

T.C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA MECLİS MUHAYYERLİĞİ
(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Orhan AKAT

Danışman:
Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ

İSTANBUL
2024

T. C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA MECLİS MUHAYYYERLİĞİ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Orhan AKAT

Danışman:
Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ

İSTANBUL
2024

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı'nda 200920YL11 numaralı Orhan AKAT'ın hazırladığı “*İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği*” konulu yüksek lisans tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 27/06/2024 günü (18:00 – 19:00) saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin başarılı olduğuna oy birliği ile karar verilmiştir.

Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi
(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Prof Dr. Bilal AYBAKAN
İbn Haldun Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Hatice BOYNUKALIN ŞENKARDEŞLER
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

BEYAN

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

Orhan AKAT

27.06.2024

ÖZ

Sözleşmeler kendilerinden beklenen amacın elde edilmesi için yapılır. Taraflar bir akit ilişkisi kurarken bu akitle amaçlanan neticenin gerçekleşeceğinden ve sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilmeyeceğinden emin olmak isterler. Diğer yandan tarafların sözleşme yaparken ilave süreye ihtiyaç duyması, sözleşme sonrası birtakım pişmanlıkların ve anlaşmazlıkların vuku bulması da mümkündür. İslam hukukunda bu gerekçelerle “(akit) meclis(i)” kurumu geliştirilmiş ve bu kurum çerçevesinde “birlik” prensibi ortaya konmuş, ayrıca “muhayyerlik” müessesesi ortaya çıkmıştır.

İslam hukukunda farklı muhayyerlik türleri bulunmaktadır. Bunların bir kısmının meşruiyeti üzerinde görüş birliği olmakla birlikte bazılarında görüş ayrılığı söz konusudur. Tezimizin konusu olan “meclis muhayyerliği” ihtilaf konusu olan muhayyerlik haklarının başında yer alır. Taraflara tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetme imkânı veren bu muhayyerlik yetkisi, esasında satım sözleşmesinde akdin “in‘ikâd” (kuruluş) ve “lüzûm” (bağlayıcılık) olgularının pratik olarak birbirinden ayrılabilceği, başka bir deyişle satım akdinin bağlayıcı hale gelmesi için icap ve kabul beyanlarının yeterli olmadığı kabulüne dayanır.

Bu çalışmada, meclis muhayyerliği konusu mukayeseli bir metot takip edilerek incelenmiştir. Öncelikle “meclis” kavramı detaylı bir şekilde ele alınmış ve meclise ilişkin fıkıh ekollerinin ve İslam hukukçularının tasavvurları analiz edilerek meclis muhayyerliğinin kavramsal ve teorik çerçevesi ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu çalışma meclis muhayyerliğinin meşruiyetine dair temel ihtilaf noktalarının tespit ve tahlilini, onun hukuki niteliğini netleştirmeyi ve meclis muhayyerliğine ilişkin hükümleri bütüncül bir bakış açısıyla ele almayı hedeflemektedir. Meclis muhayyerliğiyle ilgili olarak Türkçe literatürde tez düzeyinde yapılmış bir çalışma bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu çalışma alandaki bir eksikliği kapatmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme, satım sözleşmesi, meclis, akit meclisi, muhayyerlik, meclis muhayyerliği, muhayyerlik meclisi.

ABSTRACT

Contracts are concluded in order to achieve their expected purpose. When entering into a contractual relationship, the parties want to be sure that the intended result will be realized and that the contract will not be unilaterally terminated. On the other hand, it is also possible for the parties to need additional time when making a contract, and for some regrets and disagreements may arise after the contract. For these reasons, the institution of the “contracting session” (*majlis al-‘aqd*) was developed in Islamic law and the principle of "unity" was introduced within the framework of this institution, and the institution of “right of option” (*al-khiyar*) also emerged.

In Islamic law, there are different types of right of options (*al-khiyarat*). While there is a consensus on the legitimacy of some of these, there is a difference of opinion on others. The subject of our thesis, the “right of option of session” (*khiyar al-majlis*), is one of the most controversial rights. This right of option, which allows the parties to unilaterally terminate the contract, is based on the assumption that the facts of “in’ikad” (establishment) and “lüzûm” (binding) can be practically separated from each other in the contract of sale, in other words, the statements of offer and acceptance are not sufficient for the contract of sale to become binding.

In this study, issue of the “right of option of session” (*khiyar al-majlis*) is analyzed by following a comparative method. First of all, the concept of “*majlis*” is discussed in detail, and the conceptual and theoretical framework of the *khiyar al-majlis* is tried to be revealed by analyzing the conceptions of the schools of fiqh and Islamic jurists regarding the majlis. This study targets to identify and analyze the main points of disagreement regarding the legitimacy of *khiyar al-majlis*, to clarify its legal nature, and to address the provisions regarding *khiyar al-majlis* from a holistic perspective. There is no thesis-level study on the *khiyar al-majlis* in the Turkish literature. Therefore, this study aims to fill a gap in the field.

Keywords: Contract, contract of sale, *al-majlis* (the session), *majlis al-‘aqd* (contracting session), *al-khiyar* (right of option), *khiyar al-majlis* (right of option of session), *majlis al-khiyar* (session of right of option).

ÖNSÖZ

Akitler karşılıklı rıza esasına dayalı olarak yapılır. Karşılıklı rızanın gerçekleşmesi için icap ile kabulün varlığı ve irade beyanlarının birbirine uygun olarak irtibatı gereklidir. Bu irtibatı sağlayan zaman, mekân ve davranış (konu) birliği “akit meclisi” olarak ifade edilir. Akit meclisi, “birleştirici” özelliği ve “birlik” işleviyle akitlerin kuruluş sürecinde kritik bir role sahiptir. “Birlik”, aynı zamanda akit meclisine bağlanmış olan bir hükmü belirtir. Bu hüküm temelinde “zaman birliği” prensibine dayanır. Senhûrî, akit meclisinin Roma hukukunda da karşılık bulan ve hukuk düşüncesinin gelişiminde belirli bir evreyi temsil eden bir kurum olduğunu ifade etmektedir. Senhûrî’nin mukayeseli hukuk çerçevesinde -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisine ilişkin yaptığı tespitlere göre zaman birliği ilkesi; mekân birliği, konu birliği, sonuç birliği ve dolayısıyla akit birliğini gerektirir. Bu bağlamda “zaman birliği” prensibi gereği kabulün icabın hemen peşi sıra beyanı zorunlu olduğu gibi, aynı prensip gereği bir sözleşme kurulduğu anda sonucunu/sonuçlarını doğurmalıdır. Bu tezin konusunu oluşturan “meclis muhayyerliği”, meclisin bir hükmü olup olmadığı açısından tartışılan bir konudur. Zira meclis muhayyerliği söz konusu “birlik” ilkesine aykırılık teşkil eden bir hüküm, muhayyerlik meclisi de bu prensibi zedeleyen bir meclis evresidir. Bu çalışmada meclis muhayyerliği konusu mukayeseli bir metot takip edilerek incelenmiş; meclis muhayyerliğinin meşruiyeti, hukuki niteliği ve hükümleri bütüncül bir bakış açısıyla ele alınmaya çalışılmıştır.

Bu çalışmanın teşekkülünde konunun belirlenmesinden tezin tamamlanmasına kadar çok kıymetli katkıları bulunan, bu süreçte önemli tavsiyeleri ve destekleriyle rehberlik eden danışman hocam Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ Bey’e sonsuz şükranlarımı sunuyorum. Ayrıca tez jürisinde yer alarak kıymetli görüş, öneri ve eleştirilerini paylaşan Prof. Dr. Bilal AYBAKAN ile Dr. Öğr. Üyesi Hatice BOYNUKALIN ŞENKARDEŞLER hocalarıma hususen müteşekkirim. Tezin yazım sürecinde bazı konularda istişare ettiğim ve tezin belirli bölümlerinin oluşturulmasında tavsiyelerini aldığım Dr. Fatih AVCI’ya teşekkür ederim. Tezimi okuyup fikirleri ve tavsiyeleriyle katkılar sunan, çeşitli konularda destek ve yardımlarını esirgemeyen Arş. Gör. Muhammed Eren BECERMEN, Arş. Gör. Abdülkadir DURAL, Arş. Gör. Abdülhamit SOĞUKPINAR ve Arş. Gör. Saffet KURT’a şükranlarımı sunarım.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
BEYAN.....	iii
ÖZ.....	iv
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
GİRİŞ	1
1. Araştırma Konusunun Mahiyeti ve Önemi.....	1
2. Araştırmanın Sınırlandırılması, Amacı ve Yöntemi.....	4
BİRİNCİ BÖLÜM.....	8
KAVRAMSAL ÇERÇEVE	8
1. MECLİS	8
1.1. Mahiyet ve Tanım	8
1.2. Taksim.....	17
1.2.1. Akdî Müzakere Meclisi	19
1.2.2. Akit Meclisi.....	22
1.2.2.1. Akit Meclisi Teorisinin Teknik Gerekçesi	22
1.2.2.2. Akit Meclisi Teorisinin Amacı ve İşlevi	31
1.2.2.3. Akit Meclisinin Türleri.....	32
1.2.2.3.1. Hakikî (Hazırlar Arası) Akit Meclisi	32
1.2.2.3.1.1. Akit Meclisinin Temel Unsurları	32
1.2.2.3.1.1.1. Mekân Unsuru	34
1.2.2.3.1.1.2. Davranış Unsuru	36
1.2.2.3.1.1.3. Zaman Unsuru	40
1.2.2.3.1.1.4. Meclisin Unsurlarına ve Tasavvuruna İlişkin Değerlendirme....	45
1.2.2.3.2. Hükmî (Gaipler Arası) Akit Meclisi	50
1.2.2.4. Akit Meclisinin Sözleşmelerle İlişkisi ve Hükümleri.....	51
1.2.2.4.1. Meclis Birliği	52
1.2.2.4.2. Mecliste Muhayyer Olma	54
1.2.2.4.3. Mecliste Kabz (Teslim)	56
1.2.2.4.4. Meclis Muhayyerliği	57
1.2.3. Muhayyerlik Meclisi.....	57

2.	MUHAYYERLİK	61
2.1.	Tanım	61
2.2.	Muhayyerliklerin Tasnifi ve Amacı	63
İKİNCİ BÖLÜM.....		68
MECLİS MUHAYYERLİĞİNİN MAHİYETİ VE MEŞRUIYETİ		68
1.	MAHİYETİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ	68
2.	AMACI VE UYGULAMA ALANI.....	71
2.1.	Amacı	71
2.2.	Uygulama Alanı	72
3.	MEŞRUIYETİ.....	80
3.1.	Kabul Edenlerin Delilleri.....	81
3.1.1.	Naklî Deliller	81
3.1.1.1.	“Mütebâyîân/Beyyîân” Hadisi ve Hadisin Zahir Anlamı	81
3.1.1.2.	Ebû Berze Rivâyeti.....	85
3.1.1.3.	İbn Ömer’in Uygulaması.....	87
3.1.1.4.	Arâbî (Bedevî) Rivâyeti	89
3.1.1.5.	Sarf Rivayeti (Sarf Akdindeki Ayrılmaya Kıyas)	90
3.1.2.	Aklî Deliller	94
3.1.2.1.	Tarafların Maslahatına (İhtiyaç) Uygun Olması	94
3.1.2.2.	Rızayı Tamamlayan Bir Unsur Olması (Rızâîlik İlkesi)	95
3.1.2.3.	Diğer Muhayyerliklere Kıyas	96
3.1.2.4.	Örf	97
3.2.	Kabul Etmeyenlerin Delilleri	100
3.2.1.	Naklî Deliller	100
3.2.1.1.	Kur’an’ın (Kitâb) Umum Belirten Ayetleri.....	100
3.2.1.2.	“İstikâle”de Bulunma Endişesiyle Ayrılmanın Yasak Olması Rivâyeti	106
3.2.1.3.	“Bey’in Safka veya Muhayyerlik Olması” Rivâyeti	110
3.2.1.4.	Mebîin Kabzedilmeden Önce Satılmasının Yasak Olması Rivayeti	111
3.2.1.5.	Peygamber’in “Ayrılma veya Tercih Beyanı” ndan Önce Tasarrufu	111
3.2.1.6.	Bazı Rivayetlerdeki “Üç Defa Tercih Beyanında Bulunma” Fazlalığı ..	114
3.2.1.7.	“Mütebâyîân/Beyyîân” Rivâyetinin Mensûh Oluşu	115
3.2.2.	Aklî Deliller	121
3.2.2.1.	Temel Hukukî İlkelere Aykırılık.....	121
3.2.2.1.1.	Akdin Bağlayıcılık Gücü İlkesi ve Akitlerde Bağlayıcılığın Asıllığı ...	123
3.2.2.1.2.	Hukukî (İşlemlerde) İstikrar İlkesi (İstikrâr-i Teâmül)	132
3.2.2.1.3.	Akitlerin Karşılıklı Rıza Üzerine Kurulması İlkesi.....	134
3.2.2.1.4.	Akitlerde Şekilciliğin Olmaması İlkesi	138

3.2.2.1.5.	Akitlerde Gararın Yasak Olması İlkesi.....	140
3.2.2.2.	Celî (Açık) Kıyasa Aykırılık	143
3.2.2.3.	Umûm-ü'l-Belvâ Nitelikli Bir Konuda Haber-i Vâhid Olması	146
3.2.2.4.	“Beyyân” Hadisinin Ravisi Olan Mâlik’in Muhalefet Etmesi	148
3.2.2.5.	Medine Bilginlerinin İcmâ Ettiği Uygulamaya Aykırı Olması	149
3.2.2.6.	“Mütebâyian/Beyyân”ın Pazarlık Yapan Taraflar Olarak Yorumu	152
3.2.2.7.	“Teferruk” un Sözlerle Ayrılma Olarak Yorumu	155
3.2.2.8.	Şart ve Ayıp Muhayyerliklerinin Yeterliliği	162
3.2.3.	Meclis Muhayyerliğinin Meşruiyetine İlişkin Değerlendirme	164
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM		173
MECLİS MUHAYYERLİĞİYLE KURULAN SÖZLEŞMENİN ÖN		
HÜKÜMLERİ VE HUKUKİ SONUÇLARI.....		173
1.	ÖN HÜKÜMLERİ	174
1.1.	Mebûin ve Semenin Mülkiyeti	174
1.2.	Tarafların Hak ve Yükümlülükleri	177
1.2.1.	Karşılıklı Bedellerin Tesliminin Gereği	177
1.2.2.	Mebûin Gelir ve Giderlerinin Kime Ait Olduğu	177
2.	MECLİS MUHAYYERLİĞİNİN SONA ERME VE DÜŞME SEBEPLERİ	180
2.1.	Muhayyerliği Nefiy Şartıyla Satım (Muhayyerliğin Iskâtı)	180
2.2.	Onay ve Fesihle Sona Ermesi	183
2.2.1.	Sözlü (Sarîh) Onay-Fesih (Tercih Beyânı).....	183
2.2.2.	Fiilî (Zımnî) Onay-Fesih.....	188
2.2.3.	Vekilin Meclis Muhayyerliği	193
2.3.	Ayrılma Fiilinin Tahakkuku (Sürenin Sona Ermesi).....	194
2.3.1.	Ayrılmanın (Muhayyerlik Meclisinin) Mahiyeti	194
2.3.2.	Sürenin Sona Ermesi	196
2.3.3.	Şart Muhayyerliği ile Meclis Muhayyerliğinin Birlikte Bulunması	199
2.4.	Tarafların Anlaşmazlığa Düşmesi	201
2.5.	Meclis Muhayyerliğini Sonlandırmak için Kaçarak Uzaklaşma	202
2.6.	Mebûin Telef Olması.....	204
2.6.1.	Teslimden Önce Telef.....	204
2.6.2.	Teslimden Sonra Telef.....	204
2.6.3.	Mebûide Kısmî Telefin Meydana Gelmesi.....	206
2.6.4.	Mebûin Satıcıya Emanet (Vedâ) Olarak Verilmesi Sonrası Telef	207
2.7.	Ehliyet Engeli.....	208
2.7.1.	Akıl Hastalığı, Baygınlık ve Uyku.....	208

2.7.2.	İkrah	209
2.7.3.	Ölüm	212
2.7.3.1.	Meclis Muhayyerliğinin Varislere İntikali	212
2.7.3.2.	Varislerin Meclis Muhayyerliğini Kullanması	214
3.	SÖZLEŞMENİN HUKUKİ SONUÇLARI.....	217
SONUÇ.....		219
KAYNAKLAR		225
ÖZGEÇMİŞ.....		237

KISALTMALAR

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
Bkz./bkz.	Bakınız
çev.	Çeviren
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
ed.	Editör
f.	Fıkra
md.	Madde
no	Numara
s.	Sayfa
t.y.	Basım tarihi yok
vb./vs.	Ve benzeri / vesaire
y.y.	Basım yeri yok

GİRİŞ

1. Araştırma Konusunun Mahiyeti ve Önemi

Hukuk dilinde, bir hukuki sonuç bu sonuca yönelik bir iradenin açıklanmasına bağlı kılındıysa hukuki işlem, iki veya daha çok kişinin irade beyanına bağlı kılındıysa iki veya çok taraflı hukuki işlemden bahsedilir.¹ Hukuki işlemlerin en büyük grubunu oluşturan sözleşmeler (akit), aynı zamanda borç doğuran kaynakların en yaygını olarak kabul edilir.² Hukuk düzeni irade beyanlarının öngörülen şartlara ve usulüne uygun surette beyan edilmesiyle sözleşmelerin kurulup sonucunu doğurmasını genel kural olarak benimsemiştir. İslam hukukunda sözleşmelerin in'ikad etmesi için bazı unsurlar (rükün) ve bu unsurlara ilişkin birtakım şartlar aranır. Bu unsurlar içerisinde en önemlisi ve akdin kurucu unsuru addedileni icap ve kabul, yani irade beyanlarıdır. Hukuki işlem, esasında hukuki sonuç doğurmaya yöneltilmiş olan bu irade beyanlarını ifade eder.³

Sözleşmenin kuruluş ve hükmünü doğuruş anı ve bu anın saptanması doktrinde ele alınan mühim konulardan biridir. Sözleşmeler, basit anlamıyla bir tarafının yönelttiği icabı diğer tarafın kabul etmesi ile kurulmuş olur. Ne var ki sözleşmelerin her zaman bu kadar basit bir biçimde kurulması mümkün olmayabilir. Hukukî hayatın ve işlemlerin olağan seyrine paralel bir şekilde bir sözleşmenin kurulması çoğu zaman icap ve kabul öncesi taraflar arasında cereyan eden pazarlık ve müzakerelerden sonra gerçekleşir. İster kısa isterse uzun olsun yapılan görüşmeler bir anlaşma ile neticelenirse sözleşme in'ikad eder. Bununla birlikte sözleşmeler bir müzakere sonucu yapılabileceği gibi⁴ bazen herhangi bir görüşme ve pazarlık safhası olmaksızın da sözleşmenin gerçekleşmesi

¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Genel Hükümler, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s.37-43; Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022 s. 36.

² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Genel Hükümler, s.43; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi s. 70; Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 33-36.

³ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel*, s. 84.

⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, s. 45.

mümkündür.⁵ Gerek öncesinde bir müzakere evresi bulunsun gerekse bir müzakere olmaksızın yapılmış olsun akitler için her halükârda bir kuruluş evresi söz konusudur.

Akdin kuruluş süreci sözleşmelerin hukukî varlık kazanabilmesi için kritik bir aşamayı temsil etmektedir. Zira bu evrede taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi oluşabilmesi için akit kurma iradesinin göstergesi olan icap ve kabul, karşılıklı ve birbirine uyumlu şekilde beyan edilir. İslam hukukunda akdin bu aşamasına ilişkin başlıca kavramlardan biri, “akit meclisi”dir. Literatürde icap ile kabulün irtibatı ve buna ilişkin meseleler “akit meclisi” kapsamında incelenir. Tarafların irade ve beyanlarının birbiriyle uyum ve bağlantısının sağlanması noktasında “meclis” olgusu önem arz etmektedir. Doktrinde iki irade beyanının birbiriyle irtibatının kurulması için “meclis birliği”nin (*ittihâd-ı meclis*) bulunması gerekliliği üzerinde ihtimamla durulur. Buna göre bir akdin kurulup hukukî varlık kazanması için irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olması ve bu beyanların birbirine bağlanması gerekir.⁶ Bu bağlantının gerçekleşmesi de iradelerin akit meclisinde beyan edilmesi ve meclis birliğinin sağlanması şartına bağlıdır.

İslam hukukunda meclisin ve meclis birliğinin mahiyeti hususunda farklı yaklaşımlar olmakla birlikte⁷ bu kavramın uzantısı ve onunla bağlantılı olarak tartışılan bir konu bulunmaktadır. Bu da esasında -kabul edenlere göre- “meclis”in sebebini oluşturduğu bir muhayyerlik hakkıdır. İslam hukukçularının önemli bir grubu satım sözleşmesinin kuruluş anından itibaren bağlayıcı olacağı ve sonuçlarını doğuracağı kanaatinde olmakla birlikte bazı hukukçular, görüşlerini destekleyen bazı hadis rivayetlerini dayanak alarak taraflar birbirlerinden ayrılmadıkça satım akdinin tek taraflı olarak feshedilebileceğini ileri sürmüşlerdir. Bu kapsamda söz konusu hükmün uygulanabilirliği açısından diğer akitleri satım sözleşmesine kıyas etmişlerdir. Bu hukukçulara göre iradelerin usulüne uygun beyanı ile sözleşme kurulmuş olsa bile söz konusu rivayetlerde ifadesini bulan ve doğrudan hukuk tarafından tanınan bu hak sayesinde meclisten ayrılma gerçekleşmediği sürece akit bağlayıcılık niteliğini kazanmaz ve her bir taraf herhangi bir gerekçe ileri sürmeksizin tek taraflı olarak sözleşmeden

⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel*, s. 110; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, s. 45, 51-52.

⁶ Bu bağlamda, Türk hukuk kaynaklarında irade beyanlarının üç alt unsurunun bulunduğu ifade edilmiştir: “İrade beyanlarının sözleşmeyi kurması için üç alt unsurun (şart) var olması gerekmektedir: İradelerin açıklanması, karşılıklılık ve birbirine uygunluk.” Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, s. 62; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 211-212.

⁷ Ayrıntılı bilgi için tezin “Meclis” başlığına bkz.

dönme hakkına sahip olur. Taraflara birbirinden ayrılmadıkça inikat etmiş olan akdi kesinleştirme veya bozma noktasında bir seçim yapma imkânı tanıyan ve bu çalışmanın konusunu teşkil eden bu hak, klasik fıkıh doktrinde “meclis muhayyerliği” olarak ifade edilir. Söz konusu hadisleri farklı bir yoruma tabi tutan hukukçular ise meclis muhayyerliği hakkının tanınmasının esasen İslam hukukunun genel prensiplerine ve ruhuna aykırı olacağı gerekçesinden hareket etmişlerdir. Diğer taraftan bazı hukukçular belirtilen hadisi bu hükme dayanak kılmayı uygun bulmamışlardır. Sonuç olarak her iki gruptaki hukukçular, akitte farklı bir şart ileri sürülmediği müddetçe icap ve kabulün usulüne uygun olarak beyan edilmesiyle satım sözleşmesinin kurulur kurulmaz bağlayıcı hale geleceği ve tarafların münferit iradeleriyle sözleşmeden cayamayacağı hükmüne varmışlardır.

Prensip olarak usulüne ve şartlarına uygun icap ve kabulün beyanı ve bu beyanın irtibatı neticesinde akit inikat eder. Bu husus üzerinde İslam hukukçuları görüş birliğine varmışlardır. Bunun yanı sıra hukuki işlemlere hâkim olan güven ve istikrar ilkesinin bir gereği olarak iki tarafa borç yükleyen⁸, başka bir deyişle yapısal olarak bağlayıcı nitelikli sözleşmelerde kurulmuş olan akdin tek taraflı feshe imkân tanımayacak şekilde bağlayıcı olması da genel kural olarak ortaya konulmuştur. Bu kuralın bir uzantısı olarak akitlerde (akit/bey‘) asıl olanın bağlayıcılık ve muhayyerliğinse arızı bir durum olduğu üzerinde İslam hukukçuları fikir birliği etmişlerdir. Akdin doğurduğu sonuç perspektifinden bakılacak olursa bunun anlamı, aynı zamanda gerekli unsur ve şartlarını haiz olarak kurulmuş olan bir akdin hükmünü kesin biçimde doğurmasıdır. Bu prensip de İslam hukukçuları tarafından ilkesel düzeyde genel kabul görmüştür. Borçlar hukukunun prototip akdi kabul edilen satım sözleşmesi özelinde bu hüküm mülkiyetin geçmesidir ki mebîn mülkiyetinin müşteriye, semenin mülkiyetininse satıcıya intikali şeklinde tezahür eder.

Sözleşmelerin doğurduğu hukukî sonuçlar iki şekilde meydana gelir: Birincisi, bir alacak hakkının doğması, kaybedilmesi veya takyidi gibi tarafların irade beyanlarına uygun olarak meydana gelen hukukî sonuçtur. Buna “sözleşmenin kurucu sonucu” denir. Sözleşmenin doğurduğu ikinci sonuç ise taraflarından birinin tek taraflı iradesiyle akdi

⁸ Sözleşmelerin borç yükleme açısından taksimine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, s. 45.

irtibatı sonlandırmasını engelleyen akdin bağlayıcı olarak kurulması sonucudur. Bu ise “sözleşmenin bağlayıcı sonucu” olarak ifade edilir.⁹ Görüldüğü üzere birinci sonuç, karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanan irade beyanlarının yöneltildiği ve meydana getirdiği hukukî sonuçtur ki bununla sözleşme kurulmuş olmaktadır. İkinci sonuç ise sözleşmenin kuruluşundan farklı bir hukukî durumu yansıtmakta olup tarafların kurulmuş olan sözleşmeyle bağlı olması durumunu ifade etmektedir. Meclis muhayyerliği, esasında sözleşmenin bağlayıcı sonucunun doğmasına engel teşkil eden bir muhayyerlik hakkıdır. Meclis muhayyerliğin sözleşmenin kurucu sonucu üzerindeki etkilerine ilişkin olarak görüş ayrılığı bulunmaktadır.

2. Araştırmanın Sınırlandırılması, Amacı ve Yöntemi

Klasik fıkıh literatüründe muhayyerlikler müstakil bir teori halinde ele alınmamış, İslam hukukunun klasik eserlerine hâkim olan meseleci metoda uygun olarak çoğunlukla muamelat bölümlerinin borçlar hukuku konularını ihtiva eden kısmında iç içe geçmiş bir şekilde işlenmiştir. Genel olarak satım akdine ilişkin bölümlerin giriş kısımlarında muhayyerlikler konusuna yer verilmiştir. Meclis muhayyerliği de bu kapsamda daha çok satım sözleşmesi özelinde ele alınmış ve bu akit model alınarak diğer sözleşmelerin bu muhayyerliğe elverişliliği hususu irdelenmiştir. Literatürde “meclis muhayyerliği” deyimini farklı hakları ifade etmek için kullanılabilmektedir. Bu tezin konusu oluşturan meclis muhayyerliği ifadesi ise icap ve kabulden sonra söz konusu olan ve tartışılan muhayyerlik hakkını belirtmektedir.

İslam hukukunda meclis muhayyerliği meşruiyeti tartışmalı olan muhayyerlik haklarının başında yer almaktadır. Bu muhayyerlik hakkının meşruiyetiyle ilgili tartışmalar geçmişten günümüze kadar devam etmiş ve yakın dönemde yapılan çalışmalara da yansımıştır. Söz konusu çalışmaların taranması neticesinde Türkçe literatürde meclis muhayyerliğini tez düzeyinde bütüncül bir bakış açısıyla ele alan bir çalışmanın mevcut olmadığı gözlemlenmiştir. Bu tez, meclis muhayyerliğini ayrıntılı bir şekilde inceleyerek alandaki eksiklikleri gidermeyi amaçlamaktadır. Bu amaca binaen çalışmada meclis muhayyerliğinin meşruiyetine ilişkin temel ihtilaf noktalarının tespit ve

⁹ Eren, *Borçlar Genel*, s. 213-214.

tahlili, hukukî niteliğinin netleştirilmesi ve İslam hukuku kaynaklarında dağınık bir şekilde bulunan hükümlerin bütüncül bir bakış açısıyla ele alınması hedeflenmektedir. Konuya ilişkin somut hukukî sonuçlara ulaşabilmek ve sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için diğer hukuk sistemlerinden de faydalanılacaktır. Bu kapsamda ilgili bağlamlarda pozitif hukuk kaynaklarına başvurulacak olup temsilen Türk Hukuku kaynakları referans alınacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki meclis kurumunun ve daha özelde tez konumuz meclis muhayyerliğinin diğer hukuk sistemlerde tam olarak bir karşılığının bulunmaması, hem tam bir mukayese yapabilmeyi imkânsızlaştırmakta hem de pozitif hukuk kaynaklarından tam anlamıyla istifadeyi güçleştirmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde meclis ve muhayyerlik kavramları incelenecektir. Tez konusu açısından öncelikli bir öneme ve karmaşık bir mahiyete sahip olduğundan meclis mefhumu en geniş alanı işgal etmektedir. Meclis konusu literatürde oldukça geniş bir muhtevaya sahiptir ve akdin teşekkülüyle ilgili konular da bu kapsamın önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bu bağlamda klasik ve -özellikle- modern İslam hukuku kaynaklarındaki verilerden hareketle mezheplerin meclise dair tasavvuruna ilişkin derli toplu bir değerlendirme ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Ayrıca bazı ihtilaflı meseleler ve müşterek olarak kullanılan kavramlar literatürde taranacaktır.

Meclis mefhumu klasik ve modern literatürde genellikle üç meclis evresini¹⁰ kapsayacak şekilde tasavvur edilmiş ve mahiyeti konusunda farklı bakış açıları ve değerlendirmeler söz konusu olmuştur. Bu nedenle meclis kavramına ilişkin inceleme Sivâr'ın konuya ilişkin görüşlerinin odağa alınarak etraflıca tahlilinden oluşmaktadır. Zira araştırmalarımız neticesinde İslam hukukunda meclis kurumunu ilk olarak Sivâr'ın dakik ve titiz bir şekilde ele aldığı mülâhaza edilmiştir. Sivâr sonrası bazı çalışmalarda akit meclisine ilişkin görüşler ve tenkitler de dikkate alınarak meclisin gerek tanımı gerekse iç ve dış unsurlar bakımından tasnifi noktasında detaylı bir analiz yapılacaktır.

Senhurî'nin tespitlerine göre meclis kurumu Roma hukukunda da karşılığı olan bir kurumdur. Bu bağlamda akit meclisi nazariyesinin teknik gerekçesi izah edilirken Senhûrî'nin (ö. 1971) Roma Hukuku ile karşılaştırmalı bir bakış açısıyla yaptığı tespit ve tahlillere yer verildikten sonra meclis kurumunun oluşumunun arka planında yatan temel düşünce ortaya konmaya çalışılacaktır.

¹⁰ “akdî müzakere meclisi, akit meclisi ve muhayyerlik meclisi”

Akit meclisi, sözleşmelerde hüküm açısından önemli etkilere sahiptir. İvazlı akitlerde ve satım sözleşmesi özelinde akit meclisinin birlik ve muhayyerlik hükümleri bulunmaktadır. Bu nedenle birinci bölümün akit meclisine ilişkin son başlığında, meclis birliği şartı ile rücu' ve kabul muhayyerliklerine ağırlık verilerek akit meclisinin hükümleri incelenecektir. Meclis kavramı çerçevesinde son olarak tez konusu ile yakından ilişkili olan muhayyerlik meclisi ele alınmıştır. Bu bölümde incelenen diğer bir kavram muhayyerlik kavramıdır. Muhayyerlik kavramı çerçevesinde muhayyerlik tasnifleri ve muhayyerliğin amaçları izah edilerek meclis muhayyerliğinin muhayyerlikler içerisindeki konumu tespit edilmeye çalışılacaktır.

İkinci bölümde, ilk olarak meclis muhayyerliğinin mahiyeti, amacı ve uygulama alanına ilişkin hususlar ele alınacaktır. Özellikle çalışmalarda yeterince ele alınmamış olan meclis muhayyerliğinin hukukî niteliği meselesi üzerinde durulacaktır. Böylelikle meclis muhayyerliğinin mahiyeti tam olarak ortaya konulmaya çalışılacaktır. İkinci bölümün bu kısmında, meclis muhayyerliğini kabul eden mezheplerin kaynaklarına başvurulacak olup ağırlık olarak Şâfiî mezhebi kaynaklarından yararlanılacaktır.

Bu bölümün ikinci alt başlığı, meclis muhayyerliğinin meşruiyet tartışmalarıyla ilgilidir. Meclis muhayyerliğinin savunucuları ve karşıtları tarafından nasıl temellendirildiği veya temelsiz görüldüğü karşılaştırmalı olarak ele alınacak ve görüş ayrılığının temel noktaları saptanacaktır. Tartışmalarda ortaya çıkan çelişkili noktalara dikkat çekilecek ve belirsizlikler netleştirilmeye çalışılacaktır. Mezheplerin tüm kaynaklarını taramak tezin hacmi ve zamanın kısıtlılığı dikkate alındığında mümkün olmadığından ve tezin sınırlarını zorlayacağından imkânlar ölçüsünde mezheplerin görüşlerini temsil kabiliyeti yüksek olan kaynaklarına başvurulacaktır. Bu bağlamda modern İslam hukuku eserlerinden ve münhasıran meclis muhayyerliğini konu edinen çalışmalardan faydalanılacaktır.

Üçüncü bölüm, meclis muhayyerliğinin hukukî sonuçları hakkındadır. Bu bölümde, meclis muhayyerliğinin devam ettiği ve sona erdiği durumlarda sözleşme ile mülkiyete etkisi ve buna terettüp eden hükümler incelenecektir. İlk olarak muhayyerlik süresince mebî ve semenin mülkiyeti, mebîn gelirleri ve giderlerinin kime ait olacağı gibi meseleler ele alınacaktır. Sonrasında taraflarının hak ve yükümlülüklerini ifade eden sözleşmenin yan hükümlerine (hukuk) değinilecektir. Son olarak meclis muhayyerliğinin sona erme sebepleri ve bunların hukukî sonuçları üzerinde durulacaktır.

Son bölümde özellikle iki noktanın netleştirilmesi hedeflenmektedir. Birincisi, meclis muhayyerliği hakkını sona erdiren “ayrılma”nın mahiyeti meselesidir. İkincisi ise tarafların akit kurulmadan önce meclis muhayyerliğini düşürüp düşüremeyecekleri meselesidir. Bu bölümde konunun doğası gereği meclis muhayyerliğini meşru gören mezheplerin kaynaklarının temel alınması gerekecektir. Bu kapsamda ağırlıklı olarak Şâfiî mezhebi kaynaklarına¹¹ başvurulacak olup yer yer diğer mezheplerin görüşlerine de değinilmeye çalışılacaktır.

