şekilde ifade edilmiştir: *Şartın sübutu indinde ona muallak olan şeyin sübutu lâzım olur.* (*Mecelle* 82) Hanefî mezhebinden farklı olarak Şâfiî ve Mâlikî mezhebinde ta'likî şart bulunan sözleşme hemen kurulur fakat sözleşmenin hükümleri şart gerçekleşene kadar askıda kalır.<sup>105</sup>

Bu çalışmada incelenen şart muhayyerliği, Hanefiler'in değil Şâfiîler'in kabul ettiği tarzda ta'likî şarta benzemektedir. Çünkü tüm mezheplere göre şart muhayyerliği bulunan sözleşme, şart gerçekleşince değil sözleşme anında kurulmaktadır.<sup>106</sup> Türk hukukunda da “*beğenme koşuluyla satış*”ın sözleşme anında kurulduğu, hükümlerinin ise şart gerçekleşince doğduğu kabul edilmektedir.<sup>107</sup>

Mesele hakkındaki bir diğer ihtilaf da şart gerçekleştikten sonra sözleşmenin hükümlerinin icap-kabulün yapıldığı andan itibaren mi yoksa şart gerçekleştikten sonra mı uygulanmaya başlanacağına dairdir. Klasik sonrası Roma hukuku ve Fransız Medeni kanunu ilk görüşü kabul etmektedir. Klasik Roma hukuku, Alman ve İsviçre Medeni Kanunları ile TBK'ya göre ise sözleşmenin hükümleri şart gerçekleştikten sonra uygulanmaya başlanmaktadır.<sup>108</sup> Şâfiî mezhebinin birinci görüşe, Hanefî mezhebinin ise ikinci görüşe göre hükmettiği söylenmiştir.<sup>109</sup>

## 6. Şartların Uygulama Alanı

Şarta bağlı borçlar TBK'da 170-176. maddeler arasında düzenlenmiştir. Ancak kanunun diğer bazı kısımlarında da bir takım şarta bağlanan işlemlerden bahsedilmektedir.<sup>110</sup> Türk hukukunda kural olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Sadece borçlandırıcı işlemlerde değil tasarruf işlemlerinde de şart koşulabilmektedir. *Tecrübe ve muayene şartıyla satışta* hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi şarta bağlanırken *mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta* sadece tasarruf işlemi şarta bağlanmaktadır. Yine *bağışlayana dönme koşuluyla bağışta* olduğu gibi taşınır malların mülkiyetinin devrinde bozucu şart koşturmak da mümkündür.

<sup>105</sup> Muhammed Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1987), 452; Erkuş, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şarta Bağlılığı*, 143-145; Şâzelî, *Nazariyyetü's-Şart*, 68, 180.

<sup>106</sup> Bk. Çalışmanın “Mal ve Semen Durumu” başlığı, 118-129.

<sup>107</sup> Nihat Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 1/1329; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1557.

<sup>108</sup> Klasik Roma hukukuna göre gerçekleşen şart, etkilerini ileriye etkili bir şekilde doğurur. Bk. Fahri Erdem Kaşak, “Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2 (2019), 558.

<sup>109</sup> Şâzelî, *Nazariyyetü's-Şart*, 177, 184; Erkuş, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şarta Bağlılığı*, 142-145.

<sup>110</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 507-508.

Tapuya tescil talebi gibi taşınmazlardaki tasarruf işlemlerinde şart koşulmasına izin verilmemiştir. Çünkü tapu sicilinin aleniyet görevini yerine getirebilmesi için taşınmazlar üzerindeki aynî hakların varlığını doğru ve kesin şekilde göstermesi gerekmektedir.<sup>111</sup> Kamu düzeni ile alakalı bazı hukuki işlemlerde de sözleşmenin ruhu gereği şart koşturmak mümkün değildir. Örneğin evlenme, evlat edinme, soy bağının düzeltilmesi, mirasın reddi ve kabulü işlemi şarta bağlanamamaktadır. Hukuka ve ahlaka aykırı şartlar da geçersizdir. Bu durumda şart da işlem de bătıldır. Yine gerçekleşmesi mümkün olmayan şartların sözleşmeye eklenmesi halinde şart geciktirici ise işlem bătıl, bozucu ise sadece şart bătıldır. On yıl süreyle şapka ile gezme şartıyla evini bağışlama sözleşmesi yapmada olduğu gibi manasız ve rahatsız edici şartlar ise sağlar arasında yapılan işlemlerde geçerli, ölüme bağlı tasarruflarda ise geçersizdir. Ama son durumda bu şart sözleşmenin sıhhatini etkilememektedir. Şarta bağlanmaması gereken fakat bozucu koşula bağlanmış bir sözleşmede eğer tarafların bu sözleşmeyi şartsız da yapacakları biliniyorsa şart geçersiz sözleşme geçerli olur. Bu konuda dürüstlük kuralı göz önünde bulundurulur.<sup>112</sup>

Bir tarafa sözleşmeyi tek taraflı iradesiyle başlatma, bitirme, değıştirme imkânı ve üstünlüğü veren yenilik doğuran haklar da şarta bağlanamamaktadır. Çünkü aleyhine şart koşulan kişi bu durumda önünü göremeyecek ve mağdur olabilecektir. Bu da feshin muhatabı olan kişi için çekilmez bir askı durumu oluşturacaktır. Ama feshin temerrüte bağlanması gibi yenilik doğuran hakkın kullanımı karşı tarafın bir fiiline bağlanmışsa veya bu şart karşılıklı rızaların birleşmesiyle konmuşsa bir sakınca yoktur. Böylece muhatap belirsiz bir duruma itilmiş olmayacaktır.<sup>113</sup>

İslâm hukukunda “borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi” ayrımı olmadığı için aynî sözleşmeler dışında<sup>114</sup> mülkiyetin teslim gerekmesizin sırf icap-kabulle naklolunduğu görülmektedir.<sup>115</sup> Bu husus hangi sözleşmelerde şart koşulabileceğini de belirlemektedir. Örneğin Hanefiler’e göre yapıldığı anda ayn veya menfaatin mülkiyetinin naklini

<sup>111</sup> Uygulamalardan da anlaşıldığı üzere şartla uyuşmayan mülkiyet değil tapuya tescildir. Çünkü tapuya tescilde aleniyet ilkesi geçerlidir. Yani bu sözleşmelerde aleniyet, kesinlik ve güvenlik gerekir. Bk. Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 92-93, 119.

<sup>112</sup> Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 104-106; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 507, 514-518; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 1195-1197.

<sup>113</sup> Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 122-123; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 112-113.

<sup>114</sup> Mâlikîler; rehin, hibe, âriyet gibi sözleşmelerde de sırf icap-kabulle sözleşmenin bağlayıcılığına hükmetmişlerdir. Bk. Muhammed Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd*, 449.

<sup>115</sup> Muhammed Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd*, 449.

gerektiren alım-satım, kira, hibe ve âriyet gibi sözleşmeler ta'likî şarta konu olamamaktadır. Çünkü bu durum, ayn veya menfaatlerin mülkiyetinin nakline dair sahip olduğu belirsizlik sebebiyle kumar gibi değerlendirilmiştir. Takyid neticesi doğuran vekilin azli, hacir, verilen iznin kaldırılması ve boşamadan dönme gibi işlemler de ta'likî şarta konu olamamaktadır. Kanaatimize göre bu hususu yenilik doğuran hakların şarta bağlanamaması ile aynı şekilde açıklamak mümkündür. Çünkü azil, iznin kaldırılması ve hacir gibi işlemler karşı tarafı mağdur edebilecek şeylerdir. Bu konudaki belirsizlik kişinin daha fazla zarara uğramasına yol açabilir. Boşama, köle azat etme, şuf'adan vazgeçme gibi iskat işlemlerinde bu tür zararların meydana gelmeyeceğinin düşünülmesinden olsa gerek ta'likî şarta izin verilmiştir. Vekâlet ve vasiyet sözleşmeleri de yapısı gereği hemen uygulamaya geçilen sözleşmeler olmadığı için onların da ta'likî şarta bağlanmasına izin verilmiştir. Kefalet, havâle, köle veya çocuğa ticaret izni verilmesi gibi bazı sözleşmelerin ise muktezasına uygun ta'likî şarta bağlanmasına izin verilmiştir. Falana şu kadar borç verersen ona kefilim, borcumu bir aya kadar ödemezsem borcumu falana havâle ettim gibi şartlı işlemler buna örnektir.<sup>116</sup>

### **7. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi**

Şart ve fesih, -bির hak olmaları hasebiyle-<sup>117</sup> hukuk sistemlerinin sözleşmede taraflara ne kadar özgürlük tanıdığıyla doğrudan ilgilidir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, felsefî bir yaklaşım olan irade hürriyeti teorisinin hukuka yansımaları olarak kabul edilmektedir.<sup>118</sup> Sözleşme özgürlüğü, tarafların sözleşmenin kurulunda ve koşullarının belirlenmesinde özgür iradeleriyle karar verebilmelerini ifade eder. Bu sayede taraflar özgür iradeleriyle bir sözleşmeyi yapıp yapmama, yaptığı takdirde sözleşmenin şartlarını kendi çıkarlarına göre düzenleme hakkına sahip olur. TBK'da (Türk Borçlar

<sup>116</sup> Muhammed Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd*, 454-457.

<sup>117</sup> Hak kavramını, kısaca hukukun kişilere tanıdığı salahiyet ya da yetki olarak tanımlarsak fesih ve şart koşma işlemleri de taraflara verilmiş birer yetki olduğu için hak olarak isimlendirilebilir. Hak kavramının tanımı için bk. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015), "Hak", 169. İslam hukukunda genel olarak kullanılan hak kavramının altında bir de yarı aynî haklar olarak isimlendirilen bir hak kategorisi daha vardır. Bu haklar, milk hakkı seviyesine ulaşmasa da ibahadan daha güçlü yetkiler vermektedir. Fesih hakkı bu kategoride değerlendirilebilir. Bu konu şart muhayyerliğinin hukuki niteliği başlığında incelenmiştir. Bk. "Şart Muhayyerliğinin Yarı Aynî Hak ve Yenilik Doğuran Hak Olması" başlığı, 46-49.

<sup>118</sup> Abdurrahman Haçkalı, "İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi", *Dini Araştırmalar* 5/13 (Ağustos 2002), 121; Nuri Erişgin, *Medeni Hukuk II* (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2014), 50.



Kanunu'nda) bu ilke şu şekilde ifade edilmiştir: “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilir.*” (TBK 26)<sup>119</sup>

Kanunda geçen “sınırlar” tabirinden kasıt, sözleşmenin hukuka, ahlaka, kamu düzenine ya da kişilik haklarına uygun ve ifasının mümkün olması gerekliliğidir. (TBK 27/1) Bu sınırları ihlal eden sözleşmeler hükümsüzdür. Bu minvalde şartlar sözleşmeye eklenemez. Bunların dışında kanun, zayıf olan tarafı korumak veya bazı özel durumlar sebebiyle ek sınırlamalar getirirse bunlara da uymak gerekir. Kanunların müdahale etmediği alanda ise kişiler, sözleşmenin konusunu, koşullarını, tarafını, türünü, şeklini, süresini diledikleri gibi belirlemekte özgürdür. Öyle ki; taraflar, kanunda belirlenmemiş yeni bir sözleşme türü oluşturabilir; sözleşmenin yazılı mı, sözlü mü olacağına karar verebilir; malın teslimini sözleşmenin geçerliliği için şart koşabilir.<sup>120</sup>

Roma hukukunda, bugün var olan sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir. Öyle ki; bu hukukta bir sözleşmenin kurulabilmesi için onun kanunda yer alan sözleşme tiplerinden (*contractus*) birine uygun olması gerekir. Sözleşmede irade serbestisi değil, şekle bağlılık esastır. Gaius, *Institutiones*'te (Gai, 3, 89) sözleşmeleri; *sözlü (verbis contrahitur)*, *yazılı (litteris contrahitur)*, *aynî (re contrahitur)* ve *rızâî sözleşmeler (consensu contrahitur)* olmak üzere dörde ayırmıştır. Sözlü sözleşmeler sadece belirlenmiş sözcüklerin zikredilmesiyle, yazılı sözleşmeler sadece belirli sözcüklerin yazılmasıyla, aynî sözleşmeler belirli malların teslimiyle borç doğurur. Yani sırf irade beyanı bu sözleşmelerin kuruluşunda yeterli değildir.<sup>121</sup> Son sırada yer alan rızâî sözleşmelerde ise hiçbir şekil şartı aranmaz. Yani tarafların rızalarını bir şekilde açıkça ortaya koymaları yeterlidir. Fakat Roma'nın ilk döneminde bu tür sözleşmelerin sayısı sınırlıdır. Zamanla imparatorluk büyüdükçe ve ekonomik faaliyetler arttıkça, hukuk da gelişmiş ve rızâî sözleşmelerin sayısı artmıştır. Satış, kira, istisna, hizmet, şirket ve vekâlet sözleşmeleri, rızailik ilkesinin temellerinin atıldığı sözleşmeler olmuştur.<sup>122</sup>

İslâm hukuku, sözleşmede şekilcilikten mümkün mertebe uzak durmuş, sözleşmelerin çeşit ve maksatlarını sınırlamamıştır. Bu sebeple o, *satış*, *kira* ve *şirket* gibi

<sup>119</sup> Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 109; Erişgin, Medeni Hukuk II, 50.

<sup>120</sup> Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme) (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 3/27-28; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 110-115; Murat Aydoğdu - Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 15-16.

<sup>121</sup> Bülent Tahirolu - Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri* (İstanbul: Der Yayınları, 2011), 48-49.

<sup>122</sup> Tahirolu - Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, 70-71.

hukukun özel olarak isim ve hüküm verdiği sözleşmelerin yanı sıra isimsiz birçok sözleşmeyi de bünyesinde barındırmıştır. İslâm hukukçuları bu hususta “*Ey iman edenler, sözleşmelere riayet ediniz.*” (Mâide 1) ayetini esas alarak yeni üretilen sözleşmelere isim ve hüküm koymuşlardır. *Vefâen satış (bey bi'l-vefâ), çift kira sözleşmesi (icareteyn),*<sup>123</sup> *isticâr*<sup>124</sup> sözleşmesi bunlara örnektir. Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse İslâm hukukunda var olan sözleşmelerin çoğunluğunun rızâî sözleşmeler olduğu söylenebilir. Hukuk politikası, kaza ve vergi müesseseleriyle ilgili bazı sözleşmelerin ise maslahat gereği sonradan şekle bağlandığı anlaşılmaktadır. Özelde borçlar hukukunda ise aynı sözleşmeler olarak isimlendirilen *hibe (bağışlama), âriyet, vedîa, karz ve rehin* sözleşmeleri dışında sözleşmelerin sadece icap-kabulle tamamlandığı görülmektedir.<sup>125</sup>

#### **8. Bazı Hukuk Sistemlerinin Sözleşmelerin Şarta Bağlanmasına Menfi Bakmasının Sebepleri**

Şart muhayyerliğinin istisnâî bir kurum olmasının temel sebeplerinden biri, İslâm hukukunda sözleşme şartlarına olumsuz yaklaşılmasıdır. Bu konuda en katı tutum Zâhirîler'e aittir. Sözleşme şartlarına en fazla imkân tanıyanın ise Hanbelî mezhebi olduğu söyleyenebilir. Hanefiler ve Şâfiîler teoride Zâhirî mezhebine daha yakinken Mâlikîler Hanbelî mezhebine yakın bir yerde durmaktadır. Esnek tavır sergileyenler; “*Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar.*”<sup>126</sup>, “*Kolaylaştırınız, zorlaştırmayınız...*”<sup>127</sup>, “*Müslümanların güzel gördükleri Allah katında da güzeldir.*”<sup>128</sup> gibi rivâyetleri, istihsan, maslahatı mürsele ve örf gibi delilleri esas almışlardır. Katı davrananlar ise “*Her kim emrimize uygun olmayan iş yaparsa reddolunur.*”<sup>129</sup>, “*Allahın kitabında olmayan şart geçersizdir.*”<sup>130</sup>, “*Şartlı satış yasaktır.*”<sup>131</sup> gibi rivâyetleri esas alarak muamelatta nas bulunmayan konularda esas olanın haramlık olduğunu söylemişlerdir. Hanefiler ve

<sup>123</sup> Peşin ve vadeli olarak alınan çifte kira bedeli. Bk. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “İcâreteyn”, 223.

<sup>124</sup> Kişinin ihtiyacı olan şeyleri satıcıdan peyderpey alıp, daha sonra aldıklarının fiyatını toptan hesaplatması. Bk. Temel Kacır, “Bir Finansman Yöntemi Olarak İsticâr Akdî”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 30 (2017), 275.

<sup>125</sup> Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 2/59-61.

<sup>126</sup> Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre et-Tirmizî, *Süneni't-Tirmizî*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Muhammed Fuad Abdülbâkî (Mısır: Şirketü Mektebe ve Matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî, 1975), “Ahkâm”, 17.

<sup>127</sup> Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil Buhârî, *Sahîhu'l-Buhârî*, thk. Muhammed Zühayr b. Nâsir en-Nâsir (Dâru Tavkî'n-Necât, 1422), “İlim”, 11.

<sup>128</sup> Ebû Abdullah Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned* (Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 2001), 6/84.

<sup>129</sup> Buhârî, “Sulh”, 5.

<sup>130</sup> Buhârî, “Büyü”, 73.

<sup>131</sup> Ebû Abdurrahman Ahmed b. Şuayb en-Nesâî, *es-Sünen*, thk. Abdulfettâh Ebû Gudde (Mektebetü'l-Matbûâtî'l-İslâmiyye, 1406), “Büyü”, 73.

Şâfiîler meseleyi baştan sıkı tutmakla birlikte sözleşmenin muktezasına, örfe ve maslahata uygun şartlara cevaz vermekle görüşlerini esnetmişlerdir.<sup>132</sup>

İslâm hukukunun sözleşmelerde ehemmiyetle üzerinde durduğu ve şiddetle sakındığı üç mesele vardır: *Garar, faiz ve aynı anda birden fazla sözleşmenin yapılması (teaddüd-i safka)*. Bu üç maddenin borçlar hukuku üzerinde önemli etkileri olmuştur. İslâm hukukçularının bu üç maddeye bakışı, İslâm hukukunun modern hayattaki hukuki işlemlere karşı konumunu ve işlevini belirlemede önemli etkiye bulunacaktır.<sup>133</sup>

*Garar* ve *cehalet* kavramları fıkıhçılar tarafından bazen birbiri yerine kullanılmıştır. Aslında garar bir şeyin var olup olmaması konusunda bilinmezliği ifade ederken cehalet o şeyin sıfatlarıyla ilgili bilinmezliği ifade etmektedir. Bu manada havadaki kuşun satışı garar ifade ederken kılıf içindeki vasıfları bilinmeyen bir malın satışı cehalet ifade etmektedir. Cehalet ve garar bir arada bulunabildiği gibi ayrı ayrı da bulunabilmektedir. Örneğin sözleşme anında mevcut fakat yakut mu cam mı olduğu bilinmeyen taşın satışında sadece cehalet varken vasıfları bilinen kaçan bir kölenin satışında sadece garar vardır. Vasıfları bilinmeyen kaçak bir kölenin satışında ise hem cehalet hem de garar vardır. Özet olarak bilinmezlik şu durumlarda ortaya çıkabilir: Malın varlığında, elde edilip edilemeyeceğinde, cinsinde, türünde, miktarında, tayininde, bekasında (varlığını sürdürüp sürdüremeyeceğinde), semeninde. Bunların ilk üçündeki bilinmezlik garar olarak isimlendirilir ve sözleşmeyi bâtıl kılar. Diğerlerindeki bilinmezlik ise cehalet olarak isimlendirilir ve sözleşmeyi fâsit kılar. Eğer ikinci durumda bilinmezlik ortadan kaldırılırsa Hanefîlere göre sözleşme sahih hale gelebilir.<sup>134</sup>

İradî muhayyerliklerin garar meselesiyle yakından ilişkisi vardır. Çünkü sözleşmenin aslının onun hükmünü geciktirici şartlardan arı olması gerekir. Örneğin satış sözleşmesinin, malın ve semenin mülkiyetinin nakli hükmünü sözleşme yapılır yapılmaz doğurması gerekir. İslâm hukukundaki bir kaideye göre aynların temlikinin gelecek zamana bırakıldığı sözleşmeler geçersizdir. Bunun en önemli sebebi, malın teslim edilememesi ihtimali sebebiyle meydana gelen garardır.<sup>135</sup> Fakat şart ve ödeme

<sup>132</sup> Muhammed Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd*, 414-422.

<sup>133</sup> Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/12.

<sup>134</sup> Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/34; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/163-166; Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akitler* (Tekin Kitabevi, 2019), 82-83; Necmeddin Güney, *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013), 80-85.

<sup>135</sup> Senhûrî bu konuda şöyle söylemektedir: Aynların temlikinin tecili yasağı garar meselesine değil, İslâm hukukundaki fihki bir çözümlemeye dayanmaktadır. O da şudur: Deynler zimmette sabit olabilir, bu sebeple

muhayyerliğinde olumlu veya olumsuz şekilde karar verilene kadar, tayin muhayyerliğinde mallardan biri tercih edilene kadar, malın veya semenin mülkiyeti askıda kalmaktadır. Bu da ilk ikisinde sözleşmenin bozulup bozulmayacağına dair, tayin muhayyerliğinde ise sözleşmenin konusuna dair bir bilinmezlik ortaya koymaktadır. Nevevî, bu sebeple şart muhayyerliğinin aslen kusurlu olsa da icmâ sebebiyle caiz olduğunu söylemiştir.<sup>136</sup> Kâsânî (ö. 587/1191), şart muhayyerliğinde sözleşmenin varlığının şartın düşmesine bağlı olduğunu ve bunun garara sebep olduğunu ifade etmiştir.<sup>137</sup> Bâbertî (ö. 786/1384), şart muhayyerliğinin kumar manasında olduğu için sözleşmeye dâhil olmaması gerektiğini söylemiştir.<sup>138</sup> Ama fukahâ hakkında nas bulunması sebebiyle bu muhayyerliğe cevaz verileceğini belirtmiştir.<sup>139</sup>

Kumar, aslen şansa dayanarak bahse tutuşma ve bu yolla para kazanma manasındadır. Haksız kazanç, mal ve zaman israfı ile irade zafiyetine yol açması gibi sebeplerle yasaklanmıştır. Peki, şart muhayyerliğinde bu sakıncalar var mıdır? Şart muhayyerliğinde kişi sözleşmeyi fesih ve onay arasında tercih hakkına sahip olmaktadır. Bu sayede dilediği gibi ve dilediği bir fiyata mal alma imkânı bulmaktadır. Onda kumardaki gibi ne kazanacağı ve ne kaybedeceği hususunda belirsizliğin aksine kendini garanti altına alma imkânı vardır.<sup>140</sup> İbnü'l-Hümâm da (ö. 861/1457) buna değinerek şöyle söylemiştir: “Garar bulunan satışın yasaklanması, sözleşme konusunun aslı veya vasfındaki belirsizliklerle ilgilidir. Sözleşmenin var olup olmayacağı hususundaki belirsizliğe ise izin verilmiştir. Ayrıca şart muhayyerliğindeki belirsizlik eninde sonunda ortadan kalkacaktır. Çünkü taraflardan birine bu cehaleti ortadan kaldırmak üzere yetki verilmiştir. Nitekim şart muhayyerliğinde süre de belirlidir. Yani bilinmezlik sözleşmeye zarar vermeyecek şekilde sınırlandırılmıştır.”<sup>141</sup>

---

temliklerinin tecili mümkündür. Aynlar ise zimmette sabit olamaz çünkü dış dünyada bir yer kaplar. Bu sebeple sözleşme esnasında da var olması gerekir. Bu yüzden temlikinin gelecek zamana izafesi mümkün değildir. Bk. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/37-38.

<sup>136</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/215.

<sup>137</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/24.

<sup>138</sup> Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd Bâbertî, *el-İnâye* (Dâru'l-Fıkr, ts.), 6/299.

<sup>139</sup> Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 13/41, 14/23; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakîr*, thk. Abdürrezzak Galib el-Mehdi (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1438/2017), 6/276; Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, thk. Zekerîyya Umeyrât (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1997), 6/3; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/463.

<sup>140</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/89-93. Kumar ve garar kavramları arasındaki ilişki için bk. Güney, *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar*, 85-90.

<sup>141</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/276.

Garar kavramının evrensel bir manası var mıdır yoksa zamanın ve şartların değişimi ile eskiden garar kapsamına giren durumların şimdi bu kapsamdan çıkarılması mümkün müdür? Şart muhayyerliği sadece bir istisna olarak kalmaya devam mı edecektir yoksa genel bir kural haline getirilip yeni muhayyerliklere basamak mı oluşturacaktır? Bu sorulara verilecek cevaplar hukukçuların daha kapsayıcı bir muhayyerlik/şart teorisi geliştirmesine fırsat verecektir. Bu minvalde meselenin daha iyi anlaşılması için Senhûrî'nin konuyla ilgili açıklamalarının aktarılması faydalı olacaktır:

“Garar, seviyesine göre az-orta-çok, zaruret sebebiyle gerekli olan-olmayan gibi farklı şekillerde kategorize edilebilir. Bu kavramın farklı çevre ve asırlarda farklı uygulamaları var olmuştur. Öyle ki aynı yüzyılda ve aynı toplumda bile garar kavramına farklı bakış açıları olagelmıştır. Bu sebeple neyin garar olup olmadığı hususunda görüş birliği olduğu söylenemez. Örneğin satış yerinde var olmayan bir malın vasıfları belirtilerek satılması, Şâfiî mezhebine göre garar sebebiyle bâtil iken Hanefî mezhebine göre görme muhayyerliği ile birlikte sahihtir. Mâlikî mezhebine göre ise malın vasıflandırılarak satışı çok az belirsizlik içerir ve satış için yeterlidir. Görme muhayyerliğine bile gerek yoktur. Yine Şâfiî mezhebine göre şalgam, havuç gibi bir kısmı yerin altında olan ürünler ile ceviz ve badem gibi kabuklu ürünlerin satışı fahiş garar sebebiyle caiz değilken Mâlikî mezhebine göre belirsizliğin azlığı sebebiyle caizdir. Aynı ihtilaflar havuzdaki balığın, kaçan kölenin, koyunun memesindeki sütün, değerli maden içeren toprağın satışı gibi meselelerde de geçerlidir. Bu meselelerde fahiş garar olduğunu düşünenler bu mallar üzerine yapılan sözleşmelerin bâtil olduğuna hükmederken az garar olduğunu düşünenler ise sahih olduğunu söylemişlerdir. Şüphe yok ki fukahânın garar anlayışında zaman ve çevrenin değişiminin önemli etkisi vardır. Günümüzde garar kavramına daha müsamahalı bir bakış geliştirmemiz gerekmektedir. Öyle ki; geçmiş asırlarda fahiş garar içerdiği düşünülen meselelerin günümüzde iktisadi hayatın gelişimi sebebiyle düşük seviyede garar içerdiği görülmektedir. Dogmatik kaideler yerine esnek bakış açısına sahip olan hukuk sistemleri daima ilerleme kaydedecekler ve zamana ayak uyduracaklardır.”<sup>142</sup>

Sözleşme şartlarının ele alındığı metinlerde kullanılan “riba” (faiz) kavramının da “garar” kavramıyla yakın ilişkisi vardır. Bu kavramın şart meselesinde özellikle Hanefî

---

<sup>142</sup> Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/38.

mezhebi tarafından teknik anlamından uzak bir kullanımının olduğu gör÷lmektedir. Öyle ki; bir tarafın karşı taraftan hak etmediğı ve bedelini ödemediğı halde sözleşmede şart koşarak menfaat elde etmesi faiz şüphesiyle yasaklanmıştır. Satıcının sattığı malı eve taşıması, beyaz eşyayı kurması, sattığı evde bir süre oturması gibi şartlar bu tip şartlara örnektir.<sup>143</sup> Fakat dikkat çekici nokta ise bu tarz şartların örf haline gelmesi halinde caiz görülmesidir. Örneğin gıda maddesini şehir içinde alıp evine teslim şartı faiz şüphesi oluşturmaktadır. Fakat gıda maddesi şehir dışından alınmışsa eve kadar teslim şartı istihsanen caiz gör÷lmüştür. Çünkü malın şehir dışındaki değeri yüksek olduğu için örfen bu şartın semenden bir payı olduğu düşünülmektedir.<sup>144</sup> Yani bir tarafın fazladan menfaat elde etmesinde asıl korkulan faiz oluşması değil tarafların anlaşmazlığa düşerek mahkemelik olmasıdır.<sup>145</sup> Çünkü taraflardan biri kendisi adına bir menfaat şart koştuğunda, karşı taraf da kendisine neye mal olduğunun çok da farkında olmadan bunu kabul edebilmektedir. Fakat bu şart örf haline gelirse şartın getirdiğı sorumluluk da taraflarca bilinmekte ve pazarda bu şartın yerleşmiş maddi bir karşılığı olmaktadır.<sup>146</sup> Yani kim ne zaman o şartı koşturmak istese onun karşılığı olan maddi değeri ödemeyi de peşinen kabul etmiş olmaktadır. Malın şartlı fiyatı ve şartsız fiyatı önceden belirli olacağı için bu durum tarafları münazaadan da alıkoyacaktır.<sup>147</sup>

Senhûrî, bir hukuk sisteminin yeni kurulduğı aşamada garar ve nizadan daha fazla kaçındığı gerçeğı üzerinde önemle durmuştur. O, oluşumuna yeni başlayan ve henüz sağlam temeller üzerine oturmayan hukuk sistemlerinin sözleşmelerde basitlikten yana olduğunu, bu sebeple sözleşmenin tekliğı ilkesinin bu hukukların en temel ilkelerinden biri haline geldiğini söylemiştir. Çünkü Senhûrî'ye göre onlar hukukta sebat ve istikrar isterler. Bu sebeple sözleşme içinde yapılan sözleşmeye, sözleşmenin bütünlüğüne zarar vereceğı düşüncesiyle izin vermezler. Hukuk sistemi zaman geçtikçe gelişir ve güçlenir. Daha çok esnekliğe ve yeniliğe ihtiyaç duydukça çoklu sözleşmeler ve şart nazariyelerini

<sup>143</sup> Şâzelî, *Nazariyyetü's-Şart*, 230.

<sup>144</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 12/199; Şâzelî, *Nazariyyetü's-Şart*, 219-220.

<sup>145</sup> Şâzelî, *Nazariyyetü's-Şart*, 559.

<sup>146</sup> Recep Özdirek, *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar* (İstanbul, 2009), 283; Mustafâ b. Ahmed b. Muhammed ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-'âmm-ihrâcün cedidün bi-tatvîr fi't-tertib ve't-tebvîb ve ziyâdât* (Dimaşk: Dâru'l-Kalem, 1425/2004), 1/552.

<sup>147</sup> Zerkâ bu görüşü eleştirmiş ve akıllı bir insan örf olsun veya olmasın ancak getiri-götürü hesabını yaptıktan sonra sözleşmede bir menfaati şart koşar, demiştir. Ama şartların örf olmasından kasıt belirli şartların belirli şekillerde konulmasının insanlar arasında yerleşmesi ise bunu makul bulduğunu belirtmiştir. Bu görüşe göre günümüzde artık fâsit şart kalmadığını artık insanların ittifak ettiği şartlara kanunların da hürmeti emrettiğini eklemiştir. Bk. Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-'âmm*, 1/552.

geliştirir.<sup>148</sup> Senhûrî, görüşünü desteklemek için Alman hukukçu Rudolf von Jhering'in<sup>149</sup> (ö. 1892) Roma hukukunda şart nazariyesinin gelişimi üzerine yaptığı yorumlara da yer vermiştir:

“Roma hukukunda sözleşmelerde temel ilke tek safka, tek hak ilkesiydi. Aynı tabiatta olsun (aynî hak-aynî hak, şahsi hak-şahsi hak gibi), farklı tabiatta olsun (aynî hak-şahsi hak gibi) iki hakkın tek sözleşmede talep edilmesi mümkün değildi. Örneğin rehin aynî sözleşmesinde borç ödendiğinde malı iade borcu yer alamazdı. Arazi satışında irtifakların ayrıca satışı gerekiyordu. Satış sözleşmesinde kira sözleşmesi yapılamazdı (satılan evin bir aylığına satıcıda kiralık olarak kalması gibi). Köleyi azat eden kişi azattan sonra ona hizmet etmesini şart koşamazdı. Çünkü bu azat ve hizmet sözleşmesini bir araya getiriyordu. Önce azat edip sonra hizmet sözleşmesi yapması gerekiyordu. Sözleşme, bir de zamanda birliği gerektiriyordu. Sözleşmenin yapıldığı an tayin edilmiş özel bir andı. Sözleşme ile ilgili şartlar ve hükümlerin tamamının bu anda gerçekleşmesi gerekiyordu. Nasıl çocuğun doğumu ile hayata başlaması arasında bir boşluk var olamazsa sözleşme ile hükümlerinin doğması arasında da bir boşluk var olamazdı. Sözleşmede sonradan yapılan bir düzenleme sözleşmeyle aynı zamanda var olmayacağı için geçersizdi. Bu yüzden eğer sözleşmenin şartları değiştirilmek isteniyorsa yeni bir sözleşme yapmak gerekiyordu. Ayrıca sözleşmeye kim iştirak ediyorsa hepsinin sözleşme mekânında bulunması gerekiyordu. Çünkü zamanda birlik, mekânda birliği gerektiriyordu. Taraflar sözleşme esnasında sözleşme kurmak için gerekli ehliyeteye sahip değillerse o sözleşme geçersizdi. Zaman birliğinin olmaması sebebiyle sözleşmeden sonra ehliyet kazanan kişinin o sözleşmeye onay verme hakkı bulunmuyordu. Ayrıca sözleşme konusunun sözleşme esnasında mevcut, muayyen ve meşru olması gerekiyordu. Kimse sözleşme esnasında sahip olmadığı malı satamazdı. Geçmiş hukuklardaki bu katılığın sebebi malın teslim edilememesi ve taraflar arası sıkıntı meydana gelmesi korkusundandı. Her şeyin hukuka uygun gitmesi, sebat ve istikrarın sağlanması, olayları kontrol altında tutabilme arzusu bu hukukları esneklik ve genişlikten feragat etmek

---

<sup>148</sup> Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/97-98.

<sup>149</sup> 19. yy.'da yaşamış Roma hukuku üzerine de çalışmaları bulunan Alman hukukçularındandır. Bk.“Rudolph von Jhering”, *Vikipedi* (01 Ocak 2023).

zorunda bırakmıştı. Bu hukuklar temellerini sağlamlaştırdıktan ve güven kazandıktan sonra modern hayatın gereklerine göre korkmadan kendisini geliştirmeye başlamıştır.”<sup>150</sup>

Senhûrî, Jhering’ten yaptığı alıntıyı bitirdikten sonra sözüne şöyle devam etmiştir: “Gelişimini tamamlamış bir hukuk sistemi ile yeni oluşan bir hukuk sisteminin farkını şu örnekle açıklayabiliriz: Yeni oluşan bir hukuk, anlık düşünür. Geleceğe ilişkin hükümler vermez. Fakat kişilerin bazen ileriye dönük sözleşmeler yapması gerekebilir. Örneğin bir kişi altı ay sonra oturacağı bir eve ihtiyaç duyabilir. O kişinin bu evi tutmak için altı ay beklemesi ve zaman gelince kendi için uygun bir ev araştırması mı gerekir? Eğer tutmak istediği evi şu an bulmuşsa altı ay sonrası için geçerlilik doğuracak bir kira sözleşmesi yapması mümkün müdür? Veya seneye inşa edilecek bir ev için şimdiden inşa koşuluna bağlı bir irtifak sözleşmesi yapılabilir mi? Gelişimini tamamlamamış hukuklar, zaman ve mekân birlikteliğini bozduğu için vade ve şart ile yapılan sözleşmelere izin vermemişlerdir. Fakat sözleşmeden doğan borcun (deyn) vade veya ta’likî şarta bağlanması mümkün görülmüştür. Çünkü vadeye bağlı borç zaten an itibariyle mevcuttur ve onun sadece talep hakkı ertelenmiştir. Ta’likî şarta bağlı borç ise tıpkı cenin gibi sözleşme ile hayatına başlamakta ve şart gerçekleşince ortaya çıkmaktadır. Yani şart, belirli bir zamanda aşamalı olarak varlığını tamamlamaktadır. Ama sözleşme anından itibaren borcun bir varlığı vardır. Borçlar hakkında bunu söylerken aylar hakkında gelecek zamana izafeden bahsetmek mümkün değildir. Çünkü aylar tek başına kaimdir ve tecil veya ta’lik onun varlığına aykırıdır. Var olmayan aylar üzerine yapılan işlemler ise teamül ve istikrara zarar vereceği için geçersiz görülmüştür.”<sup>151</sup>

Şâzelî, Senhûrî’nin zamanın değişimi ile mezheplerin şarta bakış açılarının değişmesi yorumuna karşı çıkmıştır. Ona göre mezhepler şart ile ilgili görüşlerini baştan oluşturmushlardır. Görüşlerindeki farklılık fikhî gelişimi göstermez. O, görüşünü Ebû Hanîfe, İbn Şübrûme (ö. 144/761) ve İbn Ebi Leylâ’nın (ö. 83/702) şart ile ilgili görüşlerini açıklayan rivâyetle desteklemiştir.<sup>152</sup> Üç fakih de aynı dönemde yaşamış fakat Ebû Hanîfe şart ve sözleşmeyi geçersiz, İbn Ebî Leylâ şartı geçersiz sözleşmeyi geçerli,

<sup>150</sup> Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, 3/99-105.

<sup>151</sup> Sözleşmede mekân birliği ilkesi gereği sözleşme, onun kurulduğu mekânda bulunan kimseler için geçerli sayılacağından Roma hukukunda vekâlet müessesesi de kabul edilmemiştir. Bu sebeple sözleşme meclisinde kim varsa sözleşme onun adına geçerli sayılmıştır. Bk. Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, 3/105-106.

<sup>152</sup> Rivayet için bk. Ebu’l-Kâsım Taberânî, *el-Mu’cemü’l-Evsat* (Kahire: Dâru’l-Harameyn, ts.), 4/335.



İbn Şübrûme hem şartı hem de sözleşmeyi geçerli saymıştır.<sup>153</sup> Fakat Senhûrî'nin belirttiği görüşü şu şekilde anlamak daha uygundur. O, yeni kurulan hukuk sistemleri şart nazariyesinde esneklik hakkında fikir sahibi değildir demek istememiştir. Demek istediği, bu hukuk sistemlerinin, fazla esnekliğin meydana getirebileceği problemlere tahammülleri olmadığı için katı hukuk kurallarına meylettiğidir. Bu sebeple meseleyi kişi bazında ele almak yerine mezhep ve dönem bazında ele almak daha doğru olacaktır. Özellikle kendi dönemlerinde resmi olarak yani fiilen uygulanmakta olan mezhepleri incelemek pratik kaygıların hukuki görüşlere yansımaları tespit etmek bakımından daha faydalı olacaktır.

Sözleşme (safka) birliği, sözleşme meclisi, aynların temlikine vade veya şart bitişmesi yasağı gibi aşamalar hem Roma hukukunun<sup>154</sup> hem de İslâm hukukunun geçmiş olduğu aşamalardır.<sup>155</sup> Bakıldığı zaman Zâhirîlerden sonra şart konusunda en tutucu mezhebin Hanefî ve Şâfiî mezhebi olduğu söylenebilir. Diğer mezhepler satış işleminde şart yasağındaki “şart”ı fâsit şart olarak yorumlamış ve daha esnek hareket etmişlerdir. Yalnız Hanefiler sözleşmenin aslından olmayan her şartı sözleşmenin muktezasına aykırı görmüş, sözleşmede koşulan her menfaati ayrı bir sözleşme olarak değerlendirmiş, sözleşmede şart yasağı ile sözleşme içinde sözleşme (safkateyn) yasağı kapsamına dâhil etmiştir. Bundan sonra da çeşitli istisnalarla şart kapsamını genişletmiştir. Aslına bakılırsa sözleşmede şart yasağıyla ilgili hadis<sup>156</sup> hadisçiler tarafından oldukça eleştirilmiş, zayıf ve garip görülmüştür. Bu sebeple Hanbelîler bu hadisi delil olarak almamışlardır. Fakat kimi rivayetlere daha eleştirel yaklaşmakla bilinen Hanefî fukahâsı sözleşme şartları konusundaki görüşlerini temellendirirken bu hadisi delillerinin başına almıştır. Hadisin sened ve metin olarak güçlü olmadığı açıktır. Bize göre Hanefiler şart meselesinde pratik kaygılar sebebiyle daha çekimser ve sınırlayıcı olmayı tercih etmiş ve bu hadisi

---

<sup>153</sup> Şâzelî, *Nazariyyetü's-Şart*, 237.

<sup>154</sup> Senhûrî, Roma hukukunun ve İslâm hukukunun sözleşme tekliği ve şart nazariyesi bakımından aynı aşamalardan geçtiğini söylemiştir. Fakat İslâm hukukunun oluşumuna başladığı aşamada Roma hukukunun gelişiminin ileriki bir safhasında olduğunu vurgulayarak, eğer bazılarının iddia ettiği gibi İslâm hukuku Roma hukukundan etkilenecek oluşmuş olsaydı İslâm hukukunun ilk dönem acemilik aşamalarını atlamış olması gerektiğini söylemiştir. Bk. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/98.

<sup>155</sup> Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/106.

<sup>156</sup> Nesâî, “Büyü”, 73.

maksadlarına uygun bulmuştur. Zaten münazaa korkusunun olmadığı durumlarda kolaylıkla şartlar hususunda esnemeye gitmiştir.<sup>157</sup>

## **B. İslâm ve Türk Borçlar Hukukunda Fesih Kavramı**

Şart muhayyerliği, hak sahibine sözleşmeyi sonlandırma (fesih) imkânı tanıdığı için onun daha iyi anlaşılması için öncesinde fesih kavramının da tanıtılması faydalı olacaktır. Bu sebeple bu kısımda Türk ve İslam hukukunda fesih kavramı üzerinde durulacaktır.

### **1. Sözleşmenin Bağlayıcılığı ve Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**

Yukarıda bahsedilen sözleşme özgürlüğü ilkesinin kapsamına, tarafların sözleşmeyi kurduktan sonra belirli durumlarda sonlandırabilmeleri hakkı da girmektedir. Aşağıda İslâm ve Türk hukukunda kişiye sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı sağlayan durumlardan bahsedilecektir. Daha sonra ise karşı tarafın mağdur olmaması için bu hakka getirilen sınırlamalar yani sözleşmenin bağlayıcılığı üzerinde durulacaktır.

İslâm hukukunda sözleşmeler karşılıklı güven ve rıza esasına dayanır. Taraflar sözleşme kurarken bir şey vermek, yapmak veya yapmamak üzerine bazen karşılıklı bazen de tek taraflı olarak borçlanırlar. Bu iradelerini de icap-kabul ile genel olarak sözlü şekilde ifade ederler. Sözleşmelerde karşılıklı güvenin korunabilmesi için tarafların karşıdakinin vermiş olduğu sözden dönmeyeceğini, dönerse de belli yaptırımlarla karşılaşacağını bilmesi gerekir. Kişinin yapmış olduğu sözleşmeye uyma zorunluluğu, bağlayıcılık (lüzum) olarak ifade edilir.<sup>158</sup> Sözleşmelerde aslolan bağlayıcılıktır.<sup>159</sup>

Bazı sözleşmeler yapısı gereği kurulumundan itibaren tek veya iki taraf için bağlayıcı değildir. Örneğin hibe, âriyet, vedîa gibi teberru sözleşmesi kapsamına giren sözleşmeler karşılık beklemeksizin yapıldıkları için iki tarafı da bağlamaz. Kefalet, rehin gibi bazı sözleşmelerde de alacaklı taraf dilerse sözleşmeyi sonlandırabilir. Çünkü bu

<sup>157</sup> Cezîrî, Kitâbü'l-fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa, 2/203-207.

<sup>158</sup> Bağlayıcılık ve lüzum kavramları İslâm hukukunda birbiri yerine kullanılabilir. Öyle ki; bu hukukta hem aslen bu vasfa sahip olan hem de herhangi bir sebeple sonradan sonlandırılabilir hale gelen sözleşmelerin gayri lâzım olduğu veya bağlayıcı olmadığı söylenebilir. Bk. Hadi Ensar Ceylan, *İslam Borçlar Hukukunda Akdın Bağlayıcılığı* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017), 40. Türk hukukunda ise yapılan her sözleşme –haklı bir sebeple sonlandırılabilir olsa dahi- bağlayıcıdır. Sözleşmenin sonlandırılabilir olması sadece onun bağlayıcılığının zayıf olduğunu gösterir. Bu hukukta sebepsiz yere neredeyse hiçbir sözleşme sonlandırılmaz. Bk. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27-28. İstisna olarak ücretsiz vekâlet sözleşmesinde tarafların sebepsiz yere tek taraflı olarak sözleşmeyi sonlandırma hakkı olduğu söylenebilir. (TBK 152) bk. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 743.

<sup>159</sup> Zerkâ, el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âmm, 1/524-532.

sadece onun yararına olan bir durumdur. Alacaklının hakkından vazgeçmesi yadırganacak bir durum olmamalıdır. Hatta bu durum karşı taraf için zarar değil fayda doğurur.<sup>160</sup> Bunun dışında Şâfiî ve Hanbelî mezhebine göre sözleşmeler icap-kabulden sonra aynı mecliste kalmaya devam ettikleri sürece bağlayıcı hale gelmez. Bu esnadaki sözleşmeyi sonlandırma hakkına da “meclis muhayyerliği” denir.<sup>161</sup>

Bir sözleşmenin rükün ve in’ikad şartları tam olsa da bazen sıhhat şartları bulunmayabilir. Sadece Hanefî mezhebinde var olan bir ayrıma göre bu tip sözleşmeler “fâsit” olarak isimlendirilerek hükmen sahih ve bâtil sözleşmeler arasında değerlendirilir. Bu ayrım, sözleşmenin esaslarına zarar vermeyen bir aykırılığın onu geçersiz kılıp kılmayacağı ile ilgilidir. Hanefiler, ikrah ve tağrir gibi yasaklanan durumların bulunmasının sözleşmenin varlığına zarar vermediğine hükmetmiş ve bu sözleşmeleri fâsit sözleşmeler olarak nitelemişlerdir. Fâsit sözleşmeler bağlayıcı değildir (gayri lâzım). Teslimden önce mülkiyet doğurmaz. Teslimden sonra ise habîs<sup>162</sup> mülkiyet doğurur. Bu sebeple fâsit sözleşmelerin fesat sebeplerinin ortadan kaldırılması veya feshedilmesi gerekir. Taraflar tek taraflı iradeleriyle bu sözleşmeleri sonlandırabilirler.<sup>163</sup>

Bağlayıcı sözleşmeler, bazen muhayyerlikler sebebiyle bağlayıcılıklarını kaybedebilir. Bu muhayyerliklerden bazıları hukuk tarafından kişilere verilirken bazıları ise sözleşmenin taraflarınca sözleşme esnasında şart koşulur. Bu konu üzerinde yukarıda ayrıntılı bir şekilde durulmuştur.<sup>164</sup>

Türk hukukunda da aslolan “ahde vefâ ilkesi”<sup>165</sup> gereği tarafların sözleşmeyle bağlı olmasıdır. Hatta bu hukukta, İslâm hukukunda gayri lâzım olan hibe (bağışlama), âriyet (kullanım öduncü), karz (tüketim öduncü) gibi teberru sözleşmelerinin dahi yalnızca belirli şartlar altında sonlandırılması mümkündür.<sup>166</sup> Türk hukukunda,

<sup>160</sup> Muhammed Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd*, 447.

<sup>161</sup> Muhammed Yusuf Musa, *el-Emval ve Nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-İslâmi*, 447. Meclis muhayyerliği hakkında bilgi için bk. Çalışmanın “Şart Muhayyerliğinin Benzer Kurumlardan Farkı” başlığı, 70-71.

<sup>162</sup> Mülk edinmesi aslen meşru olmakla birlikte kazanç yolu dinen onaylanmayan mal. Bk. M. Zeki Duman, “Habîs”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1996), 14/379.

<sup>163</sup> Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âmm*, 1/533; Muhammed Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd*, 435-440.

<sup>164</sup> Bk. Çalışmanın “Muhayyerlik Kavramı” başlığı, 7.

<sup>165</sup> Sözleşmeye kesin olarak sonuna dek bağlı kalma kuralı, “ahde vefâ” (pacta sunt servanda) olarak isimlendirilir. Bk. Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 42.

<sup>166</sup> Mahmud Esad, *Tarih-i İlm-i Hukuk* adlı eserinde İslâm hukukunun diğer hukuklardan neşet etmediğini yani orijinal bir hukuk sistemi olduğunu göstermek için onu KAH (Kara Avrupası hukuku) ile karşılaştırmıştır. Bu mukayese sonucu vardığı sonuçlardan birisi İslâm hukukunda fesih imkânlarının Kara Avrupası hukukuna göre daha fazla olduğudur. O, tek taraflı fesih hakkının KAH’a yabancı olduğunu, bu hakkın eskiden beri doğu ülkelerinin kanunlarında yer aldığını, hatta bu kanunlarda sözleşmelerin aslen bağlayıcı olmadığını söylemiştir. İslâm hukukundaki geniş fesih imkânlarına örnek olarak başta icap muhayyerliğini, istisna sözleşmesinde sipariş verenin

sözleşmeleri sonlandırmak için kullanılan en sık yöntem “*sözleşmeden dönme*”dir. Bunun dışında *fesih*, *iptal*, *geri alma* ve *ikâle* işlemleri de sözleşmeyi sonlandırma şekillerindendir. İslâm hukukunda bu işlemlerin tamamı –ikâlenin fesih mi yoksa yeni bir sözleşme mi olduğu tartışması hariç tutulursa- “fesih” olarak isimlendirilmektedir.<sup>167</sup> Aşağıda Türk hukukunda kullanılan sözleşmeyi sonlandırmayla ilgili bazı temel kavramlar incelenecektir.

#### **a. Dönme Hakkı**

“Sözleşmeden dönme hakkı, kişiye sözleşme ilişkisini karşı tarafın iznine ihtiyaç duymadan tek yanlı bir irade bildirimi ile çözme imkânı sağlayan yenilik doğuran bir haktır.”<sup>168</sup> Taraflardan biri borçlu olduğu edimi hakkıyla yerine getirmezse karşı tarafın ilk hakkı, sözleşmenin îfâ edilmediği def’ini ileri sürmektir. Fakat bu kişi kendi üzerine düşen edimi daha önceden îfâ etmişse karşı taraf ödeme yapmasa da onun def’i hakkı kalmamıştır. Bu durumda o, diğer seçenek olarak sözleşmeyi sonlandırabilir. Sözleşmeden dönme hakkı, mağdur tarafın yedek silahıdır. Sözleşmede var olması gereken taraflar arası fayda-sorumluluk dengesi ortadan kalktığı zaman mağdur taraf dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi bozup îfâ ettiği tüm edimleri geri alabilir. Böylece durumunu sözleşmeden önceki haline getirmiş olur. Bir taraf diğerinin güvenini suistimal ettiğinde sözleşmede güven ilkesine göre artık karşı taraftan sadakat beklenmez ve o, dönme hakkıyla desteklenir. Bu yasal dönme hakkının kişiye sağladığı faydadır. Bir de sözleşmede saklı tutulan (iradî) dönme hakkı vardır.<sup>169</sup>

İradî dönme hakkı, sözleşmeyi kurarken veya daha sonra şart koşularak elde edilir. Amacı taraflara, sözleşmeyi kurmaktaki maksatlarına ulaşamamaları, şartların değişmesi sebebiyle aşırı îfâ güçlüğüne düşmeleri ve sözleşmenin devamının kendileri için çekilmez hale gelmesi halinde onu sonlandırma imkânı vermektir. Genelde ekonomik

---

malı gördükten sonra sahip olduğu görme muhayyerliğini, aynı sözleşmelerde malın tesliminden önce sözleşmenin feshinin mümkün olmasını, hibe sözleşmesinde Hanefilere göre teslimden sonra dahi feshin mümkün olmasını ve İslâm hukukundaki vekâlet, âriyet, şirket gibi aslen bağlayıcı olmayan sözleşmeleri zikretmiştir. Buna karşılık İslâm hukukunda gayri lâzım olan vekâlet, âriyet ve şirket sözleşmelerinin Alman hukukunda yalnızca karşı tarafın zarar görmeyeceği veya önceden tespit edilmiş bir zaman diliminde feshedilebileceğini; hibe sözleşmesinde hibeyi verenin, muhtaç duruma düşmesi hariç verdiğini geriye alamayacağını belirtmiştir. Hatta ifade edildiğine göre bu hukukta son durumda hibeyi verenin ihtiyacı başka bir yolla karşılandığında yine onun fesih hakkı kalmayacaktır. Bk. Mahmud Esad Efendi, *Tarih-i İlmi Hukuk*, 227-228.

<sup>167</sup> Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Sermet Matbaası, 1976), 1/950-952; Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 94-96; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 39-42.

<sup>168</sup> Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 58.

<sup>169</sup> Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1/950-952; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 39-42.

olarak kendilerini güvence altına almak isteyen kişiler dönme şartını koşar. Ayrıca dönme hakkı sayesinde taraflar üzerine düşen edimi îfâ hususunda karşı tarafı baskı altında tutmuş ve alacaklarını güvence altına almış olur.<sup>170</sup>

Yaygın görüşe göre dönme işleminin borçlandırıcı işlemi baştan itibaren ortadan kaldırdığı düşünülmektedir. Ortada bir sözleşme kalmadığı için de daha önceden îfâ edilen edimler haksız iktisap (sebepsiz zenginleşme)<sup>171</sup> davasıyla geri talep edilir. Yeni dönme kuramına göre<sup>172</sup> ise dönme işlemi eski sözleşmeyi tamamen ortadan kaldırmaz, onu bir geri verme sözleşmesine dönüştürür. Böylece önceden îfâ edilen edimleri haksız iktisap sebebiyle değil sözleşme sebebiyle geri vermek gerekir.<sup>173</sup>

İslâm hukukunda fesih ve dönme işlemleri tek kavramla ifade edilmiştir. Öyle ki; kira gibi sürekli sözleşmelerin de satış gibi ani edimli sözleşmelerin de sonlandırılması fesih olarak isimlendirilmiştir. İstisnai durumlar hariç tutulursa ani edimli sözleşmelerde fesih imkânı oldukça sınırlıdır. Bunun sebebinin, sözleşmenin sonlandırılmasının taraflara ve devlete ek külfetler getirecek olması ve bunun kanun koyucular tarafından istenmemesi olduğu söylenebilir.<sup>174</sup> Satış sözleşmesi gibi ani edimli sözleşmelerde sözleşmenin konusunda, koyunun doğurması veya arabanın kaza yapması gibi artma veya eksilmeye yol açan feshe mâni bir değişim varsa çoğunluğa göre var olan fesih hakları da kullanılamaz.<sup>175</sup> Bunun dışında bu sözleşmelerin feshi geriye yürür. Yani fesihle birlikte satıcı semene, alıcı da mala hiç sahip olmamış gibi olur. Son olarak feshi mümkün

<sup>170</sup> Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1/950-952; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 39-42.

<sup>171</sup> Haksız iktisab, hukuki bir sebep olmaksızın iki tarafın mali durumunda değişiklik meydana gelecek şekilde birinin diğerinin malvarlığından menfaat elde etmesidir. Bk. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Haksız İktisab”, 174.

<sup>172</sup> Dönme bildiriminin sözleşmeyi geriye etkili olarak sonlandırdığını kabul eden klasik görüşe eleştiri olarak doğmuş bir kuramdır. Bu görüşe göre dönme, sözleşmenin varlığına etki etmemekte, sözleşmeyi geçersiz kılmamakta, onu yalnızca bir tasfiye ilişkisine dönüştürmektedir. Bu durumda tarafların borçları yer değiştirmiş olur. Yani satıcı ve alıcının teslim aldıkları edimleri sözleşme gereğince geri vermeleri gerekir. Bk. M. Turgut Öz, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi.”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 13/16 (2011), 134.

<sup>173</sup> Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1/952; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 66-67.

<sup>174</sup> İslam hukukunda sözleşmelerde fesih haklarının az olması üzerinde aşağıda daha ayrıntılı olarak durulacaktır. Bk. Çalışmanın “İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Fesih İmkânının Darlığı ve Muhayyerliklerle İlişkisi” başlığı, 40-43.

<sup>175</sup> Fesih haklarını düşüren durumlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bk. Çalışmanın üçüncü bölümü, “Şart Muhayyerliğinin Düşmesi” başlığı, “Malın Ayıplı Hale Gelmesi veya Telef Olması” ile “Malın Artması” alt başlıkları, 155-163.

olmayan nikâh ve vakıf gibi bazı sözleşmelerin sözleşmeler hukukunda ayrı bir yeri vardır.<sup>176</sup>

### ***b. Fesih***

Fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini ileriye doğru (ex nunc) sona erdiren bir olumsuz (bozucu) yenilik doğuran hak ya da işlemdir. Olağan veya olağanüstü ya da süreli veya süresiz olarak farklı şekillerde gerçekleşebilir. Süresi belirli olmayan sözleşmelerde kişiye tek taraflı iradesiyle sözleşmeyi bitirme yetkisi veren hakka olağan fesih hakkı denir. Olağanüstü fesih ise kullanılabilmesi için haklı bir sebebin veya ifâ engelinin gerektiği, tarafların anlaşmasıyla dahi kaldırılamayan, tüm sürekli sözleşmelerde var olan bir haktır. Karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte sonuç doğuran feshe süresiz fesih, sonuç doğurması için ulaştıktan sonra belirli bir süre geçmesi gereken feshe süreli fesih denir. Kural olarak olağan fesih sürelidir. Çünkü sözleşmeye aykırı herhangi bir davranışta bulunmamış karşı tarafa fesihten zarar görmemesi için gerekli önlemleri alacağı bir sürenin tanınması gerekir. Bu şart, sözleşmeye aykırı bir durumun var olduğu olağanüstü fesih için gerekli değildir.<sup>177</sup>

Fesih ve dönme arasında önemli farklar vardır. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür:<sup>178</sup>

- Fesih, sözleşme ilişkisini ileriye, (klasik dönme kuramına göre) dönme ise geriye etkili olarak sonlandırır.
- Fesih hakkı sadece ifâsına başlanmış sürekli sözleşmelerde mümkünken dönme hakkı ifâsına başlanmamış sürekli sözleşmelerde ve ani edimli sözleşmelerde geçerlidir. Bunun sebebi, ifâsına başlanmış bir sürekli sözleşmede dönme hakkı kullanılarak daha önceden kullanılan menfaatlerin iadesinin mümkün olmamasıdır. Bu sebeple sürekli sözleşmelerde sadece ileriki dönemde elde edilecek hakları etkileyen fesih işlemi geçerli

<sup>176</sup> Şürünbülâli, *Hâşiyetü Şürünbülâli (Dürrü'l Hükkâm içinde)* (Dâru İhyâi Kütübi'l-Arabîy, ts.), 2/75, 162, 179; Ebü'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed Karâfi, *ez-Zaḥîre* (Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslami, 2015), 5/45-46; Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl li Muhtasarı Halil* (Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994), 6/319; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebir*, 6/17-18, 95; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, *el-Muğnî*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ (Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009), 6/43-45, 57.

<sup>177</sup> Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009), 341-343; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 115-116.

<sup>178</sup> Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 118-121.

görlür. Kira sözleşmesinde fesih işleminden önceki kullanımdan doğan borçların devam etmesi buna örnektir.

- Fesih hem tek tarafa hem de çift tarafa borç yükleyen sözleşmelerde mümkünken dönme sadece çift taraflı sözleşmelerde mümkündür.
- Süre belirlenmemiş sürekli sözleşmelerde makul bir süre geçtikten sonra sebepsiz olarak (olağan) fesih hakkı varken dönme işlemi için -sözleşmede belirtilmiş serbestçe belirli bir pişmanlık bedeli ödenerek elde edilen dönme hakları hariç- haklı bir sebep gerekir.
- Son olarak fesih sonrası eksik ifâdan dolayı müspet zararlar tazmin ettirilebilirken dönme sonucu sözleşme tamamen geçmişe dönük olarak ortadan kalktığı için sözleşmenin hiç kurulmamasından dolayı karşılaşılan menfi zararlar tazmin ettirilir. Yeni dönme kuramına göre ise sözleşmenin tarafları değiştiği için iade işlemi yine sözleşmeye dayanır.

Yukarıda bahsedildiği üzere İslâm hukukunda fesih kavramı, sözleşmeden dönmeyi kapsadığı gibi bu manada feshi yani sürekli sözleşmelerin sonlandırılmasını da içermektedir. Sürekli sözleşmelerin feshi, ifâ edilen edimlerin geriye verilmesi mümkün olmadığı için İslâm hukukunda da ileriye dönük sonuç doğurmaktadır. Bu sözleşmeler kural olarak an be an yenilendiği için onların feshi, mülkiyetin naklini gerektiren ani edimli sözleşmelere göre daha kolay gerçekleşmektedir.<sup>179</sup>

### *c. İptal*

İptal, kullanılmasıyla baştan geçersiz bir işlemin geçersizliğini kesinleştiren veya geçerli bir işlemi geçmişe etkili şekilde geçersiz kılan bozucu yenilik doğurucu bir haktır. Sözleşme; *hata*, *hile* ve *ikrah* gibi sebepler yüzünden hasarlı bir şekilde doğabilir. Bu durumda anılan sebeplerle iradesi sakatlanan kişiyi bağlamaz. Onun bir yıl içinde sözleşmeyi sonlandırma veya onaylayarak tamamlama hakkı olur. Bu süre içerisinde sözleşmenin hükmü askıdadır.<sup>180</sup>

İptal kavramı, Hanefî mezhebindeki fâsit sözleşmeyle ilişkilidir. Bu mezhebe göre sözleşme; *ikrah*, *garar* gibi irade sakatlıkları sebebiyle hasarlı olarak doğsa da malın

<sup>179</sup> Yunus Apaydın, “İrade Beyanı”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 22/428-431.

<sup>180</sup> Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1/179-181; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 144-145.

teslimiyle hukuki sonuçlarını doğurur. Teslimden önce mülkiyet alıcıya geçmese de sözleşme hukuken varlık kazanmıştır. Ama tarafların bu sözleşmeyi iptal etmesi veya ondaki aksaklıkları gidermesi gerekir. Bu durumda iki taraf da borcunu îfâ etmeye zorlanamaz. Zira ikisinin de sözleşmeyi sonlandırma hakkı vardır. İptal edilen sözleşme baştan itibaren hükümsüz kabul edilir. Hanefî hukukunda iptal kavramına karşılık olarak da fesih kavramı kullanılmaktadır.<sup>181</sup> Diğer mezhepler ise kavramsal olarak değil ama pratikte bazı meselelerde fasit-batıl ayırımına yer vermişlerdir. Örneğin Şâfiîler mukâtebe, hul', âriyet ve hac konularında işlemlerin vasıflarındaki eksikliklerden dolayı belirli sonuçların doğacağına hükmetmişlerdir.<sup>182</sup>

#### **d. Geri Alma**

Geri alma, karşı tarafa ulaşması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılan çok işlevli bir bozucu yenilik doğuran haktır. Dönme ve fesih haklarıyla birbirlerine benzerliği sebebiyle onlarla sıkça karıştırılmaktadır. Genellikle tek taraflı hukuki işlemlerde gündeme gelmektedir. Dar anlamda kullanıldığında hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerde icap-kabulün hüküm doğurmasını önlemeyi ya da hüküm doğuran irade beyanını ortadan kaldırmayı ifade eder. Bunun için geri almanın kaldırarak olduğu icap-kabulden önce ya da onunla aynı zamanda karşı tarafa ulaşması gerekir.<sup>183</sup> Geniş anlamda kullanıldığında ise elden bağışlamanın<sup>184</sup> ve ilan yoluyla yapılan bağışlama vaaadinin, temsil yetkisinin, vekâletin, üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmenin ve havâlenin geri alınmasına ek olarak tüketiciyi koruyan cayma hakkı da geri alma hakkı kapsamında değerlendirilir.<sup>185</sup>

Geri almanın amacı, hukuk tarafından sözleşmede himayesi gerekli görülen ve sözleşmeyi sonlandırma çıkarları ağır basan tarafa özel bir sözleşme sonlandırma hakkı sağlamaktır. Bu yönüyle sözleşmede eşitliği sağlama ve edimlerin îfâ edilmemesi halinde

<sup>181</sup> Apaydın, “İrade Beyanı”, 22/428-429.

<sup>182</sup> Yunus Apaydın, “Fesad”, *Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/417; Rabia Bayhan, *İslâm Hukukunda Fâsid Evlilik ve Hükümleri* (Bayburt: Bayburt Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021), 15.

<sup>183</sup> Geri alma açıklaması, diğer tarafa icaptan önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafa icaptan önce öğrenilmiş olursa, icap yapılmamış sayılır. Bu kural, kabulün geri alınmasında da kullanılır. (TBK 10)

<sup>184</sup> Elden bağışlama, bağışlayan kişinin bir taşınırını bağışlanana teslim etmesi ile birlikte kurulmuş olan bağışlama (hibe) sözleşmesidir. (TBK 289)

<sup>185</sup> Çağlar Özel, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999), 83-97.



sözleşme bağından kurtulabilmeleri amacıyla her iki tarafa da sunulan dönme hakkından ayrılmaktadır. Şart koşulması gerekmezce kullanılabilir. Kullanılmasıyla sözleşmeyi kuran irade beyanı hiç yapılmamış gibi kabul edildiği ve hukuki işlemin temeli ortadan kalktığı için daha önce ifâ edilen edimler haksız iktisap hükümlerince geri alınır.<sup>186</sup>

İslâm hukukunda -Türk hukukunun aksine- (anlık iletişim kuran) hâzırlar arasında yapılan sözleşmeler de dâhil Mâlikîlerin cumhuru dışında<sup>187</sup> üç mezhebe göre icap bağlayıcı değildir. Şâfiîler'e göre hemen kabul edilmeyen icap düşer. Hanefî ve Hanbelîler'e göre ise meclis boyunca devam eder. Hanefîler'e göre kabul edildikten sonra artık kişi icabıyla bağlı olurken Hanbelîler'e ve Şâfiîler'e göre kabul beyanı gelse dahi meclis dağılmadığı sürece sözleşmenin feshi mümkündür.<sup>188</sup> Hâzır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerde ise icap yine Mâlikî mezhebi dışındaki üç mezhebe göre bağlayıcı değildir. İcabı yapan kişi, icap mektupla veya haberciyle karşı tarafa ulaştıktan sonra kabul cevabı gelene kadar icabını geri alabilir. Hanefîler hâzırlar arası sözleşmedekinin aksine hâzır olmayanlar arasındaki sözleşmede icabı geri alma beyanının geçerli olması için karşı tarafın bundan haberdar olması şartını aramamışlardır. İcap, bildirildiği meclis devam ettiği sürece geri alınabilmektedir. Meclis dağılana kadar kabul gelmezse sözleşme kurulmamaktadır.<sup>189</sup>

Bağışlama (hibe) sözleşmesi de karşılığında bir bedel alınmadan ifâ edildiği için bağlayıcı olmayan sözleşmeler sınıfına girmektedir. Vedâ, âriyet, hibe gibi bu tip sözleşmelerin tek taraflı irade beyanıyla feshi mümkündür. Hibe sözleşmesinde Hanefîler teslimden sonra dahi feshi mümkün görürken Şâfiî ve Hanbelîler sadece malın tesliminden önce bu hakkı tanımaktadırlar. Mâlikîler ise teslimden önce de bağışlama sözleşmesinin bağlayıcı olduğunu kabul etmişlerdir. Vekâlet sözleşmesinde de her iki tarafın istediği zaman sözleşmeyi fesih yetkisi vardır.<sup>190</sup> Yukarıda bahsedilen ve Türk

<sup>186</sup> Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 123-125.

<sup>187</sup> Kurtubî gibi bazı Mâlikî fakihler icabın bağlayıcı olmadığını kabul etmişlerdir. Ancak mezhepte tercih edilen görüş, icabın bağlayıcı olduğu yönündedir. Bk. Süleyman Kaya, *İslam Hukukunda İcabın Bağlayıcılığı* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2000), 25-26.

<sup>188</sup> Kaya, *İslam Hukukunda İcabın Bağlayıcılığı*, 27-28.

<sup>189</sup> Kaya, *İslam Hukukunda İcabın Bağlayıcılığı*, 31-33.

<sup>190</sup> Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-'âmmü*, 1/525-529; Ali Bardakoğlu, "Hibe", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (Ankara: TDV Yayınları, 1998), 17/423; Kaya, *İslam Hukukunda İcabın Bağlayıcılığı*, 49-50.

hukukunda “geri alma” olarak isimlendirilen sözleşme sonlandırma şekillerinin tamamı İslâm hukukunda “fesih” olarak isimlendirilir.

#### e. *İkâle*

İkâle, tarafların önceki sözleşmeyi ortadan kaldırmak için yaptıkları bozma sözleşmesidir. Taraflar, ikâle sözleşmesiyle önceki sözleşmeden doğan alacak ve borçlarından vazgeçmektedirler. Bu işlem, irade beyanı ile mevcut alacakları ve borçları ortadan kaldıran bir tasarruf işlemidir. Asıl sözleşmeden bağımsız olarak o, şekil şartına bağlı değildir ve aksi kararlaştırılmadığı sürece ilke olarak geçmişe etkili sonuç doğurur. Sürekli edimli sözleşmelerde ise borç ifâ edilmeye başladıktan sonra yapılan ikâle, ileriye etkili sonuç doğurur.<sup>191</sup>

Türk hukukunda irade hürriyeti ilkesi gereğince taraflar anlaştıkları sürece bir sözleşmeyi sonlandırabilme hakkına sahiptirler. Fakat TBK’da ikâle sözleşmesi ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.<sup>192</sup> Bunun başlıca sebebi sözleşmede şart koşularak fesih imkânlarının elde edilmesi kolay olduğu için daha zor ve nadir görülen ikâle sözleşmesine gerek duyulmaması olsa gerektir. İkâle denildiğinde daha çok hizmet sözleşmelerinde işçi ve işverenin karşılıklı anlaşarak sözleşmeyi feshetmeleri anlaşılmaktadır.<sup>193</sup>

İslâm hukukunda ikâle sözleşmesinin önemli bir yeri vardır. Başta satış sözleşmesi olmak üzere çoğu sözleşmede ikâleden bahsedildiğini görmek mümkündür. Bunun bir sebebi fıkıh kitaplarının kazuistik bir yapıda olmasıdır. Fakat bizce şart koşularak veya hukuken sahip olunan fesih imkânlarının dar olması yüzünden ikâle ihtiyacı duyulması bunda daha etkilidir. Öyle ki bazı fıkıhçıların, ikâle sözleşmesinin yapılma gerekçesinin, yanlış sözleşme yapan kimselerin pişmanlıklarını gidermek olduğunu söyledikleri görülmektedir.<sup>194</sup> Zira bir hadîs-i şerîf’te de Allah’ın, yaptığı alışverişten pişman olan kişiyle ikâle yapan kimsenin ahirette sıkıntılarını gidereceğinden bahsedilmektedir.<sup>195</sup> *Kaparo, dönme cezası, cayma hakkı* vs. ile sözleşmeden dönme hakları olmayan kişiler, yanlış sözleşme yapmaları halinde çareyi ikâle yapmakta

<sup>191</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1289-1290; Abdurrahman Savaş, “Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1/26 (2016), 111-112.

<sup>192</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1289.

<sup>193</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 561.

<sup>194</sup> Örnek olarak bk. Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/110.

<sup>195</sup> Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd İbn Mâce, *es-Sünen*, thk. Muhammed Fuad Abdülbaki (Dâru İhyâu't-Türâsi'l-Arabî, ts.), “Ticârât”, 26; Süleyman b. Eşâ's b. İshâk Ebû Davud, *es-Sünen*, thk. Şuayb el-Arnaûd (Dâru'r-Risâle, 1430), “Büyû”, 54.

bulmaktadır. Tabii ki ikâle, karşılıklı rıza ile kurulabilen bir sözleşme olduğu için her zaman mümkün olmamaktadır.

## **2. İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Fesih İmkânının Darlığı ve Muhayyerliklerle İlişkisi**

Klasik fıkıh literatüründe muhayyerlikler konusunun, satış sözleşmesiyle ilgili bölümlerin giriş kısımlarında yer aldığı görülmektedir. Kayapınar'ın ifade ettiğine göre bunun sebebi, satış sözleşmesinin hükümlerini tartışmaya başlamadan önce onun tam olarak kurulup kurulmadığını kesinleştirmek isteği olabilir. Öyle ki; hukuken vücuda gelmeyen bir sözleşmenin tartışılması, ona binaen hükümlerin vazedilmesi uygun olmasa gerektir. Nitekim pek çok fıkıh kitabının da satış sözleşmesi bahsine sözleşmenin kurulması ile başlaması, onun kurulabilmesi için asgari şartları, gerekli olan lafız ve sîgaları detaylı bir şekilde ele alması Kayapınar'a göre bu yorumu destekler mahiyettedir.<sup>196</sup> Fakat çoğu muhayyerliğin sözleşmenin kuruluşuyla veya hükümlerinin doğmasıyla ilgili olmaması bu görüşü bizce zayıflatmaktadır. Çünkü hükmî muhayyerliklerin tek etkisinin sözleşmenin lüzumunu engellemek olduğu görülmektedir. Bizce muhayyerliklerin özellikle şart muhayyerliğinin satış sözleşmesi bölümlerinin en başında işlenmesinin sebebi onun sözleşmelerde çok önemli ve yeri doldurulamaz bir işlev görmesidir.

Yukarıda hem İslâm hukukunda hem de Türk hukukunda sözleşmelerde aslolanın bağlayıcılık olduğu belirtilmişti. Fakat taraflar üzerine düşen edimi yerine getirmedikleri zaman Türk hukuku karşılıklı güven ve sorumluluk bağının yok olması sebebiyle taraflara kanunen dönme hakkı vermektedir.<sup>197</sup> İslâm hukukunda ise karşı tarafın borcunu ödememesi halinde fesih, çoğu zaman mümkün değildir.<sup>198</sup> İslâm hukuku,

<sup>196</sup> Hasan Kayapınar, "Cessâs'ın Meclis Muhayyerliği Konusundaki İstidlalleri", *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (ÇÜİFD)* 21/1 (22 Haziran 2021), 175.

<sup>197</sup> İslâm hukuku ve Türk hukukunda sözleşmelerde fesih imkânlarının eşit olmamasının bir sebebi, bu hukukların feshe bakış açısındaki farktır. Türk hukukunda fesih sebebi, tarafların güven ilkesine aykırı şekilde karşılıklı olarak verdikleri sözlere ve borçlarına riayet etmemesi iken İslâm hukukunda sözleşme konusu olan malda meydana gelen aksaklıklardır. İslâm hukukunda tarafların borçları müstakildir ve borçların birbiriyle irtibatı yoktur. Bu sebeple bir tarafın borcunu ifâ etmemesi, karşı tarafa fesih hakkı tanımaz. Yani ifâ hukuken mümkünse temerrüt sebebiyle fesih hakkı yoktur. Ama ifâ geçici süreliğine dahi imkânsızsa mağdur tarafa fesih hakkı verilir. Bunda mevcut hükmün verildiği dönemde adli mekanizmanın hızlı işlemesi sebebiyle ifayı talep eden alacaklının isteğinin hızlı gerçekleşmesi etkili olmuş olabilir. İslâm hukuku bu konuda Roma hukukuyla benzerlik taşımaktadır. Bk. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 6/161; Rahmi Yaran, *İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1994), 197-198.

<sup>198</sup> Kira sözleşmesini bunun dışında tutmak gerekir. Çünkü kira sözleşmesinin konusu aslen yok (ma'dûm) sayılan menfaatlerdir. Menfaatlerin anbean gerçekleştiği var sayılır. Bu sebeple nasıl satış sözleşmesinde malın yok olması sözleşmenin feshini gerektiriyorsa, kira sözleşmesinde de –menfaatlerin aslen var olmadığı kabul edildiği için–

kurulmuş bir sözleşmenin mümkün olduğunca korunmasından yanadır. Bu sebeple bu hukukta fesih hakkı çok dar tutulmuştur.<sup>199</sup> Senhûrî, bu durumu şöyle açıklamıştır: “Fesih nazariyesi, yeni bir hukuk sistemi ortaya çıktığında ilk akla gelen şey değildir. Onun ortaya çıkması için hukukun belirli bir aşama kat etmesi gerekmektedir. Roma hukuku da ilk başlarda fesih nazariyesini dar tutmuştur. Bu hukukta ilk zamanlarda tıpkı İslâm hukukundaki gibi sözleşmeden doğan karşılıklı borçlar birbiriyle irtibatlı görülüyordu. Karşı taraf borcunu îfâ etmediğinde diğer tarafın ancak îfâ talebi hakkı bulunuyordu. Onun sözleşmeyi feshetme hakkı yoktu. Fakat Roma hukuku daha sonraları gelişme kat ettikçe satış sözleşmesini rızâ bir sözleşmeye çevirdikten sonra bu sözleşmedeki fesih alanını genişletti. Lex Commissoria denilen ve alıcının semeni ödememesi halinde satıcıya sözleşmeyi fesih hakkı veren şart, satış sözleşmelerinde kabul edildi.”<sup>200</sup>

Türk hukukunda peşin satışta mal teslim edilmeden önce alıcının temerrüdü halinde satıcının herhangi bir işlem gerekmeden (ek süre vermeden) alıcıyı haberdar ederek sözleşmeden dönebilme hakkı vardır. (TBK 235) Aynı durumda mal teslim edilmişse ve temerrüde düşen borçlu kendisine verilen ek süreye rağmen borcunu îfâ etmezse yine satıcı için sözleşmeden dönme hakkı doğar. (TBK 125)<sup>201</sup>

İslâm hukukunda alacağını elde edemeyen kişi kendi edimini îfâ etmemişse hapis hakkını kullanır. Bu hukukta fesih nazariyesi ne kadar darsa îfâ edilmeme sebebiyle def’i hakkı aksine o kadar geniştir. Senhûrî’ye göre bunun sebebi, feshin sözleşmeyi sona erdirdiği için tehlikeli olmasıdır. Hapis hakkında ise sadece edimin îfâsı, karşı edimin îfâsına kadar beklemeye alınmaktadır. Bu sebeple fesihden mümkün olduğunca uzak durulmuştur.<sup>202</sup> Malın hapsi esnasında borçlunun ödeme imkânı olup olmadığına bakılır. Borçlu darlık içindeyse ödeme yapmaya zorlanamaz. Ödeme imkânı olmasına rağmen ödeme yapmıyorsa önce uyarılır. Sonra duruma göre ona darp, hapis, hacir, malın haczi ve şehir dışına çıkma yasağı gibi yaptırımlar uygulanır. Borçlu hapisle dahi borcunu ödemiye bir süre sonra serbest bırakılır. Fesih, ancak muhayyerlik varsa devreye girer.

---

karşı tarafın borcunu yerine getirmemesi halinde sözleşme kolaylıkla feshedilmektedir. Ama istisnaen -tavin edilmemiş bir eşekle yük taşınmasında olduğu gibi- gayri muayyen bir malın kiralınması durumunda kullanılan mal yok olursa yani eşek ölürse “cins telef olmaz” kaidesi gereğince kira sözleşmesi fesholmaz. Eşek sahibinin kiralayana yeni bir eşek tahsis etmesi gerekir. Bk. Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, 6/154, 162.

<sup>199</sup> Yaran, *İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü*, 197-198.

<sup>200</sup> Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, 6/136-137, 154; Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, 262-263.

<sup>201</sup> Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3/111-112; Aydoğdu - Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 233-234.

<sup>202</sup> Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, 6/151-152; Yaran, *İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü*, 205-206.

Muhayyerliklerin sözleşmelerde bu kadar öne çıkmasının en önemli sebebi bu olsa gerektir. Fesih nazariyesinin dar olması sebebiyle, ihtiyaç duyulan fesih imkânları alternatif yollarla sağlanmaya çalışılmıştır.<sup>203</sup> Yine alıcı, malda maddi değer kaybına sebep olmayan fakat malı beklediğinden farklı kılan vasıf farklılıklarından dolayı da sözleşmeyi sonlandıramamaktadır. Bu duruma önlem olarak yapılması gereken ise sözleşmede şart veya vasıf muhayyerliğinin şart koşulmasıdır.<sup>204</sup>

İslâm hukukunda fesih imkânlarının dar olmasının yanı sıra kişinin devam etmek zorunda kaldığı sözleşmede uğradığı zararlardan dolayı her zaman tazminat alma hakkı da yoktur. Bu hukukta yalnızca maddi varlığı ve mali değeri olan zararlar tazmin edilmektedir. Sadece temerrüt sebebiyle kaybedilen menfaatin ise maddi bir karşılığı yoktur. Bu yüzden İslâm hukukçuları, temerrüt sebebiyle ödenecek mali tazminatta faiz şüphesi olduğunu düşünmekte ve buna izin vermemektedir. Bunun yerine uygulanan hapis cezası ve dayak gibi fiili yaptırımlar ise alacaklının zararını telafi etmekten çok borçlunun cezalandırılmasına dönüktür.<sup>205</sup>

Muhayyerliklerin tazminatla ilişkisi şurada ortaya çıkmaktadır. Tazminatin işlevsel olduğu ve tarafların müspet veya menfi her türlü zararını tazminat yoluyla tolere edebildiği hukuk sistemlerinde kişiler sözleşme kurarken daha esnek davranabilmektedir. Sözleşme konusu malın mevcut olmaması, vasıflarının istenenden farklı olması, semenin ve vadenin belirsiz olması gibi bilinmezlikler tarafları çok fazla rahatsız etmemektedir. Çünkü taraflar ödeme zamanı geldiğinde borcunu hiç veya gerektiğince ödeyemeyen kişinin karşı tarafın tüm zararını telafi etmek zorunda olduğunu bilmektedir. İslâm hukukunda maddi tazminat imkânları sınırlı olduğu için sonradan telafisi çok da mümkün olmayan anlaşmazlık durumu iki şekilde önlenmeye çalışılmıştır. Öncelikle sözleşmelerin mümkün olduğunca bilinmezlikten (garar ve cehalet) uzak olması istenmiştir.<sup>206</sup> İkincisi de buna rağmen ortaya çıkabilecek problemler bazı muhayyerlikler yoluyla telafi edilmeye çalışılmıştır. *Cehalet, tağrir, gabin, nakisa, istenilen vasfın veya*

---

<sup>203</sup> Senhûrî, Mesâdirü'l-hak, 6/151-153; Ebû Gudde, el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd, 1/84; Yaran, İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü, 101, 208-212; Ahmet Akman, İslam Hukukunda Akdi Mesuliyet ve Tazminat (Türk Borçlar Hukuku Mukayeseli) (Anakara: Adalet Yayınevi, 2019), 104.

<sup>204</sup> Akman, İslâm Hukukunda Akdi Mesuliyet ve Tazminat, 68-69.

<sup>205</sup> Akman, İslam Hukukunda Akdi Mesuliyet ve Tazminat, 52, 96; Yaran, İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü, 129-131.

<sup>206</sup> Hasan Hacak, "Klasik Fıkıhta Garar ve Günümüzdeki İktisadi İşlemlere Etkisi-Dördüncü Oturum" *Youtube*, (12 Aralık 2018), 00:43:00-00:50:00.