¹¹ Şâfiî mezhebine ilişkin bazı terimler çalışma boyunca sıkça kullanılacağı için bu dipnotta bazı mezhep terimlerine ve anlamlarına yer verilecektir. Çalışmada söz konusu terimler orijinal haliyle kullanılacak olup Nevevî'nin kullanımları esas alınacaktır:

1. “Kavl (çoğulu akvâl)”: Şâfiî'nin görüşü demektir. Kavl-i kadîm Şâfiî'nin Irak dönemine ait, kavl-i cedîd ise Mısır'a gittikten sonraki görüşünü ifade eder. Şâfiî'nin çoğu zaman bir meselede, hatta kadîm veya cedîd grubu içinde bile birden fazla kavli bulunabilir ve bazen bunlar arasında tercih imkânı olmayabilir.” Bkz. Bilal Aybakan, “Şâfiî Mezhebi”, *DİA*, XXXVIII, 242.
2. “Vecih”: “İmam Şâfiî'nin öğrencilerinin (ashâb) ve mezhep müçtehitlerinin onun usûlünden ve kaîdelerinden hareketle ürettikleri görüşlere el-vech/el-vecheyn/el- vucûh/el-evcuuh denir. Bu kavram, “görüş” kelimesiyle tercüme edilebilir.” Bkz. Muhittin Özdemir, *Şâfiî Fırû' Fıkıh Literatüründe Mezhep Görüşleriyle İlgili Kavramların Gelişimi* (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010), s. 157.
3. “Tarik (çoğulu turuk)”: Şâfiî fukahasının mezhep aktarımındaki ihtilâflarını ifade eder. Meselâ biri, “Bu meselede iki kavil veya iki vecih vardır” derken diğeri aynı meselede, “Tek kavil veya tek vecih vardır”; biri, “Bu meselede tafsil vardır” derken diğeri, “Bu meselede mutlak hilâf vardır” dediğinde birbiriyle uyumsuz iki aktarım olduğundan o meselede iki tarik ortaya çıkar. Tarikle vecih terimlerinin bazan birbirinin yerine kullanıldığına rastlanır. Meselâ Ebû İshak eş-Şîrâzî el-Mühezzeb adlı eserinde bu tarzda kullanmıştır. Vecih ve tarik terimlerinin ortak yanı her ikisinin de müntesip fakihlere ait ifadeler olmasıdır. Bkz. Aybakan, “Şâfiî Mezhebi”, s. 242.
4. “El-Azhar/Ez-Zâhir”: “Güçlü delile dayanan iki veya daha fazla kavilden daha güçlü olduğuna kanaat getirilene azhar, diğerine zâhir denir.” Bkz. Aybakan, “Şâfiî Mezhebi”, s. 242. “Şâfiî fakihleri arasında, el-azhar kavramının kullanım yerleri hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. İmam Nevevî'ye göre el-azhar kavramı Şâfiî'nin kavilleri arasında görülen ihtilâflar ve bunlar içinde tercih edilen görüşler için kullanılır. Râfiî'ye göreyse kavil ve vecihler arasında tercih edilen görüşler için kullanıldığı gibi tarîkeyn/turuk için de kullanılır.” Bkz. Özdemir, *Kavramların Gelişimi*, s. 174-175.
5. “El-Esah/Es-Sahih”: “El-esah, ashâbın iki ya da daha fazla vechi arasında tercih edilen görüş için kullanılan kavramdır. Es-sahih ise delil açısından güçlü olan ancak el-esah kadar güçlü olmayan görüşler için kullanılan tercih kavramıdır” Bkz. Özdemir, *Kavramların Gelişimi*, s. 181, 184. “Güçlü delile dayanan iki veya daha fazla vecihten daha güçlü olduğuna kanaat getirilene esah, diğerine sahih denir. Son iki terim için yapılan açıklamalar Nevevî'nin kullanımına göredir. Gerek azhar gerekse esah terimlerini iki veya daha fazla kavil yanında vecih veya tarikten daha güçlü olanını belirtmek için kullanan fakihler de vardır.” Bkz. Bilal Aybakan, “Şâfiî Mezhebi”, s. 242. “Nitekim Râfiî kavil, vecih ve bunların yanı sıra turuk için de esahh kavramının kullanımına yer verir.” Bkz. Özdemir, *Kavramların Gelişimi*, s. 184.
6. “El-Mezheb”: “İmam Şâfiî'ye nisbet edilen birden fazla görüşten birinin tercih edilmesi (er-râcih) için kullanılır.” Bkz. Özdemir, *Kavramların Gelişimi*, s. 188. “el-Mezheb” denildiğinde bir meselede mezhep çapında üzerinde karar kılınan ve mezhebi temsil eden görüş kastedilir. Fakat Nevevî bu tür ifadelerle ihtiyatla yaklaşılmasını önermiştir; zira mezhep literatürü içinde ihtilâf oldukça ileri boyutlardadır ve herhangi bir müellifin, “Mezhep görüşü budur” sözü mezhebin meşhur eserlerinin çoğu araştırılmadan gerçeği yansıtmayabilir.” Bkz. Aybakan, “Şâfiî Mezhebi”,

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Meclis muhayyerliği tamlaması meclis ve muhayyerlik olmak üzere iki unsurdan teşekkül etmektedir. Bu nedenle meclis muhayyerliği konusuna geçmeden önce terkihi oluşturan iki kavramın ele alınması gerekmektedir.

1. MECLİS

1.1. Mahiyet ve Tanım

Köken itibarıyla “oturmak” anlamına gelen “cülûs” mastarından türeyen meclis kelimesi, sözlükte “oturulan yer, oturma zamanı, celse, toplantı, toplanılan yer ve toplanan kişiler gurubu” anlamlarını içerir. Literatürde genellikle akit meclisi (*meclisü’l-akd*) terkihiyle ifade edilen bu kavram tek başına kullanıldığında da çoğu zaman bu tamlamanın

s. 242. “el-Mezheb kavramı, Şâfiî’nin görüşlerinin rivayet edilmesinde yaşanan ihtilâf için dile getirilen et-turuk kavramıyla birlikte kullanılır. Bir başka ifadeyle et-turukla dile getirilen rivayetlerden birinin diğerlerine tercih edilmesine el-mezheb denir. El-Mezheb kavramı, hem iki kavil ve kaviller hem iki vecih ve vecihler hem de her iki türden oluşan görüşler arasında tercih edilen için kullanılır.” Bkz. Özdemir, *Kavramların Gelişimi*, s. 188.

7. “El-Meşhur”: “Şâfiî’nin kavilleri arasında tercihte bulunmak ve ihtilâfı açıklamak için kullanılan kavrama verilen addır. İmam Nevevî’yle mezhep ıstılahlarının rengini tam almasından önceki döneme tekabül etmesinden kaynaklanıyor olacak ki, İmam Gazzâlî pek çok kavramın yanında el-meşhûru da farklı değerlendirmekte ve bunu kaviller ve vecihler arasındaki tercihler için kullanmaktadır.” Bkz. Özdemir, *Kavramların Gelişimi*, s. 180-181. “İki kavil arasındaki ihtilâfın güçlü olmaması durumunda tercihe şayan kavle meşhur, diğerine garîb adı verilir.” Bkz. Aybakan, “Şâfiî Mezhebi”, s. 242.
8. “El-Mansûs”: “İmam Şâfiî’nin bir konu hakkındaki açık ifadelerinden (nass) hareketle ulaşılan görüşlere denir. Mansûs ifadesiyle şekillenen görüşün temelinde mutlaka Şâfiî’den nakledilen bir rivayet vardır.” Bkz. Özdemir, *Kavramların Gelişimi*, s. 164.
9. El-Mu’temed”: “İbn Hacer ve diğer müteahhirîn fukahası mezhep içinde şöyle bir ortak kanaatin oluştuğunu belirtmiştir: Râfiî ve Nevevî öncesi eserlerdeki bir görüş, yeterince araştırılıp mezhebin râcih görüşü olduğu iyice anlaşılmadan dikkate alınmaz. Bu hüküm, adı geçen iki zatın veya birinin temas etmediği bir görüş hakkında söz konusudur. İkisinin de temas edip birleştiği görüş mutemet görüşü temsil eder. İkisinin ihtilâfa düştüğü bir mesele ise ve tercihi gerektiren delilleri olup bunlar eşit değerinde ise Nevevî’nin yaklaşımı mutemet sayılır. Birinin tercihi gerektiren delili olup diğerinin yoksa delili olanın yaklaşımı benimsenir.” Bkz. Aybakan, “Şâfiî Mezhebi”, s. 242.

gösterdiği anlamı belirtir.¹² Klasik fıkıh literatüründe akit meclisi genellikle borçlar hukukuyla ilgili bölümlerde ve özellikle satım akdiyle ilgili bazı meseleler ve hükümlerle iç içe olarak ele alınmıştır. Fakihler akit meclisi konusunu, akdın rükünlerine ilişkin şartları işlerken ve daha çok hazırlar arası akit yapmada meclisin uygulamasını ortaya koyarken incelemişlerdir.¹³

¹² Ebû Abdullah Zeynüddîn Muhammed b Ebî Bekr b Abdülkadîr Râzî, *Muhtârü's-Sihâh*, Kâhire: Dârü'l-Hadîs, 1893, s. 45; Abdü's-Settâr Ebû Guddê, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, Kuveyt: Matbaatü Makhavî, 1984, I, 118; Bilal Aybakan, "Meclis", *DİA*, XXVIII, 239; Dâvûd , İslam hukukunda şekil teorisini konu edindiği doktora çalışmasında akit meclisini zarfî şekil bağlamında değerlendirmektedir. Bu bağlamda benzer anlamda kullanılan "ku'ûd" (oturmak) kökünden türeyen "mek'ad" kelimesi yerine cülûs (oturmak) kökünden türeyen "meclis" kelimesinin kullanımının tercih edilme nedenleri üzerinde durmaktadır. Bu tercih için potansiyel beş sebep sıralamaktadır:

1. "Cülûs" mastarı, sözlükte "alçaktan yükseğe intikal etme" anlamına gelir ve bu nedenle uyuma, yatma ve yaslanma hallerinden kalkmak için bu mastardan çekilen emir kipi kullanılırken bu kip ayakta durma halinden oturma haline geçilmesi için kullanılmaz. Bunun aksine "ku'ûd" mastarından çekilen emir kipi sadece ayakta olma halinden oturma haline geçilmesi bağlamında kullanılır. Bu bağlamda "alçaktan yükseğe intikal etme" anlamını taşıyan "meclis" kelimesinin kullanılması, amaçlanan durumun ciddiyetini ve ehemmiyetini vurgulamak açısından daha etkili olduğu gibi kritik bir işe kalkışırken iyice düşünmeye, değerlendirme yapmaya ve gözden geçirmeye hazır olma halini de gösterir.
2. "Cülûs" maddesi Arapçada "imkân bulma, yapabilme, kontrol sağlama"yı ifade eden "temekkün" anlamını taşımaktadır. Bu anlamı belirtmek için "ku'ûd" maddesi kullanılmaz.
3. "Meclis" topluluğun oturması için hazırlanan bir mekanı ifade ederken "mek'ad" ise tek kişinin bulunduğu yer için kullanılır. Bu nedenle akit anında genellikle taraflar, şahitler ve kâtip bir araya geldiklerinden "meclis" kelimesinin kullanımı bu durum için daha uygundur.
4. "Meclis" kelimesinin "akit" kelimesine izafesi, dil açısından "mek'ad" kelimesinin "akit" kelimesine izafe edilmesine kıyasla daha hafif bir yapıdadır. Zira "mek'ad" kelimesinin telaffuzunda belirgin bir ağırlık ve zorluk bulunmaktadır.
5. "Meclis" kelimesi, önemli ve ciddi durumlar için kullanılmaya daha münasiptir. Bu bağlamda hüküm ve kaza (yargı) meclislerini, vilayet meclislerini ve saygın mekanları ifade etmek için tercih edilir. "Mek'ad" kelimesi ise sözlük anlamı itibarıyla daha çok noksanlık, alçaklık, düşüklük gibi anlamlara daya yakındır ve böyle ciddi bağlamları ifade etmek için tercih edilmez. Örnekleriyle birlikte daha ayrıntılı bilgi için bkz. Nâsır b. Zeyd b. Nâsır Dâvûd, *Nazarîyyetü's-şekl fi'l-fikhi'l-İslâmî ve eseruhû fi'l-ukûdi'l-mâliyye*, Riyâd: Dârü Kunûzi İşbilye li'n-Neşr ve't-Tevzî, 2004, s. 446-448.

¹³ İslâm hukukunu ve bilhassa akit teorisini bir bütün halinde inceleyen bazı modern İslâm hukukçuları, kazuistik metodun hâkim olduğu klasik eserlere serpiştirilmiş akit meclisi ile ilgili dağınık hükümleri derli toplu ve sistemik biçimde ele almaya çalışmışlardır. Bkz. Aybakan, "Meclis", s. 240; Süleymân Bâh, "Meclisü'l-akd beyne'l- hakîka ve'l-hükmiyye tatbîkan ala 'l-ukûdi'l-elektronîyye: dirâse fikhîyye tatbîkiyye", *Mecelletü'l-bühûs ve'd-dirâsâti's-şerîyye* 10/114 (2021): 172. Akit meclisi öncelikli olarak satım akdine ilişkin bir müessese olmakla beraber borçlar hukuku kapsamındaki diğer sözleşmelerde ve diğer hukuk alanlarında ve hatta ibadet hukukuna ilişkin fasıllarda meclisin kullanımları mevcuttur. Örneğin borçlar hukukunda meclisü'l-bey', meclisü's-sulh, meclisü's-selem, meclisü's-sarf, meclisü't-tekâbüz, meclisü't-teslim, meclisü'l-muâvaza, meclisü's-şira', meclisü'l-müşteri, meclisü'z-ziyâde, meclisü't-tahyîr, meclisü'l-kabûl, meclisü'l-îcab, meclisü'l-îcab ve'l-kabul, meclisü't-temekkün, meclisü'l-i'tâk, meclisü'l-ikâle, meclisü'r-redd, meclisü'l-vekil/müvekkil, meclisü'l-havâle, meclisü'l-hibe, meclisü buluğ-i'l-kitâbe ve eda-i'r-risâle, meclisü buluğ-i'l-haber, meclisü'r-ru'ye, meclisü'l-münâdât; aile hukukunda meclisü'n-nikâh, meclisü'l-hıyâr, meclisü'l-hul', meclisü'l-i'lm; eşya hukukunda meclisü'r-rehn, şüf'a akdinde şüfadarın akarın satıldığını öğrendiği meclis; muhakeme hukukunda "meclisü'l-hükm/hâkim, meclisü'l-kada'/kâdî, meclisü hâzır, meclisü's-şehâde; ibadette meclisü's-sala,

Literatürde meclise ilişkin meselelerin inceden inceye işlenmesine karşılık, bu kavram terim düzeyinde genel geçer bir tanıma kavuşturulmamıştır.¹⁴ Dolayısıyla meclis için tam ve kapsamlı bir tanım yapmak bazı zorlukları içermektedir. Klasik kaynaklarda meclisin belirli bir tanımının yapılmayıp yalnızca hükümlerine odaklanması, hukukî işlemlerin tek taraflı ve iki taraflı iradeye bağlı olarak çeşitlenmesi, hazırlar arası ile gaipeler arası akit meclisinin farklılaşması bunun sebepleri arasındadır.¹⁵ Bunun yanı sıra meclis muhayyerliğinin kabulü hususundaki görüş ayrılığı bunun en önemli nedenleri arasında gösterilebilir.

meclisü't-tilâve, meclisü't-tehâtub kullanımları mevcuttur. Bu örneklerin sayısı artırılabilir. Bu verilerden fakihlerin -ibadetler de dahil olmak üzere- hemen her bir tasarrufun veya işlemin tahakkuk ettiği ortamı ilgili tasarrufa veya işleme izafe ederek “meclis” kavramıyla ifadelendirme ve böylece somutlaştırma ve ele almayı basitleştirme metoduna başvurdıkları anlaşılmaktadır.

¹⁴ Muhammed Sıddık Muhammed Abdullah, Meclisü'l-akd: Dirâse mukârene (Yüksek Lisans Tezi, Câmîatü'l-Musul, 2005), s. 15, 29; Bâh, “Beyne'l- hakîka ve'l-hükmiyye”, s. 172.

¹⁵ İbrahim Bâsim Muhammed Serhân, Meclisü akd-i'l-bey' beyne'n-nazariyye ve't-tatbîk (Yüksek Lisans Tezi, Câmîatü'n-Necâh-i'l-Vataniyye, 2006), s. 50.

Sivâr, ¹⁶ çalışmasında meclisi “akdî müzakere meclisi, ¹⁷ akit meclisi ve muhayyerlik meclisi” olmak üzere üçe ayırmıştır.¹⁸ Klasik literatürde meclis/akit meclisi tek bir süreç olarak ele alınmış ve müzakere ile muhayyerlik meclisleri de akit meclisi çerçevesinde değerlendirilmiştir.¹⁹ Sivâr sonrası çalışmalarda da söz konusu üçlü ayırım yerine daha çok ikili taksim (akdî müzakere ve akit meclisi) benimsenmiş ve klasik literatüre hâkim olan anlatıma uygun şekilde muhayyerlik meclisi akit meclisi kapsamında kabul edilmiş ve o şekilde işlenmiştir.²⁰

¹⁶ Sivâr, İslâm hukukunda şekil konusunu ele aldığı eserinde akit meclisi müessesesine de yer vermektedir. Akit meclisinin İslâm hukukuna özgü bir kurum olduğunu ve çağdaş hukuk sistemlerinde bir benzerinin bulunmadığını belirtmektedir. Sivâr’ın ilgili eseri tespit edebildiğimiz kadarıyla meclis konusunu bu bağlamda detaylı olarak inceleyen ilk ve önemli çalışmadır. Sivâr’ın eserinde sıkça atıfta bulunduğu Senhûrî de icap-kabul arasındaki irtibatın Fransız hukukunda özel olarak ele alınmadığını, İslâm hukukunun bunun için akit meclisi nazariyesini ortaya koyduğunu ve akit meclisini ince ve titiz bir şekilde ele almada mükemmellik derecesine ulaştığını ifade eder. Ancak Sivâr, aralarında önemli farklar olmakla beraber yeni Fransız Kanunu’nda sözleşmede zayıf tarafı korumak için tanınan “düşünme mühleti”nin akit meclisine, “vazgeçme mühleti”ninse muhayyerlik meclisine benzediğini söylemektedir. Bkz. Abdürrezzâk Ahmed Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak fi’l-fikhi’l-İslâmî*, Kâhire: Câmîatü’l-Devli’l-Arabiyye, 1960, II, 6; Muhammed Vahîdüddin Sivâr, *eş-Şekl fi’l-fikhi’l-İslâmî: dirâse muvâzene*, Ammân: Dârü’s-Sekâfe, 1998, s. 138, 173-174. Benzer değerlendirmeler için bkz. Abdullah, Dirâse mukârene, s. 8; Serhân, Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk, s. 11. İslâm hukukundaki “meclis muhayyerliği” kurumu ile Fransız hukukundaki “vazgeçme mühleti” kurumu arasındaki benzerlikler ve farklılıklar için bkz. Abdullah, Dirâse mukârene, s. 199-200.

¹⁷ Sivâr’ın “meclisü mukaddimâtî’l-akd” olarak ifade ettiği ve bazı çalışmalarda (bkz. İbrahim Tüfekçi, “İslâm Hukukunda Meclis Muhayyerliği”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 20 (2012): 8-9.) “akde hazırlık meclisi” olarak tercüme edilen bu tabirin biz, “akdî müzakere meclisi” şeklindeki tercümesini daha yerinde bir deyim olarak görmekteyiz. Her ne kadar tabirin literal/motamot (lafzî) çevirisi “akdin hazırlıkları meclisi” anlamına tekabül etmekte ve literatürde benzer ifadeler kullanılmakta ise de (bkz. Burhanüddîn (Burhânü’s-şeria) Mahmûd b Ahmed b Abdülazîz Buhârî Merginânî Burhâneddîn Buhârî, *el-Muhîtü’l-burhânî fi’l-fikhi’n-Nu’manî*, Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 2004, VI, 363; Kemâleddîn Muhammed b Abdülvahîd b Abdülhamîd İbnü’l-Hümâm, *Şerhu fethü’l-kadîr*, Mısır: Mustafa el-Babî el-Halebî, 1970, VI, 252; Şemseddin Muhammed b Ahmed b Hamza el-Ensârî Remlî, *Nihâyetü’l-muhtâc ila şerhi’l-minhâc (Nüreddin eş-Şebrâmellisî ve Reşîdî’nin hâşiyeleriyle birlikte)*, Beyrut: Dârü’l-Fikr, 1984, IV/363; Serhân, Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk, s. 48.) literatürdeki hâkim anlatıdan -ki akit meclisi öncesi aşaması genellikle “müfâvaza” (müzakere) ve “müsâveme” (pazarlık) kavramlarıyla anlatılır (57. dipnota bkz.)- ve konuya ilişkin bazı çalışmalardan hareketle (bkz. Abdullah, Dirâse mukârene. Mezûr çalışmada bu evre “fetret-ü’l-müfâvaza (müzakere evresi) olarak adlandırılmıştır) bu şekilde tercüme etmeyi daha uygun bulduk. Ayrıca Türk hukuk kaynaklarında bu evre “akdî müzakere” deyimine yakın olarak “sözleşme öncesi görüşmeleri aşaması” veya “görüşme aşaması” olarak geçmektedir. 58. dipnota bkz.

¹⁸ Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 140-145. Senhûrî de meclis muhayyerliğini kabul eden ekollerin meclis tasavvurunda aslında iki meclisin bulunduğunu söylemenin daha doğru olacağını belirtir: Birinci meclis, kabul veya akit yapmaktan imtina etme ile sona eren akit meclisi; ikincisi, akit meclisinin hemen akabinde var olan ve tarafların bedenleriyle ayrılmalarıyla sona eren muhayyerlik meclisidir. Ne var ki Senhûrî bu tespitine ve önerisine rağmen, meclisi ve hükümlerini tek ve bütün olarak ele almış ve tespiti ile uyumlu bir taksim yoluna gitmemiştir. Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak fi’l-fikhi’l-İslâmî*, II, 16,29. Bu arada Senhûrî ile Sivâr’ın görüşleri arasındaki paralellik dikkat çekmektedir. Eserini Senhûrî’den sonra kaleme almış olması ve eserinde sık sık ondan alıntılarda bulunması göz önüne alındığında, Sivâr’ın bu üçlü taksiminin Senhûrî’nin tespitinden mülhem olduğu sonucu çıkarılabilir.

¹⁹ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 140, 144, 157. Detaylı bilgi için 59. ve 186. dipnotlara bkz.

²⁰ Bkz. Abdullah, Dirâse mukârene, s. 40-41; Serhân, Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk, s. 34-38.

Akit meclisinin fıkıh literatüründe net ve kesin bir tanımının bulunmadığını vurgulayan Sivâr, onun bazen akdî müzakere meclisi ve muhayyerlik meclisi ile karıştırıldığını, bazen mekân bazense zaman unsuru baz alınarak tanımlandığını ifade eder.²¹ Ona göre akit meclisine ilişkin bir tanımın yapılabilmesi için; onun öncelikle haricî (dış unsurlar) bakımından meclis-i sâbıkı olan “akdî müzakere meclisi” ve onu takip eden “muhayyerlik meclisi”nden ayırt edilmesi, tarifi dahilî (iç unsurları) bakımından ise mekân, zaman ve davranış olmak üzere üç temel zarurî unsur (kayıt)²² barındırması gerekmektedir.²³

Modern kaynaklarda meclis ile ilgili pek çok tanım görmek mümkündür. Mezheplerin meclise ilişkin tasavvur ve tasvir farklılıkları, çağdaş İslâm hukukçuları arasında meclisin mahiyeti ile tanımı noktasında görüş ayrılığına yol açmış ve sonuç olarak farklı tanımlamalar ortaya çıkmıştır. Hukukçular, klasik kaynaklardaki hükümler ışığında akit meclisi için bir tanım geliştirmeye çalışsalar da bu tariflerin çoğu eleştirilere açık olmuştur. Biz burada meclis ile ilgili olarak önemli gördüğümüz bazı tariflere yer vereceğiz. Tanımları Sivâr öncesi ve sonrası olarak tasnif edecek, sonrasında kendi tercih ettiğimiz tanımı belirteceğiz.

Muasır İslâm hukukçularının tanımlarını zikretmeden önce meclisle ilgili olarak son dönem Osmanlı Hanefî fakihlerinden İbn Âbidîn’in (ö. 1252/1836) ifadelerine ve *Mecelle*’nin tanımına yer vermek istiyoruz. İbn Âbidîn meclis için tam bir tanım vermese de kısmen tanım sadedinde şunları söylemektedir: “Meclis ile i’râza²⁴ delâlet eden bir şeyin bulunmaması ve i’râza delâlet etmese bile (birliği) sona erdirecek bir şey ile meşgul olunmaması kastedilir. Aksi halde mekân birliği olsa dahi meclis akamete uğrar.”²⁵ *Mecelle*’de “Meclis-i bey’, pazarlık için olunan içtimâ’dır”²⁶ şeklinde bir tanım ortaya

²¹ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 157.

²² Sivâr akit meclisinde gerekli gördüğü unsurlar için sıklıkla “sınırlılık-kısıtlılık” anlamına gelen “kayıt” kelimesini de kullanmaktadır. Bu kullanım, mezheplerin görüş farklılıkları dikkate alınmakla birlikte her bir unsurun bazı sınırlamalar getirdiği düşüncesine dayanmaktadır. Tezin “Akit Meclisinin Temel Unsurları” başlığına bkz.

²³ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 140.

²⁴ “İ’râz, muhatapın yapılan teklif hakkında kabul veya ret yönünde açık bir beyanda bulunmaması; teklifle ilgilenmediğine delâlet eden (başka bir konuya intikal etme, yemekle meşgul olma gibi) söz ve davranışlarda bulunması demektir.” Bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akidler (Batı Hukuku ile Mukâyeseli Olarak)”, *Fıkıh ve fıkıh tarihi incelemeleri*, İlmî araştırmalar dizisi 74, Ankara: İSAM, 2015, s. 320.

²⁵ Muhammed Emin b Ömer b Abdülazîz ed-Dımaşkî İbn Âbidîn, *Hâşiyetu İbn Âbidîn: Reddû’l-muhâr ala Dürri’l-muhtâr*, Mısır: Mustafa el-Babî el-Halebî, 1966, IV, 526.

²⁶ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 181. md.

konulmuştur. Arapça tercümesinde ise pazarlık yerine “akitleşme” (*teâkud*) kelimesi kullanılmıştır.²⁷ İbn Âbidîn’in ifadeleri zaman ile mekân unsuruna işarette bulunmadığı ve meclisin başlangıcına değinmediği yönünde eleştirilmiştir.²⁸ *Mecelle*’nin meclis tarifi de mekân unsurunu göz ardı ettiği ve akit meclisini mânevî bir birlik olarak tasvir ettiği şeklinde değerlendirilmiştir.²⁹

Senhûrî (ö. 1971), meclisi “ tarafların içinde bulunduğu mekân ve icabın bildirilmesiyle başlayıp tarafların akitleşme ile meşgul oldukları ve herhangi birinden i’râza ilişkin bir şey belirmediği müddetçe devam eden... (zaman)”³⁰ şeklinde tanımlamıştır. Zerkâ (ö. 1999) meclisi, “ tarafların akde ilişkin müzakerelere yöneldikleri hal”³¹ olarak tarif etmiştir. Zühaylî (ö. 2015) de benzer şekilde “ sözleşmeyi yapan tarafların akit ile meşgul oldukları hal, başka bir deyişle sözleşme konusunda söz birliği”³² olarak tanımlamıştır. Ebû Gudde ise “ icabın sudur anıyla başlayan, taraflardan birinden i’râza ilişkin bir şey belirmeksizin akitleşme ile ilgilendikleri müddet boyunca devam eden ve taraflardan birinin akdin gerçekleştiği mekânı terk etmesi ile son bulan zamansal birlik” şeklinde bir tanım ortaya koymuştur.³³ Şefîk Şehâta akit meclisi ile “ tarafların akit yapma amacıyla bir araya gelmelerinin vuku bulduğu ve tarafların ayrılmasıyla veya taraflardan birinin akit dışı bir şey ile ilgilenmesiyle sona eren zaman aralığı”nın kastedildiğini ifade etmiştir.³⁴ TDV İslâm Ansiklopedisi’nin “Meclis” maddesinde, meclis “akdi oluşturan irade beyanlarını içeren görüşme ve müzakerelerin cereyan ettiği

²⁷ “مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع” Bkz. Ali Haydar Efendi (Çev. Fehmi el-Hüseynî), *Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-ahkâm*, Beyrut: Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, t.y., I, 132.

²⁸ Serhân, Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk, s. 58.

²⁹ Serhân, Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk, s. 58. Bu değerlendirmeye katılmıyoruz. Çünkü *Mecelle* şarihi Ali Haydar, metinde yer verdiğimiz tanıma “Meclis-i bey”, (bir malı) pazarlık için olunan (mahall-i içtima’dır) şeklinde şerh düşmüş ve görüldüğü üzere maddî bir tasavvuru çağrıştıran “mahal” kelimesini takdir etmiştir. Bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-ahkâm*, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020, I, 261. Dolayısıyla mekân unsurunun bulunmadığını söylemek doğru değildir. Ayrıntılı bilgi için Tezin “Akit Meclisinin Temel Unsurları” başlığına bkz. Bununla birlikte meclenin Türkçe tarifinden müzakere meclisini akit meclisi kapsamında ele aldığı ve dolayısıyla görüşmelerin akit meclisi evresine sarkabileceği anlaşılmaktadır. 54. dipnota bkz.

³⁰ Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak fi’l-fikhi’l-İslâmî*, II, 6.

³¹ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü’l-fikhiyyü’l-âm: ihrâcun cedîd*, Dimaşk: Dârü’l-Kalem, 2012, I, 432.

³² Vehbe Zühaylî, *el-Fikhu’l-İslâmî ve edilletuhu*, Dimaşk: Dârü’l-Fikr, 1985, IV, 2945.

³³ Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 118.

³⁴ Şefîk Şahâta, *en-Nazariyyetü’l-âmme li’l-iltizâmât fi’ş-şerîat-i’l-İslâmiyye*, Mısır: Matba’atü’l-İ’timâd, t.y., s. 138.

yer ve zaman” ve “akit müzakerelerinin sürdürüldüğü vasat (yer ve zaman), akdin taraflarının itibarî birlikteliği” olarak tanımlanmıştır.³⁵

Verilen tanımlarda görüldüğü üzere meclise ilişkin tasavvurda mekân, zaman ve hal olmak üzere üç temel unsur ön plana çıkmaktadır. Tariflerdeki benzerlikler bir kenara bırakıldığında esasında bu üç unsurun farklılık olarak ortaya çıktığı ve bu unsurların Sivâr’ın mekân, zaman ve davranış olarak vurguladığı unsurlara tekabül ettiği görülecektir.³⁶ Sivâr, eserinde yer verdiği mezkûr bazı tariflerin bazı noktalar bakımından eksik kaldığını söylemektedir. Ona göre Senhûrî’nin tarifi akit meclisinin sonunu belirtmediği, Zerkâ’nın tarifi müzakere meclisini de kapsadığı,³⁷ Şehâta’nın tarifi mekân unsurunu içermediği ve tarafların ayrılmasıyla dağılan muhayyerlik meclisi ile kabul ile neticelenmeyen eksik akit meclisini³⁸ de şümulüne aldığı için eksiktir.³⁹ Sivâr’ın bu eleştirilerinin farklı düzeylerde ve değişik açılardan mezkûr diğer tarifler için de geçerli olduğu söylenebilir. Sivâr’ın önerdiği tanım şudur: “icap ile başlayıp kabul⁴⁰ ile sona eren zaman aralığında, akdin iki parçasının (icap ve kabul) tamamlandığı ve tarafların birbirlerinin sesini net duyabileceği uzaklıkta oldukları mekânda akitleşmeye

³⁵ Aybakan, “Meclis”, s. 239-240.

³⁶ Buna göre tariflerdeki hal unsuru Sivâr’ın davranış (sülûk) olarak ifade ettiği unsura tekabül etmektedir. Ancak buradan hareketle iki kelimenin tam anlamıyla örtüştüğü söylenemez. Zira Sivâr, “davranış” anlamını belirtmek için önerdiği tanımda Arapça “hal” kelimesini kullanırken akit meclisinin unsurlarını açıklarken Arapça “sülûk” kelimesini tercih etmektedir. Bu durumdan yola çıkarak “sülûk” kelimesinin maddî ve somut bir içeriği, “hal” kelimesininse manevî ve soyut bir muhtevayı çağrıştırdığı çıkarımını yapmamız mümkündür. Zira aşağıda göreceğimiz üzere davranış unsuru ele alınırken ağırlıklı olarak Hanefî ekolünün maddî bakış açısı izah edilip değerlendirilmektedir. Ayrıca akit meclisinde örfü temel alan diğer mezhep fakihlerinin ve modern İslam hukukçularının ifadelerinde ve tariflerinde “hal” kelimesini kullanmaları bu kavramın içeriğinin maddî ve somut olaylardan soyutlanarak muhtevasının belirlenmesinin örfü bırakıldığı anlamına gelmesi muhtemeldir. Ayrıntılı bilgi için tezin “Akit Meclisinin Temel Unsurları” ve “Meclisin Unsurlarına ve Tasavvuruna İlişkin Değerlendirme” başlıklarına bkz.

³⁷ Bu tarife ayrıca mekân unsurunu göz ardı ettiği ve akit meclisinin başlangıç ile sonuç anını belirtmediği yönünde eleştiri yöneltilmiştir. Bkz. Serhân, Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk, s. 59.

³⁸ Sivâr bunu “eksik akit meclisi” olarak isimlendirmektedir. 59. dipnota bkz.

³⁹ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 157-158.

⁴⁰ Sivâr, akit meclisinin nihayetini kabul beyanı olarak tayin ve tercih etmesinin nedenini şöyle ifade etmektedir: “...Zira meclis bahsi geçen iki hal (yani icabın reddi veya meclisin dağılması) ile sona erdiğinde hukukî açıdan meclisin sona erdiğinden değil akamete uğramasından/yıkılmasından (münhâr) bahsedilecektir.” Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 141. Senhûrî ise meclisin kabul veya i’râz ile dağılabileceğini belirtir. Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 16. Bu bağlamda Abdullah, akit meclisin dağılmasının “akit meclisinin olumlu dağılması” (kabul ile dağılma) ve “akit meclisinin olumsuz dağılması” (i’râz vb. ile dağılma) olarak iki kısma ayrılabilceğini ifade eder. Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 208.

yöneldikleri hal”.⁴¹ Bu tarif zaman, mekân ve hal unsurlarının tamamını içermekte ve akit meclisini icabın beyanı ile başlatıp kabul beyanı ile sona erdirmektedir.

Sivâr sonrası bazı çalışmalarda da meclis için genel bir tarif yapma eğilimi gözlemlenmektedir. Ancak az yukarıda işaret edildiği gibi ilgili çalışmalarda Sivâr’ın üçlü taksimi yerine ikili taksim benimsenmiş ve akit meclisinin üç unsurdan teşekkül ettiği hususu açık bir şekilde belirtilmemiştir. Dolayısıyla muhayyerlik meclisi akit meclisi kapsamında kabul edilmiş ve yapılan tarifler de bu doğrultuda şekillenmiştir. Bu tariflerden birinde akit meclisi, “ tarafların akitleşme ile meşgul oldukları, icabın kabul ile bitişmek için elverişli olarak kaldığı müddetin belirlendiği, dağılmasında ve dolayısıyla akdın kurulamamasında sözleşme mekânının büyük etkisi olan hal” şeklinde tanımlanmıştır.⁴² Bu tarif her ne kadar üç unsura işaretle bulunsa da muhayyerlik meclisini de akit meclisi kapsamında ele aldığı için akit meclisinin başlangıç ve nihayetinin belirleniminde irade beyanlarını esas almamıştır. Diğer bir çalışmada “ tarafların akit ile meşgul oldukları zaman ve mekândır. İcap ile başlayıp akitleşme ile iştigalin bitmesiyle nihayet bulur” şeklinde tanımlanmıştır.⁴³ Bu tarifte zaman ve mekân unsuru açık bir biçimde zikredilmesine karşılık davranış unsuru sarahaten yer almamıştır. İlave olarak akit meclisinin başlangıcını ve sonunu belirtmekle birlikte “ akitleşme ile iştigalin bitişini” akit meclisinin nihayeti olarak ifade etmesi akit meclisini meclis muhayyerliğini kuşatan bir genişlikte tasavvur ettiğini gösterir.⁴⁴

Süleyman Bâh, meclisle ilgili yapılan tariflerin tartışmaya açık olduğunu ve onun bu tariflerden hareketle ortaya koyduğu tanımın efrâdını cami‘ (kapsayıcı) ve ağıyârını mâni‘ (dışlayıcı) bir tanım olduğunu söylemektedir. Bâh’a göre akit meclisi, “ kabul etmesi beklenen tarafın icabı öğrenmesiyle başlayıp kabul beyanı veya i‘râz ya da tarafların birbirinden ayrılmasıyla son bulan zaman aralığında, akdın kuruluşunun ve

⁴¹ Dâvûd, Hanefî ve Malikî mezheplerinde akit meclisinin “ icap beyanı ile başlayıp kabul beyanı ile sona eren zaman aralığında tarafların hali”ni, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde ise “ icap ile başlayıp akdın tamamlanmasından sonra tarafların bedenleriyle ayrılmalarına kadar devam eden akitleşme mekanı”nı ifade ettiğini belirtir. Bkz. Dâvûd, *Nazariyyetü’ş-şekl*, s. 448.

⁴² Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 35.

⁴³ Serhân, *Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk*, s. 61.

⁴⁴ Müellif, Sivâr’ın mezkûr tarifini eleştirisinde bunu açıkça belirtir ve tanımının bir üstünlüğü olarak ifade eder. Bkz. Serhân, *Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk*, s. 59.

bağlayıcılığının tamamlandığı ve tarafların akitleşme ile meşgul oldukları hal” dir.⁴⁵ Tarifte üç unsura açıkça atıfta bulunulmamış ve akit meclisinin başlangıcı muhatabın icabı öğrenmesi olarak belirlenmiş, nihayeti ise sadece kabul beyanı ile ilişkilendirilmemiştir. Bu ve ayrıca tarifte akit meclisini akdin bağlayıcılığının gerçekleştiği yer olarak vurgulaması muhayyerlik meclisini akit meclisi kapsamında kabul ettiğini gösterir.

Bize göre tanımlardaki farklılık esasen meclisi tasvirde mekân, zaman veya hal unsurlarından hangisinin temel alınacağı, başka bir deyişle meclisin bu üç unsurdan hangisi ile tasavvur edileceği meselesindeki ihtilafa dayanır. Bu görüş ayrılığının bir yansıması olarak meclisi tanımlamaya çalışan muasır araştırmacıların her biri – Sivâr’ın da işaret ettiği gibi- belirli bir veya iki unsuru temel almış ve tarifi onun üzerinden yapmıştır. Ayrıca meclis muhayyerliğinin veya muhayyerlik meclisinin sözleşmedeki konumuna ilişkin araştırmacıların zihnindeki belirsizlik, bu ihtilafın temel nedenleri arasındadır. Klasik literatürde meclisin bahsi geçen meclisleri kapsayacak şekilde geniş kapsamlı ve tek aşama olarak ele alınması bu belirsizliğin oluşumunda etkili olmuştur. Biz diğerlerine nispetle daha teknik ve dakik gördüğümüz için Sivâr’ın tanımını temel alacağız. Söz konusu tanım, dahili bakımdan üç unsuru içermesi ve harici bakımdan ise akit meclisinin başlangıcını icap, sonunu kabul beyanı olarak belirleyip onu diğer iki meclisten tefrik etmesiyle temayüz etmektedir. Burada hatırlatmak gerekir ki Sivâr’ın tanımını aslında hakikî akit meclisi için yapılmış bir tanımdır. Çünkü hakikî akit meclisi kelimenin tam anlamıyla mezkûr üç unsuru bünyesinde bulundurmaktadır. Ancak bu tanımın itibarî olarak hükmî akit meclisi için de geçerli olduğu söylenebilir.⁴⁶

⁴⁵ Bâh, “Beyne’l- hakîka ve’l-hükmiyye”, s. 172. Yazar dipnotta “tarafların akitleşme ile meşgul oldukları hal” ifadesiyle akit meclisinin tarafların muayyen bir mekânda bulunmasına bakmaksızın onların akit yapmaya yönelmiş oldukları haldeki meydana gelen toplanma ve ayrılmadan ibaret olduğunu açıklamak istediğini belirtmektedir. Bkz. Bâh, “Meclisü’l-akd beyne’l- hakîka ve’l-hükmiyye”, s. 186.

⁴⁶ Aşağıdaki “Hükmî (Gaipier Arası) Akit Meclisi” başlığına bkz.

1.2. Taksim

Burada konumuzla ilişkisi bakımından daha münasip olarak gördüğümüz Sivâr'ın üçlü tasnifini takip edeceğiz. Bu bağlamda meclisi akdî müzakere, akit, muhayyerlik meclisleri olmak üzere üç başlıkta sırasıyla inceleyeceğiz.⁴⁷ Ancak meclislerin taksimine geçmezden evvel akdin teşekkül merhaleleri açısından meclisin konumlandırılması faydalı olacaktır.

Bir akit, haddizatında iki temel merhaleden teşekkül eder: akitleşme (akit) öncesi ve akitleşme sonrası. Akitleşme öncesi aşama, akdin kuruluşunun gerçekleştiği ve tarafların hak ve borçlarının belirlendiği aşamadır.⁴⁸ Bu aşama, sözleşmenin en önemli ve kritik aşaması olarak kabul edilir. Akitleşme sonrası merhale ise akdin mün'akit olarak var olduğu ve sonuçlarını meydana getirmek için hazır olduğu aşamayı ifade eder.⁴⁹ Önceki merhalede kurulumu tamamlanan akit bu aşamada bağlayıcılığını kazanıp sonuçlarını doğurmak için elverişli hale gelmektedir.

Akdin teşekkül aşamalarına nispetle meclis konumlandırılacak olunursa, akitleşme öncesi merhalenin akdî müzakere ve akit meclisi alt evrelerini kapsayan bir süreci temsil

⁴⁷ Dâvûd, akit meclisini “tarafların akit öncesi bir araya gelmeleriyle başlayıp (akit)ten ayrılmalariyla sona eren akitleşme mekânı” olarak tanımlar ve bu kapsamda akit meclisini “icap öncesi, icap beyanı ile kabul beyanı arası, kabul beyan edildiği andan ayrılma anına kadarki süreç” olmak üzere üç kısma (evre) ayırır. Ona göre bu üç kısım akit meclisini oluşturur:

1. İcap öncesi evre, tarafların müzakere ve pazarlık yapma amacıyla bir araya geldikleri, bu süreçte semen ve mebî üzerinde görüş alışverişi yaptıkları evredir. Bu kısım, “akdin ön hazırlıkları” (*mümehhidâti'l-akd*) olarak isimlendirilmiştir.
2. İcap ile başlayıp kabulün beyanına kadar devam eden evrede sadece icap beyanı söz konusudur. Bu evre, kabul beyan edilmeden hemen öncesine kadar sürer. Bu nedenle kabul beyanı, bu evrenin bir unsuru olarak görülmez. Akit meclisinin bu bölümü ise “akdin hazırlıkları” (*mukaddimâti'l-akd*) olarak isimlendirilmiştir.
3. Üçüncü ve son evre, kabul beyanı ile başlar ve tarafların sözleşme mekânından bedenleriyle ayrılmalariyla sona erer. Bu evrede, kabulün icapla örtüşmesiyle akit zahir olarak tamamlanmış sayılırken tarafların fiziksel olarak ayrılmalariyla akit bağlayıcılığını kazanarak nihâî tamamlanma gerçekleşir. Başka bir deyişle bu evrenin başlangıcı, icap ve kabul beyanı ile “zahir tamamlanma” (*et-temâmü'z-zâhir*) iken, sonu akdin bağlayıcılık niteliğini kazanmasıyla “kâmil tamamlanma” (*et-temâmü'l-kâmil*) dır. Bu nedenle akit meclisinin bu son kısmı, “akdin tamamlayıcı unsurları” (*mütemmimâti'l-akd*) olarak isimlendirilir. Üçüncü evrenin süresinin çoğunu meclis muhayyerliği işgal eder.

Dâvûd, bu taksimi yaptığı sırada Sivâr'ın eserine atıfta bulunur. Bu bağlamda Sivâr'ın birinci evreyi 'mukaddimâti'l-akd' (akdin hazırlıkları) isimlendirdiğini ve onun üçüncü evreyi akit meclisi çerçevesinin dışına çıkararak 'meclisü'l-hıyâr' (muhayyerlik meclisi) olarak isimlendirdiğini belirtir. Bkz. Dâvûd, *Nazariyyetü's-şekl*, s. 449-452.

⁴⁸ Dolayısıyla bu merhale “akdin kuruluş öncesi aşaması” olarak adlandırılabilir.

⁴⁹ Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 40; Serhân, *Beyne'n-nazariyye ve't-tatbîk*, s. 45; Sivâr, *eş-Şekl*, s. 144-145.

ettiği söylenebilir. Başka bir deyişle akitleşme öncesi merhale iki alt evreye ayrılabilir: akdî müzakere meclisi ile akit meclisi. İkisinin ortak noktası, her ikisinin de akitleşme öncesi merhaleyi teşkil etmesidir. Bununla birlikte pek çok sözleşmenin öncesinde bir müzakere evresi geçirmeksizin kurulabildiği vakidir. Bu nedenle akdî müzakere meclisi her bir akitte bulunması gerekli bir evre değildir.⁵⁰ Akit meclisi ise her akit için zorunlu bir evredir ve bu evreden geçmemiş herhangi bir akdin varlığı tasavvur edilemez. Zira bir akit esasında bu evrede in'ikad etmektedir.⁵¹

Muhayyerlik meclisi ise akitleşme sonrası merhalenin kapsamına dahil olan bir meclis evresi olarak görülmelidir. Belirtmek gerekir ki meclisi iki evreden ibaret olarak gören ve muhayyerlik meclisini akit meclisi kapsamında kabul eden yaklaşıma göre muhayyerlik meclisi sona erdiğinde akit meclisi sona ermektedir. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre her iki meclis iç içe geçmiştir ve akitleşme öncesi merhale akit meclisinin yani muhayyerlik meclisinin sonuna kadar uzanır. Diğer bir tabirle muhayyerlik meclisini de içeren akit meclisi akitleşme sonrası aşamayı yani akdin kuruluş anından sonrasını da kapsamına almaktadır. Bu çerçevede akit meclisinde hem akdin kuruluşu hem de bağlayıcılığını kazanması gerçekleşmektedir. Ayrıca akit meclisinin bitiş anının sadece kabul beyanı ile değil, aynı zamanda “ayrılma” olgusuyla ilişkilendirilmesi de bu yaklaşımın bir tezahürüdür. Her halükârda ister meclis ikiye taksim edilsin isterse üçe taksim edilsin, ister akit meclisi muhayyerlik meclisini kapsasın isterse kapsamasın icap ve kabulün irtibatı ile in'ikadını tamamlayan akit hemen veya bilahare bağlayıcılığını kazanmaya başlar.

⁵⁰ Abdullah, Dirâse mukârene, s. 42. Nevevî bu bağlamda şunları söyler: “Öncesinde pazarlığın olması satım akdinin sıhhati için şart değildir. Bilakis bir kimse yolda karşılaştığı bir kişiye “Bunu sana bin dirheme sattım.” der, o da “Kabul ettim.” veya “Satın aldım.” diye karşılık verirse ihtilafsız akit sahih olur. Çünkü lafız hükmü noktasında sarihtir ve bir karineye veya sibakına bağlı değildir.” Bkz. Ebû Zekeriyâ Muhyiddin Yahyâ b Şeref b Nuri Nevevî, *el-Mecmu' şerhu'l-Mühezzeb li ş-Şîrâzî*, Kâhire: İdâretü't-Tibâ'ati'l-Münîriyye, 1928, IX, 171.

⁵¹ Serhân, Beyne'n-nazariyye ve't-tatbîk, s. 45.

1.2.1. Akdî Müzakere Meclisi

Bu meclis, sözleşme öncesi görüşmelerin yapıldığı evredir ve akitleşme öncesi evrelerin ilkidir. Taraflardan birinin teklifi veya icaba ya da müzakereye daveti ile başlayıp net ve kesin bir icabın sadır olmasıyla nihayet bulur.⁵² İcabın beyanı, aynı zamanda akdî müzakere meclisinin akit meclisinden ayrıldığı andır. Doktrinde kesin ve tam olarak belirlenmiş olması ve yöneltilmesi gereken bir irade beyanı olması gerektiği⁵³ dikkate alınmakla birlikte icap, akdî müzakere meclisi ile akit meclisi arasındaki ayırıcı nokta olarak saptanmıştır.⁵⁴ Bu bağlamda icap ile icaba davetin ve/veya icap ile icap müzakeresinin birbirinden tefriki kritik bir önemi haizdir.

Müzakereye davet, bir tarafın diğerini muayyen bir akitle ilişkili olarak kendisiyle görüşme yapmaya çağırmasıdır. Bu davet zorunlu olarak icap anlamında bir teklif teşkil etmeyip akitleşme aşamasına geçmeden önce taraflar arasında görüşlerin karşılıklı alışverişi ve tartışılması amacıyla yapılır. Taraflar akit müzakereleri aracılığıyla doğacak sonuçlarını üstlenmeden önce sözleşmenin hukukî ve iktisadî boyutlarını iyiden iyiye düşünme imkanını elde eder. Özellikle birçok akdin ancak uzun süren ve nihaî olarak icap-kabul ile neticelenen müzakerelerden sonra kurulması müzakerelerin ne denli önemli olduğunu göstermektedir.⁵⁵ Bununla birlikte az yukarıda müzakere evresine ihtiyaç duyulmaksızın akitleşme öncesi merhalenin yalnızca akit meclisi evresinden teşekkülünün mümkün olduğu ifade edilmişti.

Bir teklifin icap mı, yoksa icaba davet mi olduğunun tespiti için yorum yapmak gerekmektedir. Eğer teklif, sözleşmenin esaslı unsurlarını belirli veya belirlenebilir olarak muhtevi değilse veya ihtiva etse bile akdin kurulması bakımından son söz teşkil etmeksizin ve kesin bağlanma iradesi olmaksızın yapılmışsa icaba davetten bahsedilir. İcaba davette teklif sahibi akit kurma iradesini kesin bir biçimde beyan etmeksizin karşı tarafa ilgili sözleşmeyi yapmaya hazır olduğunu bildirmek ve muhatabı icapta bulunmaya

⁵² Sivâr, *eş-Şekl*, s. 140; Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 40.

⁵³ Dönmez, “Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akidler,” s. 356.

⁵⁴ Müzakere ve pazarlıklar genellikle akit meclisinden önce gerçekleşir. Bununla birlikte tarafların ciddi ve nihaî olarak akit kurma niyetiyle bulunduğu akit meclisinde müzakere ve pazarlıkların devam etmesinde herhangi bir mâni yoktur. Bkz. Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 43; Serhân, *Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk*, s. 45-46. Yukarıda yer verdiğimiz *Mecelle*’nin akit meclisine ilişkin tarifinden de bunun anlaşıldığı belirtilmişti. (29. dipnota bkz.) Buna göre teorik olarak icabın söz konusu iki meclisin arasını ayıran sınır olduğu ancak pratikte görüşmelerin akit meclisinde de sürebileceği söylenebilir.

⁵⁵ Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 40-41, Serhân, *Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk*, s. 46.

teşvik etmek niyetindedir. İcap olarak yapılan teklifte ise akdin tüm esaslı noktaları bulunmakta ve muhatabın icabı kabul etmesiyle sözleşme kurulmuş olmaktadır. Dolayısıyla bir irade açıklamasının icap mı yoksa icaba davet mi olduğunun tespiti iki unsurun var olup olmamasına göre yapılacaktır. Eğer söz konusu açıklama, sözleşmenin esaslı unsurlarını ve bağlanma iradesini içeriyorsa icaptır. Aksi durumda icaba davettir.⁵⁶

Müzakere evresi, İslâm Hukuku'nda daha çok “pazarlık evresi” olarak ele alınır.⁵⁷ İslâm hukukundaki müzakere mefhumunun pozitif hukuktaki anlamından çok farklılık göstermediğini belirtmek gerekir.⁵⁸ Müzakere meclisi tam bir icap ile sonuçlanabileceği gibi eksik bir icap ile de sonuçlanabilir. Eğer icaba davet semenin tayini veya icap için belirlenen (emir, mâzî vb.) söz kalıplarının kullanımı gibi gerekli şartları içerirse tam bir icap meydana gelir. Henüz kabul ile karşılık bulmamış olan bu icap akit meclisinin başlangıç anını oluşturur. Şayet icaba davet söz konusu şartları ihtiva etmezse eksik icaptan bahsedilir.⁵⁹

Akit öncesi mecliste cereyan eden görüşme ve müzakerelere esasında bir hukukî sonuç bağlanmamıştır. Zira akit öncesi hazırlıklar birtakım duysal maddî olgulardan ibarettir ve akit meclisi için zorunlu görülen unsurları içermemektedir. Bu anlamda müzakereciler müzakere için muayyen bir yol ile sınırlanmış değildir. Söz gelimi müzakereci bu evrede istediği akdî sıygayı kullanmakta serbesttir. Mekân açısından

⁵⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 58-59; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel*, s. 182; Eren, *Borçlar Genel*, s. 279-283.

⁵⁷ “Pazarlığın Arapça karşılığı “müsâveme”dir. Müsâveme “satıcı ve müşteri arasında gerçekleşen semen üzerindeki ayrışma” olarak tanımlanır. Müzakere ise genellikle “müfâvaza” kavramı ile ifade edilir ve bazen müsâveme ile müfâvaza kastedilir. Bununla birlikte müfâvaza, müsâvemedenden daha genel ve geniş bir anlama sahiptir. Pazarlık ise daha çok bedel veya semende ayrışma meydana geldiği zaman söz konusu olur.” Bkz. Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 41-42; Serhân, *Beyne'n-nazariyye ve't-tatbîk*, s. 46-47.

⁵⁸ “Müzakereler akitleşmede önemli bir rol ifa etmesine karşılık akdî müzakere evresini özel bir düzenleme ile ele alan kanunlar oldukça azdır. İtalyan ve Yunan kanunları bunlar arasındadır. Irak, Mısır, Ürdün gibi ülkelerin kanunlarında ise bu evreye ilişkin ahkam açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Ancak akit meclisi evresine işarette bulunulmuş ve bu evre hukukî düzenlemeye tabi tutulmuştur.” Bkz. Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 43. Kıta Avrupa'sına dayanan Türk hukukunun bazı kaynaklarını taramamız neticesinde bu evrenin müstakil bir aşama olarak tesmiyesine sadece Develioğlu'nun *Borçlar Hukuku*'nda “sözleşme öncesi görüşmeleri aşaması” veya “ görüşme aşaması” olarak tesadüf edilmiştir. İlgili eserde bu isimlendirmenin Fransız, Alman ve İtalyan hukuk sistemlerindeki karşılığına yer verilmiştir: (*la phase des négociations; pourparlers; die Vertragsverhandlungen; le trattative*). Bkz. H. Murat Develioğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: On İki Levha, 2016, s. 186-187.

⁵⁹ Fakihler icaba davet ile başlayan ve tam bir icap ile sonuçlanan müzakere meclisini de “akit meclisi” kapsamında değerlendirmişlerdir. Sivâr'a göre fakihlerin bu tür meclisi “akit meclisi” olarak isimlendirmesi icabın bilahare kabul ile karşılık bulabileceği düşüncesine binaen mecazî olarak yapılmış bir tesmiyedir. O, henüz kabul ile mukabele olunmayan bu icabın “eksik akit meclisi”ni oluşturduğunu ve bu şekildeki meclisin “akdî müzakere meclisi” kapsamına dahil edilmesinin daha doğru olacağını belirtir. Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 140-141.

muayyen bir mekân ile bağılı olmadığından yayan, binerek veya oturarak pazarlık yapabilir. Ayrıca o, davranış açısından da kısıtlanmadığından işlediği takdirde müzakere ile ilgilenmediğini gösterecek belirli fiil ve hareketlerden uzak durmakla yükümlü tutulmamıştır.⁶⁰ Bununla birlikte bir sonraki evre olan akit meclisinde akit sıygasına ilişkin bazı kapalı hususların açıklığa kavuşturulması ve yorumlanması gerektiğinde bazı maddî olgular olması bakımından müzakereler evresine başvurulur.⁶¹

Türk hukuk öğretisinde, müzakere evresinde akit kurma amacıyla müzakerelere başlandığı andan sözleşmenin akdedildiği veya akit yapmaktan imtina edildiği ana kadar taraflar arasında “sözleşme öncesi ilişkiler” adı verilen bir hukukî ilişki meydana gelir. Müzakere aşaması sözleşme özgürlüğü prensibine tabi olduğundan taraflar akit yapma veya yapmama, akdî müzakereleri devam ettirme veya sonlandırma serbestisine sahiptir. Kural olarak geri alınmayan icabın beyanı ile sona eren bu serbestinin sınırı, dürüstlük kuralıdır. Bu bağlamda müzakerelerde görüşenlerin birbirlerine verdikleri zararlar sebebiyle bir sorumluluk söz konusu olmaktadır. Söz konusu sorumluluk, “sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur, sözleşme öncesi/sözleşme görüşmelerinden doğan/ sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurdan doğan sorumluluk” olarak tesmiye edilir. Bu sorumluluk gereği akdî müzakerelere girişen taraflar “dürüstlük” kurallarına uygun davranmakla yükümlüdürler.⁶²

Netice olarak, akdî müzakere meclisi akit meclisinden farklı bir meclis evresidir. Müzakere meclisi özgür yani tarafların hiçbir şeyle sınırlanmadığı ve hareketli bir meclisken akit meclisi ise mukayyet yani tarafların bazı hususlarda kısıtlandığı ve sakin bir meclistir. Müzakere meclisi ile akit meclisi arasındaki ilişki, akit yapma düşünce ve isteğinin görüşme evresinden kararlılık evresine intikal etmesi şeklinde tasvir edilebilir.

⁶⁰ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 141.

⁶¹ Örneğin bir kimsenin isim veya zamir kullanmadan “Bu arabayı bin dirheme satın aldım.” demesi gibi icap sıygasının icabın yöneldiği kişiyi içermemesi halinde muhatap müzakere meclisinin koşulları çerçevesinde tayin edilir. Dolayısıyla bu evrede akit yapmak isteyen tarafların bilinmesi gerçekleşir ve bu sayede onların tekrar belirlenimine gerek duyulmaz. Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 141-143; Serhân, Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk, s. 47-48. Bu bağlamda İbn-i Hümâm der ki, “Satım akdinin hazırlıkları yapıldıktan sonra satıcının “Onu sana şu kadar fiyata sattım.” şeklindeki icabına müşteri sadece “Satım aldım.” beyanıyla karşılık verir ve “senden” diye ifade etmezse (yani muhatabı açık bir şekilde belirtmezse) akit sahih olur.” Bkz. İbnü’l-Hümâm, *fethü’l-kadîr*, VI, 252.

⁶² Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukukî niteliği tartışmalı olup konuya ilişkin üç görüş ortaya atılmıştır. Bunlar haksız fiil görüşü, akdî sorumluluk görüşü ve kendine özgü sorumluluk görüşüdür. Detaylı bilgi için bkz. Turhan Esener, *Borçlar Hukuku I: Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s. 64; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, s. 79-81; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 83; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1254-1264; Develioğlu vd., *Borçlar Genel*, s. 186-187.

Çünkü akit meclisinde taraflar kararlı bir şekilde akitleşmeye odaklanmışlardır. İcabın beyanı bunun en önemli göstergesidir. Nitekim icap akdin kuruluşunun belirlendiği esaslı unsurları içerir. Dolayısıyla icabın sadır olması müzakerelerden doğan güvenin en yüksek dereceye ulaştığı anlamına gelmektedir. Müzakere evresi, esasında akit meclisi için bir hazırlık aşamasıdır ve ona zemin oluşturur.⁶³

1.2.2. Akit Meclisi

Akit meclisi, akdin icra edildiği ve irade beyanlarının açıklandığı meclistir. İslâm hukuku akit meclisine ilişkin hükümleri dakik bir şekilde düzenlemeye tabi tutmuş, akit meclisi için başlangıç ve sonuç noktası tayin ederek ona özel bir önem atfetmiştir.⁶⁴ Akit meclisi evresi, icabın beyan edilmesiyle başlayıp kabul beyanı ile nihayet bulur. Yukarıda meclisin mahiyeti ele alınırken akit meclisinin tanıma yer verilmişti.⁶⁵ Burada söz konusu tanım ayrıca zikredilmeyecektir.

Aşağıdaki başlıklarda öncelikle akit meclisinin gerekçesi, amacı ve işlevi üzerinde durulacaktır. Sonrasında tarafların akitleşme esnasında bulundukları hale nispetle akit meclisi hakikî ve hükmi olmak üzere ikiye taksim edilecektir. Hazırlar arası akitleşmede hakikî meclisten bahsedilirken gaipler arası akit yapmada hükmi meclis söz konusudur. Meclisi oluşturan temel unsurlar tam olarak hakikî mecliste bulunduğundan söz konusu unsurlar bu başlık altında ele alınacaktır.

1.2.2.1. Akit Meclisi Teorisinin Teknik Gerekçesi

Akit meclisi, temelde rıza unsuru ile sıkı sıkıya bağlantılı bir kurumdur. Akitler karşılıklı rıza esası üzerine kurulmaktadır. Bu nedenle rıza, akdin özünü teşkil eder. Ancak rıza bilinmesi mümkün olmayan gizli bir hal olduğu için icap ile kabul, onun göstergesi ve tarafların akit kurma iradelerinin irtibatının tezahürü olarak rıza yerine ikame edilmiştir.⁶⁶

⁶³ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 140-141. Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 43, 47; Serhân, *Beyne'n-nazariyye ve't-tatbîk*, s. 49.

⁶⁴ Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 43.

⁶⁵ Yukarıdaki “Mahiyet ve Tanım” başlığına bkz.

⁶⁶ Neş'et İbrâhim Düreynî, *et-Terâdî fî ukûdi'l-mübâdelâti'l-mâliyye* (Cidde: Dârü's-Şurûk, 1982), s. 54, 58, 104; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 2950; Bâh, “Beyne'l- hakîka ve'l-hükmiyye”, s. 12. Bazı fakihlerin irade beyanını “sûret” olarak olarak isimlendirmesi de icap ile kabulün rızanın biçimsel göstergesi olduğuna işaret eder. Bkz. Yunus Apaydın, “İrade Beyanı”, *DİA*, XXII, 387.

Dolayısıyla irade beyanlarının her biri rızanın bir parçasını oluşturur ve rıza esasında icabın kabul ile irtibatını ifade eder. Karşılıklı rızanın gerçekleşmesi için icap ile kabulün varlığı ve irade beyanlarının birbiriyle uyumlu şekilde irtibatı gereklidir. Akit meclisi, esasında bu irtibatı sağlayan zaman, mekân ve davranış birliğini belirtir. Söz konusu irtibatın sağlanması icap ve kabulün peş peşe beyan edilmek suretiyle birbiriyle buluşmasına bağlıdır. Başka bir deyişle bir akdin kurulabilmesi için akit sıygasında aranan genel şartların başında icap ve kabulün karşılıklı ve birbirine uygun biçimde ittisâli gelmektedir. İrade beyanlarının ittisâlinde kasıt, aralarında fâsıla olmaksızın kabulün icaba bitişik olarak akit meclisinde sadır olmasıdır. Söz konusu ittisâli engelleyen ve icap ile kabulün birliğini zedeleyen bir zaman fâsılasının araya girmemesi gerektiği düşüncesine binaen bu şart ortaya konmuştur.⁶⁷

Tek taraflı hukukî işlemlerde bu şart kolay bir şekilde sağlanmaktadır. Zira bu tür işlemlerin doğumu yalnızca sahibinin iradesine bağlı olduğundan beyan sahibinin tekliği zorunlu olarak irade beyanının birliğini gerektirir. Sonuç itibariyle, beyanın tek/aynı kişiden sadır olmasıyla icap ve kabulde aranan ittisâl şartı basit bir şekilde gerçekleşir.⁶⁸ İki taraflı hukukî işlemlerde ise mezkûr şartın tahakkuku bu kadar basit değildir. Zira bu tarz işlemlerde irade beyanları iki müstakil iradede sadır olmaktadır. Akit kurucu ifadeyi meydana getiren iradelerin iki ayrı irade oluşu, ittisâlin gerçek anlamda tahakkukuna mâni teşkil eder. Bu bağlamda akit meclisi nazariyesine ilişkin olarak Senhûrî ile Sivâr'ın bazı ifadelerine yer vermek faydalı olacaktır. Senhûrî, akit meclisi teorisinin fennî illetini (teknik gerekçesi) şöyle açıklamaktadır:

Kural, icabın kabulün varlığına bağlı/dayalı olmamasıdır. Çünkü kabul var olduğu anda icap mevcut değildir. Dolayısıyla icap mevcut değilken kabul var olmuştur. Ancak kuralı dikkate almak akit yapma kapısını kapatmaktadır. Bu nedenle icap, akit meclisinde hükmî olarak kabulün varlığına bağlı/dayalı olmaktadır. Meclis, zorunlu olarak birbirinden ayrı olan iki parçayı birleştirme görevini üstlenmektedir. Şâfiî'ye göre ise bu zorunluluk payı/hali kabulün hemen peşi sıra beyanı ile sona ermektedir. Kabul etmesi beklenen tarafın düşünmesi için meclis muhayyerliği hakkı vardır.⁶⁹

⁶⁷ Subhî Receb Mahmesânî, *en-Nazariyyetü 'l-âmme li 'l-mucebât ve 'l-ukûd*, Beyrut: Mektebetü'l-Keşşâf, 1983, II, 38; Bedrân Ebû'l-Ayneyn Bedrân, *Tarihü 'l-fikhi 'l-İslâmî ve nazariyyetü 'l-mülk ve 'l-ukud*, Beyrut: Dârü'n-Nehdâti'l-Arabiyye, t.y., s. 371; Sivâr, *eş-Şekl*, s. 145; İcap ile kabulün peş peşe beyan edilme şartını akdin “düğüm” manasına gelmesine bağlayanlar da vardır. Bkz. Orhan Çeker, *İslâm hukukunda akidler*, İstanbul: A. H. İ. Tekstil, Orman Ürünleri Yayıncılık, 2006, s. 60.

⁶⁸ Boşanma ve ikrar örnekleri için bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 145-146.

⁶⁹ Senhûrî, *Mesâdirü 'l-hak*, II, 6.

Sivâr akit meclisi nazariyesinin arka planında yatan düşünceyi şöyle izah etmektedir:

Akit sıygasının müstakil iki şahsî iradeye dayanan iki parçasının hissî niteliği ile ittisâl şartına dayanan nesnel birliği arasında uyum sağlama düşüncesine binaen, diğer bir tabirle söz konusu duyusal ayrılık ile şer'î ittisâlin arasını uzlaştırmak için akit meclisi kurumu var olmuştur. Akit meclisi, bazı mekânsal ve davranışsal kısıtlamalar barındıran bir zarf olarak düşünülebilir. Birtakım sınırlamaları içeren bu zarf sayesinde meclis iki iradeyi ihata ederek irade beyanlarında aranan şer'î ittisâli meydana getirir. İşte, tam bu noktada meclis birliğinden bahsedilir. Dolayısıyla meclisin birliğinin varlığı belirli mekânsal ve davranışsal tavırların taraflarda bulunmasına bağlıdır. Bu tavırlar meclise, hissî olarak ayrık olan akdin iki parçasını hukukun (şer') öngördüğü şekilde birleştirme imkânı vermektedir. Söz konusu tavırların bulunmaması halinde ise meclisin görevi âtil hale gelir ve birleştirme fonksiyonu gerçekleşmez.⁷⁰

Görüldüğü üzere, kuralın gerektirdiği ittisâl ve kabulün hemen beyanı şartı, icap ve kabulün aynı anda beyan edilmesini yani irade beyanları arasında eş anlılığı zorunlu kılmaktadır. Teorik açıdan in'ikadın gerçekleşmesi için kabulün icaba doğrudan ve hemen bitişmesi gerekmektedir. Çünkü icabın akdin bir cüzü olması, kabulün icabın hemen ardından beyan edilmesine ve böylece aralarında bir gecikme olmadan icap ve kabulün buluşabilmelerine bağlıdır. Zira her bir fâsıla icabı hükümsüz kılma niteliğine sahiptir. Diğer bir ifadeyle icap ile kabul arasında şart olan irtibatın sağlanması için kabulün beyanı esnasında icap düşmemiş ve hukuken varlığını koruyor olmalıdır. İcap düştüğü takdirde kabulün icap ile birleşimi meydana gelmez ve dolayısıyla akit varlık kazanmaz. Kabul ancak icaba muttasıl olursa irtibat gerçekleşir ve icap düşmemiş sayılır.⁷¹

Şu kadar var ki icap haddizatında husule geldikten hemen sonra yani vuku bulduğu vaktin sona ermesiyle yok olur ve kabul hakikî olarak ona iltihak edemez. Dolayısıyla kabul beyan edildiğinde icap zamansal açıdan mevcut değildir. Var olmayan bir şey ile ittisâl mümkün olmadığından bu durum ittisâlin gerçekleşmesine engel teşkil eder. Başka bir deyişle icap ile kabulden her birinin beyan edildiği esnada diğeri mevcut

⁷⁰ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 146.

⁷¹ Muhammed Ebû Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-şer'iati'l-İslâmiyye*, Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1977, s. 179; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 432; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 2945; Ali Muhyiddin Ali Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ fi'l-ukûd*, Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 1985, II, 1074.

olmadığından irade beyanlarının maddeten birbirine bağlanması ve dayandırılması mümkün değildir. İrade beyanları arasındaki bağın maddî olmasını şart koşturmak akit yapmayı imkânsız kılmaktadır. Bu nedenle akit meclisinin teknik râbitasının maddî değil, hükmî olduğu söylenmiştir. Akit meclisi teorisi, zaruret gerekçesiyle icap ile kabul arasında hükmî bir râbita kurmaktadır. Bu râbita gereği, maddî olarak aralarında makul bir fâsıla olmasına karşılık icap ve kabul hükmen birbirine bağlı ve dayalı kılınmıştır.⁷²

İcap, sırf telaffuz ile sona eren ve yok olan birtakım itibarî kelimelerden ibarettir. İcabı teşkil eden sözcükler, meclisin kalımına binaen varlığını sürdürüyor olarak itibara alınmıştır. Çünkü örf, diğer tarafa iyice düşünme, bedeller arasında dengeyi gözetme ve sözleşmenin kurulması için gerekli diğer işleri yapma fırsatı bulabilmesi için icap meclisinin kalımını, icapçının iradesinin ve bu iradeye bağlılığının devam etmekte olduğunun göstergesi olarak saymıştır. Bu anlamda akit meclisi teorisi, kabul etmesi beklenen tarafın düşünme hakkının olduğu mülâhazasından hareketle onu hemen kabul beyanında bulunmaya mecbur bırakmaksızın kabul için bir süre tayin eder. Meclis nihayet bulunduğu ise söz konusu iradenin yok olduğu ve icapçının teklifinin sona erdiği kabul edilir. Dolayısıyla mezkûr itibar da hükmünü kaybeder. Böylelikle icapçı, bir başkası ile akit yapma hakkına ve özgürlüğüne tam anlamıyla yeniden kavuşur. Aksi halde, sözünden dönen kişi olarak anılmaktan hoşnut olmayacağından icabından dönmek onun için kolay olmaz.⁷³

Şâfiî mezhebinde, kural gereği söz konusu şer'î irtibatın tahakkuku için kabulün icabın hemen peşinden beyanı şart koşulmuş ancak zaruret miktarınca bir fâsılanın bulunmasına müsaade edilmiştir. Hanefî mezhebinde ise kabulün icabın hemen peşi sıra gelmesi ve müteakiben irade beyanlarının bitişmesi zorunluluğu hükmünü ifade eden asla aykırı olarak irade beyanları arasında gecikmenin câiz olduğu ve meclis dağılmadığı müddetçe icabın varlığını sürdürdüğü görüşü benimsenmiştir. Hanefîler, zaruret ilkesine binaen kurala aykırı davranarak akdin anlarını tek bir anda dürüp toplayan meclis mefhumunu ortaya koymuşlardır. Bu mezhepte, tarafların maslahatını gözetme gayesiyle meclisin anları tek an olarak kabul edilmiştir. Bu husus, meclisin “câmiü'l müteferrikât” olma yani ayrı olan şeyleri birleştirme özelliği ile ifadelendirilmektedir. Buna göre meclis

⁷² Karaman, *Mukâyese*, II, 82; el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, 1. Baskı, "Akid", s. 215.