*koşulan şartın eksikliği, ödeme ve iflas muhayyerliği* gibi muhayyerlikler bu amaçla var olmuşlardır.<sup>207</sup>

İradî muhayyerlikler olarak isimlendirilen sözleşmede şart koşulan muhayyerliklerin fesih işlemindeki rolü büyüktür. Ödeme muhayyerliği ile satıcı parasını zamanında teslim alamazsa sözleşmeyi bitirebilmekte ve zararını asgariye indirebilmektedir. Vasıf muhayyerliği ile sözleşme konusunda istediği vasıfları bulamayan alıcı, ayrıca bir tazminat talep edememekte fakat yine de malı iade edebilmektedir. Bilindiği üzere İslâm hukukunda vasıflar ayn gibi değerlendirilmemekte ve her zaman onlara maddi açıdan itibar edilmemektedir. Ancak vasıftaki farklılığın sözleşmenin genel maksadına aykırı olması halinde bu farklılık ayıba dönüşmekte ve alıcıya iade imkânı verilmektedir. Her vasıf eksikliği ayıp sayılmayacağı için vasıf muhayyerliği şart koşulmaması durumunda zaman zaman alıcı malda istediği vasıfların bulunmamasını kabullenmek zorunda kalabilecektir.<sup>208</sup>

Türk hukukunda sözleşmede ayıplı îfâ kategorisine sokulamayan yan edim yükümüne aykırılıklar “müspet ihlal” kapsamında değerlendirilip kötü îfâda bulunan kişiye bazı yaptırımlar uygulanabilmektedir. Satılan malın kullanma kılavuzunu hiç vermeme veya kullanma kılavuzunda yanlış bilgiler verme, arabanın ruhsatını vermeme, satılanı paketlememe, yedek parça stokunu hazır tutmama gibi durumlar müspet ihlale örnektir. Bu durumda yerine göre, îfâ etmeme tazminatı, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi fesih, aynen îfâ gibi yaptırımlar uygulanabilir.<sup>209</sup> İslâm hukukunda aynı durumda sadece sözleşmeyi sonlandırma hakkı kullanılabilir. Bu da ancak muhayyerlikler aracılığı ile mümkündür.<sup>210</sup> Tazminat ve fesih imkânlarının dar olması, şart ve ödeme muhayyerliği gibi muhayyerlik imkânlarının öne çıkmasına yol açmıştır.

<sup>207</sup> Ebû Gudde, el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd, 1/57-58.

<sup>208</sup> Akman, İslâm Hukukunda Akdi Mesuliyet ve Tazminat, 36-37.

<sup>209</sup> Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3/246-250.

<sup>210</sup> Şâfiî mezhebine göre borçlunun borcunu ödeme imkânı varsa ama ödemiorsa ve parası seksen km'den (sefer müddeti) uzak bir yerdeyse alacaklının fesih hakkı vardır. Alacaklının zarara girmemesi için borçluyu beklemesi gerekli görülmemiştir. Borçlu bu mesafeden yakında ise fesih hakkı tanınmamış, sadece onun hacredilmesine hükmedilmiştir. Borçlu yakında olsa da fesih hakkı vardır diyenler de olmuştur. Hanbelî mezhebine göre ödeme imkânı bulunan alıcı borcunu ödemiorsa mal satılır, borç ödenir ve kalan alıcıya verilir. Para eksik çıkarsa alıcının kalan miktarı ödemesi gerekir. Bk. Yaran, *İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü*, 199.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ŞART MUHAYYERLİĞİ

Bu bölümde şart muhayyerliği üzerine ayrıntılı bir inceleme yapılacaktır. Öncelikle onun mahiyeti üzerinde durulacak, Kara Avrupası ve Roma hukukunda yer alan benzer içerikte haklarla mukayesesi yapılacaktır. Ayrıca şart muhayyerliğini meydana getiren unsurlar geniş bir şekilde ele alınarak onun hükümlerinden bahsedilecek olan son bölüme zemin oluşturulacaktır.

#### I. ŞART MUHAYYERLİĞİNİN MAHİYETİ

Şart muhayyerliğinin mahiyeti ile onun tanımı ve hukuki niteliği kastedilmektedir. Klasik fıkıh kitapları incelendiğinde onun mahiyeti hakkında derli toplu bir bilgi olmadığı görülmektedir. Özellikle onun hukuki niteliği konusunda modern kaynaklarda dahi yeterli bilgi yoktur. Bu yüzden bu konu üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulacaktır. Son olarak onun mahiyetinin tam olarak ortaya konabilmesi için benzer kurumlardan farkları ele alınacaktır.

##### A. Tanımı

Şart muhayyerliği; hıyâru's-şart,<sup>211</sup> el-hıyâru's-şartıyyü,<sup>212</sup> hıyâru't-teravvî,<sup>213</sup> bey'u'l-hıyâr,<sup>214</sup> şartü'l-hıyâr, hıyâru's-selâs<sup>215</sup> vb. şekillerde isimlendirilmektedir. Sadece “hıyâr” denildiğinde de Hanefîler’de ve Mâlikîler’de şart muhayyerliği; Şâfîîler ve Hanbelîler’de ise meclis muhayyerliği veya şart muhayyerliği anlaşılmaktadır.<sup>216</sup>

İlk dönem fıkıh kaynakları incelendiğinde, şart muhayyerliğinin tanımlanmadığı görülmektedir. Fakat Kudûrî (ö. 428/1037), şart muhayyerliği bulunan sözleşmeyi, “içinde fesih muhayyerliği bulunan sözleşme” şeklinde açıklamıştır.<sup>217</sup> Buradan yola çıkarak onun muhayyerliği bir fesih hakkı olarak tanımladığı söylenebilir. Doğrudan şart muhayyerliği ile ilgili rastlayabildiğimiz tanımlar, hicri dokuzuncu yüzyıl ve sonrasına aittir. Bu muhayyerlik, Hanefîler’ce yaygın olarak “Ona sahip olanın, sözleşmenin aslını

<sup>211</sup> Muhayyerliğin sebebine izafesidir.

<sup>212</sup> Sıfat tamlamasıdır. Hükmi muhayyerliğin zıttı olarak kullanılmıştır.

<sup>213</sup> Şartın amacına izafesidir.

<sup>214</sup> Şart muhayyerliği ile yapılan sözleşme manasındadır.

<sup>215</sup> Muhayyerliğin süresine izafesidir.

<sup>216</sup> Ebû Gudde, el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd, 1/191-192.

<sup>217</sup> Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr el-Kudûrî, *et-Tecrid* (Kahire: Dâru's-Selam, 1427/2006), 5/2246.

onay-fesih hususunda muhayyer olmasıdır.”<sup>218</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım, muhayyerliklerin genel tanımına da yakındır. Fakat o, şart muhayyerliğini diğer muhayyerliklerden, özellikle hükmî muhayyerliklerden ayırmadığı için yeterli değildir. Çünkü ayıp muhayyerliği gibi hükmî muhayyerlikler de aynı fesih imkânını tanımaktadır. Şart muhayyerliğini tanımlarken vurgulanması gereken, onun tarafların iradeleriyle sözleşmeye eklenmiş ve kullanılması ayıp, gabin gibi kusurlara değil tamamen kişinin arzusuna bırakılmış mutlak bir hak olmasıdır.

Hanefî âlim Cürcânî de (ö. 816/1413) şart muhayyerliğini “taraflardan birinin üç gün veya daha az muhayyerlik şart koşması” şeklinde tanımlamıştır.<sup>219</sup> Bu tanım da - aslında diğer çoğu tanım gibi- şart muhayyerliğini yine muhayyerlik şeklinde tanımlaması sebebiyle hatalıdır. Çünkü kural gereği tanımın içinde tanımlanan kelime yer almamalıdır. Bu tanımda öne çıkan hususlar ise muhayyerliğin süresinin Ebû Hanîfe’nin görüşüne uygun olarak azamî üç günle sınırlandırılması ve şart koşularak elde edilmesine dikkat çekilerek hükmî muhayyerliklerden ayrılmış olmasıdır.

İbn Nüceym, şart muhayyerliğinin hıyâr ve ihtiyâr manasına geldiğini aktarmıştır.<sup>220</sup> Bu tanım da çok kısa ve maksadı ifade etmekten uzaktır. Tanımda sadece şart muhayyerliğinin bir tercih hakkı olduğundan bahsedilmiştir. Oysa tercih hakkı tüm muhayyerlikler içinde vardır.

Şâfiî kaynaklarda da muhayyerlikler teşehhî ve nakîsa muhayyerliği şeklinde ikiye ayrıldıktan sonra şart ve meclis muhayyerliğinin ikisini birden kapsayan teşehhî muhayyerlikleri şu şekilde tanımlanmıştır: Tarafların, malda bir kusur olmasını beklemeksizin karşılıklı rızayla birbirlerine verdikleri, sebebi meclis ve şart koşma olan muhayyerliklerdir.<sup>221</sup> Bu tanımda öne çıkan nokta, şart muhayyerliğinin ayıp vs. olmaksızın kullanılabilen mutlak iradî bir hak olduğuna ve hükmen değil şart koşma ile kazanıldığına vurgu yapılmasıdır.

Mâlikî eserlerinde de İbn Arafe (ö. 803/1401) tarafından yapıldığı söylenen tanımda şart muhayyerliği bulunan satış sözleşmesi, “kesinleşmesi (lüzûmu) onaya bağlı

<sup>218</sup> Molla Hüsrev, *Dürrü’l-hükkâm* (Dâru İhyâi Kütübî’l-Arabîy, ts.), 2/151; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 6/466; Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/432.

<sup>219</sup> Seyyid Şerif el-Cürcânî, *et-Ta’rifât* (Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1403/1983), 102.

<sup>220</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 6/3.

<sup>221</sup> Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî, *el-İknâ’ fi halli elfâzi Ebî Şüca’*, thk. Mektebü’l-Buhûs ve’l-Dirâsât (Beyrut: Dâru’l-Fikr, ts.), 2/283; Şirbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 2/596-597.



olarak baştan itibaren beklemeye alınan sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda muhayyerliğin hükme etkisi de açıklanmış ve sözleşmenin hükmen askıda olduğundan bahsedilmiştir. “Baştan itibaren” ibaresiyle, sözleşme kurulduktan sonra ona muhayyerlik eklenemeyeceği belirtilmek istenmiştir.<sup>222</sup>

Hanbelîler’de en erken Haccâvî’den (ö. 968/1560) aktarılabilecek tanım ise muhayyerliğin sözleşmeye eklenme zamanı ve süresine vurgu yapmıştır: Şart muhayyerliği, tarafların sözleşme anı veya sonrasında iki muhayyerlik (şart veya meclis muhayyerliği) esnasında sözleşme lâzım olmadan önce –ne kadar uzun olduğuna bakılmaksızın, mal süre sonuna kadar dayanmayacak olsa bile- muayyen bir süreyle şart koşmadır.<sup>223</sup>

Bazı Hanefî fukahâ, şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin sadece feshe konu olduğunu, sözleşmenin onayla değil fesih süresinin dolmasıyla lâzım hale geldiğini belirtmiştir. Hatta Molla Hüsrev (ö. 885/1480), İmam Mâlik’e göre sürenin dolmasıyla sözleşme infisah ettiği için şart muhayyerliğinin aynı zamanda onaya ihtiyaç duyduğunu<sup>224</sup> söyleyerek aradaki farka işaret etmiştir. Kudûrî, şart muhayyerliği bulunan sözleşmeyi, içinde fesih muhayyerliği bulunan sözleşme şeklinde açıklamıştır.<sup>225</sup> *Fetavâ-yı Hindiyîye*’de muhayyerliğin alışverişi fesih için olduğu, bu sebeple satışa razı olmak için muhayyerliğin gerekmeyeceği söylenmiştir.<sup>226</sup> Cessas da (ö. 370/981) şart muhayyerliğinin onay için değil fesih için şart koşulduğunu söyleyerek onu ikâle için yapılan icaba benzetmiştir. İkisinin ortak noktası, şart muhayyerliği kullanıldığında da ikâle teklifi kabul edildiğinde de sözleşmenin fesholmasıdır.<sup>227</sup>

Modern dönemde yapılan tanımlarda, şart muhayyerliğinin sahibi, süresi, sözleşmenin hükmüne etkisi, şart koşularak sabit olması vs. birçok yönüne vurgu yapılmıştır. Örneğin bir tanımda onun “taraflardan biri veya her ikisinin kendisi veya bir

<sup>222</sup> Ebû Abdillâh Şemsüddîn el-Hattâb, *Mevâhibü’l-celîl li-şerhi Muhtaşarı Halîl* (Dâru’l-Fikr, 1412/1922), 4/409; Kurul, *el-Mevsûatü’l-fikhiyyetü’l-Kuveytiyye*, 2/76-77.

<sup>223</sup> Ebû’n-Necâ Şerefüddîn el-Haccâvî, *el-İknâ fi fikhü’l-İmam Ahmed*, thk. Abdüllatif Muhammed Musa es-Sübki (Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, ts.), 2/85.

<sup>224</sup> İbn Rüşd, mülkiyetin nakliyle ilgili fukahânın görüşlerinin aslının şu soruya dayandığını söylemiştir: Muhayyerlik fesih için midir yoksa onay için midir? Fesih için dersek mebi satıcının (mülkiyetinden ve) tazmin sorumluluğundan çıkmış demektir. Onay için dersek hala satıcının tazmin sorumluluğundadır. Bk. Ebû’l-Velîd Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid ve nihâyetü’l-mukteşid* (Kahire: Dâru’l-Hadis, 2004), 3/227.

<sup>225</sup> Kudûrî, *et-Tecrîd*, 5/2246.

<sup>226</sup> Kurul, *el-Fetâva’l-Hindiyîye* (Lübnan: Dâru’l-Fikr, 1310/1892), 3/38.

<sup>227</sup> Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî el-Cessâs, *Şerhu Muhtaşarı’t-Taḥâvî* (Daru’l-Beşeyri’l-İslâmiyye ve Daru’s-Sirac, 2010), 3/15.

başkası için şart koştuğu, malum bir sürede kullanılan, sözleşmeyi onay-fesih hakkı”<sup>228</sup> olduğu söylenmiştir. Diğer bir tanımda ise o, “Şart koşma ile taraflardan biri veya ikisi için de sabit olan ve belirli bir süre içinde şartı koşan kişiye sözleşmeyi fesih imkânı sunan bir haktır.” şeklinde açıklanmıştır.<sup>229</sup>

Dikkat edilirse şart muhayyerliğinin bir hak olarak tanımlanması modern döneme rastlamaktadır. Öncesinde ise o, daha çok “muhayyerlik”, “şart koşma” ve “muhayyer olma” şeklinde açıklanmıştır. Tanımların içerisinde muhayyerlik tabirinin de kullanılması onları teknik manada tanım olmaktan uzaklaştırmaktadır. Çünkü tanımda tanımlanan kelimenin bulunmaması gerekmektedir.

Tanımlarda rastlanan ortak bir özellik de mezheplerin şart muhayyerliğinin süresi, tarafları vs. ile ilgili kendi görüşlerine göre verdiği hükümleri tanıma yansıtmış olmalarıdır. Genel bir tanım yapabilmek için ayrıntıları bir tarafa bırakarak esas ve ittifak edilen noktalar üzerine odaklanmamız daha uygun olacaktır. Yukarıda zikredilen tanımlar incelendiğinde elde edilecek ortak noktalar muhayyerliğin onay-fesih hakkı vermesi ve bu hakkın belirli bir süre zarfında geçerli olmasıdır.

Daha önceki bölümde şartın hem “hukuki işlemin etkisini ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlayan taraf veya tarafların koyduğu bir kayıt” hem de “bu kayıt ile hukuki işlemin sonucunun gerçekleşmesinin bağlandığı gelecekte meydana gelmesi ihtimalli olan olgu” manasına geldiği söylenmişti.<sup>230</sup> Genel olarak muhayyerlikler ise “sözleşmeyi onay veya fesih ya da onun konusunun belirlenmesi yönünde tercih hakkı” olarak tanımlanmıştır.<sup>231</sup> Şart muhayyerliğini tanımlarken de yapılması gereken bu iki tanımı birleştirmektir.

Bu şekilde şart muhayyerliği, “sözleşmenin nefaz veya feshini, hak sahibinin belirli bir süre içinde gerçekleşmesi beklenen mutlak iradesinden doğan seçimine (onay veya feshine) bağlamak” ya da “sözleşmenin nefazı ya da feshinin kendisine bağlandığı, kişinin belirli bir süre içinde gerçekleşmesi beklenen mutlak iradesinden doğan tercih hakkı” şeklinde tanımlanabilir.

<sup>228</sup> Ali el-Bedri Ahmed eş-Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 1990, 15; Hafif, *Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Şer'iyye*, 362; Abdülkerim ez-Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Ali Şafak (İstanbul: Kayihan Yayınları, ts.), 508.

<sup>229</sup> Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/195.

<sup>230</sup> İlgili tanımlar için bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin “Tanımı” başlığı, 46-49.

<sup>231</sup> İlgili tanımlar için bk. Çalışmanın “Genel Olarak Muhayyerlikler” başlığının “Tanımı” alt başlığı, 8-10.

Özellikle mutlak iradenin ne demek olduğunu anlaşılması tanım açısından önemlidir. Şart muhayyerliğinin hiçbir neden zikretmeksizin kullanılabilir bir fesih hakkı vermesi onu mutlak iradî bir hak yapmaktadır. Aşağıda bu konu üzerinde, ayrıntılı bir şekilde durulacaktır.

## **B. Hukuki Niteliği**

Şart muhayyerliği, mutlak iradî bir şart olduğu için diğer şartlardan farklıdır. Yaptığımız araştırmalar esnasında fıkıh kitaplarında bu şekilde bir ayrıma rastlamadık. Bu sebeple aşağıda öncelikle bu mesele üzerinde durulacaktır. Daha sonra bir onay-fesih hakkı olarak onun İslâm hukukundaki yarı aynî haklar ve Türk hukukundaki yenilik doğuran haklarla ilişkisi incelenecektir. Böylece şart muhayyerliğinin miras kalması, semenden payının olması ve tek başına satışa konu olması gibi konular daha kolay tartışılacaktır.

### **1. Şart Muhayyerliğinin Yarı Aynî Hak ve Yenilik Doğuran Hak Olması**

Hak, hukuk düzeninin şahıslara tanıdığı ve koruduğu mali değeri olan maslahatlardır.<sup>232</sup> Hak üzerine yapılan ayrımlardan biri, *aynî hak-şahsî hak (alacak hakkı)* şeklindedir. Aynî hak, bir kimseye bir eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet ve en geniş yetkileri sağlayan, bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilen haktır. Bu hak dış dünyada varlığı olan bir eşya üzerinde kurulur ve o eşyayı elinde tutan herkesten talep edilebilir. Alacak hakları ise bir eşya üzerinde sabit olmayan, borçlu ve alacaklı arasındaki ilişkiye bağlı olarak borçlunun zimmetinde sabit olan (*deyn*) haktır. Sadece borçludan talep edilebilir.<sup>233</sup>

Eşya üzerindeki haklar, *milk-hak-ibaha* şeklinde üç aşamada incelenebilir. Milk kavramı, eşya üzerinde sahibine mümkün olan her türlü tasarruf yetkisini veren ve herkese karşı ileri sürülebilen hakkı ifade eder. Örneğin satın alınan arabanın mülkiyetine veya kiralanın evin kullanım hakkına sahip olmak milk olarak isimlendirilir. İbaha ise bir eşyadan bedelsiz yararlanma izni ve ruhsatıdır. Bir düğün yemeğinden davetlilerin yeme hakkı buna örnektir. İkisinin arasında bir konumda olan “hak” ise üst kavram olan hakkın

<sup>232</sup> Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 1/9.

<sup>233</sup> Mustafâ b. Ahmed b. Muhammed Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâm fi'l-fıkhi'l-İslâmî* (Dimaşk: Dâru'l-Kalem, 2004), 25-38; Hasan Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000), 137, 271.

özel bir alt-terim anlamıdır. “*Hukuk*”, “*yarı aynî hak*” ve “*aynî hak benzeri*” gibi kullanımları olan bu hak, eşya üzerinde sabit olan fakat milk niteliği taşımayan yetkileri ifade eder.<sup>234</sup>

Yarı aynî haklar beş grupta incelenebilir. Bunlar *hakku’l-milk*, *hakku’t-temellük*, *hakku’l-ihstias*, *hakku’t-taalluk* ve *hakku’l-intifad*’dır. Bunlardan ilk ikisi milke dönüşme ihtimali yüksek olan haklardır. *Hakku’l-milk*, sebebi oluşmuş fakat bir nedenle milke dönüşmemiş bir yarı aynî haktır. Onun milke dönüşmesi için irade beyanı gerekmez. Sadece milk ile arasındaki engelin kalkması gerekir. Örneğin mükateb kölenin, kazandığı paraya sahip olabilmesi için özgür olması ve gazilerin ganimete tam olarak mâlik olabilmesi için ganimetin taksim edilmesi gerekir. *Hakku’l milk*, milke en yakın haktır ve *hakku’t-temellük*ten güçlüdür. Eşya üzerinde kurulmuş müteekkit bir hak olduğu için milk niteliğindedir. Aynî hakkın dış muhtevasına yani herkese karşı ileri sürülebilir olma özelliğine sahiptir.<sup>235</sup>

*Hakku’t-temellük* ise tek taraflı iradenin kullanılması ile milke dönüşecek olan bir haktır. Örneğin kendisine icap yöneltilen kişinin kabul hakkı, şuf’a hakkı sahibinin onu kullanma talebi hakkı, sözleşmeyi yapan kişinin fesih hakkı (fesihle mülkiyet eski sahibine döndüğü için), hak sahibinin iradesini ortaya koymasıyla milke dönüşmektedir. Görüldüğü gibi *hakku’t-temellük* sadece bir irade açıklama yetkisi olduğu için *hakku’l-milk*in aksine eşya üzerinde sabit olmaz. Kişiye ait bir vasıf olarak tanımlanır. Bu sebeple de mücerret haklar kategorisinde değerlendirilir.<sup>236</sup>

Şart muhayyerliği incelendiği zaman onun *hakku’t-temellük* olduğu görülmektedir. Çünkü öncelikle ikisi de kullanıldığında kişiye milk niteliğinde bir hak vermektedir. Şart muhayyerliği bulunan bir satış sözleşmesinde malın mülkiyetinin kimde olduğuna dair mezhepler arasında farklı görüşler vardır.<sup>237</sup> Fakat muhayyerlik esnasında malın mülkiyetinin hala satıcıda olduğunu kabul edenlere göre onayla mal

<sup>234</sup> Zerkâ, *el-Medhalü’l-fikhiyyü’l-âmm*, 1/373-376; Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 41, 122-125.

<sup>235</sup> İbn Receb, *el-Kavâ’id li ibni Receb*, 188-195; Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 238-240.

<sup>236</sup> İbn Receb, *el-Kavâ’id*, 188-195; Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 240-244.

<sup>237</sup> Mezhep içinde ihtilaflar bulunmakla birlikte Hanefiler ve Şâfiiler, muhayyer olanın tercih süresi esnasında mala sahip olduğunu söylerken, Mâlikiler süre bitene kadar malın satıcıya, Hanbeliler ise alıcıya ait olacağına hükmetmişlerdir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 13/50, 65; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-şanâ’i*, 7/285-286; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 6/276,284-285; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 6/20; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 6/479; Ebû İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm eş-Şîrâzî, *el-Mühezzeb (el-Mecmû içinde)*, thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd vd. (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1438/2017), 10/234; Nevevî, *el-Mecmû*, 10/236-237; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/400; Zürkânî, *Şerhu’z-Zürkânî*, 5/217; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/51-53; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/409-410.

müşteriye geçecektir. Malın mülkiyetinin satıcıya geçmiş olduğunu kabul edenlere göre ise fesihle mal tekrar alıcıya dönecektir.<sup>238</sup> Her iki durumda da taraflardan biri için yeni bir mülkiyet oluştuğuna göre şart muhayyerliğinin hakku't-temellük olduğu söylenebilir. Bu görüşü destekleyecek diğer benzerlikler ise şu şekilde sıralanabilir: Hem hakku't-temellük hem de şart muhayyerliği kullanıldıktan hemen sonra sonuçlarını kesin olarak doğurur ve geri de alınamaz. Her ikisi de kullanılması için karşı tarafın iznine veya hâkim kararına gereksinim duymaksızın hak sahibinin tek taraflı iradesiyle geçerli olur. Yine her biri asli birer hak değil asli hakka veya hukuki ilişkiye bağlı fer'î birer haktır. Bu sebeple ikisi de tek başına var olmaz ama asli hakkın varlığına etki eder. Yine her biri tercih hakkı olduğu için genelde belli bir süre içinde kullanılır. Aynı nedenlerle şart muhayyerliği ile yenilik doğuran haklar arasında benzer bir karşılaştırma yapmak da mümkündür.<sup>239</sup>

Yenilik doğuran hak, belli bir kişiye ait olan ve onun tek yanlı irade beyanı ile bir hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya ortadan kaldırmasını mümkün kılan hak demektir. O, kurucu-değiştirici-bozucu olarak üçe ayrılır. Kurucu yenilik doğuran hak, bir tarafa sözleşmeyi tek taraflı iradesiyle başlatma, bozucu yenilik doğuran hak ise sonlandırma imkânı ve üstünlüğü veren haktır.<sup>240</sup> Şart muhayyerliğinin bir hakku't-temellük olduğu kabul edildiğinde onunla Türk hukukundaki yenilik doğuran haklar arasında da bir bağ kurulmuş olmaktadır. Çünkü hakku't-temellük, sağladığı yetkilerle yenilik doğuran haklara benzemektedir.<sup>241</sup> Nitekim şart muhayyerliğinin Türk hukukundaki karşılığı olan beğenme koşulunun da sözleşmenin feshini sağladığı için bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelenmesi bazı yazarlarca mümkün görülmüştür.<sup>242</sup> Öyle ki aynı şartın Roma hukukundaki karşılığı olan pactum displicentiae'nin de bozucu

<sup>238</sup> Muhammed b. Hasan Şeybânî, *el-Asl*, thk. Mehmet Boynukalın (Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1433/2012), 2/462; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/49; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/294; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/452.

<sup>239</sup> Rabia Ünalı, *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkının Kullanılması* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017), 125, 129-130.

<sup>240</sup> Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 122-123; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 112-113.

<sup>241</sup> Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 241.

<sup>242</sup> Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 128-130. Fakat beğenme koşuluyla satışı, başlangıçta her iki yanı da kesin olarak bağlayıp borçlu kılmış bir alım satım sözleşmesinden belirli bir süre içerisinde serbestçe dönme hakkı (bozucu yenilik doğuran hak) olarak görmek yerine iradî geciktirici şart olarak kabul etmek, tüketicinin çıkarlarına daha uygundur. Çünkü ikinci durumda alıcının sadece satıcıya zarar verebilecek bazı davranışlardan kaçınma sorumluluğu vardır. Onun haricinde semeni ödeme borcu veya malın tazmin sorumluluğunu üstlenme gibi yükümlülükleri yoktur. Tüm risk satıcının omuzlarındadır. Bk. Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 209.

yenilik doğuran hak olduğu bazı yazarlarca dile getirilmiştir.<sup>243</sup> Fakat şunu da belirtmek gerekir ki beğenme koşuluyla satış, kurucu veya değiştirici yenilik doğuran hak olarak kabul edilmemiştir. Çünkü bir hakkın yenilik doğuran hak olabilmesi için hukuki ilişkide bir yenilik gerçekleştirmesi gerekir. Bu da bir hakkın veya hukuki ilişkinin kurulması, içeriğinin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi ile olur. Oysa beğenme koşuluyla satışta malın mülkiyetinin nakli onayla birlikte gerçekleşse de sözleşme önceden kurulmuştur. Bu da onun kurucu yenilik doğuran hak olmasını engellemektedir. Şart muhayyerliği bulunan sözleşme de onay öncesinde zaten kurulmuş olduğu için onun da kurucu yenilik doğuran bir hak olduğundan bahsedilemez. Sözleşmenin kurulduğu andaki içeriği ile onaylandığı andaki içeriği aynı olduğuna göre her ikisinin de değiştirici yenilik doğuran birer hak olması da mümkün değildir.<sup>244</sup>

## 2. Şart Muhayyerliğinin “Şart” Olması

Şart muhayyerliği, isminden de anlaşıldığı üzere bir şarttır. Daha önce Türk hukukunda şartın “olgu” ve “kayıt” olarak iki manasının olduğu ifade edilmişti. İslâm hukukunda bu tarz bir ayırım ismen yapılmamıştır. Fakat içerik olarak böyle bir ayırımın bulunduğu bahsedilebilir. Şart muhayyerliği olgu manasında ele alındığında, kurulmuş olan sözleşmenin sonuçlarını doğurması için gerekli olan bir irade beyanını ifade eder. Yani sözleşmenin kurulumu için gerekli asli unsurlardan değil mülkiyetin nakli vb. hükümleri askıya alan tamamlayıcı unsurlardandır. Çünkü sözleşmenin kurulması için icap-kabul, taraflar ve sözleşmenin konusunun bulunması yeterlidir. Fakat şart muhayyerliği bir kayıt olarak ele alındığında taraflar onu iradelerinin ayrılmaz bir parçası haline getirdikleri için -yani o olmadan biz sözleşmeyi kurmaya razı değiliz dedikleri için- o, sözleşmenin esaslı unsurlarından biri haline gelir. Bu sebeple taraflar sözleşme kurulurken şart muhayyerliğinin varlığı, süresi vb. hakkında anlaşılamazlarsa sözleşme kurulamaz.<sup>245</sup>

Modern hukukçuların bir kısmı şart muhayyerliğini takyidî şartlar grubunda ele almışlardır. Nasla desteklenen bir şart olduğu için de onu sahih şartlar grubunda

<sup>243</sup> Harun Demirbaş, *Yenilik Doğuran Haklar* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006), 8.

<sup>244</sup> Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 256; Hakan Yılmaz, *Beğenme Koşuluyla Satış* (Antalya: Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 47.

<sup>245</sup> Türk hukukunda sözleşmenin unsurları ve irade beyanının noktaları (kısımları) için bk. dipnot 375, 377.

değerlendirmişlerdir.<sup>246</sup> Onun ta'likî şartlarla var olan yakın benzerliklerini farkedendenler de olmuştur. Fakat İslâm hukukunun temlik sözleşmelerinde ta'likî şarta izin vermemesi ve ta'likî şartın, “istersem satın alırım” şeklinde değil de falanın gelmesi, falana borç verilmesi gibi somut olaylara bağlanan bir şart olması kafaları karıştırmış olmalıdır.<sup>247</sup> Öte yandan Hanefiler'e göre ta'likî şartlar, şart muhayyerliğinin aksine sözleşmenin kurulumunu da ileriki bir zamana ertelemektedir. Bu da fukahânın şart muhayyerliğini ta'likî şartlar grubunda ele almasını engellemiş olsa gerektir. Oysaki şart muhayyerliğinin takyidî şart olması da uygun değildir. Çünkü takyidî şartları ta'likî şartlardan ayıran temel vasıf, onun sözleşmenin kurulumu veya bedellerin mülkiyetinin naklini engellemeyerek sadece sözleşmenin hükümlerini düzenlemesidir.<sup>248</sup> Şart muhayyerliği bulunan sözleşmede ise çoğunluğa göre sözleşme, muhayyerlik sahibi açısından mevkuftur.<sup>249</sup>

Bizce şart muhayyerliği, ta'likî şartlar ve takyidî şartlarla özellikleri bakımından mukayese edildiğinde tam olarak aynı olmasa da ta'likî şartlar grubuna daha yakındır.<sup>250</sup> İkisi de kişinin sözleşme fırsatını kaçırmadan düşünmek ve olayların gidişatını görmek için zaman kazanmasını sağlar. Evini satmayı başka bir ev satın almaya bağlayan (ta'lik eden) kişinin de şart muhayyerliği ile bir ev satıp işler istediği gibi gitmediğinde sözleşmeden dönme imkânını saklı tutan kişinin de amacı aslında ortaktır. Oysa takyidî şartlar kişilere bu imkânı sunmamaktadır.

Mülkiyetin naklini gerektiren sözleşmelerde ta'likî şartın yasak olması meselesine gelince, şart muhayyerliği takyidî şart olarak kabul edilse bile onun bulunduğu sözleşmede mülkiyetin naklinin ertelendiği açıktır. Bu sebeple şartın ismi ne olursa olsun mülkiyetin naklinin ertelenmesi meselesinin incelenmesi daha uygun olacaktır. Öncelikle konu hakkında nas olması sebebiyle zaten neredeyse kimse şart muhayyerliğinin meşruiyetine itiraz etmemiştir. Hatta bazıları bunu “Eğer nas olmasaydı şart

<sup>246</sup> Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsı*, 6/24; Bardakoğlu, “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, 19; Muhammed Aruçi, “Sâibe”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2008), 35/366; Samar, “İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyidî Şartlar”, 509.

<sup>247</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/244; Recep Özdemir, “İslâm Hukukunda Şart Muhayyerliği”, *İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7/1 (2016), 152.

<sup>248</sup> Mahmut Samar, *İslam Borçlar Hukukunda Akitlerde Ca'li Şartlar* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015), 23.

<sup>249</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Çalışmanın üçüncü bölümünün “Mal ve Semen Durumu” başlığı, 118-129.

<sup>250</sup> Şerkâvî de şart muhayyerliğinin ta'likî şart gücünde olduğunu, fakat sözleşmenin kendisini değil de hükmünü askıya aldığı için temlik sözleşmelerinde ta'lik yasağına takılmadığını söylemiştir. Oysa ki temlik sözleşmelerinde sözleşmenin aslının askıya alınması yasak olduğu gibi hükümlerinin askıya alınması da yasaktır. Bk. Şerkâvî, *el-Hıyârât fi'l-bey'*, 19.

muhayyerliğini kabul etmezdik.” manasında ifadelerle açıkça dile getirmiştir.<sup>251</sup> Bu sebeple satış sözleşmesinin şart muhayyerliği ile ta‘likî şarta bağlanmasını istisnâ bir hüküm olarak kabul etmek mümkündür. Yahut da Hanbelîler gibi davranılarak şart muhayyerliğinin hükmün doğmasına mâni olmadığı kabul edilecek fakat bedellerin kullanımına muhayyerlik düşene kadar geçici kısıtlamalar getirilecektir.<sup>252</sup> Fakat bu durumda yine de sözleşmenin devamı hala şarta bağlı olduğundan problem tam olarak çözülmeyecektir. Ya da temlikat sözleşmelerinde ta‘likî şart yasağı, garar ve niza korkusuyla açıklanarak şart muhayyerliğinde -nas veya örf desteğiyle bu korku ortadan kalktığı için- yasaklık hükmünün oluşmadığına hükmedilecektir. Bu yollardan biriyle şart muhayyerliğinin ta‘likî bir şart olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

Yukarıda da dile getirildiği üzere ta‘likî şartlarla şart muhayyerliği arasındaki en önemli farklardan biri, şart muhayyerliğinin sözleşme hükümlerinin doğmasını somut olayların meydana gelmesine değil de tamamen bir kişinin arzusuna bağlamasıdır. Bu tip şartlara Türk hukukunda mutlak iradî şart denir. Şimdi şart muhayyerliğinin daha iyi anlaşılabilmesi için mutlak iradî şart incelenecektir.

### 3. Şart Muhayyerliğinin Mutlak (Sırf, Tam) İradî Şart Olması

Tamamen kişilerin keyfine bırakılmış şartlar; *sırf, mutlak veya tam iradî şartlar* olarak isimlendirilir. Örneğin kişinin “canım isterse sana arabamı vermek üzere” diye yaptığı bir bağışlama, mutlak iradî şarta bağlanmıştır. Bu şartın *alelade iradî (keyfi fiile bağlı) şartlardan* farkı şudur: Alelade iradî şarta bağlanan sözleşmede şartı gerçekleştiren ikinci irade beyanının doğrudan hukuki işlemle bir ilgisi yoktur. Mutlak iradî şarta bağlı sözleşmedeyse şartı gerçekleştiren ikinci irade beyanı, “bu sözleşme sonuç doğursun veya bozulsun” şeklinde doğrudan hukuki işleme etki etmektedir. Örneğin alelade iradî şart bulunan sözleşmede kişinin mirastan pay alması, içki içmemesine veya kumar oynamamasına bağlanabilir. Kişinin içki içmesi, iradesi ile alakalıdır fakat içki içme fiili doğrudan mirasla alakalı değildir. Mutlak iradî şartlı sözleşmede ise hak sahibinin, deneme süresinden sonra “ben bu malı beğendim ve alıyorum” demesi doğrudan sözleşmenin varlığına yönelik bir irade beyanıdır.<sup>253</sup>

<sup>251</sup> Bâbertî, *el-‘Înâye*, 6/299.

<sup>252</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/51-53; İbn Receb, *el-Kavâ‘id*, 377; İbn Müflih, *el-Mübdî‘*, 3/409-410; Buhûtî, *Keşşâfü’l-kınâ‘*, 3/205-206.

<sup>253</sup> Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 67-68.



Mutlak iradî şartın hükmü hakkında farklı görüşler vardır. Roma hukukunda mutlak iradî şart kabul edilmemiştir. 19. yüzyılda müşterek hukuk doktrinde bu mesele ciddi şekilde tartışılmıştır. O zamanın genel kanısı, mutlak iradî şarta bağlı sözleşmenin geçersiz olduğudur. Hatta bu sebeple tecrübe ve muayene şartıyla satımın,<sup>254</sup> sırf alıcının iradesine değil onun malı beğenme olgusuna bağlı bir satış olduğunu ileri sürenler olmuştur.<sup>255</sup>

TBK 250'de zikredilen beğenme koşuluyla satışla, satış işleminin tamamen bir tarafın keyfine bırakıldığı bir işlem kanunlaştırılmıştır.<sup>256</sup> Öyle ki isminde beğenme, tecrübe ve muayene kelimeleri geçmesine rağmen hak sahibinin sözleşmeyi onaylayıp feshedebilmesi için bunlardan hiçbirini yapmasına gerek görülmemiştir. Hatta bu hakkı elinde tutan kişi, malı beğendiğini söyleyip sözleşmeyi feshetme hakkına da sahiptir. İsmine deneme veya muayenenin zikredilmesinin sebebi, bu şartın çıkış noktasının ve temel amacının malı denemek olmasındandır. Bu sebeple bu satışın, alıcının onaylaması şartına bağlı satış olarak isimlendirilmesi daha uygundur.<sup>257</sup>

Mutlak iradî şartı geçersiz gören hukukçular–ki bu görüş doktrinde oldukça güçlü yazarlarca savunulmuştur–onun mantiken çelişkili olduğunu ileri sürmüşlerdir. Çünkü onlara göre “ileride istersem” şeklinde bir irade beyanı, gerçek bir irade beyanı değildir. Kişi bununla bağlı sayılamaz. Bu şart sadece özel olarak formüle edilmiş bir sâiktir. Ayrıca bu durumda, taraflardan birinin keyfiliğine geniş bir ayrıcalık tanınmış ve iradesine bağlılığı ortadan kaldırmış olmaktadır.<sup>258</sup> Buna ek olarak mutlak iradî şarta bağlı işlemde aynı işlem iki tane irade beyanına bağlanmaktadır ki bu kabul edilemez. Çünkü bu durumda ikinci irade beyanı birinci irade beyanının tekrarı olacaktır. Bu yüzden beğenme koşuluyla satış sözleşmesi de yalnızca istisnaî bir düzenlemedir.<sup>259</sup>

Doktrinde mutlak (keyfi) irade beyanı ile keyfi fiil arasında bir fark olup olmadığı da tartışılmıştır. Bir grup, keyfi fiil şeklindeki mutlak iradî şartı da geçersiz

<sup>254</sup> 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda “Beğenme Koşuluyla Satış” ismiyle geçen bu işlem, 818 Sayılı eski Borçlar Kanunu'nda “Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım” şeklinde isimlendirilmiştir. (BK 219-212)

<sup>255</sup> Şâzelî, *Nazariyyetü's-Şart*, 24; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 67-68.

<sup>256</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 512.

<sup>257</sup> Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 6-9.

<sup>258</sup> Bu sebeple Mısır Medeni Kanun'u 267'de bir satış işleminin mutlak iradî şart şeklinde kurulabilmesi için geciktirici şarta değil bozucu şarta bağlanabileceği söylenmiştir. Çünkü ilkinde sözleşme sonucu borç oluşmazken ikincisinde borç oluşmakta fakat onun sona ermesi askıya alınmaktadır. Bk. Şâzelî, *Nazariyyetü's-Şart*, 25.

<sup>259</sup> Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 43-45; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 87-89, 91-95; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 69-70.

görürken diğer bir grup geçerli görmüştür. Örneğin bunu kabul edenlere göre içki içmeme, seyahat etme vs. maddi bir fiile ilişkin iradî şartta, şartın bulunduğu hukuki işleme yönelik geçerli bir bağlanma iradesi vardır. Seyahat edenin iradesi doğrudan hukuki işlemin sonucuyla ilişkili değildir. Hatta seyahat etmişse istemese de hukuki işlem doğmuş olmaktadır. Bu sebeple baştaki irade beyanının sondaki fiili onayın bir tekrarı olması durumu veya mantıki çelişki gerçekleşmemektedir. Hatta bu sebeple beğenme koşuluyla satışta, sözleşmenin hükümlerinin doğmasının onun onaylanmasına değil de malın beğenilmesine bağlanmasının bile mutlak iradî şarttan farklı olacağını söyleyenler olmuştur. Çünkü bu durumda da şartın kapsamı, yalın bir arzu değil sonradan malı denemeyle ortaya çıkacak ve açıklamayla belli hale gelecek bir durum olacaktır.<sup>260</sup>

Roma hukukundan bu yana mutlak iradî şartın kabul edilmeyip beğenme koşuluyla satışın kabul edilmesi, bir çelişki ve tartışma ortamı oluşturmıştır. Bu sebeple hukukçular beğenme koşuluyla satışın hukuki niteliğini tespit etmek için çeşitli açıklamalar yapmıştır. Antalya, bu açıklamaları “ıcap teorisi” ve “sözleşme teorisi” şeklinde başlıklandırmıştır. Sözleşme teorisini kabul edenler de beğenme koşuluyla satış bir “istisna olarak kabul edenler” ve “kurumlarla açıklayanlar” şeklinde ikiye ayrılmıştır. İkinci grubun zikrettiği kurumlar; “ön sözleşme”, “isimsiz-aynî sözleşme”, “opsiyon” ve “şart”tır.<sup>261</sup>

İcap teorisini savunanlar, sözleşmenin başlangıçta kurulmadığını ve sadece satıcının, alıcı malı deneyene kadar icabı ile bağlayıcı olduğunu savunmaktadır. Ön sözleşme görüşünü savunanlar, başlangıçtaki irade beyanlarının tarafları ileride yapılacak olan sözleşmeyi kurma borcu altına soktuğunu kabul etmektedir. Yani bu sözleşme tek taraflı (satıcıyı) bağlayıcı olan bir ön sözleşmedir. Satıcı satış konusunu satmayı taahhüt etmektedir. Alıcının ise bir taahhüdü yoktur. O, sadece malı alma isteğini dile getirmiştir. İsimsiz-aynî sözleşme görüşüne göre irade beyanlarının yanında malın alıcıya teslimiyle sözleşmenin sonuçları meydana gelmektedir. Alıcı, deneme koşuluyla malı elinde tutmak istiyorsa semeni ödemelidir.<sup>262</sup>

---

<sup>260</sup> Pulaşlı, Şarta Bağlı İşlemler, 43-45; Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 87-89, 91-95; Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, 69-70.

<sup>261</sup> Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 119-120.

<sup>262</sup> Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 121-137; Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, 70-71.

Opsiyon görüşüne göre önceki sözleşme sonraki sözleşmeyi kurma hakkını vermektedir. Opsiyon hakkı, kurucu yenilik doğuran bir haktır.<sup>263</sup> Yani asıl sözleşme, beğenme-onay iradesini ortaya koyduktan sonra kurulmaktadır. Bu görüş birkaç sebepten eleştirilmiştir. Opsiyon sözleşmesinin aksine beğenme koşulunda sözleşme onay anında değil ilk anda kurulmaktadır. Mal alıcının elindeyken sessiz kalınması onay sayılmaktadır. Taraflar dilerse onaylama kararını alelade bir şart olan deneme ve bir karar verme şartına bağlayabilir. Bunların hiçbirisi -bir yenilik doğuran hak olduğu için- opsiyonda mümkün değildir.<sup>264</sup>

En son görüş olan şartlı sözleşme teorisine göre de farklı açıklamalar yapılmıştır. Bir grup; sözleşmedeki şartın, satılanın beğenilmesi olduğunu ve beğenme halinde sözleşmenin reddedilemeyeceğini söylemiştir. Bu görüş, beğenme koşuluyla satışın -irade kısıtlaması yüzünden- alelade şartlı satıştan bir farkının kalmayacağı sebebiyle eleştirilmiştir. Diğer bir grup ise şartın mutlak arzu değil arzuya bağlı fiil olduğunu kabul etmiştir. Bu fiil objektif ve şüpheli olduğundan şart olarak kabul görür, demişlerdir. Fakat burada sözleşme bir fiile bağlandığı için bunun da alelade şarttan bir farkı kalmayacaktır. Beğenme koşulunu bir istisna olarak kabul edenlere göre ise ticari hayatın gereksinimleri sebebiyle bu sözleşme doktrin tarafından geliştirilmiştir.<sup>265</sup>

Mutlak iradî şartı kabul eden görüşe göre bu irade beyanında mantikî çelişki yoktur. Bu şartın bulunduğu sözleşmede, kurucu ve tamamlayıcı iki irade beyanı vardır. Birincisi sözleşmenin kurulması için gereklidir. İkincisi ise kurucu irade beyanından tamamen farklı ve mutlak iradî şartı gerçekleştiren irade beyanıdır. Fakat onun varlığı, tamamen kurucu irade beyanının varlığına bağlıdır. Birincisi ile sözleşme kurulurken ikincisi ile hükümler doğmaktadır. Beğenme koşuluyla satışta da alıcı, mutlak iradesiyle sözleşmeyi onaylama hakkını elinde tutmaktadır. Sözleşme icap-kabulle kurulmuş olup hükümlerinin doğması alıcının onaylaması geciktirici şartına bağlanmıştır. Karşı çıkanların söylediği gibi mutlak iradî şart, “istersem isterim” (ich will, wenn ich will) şeklinde yani irade üzerinde bir çelişki olarak anlaşılmak yerine, “ister isem isterim” (ich will, wenn ich wollen werde) yani gelecekte isteyecek olursam isterim şeklinde anlaşılırsa

<sup>263</sup> Yenilik doğuran haklar için bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin “Yarı Aynî Hak ve Yenilik Doğuran Hak Olması” başlığı, 49-51.

<sup>264</sup> Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 138-150; Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, 71.

<sup>265</sup> Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 151-161.

ortada problem kalmaz. Bu durumda aynı anda iki farklı iradeden değil, biri şimdiki zamanda var olan biri de gelecek zamanda ortaya çıkacak olan iki iradeden bahsedilmiş olur.<sup>266</sup>

İleride inceleneceği üzere beğenme koşuluyla satış ve şart muhayyerliği büyük oranda birbirlerine benzemektedir. Bu hakka sahip olan kişi, baştan koştuğu şartla hiçbir sınırlama olmadan dilediği zaman sözleşmeyle bağını koparma yetkisine sahiptir. Bu tarzda geniş bir yetkinin İslâm borçlar hukukunda başka bir örneği yoktur. Bu tarz bir sözleşmenin; bilinemez ve öngörülemez durumlardan hoşlanmayan, mümkün olduğunca basit sözleşme yapılarını tercih eden İslâm hukukçularının aklına kolayca yatması beklenilemez. Zaten öyle de olmamıştır. Fakat konu hakkında var olan naslar, bu muhayyerliğe duyulan ihtiyaç ve Roma kültüründen geçtiğini düşündüğümüz uygulamaların, hukukçuların bu hakkı meşru görmesini kolaylaştırdığı söylenebilir. Hatta mesele istisnâ kabul edildiği için sözleşmeyi kuran ve onaylayan irade beyanları arasında var olabileceği söylenen mantıkî çelişki veya hak sahibine verilen geniş keyfi yetkiler üzerinde de hiç durulmamıştır.

Yine meseleyle ilgili –yukarıda bahsedilen mutlak iradî şart ve beğenme koşuluyla satışın mahiyeti üzerine dönen tartışmalarda olduğu gibi- şart muhayyerliğinin hukuki niteliği üzerine farklı açıklamalar yapılmamıştır. Aksine hukukçular, şart muhayyerliği ile yapılan sözleşmenin baştan kurulduğu üzerine ittifak etmişler fakat sözleşmenin hükümlerinin hangi aşamada doğmaya başladığı ile ilgili farklı görüşler serdetmişlerdir. Öyle olunca icap, opsiyon ve önsözleşme (sözleşme yapma vaadi) görüşlerinin değerlendirilmesi imkânı kalmamaktadır. İslâm hukukçuları, şart muhayyerliğinin şartlı bir sözleşme olduğunu doğrudan kabul etmişlerdir. Fıkıh kaynaklarında alelade şarttan ayrımı yapılmasa da bu şart, yukarıda bahsedildiği üzere bizce mutlak iradî bir şarttır. Çünkü eğer alelade bir şart olsaydı sözleşmenin lüzumunun deneme sonrası malın beğenilmesi gibi somut bir olaya bağlanması gerekirdi. Fakat kaynaklarda zikredildiği üzere şart muhayyerliğinin düşmesi için malın beğenilmesi

---

<sup>266</sup> Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, 69-70; Pulaşlı, Şarta Bağlı İşlemler, 43-45; Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 98-99.

yetmemektedir. Önemli olan sözleşmeye onay verilmesidir.<sup>267</sup> Bu da onun mutlak iradî bir şart olduğunu göstermektedir.

### C. Benzer Kurumlardan Farkı

Şart muhayyerliğinin mahiyetinin tam anlamıyla kavranabilmesi için onun tanımını ve hukuki niteliğinin yanı sıra kendisine benzeyen kurumlardan farkının da ortaya konması faydalı olacaktır. Bunun için onun, İslâm hukuku ve Türk hukukundaki sözleşmeyi sonlandırma imkânı sunan bazı haklarla ve satış türleriyle karşılaştırılması yapılacaktır.

#### 1. İkâle

Klasik kaynaklarda şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin daha çok ikâle<sup>268</sup> sözleşmesiyle ilişkilendirildiği görülmektedir.<sup>269</sup> İkisi arasındaki yakınlık, taraflardan birisi sözleşme sonrası ikâle icabında bulunduktan sonra diğerinin sahip olduğu kabul hakkına dayanmaktadır. Kabul hakkına sahip olan kişi tıpkı şart muhayyerliğindeki gibi kurulmuş bir sözleşmeyi tek sözüyle sonlandırma imkânı bulmaktadır.<sup>270</sup> Hanefîler'den şart muhayyerliği süresini üç gün olarak sınırlayanlardan bazıları İbn Ömer'in (ö. 73/693) iki ay şart muhayyerliği verdiği uygulamayı iki ay süreli ikâle vaadi olarak yorumlamıştır.<sup>271</sup> Cessâs da (ö. 370/981) şart muhayyerliğinin onay değil fesih için var olduğunu söyleyerek onun şart koşulmasını ikâle için yapılan icaba benzetmiştir. İkisinin ortak noktası, kullanıldıklarında sözleşmenin fesholmasıdır.<sup>272</sup>

Şart muhayyerliğinin ikâleye benzediğini söyleyenler olmakla birlikte hiç kimse ikisinin birbirinin aynı olduğunu iddia etmemiştir. Nitekim ikâle, başlı başına bir sözleşmeyken şart muhayyerliği, lazım sözleşmeye eklenen bir şarttır. İkâle, asıl sözleşme kurulduktan sonra yapılırken şart muhayyerliği genelde asıl sözleşmeyle

<sup>267</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/458; Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed et-Tahâvî, *Muhtasari't-Tahavi* (Kahire: Dâru'l-Kitabi'l-Arabi, 1986), 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/14; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/44; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/290-291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/29; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/484, 488.

<sup>268</sup> Tarafların daha önce yapmış oldukları sözleşmeyi yeni bir icap-kabulle ortadan kaldırmalarına ikâle denir. Bk. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "İkâle", 241.

<sup>269</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2270-2272; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42-43; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/28.

<sup>270</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/463; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/15; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/291; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/473, 487.

<sup>271</sup> Zafer Ahmed Tehânevî, *Î'lâü's-Sünen*, thk. Muhammed Takî Osmânî (Pakistan: İdêratü'l Kur'ân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, 1418), 14/46.

<sup>272</sup> Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/15.

beraber var olmaktadır. Bu sebeple meclis dağıldıktan sonra karşı tarafa şart muhayyerliği verilmesi bazı fakihler tarafından ikâle teklifine benzetilmiştir.<sup>273</sup> Şart muhayyerliği ile fesih hakkı, taraflar anlaştıktan sonra ortaya çıkmaktayken ikâlede taraflar anlaştığı an fesih gerçekleşmiş olmaktadır. İkisi arasındaki en önemli farklardan biri, şart muhayyerliğinin sözleşmenin hükümlerini askıya almasıdır.<sup>274</sup> İkâlenin ise böyle bir etkisi yoktur. Şart muhayyerliği bir kere verildikten sonra karşı tarafın izni olmadan süre sonuna kadar geri alınamazken ikâle teklifinde bulunan kişi istediği zaman teklifini iptal edebilmektedir.<sup>275</sup>

## 2. Pazarlık (Müsâveme)

Şart üzerine yapılan bazı çalışmalarda beğenme koşuluyla satışın, İslâm hukukunda sevm-i şirâ ve sevm-i nazara tekabül ettiği belirtilmiştir.<sup>276</sup> Kanaatimizce bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Beğenme koşuluyla satış sözleşmesi, daha önce de geçtiği üzere esasen kurulmuş ve sadece hükümleri askıda olan bir sözleşmedir. Fakat İslâm hukukundaki sevm-i şirâ, satış pazarlığını ifade ederken sevm-i nazar ise malı incelemek için satıcıdan almak manasına gelmektedir. İkisinde de ortada kurulmuş bir sözleşme yoktur. Yalnız sevm-i şirâda malın fiyatı belirlenerek satın alma iradesi ortaya konmuştur. Bu sebeple mal, alıcıda tazmin sorumluluğu ile bulunmaktadır. Sevm-i nazarda ise malın fiyatı belirlenmemiştir. Malı teslim alanın satın alma niyeti olmadığı için mal onun elinde emaneten bulunmaktadır. Sevm-i şirâda malın fiyatının belirlenmesi, onun beğenme koşuluyla satışla aynı veya benzer olmasını gerektirmez. İki kurum arasındaki tek ortak nokta satın alma amacıyla muayenenin yapılmasıdır. Fakat tekrar belirtmek gerekir ki beğenme koşuluyla satışta kurulmuş bir sözleşme varken sevm-i şirâ pazarlıktan öte değildir.<sup>277</sup>

<sup>273</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi 'u'l-fuûşüleyyn* (Mısır: Matbaatü'l-Ezheriyye, 1300/1882), 1/332; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/278; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/5-6; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/458, 467-468; Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle* (Beyrut: Matbaatül edebiyye, 1923), 157.

<sup>274</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/280; Şirâzî, *el-Mühezzebe*, 10/234; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/236-237; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/112-113; Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref Nevevî, *Minhâcu't-tâlibîn* (Muğni'l-muhtâc içinde), thk. Abdürrezzak Şuhûd En-Necm (Suriye-Dımaşk: Dârü'l-Feyha - Dârü'l-Menhe'l-Nâşirün, 1430/2009), 2/610; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/610-611; Karâfî, *eğ-Zahîre*, 5/31-32; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/400; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/217; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 53.

<sup>275</sup> İkâle sözleşmesinin hükümleri için bk. Bilal Aybakan, "İkâle", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2000), 22/14-16.

<sup>276</sup> Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 112; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 30-32; Akman, "İslam Hukuku, Mecelle ve Türk Hukukunda Beğenme Şartıyla Satış Üzerine Bir İnceleme", 241.

<sup>277</sup> İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/473-476.

### 3. Örnek Üzerine Satış

Örnek üzerine satış, tarafların sözleşme konusu olan malın alıcıya veya üçüncü bir kişiye bırakılan bir örneğe (eşantiyon) ya da tespit ettikleri bir mala uygun olması üzerinde anlaşmalarıyla yapılan bir satıştır. (TBK 247) Bu satış, menkul mislî eşyalar üzerine yapılır. Taşınmazların ve parça borçlarının numune üzerine satılmasından bahsedilemez. Örnek üzerine yapılan sözleşme, şarta bağlı değildir. Aksine sözleşme başlangıçtan itibaren hükümlerini tamamen doğurmaktadır. Örneğe uygunluk bir şart olmadığı için satılanın örneğe uygun olmaması, sözleşmeyi kendiliğinden sonlandırmaz. Alıcı, bu durumda dilerse ifâyı reddeder ve sözleşmenin ifâ edilmemesinin sonuçlarından yararlanır. Dilerse satılanı teslim alır sonra ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutar. Sözleşmeden dönmeyi, satış parasının indirilmesini veya malın ayıpsız misliyle değiştirilmesini talep etme hakkına sahip olur.<sup>278</sup>

Örnekli satışın Türk hukukundaki pratik faydası, örneği elinde bulunduran alıcıyı ispat yükünden kurtarmasıdır. Alıcı, kendisine teslim edilen malın örneğe uygun olmadığını söylediğinde onun sözüne itibar edilir. İspatla yükümlü olan satıcıdır. Ama alıcı örneği kaybetmişse bu sefer iddiasını ispatla yükümlü olur.<sup>279</sup>

İslâm hukukuna göre satın alacağı maldan bir numune gören kimse -eğer numune malın geri kalanı gibi ise- malın tamamını görmüş gibi olur. Bu sebeple numuneyi görüp onayladığı an sözleşme onun için bağlayıcı hale gelir. Yani malın görmediği kısmında muhayyerliği olmaz. Fakat malın geri kalanı, numuneden kalitesizse alıcının muhayyerliği devam eder.<sup>280</sup>

Görüldüğü üzere örnek üzerine satışla şart muhayyerliği ile satış arasında bir benzerlik vardır. İkisinde de deneme ve muayene yapılmakta ve malın kişiye uygun olup olmadığı kontrol edilmektedir. Örnek üzerine satışta sadece örnek, şart muhayyerliği ile satıştaysa malın tamamı kontrol edilmektedir. İkisinde de alıcının fesih hakkı vardır. Fakat örnek üzerine satışta tıpkı vasıf muhayyerliğinde olduğu gibi sadece malın görülmeyen kısmında istenen vasıflar yoksa fesih hakkı vardır. Şart muhayyerliğinde ise normal şartlarda fesih hakkına getirilen bir sınırlama yoktur. Yine örnek üzerine satış,

<sup>278</sup> Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 209-210; Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2/1550-1552; Aydoğdu - Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 300-301.

<sup>279</sup> Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3/129-130.

<sup>280</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/72; Cezîrî, *Kitâbü'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/194, 197-300.

baştan itibaren kurulmuş ve hükümleri doğmuş bir sözleşmedir. Şart muhayyerliği ise çoğunluğa göre sözleşmenin hükümlerinin doğmasını engellemektedir.

#### 4. Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydı İle Satış

Türk hukukunda menkul mallarda<sup>281</sup> satış sözleşmesinde tasarruf işleminin şartla askıya alınması, borçlar kanunda özel bir sözleşme türüne konu olmuştur. Bu sözleşme, kanunda mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi olarak isimlendirilir. Satış sözleşmesinin konusunun alıcıya teslim edilmesine rağmen mülkiyetinin şart gerçekleşene kadar satıcıda kalmaya devam ettiği sözleşmeye de mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış denir.<sup>282</sup>

İhtilafı görüşler olmakla birlikte bu satış işlemi ile borçlandırııcı işlem gerçekleşmiştir. Fakat tasarruf işlemi, şart gerçekleşene kadar askıdadır. Aksi kararlaştırılmadıkça şart, geciktiricidir. Yani şart gerçekleşene kadar tasarruf işleminin hüküm ve sonuçları gerçekleşmez. Mülkiyet henüz satıcıdadır fakat malın yarar ve sorumluluğu alıcıya geçer. Alıcı, malın mülkiyeti henüz kendisinde olmadığı için onun üzerinde satış ve rehin gibi yetkisi olmayan işlemleri gerçekleştiremez. Satıcının şartın gerçekleşmesi halinde malın mülkiyetinin naklini engelleyecek tasarrufları geçersizdir ve alıcı tarafından engellenebilir. Alıcı iflas ederse -malın mülkiyeti hala kendisinde olduğu için- satıcı mala el koyabilir. Alıcı, parasını ödediği takdirde malını el konulmaktan kurtarabilir. Satıcı iflas ederse alıcının mala el koyma hakkı yoktur. Çünkü o henüz mala mâlik değildir.<sup>283</sup>

Özellikle taksitli satışlarda satıcı, alıcının tüm taksitleri ödememesi endişesiyle malın mülkiyetinin hemen alıcıya geçmesini istemeyebilir. Çünkü böylece temerrüt durumunda malın mülkiyeti hala kendisinde olduğu için istihkak davasıyla kolayca malı geri alabilecektir. Taksitlerin tamamen ödenmesi halinde ise malın mülkiyeti kendiliğinden alıcıya geçmektedir. Mülkiyetin nakli için ayrı bir işleme gerek duyulmamaktadır. Ödemenin zamanında yapılmaması halinde satıcının iki seçeneği vardır. Dilerse ödemenin yapılmasını talep edebilir. Ya da sözleşmeden dönerek verdiği

<sup>281</sup> Yaygın kabule göre sadece menkullerin satışında geçerlidir. Çünkü gayrimenkullerin satışı tapu siciline işlenmeyi gerektirir ve tapu sicilinde şarta bağlı satış işlemi gerçekleştirilemez. Bunun yerine gayrimenkullerde satış vaadi işlemi gerçekleştirilir. Bk. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 260-261; Mustafa Reşit Karahasan, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku* (İstanbul: Arıkan Basım Dağıtım, 2007), 1/1449.

<sup>282</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 260-261; Mustafa Reşit Karahasan, *Mülkiyet Hakkının Kazanılması* (İstanbul: Beta Yayınları, 1998), 1/80.

<sup>283</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 260-262; Karahasan, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, 1/1452-1453.



malı, malın bu süre içindeki kullanımından kaynaklanan belli bir kira bedelini ve varsa malın kötü kullanımından meydana gelen zararı talep edebilir. Daha önce aldığı taksitleri faiziyle geri öder.<sup>284</sup> Bunun dışında malın yok olması, işlenmesi, başka malla karışması, iyiniyetli üçüncü bir kişinin mal üzerinde aynî bir hak kazanması, satıcının malın mülkiyetinden feragat etmesi, malın paraya çevrilmesini talep etmesi, alıcının taşınır sözleşmeyi taşıdığı yerin siciline kaydettirmemesi durumlarında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi sona erer.<sup>285</sup>

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi amaç bakımından İslâm hukukundaki ödeme muhayyerliğiyle satışa benzemektedir. Fakat ödeme muhayyerliğinde muhayyerlik sahibinin maldan fiilen faydalanma hakkı yokken bozucu şarta bağlanan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde alıcının şart gerçekleşene kadar maldan faydalanma hakkı olur. Fesih halinde de alıcı, malın eskimesinden dolayı tazminat ve kullanılmasından dolayı kira öder. Yine taraflar dilerse mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını ödeme dışında başka bir şarta da bağlayabilirler. O bu yönüyle ödeme muhayyerliğine göre daha geniş bir kullanım alanına sahiptir. Yine ödeme muhayyerliği ile yapılan satışta mal teslim edilmediği sürece tazmin sorumluluğu karşı tarafa geçmezken mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta geçmektedir.<sup>286</sup>

Yukarıda karşılaştırmayı ödeme muhayyerliği ile yapsak da fukahâ tarafından ödeme muhayyerliği, şart muhayyerliğinin bir ferî kabul edildiği için mesele şart muhayyerliği ile de ilgilidir. Çünkü şart muhayyerliği kişiye en geniş yetkileri<sup>287</sup> verdiği için ödeme muhayyerliğinin tüm imkânları onda da vardır. Ödeme muhayyerliğinin hükümleri de genel olarak şart muhayyerliğinin hükümlerine kıyasen oluşturulmuştur. Bu sebeple mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışa bu bölümde yer verilmiştir.

---

<sup>284</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 265-266; Aydın Zevkliler vd., *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012), 601.

<sup>285</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 268.

<sup>286</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 260; Karahasan, *Mülkiyet Hakkının Kazanılması*, 1/80-81.

<sup>287</sup> Molla Hüsrev konuyla ilgili şu açıklamayı yapmıştır: Şart muhayyerliği kıyasa (genel kurala) aykırı olarak sabit olmuştur. Fıkıh usulü eserlerinde kıyasa aykırı olarak sabit olan meselelere kıyas uygulanamayacağı yer almaktadır. Fakat yine bu eserlerde kıyasa aykırı olarak sabit olan hükme nassın delaletiyle veya kapalı kıyas-istihsan yoluyla başka bir meselenin ilhak edilmesi caiz görülmüştür. Ödeme muhayyerliğinin şart muhayyerliğine kıyasında bu ikisinden biri vardır. Bk. Molla Hüsrev, *Dürrer*, 2/152.

### 5. Satış İçin Bırakma Sözleşmesi

Satış için bırakma sözleşmesi, mal sahibinin malı için belli bir fiyat tespit ederek onu kendi adına ve hesabına satması için başka birine bırakması, satış için alan tarafın ise bırakılan malı belli bir süre içinde iade etme ya da onun fiyatını ödeme borcunu taahhüt etmesidir.<sup>288</sup> Satış sözleşmesine çok benzeyen ve şarta bağlı olmayan bir sözleşmedir. Özellikle antika eserlerin satışında bu yöntem uygulanır. Malı emanet (konsinye) olarak alan kişi (koltukçu), bir vekilden veya komisyoncudan farklı olarak teslim aldığı malı kendisinin malı olarak yani karı ve zararı kendisinin olmak üzere satar. Bu kişinin seçimlik bir borcu vardır. Yani belirli bir süre içerisinde dilerse malı satmayıp sahibine iade eder. Dilerse malı satarak önceden kararlaştırdıkları bedeli mal sahibine öder. Koltukçu malı ucuza satmışsa zarara kendisi katlanır, pahalıya satmışsa fazlalık ona ait olur. O, eğer komisyoncu olsaydı kardan belirli oranda bir pay alırdı. Vekil olsaydı müvekkil adına işlem yapardı. Fakat o kendi adına işlem yapmaktadır. Malın satılmasıyla mülkiyetin nakli için malın ilk sahibine ihtiyaç yoktur.<sup>289</sup>

Bu sözleşmenin şart muhayyerliğiyle ortak noktası, ikisinde de iade imkânının olmasıdır. Fakat satış için bırakmada seçimlik yetkilerden biri malın üçüncü bir kişiye satılmasıyla beğenme koşuluyla satışta ve şart muhayyerliğinde alıcının malı başkasına satması genelde söz konusu değildir.<sup>290</sup>

Amaç olarak da satış için bırakma sözleşmesi, konsiyenin malı karlı bir şekilde satıp satamayacağını görme maksadını karşılarken şart muhayyerliği genelde hak sahibinin malı kendisi için denemesi maksadını karşılar. Ama şart muhayyerliği geniş yetki alanı sebebiyle satış için bırakma sözleşmesinin maksadını da gerçekleştirebilir. Nitekim günümüzde katılım bankaları, piyasada talep gördüğünü ve satışından kar edebileceğini düşündüğü malları şart muhayyerliği ile ithal edip malı satacak alıcı bulamadığı zaman iade edebilmektedir. Ya da bir kişinin bankaya, şu malı kendisi adına alırsa ondan taksitle daha pahalıya alacağını vaad etmesi halinde –vaad bağlayıcı olmadığı için- banka, şart muhayyerliği ile o malı alıp alıcıya satabilmekte, alıcı vaadinden dönerse de malı geri iade edebilmektedir.<sup>291</sup>

<sup>288</sup> Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 27.

<sup>289</sup> Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3/56; Aydoğdu - Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 35.

<sup>290</sup> Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 213.

<sup>291</sup> Hıdır Abdullah Sâlim, Ahkâmü'l hıyârâti's-sâbiteti bi's-şart, 250-252.

Yine konsinye malı emaneten alırken şart muhayyerliğiyle malı teslim alan alıcının çoğunluğa göre tazmin sorumluluğu vardır.<sup>292</sup> Bu da ilkinde konsinyenin malı mülk edinme maksadıyla almamasından kaynaklanıyor olsa gerektir. Çünkü Türk hukukunda tazmin sorumluluğu teslimle değil temlik borcu doğuran sözleşmeyle geçmektedir.<sup>293</sup>

### **6. İfayı Engelleyen Ceza Koşulu (Dönme Cezası)**

Sözleşmelerde esas kural bağlayıcılıktır. Fakat taraflar, isterse baştan belli bir meblağ ödeyerek sözleşmeden dönmeyi şart koşup sözleşmenin bağlayıcılığını ortadan kaldıracırlar. Bu durumda kişi, dilerse ifâ zamanında veya daha önce baştan kararlaştırılan ceza bedelini ödeyerek sözleşmeden dönebilir. Bu şarta, ifâyı engelleyen ceza koşulu veya dönme cezası denir.<sup>294</sup> Bu şart TBK 179/3'te "Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifâ ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır." şeklinde geçmektedir.

Dönme cezası her iki sözleşen için de şart koşulabilir. Borçlu, cezayı öderse veya ödeme teklifinde bulunursa sözleşmeyi bozabilir. Bunun haricinde onun sadece döndüm diyerek sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. Sözleşme, borçluya yükletilemeyen sebeplerden dolayı onun açısından bağlayıcılığını yitirmişse borçlu, bedel ödemeksizin sözleşmeden dönebilir. Çünkü dönme cezası keyfi dönme durumunda gerekir.<sup>295</sup> Dönme cezası ile sözleşmeden dönen borçludan, ceza parasını aşan zararın tazmini istenemez. Çünkü dönme cezası, zaten borçlunun sözleşmeden dönebilme ayrıcalığına sahip olabilmesi için konmuştur. Bu özelliği ile cayma parasına da benzer ki onda da zarar tazmini talep edilemez.<sup>296</sup>

Yukarıda verilen bilgilerden yola çıkarak dönme cezası ve şart muhayyerliği arasında şu şekilde bir karşılaştırma yapılabilir: Dönme cezası amaç bakımından şart muhayyerliği ile benzetilmektedir.<sup>297</sup> İkisi de hak sahibine sözleşmeden keyfi olarak dönme imkânı verir. Bu sayede ikisinde de dönme sebebiyle karşı taraf zarar görse hak sahibi

<sup>292</sup> Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3/56; Aydoğdu - Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 35.

<sup>293</sup> Hüseyin Hatemi vd., *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 71-72.

<sup>294</sup> Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1214; Oğuzman - Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 548; Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1/960.

<sup>295</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 548-550; Turgut Akıntürk - Derya Ateş Karaman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), 167.

<sup>296</sup> Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 981.

<sup>297</sup> Bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin "Amacı" başlığı, 78-80.

bundan sorumlu olmaz. Fakat dönme cezası, bedel ödeyerek kazanılan bir hak olmasıyla bedelsiz elde edilen şart muhayyerliğinden<sup>298</sup> ayrılmaktadır. İkisi arasındaki önemli bir fark da dönme cezası sözleşme ifâsına başladıktan sonra da kullanılabilirken şart muhayyerliğinin bu durumda düşmesidir. Yani kişi şart muhayyerliği ile aldığı malda sadece ona sahip olanların yapabileceği tasarruflarda bulunursa muhayyerliği düşmektedir.<sup>299</sup>

### 7. Cayma Parası (Pişmanlık Akçesi)

Cayma parası, sözleşmenin yapıldığı sırada bir tarafın diğerine verdiği ve veren tarafa onu, diğer tarafa bırakarak dilediği zaman sözleşmeden dönme hakkı sağlayan bir miktar paradır.<sup>300</sup> Bir bakıma sözleşmeden dönmenin yaptırımını niteliğindedir.<sup>301</sup> Sözleşme yapılırken verilir. Amacı, dilediğinde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı elde ederek sözleşmeyi değerlendirmek için zaman kazanmaktır. İki taraf için de sözleşmeyi sonlandırma yetkisi verir. Alıcı sözleşmeyi sonlandırırsa bedel satıcıda kalır. (TBK 178). Satıcı sözleşmeyi sonlandırırsa aldığını bir misliyle beraber iade eder. Sözleşme kurulursa cayma parası alacağı mahsup edilir. Bozucu yenilik doğuran bir haktır ve karşı tarafa bozma iradesinin ulaşmasıyla onay gerekmeksizin sonuç doğurur.<sup>302</sup>

Cayma parası ile sözleşmeden dönülebilmesi için son süre, sözleşmeden doğan asli bir borcun ifâ edildiği andır. Örneğin mal veya bedel teslim edilmiş, kiralandan eve yerleşilmiş ve ilk kira taksidi ödenmişse artık cayma parası ile sözleşmeden dönmek mümkün değildir.<sup>303</sup> Cayma parası sözleşmeden dönmenin yaptırımını olduğu için borçludan cayma bedeli dışında tazminat veya aynen ifâ talep edilemez. Yalnız dürüstlük kuralı, sadece cayma bedeliyle yetinmeyi yeterli görmezse tazminat talep edilebilir.<sup>304</sup>

<sup>298</sup> Ebû Gudde, el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd, 1/217.

<sup>299</sup> Bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin “Fiili Onay-Fesihle Düşmesi” başlığı, 145-150.

<sup>300</sup> Dönme cezası ve cayma parasının amaçları benzerdir. Ama ilki dönme esnasında ödenirken diğeri sözleşme esnasında ödenir. Dönme cezasında sadece lehine dönme hakkı verilenin dönme hakkı varken cayma parasında iki tarafında bu hakkı vardır. Dönme cezası ile edimler yerine getirildikten sonra para ödenerek sözleşmeden dönülebilir. Cayma parasında edimler ifaya başlanmıssa dönme hakkı düşer. Bk. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1221; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 559-560; Cevdet İlhan Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 627-628.

<sup>301</sup> Akıntürk - Karaman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, 161.

<sup>302</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1221; Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/953; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 559.

<sup>303</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 559-560.

<sup>304</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 969-970; Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 627.

Cayma parası ve şart muhayyerliği, birbirine oldukça benzemektedir. İsimden de anlaşılacağı üzere aralarındaki önemli bir fark ilkinde dönme hakkının parayla elde edilmesidir. Bunun dışında şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin hükümlerinin doğması geciktirici şarta bağlanmışken<sup>305</sup> cayma parası bulunan sözleşme kurulmuş ve hükümleri doğmuştur. Fakat tarafların bedeli ödeyerek sözleşmeden dönme hakları vardır. Son olarak cayma parası iki tarafa birden cayma hakkı verirken şart muhayyerliği sadece lehine şart koşulduğu kişi adına<sup>306</sup> bu hakkı vermektedir.

Elde ediliş yolları bakımından iki hak birbirlerinden ayrılrsa da amaçları bakımından benzeşmektedir. İkisiyle de taraflar, zaman kazanma, yaptıkları sözleşme üzerine daha fazla düşünebilme ve gerekli görürlerse sözleşmeyi sonlandırma imkânı elde etmektedir.<sup>307</sup> İkisinde de ifâya başlandıktan sonra dönme hakkı düşmektedir. İkisinde de dönme sonrası ek tazminat bedeli talep etme hakkı yoktur.<sup>308</sup>

### **8. Opsiyon Hakkı**

Opsiyon terimi hukuk ve ekonomide farklı manalar ifade etmektedir. Hukuktaki tanımı, “Belirli süre içinde belirli bir fiyatla malı satın alacak kişiye satıcı tarafından verilen bekleme özgürlüğü”dür. Sağladığı imkânlar açısından şart muhayyerliğiyle ortak yönleri vardır. Bir kişinin henüz sözleşme kurmaya karar vermediği, uzun bir düşünme süresine ihtiyacı olduğu ya da sözleşme kurma imkânını açık tutmak ve aynı zamanda düşünme zamanı içinde başka birinin aynı konu üzerinde sözleşme kurma ihtimalini bertaraf etmek istediği hallerde opsiyon sözleşmeleri yapılmaktadır. Taraflar bu sözleşme ile daha önce şartlarını belirledikleri bir borç ilişkisini tek taraflı irade beyanı ile kurma, değiştirme veya süresini uzatma hakkı elde etmektedirler. Bu nedenle opsiyon, yenilik doğuran hak olarak nitelendirilebilir. Bu hak, herhangi bir hukuki ilişkide tanınabilmektedir.”<sup>309</sup>

Alım hakkı, geri alım hakkı (ve bir görüşe göre) ön alım hakkı birer opsiyondur. Alım sözleşmesi, hak sahibine tek taraflı irade beyanı ile satış sözleşmesi kurma hakkı

<sup>305</sup> Bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin “Ön Hükümleri” başlığı, 120-131.

<sup>306</sup> Bk. Çalışmanın “Muhayyerlik Sahibi” başlığı, 95-100.

<sup>307</sup> Bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin “Amaç” başlığı, 78-80.

<sup>308</sup> Şart muhayyerliğinde bedellerden biri onay maksadı taşınmadığı belirtilerek teslim edilirse muhayyerlik devam eder. Bk. Çalışmanın üçüncü bölümü, “Karşılıklı Bedellerin Tesliminin Gereği” başlığı, 133-135.

<sup>309</sup> Fahrettin Aral - Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 199-200; Gül Doğan, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2004), 58.

veren bir sözleşmedir. Belirli bir zaman içinde birşeyi, önceden belirlenen şartlarla satın alarak onun mülkiyetini kazanma yetkisi vermektedir. Geri alım hakkı ise belirli bir şeyin satıcısına, sattığı malı istediği zaman alıcıdan geri satın alma yetkisi veren bir haktır. Sözleşmeden doğan ön alım hakkı mâlikin, belirli bir malında satış vb. tasarrufta bulunması halinde önalım sahibine, tek taraflı irade beyanı ile o malı alma yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır. Mal sahibinin malını o anda satmak istememesi fakat ileride satmasının muhtemel olması veya malın istenmeyen birinin eline geçmesini önlemek için yapılmaktadır.<sup>310</sup>

Örneklerden yola çıkarsak İslâm hukukunda bey bi'l-vefâ sözleşmesindeki geri alım hakkı ve hukuken komşu ile ortağa tanınan şuf'a hakkının birer opsiyon hakkı olduğunu söyleyebiliriz. Bildiğimiz kadarıyla alım (iştirâ) hakkının İslâm hukukunda örneği yoktur. Bunun sebebi bizce eksikliğin büyük oranda şart muhayyerliği ile kapatılıyor olmasıdır. Çünkü ikisi de aslında benzer amaçlara hizmet etmektedir. Hatta şart muhayyerliği daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Kişi henüz almaya karar vermediği bir malı fırsatı da kaçırmak istemediği zaman şart muhayyerliği ile alıp belirli süre düşündükten sonra alışverişin kendisi için faydalı olduğunu görürse sözleşmeyi onaylayabilmektedir.

Şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin opsiyondan en önemli farkı, sözleşmenin onay anında değil yapıldığı esnada kurulmuş olmasıdır.<sup>311</sup> Oysa opsiyon sözleşmesiyle kişi sadece asıl sözleşmeyi kurma hakkı elde etmektedir. Yenilik doğuran hakkını kullandığı zaman da asıl sözleşme kurulmaktadır. Yani opsiyon hakkı, asıl sözleşmeden önce elde edilmektedir.<sup>312</sup> Şart muhayyerliğinin ise asıl sözleşmeden önce şart koşulması kabul edilmemektedir.<sup>313</sup> Opsiyon hakkı parayla satın alınırken şart muhayyerliği para karşılığı satılamayan mücerred bir haktır.<sup>314</sup>

Ekonomide ise opsiyon, onu satın alan için bir finansal varlığı önceden belirlenen bir süre içinde önceden belirlenen bir fiyata alma veya satma hakkı sağlayan bir haktır. Anlaşılabacağı üzere opsiyon, ayrı bir sözleşmeye konu olup satın alınabilen bir

<sup>310</sup> Aral - Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 281-285.

<sup>311</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/463; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/236-237; Karâfi, *eż-Zahîre*, 5/31-32; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/51-53.

<sup>312</sup> Aral - Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 199-200; Doğan, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), 58.

<sup>313</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/5-6; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/466-467.

<sup>314</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/217.

haktır. Şart muhayyerliği ise maddi bir karşılığı olmadığı için ayrı bir sözleşmeye konu edilerek alınıp satılamaz. Mâlikîler istisna edilirse şart muhayyerliğinde süre dolunca sözleşme bağlayıcı hale gelirken opsiyonda sürenin dolması, bu hakkının kullanıldığı manasına gelmez. Şart muhayyerliği kurulmuş bir sözleşmede geçici olarak varlığını sürdürdüğü için sürenin dolmasıyla sözleşmeden düşerek etkisini kaybeder. Yine şart muhayyerliği, sözleşmeye eklenen bir vasıf olarak kabul edildiği için onun sözleşmeden önce var olması kabul edilmez. Opsiyon ise esas sözleşmeyi yapma hakkı veren bağımsız bir sözleşme olduğu için mecburen ondan önce yapılır. Amaçları açısından karşılaştırılırsa şart muhayyerliği sahibinin malı denemek ve mal hakkında başkalarına danışma gibi pratik gayeleri varken opsiyon hakkı sahibinin temel amacı değişen piyasa şartlarından kar elde edebilmektir. Opsiyon hakkı sahibi alacağı malı zaten bilir. Onun bilmediği şey malın gelecekteki fiyatıdır. Bunu bilebilecek kimse de olmayacağı için bu konu da danışabileceği kimse yoktur. Yine şart muhayyerliği istisnâ olarak ihtiyaç sebebiyle sabit olmuş bir hakken opsiyon, herhangi bir zaruret gerekmeksizin ayrı bir sözleşme şeklinde sabit olan bir haktır. Ulema şart muhayyerliğinde garar ve kumar özelliklerinin bulunduğunu söylemişlerdir. Kumar özelliğinin bulunduğunu söyleyenler de aslında onun garar vasfına dikkat çekmişlerdir. Yoksa şart muhayyerliğinde karşılığında bir bedel alınamadığı için gerçek manada bir kumar vasfı yoktur. Fakat opsiyonda, malın fiyatının artıp düşmesi belirsizliğine bağlı olarak para karşılığı sözleşmeyi kurup bozma hakkı elde etmek olduğu için kumar özelliğini açık şekilde taşır. Ayrıca şart muhayyerliğinin düşünerek gabini önlemek gibi bir amacı varken opsiyonda bu da yoktur. Opsiyonda amaç kişinin belli bir miktarı riske ederek daha fazla kar elde etme şansı elde etmesidir.<sup>315</sup>

### **9. Cayma Hakkı**

Eski 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun (TKHK) kapıdan satışlara ilişkin 8 ve 9. maddesi, beğenme koşuluyla satışlarla ilgilidir. Burada cayma hakkı bulunan satışlar; kapıdan satışlar, iş yeri, fuar ve panayır gibi satış mekânları dışında önceden mutabakat olmaksızın yapılan değeri bir milyon tl’yi aşan “tecrübe ve

---

<sup>315</sup> Abdullah Durmuş, *Fıkhi Açıdan Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008), 142-154.

muayene koşullu satışlardır” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>316</sup> Yani cayma hakları, beğenme koşuluyla satış ile (tecrübe ve muayene şartıyla satış ile) yakından ilgilidir. Beğenme koşuluyla satış da birazdan inceleyeceğimiz üzere şart muhayyerliği ile irtibatlıdır. Bu sebeple şart muhayyerliğinin cayma haklarıyla benzer ve farklı yönlerini tespit etmek faydalı olacaktır.

Cayma hakkı, tüketicinin korunması hakkındaki kanunun vermiş olduğu, genellikle on dört gün içinde kullanılabilen, tüketicilerin aldıkları ürünü koşulsuz olarak iade edebilme hakkıdır. Geri alma hakkı olarak da isimlendirilmekte olup, tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Kanunen tüketicileri korumak için tanınan bu haktan sözleşmeden önce feragat edilemez.<sup>317</sup>

Sözleşme, cayma hakkının kullanılma süresi esnasında alıcı bakımından askıdadır. Bu dönemde taraflar birbirlerinden karşı edimi talep edemez. Alıcı açısından sözleşmenin kurulması değil hükümlerini doğurması olumsuz geciktirici şarta bağlanmıştır. Alıcı, malı olağan gözden geçirme ölçülerinden fazla kullanırsa sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur. Satıcı ise tek taraflı olarak sözleşmeye bağlıdır. Sözleşme onun açısından hükümlerini kurulmasından itibaren doğurur.<sup>318</sup>

Cayma hakkı ve şart muhayyerliğinin birçok ortak yönü vardır. (Şart muhayyerliğini de bozucu yenilik doğuran hak olarak kabul edersek) ikisi de bozucu yenilik doğuran haktır. Bu sebeple kullanıldıklarında sözleşme baştan itibaren ortadan kalkmış kabul edilir. Fer’î yani başka bir sözleşmeye bağlı haklar olup tek başına var olamazlar.<sup>319</sup> Kullanılmalarıyla sözleşme feshedilirse mallar, haksız iktisap hükmünce iade edilir.<sup>320</sup> İki haktan biriyle yapılan sözleşmede mal, Türk hukukunda ve İslâm hukukunda Malikîler hariç diğer üç mezhebe göre alıcının elinde emaneten değil tazmin sorumluluğu ile bulunur.<sup>321</sup> Kullanılmaları için bir şekil şartı yoktur. Tek taraflı irade ile önceden bir ihtarda bulunmaksızın kullanılabilirler. Herhangi bir sebep ortaya konmaksızın veya tazminat ödemeksizin fesih hakkı verirler.<sup>322</sup> Kullanılmaları da başka

<sup>316</sup> Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 216; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1564.