⁷³ Ali Haffif, *Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Sher'iyye*, Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 2008, s. 190-191; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 1076-1077; Sivâr, *eş-Şekl*, s. 145-146; Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 38, 71.

dağılmadan önce yapılan her bir işlem tek bir anda yapılmış ve her bir kelime tek bir anda söylenmiş sayılır.⁷⁴ Ancak işaret etmek gerekir ki bu mezhepte kendisinden kabul beklenen tarafın icapçıya zarar verecek ölçüde uzun süre beyanı geciktirmesine müsaade edilmemiş ve bu süre akit meclisi ile sınırlandırılmıştır. Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde de benzer bir görüş benimsenmiştir.⁷⁵ Bu görüş ayrılığına ilişkin olarak az yukarıda bahsedilen ittisâl şartının ne ifade ettiği noktasında fakihler ihtilafa düşmüşlerdir. Cumhura göre ittisâl, hükmen meclis birliği ile gerçekleşirken Şâfiîlere göre ise araya fâsıla girmeksizin kabulün icabın hemen peşi sıra beyan edilmesiyle hakikî olarak gerçekleşmektedir.⁷⁶

Netice itibariyle, sözleşmenin hukukî sonucunu doğurması için aranan temel şart, icap ve kabulün birbirine tevafuku ve örfün akdin bu iki parçasını birbirine bitişik bir amel olarak itibara almasıdır. Zira meclis birliğinde dikkate alınan kıstas, insanlar arasındaki yaygın uygulamadır (örf).⁷⁷ Şayet kabul ile icap arasına örfün kabul

⁷⁴ Merginânî, bunun gerekçesini taraflardan zorluğun giderilmesi ve kolaylığın gerçekleştirilmesi şeklinde izah etmektedir. Bkz. Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b Ebî Bekr Merginânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübeddî*, Beyrut: Dârü lhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 2010, III, 23. Kâsânî, zaman birliği hususunda katı kuralcılık yapmanın akitleşme kapısının kapanmasına neden olacağı ve bu hususta zaruret ilkesine binaen kıyas ile amel edilmediğini belirtmektedir: “‘Kural, mecliste iki parçanın (icap ve kabulün) aynı anda beyan edilmesini gerektirmektedir. Zira icap ile kabulden her birinin beyan edildiği anda diğeri bulunmadığından rükün tam olarak oluşmamaktadır. Ancak bu durumu dikkate almak alışveriş yapmayı imkânsız hale getireceğinden hükmi olarak iki parçadan biri diğerine bağlı/dayalı kılınmış ve meclis zorunlu olarak birbirinden ayrı olan iki ayrı parçayı birleştirme işlevini üstlenmiştir. Meclis birliği gerçekleştiğinde söz konusu zorunluluk payı/hali sona ermiş olur. Meclis değiştiği takdirde icap ile kabulün birbirine bağlanması/dayanması mümkün olmaz. Bizim görüşümüz budur. Şafii'ye göre ise kabulün derhal beyanı şarttır. Aksi takdirde rükün oluşmaz. Görüşünün gerekçesi, zikrettiğimiz üzere kıyasa göre iki parçanın aynı anda beyan edilmesi gereğidir. Ancak icap ile kabul arasında zorunlu olarak bir gecikme meydana gelmektedir. Bu zorunluluk payı/hali ona göre kabulün hemen peşi sıra beyanı ile bertaraf edilir. Biz ise zaruret prensibi gerekçesiyle kabulün hemen peşi sıra beyanını dikkate almıyoruz. Çünkü kabul etmesi beklenen taraf düşünmeye ihtiyaç duyar. Eğer hemen kabulü beyan etmekle kısıtlanırsa düşünmesi mümkün olmaz.” Bkz. Ebû Bekr Alâeddin Ebû Bekr b Mes'ud b Ahmed el-Hanefî Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi' fî tertibi's-şerâi'*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997, V, 137.

⁷⁵ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 6-12; Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 179; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 432; Sivâr, *eş-Şekl*, s. 146-147; Düreynî, *Terâdî*, 293; Dönmez, “Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akidler,” s. 303; “Akid”, s. 216; Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 29. Malikî mezhebindeki farklı bir görüş için bkz. Dönmez, “Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akidler,” s. 303 (45. Dipnot).

⁷⁶ Bedrân, *Nazariyyetü'l-mülk ve'l-ukûd*, s. 371-372; Orhan Çeker, *Fıkıh dersleri*, Konya: Ensar Yayıncılık, 2005, s. 52-53. Bu konudaki ihtilaf, tarafların menfaatlerinin dikkate alınmasından kaynaklanmaktadır. İcabın kabul etmesi beklenen tarafın cevap verebileceği süre kadar askıda kalması icapçının maslahatına iken, karşı tarafın maslahatı ise teklifi tam olarak düşünüp değerlendirebileceği kadar bir sürenin kendisine tanınmasını gerektirmektedir. Cumhûr bu müddeti akitleşme meclisi ile sınırlarken Şafii'ler ise icap ile kabulün buluşup bitişebilmesi için kabulün hemen beyanını şart koşmuşlardır. Bkz. Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 1078-1079. Şâfiîlerin görüşü hakkında daha detaylı bilgi için tezin “Zaman Unsuru” başlığına bkz. Ayrıca mezheplerin akit meclisi tasavvuruna ilişkin detaylı bilgi için tezin “Meclisin Unsurlarına ve Tasavvuruna İlişkin Değerlendirme” başlığına bkz.

⁷⁷ Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, V, 2954.

etmeyeceği bir zaman fâsılası girerse icap geçerliliğini kaybeder. Buna ilave olarak örf, icabın yöneltildiği kişiye düşünme fırsatı verilmesine de hükmeder. Bu noktada akit meclisi ölçüt olarak kabul edilmiştir. Tevafukun eş anlı olarak tek seferde meydana gelmesi mümkün olmadığı ve adeten kabul icaptan sonra sadır olduğu için fakihler “akit meclisi” müessesini aranan ittisâlin düzenleyici standardı olarak ortaya koymuşlardır.⁷⁸ Bu kurum çerçevesinde taraflar için -Sivâr’ın üzerinde önemle durduğu- bazı kısıtlamalar öngörülmüştür.

Senhûrî, İslâm hukukunun akit birliği, akitlerde lafzîlik ve akit meclisi benzeri düşünceleri geliştirerek Roma hukukunda akitlerde sırf şekiller ile semboller şeklinde başlayan şekilcilikten müstağni kaldığını ve mümkün mertebe rafine ettiği (işlenmiş) farklı bir tür şekilciliği benimsediğini belirtir.⁷⁹ Ona göre safka (anlaşma/sözleşme) birliği, akit birliği, akit meclisi, aynların temlikine ecel veya şartın bitişmesi yasağı gibi ilkelerin tamamı, Roma hukuku gibi İslâm hukukunda da belirli aşamalardan geçerek şekillenmiş prensiplerdir. Senhûrî’ye göre teşekkülünün ve gelişiminin ilk aşamalarında olan bir hukuk sistemi, hukuk yapımında taksim ve tahlil yoluyla basitleştirme yolunu tercih eder. Bu basitleştirmenin ilk ilkesi, hukukî tasarrufta ve davada “birlik”tir. Hukuk düşüncesi, akit birliği prensibi ile hukukî düzenlemelerde sebat ve istikrarı arar. Zira hukukî düzenleme gerekliliklerinin ilki, istikrar ve muamelede sebatır. Hukukun gelişim tarihinde sebat ve istikrara olan ihtiyaç, esneklik ve yeniliğe olan ihtiyaçtan önce gelir. Sonra zaman geçtikçe hayat ihtiyaçları yenilenmeyi ve geliştirmeyi gerektirir.

⁷⁸ Abdullah, Dirâse mukârene, s. 39.

⁷⁹ Sivâr da “İslâm Hukukunda Şekil” isimli eserinde İslâm hukukunun Roma hukukunda bilinen şekilcilikten uzak bir şekilde neşet ettiğini ve geliştiğini belirtmektedir. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 24. Ayrıca Sivâr, hukukta sebep ile şekil arasında ters orantılı bir ilişki olduğunu belirtir. Buna göre hukukta “sebep” düşüncesine verilen önem artıkça “şekil” düşüncesinin önemi azalır. Bu durumda İslâm hukukunda “şekil” düşüncesinin az dikkate alınmasına rağmen “sebep” düşüncesinin neden daha fazla ön plana çıkmadığı sorusu gündeme gelir. Sivâr’a göre İslâm hukukunda şekil düşüncesi tamamen yok değildir; ancak Roma hukukundaki katı şekilcilikten farklı olarak, “işlenmiş görünümler” (mezâhir-i mühezzebe) şeklinde daha yumuşak bir formda var olmuştur. Bu bağlamda safka (akit) birliği, lafzîlik, akit meclisi gibi nazariyeler İslâm hukukunun tek seferde (yani Roma hukukundaki söz konusu katı şekilci aşamaları geçirmeksizin) kabul ettiği rızâilik prensibine getirilen kayıtlar olarak görülmektedir. İslâm hukukunda herhangi bir şekli uygulamaya bağlı kalmaksızın irade beyanlarıyla akdın sonuçlarını doğurması esas alınmıştır. Ancak iradeye ve dolayısıyla rızaya ayrılan bu geniş alan rızâilik prensibini makul bir düzeye taşıyan fıkhi yapımla düzenlenmediği sürece kötü sonuçları da beraberinde getirebilir. Bu nedenle iradenin sağlıklı ve ciddi bir şekilde sadır olmasını güvence altına almak için lafzîlik teorisi, iradenin yeterli bir düşünme sürecinden sonra beyan edilmesini sağlamak amacıyla akit meclisi teorisi, hukukî istikrarı koruma amacına dönük olarak da safka birliği teorisi gibi teoriler geliştirilmiştir. Bkz. Muhammed Vahîdüddin Sivâr, *et-Ta’bîr anî l-irâde fi l-fikhi l-İslâmî*, Ammân: Mektebetü Dârü’s-Sekâfe, 1998, s. 483-486. Şekil ile ilgili olarak ayrıca 138., 139. ve 140. dipnotlara bkz.

Sonuç olarak, bir yandan istikrar ile sebat öte yandan yenilik ve gelişmenin arasını uzlaştırma gerekliliği ortaya çıkar. İşte, birlik ilkesi bu uzlaştırma için fırsat hazırlar. Birlik, istikrar ve sebatın dayanaklarını sağlamlaştırır. Sonrasında yenilenme ve gelişimden müteşekkil muazzam bir binanın üzerinde durduğu sabit ve sağlam bir temel olmaya elverişli hale gelir.⁸⁰ Senhûrî görüşlerini desteklemek için 19. yy. büyük Alman hukukçulardan olan Rudolf von Jhering'in (ö. 1892) "*Roma Hukukunun Ruhı*" isimli eserinden ve görüşlerinden faydalanmaktadır. Burada haiz olduğu önemden ötürü akit meclisi ile ilgili olan kısım doğrudan aktarılabacaktır.

Senhûrî'nin ifade ettiğine göre akit birliği ilkesi konu,⁸¹ zaman ve mekân birliğini kapsayan ve gerektiren bir prensiptir.

Konu birliği gereği, bir hukukî işlem sadece tek bir safka (sözleşme) içerebilir ve tek bir hak doğurabilirdi. Buna göre aynı hak/şahsi hak gibi farklı nitelikli iki hakkın tek akitte bulunması câiz değildi. Hatta ister iki aynı hak ister iki şahsi hak olsun aynı nitelikli iki hakkın dahi tek akitte bulunması câiz görülmezdi. Çünkü hukuk düzeni her bir akit için özel bir sıygayı zorunlu kılmıştı. Bu akitler ancak bu sıygalarla in'ikad ederdi ve diğer akitler bu sıygalarla kurulamazdı. Bununla akit yapmanın basit hale getirilmesi amaçlanırdı. Muamelenin karmaşık hale gelmemesi için bir akitte birden fazla safka bulunmazdı.⁸²

Akit, eski hukuk yapımına göre aynı zamanda zamansal bir birliktir. Akdin tamamlanması ve sonlandırılması, akitte bulunması gereken şartlar ve akde terettüp eden hukukî sonuçlar bakımından akde ilişkin her şey muayyen bir vakitte -ki bu akdin kurulduğu andır- toplanmaktadır.

Akdin tamamlanması ve sona ermesi bakımından zaman birliği, tarafların aynı mekânda hazır bulunmaları ve akdi aynı vakitte kurmalarında kendini gösterir. Zira zaman birliği mekân birliğini gerektirir. Tek mekânda ve tek zamanda tek bir akit kurulur. **İşte bu, akit meclisidir.** Jhering "*Roma Hukukunun Ruhı*" kitabında bu bağlamda şöyle der: "Birden çok kişinin iştirakini gerektiren hukukî tasarrufların tümünde tasarruf birliği bu kişilerin tek bir mekânda hazır bulunmalarını gerektirir. Akitte birlik yani zamanda birlik, mekânda birliği gerektirir." Bu nedenle kurulduktan sonra bir akdin herhangi bir şekilde düzeltilmesi (tadil) câiz değildi. Bir akdin düzeltilmesi istendiği zaman öncelikle sonlandırılması ve sonrasında düzenlenmiş şekliyle en baştan hukukî ilişkiler doğuran yeni bir akdin kurulması gerekirdi. Çünkü akit mevcut iken düzeltilmesine cevaz vermek akdin kuruluşundaki zamansal birliğe hâlel getirmektedir. Zaman

⁸⁰ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, III, 97, 106.

⁸¹ Konu birliği, akit meclisini oluşturan davranış unsuru kapsamında değerlendirilebilir. Tezin "Davranış Unsuru" başlığına bkz.

⁸² Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, III, 101-102.

birliğin gerçekleşmesi için istenen tüm düzeltmelerin (tadilat) sözleşmenin kurulduğu anda toplu olarak akde dahil edilmesi gerekliydi.⁸³ Tarafların ehliyeti ve akdin konusu ile ilgili olarak akitte bulunması gerekli olan şartlar bakımından ise bu şartların tamamı akdin kuruluş anında bulunmalıdır. Tüm bu hususlar bu zamansal birlikte toplanır. Bu şartlardan hiçbirinin bu vakitten önce veya sonra bulunması câiz değildir. Akit kurulduğu zaman kuruluş anında meydana geldiği gibi kalır: Bir şart eksik olduğunda, akit kurulduktan sonra bu şart sağlansa veya akdin kuruluşundan önce bu şart sağlanmış olsa bile akit sahih olmaz. Akit varlığını geçmişten veya gelecekte almaz. Bilakis şimdiden yani akdin kuruluş anından alır. Bizzat bu vakitte onun tüm varlık unsurlarının yani varlığı için gerekli olan hukukî şartların tamamının bulunması gereklidir...

Eski hukuk yapımında hukukî tasarruf genellikle şimdiki zamanda varlığını sürdürürdü. Ancak çok geçmeden muameledeki zaruretler geleceğin şimdiki zamana tabi olmasını gerektirdi. Örneğin, alt ay sonra bir eve ihtiyacı olacağını düşünen bir kişinin, bu süre bitinceye kadar bekleyip süre bitiminde mi oturmak için kiralık uygun bir ev araması gerekir? Eğer halihazırda bu evi bulduysa onu kira ilişkisi altı ay sonra başlaması şartıyla hemen kiralayamaz mı? Bir bina inşa etmeye niyetlendiğim ve bu binanın mutlaka komşu akara karşı irtifak hakkına sahip olması gerektiğini düşündüğümde şimdiden itibaren ve ev yapılmadan önce ilgili komşu ile evin inşası şartına binaen gerekli irtifak hakkı üzerine sözleşme yapmam makul değil midir? İşte buradan hareketle ecel (vade) ve şarta olan ihtiyaç hukukun gelişim aşamalarında erken bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. İlerde göreceğimiz gibi ecel ve şart hukukî tasarrufun geleceğe nüfuzunu temsil etmektedir. Ancak eski hukuk düzeni, hukukî tasarrufta zaman birliği ilkesinin zarar görmesine izin vermemiştir. Tasarrufun doğrudan ecele izafe dilmesini veya şarta ta'lik edilmesini mubah görmemiştir. Aksine, halihazırda zamansal birliğin tahakkuku için tasarrufun hemen hükmünü doğurması gerekmektedir...

Akde terettüp eden sonuçlar bakımından ise bu sonuçlar da zaman birliğine dayanır. Akit kurulduğu an tüm sonuçlarını doğurur. Jhering bu bağlamda şunları söyler: “Sebeup ile müsebbep arasında boşluk olamayacağı gibi hukukî tasarrufun sadır olması ile ondan doğan hakkın meydana gelmesi arasında da bir boşluk olamaz. Nasıl ki doğumda canlılığın doğan kişiye bir müddet sonra sirayet ettiğini tasavvur etmemiz mümkün değilse canlılar arasındaki tüm tasarruflarda da hakkın doğumunun tehiri imkansızdır. Deynlerde bile bu kuralın istisnası yoktur. Çünkü deynler, işlerlik vakti bir vadeye bağlanmış olsa bile halihazırda doğmaktadır. Dolayısıyla akde terettüp eden sonuçlar birlik ilkesine tabi olmaktadır. Onların (yani sonuçların) bu husustaki durumu akdin sıhhat şartlarının durumu gibidir. Aktin tamamlanması, akdin sıhhat şartları, akde terettüp eden sonuçlar ve bilcümle akdin teşekkül ettiği tüm unsurlar

⁸³ Ancak Roma hukukunda coğrafi sınırların genişlemesi, ulaşım araçlarının çeşitlenmesi ve uygarlığın yayılması elçi, mektup vb. iletişim araçlarının kullanılmasına yol açmıştır. Böylece elçiler ve mektuplar aracılığı ile akitler yapılmış ve zaman ile mekânda farklılaşma ortaya çıkmıştır. Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, III,103.

aynı anda toplanır. Hukukî tasarruf bölünme kabul etmeyen bir birliktir/ bütündür (vahdet).

Akdin sonuçlarının zamanda birlik ilkesine tabi olması hususu, akitte taraf olan ve akdin sonucunun kendisine iliştiği şahsın da bir/aynı olmasını gerektirir. Bu iki varlığın aynı kişi olması zorunludur. Sebebi meydana getirene sonucun (müsebbep) ilişmesi gibi akdi yapan kişiye de hukukî sonuç ilişir. Bundan dolayı eskiden hukuk, sözleşmede vekâleti tanımazdı. Akdin sonuçları asile değil asilin naibine ilintili olurdu. Çünkü sözleşme ilişkisinde bulunan naip idi.⁸⁴

Senhûrî'nin ve Jhering'in ifadelerinden söz konusu hukukî prensiplerin hemen hepsinin esasında zaman birliği ilkesine dayandığı anlaşılmaktadır. Zaman birliği; mekân birliği, konu birliği, sonuç birliği ve dolayısıyla akit birliğini gerektirmektedir. Bu noktayı dikkate aldığımızda bize göre akdin kuruluş anı ve bu anın tespitinin kolaylaştırılması, akit meclisi kurumunun ortaya çıkış gerekçeleri arasında gösterilebilir. Hatta akdin bağlayıcılığını kazandığı an da bu kapsamda değerlendirilebilir. Zira bağlayıcılık, aynı zamanda sözleşmenin bir sonucudur.⁸⁵ Az yukarıda yapılan alıntılarda sonuç birliğinin zaman ve mekân birliğine tabi olduğu ifade edilmişti. Nitekim meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlere göre sözleşme sırf icap ve kabulün beyanı ile akit meclisinde bağlayıcı olarak kurulmaktadır. Meclis muhayyerliğini kabul edenlere göre ise sözleşmenin kuruluşu akit meclisinde gerçekleşmekle birlikte akit bağlayıcılığını ayrı bir mecliste ve irade beyanlarına ilave bir davranışın eklenmesiyle kazanmaktadır. Kaldı ki klasik literatürde akit meclisinin üç meclis evresini kapsayan tek bir süreç olarak ele alındığı göz önünde bulundurulduğunda meclis muhayyerliğini kabul edenlere göre de sözleşmenin bağlayıcılığını akit meclisinde kazandığını söylemek mümkündür.

⁸⁴ Senhûrî bu mülahazalardan hareketle, İslâm hukukunun Roma hukukunun geçirmiş olduğu aşamaların bir benzerini geçirmesinin onun Roma hukukundan menkul olmadığını kat'i olarak gösterdiğini ifade etmektedir. Bazılarının iddia ettiği gibi İslâm hukuku Roma hukukundan muktebes olsaydı Roma hukukunun gelişmiş haliyle İslâm hukukuna nakledilmesi gerekirdi. Çünkü İslâm hukukunun Roma hukukundan nakledildiği iddia edilen aşamasında Roma hukuku bu fikirleri terk etmişti. Bu husus, İslâm hukukunun Roma hukukundan bağımsız ve uzak olarak geliştiğini ve ondan etkilenmeksizin aynı gelişim aşamalarını geçirdiğini kesin olarak gösterir. Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, III, 103-106.

⁸⁵ Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I, 521-524.

1.2.2.2. Akit Meclisi Teorisinin Amacı ve İşlevi

Akit meclisi teorisinin amacı, icap ile kabul arasında kabul etmesi beklenen tarafın iyice düşünüp karar vermesine imkân sağlayacak zaman aralığının belirlenmesidir. Akit meclisi düşüncesi, icabın kabul ile birleşmeye elverişli olarak kalacağı, başka bir tabirle icabın kabulden ayrı kalmasının câiz olduğu azami zaman fâsılasını belirlemek gayesiyle geliştirilmiştir. Bu zaman aralığının düzenlenmesiyle aynı zamanda, icap ve kabul arasındaki tevafukun şüphe ve düzensizliğe mahal vermeyecek şekilde garanti altına alınması hedeflenmektedir.

Kabul etmesi beklenen taraftan derhal beyanda bulunmasının istenmesi ona zarar verir. Bu yüzden ona düşünmesi için süre tanınır. Fakat öte yandan, onun uzun müddet dönütte bulunmamak suretiyle icapçıya zarar verebilecek derecede kabulü geciktirmesine müsaade edilmez. Dolayısıyla tarafların zarar görmemesi için iki durum arasındaki dengeyi sağlamak gerekmektedir. Akit meclisi teorisi, tam olarak bu amaca hizmet etmektedir. Bu bağlamda icap ve kabulün aynı mecliste beyan edilmesi şartı tarafların rızasına zarar verecek uzunlukta fâsılların irade beyanları arasına girmesini engelleme amacına yönelik bir şarttır.⁸⁶

Akit meclisinin temel fonksiyonu “birlik”tir. Bu bağlamda akit meclisi, tarafları bir araya getiren ve şâri’in akitlerin sıhhati için şart kıldığı rızanın tamamlanmasını sağlayan bir işleve sahiptir. Akit meclisi varlığı ve mahiyeti kesin bir biçimde bilinmesi mümkün olmayan, insanın iç dünyasında cereyan eden ve sübjektif karakteristiği olan irade ve rızayı (iç irade) objektif bir duruma taşıyarak iradelerin belirli bir noktada hükmen birleşmesini sağlamaktadır. Bu birlik sayesinde meclis, öncelikle irade beyanlarını birleştirme işlevini üstlenirken beraberinde ilk irade beyanı olan icabı belirli bir müddet canlı tutarak ikinci irade beyanı olan kabul ile kaynaşmasını sağlar. Meclis birliği devam ettiği müddetçe karşı taraf iradesini beyan edinceye dek icap canlılığını sürdürür. Bu süreçte kabul etmesi beklenen taraf, doğrudan veya dolaylı bir şekilde teklifle ilgilenmediğini gösteren bir tasarrufta bulunmaz ve icaba kabul ile mukabele ederse irade beyanları birbiriyle uyuşmuş ve akit kurulmuş olur.⁸⁷

⁸⁶ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 10; Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 29,38-39, 71; Ali Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, VI, 15.

⁸⁷ Aybakan, “Meclis”, s. 240.

1.2.2.3. Akit Meclisinin Türleri

Akit meclisi sözleşme esnasında tarafların konumunun değişimine bağlı olarak hakikî ve hükûmî olarak ikiye ayrılmaktadır. Zira icap ile kabulün buluşmasının keyfiyeti iki meclise nispetle farklılık göstermektedir.⁸⁸

1.2.2.3.1. Hakikî (Hazırlar Arası) Akit Meclisi

Yukarıda verilen tanımlardan hareketle akit meclisinin üç temel unsurdan teşekkül ettiği görülmüştü. İşte, hakikî akit meclisi söz konusu unsurların tümünü bünyesinde bulundurmaktadır. Fakihlerin konuya ilişkin anlatımlarından hakikî akit meclisinin “mekân”, “zaman” aralığı ve tarafların toplanma ile akde yönelme “hal”i olmak üzere üç unsurdan oluştuğu anlaşılmaktadır.⁸⁹

Hakikî meclis, icap ve kabulün beyan edildiği anda taraflar arasında zaman ve mekân birliğinin bulunduğu, başka bir deyişle tarafların birbirlerini duyabilecekleri ve görebilecekleri şekilde zaman ve mekân bakımından hazır oldukları meclistir. Bu mecliste yapılan akit “hazırlar arası akitleşme” olarak isimlendirilir. Hazırlar arası sözleşmede taraflar, akit ile meşgul oldukları ve ilgilerini sözleşmeye yönelttikleri bir zaman diliminde doğrudan yüz yüze bir ilişki içindedir.⁹⁰

1.2.2.3.1.1. Akit Meclisinin Temel Unsurları

İlgili başlıkta⁹¹ tanım farklılıklarının esasen fıkıh ekollerinin meclise ilişkin tasavvur farklılığından kaynaklandığını ve tanımlarda ön plana çıkan üç unsurun -ki bunlar mekân, zaman ve hal idi- Sivâr’ın önemle işaret ettiği mekân, zaman ve davranış unsurlarından başka bir şey olmadığı ifade edilmişti. Zerkâ ise akit meclisinin tasvirine ilişkin olarak

⁸⁸ el-Mevsûatü’l-fikhiyye, “Akid”, s. 215; Abdullah, Dirâse mukârene, s. 71; Bâh, “Beyne’l- hakîka ve’l- hükmiyye”, s. 10.

⁸⁹ Şâfiî hukukçuların ifadelerinin zahirinden anlaşılan onların da meclis birliğini şart gördüğü ve akit meclisinin bu üç unsuru ihtiva ettiği hususunda farklı düşünmedikleridir. Bkz. el-Mevsûatü’l-fikhiyye “Akid”, s. 215-216.

⁹⁰ Abdullah, Dirâse mukârene, s. 8, 72; Bâh, “Meclisü’l-akd beyne’l- hakîka ve’l- hükmiyye, s. 10. Hazırlar arası akitleşmeye ilişkin meseleler ve hükümleri için bkz. Dönmez, “Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akidler,” s. 294-310.

⁹¹ Yukarıdaki “Mahiyet ve Tanım” başlığına bkz.

Hanefî ve Şâfiî fakihlerin ifadelerinden tarafların mekânı ile hali -ki o da tarafların müzakereye yöneldikleri halden ibarettir- olmak üzere iki unsurun dikkate alındığının anlaşıldığını belirtmektedir.⁹²

Görünen o ki Sivâr, mezhep literatürlerindeki anlatımlardan ve tanımlardaki söz konusu farklılıklardan hareketle akit meclisine ilişkin bu tarz bir teknik taksim yapma yoluna başvurmuştur. Aslında akit meclisi, doğası gereği bu üç unsuru içermektedir. Zira bunlar akit meclisini varlığını sağlayan unsurlardır. Ancak bu üç unsurun bir sınırlılık getirip getirmediği ve bu sınırlılığın düzeyi, başka bir deyişle taraflar arasında ve akitte meclis birliğinin nasıl sağlanacağı konusunda görüş ayrılığı meydana gelmektedir. Zira akit meclisinde meclis birliğini sağlayan şey, esasında ilgili unsurların taraflar için getirdiği bazı kısıtlılıklardır. Konu meclisin değişmesi bakımından ele alınacak olursa, mekânın farklılaşması veya belirli davranışlarda bulunulması ya da muayyen bir sürenin geçmesinden hangisi ile icap ile kabul arasındaki irtibatın kesileceği ve dolayısıyla akit meclisinin değişiminin gerçekleşeceği hususunda görüş ayrılığı mevcuttur.⁹³

Sivâr sonrası çalışmalarda daha çok zaman ve mekân unsuruna odaklanılmıştır. Biz burada meclisin taksiminde olduğu gibi akit meclisinin unsurlarında da Sivâr'ın mezkûr üçlü ayrımını temel alacağız. Söz konusu üç unsuru hakikî meclis türü üzerinden inceleyeceğiz. Her bir unsuru izah edecek ve bu arada bazı İslâm hukukçularının ilgili unsurlar bakımından mezheplere yönelttikleri eleştirilere ve değerlendirmelerine yer vereceğiz. Mekân ve davranış unsurları Hanefî mezhebi eserlerinde genişçe yer aldığı ve tafsilatlı bir şekilde incelendiğinden bu iki unsura ilişkin başlıklarda Hanefî mezhebinin bakış açısı baskın olacaktır. Nitekim Senhûrî ile Sivâr da bu iki unsurun izahatında daha çok Hanefî mezhebi kaynaklarına dayanmıştır. Zaman unsuru açısından ise Şâfiî mezhebi diğer ekollerden ayrıştığı için ilgili başlıkta Şâfiî mezhebinin yaklaşımı üzerinde daha fazla durulacaktır. Sonrasında hukuk ekollerinin meclis ile ilgili yaklaşımlarına genel hatlarıyla değinilecek ve konu ile ilgili bir değerlendirme yapılacaktır.

⁹² Buna göre mezkûr iki unsurun değişmesi ile akit meclisinin değişmektedir: İcap ile kabul arasında akit mekânı değişirse icap hükümsüz olur ve taraflar müzakereye devam etse bile bundan sonra kabul ile akit kurulmaz. İcaptan sonra taraflardan birinin i'râzı ile müzakere hali kesilirse bundan sonra taraflar mekânlarında kalsa bile kabul ile akit kurulmaz. Ancak o, sözlerinin devamında mekân unsuruna ilişkin şer'î bir delil olmadığını düşündüğünü ve akit meclisinin tasvirinde ikinci unsur yani müzakere hali ile yetineceğini ifade etmektedir. Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I, 433.

⁹³ Karaman, *Mukâyese*, II, 83.

1.2.2.3.1.1.1. Mekân Unsuru

Bu unsur tarafların mekânına ilişkin bazı kısıtlamaları öngörür. Söz konusu kısıtlamalar mekân birliğini sağlamaya yöneliktir. Mekâna ilişkin sınırlamalar iki tanedir. Birincisi, tarafların icap esnasında bulundukları mekândan ayrılmamaları; ikincisi, tarafların birbirlerini net bir şekilde işitebilecek ve görebilecek uzaklıkta olmalarıdır.⁹⁴

Meclis birliğinin oluşması için tarafların meclisin başladığını bildiren icabın beyanı esnasında yerlerinden ayrılmamaları gerekmektedir. Bu hususta taraflara nispetle değil (*mekân-ı nisbî*), geniş mefhumuyla farklılığı meclisin dağılmasına sebep olan (*mekân-ı mutlak*) mekân esas alınır. Farklı bir deyişle meclisin dağılmasında dikkate alınan mekân, tarafların içinde bulunduğu ve tarafların hareketine bağlı olarak hareket etmeyen sabit mekândır. Taraflara nispetle mekân bakımından meydana gelen izafi değişiklikler itibara alınmaz. Örneğin ulaşım aracında akit yapan taraflar için dikkate alınan mekân, hareket halindeki ulaşım aracı değil sabit yer üzerinde bulundukları ve hareket noktasını oluşturan ilk mekânlarıdır. Dolayısıyla araç hareket ettiğinde tarafların mekândan ayrıkları ve mekânın değişmesiyle meclisin de değiştiği kabul edilir. Aynı şekilde hayvanın mahfelinde bulunan taraflar için de aynı durum söz konusudur. Hayvanın sırf hareket etmesiyle mekân değişikliği gerçekleşmiş olur.⁹⁵

Meclis birliğinin tahakkuku için taraflar arasında mesafe de olmamalıdır. Mesafe için hangi ölçütün esas alınacağı konusunda fakihler görsel ve işitsel olmak üzere iki duyusal kriter ortaya koymuşlardır. Görme kriterine göre tarafların birbirlerini görebilecek, işitsel kriterine göre ise birbirlerinin seslerini net işitebilecek uzaklıkta olmaları gereklidir. İslâm hukukçuların bir grubu iki ölçütün de dikkate alınması kanaatindeyken diğer bir grup ise sadece işitme kriterinin aranmasını yeterli görmüştür.⁹⁶ Ayrıca telefon aracılığı ile akit yapmayı meşru gören çağdaş hukukçular işitme kriterinin

⁹⁴ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 149.

⁹⁵ Hanefiler iki durumda bu şartı esnetmişlerdir: Birincisi, rüzgârın savurduğu gemi gibi âkidin iradesi dışındaki bir fiilden kaynaklanması halinde müteharrik mekânı itibara almışlardır. İkincisi, âkidin icaptan sonra bir veya iki adım yürümesine müsaade etmişlerdir. Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 150; Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 33.

⁹⁶ Siracüddin Ömer b İbrâhim b Muhammed Mısıri İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-fâik şerhu Kenzi'd-dekâik*, Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2002, III, 335; Zeynüddin Zeyn b İbrâhim b Muhammed Mısıri Hanefî İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, y.y.: Dârü'l-Kitâb-i'l-İslâmî, 2010, V, 294.

dikkate alınması gerektiğini savunmuşlardır.⁹⁷ Hanefîlerin çoğu, akdin kurulması için tarafların birbirlerinin sözlerini duymalarının şart olduğunu açıkça ifade etmişlerdir.⁹⁸ Bu şart aynı zamanda hazırlar arası akit yapmada icapçının kabul beyanına muttali olmasının irade beyanlarının ittisâl şartı⁹⁹ olduğu ve dolayısıyla akdin kuruluş anının belirlenmesinde öğrenme teorisinin tercih edildiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre kabul beyanı yöneltmesi gereken bir irade beyanıdır.¹⁰⁰

Şâfiîler ise taraflardan her birinin diğerinin kullandığı ifadeyi duymasını değil söz konusu beyanın normalde beyan sahibinin yakınında olan kişilerin duyabileceği derecede net ve anlaşılır olmasını şart koşmuşlardır. Öyle ki beyanda bulunanın yakınındakilerce duyulmayacak ölçüde bir beyanı, karşı taraf işitme duyusunun keskinliğinden dolayı bilfiil işitse veya rüzgârın taşıması vasıtası ile duyacak olsa dahi akdin sahih olmayacağı ve onun muhatap kabul edilmeyeceği söylenmiştir. Bununla birlikte yakınındakiler işitme engelli ise “öğrenmenin” hükme medar olacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan karşı taraf beyanı duymadığı halde tesadüfen kabulde bulunsa veya gayr-ı ciddi bir şekilde kabulde bulunup da akit gerçekleştikten sonra fark ederse¹⁰¹ ya da bir başkasının ona ulaştırmasıyla öğrenirse akdin sahih olacağı ifade edilmiştir.¹⁰² Görme kriterini de şart

⁹⁷ Bâh, “Beyne’l- hakîka ve’l-hükmiyye”, s. 172-173. Sivâr, Ahmed İbrâhim ve Muhammed Sellâm Medkûr’un akit meclisinden mekân unsurunu nefyedip onu sadece işitme kriteri ile açıklamalarını eleştirmekte ve işitme kriterinin esasında mekân unsurunun bir alt unsuru olduğunu söylemektedir. Ayrıca o, Medkûr’un akit meclisinden zaman kriterini nefyetmesini ve meclisle ilgili “bir zaman fâsılası olmaksızın taraflar arasında lafızların mübadelesinin itibara alınması” ifadesinin tartışmaya açık olduğunu söylemektedir. Çünkü ona göre fakihlerin tamamı zamansal fâsılanın olduğunu söylemişler ancak onun derecesinde ihtilafa düşmüşlerdir. Şâfiîler ve Mâlikîler onun uzun sürmesine müsaade etmezken Hanefîler ve Hanbelîler bu zamansal fâsılanın üç güne kadar uzayabileceğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 151. Ayrıntılı bilgi için tezin “Zaman Unsuru” başlığına bkz.

⁹⁸ Komisyon, *Fetâvâ’l-Alemgiriyye : el-Fetâvâ’l-Hindiyye*, Bulak: Matbaatü’l-Kübra’l-Emîriyye, 1892, III, 3. Hanefîlerin görüşüne ilişkin literatür tartışması için bkz. Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akidler,” s. 309.

⁹⁹ Haffî, *Ahkâm*, s. 235; Muhammed Yusuf Musâ, *el-Emvâl ve nazariyyetü’l-akd fi’l-fikhi’l-İslâmî*, Kahire: Dârü’l-Fikri’l-Arabî, 1997, s. 236.

¹⁰⁰ Dönmez, akdin kuruluş anının belirlenmesine ilişkin olarak Hanefî mezhebinde hem açıklama hem de öğrenme teorilerinin benimseyen görüşlerin olduğunu, Şâfiî mezhebinde ise açıklama teorisinin benimsendiğini izah ettikten sonra İslâm hukukunda “öğrenme teorisinin” hâkim görüş olduğunu ifade etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akidler,” s. 308-309.

¹⁰¹ Bunu, çocuğun yaşadığını zannettiği babasının malını satması ve sonrasında babasının o anda ölmüş olduğunun ortaya çıkması durumuna benzetmişlerdir.

¹⁰² Ebû Yahya Zeynüddin Zekerîyya b Muhammed b Ahmed Zekerîyyâ Ensârî, *Fethü’l-vehhâb bi-şerhi menheci’t-tullâb; Menheci’t-Tullâb*, y.y.: Dârü’l-Fikr, 1994, I, 186; Ahmed b Muhammed b Ali İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü’l-muhtâc bi-şerhi’l-minhâc (İbn Kâsım el-Abbâdî ve Abdülhamîd eş-Şirvânî’nin hâşiyeleriyle birlikte)*, Mısır: el-Mektebet-ü’t-ticâriyyet-ü’l-kübrâ, 1983, IV, 225; Süleyman b Ömer b Mansur el-Ezherî, *Hâşiyetü’l-Cemel ala Şerhi’l-Menhec*, y.y.: Dârü’l-Fikr, t.y., III, 13.

koşan yaklaşıma göre taraflardan her birinin diğerini görmesi, meclis birliği konusunda yokluğu meclis değişikliğini gerektiren esaslı bir şart olarak kabul edilmektedir.¹⁰³ Görme ve işitme kriterinin muhtevasının tayininde örfün belirleyici olacağı da öne sürülmüştür.¹⁰⁴

1.2.2.3.1.1.2. Davranış Unsuru

Bu unsur tarafların davranışları hakkında bazı sınırlamalar getirir. Bu kısıtlılık, tarafların belirli davranış biçimlerini edinmelerini ve belirli davranış şekillerinden uzak durmalarını gerektirerek davranış birliğinin sağlanması fonksiyonunu icra eder. Başka bir deyişle, sözleşme esnasında tarafların davranışları (söz ve fiilleri) aynı konuya yönelmiş olmalıdır. Dolayısıyla bize göre davranış birliği konu birliği olarak da ifadelendirilebilir. Sivâr, meclisin varlığını sürdürmesi için tarafların uymaları gereken davranış biçimlerini “olumlu davranış görünümleri” (*mezâhir-i mevkif-i îcâbî*); meclisin kesintiye uğramaması için tarafların uzak durmakla yükümlü oldukları davranış biçimlerini ise “olumsuz davranış görünümleri” (*mezâhir-i mevkif-i selbî*) olarak isimlendirmiştir.¹⁰⁵

Olumsuz görünümler, tarafların yapmamaları gereken bazı davranış biçimleridir (akit yapmaktan imtina halleri). Fakihler, bunları meclisin dağılması sonucunu doğuran akit yapmaktan kaçınmaya veya sözleşmeyi arzu etmemeye karine kılmışlardır. Söz konusu negatif görünümler sözlü ve fiilî tasarruflarda meydana gelebilir. Sözlü tasarruflara; icapçının sarîh bir şekilde icabından rücu‘ etmesi, kabulcünün sarîh bir şekilde icabın içeriğini kabul etmemesi veya onu daha düşük bir bedelle kabul etmesi (kabulün icaba muvafık olmaması) örnek olarak verilebilir. Tarafların birbiriyle veya

¹⁰³ Sivâr, Hanefî mezhebinde görme engelli kişinin akdinin geçerli kabul edilmesi, gaipler arası akit yapmanın sahih görülmesi, telefon yoluyla yapılan akitlerin geçerliliğine engel olması, Hânevî’nin itimat ettiği kitabın muteber kitaplardan görülmemesi gerekçelerini öne sürerek görme kıstasının meclis birliğinin sağlanması için zorunlu bir kriter olarak alınmaması gerektiği savunmaktadır. Sivâr bu görüşünü bir örnek vererek açıklamaktadır: “Sadece işitme kriterini dikkate almaya şu hukukî sonuç terettüp eder: İcapçı bir mekânda icapta bulunduktan sonra icabın yöneltildiği kişi akitleşmenin gerçekleştiği mekânı terk edip (sözgelimi) farklı bir odaya geçse ve orada kabul etse akit mün’akit olmaz. Bunun nedeni icapçının kabulcüyü görmemesi değil, meclisin değişmesiyle icabın düşmüş olmasıdır. Meclis değişikliği, icabın muhatabının icabın beyanı esnasındaki akitleşme mekânını terk etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda muhatabın kabulünün icapçıya yöneltilen yeni bir icap olduğu açıktır. Taraflar birbirini görmese bile ilk icapçının (yeni) icabı kabulüyle akit in’ikad eder. Zira akdin in’ikadı için tarafların birbirlerinden seslerini net bir biçimde işitebilecekleri bir uzaklıkta olmaları yeterlidir.” Sivâr, *eş-Şekl*, s. 152-153.

¹⁰⁴ Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 72.

¹⁰⁵ Hanbelîler, bunların belirleniminde örfü esas almışlardır. Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 154.

üçüncü bir şahısla akdin konusu dışında bir şeyi konuşması da sözlü tasarruf kapsamına girer. Filî tasarruflara şu durumlar örnek olarak verilebilir: oturur halden kalkış haline intikal etmek, ayaktaiken oturur vaziyete intikal etmek, yatar vaziyetten oturuşa oturur vaziyetten yatar vaziyete geçmek, yemek yemeği sürdürmek, nafile namaza devam etmek.¹⁰⁶

İster sözlü ister fiilî olsun fakihler, bu tür tasarruflara ıskat manasını içermeleri gerekçesiyle mevcut icabın düşmesi sonucunu bağlamışlardır. Ancak farz namazın sürdürülmesi, oturur vaziyette uyumak, tek lokma yemek, eldeki maşrapadan su içmek gibi tasarruflar ıskat anlamını ihtiva etmediği (nötr olduğu) gerekçesiyle akitle ilgilenmemeyi gösteren birer karine olarak sayılmamıştır.¹⁰⁷ Az yukarıda davranış birliğinin aynı zamanda konu birliğini kapsadığı belirtilmişti. Bu bağlamda akit konusunun (*makûd aleyh*) helak olması, bir başka deyişle mebûin tesliminin imkânsız hale gelmesi de olumsuz görünümeler arasında zikredilebilir. İcapçının ehliyetini kaybetmesi, icapçının vefat etmesi halleri de icabı düşüreceğinden akit meclisini akamete uğratar. Ayrıca kabulden önce icabın tekrarlanması, kabulün üçüncü bir kişi tarafından yapılması halleri de yeni bir icap mahiyetinde olduğundan önceki icabı düşürür. Bu haller de olumsuz görünümeler kapsamına dahil edilebilir.

Olumlu görünümeler ise tarafların uymakla zorunlu tutulduğu davranış biçimleridir (akit yapmayı isteme halleri). Bunla, taraflardan her birinin akitleşmeye yöneldiklerini, akdi yapmayı arzuladıklarını ve akit dışı bir şeyle ilgilenmediklerini gösteren belirtilerdir. Söz konusu belirtiler bulunduğunda meclis varlığını korur ve amacını gerçekleştirir. Bu belirtiler; icapçının kesin ve kararlı tavrı ile karşı tarafın sakin ve düşünceye dayalı (*teemmülî*) tavrında kendini gösterir. Bu bağlamda Şafî mezhebinde icapçının kabul beyan edilinceye kadar icabında ısrarcı olması (ısrarcı bir tavrı takınması) gerektiği ifade edilir.¹⁰⁸ Söz konusu tavrı da olumlu görünümeler çerçevesine dahil etmemiz mümkündür. Pozitif görünümeler, sarîh veya zımnî kabul beyanı ile sona erer.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Bkz. İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, VI, 254; Haffî, *Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Şer'îyye*, s. 190-191.

¹⁰⁷ Bu tasarrufların ıskat anlamını içermemesinin nedenleri; ya (farz namazlarda olduğu gibi) kişinin ifa ve ikmal etmekle yükümlü olması, ya (uyku ve içmede olduğu gibi) zarurî bir ihtiyaç olması veyahut (bir lokma yemede olduğu gibi) önemsiz bir tasarruf olmasıdır. Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 155.

¹⁰⁸ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 169.

¹⁰⁹ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 154-155.

Senhûrî, akit meclisinin maddesel yorumunda aşırıya kaçmalarından ötürü Hanefîleri tenkit etmektedir. Bu bağlamda akit meclisi teorisinin yapısal bakımından ihtiva ettiği inceliğe karşılık Hanefî mezhebi metinlerinde meclisin değişmesiyle ilgili anlatımlarda akit meclisinin içinden çıkamayacak düzeyde maddî bir tasavvur ile tasvir edildiğini belirtmektedir.¹¹⁰ Ona göre Hanefîlerin maddî tasvirde boğulmalarının sebebi muamelede objektifliği (*inzibât*) sağlama kaygısıyla akit meclisinin mekânı için objektif (*münzabıt*) bir tanım yapma yönündeki istekleridir.¹¹¹ Senhûrî, sonuç olarak akit meclisinde mekânsal birlik yerine zamansal birliğin aranması gerektiğini ileri sürmektedir:

Olması gereken, mekânsal birliği bir kenara bırakıp yerine zamansal birliği getirmek ve ister mekânlarında kalsınlar isterse ayrılmış olsunlar taraflar akitleşme ile meşgul oldukları sürece akit meclisinin inkıtaa uğramadığını söylemek değil midir? Taraflardan ikisi veya biri başka bir şey ile ilgilenip akitleşmekten geri durduğu takdirde akit meclisi inkıtaa uğrar. O halde taraflar mekânlarını terk etmemiş olsalar bile meclis akit yapmaktan imtina etme ile dağılır, mekânlarını terk etmiş olsalar bile meclis akitleşmekten içtinap etme dışında bir şey ile dağılmaz. Bundan sonra yürümek ile seyir halinde olmak, durmak ile yürümek ve seyir, hayvanın hareketi ile geminin

¹¹⁰ Bkz. Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, V, 137; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, VI, 254. “Hanefî mezhebi metinlerinin okunmasından hareketle onların akit meclisini maddesel ve mekânsal bir birlik olarak tasvirde oldukça mübalağa ettikleri görülmektedir. Onlara göre mesela meclis yürümekle değişir. Çünkü tarafların yürürken ilk mekânlarından bir adım atarak ilerlemesi sebebiyle icap bir mekânda, kabul ise farklı bir mekânda vuku bulmuştur. İşte bu adım icap ile kabul arasına girmiştir. Hakeza binek üzerinde seyir halinden yürüyüş haline geçerken veya durur vaziyetten seyir haline geçerken meclisin değişmesi söz konusudur. Geminin durumu ise binek hayvanın durumundan farklı olduğundan onun hareket etmesiyle meclis değişmez. Çünkü geminin hareket etmesi kendi fiili değil suyun akması sebebiyledir. Ayrıca taraflar gemiyi durduramazken hayvanı durdurabilirler. Aynı şekilde namazı, yemeyi içmeyi sürdürmekle veya yatıp uyumakla meclis farklılaşır.” Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 8.

¹¹¹ Senhûrî, devamında iki olayın bundan istisna edildiğini söylemektedir: “Bununla birlikte Hanefî fıkıhı iki durumda bu maddesel ve mekânsal tasavvurda karar kılamamıştır: Birincisi, yayan ve binek üzerinde seyir halindeyken bir veya iki adım ilerlemekle mekân fiziki olarak değişmiş olsa bile muhatabın hemen hitaba (birinci icap) bitişik olarak (yeni) icapta bulunması durumudur. Hatta bazı fakihler bu durumu geminin hareketine benzetme noktasına gelmişlerdir. Nasıl ki geminin hareket etmesiyle meclis inkıtaa uğramıyorsa aynı şekilde yürütenler bizzat (fiziki olarak) ayrılmadıkları müddetçe yürümek ile meclis akamete uğramaz. (Bkz. Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, V, 137.) İkincisi, akitleşmekten imtina etme ile meclisin değişmesi durumudur. Tarafların her ikisinden veya birinden akit dışı bir şey ile ilgilenmek gibi i'râza delâlet eden bir şey sadır olursa taraflar ilk mekânlarında kalıp ayrılmamış olsalar bile akit meclisi akamete uğrar. (Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V, 294.) Her iki durumda Hanefî fıkıhı, mekânın maddî birliğinin gereğine göre hareket etmemiştir. Birinci örnekte, maddesel birlik değişmiş olmakla birlikte meclis akamete uğramamıştır. İkinci örnekte ise maddî birlik değişmemiş olmasına rağmen meclis inkıtaa uğramıştır.” Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 8-10. Sivâr, bu ikinci itirazın Hanefîler'e yöneltilemeyeceğini belirtir. Çünkü Hanefîler akit meclisi için mekânsal kayıtların yanında davranışsal kayıtlar şart koşmuşlardır. Dolayısıyla davranışlar değiştiği takdirde meclis inkıtaa uğrar. Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 160.

hareketi arasında, âkidin oturarak uyuması ile yatarak uyuması arasında ayırım yapmaya gereksinim duymayız...¹¹²

Hanefî mezhebi hukukçularının akit meclisini maddî mekânsal bir birlik olarak tasavvurda ve akit yapmaktan sakınmaya delâlet eden şeyler (davranışlar) konusunda takındıkları katı tutumda ısrarcı olmalarının sebebi onların akit meclisini tilavet secdesine kıyas etmeleridir. Tilavet secdesi meselesinde bir kişi yürürken veya üzerinde namaz kılınamayan hayvana binerken secde ayetini defalarca okursa her bir kıraat için secde gerekir. Bunun nedeni meclisin yürümeyle ve hayvanın ilerlemesiyle değişmesidir. Buradan hareketle fakihler, akit meclisinde mekân birliği anlayışını ortaya koymuşlar ve taraflar yürürken veya -tek hayvan üzerinde olsa bile -seyir halindeyken yapılan alışverişi meclis değiştiği için mün‘akit saymamışlardır. Sözleşme yapmaktan kaçınmaya delâlet eden şeyler hususunda da benzer bir kıyas yapılmıştır. Akit meclisindeki değişmeler, secde ayetini okuyan kişinin yemek yemesi veya yatarak uyumasıyla meclisinin değişmesine kıyas edilerek alışveriş yapılırken yeme veya yatarak uyuma halinde de meclisin değişeceği öne sürülmüştür. Diğer taraftan Hanefîler meclis birliğinde tilavet secdesini icap ve kabule kıyas etmişlerdir. Buna göre aynı mekânda secde ayetinin tekrarı sadece bir secde gerektirir. Çünkü tek meclis, icap ile kabulde olduğu gibi farklı kelimeleri birleştirir (*cem*’).¹¹³

Senhûrî’nin yanı sıra bazı modern araştırmacılar tarafından Hanefî mezhebine, bu mezhep hukukçularının meclis ve meclis birliğine ilişkin tasavvurda ifrata düştüğü ve meclisi tasvirde şekilciliğe kaçtığı, bununsa İslâm hukukunun genel maksadına ve akitlerdeki rızâlık ilkesine ters düştüğü yönünde eleştiriler yöneltmiştir. Ayrıca bu tarz bir kıyası benimsemenin akitleri kutsamaya (takdis) yol açacağı ve bu konuda örfün kıstas olarak alınması gerektiği ileri sürülmüştür.¹¹⁴ Secdenin taabbüdî, icap ile kabulünse muamelata ilişkin olması nedeniyle Hanefîlerin söz konusu kıyası “kıyas meal-fârik”

¹¹² Senhûrî sözlerinin devamında tren, buharlı gemi, araba ve uçak gibi modern ulaşım araçlarında bu tür ince ayrımların yapılamayacağı ve dolayısıyla bu anlamıyla akit meclisinin uygulanamayacağı noktasındaki şaşkınlığını dile getirmektedir. Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 7-11.

¹¹³ Kâsânî, *Bedaiü’s-sanai*, I, 181.

¹¹⁴ Düreynî, *Terâdî*, s. 289-291.

olarak nitelenmiş ve bazı Hanefî fakihler başta olmak üzere birtakım hukukçular tarafından fasit kıyas olduğu için reddedilmiştir.¹¹⁵

1.2.2.3.1.1.3. Zaman Unsuru

Akit meclisi zaman unsurunu içermektedir. Hâkim görüşe göre icap sonrası rızanın bulunmadığını gösteren bir fâsıladan sonra yapılan kabul sahih değildir. Söz konusu fâsılanın belirlenmesinde fakihler görüş ayrılığı içinde olmuşlardır. Şâfiîler, kural gereği bu fâsılanın olabildiğince kısa olması gerektiğini söylemişlerdir. Mâlikîlere göre akdin in'ikadını engelleyen fâsıla, örf nazarında i'râza delâlet eden ve sözün (kabul) icap için cevap teşkil etmediği kabul edilen fâsıladır. Hanefîler ise aynı mecliste fâsılanın uzun sürmesinde bir beis görmemişlerdir.¹¹⁶

Daha önce¹¹⁷ Şâfiîlerin kuralı esas alarak kabulün icabı hemen takip etmesini şart koştukları ifade edilmişti. Şâfiîlere göre bu şart açısından lâzım akitler satım akdi gibidir. Gayr-ı lâzım akitlerde ise icap ile kabul arasındaki fâsıla akde zarar vermez.¹¹⁸ Cüveynî (ö. 478/1085), Şâfiî'nin (ö. 204/820) meclis kelimesini sıkça kullandığını, onunla icap ile kabul meclisini kastettiğini ve bunun, zamansal birliğin (et-tevâsul-ü'z-zemânî) dikkate alınması anlamına geldiğini belirtmektedir.¹¹⁹ Nevevî (ö. 676/1277) bu hususta şöyle demektedir:

Eğer fâsıla uzar veya yabancı bir söz araya girerse - tarafların meclisten ayrılıp ayrılmamasına bakılmaksızın- in'ikad gerçekleşmez. Ashabımız kısa fâsılanın zarar vermeyeceğini, uzun fâsılanın zarar vereceğini söylemiştir. Uzun fâsıla, kabul etmesi beklenen tarafın kabulden imtina ettiğini gösteren fâsıladır. Araya yabancı bir kelime girerse icap bâtil olur.

120

¹¹⁵ Ayrıca tilavet secdesinde mekân birliği şartının aranması konusunda Hanefî fakihleri arasında ittifakın olmadığı söylenmiştir. Bkz. Hafîf, *Ahkâm*, s. 191; Sivâr, *eş-Şekl*, s. 155, 160; Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 32; Serhân, *Beyne'n-nazariyye ve't-tatbîk*, s. 53-56.

¹¹⁶ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 17; Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmmeh*, II, 41; "Tehir tavil olsa bile tehiri kabul icabı iptal etmez" Bkz. Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 262 (182. md.); Hafîf, *Malikîlerin görüşünün örf'e dayandığı, işlemleri kolaylaştırdığı ve hakları koruduğu için tercihe şayan olduğunu belirtmektedir*. Bkz. Hafîf, *Ahkâm*, s. 192. Ayrıca bkz. Düreynî, *Terâdî*, s. 293-295.

¹¹⁷ "Akit Meclisinin Teknik Gereksesi" başlığına bkz.

¹¹⁸ El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, 2. Baskı, "İttihâd-ı meclis", s. 206.

¹¹⁹ İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rüknüddîn Abdülmelik b Abdullâh b Yûsuf Cüveynî, *Nihayetü'l-matlab fî dirâyeti'l-mezheb*, Beyrut: Dârü'l-Minhâc, 2007, XIV, 84.

¹²⁰ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 169.

Şâfiî kaynaklarda icap ile kabul arasındaki uzun sürmeyen az konuşmanın akde zarar vermeyeceği ifade edilmiştir. Ancak az da olsa konuya yabancı bir kelimenin araya girmesinin teklifle ilgilenmemenin emaresi olduğu için akde zarar vereceği söylenmiştir.¹²¹ Yabancı kelime akdin muktezası, faydaları (maslahat) ve sözleşmede hoş karşılanan hususlar (müstehâb) kapsamında olmayan kelimedir.¹²² Nevevî, akitle ilgili olmayan yabancı bir kelimenin araya girmesiyle icabın düşeceğini belirtmiş ancak talâk bahsinde konuya yabancı bir sözün araya girmemesi kaydını koymaksızın “el-esah olan veche göre icap ve kabulün arasına giren az konuşma ile meclisin inkıtaa uğramayacağı”nı ifade etmiştir.¹²³ Konuşmanın akde ilişkin olup olmaması noktası önemli olmakla birlikte akit ile ilgili olmasa bile çok konuşma düzeyine ulaşmadığı müddetçe az konuşmanın irtibatı sona erdirmeyeceği görüşü öne sürülmüştür.¹²⁴ Fakat bilerek ve kasıtlı olarak irtibatı kesmenin amaçlanması halinde az konuşmanın akde zarar vereceği de söylenmiştir.¹²⁵ Zayıf bir görüşe göre ise kabulün icap meclisinde vuku bulması kâfidir. Ancak Nevevî, Ebû Sa’d el-Herevî’nin Irak ekolü çizgisindeki Şâfiî hukukçuların kabulün icap meclisinde yapılmasının yeterli olacağını naklettiğini söyledikten sonra sahih olanın kabulün hemen icabın peşinden beyan edilmesi olduğunu ve kısa fâsılanın aksine uzun fâsılanın akde zarar vereceğini, gerek Irak gerek Horasan tarikinde maruf olan görüşün bu olduğunu belirtmektedir.¹²⁶

Ayrıca muhâlea işleminin muâvaza sıygasıyla yapılması halinde kabulün icabın peşi sıra yapılması şart koşulmuştur.¹²⁷ Hem satım akdinde hem de muhâlea işleminde

¹²¹ Ebû Hafs Sirâcüddin Ömer b Ali b Ahmed İbnü’l-Mülakkın, *Ucâletü’l-muhtâc ila tevcîhi’l-minhâc*, İrbid: Dârü’l-Kitâb, 2001, II, 672; Şemseddin Hatib Muhammed b Ahmed Kâhirî Şâfiî Şirbînî, *Mugni’l-muhtâc ilâ ma ‘rifeti meânî elfâzi’l-Minhâc*, y.y.: Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1994, II, 330.

¹²² Ebu Abdullah Celaledin Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Ensarî Mahallî, *Kenzü’r-râgûbîn fî şerhi Minhâci’t-tâlibîn* (Kalyûbî ve Şehâbeddin Ahmed Amîre el-Burullusî’nin hâşiyeleriyle birlikte), Beyrut: Dârü’l-Fikr, 1995, II, 194.

¹²³ Ebü’l-Bekâ Kemâleddin Muhammed b Musâ b İsâ Demîrî, *en-Necmü’l-vehhâc fî şerhi’l-Minhâc*, Beyrut: Dârü’l-Minhâc, 2004, IV, 15.

¹²⁴ Konuya dair görüşler ve literatür tartışması için bkz. Ebû Muhammed Cemâleddin Abdürrahim b Hasan b Ali İsnevî, *el-Mühimmât fî şerhi’r-Ravza ve’r-Râfî*, Beyrut: Dârü’l-Beyzâ: Merkezü’t-Türâsi’s-Sekâfi el-Mağribî, 2009, VII, 37.

¹²⁵ Mahallî, *Kenzü’r-râgûbîn*, II, 194; el-Heytemî, *Tuhfetü’l-muhtâc*, IV, 224.

¹²⁶ Ebû Zekerîyyâ Yahyâ b Şeref b Mürî Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn ve umdetü’l-müftîn*, Beyrut: el-Mekteb-ü’l-İslâmî, 1991, VII, 39.

¹²⁷ Bu şekildeki meclis “meclis-i tevâcüb” olarak isimlendirilmiştir. Bkz. Ebû Muhammed Muhyissünne Hüseyin b Mesud Begavî, *et-Tehzîb fî fıkhi’l-imâm eş-Şâfiî*, Beyrut: Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1997, VII, 65; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, VII, 381; Demîrî, *en-Necmü’l-vehhâc*, VII, 451. Bu bağlamda boşamaya ilişkin fasıllarda ittisâl şartından bahsedilirken de boşama sıygasına getirilen istisnanın geçerli olabilmesi

kısa fâsılanın akde zarar vermeyeceği kesin bir biçimde ifade edilirken tamamında örfün nihaî merci olduğu hususu vurgulanmıştır.¹²⁸ Bununla birlikte bazı Şâfiî hukukçular - Hanefîlerin mekân ve davranış unsurundaki tutumları gibi- satım akdini namaza kıyas ederek icap ile kabul arasında anlaşılabilen -hatta bazılarınca anlaşılmasa bile- tek bir harfin girmesini akdin inkıta nedeni addetmişlerdir. Yine bazıları, namazdaki Fâtiha'ya kıyas yaparak i'râza delâlet etmesi durumunda "kısa süreli sessizliği (*sükût-i yesîr*)" meclisin dağılma nedeni olarak görmüşlerdir. Buna karşılık diğer bazıları, i'râza delâlet etse bile bunun meclise bir etkisinin olmayacağı ve Fâtiha kıraatinin akitlerden farklı olarak sırf bedenî bir ibadet olduğu şeklinde itirazda bulunmuştur.¹²⁹ Dolayısıyla söz konusu kıyasın muteber bir kıyas olmayıp "kıyas meal-fârik" olduğu söylenebilir.

Modern kaynaklarda Şâfiî mezhebinde icap ile kabulün ittisâlinde örfün belirleyici olduğu ve meclis birliğinin gerçekleşmesi için örfen akit yapmaktan kaçınıldığını gösteren uzun bir fâsılanın araya girmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre satıcı icapta bulunup uzun bir sessizlik veya kısa süreli olsa bile akitle ilgili olmayan yabancı bir söz araya girdikten sonra müşteri kabulde bulunsa akit sahih olmaz. Buna mukabil akit konusu etrafında cereyan eden konuşma uzun sürse bile sonrasında yapılan kabul geçerli olur.¹³⁰ Akdin konusu akit öncesinde taraflarca biliniyor olsa bile hüküm böyledir. Ayrıca örfen akit yapmaktan sakınıldığını göstermeyen kısa süreli sessizlik de

için muttasıl olması gerektiği şartı aranmıştır. Cüveynî, boşama sıygasındaki istisna ile icap ve kabulün birbirinden farkını şöyle ifade eder: "Boşama sıygasında dikkate alınan ittisâl, icap ile kabul arasındaki ittisâlden daha ciddi ve önemlidir (ebلاغ). Çünkü icap ve kabul iki şahıstan sadır olmaktadır. Burada kastedilen, kişinin cevaptan i'râzını gösteren bir fâsılanın araya girmemesidir. İstisna ve müstesna minh (kendisinden istisna yapılan unsur) ise tek kişiden sadır olmaktadır. Tek kişiden sadır olan kelamın cüzleri arasında muhtemel olmayan/hoş görülmeyen iki kişiden sadır olan kelamın arasında muhtemel olabilir/hoş görülebilir. Bu nedenle el-esah olan veche göre icap ile kabul arasındaki ittisâl az konuşma ile inkıtaa uğramazken istisnada az konuşma meclisi akamete uğratar." Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, XIV, 155. Ayrıca bkz. Ebû'l-Kasım Abdülkerim b Muhammed b Abdülkerim Kazvîni Râfî, *el-Azîz şerhi'l-Vecîz*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997, IX, 26; Ebû Bekr Takıyyüddin b Muhammed b Abdülmü'min Hısnî, *Kifâyetü'l-ahyâr fî halli gâyeti'l-ihisâr*, Dımaşk: Dârü'l-Hayr, 1994, s. 393. Bu kuralın boşanma ve ikrar hükümlerine yansımaları için ayrıca bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 145-146.

¹²⁸ Demîrî, *en-Necmü'l-vehhâc*, VII, 451.

¹²⁹ Mahallî, *Kenzü'r-râgıbîn*, II, 194; Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, IV, 225; Ezherî, *el-Cemel*, III, 13; Sivâr, *eş-Şekl*, s. 165.

¹³⁰ Mustafa Hın, *el-Fıkhü'l-menhecî alâ mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî*, Dımaşk: Dârü'l-Kalem, 1992, VI, 15.

akde zarar vermez.¹³¹ Dolayısıyla her ne kadar teoride kural esas alınsa da Şâfiîler örfün etkisiyle bu kuralı esnetmişler ve diğer mezheplerle benzer bir görüşe varmışlardır.¹³²

Şâfiîlerin kuralın uygulanması hususundaki katı tutumu modern İslâm hukukçuları tarafından eleştirilmiş ve kabul görmemiştir. Akit meclisinde muhataba düşünme fırsatı verilmemesi ve muhatabın kabulün derhal beyanı ile bağlanmasının onun baskı altında kalıp meşakkat görmesine ve yarar sağlaması umulan alışverişten mahrum olmasına sebep olacağı söylenmiştir. Zira kişinin beklemediği bir anda aniden icaba muhatap olması muhtemeldir. Böyle bir durumda icabın derhal reddi olası bir faydanın kaçmasına neden olabilirken hemen kabulü ise muhtemel bir zararı getirebilir. Bu nedenle iyice düşünmesi, akdın doğuracağı borçlar ile hakları karşılaştırması ve sözleşmeyi akdetmekle elde edeceği faydalar ile yoksun kalacağı şeyler arasında mukâyese yapabilmesi için kendisine süre tanınması kabul etmesi beklenen tarafın yararınadır.¹³³ Sivâr, Şâfiîlerin akit meclisini daraltmada aşırıya kaçmalarının Hanefîlerin akit meclisini maddî olarak tasvirdeki abartısına benzediğini belirtmektedir. Her iki aşırılığın dayanağı, söz konusu meselelerde ibadetlere yapılan kıyastır ve bu kıyas fasit bir kıyas olduğundan ikisi de makbul değildir. Bazı Şâfiî ve Hanefî fakihlerin muhalefetlerinin gerekçesi de budur.¹³⁴

İrade beyanları arasında derhaliğin şart olup olmadığının yanı sıra doktrinde, akit meclisinde zaman açısından bir kısıtlamanın olup olmadığı veya gerekip gerekmediği konusu tartışılmıştır. Senhûrî, icapçının zarar görmemesi zaruretine istinaden sınır koymanın zorunlu olduğunu düşünmektedir.¹³⁵ Sivâr, Senhûrî'nin görüşüne yer verdikten sonra klasik fıkıh literatüründe akit meclisi için zamansal açıdan net bir sınır

¹³¹ h

¹³² Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 2947, V, 3359. Tür hukukunda, icap kuralı olarak bağlayıcı olduğundan süresiz icap halinde kabulün derhal beyanı şart koşulmuştur. Bunun gerekçesi, icapçının hakkını korumak ve zarar görmesini engellemektir. Ancak “derhal/hemen” deyiminden teklifin icapçının ağzından çıkmasının peşi sıra karşı tarafın kabulde bulunmasının zorunlu olduğu şeklinde anlaşılmaması gerektiği üzerinde durulmuştur. Dolayısıyla buradaki derhal deyiimi “anında” anlamı baz alınarak keskin ve katı bir şekilde değil, hayli yumuşak ve hoşgörülü bir biçimde yorumlanmaktadır. “Hemen” den kasıt, görüşmenin kesilip tarafların ayrılmasına kadarki süredir. Buna göre hazırlar arasında yapılan süresiz icapta, icapçı görüşmenin sonuna kadar icabı ile bağlıdır. Ancak bu ana dek kabulde bulunulmamış olsa veya taraflar bir arada bulunmaya devam etseler bile muhatap icabı reddetmiş ise icap ile bağlılık sona erecektir. Bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, s. 64; Kocayusufoğlu, *Borçlar Genel*, s. 197.

¹³³ Ebû Zehrâ, *Milkiyye*, s. 178; Musâ, *el-Emvâl*, s. 238; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 2946; Sivâr, *eş-Şekl*, s. 166.

¹³⁴ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 166.