<sup>317</sup> Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/1352-1353, 1356; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1571-1573.

<sup>318</sup> Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/1352-1353, 1356; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1571-1573.

<sup>319</sup> Bk. Çalışmanın “Şart Muhayyerliğinin Yarı Aynı Hak ve Yenilik Doğuran Hak Olması” başlığı, 49-51.

<sup>320</sup> Bir kimsenin hukuki bir sebep bulunmadan birinin malını alması caiz değildir. (Mecelle 97) Ayrıntılı bilgi için bk. Ali Kaya, Halit Çalış, “Haksız İktisap”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 1997, 15/214.

<sup>321</sup> Bk. Çalışmanın, “Malın Gelir-Gider ve Tazmin Sorumluluğunun Aidiyeti” başlığı, 138-143.

<sup>322</sup> Konuyla ilgili ihtilaf için bk. Çalışmanın “Şart Muhayyerliğinin Onay veya Fesihle Düşmesi” başlığı, 143-150.



bir şarta bağlanamaz.<sup>323</sup> Belirli bir süre içinde kullanılabilmekte olup süre sonunda ortadan kalkarlar.<sup>324</sup>

Şart muhayyerliğinden farklı olarak cayma hakkı, kanunen verilmiştir. Sözleşmede şart koşulmasa da taraflar bu hakka sahip olur.<sup>325</sup> Şart muhayyerliği ise ancak sözleşmede şart koşularak var olabilir.<sup>326</sup> Cayma hakkı, sadece zayıf olan taraf için sabit olurken<sup>327</sup> şart muhayyerliği, her iki taraf için hatta üçüncü kişiler için sabit olabilir.<sup>328</sup> Cayma hakkı düşürülemez sadece kullanılmayabilir.<sup>329</sup> Ama şart muhayyerliği iradî bir şart olduğu için taraflar dilerse onu düşürebilir.<sup>330</sup> Mesafeli sözleşmelerdeki gibi cayma hakkı kullanılmadan önce semenin ödenmesi gerekebilir ve bu ona zarar vermez.<sup>331</sup> Şart muhayyerliğinde ise semen ödenirse bu –aksi söylenmedikçe- kabul manasına gelir.<sup>332</sup>

### **10. Sözleşme Yapma Vaadi (Ön Sözleşme)**

Bir kimse diğeriyle yaptığı bir sözleşmede ileride onunla veya bir üçüncü kişiyle belirlenen bir sözleşmeyi (ana sözleşme) yapmayı taahhüt ederse bu taahhüdün yer aldığı sözleşmeye, önsözleşme veya sözleşme yapma vaadi denir. Bu taahhüdü veren kimse, artık o sözleşmeyi yapmakla yükümlüdür. Taahhüt, sözleşmenin tek tarafınca verilebileceği gibi iki taraftan birden de verilebilir. Bu sözleşme TBK 29’da düzenlenmiştir. Sözleşme vaadi, ancak borç doğuran bir sözleşme üzerine yapılabilir. Tasarruf işlemi yapılmasına yönelik bir önsözleşme yapılamaz. Önsözleşme bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu için onun kurucu unsuru olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının önsözleşme kurulurken de olması gerekir. Kendisine yapılan vaad yerine getirilmeyen kişi, sözleşmenin yapılmasına icbar için dava açabilir. Hâkimin

<sup>323</sup> Bk. Çalışmanın "Şart Muhayyerliğinin Şarta Bağlanması" başlığı, 103.

<sup>324</sup> Bk. Çalışmanın "Sürenin Uzunluğu ile İlgili Tartışmalar" ve "Sürenin Sona Ermesi" başlıkları, 106-113, 158-159.

<sup>325</sup> Cayma hakları için bk. "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun", md. 18 (taksitli sözleşmelerde), md. 24 (tüketici kredisi sözleşmelerinde), md. 43 (ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde), md. 48 (mesafeli sözleşmelerde), md. 49 (finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde), md. 50 (devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmelerinde)

<sup>326</sup> Bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin "Hukuki Niteliği" başlığı, 49-57.

<sup>327</sup> Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 42.

<sup>328</sup> Bk. Çalışmanın "Muhayyerlik Sahibi" başlığı, 95-100.

<sup>329</sup> Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/1352-1353, 1356; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1571-1573.

<sup>330</sup> Bk. Çalışmanın "Şart Muhayyerliğinin Düşmesi" kısmının "Sözlü Onay-Fesih" başlığı, 143-145.

<sup>331</sup> Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 254.

<sup>332</sup> Bk. Çalışmanın "Şart Muhayyerliğinin Düşmesi" kısmının "Fiili Onay-Fesih" başlığı, 145-150.

vereceği kararın, taahhütte bulunan kişinin irade beyanı yerine geçerek sözleşmeyi kuracağı savunulmuştur.<sup>333</sup>

Sözleşme yapma vaadi ve şart muhayyerliği temelde birbirlerinden farklıdır. Sonraki onay ile daha önceden kurulan satış sözleşmesinin hükümlerini doğurmaya başladığı kabul edilirse ön sözleşmeden değil de şarta bağlı bir satış sözleşmesinden bahsedilmiş olur. Şart muhayyerliğinde tüm mezheplere göre muhayyerlik sahibinin yapması gereken, sözleşmeyi kurmak değil onun hükümlerinin doğmasını sağlamaktır. Onay ile birlikte şart gerçekleşmiş olmakta ve alıcı satıcıdan edimin ifasını talep edebilmektedir. Bu ise önsözleşmeye uygun değildir. Çünkü önsözleşmede yeni bir sözleşme kurmak gerekmektedir. Alıcının onayı sadece bir icaptır.<sup>334</sup>

### **11. Ödeme Muhayyerliği (Hıyâru'n-Nakd)**

Ödeme muhayyerliği, satılan bir şeyin semeninin muayyen zamanda satıcıya verilmesi veya baştan ödenmişse alıcıya iade edilmesi, semen satıcıya verilmediği veya alıcıya iade edildiği takdirde satış muamelesinin fesholması üzere yapılan pazarlıktan ileri gelen muhayyerliktir.<sup>335</sup> Bu muhayyerlik Hanefî ve Hanbelîlerce kabul edilmektedir.

Ödeme muhayyerliğinin amacı şöyle açıklanmıştır: Alıcı satın alacağı malın kendisine uygunluğunu veya semenini üç gün için de teslim edip edemeyeceğini, satıcı da sattığı malın bedelini üç gün içinde alıp alamayacağını bilmek ister. İkisi de bu maksatla süre kazanmak için ödeme muhayyerliğine ihtiyaç duyar. Hatta onun meşruiyeti, şart muhayyerliğine göre önceliklidir. Öyle ki; şart muhayyerliğinin

---

<sup>333</sup> Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1/350-351; Aral - Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 193.

<sup>334</sup> Doğan, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), 72.

<sup>335</sup> Bilmen, Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu, 6/7; Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, "Hıyâru'n-Nakd", 195.

meşruiyeti nasla sabitken ödeme muhayyerliğinin şart muhayyerliğinin delâleti ile<sup>336</sup> sabittir.<sup>337</sup>

Hanefî ve Hanbelî fakihler ödeme muhayyerliğinin şart muhayyerliği manasında olduğunu söylemiştir. Çünkü ikisinde de hak sahibinin üç gün içinde sözleşmeyi onay-fesih hakkı vardır. Ayrıca ikisi de ortak manada yani insanların bu muhayyerliklere duyduğu ihtiyaç konusunda birleşmektedir. Alıcının şart muhayyerliğini kullanarak malın ona uygunluğu üzerine düşünme ihtiyacı olduğu gibi satıcının da ödeme muhayyerliği sayesinde paranın ödenme ihtimali üzerine düşünme ihtiyacı vardır. Süre sonunda ödeme muhayyerliği bulunan sözleşmenin fesholup diğerinin lâzım olması ikisini farklı kılmaz. Ödeme muhayyerliğinde feshe ihtiyaç duyulduğu için süre sonunda sözleşme infisah etmektedir.<sup>338</sup>

Ödeme muhayyerliği şart muhayyerliğinden türemiş bir muhayyerliktir. Bu sebeple hükümleri büyük oranda şart muhayyerliğine benzemektedir. İkisi arasındaki en önemli fark süre sonunda sessiz kalınması halinde şart muhayyerliği bulunan sözleşme lâzım hale gelirken ödeme muhayyerliği bulunan sözleşmenin münfesih (veya fâsit) olmasıdır.<sup>339</sup> Bu farklılığın sebebi, ödeme muhayyerliği ile mal alan alıcının, süre bitene

<sup>336</sup> Nassın delaleti (delaletin delaleti, fahva'l-hitâb, mefhûm-u muvâfakat), ibarenin delalet ettiği mananın ortak illet sebebiyle ibarede geçmeyen olaylara da uygulanmasıdır. Nassın delaletini fikhî kıyastan ayıran nokta şudur: Kıyasta illeti anlamak ve yeni olaya uygulamak için fikhî bir çaba yani icthad gerekir. Fakat nassın delaletinde lafzın manasını anlayan herkes dil ve mantık kurallarına göre bu manayı çıkarıp benzer olaylara uygulayabilir. Örneğin “anne-babaya öf demeyin” ayetinin manasını anlayan her kişi bu âyetten anne-babanın dövülmeyeceğini de anlar. Çünkü öf demek onları incitir ve bu eziyetin en hafifidir. Eziyetin en hafifi yasaksa daha fazlası olan dövme fiili hayli hayli yasaktır. Bk. Ebû Zeyd Abdullâh (Ubeydullâh) b. Muhammed b. Ömer b. İsmâ ed-Debûsî, *Takvîmü'l-edille fi'l-uşûl*, thk. Halil Muhyiddîn el-Meys (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1421/2001), 132; Ali Bardakoğlu, “Delalet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1994), 9/121. Hanefî fakihlere göre nassın delaletiyle hüküm elde etmek kıyas değildir. Hatta nassın delaleti, kıyasın delaletinden daha evlâdır. Örneğin Pezdevî, nassın delaletiyle hüküm elde ederken usul metodlarından herhangi birinin kullanılmadığını, nassın manayı yani hükmü ifade ettiğini anlamada dili bilmenin yeterli olduğunu vurgulamıştır. Hatta Hanefîler kıyasla sabit olmayan hadler ve kefaretlere nassın delaletiyle sabit kılmışlardır. Bu da onların nassın delaletini naslarla aynı seviyede gördüklerini göstermektedir. Şâfiîler'den Gazzâlî de âyette zikredilmeyen durum (meskutun anı), âyette geçen duruma (mantûkun bih) denkse veya ondan daha evlâ ise bu durumda yapılan ilhak işleminin kıyas olarak değil “mefhûmu'l-muvâfaka” kapsamında değerlendirileceğini söylemiştir. Mefhûmu'l-muvâfaka da Hanefî usulünde nassın delaletini ifade etmektedir. Hanbelî usulcülerin çoğunluğu, Şîî usulcüler, Bâkîllânî, Cüveynî, Âmidî ve İbnü'l-Hâcib gibi usulcüler de bu yönde görüş belirtmişlerdir. Bk. Hüseyin Okur, “Hanefî Usulcülerine Göre Nassın Delaleti ve Kıyasla İlişkisi”, *Uluslararası İslâm Araştırmaları Dergisi* 2/1 (2016), 81, 83-84.

<sup>337</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/26; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/281; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/10; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 81; Muhammed Necedat Muhammed, “Hıyârü'n-nakd fi'l-fikhî'l İslâmî ve tatbikâtühü'l-iktisâdiyyetü'l-muâsıra”, *Mecelletü Câmîati Dimaşk li'l-Ulûmi'l-İktisâdiyye ve'l-Kanûniyye* 29/1 (2013), 395.

<sup>338</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 24/2; Cemaluddin Muhammed bin Abdullah ez-Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâ'ik Şerhu Kenzi'd-Dekâik (Haşiyetü's-Şelebî ile birlikte)* (Kahire: el-Matbaatü'l-Kübra el-Emîriyye, 1313), 4/16; Bâbertî, *el-İndâye*, 6/304; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 6/78; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/141-142; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/398-399.

<sup>339</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/282; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/471-472; Kurul, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/39; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/397-398; Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/196.

kadar satıcının sözleşmeyi feshedememesi amacıyla gizlenmesinin önüne geçmektir. Çünkü şart ve ödeme muhayyerliğinde Hanefiler’ce hâkim görüşe göre fesih ancak karşı tarafın haberi olduğu zaman geçerli olmaktadır.<sup>340</sup>

Hukuki nitelikleri açısından, şart muhayyerliği bulunan sözleşmede sözleşmenin hükümlerinin doğması, mutlak iradî şarta yani hak sahibinin sözleşmeyi kurmak istemesine bağlıyken ödeme muhayyerliği bulunan sözleşmede alelade şarta (keyfi fiile), yani alıcı açısından parayı ödemeye, satıcı açısından aldığı parayı alıcıya iade etmemeye bağlıdır.<sup>341</sup> Fakat ikisi de mücerret hak olduğu için tayin ve ayıp muhayyerliğinin aksine hak sahibinin ölümüyle varislerine geçmez.<sup>342</sup>

Süre açısından Ebû Yusuf, şart muhayyerliğinde İmam Muhammed’le birlikte tarafların anlaştığı herhangi bir süreyi geçerli görürken ödeme muhayyerliğinde görüşünü değiştirmiş ve Ebû Hanîfe’nin görüşüne uyarak en fazla sürenin üç gün olacağına hükmetmiştir.<sup>343</sup> Hanbelî mezhebi ise her iki muhayyerlikte de üç gün sınırı getirmemiştir.<sup>344</sup> Bunun haricinde ikisi arasında temel unsurlar, ön hükümler ve hukuki sonuçlar açısından bir fark yoktur.

## 12. Ayıp Muhayyerliği

Ayıp muhayyerliği ve şart muhayyerliği, tarafların iradelerinin sözleşmeye tam olarak yansiyabilmesi için vardır. Şart muhayyerliğinde kişi malı beğenip onaylayınca, ayıp muhayyerliğinde de mal alıcıya ayıptan ari şekilde ulaşınca sözleşme lâzım hale gelmiş olur. Fakat ayıp muhayyerliği kanunen verilmiş bir haktır ve sözleşmede şart koşulması gerekmez. Şart muhayyerliği ise sözleşmede şart koşmakla sabit olur. Ayıp muhayyerliğinin süresi yoktur fakat şart muhayyerliği sürelidir. Ayıp muhayyerliği sadece malda ayıp bulunması halinde onu iade imkânı tanırken şart muhayyerliği ile iade,

<sup>340</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/459; Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr el-Kudûrî, *el-Muhtaşar* ("el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitab" içinde) (İstanbul: Asitane Kitabevi, ts.), 1/180; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i*, 7/304-305; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/27; Bedreddin Simâvî, *Câmi 'u'l-fuşûleyn*, 1/330.

<sup>341</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/471; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/461.

<sup>342</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/486; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/462.

<sup>343</sup> Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i*, 7/26; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâ'ik*, 4/15; Radiyyüddîn Ebû Bekr b. Alî b. Muhammed el-Haddâd, *el-Cevheretü'n-neyyire* (Mısır: Matbaatü'l-Hayriyye, 1322/1904), 1/191; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/281-282; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/9-10; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/459, 472.

<sup>344</sup> Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/196.

hak sahibinin mutlak iradesine bağlıdır. Ayıp muhayyerliği miras kalabilirken şart muhayyerliği miras kalamamaktadır.<sup>345</sup>

### 13. Tayin Muhayyerliği

Türk hukukunda da seçimlik borç<sup>346</sup> olarak geçen tayin muhayyerliği; kıyemîyyattan iki veyahut üç şeyin<sup>347</sup> fiyatlarının ayrı ayrı tespit edilmesi ve alıcının bunlardan dilediğini alması ya da satıcının dilediğini satması şartıyla yapılan sözleşme sonucu elde edilen tercih hakkıdır.<sup>348</sup> Hanefî<sup>349</sup> ve Mâlikîler'e<sup>350</sup> göre meşrudur. Bu hak, şart muhayyerliğine kıyasen ortaya çıkmış bir haktır.<sup>351</sup> Fakat ikisinin, hükümleri açısından birbirinden farkları fazladır.

Tayin muhayyerliği amaç bakımından şart muhayyerliği ile benzerlik taşımaktadır. Kişi, yeterli bilgisi olmadığı için mallar arasında tercih yapamadığı zaman onlardan düşük, orta ve yüksek kalitede üç tanesini tayin muhayyerliği ile alır ve tecrübeli birine danışmak üzere götürür. Böylece birini seçtikten sonra diğerlerini geri getirir.<sup>352</sup>

İkisi arasındaki farklara gelirsek, tayin muhayyerliğinde sözleşmenin hükmü yani mülkiyetin nakli belirsiz bir mal üzerinde sabit olmaktadır. Şart muhayyerliğinde ise henüz sözleşmenin hükümleri doğmamıştır.<sup>353</sup> Şart muhayyerliğinde hak sahibince sözleşmenin feshi mümkünken yani sözleşme gayri lâzımken tayin muhayyerliğinde sözleşme lâzımdır ve hak sahibi tercih yapmak zorundadır.<sup>354</sup> Tayin muhayyerliğinin şart

<sup>345</sup> Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/93-104.

<sup>346</sup> Seçimlik borç, birden fazla şey üzerine taalluk eden borç manasındadır. Hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir. Borç muaccel ise ve borçlu seçimini yapmıyorsa alacaklının ihtarı ile borçlu temerrüde düşer. Tarafların açıkça kararlaştırmaları ile veya işin özelliği gereği seçim hakkı taraflara veya bir üçüncü kişiye ait olabilir. Örneğin lokantada birkaç çeşidi içeren tabldot listesinden istediği yemeği seçmek alıcıya aittir. Seçim hakkı sahibi hakkını kullanınca ifanın konusu, seçilen o edim olarak belirli duruma gelir. Diğer edimler borcun konusu olmaktan çıkar. Bk. Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/652; Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 376-377.

<sup>347</sup> Mâlikîler'e göre malların türleri bir olduğu sürece sayıda bir sınır yoktur. Bir sürü koyundan on tanesinin seçilmesi üzerine yapılan sözleşme de sahihtir. Bk. Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/234-235.

<sup>348</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/463.

<sup>349</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/465; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/55; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/300; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/35.

<sup>350</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/224; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/222-223, 226; Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr 'alâ Muhtaşarı Halîl* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.), 5/123-124; Muhammed b. Hasan el-Bennânî, *el-Fethu'r-rabbânî fî mâ zehle 'anhü'z-Zürkânî* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmîyye, 2002), 5/223; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desukî*, 3/106-107.

<sup>351</sup> Ebû Guddê, *el-Hiyâr ve eseruhü fi'l-ukûd*, 2/585-586.

<sup>352</sup> Kudûrî, *et-Tecrîd*, 5/2252-2254; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/55; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/300; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/35; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/464.

<sup>353</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/271; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/464.

<sup>354</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/466.

muhayyerliğini de barındırdığını söyleyen gruba göre ise tayin muhayyerliğinde de fesih hakkı vardır. Bu gruba göre tayin muhayyerliğinin şart muhayyerliğinden eksik yanı yoktur aksine fazlası vardır. Çünkü tayin muhayyerliği ile kişi birkaç mal arasından beğendiğini alma hakkına sahipken şart muhayyerliğinde bu hak yoktur.<sup>355</sup>

İbnü'l-Hümâm, taraflar tayin muhayyerliği ile beraber şart muhayyerliği kararlaştırmamışlarsa Ebû Hanîfe'ye göre tayin muhayyerliği için tıpkı şart muhayyerliğindeki gibi en fazla üç gün süre belirleneceğini söylemiştir. Çünkü şart muhayyerliği, tayin muhayyerliğinin aslını teşkil etmektedir. Camiul Fusuleyn'de de bu görüş kabul edilmiştir. İmâmeyne göre ise –onların şart muhayyerliğindeki görüşlerine uygun olarak- tarafların anlaştıkları herhangi bir süre geçerli olmaktadır.<sup>356</sup>

#### 14. Vasıf Muhayyerliği

Vasıf muhayyerliği, belli bir vasıf için satın alınan malda aranan vasıf bulunmazsa sahip olunan fesih hakkıdır.<sup>357</sup> Tıpkı şart muhayyerliğindeki gibi alıcıya malı inceleme hakkı verir. Fakat istenen vasıflar malda varsa alıcının fesih hakkı olmaz. Şart muhayyerliği ise mutlak iradî bir şart olduğu için alıcı malda istediği özellikleri bulsa dahi ona iade imkânı verir. Türk hukukunda da benzer ayırım yapılmış ve şöyle denmiştir: Eğer şart, satılan şeyde belli niteliklerin bulunmasına ilişkin ise deneme koşuluyla satış söz konusu olamaz. Bu durumda sadece özel bir şart var demektir.<sup>358</sup> Şart muhayyerliği mücerret bir hak olup varislere miras olarak kalmazken vasıf muhayyerliği ayna bağlı bir haktır ve bu sebeple hak sahibinin ölmesiyle varislerine geçer.<sup>359</sup>

Şart muhayyerliğinde kurulmuş fakat henüz sonuçları doğmamış bir sözleşme vardır. Vasıf muhayyerliğinde ise sözleşme kurulmuş ve sonuçları doğmuştur. Fakat alıcının malı kullanmadan önce kontrol edip onda istenen vasıfların bulunup bulunmadığını tespit etmesi gerekmektedir.<sup>360</sup>

Şart muhayyerliğinde sürenin belirsizliği sözleşmeyi fâsit kılarken vasıf muhayyerliğinde tıpkı ayıp muhayyerliğinde olduğu gibi hakkın kullanılması için

<sup>355</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/56; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i*, 7/276.

<sup>356</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi 'u'l-fuşûleyn*, 1/334; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/302; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/37.

<sup>357</sup> Çeker, *İslâm hukukunda Akitler*, 71.

<sup>358</sup> Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/1330.

<sup>359</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, 6/61.

<sup>360</sup> Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, 71.

belirlenmiş bir süre yoktur. Hatta onun fevri bir hak olmadığı ve kişinin vasfın eksikliğini farkettikten bir süre sonra da sözleşmeyi feshedebileceği söylenmiştir. Tabi örfen belirlenmiş sürelerin aşılp karşı tarafa zarar verilmesine hukuken izin verilmeyeceği de aşıkardır.<sup>361</sup>

### **15. Meclis Muhayyerliği**

Şâfiîler, muhayyerlikleri teşehhi ve nakisa muhayyerliği şeklinde ikiye ayırdıktan sonra şart muhayyerliğini ve meclis muhayyerliğini teşehhi muhayyerlikleri adı altında birleştirmişler ve ikisi için de ortak bir tanım yapmışlardır. Bu tanıma göre teşehhi muhayyerliği, tarafların özgür iradeleriyle birbirlerine tanıdıkları, var olması için sözleşmede bir eksikliğin meydana gelmesinin gerekmediği, sebebinin ise meclis veya şart koşma olduğu muhayyerliktir.<sup>362</sup> Şâfiîlerin iki muhayyerliği tek tanımda ele almalarının sebebi ikisinin de aynı amaca hizmet etmesinden olsa gerektir. Çünkü ikisi de taraflara biraz daha zaman kazandırıp düşünme fırsatı verme işlevini görmektedir. Nitekim nikâhta meclis muhayyerliğinin bulunmamasının bir sebebi şöyle açıklanmıştır: Nikâh öncesinde bu sözleşmenin, kadın-erkek arası helallik ve geri alınamayan sıhriyet bağı oluşturması gibi önemli sonuçları sebebiyle çokça düşünülür. Bu sebeple nikâh sözleşmesinde meclis muhayyerliğine ihtiyaç duyulmaz.<sup>363</sup> Bu muhayyerliğin meşruiyeti hususunda Hanbeliler de Şâfiîlerle aynı görüştedir.<sup>364</sup>

Meclis muhayyerliğinde mülkiyetin ne zaman naklolacağıyla ilgili görüşler şart muhayyerliğindekilerle aynıdır. Şâfiî mezhebinde şart veya meclis muhayyerliği bulunan satış sözleşmesinde mülkiyetin ne zaman naklolduğuna dair üç görüş vardır. Birinci görüşe göre satış sözleşmesi muâvazalı bir sözleşme olduğu için mülkiyetin naklini gerektirir. Bu sebeple sözleşme yapılır yapılmaz teslim dahi gerekmeden mal ve semende mülkiyet karşı tarafa geçer. Bu Hanbelî mezhebinin görüşüyle<sup>365</sup> uyuşmaktadır. İkinci görüşe göre ancak muhayyerlik kullanıldıktan sonra mülkiyet naklolur. O zamana kadar

<sup>361</sup> Bilmen, Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu, 6/61.

<sup>362</sup> Neveî, *el-Mecmû* ' , 10/197; Şirbînî, *Muğni 'l-muhtâc*, 2/600-602.

<sup>363</sup> İbn Kudâme, *eş-Şerhu 'l-kebîr*, 5/82.

<sup>364</sup> İbn Kudâme, *eş-Şerhu 'l-kebîr*, 6/81-82; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/24-26; İbn Müflih, *el-Mübdi* ' , 3/42.

<sup>365</sup> Muvaffakuddîn İbn Kudâme, *el-Kâfi fi fıkhi 'l-İmâmî 'l-mübeccel Ahmed b. Hanbel* (Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994), 2/29.

semen alıcıda mal satıcıda kalır. Üçüncü görüşe göre ise sözleşme mevkuftur ve ancak tercih yapıldıktan sonra mal ve semenin durumu belli olur.<sup>366</sup>

Genel olarak şu söylenebilir ki meclis ve şart muhayyerlikleri maksatları ve hükümleri açısından neredeyse aynıdır. Hukuki niteliği olarak birisi hükmî şartken diğeri iradî bir şarttır. İkisi de naslarla sabit olmuştur. Fakat Hanefiler ve Mâlikîler ilgili nasları tevil ederek meclis muhayyerliğini kabul etmemişlerdir.<sup>367</sup> Bunun sebebi bizce şudur: Aynı amacı gerçekleştirseler de şart muhayyerliği özgür iradeyle sözleşmeye eklendiği için sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir. Taraflar koydukları şartın bilincindedir. Bu sebeple kolay kolay ihtilaf yaşamaz. Ayrıca şart muhayyerliği istisnâî bir durum olduğu için hukuku ve insanları çok meşgul etmez. Ama meclis muhayyerliği kabul edilirse her sözleşmede onunla karşılaşılması gerekecektir. Taraflar başta konuşulmadığı için sözleşmeden sonra bir düşünme süresi olduğunu bilmeyebilir. Sözleşmenin lâzım olduğunu sanarak zarara uğrayabilir. Hatta bilseler bile böyle bir hakkın hukukten verilmesi ve anlaşmayla sözleşmeden önce kaldırılamaması sebebiyle istedikleri şekilde sözleşme kuramamış olur. Bu da satış sözleşmesinin rızai bir sözleşme olması ilkesine aykırıdır ve sözleşme özgürlüğü açısından kusurlu bir durumdur.

### **16. Hibeden Dönme Muhayyerliği**

İbn Kudâme, şart muhayyerliğini karşılığında bedel alınamaması ve miras kalmaması sebebiyle hibeden dönme muhayyerliğine benzetmiştir.<sup>368</sup> İkisi arasındaki temel fark, fakihlerin çoğunluğuna göre malın tesliminden önce -Hanefiler'e göre teslimden önce ve sonra- hibe sözleşmesinin aslen bağlayıcı olmamasıdır. Yani fesih hakkı, sözleşmenin henüz bağlayıcılık kazanmamasından kaynaklanmaktadır.<sup>369</sup> Şart muhayyerliği ise bağlayıcı sözleşmelerde fesih hakkı veren bir şarttır.

### **D. Türk Hukukunda Şart Muhayyerliğine Denk Olarak “Beğenme Koşuluyla Satış”**

*Beğenme koşuluyla satış*, alıcının malı denemesi ve gözden geçirmesi şartıyla yapılan satıştır. Yapılan araştırmalara göre en basit şekliyle Roma hukuku klasik

<sup>366</sup> Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, 10/234; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/236-237; Nevevî, *Minhâcu't-tâlibîn*, 2/610; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/112-113; Şîrbînî, *Mugni'l-muhtâc*, 2/610-611.

<sup>367</sup> Hafif, *Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Ser'iyye*, 338.

<sup>368</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/35-36, 76-77; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/415; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/210-211.

<sup>369</sup> Bardakoğlu, “Hibe”, 17/423.



döneminde ortaya çıkmıştır. Modern kanunların neredeyse tamamında bu satış türüne yer verilmiştir. Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışla büyük benzerlikler içeren bu sözleşme TBK 249-252’de düzenlenmiştir.<sup>370</sup>

Alıcılar, alacakları kıymetli birşey hakkında yeterli bilgiye sahip olmadıkları için hemen kendilerini sözleşmeyle bağlamak istemedikleri zaman, beğenme koşuluyla satın alma yolunu tercih ederler.<sup>371</sup> Fakat satıcılar alıcılara böylesine kapsamlı bir imkân çok sık vermezler. Bu sebeple uygulamada bu satış türüne çok az rastlanmaktadır.<sup>372</sup>

Bu şart, tarihte ilk olarak *satılanın ayıplı çıkmaması bozucu şartı* şeklinde görülmüştür. Beğenme koşulunun içeriğinde, malın denenip muayene edilerek aranan vasıflara uygun olup olmadığının tespiti gibi ayıbın varlığının tespit edilmesi de vardır. Bu sebeple Roma hukukunda bazı hukukçular bu şartı *ayıp ve vadedilen vasıfların yokluğu durumunda talep (actio redhibitoria)* ile birlikte ele almışlardır. Yalnız beğenme koşulu şartla sahip olunan, ikincisi ise kanunen sahip olunan bir hak olması açısından ikisi birbirinden ayrılmaktadır. İlkinde sözleşme onaylamama ifadesiyle bozulurken ikincisinde ayıp davasının açılması gerekmektedir. Muayene ve tecrübe süresi ile ayıbın tespit süresinin birbirine yakın olması bakımından ise iki kurum birleşmektedir.<sup>373</sup>

Beğenme koşulu, *mutlak iradî bir şarttır*. Burada sözleşmeden dönme hiçbir objektif koşula bağlanmamış olup tamamen alıcının iradesine bırakılmıştır. Bu şart, amaç olarak denemeyi ve gözden geçirmeyi içerse de alıcının malı denemesi zorunlu değildir. Alıcı, malı beğense dahi bir sebep belirtmeden sözleşmeyi feshedebilir. Bu sebeple alıcının şeyi onaylaması, şartın gerçekleşmesi için zorunludur. Onun, “Ben bu malı beğendim, alıp almama kararımı bir hafta içinde bildireceğim” demesi, sözleşmeyi onayladığı manasına gelmez ve sözleşme askıda kalmaya devam eder. Fakat sözleşmede alıcının malı beğenmesi halinde satın alması kararlaştırılırsa bu sözleşme adi bir şarta (alelade şarta) bağlı satış olur. Örneğin alıcı, zeytinyağının asidi yüzde beşten az çıkarsa onu alacağım diye şart koşarsa, muayene ile şartın gerçekleştiği ispat edildikten sonra alıcının zeytinyağını satın almama hakkı yoktur.<sup>374</sup>

<sup>370</sup> Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 8, 103.

<sup>371</sup> Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 7; Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2/1557.

<sup>372</sup> Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3/128.

<sup>373</sup> Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 15-16.

<sup>374</sup> Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1/1329; Günay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 901.

Daha önce şartların olgu ve kayıt olarak şart şeklinde ikiye ayrıldığı söylenmişti. Beğenme koşuluyla satışta, alıcının satışı onaylaması satış işleminin hükümlerinin doğmasının bağlandığı olay olması bakımından olgu manasındaki şarttır. Olgu manasındaki şart sözleşmenin tamamlayıcı bir unsurudur. Aynı durumda alıcının sözleşmeyi onaylaması ve sözleşmenin hükümlerinin doğması arasındaki illiyet bağı da kayıt manasındaki şartı ifade eder. Kayıt manasındaki beğenme şartı sözleşmenin kurucu unsuru değildir. O bir görüşe göre geçerlilik unsurlarından diğer bir görüşe göre de tamamlayıcı unsurlardandır.<sup>375</sup> Sirmen, ise tarafların anlaşarak şartı sözleşmenin subjektif esaslı unsuru haline getirebileceğini söylemiştir.<sup>376</sup>

Beğenme koşulu ile satışın kuruluş açısından sıradan rızai sözleşmelerden bir farkı yoktur. Onda malın alıcıya tesliminin gerekmesi onu aynı bir sözleşme yapmaz. Bu sebeple beğenme koşuluyla satış sözleşmesinde, şekil serbestisi geçerlidir. Fakat beğenme koşulu, sözleşmeye eklenen bir tali nokta olduğu için<sup>377</sup> şartın eklendiği sözleşmede noter huzurunda tasdik gibi belli şekil şartları varsa şart da o şekil şartlarına

<sup>375</sup> Sözleşmenin unsurları (olguları) üç tanedir. Bunların birincisi “kurucu unsur”dur. İrade beyanı buna örnektir. Kurucu unsurun olmaması halinde sözleşmenin hükmü “yokluk”tur. İkinci sıradaki “geçerlilik unsurları” kurucu unsurların dışında sözleşmenin kurulması için değil fakat bütül veya iptal edilebilir olmaması için gerekli olan yan unsurlardır. Üçüncü sıradaki “tamamlayıcı unsurlar” ise kurulan sözleşmenin hüküm doğurması için gerekli olan unsurlardır. Son durumda sözleşme bütül değildir fakat sözleşmenin hükümleri henüz doğmamıştır. Bu durumdaki sözleşme İslâm hukukunda mevkuf sözleşmeye tekabül eder. Bk. Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), 56-60; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 79-81, 126.

<sup>376</sup> Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 30-32; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 48-50.

<sup>377</sup> Sözleşmenin ana kurucu olgusu (unsuru) irade beyanıdır. Nadiren sözleşmenin tek kurucu olgusu irade beyanı olur. Örneğin tek taraflı fesih, sadece bir tarafın irade beyanı ile sonuçlarını doğurur. Fakat çoğu zaman sözleşmelerde taşınırlarda teslim, taşınmazlarda tapuya tescil gibi ek kurucu olgular (şekil şartları) vardır. Tüm sözleşmelerin değişmez kurucu olgusu yani olmazsa olmazı olan irade beyanını oluşturan üç nokta vardır. Bunlar esaslı noktalar (essentialia negotii), doğal (kanundan ötürü mevcut) noktalar (naturalia negotii) ve tali (arızî) noktalar (accidentalia negotii). (Doğal ve tali noktaların ikisi birden yan noktalar olarak isimlendirilir. İlki kanunen belirlendiği için objektif yan nokta ikincisi ise taraflarca belirlendiği için subjektif yan nokta olarak isimlendirilir. Taraflar anlaşılırsa yan noktaları subjektif esaslı nokta haline getirebilirler. O zaman bu yan noktalar sözleşmenin ayrılmaz bir parçası haline gelirler. Yani bu durumda onlar olmazsa sözleşme kurulamaz.

Esaslı noktalar, o sözleşmeye has irade beyanında bulunması gereken asgari unsurlardır. Bu unsurların bulunmamasının sonucu “yokluk”tur. Doğal noktalar ise hukuki işleme kanun tarafından bağlanan tamamlayıcı hükümlerdir. Örneğin peşin satışta satış anında bedelin hemen ödenmesi, temerrüt halinde borçlunun kazadan da sorumlu olacağı kanunen belirlenmiş hukuki sonuçlardır. Bu noktalar kanunla sabit olduğundan tarafların ayrıca belirtmesine gerek yoktur. Tali noktalar ise tarafların kendi iradeleri ile doğal noktaları değiştirmesi veya tamamlaması ile ortaya çıkar.

Taraflar yan noktaları (doğal ve tali noktaları) sözleşme yapma iradesinin şartı yaparsa o zaman yan nokta esaslı noktaya dönüşür. Örneğin şartlar, tali noktalar kapsamına girer. Kanunen şartlarda aslolan sözleşmenin sonuçlarında geriye yürümezlik iken taraflar aralarında anlaşarak sözleşmenin hükümlerinin geriye yürütmesini kararlaştırabilirler. Fakat şartlar objektif açıdan (kanunen) tali noktalardan sayılmakla birlikte taraflar sözleşmeyi onusuz kurma niyetinde olmadıkları için subjektif bakımdan aslı bir unsur sayılırlar. (Objektif, kanunda var olan; subjektif ise tarafların kararlaştırdığı kurallar manasına gelir.) Şart iradeye bitişiktir ve şart var olmadan irade oluşmaz. Bu sebeple taraflar şart konusunda anlaşamadığı sürece sözleşme kurulmaz. Ayrıca şart, hukuki işlem için öngörülen geçerlilik unsurlarını taşııyorsa hukuki işlem tümüyle bütül olur. Örneğin bir sözleşme ancak belirli şekil şartları ile kurulabiliyorsa şartın da o şekil şartlarına sahip olması gerekir. Bk. Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 11-14; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 52-54.

uymalıdır. Hatta beğenme koşulunda taraflar anlaşarak beğenme koşulunu sözleşmenin sübjektif esaslı noktası haline getirmişlerdir. Bunun için tarafların bu şart üzerinde mutlaka anlaşmaları gerekir. Hatta Antalya'nın ifade ettiği üzere bugün kanun artık beğenme koşulunu ele aldığı için bu şart objektif esaslı bir unsur haline gelmiştir.<sup>378</sup>

Bu şart aksi belirtilmediği sürece borçlandırıcı işlemi, eğer mal alıcıya teslim edilmişse hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemi şarta bağlayan geciktirici bir şarttır.<sup>379</sup> Şart gerçekleşene kadar sözleşmenin hükümleri askıdadır. Malın denenmek üzere alıcıya teslim edilmesi, şartın bozucu olduğunu göstermez. Fakat taraflar isterse bu şartın bozucu şart olmasını kararlaştırabilirler.<sup>380</sup>

TBK 250'de geçtiği üzere beğenme koşuluyla satılan, alıcının zilyetliğine geçmiş olsa bile satılanın mülkiyeti beğenme koşulunun gerçekleştiği ana kadar satıcıda kalır. Alıcının onay halinde sahip olacağı şeye dair beklenen bir hakkı vardır. *Beklenen hak*, tam hakkın bir önceki aşamasıdır. O, eksik bir hak olduğu için borçlandırıcı işlemde, satıcının mal üzerindeki tasarruflarına engel olmaz. Fakat tasarruf işleminde alıcı, mal kimin eline geçerse ondan talep hakkına sahiptir. Beklenen hak şeklinde elde edilen güvenceler sözleşmenin *doğal noktalarından*dir. Kanun ve dürüstlük kuralı ile oluştukları için tarafların onları kararlaştırması gerekmez. Süre içinde satıcı, şartın gerçekleşmesi halinde ifâyı engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmak ve alıcıya malı deneme imkânını vermek zorundadır. Satıcı bu yükümlülüklerini yerine getirmiyorsa alıcının ifâ davası açma hakkı yoktur. O, sadece tazminat talep edebilir. Çünkü bu yükümlülüklerin özel bir maksadı yoktur. Sadece asıl edime hizmet etmek için vardır. Doktrindeki bazı görüşlerde sadece alıcının ediminin şarta bağlandığı kabul edilse de esas olan tüm sözleşmenin hükümlerinin şarta bağlandığıdır. Taraflar bekleme anında karşı edimi talep edemezler. Çünkü iki tarafın da edim yükümlülüğü yoktur. Alıcı tek taraflı iradesiyle satıcının onayına gerek duymadan malı onaylayabilir veya geri verebilir.<sup>381</sup>

TBK 252'de geçtiği üzere satılan denenmeksizin alıcıya verilmişse, taraflar denemek için süre belirlemişlerse süre sonuna kadar alıcının düşünme hakkı vardır. Süre sonunda alıcı sessiz kalırsa sözleşme, hükümlerini doğurur. Doktrinde genellikle

<sup>378</sup> Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 42-44, 53-54.

<sup>379</sup> Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3/128.

<sup>380</sup> Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1/1329; Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2/1557.

<sup>381</sup> Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 228-229; Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 187-200.

sözleşmenin onayla birlikte geriye etkili olarak baştan beri sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir. Ancak TBK 170/2 gereğince sözleşmenin beğenme koşulunun gerçekleştiği andan itibaren kurulmuş sayılması gerektiğini söyleyenler de olmuştur.<sup>382</sup>

Mal, alıcıya denemesi veya gözden geçirmesi için teslim edilmişse, deneme için süre belirlenmemişse ve adeten belli bir süre de yoksa makul bir süre sonunda satıcı, artık kararını vermesi için alıcıya ihtarda bulunur. İhtar sonunda alıcı yine kararını açıklamazsa beğenme koşulu gerçekleşmiş olur. Yani sözleşme hükümlerini doğurmaya başlar. Alıcı; açık olarak veya malı deneme ölçüsünü aşacak şekilde kullanma, çekince koymadan bedelini ödeme, üzerinde hukuki tasarruflarda bulunma gibi örtülü şekilde sözleşmeye onay verirse, sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur.<sup>383</sup>

TBK 251'e göre eğer deneme satıcının yanında yapılacaksa, yani mal alıcıya teslim edilmemişse ve alıcı sözleşmenin veya âdetin belirlediği süre zarfında kararını açıklamazsa, sözleşme başlangıcından itibaren hükümlerini doğurmaz ve satıcı sözleşmeye bağlılıktan kurtulur. Yani artık o, sözleşme gereği olan borcunu yerine getirmek zorunda değildir. Dilerse malı başkasına satabilir.<sup>384</sup> Sözleşmeye veya âdete göre belirlenmiş bir süre yoksa makul bir süre sonra satıcı, alıcıya kararını açıklaması için ihtarda bulunur ve alıcı kararını açıklamazsa satıcı yine sözleşmeye bağlılıktan kurtulur.<sup>385</sup> Böyle bir durumda satıcı sözleşmeye bağlı değilse de alıcı bağlıdır.<sup>386</sup> Alıcı, satıcının kusurlu davranışı sebebiyle gereken sürede malı deneyememişse ve bunu ispatlarsa sürenin uzatılmasını talep edebilir.<sup>387</sup> Yargıtayın bir kararında beğenme koşuluyla satışta sürenin, malın tesliminden itibaren başlayacağı belirtilmiştir.<sup>388</sup>

Alıcı, red beyanını gönderdikten sonra malı kullansa veya onda tasarrufta bulunsa bile sözleşme artık sona erdiğinden onu tekrar canlandıramaz ve hakkı olmayan bir işlemde bulunduğu için tazminatla yükümlü tutulur. Gönderme, geri yollama ve gözden geçirme giderleri aksi kararlaştırılmadığı sürece alıcıya aittir.<sup>389</sup>

---

<sup>382</sup> Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 212; Aydoğdu - Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 302.

<sup>383</sup> Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2/1559-1564; Günay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 901-905.

<sup>384</sup> Aydın Zevkliler - Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 79.

<sup>385</sup> Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2/1559-1564; Günay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 901-905.

<sup>386</sup> Zevkliler - Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 79.

<sup>387</sup> Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1/1333; Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2/1561.

<sup>388</sup> Günay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 901.

<sup>389</sup> Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1/1333.

Beğenme koşulu ile satışın iki unsuru vardır: Bunlardan biri satış sözleşmesinin esaslı unsurları üzerinde anlaşma, ikincisi ise alıcının satılanı serbest arzusunun göre onaylama şartı üzerine anlaşmadır. Bu şart genel olarak tüketilmeden kullanılan eşyalar için uygulanır. Ama tüketilen eşyalarda beğenme koşuluna az da olsa rastlanmaktadır. Bu durumda alıcı, malın makul bir kısmını denemek için tüketir. Sözleşmenin konusu cins borcu da olabilir. Katalogdan seçilen bir bisikletin beğenme koşulu ile satılması buna örnektir. Bisiklet alıcıya teslim edilince parça borcu haline gelir. Taşınmazlarda borçlandırıcı işlemleri şarta bağlamak mümkündür. Bu sebeple kimi hukukçularca borçlandırıcı işlemleri beğenme koşuluna bağlamak da mümkündür. Fakat şart gerçekleşmeden taşınmazın tapu siciline kaydı yapılamaz. Ama genelde taşınmazların satışının hemen ardından tescil meydana geldiğinden taşınmazların satışında bu şarta rastlanmaz. Beğenme koşulu ile satışın ikinci unsuru olan satışın beğenme şartına bağlı olması üzerine anlaşma da sözleşmede belirtilmelidir. Yoksa işlem, sıradan bir satış işlemi olur. Taraflar isterse malı denemeyi zorunlu hale getirebilir.<sup>390</sup>

Beğenme koşulu ile yapılan satışta satılan malın yararı ve hasarı, şartın gerçekleşmesinden itibaren alıcıya geçer. Eğer şart, bozucu olarak kararlaştırılmışsa ve mal, muayene için alıcıya teslim edilmişse mülkiyet, yarar ve hasar, sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcıya geçer.<sup>391</sup> Eğer şartın gerçekleşmesinden önce mal, alıcıya teslim edilirse -geciktirici şarta bağlı sözleşmelerle ilgili madde gereğince- teslimden sonra maldan elde edilen yararlar, onayla birlikte alıcıya ait olur. Koşul gerçekleşmezse elde edilen yararlar geri iade edilir. (TBK 172/1) Bu sebeple teslimle, yararlarla birlikte hasarın da alıcıya ait olacağını belirtenler olmuştur. Fakat bunun beğenme koşuluyla satışta uygulanmayacağı çünkü bu satışta teslimden maksadın mülkiyetin nakli değil, malın denenmesi olduğu da söylenmiştir.<sup>392</sup>

Satıcı, alıcının onayından sonra malda ortaya çıkan adi bir muayene ile tespit edebilecek ayıplardan veya malın orta vasıfta olmamasından sorumlu değildir. Çünkü alıcı gerekli muayeneyi yapmış olsaydı bu ayıbı ve vasıf düşüklüğünü kolaylıkla anlayabilirdi. Alıcının buna rağmen sözleşmeye onay vermesi, onun ayıba ve vasa razı

---

<sup>390</sup> Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 59-67.

<sup>391</sup> Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1/1330; Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2/1558.

<sup>392</sup> Aydoğdu - Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 303; Zevkliler - Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 78.

olduğu anlamına gelir. Fakat tarafların aralarında anlaşması durumunda aksi kararlaştırılabilir.<sup>393</sup>

Federal mahkeme, beğenme koşulunun varlığı hususunda ihtilaf olursa ispat yükümlülüğünün şartın varlığını iddia eden alıcıya değil satışın kesin satış olduğunu iddia eden satıcıya ait olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme bu kararı, ikrarın bölünmezliği ilkesine dayandırmıştır.<sup>394</sup> Satışın alelade satış olarak yapılmış olması esas olduğundan ispat yükünün alıcıya ait olduğu da söylenmiştir.<sup>395</sup>

## II. ŞART MUHAYYERLİĞİNİN AMACI VE UYGULAMA ALANI

Bu başlık altında şart muhayyerliğinin hangi amaçlarla, hangi sözleşme türlerinde kullanılabileceği incelenecektir. Başlangıçta sadece satış sözleşmesinde kullanılan şart muhayyerliğinin günümüzde birçok sözleşmede kullanılması, faydalarının satış sözleşmesine has olmadığını göstermektedir. Onun bazı sözleşmelerde şart koşulamaması ise daha çok sözleşmenin ruhunun şartı kabul etmemesi veya garar ve faiz gibi yasaklanan durumların ortaya çıkması yüzündendir.

### A. Amacı

İslâm hukukunun erken dönem kaynaklarında şart muhayyerliğinin amacıyla ilgili yeterli bilgi yoktur. Habbân b. Munkiz hadisinin içeriğinde, o sahabenin başına aldığı darbe sebebiyle zihni melekelerinin zayıfladığı ve bu sebeple alışveriş yaparken aldandığından bahsedilmektedir. Hz. Peygamber de Habbân'ın yaptığı alışverişini düşünüp tartması ve yakınlarına danışması için ona üç gün muhayyerlik vermiştir. Fakat bu amaç, farkedebildiğimiz kadarıyla ilk defa Serahsî ve Kâsânî tarafından açıkça zikredilmiştir. Serahsî üçüncü kişilere muhayyerlik verilmesinin cevazının gerekçesini şu şekilde açıklamıştır: Kişiler mahiyetine hâkim olmadıkları bir şey satın almış olabilir ve onu tecrübeli bir arkadaşına veya akrabasına göstermek için sözleşmeye şart muhayyerliği eklemek isteyebilir.<sup>396</sup> Kâsânî de şart muhayyerliğinin alışverişte düşünüp tartma ve böylece zarara uğramaktan ve pişmanlıktan kurtulma amacını gerçekleştirmek için ihtiyaç sebebiyle caiz olduğunu söylemiştir. Bu görüşünü de İmameyn'in Habbân b.

<sup>393</sup> Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2/1559; Zevkliler - Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 78-79.

<sup>394</sup> Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2/1558.

<sup>395</sup> Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 215; Aydoğdu - Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 304.

<sup>396</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/47-48.

Munkiz hadisindeki üç günlük mühleti gabni önlemek olarak illetlendirmelerine dayandırmıştır.<sup>397</sup>

Şâfiî mezhebinde de şart muhayyerliğinin şart koşulmasında mal ve sözleşme üzerine düşünme ve başkalarına danışma amaçları ön plana çıkmaktadır.<sup>398</sup> Hatta onlar meclis muhayyerliğinin de bu amacı gerçekleştirdiğini söylemektedir. Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler ise insanın sözleşmeden önce alacağı malı iyice kontrol ederek pişmanlıktan kurtulabileceğini söylemişlerdir. Bu gruba göre sözleşme icap-kabul ile tamamlandıktan sonra vazgeçmek aşırılıktır. Ayrıca şart muhayyerliği ile de pişmanlıktan kurtulmak mümkün olduğu için meclis muhayyerliğine lüzum yoktur. Meclis muhayyerliğini kabul edenler ise, karşı tarafın şart muhayyerliğini her zaman kabul etmeyeceği için meclis muhayyerliğine ihtiyaç olduğunu söylemiştir.<sup>399</sup>

Şart muhayyerliğinin üç ana amacı vardır: 1. Malı denemek. Ev aldığı anda komşularına bakmak, köle aldığı anda hizmetine, güvenilirliğine, itaatkârlığına bakmak gibi. 2. Aldığı malın fiyatının pahalı mı ucuz mu olduğunu araştırmak. 3. Malı veya semen dışında sözleşmede rızasına etki edecek diğer etmenleri incelemek. Yani bu malı gerçekten isteyip istemediğini düşünmek.<sup>400</sup> Tecrübesiz kişi bu amaçları gerçekleştirmek isterken sözleşme fırsatını kaçırabilir. Bu durumda şart muhayyerliği ile ek süre kazanır.<sup>401</sup>

Ayrıca eğer satıcı, şart muhayyerliği ile malını satmaya razı olmuşsa bu, onun malına olan güvenini gösterir ve alıcıyı malı almaya teşvik eder. Satıcılar, beğenmezsen geri getir sözünü bir pazarlama tekniği olarak kullanırlar. Evlilik sözleşmesinde bu muhayyerliğe gerek duyulmamıştır. Çünkü evlilikte asıl amaç, ticaretteki gibi kar elde etmek değil karşılıklı uyum ve iletişimidir.<sup>402</sup>

Gün geçtikçe üretilen malların çeşitliliği artmakta, içeriği daha karmaşık bir hal almaktadır. Bu sebeple tüketiciler ne satın aldığından tam olarak emin olamamaktadır. Bu da onları aldanmaya daha yatkın hale getirmektedir. Art niyetli pazarlamacılar da bu

<sup>397</sup> Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-şanâ'î*, 7/24-25.

<sup>398</sup> Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed el-Mâverî, *el-Hâvi'l-kebîr*, thk. Şeyh Ali Muhammed Muavviz, Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1419/1999), 6/556.

<sup>399</sup> Ebû Abdillâh Muhammed b. Ali el-Mâzerî, *Şerhu't-Telkîn* (Dâru'l Garbi'l-İslâmi, 2008), 2/532.

<sup>400</sup> Osman b. el-Mekkî ez-Zebîdî, *Tavzihu'l-ahkâm şerhu Tuhfeti'l-hükkâm* (Matbaatü't-Tunusiyye, 1339), 3/62; Mâzerî, *Şerhu't-Telkîn*, 2/534-535.

<sup>401</sup> Hafif, *Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Ser'iyye*, 361.

<sup>402</sup> Zebîdî, *Tavzihul Ahkam*, 3/61; Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Cedd İbn Rüşd, *el-Mukaddimât el-Mümehtidât* (Beyrut: Dâru'l-Garbi'l İslâmi, 1988), 2/86.

imkânlardan faydalanarak insanları dolandırmaktadır. Bu da günümüz de muhayyerliklere duyulan ihtiyacı artırmaktadır.<sup>403</sup> Ayrıca yeni pazarlama tekniklerinin de etkisiyle insanlar bazen ihtiyaç duymadıkları şeyleri alarak daha sonra pişman olabilmektedir. Alıcı eğer şart muhayyerliği ile alışveriş yaparsa alışverişten sonra sakın kafayla enine boyuna düşünme imkânı bulur. Mal elinde olduğu için onu tecrübe eder. Onun tam olarak işine yarayacak mal olup olmadığına, verdiği paranın ona deyip deymediğine, belirlenen süre içinde karar verir.

Hanbelî mezhebi kaynaklarında zikredildiği üzere verdiği borçtan menfaat elde edebilmek maksadıyla muhayyerlik şart koşturmak sahih değildir. Örneğin birinin borç verdiği kişiden muhayyerlikle mal satın alarak onun gelirinden ve menfaatinden faydalandıktan sonra verdiği borç geri ödendiğinde sözleşmeyi bozması faize götüren bir hile olduğu için caiz değildir.<sup>404</sup> İbn Kudâme, İbn Hanbel'den (ö. 241/855) bunun cevazına dair bir görüş aktarmıştır. Bu görüşün malın tüketilerek faydalanılabilen türden olması veya amacın borç karşılığı menfaat elde etmek olmaması haline hamledileceğini söylemiştir. Nitekim bazen bir kişi başka birine borç vermek istediği halde ona güvenemez. Bu yüzden o, verdiği para karşılığı muhayyerlikle bir mal satın alarak, borcun ödenmemesi halinde verilen miktarın semen olması şartını koşar. Hanbelî mezhebinde bu işlemde bir sakınca olmadığı ve İmam Ahmed'in buna cevaz verdiği söylenmiştir.<sup>405</sup>

## B. Uygulama Alanı

Şart muhayyerliği iki taraf için veya tek taraf için lâzım ve feshi mümkün olan sözleşmelerde şart koşulabilmektedir. O, sahih sözleşmelerde olduğu gibi fâsit sözleşmelerde de geçerlidir. Fakat bu şart, fâsit sözleşmede, ancak teslimden sonra şart koşulabilmektedir. Fâsit sözleşmelerde her iki tarafın fesih hakkı olmasına rağmen sözleşmeye muhayyerlik eklenmesinin faydası, bu sözleşmelerde malın tesliminden sonra mülkiyet doğduğu için şart muhayyerliği ile mülkiyetin naklinin engellenebilmesidir. Örneğin şart muhayyerliği içeren fâsit bir sözleşmeyle alınan köle, alıcıya teslim

<sup>403</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/30.

<sup>404</sup> Hanbelî mezhebine göre muhayyerlik esnasında maldan elde edilen gelirler sözleşme feshedilse dahi alıcıya ait olduğu için alıcının onları kullanması muhayyerliğini düşürmemektedir. Ama Hanefî mezhebinde bu durumda muhayyerlik düştüğü için bahsedilen hilenin uygulanması mümkün değildir. Bk. Çalışmanın "Fiili Onay-Fesih" başlığı, 145-150.

<sup>405</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/135-138; Buhûti, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/202.



edildikten sonra azat edilse bile azat işlemi geçerli değildir. Çünkü şart muhayyerliği, kölenin mülkiyetinin alıcıya geçmesini engellemektedir.<sup>406</sup>

Bedreddin Simâvî (ö. 823/1420), sekiz sözleşmede şart muhayyerliğinin geçerli olduğunu söylemiştir. Bunlar satış, kira, kismet, muayyen ve gayri muayyen malda sulh, kitâbet, mal karşılığı azat ve muhâleadır. Son üçünde sadece Ebû Hanîfe, kadın ve köle için muhayyerlik vermiştir. Koca ve efendi için ise ittifakla muhayyerlik hakkı verilmemiştir. Bunun sebebi kadın ve köleyi belirsizlik nedeniyle mağdur etmemek olsa gerektir. Ayrıca rehin sözleşmesinde rehin veren, mala ve nefse kefalet sözleşmesinde de kefil olan ve olunan için şart muhayyerliği geçerlidir. Rehin ve kefalet sözleşmelerinde alacaklı olan için sözleşme zaten gayri lâzım olduğundan, onlar adına şart muhayyerliği koşulması gereksizdir.<sup>407</sup> İbn Nüceym; kira sözleşmesi manasında oldukları için müzâraa ve musâkat sözleşmelerini yine havâle, ibrâ, şuf'a ve (Ebû Yusuf'a göre) vakfı da ekleyerek şart muhayyerliğinin onbeş<sup>408</sup> yerde geçerli olduğunu söylemiştir.<sup>409</sup>

Niçin özellikle bu sözleşmelerin zikredildiğine gelince hepsinin ortak özelliği lâzım ve feshi mümkün olmalarıdır. Bazılarına şart muhayyerliği eklenebilmesi de temel sözleşmeler olan satış ve kira sözleşmelerine benzerliklerine dayandırılmıştır. Örneğin Hanefiler'e göre kismet sözleşmesi ve mal üzerine sulh sözleşmesi satış sözleşmesine benzediği için onlara şart muhayyerliği eklenmesi câiz görülmüştür. Fakat kısısta sulh sözleşmesinin feshi mümkün olmadığı için, onda muhayyerlik geçerli kabul edilmemiştir. Mal karşılığı azat ve boşama da kadın ve köle açısından muâvazalı sözleşme olduğu için gabin ihtimalini ortadan kaldırabilmek adına bu sözleşmelerde şart muhayyerliğine izin verilmiştir. Kefâlet sözleşmesine de -zarar görme ihtimalinin yüksek olduğu ivazlı bir sözleşme olmasından dolayı- şart muhayyerliğinin eklenebileceği kabul edilmiştir. Hatta bu sözleşmede ve havâle sözleşmesinde Ebû Hanîfe'ye göre üç gün sınırı da yoktur.<sup>410</sup> Havâlede muhalün leh (borçlu) ve muhalün aleyh (borcu üzerine alan) için şart

<sup>406</sup> Burhânüddîn Mahmûd b. Ahmed el-Buhârî, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî fî'l-fıkhî'n-Nu'mânî* (Beyrut: Dâru Kütübî'l-İlmiyye, 2004), 6/428; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuṣûleyn*, 1/329; İbnü'l-Hümâm, *Fetḥu'l-kadîr*, 6/276-277; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/467; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/436.

<sup>407</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuṣûleyn*, 1/329; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/5.

<sup>408</sup> Onbeş denilmesine rağmen sayı aslında onaltıdır.

<sup>409</sup> İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/5; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/463-464.

<sup>410</sup> Serahsî, Ebû Hanîfe'den şöyle aktarmıştır: Satım sözleşmesinin aksine kefalet sözleşmesinde üç günden fazla muhayyerlik caizdir. Çünkü kefalet, genişlik üzerine kurulmuş bir sözleşmedir ve bazı bilinmezliklere bağlanabilir. Örneğin falancadaki tüm alacağına kefilim demek geçerlidir. Bu sebeple muhayyerlikte de kısa veya uzun bir süre geçerli olur. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 17/199.

muhayyerliği caizdir. İbrâda muhayyerliği de Pezdevî (ö. 482/1089) “hezl” bahsinde zikretmiş, İbn Âbidîn (ö. 1252/1836) ise bu sözleşmede muhayyerlik şart koşulabilmesi hakkında ihtilaf olduğunu aktarmıştır. Musâkat ve muzâraa sözleşmelerinin de kira sözleşmesine benzetilerek şart muhayyerliğine uygun olduğu söylenmiştir.<sup>411</sup>

Şart muhayyerliğinin geçerli olmadığı sözleşmeler Hanefiler’e göre on tanedir: Nikâh, bedelsiz talâk, yemin, nezir, sarf, selem, ikrar, vekâlet, vasiyet, bedelsiz hibe.<sup>412</sup> Bu sözleşmelerin seçilmesinin sebebi; nikâhın, para karşılığı olmayan talâkın ve kısasta sulhun feshi kabul etmemesinden<sup>413</sup>, ikrarın<sup>414</sup> haber manası taşıması ve tabiatı gereği haberlerin şüpheyi kabul etmemesinden; ivazsız hibe, vekâlet ve vasiyetin tarafları bağlayıcı olmaması sebebiyle tek taraflı fesih için şart muhayyerliğine ihtiyaç duymamasından, sarf<sup>415</sup> ve selem sözleşmesinde faiz yasağı sebebiyle<sup>416</sup> teslim ve tesellümün hemen tamamlanması gerektiğindendir.<sup>417</sup>

Şâfiî mezhebinde faiz yasağı sebebiyle sarf ve selem sözleşmesinin yanı sıra mezhebin faiz yorumu gereği yiyecek maddesinin yiyecek maddesiyle değişimi sözleşmelerinde ve maslahat gereği çabuk bozulan malların satışında meclis muhayyerliği caiz olsa da şart muhayyerliği caiz değildir.<sup>418</sup> Sarf ve selemde vade bile yasaktır. Şart muhayyerliği, mülkiyetin nakline mâni olması bakımından vadeye nazaran evleviyetle yasaktır.

<sup>411</sup> İbn Nüceym, *el-Baḥrû’r-râ’ik*, 6/5; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muḥtâr*, 6/469-470.

<sup>412</sup> İbn Nüceym, *el-Baḥrû’r-râ’ik*, 6/5; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muḥtâr*, 6/463-464; Cezîrî, *Kitâbü’l-fikh ale’l-mezâhibi’l-erbaa*, 2/160.

<sup>413</sup> Sözleşmenin feshedilebilir olmasından kasıt, tarafların anlaşarak onu feshedebilmesidir. Böylece nikâh sözleşmesinin dinden dönmeyle feshi açıklanmış olur. Çünkü nikâh, tarafların arzusuyla feshi mümkün olmayan bir sözleşmedir. Dinden dönenin nikâhının düşmesi, feshin dinden dönmeye bağlanması sebebiyledir. Bu, nikâh sözleşmesine şart muhayyerliği eklenebileceğini göstermez. Kocanın cariye olan eşini mülk edinmesi ile nikâhın feshi de aynı bağlamda değerlendirilir. Bk. İbn Âbidîn, *Reddû’l-muḥtâr*, 6/469; Cezîrî, *Kitâbü’l-fikh ale’l-mezâhibi’l-erbaa*, 2/159.

<sup>414</sup> Fakat istisnaen ikrar, satış sözleşmesi yapıldığı hakkındaysa bu sanki yeni bir satış sözleşmesi gibi görülmüş ve onda şart muhayyerliğine cevaz verilmiştir. Bk. İbn Nüceym, *el-Baḥrû’r-râ’ik*, 6/5; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muḥtâr*, 6/469-470.

<sup>415</sup> Sarf sözleşmesinde bedellerin hemen teslim edilmesi gerekir. Şart muhayyerliği Ebû Hanîfe’ye göre mülkiyetin naklini, İmâmeyn’e göre mülkiyetin tamamlanmasını engellediği için bu sözleşmede şart muhayyerliğinin var olması sözleşmeyi ifsat eder. Bu fesad sözleşmenin aslına nüfuz eder. Ama muhayyerlik meclis dağılmadan düşürülürse sözleşme sahihe döner. Çünkü henüz fesat sözleşmeye yerleşmemiştir. İskat için sadece sözlü beyan yeterli olmayıp paraların değişimi gerekir. İmâm Mâlik’e göre, muhayyer olan meclis dağılmadan muhayyerliğini düşürse de bir kere faiz oluştuğu için sözleşme batıldır. Bu konuda Şâfiîler de Mâlikîler’le aynı görüştedir. Bk. Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, 3/223-224; Karâfi, *ez-Zaḥîre*, 5/31; İbn Cüzey, *el-Kavânînu’l-fikhiyye*, 166.

<sup>416</sup> Farklı bir görüş olarak Zeydiyye mezhebine göre şart muhayyerliği, selemde caiz değil ve sarfta caiz iken İmâmiyye mezhebine göre hem selemde hem sarfta caiz kabul edilmiştir. Bk. Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi’l-ukûd*, 1/244.

<sup>417</sup> İbn Nüceym, *el-Baḥrû’r-râ’ik*, 6/5; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muḥtâr*, 6/469-470.

<sup>418</sup> Şîrâzî, *el-Muhezzeb*, 10/214; Ebû’l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân es-Süyûtî, *el-Eşbâh ve’n-nezâ’ir fi kavâ’id ve fîrû’i fîkhi’s-Şâfi’iyye* (Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1990), 454.

İmam Mâlik de sarf sözleşmesinde şart muhayyerliğine cevaz vermemiştir. Hatta Hanefiler'in aksine muhayyer olan meclis dağılmadan muhayyerliğini düşürse de fesadın ortadan kalkmayacağını söylemiştir. Bu yasaklama faizle ilişkilendirilmiştir.<sup>419</sup> Karâfi ise şart muhayyerliğinin amacının malın fiyatı hakkında değerlendirme yapmak olduğunu, mislî malların birbirleriyle değişiminde ve sarf sözleşmesinde böyle bir ihtiyaç olmadığı için şart muhayyerliğinin bulunamayacağını söylemiştir.<sup>420</sup> Böylece hükmü faiz iletine değil böyle bir işleme ihtiyacın olmamasına bağlamıştır. İmam Mâlik'e göre selem sözleşmesinde semen ödenmemişse bir-iki gün gibi kısa bir süre için şart muhayyerliği caizdir. Çünkü alıcının buna ihtiyacı vardır. Süre uzunsa muhayyerlik sahibi hakkını iptal etse de sözleşme sahih olmaz. Çünkü selem sözleşmesinde semenin ödenmesi kısa bir süre için geciktirilebilir. Fazlası, deyn karşılığı deyn satışına girer. Bu yüzden gecikme sadece üç güne kadar affedilmiştir.<sup>421</sup> Buna ek olarak İmam Mâlik'e göre havâle, kefâlet ve rehin sözleşmelerinde de şart muhayyerliği caiz değildir.<sup>422</sup>

Şâfiîler'de ittifakla alıcı için ve bir kavle göre şefî için şuf'ada ve Iraklı Şâfiî'lerin aktardığına göre -muâvaza sözleşmesi olarak görülmezse- havâle, ivazsız hibe, ibrâ, fesih olarak kabul edilirse ikâle, indirim şeklinde yapılan sulh, vakıf, azat, tedbir, talâk, ric'at (talâk sonrası eşe geri dönme), nikâh, vasiyet ve zorunlu kismet sözleşmesinde şart muhayyerliği caiz değildir. Kirada şart muhayyerliği kesinlikle yokken meclis muhayyerliğinin varlığı konusunda ihtilaf vardır.<sup>423</sup>

Şirbînî, kira sözleşmesinde meclis muhayyerliği bulunmamasını şöyle açıklamıştır: "Kira, madumun satışı olduğu için garar içeren bir sözleşmedir. Muhayyerlik de garar içerdiği için kira sözleşmesinde şart muhayyerliği olması, gararı garara eklemek manasına geldiğinden caiz değildir."<sup>424</sup> Aynı sebep şart muhayyerliği için de geçerli olabilir. Nitekim Cüveynî (ö. 478/1085), İmam Şâfiî'in kira sözleşmesinde şart muhayyerliğine, kiralık malın menfaatinin kesintiye uğraması sebebiyle cevaz vermediğini söylemiştir. Menfaatler an be an oluştukları için onun tam olarak teslimi mümkün değildir. Eğer kiracı muhayyerse fesih halinde süre içinde kaybolan menfaati

<sup>419</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/223-224; Karâfi, *ez-Zaḥîre*, 5/31; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 166.

<sup>420</sup> Karâfi, *ez-Zaḥîre*, 5/23.

<sup>421</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/223-224, 329; Karâfi, *ez-Zaḥîre*, 5/31; Zürcânî, *Şerḥu'z-Zürcânî*, 5/207.

<sup>422</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/224.

<sup>423</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/217; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/110-111.

<sup>424</sup> Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/599.

geri veremeyecek, kiralayan muhayyerse süre içinde meydana gelen menfaatler kaybolacaktır.<sup>425</sup> Hanbeli mezhebi de aynı gerekçeyle, ilk durumda kiralayan zarara girdiği, ikincisinde de henüz tamamlanmamış kira sözleşmesinden ücret alındığı için buna cevaz vermemiştir. Ama onlara göre kira müddeti, muhayyerlik müddetinden sonra başlıyorsa şart muhayyerliği caizdir. Zayıf olan ikinci bir görüşe göre kira müddeti sözleşme anından itibaren başlıyorsa da şart muhayyerliğine izin verilmektedir. Bu durumda sözleşme fesholursa kiracı maldan faydalandığı sürenin kıymetini ödeyecektir.<sup>426</sup>

İbn Nüceym onlara şu şekilde cevap vermiştir: “Kira, muâvazalı bir sözleşme olduğu için konusunun mecliste teslim alınması gerekmez. Kiranın ikâle ile feshi mümkün olduğuna göre şart muhayyerliği ile de feshedilebilmesi gerekir. Ayrıca şart muhayyerliği, düşünmek için zaman kazanma ihtiyacını karşılar. Kişi, kira sözleşmesini de yeterince düşünmeden yapabileceğinden kiraladığı malın kendisine uygun olmadığını fark ettiğinde sözleşmeyi feshetmek için şart muhayyerliğine ihtiyaç duyabilir.”<sup>427</sup> İbn Nüceym burada özetle şunu demek istemiştir: Menfaatler, muhayyerlik bitene kadar kullanılamaz. Bu sebeple kiracı muhayyerse fesih halinde geri ödemesi gereken bir şey yoktur. Kiralayan muhayyerse, malı zaten muhayyerlik bittikten sonra teslim edeceği için borcunu tam olarak îfâ edebilecektir.

Şirbînî, bir kişinin satın almasıyla kendiliğinden azat olan kişileri yani yakın akrabalarını satın alması durumunda ve musarrât satışında da şart muhayyerliğinin olmayacağını söylemiştir. Musarrât satışında şart muhayyerliğinin yasak olmasının sebebi, hayvanın memesinde süt biriktirilmesinin ona zarar vermesidir. Çünkü bu süt sözleşmeye dâhil olduğu için satıcı tarafından da sağlamayacaktır. Ezrâî (ö. 783/1381), bunun sadece memesinde süt biriktirilmiş hayvanlara değil bütün süt veren hayvanlara uygulanması gerektiğini söylemiştir. Çünkü üç gün boyunca sağılmamak her hayvana zarar verecektir.<sup>428</sup>

<sup>425</sup> İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rüknuddîn el-Cüveynî, *Nihâyetü'l-maṭlab fî dirâyeti'l-mezheb* (Dâru'l-Minhâc, 2007), 6/32.

<sup>426</sup> İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebir*, 6/82-83; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/143-152; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/406-407; Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/203-204.

<sup>427</sup> İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 1418/1997, 8/64.

<sup>428</sup> Şirbînî, *Muğni'l-muḥtâc*, 2/607.

Hanbelîler’de zorunlu kısmet sözleşmesinde, fesih olarak kabul edilirse şuf’ada,<sup>429</sup> faiz yasağı sebebiyle sarf, selem ve ribevi malların mecliste aynı cinsten bir malla takasında; maddi zarar ihtimali olmayan nikâh,<sup>430</sup> bedelsiz hul gibi sözleşmelerde, rehin veren için de dâhil<sup>431</sup> rehin sözleşmesinde, isteyerek gabne razı olunduğu için kefalet ve mukâtebe sözleşmelerinde,<sup>432</sup> ittifakla iki taraf için de bağlayıcı olmayan şirket, mudârebe, cuâle, vekâlet, vedîa, vasiyet gibi sözleşmelerde, mezhebin ana görüşüne göre bağlayıcı olmayan musâkat, muzâraa gibi sözleşmelerde<sup>433</sup> ve baskın görüşe göre havâlede<sup>434</sup> şart muhayyerliği caiz değildir.<sup>435</sup>

Bu sözleşmelere şart muhayyerliği eklenmişse, Hanefîler’e göre sözleşme meclisi dağılmadan muhayyerlik düşürülürse sözleşme sahih olur. Çünkü sözleşme meclisi “câmiu’l müteferrikât”tır. Meclis dağılmadan önce yapılan her işlem tek bir anda yapılmış kabul edilir. Yani taraflar ayrılmadıkları sürece fesad sözleşmeye yerleşmemiştir. Şartın kaldırılması onun hiç şart koşulmaması manasına gelmektedir.<sup>436</sup> Şart muhayyerliği ile yapılan nikâhta ise şart kendiliğinden düşmekte nikah ise geçerli olmaktadır.<sup>437</sup> Şâfiîler’e göre ise muhayyerliği kabul etmeyen sözleşmelere muhayyerlik eklemek sözleşmeyi bâtil kılmaktadır.<sup>438</sup>

<sup>429</sup> Bu görüşe göre şuf’a sözleşmesinde mal, ilk alıcıdan zorla alındığı ve şefî’in malı satın alması ilk satışı fesih manasında olduğu için –fesih şarta bağlanamayacağından– şuf’ada şart muhayyerliği olmaz. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/147-148.

<sup>430</sup> İbn Teymiyye, Ahmed b. Hanbel’den bir rivayette nikâh sözleşmesinde de şart muhayyerliğinin olabileceğini aktarmıştır. Bk. Ebü’l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed İbn Teymiyye, *el-Fetâva’l-kübrâ li ibn Teymiyye* (Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1987), 4/80.

<sup>431</sup> Rehın sözleşmesi, rehın alan için zaten gayri lâzım olduğundan onun için şart muhayyerliği geçersizdir. Rehın veren için de malın teslimine kadar sözleşme gayri lâzım olduğu için buna gerek görülmemiştir. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/151-152.

<sup>432</sup> İbn Hâmid (ö. 403/1012), kefalet sözleşmesinde şart muhayyerliği şart koşulabilir, demiştir. Bk. İbn Kudâme, *eş-Şerhu’l-kebîr*, 6/82-83; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/143-152; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/406-407; Buhûti, *Keşşâfü’l-kınâ*, 3/203-204.

<sup>433</sup> Ama bazılarına göre bu sözleşmeler kira sözleşmesine benzer ve lâzımdır. Bu sebeple onlarda muhayyerlik geçerlidir. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/152.

<sup>434</sup> Bir taraf sözleşmeyi yapmaya zorlandığı için karşı tarafın da muhayyerlik hakkı yoktur. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/152.

<sup>435</sup> İbn Kudâme, *eş-Şerhu’l-kebîr*, 6/82-83; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/143-152; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/406-407; Buhûti, *Keşşâfü’l-kınâ*, 3/203-204.

<sup>436</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi’u’l-fuûileyn*, 1/329. İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 1433/2012, 7/151-154, 8/29.

<sup>437</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi’u’l-fuûileyn*, 1/324.

<sup>438</sup> Ebu Yahya Zeynüddin Zekeriyâ b. Muhammed b. Ahmed el-Ensâri, *Esne’l-meâtîlib şerhu Ravzi’t-tâlib* (Dâru’l-Kütübi’l-İslâmî, ts.), 2/43.

### III. MEŞRUIYETİ

Şart muhayyerliği İslâm hukuku sözleşme sisteminin genel kurallarına uymamaktadır. Mülkiyetin naklini gerektiren sözleşmelerde ana kural, sözleşmenin ve sonuçlarının hemen doğmasıdır. Fakat ticari hayattaki gereksinimler şart muhayyerliğinin istisnâ olarak geçerli kılınmasını gerektirmiştir. Bunun için de güçlü delillere ihtiyaç vardır. Kur'an, genelde umumi hükümleri esas aldığı için sözleşmelerle ilgili ayrıntılara yer vermemiştir. Bu sebeple onda şart muhayyerliği ile ilgili bir bilgiye ulaşılamamaktadır. Birazdan ayrıntılarıyla inceleneceği üzere şart muhayyerliğinin ana delili hadis ve sahabe icmâdır. İcmân dayanağı ise konuyla ilgili rivâyetlerden çok, bu muhayyerliğe duyulan ihtiyaç ve bu ihtiyaç sebebiyle meydana gelen örfdür. Bu sebeple şart muhayyerliğini kabul etmeyen fakih sayısı yok denecek kadar azdır. Bu muhayyerliği reddeden Zâhirîler icmân oluşmasından sonra ortaya çıkan bir grup olduğu için onların ihtilafının icmâ bozmayacağı kabul edilmiştir.

#### A. Konu ile İlgili Hadisler

Şart muhayyerliği ile ilgili âyet bulunmadığı için fukahânın bu konudaki en güçlü delili hadisler olmuştur. Meseleyle ilgili delil getirilen temel hadis de Allah Rasûlü'nün, sahabeden Habbân b. Munkiz'e verdiği muhayyerlikle ilgilidir. Aşağıda bu rivâyet sened ve metin açısından tahlil edildikten sonra konu ile ilişkilendirilen diğer rivâyetler incelenecektir.

##### 1. Habbân b. Munkiz Hadisi

Sahabeden Habbân b. Munkiz'in başından geçen olayın aktarıldığı rivâyet, *Kütüb-i Sitte*<sup>439</sup> ile diğer kaynaklarda<sup>440</sup> tahrir edilmiştir. *Kütüb-i sitte*'de nakledilen rivâyetlerin genelde takdî' edildiği göze çarpmaktadır. Hatta İbn Mâce'nin *Sünen*'i hariç diğer eserlerde muhayyerlik verilen sahabenin ismi veya muhayyerlik lafzı dahi geçmemektedir. Rivâyeti en geniş şekliyle Beyhakî, *Sünen*'inde nakletmektedir. Buna göre İbn İshak'tan şöyle rivâyet edilmiştir: “Muhammed b. Yahya b. Habbân dedi ki:

<sup>439</sup> Buhârî, “Büyü”, 48; Ebu'l-Hüseyn Müslim b. Haccâc, *el-Müsnedü's-Sahîh*, thk. Muhammed Fuad Abdülbâkî (Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, ts.). “Büyü”, 12; İbn Mâce, “Ahkâm”, 24; Ebû Dâvud, “İcâre”, 32; Tirmizî, “Büyü”, 28; Nesâî, “Büyü”, 12.

<sup>440</sup> Örnek olarak bk. Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl el-Buhârî, *et-Târihu'l-Kebîr* (Haydarabad: Dairatü'l-Mearifi'l-İslâmiyye, ts.), 8/17; Ebû'l-Hasen Ali b. Ömer ed-Dârekutnî, *Sünen-i Dârekutnî* (Beyrut: Müessesetü'r-risale, 2004), 4/10.

Dedem Munkiz b. Amr<sup>441</sup> başından yara almıştı. Bu sebeple telaffuzu bozulmuş, akli melekesi de eksilmişti. Alışveriş yaparken sürekli aldanıyordu. Fakat alışveriş yapmaktan da vazgeçemiyordu. Bu durumu Allah Rasûlü'ne anlattı.<sup>442</sup> O da (s.a.v): ‘Bir şey satın aldığın zaman<sup>443</sup> aldatmaca yok de, o zaman yaptığın alışverişte üç gece (bazı rivâyetlerde üç gün) muhayyerliğin olacak. Razı olursan malı elinde tut, ya da iade et.’ buyurdu. Habbân, Hz. Osman dönemine kadar yaşadı. O zaman yüz otuz yaşında ihtiyar bir adamdı. Bir şey satın aldığı anda ve etrafındakiler bunu niye aldın diye sorduğunda, (nasıl olsa) Allah Rasûlü bana alışveriş yaptığımda üç gün muhayyer olduğumu söylemişti, diyordu. Bunu iade et, sen aldanmışsın dendiğinde geri gidiyor ve satıcıdan malını geri almasını parasını da iade etmesini istiyordu. Satıcı da hayır sen razı oldun ve malı alıp gittin (gibi sözlerle) isteğini geri çeviriyordu. Fakat sahabeden birisi onunla gelip satıcıya, Allah Rasûlü onu, satın aldığı şeylerde üç gün muhayyer kıldı, dediğinde satıcı parayı iade ediyor ve malını geri alıyordu.”<sup>444</sup>

*Kütüb-i Sitte*’nin tamamında nakledilen “aldatmaca yok” lafzının geçtiği ilk kısmın<sup>445</sup> sahih olduğu muhaddislerce ifade edilmektedir.<sup>446</sup> Rivâyette muhayyerlikten bahsedilen ikinci kısım ise<sup>447</sup> İbn Mâce (ö.273/887), Beyhakî<sup>448</sup> (ö. 458/1066) ile Dârekutnî’nin<sup>449</sup> (ö. 385/995) *Sünen*’lerinde ve Buhârî’nin (ö.256/870) *Târih*’inde<sup>450</sup> mürsel olarak nakledilmektedir. Mürsel olmasına rağmen Şâfiîler dâhil fukahânın neredeyse tamamı bu rivâyetlerle amel etmiştir. Nevevî, bunu “Mürsel hadis başka bir

<sup>441</sup> Muhayyerlik verilen sahabe bazı rivayetlerde Habbân b. Munkiz, bazılarında ise Munkiz b. Amr olarak aktarılmıştır. Bk. Dârekutnî, *Sünen-i Dârekutnî*, 4/7.

<sup>442</sup> Diğer bazı rivayetlerde, olayı Hz. Peygamber’e bildirenin Habbân b. Munkiz’in ailesi olduğu, ailesinin Allah Rasûlü’nden, Habbân’ı hacretmesini istediği bildirilmiştir. Bu sebeple Hz. Peygamber Habbân’ı yanına çağırması ve onu hacretmiş, Habbân ise ona (s.a.v) alışveriş yapmadan duramayacağını söylemiştir. Allah Rasûlü de Habbân’a: “O zaman bir şey satın aldığın zaman karşı tarafa, aldatmaca yok, de...” buyurmuştur.” bk. İbn Mâce, “Ahkâm”, 24.

<sup>443</sup> Bu rivayetin orijinalinde bu kısım, “satın aldığın zaman” إِذَا أَنْتَ بَعْتَ şeklinde geçmektedir. Bazı rivayetlerde bu kısım, “alışveriş yaptığın” zaman (إِذَا بَايَعْتَ) şeklinde aktarılmaktadır. Bu sebeple bazı fakihler satıcı için muhayyerliğin hadislerden çıkacağını diğer çoğunluk ise bu hakkın satıcıya, alıcıya kıyas yoluyla verileceğini söylemişlerdir. Bk. İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 6/4-5.

<sup>444</sup> Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn el-Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ (Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1424/2003), 5/449.

<sup>445</sup> إِذَا بَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَافَ

<sup>446</sup> Tirmizî (ö. 279/892) bu hadisin sahih, hasen ve garip olduğunu söylemiştir. Hâkim de (ö. 405/1014) bu rivayetin şeyhaynın şartlarına göre sahih olduğunu belirtmiştir. bk. Tirmizî, “Büyû”, 28; Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh Hâkim en-Nisâbü’rî, *el-Müstedrek ‘ale’s-Şâhihayn* (Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1990), 4/113.

<sup>447</sup> وَلَئِكَ الْخِيَارُ ثَلَاثًا، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ إِبْتِغَاءُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ، فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ، وَإِنْ سَخَطْتَ فَأَرُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا

<sup>448</sup> Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, 5/449.

<sup>449</sup> Dârekutnî, *Sünen-i Dârekutnî*, 4/10.