¹³⁵ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 2.

getirilmediğini ancak bazı kaynakların sınır koyma amacıyla değil, örnek olarak meclisin üç güne kadar uzayabileceğini zikrettiğini belirtir. Ona göre konuya ilişkin literatürdeki anlatım akit meclisini zamansal bir kayıtla sınırlamayı gerektirmez. Zamansal açıdan bir sınırlama getirilmemesi gereği iki sebebe bağlanabilir: Birincisi, fakihlerin akit meclisinde taraflar için getirdiği bazı (mekânsal ve davranışsal) sınırlamaların haddi zatında onların hareket ve davranma özgürlüğünü kısıtlaması meclisin uzun süre devam etmemesini güvence altına alır. İkincisi, icapçının icabından dönme hakkı saklı olduğu müddetçe o, icabının muallakta kalmasından kaynaklı bir zarar görmez. Onun için bir zarar meydana gelse dahi o bu zararla bağlanmaz. Burada en fazla icapçının beklemeden kaynaklı bir zarar gördüğü söylenebilir. Ancak icapçının icabından rücu‘ etmesi muhatabın kabul etme hakkını düşüreceğinden beklemekten kaynaklı zarar telâfi edilmiş olur.¹³⁶

Sivâr, akit meclisinin esasında mekân ve davranış unsuruna ilişkin bazı sınırlamalar ile çevrili olduğunu, zaman unsurunun ise bunların tamamını kuşattığını ifade etmektedir. Akit meclisi zamana ilişkin kısıtlamalar içermediği için zaman aslında meclisin aslî ve müstakil bir unsuru olmayıp mekân ve davranış unsurlarına tâbî bir unsurdur. O, mekân değişikliğinin meclisin müddetinin sona erdiğini göstermesi bakımından birinci unsurla, olumlu davranışın meclisin süresinin bittiğini ve gayesini gerçekleştirdiğini göstermesi açısından ikinci unsurla ilişkilidir.¹³⁷ Görünen o ki Sivâr’ın bu görüşü akit meclisini genişletmeye yöneliktir. Nitekim zaman unsuruyla ilgili seçtiği başlık şu şekildedir: “Zaman kaydının menedilmesi (akit meclisinin genişletilmesi).”

Sivâr, mekân ve davranış unsurunu ve bu iki unsura bağlı olarak öngörülen sınırlamaları şekil¹³⁸ ile ilişkilendirmektedir:

¹³⁶ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 156.

¹³⁷ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 156-157.

¹³⁸ Sivâr, en başta şekli akdin in’ikad şartı olarak şekil ve ispat aracı olarak şekil olmak üzere iki gruba taksim etmiştir. Akdin in’ikad şartı olan şekli pür şekil (*şekliyye-i mahz*) ve işlenmiş şekil (*şekliyye-i mühezzebe*) olarak iki kategoriye ayırmıştır. Pür şekli kendi arasında sözlü ve sözlü olmayan şekil olarak ikiye taksim ederken işlenmiş şekli dörde ayırarak akit meclisini bu kapsamda zikretmiştir. Yukarıda akit meclisinin gerekçesini izah ederken Senhûrî’nin Roma hukuku ile mukâyese çerçevesinde yer verdiğimiz tespitlerinden hareketle Sivâr’ın şekille ilgili tasnifinde Senhûrî’den etkilendiğini söyleyebiliriz. Senhûrî’nin eserinde “işlenmiş şekil (*şekliyye-i mühezzebe, tehzîb*)” ifadesini kullanıldığı yerler için bkz. Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 28-29, III, 153. Bununla birlikte Sivâr’ın şekle ilişkin taksimi bazı araştırmacılar tarafından eleştirilmiş ve şekle ilişkin farklı taksimler öne sürülmüştür. İlgili bazı çalışmalarda şahitlik ile kabzin şekil olarak değerlendirilebilmesine karşılık akit meclisinin şekil kapsamına alınamayacağı savunulmuştur. İlgili taksimler ve eleştiriler için bkz. Hüseyin Abdulkadir Maruf, “Şekliyye

Son olarak, önceden işaret ettiğimiz gibi bu iki kayıt (mekân ve davranış) aslında “işlenmiş şekil” (*şekliyye-i mühezzebe*) den¹³⁹ başka bir şey değildir. Söz konusu şekil, akdın iki parçasının (icap ve kabul) ittihâdında rızanın varlığına rağmen dikkate alınan bir şekildir. Çünkü bu şekil, ister mekânsal isterse davranışsal olsun akit meclisinde öngörülen sınırlamaların gerekliliklerine uygun olarak sadır olmayan rızayı hükümsüz kılar... Akit meclisi teorisi çerçevesinde, kabulün icaptan sonra sadır olması yeterli değildir. Aksine akdın iki parçası arasındaki zaman aralığında tarafların davranışlarının dikkate alınması gereklidir. Eğer taraflardan istenen davranışsal ve mekânsal tavırlara aykırı bir şey belirirse taraflar gerçekten beyanlarının birliğini amaçlamış olsalar bile icap ile kabul kaynaşmaz.¹⁴⁰

1.2.2.3.1.1.4. Meclisin Unsurlarına ve Tasavvuruna İlişkin Değerlendirme

Yukarıda görüldüğü üzere mekân ve davranış unsuru çerçevesinde Hanefî mezhebi, zaman unsuru bakımından ise Şâfiî mezhebi eleştirilerin odağında yer almıştır. Her ne kadar modern İslam hukukçularının ve araştırmacılarının fıkıh ekollerinin meclis tasavvuruna ilişkin anlatımları farklı ve hatta çelişkili görünse de Sivâr'ın katıldığımız

fi'l-ukûd-i fi'l-fikh-i'l-İslâmî: dirâse fi ârâi'l-bahisîn fi'l-fikh-i'l-İslâmî”, *Mecelletü âdâb-i'l-basra* 52 (2010): 297-316; Salim Müslim Masinî, “Şekliyye fi ukûdi'l-internet”, *Mecelletü'l-bühûs ve'd-dirâsâti's-şeriyye* 3/24 (2014): 275-277; Abdulmuhsin İsâ el-Attâl, “Şekliyye fi'l-ukûdi'l-mâliyye: dirâse fikhîyye”, *Mecelletü kulliyeti'd-dirâsâti'l-İslâmîyye ve'l-arabiyye* 3/39 (2020): 2214-2215; Halid Ebû Taha, “Şekliyye fi'l-ukûd-i't-ticâriyye: dirâse tahlîliyye”, *Mecelletü'l-hukûk ve'l-ulûmu'l-İslâmîyye* 13/1 (2020): 106. Sivâr'a yöneltilen eleştiriler ve şekle ilişkin tartışmalar bir tarafa, Roma hukuku ile mukâyese bağlamında Senhûrî'nin yukarıdaki ifadeleri ve meclisin unsurlarına ilişkin mezheplere yöneltilen eleştiriler dikkati caliptir. Roma hukukunun ilk dönemlerinde akitlere tam anlamıyla şekilci bir hukuk anlayışı hâkimdi. Şekle büyük önem verilen bu hukuk sisteminde işlemler bir dizi belirli merasim ve sözlü şekillere bağlı olarak gerçekleştirilir ve işlemlerin geçerliliği şekle uygunlukla değerlendirilirdi. Bazı işlemlerin geçerli olması için önceden belirlenmiş sembolik eylemlerin ve sözlerin kullanılması gerekmektedir. Dolayısıyla sözleşmede şekle bağlılık esastı. Roma hukukunun şekilcililiği, toplumun o dönemki inanç ve kültürel yapılarıyla ve dini ritüelleriyle sıkı bir ilişki içindeydi. Bkz. Elvan Sütken, “Roma Hukukunda Şekil” (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010) s. 7-8; Adnan Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, Konya: Karadeniz Gazetecilik Ve Matbaacılık a.ş. Trabzon, 1994, s. 52. İslâm hukukunda da hem fakihlerin muamelâtta ilişkin hükümleri ibadet hükümlerine -ki ibadetlerde şeklin ve şekilcililiğin hâkim olduğu kabul edilmektedir- kıyasla ele alması hem de bazı İslâm hukukçuların bunu akitleri takdis olarak yorumlanması, aralarında esaslı farklar olmakla birlikte iki hukuk sisteminin gelişimindeki kısmî benzerliğe dikkat çekmektedir. Bu husus, beşerî çabanın ve muhakemenin hukuk-teoloji arasında kurduğu ilişki ve bunun da konumuzun bir parçası olarak akit meclisine yansımalarını göstermesi açısından önem arz etmektedir. Bunun ötesinde, mukâyeseli hukuk çalışmaları çerçevesinde hukukun ve hukuk düşüncesinin gelişiminin evrenselliğine ilişkin fikir vermesi bakımından da bir o kadar önemlidir. Meclis muhayyerliğinin meşruiyeti ele alınırken şekil konusuna tekrar temas edilecektir.

¹³⁹ Sivâr, bu şekil türünün İslam hukukunun gereklilikleri -ki bu esasen akitlerin rıza temelli olması ilkesini belirtir- ile fikhin neşvünema bulduğu dönemin talepleri arasında uzlaşma sağlamak üzere geliştirilen orta yollu ve güzel bir çözüm olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Sivâr, *eş-Şekil*, s. 109.

¹⁴⁰ Sivâr, *eş-Şekil*, s. 157. Senhûrî, kabulün icabın hemen peşi sıra beyanının şart koşulmasını, yani zaman unsuruna getirilen “derhallik” kaydını da “işlenmiş şekil” kapsamında değerlendirir. Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 29-30.

tespitleri ışığında, ekollerin akit meclisinin unsurları ve meclis birliği konusundaki tasavvuruna ilişkin şu çıkarımlarda bulunmak mümkündür.

Hanefî mezhebinin tasavvurunda -mezkûr istisnâî haller bir tarafa- mekân ve davranış unsuru baskın olmuş, ancak mekân unsuru daha fazla ön plana çıkararak meclis birliği çoğunlukla maddî birlik (mekân birliği) şeklinde yorumlanmıştır. Buna göre icap ve kabul sabit mekânsal bir birlik içinde sâdır olmalıdır.¹⁴¹ Diğer mezhepler açısından ise meclisin daha çok mânevî olarak tasavvur edildiği ve meclis birliğinin mânevî birlik olarak yorumlandığı söylenebilir. Özellikle Hanbelî mezhebi, Hanefî mezhebinin aksine tarafların akit esnasında haline ve vaziyetine odaklanarak Hanefîlerin akit meclisine atfettiği maddîlikten uzak bir meclis anlayışı benimsemiştir.¹⁴² Mâlikî mezhebinin akit meclisi tasavvurunda zaman unsurunun daha fazla vurgulandığı söylenmiştir.¹⁴³ Bu mezheplere göre akit meclisi tarafların, herhangi birinden örfî olarak akitle ilgilenmediğini gösteren eylem veya söz sadır olmaksızın akit yapma amacıyla toplanmaları ve sözleşme ile meşgul olmalarını ifade etmektedir.¹⁴⁴ Dolayısıyla bu hukukçuların meclis tasavvurunda örfün belirleyiciliği ve birliğin mânevî birlik olarak tasvir edildiği göz önünde bulundurularak davranış (hal) ve zaman unsurunun daha baskın olduğu çıkarımı yapılabilir.¹⁴⁵

Meclisi mânevî bir birlikten ibaret gören bazı İbâzî mezhebi fakihleri, akit meclisinden ayrılık gerçekleştikten sonra bile kabul beyanının mümkün olduğunu ve dolayısıyla meclisin varlığını korumaya devam edeceğini söyleyerek akdin in'ikadının gaibin gelişine, çocuğun buluşa ermesine, akıl hastasının iyileşmesine kadar gecikmesine

¹⁴¹ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 158.

¹⁴² *Keşşâf*'ta Buhûti'nin "meclis halinin akit hali gibi" olduğu ibaresi bunu göstermektedir. Ayrıca akit meclisinin tahdidinde mekân unsurunun üzerinde durmaması da buna delâlet eder. Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 164-165; Mansûr b Yunus b Salahiddin Buhûti, *Keşşâfû'l-kına 'an metni 'l-İkna'*, y.y.: Vizâretü'l-Adl fi'l-Memleketi'l-Arabiyye, 2000, VII, 300. Zerkâ da meclisin tasvirinde hal unsurunun temel alınmasının şeriatın hoşgörüsüne ve maksatlarına en yakın yaklaşım olduğunu belirtmektedir. Ardından Hanbelî hukukçuların "meclisin halinin akit hali gibidir" şeklindeki açık beyanlarının buna delâlet ettiğini söylemektedir. Bkz. Zerkâ, *Medhâl*, I, 433.

¹⁴³ Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 33.

¹⁴⁴ Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 34; Bâh, "Beyne'l- hakîka ve'l-hükmiyye", s. 50.

¹⁴⁵ Bedrân, meclis birliğine ilişkin görüşleri zikrettikten sonra "tarafların akitleşmeyle meşgul oldukları zamanın ve anın birliği" görüşünün tercihe şayan olduğunu belirtir. Ona göre fakihlerin akit meclisine ilişkin tasavvur ve tasvirleri kendi dönemlerindeki örfün bir yansımasıdır. Dolayısıyla icap ile kabul arasındaki fâsıla ve i'râza delâlet eden hususlar hakkında -Mâlikîlerin vurguladığı üzere- örfün esas alınması gerekmektedir. Bedrân, *Nazariyyetü'l-mülk ve'l-ukûd*, s. 372-373; Yusuf Musâ, Şafîîlerin görüşünü zikrettikten sonra meclis konusunda diğer mezheplerin örfü esas aldığını belirtmektedir. İlk bakışta onun diğer mezhepler ifadesinin kapsamına Mâlikîler ve Hanbelîlerle birlikte Hanefîler'in de dahil olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Musâ, *el-Emvâl*, s. 238.

veya bu kişilere niyabeten kabulün yapılmasına cevaz vermişlerdir.¹⁴⁶ Sivâr, İbâzîlerin kabulün gecikmesine ilişkin müsamahada aşırıya kaçmalarının Şâfiîlerin icabın kabul ile ittisâlini şart koşmalarındaki abartısına benzediğini söyler. Aslında kabulün tehirine ilişkin müsamaha ile kabulün hemen beyanının şart koşulması tavrı birbiriyle çelişen iki yaklaşımdır. Bununla birlikte iki görüş de tarafların zarar görmesine neden olma noktasında birleşmektedir: Derhaliği şart koşan görüş icabın yöneltildiği kişiyi hemen kabul ile ilzam etmesi sebebiyle düşünme fırsatından alıkoyup ona zarar verirken kabulün beyanını meclis sonrası için mümkün kılan görüş de icapçının kendisine zarar vermektedir. Zira kabulün meclisten sonra devam etmemesi, meclis dağılmadan önce icabın akıbetini bilmesi ve akde ilişkin durumu hakkında bir kanaate sahip olması açısından icapçının maslahatıdır. Böylece o, bir başkasıyla akit yapma ve malını koruma özgürlüğünü geri almakta veya şartlar değiştiğinde ya da fiyatlar yükseldiğinde zarar etmeme bakımından kendisini koruma imkanına sahip olmaktadır. Ayrıca İbâzîlerin görüşü in‘ikadın akit meclisinin sonrasına ötelenmesine yol açtığından kabulün icap ile aynı mecliste bitişmesi gereğine hükmeden kuralın dışına çıkılmasında aşırılığa neden olmaktadır. Bu mübalağanın kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü kabul ile icap arasında gecikmenin olması bir istisnadır. İstisnalar genişletilmez.¹⁴⁷

Şâfiî mezhebinin akit meclisi tasavvuruna ilişkin olarak akit meclisinin mânevî bir birlik olarak tasvir edildiği yargısında bulunmamız mümkündür.¹⁴⁸ Çünkü meclis birliğinin mânevî birlik olması ile kabulün derhal icabı izlemesinin şart koşulması, farklı hususlardır. Şâfiîler, akit meclisinde kuralın gerektirdiği zamansal birliği şart koştuğu ve

¹⁴⁶ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 168; Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 30.

¹⁴⁷ Ebû Zehrâ, *Milkiyye*, s. 178; Sivâr, *eş-Şekl*, s. 169-170. Bâbertî bu sadette şunları söyler: “Kabul muhayyerliğinin “meclis” ile sınırlı tutulmasının gerekçesi nedir? İcap, hemen peşi sıra kabulün beyan edilmemesinden dolayı niçin hükümsüz kalmaz? Veya icabın hükmü, niçin “meclis”in ötesine kadar devam etmez? Cevap şudur: “Meclis”in son bulmasından önce icabı hükümsüz kılmakta müşteri, “meclis”in ötesine dek icabın hükmünün korumasında ise satıcı için zorluk vardır. “Meclis” e bağlı ve dayalı kılmakta ise her ikisi için kolaylık vardır. “Meclis” ayrı olan söz ve fiilleri (*müteferrikât*) cem’ eder. Bu bağlamda “meclis”in kapsadığı bütün zaman dilimi zorluğu kaldırmak ve kolaylığı sağlamak için tek bir an olarak kabul edilmiştir.” Bkz. Ebû ‘Abdullâh Muhammed b. Muhammed b. Maḥmûd el-Bâbertî, *el-Înâye fî şerhi’l-Hidâye*, Lübnan: Dâru’l-Fikr, 1970, VI, 253.

¹⁴⁸ Nitekim Sivâr zaman birliğini mânevî birlik olarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda Sivâr’ın atmış olduğu başlık şöyledir: “Mekânsal Birliği Zamansal Birlik ile Değiştirme (Akit Meclisinin Hükmi Birliği)” Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 170. Serhân da satım akdine inhisar ettiği akit meclisine ilişkin çalışmasında Hanefîlerin meclisi maddî, cumhurunsa mânevî birlik olarak gördüğünü zikrettikten sonra meclisi maddî ve mânevî olarak ikiye ayırmakta ve maddî meclisi mekânî meclis, mânevî meclisi ise zamanî meclis olarak nitelemektedir. Bkz. Serhân, *Beyne’n-nazariyye ve’t-tatbîk*, s. 53. Dolayısıyla -her ne kadar açık bir şekilde zikretmese de- Sivâr’ın, meclisi mânevî birlik olarak tasavvur eden “diğer mezhepler” ifadesinin kapsamına Şâfiî mezhebinin de dahil olduğu anlaşılmaktadır.

meclis ile ilgili hükümleri genellikle meclis muhayyerliği bahislerinde işledikleri için bu mezhebin literatüründe akit meclisinin mekân ve davranış unsuruna ilişkin detaylı anlatımlar yer almaz. Dolayısıyla kaynaklarda akit meclisinin tasvirinde zaman unsurunun daha fazla belirlediği ve meclis birliğinin zaman birliği olarak yorumlandığı görülmektedir. İşaret etmek gerekir ki Şâfiî mezhebinde kabulün icabı hemen ardından izlemesinin şart koşulması zaten taraflara mekân ve davranış bakımından hareket etme alanı bırakmamakta, başka bir deyişle bu iki unsurun önemini azaltıp ikinci plana atmaktadır. Bu bakımdan mezhepteki zaman fâsılası konusuna ilişkin farklı görüşler ve katı tavrın zamanla esnetilmesi, nihaî olarak da örfün hakem kılınması bir kenara bırakılacak olursa Şâfiîlerdeki katı kuralcılık mânevî birliğe gölge düşürür niteliktedir. Bu çerçevede Hanefîlerin mekân ve davranış unsuruna ilişkin maddî bakış açısı ile Şâfiîlerin icap ile kabul arasındaki irtibatı -mümkün olduğu ölçüde- maddeten¹⁴⁹ sağlama çabası ve zaman unsuruna dair sözde maddî (katı kuralcı) yaklaşımı birbirine benzemektedir. İki mezhepte de belirli yönlerden aşırılık söz konusudur.

Burada meclis muhayyerliğini kabul eden Şâfiî ve Hanbelî mezheplerin meclis tasavvuruna ilişkin olarak bazı çalışmalarda yanlış değerlendirmelere dikkat çekmek istiyoruz. İlgili çalışmalarda akit meclisi muhayyerlik meclisini kapsayan bir genişlikte ele alındığı için Şâfiî ve Hanbelî mezhebi literatüründeki meclis muhayyerliğine dair anlatımlara dayanarak bu mezheplerin akit meclisi tasavvuru değerlendirilmiştir. Bunun sonucu olarak Sivâr bazı noktalardan tenkide tabi tutulmuştur.¹⁵⁰ Sözgelimi Sivâr'ın Hanbelî mezhebinde meclisin akitleşme ile işgalde tezahür eden mânevî bir birlik olarak görüldüğü tespiti eleştirilmiş ve meclis muhayyerliği ile ilgili anlatılara istinaden mekân unsurunun bu mezhebin meclis tasavvurunda önemli bir yer işgal ettiği öne sürülmüştür. Şâfiî mezhebi hakkında da benzer bir yargıda bulunulmuştur. Ancak bu tenkitlere hak vermek mümkün değildir. Önceden gördüğümüz üzere Sivâr meclisi üçe taksim etmiş ve muhayyerlik meclisini akit meclisinden ayrı bir meclis olarak ortaya koymuştur. Bu çerçevede akit meclisinin nihayetini kabulün beyanı olarak belirlemiştir. Meclis

¹⁴⁹ Karaman, *Mukâyese*, II, 85.

¹⁵⁰ Sivâr ve Senhûrî'ye yöneltelen eleştiriler için bkz. Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 31-34; Serhân, *Beyne'n-nazariyye ve't-tatbîk*, s. 50. Eleştirmenlerin tenkitlerinin sebepleri iki noktada toplanabilir: Birincisi, en başta meclisinin taksiminde Sivâr'dan ayrılmaları; ikincisi, unsurların bulunması ile meclis birliğinin maddî veya mânevî birlik olarak sayılmasının birbiriyle karıştırılması noktasındaki yanılsamaları. Zira unsurların bulunması farklı, meclisin maddî veya mânevî olarak telakkisi farklı bir durumdur. Buradaki temel espri, unsurların öngördüğü sınırlılıklar ve bunların maddî veya mânevî olarak algılanışıdır.

muhayyerliği ise kabulün beyanı ile başlayıp ayrılma ile son bulan muhayyerlik meclisi evresine ilişkin bir konudur. Sivâr sonrası kaleme alınan ilgili çalışmalarda ya Sivâr'ın mezkûr dakik tasnifi göz ardı edildiği ya da tam kabul görmediği için literatürdeki muhayyerlik meclisine ilişkin anlatımlar akit meclisine atfedilmiştir. Dolayısıyla her ne kadar klasik literatürde akit meclisi ile muhayyerlik meclisi arasında keskin bir ayrım yapılmamış olsa da¹⁵¹ meclis muhayyerliğine ilişkin anlatılar ve hükümler muhayyerlik meclisi kapsamına dahil edilmelidir.

Sonuç olarak, akit meclisini meydana getiren unsurların icap ile kabul ve bunlar arasındaki mekânsal, davranışsal ve zamansal irtibat olduğunu söyleyebiliriz. Bu bağlamda akdin iki parçası (icap-kabul) arasında irtibatın sağlanması için icap, kabul ile bitişmeye elverişli olmalı yani akit meclisi varlığını koruyor olmalıdır.¹⁵² Görünen o ki örf temel alınmak ve muhtevası maddîlikten arındırılmak şartıyla akit meclisinin hal unsuru ile tarifi ve meclis birliğinin zaman birliği olarak yorumu, başka bir deyişle birliğin mânevî birlik olarak tasavvuru meclisin işlevselliğini artırarak uygulama alanını genişletme ve dolayısıyla bir sonraki başlıkta kısaca değineceğimiz gaipler arası akitleşmeyi ve modern iletişim araçları ile akit yapmayı meclisin kapsamına alma hedefine yönelik bir tutumdur. Hanefîlerin meclis için “*câmiü'l müteferrikât*” olma yani ayrı olan söz ve davranışları birleştirme prensibini vazetmesi de muhtemelen hem mezkûr genel kuralı tamamen göz ardı etmeden farklı bir biçimde ifade edip uygulayarak hem de söz konusu maddîlikten kaçınarak meclis tasavvurunu mânevî bir boyuta dönüştürme amacına yöneliktir.¹⁵³ Yine Şâfiî mezhebinde zaman içerisinde örf dikkate alınarak söz konusu katı kuralcı tutumun yumuşatılmasının da benzer bir gayeye dönük olduğu söylenebilir.

¹⁵¹ Ayrıntılı bilgi için 186. dipnota bkz.

¹⁵² Abdullah, Dirâse mukârene, s. 14. Abdullah, akit meclisinin varlık (kıyam) şartlarını “İcabın sadır olması, muhatabın bilgisi, icapçı ve muhatap arasındaki (zamansal ve mekânsal) irtibat” olarak üçe ayırmıştır. Bkz. Abdullah, Dirâse mukârene, s. 36-55. Serhân ise satım akdi özelindeki çalışmasında akit meclisinin şartlarını “in'ikad ve sıhhat/kıyâm” şartları olarak ikiye ayırdıktan sonra mekân ve zamana ilişkin şartları akit meclisinin in'ikat şartları, muhatabın bilgisi ile tarafların birinden i'râza ilişkin bir şeyin sadır olmamasını akit meclisinin sıhhat/kıyâm şartları olarak zikretmiştir. Bkz. Serhân, Beyne'n-nazariyye ve't-tatbîk, s. 58-64.

¹⁵³ Nitekim Zühaylî “Modern İletişim Araçları ile Akitleşme” başlığı altında meclis birliğini “tarafların akitleşme ile meşgul oldukları vakit veya zamanın birliği” olarak tanımlamış, meclisi ise -Zerkâ'nın tanımını tercih ederek- “tarafların akde ilişkin müzakerelere yönelmiş oldukları hal” olarak tarif etmiştir. Sonrasında fukâhanın buradan hareketle meclise “*câmiu'l-müteferrikât*” olma, yani “ayrı olan söz ve davranışları birleştirme” özelliğini atfettiğini belirtmiştir. Bkz. Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 2950.

Bu kapsamda akit meclisinin hakikî ve hükmî şeklindeki tasnifi, meclis birliğinin maddî veya mânevî tasavvuruyla yakından alakalıdır. Şöyle ki meclis birliğinin mânevî olarak telakkisi onun hükmî meclisi de kapsayacak bir genişliğe sahip olduğunu ve binaenaleyh birliğin itibarî/hükmî olduğunu söylemeyi gerektirecektir. Buna paralel olarak icap ile kabul arasındaki irtibatın gerek hakikî gerekse hükmî mecliste hükmî/itibarî olduğu söylenebilecektir. Her iki mecliste de hükmîliğin kabul gerekçesi akit yapma fırsatının tanınması yani “toplumsal bir ihtiyacın karşılanması” dır.¹⁵⁴

1.2.2.3.2. Hükmî (Gaipler Arası) Akit Meclisi

Hükmî akit meclisi, taraflardan birinin bizatihi veya vekili vasıtasıyla hazır olmadığı meclistir. Bu mecliste icap ve kabul beyan edilirken taraflar aynı zaman diliminde bir arada bulunmadığı ve mekân bakımından birbirlerinden uzak oldukları için taraflar arasında zamansal ve mekânsal birlik, yani hakikî birlik mevcut değildir. Gaipler arası yapılan akitlerde söz konusu olan bu mecliste icabın iletilmesi elçi, mektup, teleks vb. irade nakil araçlarından biri ile gerçekleşir. Gaipler arası akitleşmede kabul meclisi, akit meclisi olarak benimsenir. İcapçının iradesi mektup/yazışma (kitâbe), elçi yollama (risâle, sifâre) veya benzer bir yolla temsil edilir. Böylece icapçı bizzat mecliste hazır olmuş ve icapta bulunmuş sayılmaktadır.¹⁵⁵

Gaipler arası meclis, keyfiyet bakımından aralarında önemli farklılıklar olmakla beraber modern iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelerin analiz ve değerlendirilmesi açısından kritik bir öneme sahiptir.¹⁵⁶ Telefon vb. modern iletişim araçlarıyla yapılan akitlerde dikkate alınan zamansal birliktir. Çünkü her ne kadar taraflar ayrı mekânlarda bulunuyor olsalar da iradelerin beyan edilmesi eş zaman diliminde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla bu meclis hakikî meclis olarak kabul edilir ve burada hazırlar arası

¹⁵⁴ Dönmez, “Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler,” s. 315.

¹⁵⁵ Hafif, *Ahkâm*, s. 192; Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 76; Bâh, “Meclisü’l-akd beyne’l- hakîka ve’l- hükmiyye”, s. 11; el-Mevsûatü’l-fıkhiyye, “Akit”, s. 218; Aybakan, “Meclis”, s. 240-241. Gaipler arası akitleşmeye ilişkin meseleler ve hükümler için bkz. Dönmez, “Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler,” s. 310- 346.

¹⁵⁶ Modern iletişim araçları ile akitleşmenin hazırlar arası akit yapma ile ilişkisi ve ondan farklılaştığı yönler için bkz. Dönmez, “Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler,” s. 291-292.

akitleşmenin tüm hükümleri uygulanır.¹⁵⁷ Bununla birlikte tez konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için burada gaipler arası ve modern iletişim araçları ile akit yapma konularına detaylı olarak yer verilmeyecektir.¹⁵⁸

1.2.2.4. Akit Meclisinin Sözleşmelerle İlişkisi ve Hükümleri

Akit meclisine pek çok hüküm bağlanmıştır. Bu hükümlerin bazıları üzerinde mezheplerin hemen hepsi görüş birliği etmişlerdir. Meclis birliği, mecliste kabz ve mecliste muhayyer olma üzerinde görüş birliği edilen hükümlerdir. Başka bir deyişle akit meclisiyle ilgili olarak üç grup akitten bahsedilebilir: meclis birliğinin şart olduğu akitler, mecliste kabzın şart olduğu akitler ve mecliste icaptan dönme ile kabul etme muhayyerliğinin bulunduğu akitler. Burada önemli olan akit meclisinin irade ve beyanların birbiriyle uyum ve bağlantısının sağlanması noktasında oynadığı roldür. Yani onun birlik işlevi ve meclis birliği hükmüdür.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Haffif, *Ahkâm*, s. 192; Bâh, “Meclisü’l-akd beyne’l-hakika ve’l-hükmiyye”, s. 173. Şahin, fakihlerin akit meclisine ilişkin zaman ve mekân mefhumlarını yaşadıkları dönemin gerekliliklerine göre yorumladıkları, günümüzdeki modern iletişim araçları ile akit yapma noktasındaki ihtiyaca cevap vermesi bakımından meclis birliği yerine “ortam birliği” anlayışının geliştirilmesi gerektiğini söylemektedir. Bu bağlamda meclisin zaman birliği temelinde tarif edilmesinin ortam birliğini destekleyen bir yaklaşım olduğunu belirtmektedir. Bkz. Hasan Şahin, “İslâm Hukuku’nda Akid Meclisine Ait Muhayyerlikler”, *Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6 /2 (2018): 329.

¹⁵⁸ Dönmez, modern iletişim araçlarını “telefon ve bu hükümde sayılması gereken araçlar ile mektup (elçi) ve bu hükümde sayılması gereken araçlar” şeklinde ikiye ayırdıktan sonra birinci sınıftaki modern iletişim araçları ile yapılan akitlerde -zaman bakımından- hazırlar arası akit hükümlerinin, ikinci sınıftaki modern iletişim araçları ile yapılan akitlerde ise gaipler arası akit hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmez, “Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akidler,” s. 347-353.

¹⁵⁹ Bununla birlikte akit meclisine bağlanan başka hükümler de vardır. Örneğin, Hanefiler belirsizlik içeren satım akdini caiz görmemişler ancak mecliste bu belirsizlik giderilirse akdin sahih olacağını belirtmişlerdir. Malikîler de benzer bir görüşü benimsemişlerdir. Öyle ki bu hüküm “mecliste sabit olan, akit esnasında (*sulbü’l-akd*) sabit olmuş gibidir” şeklindeki fikhî bir kaideye ifadesini bulmuştur. Şâfiîler, mudârebe (kırâz) akdi ve diğer bazı akitler bağlamında benzer biçimde “mecliste vaki olan, akit esnasında (*sulbü’l-akd*) vaki olmuş gibidir” kaidesini zikretmişlerdir. Yine Hanefî mezhebinde sahih olan görüşe göre mecliste akde ilave edilen şart akdin aslına dahil edilir. Benzer şekilde Hanefilere göre Züfer ile Şâfiî’in görüşlerinin aksine, akitte bulunan fasit şart mecliste ortadan kaldırılırsa akit sahih hale gelir. Bkz. Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 1090 (2. Dipnot). Ayrıca nikah akdinde akit meclisinde şahit bulundurma şartı bulunmaktadır. Akitler içerisinde sadece nikah sözleşmesinde akit meclisinde şahitlik, sözleşmenin sıhhat şartı olarak öne sürülmüştür. Bu bakımdan nikah akdi diğer akitlerden farklılık göstermektedir. Zira diğer akitler sadece tarafların maslahatı için meşru kılınmıştır. Menfaatlerin terk edilmesi veya korunması hususunda yetki sahibi olan, maliktir. Nikâh akdi ise bu açıdan farklı bir sözleşmedir. Çünkü o, sadece tarafları değil aynı zamanda çocukları ve aileleri de ilgilendirmektedir. Dolayısıyla akitte yapılan herhangi bir hata veya ihmâl bu kişilerin tamamını etkileyebilir. Bu durum haklarının ihlâl edilmesine ve zararın onlara yansımaya sebebiyet verebilir. Şahitlik müessesesi ile çocukların ve nesillerin hakları ile diğer kişilerin hakları korunmuş olur. Bkz. Bâh, “Beyne’l-hakika ve’l-hükmiyye”, s. 12-13.

Akit meclisinin bir hükmü olup olmadığına ilişkin olarak tartışılan bir konu bulunmaktadır. Tezimizin konusu oluşturan bu hüküm, doktrinde “meclis muhayyerliği” olarak ifade edilir. Meclis muhayyerliğini kabul edenlere göre “meclis” veya “ tarafların içtimai” bu muhayyerlik hakkının sebebini oluşturmaktadır. Yukarıda¹⁶⁰ klasik kaynaklarda meclisin tek bir süreç olarak ele alındığı ve muhayyerlik meclisinin akit meclisi kapsamında değerlendirildiği ifade edilmişti. Sivâr öncesi modern İslâm hukuku çalışmalarda da genellikle aynı çizgi takip edilmiştir. Senhûrî, meclis muhayyerliğini kabul eden fakihlerin meclis tasavvurunda “akit meclisi ve muhayyerlik meclisi” olmak üzere iki meclisin olduğunu vurgulamasına karşılık meclis muhayyerliğini klasik anlayışa uygun şekilde akit meclisi kapsamında ele almıştır.¹⁶¹ Daha önce Senhûrî’nin kısmen işaretle bulunduğu ve Sivâr’ın muhtemelen Senhûrî’den etkilenecek -çünkü çalışmasında ona çokça atıfta bulunur ve eserinden oldukça alıntı yapar- geliştirip sistemik bir yapıya dönüştürdüğü taksimi takip edeceğimizi belirtmiştik. Buna uygun şekilde muhayyerlik meclisini, akit meclisinden farklı müstakil bir meclis evresi olarak kabul edip meclis muhayyerliğini akit meclisi değil muhayyerlik meclisi kapsamında ele alacağız.

1.2.2.4.1. Meclis Birliği

Yukarıdaki akit meclisi nazariyesinin teknik gerekçesi ve işlevine ilişkin izahattan anlaşılacağı üzere akit meclisinin temel işlevi -ivazlı akitlerde ve satım akdi özelinde- birliktir. Akit meclisi teorisi, esasında bu birliği ifade eder. Bu işlev, aynı zamanda akit meclisine bağlanan bir sonuçtur. Buna göre irade beyanlarının birbiriyle ittisâl ve irtibatı için icap ve kabul aynı mecliste yapılmalıdır. Meclis birliği, Hanefilere göre akdin in‘ikad şartı iken diğer mezheplere göre akit sıygasına ilişkin bir şarttır.¹⁶²

¹⁶⁰ “Mahiyet ve Tanım” Başlığına bkz.

¹⁶¹ Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 11-12,16, 29. Karaman da Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinin meclis tasavvurunda “akit meclisi ve muhayyerlik meclisi” olmak üzere iki meclisin bulunduğunu belirtmesine karşılık Senhûrî gibi meclis muhayyerliğini rücu’ ve kabul muhayyerlikleriyle birlikte akit meclisi kapsamında ele almıştır. Bkz. Karaman, *Mukâyese*, II, 84-87.

¹⁶² Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, I, 263 (183. md.); Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 10; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, IV, 2945. Mahmesânî, meclis birliğinin şart olduğu hususunda fakihler arasında ihtilaf olmadığını belirtir. Bkz. Mahmesânî, *en-Nazariyyetü’l-âmmeh*, II, 42. “Meclis birliği” esasında Hanefilere has bir ıstılahtır. Diğer mezhepler Hanefilerin meclis birliği kapsamında inceledikleri hususları akit meclisi çerçevesine dahil etmişlerdir. Meclis birliği ile fakihler “meclis-i vahid”i (aynı/tek meclis) kastederler. Buna ilave olarak Hanefiler meclis birliğini “müteferrikât-ı meclisin tedahülü” (meclisteki birbirinden farklı söz ve davranışların birbirine geçmesi) anlamında kullanırlar. Bkz. el-Mevsûatü’l-fikhiyye, “İttihâd-ı meclis”, s. 202, 205, 206.

Meclis birliği “tarafardan birinden i‘râza ilişkin açık veya zımnî bir söz veya fiil sadır olmaksızın aynı mecliste icabın kabul ile irtibatı” şeklinde tanımlanmaktadır. Akit meclisi, bu birliği sağlamaya dönük olarak tarafların davranışlarına ve akdin gerçekleştiği zaman ile mekâna ilişkin birtakım kısıtlamaları içermektedir. Meclis birliğinin sağlanması noktasında Şâfiîler -kural gereği- zaman, Hanefiler ise mekân ve davranış unsurunu temel almışlardır. Mâlikîler ve Hanbelîler ise birliğin sağlanması hususunda “örf”ü kriter olarak benimsemişlerdir.¹⁶³ Fakihlerin hemen hepsi vasiyet¹⁶⁴, îsâ¹⁶⁵ ve vekâlet işlemleri dışında kalan akitlerin tümünde meclis birliğinin şart olduğunda ittifak etmişlerdir.¹⁶⁶

Meclis birliğinin sağlanması için üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: İradeler aynı mecliste beyan edilmeli, tarafların birinden akit yapmaktan kaçındığına ilişkin söz, fiil, sükût sadır olmamalı (akit yapmaktan imtina halleri) ve kabul beyanından önce icapçı icabından dönmüş olmamalıdır. Örneğin icapçının kabulden önce “icabımı iptal ettim” demesi veya muhatabın “icabını kabul etmiyorum” demesi. Benzer şekilde icapçının icabından sonra ya da muhatabın kabulden önce akdin konusu ile ilgili olmayan veya örfen akit yapmaktan sakınma olarak sayılan bir şey ile ilgilenerek dolaylı olarak akit yapmaktan imtina ettiğini gösteren bir tasarrufta bulunması. Buna göre eğer bir taraf icapta bulunduktan sonra diğer taraf kabul etmeden meclisten ayrılır ve bu nedenle meclis değişirse veya muhatap meclisin değişmesine neden olan bir eylemle meşgul olur ve ardından icabı kabul ederse akit in‘ikad etmez ve icap hükmünü kaybeder.¹⁶⁷ Meclis birliği, hakikî mecliste olduğ u gibi hükmî mecliste de şarttır. Bunun yanı sıra nikâh, ihrâm, hul‘, talâk, îlâ ve zihâr tasarruflarında meclis birliği gündeme gelen ve tartışılan bir konudur.¹⁶⁸

¹⁶³ Bkz. el-Mevsûatü’l-fikhiyye, “İttihâd-ı meclis”, s. 206. Ayrıntılı bilgi için tezin “Meclisin Unsurlarına ve Tasavvuruna İlişkin Değerlendirme” başlığına bkz.

¹⁶⁴ Türk Hukuku’nda vasiyet, yöneltmesi gerekmeyen irade beyanlarının en tipik örneği olarak zikredilir. Bkz. Tuğ, *Şekil*, s. 32. Buna göre meclis birliği şartı ile irade beyanlarının yöneltmesi gerektiği şartının benzer anlamları ifade ettiği söylenebilir. Başka bir deyişle irade beyanlarının yöneltilmiş olması gereği meclis birliği kapsamında değerlendirilebilir.

¹⁶⁵ Îsâ, ölen kişinin vefatından sonra işlerinin idaresi için üçüncü kişinin çocuklarına vasi olarak tayin edilmesidir. Bkz. Zühaylî, *el-Fikhü’l-İslâmî*, IV, 2957.

¹⁶⁶ Hafif, *Ahkâm*, s. 194-195; Zühaylî, *el-Fikhü’l-İslâmî*, IV, 2957; Bedrân, *Nazariyyetü’l-mülk ve’l-ukûd*, s. 374; el-Mevsûatü’l-fikhiyye, “Akit”, s. 218, Zerkâ, vakıf işleminde de meclis birliğinin şart olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Zerkâ, *Medhâl*, I, 433.

¹⁶⁷ Zühaylî, *el-Fikhü’l-İslâmî*, IV, 2945; Bâh, “Beyne’l- hakika ve’l-hükmiyye”, s. 11-12; el-Mevsûatü’l-fikhiyyetü’l-Kuveytiyye, 1. Baskı, “Meclisü’l-akd”, s. 144.

¹⁶⁸ El-Mevsûatü’l-fikhiyye, “İttihâd-ı meclis”, 202, 205, 207-213.

1.2.2.4.2. Mecliste Muhayyer Olma

Hukuk düzeni, ister hakikî ister hükmî olsun akit meclisinde -ekoller arasında görüş farklılıkları olmakla beraber- taraflara icaptan rücu‘ ve icabı kabul edip etmeme muhayyerlikleri olmak üzere iki hak tanımaktadır. Bu sayede taraflar, akit yapmaya ilişkin karar vermeden önce düşünmek için tam bir fırsata yani icaptan dönme veya icabı kabul etme noktasında seçim haklarına sahip olmaktadır.¹⁶⁹

Çoğunluğu teşkil eden İslâm hukukçularına göre icap tek başına bağlayıcılık ifade etmez. Şöyle ki bir sözleşmede icapta bulunan taraf icabı ile bağlanmış değildir ve kabul beyanından önce istediği zaman icabını geri çekebilir. Bu hak, “rücu‘ muhayyerliği” (icaptan dönme hakkı) olarak isimlendirilir. Mâlikî mezhebindeki hâkim görüşe göre ise icap tek başına bağlayıcılık ifade eder. Bu görüş, esasında tek taraflı iradenin bağlayıcı olduğu ve borç kaynağı olabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Buna göre icapçı icabı ile bağlı olduğu için karşı taraf kabulden imtina etmediği veya meclis nihayete ermediği sürece icabını geri çekemez. Bunun pratik sonucu şudur: İcapçı diğer tarafın kabul beyanından önce icabından döner ve sonrasında diğer taraf kabulde bulunursa sözleşme in‘ikad eder. İcapçıyı icabıyla bağlı kılmayan fakihler başta olmak üzere tüm İslâm hukukçuları, icabın yöneltildiği tarafın icabı kabul etmesini de zorunlu saymamışlardır. Dolayısıyla kabul etmesi beklenen taraf icap önerisine olumlu cevap verip vermemek arasında serbesttir. Bu hak, “kabul (etme) muhayyerliği” olarak isimlendirilir.¹⁷⁰ Bu bağlamda akit meclisi bir yandan icapçının icabından dönmesinin caiz olduğu zaman

¹⁶⁹ Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 91; Süleymân Bâh, "Meclisü'l-akd beyne'l- hakîka ve'l-hükmiyye tatbîkan ala 'l-muâmelât-i'l-hadîse: dirâse fikihiyye tatbikiyye" (Yüksek Lisans Tezi, Kuala Lumpur, 2018), s. 22.

¹⁷⁰ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 11-15; Bedrân, *Nazariyyetü'l-mülk ve'l-ukûd*, s. 375; Dönmez, "Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akidler," s. 300; Aybakan, "Meclis", s. 240; Abdullah, *Dirâse mukârene*, s. 95-96, 119. *Mecelle*'de de icapçının ve kabul etmesi beklenen tarafın muhayyer olduğu hükmü esas alınmıştır. Bkz. Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, I, 261-264 (182 ile 183. md.) Hanefiler rücu‘ ve kabul muhayyerliğini, meclis muhayyerliği hükmünün kabulü görüşüne temel dayanak teşkil eden rivayete dayandırmışlardır. Bkz. Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi*, V, 134. *Mecelle*, rücu‘ ve kabul muhayyerliklerini "meclis muhayyerliği" olarak isimlendirmektedir. Bkz. Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, I, 262 (182. md.). Mahmesânî de rücu‘ ve kabul muhayyerliklerini "meclis muhayyerliği" olarak isimlendirmiştir. Bkz. Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme*, II, 42. Söz konusu rivayetin yorumu ve Hanefî mezhebindeki farklı görüşler hakkında detaylı bilgi için tezin " "Teferruk"un Sözlerle Ayrılma Olarak Yorumu" başlığına bkz.

aralığını, diğer yandan muhatabın icabı kabul edip etmemesinin caiz olduğu zaman aralığını belirlemektedir.¹⁷¹

İcabın bağlayıcılığını savunanlar, icapçıya dönme hakkı tanımının karşı tarafın hakkını iptal etme olacağı gerekçesinden hareket etmişlerdir. İcabın bağlayıcı olmadığı görüşünde olanlar ise bunun karşı tarafın hakkını geçersiz kılmayacağını ve ona zarar vermeyeceğini öne sürmüşlerdir. Zira karşı taraf kabul etme hakkını icapçının icabı sayesinde kazanmıştır. İcapçı, vekilin azledilmesinde olduğu gibi bu yetkiyi geri alabilme hakkına sahiptir. Ayrıca icap sayesinde kabul etmesi beklenen taraf için temellük hakkı doğarken icapçının akit mahallinde mülkiyet yetkisi (milk) bulunmaktadır. Mülkiyet yetkisi temellük hakkına göre daha güçlü olduğundan bu yetkinin temellük hakkı ile işlevsizleştirilmesi câiz değildir.¹⁷²

Mahmesânî (ö. 1986) bu muhayyerlikleri şu şekilde izah etmektedir:

İni'kadın gerçekleşmesi için irade beyanları mutlaka birbirine bağlanmalıdır. Bu kuraldan icap ve kabulden her birinin tek başına borç doğuracak nitelikte olmadığı hükmü çıkar. Dolayısıyla bu, kabul icaba bağlanmadan önce icapçının icabından dönme hakkının olduğu ve diğer tarafın teklifi kabul veya reddetmekte muhayyer olduğu anlamına gelir. Bunun izahı şudur:

- İcap, tek başına ini'kad için yeterli değildir. Çünkü -istisnâî durumlar hariç- tek taraflı irade aslen borç kaynağı olmaz. Buna binaen icap sahibi, icap kabul ile bağlanmadan önce istediği zaman icabından dönebilir.
- İcabın yöneltildiği kişi, icabı kabul ile ret arasında muhayyerdur. İslâm hukukunda hiçbir şekilde bu kuralın (asıl) istisnasını bilmiyorum.¹⁷³

Ebû Gudde rücu' ve kabul muhayyerliklerini şöyle nitelemektedir:

Muhayyerliklerin tamamı, varlığını tamamlamış bir akde taalluk ederken söz konusu iki muhayyerlik akdi teşkil eden çekirdekler (unsurlar) konumundadır. Ayrıca her ikisinde de muhayyerlik ruhunun özel bir rengi/karakteri mevcuttur. Muhayyerlikler genellikle fesih ile onay arasında

¹⁷¹ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 12.

¹⁷² Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 13-14; Bedrân, *Nazariyyetü'l-mülk ve'l-ukûd*, s. 375; Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 184; Musâ, *el-Emvâl*, 239-240; Karaman, *Mukâyese*, II, 85-86; el-Mevsûatü'l-fikhiyye, "Akid", s. 213.

¹⁷³ Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme*, II, 38-39. Bazı çalışmalarda, icabı hemen müteakiben kabul beyanını şart koştukları için Şâfiî mezhebinde kabul muhayyerliğinin olmadığı söylenmiştir. Bkz. El-Mevsûatü'l-fikhiyye "Akid", s. 205. Bu söylemin değerlendirmesi ve eleştirisi için bkz. Şahin, "Akid Meclisine Ait Muhayyerlikler", s. 248. Mahmesânî'nin bu hususta istisna olmadığına ilişkin kesin ifadesi ve Şâfiîlerin kural konusundaki katı tavrının zaman içerisinde önce kısa fâsıla ve uzun fâsıla ayrımı yapılarak, sonrasında nihaî tahlilde örfün belirleyici olduğu vurgulanarak yumuşatılması göz önüne alındığında bu görüşün isabetli olmadığı söylenebilecektir. Ayrıca Nevevî'nin kabul muhayyerliğine ilişkin hükümlerden bahsetmesi, kabul muhayyerliğinin bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bkz. Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 175, 206, 211; XII, 193; XVII, 92. Ayrıca bkz. Karadâgî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 1079;

temerküz ederken bu iki muhayyerlik icabın reddi anlamındaki fesih ile akit yapmayı devam ettirme anlamındaki onay arasında temerküz etmektedir.¹⁷⁴

1.2.2.4.3. Mecliste Kabz (Teslim) ¹⁷⁵

Bazı akitlerde akit meclisinde bedellerin karşılıklı veya tek taraflı olarak kabzı gerekmektedir. Kabzın gerekliliği, aynı zamanda meclis birliği şartı olarak da ifade edilir.¹⁷⁶ Kabz, üç tür akitte şart koşulmuştur: ribevî malların alım-satımı yapılan akitler, sarf akdi ve selem akdi.¹⁷⁷ Sarf akdinde, mecliste bedellerin hakikî anlamda karşılıklı kabzının şart olduğu noktasında fakihler arasında görüş birliği vardır. Malikî mezhebine göre sarf akdinde akdin yapılmasının hemen akabinde bedellerin karşılıklı kabzı gerekiyken diğer mezheplere göre ne kadar uzun sürerse sürsün taraflar ayrılmadığı, başka bir deyişle meclis işlemeye devam ettiği müddetçe kabz gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda Şâfiîler, Hanbelîler ve Hanefîler sarf meclisini muhayyerlik meclisi¹⁷⁸ gibi kabul etmişlerdir.¹⁷⁹

Fakihlerin çoğuna göre selem akdinin sahih olması için sermayenin/semenin akit meclisinde taraflar ayrılmadan önce teslimi şarttır. Eğer teslim öncesi taraflar meclisten ayrılırlarsa akit bâtil olur. Malikîlere göre ise sermayenin mecliste teslimi şart değildir ve teslim öncesi ayrılma gerçekleşirse akit batıl olmaz. Onlara göre teslimin süresi üç güne kadar uzayabilir.¹⁸⁰ Ribevî mallar kapsamında altın veya gümüş birbiriyle veya biri diğeriyle değiştirildiğinde taraflar ayrılmadan önce mecliste karşılıklı kabzın şart olduğu konusunda ittifak vardır. Altın ve gümüş dışındaki ribevî mallarda ise fakihler ihtilaf etmişlerdir.¹⁸¹

¹⁷⁴ Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 183.

¹⁷⁵ Sivâr, kabzı da sırf şekil olarak lafzi olmayan şekil başlığı altında ele almaktadır.

¹⁷⁶ El-Mevsûatü'l-fikhiyye, "İttihâd-ı meclis", s. 206, 207.

¹⁷⁷ Bâh, "Beyne'l- hakika ve'l-hükmiyye", s. 13-14.

¹⁷⁸ Hanefî mezhebinde "muhayyerlik meclisi"nin ifade ettiği anlam için 186. dipnota bkz.

¹⁷⁹ El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, 1. Baskı, "Sarf", s. 350-352.

¹⁸⁰ El-Mevsûatü'l-fikhiyye, "Meclisü'l-akd", s. 144-145; El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, 2. Baskı, "Teferruk", s. 80

¹⁸¹ El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Teferruk", s. 80.

1.2.2.4.4. Meclis Muhayyerliği

Yukarıda meclis muhayyerliğinin meclise bağlanan bir hüküm olup olmadığı üzerinde görüş ayrılığı bulunduğu belirtilmişti. Bu tezin konusunu teşkil eden meclis muhayyerliği ikinci ve üçüncü bölüme ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Ancak burada meclis kurumu çerçevesinde muhayyerlik meclisi üzerinde durulacaktır.

1.2.3. Muhayyerlik Meclisi

Muhayyerlik meclisi, akit meclisini müteakiben vuku bulan ve kabul beyanı ile taraflardan birinin veya her ikisinin meclisten ayrılışı arasındaki zaman aralığını teşkil eden evreyi belirtir.¹⁸² Bu meclis gereği, satım akdi gibi feshi mümkün lazım akitler tarafların fiziki ayrılığı yani muhayyerlik meclisinin sona ermesi ile bağlayıcılık sıfatını kazanmaktadır. Meclis dağılmadığı müddetçe taraflardan her biri akitten dönme hakkına sahiptir.

Haneği ve Mâlikî hukukçular, iradelerin usulüne uygun şekilde beyan edilmesiyle sözleşmenin bağlayıcı niteliğiyle kurulmuş olacağı görüşünü benimserken Şâfiî ve Hanbelî mezhebi fakihleri, sözleşmenin bağlayıcılığını kazanması için muhayyerlik meclisinin dağılmasını veya tarafların karşılıklı anlaşarak akdi onaylamayı tercih etmesini (tehâyür) şart koşmuşlardır. Buna göre akit bağlayıcılığını iki şekilde kazanmaktadır: tarafların fiziksel olarak ayrılmalarıyla veya karşılıklı anlaşarak akdi onaylamalarıyla (tehâyür).¹⁸³ Akit kurulduktan sonra muhayyerlik meclisi sona ermediği sürece taraflardan her birinin akdi feshetme hakkı vardır. Bu hak, literatürde genellikle “meclis muhayyerliği” tamlamasıyla ifade edilir.¹⁸⁴ Meclis muhayyerliğini kabul edenlere göre icap gibi kabul de bağlayıcılık ifade etmez ve akit tarafların birbirlerinden ayrılmasından sonra bağlayıcı hale gelir. Taraflar, meclis dağılmadığı başka bir deyişle

¹⁸² Sivâr, *eş-Şekl*, s. 144. Bu evreyi “akdin tamamlayıcı unsurları” olarak isimlendiren Davûd, bu evrede esasen taraflar için üç hakkının bulunduğunu belirtir: Birincisi, akdi fesih hakkıdır. Diğer taraf rıza göstermezse bile bu hak -meclis muhayyerliği hükmü gereği- vardır. İkincisi, alıcının mebinin miktarında veya satıcının semende ziyadeyi talep hakkıdır. Üçüncüsü ise taraflardan birinin ister bir şartın ilgası ister başka bir şartın izafesi olsun akitte düzeltme yapma (tadil) hakkıdır. Bu son iki hak için iki tarafın da rızasının ve muvafakatının bulunması gereklidir. Bkz. Dâvûd, *Nazariyyetü’ş-şekl*, s. 451.

¹⁸³ Musâ, *el-Emvâl*, s. 415; Bedrân, *Nazariyyetü’l-mülk ve’l-ukûd*, s. 546-547; Zühaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, IV, 3094, 3104, 3106; El-Mevsûatü’l-fikhiyyetü’l-Kuveytiyye, “Hıyârü’l-meclis”, s. 170.

¹⁸⁴ Bu muhayyerliği ifade etmek için kullanılan diğer tabirler için aşağıdaki “Meclis Muhayyerliğinin Mahiyeti” başlığına bkz.

fiziki ayrılık gerçekleşmediği sürece tek taraflı olarak irade beyanlarını geri alabilirler. Hanefî ve Mâlikî fakihlere göre ise icapçı icabını geri almadan önce kabul beyanı gerçekleşirse akit kesinlik kazanır ve taraflar münferit iradeleriyle akitten cayamazlar.¹⁸⁵

Sivâr, zaman zaman akit meclisi ile muhayyerlik meclisinin birbiriyle karıştırıldığını ve akit meclisinin her iki meclisi de kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanıldığını söyler.¹⁸⁶ Ona göre iki meclisin rolleri açısından aralarında büyük bir fark olduğu için muhayyerlik meclisi akit meclisinden ayırt edilmeli ve müstakıl bir meclis evresi olarak görülmedir.¹⁸⁷ O, bu farkı şöyle ifade etmektedir:

Akit meclisinin aslî bir fonksiyonu vardır. Bu fonksiyon, mevcut olmayan bir şeyin varlık sahasına intikali yani akdin in'ikadıdır (hukukî varlık kazanması). Muhayyerlik meclisi ise ikincil derecede (fer'î) bir işlev görür. Söz konusu işlev, akit meclisinde mün'akit olarak var olan akdin varlığının devam edip etmeyeceğinin belirlenmesinden başka bir şey değildir. Öte yandan muhayyerlik meclisi temel unsurları bakımından da akit meclisinden ayrılmaktadır. Şöyle ki mekân muhayyerlik meclisinde muteber bir unsur değildir. Diğer bir ifade ile bu mecliste mekân açısından bir sınırlama söz konusu değildir. Akit meclisinden farklı olarak taraflar

¹⁸⁵ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 12; Karaman, *Mukâyese*, II, 85; Aybakan, "Meclis", s. 240.

¹⁸⁶ "Muhayyerlik meclisi" deyimini, Hanefî mezhebinde aile hukuku kapsamında boşanma ile ilgili bahislerde "tefvîzü't-talâk" bağlamında kullanılmaktadır. Bkz. Ebû'l-Leys İmâmülhüda Nasr b Muhammed b Ahmed Semerkandî, *Uyûnü'l-mesâil fi fûru'i'l-Hanefiyye*, Bağdat: Matba'atü Esed, 1966, s. 114; Buhârî, *el-Muhîtü'l-burhânî*, III, 255. Şâfiî mezhebinde bu deyim mezkûr bağlamdaki kullanıma ilave olarak borçlar hukukunda büyü' bölümü kapsamındaki ribâ, murâbaha, selem, satıcı ve alıcının ihtilâfı, tefrik-i safka gibi fasıllarda ve vekalet bölümünde meclis muhayyerliğine atfen kullanılmıştır. Özellikle talâk ve hul' bahislerinde meclis muhayyerliği kastedilerek bu terkinin sıkça kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Ebû İshak Cemâleddin İbrâhim b Ali b Yusuf Şîrâzî, *el-Mühezzeb fi fihhi'l-İmâm eş-Şâfiî*, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1996, III, 8; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 96, 310, VI, 23; Ebû'l-Mehâsin Abdülvahîd b İsmail Ruyânî, *Bahrü'l-mezheb fi fûru'ı mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî*, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2009, V, 18; Ebû Hamid Hucetülislam Muhammed b Muhammed Gazzâlî, *el-Vasît fi'l-mezheb*, Kâhire: Dâru's-Selâm, 1996, III, 285; Nevevî, *el-Mecmu'*, XVII, 29, 89. Gariptir ki meclis muhayyerliğinin anlatıldığı fasıllarda bu terkinin kullanımı neredeyse mevcut değildir. Taramalarımız neticesinde sadece İzz b. Abdüsselâm'ın Cüveynî'nin *en-Nihâyesi*'ni ihtisar ettiği *el-Gâyesi*'nde, meclis muhayyerliği hükümleri anlatılırken "Muhayyerlik meclisinde âkidin ölmesine ilişkin fasıl" başlığına rastlanılmıştır. Bunun haricinde Melîbarî'nin kendi metnine yazdığı *Fethü kurratül'ayn* şerhine Dimyatî'nin yazdığı haşiyede, selem akdine ilişkin fasılda muhayyerlik meclisinde sermayenin teslim şartından bahsedilirken Melîbarî'nin muhayyerlik meclisi terkinini muhtevi ifadesine "Muhayyerlik meclisi, akit meclisinden ayrılıktan veya tercih beyanından (tehâyür) önce var olan meclistir" şerh düşülmüştür. Bkz. Zeynüddin b Abdülazîz b Zeynüddin b Ali b Ahmed Melibârî, *Fethü'l-muîn bi-şerhi Kurretü'l-ayn; Kurretü'l-ayn bi-mühimmâtî'd-din*, y.y.: Dâru İbn Hazm, t.y., 323; Ebû Bekr Seyyid Bekri b Seyyid Muhammed Şetta Dimyatî, *Haşiyetu lâneti't-tâlibîn alâ halli elfâzi Fethü'l-muîn bi-şerhi Kurretü'l-ayn bi-mühimmâtî'd-din*, Kâhire: Dâru'l-Fikr, 1997, III, 22. Bu bulgular klasik literatürde muhayyerlik meclisinin akit meclisinden bağımsız bir meclis olarak algılanmadığı ve kullanılmadığı, aksine onun kapsamında değerlendirildiği, başka bir deyişle akit meclisinin kullanımının muhayyerlik meclisini de kuşatan bir genişliğe sahip olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte "muhayyerlik meclisi" terkininin kullanılması, böyle bir meclis evresinin bulunduğu ve kaynaklarda açık bir şekilde belirtilmese de Sivâr'ın üzerinde önemle durduğu ayrımın fakihlerin zihninde var olabileceğine işaret etmektedir.

¹⁸⁷ Benzer ifadeler için bkz. Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 18.

istedikleri yöne hareket edebilirler. Bu yer değişikliği olayına herhangi bir sonuç bağlanmaz. Aynı şekilde tarafların davranışları da bu mecliste kısıtlanmış değildir. Muhayyerlik meclisi, hukukî sonuç doğurmayan sırf maddî olgulardan oluşmaktadır. Şu kadar var ki bu mecliste hukukî sonuç doğuran tek bir maddî olgu vardır. O da tarafların fizikî ayrılığıdır. Bu hukukî sonuç, fizikî ayrılığın gerçekleşmesi ile mevcut akdin geçerliliğinin kesinleşmesidir. Akit meclisinde ise âkidin davranışı bazı sıkı kayıtlarla kuşatılmıştır. Bu kayıtları ihlâl ettiği zaman onun bu ihlaline önemli bir hukukî sonuç terettüp eder. Bu sonuç, mevcut/geçerli icabın düşmesidir.

188

Sivâr'ın ifadelerinden muhayyerlik meclisinin temel fonksiyonunun akdin bağlayıcılığını kazanması olduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda az yukarıda Sivâr'ın muhayyerlik meclisine ilişkin verdiğimiz tanım bize göre eksik bir tanımdır. Zira muhayyerlik meclisinin tanımı, onun esas işlevi olan bağlayıcılık unsurunu içermelidir. Bu işlev, aynı zamanda onu diğer iki meclisten tefrik eden ayırıcı unsurdur. Bu çerçevede muhayyerlik meclisini şöyle tanımlayabiliriz: “Kabul beyanı ile başlayıp tarafların birbirinden ayrılmasıyla veya tercih ifade eden onay ya da fesih beyanı ile sona eren zaman aralığını kapsayan ve kurulmuş olan akdin bağlayıcılığına ilişkin durumun kesinleştiği merhaledir.”

Yukarıda¹⁸⁹ akit meclisi nazariyesinin teknik gerekçesi izah edilirken akdin kurulduğu ve hatta bağlayıcı olduğu anın tespitin söz konusu gerekçeler arasında olabileceğine dikkat çekilmişti. Bu kapsamda meclis muhayyerliğini kabul edenlere göre akdin kuruluşu -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisinde, akdin bağlayıcı hale gelişi ise muhayyerlik meclisinde tahakkuk etmektedir. Dolayısıyla borçlar hukuku özelinde meclis kurumunun -tüm evreleriyle- sözleşmenin kuruluşu ve bağlayıcı oluşunu kapsayan bir süreci ifade ettiği söylenebilir. Bu bağlamda Senhûrî'nin Roma hukukuyla mukayeseli bir şekilde -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisine dair bulunduğu tespitler göz önüne alındığında akit meclisi kurumu çerçevesindeki “zaman birliği” ilkesi gereği, sözleşmenin kurulduğu anda sonucunu/sonuçlarını doğurması prensibi de akit meclisi teorisinin teknik gerekçeleri arasında yer alabilir. Meclis muhayyerliği bu prensibe aykırılı teşkil eden bir

¹⁸⁸ Sivâr, *eş-Şekl*, s. 144-145. Ayrıca akit meclisi ile muhayyerlik meclisinin birbirinden ayrıştığı noktalar bağlamında “ayırılma” olgusuna bağlanan hükümlerin farklılığından bahsedilebilir. Şöyle ki ayırılma olayı akit meclisinde akde olumsuz etki ederek meclisi, dolayısıyla akit yapma sürecini akamete uğrattırken muhayyerlik meclisinde ise olumlu etki de bulunup akdin bağlayıcı olmasını ve kesinleşmesini sağlar.

¹⁸⁹ “Akit Meclisinin Teknik Gerekçesi” başlığına bkz.

hüküm, muhayyerlik meclisi de bu prensibi zedeleyen bir meclis evresidir. Bununla birlikte bu muhayyerlik hakkının “meclis” kelimesine izafe edilerek ifadelendirilmesi dikkat çekicidir. Sonuç olarak denilebilir ki, -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisi kurumu çerçevesinde “zaman birliği” kuralı gereği kabulün icabın hemen peşi sıra beyanı zorunlu olduğu gibi aynı kural gereği akdin kurulduğu anda sonucunu/sonuçlarını doğurması gereklidir.

Şâfiîler, kabulün icabı hemen izlemesini şart koştuk suretiyle akit meclisini sınırlamanın beraberinde getireceği zorlukları ve mağduriyetleri, kabul eden tarafa, aynı zamanda -icabından dönmek isteyebileceği göz önünde bulundurularak- icapçıya, akdin in’ikadının hemen akabinde yani muhayyerlik meclisinde iyice düşünme ve değerlendirme imkânı tanıyarak hafifletmekte ve telafi etmektedirler.¹⁹⁰ Şâfiî mezhebi dışındaki mezheplerin taraflara verdikleri düşünme fırsatı şöyledir: Hanefî ve Mâlikî mezheplerinin meclis anlayışına göre icabın yöneltildiği kişinin düşünmek için tek bir fırsatı vardır. O da akdin kuruluş öncesi aşamasını teşkil eden akdî müzakere meclisi ile akit meclisindedir. Hanbelî mezhebinin meclis tasavvuruna göre ise kabul etmesi beklenen taraf düşünmek için iki imkâna sahiptir. Bunlar kabulün hemen peşi sıra beyanını şart koşmadıkları için sözleşmenin in’ikadından önce ve meclis muhayyerliğini kabul ettikleri için sözleşmenin in’ikadından sonra tanınan fırsatlardır. Dolayısıyla Hanbelî mezhebinde üç meclis evresinde de tarafların düşünme imkânı bulunmaktadır.¹⁹¹ Son olarak işaret etmek gerekir ki, meclis muhayyerliğini kabul edenlere göre kabul etmesi beklenen tarafın icabı reddetmesi veya herhangi bir şekilde akit meclisinin akamete uğraması halinde kabulden sonraki aşama, yani muhayyerlik meclisi evresi işlemeye başlamayacak ve kurulumu tamamlanmayan akit bağlayıcılık da kazanamadan hükümsüz kalacaktır.

¹⁹⁰ Bu bağlamda Ebû Zehra, meclis muhayyerliğini kabul eden Şâfiî’nin kendi görüşü (mezhep) çerçevesinde mantıklı ve tutarlı bir yaklaşıma sahip olduğunu belirtir. Çünkü Şâfiî, kabulün icabın hemen ardından beyanını şart koşturmuştur. Bkz. Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 179. Karadâğî de Şâfiî mezhebinde söz konusu şartın sebep olabileceği mağduriyetlerin meclis muhayyerliği kurumu ile telafi edilmesinden dolayı mezhepler arasındaki görüş ayrılığının pratikte pek bir tartışma meydana getirmediğini vurgular. Bununla birlikte o, kabulün icabın hemen peşi sıra beyanını şart koşturmayan cumhurun görüşünü tercih ettiğini ifade eder. Bkz. Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 1079.

¹⁹¹ Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 8, 17-18; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, IV, 2947; Sivâr, *eş-Şekl*, s 166; Çeker, *Akidler*, s. 63.

2. MUHAYYERLİK

2.1. Tanım

Köken açısından “hayr” mastarından türeyen muhayyerlik sözcüğü, Arapçadaki “iki şeyden daha iyi (hayırlı) olanını seçmek” anlamına gelen “hıyâr” kelimesinin Türkçedeki yaygın kullanımıdır.¹⁹² “Hıyâr” kelimesi ise gramatik olarak sözlük anlamı “seçmek, elemek, yeğlemek” olan “ihtiyâr” kelimesinin ismi mastarı¹⁹³ olarak kabul edilir.¹⁹⁴

Terim anlamı sözlük anlamına uyumlu olarak gelişen ve kullanılan “muhayyerlik” kavramı, klasik literatürde genellikle muhayyerliğin türüne bağlı olarak kendisine eklenen bir kelimeyle birlikte kullanılmış ve bu çerçevede muayyen muhayyerlik türleriyle ilişkilendirilerek ele alınmıştır.¹⁹⁵ Literatürde bir üst kavram olarak muhayyerlikle ilgili pek çok tarif yapılmış olmakla beraber bu tariflerde tüm muhayyerlik türlerini kapsayacak genel bir tanım yapma çabası görülmemektedir.¹⁹⁶ Yapılan tarifler çoğunlukla belirli bir muhayyerlik türünü açıklamaya odaklanmıştır.

Bununla birlikte klasik kaynaklarda muhayyerliğe ilişkin yapılan kısmen genel nitelikli bazı tariflere rastlanmaktadır. Örneğin bazı Şafî ve Hanbelî kaynaklarda muhayyerlik, sözlük anlamına paralel olarak “akdi onay ve/veya fesih noktasında iyi (hayırlı) olanı talep etmek” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁹⁷ Bazı Hanefî hukukçular ise muhayyerlik kavramını “sözleşmeyi tenfiz (geçerli kılma) ve fesih noktasında tercih hakkına sahip olmak (muhtâr)” şeklinde tarif etmişlerdir.¹⁹⁸ *Mecelle*’de de bu tarif esas

¹⁹² H. Yunus Apaydın, “Muhayyerlik”, *DİA*, XXXI, 25.

¹⁹³ İsmi mastar; mana bakımından normal mastar ile benzer anlamı ifade eden fakat yapısal olarak onunla veya fiiliyle aynı harfleri muhtevi olmayan mastardır. Bkz. Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 363.

¹⁹⁴ Bir kimsenin yekdiğerine “sen muhayyersin (ente bil-hıyâr) demesi, “dilediğini seçebilirsin” manasına delâlet eder. Bir kişinin bir diğeri için iki şey arasında muhayyer bırakması “onlardan birinin tercihini ona bıraktığı” anlamına gelir. Bkz. Râzî, *Muhtârü’s-Sihâh*, s. 81; Ebû’l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî İbn İbn-i Manzûr, *Lisânü’l-Arab*, Beyrut: Dârü Sadır, t.y., IV, 265-267; el-Mevsûatü’l-fikhiyyetü’l-Kuveytiyye, 2. Baskı, “Hıyâr”, s. 41.

¹⁹⁵ Hıyârü’l-meclis, hıyârü’ş-şart, hıyârü’l-ayb gibi.

¹⁹⁶ El-Mevsûatü’l-fikhiyye, “Hıyâr”, s. 41.

¹⁹⁷ Heytemî, *Tuhfetü’l-muhtâc*, IV, 331; Şirbînî, *Mugni’l-muhtâc*, II, 402; Remlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, IV, 3; Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Abdullah Zerkeşî, *Şerhu’z-Zerkeşî ala muhtasari’l-hırakî fi’l-fikhi ala mezhebi İmâm Ahmed b. Hanbel*, Riyâd: Dârü’l-Ubeykan, 1993, III, 383; Buhûtî, *Keşşâfü’l-kına*, VII, 410.