<sup>450</sup> Buhârî, *et-Târihu’l-Kebîr*, 8/17.

mürsel veya müsned hadisle, sahabe sözleriyle veya fukahânın genelinin fetvalarıyla desteklendiğinde Şâfiîlerce delil olarak kabul edilir.” şeklinde açıklamıştır.<sup>451</sup>

Habbân b. Munkiz hakkındaki rivâyet, fukahâ tarafından birçok farklı meselede delil olarak kabul edilmiştir. Şart muhayyerliği, gabin muhayyerliği<sup>452</sup>, tağrir muhayyerliği<sup>453</sup> ve hacir<sup>454</sup> bu hadisten çıkarılan başlıca meselelerdir. Öyle ki bazı eserlerde bu rivâyetin körün alışverişi,<sup>455</sup> meclis muhayyerliğinin caiz olmaması<sup>456</sup> ve murâbahada aldanma muhayyerliği gibi meselelerde ele alındığı görülmektedir.<sup>457</sup> Fakat bu rivâyete dayanılarak hadisin ana konusu olan gabin muhayyerliği değil de hadisten doğrudan anlaşılamayan şart muhayyerliği meşru görülmüştür. Öyle ki gabin muhayyerliğini sınırlı sayıda fakih kabul ederken şart muhayyerliği hakkında icmâ vardır. İsmi geçen sahabenin gabne uğrama sebebi akli melekесinin zayıflığı olduğu düşünülürse bu rivâyetten herkes için geçerli bir gabin muhayyerliği çıkarılmaması akla yatkındır. Fakat o sahabeye verilen hak eğer şart muhayyerliği ise bunun sebebi yine onda bulunan akıl noksanlığıdır. Fukahanın bu rivâyetten nasıl genel bir şart muhayyerliği çıkardığı ise incelemeye değerdir. Rivâyet üzerine yapılan başlıca yorumlar şunlardır:

1. Habbân hadisinin şart muhayyerliğine delalet ettiği, fukahânın neredeyse tamamı tarafından kabul görmüş ve bu rivayet fıkıh kitaplarının çoğunun şart muhayyerliği ile ilgili bölümlerinin başında bu muhayyerliğe delil olarak zikredilmiştir. Bunun başlıca sebebi rivayette geçen “lâ hılâbete” lafzının “şart” olarak algılanması olsa gerektir.<sup>458</sup> Fukahâya göre aksine delil olmadığı sürece sebebin hususiliği hükmün umumiliğine mâni değildir. Hz. Muhammed’in bu hakkı Habbân için vermiş olması, onun başkalarına da verilemeyeceği manasına gelmez. Rivâyette

<sup>451</sup> Neveî, *el-Mecmû’*, 10/214-215.

<sup>452</sup> Ebû Muhammed Abdülvehhâb el-Bağdâdî, *el-İşrâf ‘alâ nüketi mesâ’ili’l-İhlâf* (Dâru İbn Hazm, 1999), 2/555; Ebû’l-Hasan Ali b. Muhammed el-Lahmî, *et-Tebşıra (Ta’lîk ‘ale’l-Müdevvene)* (Katar: Vizâratü’l-Evkâf ve’ş-Şuûnü’l-İslâmiyye, 2011), 10/4580-4582; İbn Rüşd, *el-Mukaddimât el-Mümehhidât*, 2/99.

<sup>453</sup> Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, 5/269; Remlî, *Nihâyetü’l-Muhtâc*, 4/75; Bağdâdî, *el-İşrâf*, 2/555; İbn Rüşd, *el-Mukaddimât el-Mümehhidât*, 2/99; Hattâb, *Mevâhibü’l-celîl*, 4/473; Ali b. Ahmed el-Adevî, *Haşiyetü’l-Adevî (Şerhu Muhtasarı Halil li’l-Hıraşî ile birlikte)* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, ts.), 2/151.

<sup>454</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 24/158; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/12.

<sup>455</sup> Ebû’l-Fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li-ta’lîli’l-Muhtâr* (Lübnan: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 2009), 2/10.

<sup>456</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 1418/1997, 5/441-442.

<sup>457</sup> Süheyb Abdülcabbar, *Câmiu’s-Sahih li’s-Sünen ve’l-Mesânid*, 2014, 33/438.

<sup>458</sup> Teyşîr Abdullâh Nâes, “Hıyâru gabni’l-müstersil beyne hıyârâti’l-emânât ve hıyârâti’t-teravvî: Dirâsetün nakdiyyetün fıkhiyye li tasnîfi hıyârî gabni’l-müstersil”, *Mecelletü’ş-Şerîa ve’d-Dirâsâti’l-İslâmiyye* 34/116 (2019), 383.



sadece alıcıya bu hakkın verilmesi, onun satıcıya da verilemeyeceğine yahut sürenin üç gün olarak zikredilmesi daha fazla sürenin şart koşulamayacağına delil değildir.<sup>459</sup>

2. İbn Arâbî (ö. 543/1148), isim zikretmeden bazı fakihlerin bu hakkı Habbân'a has kabul ettiğini söylemiştir.<sup>460</sup> Çünkü Habbân, akli melekeleri tam olarak yerinde olmayan bir kişiydi. Bu yüzden, alışveriş yaptığında sık sık aldanıyordu. Sözleşme esnasında “aldatmaca yok” dediği zaman karşı taraftan, onun kendisinin zayıflığını farketmesine ve onu gabne uğratmayacağına dair bir söz almış oluyordu. Bu saatten sonra karşı taraf sözünü yerine getirmese tağirde bulunmuş oluyor ve Habbân için fesih hakkı doğuyordu. “Hilâbe” kelimesinin sözlük anlamının “aldatma” olması da buna işaret etmektedir.<sup>461</sup> Ayrıca rivâyette geçtiği üzere satıcının Habbân'ın muhayyerlik hakkından haberi yoktur. Bu sebeple Habbân'ın -Hz. Peygamber'in ona tanıdığı ayrıcalık sayesinde- bu muhayyerliğe sözleşmede şart koşmasa dahi sahip olabildiği söylenmiştir.<sup>462</sup>

3. Habbân'ın alışverişleri tıpkı murâbaha, tevliye, vadîa veya istirsâl sözleşmeleri gibi güvene dayalı sözleşmelerdendir. Karşı taraf bu güveni istismar ettiği zaman da fesih hakkı doğmaktadır. Nitekim bir kısım fukaha, herhangi bir kişinin sözleşme anında rivâyette geçen “aldatmaca yok” lafzını zikretmesi halinde istirsâlin tahakkuk edeceğini söylemiştir. Yani bu durumda karşı tarafa güvenerek fiyatı onun belirlemesini isteyen taraf (müstersil) gabne uğrarsa iradesi sakatlandığı için fesih hakkına sahip olmaktadır.<sup>463</sup> Nitekim Hz. Peygamber'in, Habbân'a “aldatmaca yok” demeyi tavsiye etmesi, hilenin sözleşmeye etki eden bir unsur olduğunu göstermekte ve bu görüşü desteklemektedir.<sup>464</sup>

4. Bu rivâyet gabin muhayyerliğine delildir.<sup>465</sup> Bağdat Mâlikîleri ve Hanbelîlerin gabin muhayyerliğini kabul ettiği bilinmektedir. İmam Mâlik'ten her gabinli satışta alıcı tecrübesiz ve bilgisizse muhayyerlik hakkının olacağı rivâyet edilmiştir.<sup>466</sup> Ancak çoğunluk ise bu rivâyetten gabin muhayyerliği çıkarılamayacağını söylemiştir. Çünkü gabin muhayyerliği süreyle sınırlandırılmadığı halde bazı rivâyetlerde Habbân'ın muhayyerlik süresi üç günle sınırlandırılmıştır. Yine gabin muhayyerliği için “aldatmaca yok” ifadesinin kullanılması

<sup>459</sup> Ebû Muhammed Muhyissünne el-Begavî, *Şerhu's-sünne* (Beyrut: el-Mektebetü'l-İslamiyye, 1983), 8/48; Mustafa el-Hın, Mustafa el-Buğa, Ali Şırbacı, *el-Fıkhu'l-Menhecî ale mezhebi'l-İmam Şâfiî* (Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 1992), 6/23.

<sup>460</sup> Ebu Bekir İbn Arabî, *el-Mesâlik fi şerh-i Muvatta-i Mâlik* (Dâru'l-Garbi'l İslami, 2007), 6/167.

<sup>461</sup> Ebû Muhammed Bedrüddîn el-Aynî, *Umdetü'l-Kârî* (Beyrut: Dâru İhya-i Tûrasi'l Arabî, ts.), 11/233-234; Ebû'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-bârî bi-şerhi Şâhihi'l-Buhârî* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1379), 4/337-338.

<sup>462</sup> Ebû Ömer Cemâlüddîn Yûsuf İbn Abdilber, *el-İstizkâr* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000), 6/538.

<sup>463</sup> Cengiz Kallek, “İstirsâl”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2001), 23/376.

<sup>464</sup> Ebû'l-Hasen Ali b. Halef İbn Battâl, *Şerhu Sahîhi Buhârî* (Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 2003), 6/247; Nâes, “Hıyâru gabni'l-müstersil”, 378, 381.

<sup>465</sup> İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 3/225.

<sup>466</sup> İbn Battâl, *Şerhu Sahîhi Buhârî*, 6/246-247; İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-bârî*, 4/337-338; Aynî, *Umdetü'l-Kârî*, 11/233-234; Ali Kumaş, *İslâm Borçlar Hukukunda Gabin* (Konya: Selçuk Üniversitesi, Doktora Tezi, 2011), 125.

gerekmez. Ayrıca tek başına gabin, sözleşmeyi ifsad etseydi Hz. Peygamber'in Habbân'ın diğer gabinli alışverişlerini de iptal etmesi gerekirdi.<sup>467</sup>

5. İbn Kudâme, Habbân'a has olan muhayyerliğin, "aldatmaca yok" denildiğinde -karşı taraf bunun manasını bilmiyor olsa dahi- sahip olunan muhayyerlik olduğunu söylemiştir. Ama çoğunluğun kabul ettiği üzere başkaları sözleşmede bu kelimenin manasını bilerek "aldatmaca yok" dedikleri zaman şart muhayyerliğine sahip olacaktır.<sup>468</sup> Bu sayede bu hadisteki muhayyerliğin Habbân'a has olması görüşü ile genel bir şart muhayyerliği olması görüşleri birleştirilmiş olmaktadır.

6. Bu rivâyet hacirle de ilgilidir. Eğer hacir meşru olmasaydı, Habbân'ın ailesi Allah Rasûlü'nden onun hacredilmesini istemezdi. Tahâvî (ö. 321/933) üç günlük muhayyerliğin Habbâna has bir hacir olduğunu söylemiştir. Hanefiler'in başını çektiği bir grup tam aksine<sup>469</sup> Habbân'ın aklındaki noksanlığa rağmen Hz. Muhammed'in onun alışveriş yapmaya devam etmesine izin vermesinin hacrin caiz olmadığına delalet ettiğini savunmuştur.<sup>470</sup>

7. "Aldatmaca yok" lafzının hukuki bir yaptırımı yoktur. Hz. Muhammed'in, Habbân'a bu sözü söylemeyi tavsiye etmesi, kişinin karşı tarafa alışverişte tecrübesiz olduğunu bildirmesi içindir. O zamanın insanları da dindar oldukları için bu söze itibar etmişlerdir.<sup>471</sup> İbn Nüceym, bir kişi "aldatmaca yok" dediğinde karşı tarafın dinen onu uyarması ve ona nasihat etmesi gerektiğini söylemiştir.<sup>472</sup>

Bizce Habbân hadisinin şart muhayyerliğine delâleti zayıftır. Çünkü rivâyet yukarıda bahsedildiği üzere akli melekelerinde zayıflık olan kimseye verilmiş bir ruhsattır. İbnü'l-Hümâm ve Nevevî'nin de şart muhayyerliğinin ana delili olarak bu rivâyeti kabul edenleri eleştirmesi bu görüşümüzü kuvvetlendirmektedir.<sup>473</sup> Fukahâ, - ticari alanda geniş bir uygulama alanı olan bu kurumu nasla desteklemek istediği için olsa gerek- bu hadisi şart muhayyerliğinin ana delili kabul etmiştir. Rivâyette sürenin üç günle sınırlandırılması veya sözleşmede "aldatmaca yok" lafzının zikredilmesinin şart kılınması, onu şart muhayyerliği yapmaz. Bu durum onu gabin muhayyerliği yapmaktan çıkarsa dahi onun şart muhayyerliği olduğuna dair bir delil yoktur. Çünkü şart

<sup>467</sup> Begavî, *Şerhu's-sünne*, 8/48; el-Hin, el-Buğa, Şırbacı, *el-Fıkhu'l-Menhecî*, 6/23.

<sup>468</sup> İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/93; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/129-130, 133-134; Tehânevî, *İ'lâü's-Sünen*, 14/48.

<sup>469</sup> Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes el-Asbahî İmam Mâlik, *el-Muvatta* (Mektebetü'l-İlmiyye, ts.), 279; Ebû Ca'fer Ahmed et-Tahâvî, *Şerhu müşkili'l-âşâr* (Müessesetü'r-Risâle, 1419), 12/338; Serahsî, *el-Mebsût*, 24/158; İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-bârî*, 4/337-338.

<sup>470</sup> Aynî, *Umdetü'l-Kârî*, 11/234.

<sup>471</sup> Muhammed Enver Şah el-Keşmirî, *Urflu's-Şezî Şerhu Câmiî't-Tirmizî* (Beyrut: Dâru't-Türâsî'l Arabî, 2004), 3/31.

<sup>472</sup> İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/4.

<sup>473</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/277-278; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/215.

muhayyerliği kişiye çok geniş yetkiler vermektedir. Sürenin üç gün olması belki de Habbân'a verilen ayrıcalığın süresinin sınırlandırılması içindir. "Aldatmaca yok" lafzının zikredilmesi de Habbân'ın, durumunu karşı tarafa açıklaması ve herhangi bir ihtilaf durumunda ispat yükünden kurtulması için olabilir. Yahut bu uyarı belki de karşı tarafın daha dikkatli davranmasını sağlayıp oluşabilecek problemlerin önüne geçmek içindir. Bizce Habban'ın yaptığı alışverişler daha çok güvene dayalı sözleşmelere benzetilmektedir. "Aldatmaca" yok diyen kişi, tıpkı murâbaha sözleşmesinde olduğu gibi tecrübesiz ve aldatılabilir olduğunu söyleyerek karşı taraftan kendisini kandırmamasını istemektedir. Karşı taraf da bunu bilerek ona yaklaşmakta ve sözleşmede fahiş gabin oluşması halinde sorumluluğu üstleneceğini kabul etmektedir.<sup>474</sup>

Sözleşmenin şarta bağlanmasına olumsuz yaklaşan mezheplerin Habban hadisine dayanarak şart muhayyerliğinin meşruiyetini ispatladıkları görülmektedir. Şartlara daha esnek bir bakış taşıyan Hanbelî mezhebinin ise şart muhayyerliğinin meşruiyetini kabul etmede bir sıkıntı yaşamadığı için Habbân hadisine fazla atıf yapmadığı söylenebilir. Nitekim onların şart muhayyerliğini delillendirirken "Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar." hadisini de delil aldıkları görülmektedir.<sup>475</sup>

Habbân hadisi dışında doğrudan şart muhayyerliğine delâlet eden sahih bir rivâyet yoktur. Diğer bazı rivâyetlerde geçen muhayyerlik lafızlarının şart muhayyerliğine hamledilmesi hususunda fukahâ arasında ihtilaf vardır. Ayrıca aşağıda bahsedileceği üzere bu rivayetler şart muhayyerliğini kanıtlayacak güçte de değildir.

## 2. Şart Muhayyerliğine Delil Olarak Getirilen Diğer Hadisler

1. İbn Ömer'den nakledilen "Hz. Peygamber iki ay muhayyerliğe izin verdi."<sup>476</sup> rivâyeti hadis kitaplarında tahrir edilmemiştir. Ancak Hanefî fıkıh kitaplarından *Hidâye*, *Kenz* ve şerhlerinde zikredilmiştir. Buhârî şârihi Aynî (ö. 855/1451), merfu olarak nakledilen bu rivâyetin isnadı bulunmaması sebebiyle aslının olmadığını ifade etmiştir.<sup>477</sup> İbn Nüceym ise hadisin sıhhati ile ilgili bir tartışmaya girmeden delaleti ile ilgili itirazda bulunmuştur. Ona göre şart muhayyerliği

<sup>474</sup> Murâbaha ile ilgili bilgi için bk. İbrahim Kafî Dönmez, "Murâbaha", *Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2020).

<sup>475</sup> Ezrak, Hıyâru'l-Meclis ve's-Şart ve Eserühümâ fî Akdi'l-Bey: Dirâsetün Fıkhiyyetün Mukârene, 77.

<sup>476</sup> *bk. Bâbertî, el- 'Înâye*, 6/299. *حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أجازَ الْخِيَارَ إِلَى شَهْرَيْنِ*

<sup>477</sup> Ebû Muhammed Bedrüddîn el-Aynî, *el-Binâye fî şerhi 'l-Hidâye* (Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000), 8/50.

ile birlikte görme veya ayıp muhayyerliğine de delâlet edebilecek bu rivâyetten şart muhayyerliğinin süresi ile ilgili bir sonuca varmak yanlıştır.<sup>478</sup>

2. “Bir adam, diğerinden bir deve satın almış ve dört gün muhayyerlik şart koşmuştur. Allah Rasûlü ise bu satışı iptal ederek ‘Muhayyerlik üç gündür.’ buyurmuştur.” İbn Hibbân (ö.354/965) bu hadisi tuvalet sonrası temizliğin (istincâ) üç taşla yapılacağı hadisine<sup>479</sup> kıyas etmiştir. Ona göre gerekirse istincada üçten fazla taş kullanılabildiği gibi sözleşimde üç günden fazla da şart muhayyerliği uygulanabilmelidir.<sup>480</sup> Rivâyetin senedinde geçen Ebân b. Ayyâş, İbn Meysere ve Hafs’ın rivâyetlerinin hüccet olamayacağı söylenmiştir. İbnü’l-Mülakkîn (ö. 804/1401) ise hadisin aziz<sup>481</sup> olduğunu zikretmiştir.<sup>482</sup>

3. İbn Ömer’in iki ay muhayyerliğe onay verdiği aktarılmıştır. Zeylaî bu rivâyetin garîb<sup>483</sup> olduğunu ifade etmiştir.<sup>484</sup> Aynî, Attâbî’den (ö. 586/1190) İbn Ömer’in bir ay muhayyerlikle satış yaptığını, diğer bir rivâyette de İbn Ömer’in alıcıya iki ay muhayyerlik vererek cariye sattığını aktarmıştır. Fakat bu rivâyetlerin sahih bir isnatla sabit olmadığını da belirtmiştir.<sup>485</sup> Hanefîler’den şart muhayyerliği süresini üç gün olarak sınırlayanlardan bazıları İbn Ömer’in uygulamasını şart muhayyerliği olarak değil de iki ay süreli ikâle vaadi olarak yorumlamıştır.<sup>486</sup> İmam Muhammed (ö. 189/805) ve Serahsî, Hz. Ömer’in bir deve satışında iki ay muhayyerliğe onay verdiğini, Kâsânî ise Hz. Ömer’in kendisinin bir sözleşmede iki ay muhayyerlik şart koştüğünü aktarmıştır.<sup>487</sup> Şart muhayyerliğinin üç günden fazla olamayacağını kabul edenlerden bazıları bu rivâyetlerin senedindeki kusurları dile getirirken bazıları da metinde geçen muhayyerliklerin şart muhayyerliği değil de ayıp veya görme muhayyerliği olabileceğini söylemiştir.<sup>488</sup> Ama bu muhayyerlikler süre ile sınırlandırılmayacağı için açıklama yerinde değildir.

<sup>478</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 6/7.

<sup>479</sup> Müslim, “Tahâret”, 17.

<sup>480</sup> Aynî, *Umdetü’l-Kârî*, 11/235; Ebü’l-Ferec Cemâlüddîn Abdurrahmân İbnü’l-Cevzî, *et-Tahkîk fî ehâdîsi’l-Hilâf* (Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1415), 168.

<sup>481</sup> Senedinin râvî sayısı, başından sonuna kadar her tabakada en az iki olan hadisler için kullanılan terim. Bk. Abdullah Aydın, “Aziz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1991), 4/331.

<sup>482</sup> Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdullâh ez-Zeylaî, *Naşbü’r-râye li-tahrîci ehâdîsi’l-Hidâye* (Beyrut-Cidde: Müessesetü’r-Reyyân-Dâru’l Kible, 1997), 4/8; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, 5/450; Tehânevî, *İ’lâü’s-Sünen*, 14/46-47; Dârekutnî, *Sünen-i Dârekutnî*, 4/11; Ebû Hafs Sirâcüddîn İbnü’l-Mülakkîn, *Şevâhidü’l-tavzîh fî şerhi’l-Câmi’i’s-şâhîh* (Dımaşk: Dâru’n-Nevâdir, 2008), 14/259.

<sup>483</sup> Senedinin herhangi bir yerinde râvî sayısı bire düşen hadis. Bk. Salahattin Polat, “Garîb”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1996), 13/375.

<sup>484</sup> Burhâneddin el-Merginânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti’l-Mübeddî* (Beyrut: Dâru İhyâu’t-Turâsî’l-Arabiyyi, ts.), 3/29; Zeylaî, *Tebyînü’l-hakâ’ik*, 4/8, 14; Aynî, *el-Binâye*, 8/50; Sirâcüddîn Ömer b. İbrâhîm İbn Nüceym, *en-Nehrü’l-fâ’ik* (Dâru Kütübî’l-İlmiyye, 2002), 3/365; Şeyhzade Damat Efendi, *Mecmau’l-Enhur fî Şerhi Mülteka’l-Ebhur* (Dâru İhyâu’t-Turâsî’l-Arabiyyi, ts.), 2/24.

<sup>485</sup> Aynî, *el-Binâye*, 8/50; Tehânevî, *İ’lâü’s-Sünen*, 14/46.

<sup>486</sup> Tehânevî, *İ’lâü’s-Sünen*, 14/46.

<sup>487</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 9/264; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-şanâ’i*, 7/24-25.

<sup>488</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 8/41-42.

4. “Sözleşmede muhayyerlik bulunması hariç, taraflar birbirlerinden ayrılmadıkları sürece muhayyerdirler.”<sup>489</sup> rivâyeti ve aynı manayı ifade eden diğer rivâyetler, meclis muhayyerliğini kabul edenlere göre tarafların bedenlen birbirlerinden ayrılmadıkları sürece sözleşmeyi fesih hakkı olduğunu ifade etmektedir. Rivayetin “sözleşmede muhayyerlik bulunması hariç” kısmı bazı nakillerinde “biri diğerine ‘tercihini yap’ demedikçe” şeklinde geçmektedir.<sup>490</sup> Meclis muhayyerliğini kabul edenlerce bu kısımda, taraflar bedenlen birbirlerinden ayrılmasalar da biri diğerine “tercihini yap” der diğeri de yaparsa meclis muhayyerliğinin sona ereceği belirtilmektedir. Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlere göre ise tarafların ayrılmasından kastedilen sözlerin ayrılması yani icap ve kabul muhayyerlikleri iken ikinci kısımda kastedilen şart muhayyerliğidir. Yani hadisin anlattığı, icap-kabulden sonra taraflar şart muhayyerliği eklemediği sürece sözleşmenin lâzım olacağıdır.<sup>491</sup>

5. Hz. Ömer’e atfedilen “Satış sözleşmesi ya safka ya da muhayyerliktir.”<sup>492</sup> rivâyetinde geçen muhayyerlik lafzı, şart muhayyerliği olarak anlaşılmıştır. Rivâyet, senedindeki inkıtâ sebebiyle muhaddislerin çoğu tarafından zayıf olarak nitelenmiştir.<sup>493</sup>

6. Yine Hz. Ömer’den, “Ey insanlar alışverişte muhayyerlik süresi olarak Allah Rasûlü’nün Habbân b. Munkiz’e verdiği üç günden fazlasını uygun görmüyorum. O kördü ve Allah Rasûlü ona istediği takdirde sözleşmeyi onaylamak veya feshetmek üzere üç gün muhayyerlik vermişti. Bu da köle satışındadır.” şeklinde bir söz aktarılmıştır.<sup>494</sup> Sondaki “Bu da köle satışındadır.” ziyadesi bazılarınca hata olarak görülmüş ve bu hükmün tüm satışlara şamil olduğu kabul edilmiştir.<sup>495</sup> İbn Kudâme, bu rivâyetin Hanbelîlerce sabit olmadığını söylemiştir. İbn Hacer (ö. 852/1449) ve Beyhakî de senetteki İbn Lehîa’ya dikkat çekerek onun nakilde teferrüd ettiğini<sup>496</sup> söylemiştir. Ebû Gudde de bu sürenin köle satışında ayıp sebebiyle iade için olabileceğini vurgulamıştır. Çünkü köle satışında gizli ayıpların ortaya çıkması ve kölenin ölme ihtimali sebebiyle bu süre gerekebilir.<sup>497</sup>

<sup>489</sup> Buhârî, “Büyü”, 44.

<sup>490</sup> Buhârî, “Büyü”, 43.

<sup>491</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2240; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/156-157; Ebû’l-Kâsım Abdülkerîm b. Muhammed er-Râfî, *Fethu’l-‘azîz fi Şerhi’l-Vecîz* (Dâru’l-Fıkr, ts.), 4/211; Karâfî, *ez-Zâhire*, 5/23; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/39.

<sup>492</sup> *الْبَيْعُ صَفْقَةً أَوْ خِيَارًا* bk. Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, 5/447.

<sup>493</sup> Necmeddin en-Nesefî, *Tilbetü’l-Talebe* (Bağdat: Matbaatül Amire, 1311), 128; Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, 5/37; Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/244-245; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/28-29.

<sup>494</sup> Dârekutnî, *Sünen-i Dârekutnî*, 4/11; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, 5/450.

<sup>495</sup> Tehânevî, *Îlâü’s-Sünen*, 14/46.

<sup>496</sup> Senedin bir yerinde râvinin tek kalmasına teferrüd ve infirâd denir. Bk. Salahattin Polat, “Ferd”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1995), 12/368.

<sup>497</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi’l-ukûd*, 1/201.

7. Musarrât hadisinde<sup>498</sup> zikredilen muhayyerlik, Serahsî'ye göre şart muhayyerliğidir. Memesi şişkin olan hayvanın bol süt veriyor olabileceği gibi sahibi tarafından memeleri bağlanarak sütünün biriktirilmiş olması da mümkündür. Bu görüşe göre alıcının bunu anlayabilmesi için üç gün muhayyerlik şart koşması caizdir. Fakat alıcı şart koşmadan böyle bir hayvan satın almışsa sonradan satıcının hayvanın memesini bağladığını farketmesi halinde hayvanı iade etme hakkı yoktur. Serahsî, bu görüşü Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e atfetmiş ve mezhepte kabul edilen görüşün bu olduğunu söylemiştir. Ebû Yusuf (ö. 182/798) ise musarrat hadisiyle amel etmiş ve süt memede biriktirilmişse alıcıya iade hakkı vermiştir. Fakat ona göre sağılan süt yerine sütün kıymeti ödenir.<sup>499</sup>

Kudûrî de, "Ashabımızdan, tasriye muhayyerliğini ayıp muhayyerliği olarak açıklayarak, onda üç gün sınırı olmayacağını söyleyenler olmuştur. Onlara göre musarrat hadisinde geçen üç gün sınırlaması, rivâyette bahsedilen sözleşmede şart muhayyerliği bulunmasındandır." demiştir.<sup>500</sup>

İbn Hazm (ö. 456/1064), musarrat hadisinin şart muhayyerliğine delâlet ettiği görüşüne şu sözlerle sert bir şekilde karşı çıkmıştır: "Musarrat muhayyerliği, satıcı istesin veya istemesin alıcıya verilmiş bir muhayyerliktir. Ayrıca onun var olması için (şart muhayyerliği gibi) sözleşme anında şart koşulması da gerekmez. O halde hangi akıl sahibi bu muhayyerliği delil kabul ederek, tarafların aralarında anlaşarak sözleşmeye ekledikleri ve iki taraf veya üçüncü bir kişi adına şart koşulabilen bir muhayyerliği caiz görebilir. Hem de musarrat hadisinin aslını kabul etmezken ondan kıyasla aslında ona benzemeyen ve sünnete de aykırı şart muhayyerliği çıkarmak ne kadar gariptir."<sup>501</sup>

### **B. İcmâ**

İbn Hazm (ö. 456/1064) gibi bir grup Zâhirî dışında şart muhayyerliğine karşı çıkan bilinmemektedir. İbn Rüşd (ö. 520/1126); Süfyân es-Sevrî (ö. 161/778) ve İbn Şübrûme'nin de (ö. 144/761) şart muhayyerliğini kabul etmediğini söylemiştir.<sup>502</sup> Fakat doğru olan bu ikisinin sadece satıcı lehine şart muhayyerliğine cevaz vermediğidir.<sup>503</sup> Yine de ismi geçen muhaliflerden yola çıkarak şart muhayyerliği hususunda icma olmadığını ifade edenler olmuştur.<sup>504</sup>

<sup>498</sup> Kim memesinde süt biriktirilmiş bir koyun satın alırsa sütü sağdıktan sonra muhayyerdur. Dilerse koyunu elinde tutar dilerse iade eder ve (sağdığı sütün karşılığı olarak) bir sa' hurma verir. Bk. Buhari, "Büyû", 64; Müslim, "Büyû", 11.

<sup>499</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/277.

<sup>500</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2437.

<sup>501</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-âşâr* (Beyrut, ts.), 7/268.

<sup>502</sup> İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 3/225.

<sup>503</sup> Ebû Ca'fer Ahmed et-Tahâvî, *Muhtaşaru'l-İhtilâfi'l-Ulemâ* (Beyrut: Dâru'l Beşâiri'l İslâmiyye, 1417), 3/51.

<sup>504</sup> Aşkar, "Hıyâru's-Şart fi'l-Buyû", 15.

İcmâ delilini Hanefîler’de Zeylâî (ö. 743/1343), İbnü’l-Hümâm (ö. 861/1457), Aynî (ö. 855/1451), Şâfiîler’de, Nevevî (ö. 676/1277)<sup>505</sup>, Rafîî (ö. 623/1226)<sup>506</sup>, İbn Hacer el-Heytemî (ö. 974/1567) ve Hanbelîler’de İbn Kudâme el-Makdîsî’nin (ö. 682/1283)<sup>507</sup> zikrettiği görülmektedir. Hanefîler’de şart muhayyerliğinin cevazının delilinin icmâ olduğuna dair ilk ifadeye Zeylâî’de rastlanılmıştır. O, üç güne kadar şart muhayyerliğinin istihsanen, Habbân hadisi üzerine icmâ ile sabit olduğunu söylemiştir.<sup>508</sup> İbnü’l-Hümâm icmâ delilini zikrettikten sonra, Habbân b. Munkiz hadisinin bu muhayyerliğe delil olamayacağını da belirtmiştir.<sup>509</sup> Nevevî de şart muhayyerliğinin en güçlü delilinin icmâ olduğunu ve bunun delil olarak yeterli olduğunu söylemiştir.<sup>510</sup>

Ebû Gudde, şart muhayyerliği üzerine icmâm arkasında kitap veya sünnet değil sadece akli delillerle oluşturulmuş umum kaideler olduğunu söylemiştir.<sup>511</sup> Biz de bu görüşe katılmaktayız. Ebû Gudde’nin bahsettiği umum kaideler, “*Hâcet umumi olsun hususi olsun zaruret menzilesine tenzil olunur.*” (Mecelle 32), “*Adet muhakkemdir.*” (Mecelle 36),” vb. şekillerde Mecelle’de de ifade edilmiştir.

İbn Hazm, şart muhayyerliğini ve onun icmâya dayandığını reddetmiş, bu konuda sahabeden gelen ve yukarıda da zikredilen rivâyetlerin şart muhayyerliğine değil sözleşme kurulmadan önce var olan pazarlık haline hamledileceğini söylemiştir.<sup>512</sup> Onun şart muhayyerliğine yönelik eleştirileri ve bu eleştirilere verilmiş bazı cevaplar şu şekilde sıralanabilir:<sup>513</sup>

- Şart muhayyerliğinin Kur’an’da ve sünnette yeri yoktur. Allah Rasûlü: “Kim Allah’ın kitabında olmayan bir şart koşarsa o şart bâtıldır.” buyurmuştur.<sup>514</sup> Bu itiraza şöyle karşılık verilmiştir: “*Ey iman edenler! Birbirinizin mallarını haksız yollarla karşılıklı rızaya dayalı ticaret olmaksızın yemeyin.*” (Bakara 188) ayeti ve “*Müslümanlar, helali haram, haramı helal yapmadığı sürece şartlarına bağlıdırlar.*” hadisi,<sup>515</sup> umum

<sup>505</sup> Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/214-215.

<sup>506</sup> Râfîî, *Fethu’l-‘azîz*, 4/310.

<sup>507</sup> İbn Kudâme, *el-Kâfî*, 2/27.

<sup>508</sup> Zeylâî, *Tebyînü’l-ḥakā’ik*, 4/14.

<sup>509</sup> İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-ḳadîr*, 6/277-278; Aynî, *el-Binâye*, 8/48.

<sup>510</sup> İbn Hacer, *Tuḥfetü’l-muḥtâc*, 4/340; Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/215.

<sup>511</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi’l-ukûd*, 1/208.

<sup>512</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 7/266-267.

<sup>513</sup> Şerkâvî, *el-Hıyârât fi’l-bey’*, 18-19.

<sup>514</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 7/267.

<sup>515</sup> Buhari, “İcare”, 14; Tirmizi, “Ahkam”, 17.

manasıyla şart muhayyerliğine delildir. Tamamen rızaya dayalı olarak varlık kazanan şart muhayyerliği, bir haramı helale veya bir helali harama çevirmediği için naslarla uyumludur.

- Allah Rasûlü, “Taraflar, birbirlerinden ancak karşılıklı rıza oluşmuş şekilde ayrılırlar.”<sup>516</sup> buyurmuştur. Bu hadis mürsel olabilir fakat insanlar mürsel hadise uymakla övünürler.<sup>517</sup> İbn Hazm, bu rivayetin taraflar ayrıldıktan sonra devam eden şart muhayyerliğinin aleyhine delil olduğunu söylemiştir. Şerkâvî buna karşı, rivayette geçen hakkın, meclis muhayyerliği olduğunu belirtmiştir. Eğer hadiste geçen muhayyerlikle umum kastedilmiş olsa bile şart muhayyerliği ile bu umurun tahsis edildiğini ifade etmiştir. Fakat İbn Hazm’ın eleştirdiği nokta, şart muhayyerliğinin umuma aykırı olması değil, naslarda olmamasıdır. Bu sebeple o, Habbân hadisini rivâyette geçtiği şekliyle sınırlandırarak farklı bir muhayyerlik türetmiştir. Aşağıda bu muhayyerlikten bahsedilecektir.

- Satış sözleşmesiyle mülkiyet intikal eder. Eğer muhayyerlik esnasında mülkiyetin naklolmadığı söylenirse bu sözleşme sahih olmaz. Naklolunduğu söylenirse muhayyerliğin bir faydası olmaz. Eğer sadece muhayyer olmayan taraf için sözleşmenin hükümlerinin doğduğu söylenirse ortada kurulmuş bir sözleşmenin olduğundan bahsedilemez.<sup>518</sup> İbn Hazm’ın söylediğinin aksine sözleşmenin hükmünün gecikmesi onu bâtil yapmaz. Bazen bir mâni sebebiyle sözleşmenin hükmü askıya alınabilir. Nitekim burada mâni şart muhayyerliğidir. Ayrıca mülkiyet şart muhayyerliğine rağmen naklolursa, bunda da söylenenin aksine fayda vardır. Çünkü şart muhayyerliği sayesinde gerektiğinde sözleşme feshedilebilir. İbn Hazm, mülkiyetin nakliyle sözleşmenin lâzım olduğunu düşünmüş olmalıdır.

- Satış sözleşmesi, nikâha kıyas edilirse icmâyla nikâhta şart muhayyerliğinin geçerli olmaması gibi satış sözleşmesinde de geçerli olmadığı görülür. Siz kıyasla, naslarla sabit meclis muhayyerliğini reddettiğiniz halde burada neden kıyasa başvuruyorsunuz?<sup>519</sup> Bu itiraz yerinde değildir. Nikâh sözleşmesi ile satış sözleşmesi birbirine kıyaslanamaz. Örneğin nikâh sözleşmesinde ikâle hakkı yoktur fakat satış

---

<sup>516</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 7/267.

<sup>517</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 7/270-271.

<sup>518</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 7/271.

<sup>519</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 7/270-271.



sözleşmesinde vardır. Nikâh sözleşmesi kurulmadan önce taraflar iyice düşünür ve güvendikleri kişilerle istişare eder. Bu sebeple muhayyerliğe ihtiyaç duymaz. Fakat satış sözleşmesi böyle değildir. Ayrıca nikâh sözleşmesine muhayyerlik eklemek, tarafları eşya yerine koymak manasına gelir. Bu da onların şeref ve haysiyetine leke sürer. Yine satış sözleşmesi; tağrir, gabin gibi vakalar sebebiyle tartışmaya açıktır ve muhayyerlikler bunların önüne geçer. Fakat evlilik; onur, şeref gibi değerle üzerine kurulduğu için böyle şeylere ihtiyaç duymaz.

İbn Hazm, şart muhayyerliğini reddetmiş, onun yerine Habbân b. Munkiz hadisinin lafzıyla sınırlı ve sadece satış sözleşmesinde geçerli bir muhayyerlik yerleştirmiştir. Buna göre “lâ hılâbete” (aldatmaca yok) lafzını zikreden kişi, karşı tarafın iznine ihtiyaç duymadan sözleşmede ayıp, gabin veya aldatma olsun veya olmasın üç gün muhayyerliğe sahip olur. Eğer o, “lâ hılâbete” lafzını telaffuz edemiyorsa söyleyebildiği kadarıyla yetinir veya aynı manaya gelen farklı bir kelime söyler. Allah kişiyi yalnızca kaldırabileceği kadarından sorumlu tutmuştur. (Bakara 286) Kişi, gücü yettiği halde aynı manaya gelen farklı kelimeler kullanırsa muhayyer olmaz. Çünkü İbn Hazm’a göre Hz. Peygamber o kelimeyi öylesine seçmemiştir.<sup>520</sup> Bazı yazarların da zikrettiğine göre İbn Hazm’ın kabul ettiği, “lâ hılâbete” lafzına hasredilmiş mukayyed bir şart muhayyerliğidir.<sup>521</sup> Fakat Habbân hadisindeki muhayyerlik, onun gabne uğramasına bağlandığı için bu görüş eleştirilmiştir.<sup>522</sup>

### C. İhtiyaç

Habbân hadisine bakıldığında, akli melekesi zayıf olan bir kişi için, bir şey satın aldığı zaman “aldatmaca yok” demesi halinde, üç gün geçerli bir muhayyerlik görülmektedir. Fakat uygulamaya bakıldığında neredeyse tüm sözleşmelerde, sözleşmenin iki tarafı hatta üçüncü kişiler için konulmuş, süre kısıtlaması da olmayan bir muhayyerliğin var olduğuna şahit olunmaktadır. Uygulamadaki bu genişlik, insanların bu muhayyerliğe ne kadar ihtiyaç duyduğunun bir göstergesidir.

Şart muhayyerliğinin meşruiyetinin delilleri akli ve hukukî olarak ayrılırsa akli delil, insanların bu muhayyerliğe duyduğu ihtiyacı temsil eder. Hiç kimse parasını boşa

<sup>520</sup> İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 7/268, 314-317.

<sup>521</sup> Semiran, “Eseru’l-Vakt fi Hıyârî’ş-Şart”, 139.

<sup>522</sup> Şerefeddin Hüseyin b. Muhammed b. Saîd el-Mağribî, *el-Bedru’t-Temâm Şerhu Bulûğî’l-Merâm* (Dâru Hicr, ts.), 6/162-163.

harcamak istemez. Bu sebeple tarihten bu yana insanlar, alışveriş yaparken çeşitli şekillerde kendilerini güvence altına almaya çalışmışlardır. En ilkel şekliyle ayıptan dolayı iade ve tazminat talebi şeklinde başlayan bu haklar zamanla gelişerek kişilerin şartlara göre pozisyonunu değiştirebileceği geniş yetkilere dönüşmüştür. Roma hukukunda ve İslâm hukukunda bunun örneklerini görmek mümkündür. Şart muhayyerliği, bu bağlamda ona sahip olan kişinin alışverişten maksimum faydayı elde edebilmesini temin etmektedir. Kişi bu hakla alışverişini yapmakta ama tekrar düşünmek ve başkalarına danışmak için ikinci bir şansı elinde tutmaktadır.<sup>523</sup>

#### IV. ŞART MUHAYYERLİĞİ İLE YAPILAN SÖZLEŞMENİN TEMEL UNSURLARI

Şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin sahih bir şekilde kurulabilmesi için, öncelikle sözleşmenin rükün ve şartlarının, daha sonra da muhayyerlikle ilgili şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Şartsız bir sözleşmenin temel unsurları, Hanefiler'e göre icap-kabüldür.<sup>524</sup> İcap-kabulün var olması için de taraflar ve üzerine sözleşme yapılacak bir mal gerekir. Aynı şekilde şart muhayyerliğinin var olabilmesi için de onu şart koşan kişiler, muhayyerlik bildirimi ve bu hakkın konusu bir malın olması gerekir. Şart muhayyerliği süreli bir hak olduğu için, süre de üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Şimdi bu unsurlar ve onlarla ilgili hükümler incelenecektir.

##### A. Muhayyerlik Sahibi

Muhayyerliğe sahip olan kişi, taraflardan biri olabildiği gibi tarafların belirlediği üçüncü bir kişi de olabilir. Bunun dışında mal sahibininin veli, vekil veya vasîsinin de muhayyerlik sahibi olma imkânı vardır. Aşağıda kimlerin hangi şartlarda muhayyerlik sahibi olabileceği meselesi üzerinde durulacaktır.

##### 1. Alıcı ve Satıcının Muhayyerliği

Nevevî, sözleşmenin taraflarından biri veya her ikisi için karşılıklı rıza ile muhayyerlik şart koşulmasının icmâyla caiz olduğunu söylemiştir.<sup>525</sup> Fakat bilindiği

<sup>523</sup> Şart muhayyerliğinin amacıyla ilgili bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin “Amacı ve Uygulama Alanı” başlığı, 78-80.

<sup>524</sup> Apaydın, “İrade Beyanı”, 22/387-388.

<sup>525</sup> Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/111; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/605; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/207; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, 180; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/103; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/408.

üzere İbn Şübrüme ve Süfyân es-Sevrî, şart muhayyerliğini sadece alıcı için kabul etmektedir. Çünkü onlara göre şart muhayyerliği, sözleşmenin muktezasına aykırıdır. Kıyasa aykırı olan hükümse, hadiste geçtiği kadar yani sadece alıcı için geçerlidir. İbnü'l-Hümâm ve İbn Nüceym buna itiraz ederek Habban hadisinde geçen “izâ bâya'te” lafzının hem satıcıyı hem de alıcıyı kapsadığını söylemiştir.<sup>526</sup> Ayrıca çoğunluğa göre muhayyerlik, düşünmek için zaman kazanma ve aldanmayı önleme ihtiyacından dolayı caiz kılındıysa iki tarafın da buna ihtiyacı vardır. Bu nedenle İbn Şübrüme ve Sevrî, sadece alıcıya muhayyerlik verildiği görüşünde haksız bulunmuştur.<sup>527</sup> Bu meselede ihtilaf, daha çok üçüncü kişilerin bu hakka sahip olup olamayacağı üzerinedir.

## 2. Üçüncü Kişinin Muhayyerliği

Dört mezhep, İmâmiyye, İbâdiyye ve Zeydiyye, şart muhayyerliğinin hem sözleşmenin iki tarafı hem de o sözleşmeyi kendi başına yapma ehliyeti bulunan üçüncü bir kişi için şart koşulmasını sahih görmektedir.<sup>528</sup> Satılan kölenin muhayyer olması da Şâfiîler'de ve Hanbelîler'de, esah kavle göre sahihtir. Çünkü o da üçüncü bir kişi sayılır. Ayrıca muhayyerlik verilen üçüncü kişinin rüşd çağına ulaşması gerekmez. Sadece buluğa ermiş olması yeterlidir.<sup>529</sup>

Hanbelî mezhebinin görüşü “Müslümanlar, şartlarına bağlıdır.”<sup>530</sup> hadisine dayanmaktadır. Bu rivâyete göre şartları, uygulama imkânı olduğu sürece geçerli saymak gerekir. Şart koşulan üçüncü kişiyi vekil saymak suretiyle bunu yapmak mümkündür. Bu durumda hem asıl kişinin hem de vekilin, sözleşmeyi fesih hakkı vardır.<sup>531</sup>

Şâfiîler'den bu konu hakkında iki görüş aktarılmıştır. Birinci görüşe göre üçüncü kişi adına muhayyerlik şart koşmak sahih değildir. Çünkü sözleşmenin ahkâmı, sözleşmenin taraflarından başkasına yüklenemez. Mâverdi'nin (ö. 450/1058), İbn Süreyc'ten (ö. 306/918) aktardığı görüşe göre bu durumda şart bâtıl, sözleşme sahihtir.

<sup>526</sup> Hadis metinlerinde genel olarak إذا بايعت lafzı geçse de bazen إذا بعث kullanımı da görülmektedir. Bu sebeple bazıları bu hakkı sadece satıcıya vermişlerdir. Örnek olarak bk. Nesâî, “Büyü”, 12.

<sup>527</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/47; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/4-5; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 1/251; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 40; Ebû'l-Hasen Nürüddîn Alî el-Kârî, *Fethu bâbi'l-inâye* (Beyrut: Dâru İhyau Tûrasi'l-Arabî, ts.), 3/214.

<sup>528</sup> Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/111; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/605; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 180; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/106-107; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/408; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/204; Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/252.

<sup>529</sup> Nevevî, *el-Mecmû*, 10/220-221; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/106-107.

<sup>530</sup> Buhârî, “İcâre”, 14; Tirmizî, “Ahkâm”, 17.

<sup>531</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/106-107; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/408; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/204; Cezîrî, *Kitâbü'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/160.

İkinci görüşe göre hem sözleşme hem de şart sahihtir. Çünkü şart muhayyerliğine ihtiyaç sebebiyle başvurulmaktadır. Belki de üçüncü kişi, satın alınacak mal hakkında daha fazla tecrübeli olduğu için ona muhayyerlik verme ihtiyacı hissedilecektir. Nevevî'nin belirttiğine göre, bu konuda ittifak vardır. Şâfiî metinlerde meşhur olan görüş budur.<sup>532</sup>

Züfer (ö. 158/775) ve Hanbelîler'den Ebû Ya'lâ el-Ferrâ (ö. 458/1066), üçüncü kişiye muhayyerlik verilmesine izin vermemiştir. Çünkü şart muhayyerliği, istihsanen nasla sabittir. Bu sebeple kıyasen nasta zikredilen kişiler dışındakiler için geçerli değildir. Ayrıca nasıl semeni ödeme borcu alıcıdan başkasına, malın temlik borcu da satıcıdan başkasına yüklenemiyorsa şart muhayyerliği de sözleşmenin gereklerinden olduğu için taraflar dışında üçüncü bir kişiye verilemez. Eğer verilirse sözleşmenin kurulması veya infisahı, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin fiiline bağlanmış olur. Satış sözleşmesi bu durumu kaldıramaz. Ayrıca insan kendi faydasına olanı daha iyi bilir. Üçüncü kişinin, sözleşmeden bir menfaati olmadığı için sözleşme hakkında karar verme hakkı da yoktur.<sup>533</sup>

Karşı taraf bu itiraza, şöyle cevap vermiştir: Eğer muhayyerlik sadece üçüncü kişiye, aslen verilseydi bu caiz olmazdı. Fakat muhayyerlik ona vekâleten verilmektedir. Nitekim aynı zamanda sözleşmeyi yapanın muhayyerliği de devam etmektedir.<sup>534</sup> İbnü'l-Hümâm bu sebeple sözleşmede zikredilmese de asıl kişinin muhayyerliğinin sabit olacağını söylemiştir.<sup>535</sup> Bedreddin Simâvî, bunun muhayyerliğin iktizaen var olması manasına geldiğini söylemiştir. "Köleni benim adıma bin dirhem karşılığında azat et." denmesi halinde azat işleminin geçerli olması üzerine dönen ihtilaf, yukarıdaki tartışmanın bir uzantısıdır. Çünkü kölenin azat olması için iktizaen öncelikle satın alınması gerekmektedir.<sup>536</sup> Feshe yetkili olan asıl kişinin, muhayyerlik devam ederken vekâletle bu hakkı başkasına şart koşması da geçerlidir.<sup>537</sup> Kişinin kendisini istisna ederek

<sup>532</sup> Şîrâzî, *el-Mühhezzebe*, 10/220; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/220-221; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/111; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/606.

<sup>533</sup> Karâfî, *ez-Zâhire*, 5/29; Ebû Zehre, *el-Mülkiyye ve Nazariyye'l-Akd*, 370; Şerkâvî, *el-Hıyârât fi'l-bey'*, 41.

<sup>534</sup> Bedreddin Simâvî, Hanefiler dışındaki üç mezhebe göre sözleşmeyi yapan kişinin kendisi adına şart koşmadıkça muhayyerliğe sahip olamayacağını belirtmiştir. Fakat mezhep kitaplarında aksi görüş ifade edilmektedir. Aşağıda bu konuda ayrıntılı bilgi verilecektir. Bedreddin Simâvî'nin ifadesi için bk. Bedreddin Simâvî, *et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât*, çev. Kurul (Ankara: T.C Kültür ve Turizm Bakanlığı yayınları, 2012), 1/357.

<sup>535</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/25; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/47-48; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/296-297; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/32.

<sup>536</sup> Bedreddin Simâvî, *et-Teshîl*, 1/357.

<sup>537</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/460; Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 1/178; Kudûrî, *et-Tecrîd*, 5/2281; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/47; Buhârî, *el-Muhtâc*, 6/520; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/296; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/4; Alâeddin Haskefî, *Dürrül Muhtar (Haşiyetü ibn Abidin içinde)* (Beyrut: Dâru'l-Alemiyye li'n-Neşr ve't-Tevzi, 2012), 6/458.

üçüncü kişi adına muhayyerlik şart koşmasıysa sahih değildir. Çünkü bu, muhayyerliğin tamamen sözleşmeden beklentisi veya kazancı olmayan bir kişiye verilmesi demektir.<sup>538</sup> Hanefî ve Hanbelîler bu görüştedir. Şâfiîler ise bu durumda muhayyer olanın sadece üçüncü kişi olduğunu kabul etmektedir.<sup>539</sup> Mâlikîler’de durum daha tafsilatlıdır.<sup>540</sup> İbn Kasım (ö. 191/806), muhayyerlik hakkını üçüncü kişiye veren kişi satıcıysa -vekâlet sözleşmesi hükümlerini uygulayarak- iki kişiye de muhayyerlik verirken; hakkı veren alıcıysa bunu yetki devri kabul ederek sadece üçüncü kişiyi muhayyer kabul etmiştir. O, alıcı henüz mala malik olmadığı için alıcının vekâlet vermesini mümkün görmemiştir. Eşheb (ö. 204/820) ise her iki durumda da asıl ve üçüncü kişi arasında vekâlet ilişkisi olduğunu söylemiştir.<sup>541</sup>

Şâfiî mezhebinde kişinin falanın iznine bağlı olarak<sup>542</sup> bir şey satın alması, o kişinin de onay veya fesih şeklinde kararını bildirirmesi üzerine yapılan sözleşme caizdir. Asıl kişinin sözleşmeyi feshedip onaylayabilmesi için üç gün içinde o kişiye fikrini sorup “O, bana sözleşmeyi feshetmemi veya onaylamamı emretti.” şeklinde karşı tarafa haber vermesi gerekir.<sup>543</sup> Hanbelî mezhebine göre ise aynı durumda asılın iznini istediği kişiden onay beklemeden sözleşmeyi onaylama-feshetme hakkı vardır. Yine Hanbelîler’e göre satıcının tercih hakkını falan kişiye kullanmak üzere satış yapması, sözleşmeye muhayyerlik eklemek manasına gelir. Bu durumda satıcının üçüncü kişiye bağlı olmadan sözleşmeyi feshetme hakkı vardır. Her iki durumda da muhayyerliği şart koşan asıl kişi bu haktan mahrum edilemez.<sup>544</sup>

Mâlikî mezhebi de bir kişinin başka birine danışmak şartıyla bir şey alıp satmasına cevaz vermiştir. Onlara göre bu durumda o kişiye danışmadan karar verilse de

<sup>538</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/106; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/408; Buhûti, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/204; Cezîrî, *Kitâbü'l-fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/160.

<sup>539</sup> Buhârî, *el-Muhtâsû'l-Burhânî*, 6/523; Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, 10/220; Nevevî, *el-Mecmû*, 10/220-221; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/111; Şîrbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, 2/606; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/106-107; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/408; Buhûti, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/204; Cezîrî, *Kitâbü'l-fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/160.

<sup>540</sup> İbn Rüşd, bu konuda dört görüşün olduğunu söylemiştir: Birinci görüşe göre üçüncü kişiye muhayyerlik verilse de son karar asıl kişiye aittir. Bu tıpkı üçüncü kişiye danışmaya benzer. Üçüncü kişi sadece fikir alma ihtiyacını görür. İkinci görüşe göre son söz muhayyerlik verilen üçüncü kişiye aittir. Asıl kişinin tercih hakkı yoktur. O zaten falan razı olursa diye açıkça belirtmiştir. Üçüncü görüşe göre asıl ve muhayyerlik verdiği üçüncü kişi karar hususunda ortaktır. Aralarındaki ilişki vekâlet ilişkisidir. Hangisi önce karar verirse onun kararı geçerlidir. Dördüncü görüş ise alıcı ve satıcıyı birbirinden ayırmıştır. Buna göre satıcı üçüncü kişiye hak verirse vekâlet ilişkisi doğar. Alıcı muhayyerlik hakkı verirse bu yetki devri sayılır ve alıcının hakkı kalmaz. Bk. İbn Rüşd, *el-Muḳaddimât el-Mümeḥhidât*, 2/90.

<sup>541</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/213; Karâfî, *ez-Zâhire*, 5/28-29; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/396-397.

<sup>542</sup> عَلى أن يؤامِرَ فلانا

<sup>543</sup> Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/111.

<sup>544</sup> İbn Kudâme, *el-Kâfî*, 2/27; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 6/68.

satıcının onay veya feshi ittifakla, alıcının ki meşhur kavle göre geçerlidir. Danışılan kişi sözleşmeyi feshederse İmam Mâlik'e göre asıl kişinin ona rağmen sözleşmeye onay verme hakkı vardır. Hıraşî'nin (ö. 1101/1690) aktardığına göre danışmak, mutlak ve mukayyed olmak üzere ikiye ayrılır. Yukarıda bahsedilen mutlak danışmadır. Mukayyed danışmada ise sözleşmenin geçerliliği, başkasının onayına veya rızasına bağlanmaktadır.<sup>545</sup> Bu durumda asıl kişi tek başına karar veremez. Çünkü danışmada, kendi görüşünü güçlendirme düşüncesi varken başka birinin tercihi veya rızasını şart koşmada kendi görüşünü saf dışı bırakma vardır. Falan kişiye danışarak onun isteğine göre karar verileceği söylenilmesi muhayyerliği devretmek manasındadır. Bu durumda da kişi tek başına karar veremez.<sup>546</sup>

Mâlikîler'e göre danışılacak kişinin muhayyerlik süresinde ulaşılabilirlik yakınlıkta olması gerekir. Örneğin o kişi Afrika'da, asıl kişi Mısır'daysa sözleşme fâsit olur. Akarda süre, otuz artı altı gündür. Bunu sadece birkaç gün geçecek mesafede bir kişiye danışma şartı, sözleşmeyi ifsad etmez. Yakınlık konusunda örfe itibar edilir.<sup>547</sup> Kayıp (gâip) kişiye danışılmak üzere sözleşme yapılması halinde asıl kişinin sözleşmeye onay vermesi caizdir.<sup>548</sup> Danışma süresi, o mal için geçerli olan muhayyerlik süresini aşamaz.<sup>549</sup> Aşması halinde muhayyerlik sahibi, uzaktaki kişiye danışmayıp sözleşmeyi onaylasa da sözleşme başlangıçta fâsit olduğu için artık onu sahih hale getiremez.<sup>550</sup>

İbn Âbidîn fuzûlînin kendi adına muhayyerlik şartı koşmasının sözleşmeyi bâtıl kıldığını aktarmıştır. Fuzûlî, mâlik adına muhayyerlik şart koşsa da durum aynıdır. Çünkü muhayyerlik, sözleşmenin aslına değil hükmüne bitişmektedir. Fakat fuzûlînin yaptığı sözleşme zaten gayri lâzım olduğu için muhayyerlik lafzının bir mana ifade etmesi için sözleşmenin aslına ilişmesi gerekir. Satış sözleşmesi de şarta ta'liki kabul etmediği için sözleşme bâtıl olur.<sup>551</sup>

<sup>545</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/213; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/31; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/395; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebir*, 5/115; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/207-208.

<sup>546</sup> Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebir*, 5/115; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desuki*, 3/98.

<sup>547</sup> Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, 3/95.

<sup>548</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/213; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/28-29; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/396; Mevvak, *et-Tac vel İklil*, 6/317.

<sup>549</sup> Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, 3/94; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desuki*, 3/94; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebir*, 5/111; Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/256.

<sup>550</sup> Mevvak, *et-Tac vel İklil*, 6/307.

<sup>551</sup> İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/14; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/472, 689.

### 3. Vekil, Veli ve Vasînin Muhayyerlik Şartı Koşması

Şart ve ayıp muhayyerliği gibi, kişiye sıkı sıkıya bağlı olmayan her muhayyerlikte vekâlet mümkündür. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklarsa vekâleti kabul etmemektedir. Dörtten fazla eşi olan bir gayri müslimin Müslüman olduktan sonra sahip olduğu, boşaması gereken eşlerini tercih hakkı ikincisine örnektir.<sup>552</sup>

Satışa vekilin sözleşmeye kendisi veya müvekkili adına şart muhayyerliği eklemesi dört mezhebe göre sahihtir. Bu durum, müvekkile fayda sağladığı için vekil, bu tasarrufu ile onun isteğinin aksine davranmış sayılmaz. Vekil, müvekkil adına şart koşmuşsa müvekkilin bu hakkı tek başına kullanması gerekir. Vekil kendisi adına şart koşmuşsa müvekkile haber vermeden sözleşmeyi onay veya fesih hakkına sahiptir.<sup>553</sup>

Hanefîler’de vekilin, kendisi veya müvekkilden başka biri adına muhayyerlik şart koşması caizken<sup>554</sup> Hanbelîler<sup>555</sup> ve Şâfiîler’de caiz değildir. Çünkü onun başka birine vekâlet verme yetkisi yoktur.<sup>556</sup> Şâfiîler’e göre satmaya vekilin alıcıya almaya vekil olan kimsenin de satıcıya müvekkilden izinsiz muhayyerlik vermesi sözleşmeyi bâtıl kılar. Onlara göre bu, tıpkı satmaya vekilin izinsiz olarak malı vadeli satmasına benzer.<sup>557</sup>

Hanefî ve Hanbelîler’de vekil, sözleşmeye şahıs zikretmeden şart muhayyerliği eklerse muhayyerlik müvekkile ait olur. Çünkü sözleşmenin hükümleri müvekkile döner. Eğer vekil kendi adına muhayyerlik şart koşarsa hem vekil hem de müvekkil muhayyer olur. Çünkü esas sorumlu müvekkildir. Vekilse sadece müvekkil adına işlem yapan bir kişidir. Bu sebeple vekilin müvekkili istisna ederek kendisi için muhayyerlik şart koşması sahih değildir.<sup>558</sup> Şâfiîler’de ise vekilin muhayyerliği varsa bu, müvekkilin de muhayyerliği olduğu anlamına gelmez. Aynı şekilde müvekkilin muhayyerliğinin olması vekilin de muhayyer olduğu manasına gelmez. Çünkü muhayyerlik sadece şart koşulana aittir. Müvekkil şart koşmasına izin verir, vekil de bunu şahıs zikretmeden yaparsa şart muhayyerliği vekilin olur. Çünkü sözleşmenin yan hükümlerinin çoğu ona döner.<sup>559</sup>

<sup>552</sup> Süyûtî, *el-Eşbâh ve’n-nezâ’ir*, 310.

<sup>553</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 19/48; Şîrâzî, *el-Muhezzeb*, 10/220; Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/219-221; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, 3/112; Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, 3/214.

<sup>554</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 19/48.

<sup>555</sup> İbn Kudame *للوكيل التوكيل* hadisi gereği vekilin karşı tarafa muhayyerlik vermesinin caiz olabileceği ihtimalini de belirtmiştir. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/107.

<sup>556</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/106-107; İbn Müflih, *el-Mübdî’*, 3/408; Buhâtî, *Keşşâfü’l-kınâ’*, 3/204; Cezîrî, *Kitâbü’l-fikh ale’l-mezâhibi’l-erbaa*, 2/161.

<sup>557</sup> Şîrâzî, *el-Muhezzeb*, 10/220; Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/219-221; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, 3/112.

<sup>558</sup> Buhâtî, *Keşşâfü’l-kınâ’*, 3/204-205.

<sup>559</sup> Şîrâzî, *el-Muhezzeb*, 10/220; Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/219-221; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, 3/112.

Müvekkil, vekile malı üç gün muhayyerlikle satmasını emretse, vekilde muhayyerliksiz veya üç günden az muhayyerlikle satsa satış işlemi geçersizdir. Vekilin bu fiili müvekkilin zararınadır. O, malı teslim etmişse meydana gelen zarardan sorumludur. Çünkü bu durumda sanki malı gaspetmiş gibi kabul edilir. Eğer müvekkil, bir ay muhayyerlik şart koşmasını emretse, vekil de üç gün muhayyerlik şart koşsa, Ebû Hanîfe'ye göre bu, istihsanen geçerlidir. İmâmeyne göre ise caiz değildir. Çünkü onlara göre bir ay muhayyerlik caiz olmasına rağmen vekil bunu yerine getirmemiştir.<sup>560</sup>

Bir kişi, diğerine malını satması için vekâlet verse ve kendi adına muhayyerlik şartı koşmasını istese, vekilin şartsız veya kendi adına şart koşarak yaptığı sözleşme bâtıldır. Çünkü mal müvekkile ait olduğundan sözleşmenin vekile izafe imkânı yoktur. Bu sebeple satışın ancak müvekkilin istediği gibi yapılması gerekir. Müvekkil mutlak olarak sözleşme yapmasını istese vekil de kendi, müvekkil veya üçüncü bir kişi adına muhayyerlik şartı koşsa bu caizdir. Hanefilere göre eğer satın almaya vekil -müvekkil kendi adına şart muhayyerliği koşulmasını istediği halde- bunu yapmazsa sözleşme alıcı adına geçerlidir. Çünkü müvekkil, sözleşmenin bu şekilde yapılmasını istememiştir. Sözleşmenin vekile izafe imkânı da vardır.<sup>561</sup> “*Kelamın i'mâli ihmalinden evladır.*” (Mecelle 60)<sup>562</sup>

Ticaret izni verilmiş köle, muhayyerlik hususunda hür insan gibidir. Muhayyerlik aldanmayı önlemek için olduğundan kölenin ona hür insan kadar ihtiyacı vardır. Efendisinin genel olarak ticaret iznini kaldırması hariç onun muhayyerlikle yaptığı sözleşmeyi bozması geçersizdir. Çünkü onun sahip olduğu ticaret izni muhayyerlikle alışverişi de kapsar. Efendinin kölesinin muhayyerlik şart koşarak yaptığı sözleşmeye onay vermesi, eğer kölenin borcu yoksa geçerlidir. Çünkü onun tüm mal marlığı efendisine aittir ve o bir nevi vekil gibi işlem yapmaktadır. Ama köle borçluysa efendinin sözleşmeye onay verme hakkı yoktur.<sup>563</sup> Burada kölenin sözleşme konusu malı satın almak yerine borcunu ödemesi ihtimali dikkate alınmış olmalıdır.

Babanın velayeti altındaki çocuk adına yaptığı işlemlerde, kendi veya karşı taraf adına<sup>564</sup> vasînin ise çocuk adına şart muhayyerliği beyanı geçerlidir. Süre içinde çocuk

<sup>560</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 19/55-56.

<sup>561</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/294; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/6-7; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/466.

<sup>562</sup> Mustafa Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kaideleri* (İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2012), 146.

<sup>563</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 25/187.

<sup>564</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/463.



buluğa ererse muhayyerlik sona erer. İmam Muhammed’e göre ise muhayyerlik çocuğa geçer.<sup>565</sup>

## **B. Muhayyerlik Bildirimi**

Bu bölüm, şart muhayyerliğinin sözleşmeye nasıl ve ne zaman eklenebileceği, muhayyerlik bildirimindeki belirsizlikler ve sözleşmeye etkileri gibi meselelerle ilgilidir.

### **1. Bildirimin Şekli**

Şart muhayyerliğinin gerçekleşmesi için irade beyanı dışında resmi bir işlemin veya fiilin gerçekleştirilmesi ya da belirli lafızların söylenmesi gerekmemektedir. Nitekim Habbân b. Munkiz de konuşmasındaki kusur sebebiyle Allah Rasûlü’nün söylemesini istediği “lâ hılâbete” lafzını düzgün söyleyemediği halde şart muhayyerliğine sahip olabiliyordu.<sup>566</sup> İbn Hazm dışında şart muhayyerliğini bu lafzın zikredilmesine hasreden yoktur.<sup>567</sup>

Fukahâ, başka bir açıklama yapılmaksızın sadece “lâ hılâbete” lafzının zikriyle şart muhayyerliğinin elde edilip edilemeyeceği üzerine farklı yorumlarda bulunmuştur. Şâfiîler, tarafların manasını ve sonuçlarını bilerek bu kelimeyi söylemesi halinde şart muhayyerliğinin sabit olacağını söylemiştir. Sadece taraflardan biri bu kelimenin manasını biliyorsa muhayyerlik geçersiz olur. Çünkü insanlar genelde bu lafzın manasını bilmezler.<sup>568</sup> İbn Kudâme bu lafızla -karşı taraf onun manasını bilmesede- muhayyerlik elde edebilmenin Habbân’a özel bir hüküm olduğunu söylemiştir. Diğer insanlar içinse bu durumda sadece tağrir varsa tağrir muhayyerliği sabit olur. Bunun dayanağı Habbân hadisinde ona bu hakkın aldandığı için verildiğinin zikredilmesidir.<sup>569</sup>

İmam Muhammed, bir kimse diğerine, on dirhem karşılığında bir elbise sattığı zaman alıcıya “Ya elbise benimdir ya da on dirhem.” derse bunun şart muhayyerliği manasına geleceğini söylemiştir.<sup>570</sup> Yine semende veya malda muhayyerlik şartı koşmak,

<sup>565</sup> Kurul, el-Fetâva’l-Hindiyye, 3/40.

<sup>566</sup> Muhammed el-Vellevî, *Bahru’l-Muhîti’s-Seccâc* (Dâru İbni Cevzi, 1436), 27/81.

<sup>567</sup> İbn Hazm’a göre kişinin dili dönüyorsa sadece “lâ hılâbete” lafzıyla muhayyerlik elde edebilir. “lâ hadîate”, “lâ ğaşşe”, “lâ mekra”, lâ darara”, gibi lafızlarla muhayyerlik olmaz. “Lâ hılâbete” denilerek üç gün muhayyerlik elde edilir. Kişi aldatılsın ya da aldatılmasın, malda ayıp bulunsun veya bulunmasın üç gün içinde malı iade edebilir. Bk. İbnü’l-Mülakkin, *Şevâhidü’t-tavâzih*, 14/273; Aynî, *Umdetü’l-Kârî*, 11/234.

<sup>568</sup> Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/217; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, 3/110; Şirbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 2/608.

<sup>569</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/129-130, 133-134; İbn Kudâme, *eş-Şerhu’l-kebîr*, 5/93.

<sup>570</sup> Buhârî, el-Muhtâsîl-Burhânî, 6/486; Kurul, el-Fetâva’l-Hindiyye, 3/39.

sözleşmede muhayyerlik şartı koşmak manasına gelmektedir. Örneğin kişi benim için semende üç gün muhayyerlik olmak şartıyla diye sözleşme yaparsa şart muhayyerliğine sahip olacaktır.<sup>571</sup>

İki tarafın da şart muhayyerliğinin olması için hem icapta hem de kabulde, bunun ifade edilmesi gerekir. Örneğin satıcı, şu malı şu kadar fiyata sana üç gün muhayyerlikle sattım, alıcı da üç gün muhayyerlikle aldım dediği zaman iki tarafın da muhayyerliği olur. Tek tarafın muhayyer olması için ise ilk söze başlayanın şartı telaffuz etmesi yeterlidir. Örneğin satıcı bu malı sana şu fiyata üç gün muhayyerlikle sattım dediğinde karşı taraf da aldım derse sadece satıcının muhayyerliği olur. Ama satıcı şu malı sana şu kadara sattım dedikten sonra alıcı muhayyerlikle aldım derse, icap ve kabul arasında uygunluk bulunmadığı için sözleşme bätıl olur. Üçüncü kişi için muhayyerlik verileceği zaman, ilk söze başlayanın muhayyerliği zikretmesi yeterli olur. Örneğin satıcının şu malı şu fiyata babamın muhayyer olması şartıyla sattım dediğinde karşı tarafın kabul ettim demesi yeterlidir.<sup>572</sup>

Mâlikîler'e göre bir mal örfe muhayyerlikle satılıyorsa sözleşmede muhayyerlik zikredilmese de muhayyerlik sabit olmaktadır.<sup>573</sup> Bu, “Örfe maruf olan şey, şart koşulmuş gibidir.” (Mecelle 43) kaidesinin güzel bir örneğidir.

## 2. Bildirimin Zamanı

Sözleşmeden önce ifade edilen şart muhayyerliği bildirimini geçerli değildir. Örneğin yaptığımız sözleşmede muhayyer olmak üzere denildikten sonra mal mutlak olarak satın alınırsa muhayyerlik sabit olmaz.<sup>574</sup>

Hanefî mezhebine göre satıştan sonra -günler geçse dahi- sözleşmeye muhayyerlik eklemek mümkündür. Habbân hadisinde geçen “el-mütebâyiân” lafzı, muhayyerliği satış sözleşmesine bağladığı için sözleşmeden sonra da muhayyerliğin şart koşulması caiz görülmüştür. Bu, tıpkı sözleşmeden günler sonra ikâle hakkı vermek gibidir. Ama sözleşmeden önce muhayyerliğin bağlanabileceği bir satış işlemi

<sup>571</sup> Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 1/214.

<sup>572</sup> Cezîrî, *Kitâbü'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/158-160.

<sup>573</sup> Muhammed Mustafa eş-Şelebî, *el-Medhal fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Beyrut: ed-Dâru'l-Câmiyye, 1985), 598; Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/215.

<sup>574</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/5-6; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/466-467.

bulunmadığı için durum farklıdır. Sözleşmeden sonra üç günü aşan muhayyerlik konması İmâmeyne göre sahihken Ebû Hanîfe'ye göre sözleşmeyi ifsad etmektedir.<sup>575</sup>

Sözleşmeden sonra yani meclis dağıldıktan sonra süre zikredilmeksizin “sen muhayyersin” denilirse, karşı taraf sadece meclis boyunca muhayyer olur.<sup>576</sup> Sözleşme yapılırken süre belirtilmeden şart muhayyerliği zikredilmesi sözleşmeyi ifsad ederdi. İbn Âbidîn'e göre bu farkın sebebi, ilkinde muhayyerlik bildirimi sözleşmenin aslına ilişirken ikincideyse onun sadece sözleşmenin hükümlerine etki etmesidir. İkincide muhayyerlik bildirimi sözleşme tamamlandıktan sonra ortaya çıktığı için problemin telafisi mümkündür. Bu sebeple işlem meclis muhayyerliğine yorularak sözleşme tashih edilebilmektedir. İbn Nüceym'e göre meclis dağıldıktan sonra muhayyerlik şartı koşmak ikâle teklifine benzemektedir. Yani bu aslında “senin ikâle hakkın var” demek gibidir.<sup>577</sup>

Sözleşme kurulduktan sonra ona şart muhayyerliği eklemek Mâlikî mezhebine göre de caizdir. Fakat Hanefî mezhebinin aksine onlar için bu tıpkı alıcı tarafından malın başkasına satılması gibi yeni bir sözleşmedir. Alıcı, lâzım bir sözleşmeyle mülkiyetine girmiş olan malı muhayyerlikle mülkiyetinden çıkardığı için artık satıcı konumundadır. Bu sebeple Mâlikîler'deki genel kuralın aksine muhayyer olan kim olursa olsun süre içinde malın tazmin sorumluluğu da alıcıya geçmektedir.<sup>578</sup>

Mâlikîler'e göre sözleşmeye sonradan muhayyerlik ekleyebilmek için semenin önceden ödenmiş olması gerekir. Yoksa borcun borçla değişimi yasağı çiğnenmiş olacaktır. Şöyle ki satıcı artık alıcı konumuna geçtiğinden, alıcıdaki semen alacağıyla yine alıcıdan, ona daha önceki lâzım sözleşmeyle satmış olduğu malı geri satın almaktadır. Yani satıcı, semen alacağını, mal alacağına dönüştürmüştür. Bu ise iki bedelden hiçbirini teslim edilmeksizin gerçekleşen bir mübadele olduğu için caiz görülmemiştir. Lahmî ise buna itiraz ederek sözleşmenin zaten kurulup tamamlandığını, birinin diğerine muhayyerlik vermesinin ise ayrı bir durum olduğunu söylemiştir. Yani

<sup>575</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuûşûleyn*, 1/332; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/278; Haskefî, *Dürrül Muhtar*, 6/458; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/5.

<sup>576</sup> Kurul, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/40.

<sup>577</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/6; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/467-468; Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle*, 157.

<sup>578</sup> Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/28; Cezîrî, *Kitâbü'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/161-162.

ona göre bu yeni bir sözleşme olmadığından ona muhayyerlik eklenebilmesi için semenin hemen ödenmesi gerekmemektedir.<sup>579</sup>

Şâfiî ve Hanbelî mezhebinde tercih edilen görüşe göre sözleşme şartsız olarak yapıldıktan sonra ona mecliste şart muhayyerliği eklenmesi mümkündür.<sup>580</sup> Meclis dağıldıktan sonra eklenen şart muhayyerliği ise geçersizdir.<sup>581</sup> Çünkü kural olarak lâzım bir sözleşme, sonradan gayri lâzım olamaz. Bu hükümde nikâh sözleşmesine kıyas yapılmıştır. Karşı taraf ise satış sözleşmesinde ikâle mümkünse meclis dağıldıktan sonra muhayyerlik şart koşmanın mümkün olacağını söylemiştir. Onlar satış sözleşmesinin nikâha kıyasını uygun görmemişlerdir.<sup>582</sup>

### 3. Şart Muhayyerliğinin Şarta Bağlanması

Şart muhayyerliğinin düşmesinin şarta bağlanmasına örnek olarak bir eşeğin, şu nehri geçemezse veya yarına kadar nehri geçmezse iade edilmesi şartıyla yapılan satış zikredilebilir.<sup>583</sup> Bu tip satışa izin verilmemiştir. Ama muhayyerliğin iptali, yarın olunca muhayyerliğim düşsün gibi gelmesi kesin bir zamana yani vadeye bağlanırsa bu geçerlidir.<sup>584</sup> Muhayyerliğin düşmesi belirsiz bir olaya bağlanmışsa olay meydana gelse de muhayyerlik düşmez. Örneğin şu işi yaparsam muhayyerliğim düşsün denilmesi geçersizdir.<sup>585</sup> Anlaşıldığı üzere bu durum şart muhayyerliğinin amacına hizmet etmediği için uygun görülmemiştir. Çünkü fesih hakkı alıcının ya da satıcının düşünerek verdiği karara değil ihtimallere bağlanmıştır. Normal şartlarda temlik sözleşmelerinin kuruluş ve bozuluşunun şarta bağlanması yasak olduğu için bu meselede kıyasa göre hareket edilmiştir. Fakat ihtiyaç duyulduğunda örneğin ödeme muhayyerliğinde, feshin ödemenin yapılmaması durumuna bağlandığı görülmektedir.<sup>586</sup>

<sup>579</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/212; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/399; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/111; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/201-202; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/93-94; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/405.

<sup>580</sup> Nevevî, *el-Mecmû*, 10/219; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/110; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/609; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/405.

<sup>581</sup> İmam Şâfiî, *el-Ümm* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1990), 7/84; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/202; Cezîrî, *Kitâbü'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/160.

<sup>582</sup> Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey*, 43.

<sup>583</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/9; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/463.

<sup>584</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/333; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/7; Kurul, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/46; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 7/140.

<sup>585</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/440.

<sup>586</sup> Buhârî, *el-Muhtâbü'l-Burhânî*, 6/501.

Türk hukukunda da fesih gibi yenilik doğuran hakların şarta bağlanması hukuki bir belirsizlik ve askı durumu oluşturacağından borçluya zarar vereceği için geçerli değildir. Alman hukukunda da aynı sebeple takas hakkının şarta bağlanması halinde geçersiz olacağına hükmedilmiştir. Fakat şart belirsizlik oluşturmuyorsa borçluda zarara sebep olmayacağı için onaylanmıştır. Örneğin yenilik doğuran hak, karşılıklı anlaşmayla şarta bağlanmışsa veya sözleşmeden dönme; belirli sürede ödemenin yapılmaması, ayıbın telafi edilmemesi, hizmet sözleşmelerinde sözleşme şartlarında değişiklik yapılması gibi belirli ve sözleşmeyi destekleyen şartlara bağlanmışsa taraflar zarar görmeyeceği için buna izin verilmiştir.<sup>587</sup>

### C. Muhayyerlik Bulunan Sözleşmenin Konusu

Muhayyerlikle alınacak mal, mislî veya kıyemî olabilir. Dayanıklı tüketim malzemelerinin yanı sıra tüketilerek kullanılan mallarda da şart muhayyerliğine izin verilmiştir. Malların meyve, sebze gibi çabuk bozulan cinsten olması halinde sürenin ona göre belirlenmesine, bazı mezheplerce gerektiğinde malın satılarak semeninin onun yerini almasına hükmedilmiştir.<sup>588</sup>

Şart muhayyerliğine konu olan malın muayyen olması genel durum olmakla birlikte -şayi hisseli malın ortaklar arasında kısmetinde olduğu gibi<sup>589</sup> - bazı durumlarda mal gayri muayyen de olabilmektedir.<sup>590</sup> Deynin satıldığı bazı durumlarda bazı sebeplerle şart muhayyerliğine cevaz verilmemiştir. Örneğin selem sözleşmesinde, mal zaten deyndir. Alıcı muhayyer olduğu zaman semen de deyn olacaktır. Bu durumda deynin deyn karşılığı satışı yasağı çiğnenmiş olacağından selem sözleşmesinde şart muhayyerliğinin olmasına izin verilmemiştir. Sarf sözleşmesine şart muhayyerliği eklenmesi de bedellerin mecliste teslimini engelleyeceğinden yasaklanmıştır. İstisna sözleşmesi zaten gayri lâzım olduğu için şart muhayyerliğini kabul etmemektedir. Bu

<sup>587</sup> Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, 258-259.

<sup>588</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/279; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/7; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/467; Kurul, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/46; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/216; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/207-208; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, 180; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/393; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/202; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/406; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/202.

<sup>589</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/245-246.

<sup>590</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/298-299; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/34; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/467; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/436; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/218; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/109, 111.

sebeple şart muhayyerliğinin daha çok muayyen malların satışında kullanıldığını söylemek mümkündür.<sup>591</sup>

Şart muhayyerliği, mislî malların veya bir adet kıyemî malın, üçte bir, dörtte bir gibi belirli bir kısmında da şart koşulabilmektedir. Yine sözleşme konusu birkaç kıyemî maldan oluşuyorsa onlardan sadece belirli birinde şart muhayyerliği şart koşturmak da mümkündür. Sözleşme sahih olduğu sürece mallardan sadece birinde muhayyerlik bulunması ve onun iade edilecek olması sözleşmeye zarar vermez. Çünkü sonuçta sözleşme kurulurken muhayyerlik bulunan mal, sözleşmenin mahalli olarak bulunmaktadır.<sup>592</sup> Bu tıpkı normal köle ile müdebber kölenin bir arada satışına benzemektedir. Müdebber köle, mal olması yönünden sözleşmeye konu olabilmekte ve sözleşmeyi ifsad etmemektedir. Öyle ki mahkeme kararıyla onun satışı mümkündür. Fakat müdebber olması sebebiyle bazı hakları olduğundan satılamamaktadır. Bu sebeple o, mahkeme kararıyla değil kendiliğinden sözleşmeden çıkar. Diğer köle semenden payı karşılığı tek başına satılır. Muhayyerlik bulunan mal da mal olması yönüyle aslen satışa konu olabildiği için sözleşmeye eklenebilirken muhayyerlik sebebiyle de sözleşmeden çıkabilir. Bu durumda şart muhayyerliği bulunan malda sözleşmenin hükmü doğmayacak, diğer malın mülkiyeti alıcıya naklolacaktır.<sup>593</sup> İbn Kudâme ise bu durumu, birinde şuf'a hakkı bulunan diğerinde ise bulunmayan iki malın satın alınmasına benzetmiştir. Şuf'a hakkı veya şart muhayyerliği sahibinin, hakkını kullanarak mallardan birini sözleşme konusu olmaktan çıkarması durumunda, malın semenden hissesi miktarınca semende indirim yapılacaktır.<sup>594</sup>

Eğer birkaç kıyemî veya farklı cins mislî maldan<sup>595</sup> bazılarında muhayyerlik şart koşulacaksa bunun için malların semenlerinin ayrı ayrı tespit edilmesi gerekir. Aksi halde mallardan biri muhayyerlikle iade edildiği zaman semenden ne kadar fiyat düşüleceği belli olmayacaktır. Bu sebeple sözleşmeyi ifsad eden bir cehalet ortaya çıkacaktır.<sup>596</sup> Hanefî mezhebinde bu durumda malların hepsi birden alıcının elinde telef olursa alıcının,

<sup>591</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin “Uygulama Alanı” başlığı.

<sup>592</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/298-299; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/34; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/467; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/436; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/218; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/109.

<sup>593</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/299.

<sup>594</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/103-105; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 3/205.

<sup>595</sup> Aynı cins misli bir malın semeni ayrıca belirlenmemiş bir kısmında muhayyerlik verilmesi geçerlidir. Çünkü misli malların kısımları birbirinin aynısıdır. Elli kilo buğdayın yarısında muhayyerlik verilmesi buna örnektir. Bk. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/436.

<sup>596</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/299; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/34.

hepsinin de kıymetini ödemesi gerekir.<sup>597</sup> Bu meselede belirsizlikle ilgili dört ihtimal vardır. Bu ihtimallerden birinde sözleşme sahih, diğer üçünde fâsittir: Malların semenleri ve muhayyerlik bulunan malın belirsiz olması, malların semenlerinin belirli fakat muhayyerlik bulunan malın belirsiz olması, malların semenlerinin belirsiz fakat muhayyerlik bulunan malın belirli olması durumlarında Hanefî mezhebine göre sözleşme fâsit, diğer üç mezhebe göre bâtıldır. Hanefî mezhebi, sözleşmeyi bu sebeple iptal etme ihtiyacı duymamıştır. Bunun nedeni muhtemelen onların, mevcut cehaleti tarafların aralarında konuşarak ortadan kaldıracabilecekleri düzeyde görmüş olmasıdır. Malların semenleri ayrı ayrı belirlenmiş ve hangi malda muhayyerlik bulunduğu da tespit edilmişse dört mezhebe göre de sözleşme sahihtir.<sup>598</sup>

Tek malın yarısı, üçte biri gibi şayi bir kısmı muhayyerlikle satılıyorsa o kısmın semenden payı belirlenmese de satış geçerlidir. Çünkü bir malın yarısı bütününden farklı değildir. Örneğin bir at yarısında muhayyerlik bulunmak kaydıyla satın alındığında muhayyerlikle atın yarısında fesih gerçekleşirse fiyat olarak da semenin yarısı düşer. Bu durumda at üzerinde alıcı ve satıcı arasında ortaklık oluşur.<sup>599</sup>

Satış sözleşmesinde, sattığı malın fiyatı üzerine düşünebilmesi için satıcının da muhayyerliği kabul edilmiştir.<sup>600</sup> Bu durumda şart muhayyerliğinin konusunun zimmette sabit olan semen borcu olduğu söylenebilir. Bunun dışında kira sözleşmesinde menfaat, kefâlet sözleşmesinde borçluya ait borcun ödenmesi, ibra sözleşmesinde iskata elverişli her türlü kul hakkı, havâle sözleşmesinde borç şart muhayyerliğinin konusu olabilmektedir.<sup>601</sup>

#### D. Muhayyerliğin Süresi

Şart muhayyerliğinin süresi ile ilgili üç temel görüş vardır. Birinci görüş taraftarları, muhayyerliğinin üç güne kadar caiz olduğunu savunmaktadır. Hanefî mezhebinde Ebû Hanîfe ile Züfer'in tercih ettiği ve genel kabul gören görüş, Şâfiî mezhebi<sup>602</sup>, Leys b. Sa'd (ö. 175/791) ve Zeyd b. Ali'nin (ö. 122/740) görüşü bu yöndedir.

<sup>597</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/472.

<sup>598</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/298-299; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/34; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/218; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/109.

<sup>599</sup> İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/467.

<sup>600</sup> Bk. Çalışmanın "Muhayyerlik Sahibi" başlığı, 95-100.

<sup>601</sup> Bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin "Uygulama Alanı" başlığı, 80-84.

<sup>602</sup> Hukukta takdir edilen sayılar dört grupta incelenir. Birinci grupta miras payları, namazların rekât sayısı, hadler gibi miktarında ne artırma ne de azaltma mümkün olmayan sayılar yer alır. İkinci gruptaki sayılarda taharete üç tekrarı

Süreyi üç günle sınırlandırmayan ve tarafların anlaştığı herhangi bir süreyi geçerli kabul eden ikinci grubun savunucuları da Hanbelî mezhebi, Hanefî mezhebinden İmâmeyn, İbn Ebî Leylâ<sup>603</sup> Zeydiyye'den Kâsımiyye, İmâmiyye, İbâziyye<sup>604</sup>, Hasan b. Salih (ö. 168/784), İshak b. Râhûye (ö. 238/853), Abdullah b. Hasan el-Anberî (ö. 168/785), Ebû Sevr (ö. 240/854), Evzâî (ö. 150/774), Dâvûd ez-Zâhirî (ö. 270/884) ve Şâfiîler'den İbn Münzirdir<sup>605</sup> (ö. 318/930).<sup>606</sup>

Üçüncü görüşün tek savunucusu olan Mâlikîler'e göre ise malın cinsine göre gerekli olan süreye itibar edilir. Bunun dışında İbn Şübrûme, İbn Hanbel<sup>607</sup> ve Hasan b. Hay'den sürenin ebedi olarak zikredilebileceğine dair bir görüş de aktarılmıştır. Bu durumda hak sahibi muhayyerliğini kullanana kadar muhayyerlik devam eder. Bu görüşün dayanağı "Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar."<sup>608</sup> hadisidir. İbn Rüşd de Süfyân es-Sevrî ve İbn Cinnî'ye göre muhayyerlik için süreye gerek olmadığını, hak sahibinin istediği zaman satışı feshedebileceğini söylemiştir.<sup>609</sup> Sürenin meçhul olması Mâlikîler'e göre malın cinsine itibar edildiği için sorun oluşturmazken diğer mezheplere göre sözleşmeyi ifsad etmektedir.<sup>610</sup>

### 1. Sürenin Uzunluğu ile İlgili Tartışmalar

Hanefî mezhebinde tercih edilen görüşe göre şart muhayyerliğinin süresi üç gün veya daha azıdır. Üç günden fazlası sözleşmeyi fâsit kılar. Alaaddin es-Semerkindî (ö. 539/1144), Kâsânî, Burhâneddin el-Buhârî (ö. 616/1219), Serahsî, Bâbertî, İbn Âbidîn ve daha başkalarının da aralarında bulunduğu çoğunluk bu görüşünün sahih olduğunu

---

emredilmesinde olduğu gibi artırma veya azaltma mümkündür. Üçüncü gruptaki sayılarda azaltma mümkünken artırma mümkün değildir. Şart muhayyerliğinde ve dinden çıkma halinde verilen üç gün düşünme süresi buna örnektir. Dördüncü gruptaki sayılarda ise azaltma mümkün değilken artırma mümkündür. Üç defa istinca yapmak ve köpeğin yaladığı kabı yedi defa yıkamak buna örnektir. Bk. Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, 393.

<sup>603</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41.

<sup>604</sup> Hıdır Abdullah Sâlim, *Ahkâmü'l-hıyârâtı's-sâbiteti bi's-şart*, 109.

<sup>605</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/247, 253; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/607-608; Şerkâvî, *el-Hıyârât fi'l-bey'*, 29.

<sup>606</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/99-102; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/405; Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/202.

<sup>607</sup> İshak b. Mansur'un İbn Hanbel'den aktardığı üzere bir kişi süresini belirtmeksizin muhayyerlikle bir şey satın alırsa ya hemen malı alır ya da ebediyen muhayyer olur. (Mesâilü'l-Kevsec 1919) Seyyid İzzet Halid Rabat, *el-Câmi li 'ulûmi'l-imâm Ahmed* (Dâru'l-Felah, 2009), 9/165.

<sup>608</sup> Tirmizî, "Ahkâm", 17.

<sup>609</sup> Şerkâvî, *el-Hıyârât fi'l-bey'*, 28; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 3/225.

<sup>610</sup> Aynî, *Umdetü'l-Kârî*, 11/234; Semiran, "Eseru'l-Vakt fi Hıyârî's-Şart", 142.



söylemişlerdir. Tahâvî ise süre sınırı koymayan İmâmeyn'in görüşünü tercih ettiğini belirtmiştir. *Mecelle* de son görüşe göre hüküm vermiştir.<sup>611</sup>

Ebû Hanîfe'ye göre üç gün muhayyerlik, ihtiyaç sebebiyle istihsanen geçerlidir. Çünkü Hz. Peygamber garar bulunan satışı yasaklamıştır. Şart muhayyerliği bulunan sözleşmede de muhayyerliğin ne zaman düşeceği belirsiz olduğu için garar vardır. Üç günü aşan her süre, daha fazla bilinmezlik manasına gelir. Ayrıca Şâfiî mezhebinde de dile getirildiği üzere, üç günden fazla süreye ihtiyaç yoktur.<sup>612</sup> Nitekim Şirâzî şart muhayyerliğinin ihtiyaç sebebiyle üç gün süreyle ruhsat olarak caiz olduğunu söylemiştir.<sup>613</sup> İmam Şâfiî üç günün yeterli olacağını ve fazlasını şart koşanın fâsit bir sözleşme yapmış sayılacağını söylemiştir.<sup>614</sup>

İbn Kudâme, şart muhayyerliğinin ruhsat olduğunu ifade edenlere cevaben, sözleşmenin muktezasının mülkiyetin nakli olduğunu ve bu sebeple süresi ne olursa olsun muhayyerliğin, sözleşmeye aykırı olmadığını söylemiştir.<sup>615</sup> Ama yine o, bir an için sürenin üç günü aşmasının kıyasa aykırı olduğu kabul edilecek olsa bile, asla yani temlikin şarta bağlanmamasına, ihtiyaç sebebiyle sözleşmeye şart muhayyerliği eklenerek muhalefet edildiği zaman, aynı gerekçeyle hükme de yani muhayyerliğin üç gün olmasına muhalefet edilebileceğini söylemiştir.<sup>616</sup> İmâmeyn de aynı sebeple üç gün süredeki bilinmezliğin, üç günden fazla süredeki bilinmezlikten farklı olmayacağını belirtmiştir.<sup>617</sup>

Kâsânî, Ebû Hanîfe'nin görüşünü tercih ederek illet, İmâmeyn'in dediği gibi gabni gidermekse üç gün sürenin bunun için yeterli olacağını, süreyi uzatmanın bir sınırının olmadığını söylemiştir.<sup>618</sup> İbnü'l-Hümâm da Kâsânî ile benzer şeyleri söylemiş

<sup>611</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/457; Tahâvî, *Muhtasari't-Tahavi*, 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/14; Kudûrî, *el-Muhtasar*, 1/178-179; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41-42; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/24; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/278; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/7; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/434.

<sup>612</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/457; Tahâvî, *Muhtasari't-Tahavi*, 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/14; Kudûrî, *el-Muhtasar*, 1/178-179; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41-42; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/24; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/278; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/7; Kurul, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/38; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/215-216.

<sup>613</sup> Şirâzî, *el-Muhezzeb*, 10/214.

<sup>614</sup> İmam Şâfiî, *el-Ümm*, 7/106.

<sup>615</sup> Burada Hanbelîler'e göre şart muhayyerliğinin mülkiyetin naklini engellemediğini bilmek gerekir. Diğer mezheplere göre muhayyerlik mülkiyetin nakline mâni olduğu için bu itiraz yerinde değildir. Bk. Çalışmanın "Mal ve Semen Durumu" başlığı, 118-129.

<sup>616</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, 5/99-102

<sup>617</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/457; Tahâvî, *Muhtasari't-Tahavi*, 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/14; Kudûrî, *el-Muhtasar*, 1/178-179; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41-42; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/24; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/278; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/7; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/434.

<sup>618</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/24-25; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/278; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/7.

ve şöyle de eklemiştir: “Kişi bir malı satın almadan önce gidip görerek onun hakkında bilgi alabilir. Sırf bunun için şart muhayyerliğine gerek yoktur. Zaten kişi malı alırken görmediyse görme muhayyerliği sayesinde bir sene geçse dahi fesih hakkına sahip olmaya devam eder. Malın fiyatını hak edip hak etmediği veya alıcının ihtiyacını tam olarak karşılayıp karşılamayacağı ise tecrübeli kişilere danışılarak bilinebilir. Bu da üç gün içinde yapılabilecek bir işlemdir. Muhayyerliğin ana maksadı, kişinin aldanıp aldanmadığını öğrenmesidir. Bu da çok gizli ve öğrenmesi meşakkatli bir bilgi değildir. Üç gün hatta daha kısa sürede belli olur.”<sup>619</sup>

İbn Nüceym, ilk grubun görüşünün dayandığı bir hadisi şu şekilde aktarmıştır: “Bir adam, diğerinden bir deve aldı ve dört gün muhayyerlik şartı koştı. Allah Rasûlü de bu satışı iptal etti ve muhayyerlik üç gündür buyurdu.”<sup>620</sup> Onlara göre Allah Rasûlü’nün bu satışı iptal etmesi üç günden fazla muhayyerliğe izin vermediğini gösterir.<sup>621</sup> Serahsî’nin belirttiği üzere süre tayini ya belirtilen miktardan fazlasını ya da azını saf dışı bırakmak içindir. Üç günden az muhayyerlik şartı caiz olduğuna göre demekki üç gün ifadesi, sürenin fazlasını yasaklamak için dile getirilmiştir. Yoksa zikredilen sürenin hiçbir manası kalmazdı. Çünkü Allah Rasûlü’ne boş ve yararsız bir söz isnad olunamaz.<sup>622</sup>

Süreyi üç günle sınırlandırmayanlara göre sürenin hadiste üç gün olarak zikredilmesi, genel durumun bu olması sebebiyledir. Günlük hayatta sıklıkla alınıp satılan mallar, üç günde incelenebilecek cinstendir. Bu sebeple ihtiyaç halinde süreyi artırmanın bir sakıncası yoktur. Bu tıpkı istinca hadisinde üç sayısının zikredilmesine rağmen gerektiğinde daha fazla taşın kullanılabilmesi gibidir..abiliryAyrıca Habban için<sup>623</sup> verilen süre başkaları için yeterli olma

İbn Rüşd, Mâlikîlerin Habbân hadisini kendisinden umum murad edilen has olarak kabul ettiğini söylemiştir. Onlar, eğer muhayyerliğin amacı kişinin malı beğenip beğenmediğini anlamak için imkân tanımaksa o zaman sürenin de malın cinsine göre değişmesi gerektiğini belirtmişlerdir.<sup>624</sup> Çünkü evi incelemekle elbiseyi incelemenin

<sup>619</sup> İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 6/279-280.

<sup>620</sup> Zeylaî, *Naşbü’r-râye*, 4/8.

<sup>621</sup> Şirbîni, *Muğni’l-muhtâc*, 2/605-609.

<sup>622</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41-42.

<sup>623</sup> Zeylaî, *Naşbü’r-râye*, 4/8; Muhammed b. Ahmed Ebû Zehre, *el-Mülkiyye ve Nazariyyetü’l-Akd* (Kahire: Dâru’l Fikri’l-Arabî, 1996), 369-370.

<sup>624</sup> İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, 3/226.

süresi bir değildir. Karâfî de belirli bir sürenin zikredilmesinin, onun sebebi bilinmediği zaman sınırlayıcı olacağını, eğer sebep biliniyorsa zikredilen süreye değil sebebe itibar edileceğini söylemiştir. Herkesin icmâ ettiğine göre muhayyerliğin meşruiyeti düşünerek doğru karar verme maslahatına ulaşmak içinse maksadı gerçekleştirecek kadar sürenin de verilmesi gerekeceğini ifade etmiştir.<sup>625</sup>

İbn Kudâme, bu görüşe itiraz olarak ihtiyaç belirsiz bir tabir olduğundan tespitin mümkün olmadığını söylemiştir. Bu yüzden sürenin ihtiyaca bağlanmasının taraflar arasında ihtilafa ve hükümde belirsizliğe yol açacağına dikkat çekmiştir.<sup>626</sup> İbnü'l-Hümâm da ihtiyaç halinde üç günden fazla sürenin şart koşulabileceği savına şu şekilde cevap vermiştir: “Hadiste adı geçen Habbân b. Munkiz, başından beynine kadar ulaşan bir yara aldığı için sağlığı bozulmuş güçsüz bir adamdır. Eğer muhayyerlik verilen Munkiz b. Amr ise o da başından yara aldığı için konuşması bozulmuş ve akli melekesi düzensizleşmiş yüz otuz yaşında bir kişidir. Zafiyet yönünden bu kişileri ancak deliler açacaktır. Allah Rasûlü bu iki kişiye de ancak üç gün muhayyerlik vermiştir.”<sup>627</sup>

Hanbelî mezhebi ise “Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar.”<sup>628</sup> hadisinin umumuna itibar ederek tarafların anlaştığı herhangi bir süreyi geçerli kabul etmiştir.<sup>629</sup> İbn Teymiyye (ö. 728/1328), Hanbelî mezhebinin sözleşmelerde şartlar konusunda diğer mezheplere nazaran daha müsamahakâr ve geniş fikirli olduğunu söylemiştir. Onlar, bunu kitap ve sünnetin umumuna dayanarak başarmaktadır.<sup>630</sup> Fakat üç gün sınırını savunan Serahsî, bu hadisle beraber “Allah’ın kitabında olmayan her şart bâtıldır.”<sup>631</sup> hadisinin de dikkate alınması<sup>632</sup> gerektiğini söylemiştir.<sup>633</sup> Şâfiî mezhebinde de genel kabul, sürenin üç günü geçmemesi olmakla birlikte İbn Münzir’den, süre belirli olduğu sürece bir üst sınırın olmayacağı şeklinde bir görüş aktarılmıştır. O da bu görüşünü yukarıdaki<sup>634</sup> hadise dayandırmıştır.<sup>635</sup>

<sup>625</sup> Karâfî’nin aktardığı üzere Habbân bir köle alırken Hz. Peygamber’in ona bu muhayyerliği verdiği rivayet edilmiştir. O zaman ev ve diğer mallarda süre açısından ihtilaf yok demektir. Bk. Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/25.

<sup>626</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/99-102; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/405; Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/202.

<sup>627</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/279-280.

<sup>628</sup> Tirmizî, “Ahkâm”, 17.

<sup>629</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/99-102; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/405; Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/202.

<sup>630</sup> İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-kübrâ* li ibn Teymiyye, 4/80.

<sup>631</sup> Buhârî, “Mukâteb”, 2.

<sup>632</sup> Aslına bakılırsa bu hadis, Zâhirîler tarafından şart muhayyerliğini nefyetmek için kullanılmaktadır. Serahsî de aynı hadisi üç günden fazla sürenin nefyi için kullanmıştır. Bk. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 7/267.

<sup>633</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41-42.

<sup>634</sup> Tirmizî, “Ahkâm”, 17.

<sup>635</sup> İmam Şâfiî, *el-Ümm*, 7/85; Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, 2/605-609.

Üç gün sınırı koymayanlar, Hz. Ömer'in (ya da İbn Ömer'in) bir deve sattığı ve alıcıya iki ay muhayyerlik verdiği rivâyeti<sup>636</sup> delil göstermişlerdir. Bu rivâyet ile ilgili şöyle söylenmiştir: “Bunun İbn Ömer'in kendi görüşü mü yoksa Hz. Peygamber'den aktardığı bir görüş mü olduğu meçhuldür. Ayrıca burada zikredilen muhayyerliğin şart muhayyerliği olmaması da mümkündür. Şayet hadis, merfu ve şart muhayyerliği ile ilgili olsa bile garip olduğu için sübutu zannidir. Habbân hadisi ise meşhurdur ve sahabe kavline üstündür. Hz. Peygamber'in sözü, itibar edilmeye İbn Ömer'in uygulamasından daha layıktır.”<sup>637</sup> Bedreddin Simâvî de Ebu Yusuf'un Hz. Ömer'in uygulaması sebebiyle üç günden fazla muhayyerliğe onay verdiğini fakat onun tutarlılık gereği iki aydan fazla süreye onay vermemesi gerektiğini söylemiştir. İmam Muhammed'in ise yukarıdaki rivâyeti delil almadığını ve onun üç günden fazla muhayyerliğe izin vermesinin tümünden problemliliğini belirtmiştir. Fakat İmam Muhammed'in görüşünün istihsan deliline dayanması halinde tutarlı olacağını da eklemiştir.<sup>638</sup>

Hz. Ömer'in “Ben sizin için Allah Rasûlü'nün Habbâna verdiği üç gün muhayyerlikten fazlasını uygun görmüyorum.” hadisi, bir grup tarafından delil görülmüş fakat bu hadis diğer grup tarafından sahih görülmemiştir.<sup>639</sup> Sahih görenlerden bazıları da bunun şart muhayyerliğiyle ilgili olmadığını söylemiştir.<sup>640</sup>

Bazı fakihler musarrat hadisine kıyasla şart muhayyerliğinde sürenin üç günü geçmeyeceğini söylemiştir. İmam Şâfiî'den, musarrat hadisinde ve Habbân hadisinde üç gün muhayyerlik olduğu zikredilmeseydi meclis dağıldıktan sonra bir saat bile muhayyerlik olmazdı, sözü aktarılmıştır.<sup>641</sup> Üç gün sınırı koymayanlardan bazıları ise şart muhayyerliğini ayıp ve görme muhayyerliğine kıyas ederek nasıl bu muhayyerliklerde üç gün sınırı yoksa kıyasen şart muhayyerliğinde de olmaması gerektiğini söylemiştir.<sup>642</sup> Buna kaşrı çıkanlar ise: “Şart muhayyerliği, ayıp ve görme muhayyerliğine kıyas edilemez. Çünkü bu ikisinde, sözleşmenin hükümlerinin doğmasının ileriki bir zamana

<sup>636</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 9/264; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/24-25.

<sup>637</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41-42; Bâbertî, *el-İnâye*, 6/300; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 31-33.

<sup>638</sup> Bedreddin Simâvî, *et-Teshîl*, 1/354.

<sup>639</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/99-102.

<sup>640</sup> Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 30-31.

<sup>641</sup> İmam Şâfiî, *el-Ümm*, 7/85.

<sup>642</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/457; Tahâvî, *Muhtasari't-Tahavi*, 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/14; Kudûrî, *el-Muhtasar*, 1/178-179; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41-42; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/24; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/278; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/7; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/434.

ertelenmesi yoktur yani sözleşme nafızdır. Bu sebeple sürenin olmaması, sözleşmeye zarar vermez.” demişlerdir.<sup>643</sup>

Üç gün sınırı koymayanlar, şart muhayyerliğini vâdeye de kıyas etmişlerdir. Tıpkı vâde gibi sözleşmeye sonradan eklendiği (sözleşmenin aslından olmadığı) için üç gün ve fazlası arasında cevazının gerekçesi açısından bir fark olmadığını söylemişlerdir.<sup>644</sup> İbnü'l-Hümâm, bu kıyası şöyle eleştirmiştir: “Vâde, kıyasa aykırı olarak şer'an mutlak süreyle, şart muhayyerliği ise üç gün süreyle caiz kılınmıştır. Eğer vâde de mukayyed olarak meşru kılınsaydı biz onu da belirli süreyle kabul ederdik.”<sup>645</sup> Burhaneddin Buhârî de vâdenin sadece semenin talebini ertelediğini, şart muhayyerliğinin ise sözleşmenin hükmü olan mülkiyetin naklini ve bedellerin talebini ertelediğini söylemiştir. Bu sebeple vâdenin sözleşmeye daha az etkide bulunduğunu ve uzun süreyi kabul edebileceğini ifade etmiştir.<sup>646</sup>

Üç gün sınırı koymayanların uyguladığı başka bir kıyas da kefalet sözleşmesi üzerinedir. Çünkü kefalet sözleşmesinde üç günden fazla muhayyerlik caizdir. Serahsî, buna cevap olarak: “Kefalet sözleşmesinde üç günden fazla muhayyerliğin şart koşulabilmesinin sebebi, onun zaten aslen garar ve risk içermesindendir. Öyle ki falana borç verirken ona kefilim denilerek bu sözleşmenin ta'likî şartı bağlanması bile caizdir. Bu sebeple diğer sözleşmeler, kefaletle kıyas edilemezler.” demiştir.<sup>647</sup> Yine Ebû Hanîfe tarafından havâle sözleşmesi ve -konusu ayn olmadığı için aynın tesliminin gecikmesi problemi olmadığından- muhâlaa sözleşmesinde şart muhayyerliğinde üç gün sınırı gözetilmemiştir.<sup>648</sup>

Günümüzde mallar çok çeşitli ve karışık bir yapı arz etmektedir. Bu sebeple üç gün malı incelemek için yeterli olmayabilmektedir. Bu sebeple İmâmeyn ve Hanbelî mezhebinin görüşü bizce daha uygundur. Nitekim *Mecelle* de buna göre hükmetmiştir.<sup>649</sup> *Mürşidü'l-Hayrân*'da ise Ebû Hanîfe'nin görüşüne göre hükmedilerek süre üç günle sınırlandırılmış, kefalet, havâle ve vakıf sözleşmeleri bundan istisna edilmiştir.<sup>650</sup>

<sup>643</sup> Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 31-33.

<sup>644</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/100-102; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 3/405; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 3/202.

<sup>645</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/279-280.

<sup>646</sup> Buhârî, *el-Muhtûtü'l-Burhânî*, 6/485.

<sup>647</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41-42; Bâbertî, *el-Înâye*, 6/300.

<sup>648</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/8; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/467.

<sup>649</sup> Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 34-35.

<sup>650</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l-Hayrân* (Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, 1891), 39.

Muhayyerliğin en az süresi için bir zaman belirlenmemiştir. Bir saat veya daha az da olsa düşünmek için yeterli olan süre uygun görülmüştür.<sup>651</sup> Bin sene gibi örfe aykırı bir süre belirlenmesi, semen ve maldan faydalanmaya mâni olacağı için caiz görülmemiştir.<sup>652</sup>

İki taraf içinde muhayyerlik şart koşulursa sürelerin aynı olması gerekmez. Örneğin birisinin bir gün diğerinin üç gün muhayyerliği olabilir. Bu muhayyerlik şartla sabit olduğu için kişi ne kadar şart koşarsa o kadar süreye sahip olur.<sup>653</sup> Nevevî, bu duruma ek olarak malların birinde bir gün diğerinde iki gün muhayyerlik bulunmasının da tercih edilen görüşe göre sahih olduğunu söylemiştir. Bu durumda her malın kendi süresine göre muhayyerlik hükümleri uygulanacaktır.<sup>654</sup>

Eğer mal çabuk bozulan cinstense hükmü kıyasa göre aynıdır. Fakat Hanefî mezhebinde iki tarafın da zarar görmemesi için istihsanen farklı hüküm verilmiştir. Bu durumda alıcıya, “Sözleşmeyi feshet ya da malı teslim al. Sen sözleşmeyi onaylayıncaya veya mal elinde telef oluncaya kadar semeni ödemen gerekmez.” denir.<sup>655</sup> Şâfiîler’de meseleyle ilgili iki görüş vardır. Birinci görüşe göre sözleşme bâtıl olur. İkinci görüşe göre ise sözleşme geçerlidir ve mal bozulmaya yüz tuttuğu zaman satılarak semeni onun yerini alır. Nevevî, ikinci görüşün açık bir hata olduğunu söylemiştir.<sup>656</sup> Hanbelî mezhebi de ikinci görüşe göre hükmetmiştir.<sup>657</sup>

İbn Kâsım, kişinin karpuz, salatalık, elma, şeftali, nar gibi meyveleri bir veya iki gün muhayyerlikle satın almasıyla ilgili İmam Mâlik’ten bir hüküm duymadığını söylemiştir. O, kendi görüşünce bu konuda insanların teamülüne başvurulması gerektiğini ifade etmiştir. Eğer bu mallar hakkında başkalarına danışma ihtiyacı hissediliyorsa muhayyerlikliğin çabuk bozulmayan mallarda olduğu gibi ihtiyacın gerektirdiği süreyle geçerli olacağını dile getirmiştir. Zürcânî (ö. 1020/1611), badem gibi kuru gıdalarda zahir

<sup>651</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi’l-ukûd*, 1/220.

<sup>652</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi’l-ukûd*, 1/221.

<sup>653</sup> Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, 10/214; Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/215-216; Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 2/605-606, 608-609; İmam Şafîî, *el-Ümm*, 7/85; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/103; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/408; Buhâtî, *Keşşâfû’l-kınâ*, 3/205.

<sup>654</sup> Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/218; Nevevî, *Ravzatü’l-ıtlâbîn*, 3/109, 111.

<sup>655</sup> İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kâdir*, 6/279; İbn Nuceym, *el-Baḥrû’r-râ’ik*, 6/7; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 6/467; Kurul, *el-Fetâva’l-Hindîyye*, 3/45-46.

<sup>656</sup> Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/216.

<sup>657</sup> İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/406; Buhâtî, *Keşşâfû’l-kınâ*, 3/202.

olan görüşe göre sürenin üç gün<sup>658</sup> İbn Cüzey (ö. 741/1340) ise bir gün olduğunu belirtmiştir.<sup>659</sup>

Mâlikîler'e göre çabuk bozulan mallar, mislî mallardan oldukları için daha önce geçtiği üzere onların karşı tarafın göremeyeceği bir yere götürülmesinin şart koşulmaması gerekir.<sup>660</sup> Pamuk, kına, asbur, un, zeytinyağı, bal, tereyağı gibi mislî malların tamamında bu durum geçerlidir. Çünkü bunlar tüketilerek kullanılabildikleri için fesih halinde geri iade edilen malların daha önce teslim edilenler olup olmadığı belli olmayacaktır. Bu sebeple alıcı, fesih halinde bu malları aldığı borcun geri ödemesi olarak iade edecektir. Bu ise satış ve borç sözleşmelerinin birleştirilmesi yasağının (bey ve selef) çiğnenmesi manasına gelmektedir.<sup>661</sup>

Hanefîler ve Zeydiyye'ye göre süre sonunda tekrar süre eklenebilir. Hanbelîler ve Şâfiîler'de de taraflardan biri ölürse varisler süreyi artırabilir.<sup>662</sup> Hanbelîler'de muhayyerlik süresi dolmadan veya meclis dağılmadan süreye ekleme yapmak da caizdir. Sözleşme lâzım olduktan sonra ise tekrar şart muhayyerliği eklenemez.<sup>663</sup>

Şart muhayyerliğinin süresi; yarına, akşama, öğleye kadar şeklinde belirlenirse Ebû Hanîfe'ye göre süre sonu muhayyerliğe dâhildir.<sup>664</sup> Yani yarın, akşam ve öğlen saatlerinin tamamı süre içindedir. İmâmeyn, Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelîler'e göre ise süre sonu muhayyerliğe dâhil değildir. Yani aynı örneklerde ertesi günün başlangıcı olan güneşin doğması, akşamın ve öğlenin başlangıcı olan güneşin batması ve zevâli ile muhayyerlik bitecektir. Çünkü bir sınır olan gaye sınırlarını belirlediği şeye dâhil olmaz. Örneğin bir duvardan diğerine kadar arazi satışında duvarlar satışa dâhil değildir. Gayenin amacı, kendinden öncesinin sonrasından farklı olduğunu göstermektir. “İlâ” harf-i ceri gaye bildirir. Onun “mea” harf-i ceri manasında kullanımı mecazendir.<sup>665</sup>

<sup>658</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/207-208; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/393; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 3/93; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/200.

<sup>659</sup> İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 180.

<sup>660</sup> Tüketilerek kullanılmayan mallarda ve hayvanlarda ise durum farklıdır. Bir adama vâdeyle iki köle satıp vâde sonunda köleden birinin aynını ve diğerinin semenini almak caizdir. Burada “bey ve selef” yoktur. Çünkü kişi malın aynını iade etmekte diğerinin de semenini ödemektedir. Meyvede olduğu gibi maldan faydalanıp (onu tüketip) mislini iade etme durumu yoktur. Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/207-208.

<sup>661</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/207-208; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/393; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/202.

<sup>662</sup> Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/606; Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/233.

<sup>663</sup> Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/204.

<sup>664</sup> Hasan b. Ziyad, Ebû Hanîfe'den tam tersi bir görüş de aktarmıştır. Bk. Buhârî, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 6/487.

<sup>665</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/111-112; İbn Müfliḥ, *el-Mübdi*, 3/407; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/203-204.

İkinci grubun görüşünü Bakara suresinin 187. ayeti<sup>666</sup> desteklemektedir. Ayette orucu geceye kadar tamamlayın denilmekte fakat oruç farızası akşam namazıyla beraber tamamlanmaktadır. Yani süre sonu olan gece süreye dâhil değildir.<sup>667</sup> Ebû Hanîfe'nin görüşüne ise Maide suresinin 6. ayeti delil oluşturmaktadır. Ayette abdest alırken yüzlerinizi ve dirseklere kadar ellerinizi yıkayın demektedir. Fukaha bu ayet gereği dirseklerin de yıkanması gerektiğini söyleyerek gayeyi asla dâhil edilmiştir. İmâmeyn, dirseklerin kollara dâhil olduğunun Hz. Peygamber'in uygulaması ile bilindiğini, Maide 6'daki "ilâ"nın mecazen "mea" manasında kullanıldığını söylemiştir. Onlara göre hakkında delil bulunmadığı sürece asla göre hareket edilmesi gerekmektedir.<sup>668</sup>

Ebû Hanîfe'ye göre İmâmeyn'in görüşü şu sebeple geçersizdir. Gaye, ihraç ve ispat gayesi olmak üzere ikiye ayrılır. İspat gayesi süreyi oluşturmak için vardır. Bu sebeple süreye dâhil değildir. Bakara 187. buna örnektir. Bu ayetin maksadı oruç süresinin tayin edilmesidir. Bu da süreyi geceye kadar uzatmakla sağlanmıştır. İhraç gayesi ise süreyi ya da mesafeyi var etmek için değil onlara bir sınır koymak içindir. Abdest ayeti buna örnektir. Kollar abdestte zaten yıkanacaktır fakat yıkanması gereken bölgenin sınırı bilinmemektedir. Buradaki gaye açıkça görüldüğü gibi ihraç gayesi olduğundan asla dâhildir. Muhayyerliklerde de amaç sürenin ebedi olmasını engellemek olduğu için süre sonu muhayyerliğe dâhildir.<sup>669</sup>

Ebû Hanîfe'ye ait ikinci bir gerekçe de şudur: Süre dolduğunda muhayyerlik sahibine ait olan bedel veya malın mülkiyeti ondan çıkar. Süre sonu şüpheli olursa mülkiyeti tartışmasız olan mal, şüphe ile temlik edilmiş olur. Şüphe ile muhayyerlik düşmeyeceğinden bu durum caiz değildir. Sözleşmenin sonu da süreye dâhil olursa sürenin bittiği hususunda ittifak sağlanmış olur.<sup>670</sup> Hanbelîler ise aynı aklî delili kullanarak tam tersi hüküm vermişlerdir. Onlara göre muhayyerlik zaten sözleşmenin

---

<sup>666</sup> ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ

<sup>667</sup> Kudûrî, Ebû Hanîfe'nin görüşünü savunarak süre sonunun süreye dâhil olmadığı bazı durumları şu şekilde açıklamıştır: Ramazan'a kadar vâdede, Ramazan'ın süreye dâhil olmamasının sebebi semenin satıcı tarafından hak edilmiş olması ve şüphe sebebiyle satıcının semeni talep hakkının engellenememesidir. Ramazan'a kadar falanla konuşmamaya yeminde de Ramazan ayı şüphe sebebiyle yemine dâhil edilmemektedir. Çünkü mubah olan konuşmak şüphe ile haram olmaz. Bk. Kudûrî, *et-Tecrîd*, 5/2255-2257; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/53.

<sup>668</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/52-53; Kâsânî, *Bedâ'î'u 'ş-şanâ'i*, 7/291.

<sup>669</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/52-53; Kâsânî, *Bedâ'î'u 'ş-şanâ'i*, 7/291.

<sup>670</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/52-53.



lüzumuna aykırı olduğu için onda mümkün olduğunca şüpheden uzak durmak gerekir. Bu yüzden süre sonu süreye dâhil edilmemelidir.<sup>671</sup>

Bedreddin Simâvî, esasen tüm imamlara göre süre sonunun süreye dâhil olmayacağını fakat örf sebebiyle uygulamada farklı görüşlerin ortaya çıktığını söylemiştir. Bu da imamların örf itibar hususundaki görüş farklılıklarına dayanmaktadır. Örneğin bir kimse karısına birden üçe kadar boşsun derse İmam Züfer'e göre gaye olan üç sayısını asla dâhil olmadığından kıyasen sadece bir talak gerçekleşir. İmameyne göre ise örfen bu sözle üç talak kastedildiği için istihsanen üç talak geçerlidir. Ebu Hanife'ye göre ise örfen birden fazla ve üçten az olan kastedildiği için iki talak kabul edilir. Yaşım atmıştan yetmişe kadardır sözünde de ifade edilen kişinin yaşının atmış ve yetmiş arasında olduğudur. Yine “*Borçluya eli genişleyinceye kadar mühlet verin.*” (Bakara 280) ayetinde süre sonu olan genişlik zamanı da süreye dâhil edilecek olsa alacaklının bekleme süresi bitmeyecektir. “*Orucu geceye kadar tamamlayın.*” (Bakara 187) ayetinde gece de oruç süresine dâhil edilirse uzun süre iftar yapılamayacaktır. Fakat “Kur’ân’ı başından sonu kadar ezberledim.” sözünde kastedilen Kur’ân’ın tamamının ezberlendiği olduğu için gaye süreye dâhildir.<sup>672</sup> Görüldüğü üzere ilgili meselelerde esas dikkate alınanın gramer kuralları değil mantık kuralları ve örfüdür.

## 2. Sürenin Malın Cinsine Göre Belirlenmesi

Mâlikî mezhebine göre şart muhayyerliğinin süresi, malın cinsine göre tespit edilir. Bu sebeple taşınır mallar, köleler, hayvanlar ve taşınmazlarda muhayyerlik süresi farklıdır. Süre ihtiyaca göre belirlendiği ve belirlenen zamanın dolmasına rağmen malın iadesi için ek bir-iki gün daha verilebildiğinden aynı malla ilgili farklı sürelerin zikredildiği görülebilmektedir. Malın cinsine göre belirlenmesi gereken sürenin aşılması halinde sözleşmede garar ve kumar oluşacağı söylenmiştir. Çünkü bu süreler aşılsa süre sonuna kadar malın akıbetinin ve fiyatının ne olacağı belli olmayacaktır.<sup>673</sup>

İmam Mâlik'e göre elbiselerde muhayyerlik süresi, bir-iki gün kadardır. İbnü'l-Hâcib (ö. 646/1249), bu süreyi üç gün olarak zikretmiştir.<sup>674</sup> Cârîyede ve kölede bir

<sup>671</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/111-112; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/407; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/203-204.

<sup>672</sup> Bedreddin Simâvî, *et-Teshîl*, 1/356.

<sup>673</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/207.

<sup>674</sup> Abdurrahman el-Cezîrî, Mâlikîler'e göre elbiselerde beş güne kadar muhayyerlik olduğunu zikretmiştir. Bk. Cezîrî, *Kitâbü'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/162.

haftaya kadar muhayyerlik verilmiştir.<sup>675</sup> Sürenin belirlenmesinde kölenin cüssesi, iş gücü, dış güzelliği ve zekâsı gibi hangi özelliğinin tecrübe edileceği de önemlidir. İbnü'l-Mevvâz (269/883), İbn Kâsım'ın (ö. 191/806) kölede on güne kadar muhayyerliğe izin verdiğini söylemiştir. Bu süre, kölede esas süre olan yedi güne eklenen üç günle elde edilir. O, diğer canlılarda süre üç günken kölede sürenin on güne kadar çıkmasının sebebini, onun efendisinin yanında kalabilmek için bazı vasıflarını gizlemiş olabileceğine bağlamıştır. İbn Vehb (ö. 197/813), İmam Mâlik'ten kölede bir ay süre olduğunu nakletse de bu görüş mezhepte kabul görmemiştir.<sup>676</sup>

Hayvanlarda süre, denemek için ona binilip binilmeyeceğine, şehir içinde mi yoksa şehir dışında mı binileceğine göre değişmektedir. Hayvanı şehir içinde günlük işlerde binerek denemek için bir gün, şehir dışında yani uzun mesafede binerek denemek için bir veya iki berid<sup>677</sup> mesafe binme hakkı verilmiştir. İbn Kâsım'ın görüşü bir berid iken Eşheb'ten mesafenin iki berid olduğu rivâyet edilmiştir. Kadı İyâz (ö. 544/1149) gibi bazıları, iki görüşü uyuşturmak için Eşheb'ten nakledilen görüşün gidiş dönüş iki berid olduğunu söylemiştir. Amaç hem hayvana binmek hem de onun diğer vasıflarına bakmaksa süre yine üç gündür. Bu durumda kişi, gerektiği kadar hayvana binecek sonra da onun diğer vasıflarına bakacaktır. Eğer amaç binmek değilse hayvanın değirmen, kuyu vb. yerlerde çalışması için gücünün yeterli olup olmadığını, maddi getirisini, beslenme giderlerini öğrenmek için üç gün muhayyerlik imkânı tanınmıştır. Desûkî'nin (ö. 1230/1815) belirttiği üzere sadece hayvana binmek şart koşulmuşsa da muhayyerlik hakkı üç güne kadar devam edecektir.<sup>678</sup> Koyun, inek, kuş, tavuk, horoz vs. hayvanlarda da süre üç gündür.<sup>679</sup>

Mezhepte tercih edilen görüşe göre ev, arazi, dükkân, han gibi gayrimenkullerde bir aya kadar ve buna ek olarak altı gün muhayyerlik vardır. Bu süre İbn Mâcişûn'dan (ö. 212/827) iki ay olarak rivâyet edilmiştir. Üst sınır olarak zikredilen süre, evdeki amacın

<sup>675</sup> Süreler için bu tarz muğlak ifadelerin kullanılması bizce aslında süre için net bir sınır olmadığını ve şartlara göre ayarlama yapılabileceğini göstermektedir.

<sup>676</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/206; Karâfi, *ez-Zahîre*, 5/23-24; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 180; Mevvâk, *et-Tac vel İkîl*, 6/304, 313; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/391-392; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 3/92-93; Derrîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/92-93; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/109-110.

<sup>677</sup> Bir berid yaklaşık olarak 12 mil'dir. O da 19.324 km'ye tekabül eder. Bk. Neseî, *Tilbetü't-Talebe*, 12.

<sup>678</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/206; Karâfi, *ez-Zahîre*, 5/23-24; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 180; Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî*, 5/200; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/391-392; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 3/92-93; Derrîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/92-93; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/109-110; Bennânî, *el-Fethu'r-rabbânî*, 5/200-201.

<sup>679</sup> Abdurrahman el-Cezîrî binilerek kullanılmayan koyun, sığır, kuş gibi hayvanlarda sürenin beş güne kadar çıktığını söylemiştir. Bk. Cezîrî, *Kitâbü'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/162.

düşünme, inceleme veya deneme olmasına veya satın alınan gayrimenkule göre değişiklik göstermektedir. Muhayyerlik sahibinin amacının mülkü tecrübe etme veya onun fiyatını araştırma olması süreye etki etmemektedir.<sup>680</sup> Gayrimenkullerde muhayyerlik süresinin fazla olmasının sebebi, onda incelenecek şeyin çok olmasıdır. Örneğin evin temeli, duvarları, alt yapısı, bulunduğu konum, komşuları vs.'nin incelenmesi daha uzun sürecektir. İbn Abdisselam, evin kendisinin incelenmesi için arazisinin incelenmesinden daha fazla süreye ihtiyaç duyulacağını eklemiştir.<sup>681</sup> Hıraşî de, ek altı günün; duvar, komşular vs.'nin incelenmesi için eklendiğini belirtmiştir.<sup>682</sup>

Mezhepte satıcı için muhayyerlik süresinin, malın cinsi ne olursa olsun üç gün olacağı görüşü de vardır. Çünkü satıcı sadece semen hakkında düşünmeye ihtiyaç duymaktadır. Aynı şekilde alıcı sadece semen üzerine düşünecekse onun için de en fazla süre üç gündür diyenler olmuştur.<sup>683</sup>

### 3. Sürenin İzin Verilenden Fazla veya Belirsiz Olması

Şart muhayyerliğinin süresinin ebedi olması, belirlenmemesi, onay-feshin bir kimsenin gelmesi, ölmesi, yağmur yağması, rüzgâr esmesi gibi fahiş ya da hasat zamanının gelmesi, hacıların dönmesi gibi az belirsizlik içeren durumlara bağlanması halinde Hanefîler'e göre sözleşme fâsit,<sup>684</sup> Şâfiîler'e göre bâtıldır.<sup>685</sup> Ahmet b. Hanbel,<sup>686</sup> İshak b. Râhûye, Evzâî ve İbn Ebi Leylâ'ya göre ise sözleşme sahih muhayyerlik bâtıldır.<sup>687</sup>

Şâfiî mezhebine göre taraflar ancak o fâsit şartla sözleşmeye razı olmuşlardır. Bu sebeple şart düşünce rıza da ortadan kalkar. Ayrıca şart düşünce onun semendeki payı

<sup>680</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/206; Karâfi, *ez-Zahîre*, 5/23-24; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/390; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 180.

<sup>681</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/206; Karâfi, *ez-Zahîre*, 5/23-24; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/303; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/199; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/390; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desuki*, 3/92-93; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/92-93.

<sup>682</sup> Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/109-110.

<sup>683</sup> Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/224.

<sup>684</sup> Ebû Yusuf'tan bir rivayette süre, falanın gelmesi veya ölmesi gibi meçhul bir duruma bağlanmışsa daha sonra düşürülse bile sözleşmenin caiz olmayacağı aktarılmıştır. Bk. Buhârî, *el-Muhtâ'ü'l-Burhânî*, 6/485.

<sup>685</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'ü's-şanâ'i'*, 7/24; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/9; Haskefî, *Dürri'l Muhtar*, 6/458; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/216; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/607, 609.

<sup>686</sup> Hasat zamanına kadar şart muhayyerliği verilirse sahih olma veya olmama ihtimali vardır. Maaşların yatırılma zamanı denirse sözleşme sahih olur. Fakat bizzat maaşın yatırılmasına izafe etmek süreyi meçhul kılar. Çünkü maaşın yatırılma zamanı değişir. O zaman şart fâsit, sözleşme sahih olur. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/121; Buhârî, *Keşşâfû'l-kınâ'*, 3/203.

<sup>687</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/253.

da düşer. Fakat bu pay meçhul olduğu için semen de meçhul hale gelir.<sup>688</sup> İbn Kudâme de ebedi süre tayininin, maldan faydalanmayı imkânsız kıldığı için sözleşmenin muktezasına aykırı olduğunu ifade etmiştir.<sup>689</sup>

Mâlikîler'e göre muhayyerlik süresinin, falanın gelmesi, bebeğin doğması gibi belirsiz olması, mülkiyetin meydana gelmesine ilişkin garar sebebiyle sözleşmeyi ifsad etmektedir.<sup>690</sup> Sürenin belirlenmemesi halindeyse hâkim tarafından mala uygun muhayyerlik süresi takdir edilebilmektedir.<sup>691</sup> İbn Kudâme'ye göre, muhayyerlik süresi konusunda İmam Mâlik'in dediği gibi bir adet oluşmamıştır. Bu sebeple hâkimler malın cinsine göre süre belirleyemeyecektir.<sup>692</sup> İbn Teymiyye de sürenin mutlak olarak zikredilmesi halinde Habbân hadisine dayanılarak üç günle sınırlandırılacağını söylemiştir.<sup>693</sup>

Azami süre olarak üç günü gören Hanefî imamlar, üç günden fazla muhayyerlik şart koşulan ve dördüncü gün girmeden muhayyerliği düşürülen sözleşmenin hükmü konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Irak Hanefîler'i bu sözleşmenin fâsitten sahihe döndüğünü, Horasan ve Mâverâünnehir Hanefîler'i ise mevkuftan nafize döndüğünü söylemişlerdir. İkinci gruba göre de dördüncü gün girerse sözleşme fâsit hale gelmektedir. İbn Nüceym, zâhiru'r-rivâyede geçen görüşün Iraklıların görüşü olduğunu söylemektedir.<sup>694</sup> İbn Âbidîn meselenin pratiğe yansıyan yönünün, fâsit sözleşmede malın teslimiyle mülkiyet naklolurken mevkuf sözleşmede teslimin mülkiyete etki etmemesi olduğunu söylemiştir.<sup>695</sup>

İbnü'l-Hümâm, iki görüşün de hakikatte dördüncü günden önce fesadın var olmadığına delâlet ettiğini söylemiştir. Çünkü fâsit sözleşmede ancak teslimle mülkiyet doğduğu halde bu durumda teslimden önce malda gerçekleştirilen tasarruflar geçerli sayılmaktadır. Örneğin üç günden fazla muhayyerlik bulunan sözleşmede teslimden önce

<sup>688</sup> Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/605-609; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/115-120; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/406; Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/202-203.

<sup>689</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/115-120.

<sup>690</sup> Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/27; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, 180; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/394-395; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/111; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/201-202.

<sup>691</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/233; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, 180; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/309; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/394.

<sup>692</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/115-120.

<sup>693</sup> İbn Teymiyye, *el-Fetâva'l-kübrâ* li ibn Teymiyye, 5/390.

<sup>694</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/62-63; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/330; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/280-281; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/468-469; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/9.

<sup>695</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/468-469.

üç gün içinde köle alıcı tarafından teslim alınmadan azat edilse azat işlemi icmâ ile geçerlidir. Bunun dışında sözleşmenin lüzumuna sebep olan malın telef olması ve muhayyerlik sahibinin ölmesi gibi durumlar icmâ ile muhayyerliği düşürmekte ve sözleşmeyi sahih hale getirmektedir. Bunlar sözleşmenin aslında fâsit olmadığını gösterir.<sup>696</sup> Burada şunu da belirtmek gerekir ki bu durumda gerçek manada mevkufuktan da bahsedilememektedir. Çünkü mevkuf sözleşmenin yukarıda bahsedilen sebeplerle nafiz hale gelmesi de mümkün değildir. Sonuç olarak üç gün tamamlanmadan önce sözleşmeyi fâsit de mevkuf da saysak bu isimlendirme kavramların teknik manadaki tanımlarından uzaktır.

İbn Kudâme, Ebû Hanîfe'nin hatalı olduğunu çünkü sözleşmeyi ifsad edenin dördüncü günün girmesi değil şartın kendisi olması gerektiğini söylemiştir. Ona göre dört gün muhayyerlik şartı sözleşmeyi baştan ifsad etmiyorsa dördüncü günün girmesiyle de etmemelidir. Sözleşme baştan fâsitse sonra sahih hale gelme imkânı yoktur. Bunun bir örneği, bir dirhem için iki dirhemle takas edilmesidir. Bu durumda işlemden sonra dirhemlerden biri düşürülse de sözleşme sahih hale dönmeyecektir.<sup>697</sup> İmam Züfer de bu konuda İbn Kudâme ile aynı fikirdedir. O, İbn Kudâme'nin örneğine ek olarak, semen olarak kullanılan şarap iptal edilse dahi sözleşmenin sahihe dönmeyeceği örneğini vermiştir. Bu aynı zamanda Şâfiîlerin ve Mâlikîlerin de görüşüdür.<sup>698</sup>

Şâfiîler'e göre sözleşme meclisi devam ederken bile fazla sürenin düşürülmesine izin verilmemektedir. Çünkü onlara göre meclis, fâsit sözleşme için değil sahih sözleşme için bahsedilebilecek bir durumdur. Örneğin satış sözleşmesindeki meçhul vade, sonradan belirli hale getirilse de; bir adam, beşinci eşi aldıktan sonra diğerlerinden birini boşasa da yapılan sözleşme sahihe dönmemektedir.<sup>699</sup> İbn Nüceym, bu bağlamda İsbicâbî'den şöyle aktarmıştır: “Ashabımız fesadı güçlü ve zayıf olmak üzere ikiye ayırmıştır. Güçlü olan, mal ve semene ilişmekte zayıf olan ise sözleşmenin aslına değil (sıhhat) şartlarına ilişmektedir. Güçlü olan fesadın kalkmasıyla sözleşme sahihe dönüşemez. Bin dirhem ve bir rıtl şarap karşılığı mal almak buna örnektir. Fakat fesad,

<sup>696</sup> Şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin mevkuf olmasıyla ilgili bk. Çalışmanın, 120-130.

<sup>697</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/115-120; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/406; Buhâtî, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/202-203.

<sup>698</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2258; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42, 63; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/330; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/280; Karâfî, *eş-Zahîre*, 5/27; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 180; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/394-395; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/111; Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî*, 5/201-202.

<sup>699</sup> Nevevî, *el-Mecmû*, 10/218-219.

sürenin meçhul olmasındaki gibi mal ve semenle ilgili değilse zayıftır. Bu durumda meçhul süre gelmeden kaldırılırsa sözleşme sahihe dönecektir. Ama meçhul süre gelirse fesad sözleşmeye yerleşecektir.<sup>700</sup>

#### 4. Sözleşmeyle Muhayyerlik Arasına Zaman Girmesi

İmâmiyye ve İbâdiyye mezhebi istisna edilirse<sup>701</sup> fukahânın çoğunluğuna göre sözleşmeyle muhayyerlik arasına zaman girmesi yasaktır.<sup>702</sup> Örneğin eğer Ramazan ayının son günü, sonraki ay iki gün muhayyer olmak üzere sözleşme yapılmışsa bir günü bu aydan, iki günü de diğer ayın başından olmak üzere üç gün muhayyerlik verilir. Çünkü bu şekilde sözleşme sahih hale getirilmiş olur. Aynı durumda Ramazan'dan sonra üç gün muhayyerlik verilirse Ebû Hanîfe'ye göre sözleşme fâsit olur. Çünkü muhayyerlik süresi üç günün üzerine çıkmaktadır. İmâmeyne göre ise bu durumda sözleşme alıcının Ramazan'da da muhayyer olması şartıyla sahihtir. Aksi şart koşulursa sözleşme ittifakla fâsittir. Çünkü muhayyerlik sözleşmeden hemen sonra başlamamaktadır.<sup>703</sup> Nevevî'nin verdiği bir örnekte, "(Herhangi) bir gün muhayyerlik şartıyla sana şu malı sattım." denirse muhayyerlik, sözleşmenin yapıldığı gün başlar. Sözleşme öğlen yapıldıysa ertesi gün öğlen süre dolar.<sup>704</sup>

Şâfiî ve Hanbelîler, meclis muhayyerliğini de kabul ettikleri için iki muhayyerliğin de bulunduğu bir sözleşmede, şart muhayyerliğinin süresinin diğeri ile birlikte mi yoksa o bittikten sonra mı başlayacağı üzerine bir ihtilaf yaşamışlardır. Şâfiîler'de kabul edilen görüşe göre şart muhayyerliği, sözleşme kurulunca başlar.<sup>705</sup> Eğer onun meclis muhayyerliği düştükten sonra başladığı kabul edilirse meclisin ne zaman dağılacağı veya muhayyerliğin ne zaman kullanılacağı meçhul olduğu için şart muhayyerliğinin süresi de meçhul olacaktır. Bu da sözleşmeyi bâtil kılar. Şart muhayyerliğinin meclis muhayyerliği ile aynı anda başladığı kabul edildiğinde eğer meclis devam ederken şart muhayyerliği süresi biterse meclis muhayyerliği devam eder.

<sup>700</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/9.

<sup>701</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/236.

<sup>702</sup> Ebû Yusuf'tan, kişinin bir sene sonra bir gün muhayyer olmak üzere diyerek şart koşmasının sahih olduğu aktarılmıştır. Bk. Buhârî, *el-Muhtâc*, 6/486.

<sup>703</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/6; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/8. Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/216; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/607, 609.

<sup>704</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/218.

<sup>705</sup> Eğer bir tarafın hem meclis hem de şart muhayyerliği varsa tercih edilen görüşe göre meclis muhayyerliği baskın gelir ve önce o uygulanır. Çünkü meclis muhayyerliği genelde daha kısadır. Zerkeşî'ye göre şart muhayyerliği icmâ ile sabit olduğu için daha baskındır. Bk. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/610.

Süre devam etmesine rağmen meclis dağılırsa bu sefer sadece şart muhayyerliği devam eder. Eğer taraflar sözleşmeyi lâzım kıldım, muhayyerliği düşürdüm vs. genel ifadeler kullanırsa iki muhayyerlik de düşer.<sup>706</sup>

Hanbelîler’de aynı durumda muhayyerlik süresi, bir görüşe göre sözleşmeden itibaren diğer bir görüşe göreyse meclis dağıldıktan sonra başlar. İkinci görüşün gerekçesi, mecliste zaten meclis muhayyerliği bulunduğu için şart muhayyerliğine gerek olmamasıdır. Ayrıca meclis devam ettiği sürece sözleşmenin kuruluşu henüz tamamlanmadığından şart muhayyerliğinin geçerli olması için meclisin dağılması gerekir. İbn Kudâme, şart muhayyerliğini vadeye kıyas ederek sahih olan görüşün ilki olduğunu söylemiştir. Ona göre muhayyerlik, vade gibi sözleşmeye sonradan eklendiği için süresinin de onun gibi sözleşmeden itibaren başlaması gerekir. Ayrıca bu muhayyerliğin sebebi şart koşma olduğu için hükmünün şart koşulduktan hemen sonra oluşması gerekir. Buna ek olarak muhayyerliğin meclis dağıldıktan sonra başladığını kabul edersek bunun ne zaman olacağı bilinmediği için şart muhayyerliğinin ne zaman başlayıp biteceği de bilinemeyecek ve sözleşmede cehalet oluşacaktır. İbn Kudâme, meclis anında iki muhayyerliğin bulunmasının caiz olduğunu ise şu şekilde açıklamıştır: “Bir hükmün varlığı iki sebebe bağlanabilir. (Yani sözleşmenin gayri lâzım olması hükmü meclis muhayyerliği ve şart muhayyerliği ile aynı anda sağlanabilir.) Bunun bir örneği ihramlı şekilde oruç tutarken karısına zihar yapan bir kişinin onunla cinsel ilişkiye girememesinin sebeplerinin ihram, oruç ve zihar olmasıdır. Bu sebeplerle şart muhayyerliğinin meclisten sonra başlaması sahih değildir.”<sup>707</sup>

Bir gün muhayyer olup diğer gün olmamak şeklinde bir ay muhayyerlik şart koşulursa bir görüşe göre sadece ilk gün muhayyerlik olur. Çünkü sözleşme, ikinci gün lâzım olduktan sonra tekrar gayri lâzım olmaz. Diğer bir görüşe göre ise şartın bir kısmı bâtıl olduğunda tamamı bâtıl olur.<sup>708</sup>

<sup>706</sup> Nevevî, *el-Mecmû* ‘, 10/223; Nevevî, *Ravzatü’l-tâlibîn*, 3/110; Şirbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 2/609.

<sup>707</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/109; İbn Müflih, *el-Mübdî* ‘, 3/407-408; Buhûtî, *Keşşâfü’l-kınâ* ‘, 3/204.

<sup>708</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/122; Buhûtî, *Keşşâfü’l-kınâ* ‘, 3/204.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ŞART MUHAYYERLİĞİYLE KURULAN SÖZLEŞMENİN ÖN HÜKÜMLERİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Bu bölümde ilk olarak şart muhayyerliği devam ederken sözleşmenin hükümleri üzerinde durulacaktır. Daha sonra muhayyerliği düşüren durumlardan ve bunun sözleşmeye etkilerinden bahsedilecektir.

#### I. ÖN HÜKÜMLERİ

Şart muhayyerliğinin ön hükümleri başlığı ile sözleşmenin muhayyerlik hakkı kullanılmadan önceki hükümleri kastedilmektedir. Bu bölümde öncelikle şart muhayyerliğinin, mal ve semenin temlikine etkisi incelenecektir. Daha sonra sözleşmenin yan hükümleri<sup>709</sup> yani tarafların hak ve yükümlülükleri ele alınacaktır. Son olarak da muhayyerlik düşmeden önce mal veya –semen de mal ise- semenin gelir ve giderleri ile tazmin sorumluluğunun kime ait olduğu üzerinde durulacaktır. Bu durum, malın mülkiyetinin ve muhayyerliğin kime ait olduğu ve malın kimin elinde bulunduğu ile yakından ilgilidir.

#### A. Mal ve Semen Durumu

Şart muhayyerliğiyle ilgili en önemli meselelerden birisi, muhayyerlik düşüp sözleşme lâzım olana veya feshedilene kadar malın mülkiyetinin kime ait olduğudur. Çünkü bu durum; malın hasar sorumluluğu, mal için yapılan masraflar ve ondan elde edilen gelirlerin kime ait olacağı gibi meselelerle de doğrudan ilişkilidir. Konuyla ilgili açık bir nas bulunmadığı için fukahâ bu meselede farklı görüşler ortaya koymuştur. Hanbelîler dışında üç mezhep, şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin normal bir sözleşmeden farklı olduğunu kabul etmiş, mal ve semenin mülkiyetinin nakliyle ilgili sınırlamalar getirmiştir. Hanbelî mezhebi ise böyle bir ayırım yapmayarak hüküm verirken

---

<sup>709</sup> Sözleşmenin hükmü, tarafların o sözleşmeyi yapmakla ulaşmak istediği ve kanun tarafından sözleşmeye bağlanan ilk ve ana sonuçtur. Sözleşmenin hukuku ise icap-kabulle birlikte doğan ve sözleşmenin hükümlerini gerçekleştirmeye yönelik ikinci derecedeki hak ve borçlardır. Mesela satış sözleşmesinde sözleşmenin hükmü, satılan malın satıcıdan alıcıya, malın bedelinin mülkiyetinin ise alıcıdan satıcıya intikalidir. Sözleşmenin hukuku da satıcının malı teslim borcu, alıcının da semeni ödeme borcu ya da bu hususları diğer taraftan ifadelendirirsek, alıcının malın teslim edilmesini, satıcının da semenin ödenmesini isteme hakkı gibi yetkililerdir. Bk. Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 40.



genel kaidelere riayet etmiştir. Bu mesele Hanefî mezhebinde oldukça tafsilatlı olduğu için karışıklıkları önlemek adına onların görüşleri ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

### 1. Hanefî Mezhebi

Şart muhayyerliğinin ta'likî bir şart olduğundan daha önce bahsedilmişti.<sup>710</sup> Ta'likî şart; sözleşmenin devamına ve mülkiyetin alıcıya geçmesine dair garar içerir. Garar hukuken olumsuz bir durum olarak görüldüğü için Hanefîler, şart muhayyerliğini sözleşmenin aslına değil hükümlerine bağlamışlardır. İbnü'l-Hümâm da bunun, sözleşmenin aslının zarar görmemesi için olduğunu söylemiştir.<sup>711</sup> Serahsî'nin zikrettiği üzere, sözleşmenin hükümlerinin şarta bağlanması, aslın şarta bağlanması gibi değildir.<sup>712</sup>

Şart muhayyerliğinin, sözleşmenin hükmüne ne şekilde etki ettiğine gelirse Kâsânî onun, sözleşmeyi muhayyerlik sahibi bakımından *gayri lâzım* yaptığını söylemiştir. Belirttiğine göre bu sözleşmenin vasfı gayri lâzım hükmü ise *mevkuftur*. Sözleşmenin gayri lâzım olması, tarafların kendi iradeleriyle sözleşmeden dönebilmesini ifade etmektedir.<sup>713</sup> Bir sözleşmenin aslen gayri lâzım olmasıyla muhayyerlik sebebiyle gayri lâzım olması arasında bazı farklar vardır. Bu farklar şu şekilde sıralanabilir:<sup>714</sup>

- Vedâ, âriyet ve vekâlet gibi aslen gayri lâzım sözleşmeler, isminden de anlaşıldığı üzere gayri lâzım olmak için hiçbir şeye ihtiyaç duymaz. Onlar, fesih anına kadar sıradan lâzım bir sözleşme gibi uygulanmaya devam eder. Çünkü fesih, bu durumda taraflar için bir amaç değil haktır. Hak sahibi belirli bir süre faydalandıktan sonra çıkarı sona erdiğinde sözleşmeyi sonlandırır. İradî muhayyerliklerin bulunduğu sözleşmelerde ise fesih başlı başına bir amaçtır. Taraflar hukuki işlemi, sadece fesih hakkıyla beraber yapmaya razı olmuşlardır. Bu sebeple sözleşmeyi onaylayıp lâzım kılana kadar akıllarının

<sup>710</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin “Hukuki Niteliği” başlığı, 49-57.

<sup>711</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/41, 14/23; Bâbertî, *el-İnâye*, 6/299; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/276; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/3; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/463.

<sup>712</sup> Kara Avrupası hukukunda da şart bulunan sözleşmelerin aslı, icap-kabulle kurulmakta hükmü ise şartın gerçekleşmesi ile doğmaktadır. Bu, sözleşmenin aslını güvence altına almak ve ihtilaf halinde hak sahibinin haklarını korumak için alınmış bir önlemdir. Şart gerçekleşmeden önce sözleşmenin gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde mağdur taraf, sözleşmenin gücüyle hakkını savunabilmektedir. Bk. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 228-229; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 187-200; Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3/128; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1557; Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/1329. İslâm hukukunda da aynı gayeler güdülmüş olabilir. Ayrıca bizce bu meselede kelimadaki cevher-araz düşüncesinin İslâm hukukuna yansımaları görülmektedir. Öyle ki cevher olan sözleşmenin aslının araz olan vasıflarından net bir şekilde ayrılması ve vasıflarda var olan gararın sözleşmenin aslını etkilememesi bu farkı göstermektedir. Bk. Hasan Hacak, “Atomcu Evren Anlayışının İslâm Hukukuna Etkisi”, *Ensar Neşriyat*, (2007).

<sup>713</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/280.

<sup>714</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/206 (Madde 114-115); Kurul, *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*, 2/41-42; Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/72.

bir köşesinde devamlı fesih düşüncesi vardır. Bu zamana kadar sözleşme uygulamaya geçmez.

- Aslen gayri lâzım sözleşmelerde fesih, sözleşmenin başından itibaren değil kullanıldığı andan itibaren işlerlik kazanır. Muhayyerlikle fesih ise - taraflar sözleşmenin hiç var olmamış gibi ortadan kalkmasını arzu ettikleri için- kuruluştan itibaren etkilidir.
- Aslen gayri lâzım sözleşmelerde fesih mümkünken onay mümkün değildir. Sözleşmenin devamı için buna ihtiyaç da yoktur. Muhayyerlik bulunan sözleşmeler ise sarih veya delâleten onayla varlığını devam ettirebilir. Onaydan sonra da lâzım hale gelir.

Yukarıda şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin hükmünün mevkuf olmasından bahsedilmişti. Bundan kasıtsa mal veya semenin temlikinin askıda olmasıdır. Bu durum, sözleşmenin aslının mevkuf olmasından farklıdır. Aslen mevkuf denildiğinde, sahih olarak kurulmuş rükunları, in'ikad ve sıhhat şartları tamamlanmış fakat taraflarda bulunan yetki eksikliği veya malda başkalarının hakkı bulunması sebebiyle hükümleri askıda olan sözleşme anlaşılmaktadır. Yetkisiz temsilcinin (fuzûlî) yaptığı sözleşme, temyiz yaşındaki çocuğun ve hukuki işlemlerine kısıtlama getirilmiş (mahcur) sefihin kâr-zarar analizi yapılması gereken işlemleri, müslümanlıktan çıkanın (mürtedin), müflisin, Züfer'e (ö. 158/775) göre mükrehin yaptığı sözleşmeler, ölüm hastalığı halindeki kişinin terekenin üçte birini aşan tasarrufları hak sahibinin onayı gelene kadar mevkuttur.<sup>715</sup>

Hanefiler, "mevkuf" kavramını birçok manada kullanmışlardır. Bu mezhepte bazen kurulumu, bazen sıhhati, bazense hükümleri askıda olan sözleşmeler mevkuf olarak isimlendirilmiştir.<sup>716</sup> Bu da mesele hakkında kavram karmaşasına neden olmaktadır. Örneğin Kudûrî, muhayyerlik bulunan sözleşmeyi -ikisinin de mevkuf olması açısından- mükrehin satışına benzetmiş ve şöyle demiştir: "İkisinde de teslim, karşı tarafın izniyle olsa da muhayyerlik içeren satımda alıcının maldaki tasarrufları geçersizdir. Alıcı, muhayyer satıcının kabulünden önce mala sahip değildir. Eğer muhayyer satıcının aksine mükrehin sözleşmeye razı olmadığı söylenirse şöyle karşılık verilir: Muhayyer satıcı, sözleşmeyi kendi isteğiyle kursa da henüz malın mülkiyetinden çıkmasına razı olmamıştır."<sup>717</sup>

<sup>715</sup> Çeker, İslâm Hukukunda Akitler, 84-85.

<sup>716</sup> Yunus Apaydın, "Mevkuf", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 2004, 39/438.

<sup>717</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2246; Serahsî, *el-Mebsût*, 5/94.

Şürübülâlî (ö. 1069/1659) ise aynı sebepten ötürü şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin mevkuf olmasını kabul etmemiştir. Ona göre mevkuf, nafizin karşılığıyken şart muhayyerliğiyle ortadan kalkan nefaz değil lüzumdur. Fakat sözleşmenin lüzumunun, muhayyerliğin düşmesine bağlı yani mevkuf olduğu söylenebilir. O zaman şart muhayyerliği bulunan sözleşmeye mevkuf demek doğru olur.<sup>718</sup> Şürübülâlî'nin sözü bir bakımdan mezhebin hâkim görüşünü yansıtmamaktadır. Hanefîler'e göre şart muhayyerliği sözleşmeyi gayri lâzım kılmakla kalmamakta, onun hükümlerinin doğmasına da mâni olmaktadır. Fakat dediği şu açıdan isabetlidir ki, şart muhayyerliği fuzûlînin veya mümeyyiz çocuğun satış sözleşmesi gibi mevkuf değildir. Aradaki fark, klasik kaynaklarda illetin tahsisi meselesinde açıklanmıştır. Aşağıda bu meseleyle ilgili tafsilatlı bilgi aktarılacaktır.

Hem (şart koşulmadan elde edilen) hükmî mevkufluk hem de şart muhayyerliği sebebiyle mevkufluk, sözleşmenin in'ikadından sonraki aşamada meydana gelmektedir. Fakat ikisi arasında önemli farklar vardır:<sup>719</sup>

- Aslen mevkuf sözleşmede illet henüz tamamlanmamaktayken şart muhayyerliği bulunan sözleşmede illet tamamlanmakta fakat sözleşmenin hükümleri doğmamaktadır.
- Bu sebeple, şart muhayyerliğinde onay halinde sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanmakta iken diğer mevkuf sözleşmelerde onaydan itibaren geçerlilik kazanmaktadır.
- Aslen mevkuf sözleşmelerde fesih hakkı düşürülememekteyken şart muhayyerliği düşürülüp sözleşme nafiz hale getirilebilmektedir.
- Aslen mevkufluk butlana yakınsa muhayyerlik sebebiyle mevkufluk nefaza yakındır. İlkinde sözleşmenin nefazı için bir onay beklenirken ikincisinde onay-red imkânı kaynaklı ortadan kalktığında çoğu durumda sözleşme kendiliğinden nafize dönmektedir. Bu sebeple aslen mevkuf sözleşmelerde hak sahibi ölünce mevkuf sözleşme iptal olur. Şart muhayyerliği sebebiyle mevkuf sözleşmelerde ise muhayyerlik sahibinin ölmesi veya onun dahliyle malın telef olması halinde sözleşme nafiz hale gelir.

<sup>718</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/694.

<sup>719</sup> Kurul, *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*, 2/42-43; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/446-452; Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/108, 265.

- Yine şart muhayyerliğinde hükmen mevkuf sözleşmeden farklı olarak karşı taraf, hak sahibi onay verene veya süre bitene kadar beklemek zorundadır.

Yukarıda zikredilen tüm farkların sebebi temelde illet meselesine dayanmaktadır. Satış sözleşmesi, bedellerin değişimi için bir illettir. Kural olarak hükmün illetten geri kalmaması gerekir. Fakat hukuk, kıyasa muhalif olarak şart muhayyerliğine cevaz vererek satış sözleşmesiyle bedellerin temlikî arasına zaman girmesine izin vermiştir. İlet, onun tahsisini kabul eden usulcülerin ıstılahında isim, mana ve hüküm olarak üç aşamada incelenmiştir. Fukahânın bir kısmına göre<sup>720</sup> şart muhayyerliği bulunan satış, hükmen değil ama ismen ve manen illettir. Iraklı Hanefî usulcülere ve Debûsî'ye göre illetler bazı maniler sebebiyle tahsise uğrarlar. İbnü'l-Hümâm bu manileri beş madde halinde saymıştır. *Mecelle* de bu ayrımı kabul etmiştir:<sup>721</sup>

1. İlet in'ikâdına mâni: Eğer sözleşmenin esaslı unsurları bulunmuyorsa sözleşme in'ikâd etmez. Örneğin hukuken satılması yasak olan hür insan üzerine yapılan sözleşme, konusu olmadığı için batıldır.
2. İlet in tamamlanmasına mâni: Başkasına ait malın satışında illet olan sözleşme kurulmuş fakat askıdadır (mevkufur). Yani malın sahibi icazet verene kadar illet tamamlanmış olmadığından sonuç doğurmaz.
3. İlet in in'ikâdından sonra hükmün başlamasına mâni: Şart muhayyerliği bu maddenin ana örneğidir. Onun bulunduğu sözleşme, tamamen kurulmuş fakat hükümler henüz doğmaya başlamamıştır.
4. Hükmün doğmasından sonra tamamlanmasına mâni: Görme muhayyerliği buna örnektir. Onun bulunduğu sözleşmenin hükümleri doğmuş fakat hak sahibinin malı görüp feshetme ihtimali olduğu için tam olarak yerleşmemiştir. Bu mülkiyet, tek taraflı irade ile kolayca ortadan kaldırılabilmektedir.

<sup>720</sup> Iraklı Hanefiler -Cessâs ve Saymerî (ö. 436/1045) gibi düşünen Hanefî çoğunluk-, İmam Mâlik, Hanbelîler'in bir kısmı ve Mu'tezile, illet in tahsisini savunurken, Ebu İshak İsferyî'nin, Ferrâ'nın, Bâcî'nin, *Telhîs*'te Cüveynî'nin, *Menhul*'de Gazzâlî'nin ve Mâverâünnehir Hanefîleri'nin (Serahsî, Pezdevî, Lâmişî) ise Debûsî hariç bunu kabul etmediği belirtilmektedir. Şâfiî mezhebinde de baskın görüşün bu olduğu söylenmektedir. Bk. Ahmet Aydın, "Serahsî'nin el-Usul ve Gazâlî'nin el-Müstasfa adlı Eserlerinde İlet in Tahsisi", *Mizanü'l-Hak İslami İlimler Dergisi* 5 (2017), 44; Tuncay Başoğlu, *Hicri Beşinci Asır Fıkıh Usulü Eserlerinde İlet Tartışmaları* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, 2001), 138-139.

<sup>721</sup> Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, 334; Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *Usulü's-Serahsî* (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, ts.), 2/209; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/276; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/3; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muḥtâr*, 6/463; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/432.

5. Sözleşmenin lüzumuna mâni: Ayıp muhayyerliğinde sözleşmenin hükmü tam anlamıyla gerçekleşmiştir. Öyle ki görme muhayyerliğinin aksine ayıp muhayyerliği bulunan sözleşme (teslimden sonra) ancak karşı tarafın rızası veya mahkeme kararıyla bozulabilmektedir.

Serahsî de illetin tahsisini ok ve yay örneği üzerinden şu şekilde sembolize etmiştir:<sup>722</sup>

1. İletin in'ikâdına mâni: Asıl amaç olan ok atmaya mâni, mesela yayın kirişinin kırılması.
2. İletin tamamlanmasına mâni: Ok atıldıktan sonra ağaca veya duvara çarparak hedefine varamaması. Okun yaydan çıkmasıyla illet oluşmuş fakat hedefine varamadığı için illet tamamlanamamıştır.
3. Hükmün doğmasına mâni: Okun hedef olan kişiye ulaşmasına rağmen kalkan sebebiyle sonuç olan yaralama veya öldürme etkisini oluşturmaması.
4. Hükmün tamamlanmasına mâni: Ok hedefe ulaştıktan ve yaralama meydana geldikten sonra tedavi ile yaraların iyileştirilmesi
5. Hükmün lüzumuna mâni: Okun kişiyi yaralaması ve uzun süre yatağa mahkûm etmesi sonrası yaraların iyileşmesi.

Debûsî'nin ifade ettiğine göre illetin sıhhat delili, onun ıttirâdı yani varlığı halinde hükmünü doğurması değil onda vasıf olarak bulunan müessir bir manadır. Hükmünün ortaya çıkmasına tesir eden bu mana bulunmadan da illet var olabilir. Bu durumda tahsis edilen kısmın (mananın) baştan beri illetin kapsamında olmadığı anlaşılmış olur. Yoksa bu, illetin nakzındaki gibi baştan var olan hükmün sonradan kalkması manasına gelmez. Mesela nisap miktarı mala sahip olmak zekât için illetken, zekât borcunun oluşması için malın temlikinin üzerinden bir sene geçmesi hükme müessir bir manadır.<sup>723</sup> Nisap süresi içinde develerin ölmesi, saime olma vasfını kaybetmesi, paranın kaybolması vs. halinde, sözleşmenin illeti tamamlanmadığı için zekât borcu doğmaz. Muhayyerlik bulunan sözleşmede de illetin rûknü bulunduğu için sözleşme aslen doğmuştur. Fakat muhayyerlik, hükmün doğmasına mâni olmaktadır. Bu mâni ortadan kalktığı zaman sözleşmenin hükmü doğacaktır.<sup>724</sup>

<sup>722</sup> Debûsî, *Taḳvîmü'l-edille*, 334; Serahsî, *Usulü's-Serahsî*, 2/209.

<sup>723</sup> Debûsî, *Taḳvîmü'l-edille*, 312.

<sup>724</sup> Debûsî, *Taḳvîmü'l-edille*, 334-335.

İlletin tahsisini kabul etmeyen usulcüler ise bu ayrımı reddetmektedir.<sup>725</sup> Serahsî, aynı zekât örneğinde, temlikin üzerinden bir sene geçmesini de illetin rûknü kapsamına dâhil ederek zekâtın illet var olmadığı için farz olmadığını söylemiştir. O, yarım illet olmayacağını, karşı tarafın tahsis olarak isimlendirdiği şeyin aslında illetin vasıflarındaki eksiklik veya fazlalık sebebiyle yokluğu olduğunu belirtmiştir. İlet olmadığında zaman doğal olarak hüküm de olmayacaktır. Şart muhayyerliğinde sözleşmenin hükmünün doğmamasının sebebi de sözleşmeye eklenen şart sebebiyle illetin vasıflarında değişim meydana gelerek yok olmasıdır.<sup>726</sup> İbn Nüceym bu vasıfları üç madde halinde saymıştır. Bunlar hükmün illete izafe edilmesi (ismen var olması), illetin hükümde müessir olması (manen var olması) ve illet ile hüküm arasına zaman girmemesidir (hükmen var olması). İlet, bu şartlar gerçekleşince hakiki manasıyla aksi takdirde mecazen bu isimle anılmaktadır.<sup>727</sup> Bu tıpkı “ayn” tabirinin Arapçada cariyeye, “aslan” tabirinin de cesur kişi yerine kullanılması gibidir. Şart muhayyerliği bulunan sözleşmede ismen ve manen illet varken hükmen yoktur. Şart gerçekleştiği zaman sözleşmenin hükmü, baştaki icap-kabule izafe edilmektedir.<sup>728</sup>

Hanefiler, şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin hükümlerini, muhayyerliğe sahip olan taraf için askıya almışlardır.<sup>729</sup> Bu sayede temlikin getireceği olası zararların önüne geçileceği söylenmiştir. Örneğin şart muhayyerliği ile satın alınan köle, alıcının yakın akrabasıysa -mülkiyetin hemen intikal ettiği kabul edilecek olursa- alıcı daha

<sup>725</sup> İlletin tahsisini reddedenlerin iki temel korkusunun olduğu söyleyenebilir. Bunlardan birincisi şer’î bir gerekçe olmaksızın bir illetin tahsisinin kabulüyle tüm illetlerin tahsisinin mümkün hale gelecek olmasıdır. Bu olursa hangi illetin hükmünü doğurduğu hangisinin doğurmadığı bilinemeyecektir. Bu da her fakihi görüşünde haklı kılacak ve bir görüşün diğerine üstünlüğü kalmayacaktır. İkinci sebep ise illetin tahsisi kabul edilirse Mu’tezile akâidinde yaklaşma korkusudur. Bu görüş Serahsî tarafından dillendirilmiştir. O, illetin tahsisini kabul etmenin Mu’tezile akâidinden geldiğini ve bunun kabulünün selef ve ehlişünnet yoluna aykırı olacağını belirtmiştir. Ebûl Yusr el-Pezdevî de Maverâünnahir’de illetin tahsisinin Mu’tezile’nin şiarı olarak görüldüğü için tepkiyle karşılandığını söylemiştir. Bk. Başoğlu, *Hicri Beşinci Asır Fıkah Usulü Eserlerinde İlet Tartışmaları*, 143-147.

<sup>726</sup> Serahsî, *Usulü’s-Serahsî*, 2/212.

<sup>727</sup> İlletin ismen, hükmen veya manen bulunmadığı örnek sözleşmeler için bk. Alâüddin Abdülazîz b. Ahmed el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr fî şerhi Uşûli’l-Pezdevî* (Dâru’l-Kitabi’l-İslami, ts.), 4/187.

<sup>728</sup> Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, 4/187; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 1997, 6/3; Taftazânî, *Şerhut Telvih ale’t-Tavzih* (Mısır: Mektebetü Subeyh, ts.), 2/263.

<sup>729</sup> Görüldüğü kadarıyla meselenin maslahata bakan tarafıyla ilgili fıkıh kitaplarında zikredilen tek örnek budur. Çünkü Ebû Hanîfe de, muhayyer alıcının -ona göre henüz mülkiyet alıcıya geçmemesine rağmen- bazı tasarruflarla sözleşmeye onay vermesine izin vermiştir. Bu, muhayyerlik hakkı sahibinin kazanmayı beklediği (milk manasında) hak olarak açıklanmıştır. Bu sebeple muhayyer alıcının mebide yapabileceği tasarruflar konusunda Ebû Hanîfe’nin alıcıya verdiği yetkilerin İmâmeyn’in verdiği yetkilerden eksik kalır yanı yoktur. Fakat mesele azat olma gibi kendiliğinden vuku bulan işlemlere gelince ihtilafın neticeleri ortaya çıkmaktadır. İmâmeyn’e göre -mülkiyet muhayyer alıcıya geçtiği için- alıcı babasını satın almışsa o hemen azat olacak Ebû Hanîfe’ye göre mülkiyet alıcıya geçmediği için- onun babası azat olmayacaktır. Ama meselenin tek örneği olarak azat olmanın zikredilmesi gariptir. Bu durum, bize bu ayrımın pratikte çok da faydasının olmadığını düşündürmektedir. Mesele hakkındaki görüş farklılığı daha çok -mal ve semenin tek kişinin mülkünde toplanması gibi- teorik ihtilaflara dayanmaktadır.

düşünmeden azat olacaktır. Aynı durumda muhayyerliği olmayan taraf için sözleşmenin tüm hükümleri doğmaktadır.<sup>730</sup>

Satıcının şart muhayyerliğinin olması, malın onun mülkiyetinden çıkmasını engeller. Çünkü onun henüz temlike rızası olmamıştır. Öyle ki; mal alıcının elinde telef olsa satış gerçekleşmediği için alıcının malın kıymetini ödemesi gerekir. Satıcı muhayyerken semen alıcının mülkiyetinden çıkar. Sözleşme alıcı açısından lâzım olduğu için tüm sonuçlarını doğurur. Bu durumda alıcının mülkiyetinden çıkan semen, Ebû Hanîfe'ye göre satıcının mülkiyetine girerken İmâmeyne göre kimsenin mülkünde bulunmaz.<sup>731</sup>

Muhayyer olan alıcı olduğunda semen alıcıdan çıkmaz. Mal ise satıcının mülkiyetinden çıkar ve İmâmeyne göre alıcının mülkiyetine girer. Ebû Hanîfe'ye göre ise semen süre sonuna kadar sahipsiz kalır. Eğer tarafların ikisi de muhayyerse ittifakla sözleşmenin hükmü askıda olduğu için ne semen ne de malın mülkiyeti yer değiştirir.<sup>732</sup> *Mürşidü'l-Hayrân*'da Ebû Hanîfe'nin (madde 239),<sup>733</sup> *Mecelle*'de ise İmâmeynin görüşü tercih edilmiştir.<sup>734</sup> Serahsî, Ebû Hanîfe'nin meseleyi tarafları, İmâmeyn ise bedelleri göz önüne alarak değerlendirdiğini söylemiştir.<sup>735</sup>

Kudûrî, Ebû Hanîfe'nin görüşünün gerekçesini şu şekilde açıklamıştır:<sup>736</sup> “Muhayyer alıcı için mal sağlam olduğu sürece sözleşme gayri lâzımdır. Onun malı kabul zorunluluğu bulunmadığı için muhayyerlik devam ettiği sürece mal onun mülkiyetine girmez. Ayrıca alıcı muhayyerken semen onun mülkiyetinden çıkmadığı için malın onun mülkiyetine girmesi, mal ve semenin tek kişide toplanması manasına gelir. Bu durum, muâvazalı bir sözleşmenin gerektirdiği tarafların eşitliği ilkesine aykırıdır.”<sup>737</sup>

İmâmeyne göre ise muhayyerlik, istisnaen sadece ona sahip olan açısından hükme mânidir. Ayrıca mülkiyetin sahipsiz kalmasının fıkıhta örneği yoktur. Bu durumda

<sup>730</sup> Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 1/179; Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2245, 2249; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/65; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/285; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/20.

<sup>731</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/50, 65; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/285-286; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/276,284-285; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/20; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/479.

<sup>732</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/50, 65; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/285-286; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/276,284-285; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/20; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/479.

<sup>733</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l-Hayrân*, 39.

<sup>734</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/451.

<sup>735</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/65-66.

<sup>736</sup> Ebû Hanîfe'den nakledilen bu açıklamaya ilk defa Kudûrî'de rastladık. Daha ayrıntılı bilgi için bk. Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2250-2251; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/65.

<sup>737</sup> Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 1/179; Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2245, 2249; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/65-66; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/285-286; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/276,284-285; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/479.

mal, sanki başıboş (sâibe)<sup>738</sup> hayvan gibi olur. Bu sebeple muhayyerlik hakkı olmayan kişi için sözleşmenin kesinleşmesi gerekir.<sup>739</sup> Kâsânî, İmâmeyne cevap olarak Ebu Hanife'ye göre de muhayyer olmayan taraf için sözleşmenin kesinleştiğini söylemiştir. Fakat bu durum bedelin onun mülkiyetinden çıkmasını sağladığı halde karşı tarafa geçmesini gerektirmemektedir.<sup>740</sup> İbn Âbidîn de İmâmeynin sâibe hayvan benzetmesine şu şekilde cevap vermiştir: “Sâibe, kimsenin milki olmayan veya milke taalluku olmayan mal demektir. Şart muhayyerliği bulunan sözleşmede mülkiyet askı halindedir. Mal, sözleşme onaylanırsa alıcının feshedilirse satıcının olacaktır. Bu da onun şu an sahibi olmasa da milke taallukunun olduğunu göstermektedir.<sup>741</sup> İbnü'l-Hümâm, malın mülkiyetinin sahipsiz olduğu iki örnek vermiştir: Birincisi, Kâbe'ye hizmet için mütevellinin aldığı kölenin, mâlikin mülkünden çıkması ama kimsenin mülküne girmemesidir. İkinci örnek ise borcu mal varlığını aşmış kimsenin ölmesi halinde terekedeki malların, alacaklıların da varislerin de mülkiyetine girmemesidir.<sup>742</sup>

İbn Nüceym de İmam Azam'ın “İki bedelin tek tarafta toplanmasının hukukta örneği yoktur.” sözüne yöneltilebilecek eleştirilere şöyle cevap vermiştir: “Öncelikle hukukta örneği yokturdan kasıt, muâvazalı sözleşmelerde örneğinin olmamasıdır. Selem sözleşmesinde satıcının, semen ve mala aynı anda sahip olduğu delil getirilirse, henüz mevcut olmayan malların satıcıda deyn olarak bulunduğunu söyleriz. Bu tıpkı bir satış sözleşmesinde semenin, ödenmeden önce satıcıya ait olmasına rağmen alıcının zimmetinde deyn olarak bulunmasına benzer. Kiralayanın hem muaccel kira bedeline

<sup>738</sup> Câhiliye Arapları hastalıktan şifa bulmak, uzun bir yolculuktan selâmetle dönmek, savaşta galip gelmek amacıyla veya bir nimete şükretmek niyetiyle adak adadıkları zaman ilâhları ve putları uğruna bir deve salıverir, buna sâibe adını verirdi. Bu devenin sağılması, tüyünün kırılması, sırtına binilmesi yahut yük yüklenmesi yasaklanır, bu durumdaki hayvanların sütünü yalnızca kendi yavruları veya yolcular içebilirdi. Bk. Buhârî, “Menâkıb”, 9; “Tefsîr”, 5/13; Aruçî, “Sâibe”, 35/542.

<sup>739</sup> İbn Kudâme, Ebû Hanîfe'nin mülkiyetin satıcıdan çıkması fakat alıcının mülkiyetine girmemesi görüşünü, Hanefî kaynaklarında görmediğimiz biçimde sözleşmenin eksik ve kusurlu (kâsır) olması, bu sebeple teslimden önce hibedeki gibi mülkiyetin nakline yol açmaması şeklinde açıklamıştır. Daha sonra da bu görüşü eleştirmiştir. O, sözleşmenin feshinin caiz olmasının onu eksik yapmayacağını, tıpkı ayıp muhayyerliğindeki gibi mülkiyetin naklini de engellemeyeceğini söylemiştir. Aksi halde bu görüşün maliki olmayan bir mülkiyeti ortaya çıkaracağını ve bunun imkânsız olduğunu ifade etmiştir. O, ayrıca bu durumda ivazlar dengesinin bozulacağını da eklemiştir. Çünkü satıcı (muhayyerken) semene malik olurken alıcı mala sahip olamayacaktır veya (alıcı muhayyerken) mal satıcıdan çıktığı halde semen satıcıya girmeyecektir. İbn Kudâme'nin bu eleştirisi İmâmeyn'in görüşü için de geçerlidir. Çünkü onlara göre tek taraf muhayyer olduğu zaman mal ve semen muhayyer olanda toplanmakta ve ivazlar dengesi bozulmaktadır. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/53-54.

<sup>740</sup> Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-ş-şanâ'i'*, 7/285-286.

<sup>741</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/479.

<sup>742</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/284; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/20-21.



hem de malın menfaatine sahip olması sorulursa da menfaatlerin madum olduğunu ve ortaya çıktığı anda kiracının mülkiyetine girdiğini söyleriz.”<sup>743</sup>

Aksi görüş sahipleri, Ebu Hanife’ye göre alıcı muhayyerlikle satın aldığı eve malik değilse komşu ev satıldığında nasıl şuf’a hakkına sahip oluyor diye itiraz ettiğinde İbnü’l-Hümâm şu şekilde cevap vermiştir: “O, şuf’a hakkına eve mâlik olduğu için değil, onda tasarrufa en yetkili kişi olduğu için sahip olmuştur. Ticaret izni verilmiş kölenin malı üzerindeki hakkı da buna benzemektedir. O, elindeki mala mâlik olmasa da onda tasarrufa en yetkili kişidir.”<sup>744</sup>

Ebû Hanîfe ve İmâmeyn arasındaki görüş farklılığının sonuçları bazı meselelere yansımıştır:<sup>745</sup>

- Bir kimse üç gün muhayyerlikle, köle olan yakın akrabasını satın alsa Ebû Hanîfe’ye göre köle hemen değil alıcı sözleşmeyi onayladığı zaman azat olur. İmâmeyne göre mülkiyet sözleşmeyle derhal alıcıya geçtiği için köle hemen azat olur.
- Şart muhayyerliğiyle satın alınan cariye muhayyerlik süresi içinde doğursa Ebû Hanîfe’ye göre ümmü’l-veled<sup>746</sup> olmaz. Alıcının muhayyerliği de devam eder. İmâmeyne göre ise muhayyerlik esnasında cariye alıcının mülkiyetinde olduğu için onun ümmü’l-veledi olur. Alıcının muhayyerliği de düşer. İhtilaf, çocuğun teslimden önce doğması halindedir. Teslimden sonra çocuk doğurması, cariye için bir ayıp sayıldığı için muhayyerliği düşüreceğinden ittifakla cariye ümmü’l-veled olur.
- Üç gün muhayyerlikle satın alınan ve teslim alınan bir cariye süre içinde hayız görse, Ebû Hanîfe’ye göre sözleşme onaylandıktan sonra istibrâ<sup>747</sup> için tekrar hayız görmelidir. Daha önceki hayız, alıcının mülkiyetinde gerçekleşmediğinden yeterli sayılmaz. İmâmeyne göre ise alıcının mülkiyetinde gerçekleştiği için cariyenin tekrar hayız görmesi gerekmez. Sözleşmenin feshedilmesi halinde Ebû Hanîfe’ye göre satıcıyla birliktelik için cariyenin tekrar hayız görmesi gerekmez. Çünkü cariye, zaten satıcının mülkiyetinden hiç çıkmamıştır. İmâmeyne göre ise teslimden sonra fesih gerçekleşmişse istibrâ için yeni bir

<sup>743</sup> İbn Nüceym, *el-Baḥrû’r-râ’ik*, 6/21.

<sup>744</sup> İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 6/285; İbn Nüceym, *el-Baḥrû’r-râ’ik*, 6/20.

<sup>745</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 468; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/66-67; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-şanâ’i*, 7/286-289; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 6/286-290, 305; İbn Nüceym, *el-Baḥrû’r-râ’ik*, 6/24-26; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 6/480-483.

<sup>746</sup> Ümmü’l-veled: Efendisinin firaşında (yatağında) onun ikrarı ile birlikte çocuk doğurmuş olan cariye. Bk. Erdoğan, *Fıkah ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "Ümmü’l-veled", 592.

<sup>747</sup> İstibrâ’l-Eme: Cariyenin, rahminde çocuk olup olmadığını anlaması için bir süre beklemesi, kendisini satın alan efendisi ile cinsel ilişkiye girmemesi. Bk. Erdoğan, *Fıkah ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "İstibrâ’l-Eme", 262.

hayız gerekirken teslimden önce istihsanen gerekmez. Teslimden sonra gerekmesinin sebebi teslimle mülkiyetin teekküd etmesi ve alıcının cariye ile yakınlaşmış olması ihtimalinin ortaya çıkmasıdır. Teslimden önce ise böyle bir ihtimal yoktur. Eğer satıcı muhayyerse müddet içinde fesih halinde zahiru'r-rivâyeye göre istibrâ gerekmez. Onaydan sonra ise ittifakla alıcının yanında yeni bir hayız gerekir. Çünkü eski hayız esnasında mülkiyet henüz satıcıdan çıkmamıştır.

- Kişinin muhayyerlikle satın alıp kabzettikten sonra satıcıya emanet bıraktığı mal telef olsa Ebû Hanîfe'ye göre sözleşme bâtıl olur. Çünkü alıcı, kendine ait olmayan malı emanet veremez. Onun yaptığı, malı iade etmek manasına gelir. Bu durumda mal, hiç teslim alınmadan telef olmuş sayılır. İmâmeyne göre ise mal, alıcının mülkiyetine geçtiği için alıcı onu emanet verebilir. Bu sebeple malın satıcıda telef olması halinde emanet hükümleri uygulanır.

- Bir zımmî, diğerinden üç gün muhayyerlikle şarap veya domuz satın alıp kabzettikten sonra Müslüman olsa Ebû Hanîfe'ye göre sözleşme bâtıl olur. Çünkü alıcı, şimdiye kadar mala sahip olmamıştır. Şimdiden sonra ise dinen yasak olduğu için sahip olamaz. İmâmeyne göre ise şarap ve domuz, sözleşmeyle alıcının mülkiyetine girmiştir. Bu saatten sonra onun bunları mülkiyetinden çıkarıp başka birine vermesi caiz değildir.<sup>748</sup> Bu durumda eğer satıcı Müslüman olursa onun açısından sözleşme kesinleştiği için, Ebû Hanîfe'ye göre de sözleşme bâtıl olmaz. Çünkü kişinin Müslüman olması, kesinleşmiş sözleşmenin butlanına sebep değildir. Son durumda alıcının sözleşmeyi feshi halinde ise hükmen şarap satıcıya döner. Onun Müslüman olmasına rağmen hükmen şaraba sahip olması mümkündür. Miras yoluyla Müslüman bir kişinin mülkiyetine şarabın girmesi buna örnektir. Eğer muhayyer ve Müslüman olan satıcıysa İslâmiyet sözleşmeyle şarabın onun mülkiyetinden çıkmasına izin vermeyeceği için işlem geçersiz olur. Satıcı muhayyerken alıcı müslüman olursa satıcı sözleşmeye onay verirse şarabın mülkiyeti alıcıya geçer. Bu hükmî bir geçiş olduğu için alıcının yapabileceği bir şey yoktur. Bu ihtimallerin hepsi teslimden sonrası için geçerlidir. Teslimden önce ise kim Müslüman olursa veya kim muhayyerlik hakkına sahip olursa olsun isterse hiçbirinin muhayyerliği bulunmasın sözleşme bâtıldır. Çünkü İslâm, sözleşmenin hükmüyle dahi olsa haram bir

---

<sup>748</sup> Bedreddin Simâvî, şart muhayyerliği ile iadenin temlik değil fesih sayılacağını bu sebeple de İmameyn'in görüşünün çok da sağlam olmadığını söylemiştir. Ama kendi yorumuna "Bu işlemde temlik olmasa da temlik şüphesi vardır." şeklinde cevap verilebileceğini belirtmiştir. Bk. Bedreddin Simâvî, *et-Teshîl*, 1/359.

malın teslim alınmasını yasaklar. Teslim alma, bir bakımdan sözleşmenin inşası manasını taşır. Bu sebeple ihtiyaten bu sözleşme bâtlı kabul edilir.<sup>749</sup>

- Bir kişi, eğer bir kölem olursa hür olsun dedikten sonra muhayyerlikle köle satın alırsa Ebû Hanîfe'ye göre ona mâlik olmadığı için köle azat olmazken İmâmeyne göre satın alma işlemiyle beraber azat gerçekleşir.
- Muhayyer olarak bir şey satın alan ticaret izni verilmiş bir köle satıcı tarafından semenden ibrâ edilirse İmâmeyne göre muhayyerliği düşer. Çünkü mal, onun mülkiyetine karşılıksız olarak girmiştir. Bu saatten sonra onu muhayyerliğini kullanarak iade etmesi bağışlama (teberrû) manasına gelir. Ticaret izni verilmiş kölenin buna hakkı yoktur. Ebû Hanîfe'ye göre ise mal henüz kölenin mülkiyetine girmediği için kölenin onu iade etmesi bağışlama manasına gelmez.
- Bir Müslümanın diğerinden muhayyerlikle aldığı şıra süre içinde şaraba dönüşse Ebû Hanîfe'ye göre sözleşme bâtlı olur. Çünkü artık alıcının şarabı mülkiyetine geçirmesi mümkün değildir. İmâmeyne göre ise şarap zaten mülkiyetinde olduğu için alıcının onu elinden çıkarması caiz değildir. Bu sebeple alıcının muhayyerliği düşerek sözleşme lâzım olur.
- Muhayyerlikle bir geyik satın alan kişi süre içinde ihrama girerse Ebû Hanîfe'ye göre sözleşme bâtlı olur. Çünkü ihramlı kişi mülkiyetine av hayvanı katamaz. İmâmeyne göre ise geyik ihramdan önce de onun mülkiyetinde olduğu için sözleşme sahihtir. Muhayyerlik satıcıdaysa ittifakla geyik henüz alıcının mülkiyetine girmediğinden sözleşme bâtlıdır.
- Alıcı muhayyerken malda meydana gelen munfasıl gayri mütevellide fazlalıklar, sözleşmenin feshi halinde Ebû Hanîfe'ye göre -malın mülkiyeti alıcıda olmadığı için- satıcıya dönerken İmâmeyne göre alıcıda kalır. Sadece mal iade edilir. Munfasıl gayri mütevellide olmayan fazlalıklar ise muhayyerliği düşürür. Mal ve fazlalıklar bu durumda ittifakla alıcıya ait olur.
- Bir kişi, kira veya âriyet sözleşmesiyle oturduğu evi muhayyerlikle satın alsa oturmaya devam etmesi, Ebû Hanîfe'ye göre onay manası taşımazken İmâmeyne göre muhayyerliği düşürür. İbn Âbidîn bu meseleyi mâliklik ve malı kullanmanın birleşmesi bakımından zikretmiş olmalıdır. İmâmeyne göre kişi hem mala mâliktir hem de onu kullanmaktadır.

<sup>749</sup> Serahsî'nin açıklaması için bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 13/66.

Bu sebeple muhayyerliği düşer. Ebû Hanîfe'ye göre henüz mala mâlik olmadığı için düşmez. Ama evde muhayyerlik esnasında oturmaya başlarsa ittifakla muhayyerlik düşer.<sup>750</sup> Bundan sonraki iki meselede Ebu Hanife ve İmameyn arasında görüş birliği vardır.

- Eğer satış konusu bir evse ve satıcı muhayyerse, ev henüz onun mülkiyetinden çıkmadığı için şuf'a hakkına sahip olan kişi yani şefi' için şuf'a hakkı doğmaz. Fakat alıcı muhayyerse şuf'a hakkı doğar. İmâmeyne göre mesele açıktır. Çünkü evin mülkiyeti alıcıya naklolmuştur. Ebû Hanîfe'ye göre ise her ne kadar evin mülkiyeti alıcıya geçmese de satıcıdan çıkmıştır. Şuf'a hakkının sabit olması için bu yeterlidir.<sup>751</sup>
- Muhayyer alıcı satın aldığı cariyeyi azat etse satış işlemi ittifakla lâzım olur. İmâmeyne göre cariyeye, mülkiyetine girdiği için alıcının onu azat etme hakkı vardır. Ebû Hanîfe'ye göre ise her ne kadar cariyenin mülkiyeti henüz alıcıya geçmemiş olsa da onun cariyeyi azat etmesi, muhayyerliğini kullandığı manasına gelir. Cariyenin azat işlemiyle alıcının mülkiyetine geçtiği kabul edilerek işlemin mülkiyete taalluku sağlanmış olur.

## 2. Diğer Mezhepler

Şâfiîler'de mesele hakkında farklı görüşler olmakla birlikte<sup>752</sup> hâkim olan görüş muhayyerliğe sahip olanın malın mülkiyetine de sahip olmasıdır.<sup>753</sup> İki taraf da muhayyerse mülkiyet askıdadır. Çünkü hiçbir tarafın mülkiyete sahip olma bakımından diğerine üstünlüğü yoktur. Muhayyer olan mala sahip olduğu zaman, karşı taraf da semene sahip olur.<sup>754</sup> Tıpkı Ebu Hanife'nin görüşü gibi muâvazalı sözleşmelerde tarafların eşitliği ilkesinin zarar görmemesi için iki bedel tek kişide toplanmaz.<sup>755</sup>

<sup>750</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi 'u'l-fuşûleyn*, 1/331.

<sup>751</sup> Bu örnek için bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 13/60.

<sup>752</sup> Nevevî'nin belirttiğine göre Şâfiî fukaha bu görüşlerin en sahih olanını tercihte ihtilaf etmişlerdir. Aralarında Ebû Hâmid, Mâverdi, Kadî Ebû't-Tayyip, Cüveynî, Mehâmîlî, Selîmür Râzî, Cürcânî ve İmam Ahmed'in de bulunduğu bir grup, mal sözleşmeyle beraber alıcının mülkiyetine girer yani sözleşme muhayyerliğe rağmen sonuçlarını doğurur, demiştir. Beğavî'nin de içinde yer aldığı diğer bir taife ise muhayyerlik bulunan sözleşmenin (hüküm bakımından) mevkuf olduğunu söylemiştir. Kaffâl, Rûyânî ve Rafîî'nin aralarında bulunduğu üçüncü bir grup ise meseleyi tafsilatlı şekilde açıklamıştır. Bunlara göre satıcı muhayyerse malın mülkiyeti satıcıda alıcı muhayyerse alıcıda olur. İkisi de muhayyerse sözleşmenin hükmü mevkuftur. Bk. Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/236-237.

<sup>753</sup> Zeydiyye mezhebine göre de alıcı muhayyerken mal alıcıya geçer ama Şâfiî'ye göre semen satıcıya geçerken Zeydiyye'ye göre geçmez. Satıcı muhayyerse ikisine göre de mal satıcıda, semen alıcıda kalır. Bk. Hıdır Abdullah Sâlim, *Ahkâmü'l-hiyârâtî's-sâbiteti bi's-şart*, 155-156.

<sup>754</sup> Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, 10/234; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/236-237; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/112-113; Nevevî, *Minhâcu't-tâlibîn*, 2/610; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/610-611.

<sup>755</sup> Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 49-50, 56.

Mâlikî mezhebinde tercih edilen görüşte muhayyerlik esnasında malın mülkiyeti satıcıya aittir. Mülkiyet ancak karşılıklı rıza ile intikal edeceği ve onay gelmeden rızadan bahsedilemeyeceği için istishab deliline göre malın mülkiyeti satıcıda kalmaya devam eder. Bu sebeple muhayyerlik bulunan sözleşme, henüz tamamlanmamış (kâsır) bir sözleşmedir. Muhayyerlik düşmeden önce alıcının maldan faydalanamaması buna delildir.<sup>756</sup> Şerkâvî bu görüşü şu şekilde eleştirmiştir: “Ayıp muhayyerliği bulunan sözleşmenin bağlayıcı olmaması onu kâsır yapmamaktadır. Ayrıca tasarruf yasağı her zaman mülkiyetin naklolmadığını göstermez. Çünkü -rehinli malda olduğu gibi- malda başkalarının hakkının bulunması sebebiyle de tasarruf yasaklanabilir. Nitekim alıcı muhayyerken onun malda tasarruf hakkı olmasına rağmen malın mülkiyeti hala satıcıdadır. Bu sebeple şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin kâsır olması gerekmez.”<sup>757</sup>

Hanbelî mezhebinde de İbn Receb (ö. 795/1393) gibi bazılarınca şart muhayyerliği bulunan sözleşme kâsır olarak kabul edilmesine rağmen onlar, bunu mülkiyetin nakline engel görmemişlerdir. Fakat onlara göre bu durum; satmamak, hibe etmemek şartıyla satışa benzemektedir. Alıcının tek başına muhayyer değilse malda tasarruf yetkisi yoktur.<sup>758</sup> Hanbelî mezhebi, diğer üç mezhepten farklı olarak muhayyerlik kimde bulunursa bulunsun, malın mülkiyetinin alıcıya intikal edeceğini söylemiştir. Çünkü satış sözleşmesi temlik ifade etmektedir. Ayıplı malın satışında ayıp muhayyerliğinin bulunması nasıl temlike mâni değilse şart muhayyerliğinin bulunması da mâni değildir. Alıcının malda tasarruf hakkının olmaması, ona sahip olmaması yüzünden değil satıcının mal üzerinde hala bazı haklarının olmasındandır. İbn Hanbel’den rivâyet edilen ikinci ve zayıf olan görüşe göre ise şart muhayyerliği bulunan sözleşmede muhayyerlik düşmeden mülkiyet naklolmamaktadır.<sup>759</sup>

İbn Rüşd Hanbelîler’e cevaben, muhayyerlik bulunan ve bulunmayan sözleşmeyi kıyas ederek ikisinde de mülkiyet ve tazmin sorumluluğunun geçtiğini iddia etmenin zayıf bir görüş olduğunu söylemiştir. Çünkü bu durumda ihtilaflı bir mesele, hakkında görüş birliği olan bir meseleye kıyas edilmektedir.<sup>760</sup> Şerkâvî, tarafların

<sup>756</sup> Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/31-32; İbn Cüzey, *el-Kavânînu’l-fıkhiyye*, 180; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/400; Zürkânî, *Şerhu’z-Zürkânî*, 5/217; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi’l-bey’*, 53.

<sup>757</sup> Şerkâvî, *el-Hiyârât fi’l-bey’*, 56.

<sup>758</sup> İbn Receb, *el-Kavâ’id*, 301.

<sup>759</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/51-53; İbn Receb, *el-Kavâ’id*, 377; İbn Müflih, *el-Mübdî’*, 3/409-410; Buhûtî, *Keşşâfü’l-kınâ’*, 3/205-206.

<sup>760</sup> İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, 3/227.

sözleşmeye rızası olduğu için mülkiyetin naklolması gerektiğini belirterek Hanbelîlerin görüşünün tercihe şayan olduğunu söylemiştir. Ona göre taraflar mülkiyetin naklini engellemek için değil, aldatma olması durumunda sözleşmeyi sonlandırabilmek için muhayyerlik şart koşmuşlardır.<sup>761</sup>

Hanbelî mezhebine göre muhayyerliğe rağmen sözleşmenin hükümleri doğduğu için şart muhayyerliğiyle nikâhlı cariyesini satın alan kişinin nikâhı düşer. Satıcı satış yapmayacağına yemin etse ve muhayyerlikle satış yapsa yeminini bozmuş kabul edilir. Kişi, şart muhayyerliği ile köle olan yakın akrabasını satın alsa köle azat olur. Şâfiî mezhebi, aynı sebepten ötürü kişinin köle olan yakın akrabasını satın alması durumunda şart muhayyerliğine izin vermemiştir.<sup>762</sup> Kişi, Harem bölgesinden bir av hayvanını muhayyerlikle satın alsa sonra ihrama girse sözleşmeyi feshetmesi gerekmez. Çünkü zaten malın mülkiyetine ihramdan önce sahip olmuştur. Muhayyerlikle cariye satışında fesih halinde cariyenin satıcıda tekrar istibrâ görmesi gerekir. Çünkü satıcı cariyeye yeni bir mülkiyet ile sahip olmuştur. Muhayyerlikle bir ev alınsa süre içinde mülkiyet alıcıya geçse de hakkın eksikliği (kusuru) ve tasarruf yasağı, şuf'a hakkıyla yan evin alınmasına izin vermez.<sup>763</sup>

## **B. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri**

Tarafların muhayyerlik esnasında birbirlerine karşı bazı hak ve yükümlülükleri vardır. Temel olarak muhayyer alıcı, mala zarar vermeden ve meşru sınırları aşmadan malı test etme hakkına sahipken satıcının da ona bu imkânı sağlaması ve mal üzerinde alıcının hakkına zarar verecek tasarruflardan kaçınması gerekir. Muhayyer olan satıcıysa, alıcının muhayyerlik düşene kadar beklemekten başka yapabileceği bir şey yoktur. Fakat eğer semen de muayyen bir mal ise bu sefer alıcının aynı sorumlulukları doğmaktadır. Bu mesele aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu bölümde ayrıca süre içinde bedellerin teslim mecburiyeti, mal için yapılan masraflar, ondan elde edilen gelirler ve malın tazmin sorumluluğunun kime ait olacağı üzerinde durulacaktır. Konuya girerken öncelikle Türk hukukunda yer alan “beklenen hak” kavramının açıklanması, meseleyi teorik bir

<sup>761</sup> Şerkâvî, *el-Hıyârât fi'l-bey'*, 56-57.

<sup>762</sup> Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/607.

<sup>763</sup> İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/410; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/206-207; İbn Receb, *el-Kavâ'id*, 101, 377-379.

çerçeveye oturtmak ve gerektiğinde iki hukuk sistemini mukayese edebilmek açısından faydalı olacaktır.

### **1. Beklenen Hak Kavramı**

Bir hakka sahip olabilmek için gerekli şartların gerçekleşmesi bazen zaman alır. Bu süre zarfında hakkı kazanmayı bekleyen şahsın korunması gereği, beklenen hak düşüncesini ortaya çıkarmıştır. Hakkın kazanılması, bazen ona sahip olacak kişinin onay vermesi, belirli bir sürenin geçmesi veya mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta paranın tam olarak ödenmesi<sup>764</sup> gibi belirli bir şartın gerçekleşmesine bağlanabilir. Bu durumda, bahsedilen şartların gerçekleşeceği zaman dilimi “bekleme dönemi”, bu dönemde henüz elde edilmemiş olan hak da “beklenen hak” olarak isimlendirilmektedir. Beklenen hak, gerçek hakkın bir ön aşaması olduğundan onu, kelebeğe dönüşmek üzere olan bir koza veya bebeğin embrio hali olarak tasvir edenler olmuştur.<sup>765</sup> Beklenen hak teorisi 20. yüzyıldan sonra hukuka yerleşmiştir. Onun mahiyeti hakkında çeşitli tartışmalar yaşanmıştır. Bazıları onun kendine özgü borç doğurucu bir hak olduğunu bazılarıysa bir mal varlığı hakkı olduğunu söylemiştir.<sup>766</sup>

Gebe bir hayvanın doğumundan elde edilmesi beklenen yavru, yapılan bir ticari işlemde elde edilmesi beklenen kar, beklenen hak değil sadece ümittir. Beklenen hakkı ümitten ayıran vasıf, onun hukuk tarafından korunmasıdır. Kimse beklenen hak sahibinin menfaatine zarar verecek şekilde tasarrufta bulunamaz. Hak sahibi, isterse onu devredebilir veya rehnedebilir.<sup>767</sup>

Daha önce geçtiği üzere beğenme koşuluyla satışta alıcının, onay halinde sahip olacağı şeye dair beklenen bir hakkı vardır. Bu hak, kendine özgü aktif bir mal varlığı değeri olarak görüldüğü için hukuken korunarak devredilmesine izin verilmiştir. Satıcı, bu süre içinde bu hakka mâni olacak her türlü tasarruftan menedilmiştir. Ondan, alıcının

---

<sup>764</sup> Türk hukukunda, mülkiyetin intikalinin satış bedelinin ödenmesi geciktirici şartına değil de bozucu şarta bağlanabileceği, böylece durumun beklenen hak kavramıyla açıklanmasının gerekli olmadığı da bazı hukukçularca dile getirilmiştir. Bu durumda onlara göre, sözleşme kurulduğu ve alıcı malı teslim aldığı için alıcının korunması amacıyla beklenen hakka ihtiyaç duyulmayacaktır. Diğer şarta bağlı işlemlerde de kanun, beklenen hakka sahip olacak kişinin haklarını koruduğu sürece yine beklenen hak kavramına ihtiyaç duyulmayacaktır. Fakat Türk hukukunda beklenti kavramının daha fazla kabul görmeye başladığı da ifade edilmiştir. Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, 120-122.

<sup>765</sup> Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, 115-116.

<sup>766</sup> Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 188-195.

<sup>767</sup> Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, 116.

malı denemesi için müsaade etmesi istenmiştir. Satıcı, sorumluluklarını yerine getirmezse tazminatla yükümlü tutulmuştur.<sup>768</sup>

Beklenen hak kavramı, İslâm hukukunda, yarı aynî haklar kategorisinde yer alan hakku'l-milk ve hakku't-temellük ile ilişkilendirilebilir. Şart muhayyerliğinin hukuki niteliğini incelerken onun yarı aynî haklardan olan hakku't-temellük kapsamına dâhil edilebileceği söylenmişti. Hakku't-temellük, milke dönüşme ihtimali sebebiyle hakku'l milkle birlikte diğer yarı aynî haklardan farklıdır. Şart muhayyerliği de hak sahibine, ileride sözleşme onaylanırsa milke dönüşecek bir hak vermektedir. Bu sebeple hukuk tarafından korunmaktadır. Fakat beğenme koşulunun aksine şart muhayyerliği, mücerred bir hak olması sebebiyle tek başına sözleşmeye konu olamamaktadır. Yani onun satışa konu olan maldan ayrı mali bir değeri yoktur. Fakat yine beğenme koşulunun aksine şart muhayyerliği ile alınan mal, sadece borçludan değil üçüncü kişilerden de talep edilebilmektedir. Örneğin şart muhayyerliğiyle aldığı mal satıcı tarafından başka birine satılan bir alıcı isterse onu diğer alıcıdan geri alabilir.<sup>769</sup> Bunun sebebi bizce alıcının malın mülkiyetine sahip olduğu için mal üzerinde kâsır da olsa ayni hakkının oluşmasıdır.

## **2. Karşılıklı Bedellerin Tesliminin Gereği**

Bazı ihtilaflar bulunmakla birlikte<sup>770</sup> dört mezhebe göre, -sözleşmede şart koşulmadığı sürece- muhayyerlik esnasında tarafların bedelleri teslim etme mecburiyeti yoktur. Çünkü halen sözleşmenin feshedilme imkânı vardır.<sup>771</sup> Satıcının semeni, alıcının malı teslim almaya zorlanması da buna dâhildir. Nitekim İmameyn, muhayyer müşterinin mala sahip olduğunu kabul etmesine rağmen onu teslim almaya zorlanamayacağını söylemiştir. Yine muhayyer satıcının malı veya muhayyer müşterinin semeni muhayyerliğini düşürmeden karşı tarafa zorla teslim etmeye çalışması da geçersizdir.<sup>772</sup>

Bedellerin onay-fesih niyeti olmaksızın teslim edilip alınması onay veya fesih manasına gelmez. Birinin kendi rızasıyla borcunu teslim etmesi karşı tarafın da bunu

<sup>768</sup> Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 228-229; Antalya, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, 187-200.

<sup>769</sup> İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/411.

<sup>770</sup> Hanbelî mezhebine göre satıcı muhayyerse ve semen muayyen bir malsa satıcının semeni teslim alma hakkı olduğu ama semen borcu zimmette sabit ise -ister para olsun ister ticaret malı olsun- satıcının onu talep hakkının olmadığı söylenmiştir. Şâfiî mezhebinde de eğer müşteri muhayyerse semenin mülkiyeti satıcıya malın mülkiyeti de müşteriye geçeceğinden tarafların muhayyerlik esnasında bedelleri talep hakkı olduğu söylenmiştir. Bk. Cezîrî, *Kitâbü'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/168.

<sup>771</sup> Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/289.

<sup>772</sup> Bedreddin Simâvî, *et-Teshîl*, 1/362-363.



yapmasını gerektirmez. Malı kendi rızasıyla teslim eden, isterse verdiğini geri alabilir.<sup>773</sup> Teslimin isteğe bağlı olması, tarafların hakkını korumak içindir. Taraflar razı olduktan sonra teslimde bir sakınca yoktur.<sup>774</sup>

Mâlikîler'e göre malın denenmek için teslim edilmesi gerektiği sözleşmede belirtilirse teslim zorunludur. Muhayyerliğin amacı sözleşmede belirtilmezse ihtilaf halinde sözleşme fesholur.<sup>775</sup> Diğer bir görüşe göreyse bu durumda malın, denenerek anlaşılan cinsten olup olmadığına bakılarak hüküm verilir. Aslolan muhayyerliğin amacının semenin tespiti olması ve malın muhayyerlik süresince satıcıda kalmasıdır.<sup>776</sup>

Mâlikîler'e göre sözleşmenin konusu, misli bir mal ise ve taraflardan biri, onun muhayyerlik esnasında sadece kendisinin görebileceği bir yerde durmasını şart koşmuşsa bu sözleşme fâsittir. Malı elinde tutan kişinin ondan istifade edip yerine yenisini koymuş olma ihtimali sebebiyle bu mal, sözleşmenin feshi halinde borç, onaylanması halinde de sözleşmenin konusu olacaktır. Bu durum satış ve borç sözleşmelerinin birleştirilmesi yasağı (bey ve selef) kapsamına girmektedir. Alıcının malla yalnız kalması halinde durum açıktır. Satıcının malla yalnız kalması halinde ise alıcı, sözleşmeyi onaylayıp satıcıya borç vermiş gibi kabul edilmektedir.<sup>777</sup>

Mâlikîler şart muhayyerliği bulunan satışta, süre içinde semenin ödenmesi şartının sözleşmeyi ifsad edeceğini söylemiştir. Çünkü onlara göre tıpkı misli malın saklanması şartında olduğu gibi bu şartla da satış ve karz sözleşmelerinin birleştirilmesi yasağı (bey ve selef) çiğnenmiş olacaktır. Bu durumda sanki satıcı, alıcıya şöyle demiş gibidir: “Bana şu kadar para borç ver. Sen de üç gün muhayyer ol. İstersen verdiğin parayla evimi, kölemi vs. satın al.” Sözleşmeye onay verilirse borç olarak verilen para, semen kabul edilir. Sözleşme feshedilirse geçen süre içinde satıcı, semenden haksız bir şekilde faydalanmış olur. Eğer paranın ödenmesi şart koşulmazsa bu durum sözleşmeyi

<sup>773</sup> Fetavây-ı Hindiyîye'de geçtiği üzere muhayyer müşteri semeni ödemişse veya satıcı mebiyi teslim etmişse artık karşı tarafın da borcunu teslim etmesi gerekir. Eğer muhayyer olan satıcıysa müşterinin semeni peşin ödeyip malı teslim alma hakkı yoktur. Hatta satıcının teslim aldığı semeni de geri vermesi gerekmez. Bk. Kurul, *el-Fetâva'l-Hindiyîye*, 3/42. Bu görüşün Ebu Yusuf'a ait olduğu ve Ebu Hanîfe'ye göre her halükarda teberru olarak borcunu teslim eden kişinin karşı tarafı teslim için zorlayamayacağı ve muhayyerlik devam ettiği sürece dilediği takdirde verdiğini geri alabileceği söylenmiştir. Bk. Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/290.

<sup>774</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/10; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/245-246; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/117.

<sup>775</sup> Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/111. İbn Rüşd, bu durumda fesihden bahsetmemiş ve sadece alıcının sözleşme tamamlanmadan malı alma hakkının olmayacağını söylemiştir. bk. İbn Rüşd, *el-Muḥaddimât el-Mümehhidât*, 2/86-87.

<sup>776</sup> Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 3/95.

<sup>777</sup> Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/112-113.

ifsad etmez.<sup>778</sup> Çünkü satış sözleşmesinde şartsız borç vermek caizdir. Şart koşulmasına rağmen semenin ödenmemesi sözleşmenin fesadına mâni olmaz. Çünkü yaygın olana itibar edilmesi gerekir. Nitekim insanlar genelde semen borçlarını öder. Borç şartı sonradan düşürülse de hâkim olan görüşe göre sözleşme sahih hale gelmez.<sup>779</sup> Çünkü fâsit şart sözleşmenin mahiyetinde yani semendedir.<sup>780</sup> İbn Rüşd, ödemenin şart koşulması yasağının gerekçesini zayıf gördüğünü belirtmiştir.<sup>781</sup> İbn Kudâme de sözleşmenin ahkâmından olduğu için malın ve semenin tesliminin caiz olduğunu, satıcının semeni kullanması yasak olduğu için teslimin bey ve selef yasağına aykırı olmadığını söylemiştir.<sup>782</sup>

### 3. Malın Denenmesi

Şart muhayyerliğinin temel amacı malı test etmek olduğu için muhayyer alıcının mal üzerindeki fiilleri belirli oranda mazur görülmüştür. Bu sebeple kişinin malı denemek için yaptığı tasarrufların muhayyerliği düşürmeyeceği söylenmiştir. Neyin deneme kapsamına girip girmediği hususunda ise örfe göre hareket edilmiştir. Örneğin mal bir cariye veya köle ise alıcının onu çalıştırması kıyasen tercihinin yaptığı manasına gelmektedir. Fakat istihsanen alıcının köleyi tecrübe edip kendisine uygun olup olmadığını anlayabilmesi için çalıştırması gerektiğine hükmedilmiştir. Aynı şekilde satın alınan hayvanı test etmek için ona binmek, evde incelemek yapmak için kalmak, elbiseyi denemek için giymek muhayyerliği düşürmemektedir.<sup>783</sup>

Mâlikîler’de elbisenin denemek için giyilmesine izin verilmemiştir.<sup>784</sup> Onun ölçülerinin öğrenilmesi için diğer elbiselerle kıyaslanması yeterli görülmüştür. Elbisenin giyilmesi şart koşulmuşsa sözleşmenin fâsit olacağı ve elbisenin giyildiği sürece kirasının

<sup>778</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/206; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 180; Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî*, 5/200, 217-218; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 3/104-105. Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/206.

<sup>779</sup> Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 3/96-98.

<sup>780</sup> Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî*, 5/204.

<sup>781</sup> İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 3/226.

<sup>782</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/75.

<sup>783</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/468; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/60-61; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/295, 298; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/32.

<sup>784</sup> Deneme amacı olmadan elbiseyi çokça giymesi halinde sözleşme tamamlanmazsa alıcının giyme ücretini ödemesi gerekir. Çünkü bu elbiseyi kusurlu (kullanılmış) hale getirir. Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî*, 5/203; Dirdâr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/95.

ödeneceği söylenmiştir. İbn Yunus ise tazmin sorumluluğu alıcıda olduğu için onun kira ödemesinin gerekmeyeceğini belirtmiştir.<sup>785</sup>

Mâlikîler’de evde oturma durumuyla ilgili sekiz olasılıktan bahsedilmiştir: Oturmanın ücret karşılığı olması veya olmaması, az veya çok olması, sözleşmede şart koşularak veya şart koşulmadan olması, denemek için veya deneme amacı gütmekten olmaması. Eğer oturma karşılığı ücret belirlenmişse; az-çok, şartlı şartsız, denemek için veya değil bu caizdir. Eğer ücretsiz oturulacaksa, sürenin az olması ve deneme amacının olması gerekir. Öyle ki; şart koşulsun veya koşulmasın, ücretsiz olarak çok oturmak her durumda, az oturmak ise deneme amacının olmaması durumunda yasak görülmüştür. Yasaklanan durumların şart koşulması halinde ise sözleşme fâsit kabul edilmiştir.<sup>786</sup> Yukarıda bahsedilen ev için var olan ihtimaller hayvana binmek, elbiseyi giymek, köleyi kullanmak için de geçerli sayılmıştır. Muhayyer alıcının sadece aklından geçirmesi, hayvana binebilmesi (veya diğer malları kullanabilmesi) için yeterli değildir. Bunu açıkça şart muhayyerliğinde zikretmesi gerekir. Eğer örf haline gelmişse şart koşulmasa da hayvana binilebileceği rivâyet edilmiştir. Bu görüş mezhepte kabul görmüştür.<sup>787</sup> İbn Kâsım’a göre muhayyerlik esnasında evde oturma şartı koymak caiz değildir. Çünkü evi test etmek, sadece bakarak anlaşılacak şeylerde serbesttir. Mezhepte fazla kabul görmeyen bir görüşte ise komşuları tanımak için evde oturmak caizdir. Bazıları da alıcı satın alacağı evin bulunduğu mahallede kalıyorsa komşuları zaten tanıyacağı için evde oturamayacağını farklı mahallede kalıyorsa oturabileceğini söylemiştir.<sup>788</sup>

Malda tasarruf, deneme boyutunu aşıyorsa o zaman muhayyerlik düşecektir. Bu sebeple elbiseyi giymeye devam etmek veya çıkarıp tekrar giymek, hayvanla yolculuğa çıkmak, eve yerleşmek<sup>789</sup>, hayvana zarar verecek kadar uzun yolda binmek<sup>790</sup>, kira

<sup>785</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/206; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/23-24; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, 180; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/390-393; Mevvâk, *et-Tac ve'l-İklîl*, 6/304, 313; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/109-110; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/199-200; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 3/92-93; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/92-93; Adevi, *Haşiyetü'l-Adevî*, 2/110.

<sup>786</sup> Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/199.

<sup>787</sup> Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/92-93; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 3/92-93; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/109-110; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/199.

<sup>788</sup> Cündî, *et-Tavzîh*, 5/390; Mevvâk, *et-Tac ve'l-İklîl*, 6/303; Adevi, *Haşiyetü'l-Adevî*, 2/110.

<sup>789</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/468; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/60-61; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/295, 298; Buhârî, *el-Muhtâşu'l-Burhânî*, 6/500; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/32.

<sup>790</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/206-207.

sözleşmesinde hayvanı kiralama amacının dışında denemek<sup>791</sup> muhayyerliği düşürmektedir. Kiracı olarak evde oturan alıcı, oturduğu evi muhayyerlikle alsa evde oturduğu için muhayyerliği düşmez. Fakat oturmaya devam ederse muhayyerliği düşecektir. Her iki durumda muhayyerliğinin düşeceği de söylenmiştir.<sup>792</sup>

Hayvanın sütünü sağlamak Ebû Hanîfe'ye göre rızanın göstergesidir. Ebû Yusuf'a göre ise alıcı sağdığı sütü içmedikçe sırf hayvanı sağlamak rıza sayılmaz.<sup>793</sup> Hanbelîler de koyundan ne kadar süt geldiğini görmek için onu sağlamak veya test etmek için hayvana binmenin muhayyerliği düşürmeyeceğini söylemiştir. Çünkü şart muhayyerliğinin konuluş maksadı budur.<sup>794</sup>

Değirmende buğday öğütmek, değirmenin çalışma kapasitesini öğrenmek içinse muhayyerliği düşürmez. Çünkü muhayyerliğin amacı buna izin vermektedir. Fakat bir günden fazla buğday öğütmeye devam edilmesi halinde muhayyerliğin düşeceği söylenmiştir.<sup>795</sup> Bir kitabı başka bir nüsha oluşturmak için kullanmak muhayyerliği düşürmezken ders yapmak için kullanmak düşürür. Örfen bir kitaptan sadece başka bir nüsha oluşturan kişi onu gaspetmiş olmamaktadır. Çünkü kitabın esas amacının okuma olduğu söylenmiştir. Bu yüzden onu okumanın muhayyerliği düşüreceğine hükmedilmiştir. Bunun tam tersi de rivâyet edilmiştir. Bu görüş de kitabı okumanın, onun içinde hata olup olmadığını anlamak için olabileceği ve bu sebeple muhayyerliği düşürmeyeceği gerekçesiyle açıklanmıştır.<sup>796</sup>

Malın tekrar kullanılış amacı, onun farklı bir özelliğini test etmekse muhayyerlik düşmez. Örneğin kişi, ata birinci sefer koşuş şekline bakmak, ikinci sefer de hızına bakmak için binmişse onun muhayyerliği devam eder. İkinci defa da aynı amaç için binmişse muhayyerliği düşer. Fakat malın bir özelliğinin yeterli olup olmadığını tespit etmek, onu birkaç defa kullanmakla mümkün olarsa o zaman tekrar eden kullanımdan

<sup>791</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/206; Karâfi, *ez-Zahîre*, 5/23-24; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/390-393; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, 180; Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/304, 313; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desuki*, 3/92-93; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/92-93; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/109-110.

<sup>792</sup> Buhârî, *el-Muhtûtü'l-Burhânî*, 6/500-501.

<sup>793</sup> Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'i*, 7/299; Buhârî, *el-Muhtûtü'l-Burhânî*, 6/499; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/30-31.

<sup>794</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/70-71; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/410-411; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/210.

<sup>795</sup> Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'i*, 7/299; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/30-31.

<sup>796</sup> Buhârî, *el-Muhtûtü'l-Burhânî*, 6/501; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/31.

dolayı muhayyerlik düşmez. Köleye, o işte iyi olup olmadığını anlamak için birkaç defa aynı işi yaptırmak buna örnektir.<sup>797</sup>

Mâlikîler'e göre kölenin yaptığı işin maddi bir değeri vardır. Bu sebeple fesih halinde alıcı, kölenin yaptığı işin ücretini veya kölenin yevmiye ücretini ödemelidir. Sözleşmeye onay verilmesi halinde ise faydalanma bedeli düşmektedir. Görevi her gün para kazanıp efendisine vermek olan haraç kölesinin günde ne kadar kazandığını tespit etmek için çalıştırılması da meşrudur.<sup>798</sup> Fakat kölenin mülkiyeti hala satıcıda olduğu için kazandığı para satıcıya ait olur. Köle hizmet kölesiyse başta şart koşulmasa dahi onun denemek için kullanımı caizdir. Çünkü onun elinden iş gelip gelmediği, tembel mi çalışkan mı olduğu veya kas gücü, bu sayede anlaşılmış olur. Fakat deneme süresini aşan kullanımların şart koşulması caiz değildir.<sup>799</sup> Satıcının sürekli kiraladığı kölesini muhayyerken de kiralaması veya bir iş için göndermesi muhayyerliğini düşürmez. Çünkü kölenin gelirleri ve menfaati sözleşme kesinleşene kadar halen satıcıya aittir.<sup>800</sup>

Sözleşmenin konusu bir hayvansa ve alıcı hayvana kendi ihtiyacı için biniyorsa muhayyerliğini kullanmış olur. Eğer hayvana onu su içmeye götürmek, sahibine iade etmek, ona yem almak için binerse bu kıyasen onay sayılmaktadır. Çünkü kişi istese hayvanı çekerek de götürebilir. Fakat hayvanın inatçılığı sebebiyle çekilerek götürülmesinin zor olacağı ihtimali göz önünde bulundurularak istihsanen bu sebeplerle ona binilmesi onay sayılmamıştır.<sup>801</sup> Eğer hayvana seyahat etmek için değil de bir ihtiyaç için binilmişse İbn Kâsım, eğer mesafe yakın ve yük hafifse muhayyerliğin devam edeceğini söylemiştir. O, bunu hayvanı deneme olarak görmüştür.<sup>802</sup>

Mala sahip olmayanların da onda bulunabileceği basit tasarruflar muhayyerliği düşürmez. Alıcının cariyeye bir yükü dama çıkarmasını, damdan indirmesini, ayakkabılarını önüne koymasını, yemek pişirmesini, ekmek yapmasını emretmesi kolay

<sup>797</sup> Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-şanâ'î*, 7/298; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/290.

<sup>798</sup> Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/26-27.

<sup>799</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/206; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/23-24; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/390-393; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, 180; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/304, 313; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desukî*, 3/92-93; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/92-93; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/109-110.

<sup>800</sup> Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/319.

<sup>801</sup> Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-şanâ'î*, 7/298; Buhârî, *el-Muhtûtü'l-Burhânî*, 6/499; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/332; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/290; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/30-31.

<sup>802</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/215-216; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/38-39; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/404-405.

işler olduğu için muhayyerliğe etki etmez. Ancak onun cariyeye sürekli yemek pişirmesini yahut ekmek yapmasını emretmesi onay manasına gelir.<sup>803</sup>

#### 4. Malın Gelir-Gider ve Tazmin Sorumluluğunun Aidiyeti

Hanefî ve Şâfiîler, tazmin sorumluluğunun aidiyetinde malın kimin elinde olduğunu, malın gelir ve giderlerinin aidiyetinde ise muhayyerlik esnasında malın mülkiyetinin bulunduğu tarafı esas almışlardır. Bazı ihtilaflar bulunmakla birlikte Mâlikî ve Hanbelîler, muhayyerlik esnasında malın mülkiyeti kime aitse gelir-gider ve tazmin sorumluluğunun da ona ait olduğunu kabul etmişlerdir. Mal, ona mâlik olmayanın elinde telef olduğu zaman ise emanet hükümlerini uygulamışlar ve sadece kusurlu telef halinde zilyedi tazminle yükümlü tutmuşlardır. Meselenin tafsilatı aşağıdaki gibidir:

Hanefî mezhebinde, Ebû Hanîfe ve İmâmeyn arasında, muhayyer kişinin karşı taraftan gelecek olan bedele sahip olup olmayacağı ile ilgili bir ihtilaftan bahsedilmişti. Bu ihtilafa göre alıcı muhayyerken Ebû Hanîfe malın sahipsiz olduğunu kabul ettiği için malda meydana gelen fazlalıklar da onunla birlikte sahipsizdir. Bu durumda muhayyerlik düştüğünde mal kimde kalırsa fazlalıklar da ona aittir. İmâmeyne göre malın mülkiyetini elinde bulunduran alıcı fazlalıklara da sahip olur. Fesih halinde sadece mal iade edilir. Burada kastedilen, munfasıl gayri mütevellide fazlalıklardır. Çünkü diğerleri muhayyerliği düşürmekte ve mal ile fazlalıklar, bu durumda ittifakla alıcıya ait olmaktadır.<sup>804</sup>

Dört mezhebe göre muhayyerlik mühleti içinde tek başına muhayyer olmayan satıcının semenden alıcının da maldan faydalanma hakkı yoktur.<sup>805</sup> Mâlikîler bunu şu şekilde açıklamıştır: Maldan -ücretsiz- faydalanma şartında garar vardır. Sözleşme tamamlanmazsa bedelsiz bir menfaat elde edilmiş olacaktır. Sözleşme fesholursa faydalanılan kısım borç olacağından satış ve borç sözleşmelerinin birleştirilmesi yasağı (bey ve selef) çiğnenmiş olacaktır.<sup>806</sup> *Fetâvâyı Kadîhan*'da genel kuralın aksine bir durumdan bahsedilmiştir. Satıcının üç gün muhayyerlikle sattığı kölenin gelirlerini

<sup>803</sup> Şerkâvî, *el-Hıyârât fi'l-bey'*, 61.

<sup>804</sup> Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i'*, 7/286-289; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/286-290.

<sup>805</sup> İmam Şafî, *el-Ümm*, 7/85; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/70-71; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 3/410-411; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 3/210.

<sup>806</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/206; İbn Rüşd, *el-Muqaddimât el-Mümehhidât*, 2/92; Karâfî, *eş-Zahîre*, 5/23-24; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/390-393; İbn Cüzey, *Kavâninü'l-fikhiyye*, 180; Mevâk, *et-Tâc ve'l-Iklîl*, 6/304, 313; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebir*, 5/109-110; Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî*, 5/200, 217-218; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desuki*, 3/92-93, 104-105; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, 3/92-93.

kullanmayı ve hizmetinden istifade etmeyi şart koşması geçerlidir. Köleyi kullandığı için muhayyerliği düşmez. Muhayyerlik süresince meyve ve sebzelerinden yemek şartıyla bahçe satmak ise caiz değildir. Çünkü meyve ve sebzenin semenden payı vardır. Satıcının, alıcı muhayyerliğini düşürmeden önce semeni talep hakkı yoktur. Ayrıca meyvenin semenden payı olduğu için onu yemek, malın bir kısmını tüketmek manasına gelir. Bu görüş daha sonra da *Muhîtü'l Burhânî* ve *Fetavây-ı Hindîyye*'de de aktarılmıştır.<sup>807</sup> Bu hükmün bölgede yaygın olan örfeye dayanıyor olması mümkündür.

Hanefîler'e göre muhayyerlik düşmeden önce mala ait giderler askıdadır. Örneğin muhayyerlikle alınan kölenin fitre ve - ticaret malı ise- zekât giderleri, muhayyerlik düşene kadar kimsenin üzerinde değildir. Köle en son kimin mülkünde kalırsa onun fitre ve zekâtını o ödeyecektir. Çünkü köleye sahip olan, onun sözleşmenin başından itibaren meydana gelen gelirlerine de sahip olur. Kural gereği menfaati elinde bulunduran, giderleri de karşılamakla yükümlüdür.<sup>808</sup> Kıyasen kölenin nafakası için de aynı kural geçerlidir. Fakat kölenin zarar görmemesi adına, nafaka borcunun ödenmesi için muhayyerliğin düşmesi beklenmemektedir. Bu durumda kölenin mülkiyetini elinde tutan, onun nafaka masraflarını da ödeyecektir.<sup>809</sup> Ebû Hanîfe'ye göre alıcı muhayyerken malın mülkiyeti askıda olmasına rağmen o da nafaka sorumluluğunu alıcıya yüklemiştir. İbn Nuceym, bunu alıcının malda tasarruf hakkının bulunmasıyla açıklamıştır.<sup>810</sup>

Şâfiîler'de hâkim olan görüşe göre muhayyer olan taraf mala sahip olduğu gibi mala tabi haklara da sahip olur. Bu haklar süt, mehir, kazanç vs. fazlalıklar olabileceği gibi köleyi azat edebilme gibi tasarruflar da olabilir. Eğer iki taraf da muhayyerse sözleşme mevkuf olduğu için malın gelirlerinin mülkiyeti de mevkuftur. Muhayyerlik düştükten sonra mal kimin mülkünde olursa gelirler de ona ait olur.<sup>811</sup> Malın mülkiyetinin muhayyerlik esnasında hangi tarafa ait olduğuna dair ihtilaf, onun gelirleri içinde

<sup>807</sup> Ebû'l-Mehâsin Fahrüddîn Hasen Kâdîhan, *Fetâvâ Kâdîhân* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009), 2/63; Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 6/487; Kurul, *el-Fetâvâ'l-Hindîyye*, 3/40.

<sup>808</sup> Bu, Ebû Hanîfe'nin "muhayyerlik esnasında malın mülkiyetinin ortada kalması" görüşüne uygundur. İmâmeyn'e göre ise alıcının muhayyerliği esnasında malın mülkiyeti alıcıya geçtiği için munfasıl gayri mütevellide fazlalıklar da -fesih halinde dahi- alıcıya ait kabul edilmektedir. Bu durumda mal iade edilecek, fazlalıklar ise alıcıda kalacaktır. Diğer türdeki fazlalıklar ise iadeyi imkânsızlaştırdığı için sözleşmeyi lâzım kılacak ve bu durumda yine fazlalıklar, mal ile beraber alıcıda kalacaktır. Bu sebeple İmâmeyn'e göre olması gerekenin, muhayyerlik esnasındaki giderlerin de alıcıya ait olduğunu söylemek mümkündür. Bk. Çalışmanın "Mal ve Semen Durumu" başlığı, 118-129.

<sup>809</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 3/109; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/21.

<sup>810</sup> İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 1418/1997, 2/442.

<sup>811</sup> Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/610.

geçerlidir.<sup>812</sup> Malın giderleri de aynı şekilde muhayyerliğe sahip olan tarafa aittir. İki taraf da muhayyerse sözleşme mevkuf olacağından malın giderleri ortak olarak karşılanır.<sup>813</sup>

Hanefiler'e göre muhayyerlik hakkı kimde olursa olsun mal satıcının elindeyse, alıcının tazmin sorumluluğu yoktur. Mal alıcıya teslim edilmişse tazmin sorumluluğu alıcıya geçer.<sup>814</sup> Şâfiîler'de de tıpkı Hanefiler'de olduğu gibi muhayyerlik kimde olursa olsun tazmin sorumluluğu –karşı tarafın mala zarar vermesi hariç- teslimden önce satıcıya<sup>815</sup> teslimden sonra ise alıcıya aittir. Teslimden önce malın telef olması halinde sözleşme fesholdüğü için kıymetle tazmin yapılmaktadır. Teslimden sonra ise malın telef olması ile Şâfiîler'e göre sözleşme fesholmadığı için tazminatın türü belirsizdir. Eğer sözleşmeye onay verilirse –telefon anında malın mülkiyetinin kimde olduğundan kaynaklı bazı ihtilaflar bulunmakla birlikte- semenle tazmin, sözleşme feshedilirse malın telef olduğu günki kıymetiyle veya mislîyle tazmin istenmektedir.<sup>816</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi aşağıda verilecektir.<sup>817</sup>

Mâlikî mezhebinde<sup>818</sup> alıcı veya satıcı muhayyer olsun, mal teslim edilsin veya edilmesin, semen ödensin veya ödenmesin sözleşme tamamlanmadan önce alıcıdan kaynaklanmayan telefte, malın mülkiyeti gibi tazmin sorumluluğu ve giderleri de satıcıya aittir.<sup>819</sup> Mülkiyetin alıcıya geçtiğini kabul eden şaz görüşte dahi muhayyerlik sebebiyle

<sup>812</sup> Nevevî, muhayyerlik kullanılmadan önce malın mülkiyetinin kimde olduğuna dair tartışmaların sonuç doğurduğu bazı meseleleri şu şekilde zikretmiştir:

Eğer malın mülkiyetinin sözleşmeyle birlikte alıcıya geçtiğini veya mevkuf olduğunu yani onaydan sonra mülkiyetin sözleşmenin başına izafe edildiğini kabul edersek, köle ve cariye muhayyerlik zamanındaki kazançları, onay halinde alıcıya ait olur. Eğer onaya kadar mal satıcının mülkünde kalır dersek cumhura göre kölenin kazancı satıcıya ait olur. Çünkü kazanç meydana geldiği zaman malın mülkiyeti satıcıya aittir. İkinci bir görüşe göre mülkiyet satıcıda olsa da onun satıcıdan ayrılması için sebep oluşmuş fakat henüz sözleşmenin hükmü doğmamıştır. Bu sebeple fazlalık mala tabi olur ve onayla beraber alıcıya geçer.

Eğer malın muhayyerlik esnasında satıcının mülkünde olduğunu veya mevkuf olduğunu yani fesih halinde feshin sözleşmenin başına izafe edildiğini kabul edersek, fesih halinde kölenin kazancı satıcıda kalır. Nevevî, feshin sözleşmenin başına izafe edilip edilmeyeceği ile ilgili iki görüş aktarmıştır: Tercih edilen görüşe göre fesih, fesih anından itibaren sonuç doğurur yani feshin hükümleri sözleşmenin başına izafe edilmez. İkinci görüşe göre ise izafe edilir. Fesih, fesih anından itibaren hüküm doğurur dersek fazlalıklar, fesihden sonra alıcıda kalır, aksi halde satıcıda kalır. Kazanca süt, yün, meyve, cariyeyle şüpheli ilişkiye girilmesi halinde elde edilen mehir, kölenin kazancı vs. dâhildir. Bk. Nevevî, *el-Mecmû*, 10/237-238; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/113.

<sup>813</sup> Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed el-Kalyûbî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî 'alâ Şerhi'l-Maḥallî 'ale'l-Minhâc* (Beyrut: Dâru'l-Fıkr, 1995), 2/247.

<sup>814</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/460.

<sup>815</sup> Mâverîdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 5/46, 250; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/116.

<sup>816</sup> Nevevî, *el-Mecmû*, 10/242; el-Hın, el-Buḡa, Şırbacı, *el-Fıkhü'l-Menhecî*, 6/25.

<sup>817</sup> Bk. Çalışmanın “Malın Ayıplı Hale Gelmesi veya Telef Olması” başlığı

<sup>818</sup> Mâlikî mezhebinde satış sözleşmesinde malın tazmin sorumluluğu sözleşmeyle beraber alıcıya geçer. Beş durum bundan istisna edilmiştir: Gayri muayyen malın vasıflarıyla satılması, şart muhayyerliği ile satış, meyvenin olgunlaşmadan önce satışı, fâsit satış ve tevfiye hakkı bulunan (teslimden önce malın tartılması veya ölçülmesi gereken) satış. Bk. İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 164.

<sup>819</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/227.



sözleşme henüz tamamlanmadığı için tazmin sorumluluğu hala satıcıdadır. Sözleşmenin sahih veya fâsit olması durumu değiştirmez. Çünkü sözleşme fâsit de olsa muhayyerlik bulunduğu için mülkiyet ve tazmin sorumluluğu satıcıda kalmaya devam eder. Eğer satıcı ayıba rağmen sözleşmeye onay verirse alıcının ayıp muhayyerliği ile fesih hakkı doğar.<sup>820</sup> Mal, alıcının elinde telef olursa rehin ve âriyet hükümleri uygulanır.<sup>821</sup> Yani bu durumda malın telefı halinde alıcı kusurluysa tazmin sorumluluğunu üstlenir. Alıcının kusurlu olduğu mahkeme tarafından şu durumlarda kabul edilir:<sup>822</sup>

- Elbise ve süs eşyası gibi gizlenebilir malların telef olması halinde alıcının, kusurlu olmadığına dair delilinin olmaması. İbn Rüşd, bu durumda alıcının, telef olmadığı halde malı gizlemiş olabileceği için semeni tazminle mükellef olduğunu söylemiştir. Çünkü malı gizlemesi alıcı açısından onay sayılır.<sup>823</sup>
- Gizlenemeyen malların telef olması halinde alıcının kusurlu olmadığına dair beyanının yalan olduğunun ortaya çıkması.
- Gizlenemeyen malların telef olması halinde alıcının kusurlu olmadığına dair yemin etmekten kaçınması. Nitekim alıcı, malın kusuru olmadan telef olduğunu iddia ederse yeminiyle beraber onun sözü geçerlidir. Satıcı, alıcının kusuru olduğunu ispatlarsa satıcının sözü geçerlidir.

Yukarıdaki üç maddede alıcının muhayyer olduğu durumlarda semenle tazmin yapılır. Satıcının muhayyer olduğu durumlarda ise semen veya kıymetten hangisi fazlaysa tazmin onunla yapılır. İstisna olarak ilk maddede yani gizlenebilen şeylerde alıcının malın kusuru olmadan telef olduğuna yemin etmesi halinde semen kıymetten azsa ödeme semen ile yapılır. Semen daha yüksekse veya kıymete eşitse zaten alıcının yemin etmesine gerek yoktur.<sup>824</sup>

Mâlikîler’de muhayyerlik esnasında malın mülkiyeti ve tazmin sorumluluğu satıcıya ait olduğu için fazlalıklar da ona ait olur. Örneğin İbn Kâsım’dan rivâyet edildiği

<sup>820</sup> Karâfî, *ez-Zâhire*, 5/26-27, 45-46; Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/319.

<sup>821</sup> Muhayyerlikle alınan köle veya hayvan teslimden sonra kaçsa veya çalınsa, bilinen bir yerde ise satıcının tazmin sorumluluğundadır. Alıcının yemin etikten sonra malın kaçtığına veya çalındığına dair delil getirmesi gerekmez. Yine o, hayvanın belli bir yerde öldüğünü söylese durum o bölgenin ahalisinden güvenilir kişilere sorularak teyit edilir. Muhayyerlik esnasında sözleşme konusu cariyenin eli kesilirse alıcının iade imkânı devam eder. Bk. Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/323-324.

<sup>822</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/227; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 3/226; Cezîrî, *Kitâbü'l-fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/166; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 1/281.

<sup>823</sup> İbn Rüşd, *el-Muqaddimât el-Mümehhidât*, 2/92.

<sup>824</sup> Cezîrî, *Kitâbü'l-fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/166-167.

üzere muhayyerlikle satılan cariyeye süre içerisinde hibe veya tasadduk edilse bunlar satıcındır.<sup>825</sup> Görevi her gün para kazanıp efendisine vermek olan köleyi alıcı, günde ne kadar kazandığını tespit etmek için çalışmaya gönderse kazanç satıcıya ödenir. Daha sonra alıcı muhayyerliği düşürse de durum değişmez. İşin yarısı bittikten sonra alıcı sözleşmeyi onaylarsa bu sefer ücretin yarısı satıcıya ait olur. Mala verilen zarar sebebiyle ödenen tazminatı da satıcı alır. Bu durumda alıcı dilerse malı kusurlu halde alır ya da iade eder.<sup>826</sup> Ama eğer alıcı şart koşarsa, tüm fazlalıklar onay halinde alıcıya ait olur.<sup>827</sup> Fakat bu durumda o, tazmin sorumluluğunu da üstlenmiş olur.<sup>828</sup> Haraşî, gelir maldan doğduğu için tazminat ise malın bir parçası olduğu için onların alıcı adına şart koşulsa da onun satıcıya ait olacağını söylemiştir. Süt, meyve, köleye yapılan hibe veya kölenin çalışma ücreti gelir kapsamına girmektedir. İbn Kâsım'a göre sözleşme konusu cariyeden doğan çocuk, onun bir parçası olduğundan onay halinde alıcıya aittir. Eşheb başta olmak üzere diğerleri tıpkı malın gelirleri gibi çocuğun da satıcıya ait olacağını söylemiştir. Lahmî'den aktarıldığı üzere hayvanın yünü de genel kuraldan istisna edilmiştir. Yün sözleşme anında bulunduğu için satışa dâhildir.<sup>829</sup>

Mâlikiler'e göre muhayyer alıcı, sözleşmeye onay vermeden malı satarsa üç görüş vardır. Birinci görüşte (malın mülkiyeti muhayyerlik sebebiyle henüz alıcıya geçmediği için) satışın kârı satıcıya ait olur. İkinci görüşte alıcı ilkönce sözleşmeye onay verdiğini iddia edebilir. Üçüncü görüşte satıcı dilerse sözleşmeye onay vererek semeni alır veya sözleşmeyi fesheder. Sahnun, satıcının muhayyer olduğu görüşünü hatalı bulmuş, İbn Yunus da ona katılmıştır. Ebherî (ö. 375/986), alıcının henüz tazmin sorumluluğunu üstlenmediği için onay vermeden malı satmasının helal olmayacağını söylemiştir. Çünkü Hz. Peygamber, tazmin sorumluluğu olmayan şeyin satışını yasaklamıştır.<sup>830</sup>

Hanbelîler'e göre malın mülkiyeti alıcıya ait olduğu için (misli mallar hariç) tazmin sorumluluğu da teslimden önce veya sonra alıcıya aittir. Mal kıyemîyse ve

<sup>825</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/220.

<sup>826</sup> Karâfî, *eż-Zaḥîre*, 5/26-27, 45-46; Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/319.

<sup>827</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/220; Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/287.

<sup>828</sup> Karâfî, *eż-Zaḥîre*, 5/44; Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/286.

<sup>829</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/217; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 180; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/400-401; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/200, 203, 217-218; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 3/104-105; Derdir, *eş-Şerhu'l-kebir*, 3/95.

<sup>830</sup> Karâfî, *eż-Zaḥîre*, 5/52; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/405-406.

muhayyerlik esnasında satıcının veya alıcının elinde ayıplı hale gelse tazmin sorumluluğu yine alıcıya aittir. Alıcı, malı teslim aldıysa iade edemez. Fakat mislî mallarda teslimden önce tazmin sorumluluğu alıcıya geçmediğinden, meydana gelen ayıp, feshe mâni değildir.<sup>831</sup>

Hanbelîler’de tazmin sorumluluğu alıcıya ait olduğu için “el-Harâc bi’ d-Damân” hadisi gereği malın gelirleri de ona aittir. Sözleşme onaylansın veya onaylanmasın, munfasıl fazlalıklar mal satıcıdayken veya alıcıdayken oluşsun, meyve ve çocuk<sup>832</sup> gibi malın aslından oluşsun veya oluşmasın durum değişmez. Feshin sonuçları geçmişe yürümez. Fazlalıklar satıcıda emaneten bulunur. Kusursuz telef halinde satıcı, onları tazmin etmez. Feshin geriye yürüyeceği ve fazlalıkların iade edileceğine dair bir görüş de aktarılmıştır. Çünkü bu görüş sahiplerine göre kişi, fesihle birlikte sözleşmeye razı olmadığını göstermiştir.<sup>833</sup> Fakat kabul gören görüş ilkidir. Ahmed b. Hanbel, hakkında rivâyet bulunduğu için musarrat hadisi dışında -ki bu hadiste Hz. Peygamber, alıcının kullandığı sütü bir sâ‘ hurmayla tazmin etmesini emretmişti- “el-Harac bi’ d-Daman” hadisi gereği, gelirlerin alıcıya ait olduğunu söylemiştir. Muttasıl fazlalıklar ise maldan ayırlamadığı için mala tabi olmaktadır. Sözleşme onaylanırsa alıcıda kalır, onaylanmazsa satıcıya teslim edilir.<sup>834</sup>

Hanbelîler’e göre malın gelirleri gibi giderleri de alıcıya aittir. Örneğin nisap miktarında saime hayvanlar bir sene muhayyerlikle satılsa daha sonra sözleşme feshedilse de zekât borcu alıcıya aittir. Muhayyerlikle satılan kölenin fitır sadakasını da alıcı öder.<sup>835</sup>

## II. ŞART MUHAYYERLİĞİNİN DÜŞMESİ

Şart muhayyerliğinin düşmesi, tercihe bağlı (ihtiyarî) ve zarûrî düşüş şeklinde iki başlık altında incelenebilir. İhtiyarî’den kasıt, tarafların bir şekilde sözleşmenin devam edip etmemesine yönelik iradelerini ortaya koyarak muhayyerliği düşürmeleridir. Bunun dışında; ölüm, delirme, bayılma, din değiştirme, malın kusurlu hale gelmesi vs. irade dışı

<sup>831</sup> İbn Receb, *el-Kavâ'id*, 101, 377-379; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/410; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/206-207.

<sup>832</sup> İstisnaen kişinin hamile olarak aldığı cariye, muhayyerlik esnasında doğursa çocuğu da annesiyle beraber mebinin aslından sayılır ve fesih halinde satıcıya iade edilir, denilmiştir. İbn Kudâme ise çocuğu muttasıl fazlalık olarak görerek satın alınan kölenin şişmanlamasına benzetmiştir. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/57-58.

<sup>833</sup> İbn Receb, *el-Kavâ'id*, 168; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/410; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/207-208; Halid Rabat, *el-Câmi li 'ulûmi'l-imâm Ahmed*, 9/166; Cezîrî, *Kitâbü'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, 2/163-164.

<sup>834</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/56-57; İbn Receb, *el-Kavâ'id*, 168; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/410; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/207-208; Halid Rabat, *el-Câmi li 'ulûmi'l-imâm Ahmed*, 9/166.

<sup>835</sup> İbn Receb, *el-Kavâ'id*, 101, 377-379; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/410; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/206-207.

sebeplerle muhayyerlik düşebilmektedir. Bunlarda zarûrî sebepler başlığı altında toplanmaktadır. Aşağıda önce iradî sebepler sonra da zarûrî sebepler sırasıyla incelenecektir.

### A. Onay veya Fesihle Düşmesi

Şart muhayyerliğinin düşmesinin en sık karşılaşılan yolu, sözleşmeyi onaylama veya feshetme<sup>836</sup> şeklinde iradeyi ortaya koymadır. İrade bazen sözlü (sarih bir şekilde) bazen de fiille (delâleten) ifade edilir. Sözlü ifadelerde, onay veya feshe delâlet eden herhangi bir kelime yeterli görülmüştür. Fiillerde de mal üzerinde ona sahip olma iradesini ortaya koyan her fiil satıcı için fesih, alıcı için onay manasına gelmektedir. Semen muayyen ise ona sahip olma iradesini ortaya koyan her fiil satıcı için onay, alıcı için fesih manasını taşır.

#### 1. Sözlü (Sarih) Onay-Fesih

Sözlü onay; “onay verdim”, “onayladım”, “ilzam ettim”, “razı oldum”, “onu tercih ettim”, “muhayyerliği düşürdüm” gibi sözlerle gerçekleşir. “Heves ettim”, “hoşuma gitti”, “bana uygun geldi” gibi lafızlar, iradeyi kesin olarak yansıtmadığı için geçersizdir.<sup>837</sup> Sözlü fesih; “sözleşmeyi feshettim”, “bozdum”, “iptal ettim”, “ilga ettim”, “malımı geri istiyorum” gibi fesih manasına gelen ifadelerle olur. Satıcı, “sen fiyatı artırmazsan satmıyorum” dediğinde alıcı artırmadığını söylerse sözleşme fesholur.<sup>838</sup> Fesihte mahkeme kararı veya karşı tarafın rızası aranmaz.<sup>839</sup>

Taraflardan biri dilsizse işareti konuşma yerine geçer. İşaretleri anlaşılmıyorsa ya da kişi delirmiş veya bayılmışsa –şart muhayyerliğinin naklini kabul edenlere göre- velisi, vasîsi veya hâkim onun yerine geçer.<sup>840</sup> Dışa vurulmayan ve sadece bir düşünce

<sup>836</sup> Senhûrî'ye göre şart muhayyerliği, en başta sözleşmeyi mevkuf kıldığı için onu feshetme özelliğine sahip değildir. Zira fesih kavramı, bütün hükümleriyle tam olarak kurulmuş nafız bir sözleşme için geçerlidir. Şart muhayyerliği bulunan sözleşme ise hükümleri askıda olan mevkuf bir işlemdir. Burada fesih değil niyet düzeyinde olan bir işlemin geçerli kılınması ya da yok sayılması söz konusudur. Bk. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 4/204; Özdemir, “İslâm Hukukunda Şart Muhayyerliği”, 153.

<sup>837</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/458; Tahâvî, *Muhtasari't-Tahavi*, 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/14; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/44; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/290-291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/29; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/484, 488.

<sup>838</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/226-228; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/117-118; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/611-612.

<sup>839</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/301.

<sup>840</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/35-36; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kıfâ*, 3/211.

olarak kalan onay ve fesih geçersizdir. Hak sahibi sözlü olarak veya fiilen rızasını ortaya koymadıkça sırf niyeti bir hüküm doğurmaz.<sup>841</sup>

Bir satış işleminde satıcı ve alıcının ikisi birden muhayyerse, birisinin sözleşmeye onay vermesi diğerini bağlamaz. Onay veren açısından sözleşmenin hükümleri doğar. Karşı tarafın fesih hakkı saklı olduğu için o istemezse sözleşme fesholur. İki taraf da onay konusunda birleşmedikçe sözleşmenin hükümleri tam olarak doğmaz. İlk önce birisi reddederse diğerinin kararı beklenmeden sözleşme fesholur. Çünkü fesih onaydan güçlüdür.<sup>842</sup>

Kişi; kitap, elbise, köle ve koyun gibi kıyemî malların bir kısmını görüp onay verdikten sonra geri kalanını görüp sessiz kalsa muhayyerliği devam eder. Çünkü rıza, malın tamamını görünce gerçekleşir. Ama buğday ve arpa gibi tamamı aynı vasıfta misli malların bir kısmının görülüp razı olunmasıyla muhayyerlik düşer.<sup>843</sup>

Süre dolmadan muhayyerliğin düşürülmesi geçerlidir. İlk gün düşürülürse diğer günler de düşer. Çünkü muhayyerlikle sözleşme arasına süre giremez. Sözleşmede aslanan lüzum olduğu için muhayyerliğin hiç var olmadığına hükmedilir. Üçüncü gün düşürülürse ilk iki gün düşmez. Muhayyerliğe sahip olan iki kişiden biri, muhayyerliğini düşürürse diğerinin muhayyerliği varsa devam eder.<sup>844</sup> Karşılıklı anlaşmayla üçüncü kişiye muhayyerlik verilirse bu yetki, ancak tarafların karşılıklı rızası ile onun elinden alınabilir.<sup>845</sup>

Alıcının semeni artırması karşılığı muhayyer satıcının hakkından vazgeçmesi üzerine yapılan sulh caizdir. Aynı şekilde satıcının semende indirim yapması veya fazladan mal vermesi karşılığında alıcının muhayyerliğini düşürmesi de sahihtir. Ama muhayyer taraf para karşılığı sözleşmeyi sonlandırırsa fesih geçerli olsa da teklif edilen parayı alamaz.<sup>846</sup> Bizce bunun sebebi şart muhayyerliği mücerret bir iptal hakkı olduğu için karşılığında bedel alınmasının caiz olmamasıdır. Sözleşme feshedildikten sonra da

<sup>841</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/459, 469; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/46; Bedreddin Simâvî, *Câmi 'u'l-fuşûleyn*, 1/331; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/28.

<sup>842</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/462; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/50; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i*, 7/299-300; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/484; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/214; İbn Rüşd, *el-Muḳaddimât el-Mümehhidât*, 2/87; Karâfî, *ez-Zaḥîre*, 5/38; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 180.

<sup>843</sup> Karâfî, *ez-Zaḥîre*, 5/40.

<sup>844</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/216-217; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/110.

<sup>845</sup> Karâfî, *ez-Zaḥîre*, 5/29.

<sup>846</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi 'u'l-fuşûleyn*, 1/333; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/294; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/6.

geri alınamayacağı için hak kaybedilmiş olmaktadır. Tarafların muhayyerliği düşürmesi karşılığı ücret alması halinde ise alınan fazladan bedel hakkın düşürülmesine değil de sözleşmeye izafe edilmiş olsa gerektir. Bu durumda pazarlık sanki yeni tamamlanmış gibi olmaktadır. Vadeli ve vadesiz satış arasında nasıl fiyat farkı varsa muhayyerlikle ve muhayyerliksiz satış arasında da fark olacaktır. Vade farkı nasıl vade karşılığı para almak gibi kabul edilmiyorsa son örnekte de muhayyerliğin düşürülmesi karşılığı alınan bedel muhayyerlik ücreti olarak görülmemektedir.

## 2. Fiili (Delâleten) Onay-Fesih

Fiili onay<sup>847</sup>, muhayyer alıcının malda, muhayyer satıcının da -semen muayyen bir mal ise- semende ona mâlikmiş gibi tasarrufta bulunmasıdır.<sup>848</sup> Fiili fesih ise muhayyer satıcının malda, muhayyer alıcının ise -semen muayyen bir mal ise- semende mâlik gibi tasarrufta bulunması ile olur.<sup>849</sup> Bu meseleyle ilgili fıkıh kitaplarında birçok örnek verilmiştir. Genel olarak mezheblerin, neyin onay veya fesih manasına geldiği hususunda ittifak ettiği söylenebilir. Var olan ihtilaflara da yeri geldiğince değinilecektir.

Eve oturmak, başkasını oturtmak, onu boyamak, evde bir şey inşa etmek veya bir şey yıkmak, o evin şuf'a hakkını kullanarak yan evi almak<sup>850</sup> veya onu kiralamak,<sup>851</sup> mal arazi ise oraya bina yapmak,<sup>852</sup> onu sürmek, sulamak, ekmek, biçmek muhayyer

<sup>847</sup> Fiili onayın aslı şuraya dayanır: “Allah Rasulu Berîre’ye şöyle buyurdu: Azat olduğun zaman kendi fercine (evliliğini devam ettirip ettirmeme hakkına) sahip oldun. Tercihini yap fakat eşin seninle ilişkiye girerse artık tercih hakkın kalmaz.” Allah Rasülü cinsel ilişki ile muhayyerliğin düşeceğini belirtmiştir. Yani muhayyerlik sarîh ifadelerle düşebileceği gibi delalet yoluyla da düşebilir. Bk. Kâsânî, *Bedâ’i’u’ş-şanâ’i*, 7/290.

<sup>848</sup> Kâsânî, *Bedâ’i’u’ş-şanâ’i*, 7/299; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 6/291; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 6/30-31.

<sup>849</sup> Kâsânî, *Bedâ’i’u’ş-şanâ’i*, 7/301; Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, 10/225; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, 3/117; Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 2/611.

<sup>850</sup> Kişinin şuf'a hakkını kullanması onay manasına gelmektedir. Çünkü şuf'a hakkı yeni komşudan dolayı zarara girmemek maksadıyla sabit olmuştur. Bu zarar da ancak mülkiyetin devamlılığı halinde olur. Bu sebeple şuf'a hakkını kullanması onun evin mülkiyetini üzerine almaya karar verdiği manasına gelir. İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 6/285, 304-305.

<sup>851</sup> Muhayyerlikle satın aldığı evde oturan kiracıdan kira istemek de onay manasındadır. Bk. Bedreddin Simâvî, *Câmi’u’l-fușûleyn*, 1/331; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 6/291.

Malı kiralamak, rehn etmek, mal üzerine pazarlık yapmak, ona zarar vermek, köleyi bir zanaatkâra teslim etmek veya evlendirmek muhayyerliği düşürür. Mâlikîler’de muhayyerlik esnasında malın gelirleri satıcıya ait olduğundan onun malı kiralaması muhayyerliği düşürmez denilmiştir. Buna ek olarak –mal, alıcıda emaneten bulunduğu için– onun alıcının kusuru olmadan zarar görmesi halinde muhayyerliğin devam edeceği söylenmiştir. Eşheb’e göre ise yukarıda zikredilen durumlar onay sayılmamaktadır. Ama bunun için alıcının bu fiilleri onay maksadıyla yapmadığına dair yemin etmesi gerekir. Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, 3/216; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/402, 405; Zürkânî, *Şerhu’z-Zürkânî*, 5/209-210.

Şâfîler’de eğer satıcı, cariyeye veya köleyi çalıştırırsa ya da hayvana binerse esah kavle göre bunlar fesih sayılmaz. Cüveynî, hayvana binmek veya cariyeyi kullanmanın fesih manasına geldiğini söyleyenlerin görüşünü hatalı gördüğünü söylemiştir. Nevevî bunların tamamının fesih manasına geldiğini aktarmıştır. Bk. Nevevî, *el-Mecmû*, 10/226-228; Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 2/611-612; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, 3/117-118.

<sup>852</sup> Mâlikîler’e göre satıcı muhayyerken alıcı, araziye bina yaparsa ve satıcı sözleşmeyi feshederse alıcıya evin yıkılmış kıymeti ödenir. Çünkü o, binayı izinsiz yapmıştır. Bk. Karâfî, *ez-Zâhire*, 5/40; Zürkânî, *Şerhu’z-Zürkânî*, 5/209.

alıcının fiiliyse onay sayılır. Çünkü bunlar, malın sahibinin yapabileceği tasarruflardır. Arazideki nehirden su içmek veya hayvanlara içirmek ise mübah olduğundan onay sayılmaz. Fakat kişi, bu nehirden kendi arazisini sularsa muhayyerliği düşer.<sup>853</sup> Hayvanı veterinerlere götürmek, tıraş etmek, boğazlamak, onunla seyahat etmek de muhayyerliği düşürür.<sup>854</sup>

Muhayyer alıcının köleyi-cariyeyi azat etmesi,<sup>855</sup> satması,<sup>856</sup> satışa sunması,<sup>857</sup> onun üzerine pazarlık yapması,<sup>858</sup> onunla müdebberlik veya mukâtebe anlaşması yapması, onu hibe edip veya rehin verip teslim etmesi, evlendirmesi, kiralaması, onun

<sup>853</sup> Kâsânî, *Bedâ'i' u 'ş-şanâ'i'*, 7/299; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/30-31.

<sup>854</sup> Buhârî, *el-Muhtâ' l-Burhânî*, 6/499.

<sup>855</sup> Şâfiîler'de eğer satıcı veya iki taraf birden muhayyerken satıcı köleyi azat etse tüm kavillere göre azat işlemi geçerlidir. Çünkü Şirâzî'nin belirttiği üzere mülkiyet satıcıda olmasa bile satıcının fesih hakkı vardır. Eğer alıcı köleyi azat ederse mülkiyetin satıcıda olduğunu kabul edersek daha sonra sözleşme feshedilse de tamamlansa da azat geçersiz olur. Eğer sözleşmeyi mevkuf kabul edersek azat işlemi de mevkuf olur. Sözleşme tamamlanırsa alıcının azat işlemi geçerli, infisah ederse azat işlemi geçersiz sayılır. Eğer mülkiyetin alıcıda olduğunu kabul edersek nassın zahirine göre (muhayyer) satıcının hakkını korumak için azat geçerli olmaz. Ayrıca satıcı muhayyerliği ile fesih imkânına sahiptir. Alıcı ise azat ile sözleşmeye onay vermektedir. Fesih onaydan güçlüdür. İbn Süreyc ve Şirâzî'nin belirttiğine göre ise bu durumda azat geçerlidir. Fakat burada da azatın geçerli olması ile ilgili iki görüş ortaya çıkmıştır. Birinci ve en sahih olan görüşe göre alıcı malın kıymetini ödeyebilecek zenginlikte ise azat geçerlidir. (Çünkü satıcı sözleşmeyi feshetse alıcının malın kıymetini satıcıya ödemesi gerekecektir.) İkinci görüşe göre ise alıcı malın kıymetini ödeyebilecek durumda olsun veya olmasın azat geçerlidir. Azat geçersiz dersek satıcı sözleşmeye onay verse de köle artık azat olmaz. Onay ile köle azat olur dersek tercih edilen görüşe göre azat işlemi onay anından itibaren geçerli olur. Eğer İbn Süreyc'in görüşünü kabul edersek ve (alıcı tek başına muhayyer olmamasına rağmen malın mülkiyeti alıcıda olduğu için) azat gerçekleşir dersek tercih edilen görüşe göre satıcının muhayyerliği düşmez ama köle azat olur. Satıcı da kölenin kıymetini alır. Bir görüşe göre de azat işlemi ile sözleşme tamamlanmıştır ve alıcının kölenin semenini ödemesi gerekir. Bütün bunlar satıcının tek başına veya alıcı ile birlikte muhayyer olması haline mahsustur. Sadece alıcı muhayyerse bütün kavillere göre azat geçerlidir. Çünkü azat ya alıcının mülkiyetindeki malda meydana gelmekte ya da alıcı mala sahip değilse de onay hakkını kullanmaktadır. Ayrıca satıcı bundan dolayı zarar görmemektedir. Sadece alıcı muhayyerken satıcı köleyi azat etse eğer mülkiyetin alıcıda olduğunu kabul edersek daha sonra sözleşmeye icazet verilsin veya verilmesin azat geçerli olmaz. Sözleşmenin hükmü mevkuf dersek daha sonra sözleşme feshedilirse azat geçerli olur. Eğer mülkiyet satıcıda dersek sözleşme infisah ederse azat işlemi nafiz olurken infisah etmezse azat gerçekleşmez. Bu tıpkı rehin malın satımı gibidir. Üzerinde başkasının hakkı bulunan malın satımı geçersizdir. Bk. Şirâzî, *el-Mühezzeb*, 10/234; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/114; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/237-238.

Mâlikîler'e göre muhayyer olan alıcıya satıcının köleyi azat etmesi mevkuftur. Alıcı sözleşmeyi feshederse azat geçerli onaylarsa geçersiz olur. Satıcı muhayyirsa alıcının azat işlemi ise geçersizdir. Çünkü o mülkiyetinde ve tazmin sorumluluğunda olmayan bir köleyi azat etmektedir. Bk. Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/41.

<sup>856</sup> Kişinin muhayyerlikle satın aldığı bir malı muhayyerlikle satması muhayyerliğini düşürmez. Çünkü mal onun mülkünden çıkmamıştır. Fakat bu durumda sahih olan görüşün muhayyerliğin düşmesi olduğu da söylenmiştir. Çünkü alıcının malı denemek için bunu yapmasına gerek yoktur. Buhârî, *el-Muhtâ' l-Burhânî*, 6/500.

<sup>857</sup> Hanefîler, malı satışa sunmanın muhayyerliği düşürdüğünü kabul ederler. Fakat bu görüşün aksi de rivayet edilmiştir. Buhârî, sahih olan görüşün bu olduğunu söylemiştir. Bk. Buhârî, *el-Muhtâ' l-Burhânî*, 6/494, 500. Şâfiîler'e göre malı satışa sunmak, satış için izin veya vekâlet vermek, malı hibe veya rehnedip henüz teslim etmemek durumlarında esah kavle göre fesih veya onay gerçekleşmez. Çünkü bu tasarruflarla malın fiyatı tespit edilmek isteniyor ve alışverişte aldanıp aldanılmadığı anlaşılmak isteniyor olabilir. Diğer kavle göre ise bu tasarruflar muhayyerliği düşürür. Bk. Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/226; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/117; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/611.

<sup>858</sup> Kira ve mal üzerine pazarlık yapma gibi bazı meselelerin muhayyerliği düşürüp düşürmeyeceği durumu Mâlikî mezhebinde ihtilâflıdır. İbn Kâsım'a göre bunlar muhayyerliği düşürürken Eşheb'e göre düşürmez. Derdir, muhayyerlik esnasında malın gelirleri satıcıya ait olacağı için muhayyerlik süresini aşmayan kiralamanın muhayyerliği düşürmeyeceğini söylemiştir. Sahnun, alıcı tarafından kabul sayılan her şey satıcı tarafından fesih sayılır demıştır. Bk. Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/34; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/405; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 180; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/208-209; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/116; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desuki*, 3/99.

saçını tıraş etmesi, ona hacamat yapması, ilaç içirmesi, cariyenin saçını taraması<sup>859</sup> veya yağlaması zımnen onay manasına gelir.<sup>860</sup> Aynı fiilleri muhayyer satıcının yapması fesih manasına gelir. Çünkü bu tasarruflar sadece malın mülkiyetine sahip olunursa mümkündür.<sup>861</sup>

Alıcının, muhayyerlikle satın aldığı köleyi parayla hacamat yaparken gördüğü halde susması<sup>862</sup> onay manasına gelir. Fakat para karşılığı yapmıyorsa bu hizmet etme kapsamında kabul edilir. Kölenin, ona sahip olmayan kişilere yapmasına izin verilen hizmeti alıcıya yapması muhayyerliği düşürmez. Onun muhayyer alıcıya hacamat yapması veya cariyenin alıcının çocuğunu emzirmesi de bu kapsamda değerlendirilmiştir.<sup>863</sup> Alıcının köleye hizmet ettirmesi hâkim görüşe göre onay sayılmaz. Çünkü hizmet ettirme ona mâlik olana has bir tasarruf değildir.<sup>864</sup> Diğer bir kavle göre ise hizmet ettirme, cariyeye ile ilişkiye girme gibi ondan faydalanma manasına geldiğinden muhayyerliği düşürür.<sup>865</sup> Burada açıkça görüldüğü üzere bir fiilin onay manasına gelip gelmediğine örf karar vermektedir. Örfen mala sahip olmayan kişinin de malda bulunabileceği tasarruflar onay manasına gelmemektedir.

Muhayyer satıcı; malı alıcıya temlik maksadıyla verir, semeni alıcıya hibe eder, ibra eder,<sup>866</sup> onda indirim yapar veya semen ile –onu teslim almadan önce dahi–alıcıdan bir şey satın alırsa muhayyerliği düşer.<sup>867</sup> Eğer semen muayyen bir mal değil de para ise satıcı onu teslim alıp harcasa da muhayyerliği sona ermez. Çünkü paralar tayinle taayyün

<sup>859</sup> Ahmed b. Hanbel'den başkalarının da yapması helal olan, cariyeye buğday öğüttürmek, ekmek yaptırmak gibi tasarrufların muhayyerliği düşürmediği, cariyenin saçını taramak, kesmek gibi tasarrufların ise ona dokunmakla meydana geleceği için muhayyerliği düşüreceği rivayet edilmiştir. Fakat İbn Kudâme, hâkim görüşün, bu fiillerin muhayyerliği düşürmeyeceği olduğunu belirtmiştir. İbn Hanbel'den bu yönde bir görüş de nakledilmiştir. Bk. İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 6/98; Buhûti, *Keşşâfü'l-l-kınâ*, 3/209.

<sup>860</sup> Bedreddin Simâvî, cariyenin saçını taraması, yağlaması, cariyeyi giydirmesi, satmak için değil de değerini öğrenmek için malı satışa sunması onay manasına gelmez, demiştir. Bk. Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/331.

<sup>861</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/458-459; Tahâvî, *Muhtasarı't-Tahavi*, 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/14; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/44; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/290-291; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/331; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/15, 29-31; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/484, 488.

<sup>862</sup> Alıcının üçüncü bir kişi için muhayyerlik şart koşması halinde bu kişi, alıcının yanında malı satıcıya teslim ederse fesih geçerlidir. Çünkü o, alıcının vekilidir. Bu sebeple alıcının sözleşmeyi kendi feshetmesi de geçerlidir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 13/48. Şafilere göre iki taraf da muhayyerse satıcının; müşterinin cariyeye ilişkiye girmesine, onu satmasına, kiralamasına sessiz kalması icazet manasına gelmez. Bk. Nevevî, *el-Mecmû*, 10/226-228; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/611-612; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/117-118; Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/316.

<sup>863</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/331-332.

<sup>864</sup> Hizmetten kasıt kölelerin sadece sahibi için değil de başka insanlar için de yaptığı işler olsa gerektir. Bu sebeple alıcı kölede malik gibi tasarrufta bulunmuş olmadığı için onun muhayyerliği düşmüş olmayacaktır.

<sup>865</sup> İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/412.

<sup>866</sup> Buhârî, *el-Muhtâ'î'l-Burhânî*, 6/501.

<sup>867</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/332.



etmez. Fakat parayı teslim almadan önce harcarsa o zaman sözleşmenin bedeli olan parayı harcamış gibi olacağından muhayyerliği düşer. Ama alacağı para (deyn) ile borçludan başkasıyla alışveriş yapmaya kalktığından bu sözleşme geçersizdir.<sup>868</sup> Satış işlemi teslim ile tamamlanır. Bu sebeple teslimden önce alıcının malda tasarrufta bulunması yasaklanmıştır. Şartlı satışta da şartsız satışta da durum aynıdır.<sup>869</sup>

İki taraf da muhayyerse biri diğerinin izniyle malda tasarrufta bulunursa sözleşme nafiz olur. Çünkü bu iki tarafın da sözleşmeye razı olduğuna delâlet eder.<sup>870</sup> Aynı durumda alıcının cariyeyi azat etmesi -azat geçerli olsa da olmasa da- alıcının niyetini açığa çıkardığı için onay sayılır. Alıcı, satıcıdan izinsiz malı satarsa, hibe edip teslim etse veya vakfetse bu işlemler ittifakla geçersizdir fakat alıcı tarafından onay manasına gelmektedir. Satıcının muhayyerliği ise devam eder.<sup>871</sup>

Mâlikîler’de muhayyer alıcı, sözleşmeyi onaylamadan malı satamaz. O, henüz mala sahip olmadığı için fuzûlî konumundadır.<sup>872</sup> Eğer satarsa ve satmadan önce sözleşmeye onay verdiğini iddia ederse iki görüş vardır: Birincisine göre satıcı muhayyerdur. Dilerse ikinci sözleşmeyi feshederek malını geri alır ya da onaylayarak semen ile ikinci sözleşmeden doğan kârı alır. Çünkü mal, satıcının tazmin sorumluluğunda olduğu için kâr da satıcıya aittir. İkinci görüşe göre ise satıcı sadece kârı alır. Alıcının muhayyerliği devam ettiği için satıcının sözleşmeyi fesih hakkı yoktur. İbn Yunus’un söylediği üzere sahih olan görüş budur. Çünkü alıcı aynı işlemi tekrar yapabileceğinden satıcının sözleşmeyi feshetmesinin bir faydası yoktur. Alıcı satıştan önce muhayyerliğini düşürdüğüne dair yemin ederse onun sözü geçerli olduğundan kâra da sahip olur.<sup>873</sup>

Hanbelîler’de aynı durumda, muhayyer alıcının mal üzerinde muhayyer satıcının da semen üzerindeki tasarrufu geçerlidir. Her iki durumda da muhayyerlik düşer. Fakat muhayyer satıcının maldaki tasarrufları, muhayyerliğini düşürmesine rağmen geçersizdir. Çünkü mal, tasarruf esnasında onun mülkünde değildir. Bu tıpkı müflis bir kişide malı

<sup>868</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/458; Tahâvî, *Muhtasarî’t-Tahavi*, 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasarî’t-Tahâvî*, 3/14; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/44; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-şanâ’i*, 7/290-291; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 6/29; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 6/484, 488.

<sup>869</sup> Şerkâvî, *el-Hiyârât fi’l-bey’*, 57.

<sup>870</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/64-65; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/412.

<sup>871</sup> Nevevî, *el-Mecmû*, 10/226-228; Nevevî, *Ravzatü’l-tâlibîn*, 3/117-118; Şirbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 2/611-612.

<sup>872</sup> Muhayyer alıcı, muhayyerlikle alınan eve komşu ev satılırsa, sözleşmeye onay verdikten sonra şuf’a hakkını kullanarak komşu evi satın alabilir. Bk. Mevvâk, *et-Tâc ve’l-İklîl*, 6/323.

<sup>873</sup> Mevvâk, *et-Tâc ve’l-İklîl*, 6/319-320; Bennânî, *el-Fethu’r-rabbânî*, 5/211.

bulunan kişinin, malında tasarrufta bulunmasıyla onu geri alamamasına benzer. Mezhepte kabul gören görüş budur.<sup>874</sup> İbn Kudâme, satıcının tasarrufunun geçersiz olmasını tasarrufun başlangıcının, başkasının mülkiyetindeki mala tesadüf etmesiyle açıklamıştır. Babanın çocuğuna hibe ettiği malı geri almadan malda, şefinin şuf'a hakkını kullanmadan ev üzerinde tasarrufta bulunmasının geçersiz olmasını da örnek olarak göstermiştir.<sup>875</sup>

Yine Hanbelilere göre iki taraf birden veya sadece satıcı muhayyerse alıcı mala sahip olmasına rağmen onda tasarrufta bulunamaz. Çünkü satıcının malla ilintili hakları vardır. Fakat onun satıcının izniyle yaptığı tasarrufları geçerlidir. Bir de istisnaen alıcının sözleşmenin konusu olan köleyi azat etmesi geçerlidir. Çünkü bir hadiste köleyi azat hakkının, onun sahibine ait olduğu zikredilmektedir.<sup>876</sup> Ebû Hanîfe, İmam Mâlik ve Şâfiî'ye göre ise bu durumda -mülkiyet muhayyer satıcıda olduğu için veya alıcıda olsa da satıcının, muhayyerliğini kullanarak onu geri alma hakkı olduğu için- sadece satıcının azat işlemi geçerlidir.<sup>877</sup> Muhayyer olmayan alıcı ise yetkisiz temsilci (fuzûlî) gibidir. Karşı taraf onay verene kadar sözleşme mevkuftur. Mevkuf sözleşmeyi kabul etmeyenlere göre ise batıldır.<sup>878</sup>

Hanefiler'de, muhayyerlik alıcıya ait olduğu zaman alıcının rızaya delalet eden fiillerle sözleşmeyi bağlayıcı hale getirme hakkı vardır. Bu durumda satıcı, alıcıyı semenden ibra etse alıcının muhayyerliği düşmez. Çünkü onun, muhayyerliği düşürme hakkı yoktur. Ama muhayyerlik satıcıya aitse alıcının köleyi azat etmesi gibi tasarrufları geçersizdir. Çünkü malın mülkiyeti henüz satıcıda olduğu için alıcının bu tür tasarruflara hakkı yoktur. Satıcı kendi için muhayyerlik şartı koşarken, kendi rızası olmadan malın mülkiyetinin kendinden çıkmasına henüz razı olmadığını ifade etmiş olmaktadır.<sup>879</sup>

<sup>874</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/50-51; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/411.

<sup>875</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/63; İbn Receb, *el-Kavâ'id*, 98, 378; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/411-412.

<sup>876</sup> لا عتق فيما لا يملك ابن آدم hadisinin mefhumu gereği alıcı ister muhayyer olsun ister olmasın malın mülkiyetine sahip olduğu için köleyi azat edebilir. Satıcının fesih hakkı azat işlemi engellemez. (Mesâilî Sâlih, 654) Bu durumda Meymûnî'nin İbn Hanbel'den rivayetinde alıcının semeni ödeyeceği İbn Kasım rivayetinde ise kıymeti ödeyeceği nakledilmiştir. Aynı durumda mezhepteki zahir görüşe göre satıcının azat işlemi geçersizdir. Çünkü köle onun mülkiyetinde değildir. Fakat bu sözleşmeyi feshettiği manasına gelir. Diğer bir rivayet kabul edilip malın alıcıya intikal etmediği kabul edilseydi satıcının azat işlemi geçerli sayılırdı. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/66-67.

<sup>877</sup> İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 6/99; Halid Rabat, *el-Câmi li 'ulûmi'l-imâm Ahmed*, 9/170.

<sup>878</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/59-60; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/410-411; Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/208-209; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 61-62.

<sup>879</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/458; Tahâvî, *Muhtasari't-Tahavi*, 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/14; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/44; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/290-291; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/484, 488; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/29; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/440.

### 3. İrade Beyanlarının Çelişmesi

Muhayyerliğe sahip kişilerden önce kim iradesini açıklarsa onun irade beyanı geçerlidir.<sup>880</sup> İlk beyan ikincisini engeller.<sup>881</sup> Taraflar aynı anda iradesini ortaya koyarsa *el-Asl*'ın satış sözleşmesi bölümünde, mâlikin tasarrufunun, me'zun köle bölümünde feshin önceleneceği söylenmiştir. İlk görüşün İmam Muhammed'e ikincinin de Ebû Yusuf'a ait olduğu ifade edilmiştir. Diğer üç mezhep de bu durumda feshi tercih etmektedir.<sup>882</sup> Birinci görüşün gerekçesi mâlikin, malında vekile göre daha fazla hak sahibi olması gerektiğidir. Vekile, asıl kişi tasarrufta bulunmak istemezse ihtiyaç duyulur. Bu durumda ise müvekkil zaten irade beyanında bulunduğu için vekile ihtiyaç yoktur. Bu sebeple onun irade beyanı geçersizdir. Serahsî ikinci görüşü tercih etmiştir. Çünkü ona göre muhayyerlik, sözleşmeyi fesih için şart koşulmuştur. Bu yüzden sözleşmeyi feshedenin tasarrufu muhayyerliğin konuluş amacına daha uygundur.<sup>883</sup>

Feshi tercih edenlerin bir diğer delili de şudur: Fesih, malı alıcıya haram, onay ise mübah kılar. İhtiyaten haram kılan mübah kılana tercih edilir.<sup>884</sup> Karşı taraf buna itiraz olarak satıcı açısından da onayın malı haram kıldığını söylemiştir. Bu sebeple satıcı için ihtiyatlı olan, onayın tercih edilmesidir. Buhârî buna cevaben, iki taraf için birden ihtiyatlı olan hükmün tercih edilmesinin mümkün olmayacağını, bu sebeple alıcının tercih edilmesinin daha uygun olacağını söylemiştir. Çünkü iki taraf için de mülkiyetin varlığı şüphelidir. Ama satıcı eskiden de o mala mâlik olduğu için onun adına verilecek karar mülkiyetin devam etmesi, alıcı adına verilecek karar ise mülkiyetin sözleşmenin başından beri alıcıda olduğunun ispatı olacaktır. Hükümde şüpheyle devamlılık, şüpheyle ispata

<sup>880</sup> Eğer bir kişi, başka birinin emriyle onun adına muhayyerlikle bir mal satın alırsa ve satıcı, müvekkilin onay verdiğini iddia ederse satıcıya itimat edilmez. Vekil alıcıdan da yemin etmesi beklenmez. Çünkü satıcı ve onun arasında bir sözleşme olmamıştır. Bu sebeple aralarında bir dava da yoktur. Satıcının iddiası karşısında hasım, alıcı değildir. Bu durumda alıcı üçüncü bir kişi gibidir. Yeminde ise vekalet olmaz. O, dilerse malı yemin etmeden de satıcıya verebilir. Çünkü müvekkilin olduğu gibi onun da muhayyerlik hakkı vardır. Satıcı iddiasını ispat ederse sözleşme bağlayıcı olur. Müvekkile yemin teklif edilemiyorsa vekile hiç teklif edilemez. Eğer satıcı, alıcının onay verdiğini söylerse bu sefer alıcının yemin etmesi gerekir çünkü iddia ona yöneltilmiştir. Alıcı, adına işlem yaptığı kimsenin akdi onayladığını söylerse ve satıcı da bunu onaylarsa, daha sonra süre içinde adına işlem yapılan kişi gelip aslında sözleşmeyi onaylamadığını söylerse, yapılan satış onun adına değil alıcı adına gerçekleşmiş olur. Süre bittikten sonra itiraz etmesinin ise bir faydası yoktur. Çünkü sürenin sona ermesi zaten başlı başına bağlayıcılık sebebidir. Bunda alıcının veya satıcının bir dahli yoktur. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, 2/464, 469; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/53-54, 62; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/33.

<sup>881</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/460-461; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/84; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/32.

<sup>882</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/221; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/111; Şirbînî, *Muḡni'l-muḥtâc*, 2/606; Bedreddin Simâvî, *et-Teshîl*, 1/357.

<sup>883</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/48-49; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/300-301; Buhârî, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 6/521; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kâdir*, 6/297-298; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/33; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/438.

<sup>884</sup> Molla Hüsrev, *Dürer*, 2/154.

göre daha hafif bir hükümdür. Çünkü şüphe sebebiyle var olan mülkiyetin devamı mümkünken yeni bir mülkiyet sabit olmaz. Bu sebeple alıcı tercihe şayandır.<sup>885</sup> Burada Buhârî'nin alıcıyı tercih etmesinin sebebi, alıcının –ispatla yükümlü olması sebebiyle- buna daha çok ihtiyaç duymasından olsa gerektir. Hâlbuki diğer öne sürülen deliller dikkate alınmaksızın alıcı ve satıcı arasında bir tercih yapılacak olsa bizce “*Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır.*” (Mecelle 4) kaidesi gereği feshin tercih edilmesi ve malın satıcıda kalması gerekir.

Feshi tercih edenlerin diğer bir delili de feshin onaya göre daha güçlü olduğudur. Çünkü onaylanan sözleşme feshedilebilmekte fakat feshedilen sözleşme onaylanamamaktadır. Bâbertî, bunu şu şekilde açıklamıştır: Sözleşme onaylandıktan sonra mal, satıcının elinde telef olursa sözleşme fesholur. Fakat aynı durumda mal telef olup sözleşme fesholduktan sonra sözleşmeye onay verilemez. Bu duruma şu şekilde itiraz edilebilir: Muhayyer alıcı sözleşmeyi feshettikten sonra elindeki mal telef olursa feshi geçersiz hale gelir ve alıcının malın semenini ödemesi gerekir. Burada feshin onaya dönüşmesi vardır. Bâbertî, muhtemel itirazı belirttikten sonra ona şu şekilde cevap vermiştir: Biz, fesihten sonra sözleşmeye onay verilememesinden bahsediyoruz. Hâlbuki malın telef olması onay değil (feshin) feshidir. Bâbertî'nin kastettiği, sözleşmenin onayla değil feshin artık mümkün olmamasıyla lâzım hale geldiği olsa gerektir.<sup>886</sup>

İbn Nüceym, feshin onaya çevrilemeyeceği görüşünü doğru bulmadığını söylemiştir. Buna delil olarak tarafların anlaşmaları halinde muhayyerlikle feshedilen sözleşmeye onay vermelerinin caiz olduğunu aktarmıştır.<sup>887</sup> Ona göre feshin feshedilmesi onaydan başka bir şey değildir. Aksi görüşte olanlar ise fesihten sonra gelen onayın yeni bir sözleşme olduğunu söylemiştir.<sup>888</sup>

#### **4. Sözleşmenin (Safkanın) Bölünmesi**

Yukarıda, sözleşmenin taraflarının üçüncü bir kişiye muhayyerlik yetkisini vermesi halinde yaşanabilecek ihtilaflardan bahsedilmişti. Şimdi ise sözleşmenin bir

<sup>885</sup> Buhârî, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 6/521.

<sup>886</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/48; Buhârî, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 6/506; Bâbertî, *el-İnâye*, 6/322; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/451-452.

<sup>887</sup> Sözleşme meclisinde fesheden kararını değiştirir ve sözleşmeye onay verirse diğer tarafta bunu kabul ederse istisnâen sözleşme lâzım olur. Onaydan sonra meclis süresince fesih halinde de karşı tarafın kabûlüyle sözleşme fesholur. İlk durumda yeni bir sözleşme kurulmuş ikinci durumda ise ikale yapılmış olur. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 13/49; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuṣûleyn*, 1/330-331; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/28.

<sup>888</sup> İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/33.

tarafının birden fazla kişiden oluşması veya malın birden fazla olması halinde yaşanabilecek ihtilaflar ele alınacaktır.

Ebû Hanîfe'ye göre alıcılar veya satıcılar inan şirketinde<sup>889</sup> iki ortak ise bunlardan birinin kendi payına düşen kısımda sözleşmeyi onaylayıp diğerinin feshetme hakkı yoktur. Bu sebeple biri sözleşmeye onay verdiyse diğerinin muhayyerliği de düşer.<sup>890</sup> Çünkü görüş ayrılığı, sözleşmenin bölünmesine yol açar. Bu da malda bir ayıp oluşturmaz. Bu durumda satıcı artık malında dilediği gibi tasarrufta bulunamayacaktır. Ayrıca örfen ortaklı mallar, ortaksız mallara göre daha ucuz olduğu için satıcının zarar gördüğü açıktır. Bu ayıp, mal satıcıdan çıkarken onda var olmadığı için ona geri dönerken de var olmamalıdır. Satıcının iki kişiye muhayyerlik vererek satış yapması, malın kendi elindeyken değil alıcıların elindeyken bölünmesine razı olduğunu gösterir. Bu sebeple onun baştan bu ayıbı kabul ettiği söylenemez. Alıcılar, aralarında anlaşamadıkları için kendi kendilerine zarara sebep olmuşlardır. Oysa kısmi iade kabul edilseydi satıcı alıcıdan dolayı zarar görecekti.<sup>891</sup> Müfâvada şirketinde ise ortaklardan birinin sözü, diğeri için de geçerli olduğu için birinin kararını belirtmesi üç imama göre de diğer ortağı bağlar. Ortaklar alıcı konumunda veya satıcı konumunda olsun durum değişmez.<sup>892</sup>

İmâmeyn, Şâfiîler ve Mâlikîler'e göre ise inan şirketinde ortaklardan her birinin diğerinden bağımsız olarak fesih hakkı vardır. İmâmeyn, iki ortağın paylarını ayrı sözleşmeyle elde edilmiş iki ayrı mülkiyet gibi düşünmüştür. Çünkü sözleşmeyle birlikte malın mülkiyeti ortaklar arasında dağılmıştır. Bu sebeple onlara göre ortaklardan biri, diğerinin yardımına ihtiyaç duymadan kendi payını iade edebilmelidir. Nevevî de, taraflar sözleşmenin bölünmesine baştan razı oldukları için bu ayrılmanın zarara yol açmayacağını söylemiştir.<sup>893</sup> Aynı ihtilaf satıcının iki kişi olması halinde de geçerlidir. Satıcılar paylarını ayrı sözleşmelerde satmışlarsa Ebû Hanîfe'ye göre de sözleşme

<sup>889</sup> Bu şirket türünde ortaklar arasında tam eşitlik şartı aranmaz. Birinin payı diğerinden fazla veya az olabilir. Bk. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "İnan", 528.

<sup>890</sup> Molla Hüsrev, *Dürer*, 2/155.

<sup>891</sup> İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/37; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/294; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/441.

<sup>892</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/463; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/50-51; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuṣûleyn*, 1/333; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/305-306; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/494.

<sup>893</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/463; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/50-51; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuṣûleyn*, 1/333; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/305-306; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/494; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/218; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/109, 111; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/214; Karâfî, *eż-Zaḥîre*, 5/38.

bölünmüş olmayacağı için hak sahiplerinden birinin sözleşmeye onay verip diğerinin sözleşmeyi feshetme hakkı vardır. *Mecelle*’de bu görüşlerden biri tercih edilmemiştir.<sup>894</sup>

Dört mezhebe göre muhayyerlik konusu mallar birden fazlaysa ve hepsinin fiyatı teker teker belirlenmiş olsa dahi tek safkada satılmışsa, onların bir kısmına onay verip diğerlerini iade etmek yasaktır. Çünkü bu, –muhayyerlik sebebiyle sözleşme henüz tamamlanmadığı için<sup>895</sup>- sözleşme (safka) bölünmesi manasına gelmektedir.<sup>896</sup> Mâlikî mezhebinde, eğer satıcı kabul ederse alıcının malın bir kısmını satın alması caiz görülmüştür.<sup>897</sup> Bu durumda satıcı ve alıcı arasında yeni bir sözleşmenin yapıldığını kabul etmek gerekir.

Sözleşmenin bölünmesine izin verilmemesinin sebebi, insanların kaliteli ve kalitesiz malları karıştırarak hepsini kaliteli mal fiyatına satmayı adet edinmesidir. Bölünme, satıcıya mali zarar verir. Çünkü alıcı, beğenmediklerini seçerek satıcıya en kalitesiz olan malları iade edecektir.<sup>898</sup> Bu durumda tercih geçersiz olsa da muhayyerlik devam eder.<sup>899</sup>

Muhayyerlikle bir mal satın alan iki kişiden biri müddet devam ederken, ikisinin de sözleşmeyi onayladığını diğeri ise feshettiğini söylese feshi iddia edenin sözü geçerlidir. Çünkü fesih onaydan daha güçlüdür. Ayrıca Ebû Hanîfe’ye göre onun tek başına sözleşmeyi ikisi adına feshetme hakkı vardır. Oysa diğeri, ikisinin de sözleşmeye onay verdiğini iddia etmektedir. Müddet bittikten sonra ihtilaf olursa bu sefer ikisinin de onay verdiğini iddia edenin sözü geçerlidir. Çünkü süre bittiği için durum onayı kanıtlamaktadır. Aksine delil getirilmesi halinde bu sefer iddia sahibinin delili öncelenir. Zahir olanın aksini iddia ettiği için onun delile daha çok ihtiyacı vardır.<sup>900</sup>

<sup>894</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 6/37; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 1/441.

<sup>895</sup> Safka (sözleşme) ancak sözleşmenin tüm hükümlerinin oluşmasıyla tamamlanır. Buhârî, *el-Muḥîṭü’l-Burhânî*, 6/489-490.

<sup>896</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/464; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 6/37; Selim Rüstem Baz, *Şerhu’l Mecelle*, 157-158; Nevevî, *el-Mecmû’*, 10/218; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, 3/109, 111.

<sup>897</sup> Mâlikî mezhebinde bir buğday, elbise, koyun topluluğunun tamamı; tanesi veya ölçeği bir dirhem olmak üzere muhayyerlikle satın alınsa safka bölünmesi sebebiyle ya malın hepsi alınır ya da iade edilir. Fakat satıcı izin verirse alıcı, malın bir kısmını alabilir. Bk. Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, 3/226.

<sup>898</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/463; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/54-55; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-şanâ’i’*, 7/284.

<sup>899</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 1/438.

<sup>900</sup> Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-şanâ’i’*, 7/300; Buhârî, *el-Muḥîṭü’l-Burhânî*, 6/509; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 1/453.

## 5. Fesih Bildiriminin Haberli Olması

Muhayyer satıcının alıcının haberi olmadan<sup>901</sup> vermiş olduğu onay, Hanefî mezhebinde üç imama göre de geçerli ve bağlayıcıdır. Çünkü onay vermek, sadece onay veren kişi ile ilgili bir durumdur. Diğer taraf zaten sözleşme gerekliliklerini yerine getirmiş beklemededir. Karşı tarafın haberi olmadan yapılan fesih konusunda ise ihtilaf vardır.<sup>902</sup>

Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre, sözlü feshin gerçekleşmesi için karşı tarafın ondan haberdar olması gerekir.<sup>903</sup> Bu durumda sözleşme mevkuftur. Eğer haber karşı tarafa ulaşmadan mal, alıcının elinde telef olursa fesih geçersiz olur. Bu durumda alıcının semeni ödemesi gerekir. Yine aynı sebepten ötürü alıcının fesih kararı karşı tarafa ulaşmadan önce beyanını geri alıp sözleşmeyi onaylama hakkı saklıdır.<sup>904</sup>

Ebû Yusuf,<sup>905</sup> Züfer ve diğer üç mezhebe göre ise kararın yürürlüğe girmesi için karşı tarafın bilgisine ihtiyaç yoktur. Satıcının muhayyer olması durumunda da aynı ihtilaf geçerlidir. Ebû Yusuf'tan, satıcının değil ama alıcının feshinin geçerliliği için karşı tarafın bundan haberdar olması gerekir şeklinde bir rivâyet de aktarılmıştır.<sup>906</sup> *Mürşidü'l-hayran*'da Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'in görüşü tercih edilirken (md. 240)<sup>907</sup> *Mecelle*'de ise tercih yapılmamıştır.<sup>908</sup>

Mâlikîler'e göre habersiz onay-fesih yapılacaksa bazı durumlarda ek olarak şahit de tutulması gerekir.<sup>909</sup> Örneğin muhayyer alıcının mal elindeyken onay için şahit tutması gerekmezken fesih için gerekir. Öyle ki süre dolduğu zaman mal elinde olduğu için sözleşmeyi feshettiğini ispat yükümlülüğü ona düşer. Yine muhayyer satıcının mal

<sup>901</sup> Metinlerde karşı tarafın huzurunda yapılması gerekir diye geçer. Huzurdan kasıt karşı tarafın haberdar olmasıdır. Gaybetten kasıt da karşı tarafın bilgisinin olmamasıdır. Bk. Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2278; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/330; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/27.

<sup>902</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/460; Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 1/180; Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2277; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/289-294.

<sup>903</sup> Ebû Yusuf'un da içinde bulunduğu cumhura göre ise gerekmez. Bk. Şerkâvî, *el-Hıyârât fi'l-bey'*, 46.

<sup>904</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/459; Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 1/180; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/304-305; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/330; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/27.

<sup>905</sup> Ebû Yusuf'un önceki görüşünün Ebû Hanîfe'ninki ile uyumlu olduğu aktarılmıştır. Bk. Buhârî, *el-Muhtâfî'l-Burhânî*.

<sup>906</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/459; Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 1/180; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/304-305; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/330; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/27; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 10/224; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/224; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/110; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/609; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/123-124; İbn Müflih, *el-Mübdi'*, 3/409; Buhârî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 3/205.

<sup>907</sup> Kadri Paşa, *Mürşidü'l-Hayrân*, 239.

<sup>908</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/439.

<sup>909</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/214-215; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/38; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, 180; Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/319.

elindeyken fesih için şahit tutması gerekmezken sözleşmeye onay için gerekir. Çünkü süre dolduğunda mal elinde olduğu için durum sözleşmenin feshedildiğini göstermektedir.<sup>910</sup>

Habersiz feshi geçerli sayanlara göre, nasıl onayın geçerliliği için karşı tarafça bilinmesi şartı yoksa fesihte de olmamalıdır. Sonuçta muhayyerlik hakkı karşılıklı rızayla sözleşmeye eklendiği için taraflar, onaya ve feshe baştan razı olmuşlardır. Bu sebeple aslında habersiz fesihten bahsedilemez. Muhayyerlik hakkı olmayanın itiraz hakkı da yoktur. Vekilin satışının müvekkilin haberi olmadan geçerli olması, ric'î talaktan sonra kocanın karısına onun haberi olmadan dönebilmesi<sup>911</sup> veya evli iken özgür kılınan cariye'nin kocasının haberi olmadan ondan ayrılabilmesi buna delildir.<sup>912</sup>

Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre feshin geçerliliğinin karşı tarafın haberdar olmasına bağlanması, karşı tarafın zarar görmesini önlemek içindir. Çünkü fesihte, kurulmuş bir sözleşme bozularak karşı tarafa iade borcu yüklenmektedir. O, muhayyerlik müddeti sonunda kendisinin olduğu zannıyla başkasının malında tasarrufta bulunduğu için tazminat ödemeye mahkûm olabilir. Vekilin azli de bu sebeple onun azilden haberdar olmasına bağlıdır. Çünkü aksi halde satmaya vekil, yetkisi olmadığı halde malda tasarrufta bulunup onu tazmin etmek zorunda kalabilir. Satın almaya vekilse malı kendi adına almış olacağı için istemeyerek para ödemek zorunda kalabilir. Eğer muhayyer alıcı sözleşmeyi habersizce feshetmişse bu durumda satıcı, sözleşmenin feshediliğini bilmediği için yeni alıcılar aramayacağından zarara uğrayabilir. Fakat habersiz onayda böyle bir tehlike yoktur.<sup>913</sup>

İbnü'l-Hümâm, buna şöyle cevap vermiştir: "Muhayyer satıcının habersizce sözleşmeyi feshetmesi halinde alıcı malda tasarrufta bulunursa onun malın kıymetini ödemesi gerekecektir. Genellikle malın kıymeti semeninden az olduğu için burada alıcının bir zararı yoktur. Eğer alıcı muhayyerse ve sözleşmeyi feshettiye satıcı yeni alıcılar aramadığı için kendisi suçludur. Çünkü o, alıcının sözleşmeyi feshedip etmediğini

<sup>910</sup> Bennânî, *el-Fethu'r-rabbânî*, 5/20-211.

<sup>911</sup> Konu fesih olduğu için örnekler uygun değildir. Çünkü onayın haberi olmadan geçerli olacağına dair zaten ittifak vardır.

<sup>912</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/44-45; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/305; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/27; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muḥtâr*, 6/484-485; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 10/224; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/110; Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/224; Şîrbînî, *Muḡni'l-muḥtâc*, 2/609; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/214-215; Karâfî, *ez-Zaḥîre*, 5/38; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 180; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/319.

<sup>913</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/44-45; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/305; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/27; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muḥtâr*, 6/484-485.



kontrol etmelidir. Ayrıca karşı tarafın haberi olmadan feshin gerçekleşmeyeceği söylenirse bu sefer o, süre bitene kadar saklanarak durumu suiistimal edebilir.<sup>914</sup>

Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre satıcının saklanması ihtimaline karşı yapılması gereken iki şey vardır. Ya baştan satıcıya vekil tayin edilmeli ya da sonradan mahkemeye başvurularak kayıp satıcıya vekil atanması istendikten sonra mal vekile teslim edilmelidir. Bazıları da bu durumda hâkimin, alıcı için satıcıyı getirmesi gerektiğini söylemiştir. Baştan karşı taraf ortadan kaybolursa feshin habersiz olabileceğinin şart koşulması sözleşmeyi ifsad edecektir.<sup>915</sup> İmam Muhammed'den nakledilen bir diğer görüşe göre, muhayyer satıcı sözleşmeyi feshetmek istediğinde karşı taraf evine saklanırsa o şahsın evine biri gönderilerek dışarı çıkması istenir. Çıkmazsa sözleşme iptal olur. Dava halinde satıcının, alıcının evine üç gün giderek haber verdiğini ispatlaması gerekir.<sup>916</sup>

Serahsî, muhayyer kişinin karşı tarafa haber veremediği için muhayyerliğini kullanamaması halinde bunun fesih için gerekli şartları sağlayamadığından kendi suçu olduğunu söylemiştir. Fakat ona göre habersiz feshin gerçekleştiği kabul edilecek olsaydı, karşı tarafın karşılaştığı zarar alıcıdan kaynaklı olacaktı.<sup>917</sup>

Habersiz feshi kabul etmeyenler, karşı tarafın verdiği örneklere şu şekilde cevap vermişlerdir:<sup>918</sup>

- Vekilin müvekkilden habersiz işlem yapabildiği örnek verilirse bunun sebebi, bu hakkın ona doğrudan müvekkil tarafından verilmesidir. Şart muhayyerliği<sup>919</sup>; vekâlet, şirket veya mudarebe sözleşmelerindeki fesih hakları karşı tarafça verilmemişlerdir. Bu sebeple bu sözleşmelerde fesih için karşı tarafın bilgisi aranır. Karşı görüş sahipleri şart muhayyerliğinin karşı tarafın izniyle sözleşmeye eklenebildiğini söyleyerek bu görüşe itiraz etmişlerdir.

<sup>914</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/291-293.

<sup>915</sup> Buhârî, *el-Muhtâ'ül-Burhânî*, 6/504; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuûleyn*, 1/333; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/27; Kurul, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/45.

<sup>916</sup> Kurul, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/45.

<sup>917</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/45-46.

<sup>918</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/45-46; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/27.

<sup>919</sup> Aslında şart muhayyerliğinde fesih hakkını taraflar anlaşarak koymuşlardır. Bu sebeple diğer gayri lâzım akitlerle kıyaslanması doğru değildir.

- Kocanın karısını boşamasında veya ric'î talaktan sonra ona geri dönmesinde karısının haberdar olması şartı aranmaz çünkü bu tasarruflar kadını borç altına sokmaz. Habersiz boşama sonucu kadının habersiz de olsa iddet beklemesi yükümlülüğü ise iddetin, talakın bir sonucu olarak sabit olmasındandır. İbn Nüceym, kocanın ric'î talakta eşine ondan habersiz dönebilmesini, ric'î talakın nikâhı ortadan kaldırmamasına, kocanın talakının eşinden habersiz geçerli olmasını ise bu hükmün nasla sabit olmasına bağlamıştır.
- Evli iken azat edilen cariye kocasından habersiz kendini boşama hakkına “*Sen kendi hakimiyetine sahip oldun, tercihini yap.*”<sup>920</sup> hadisiyle sahip olmuştur. Bu sebeple sanki bu hakkı ona kocası vermiş gibi kabul edilir.
- Kadın, muhâlaa sözleşmesiyle elde ettiği boşama yetkisini kocasından izinsiz kullanabilir. Çünkü bu yetkiyi ona zaten kocası vermiştir. İbnü'l-Hümâm da buna cevaben şart muhayyerliğinde de yetkiyi karşı taraf verdiği için karşı tarafın fesih anında haberdar olmasının gerekmeceğini söylemiştir.<sup>921</sup>
- Talak, azat ve kısastan af ise hak düşürme (iskat) manasına geldiği için onların karşı tarafın haberi olmadan kullanılması mümkündür. Fuzûlînin sözleşmesinde mâlikin muhayyerliğini habersiz kullanabilmesi, malın ona ait olması sebebiyle fuzûlînin sözleşmesinin onu bağlamamasındandır.
- Şart muhayyerliği bulunan sözleşme, -gayri lâzım olması bakımından- vekâlet, şirket ve mudarebe gibi sözleşmelere benzediği için onda da -bu sözleşmelerde olduğu gibi- karşı tarafın haberi olmadan fesih hakkı kullanılamamalıdır.

Fiili fesih durumunda feshin geçerliliği için karşı tarafın bundan haberdar olmasının gerekmediği<sup>922</sup> hususunda görüş birliği vardır. Fiili fesih hükmen meydana gelir. Bazen iradî olarak sabit olması geçersiz olan hükümler, hükmen sabit olabilmektedir.<sup>923</sup> Bunun bu meseledeki gerekçesi de fiillerin feshinin mümkün görülmemesidir.<sup>924</sup> Bu sebeple satıcı muhayyerken malın ayıplanması, telef olması ya da satıcının mal üzerinde azat etme, satma, mukatebe sözleşmesi yapma, onu hibe edip veya

<sup>920</sup> مَأْت بَضْعِكَ فَاخْتَارِي

<sup>921</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/291-293.

<sup>922</sup> Bedreddin Simâvî'nin *Fetâvâ* isimli bir kitaptan aktardığına göre satıcının malı rehin vermesi, satışa sunması, hibe edip teslim etmemesi durumlarında muhayyerliği düşmez. Aynı durumlarda alıcının muhayyerliği düşer. O bu görüşün isabetli olmadığını çünkü satıcının tasarruflarının da fiili fesih sayıldığını ve alıcının haberi olmadan feshin gerçekleşmesi gerektiğini söylemiştir. Bk. Bedreddin Simâvî, *Câmi 'u'l-fuşûleyn*, 1/331.

<sup>923</sup> Buhârî, *el-Muhtûtü'l-Burhânî*, 6/492.

<sup>924</sup> Şerkâvî, *el-Hıyârât fi'l-bey'*, 47.

rehin verip teslim etme, vs. mâlik gibi tasarrufta bulunması, karşı tarafın haberi olmasa da sözleşmenin infisahına neden olur. Çünkü bu durumlarda doğrudan sözleşmeyi bozmaya yönelik bir irade beyanı yoktur. Fesih, durumun yan sonucudur. Sözlü fesihte ise kişi özgür iradesiyle verdiği sözü tutmamaktadır. Muhayyer satıcı, alıcıya süre dolduğunda malda dilediği gibi tasarrufta bulunma vaadinde bulunmuştur. Bu yetkiyi habersizce alıcının elinden almaması gerekir. Vekâlet meselesi de buna örnektir. Vekilin doğrudan azli, onun bilgisi dahilinde geçerlidir. Fakat vekâlet konusu malın müvekkil tarafından satılması halinde vekâlet sözleşmesi, vekilin haberi olmadan kendiliğinden sona erer. Sahibinin ticaret izni verilmiş köleyi satması durumunda da ticaret izni kendiliğinden sona ermektedir.<sup>925</sup> Aşağıda muhayyerliklerin hükmen düştüğü diğer durumlar incelenecektir.

### B. Sürenin Sona Ermesi

Muhayyerlik kullanılmadan süre dolarsa Hanefî, Şâfiî ve Hanbelîler'e göre sözleşme lâzım olur. Hatta tarafların sürenin dolduğunu bilmesi dahi gerekmez.<sup>926</sup> Mâlikîler'de ise mesele daha detaylıdır:

İmam Mâlik'ten süre dolar dolmaz muhayyerlik düşer görüşünün yanı sıra bir süre daha bekleneceği de rivayet edilmiştir. Ek süre içinde de tercih yapılmazsa malın kimin elinde olduğuna göre hüküm verilir. Mal satıcıdaysa sözleşme fesholurken alıcıdaysa lazım olur. Aksini iddia edenin bunu ispatlaması gerekir. Örneğin muhayyer alıcı, mal satıcıdayken süre dolduğu halde sözleşmeye onay verdiğini veya mal kendindeyken sözleşmeyi feshettiğini iddia ederse bunu ispatlamalıdır. Eğer ikisi de muhayyerse mal alıcıdayken süre dolarsa ikisi de sözleşmeye onay vermiş sayılırken mal satıcıdayken süre dolarsa ikisi de red cevabı vermiş sayılır.<sup>927</sup>

Asıl süre dolduktan sonra bir müddet daha beklenmesinin sebebi muhayyerlik süresinin sahibinin aleyhine değil lehine konmuş bir hak olmasındandır. Bu sebeple sırf sürenin dolmasıyla sözleşme lâzım olmamış olur. İbn Kâsım, şöyle demiştir: “Son gün

<sup>925</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2275, 2278; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/47; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fușûleyn*, 1/330; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/27.

<sup>926</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/463; Cessâs, *Şerhu Muhtaşari't-Taḥâvî*, 3/15; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/291; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/473, 487; Nevevî, *el-Mecmû*, 10/220; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/125-127; İbn Müfliḥ, *el-Mübdî*, 3/409; Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/205.

<sup>927</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/232-233; Cündî, *et-Tavzîḥ*, 5/403; Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/313; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/113, 117; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/203, 210-211; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/95; Bennânî, *el-Fethu'r-rabbânî*, 5/210-211.

güneş battıktan hemen sonra lâzım olan sözleşmede hayır yoktur. İmam Mâlik bundan menetmiştir. Bu yönde şart koşulması halinde süre dolarsa sözleşme lazım değil münfesi olur. Belki hastalık gibi önemli bir sebep muhayyer kişinin gelip kararını bildirmesine mâni olmuştur. Bu durumda onun rızası olmaksızın sözleşmeyi lâzım kılmak haksızlıktır.<sup>928</sup> Eşheb ve İbn Mâcişûn ise “*Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar.*” hadisini delil olarak süre dolduğu an muhayyerliğin düşeceğini söylemiştir.<sup>929</sup>

İbn Kudâme, bu muhayyerliğin sebebi şart koşma olduğu için şartın gerektirdiği kadar sürenin caiz olduğunu söylemiştir. Ek süre verilmesinin anlaşmayı ihlal etmek manasına geleceğini ifade etmiştir. Ayrıca ona göre bu muhayyerlik şart sebebiyle sözleşmenin muktezası olan lüzuma aykırı bir şekilde sabit olduğu için şartın gerektirmediği yerde sözleşmenin aslına göre hareket etmek gerekir.<sup>930</sup>

İki taraf da muhayyerse herkes kendi sahip olduğu süreye göre değerlendirilir. Örneğin Mâlikîler’de köle karşılığı ev satışında iki taraf da muhayyerse evi alanın bir ay, köleyi alanın bir hafta muhayyerliği bulunur. Köleyi alanın muhayyerliği bitse de evi alanın muhayyerliği devam eder. Kölesi ile ev alan muhayyer alıcının ev üzerinde muhayyerliği devam ettikçe kölesi de mülkiyetinden çıkmayacağından kölenin gelirleri de ona ait olur.<sup>931</sup>

Satıcı ve alıcı, muhayyerlik süresi konusunda ihtilaf ederlerse ittifak ettikleri süre asıl kabul edilir. Lehine fazladan süre iddia eden tarafın iddiasını ispatlaması gerekir. Karşı taraf fazla süreyi inkâr ettiği için onun sadece yemin etmesi yeterlidir.<sup>932</sup> Satıcı ve alıcı, alıcının şart muhayyerliğinin varlığı hususunda anlaşır fakat sürenin dolup dolmadığı konusunda ihtilaf ederlerse yeminiyle beraber alıcının sözüne itibar edilir. Satıcının sürenin dolduğuna dair iddiasını ispatlaması gerekir. Eğer satıcı muhayyerse bu sefer sürenin dolduğunu iddia eden alıcının iddiasını ispatlaması gerekir. Sözleşmenin mümkün olan en yakın zamanda kurulduğunun kabulü esastır. Muhayyerliğin bittiğini

<sup>928</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/232-233; Karâfi, *ez-Zahîre*, 5/34; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/405; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, 180; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/116-117; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/203, 208-209; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/95-96; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desuki*, 3/99-100; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/125-127.

<sup>929</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/232; Karâfi, *ez-Zahîre*, 5/34-35; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/404; Desûkî, *Haşiyetü'd-Desuki*, 3/95.

<sup>930</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/125-127; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/409; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kanâ*, 3/205.

<sup>931</sup> Bennânî, *el-Fethu'r-rabbânî*, 5/199.

<sup>932</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/467; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/59; Buhârî, *el-Muhtâf*, 6/506; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/496; Bennânî, *el-Fethu'r-rabbânî*, 5/219.

iddia eden kimse, sözleşmenin en azından üç gün önce kurulduğunu iddia etmektedir. Bunun için onun iddiasını ispatlaması gerekir.<sup>933</sup>

### **C. Malın Ayıplı Hale Gelmesi veya Telef Olması**

Malın ayıplı hale gelmesi veya telef olmasının doğrudan muhayyerliği düşürdüğü söylenemez. Mala zarar veren fiilin sahibi, malın kimin elinde bulunduğu, muhayyerliğin kimde olduğu gibi etkenler hükmü de etkileyecektir.<sup>934</sup> Mesele, tafsilatı sebebiyle önce Hanefî mezhebinde incelenecek sonra da diğer mezheplerin görüşlerine yer verilecektir.

#### **1. Hanefî Mezhebi**

Hanefiler, malın telef olması veya ayıplanması halinde sözleşmenin hükmünü, çeşitli olasılıklara göre düzenlemişlerdir. Bunlardan en önemlileri muhayyerlik sahibinin kim olduğu ve zararın teslimden önce mi sonra mı meydana geldiğidir. Bunun dışında mala zarar veren fiilin kimden sudur ettiği de çok önemlidir. Hanefiler, zarara sebep olabilecek kişileri beş madde halinde zikretmişlerdir: Alıcı, satıcı, üçüncü kişi, malın kendisi ve dış etkenler (semâvî afet). Telef, malın kendinden veya dış etkenlerden kaynaklı olduğunda tazminat talep edilecek kimse olmadığı için sözleşme -muhayyerliğin ait olduğu şahsa bağlı olarak- kendiliğinden fesholmakta veya kesinleşmektedir. Diğer durumlarda ise hak sahibine ayrıca, sözleşmeyi onaylayıp tazminat talep etme hakkı verilmektedir. Konu, daha derli toplu bir şekilde incelenebilmesi için muhayyerlik sahibinin kim olduğu ile telef ya da ayıbın teslimden önce veya sonra meydana gelmesi ihtimalleri üzerinden detaylandırılarak anlatılacaktır. Her iki tarafın muhayyer olması durumu ayrı başlık altında incelenmeyecektir. Bu durumda sözleşmenin hükümleri iki taraf için de mevkuf olacağından teslimden önce ya da sonra malın telef olması halinde sözleşme fesholacaktır.<sup>935</sup>

<sup>933</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/467; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/60; Buhârî, *el-Muhtâf* 'l-Burhânî, 6/506; İbn Âbidîn, *Reddû 'l-muhtâr*, 6/496.

<sup>934</sup> Bugünkü pozitif hukukta sorumluluk hukuku kapsamında incelenen bu konular, erken dönemde fikhin kazuistik yapısı gereği müstakil olarak ele alınmamış, lakin ilerleyen dönemlerde ilk olarak tazmîn, damân gibi kavramlarla müstakil başlıklar içerisinde tartışılmıştır. Sonrasında ise konular müstakil eserlerde incelenmiş ve damânât/sorumluluk başlığı taşıyan farklı eserler ortaya çıkmıştır. Bk. Kemal Yıldız - Muhammed Emin Kızılay, “Tazminat Hukuku Açısından Fıkıh İlminde Sorumluluk Anlayışının Gelişimi, Hanefî Mezhebinde İki Örneğin İncelenmesi”, *İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi* 7/1 (2021), 94.

<sup>935</sup> İbn Âbidîn, *Reddû 'l-muhtâr*, 6/472; Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi 'l-ukûd*, 1/299.

### a. Teslimden Önce-Alıcı Muhayyerken

Mal; satıcı, malın kendisi veya dış etkenler sebebiyle telef olursa sözleşme bătıl olur. Çünkü sözleşmenin gereği olan malın teslimi artık mümkün değildir. Muhayyerlik bulunmayan sözleşmede kural budur. Muhayyerlik bulunan sözleşme, bulunmayana göre daha zayıf olduğuna göre onun bu sebeple bătıl olması evladır.<sup>936</sup> Fakat üçüncü bir kişinin veya alıcının telefe sebep olması farklıdır. Eğer mal, teslimden önce üçüncü kişi sebebiyle telef olursa muhayyerlik devam eder. Alıcı, dilerse sözleşmeyi onaylayarak malı suçluya tazmin ettirir. Eğer alıcı malı telef ederse -malı teslim almış kabul edildiği için- sözleşme lâzım olur. Alıcının malın semenini ödemesi gerekir.<sup>937</sup>

Satıcının malı itlaf etmesi halinde, sözleşmenin bătıl olduğundan bahsedilmiş fakat satıcı için herhangi bir yaptırımdan söz edilmemiştir. Oysa o, bu fiiliyle alıcının hakkına zarar vermiştir. Bu sebeple satıcıya bazı yaptırımların uygulanması yerinde olacaktır.<sup>938</sup>

Muayyen semenin alıcının elinde telef olması halinde de sözleşme münfesiğ olur.<sup>939</sup> Çünkü bedellerden birinin teslimi artık mümkün değildir. Semen eğer muayyen bir mal olmasaydı -paralar tayinle taayyün etmeyeceği için- telef olan paranın yerine başkası geçebilecek ve sözleşme zarar görmeyecekti.

Mal, satıcının elinde ayıplı hale gelirse alıcının eğer istiyorsa malı olduğu gibi alarak semenin tamamını ödemesi gerekir. Bedelde ayıp miktarınca indirim yapma hakkı yoktur. Sözleşmeyi feshetme hakkı da saklıdır.<sup>940</sup> Satıcının malını istediği fiyata satamayıp zarar görmemesi için alıcıya, bedelde indirim hakkı verilmemiş olmalıdır.

Malın bir kısmı, satıcı sebebiyle telef olursa eksilen kısım-miktar veya vasıf<sup>941</sup> olsun- semenden düşölür. Çünkü o, kendi fiiliyle verdiği zararın tazmininden sorumludur. Mal kendisinden kaynaklı veya dış etkenler sebebiyle telef olduğuunda eğer miktarda eksilme varsa indirim yapılırken vasıfta eksilme varsa indirim yapılmaz. Meydana gelen zarar satıcının fiilinden kaynaklanmadığı için onun tazmin sorumluluğu yoktur. Malın bir

<sup>936</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/48; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i*, 7/301.

<sup>937</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi 'u'l-fuşûleyn*, 1/330; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/23.

<sup>938</sup> Bu durumun dikkate alınmamasının sebebi belki de eski dönemde “kaçırılan fırsat”, “yoksun kalınan kar” gibi durumların ortaya çıkmamasından kaynaklıdır.

<sup>939</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/433.

<sup>940</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/15; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/472-473, 478.

<sup>941</sup> Vasıf, sözleşmede zikredilmese de sözleşmeye dâhil olan şeydir. Arazi üzerindeki bina, ağaç, hayvanın organları, keyli ve vezni mallarda kalite birer vasıftır. Bk. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/23.

kısmı, üçüncü kişinin fiiliyle telef olmuşsa -tıpkı malın tamamının telefinde olduğu gibi- alıcı dilerse sözleşmeye onay verip zararı üçüncü kişiye tazmin ettirebilir. Tüm durumlarda sözleşmeyi fesih hakkı saklıdır. Fakat telefe sebep olan alıcıysa telef olan kısmı teslim almış olacağından geri kalan malda sözleşmeyi feshedemez.<sup>942</sup>

### **b. Teslimden Önce-Satıcı Muhayyerken**

Mal; satıcının fiiliyle, kendinden veya dış etkenlerden kaynaklı<sup>943</sup> telef olursa sözleşmenin infisah ettiği hususunda ihtilaf yoktur.<sup>944</sup>

Teslimden önce veya sonra, alıcı<sup>945</sup> veya üçüncü bir kişi malı telef ederse, satıcı dilerse sözleşmeyi feshederek malı alıcıya veya yabancıya tazmin ettirir. Sözleşmeye onay vermesi halinde malı üçüncü kişi telef etmişse bu sefer alıcı muhayyer olur. Dilerse sözleşmeye onay vererek yabancıya rücu eder ya da sözleşmeyi fesheder. Eğer malı telef eden alıcıysa satıcı sözleşmeye onay verirse alıcı malın semenini öder.<sup>946</sup>

Mal, satıcının dahil olmadan, kendinden veya dış etkenlerden kaynaklı ayıplı hale gelirse satıcının muhayyerliği devam eder. O, dilerse sözleşmeyi fesheder dilerse sözleşmeye onay verir. Onay halinde alıcının malı tüm bedeliyle alma veya ayıp muhayyerliği ile reddetme hakkı vardır. Eğer ayıp, satıcının fiiliyle meydana gelirse sözleşme bätül olur. Çünkü o, fiiliyle malı bölmüş (tefrîku's-safka) demektir. Bu durumda malın semeninde indirim yapılacağı çünkü bunun satıcının suçu olduğu da söylenmiştir. Ayıp, üçüncü kişinin fiiliyle olmuşsa ayıplı kısmın yerini tazminat bedeli alacağından sözleşme bölünmüş olmaz. Satıcı, sözleşmeyi feshedip üçüncü kişiye tazminat talebinde bulunmak ve sözleşmeyi onaylamak arasında muhayyerdir. Onaylarsa alıcı, dilerse sözleşmeye onay verip suçludan tazminat talep eder veya ayıp muhayyerliği ile sözleşmeyi fesheder. Son durumda suçluya satıcı başvurur. Eğer mal alıcının fiiliyle

<sup>942</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/23; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/473; Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle*, 157-158.

<sup>943</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/448-449; Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle*, 160.

<sup>944</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/463; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/284; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/54-55; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/284; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/473.

<sup>945</sup> Bahru'r-râik'te alıcı malı itlaf ederse akıt fâsit olur ve alıcı, malın kıymetini tazmin eder, denilmiştir. Bk. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/23. Diğer Hanefî kaynaklarda da genel olarak malın satıcının yanında telef olması halinde muhayyerlik kime ait olursa olsun sözleşmenin fesholduğuna hükmedilmiştir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 13/48; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/301-302.

<sup>946</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/448-449; Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle*, 160.

ayıplı hale gelirse satıcı muhayyerdir. Dilerse sözleşmeyi onaylayarak tüm bedeli alıcıdan talep eder. Dilerse sözleşmeyi feshederek alıcıdan ayıp karşılığı tazminat alır.<sup>947</sup>

### c. Teslimden Sonra-Alıcı Muhayyerken

Mal, fesihten sonra dahi<sup>948</sup> ayıplı hale gelir veya telef olursa muhayyerlik düşerek sözleşme lâzım olur.<sup>949</sup> Alıcının kusurlu olup olmaması sonucu değiştirmez. Zarar veren fiil kimden gelirse gelsin, az ya da çok olsun durum aynıdır. Çünkü muhayyerliğin amacı gerektiğinde malı iade edebilmektir. Malı iade imkânı ortadan kalkınca muhayyerliğin devam etmesinin de bir manası yoktur.<sup>950</sup> Ancak Ebû Yusuf, ayıbın satıcıdan kaynaklandığı durumda, alıcıya malı iade etmek veya elinde tutup ayıbın karşılığında tazminat almak haklarını tanımıştır. Aksi halde satıcı zorla alıcıya sözleşmeyi kabul ettirmiş olacağından muhayyerliğin bir manası kalmayacaktır. Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre ise bu durumda alıcının muhayyerliği düşmekte ve alıcı sadece satıcıdan tazminat talep edebilmektedir. Çünkü aksi halde alıcı, sorumluluğunda telef olan kısmı teslim almış ve geri kalanı iade etmiş gibi kabul edileceğinden sözleşme bölünmüş olacaktır.<sup>951</sup> Bazı kaynaklarda, Ebû Yusuf'a ait bu görüş İmam Muhammed'e isnad edilmiştir.<sup>952</sup> Eğer satıcı teslimden sonra malı telef ederse, alıcıdan izinsiz olarak malı geri almış kabul edilir. Bu sebeple sözleşme iptal olur.<sup>953</sup> Alıcıya sözleşmeyi onaylayıp satıcıdan malın tazminini isteme hakkı verilmemiştir.

Eğer ayıbın iyileşme ihtimali varsa alıcının muhayyerliği devam eder. Örneğin köle hastalanmışsa ve iyileşme ihtimali varsa muhayyerlik sona ermez. Fakat köle

<sup>947</sup> Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i*, 7/303-304; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/290; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/14, 23; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/473.

<sup>948</sup> İade imkânsız hale geldiği için mal sanki fesihten önce telef olmuş gibi kabul edilir. Buhârî, *el-Muḥiṭü'l-Burhânî*, 6/506; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/451-452.

<sup>949</sup> Ebû Hanîfe'ye göre alıcı muhayyerken, malın mülkiyeti alıcıda olmamasına rağmen mal, telef olduğu zaman alıcı adına telef olur. Bunun sebebi her malın telef olmadan önce mutlaka ayıplı hale geldiği ön kabulüdür. Mal ayıplı hale gelince alıcının muhayyerliği düşer ve o, mala sahip olur. Bundan sonra ise mal telef olduğu için alıcının malın semenenini ödemesi gerekir. İmâmeyne göre ise zaten mal alıcının mülkiyetinde telef olduğu için mesele problem teşkil etmez. Bk. Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i*, 7/303; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/22.

<sup>950</sup> Bedreddin Simâvî, Züfer'e göre malı teslim alan muhayyer alıcının -telef olması halinde- malın kıymetini ödemesi gerektiğini söylemiştir. Çünkü Züfer'e göre muhayyerlik sebebiyle alıcının mal üzerindeki mülkiyeti tam olarak gerçekleşmemiştir. Nitekim henüz alıcı sözleşmeyi onaylamamıştır. Mal telef olduğu için de artık sözleşmenin onaylanması mümkün değildir. Bu sebeple sözleşme infisah ettiğinden müşterinin malın kıymetini tazmin etmesi gerekir. Bk. Bedreddin Simâvî, *et-Teshîl*, 1/360.

<sup>951</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/458, 465; Tahâvî, *Muhtasarı't-Tahavi*, 75; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/46; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i*, 7/296-297; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuṣūleyn*, 1/331; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/285; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/22-23.

<sup>952</sup> Buhârî, *el-Muḥiṭü'l-Burhânî*, 6/504; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/477; Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle*, 160; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/452; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/23.

<sup>953</sup> İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/23.



iyileşmeden onu iade izni yoktur. İyileşme gerçekleşmeden süre dolarsa sözleşme lâzım olur.<sup>954</sup>

#### d. Teslimden Sonra-Satıcı Muhayyerken

Eğer mal; satıcı, dış etkenler veya malın kendisi sebebiyle telef olursa sözleşme bâtil olur. Çünkü sözleşme henüz tamamlanmamıştır. Malın mülkiyeti hala satıcıda olduğu için onun mülkünde telef olmuştur. Alıcı, malı sözleşmenin hükmüyle elinde tuttuğundan bu durum pazarlık (sevm-i şirâ) ile elde tutmaktan güçlüdür. Zararın satıcının fiiliyle olması hariç tazmin sorumluluğu alıcıdadır. Bu sebeple alıcının malın mislini yoksa kıymetini satıcıya tazmin etmesi gerekir. Ortada bir sözleşme olmadığı için malın semenini ödemesi gerekmez. Eğer mal, fiyatı zikredilmeden teslim edilmişse alıcının tazmin sorumluluğu yoktur.<sup>955</sup>

Mal, üçüncü kişi veya alıcı sebebiyle telef olursa, satıcının muhayyerliği sona ermez. Malın tazminat bedeli onun yerini alır. Satıcı dilerse sözleşmeyi feshederek suçluya veya alıcıya malın kıymetini tazmin ettirir.<sup>956</sup> Kıymetten kasıt malın teslim günü kıymetidir.<sup>957</sup> İsterse de sözleşmeyi onaylayarak semeni alır. Bu durumda telef üçüncü kişiden kaynaklıysa alıcı ona rücû eder.<sup>958</sup>

Eğer iki parça maldan birisi alıcının elindeyken telef olursa Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre kıyasen satıcının kalan malda sözleşmeyi onaylama hakkı vardır. Çünkü onayla birlikte sözleşmenin, kurulduğu andan itibaren var olduğu anlaşılır. Telef sözleşme kurulduktan sonra meydana geldiği için ona mâni değildir. İmam Muhammed'e göre ise onay, başlı başına mülkiyetin naklinin inşasıdır. Çünkü muhayyerlik mülkiyetin naklini engellemiştir. Onay sırasında malın bir kısmının olmaması inşaaya manidir.<sup>959</sup>

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre onay bir inşa olamaz. Çünkü sözleşme, zaten mala mâlik olan kişi tarafından kurulmuş ve sadece hükmü istisna edilmiştir. Bu sebeple bazen onay olmadan da sözleşme sonuçlarını doğurmaktadır. Mesela süre dolduğu veya muhayyerlik sahibi öldüğü zaman sözleşme kendiliğinden nafiz ve lâzım olmaktadır.

<sup>954</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/285, 294; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/22.

<sup>955</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/459; Tahâvî, *Muhtasari't-Tahavi*, 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/15; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/46; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/301-302; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/283; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/14-15, 23; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/472-473, 478.

<sup>956</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/64; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/303.

<sup>957</sup> Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle*, 162.

<sup>958</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/449.

<sup>959</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/284; Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle*, 157-158.

Ama fuzûlînin sözleşmesi, mala sahip olmayan bir kişi tarafından kurulduğu için burada sonraki onay bir inşadır. Bu sebeple fuzûlînin yaptığı sözleşmede mâlik onay vermeden önce mal telef olursa onay geçersizdir. Şart muhayyerliğinde onay inşa değil izhar olduğu için, onay ile sözleşmenin hükmü sözleşme kurulduğu andan itibaren var olmaktadır. Sözleşme kurulurken mal var olduğu için de malın sonradan telef olması onaya mâni değildir.<sup>960</sup>

İmam Muhammed'in yukarıdaki görüşü, kıyemî mallarla ilgilidir. Sayıyla satılan standart mallar (aded-i mütekâribe) ile tartılarak (vezni) ve ölçülerek (keyli) satılan mallarda ise satıcının kalan mallarda sözleşmeye onay verme hakkı vardır. Çünkü kalan malların semenden payını tespit etmek mümkündür.<sup>961</sup> Yani onun görüşünün esas sebebi kalan malda fiyatın belirsiz olmasıdır.<sup>962</sup>

Mal, alıcı veya üçüncü kişi sebebiyle ayıplı hale gelirse muhayyerlik devam eder. Satıcı dilerse sözleşmeye onay vererek semeni alır. Alıcının bunu kabul etmeme hakkı yoktur. Çünkü mal onun tazmin sorumluluğundadır. Fesih halinde alıcının veya üçüncü kişinin, malı teslim aldığı günki kıymeti üzerinden kıymet eksikliğini tazmin etmesi gerekir. Alıcı ayıbı tazmin etmişse suçluya rücu eder. Satıcının hem suçludan hem de alıcıdan tazmin talep etme hakkı yoktur. Birini tercih etmesi gerekir. Ayıp satıcıdan kaynaklı ise satıcı muhayyerliğini kullanarak sözleşmeyi feshetmiş demektir. Çünkü o zarar verdiği kısmı geri almış sayılır. Onun malın bir kısmında sözleşmeyi bozması tamamında bozması gibi kabul edilir. Artık sözleşmeyi tamamlama imkânı yoktur.<sup>963</sup>

## 2. Diğer Mezhepler

Şâfiîler'e göre teslimden önce mal telef olursa muhayyerlik kime ait olursa olsun sözleşme fesholur. Çünkü sözleşme teslimle tamamlanmaktadır. Lâzım sözleşmede dahi teslimden önce mal telef olduğunda artık sözleşmenin tamamlanması mümkün değildir. Lâzım sözleşmede durum buysa muhayyerlik bulunan sözleşmede durum hayli hayli

<sup>960</sup> Kâsânî, *Bedâ'i' u 'ş-şanâ'i'*, 7/284; Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle*, 157-158.

<sup>961</sup> Buhârî, *el-Muhtâ'î'l-Burhânî*, 6/490.

<sup>962</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/440-441.

<sup>963</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/471; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/64; Kâsânî, *Bedâ'i' u 'ş-şanâ'i'*, 7/303-304; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/290; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/14-15; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/472-473, 478.

böyledir.<sup>964</sup> Ama alıcı, teslimden önce malı itlaf ederse teslim almış sayılır. Bu durumda sözleşme tamamlandığı için onun semeni ödemesi gerekir.<sup>965</sup>

Eğer mal, teslimden sonra telef olursa artık alıcının tazmin sorumluluğunda olduğu için sözleşme fesholmaz. Muhayyerlik, kimin olursa olsun devam eder.<sup>966</sup> Çünkü gabni önlemek için şart koşulan muhayyerliğe sözleşme devam ettiği sürece ihtiyaç vardır. Sözleşme feshedilirse alıcının malı, misliyle veya telef olduğu günki kıymetiyle tazmin etmesi gerekir. Alıcı bu durumda önceden semeni verdiyse geri alır. Eğer sözleşmeye onay verilirse ve telef anında malın mülkiyetinin alıcıda veya mevkuf olduğu kabul edilirse alıcının semeni ödemesi gerekir. Ama onun onaydan sonra mala mâlik olduğu kabul edilirse malın mislini ya da kıymetini ödemesi gerekir.<sup>967</sup>

Mâlikîler, ayıp veya telef durumunda malın kimin elinde bulunduğunu dikkate almamışlardır. Çünkü onlara göre mala gelen zarar alıcının kusurundan kaynaklanmıyorsa teslimden önce veya sonra tazmin sorumluluğu satıcıya aittir. Mâlikîler'de muhayyerlik bulunan sözleşmede mala zarar verilmesi halinde, fiilde kasıt bulunup bulunmaması, malın telef olup olmaması, muhayyerliğin satıcıya veya alıcıya ait olması, suçu işleyenin satıcı veya alıcı olması hallerinde sözleşmenin durumuyla ilgili on altı ihtimal vardır.<sup>968</sup>

- Satıcının muhayyerken, malı bilerek kusurlu hale getirmesi sözleşmeyi feshettiği manasına gelir. Hata ile mala zarar verdiyse (ya da başka sebeplerle mal ayıplı hale geldiyse) sözleşmeyi onaylama hakkı vardır. Onaylarsa alıcının ayıp muhayyerliği ile red hakkı olur. Alıcı, sözleşmeyi onaylarsa tüm semeni ödeyerek malı olduğu gibi alır. Satıcı ayıp karşılığı tazminat ödemez. Çünkü muhayyerlik esnasında meydana gelen ayıp, sözleşmeden önce var gibidir. Eğer mal telef olmuşsa satıcının ister kastı olsun ister olmasın sözleşme kendiliğinden sona erer. Çünkü artık sözleşmenin konusu yoktur.

<sup>964</sup> Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 5/46, 250.

<sup>965</sup> Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/116.

<sup>966</sup> Yukarıdaki paragrafta geçtiği üzere alıcının malı telef etmesi halinde o, malı teslim almış kabul edilmekte ve sözleşme bu sebeple lâzım olmaktadır. Fakat teslimden sonra alıcının malı telef etmesiyle ilgili ayrı bir hüküm verilmemiştir. Yukarıdaki hükme kıyasla burada da alıcının muhayyerken malı -en azından kasıtlı olarak- itlaf etmesi durumunda, muhayyerliğinin düştüğüne hükmetmek bizce genel kurala daha uygundur. Çünkü o, bu durumda tercihini yapmış olmaktadır.

<sup>967</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/242; el-Hın, el-Buğa, Şırbacı, *el-Fıkhü'l-Menhecî*, 6/25.

<sup>968</sup> İbnü'l-Hâcib, *Câmiu'l-Ümmehât* (el-Yemâme li't-Tabêa ve'n-Neşr ve ve't-Tevzî', 2000), 364; Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/324-325; Dirdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/105.

- Satıcı muhayyerken alıcı, hatayla veya bilerek malı ayıplı hale getirmişse satıcının sözleşmeyi onaylayıp semeni alma veya feshedip malı ve ayıptan doğan tazminat bedelini alma hakkı vardır. Alıcı, bilerek veya bilmeyerek malı telef ederse onun semen ve kıymetinden yüksek olanını ödemesi gerekir. Bu durumda yukarıdakinin aksine sözleşmenin mal telef olunca doğrudan infisah etmemesinin sebebi bizce telefe, muhayyer olmayan tarafın sebep olmasıdır. Böylece muhayyerliğin ona sahip olan satıcının izni olmaksızın ortadan kalkmasına izin verilmemiştir. Burada bizce satıcının korunmasının bir sebebi de malın mülkiyetinin muhayyerlik sebebiyle hala satıcıda olmasıdır. Çünkü birazdan görüleceği üzere aynı durumda alıcı muhayyerken satıcının hatayla malı telef etmesi halinde sözleşmenin infisahına hükmedilmiştir.
- Alıcının muhayyerken malı bilerek ayıplı hale getirmesi sözleşmeyi onayladığı manasına gelir. O, hatayla ayıplı hale getirdiyse tazminat ödeyerek malı iade edebilir veya elinde tutabilir. Hatayla veya bilerek malı telef ederse malın semenini ödemesi gerekir. Çünkü sözleşme tamamlanmıştır.
- Alıcı muhayyerken satıcı malı bilerek ayıplı hale getirmişse alıcının sözleşmeye onay vererek tazminat talep etme hakkı vardır. Bu durumda mal telef olmuşsa alıcı, semen veya kıymetten yüksek olanı talep edebilir. Çünkü semen fazlaysa sözleşmeyi feshedebilir, kıymet fazlaysa onaylayabilir. Malın telef olması sözleşmeyi onaylamasını engellemez. Satıcı, mala hatayla zarar verdiyse alıcının sadece malı olduğu gibi alma veya iade etme hakkı vardır. Bu durumda mal telef olursa sözleşme infisah eder.

Birden fazla malın satışında muhayyerlik esnasında malardan birisi (alıcının dahil olmadan) telef olsa satıcı adına telef olur. Bu durumda alıcı, diğerinin semenden payını öder. Semenler malların kıymetleri oranına göre tespit edilir.<sup>969</sup>

Hanbelîler'e göre eğer muhayyerlik esnasında mal telef olur veya ayıplı hale gelirse -bazı ihtilaflar bulunmakla birlikte- muhayyerlik sona erer. Bu konudaki ayrıntı şu şekildedir: Mezhepteki zahir görüşe göre muhayyerlik müddetince kıyemî malların mülkiyeti, gelirleri ve tazmin sorumluluğu teslimden sonra veya -satıcı malın teslim alınabilmesi için tüm engelleri ortadan kaldırmışsa- önce alıcıya aittir. Bu durumda o, satıcının elinde telef olursa sanki alıcının elinde telef olmuş gibidir. Misli mallarda ise teslimden önce tazmin sorumluluğu satıcıya teslimden sonra alıcıya aittir. Bu malların teslimden önce satıcı tarafından itlaf edilmesi halinde sözleşmenin infisahi konusunda ihtilaf yoktur. Fakat malı, muhayyer alıcı itlaf etmişse alıcının muhayyerliğinin düşeceği söylenmiştir. Misli mal, alıcı muhayyerken teslimden sonra telef olursa alıcının

<sup>969</sup> Sahnûn, el-Müdevvenetü'l-kübrâ, 3/222.

muhayyerliği sona ermektedir. Çünkü mal onun mülkiyetinde ve onun tazmin sorumluluğundadır. Bu durumda bir gruba göre satıcı muhayyerse onun muhayyerliği düşer. Çünkü muhayyerlik fesih içindir. Telefle birlikte fesih imkânı ortadan kalkmıştır. Bu tıpkı ayıplı malın telef olması halinde ayıptan dolayı geri verme hakkının kalkması gibidir. Diğer gruba göre ise satıcının sözleşmeyi feshedip alıcıdan malın mislini veya kıymetini talep hakkı devam eder.<sup>970</sup> Kıymetle tazminde kıymetten kasıt malın telef olduğu günkü kıymetidir.<sup>971</sup>

#### D. Malın Artması

Hanefî mezhebi, malda meydana gelen artışları muttasıl-munfasıl (mala bitişik-maldan ayrı), mütevellide-gayri mütevellide (malın aslından doğan, malın aslından doğmayan) fazlalıklar olmak üzere dört sınıfta incelemiştir. Diğer üç mezheb ise malda meydana gelen artışları, muttasıl ve munfasıl olmak üzere iki sınıfta incelemiştir. Şimdi öncelikle Hanefî mezhebinin görüşü ele alınacak daha sonra da diğer mezheplerin görüşleri incelenecektir. Hanefî mezhebine göre malda meydana gelen fazlalıkların muhayyerliğe etkisi şöyledir:<sup>972</sup>

Muttasıl gayri mütevellide: Kumaşı boyamak, unu yağla karıştırmak, araziye ağaç veya bina dikmek gibi malın kendisinden meydana gelmeyen ve ondan ayrılmayan fazlalıklar muhayyerliği düşürür. Çünkü bu fazlalıklarla beraber malı iade etmek icmâ ile mümkün değildir.

Muttasıl mütevellide: Hayvanın şişmanlaması, hastalığın iyileşmesi gibi malın kendinden kaynaklanan ve maldan ayrılamayan fazlalıklar, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre iadeye manidir ve muhayyerliği düşürür. İmam Muhammed'e göre ise düşürmez.

Munfasıl mütevellide: Fazlalık; yavru, meyve, süt gibi maldan doğan fakat ondan ayrılabilen cinsten ise veya maldan doğmasa da tazminat bedeli (erş) veya mehir (ukr) gibi malın bir parçası sayılıyorsa muhayyerliği düşürür. Çünkü fesih halinde fazlalık alıcıda kalırsa alıcı ona ücretsiz sahip olmuş, satıcıya iade edilirse de satıcı tazmin sorumluluğunu üslenmeden menfaat elde etmiş olacaktır.

<sup>970</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/43-45, 57; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebir*, 6/95; İbn Receb, *el-Kavâ'id*, 107-108; Buhâtî, *Keşşâfû'l-kınâ'*, 3/209-210.

<sup>971</sup> Aladdin Ebu'l-Hasen el-Merdâvî, *el-İnsâf fî Ma'rifeti'r-Râcih mine'l-Hilâf* (Dâru İhyâu't-Turâsi'l-Arabiyyi, ts.), 4/389-390.

<sup>972</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/297-298; Buhârî, *el-Muhtâşû'l-Burhânî*, 6/501; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/333; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/22, 31-32; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/477-479.

Munfasıl gayri mütevellide: Fazlalık, malın geliri gibi maldan doğmuyor ve ona bitişik de değilse muhayyerliği düşürmez. Alıcı, sözleşmeyi onaylarsa fazlalıklarla beraber malı alır. Eğer sözleşmeyi feshederse Ebû Hanîfe'ye göre muhayyerlik anında malın mülkiyeti gibi fazlalıkları da alıcıya geçmediğinden onun fazlalıkları iade etmesi gerekir. İmâmeyne göre ise muhayyerlik esnasında malın mülkiyeti alıcıya geçtiği için fazlalıklar alıcıya aittir. Fesih halinde alıcı malı iade eder fakat fazlalıklar onda kalır. Selim Baz, *Mecelle* şerhinde tercih edilen görüşün İmâmeyninki olduğunu söylemiştir.<sup>973</sup>

Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezhebine göre ise malda meydana gelen munfasıl fazlalıklar, muhayyerliği düşürmez. Şâfiîler'e göre muhayyerlik kimdeyse ona, Mâlikîler'e göre her durumda satıcıya Hanbelîler'e göre ise her durumda alıcıya ait olur. Mezheplerin bu konudaki görüşleri muhayyerlik esnasında malın mülkiyetinin kimde olduğuyla ilişkilidir. Hayvanın büyümesi, yağlanması gibi maldan ayrılamayan muttasıl fazlalıklar ise muhayyerliğe etki etmemektedir. Mal en son kimde kalırsa bu fazlalıklar da ona ait sayılmaktadır.<sup>974</sup>

## E. Ölüm

Genelde tüm hakların, özelde şart muhayyerliğinin tıpkı mallar gibi miras kalıp kalmadığı konusunda farklı görüşler vardır. Şart muhayyerliğinin miras kalabilmesini kabul etmeyenlere göre ölümle birlikte muhayyerlik düşmektedir. Özet olarak Hanefiler ve Hanbelîler malla bağlantısı olmayan şart muhayyerliği gibi hakların miras kalmadığı, Şâfiîler ve Mâlikîler ise miras kaldığı görüşündedirler.

### 1. Şart Muhayyerliğinin Miras Kalması

Mâlikî mezhebinde, muhayyerliğin beş durumda intikal edeceği söylenmiştir: Mukâteb köle borcunu ödemekten aciz hale gelirse muhayyerliği efendisine geçer. Borçlunun borcu mal varlığını aşarsa hâkim kararı gerekmez muhayyerliği alacaklılarına geçer. Ölen, deliren, bayılan kişinin muhayyerlikleri varislerine, velisine veya vasîsine geçer. Ölünün terekesi borcunu kapatmıyorsa terekedeki hak ve muhayyerlik alacaklılara geçer. Alacaklılar muhayyerlik bulunan malı almazlarsa varisler

<sup>973</sup> Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle*, 159.

<sup>974</sup> Şirbînî, *el-İknâ*; Karâfî, *ez-Zağîre*, 5/45-46; Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/319; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 6/17-18.

kendi parasıyla alabilirler. Kıyasen hepsinin onay vermesi gerekir. İstihsanen varislerden kabul edenler muhayyerlik bulunan malın tamamını alabilir.<sup>975</sup>

Hanefî ve Hanbelî mezhebi, asıl kişinin ölümüyle varislerin şart muhayyerliğine sahip olmasını kabul etmemiştir. Eğer bu olsaydı, ya varisler için baştan yeni bir şart muhayyerliği oluşmuş ya da miras yoluyla var olan eski hak varislere geçmiş olacaktı. Birincisi olamaz çünkü muhayyerlik, sadece şart koşmayla sabit olur ki bu durumda şart koşulmamıştır. İkincisi de olamaz çünkü şart muhayyerliği hak sahibine özel, onay veya red şeklinde kullanılan salt bir irade beyanıdır. Bir sıfat olan irade başkasına intikal edemez. Çünkü ittifakla hukuk yalnızca aynaların miras kalmasını kabul etmiştir. Diğer haklar konusunda ise böyle bir delil yoktur.<sup>976</sup>

Hanefiler şart muhayyerliğinin malla ilişkisi olmadığı için onunla birlikte miras kalmasına onay vermemiştir. Onlara göre şart muhayyerliği, sözleşmenin varlığını etkilemeyecek arızı bir durumdur. Mal ile alakalı değil aksine onunla alakalı sözleşmenin feshiyle ilgili bir haktır. Bu açıdan o, ikâle muhayyerliğine daha çok benzemektedir.<sup>977</sup> Kişi şart muhayyerliğine sahip olmadan önce sadece kendisi adına sözleşmeyi fesih hakkına sahiptir. (Karşı tarafın rızası olmadan sözleşmeyi feshedemez.) Fakat şart muhayyerliğine sahip olduğunda karşı taraf adına da fesih yetkisine sahip olur. Yani şart muhayyerliği bir fesih yetkisidir. Başkaları üzerinde sahip olunan tasarruf yetkisi miras olarak geçmez.<sup>978</sup>

Hanefî fukahâ, ayıp muhayyerliği ve tayin muhayyerliğinde mala bağlı bir hak oldukları için mal manası görmüşlerdir. Tayin muhayyerliğinde birkaç maldan yalnızca biri miras kalmıştır fakat bu malın hangisi olduğu henüz belli değildir. Bu sebeple mallar arasında bir karışma söz konusudur. Bunun ortadan kaldırılabilmesi için varisler tarafından seçim yapılması gerekir. Yani tayin muhayyerliği kasden değil tercih zarureti gereği zımnen miras olarak kalmıştır. Ayıp muhayyerliği ise fesih hakkı değil sözleşmeyle hakedilen malı talep hakkıdır. Mali değeri olan ve malla ilişkili bir haktır.

<sup>975</sup> Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/321; Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî*, 5/212-217; Haraşî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 5/118-119.

<sup>976</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/458; Cessâs, *Şerhu Muhtaşari't-Tahâvî*, 3/15; Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 1/180; Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2265; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42-43; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/294; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/294-295; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/28; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/35-36, 76-77; İbn Müfliḥ, *el-Mübdî*, 3/415; Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/210-211.

<sup>977</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2270-2272; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42-43; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/28.

<sup>978</sup> Şart muhayyerliği, sözleşmenin bir tarafını diğerine karşı üstün duruma getiren güçlü bir hak olduğu için Hanefî mezhebince bu güç mümkün olduğunca sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Onun üç günle sınırlandırılması, varislere geçişinin engellenmesi bunu göstermektedir.

Kudûrî, ayıp muhayyerliğinin düşürülmesi karşılığı bedel alınmasını buna delil olarak göstermektedir.<sup>979</sup> Ayrıca ayıp muhayyerliği, bulunduğu sözleşmenin hükmüyle sabittir. Mutlak sözleşme, malın ayıpsız olmasını gerektirir. Bu hüküm ölümden sonra da sonuç doğurabilir. Fakat şart muhayyerliği, iradî şartla kişilere özel konulduğu için onun ölümden sonra varisler için tekrar var olması mümkün değildir.<sup>980</sup> Serahsî bu durumu şöyle açıklamıştır: “Ayıp muhayyerliği, miras olarak geçmez. Fakat ayıp sebebiyle malın değerinde meydana gelen eksilmeyi talep hakkı varisler için de sabit olur. Öyle ki bu hakka alıcıdan önce varisleri sahip olabilir. Örneğin sözleşme sonrası alıcı ölürse varisleri onun yerine geçer. Bu durumda mal satıcının elinde ayıplı hale gelirse varislerin ayıp muhayyerliği doğar.”<sup>981</sup>

İbn Kudâme de şart muhayyerliğinin, karşılığında bedel alınamayan bir fesih hakkı olduğunu ve tıpkı hibeden rücû muhayyerliği gibi varislere geçemeyeceğini söylemiştir.<sup>982</sup> Hanbelîler’e göre ölmeden önce şart koşulması halinde muhayyerliğin varislere geçeceği de söylenmiştir.<sup>983</sup> Bazı Hanbelîlerden ise bu hakkın şartsız olarak da varislere geçeceği aktarılmıştır.<sup>984</sup>

Muhayyer alıcı Ebû Hanîfe’ye göre mala sahip olamazken o ölünce varisler nasıl sahip olur? eleştirisine Molla Hüsrev şöyle cevap vermiştir: “Mülkiyetin sebebi olan sözleşme, mûris hayattayken de mevcuttu. Fakat muhayyerlik, sözleşmenin hükmünün doğmasına mâni oluyordu. Ölümle muhayyerlik düşünce sözleşmenin hükümleri varis adına sabit oldu.”<sup>985</sup>

Şâfiîler ve Mâlikîler’de de “mala bağlı hak ve mala bağlı olmayan hak” ayrımı vardır. Ama onlar, mala bağlı hakların kapsamını Hanefîler’e göre daha geniş tutmuşlar ve şart muhayyerliğini bu gruba dâhil etmişlerdir. Bu iki mezhebe göre mal ile alakalı olan ve varislerden maldaki zararı gideren her hak varislere geçer. Murisin kendi iradesi, isteği ve düşünceleri ile ilgili olan haklar ise varislere geçmez.<sup>986</sup> Şart muhayyerliği,

<sup>979</sup> İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 6/295; İbn Nüceym, *el-Baḥrû’r-râ’ik*, 6/28; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 6/487.

<sup>980</sup> Kudûrî, *et-Tecrîd*, 5/2270-2272; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42-43; İbn Nüceym, *el-Baḥrû’r-râ’ik*, 6/28.

<sup>981</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42-43.

<sup>982</sup> İbn Kudâme, *el-Muḡnî*, 6/35-36, 76-77; İbn Müfliḥ, *el-Mübdî’*, 3/415; Buhûtî, *Keşşâfû’l-kınâ’*, 3/210-211.

<sup>983</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi’l-ukûd*, 1/322-323.

<sup>984</sup> İbn Receb, *el-Kavâ’id*, 316.

<sup>985</sup> Molla Hüsrev, *Dürrer*, 2/153.

<sup>986</sup> Buna benzer bir örnek İmam Mâlik’ten şu şekilde aktarılmıştır: Bir alacaklı borçluya, borcunu şu kadar vadede ödemezse karısının boş olması üzerine yemin ettirmiştir. Ama sadece alacaklı için borcu tecil hakkı verilmiştir. İmam Mâlik’e, bu durumda eğer alacaklı ölürse varislerinin borcu tecil hakkı bulunur mu diye sorulmuş, o da buna



meclis ve ayıp muhayyerliği gibi muhayyerlikler birinci gruba girmektedir. Zihar ve ilâdan sonra eşe dönme hakkı, Müslüman olan kişinin dörtten fazla sayıdaki eşlerinden fazla olanı veya iki kardeş eşten birini boşama hakkı gibi haklar tamamen kişinin arzusuyla alakalı olduğu için miras kalmaz.<sup>987</sup>

Şart muhayyerliğinin miras kalmasını kabul edenlerin bu konudaki delillerinden biri de “Kim ölümünden sonra arkasında bir mal veya hak bırakırsa onlar varislerindendir.”<sup>988</sup> hadisidir. Hanefiler, zikredilen hadisin birinci kısmını kabul ederken hakların miras kalmasıyla ilgili ikinci kısmı kabul etmemiştir.<sup>989</sup>

Hanefiler şart muhayyerliğini (ikisinin de sözleşmenin aslından olmaması yönünden olsa gerek) vadeye benzeterek onun gibi miras kalmayacağını söylemiştir. Karşı taraf ise buna şöyle cevap vermiştir: “Vadenin miras kalmasının kişilere faydası değil zararı vardır. Çünkü vade devam ettiği sürece ölünün borçları ödenmeyeceğinden miras dağıtılamaz. Şart muhayyerliğinin ise aksine varislere faydası vardır.”<sup>990</sup> Kudûrî de buna şöyle cevap vermiştir: “Bir şey miras kalacak cinstense zararına rağmen varislere geçer. Elleri ve ayakları kesik kölenin miras kalması buna benzer. Ayrıca vade, varislere fayda doğursa bile miras kalmaz. Örneğin ölenin vadedeki borçları da ölümünden sonra hemen ödenir. Ayrıca vade miras kalsaydı belki de varislere fayda sağlardı. Örneğin borçların terekeyi aşması halinde, vade sebebiyle terekenin satışı gecikirdi. Bu sayede malların fiyatları artabilir veya varisler terekeyi işleterek onun değerini artırabilirdi. Böylece terekenin borcu aşması sağlanarak varislere mal geçmesi sağlanabilirdi.”<sup>991</sup>

Şâfiî ve Mâlikîler’e göre vadenin miras kalmamasının bir sebebi de onun sözleşmeye değil borca bağlanması yani borcun bir sıfatı olmasıdır. Nitekim o, sözleşmenin kurulumu ile ilgili değil borcun ne zaman ödeneceğiyle ilgili bir süre tayinidir. Şart muhayyerliği ise satılan mal üzerinde sabit bir hak olduğundan malla beraber miras kalır. Sözleşme esnasında mülkiyet varislere geçtiği için muhayyerliğe göre

---

“evet” diye cevap vermiştir. Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/208-209; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/407; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, 180; Dirdâr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/102.

<sup>987</sup> Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, 364-365; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/35-37; Şerkâvî, *el-Hıyârât fi'l-bey'*, 39.

<sup>988</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 26/157.

<sup>989</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42-43; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/293; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/295; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/35-37.

<sup>990</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42-43; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, 7/293; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/295; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/35-37.

<sup>991</sup> Kudûrî, *et-Tecrîd*, 5/2265; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/43-44.

tasarruf hakkı da varislere geçer. Serahsî, borcun alacaklının vadenin ise borçlunun hakkı olduğunu bu yüzden birinin diğerinin sıfatı olamayacağını söylemiştir.<sup>992</sup>

Hanefiler karşı tarafa, satıcı sadece alıcının muhayyerliğine razı olmuşken onların nasıl oluyor da satıcının razı olmadığı bir grup insana (varislere) muhayyerlik verdiğini sormuştur.<sup>993</sup> Karâfî bu itiraza, Hanefilerin de satıcı razı olmamasına rağmen tayin muhayyerliğinin miras kalmasına izin verdiğini söyleyerek cevap vermiştir.<sup>994</sup>

Dört mezhebin de ittifak ettiği üzere muhayyerliğe sahip olmayan tarafın ölmesi, muhayyerliğe herhangi bir etkide bulunmaz. İki taraf da muhayyer olursa bir tarafın ölmesi ile muhayyerliği düşerken diğerinki devam eder. Muhayyerlik, satın alınan köleye ait ise onun ölümüyle muhayyerlik bâtil olur.<sup>995</sup>

Vekilin, vasinin muhayyerlikle satışında veya üçüncü kişiye muhayyerlik verilerek yapılan satışta vekilin, müvekkilin, vasinin, çocuğun, asılın veya muhayyerliği olan üçüncü kişinin ölmesi halinde İmam Muhammed'e göre sözleşme lâzım olur. Çünkü her birinin muhayyerlikte hakkı vardır.<sup>996</sup> Şâfîîler'de hâkim görüşe göre muhayyerlik üçüncü kişiye verilirse sadece o muhayyer olduğu halde onun ölümüyle muhayyerlik varislere değil muhayyerliği onun için şart koşan asıl kişiye geçer.<sup>997</sup>

## **2. Varislerin Şart Muhayyerliğini Kullanması**

Şâfîîler'de hâkim görüşe göre varislerden birisinin isteğiyle sözleşme fesholur. Çünkü diğerlerinin onayı geçerli olsaydı sözleşme konusu mal bölünürdü. Eğer varisler çocuk veya deli ise hâkim onların yerine karar verecek bir kayyum atar.<sup>998</sup> Daha önce geçtiği üzere satıcı veya alıcılar birkaç kişiden oluşuyorsa Şâfîîler'e göre onlardan birinin feshi diğerinin kararına etki etmiyordu. Çünkü karşı taraf, malın bölünmesi riskini göze alarak şart muhayyerliğini birkaç kişiye vermişti. Ama bu durumda onlar ölümle şart muhayyerliğinin varislere kalacağını ve malın bölüneceğini önceden bilemezdi. Bu sebeple safkanın bölünmesiyle satıcının zarar görmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

<sup>992</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42-43; Karâfî, *eż-Zaḥîre*, 5/35-37.

<sup>993</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/43.

<sup>994</sup> Karâfî, *eż-Zaḥîre*, 5/35-37.

<sup>995</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42; Bedreddin Simâvî, *Câmi' u'l-fuṣûleyn*, 1/330, 302; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/294; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/28; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muḥtâr*, 6/485-487.

<sup>996</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l-muḥtâr*, 6/485.

<sup>997</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/221, 233; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/111; Şîrbînî, *Muḡni'l-muḥtâc*, 2/606.

<sup>998</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/232, 234.

Mâlikîler’de varisler onay veya fesih arasında ihtilaf yaşarlarsa kıyasen ya sadece onay ya da sadece fesih geçerlidir. Çünkü hakkın kendisinden geldiği ölünün malın bir kısmında onay verip diğer kısmında fesih hakkı yoktur. Eşheb, kendisine yakın gelen görüşün (istihsan) sözleşmeye onay verenlerin, sözleşmeye onay vermeyenlerin paylarını alma hakkının bulunması olduğunu söylemiştir. Sözleşmeye onay vermek isteyenlerin, malın iade edilmesinden sonra yeni bir sözleşmeyle onu tekrar almaları gerektiği de söylenmiştir. Satıcının muhayyer olup ölmesi halinde ise varislerden biri onay vermiyorsa yine kıyasen sözleşmenin feshi gerekirken istihsanen alıcının sadece onay verenin payını satın alacağı söylenmiştir.<sup>999</sup>

Eğer varislerin hepsi küçükse vasî, onların yerine karar verir. Vasî yoksa sultan onların yerine karar verecek bir kişi görevlendirir. Eğer birden fazla vasî varsa onların da ortak karar almaları gerekir. Eğer görüşler çatışırsa sultanın görevlendirdiği kişi görüşleri değerlendirir ve istişare ederek görüşü doğru olanın yönünde karar verir. Vasîler, varisler gibi mala mâlik olmadıkları için ihtilaf halinde sultan devreye girmektedir. Eğer vasîlerle birlikte varis de varsa ihtilaf halinde reddeden varis ise vasîlerin sözleşmeye onay verebilmek için varisin payını da alması gerekir. Eğer sözleşmeye onay veren varis ise onun sözleşmeyi tamamlayabilmesiverebilmesi için diğerlerinin paylarını da alması gerekir.<sup>1000</sup>

## F. Ehliyet Kaybı

Hanefîler’e göre hak sahibi süre içinde delirir veya bayılırsa muhayyerlik hakkı düşer.<sup>1001</sup> İbn Nüceym’in belirttiğine göre asıl muhayyerliği düşüren delirme veya bayılma değil, bu halde sürenin geçmesidir. Bu sebeple deliren veya bayılan süre bitmeden eski haline dönerse muhayyerliğini kullanabilir.<sup>1002</sup> Delilik ölüm gibi kabul edilmektedir. Tıpkı ölen kişide olduğu gibi deliren kişinin muhayyerliği de başkasına örneğin vasi veya velisine geçmez.<sup>1003</sup> Şâfiîler’e ve Hanbelîler’e göre ise bu durumda muhayyerlik, onun malını idare eden veli veya hâkime geçer.<sup>1004</sup>

<sup>999</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, 3/210-211; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/407; Derdir, *eş-Şerhu’l-kebîr*, 3/102.

<sup>1000</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, 3/211.

<sup>1001</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/458.

<sup>1002</sup> İbn Nüceym, *el-Baḥrû’r-râ’ik*, 6/30.

<sup>1003</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, 1/445.

<sup>1004</sup> Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 10/229; Buhûtî, *Keşşâfû’l-kınâ*, 3/211.

İbn Kâsım, kişinin muhayyerlik süresinin tamamını baygın olarak geçirirmesi halinde hakkın varislere veya sultana geçmesi ile ilgili İmam Mâlik'ten bir görüş duymadığını belirtmiş ve şöyle devam etmiştir: “Bu durumda deliren kişi ayılana kadar beklenir. Süre içinde ayılırsa muhayyerliği devam eder. Eğer kişi üç gün muhayyerliği varken bayılarak iki gün sonra ayılırsa süre baştan başlar.<sup>1005</sup> Kısa süre içinde ayılma halinde değil de süre uzamış ve muhayyerlik süresi dolmuşsa sürenin baştan başlayacağı da aktarılmıştır.<sup>1006</sup> Eğer kişinin yakın zamanda iyileşmesi beklenmiyorsa ya da süre dolmasına rağmen ayılmazsa sultan onun yerine karar verir. Eğer sözleşmeyi onun için zararlı görürse fesheder. İsterse de karar yetkisini varislerden birine veya varis olmayan birine devredebilir.<sup>1007</sup> Sultanın yetkilendirdiği kişinin alıcıya velayeti hakkında ihtilaf olduğu söylenmiş ve İbn Kâsım'dan onun alıcı adına sadece fesih hakkı olduğu rivâyet edilmiştir. Eşheb ise muhayyerlik süresi bitmeden önce sultanın yetkilendirdiği kişinin deliren alıcının sözleşmesine onay hakkı olduğunu söylemiştir. Süre dolduktan sonra ise bu kişinin sadece fesih hakkı vardır. Karâfi de tercihe uygun olan görüşün bu olduğunu söylemiştir.<sup>1008</sup> Yetkili kişi, süre içinde karar verdikten sonra bayılan kişi ayılsa da artık onun kararını geri alamaz.<sup>1009</sup> Nevevî'nin ifade ettiği üzere bu durumda hâkim olayı değerlendirerek uygun görürse ona tekrar muhayyerlik verir. Ayılan adamın iddia ettiği durum doğrulanamıyorsa yeminiyle beraber yetkilinin sözü geçerlidir. Çünkü o, bu işlemleri emin sıfatıyla yapmaktadır.<sup>1010</sup>

Sarhoşluk halinde de muhayyerlik kullanılamaz. Fakat sarhoş kişi süre içinde ayılırsa tercihte bulunabilir. Daha önce de geçtiği üzere Hanefîler'e ve Hanbelîler'e göre şart muhayyerliği kişiye bağlı bir hak olduğu için bu şekilde süre dolarsa muhayyerlik düşer. Sarhoşluğun haram yolla meydana gelip gelmemesi arasında bir fark yoktur. Şâfiîlere göre ise kişi sarhoş olursa muhayyerliği veli, varis vs. gibi yetki sahibi birine

<sup>1005</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/209; Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/322.

<sup>1006</sup> Karâfi, *eğ-Zağîre*, 5/35; Adevi, *Haşiyetü'l-Adevi*, 2/119-120; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 5/216-217.

<sup>1007</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/208, 212; Karâfi, *eğ-Zağîre*, 5/35; Bennânî, *el-Fetḥu'r-rabbânî*, 5/217-218.

<sup>1008</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/208, 212; Karâfi, *eğ-Zağîre*, 5/35; Bennânî, *el-Fetḥu'r-rabbânî*, 5/217-218.

<sup>1009</sup> Desûkî, *Haşiyetü'd-Desukî*, 3/103.

<sup>1010</sup> Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/232.

geçer.<sup>1011</sup> Ayılınca da hak ona geri dönmez. Meşayıhten bazıları da kişinin süre içinde ayılması bekleniyorsa muhayyerliğinin devredilmeyeceğini söylemişlerdir.<sup>1012</sup>

### G. İflas

Mâlikîler'e göre mukâteb köle, muhayyerlikle bir mal alıp sattıktan sonra süre içinde mukâtebe bedelini ödeyemez hale gelse, kölenin tercih hakkı efendisine geçer. Çünkü o aczi sebebiyle mukâtebe hakkını kaybetmiştir.<sup>1013</sup> Aynı sebeple borçlunun iflası ile muhayyerliği, hâkim kararı olmaksızın alacaklılarına geçer.<sup>1014</sup>

Şâfiî ve Hanbelî mezhebine göre ise müflisin muhayyerlik hakkı devam eder. Çünkü o hacredilmiş olsa da hacir işlemi, kendisinden önce yapılan sözleşmelere etki etmez. Kişinin yalnızca yeni sözleşmeler yapmasına engel olur.<sup>1015</sup>

### H. Din Değiştirme

Hanefîler'e göre İslâmiyetten ayrılmak icmâ ile muhayyerliği düşürmez. Örneğin bir Müslüman diğer müslümandan muhayyerlikle köle alsa ve süre dolmadan irtidad etse muhayyerlik hakkını kullanabilir. Çünkü din değiştirmesi onun karar verme yetisini elinden almaz.<sup>1016</sup> Kişi, dinden dönüp ölürse veya dâru'l-harbe ilhak ederse, kadının ilhak kararıyla muhayyerliği düşer. Dinden dönüp darul harbe iltihak etmek ölüm gibi kabul edilir. Kişi Müslüman olmadan önce sözleşmeye onay verirse ittifakla onayı geçerlidir. Fesih halinde ise İmâmeyn'in aksine Ebû Hanîfe'ye göre onun feshi mevkuttur. O, süre içinde Müslüman olursa geçerli hale gelir.<sup>1017</sup> Ebû Hanîfe'ye göre onay halinde de sözleşmenin mevkuf olacağı söylenmiştir.<sup>1018</sup>

Mâlikîler'de de muhayyerlik sahibi dinden dönmesi halinde muhayyerliğini kullanamaz. Ölürse sultanın yetkilendirdiği kişi onun yerine geçer. Ölmez ve dine geri dönerse muhayyerliği de geri döner.<sup>1019</sup>

<sup>1011</sup> Buhârî, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 6/491; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/20, 31; Şeyhzade Damat Efendi, *Mecmau'l-Enhur*, 2/29; Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn Buhûtî, *Şerḥu Müntehe'l-İrâdât* (Âlemü'l-Kütüb, 1993), 2/37.

<sup>1012</sup> Kalyûbî, *Hâşiyetü'l-Kalyûbî*, 2/241.

<sup>1013</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/213; Karâfî, *eż-Zaḥîre*, 5/38; Mevṣâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/320-321.

<sup>1014</sup> Derdîr, *eş-Şerḥu'l-kebîr*, 3/101.

<sup>1015</sup> Cüveynî, *Nihâyetü'l-maṭlab*, 6/373; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, 2/97.

<sup>1016</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/458, 471; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/64; Buhârî, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 6/491; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/30.

<sup>1017</sup> Semerkandî, *Tuḥfetü'l-fukahâ'*, 2/72-73.

<sup>1018</sup> Buhârî, *el-Muḥîṭü'l-Burhânî*, 6/491; Aynî, *el-Binâye*, 8/67; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6/20. şamile

<sup>1019</sup> Karâfî, *eż-Zaḥîre*, 5/35; Adevi, *Haşiyetü'l-Adevi*, 2/119-120; Zürkânî, *Şerḥu'z-Zürkânî*, 5/216-217.

### III. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ SONUÇLARI

Bu kısımda şart muhayyerliğinin düşmesi sonrası sözleşmenin hukuki durumu üzerinde durulacaktır. Yukarıda sayılan sebeplerden biriyle muhayyerlik düşer ve sözleşme lâzım olursa, sıradan şartsız bir sözleşme gibi tüm hukuki sonuçlarını doğurur. Taraflar sözleşmenin tüm hükümleriyle bağlı hale gelir. Mezheplerdeki daha önce bahsedilen ihtilafa göre eğer muhayyerlik esnasında mâlik değilse satıcı semene, alıcıda mala mâlik olur. Tarafların borçlarını gecikme olmaksızın ifâ etmesi gerekir.<sup>1020</sup> Hanbelîler'e göre mal ve semen, muhayyerlik esnasında karşı tarafa geçtiği için onayla birlikte mülkiyet hakkında bir değişme olmaz. Fakat alıcının maldan, satıcının da semenden faydalanmasına engel durum ortadan kalkar.<sup>1021</sup>

Hanefîler'de<sup>1022</sup> sözleşmenin hükümleri, Ebû Hanîfe'ye göre malın gelir<sup>1023</sup> ve giderleri<sup>1024</sup> açısından geriye yürür.<sup>1025</sup> Yani muhayyerlik düştüğü zaman mal kimin mülkiyetinde kalırsa malın muhayyerlik esnasında meydana gelen gelir ve giderleri de ona ait olur. İmameyn ve diğer üç mezhep ise onay veya feshin geriye etkili olmayacağı kanaatindedir. İmameyne göre aynı durumda malın muhayyerlik esnasında meydana gelen gelir ve giderleri,<sup>1026</sup> mala en son sahip olana değil muhayyer olan tarafa aittir. İmamlar arasındaki bu ihtilafın kaynağı, muhayyerlik esnasında malın mülkiyetinin aidiyeti hususundaki görüş farklılığına dayanmaktadır.<sup>1027</sup> Şâfiîler de bu konuda İmameyn ile aynı görüştedir.<sup>1028</sup> Çünkü onlar da muhayyer olan tarafın, malın

<sup>1020</sup> Bk. Çalışmanın “Mal ve Semen Durumu” başlığı, 118-129.

<sup>1021</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/51-53; İbn Receb, *el-Kavâ'id*, 377; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/409-410; Buhâtî, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/205-206.

<sup>1022</sup> Şart muhayyerliğinde onay inşa değil izhar olduğu için, onay ile sözleşmenin hükmü sözleşme kurulduğu andan itibaren var olmaktadır. Sözleşme kurulurken mal var olduğu için de onun sonradan telef olması onaya mâni değildir. Kâsânî, *Bedâ'i'ü's-şanâ'i*, 7/284; Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle*, 157-158.

<sup>1023</sup> Gelirlerden kasıt, munfasıl gayri mütevellide fazlalıklardır. Diğer fazlalıklar, muhayyerliği düşürmektedir. Bk. Çalışmanın şart muhayyerliğinin düşmesi kısmı “Malın Artması” başlığı, 166.

<sup>1024</sup> Malın hayatta kalması için yapılması gerekli harcamalar, diğer giderlerin aksine muhayyerlik esnasında malın mülkiyetine sahip olan tarafa aittir. Çünkü bu harcamaların muhayyerlik düşene kadar askıda kalması, mala zarar verecektir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 13/109; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/21.

<sup>1025</sup> Fransız Medeni Kanun'u da şartın hukuki sonuçlarının geriye yürüyeceğini kabul etmiştir. İsviçre-Türk hukuk sistemleri ise Alman hukukuna uygun bir şekilde şartın, gerçekleştiği andan itibaren hüküm doğuracağına hükmetmiştir. Tarafların aksini kararlaştırması da mümkündür. Bk. Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 219.

<sup>1026</sup> Giderler hususunda İmameyn'in görüşünü, gelirler hakkındaki görüşüne kıyasen çıkardık. Çünkü malın gelirlerine sahip olan, giderlerini de üstlenir. Nitekim Ebû Hanîfe'ye göre malın giderlerinin mevkufl olmasının sebebi, malın mülkiyetinin ve gelirlerinin de mevkufl olmasına dayandırılmıştır.

<sup>1027</sup> Bk. Çalışmanın “Mal ve Semen Durumu” başlığı, 118-129.

<sup>1028</sup> Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, 10/234; Nevevî, *el-Mecmû*, 10/236-237; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/112-113; Nevevî, *Minhâcu't-tâlibîn*, 2/610; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/610-611.

mülkiyetine sahip olduğunu düşünmektedir.<sup>1029</sup> Mâlikî ve Hanbelîler açısından durum daha sadedir. Mâlikîler, muhayyerlik esnasında malın mülkiyetinin, gelir-gider ve tazmin sorumluluğunun satıcıya,<sup>1030</sup> Hanbelîler ise alıcıya ait olduğuna hükmetmişlerdir. Bu iki mezhebe göre sözleşmenin hükümleri ne onay ne de fesih halinde geriye yürümez.<sup>1031</sup>

Sözleşmenin onaylanması halinde malda satıcının yanındayken var olan ayıplar da -eğer basit bir incelemeyle anlaşılacak cinstense- kabul edilmiş sayılır. Bu sebeple ayıp muhayyerliği bulunmaz. Ama alıcının malın gizli ayıplarından dolayı iade hakkı devam eder.<sup>1032</sup>

Fesih sonrası malın haksız iktisap hükümlerine göre iadesi gerekir.<sup>1033</sup> Mal, alıcıda tazmin sorumluluğuyla bulunur. Hanefilere göre eğer mal telef olursa alıcı, sanki sözleşmeyi hiç feshetmemiş gibi kabul edilir. Çünkü sözleşme nasıl teslimle tamamlanıyorsa fesih de teslimle tamamlanmaktadır. Bu durumda muhayyerlik kullanılmadan önceki duruma geri dönülür. Alıcı muhayyerse mal alıcının mülküne geri döner. Mal alıcının mülkünde telef olduğu için alıcı, malın semenini öder. Fakat aynı durumda yani fesihten sonra, alıcının malı hibe etme, satma, infak etme, kiralama hakkı yoktur. Çünkü malın mülkiyeti, fesihle beraber satıcıya geçmiştir. Bu sebeple aynı tasarruflar satıcı için caizdir. Fakat satıcı muhayyerse onun sözleşmeye rızası olmadığı için telef halinde fesih geçerlidir. Alıcının satıcıya malın kıymetini ödemesi gerekir.<sup>1034</sup>

Şafilere göre fesihten sonra malın telef olması feshi iptal etmez. Eğer teleften önce satıcı malını geri istememişse –mal ister misli isterse kıyemi olsun- alıcının malın kıymetini ödemesi gerekir. Eğer öncesinde satıcı malını geri istemişse alıcının kıyemi mallarda kıymeti ödemesi gerekirken misli mallarda malın mislini mi kıymetini mi

<sup>1029</sup> Şâfiîler'e göre fesih geriye yürümediği için alıcı, muhayyerlik esnasında şuf'a hakkını kullanarak almış olduğu eve sahip olmaya devam eder. Nevevî, *el-Mecmû*, 10/289; Râfî, *Fethu'l- 'azîz*, 4/278, 2/414; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/611.

<sup>1030</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/220; Karâfî, *eğ-Zağîre*, 5/26-27, 45-46; Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 6/319.

<sup>1031</sup> İbn Receb, *el-Kavâ'id*, 168; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/410; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, 3/207-208; Halid Rabat, *el-Câmi li 'ulûmi'l-imâm Ahmed*, 9/166.

<sup>1032</sup> Buhârî, *el-Muhtâfî'l-Burhânî*, 6/546-547; Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Allîş, *Minahül Celil Şerh ala Muhtasar El Allame Halil* (Beyrut: Dâru'l Fikr, 1989), 5/197; Molla Hüsrev, *Dürrer*, 2/160; Nevevî, *el-Mecmû*, 10/217-218.

<sup>1033</sup> Beğenme koşuluyla satışta da durum aynıdır. Fakat Antalya, bu satışta geri verme borcunun sebebinin sözleşmeden kaynaklı olduğunu söyleyerek bu görüşe itiraz etmiştir. Zira mal, alıcıya deneme yapması için bilerek ve isteyerek verilmiştir. Burada satıcının yapması gereken istihkak davası açmaktır. Bk. Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 273-274.

<sup>1034</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/462; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/49; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kâdir*, 6/294; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/452.

ödeyeceği konusunda ihtilaf vardır.<sup>1035</sup> Malikî mezhebine göre ise muhayyerlik düşüp sözleşme tamamlanana kadar tazmin sorumluluğu satıcıdadır. Mal müşteride emaneten bulunur. Yani müşteri kusurlu olmadığı sürece mala gelen zarardan sorumlu olmaz.<sup>1036</sup> Hanbeli mezhebinde ise farklı görüşler olmakla birlikte tazmin sorumluluğu tıpkı fesihten önce olduğu gibi malı elinde tutan alıcıya aittir.<sup>1037</sup>

Muhayyer satıcı sözleşmeyi feshettikten sonra alıcı, ödediği semeni geri alana kadar malı tazmin sorumluluğuyla beraber rehin olarak elinde tutabilir. Mal, telef olursa onu tazmin eder. Ayıplı hale gelirse kıyemi mallarda ayıplı kısmın kıymetini öder. Misli mallarda ise faiz şüphesi sebebiyle tazmine izin verilmemiştir. Bunun yerine alıcı, malı elinde tutup onun kıymetini ödeyebilir. Alıcı, satıcının izniyle hapsedtiği malı kullanabilir. Fakat o zaman malın hukuki durumu emanet halini alır. Bu sebeple alıcının mal üzerindeki hapis hakkı da düşer. Bu durumda satıcı isterse alıcının onu iade etmesi gerekir.<sup>1038</sup> Hanbelîler de hapis hakkının varlığı hususunda Hanefîler ile aynı fikirdedir. Bu durumda onlara göre de malın tazmin sorumluluğu, tıpkı fesihten önce olduğu gibi alıcıya ait olmaya devam eder.<sup>1039</sup> Şâfiîler'in çoğunluğuna göre ise hapis hakkı diye bir şey yoktur. Çünkü sözleşmenin hükümleri fesihle ortadan kalkmıştır.<sup>1040</sup> Tarafların karşı bedeli elinde tutması için hukuki bir gerekçesi yoktur.<sup>1041</sup> Bu durumda mal, alıcının elinde tazmin sorumluluğuyla bulunmaya devam eder. Mâverdî, bunun sebebinin feshin henüz malın iadesi ile istikrar bulmaması olduğunu söylemiştir. Satıcın iade talebinde bulunması veya bulunmaması hükmü değiştirmemektedir. Mal, alıcıda muâvaza niyetiyle

<sup>1035</sup> Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 5/65.

<sup>1036</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/227.

<sup>1037</sup> Merdâvî, *el-İnsâf*, 4/390.

<sup>1038</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuûleyn*, 1/332; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/294; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/15.

<sup>1039</sup> Mal, fesihten sonra alıcının elinde telef olursa tazmin sorumluluğunun kime ait olduğuyla ilgili Hanbelî mezhebinde beş farklı görüş zikredilmiştir:

- Bu durum sözleşmenin ilk yapıldığı an teslimden önce malın alıcı elinde bulunmasına benzer. Yani fesihten sonra teslimden önce mal eğer misliyse satıcının tazmin sorumluluğundadır. Kıyemiyse satıcının tazmin sorumluluğundadır.
- Akdi alıcı feshettiyse tazmin sorumluluğu alıcıya, satıcı feshettiyse satıcıya aittir.
- Malın tazmin sorumluluğu fesihten önce kime aitse fesihten sonra da ona aittir. Bu durumda sözleşmenin hükmüyle tazmin sorumluluğu alıcıya geçmiştir ve fesih bu sorumluluğun ortadan kalkmasına sebep olmaz.
- Fesihten sonra her durumda mal alıcıda emaneten bulunur.
- Sözleşme kendiliğinden sona ererse alıcının tazmin sorumluluğu yoktur. Akit feshedilirse vardır. Bk. Merdâvî, *el-İnsâf*, 4/390-391.

<sup>1040</sup> Eğer sözleşme kurulduğunda alıcı, "Sen malı vermeden ben semeni vermem." derse satıcı da tam tersini söyleirse ortada bir sözleşme olduğu için yukarıdaki durumun hilafına hapis hakkı vardır. Bk. Nevevî, *el-Mecmû'*, 10/246-247.

<sup>1041</sup> İbn Hacer, *Tuhfetü'l-muhtâc*, 4/347.



bulunduğu için alıcının onun kıymetini ödemesi gerekir. Mal, satıcının iade talebinden sonra telef olursa -alıcı onu elinde izinsiz olarak bulundurduğu için gâsıp durumuna düşeceğinden- mislî bir malsa onun mislîni vermek gerekecektir de denilmiştir.<sup>1042</sup>

Malın fazlalıkları da –onların satıcıya ait olduğunu kabul edenlerce- iadede önce alıcının tazmin sorumluluğundadır. Hanefîler’den İmâmeyn ve Şâfiîler’de yaygın görüşe göre muhayyerliğe sahip olan, mala da sahip olduğu için alıcı muhayyerse fazlalıklar da ona aittir. Bu sebeple fesih halinde onlara göre alıcının, sadece malın kendisini iade yükümlülüğü ve tazmin sorumluluğu vardır. Mâlikîler’de her durumda mal ve fazlalıkları satıcıya, Hanbelîler’de ise alıcıya ait olduğu için teslimden sonra fazlalıklar alıcıda, Mâlikîler’e göre tazmin ve iade sorumluluğuyla, Hanbelîler’e göre ise alıcının mülkü olarak bulunmaktadır.<sup>1043</sup>

Fesih sonrası mal alıcıda tazmin sorumluluğuyla bulunduğu için onun iade yükümlülüğü de alıcıya aittir.<sup>1044</sup> Hanefîler’de bu, “Malı kendi menfaati için elinde bulunduran, onun iadesiyle mükelleftir.” şeklinde açıklanmıştır. Nitekim rehin malın iade sorumluluğu ve masrafları rehin alana, vedâ malınki de mal sahibine aittir.<sup>1045</sup> Menfaatler ve tazmin sorumluluğu birbirinden ayrılmadığı için iki açıklama da aynı kapıya çıkmaktadır. Hanbelîler’de ise alıcının iade sorumluluğu bazılarınca onun, satıcının iznine gerek duymadan sözleşmeyi tek taraflı yetkisiyle sonlandırmasına bağlanmıştır. Nitekim ikâlede karşılıklı rıza ile sözleşme feshedildiği için alıcı, malı elinde emaneten tutmaktadır. Bu yüzden iade külfetini üstlenmemektedir.<sup>1046</sup> Onlara göre de iade sorumluluğu, nihayetinde tazmin sorumluluğuyla ilişkilendirilmektedir.

Ebû Yusuf’a göre sözleşmenin feshi halinde satıcının aldığı paranın yerine aynı değerde farklı bir para vermesi sarf manasına geleceğinden caizdir. Aldığı bin dirhem yerine yüz dinar vermesi buna örnektir. Ebû Hanîfe’ye göre ise bu caiz değildir.<sup>1047</sup>

Kira sözleşmesinde eğer üçüncü gün sözleşme muhayyerlikle feshedilirse ilk iki günün kirasının ödenmesi gerekmez. Çünkü kiracı, muhayyerlik sebebiyle maldan faydalanamamıştır. Eğer faydalansaydı zaten muhayyerlik düşer ve kira sözleşmesi lâzım

<sup>1042</sup> Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, 5/65.

<sup>1043</sup> Bk. Çalışmanın “Malın Gelir-Gide ve Tazmin Sorumluluğunun Aidiyeti” başlığı.

<sup>1044</sup> Ensâri, *Esne'l-meâlîb*, 2/77.

<sup>1045</sup> Haddâd, *el-Cevheretü'n-neyyire*, 1/352. İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 1418/1997, 7/481-482.

<sup>1046</sup> Buhûti, *Keşşâfû'l-kınâ*, 3/249.

<sup>1047</sup> İbn Nüceym, *Baḥru'r-Raik* (Beyrut: Darul'l-Kütübil-İlmiyye, 1997), 6/6; Burhaneddin Mahmud, *Muḥitül Burhânî fî fikhun Numânî* (Beyrut: Dâru Kütübi'l-İlmiyye, 2004), 6/505;

olurdu.<sup>1048</sup> Mâlikî mezhebinde ise belirli durumlarda maldan deneme amacıyla faydalanılsa dahi fesih halinde emsal kiranın ödeneceğine hükmedilmiştir.<sup>1049</sup>

Muhayyerlik kimde olursa olsun fesih halinde iade edilen malın, satıcının teslim ettiği mal olmadığına dair ihtilaf çıkarsa, yemini ile beraber alıcının sözüne itibar edilir.<sup>1050</sup> Çünkü satıcı, mal hususunda alıcıya güvenmiştir. Eminin sözü ise geçerlidir.<sup>1051</sup> Malın teslim edilen mal olup olmadığını belirleyecek olan, tazmin sorumluluğu bulunsun veya bulunmasın malı elinde bulundurandır. Gasp meselesinde de malı elinde bulunduran gaspçının sözü geçerlidir.<sup>1052</sup> Bedreddin Simavi ise ayıp muhayyerliğine kıyasen şart muhayyerliğinde de yeminiyle beraber satıcının sözüne itibar edilmesi gerektiğini söylemiştir.<sup>1053</sup>

---

<sup>1048</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/469.

<sup>1049</sup> Karâfi, *eż-Zaḥîre*, 5/26-27.

<sup>1050</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/469; Karâfi, *eż-Zaḥîre*, 5/52; İbn Receb, *el-Kavâ'id*, 385.

<sup>1051</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/230.

<sup>1052</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 2/460; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/48, 62; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuṣûleyn*, 1/334; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/496.

<sup>1053</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuṣûleyn*, 1/333.

## SONUÇ

Şart muhayyerliği, tarihi Roma hukukuna kadar izlenebilen bir fesih hakkıdır. Roma hukukunda “Pactum Displecentiae” ismiyle yer alır. Daha sonra Kara Avrupası hukukunda da yer alan bu hak, Türk hukukuna, 818 sayılı borçlar kanununda “Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım” ve daha sonra da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun’da “Beğenme Koşuluyla Satış” ismiyle girmiştir.

Câhiliye dönemi Hicaz bölgesi incelendiği zaman, şart muhayyerliği benzeri bir kuruma rastlanmamaktadır. Bunun sebebi, bölge ticaretinin daha çok gezerek satış yapılan kervan ticaretine dayanması ve şart muhayyerliği için gerekli vaktin olmaması olabilir. Nitekim yerleşik hayatın varolduğu Yemen bölgesinde şart muhayyerliği benzeri kurumlara rastlanmaktadır. Bizce Yemen’de bu tarz bir kuruma rastlanmasının önemli bir sebebi de o bölgenin Roma etkisi altında olmasıdır.

Fakat ilk dönemlerde şart muhayyerliği ve pactum displecentiae birbirine benzemekle birlikte, zaman geçtikçe şart muhayyerliğinin kapsamının genişlemesi ile iki kurum farklılaşmıştır. Öyle ki; başlangıçta şart muhayyerliği, sadece alıcı için üç gün süreyle sabitken daha sonraları tarafların anlaştığı herhangi bir süre için sözleşmenin iki tarafı hatta üçüncü kişiler için dahi şart koşulabilir olmuştur. Oysaki şart muhayyerliğinin ana delili olan Habbân b. Munkiz hadisinde Hz. Peygamber, bu hakkı sadece akli melekelerinde zayıflık olan ve ticaretten vazgeçemeyerek sürekli aldanmış bir sahabeye, üç gün süreyle cayma hakkı olarak vermiştir. Fakat bu hakka duyulan ihtiyaç dolayısıyla hakkın kapsamı gün geçtikçe genişletilmiştir.

Şart muhayyerliğine neden bu kadar ihtiyaç duyulduğuna ve bu muhayyerliğin neden fıkıh kitaplarının satış sözleşmesi bölümlerinin en başında yer aldığına gelinecek olursa, bunu açıklayacak anahtar kavram ihtiyaçtır. İslâm hukuku, kuruluşundan itibaren her yeni kurulan hukuk gibi garar ve nizadan mümkün olduğunca uzak durmayı amaçlamış ve bunun için sözleşme yapısını son derece basit tutmaya çalışmıştır. Sözleşmede şart yasağı, sözleşme içinde sözleşme (safkateyn) yasağı gibi yasaklar bu amaçla var olmuşlardır. Fesih sahasının dar tutulması da benzer sebeplerle gerekli görülmüştür. Çünkü devam eden bir sözleşmenin feshedilmesi, birçok problemi ve iş yükünü de beraberinde getirecektir. Bu da hukuku ve yargıyı meşgul edecektir. Ne var ki; yeni kurulan bir hukuk için fesih, ne kadar külfetli olsa da nihayetinde insanlar için

bir ihtiyaçtır. Hukuk geliştikçe, ticari ilişkiler de karmaşık bir hal aldıkça İslâm hukukçuları, taraflara daha çok fesih imkânı vermeye başlamıştır. Fakat bu, genel geçer kurallar yerine, istisnaî bir hüküm olan şart muhayyerliği başta olmak üzere çeşitli muhayyerlikler ve bey bi'l-vefâ gibi istisnaî sözleşme türleri üzerinden yapılmaya çalışılmıştır.

Şart muhayyerliği hukuki nitelik olarak teknik manada bir şarttır. Öyle ki; onunla sözleşmenin hükümleri askıya alınmış olmaktadır. O, modern dönem bazı İslâm hukukçuları tarafından takyidî şartlar kategorisinde değerlendirilmiştir. Fakat onun, sözleşmenin hükümlerinin doğmasını, gelecekte meydana gelmesi şüpheli bir olaya bağlaması açısından ta'likî şartlara daha yakın olduğu görülmektedir. Hatta -Şâfiîler'e göre ta'likî şart, sadece sözleşmenin hükümlerinin doğmasını askıya aldığı için- şart muhayyerliği tam olarak bir ta'likî şarttır, denilebilir. Takyidî şartlar ise sözleşmenin kurulumuna veya hükümlerinin doğmasına etki etmediği için şart muhayyerliği, takyidî bir şart değildir.

Şart muhayyerliği, ta'likî bir şart olmakla birlikte alelade şartlardan farklı olarak mutlak iradî bir şarttır. Mutlak iradî şart, bir sözleşmenin hükümlerinin doğmasını tamamen bir tarafın iradesine bırakan şart anlamına gelir. Bu şartların meşruiyeti, Roma hukukundan bu yana tartışılmıştır. “Eğer istersem alırım” şeklinde bir irade beyanı, çoğu hukukçu tarafından gerçek bir irade beyanı olarak görülmemiştir. Mutlak iradî şartın kabul görmemesine rağmen –yine bir mutlak iradî şart olan- beğenme koşuluyla satışın Roma hukukundan bu yana hukuken var olması, beğenme koşuluyla satışın hukuki niteliği üzerine birçok tartışma yaşanmasına sebep olmuştur. Bazıları beğenme koşuluyla yapılan satışı, sadece kabul bekleyen bir icap olarak görmüşlerdir. Onu sözleşme olarak görenlerden bazıları bunu mutlak iradî şartın istisnaî bir örneği olarak kabul ederken diğer kesim ise ön sözleşme, isimsiz sözleşme, şartlı sözleşme veya opsiyon görüşleriyle açıklamışlardır. Mutlak iradi şartın meşruiyetini kabul ederek beğenme koşuluyla satışı buna örnek gösterenler ise bu satışta iki tane irade beyanı olduğunu, birincisinin sözleşmeyi kurduğunu, ikincisinin ise sözleşmeye onay verdiğini söylemişlerdir. Onlara göre bu işlemde irade beyanları arasında bir çelişki yoktur.

İslâm hukuku mülkiyetin naklinin askıya alınmasını kabul etmediği için şart muhayyerliği, istisnaî olarak meşru kılınmıştır. Hukukçular, şart muhayyerliği bulunan sözleşmedeki hukuki sıkıntının sözleşmenin aslına nüfuz etmesini engellemek için onu,

sadece hükümde etkili kabul etmişlerdir. Yani onlara göre bu sözleşme kurulmuş fakat hükümleri doğmayı beklemektedir. Hükümün ne derecede askıya alınacağı ile ilgili bir delil olmadığı için de mezhepler bu konuda farklı açıklamalar getirmişlerdir. Hanefiler'e göre sadece muhayyer olan taraf için sözleşmenin hükümleri askıdayken Mâlikîler'e göre sadece malın mülkiyeti, muhayyerlik düşene kadar satıcıda kalmaya devam etmektedir. Şâfiîler'de konuyla ilgili farklı görüşler olmakla birlikte hâkim olan görüşe göre malın mülkiyeti muhayyer olan tarafa geçmekte, semen de malın mülkiyetinin bulunmadığı tarafta yer almaktadır.

Hanbelîler, diğer mezheplerin aksine şart muhayyerliğinin, mülkiyetin nakline engel olmadığını savunmaktadırlar. Bu sebeple şart muhayyerliği, onlara göre istisna olarak sabit olmamıştır. Bu sebeple bu şart, sözleşmenin muktezasına ve kıyasa uygundur. Şart muhayyerliğinin etkisi ise malın veya semenin kullanım haklarına getirilen sınırlamalarda kendisini göstermektedir. Öyle ki; muhayyerlik esnasında alıcı, muhayyer değilse mala sahip olmasına rağmen -satıcının hala mal üzerinde hakkı bulunduğu için- onda tasarrufta bulunamamaktadır. O, muhayyerse mal üzerindeki tasarrufları sözleşmeyi onay manasına gelmektedir. Satıcı muhayyerse onun mal üzerindeki tasarrufları muhayyerliğini düşürmekle birlikte, malın mülkiyeti onda olmadığı için geçerli değildir. Mâlikîler'de de benzer şekilde malın mülkiyeti, muhayyerlik kimde olursa olsun süre boyunca satıcıda olduğundan muhayyer alıcının mal üzerindeki tasarrufları, muhayyerliği düşürmesine rağmen geçersizdir.

Şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin hükmü mevkuf olmakla birlikte bu mevkufluk fuzûlînin veya mümeyyiz çocuğun yaptığı sözleşmenin mevkuf olması gibi değildir. Son iki sözleşmede mevkufluk, sözleşmenin aslında iken şart muhayyerliğinde ise sözleşmenin sadece hükmündedir. Bu sebeple fuzûlînin sözleşmesi onaylanmazsa bâtil oluyorken şart muhayyerliği bulunan sözleşme onaylanmasa bile hükme mâni şartın süre sonunda düşmesiyle nafiz olmaktadır.

Şart muhayyerliği genelde onay veya red şeklinde sözlü irade beyanı ile düşmektedir. Onun haricinde mal üzerinde yalnızca ona mâlik olan kişilerin gerçekleştirebileceği tasarruflarda bulunmak da muhayyerliği düşürmektedir. Bu tasarruflar, muhayyer satıcı tarafından semende veya muhayyer alıcı tarafından malda gerçekleştiriliyorsa onay, muhayyer satıcı tarafından malda veya muhayyer alıcı tarafından semende gerçekleştiriliyorsa fesih manasına gelmektedir. Fakat Hanefiler'den

Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed, sözlü fesih için karşı tarafın fesihten haberdar olmasını şart koşmaktadırlar. Bunların dışında sözleşme, hükmen de onaylanıp feshedilebilmektedir.

Muhayyerlik sahibinin ölmesi halinde Hanefî ve Hanbelî mezhebine göre muhayyerlik düşmekte ve sözleşme nafız hale gelmekte, Şâfiî ve Mâlikîler'e göre ise muhayyerlik varislere geçmektedir. Malın telef olması dört mezhepte hâkim görüşe göre muhayyerliği düşürmekle birlikte ayıplı hale gelmesi halinde mevzu ihtilaflıdır. Bunun dışında malın artması, muhayyerlik sahibinin delirmesi, bayılması gibi sebeplerle de muhayyerlik düşebilmektedir.

## KAYNAKÇA

- Abdülhakim Sabit Abdülkerim, Hüseyin. *Hıyârâtü'l-Akd fi'l-Fıkhi'l-İslâmî ve'l-Kânûn: Dirâsetün Mukâranetün*. Sudan: Kuran-ı Kerim ve İslami İlimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Abdürrezzâk b. Hemmam. *el-Muşannef fi'l-hadîş*. 11 Cilt. Hindistan: Meclisü'l-İlmî, 1403.
- Aclân, Muhammed b. Abdurrahman b. Abdullah. *Hıyâru's-Şart fi Akdi'l-Bey: Dirâsetün Mukâranetün*. Riyad: İmam Muhammed b. Suud İslam Üniversitesi, Yüksek Yargı Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1987. <http://search.mandumah.com/Record/529418>
- Aden, Muhammed Abdi. “et-Tehavvut bi Hıyârî's-Şart fi'l-Muâmelâti'l-Mâliyyeti'l-Muâsıra”. *Dirâsetün İktisâdiyyetün İslâmiyye, el-Ma'hedü'l-İslâmî li'l-Buhûs ve't-Tedrib* 24/2 (2018), 48-89.
- Adevi, Ali b. Ahmed. *Haşiyetü'l-Adevi (Şerhu Muhtasarı Halil lil Hıraşi ile birlikte)*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdullah. *el-Müsned*. Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 2001.
- Akıntürk, Turgut - Karaman, Derya Ateş. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 20. Basım, 2013.
- Akman, Ahmet. “İslam Hukuku, Mecelle ve Türk Hukukunda Beğenme Şartıyla Satış Üzerine Bir İnceleme”. *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 63/1 (2022), 211-246.
- Akman, Ahmet. *İslam Hukukunda Akdi Mesuliyet ve Tazminat (Türk Borçlar Hukuku Mukayeseli)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Alfi, Abdullah Abdullah Muhammed. *Ahkâmü'l-Hıyâr fi'l-Kânûni'l-Medeniyyi el-Yemeniyyi: Dirâsetün Mukâranetün bi'l-Kânûni'l-Mısrî*. Kahire: Ayn Şems Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Doktora Tezi, 1988. <http://search.mandumah.com/Record/874627>
- Algül, Hüseyin. “Himyerîler”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 18/62-63. Ankara: TDV Yayınları, 1998.
- Ali, Cevad. *el-Mufasssal fi târîhi'l-Arab kable'l-İslâm*, 1993.
- Âli Hasan, Muhammed b. Mesud b. Ali. *ed-Davâbitü'l-Fıkhiyyetü fi Hıyârî'l-Meclis ve's-Şart ve't-Tedlis ve'l-Gabn Cem'an ve Dirâseten*. Riyad: İmam Muhammed b. Suud İslam Üniversitesi, Yüksek Yargı Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010. <http://search.mandumah.com/Record/552636>
- Ali Haydar Efendi, Küçük. *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2. Basım, 2017.
- Alliş, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed. *Minahül Celil Şerh ala Muhtasar El Allame Halil*. Beyrut: Dâru'l Fikr, 1989.

- Antalya, Gökhan. *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1991.
- Apaydın, Yunus. “Fesad”. *Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/417-421. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Apaydın, Yunus. “İrade Beyanı”. *Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 22/387-391. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Apaydın, Yunus. “Mevkuf”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 39/438-440. Ankara: TDV Yayınları, 2004.
- Apaydın, Yunus. “Muhayyerlik”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 31/25-30. Ankara: TDV Yayınları, 2020.
- Aral, Fahrettin - Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 11. Basım, 2015.
- Aruçi, Muhammed. “Sâibe”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 35/542-543. Ankara: TDV Yayınları, 2008.
- Aşkar, Ömer Süleyman Abdullah. “Hıyârü’ş-Şart fi’l-Buyû ve Tatbîkühû fî Muâmelâti’l-Mesârifi’l-İslâmiyye”. *Mecelletü’ş-Şerîa ve’d-Dirâsâti’l-İslâmiyye* 5/10 (1988), 13-42. <https://doi.org/10.34120/0378-005-010-002>
- Ateş, Üveys. *İslam Hukukunda Akitlerin Feshi ve Hukuki Sonuçları*. İstanbul: Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019.
- Aybakan, Bilal. “İkâle”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 22/14-16. Ankara: TDV Yayınları, 2000.
- Aydın, Ahmet. “Serahsi’nin el-Usul ve Gazali’nin el-Müstasfa adlı Eserlerinde İletin Tahsisi”. *Mizanü’l-Hak İslami İlimler Dergisi* 5 (2017), 43-63.
- Aydınlı, Abdullah. “Aziz”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 4/331. Ankara: TDV Yayınları, 1991.
- Aydoğdu, Murat - Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 3. Basım, 2017.
- Aynî, Ebû Muhammed Bedrüddîn. *el-Binâye fî şerhi’l-Hidâye*. 13 Cilt. Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2000.
- Aynî, Ebû Muhammed (Ebü’s-Senâ) Bedrüddîn. *Umdetü’l-Kârî*. Beyrut: Dâru İhya-i Tûrasi’l Arabi, ts.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd. *el-‘Înâye*. 10 Cilt. Dâru’l-Fikr, ts.
- Bağdâdî, Ebû Muhammed Abdülvehhâb. *el-İşrâf ‘alâ nüketi mesâ’ili’l-hilâf*. Dâru İbn Hazm, 1999.
- Bardakoğlu, Ali. “Delalet”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 9/119-122. Ankara: TDV Yayınları, 1994.
- Bardakoğlu, Ali. “Hibe”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 17/421-426. Ankara: TDV Yayınları, 1998.



- Bardakoğlu, Ali. "İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı". *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1/1 (1983), 9-30.
- Başoğlu, Tuncay. *Hicri Beşinci Asır Fıkıh Usulü Eserlerinde İlet Tartışmaları*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, 2001.
- Bayhan, Rabia. *İslâm Hukukunda Fâsid Evlilik ve Hükümleri*. Bayburt: Bayburt Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Bayındır, Abdülaziz. "Bey' bi'l-vefâ". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 6/20-22. Ankara: TDV Yayınları, 2012.
- Bedreddin Simâvî. *Câmi 'u'l-fuşûleyn*. Mısır: Matbaatü'l-Ezheriyye, 1. Basım, 1300/1882.
- Bedreddin Simâvî. *et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât*. çev. Kurul. 2 Cilt. Ankara: T.C Kültür ve Turizm Bakanlığı yayınları, 2012.
- Begavî, Ebû Muhammed Muhyissünne. *Şerhu's-sünne*. Beyrut: el-Mektebetü'l-İslamiyye, 1983.
- Bennânî, Muhammed b. Hasan. *el-Fethu'r-rabbânî fî mâ zehele 'anhü'z-Zürkânî*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2002.
- Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn. *es-Sünenü'l-kübrâ*. thk. Muhammed Abdülkadir Atâ. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1424/2003.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970.
- Buhârî, Alâüddîn Abdülazîz b. Ahmed. *Keşfü'l-esrâr fî şerhi Uşûli'l-Pezdevî*. 4 Cilt. Dâru'l-Kitabî'l-İslami, ts.
- Buhârî, Burhânüddîn Mahmûd b. Ahmed. *el-Muhtâfî'l-Burhânî fî'l-fıkhi'n-Nu'mânî*. 9 Cilt. Beyrut: Dâru Kütübî'l-İlmiyye, 2004.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl. *et-Târîhu'l-Kebîr*. Haydarabad: Dairatü'l-Mearifî'l-İslamiyye, ts.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl. *Sahîhu'l-Buhârî*. thk. Muhammed Züheyr b. Nâsır en-Nâsır. 9 Cilt. Dâru Tavkî'n-Necât, 1422.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn. *Keşşâfû'l-kınâ 'an metni'l-İknâ'*. Beyrut: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1403/1983.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn. *Şerhu Münthe'l-İrâdât*. Âlemü'l-Kütüb, 1993.
- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî. *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*. thk. İsmetullah İnayetullah Muhammed - Said Bektaş. Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye ve Dâru's-Sirâc, 1. Basım, 1431/2010.
- Cevherî, Ebû Nasr İsmâîl. *eş-Şihâh*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru'l-İlm li'l-Melâyin, 1987.
- Ceylan, Hadi Ensar. *İslam Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017.

- Cezîrî, Abdurrahman. *Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı*. çev. Hasan Ege. İstanbul: Bahar Yayınları, ts.
- Cezîrî, Abdurrahman. *Kitâbü'l-fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2. Basım, 1424/2003.
- Cündî, Halîl b. İshâk b. Mûsâ. *et-Tavzîh Şerhu Muhtasar-ı İbni'l-Hacib*. thk. Ahmed b. Abdilkerîm Necîb. 8 Cilt. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1. Basım, 1433/2012.
- Cürcânî, Seyyid Şerîf. *et-Ta'rîfât*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1403/1983.
- Cüveynî, İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rüknuddîn. *Nihâyetü'l-maṭlab fî dirâyeti'l-mezheb*. Dâru'l-Minhâc, 2007.
- Çeker, Orhan. *İslam Hukukunda Akitler*. Tekin Kitabevi, 2019.
- Dârekutnî, Ebü'l-Hasen Alî b. Ömer. *Sünen-i Dârekutnî*. Beyrut: Müessesetü'r-risale, 2004.
- Debûsî, Ebû Zeyd Abdullâh (Ubeydullâh) b. Muhammed b. Ömer b. İshâ. *Takvîmü'l-edille fî'l-uşûl*. thk. Halil Muhyiddîn el-Meys. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1421/2001.
- Demirbaş, Harun. *Yenilik Doğuran Haklar*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- Derdîr, Ebü'l-Berekât Ahmed b. Muhammed. *eş-Şerhu'l-kebîr 'alâ Muḥtasarı Sîdî Halîl. (Haşiyetü't-Desûkî ile beraber)*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Desûkî, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed. *Haşiyetü'd-Desûkî ale's-şerhi'l-kebîr*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Doğan, Gül. *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2004.
- Dönmez, İbrahim Kafi. "Murâbaha". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 31/148-152. Ankara: TDV Yayınları, 2020.
- Duman, M. Zeki. "Habîs". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 14/379. Ankara: TDV Yayınları, 1996.
- Durmuş, Abdullah. *Fıkhi Açıdan Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Ebû Davud, Süleyman b. Eşâ's b. İshâk. *es-Sünen*. thk. Şuayb el-Arnaûd. 7 Cilt. Dâru'r-Risâle, 1430.
- Ebû Gudde, Abdü's-Settâr. *el-Hıyâr ve eseruhû fî'l-ukûd*. 2 Cilt. Kuveyt: Matbaatü Makhavî, 2. Basım, 1405/1985.
- Ebû Zehre, Muhammed b. Ahmed. *el-Mülkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd*. Kahire: Dâru'l Fikrî'l-Arabî, 1996.
- Ensâri, Ebu Yahya Zeynüddin Zekerîyyâ b. Muhammed b. Ahmed. *Esne'l-meṭâlib şerhu Ravzî't-tâlib*. Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, ts.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 5. Basım, 2015.

- Erdoğmuş, Belgin. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2012.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 6. Basım, 2018.
- Erişgin, Nuri. *Medeni Hukuk II*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 3. Basım, 2014.
- Erkuş, Burhan. *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şarta Bağlılığı*. Samsun: Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2005.
- Ezrak, Muhammed et-Tayyip Osman. *Hıyâru'l-Meclis ve 'ş-Şart ve Eserühümâ fî Akdi'l-Bey: Dirâsetün Fıkhiyyetün Mukârenetün*. Sudan: Kuran-ı Kerim ve İslami İlimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2001. <http://search.mandumah.com/Record/845061>
- Gâmidî, Abdullah Hamad. *Eseru'l-Hıyâr fî Himâyeti'l-Müstehlik: Dirâsetün Fıkhiyyetün İktisâdiyyetün Mukâranetün*. Amman: Ürdün Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2015. <http://search.mandumah.com/Record/1042272>
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Basım, 2008.
- Günay, Cevdet İlhan. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Basım, 2012.
- Güney, Necmeddin. *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013.
- Hacak, Hasan. “Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi”. *Ensar Neşriyat*.
- Hacak, Hasan. “Garara Yeni Bir Yaklaşım”. Çalıştay: Klasik Fıkıhta Garar ve Günümüzdeki İktisadi İşlemlere Etkisi - Dördüncü Oturum, Youtube, 12 Aralık 2018. <https://www.youtube.com/watch?v=fy-h0avDuvw>
- Hacak, Hasan. *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000.
- Haccâvî, Ebü'n-Necâ Şerefüddîn. *el-İknâ fî fikh'l-İmam Ahmed*. thk. Abdülatif Muhammed Musa es-Sübki. 4 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.
- Haçkalı, Abdurrahman. “İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”. *Dini Araştırmalar* 5/13 (Ağustos 2002), 119-136.
- Haddâd, Radiyyüddîn Ebû Bekr b. Alî b. Muhammed. *el-Cevheretü'n-neyyire*. Mısır: Matbaatü'l-Hayriyye, 1322/1904.
- Hafif, Ali. *Ahkâmü'l-Muâmelâti 'ş-Şer'iyye*. Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 2008.
- Hâkim en-Nisâbü'rî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh. *el-Müstedrek 'ale 'ş-Şaḥîḥayn*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1990.
- Halid Rabat, Seyyid İzzet. *el-Câmi li 'ulûmi'l-imâm Ahmed*. Dâru'l-Felah, 2009.
- Haraşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh. *eş-Şerḥu'l-kebîr 'alâ Muḥtaşarı Ḥalîl*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.

- Haskefî, Alâeddin. *Dürrül Muhtar (Haşiyetü ibn Abidin içinde)*. 11 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Alemiyye li'n-Neşr ve't-Tevzi, 2012.
- Hatemi, Hüseyin vd. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Hattâb. *Mevâhibü'l-celîl li-şerhi Muhtaşarı Halîl*. Dâru'l-Fikr, 1412/1992.
- Hengârî, İbtisam Sıdkı. "Hıyâru's-Şart ve Eseruhû fî Akdi'l-Bey". *el-Mecelletü'l-Libya li'd-Dirâsât* 17 (2019), 418-432.
- Hıdır Abdullah Sâlim. *Ahkâmü'l hıyârâtî's-sâbiteti bi's-şart fi's-şerîati'l-İslâmiyye-Dirâsetün Mukârenatün bi'l Kanuni'l-Yemenî*. Külliyyetü'l-Hukuk-Kısmu's-Şerîati'l-İslâmiyye: Câmiatü's-Suud, Doktora Tezi, 2008.
- İbn Abdilber, Ebû Ömer Cemâlüddîn Yûsuf. *el-İstizkâr*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî. *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr*. thk. Ebû Bilal Cemal b. Abdu'l-Âl. 11 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Alemiyye li'n-Neşr ve't-Tevzi, 1. Basım, 1433/2012.
- İbn Arabî, Ebu Bekir. *el-Mesâlik fî şerh-i Muvatta-i Mâlik*. Dâru'l-Garbi'l İslâmî, 2007.
- İbn Battâl, Ebû'l-Hasen Alî b. Halef. *Şerhu Sahîhi Buhârî*. Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 2003.
- İbn Cüzey. *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, ts.
- İbn Hacer, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed el-Heytemî. *Tuhfetü'l-muhtâc bi-şerhi'l-Minhâc*. Mısır: el-Mektebetü't-Ticâriyyetü'l-Kübrâ, 1983.
- İbn Hacer el-Askalânî, Ebû'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed. *Fethu'l-bârî bi-şerhi Şahîhi'l-Buhârî*. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1379.
- İbn Hazm. *el-Muhallâ bi'l-âşâr*. Beyrut, ts.
- İbn Kudâme, Ebû'l-Ferec. *eş-Şerhu'l-kebîr alâ metni'l-Muknî (el-Muğni içinde)*. thk. Muhammed Abdülkadir Atâ. 15 Cilt. Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 2009.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn. *el-Kâfî fî fıkhi'l-İmâmi'l-mübeccel Ahmed b. Hanbel*. Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn. *el-Muğnî*. thk. Muhammed Abdülkadir Atâ. 15 Cilt. Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 2009.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn. *el-Mukni' (el-Mübdî' ile beraber)*. Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003.
- İbn Mâce, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd. *es-Sünen*. thk. Muhammed Fuad Abdülbaki. 2 Cilt. Dâru İhyâu't-Türâsi'l-Arabî, ts.
- İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed. *Lisânü'l-Arab*. 15 Cilt. Beyrut: Dâru Sâdır, 1414.
- İbn Mekki, Muhammed. *Hıyâru's-Şart fî'l-Fıkhi'l-İslâmî ale'l-Mezâhibi'l-Fıkhiyyeti's-Sünniyye*. Cezayir: Cezayir Üniversitesi, Yüksek Usûlü'd-Din Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1990. <http://search.mandumah.com/Record/584391>

- İbn Müflih, Ebû İshâk Burhânüddîn İbrâhîm. *el-Mübdî ' fî şerhi 'l-Mukni ' .* 10 Cilt. Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003.
- İbn Nüceym, Sirâcüddîn Ömer b. İbrâhîm. *en-Nehrü 'l-fâ 'ik .* 3 Cilt. Dâru Kütübi'l-İlmiyye, 2002.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn. *el-Bahrü 'r-râ 'ik .* thk. Zekerriyya Umeyrât. 9 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1418/1997.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed. *el-Eşbâh ve 'n-nezâ 'ir .* Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999.
- İbn Receb, Ebü'l-Ferec Zeynüddîn Abdurrahmân. *el-Kavâ'id li ibni Receb .* Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ts.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed. *Bidâyetü 'l-müctehid ve nihâyetü 'l-mukteşid .* Kahire: Dâru'l-Hadis, 2004.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Cedd. *el-Mukaddimât el-Mümehhidât .* 3 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Garbi'l İslami, 1988.
- İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed. *el-Fetâvâ 'l-kübrâ li ibn Teymiyye .* Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1987.
- İbnü'l-Cevzî, Ebü'l-Ferec Cemâlüddîn Abdurrahmân. *et-Taḥkîk fî eḥâdîsi 'l-Hilâf .* Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415.
- İbnü'l-Hâcib. *Câmiu 'l-Ümmehât .* el-Yemâme li't-Tabêa ve 'n-Neşr ve ve't-Tevzî', 2000.
- İbnü'l-Hümâm. *Fethu 'l-kadîr li 'l- 'âcizi 'l-fakîr .* thk. Abdürrezzak Galib el-Mehdi. 10 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 3. Basım, 1438/2017.
- İbnü'l-Mülakkin, Ebû Hafs Sirâcüddîn. *Şevâhidü 't-tavzîḥ fî şerhi 'l-Câmi 'i 'ş-şahîḥ .* Dımaşk: Dâru'n-Nevâdir, 2008.
- İmam Mâlik, Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes el-Asbahî. *el-Muvatta .* Mektebetü'l-İlmiyye, ts.
- İmam Şafîî. *el-Ümm .* Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 3. Basım, 1990.
- Kacır, Temel. "Bir Finansman Yöntemi Olarak İsticrar Akdi". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 30 (2017), 273-297.
- Kâdıhan, Ebü'l-Mehâsin Fahrüddîn Hasen. *Fetâvâ Kâdîhân .* Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009.
- Kadri Paşa. *Mürşidü 'l-Hayrân .* Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, 1891.
- Kallek, Cengiz. "İstirsâl". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 23/375-376. Ankara: TDV Yayınları, 2001.
- Kalyûbî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed. *Hâşiyetü 'l-Kalyûbî 'alâ Şerhi 'l-Maḥallî 'ale 'l-Minhâc .* Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1995.
- Karâfî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed. *ez-Zahîre .* Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslami, 2015.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Mülkiyet Hakkının Kazanılması .* 2 Cilt. İstanbul: Beta Yayınları, 1998.

- Karahasan, Mustafa Reşit. *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*. İstanbul: Arıkan Basım Dağıtım, 2007.
- Karaman, Hayrettin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. 3 Cilt. İstanbul: İz Yayıncılık, 9. Basım, 2014.
- Kârî, Ebü'l-Hasen Nûrüddîn Alî. *Fethu bâbi'l- inâye*. Beyrut: Dâru İhyau Tûrasi'l-Arabi, ts.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed. *Bedâ'i' u's-şanâ'i' fî tertîbi's-şerâ'i'*. thk. Şeyh Ali Muhammed Muavviz - Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd. 10 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 3. Basım, 2010.
- Kaşak, Fahri Erdem. "Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2 (2019), 548-562.
- Kaşıkcı, Osman. "Şart". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 38/365-367. Ankara: TDV Yayınları, 2010.
- Kaya, Ali, Halit Çalış. "Haksız İktisap". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 15/211-216. Ankara: TDV Yayınları, 1997.
- Kaya, Süleyman. *İslam Hukukunda İcabın Bağlayıcılığı*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2000.
- Kayapınar, Hasan. "Cessâs'ın Meclis Muhayyerliği Konusundaki İstidlalleri". *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (ÇÜİFD)* 21/1 (22 Haziran 2021), 174-188. <https://doi.org/10.30627/cuilah.811772>
- Keşmirî, Muhammed Enver Şah. *Urfu's-Şezî Şerhu Câmii't-Tirmizî*. Beyrut: Dâru't-Türâsi'l Arabi, 2004.
- Kılıçoğlu, Ahmed M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr. *el-Muhtaşar ("el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitab" içinde)*. İstanbul: Asitane Kitabevi, ts.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr. *et-Tecrîd*. 12 Cilt. Kahire: Dâru's-Selam, 2. Basım, 1427/2006.
- Kumaş, Ali. *İslâm Borçlar Hukukunda Gabin*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Doktora Tezi, 2011.
- Kurul. *el-Fetâva'l-Hindiyye*. 6 Cilt. Lübnan: Dâru'l-Fikr, 1310/1892.
- Kurul. *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*. 45 Cilt. Kuveyt: Dâru's-Selâsil, 2. Basım, 1404.
- Lahmî, Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed. *et-Tebşîra (Ta'lik 'ale'l-Müdevvene)*. Katar: Vizâratü'l-Evkâf ve's-Şuûnü'l-İslâmiyye, 2011.
- Mağribî, Şerefeddin Hüseyin b. Muhammed b. Saîd. *el-Bedru't-Temâm Şerhu Bulûğî'l-Merâm*. Dâru Hicr, ts.
- Mahmud Esad Efendi. *Tarih-i İlm-i Hukuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

- Mâverî, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed. *el-Hâvi'l-kebîr*. thk. Şeyh Ali Muhammed Muavviz, Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd. 19 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1419/1999.
- Mâzerî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî. *Şerhu't-Telkîn*. 5 Cilt. Dâru'l Garbi'l-İslami, 2008.
- Merdâvî, Aladdin Ebu'l-Hasen. *el-İnsâf fî Ma'rifeti'r-Râcih mine'l-Hilâf*. Dâru İhyâu't-Turâsi'l-Arabiyyi, ts.
- Merginânî, Burhâneddin. *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-Mübedî*. Beyrut: Dâru İhyâu't-Turâsi'l-Arabiyyi, ts.
- Mevsilî, Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd. *el-İhtiyâr li-ta'lîl'l-Muhtâr*. 6 Cilt. Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 4. Basım, 2009.
- Mevvak. *et-Tac ve'l İklil li Muhtasarı Halil*. Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.
- Molla Hüsrev. *Dürerü'l-hükkâm*. 2 Cilt. Dâru İhyâi Kütübi'l-Arabiyyi, ts.
- Muhammed Necedat Muhammed. “Hıyâru'n-nakd fî'l-fikhî'l İslâmî ve tatbîkâtühü'l-iktisâdiyyetü'l-muâsıra”. *Mecelletü Câmîati Dimaşk li'l-Ulûmi'l-İktisâdiyye ve'l-Kanûniyye* 29/1 (2013), 383-410.
- Muhammed Yusuf Musa. *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd fî'l-fikhî'l-İslâmî*. Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1987.
- Mustafa el-Hın, Mustafa el-Buğa, Ali Şırbacı. *el-Fıkhü'l-Menhecî ale Mezhebi'l-İmam Şafî*. Dimaşk: Dâru'l-Kalem, 1992.
- Mustafa Yıldırım. *Mecelle'nin Külli Kaideleri*. İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 3. Basım, 2012.
- Mutarrizî, Ebü'l-Feth Burhânüddîn Nâsır. *el-Muğrib fî tertîbi'l-Mu'rib*. Dâru'l-Kütübi'l-Arabî, ts.
- Müslim b. Haccâc, Ebu'l-Hüseyn. *el-Müsnedü's-Sahîh*. thk. Muhammed Fuad Abdülbâkî. 5 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, ts.
- Nâes, Teysîr Abdullah. “Hıyâru Gabnî'l-Müstersil beyne Hıyârâtî'l-Emânât ve Hıyârâtî't-Teravvî: Dirâsetün Nakdiyyetün Fıkhîyyetün li Tasnîfi Hıyârî Gabnî'l-Müstersil”. *Mecelletü's-Şerîa ve'd-Dirâsâtî'l-İslâmiyye* 34/116 (2019), 369-388.
- Nesâî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Şuayb. *es-Sünen*. thk. Abdulfettâh Ebû Gudde. 9 Cilt. Mektebetü'l-Matbûâtî'l-İslâmiyye, 1406.
- Nesefî, Necmeddin. *Tilbetü't-Talebe*. Bağdat: Matbaatül Amire, 1311.
- Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Yahyâ b. Şeref. *el-Mecmû' şerhu'l-Muhezzeb*. thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd vd. 27 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 3. Basım, 1438/2017.
- Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Yahyâ b. Şeref. *Minhâcu't-tâlibîn (Muğni'l-muhtâc içinde)*. thk. Abdürrezzak Şuhûd En-Necm. Suriye-Dimaşk: Dâru'l-Feyha - Dâru'l-Menhe'l-Nâşirûn, 1. Basım, 1430/2009.

- Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref. *Ravzatü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müttakîn*. thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd - Şeyh Ali Muhammed Muavvız. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 4. Basım, 1434-2013.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 15. Basım, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*. 2 Cilt. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 13. Basım, 2015.
- Okur, Hüseyin. "Hanefî Usulcülerine Göre Nassın Delaleti ve Kıyasla İlişkisi". *Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi* 2/1 (2016), 78-104.
- Osman, Ali b. Hamdû'l-Âli. *Hıyâru's-Şart fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*. Riyad: İmam Muhammed b. Suud İslam Üniversitesi, Yüksek Yargı Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1983. <http://search.mandumah.com/Record/529799>
- Öz, M. Turgut. "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi." *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 13/16 (2011), 131-172.
- Özdemir, Recep. "İslâm Hukukunda Şart Muhayyerliği". *İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7/1 (2016), 139-172.
- Özdirek, Recep. *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar*. İstanbul, 2009.
- Özel, Çağlar. *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999.
- Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 7. Basım, 2021.
- Polat, Salahattin. "Ferd". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/368-369. Ankara: TDV Yayınları, 1995.
- Polat, Salahattin. "Garîb". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 13/375. Ankara: TDV Yayınları, 1996.
- Pulaşlı, Hasan. *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.
- Rado, Türkan. *Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Râfiî, Ebû'l-Kâsım Abdülkerîm b. Muhammed. *Fethu'l-'azîz fi Şerhi'l-Vecîz*. Dâru'l-Fikr, ts.
- Râzî, Ebu Bekir. *Muhtaru's Sihah*. Beyrut: Mektebetül Asriyye, 5. Basım, 1999.
- Remlî, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed. *Nihayetül Muhtac ila Şerhil Minhac*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1984.
- Sahnûn, Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd. *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2. Basım, 2012.
- Samar, Mahmut. *İslam Borçlar Hukukunda Akitlerde Ca'li Şartlar*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015.



- Samar, Mahmut. “İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyîdî Şartlar”. *Marife Dini Araştırmalar Dergisi* 18/2 (2018), 501-526.
- Sathi, Suat - Nasr, Selman. “el-Hıyâr fi’l-Bey: Dirâsetün Fıkhiyyetün Mezhebiyye”. *Mecelletü’l-Ulûmi’l-İsâmiyye* 39/38 (2015), 135-148.
- Savaş, Abdurrahman. “Türk Borçlar Hukukunda İ kale Sözleşmesi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1/26 (2016), 105-141.
- Seb’âvî, Yasir Yunus. “Hıyârü’s-Şart beyne’l-Fıkhi’l-İslâmî ve’l-Kânûni’l-Vaz’î”. *Mecelletü Külliyyeti’l-Kânun li’l-Ulûmi’l-Kânûniyye ve’s-Siyâsiyye* 5/17 (2016), 590-636.
- Selim Rüstem Baz. *Şerhu’l Mecelle*. Beyrut: Matbaatül edebiyye, 1923.
- Semerkandî, Ebu Bekr Alâeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebi Ahmed. *Tuhfetü’l-fukahâ’*. Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1994.
- Semiran, Muhammed Ali. “Eserü’l-Vakt fi Hıyârî’s-Şart”. *el-Mecelletü’l-Ürdüniyye fi’d-Dirâsâti’l-İslâmiyye* 4/3 (2008), 133-154. <https://doi.org/10.33985/1638-004-003-005>
- Senhûrî, Abdürrezzak. *Mesâdiru’l-hak fi’l-fıkhi’l-İslâmî*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru İhya-i Tûrasi’l Arabi, 1. Basım, 1953.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü’l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *el-Mebsût*. Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, ts.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü’l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *Usulü’s-Serahsî*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, ts.
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 7. Basım, 2016.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Basım, 2007.
- Sirmen, Lale. *Türk Özel Hukukunda Şart*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992.
- Süheyb Abdülcabbar. *Câmiu’s Sahih li’s-Sünen ve’l-Mesânid*, 2014.
- Süveylem, Sami b. İbrahim. “Hıyârü’s-Şart fi’l-Murâbaha”. *Mecelletü’l-İktisâdi’l-İslâmî* 43/506 (2022), 60.
- Süyûtî, Ebû’l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân. *el-Eşbâh ve’n-nezâ’ir fi kıvâ’id ve fûrû’i fıkhi’s-Şâfi’iyye*. Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1990.
- Şâzelî, Hasan Ali. *Nazariyyetü’s-şart fi’l-fıkhi’l-İslâmî*. Dâru Kunûzi İşbiliye li’n-Neşr ve’t-Tevzî, 1. Basım, 2009.
- Şelebî, Muhammed Mustafa. *el-Medhal fi’l-fıkhi’l-İslâmî*. Beyrut: ed-Dâru’l-Câmiyye, 1985.
- Şerkâvî, Ali el-Bedri Ahmed. *el-Hıyârât fi’l-bey’*, 1990.
- Şeybânî, Muhammed b. Hasan. *el-Asl*. thk. Mehmet Boynukalın. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1. Basım, 1433/2012.

- Şeyhzade Damat Efendi. *Mecmau'l-Enhur fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur*. 2 Cilt. Dâru İhyâu't-Turâsi'l-Arabiyyi, ts.
- Şîrâzî, Ebû İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm. *el-Mühezzeb (el-Mecmû içinde)*. thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd vd. 27 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 3. Basım, 1438/2017.
- Şîrbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb. *el-İknâ' fî halli elfâzi Ebî Şücâ'*. thk. Mektebü'l-Buhûs ve'd-Dirâsât. 2 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Şîrbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb. *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*. thk. Abdürrezzak Şuhûd En-Necm. Suriye-Dımaşk: Darül Feyha-Dâru Menhel Naşîrun, 1. Basım, 1430/2009.
- Şürûnbülâlî. *Hâşiyetü Şürûnbülâlî (Dürerü'l Hükkâm içinde)*. 2 Cilt. Dâru İhyâi Kütübî'l-Arabiyyi, ts.
- Taberânî, Ebu'l-Kâsım. *el-Mu'cemü'l-Evsat*. Kahire: Dâru'l-Harameyn, ts.
- Taftazânî. *Şerhu't-Telvîh ale't-Tavzih*. 2 Cilt. Mısır: Mektebetü Subeyh, ts.
- Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed. *Muhtaşaru İhtilâfî'l-Ulemâ*. 5 Cilt. Beyrut: Dâru'l Beşâiri'l-İslâmiyye, 2. Basım, 1417.
- Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed. *Şerhu müşkili'l-âşâr*. Müessesetü'r-Risâle, 1419.
- Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed. *Muhtasari't-Tahavi*. Kahire: Dâru'l-Kitabi'l-Arabi, 1986.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2005.
- Tahiroğlu, Bülent - Erdoğan, Belgin. *Roma Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2011.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Tehânevî, Zafer Ahmed. *İ'lâü's-Sünen*. thk. Muhammed Takî Osmânî. 22 Cilt. Pakistan: İdêratü'l Kur'ân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, 1418.
- Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre. *Süneni't-Tirmizî*. thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Muhammed Fuad Abdülbâkî. 5 Cilt. Mısır: Şirketü Mektebe ve Matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî, 2. Basım, 1975.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.
- Tüzüner, Özlem. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmaları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Uygur, Turgut. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. 2 Cilt. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Basım, 2012.
- Ünalı, Rabia. *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkının Kullanılması*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Vellevî, Muhammed el-İsyuvî. *Bahru'l-Muhîti's-Seccâc*. Dâru İbni Cevzi, 1436.

- Yaran, Rahmi. *İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1994.
- Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Yavuz, Nihat. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Basım, 2013.
- Yıldız, Kemal - Kızılay, Muhammed Emin. “Tazminat Hukuku Açısından Fıkıh İlminde Sorumluluk Anlayışının Gelişimi, Hanefî Mezhebinde İki Örneğin İncelenmesi”. *İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi* 7/1 (2021), 91-111.
- Yılmaz, Hakan. *Beğenme Koşuluyla Satış*. Antalya: Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Zebîdî, Osman b. el-Mekkî. *Tavzîhu 'l-ahkâm şerhu Tuhfeti 'l-hükkâm*. 4 Cilt. Matbaatü't-Tunusiyye, 1339.
- Zerkâ, Mustafâ b. Ahmed b. Muhammed. *el-Medhal ilâ nazariyyeti 'l-iltizâm fi 'l-fıkhi 'l-İslâmî*. Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 2004.
- Zerkâ, Mustafâ b. Ahmed b. Muhammed. *el-Medhalü 'l-fıkhiyyü 'l-âmmü-ihracün cedîdün bi-tatvîr fî 't-tertib ve 't-tevîb ve ziyâdât*. 2 Cilt. Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 2. Basım, 1425/2004.
- Zerkeşî, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed. *Şerhu 'z-Zerkeşî 'alâ Muhtaşarı 'l-Hıraķî*. Dâru'l-Ubeykan, 1993.
- Zevkliler, Aydın vd. *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 7. Basım, 2012.
- Zevkliler, Aydın - Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 17. Basım, 2017.
- Zeydan, Abdülkerim ez-. *İslam Hukukuna Giriş*. çev. Ali Şafak. İstanbul: Kayıhan Yayınları, ts.
- Zeylaî, Cemaluddin Muhammed bin Abdullah. *Tebyînü 'l-hakâ'ik Şerhu Kenzi'd-Dekaik (Haşiyetüş Şelebi ile birlikte)*. Kahire: el-Matbaatü'l-Kübra el-Emîriyye, 1. Basım, 1313.
- Zeylaî, Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdullâh. *Naşbü'r-râye li-tahrîci eḥâdisi 'l-Hidâye*. Beyrut-Cidde: Müessesetü'r-Reyyân-Dâru'l Kible, 1997.
- Zuhayli, Vehbe. *İslam Fıkıh Ansiklopedisi*. çev. Beşir Eryarsoy. İstanbul: Risale Yayınları, 1994.
- Zürkânî, Ebû Muhammed Abdülbâkî. *Şerhu 'z-Zürkânî ale Muhtaşarı Halîl*. thk. Abdüsselam Muhammed Emin. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1422/2002.
- Vikipedi. “Rudolph von Jhering”. 01 Ocak 2023. Erişim 01 Ocak 2023. [https://tr.wikipedia.org/wiki/Rudolph\\_von\\_Jhering](https://tr.wikipedia.org/wiki/Rudolph_von_Jhering)