¹⁹⁸ Ebû Bekr Alaeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed Semerkandî, *Tuhfetü’l-fukahâ*, Beyrut: Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1984, II, 67; Kâsânî, *Bedâiü’s-sanâi*, V, 297.

alınmış ve tüm muhayyerliklerin bu tanımın kapsamında toplanabileceği ifade edilmiştir.

199

Modern İslâm hukuku kaynaklarında muhayyerlik kavramına ilişkin daha kapsamlı tarif yapma eğilimi görülmektedir. Ebû Gudde, muhayyerliği “sözleşme tarafının hukukî (şer‘î) bir gerekçe ile veya aralarındaki bir akdî anlaşma gereği elde ettiği fesih veya onay hakkı” şeklinde tanımlamıştır.²⁰⁰ TDV İslâm Ansiklopedisi’nin “Muhayyerlik” maddesinde, “anlaşmaya veya şer‘î bir gerekçeye dayanarak taraflardan birinin veya her ikisinin sözleşmeyi onama yahut feshetme şıklarından birini (tayin muhayyerliğinde birkaç meb‘den birini) seçme hakkına sahip olması” şeklinde genel bir tanım yapılmıştır.²⁰¹

Muhayyerliğin tanımı etrafında cereyan eden tartışmaların merkezinde, tüm muhayyerlik haklarını ihtiva eden genel bir tarifi yapıp yapılmadığı kaygısı yer almaktadır. Bu düzeydeki bir tarif muhayyerlik haklarının kapsamına, muhayyerliğin eklenebileceği sözleşme türlerine, kimlerin muhayyerlik sahibi olabileceğine ve muhayyerlik müddetine değinmiş olmalıdır.²⁰² Dolayısıyla muhayyerlik kavramının tam olarak tanımlanabilmesi için tarifi muhayyerlik türlerinin tamamını kapsamına alacak kadar geniş şümüllü olması, tarifte üçüncü kişilerin de muhayyerlik sahibi olabileceğinin belirtilmesi ve muhayyerlik süresinin belirli ve belirsiz olabileceğinin vurgulanması gerekmektedir. Tarifte varlığı aranan mezkûr unsurlar göz önünde bulundurulduğunda mevcut tarifler bu özelliklerin en az birinden yoksun olduğu için eksik kalmaktadır. Bu sebeple bazı muasır araştırmacılar söz konusu unsurları içeren genel bir tanımın geliştirilmesi gerektiği kanaatinde olmuşlardır.

Abdullah Sâlim, mevcut tanımlardaki eksikleri fark ederek muhayyerliği daha kapsamlı bir şekilde tanımlama gayretine girmiştir. Sâlim’e göre muhayyerlik “tarafların anlaştığı bir şarta veya hukukun kabul ettiği bir gerekçeye binaen feshi mümkün lâzım bir sözleşmeye eklenen ve muhayyerlik sahibine belirli bir sürede sözleşmeyi onaylama,

¹⁹⁹ “Akdi tenfîz ile fesh beyinde muhtar olmaktır.” Bkz. Haydar Efendi, *Dürrü’l-hükkâm*, I, 206 (116. md.).

²⁰⁰ Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 43. Aynı tanım *Mevsûa*’da da mevcuttur. Bkz. El-Mevsûatü’l-fıkhiyye, “Hıyâr”, s. 41.

²⁰¹ Apaydın, “Muhayyerlik”, s. 25.

²⁰² Hıdır Abdullah Sâlim, “Ahkâmü’l hıyârâtı’s-sâbite bi’ş-şart fi’ş-şer’iati’l-İslâmiyye: Dirâse mukârene bi’l Kânûni’l-Yemenî” (Doktora Tezi, Külliyyetü’l-Hukûk-Kısmu’ş-Şer’iati’l-İslâmiyye: Câmiâtü’l-İmâm Muhammed b. Suud, 2008), s. 6.

feshetme veya (tayin muhayyerliğinde) muhayyer olunan mallardan birini tercih etme hakkı veren şer‘î bir ruhsat” tır.²⁰³ İslâm hukukunda muhayyerlik teorisini ele alan Hasan Şahin de bu eksikliğe kısmen işaret ederek “hukukun bireylere sağladığı veya tarafların ön şart olarak belirlediği onama ve cayma hakkına veya akde konu olan ürünlerden birisini seçme hakkına sahip olma” şeklindeki tarifi daha kapsayıcı olacağını belirtmiştir.²⁰⁴ Şart muhayyerliğini konu edindiği çalışmasında Fatih Avcı da benzer şekilde ama daha ayrıntılı olarak bu eksikliklere dikkat çekmiş ve muhayyerlik kavramının “taraflar ve onların belirlediği üçüncü bir kişinin hükmen veya şart koşularak sahip olabildiği, sözleşmenin devamına veya (tayin muhayyerliğindeki gibi) konusunun belirlenmesine yönelik süreli veya (ayıp ve görme muhayyerliğindeki gibi) süresi belirlenmemiş karar hakkı” şeklinde tanımlandığında tüm muhayyerlik çeşitlerine şamil olacağını ifade etmiştir.²⁰⁵

Söz konusu tarifler, tanımda bulunması gerektiği öngörülen hususları büyük ölçüde veya tamamen muhtevî olmakla birlikte şu şekildeki bir tarifi hem daha genel hem de daha soyutlayıcı nitelikte olacağı düşünülebilir: “Muhayyerlik, sözleşmeyle ilgili olan herhangi bir tarafa hukuken veya şart koşularak tanınan, belirli veya belirsiz bir süre zarfında akdi kesinleştirme/onama veya feshetme ya da akdin konusunu tayin etme noktasında tercih hakkı veren seçimlik haktır”. Sonuç olarak belirtmek gerekir ki bahsi geçen tanımların hepsi muhayyerliğin ilgili tarafa akdi geçerli kılma veya feshetme noktasında bir seçim hakkı vermesi hususunda birleşmektedir.

2.2. Muhayyerliklerin Tasnifi ve Amacı

Doktrinde muhayyerliklerin taksimine ve sayısına ilişkin farklı yaklaşımlar mevcuttur. Muhayyerlikler, genel olarak kaynağına/tabiatına, gayesine ve konusuna göre olmak üzere üç temel bakımdan ayrıma tabi tutulmuştur.

Kaynağı açısından muhayyerlikler sözleşmede şart koşulup koşulmamasına göre hükûmî ve iradî olmak üzere ikiye ayrılır. İradî muhayyerlikler, tarafların iradelerinden

²⁰³ Abdullah Sâlim, Ahkâmü’l hıyârâtı’s-sâbite bi’ş-şart, s. 6.

²⁰⁴ Hasan Şahin, "Akidlerde Muhayyerlik Teorisi" (Doktora Tezi, On dokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016), s. 23.

²⁰⁵ Bkz. Bkz. Fatih Avcı, "İslâm Hukukunda Tarafların Ön Anlaşma ile Belirledikleri Muhayyerlikler: Şart Muhayyerliği" (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023), s. 9-11.

kaynaklanan ve sözleşme sırasında belirledikleri şartlarla ortaya çıkan haklardır. Hükmi muhayyerlikler ise hukuk düzeninin taraflara tanımış olduğu hakları ifade eder. Bu muhayyerlikler, genellikle belirli bir (şer'î/hukukî) sebebin veya önceden belirlenen şartların gerçekleşmesiyle ortaya çıkar. Başka bir deyişle tarafların özgür iradeleri ile sözleşmeye ekledikleri ve birbirlerine tanıdıkları muhayyerlikler iradî (şartî), varlığı tarafların anlaşmasına veya şart koşmasına bağlı olmayan, onların iradelerinden bağımsız olarak doğrudan şâri'in tanımış olduğu muhayyerlikler ise hükmi (şer'î) olarak adlandırılır.²⁰⁶ Muhayyerliklerin çoğu genellikle sözleşmede hükmi olarak tanınmıştır. Şart, nakit, tayin ve -Hanefîlere göre- ayıp muhayyerliği şart ile sabit olan iradî muhayyerlikler kategorisinde, diğerleri ise şâri'in hükmü ile geçerli olan hükmi muhayyerlikler grubunda yer alır.²⁰⁷

Muhayyerlikler amacı açısından ise terevvî ve nakîsa olarak ikiye taksim edilir. Nakîsa muhayyerliklerinde hukukun bulunmasını gerekli gördüğü bir niteliğin (vasıf) eksikliği söz konusu iken terevvî muhayyerliklerinde ilgili tarafa iyice düşünmesi için fırsat tanıma düşüncesi baskındır. Mezku iki tasnifin en yaygın olanı, mezheplerin benimsediği terminoloji farklılığı saklı olmakla birlikte hükmi ve iradî şeklindeki taksimdir.²⁰⁸ Bazı muhayyerliklerin hangi kategoriye ait olduğu hususunda görüş ayrılığı

²⁰⁶ İradî ve hükmi şeklindeki ayrım muhayyerliğin meşruiyetine yönelik değil, sübûtuna ilişkin bir ayrımdır. İradî muhayyerlikler şart ile sabit olurken hükmi muhayyerlikler ise şer'î bir delille sabit olmuştur. Aksi takdirde her iki türdeki muhayyerliklerin meşruiyeti şer'îdir yani nas ya da içtihada dayanır. Şu kadar var ki hükmi muhayyerliklerin varlık kazanması için sebebinin (örneğin meclis muhayyerliğinde meclis, ayıp muhayyerliğinde malda noksanlık) bulunması yeterli olurken iradî muhayyerliklerin sabit olabilmesi için tarafların iradesinin örtüşmesi gerekmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, s. 51.

²⁰⁷ Apaydın, "Muhayyerlik", s. 26; el-Mevsûatü'l-fıkhiyye, "Hıyâr", s. 44; Abdullah Sâlim, *Ahkâmü'l-hıyârâtî's-sâbite bi's-şart*, s. 16; Ali el-Bedrî Ahmed Şerkâvî, *el-Hıyârât fi'l-bey'*, y.y., 1990, s. 11-12.

²⁰⁸ Terminoloji bakımından ekoller arasında kullanım farklılığı söz konusudur. İradî muhayyerlikler Şafîi ekolünde teşehhî, Mâlikî ekolünde terevvî olarak nitelenirken Hanefî ekolünde şartî olarak isimlendirilir. Hükmi muhayyerlikler aynı zamanda nakîsa olarak tesmiye edilir. Bkz. Abdullah Sâlim, *Ahkâmü'l-hıyârâtî's-sâbite bi's-şart*, s. 13; Abdülazîz Hayyât, *Nazariyyetü'l-akd ve'l-hıyârât fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Amman: Ma'hedü'l-Arabî, 1994, s. 171-172. Taramalarımız neticesinde "hükmi/şer'î ve şartî" taksiminin ve bu terimlerin genellikle Hanefî ve Mâlikî mezhebi kaynaklarında kullanıldığı tespit edilmiştir. Şafîi kaynaklarda nispeten az da olsa bu tasnife yer verilmiştir. Ancak "hükmi" terimi yerine, daha çok şart muhayyerliğinin karşısında meclis muhayyerliği konumlandırılırken "şer'î" teriminin kullanımı tercih edilmiştir. Bu bağlamda Maverdî, muhayyerlikleri öncelikle "sıfatlara müteallik ve zamana müteallik" olarak ikiye taksim etmekte, ardından her bir grubu "şart ile vacip olan ve şer' ile vacip olan" olmak üzere ikiye taksim etmektedir. Ayıp ve vasıf muhayyerliklerini sıfatlara ilişkin grupta, şart ve meclis muhayyerliklerini ise zamana ilişkin grupta ele almaktadır. Bkz. Ebü'l-Hasan Ali b Muhammed b Habîb Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr hüve Şerhu Muhtasari'l-Müzenî*, Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1994, V, 36; "Teşehhî/şehve ve nakîsa/naks" tasnifi ise çoğunlukla Şafîi kaynaklarda geçmektedir. Bununla birlikte nispeten az da olsa "terevvî ve nakîsa" şeklindeki ikili tasnif Şafîi mezhebinde ve Mâlikî mezhebi kaynaklarında da yer almaktadır. Hanbelî Mezhebi kaynaklarında ise bu terimler daha çok münferit olarak

mevcuttur.²⁰⁹ Meclis muhayyerliği, birinci tasnif açısından hükmî muhayyerlikler grubunda yer alırken ikinci tasnif bakımından terevvî muhayyerlikleri kategorisine dahil edilir.

Konusuna göre çeşitli kısımlara ayrılan muhayyerlik haklarının sayısına ilişkin klasik fıkıh kaynaklarında farklı rakamlar verilmektedir. Aynı mezhep içerisinde dahi farklı görüşler söz konusudur. Bu bağlamda muhayyerlik haklarının kapsamını en geniş tutanların Hanefiler olduğu görülmektedir. Bu mezhep literatüründe pek çok muhayyerlik çeşidi tatad edilip birçoğuna cevaz verilmiştir.²¹⁰ Fakihler arasında muhayyerliklerin sayısını beş veya yedi ile sınırlayanlar olduğu gibi otuzun üzerine çıkaranlar da vardır.²¹¹ Nitekim Ebû Gudde, muhayyerlikleri konusuna göre dokuz gruba ayırmış ve bu çerçevede otuz beş adet muhayyerlik hakkı sıralamıştır.²¹²

Muhayyerliklerin çoğunun meşruiyeti noktasında tartışmalar olup bunlar içerisinde yalnızca ayıp ve şart muhayyerlikleri tüm fıkıh mezheplerince kabul görmüştür.²¹³ Akit teorisi, rıza esası üzerine kuruludur. Aslında alışverişlerin ve ticaretlerin helal kılınmasındaki temel illet de budur (terâzî/karşılıklı rıza).²¹⁴ Muhayyerliklerdeki temel amaç da karşılıklı rızanın varlığını pekiştirmek ve tam

kullanılmıştır. *Mevsûa* 'da Gazzâlî'nin muhayyerlikleri "terevvî ve nakîsa" olarak ikiye ayırdığı, Mâlikîlerin de Gazzâlî'nin bu tasnifini benimsediği ve takip ettiği bilgisi mevcuttur. Bkz. El-Mevsûatü'l-fikhiyye, "Hıyâr", s. 44.

²⁰⁹ Örnek olarak vasıf muhayyerliği ve daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 52-53; Abdullah Sâlim, *Ahkâmü'l-hıyârâtı's-sâbite bi's-şart*, s. 16-17.

²¹⁰ Abdullah Sâlim, *Ahkâmü'l-hıyârâtı's-sâbiteti bi's-şart*, s. 19.

²¹¹ Azîz Kâzım Cebr el-Hafacî, *el-Hıyârâtü'l-kânûniyye ve eseruha fi'l-ukûdi'l-medeniyye : mukârene bi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kâhire: Dârü'l-Kütübi'l-Kânûniyye Dârü Şetât, 2011, s. 7; Apaydın, "Muhayyerlik", s. 26; el-Mevsûatü'l-fikhiyye "Hıyâr", s. 45. *Mecelle*'de muhayyerlikler türüne, muhayyerlik sahibine, şarta bağlı olup olmamasına, miras kalıp kalmamasına ve süreye tabi olup olmamasına göre farklı itibarlarla beş grupta incelenmiştir. Türleri açısından muhayyerlikler yedi kısma ayrılmıştır. Ali Haydar Efendî bunlara on beş adet daha ekleyerek sayıyı yirmi ikiye çıkarmıştır. Bkz. Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 429-430; Hayyât, fakihlerin itibar ettiği muhayyerliklerin sayısının yirmi birde toplanabileceğini ifade etmektedir. Rûcu' ve kabul muhayyerliklerine bu listede yer vermemesi dikkat çekicidir. Bkz. Hayyât, *Nazariyyetü'l-akd ve'l-hıyârât*, s. 173; Avcı, muhayyerliklerin sayısı ile ilgili görüş ayrılıklarının iki sebebe bağlanabileceğini söylemektedir: Birincisi, bazı mezheplerin tek başlık altında birkaç muhayyerliği toplarken diğerlerinin her birini ayrı bir isimle ele almasıdır. İkinci neden ise bir mezhebin kabul ettiği bir muhayyerliği ötekini kabul etmemesidir. Bkz. Avcı, *Şart Muhayyerliği*, s. 11-12.

²¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 56-58; Aynı tasnif *Mevsûa* 'da da yer almaktadır. Bkz. El-Mevsûatü'l-fikhiyye, "Hıyâr", s. 44-46.

²¹³ Apaydın, "Muhayyerlik", s. 26. Muhayyerlikler, kıyasa aykırı olmalarına rağmen meşru görülmüştür. Zira kıyasa göre ivazlı akitler şarta bağlanamaz ve sözleşme kurulduğunda sonuçları hemen doğar. Bu durum, mülkiyetin intikaline ve akdin bağlayıcılığının gerçekleşmesine ilişkin sonuçların derhal ortaya çıkmasını ifade eder. Muhayyerliğin bulunması halinde ise sözleşmenin doğası gereği şarta bağlılık söz konusu olur. Şâri', insanların günlük muamelelerinde karşılaştıkları ihtiyaçlardan dolayı muhayyerlikleri teşri' kılmıştır. bkz. Hayyât, *Nazariyyetü'l-akd ve'l-hıyârât*, s. 155-156.

²¹⁴ Şerkâvî, *Hıyârât*, s. 10.

anlamıyla tahakkukunu güvence altına almaktır. Doktrinde muhayyerliklerin meşruiyet gerekçeleri ele alınırken mümkün olan en sağlam ve doğru şekilde iradenin gerçekleşmesini sağlamak ve tarafların muhtemel aldanma veya zarar riskini ortadan kaldırmak ya da en aza indirmek temel gerekçe olarak gösterilir. Zira taraflar, bir sözleşmeyle arzu ettikleri sonucun ve umdukları faydanın gerçekleşeceğinden emin olmak ve durumu etrafı bir şekilde düşünmek isteyebilirler. Ayrıca sözleşmeyle ulaşmayı amaçladıkları hedefin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda tecrübeli birine danışma ihtiyacı duyabilirler.²¹⁵ Bu anlamda muhayyerlik hakları, hukukun süjesi olan bireyin iradesinin sözleşmelere sağlıklı ve güvenilir bir şekilde yansımaları ve akit teorisinin özünü oluşturan rızanın tamamlanmasında önemli bir rol oynar.

Hükmi muhayyerliklerin amacı sözleşmenin başında, esnasında ve sonunda taraflar için ortaya çıkabilecek olumsuz durumların ve zararların engellenmesi veya ortadan kaldırılmasıdır. Bu tür muhayyerliklerde tarafların zarara uğramasını önlemek amacıyla iradelerin ve rızaların kusur ve ayıplardan arındırılması ve karşılıklı rızanın tam olarak tekemmülü hedeflenir.²¹⁶ İradi muhayyerliklerde ise temel amaç, kişinin yapacağı sözleşmenin kendi menfaatine uygunluğu ve ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığı hakkında iyice düşünmesine olanak sağlamaktır.

Fakihlerin nakîsa ile terevvî şeklindeki ikili taksiminin arka planında da benzer bir düşünce yatmaktadır. Nakîsa muhayyerlikleri ile eksikliğin giderilmesi yani taraflardan zararın defedilmesi hedeflenirken terevvî muhayyerlikleri ile taraflara yeterince düşünme için fırsat tanıyarak onlara bir yarar sağlanması amaçlanmaktadır. Tarafların ön anlaşma ile şart koştukları muhayyerlikler esasında şart koşma serbestisi prensibine dayanırken akdin gereği olan muhayyerlikler akitten umulan maslahat,

²¹⁵ Şerkavi, *el-Hıyarat*, s. 10-11; Hayyat, *Nazariyyetü'l-akd ve'l-hıyarat*, s. 160-162; Abdullah Sâlim, *Ahkâmü'l-hıyârâtı's-sâbiteti bi's-şart*, s. 15-20; Apaydın, "Muhayyerlik", s. 26.

²¹⁶ Ayıp muhayyerliği buna örnek olarak verilebilir. Bu muhayyerlik, taraflardan zararın uzaklaştırılması gayesine matuftur. Zira kişi, normal şartlarda faydalanma veya kar etme amacıyla yaptığı alışverişte malı kusursuz ve eksiksiz bir şekilde elde etmek ister. Bu da ancak malın ayıp ve kusurdan selâmeti ile mümkün olur. Akit konusu mal sâlim olmayınca satım akdinin hükmü bağlayıcı olmaz. Dolayısıyla selâmetin olmaması ilgili tarafın rızasına hâlel getirir ve bu da muhayyerlik hakkını gerektirir. Zira rızanın yokluğu akdin sıhhatini engellediği gibi onun zedelenmesi muhayyerliği gerekli kılmaktadır. Buradan hareketle Hanefî hukukçular, ayıp muhayyerliğinin dolaylı yoldan akitte bir şart olarak sabit olduğunu öne sürmüşlerdir. Konuyla ilgili külli kaide gereği, akitte dolaylı olarak (delâleten) meşrû olan selâmet açık bir şekilde (nassen) şart koşulmuş gibi olmaktadır. Bu bağlamda Kâsânî, selâmetin akdin muktezasından olduğunu belirtmektedir. Zira ivazlı akitler eşitlik (müsâvât) üzerine bina edilmiştir. Dolayısıyla bedeller arasında eşitliğin sağlanması için iki bedelin de sâlim olması gerekmektedir. Bkz. Kâsânî, *Bedâiü 's-sanâi'*, V, 274; Hayyât, *Nazariyyetü'l-akd ve'l-hıyârât*, s. 163-164.

karşılıklı rıza ve bireylerin iradesini sağlıklı bir biçimde gerçekleştirme gibi temel gayelere matuftur.²¹⁷

²¹⁷ Şahin, Akidlerde Muhayyerlik Teorisi, s. 60-61.

İKİNCİ BÖLÜM

MECLİS MUHAYYERLİĞİNİN MAHİYETİ VE MEŞRUIYETİ

1. MAHİYETİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Klasik fıkıh literatüründe meclis muhayyerliğinin özel bir tanımı bulunmamaktadır. Literatürde meclis muhayyerliği muhayyerlik türlerinden biri olarak az yukarıda muhayyerlik kavramı çerçevesinde yer verilen klasik tarifi kapsama dahil edilir.²¹⁸ Doktrinde meclis muhayyerliği farklı şekillerde isimlendirilmiştir. Yaygın olarak “hıyârü’l-meclis” (meclis muhayyerliği)²¹⁹ terimi kullanılmakla birlikte muhtemelen muhayyerliğe dayanak teşkil eden hadisin bazı varyantlarından hareketle bu muhayyerlik türü “hıyârü’l-mütebâyia‘yn” (satım taraflarının muhayyerliği) olarak adlandırılmıştır.²²⁰ Bazı Şâfiî kaynaklarda “hıyârü’t-teferruk” (ayrılma muhayyerliği)²²¹ ve “hıyârü’l-mekân” (mekân muhayyerliği) şeklinde isimlendirmeler mevcuttur.²²² Ayrıca muhtemelen meclis muhayyerliğinin akit muktezası olarak geçerli bir muhayyerlik hakkı olduğu düşüncesinden hareketle bazı Şâfiî kaynaklarda “hıyâr-ı akd” (akit muhayyerliği) şeklinde bir kullanım söz konusudur.²²³

Yaygın olan tesmiyenin bir unsurunu oluşturan meclis kavramı, hadislerde doğrudan yer almamakla birlikte fakihler konuya ilişkin hadislerden yola çıkarak bu

²¹⁸ Abdullah b. Muhammed b. Ahmed *et-Tayyâr, Hıyârü’l-meclis ve’l-ayb fi’l-fikhi’l-İslâmî* (Riyâd: Câmiatü’l-İmam Muhammed b. Suud el-İslâmiyye, Yüksek Lisans Tezi, 1979), 69; Abdurrahman b. Süleyman b. Salih er-Rubeyş, *Hıyârü’l-meclis fi’l-fikhi’l-İslâmî*. (Riyâd: Câmiatü’l-İmam Muhammed b. Suud el-İslâmiyye, Yüksek Lisans Tezi, 1987), 13. Ayrıntılı bilgi için tezin “Muhayyerlik” başlığına bkz.

²¹⁹ “Meclis muhayyerliği” deyimini, özellikle meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler tarafından aile hukuku bağlamında kullanılmaktadır. Bu kullanım, “tefvîzü’t-talâk” işlemi kapsamında boşama hakkı kendisine devredilmiş olan kadının bu bağlamda sahip olduğu meclis muhayyerliği ifade eder. Bkz. Hüsrev Mehmed Efendi Molla Hüsrev, *Dürerü’l-hükkâm fi şerhi Gureri’l-ahkâm*, y.y.: Dârü İhyâi’l-Kütübi’l-Arabiyye, t.y., I, 371; Nüceym, *en-Nehrü’l-fâik*, III, 335; Damad Abdurrahman Gelibolulu Şeyhizade, *Mecmaü’l-enhur fi şerhi Mülteka’l-ebhur*, İstanbul: : Matbaa-i Âmire, 1910, I, 408; el-Mevsûatü’l-fikhiyyetü’l-Kuveytiyye, 2. Baskı, “Hıyârü’l-meclis”, s. 170. Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 120.

²²⁰ El-Mevsûatü’l-fikhiyyetü’l-Kuveytiyye, “Hıyârü’l-meclis”, s. 169-170. Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 120.

²²¹ Ebû İbrâhim İsmail b Yahyâ b İsmail eş-Şafii Müzenî, *Muhtasarü’l-Müzenî*, Beyrut: Dârü’l-Fikr, 1983, VIII, 150; Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, III, 363.

²²² Cüveynî, *Nihâyetü’l-matlab*, VII, 424, XIV, 84; Rûyânî, *Bahrü’l-mezheb*, IV, 457; Begavî, *et-Tehzîb*; III, 286-34, 450, 539, 545; İbnü’r-Rif’a, *el-Kifâye*, XI, 54. Bu fakihler arasında sadece Begavî satım akdi ve meclis muhayyerliği ile ilgili fasıllarda bu isimlendirmeyi kullanmıştır. Hatta genellikle bu ifadeyi kullanmayı tercih ederek meclis muhayyerliğini yalnızca birkaç kez kullanmıştır. Diğer kaynaklarda ise farklı bölüm ve fasıllarda meclis muhayyerliğine atfen bu tabir kullanılmıştır.

²²³ Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, V, 45; Rûyânî, *Bahrü’l-mezheb*, IV, 372.

kavramı geliştirmiş ve meclis muhayyerliğini belirtmek için kullanmışlardır.²²⁴ Bazı kaynaklarda, sözleşmelerin çoğunlukla oturarak akdedilmesinden dolayı muhayyerliğin meclis kelimesine izafe edildiği ifade edilmiştir.²²⁵ Ancak “meclis muhayyerliği” tamlamasındaki “meclis” kelimesi, gerçek/literal anlamıyla bir oturma eylemini ifade etmekten ziyade, akdin yapıldığı mekân ve bu mekândan ayrılma vuku bulmaksızın akit sürecini takip eden zaman aralığına dayanan bir muhayyerlik hakkının varlığını (sübût) belirtir.²²⁶

Muhayyerliğin meclise izafesi bir şeyin sebebine izafesi olarak kabul edilir. Bu izafe, meclis muhayyerliğinin sebebinin meclis veya mecliste tarafların bir arada bulunmaları olduğunu belirtir.²²⁷ Hadiste muhayyerliğin geçerliliği mutlak olarak ayrılığın gerçekleşmemesi koşuluna bağlanmış ancak mecliste kalınması zorunlu bir şart olarak ifade edilmemiştir. Bu nedenle bazı araştırmacılar, muhayyerliğin meclise izafesinin yanıltıcı olabileceğini ve bu muhayyerliğin “hıyârü’l-ictimâ” (toplanma muhayyerliği) olarak isimlendirilmesinin daha uygun olacağını öne sürmüşlerdir.²²⁸

Modern kaynaklarda meclis muhayyerliği çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Ancak burada ilgili tanımlara yer vermeye gerek görmediğimizi belirtmek isteriz. Zira yukarıda muhayyerlik meclisine ilişkin olarak önerdiğimiz tanım zaten ifade etmiştik. Söz konusu tanım, meclis muhayyerliğinin meclisle olan ilişkisi perspektifinden yola çıkılarak yapılmıştır. Bir muhayyerlik hakkı olarak ele alındığında ise meclis muhayyerliği, “Kabul

²²⁴ Ammâr Muhammed Hüseyin el-Ensârî, “Hıyârü’l-meclis fi’l-fikhi’l-İslâmî: Dirâse mukârene”, (2015), 6.

²²⁵ Ensârî, “Hıyârü’l-meclis”, s. 6. Zira meclis kavramı “oturmak” fiilinden türemiş olup sözlükte “oturulan yer, oturma” anlamlarına gelir. Ayrıntılı bilgi için tezin “Meclis” başlığına bkz.

²²⁶ El-Mevsûatü’l-fikhiyye, Hıyârü’l-meclis”, s. 169; Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 119; Ensârî, “Hıyârü’l-meclis”, s. 6.

²²⁷ Râfiû, *Fethü’l-azîz*, VIII, 292-293; Nevevî, *el-Mecmu’*, IX, 175; Kays b Muhammed Âlû’s-Şeyh Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, Dimaşk: Darü’l-İmân, 2013, s. 39.

²²⁸ Bu bağlamda meclis muhayyerliği “taraflardan her birinin, ister mecliste kalsınlar isterse beraber ayrılınsınlar, bir arada (içtima’) oldukları müddetçe akdi feshetme hakkı” olarak tanımlanmıştır. Bkz. “Ensârî, “Hıyârü’l-meclis”, s. 6. Nitekim bazı şîa fıkıh kaynaklarında bu muhayyerlik türünün “hıyârü’l-ictimâ” (toplanma muhayyerliği)” olarak isimlendirilmesi tercih edilmiştir. Bkz. Ebû’l-Kâsım b. Ali Ekber b. Hâşim Müsevî Hûî, *Misbâhü’l-fukâhe fi’l-muâmelât*, Beyrut: Dârü’l-Hâdî, 1992, VI, 51. Taramalarımız neticesinde bu isimlendirmeye sünî kaynaklarda rastlanmamıştır. Ancak bazı Şâfiî kaynaklarda bu isimlendirmeyi destekleyen ifadeler bulunmaktadır. Nitekim Cüveynî, “kabz meclisi”nden (meclisü’t-tekâbüz) bahsederken kabz meclisi ile muhayyerlik meclisinde olduğu gibi sözleşme mekanının değil, tarafların bir arada bulunma (içtima) ve ayrılma (iftirak) hallerinin kastedildiğini ifade etmektedir. Bkz. Cüveynî, *Nihâyetü’l-matlab*, V, 96. Ayrıca meclis muhayyerliğinin sebebi bazı Şâfiî kaynaklarda “meclis” olarak ifade edilirken bazılarında “tarafların içtima/toplanmaları” olarak belirtilmesi bu yaklaşımı destekleyen bir durumdur.

beyanı ile başlayıp, tarafların birbirinden ayrılmasıyla veya karşılıklı anlaşmaya dayalı olarak tercih bildiriminde bulunmalarıyla sona eren ve taraflara, münferit iradeleriyle kurulmuş olan sözleşmeyi bozma veya akitten vazgeçme/cayma yetkisi veren fesih hakkı” şeklinde tanımlanabilir.²²⁹

Burada kısaca meclis muhayyerliğinin hukuki niteliğine değinmek yerinde olacaktır. Yukarıda muhayyerliklerle ilgili muhtelif tasniflere ve mezheplerin bu husustaki farklı yaklaşımlarına yer verilmişti. İlgili bağlamda meclis muhayyerliğinin tarafların iradesine bağlı olmadığı ve yaygın tasnif açısından hükmî muhayyerlikler kategorisinde yer aldığı ifade edilmişti. Bu husus, meclis muhayyerliğinin akit meydana geldiğinde tarafların şart olarak ileri sürmesine gerek olmaksızın kendiliğinden sözleşmeye dahil olduğu anlamına gelmektedir. Öyle ki taraflar meclis muhayyerliği hükmünü nefyetme şartı ile sözleşmeyi akdetseler Şâfiî mezhebinde el-esah olan kavle/veche göre bu işlem sahih olmaz.²³⁰ Dolayısıyla muhayyerlik hükmü, akit sonrası taraflar haklarını düşürünceye veya ayrılmanın gerçekleşmesiyle bu hakkın kendiliğinden düşmesine kadar geçerliliğini korur.²³¹ Meclis muhayyerliği bir hükmî muhayyerlik olmasının yanı sıra mebûde bir noksanlığın meydana gelmesi veya akitte beklenen bir niteliğin eksikliği gibi özel bir sebebe bağlı olmaması ve tarafların onu kullanıp kullanmamakta seçim (ihtiyar) hakkına sahip olması açısından diğer hükmî muhayyerliklerden ayrılmaktadır. Bu nedenle meclis muhayyerliği aynı zamanda bir “teşehhî/terevvî” muhayyerliği olarak kabul edilmiştir.²³²

Meclis muhayyerliğinin hukuki niteliğine ilişkin akla gelen ilk husus onun bir hukukî şart olduğudur. Şartlar için farklı taksimat mevzubahis olmakla beraber kanunî ve iradî şeklindeki tasnif dikkate alındığında meclis muhayyerliği kanunî şartlar kapsamında

²²⁹ Senhûrî ve Sivâr meclis muhayyerliğini “dönme hakkı” olarak ifade etmişlerdir. Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 21; Sivâr, *Ta'bîr*, s. 135. Ebu Zehra, Bedrân ve Zühaylî meclis muhayyerliğini “fesih hakkı” olarak isimlendirmişlerdir. Bkz. Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 363; Bedrân, *Nazariyyetü'l-mülk ve'l-ukûd*, s. 546; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî*, IV, 3104. Ebû Gudde dönme ve fesih kavramlarının kullanmaksızın sadece “onay veya ret hakkı” olarak ifade eder. Bkz. Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 119. Bu bağlamda Şâfiî mezhebinde akit kurulduktan sonra sözleşmenin feshedilmesi yedi farklı sebeple mümkün olmaktadır. Başka bir deyişle feshin sebepleri yedi tanedir. Meclis muhayyerliği bu sebeplerin başında gelmektedir. Diğer sebepler şunlardır: Şart muhayyerliği, ayıp muhayyerliği, hulf (vasf) muhayyerliği, ikâle, tehâlûf (karşılıklı olarak yeminleşmek suretiyle akdın fesholması), (kabz öncesi) mebûin telef olması. Bunlara ek olarak görme muhayyerliği caiz kabul edilirse o da anlam itibarıyla şart muhayyerliği kapsamına dahil edilmektedir. Bkz. Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 148; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 456.

²³⁰ Aşağıdaki “Muhayyerliği Nefiy Şartıyla Satım” başlığına bkz.

²³¹ Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 121.

²³² Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 121; Abdullah, *Dirase mukarene*, 203.

değerlendirilebilir. Bu bağlamda muhayyerlikler için yapılan hükmî-iradî şeklindeki ikili ayırımın esasında şartlara ilişkin mezkûr taksime dayandığı söylenebilir. Başka bir deyişle muhayyerlik hakları -özellikle iradî muhayyerlikler- temelde şartlara dayandığından tasnif açısından muhayyerlik ve şart kurumları arasında bir benzerlik ve paralellikten bahsetmek mümkündür. Dolayısıyla akitte koşulan şartların iradî ve hükmî olarak tasnifinden hareketle bir hükmî muhayyerlik olan meclis muhayyerliğinin aynı zamanda hükmî bir şart olduğu söylenebilecektir. Meclis muhayyerliği bir hükmî şart olduğu için onun kaynağını insan değil şâri‘ yani kanun koyucu irade teşkil eder. Kanunî şartlar, sözleşme hukuku bağlamında akdin rükünleri ve şartları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda meclis muhayyerliği literatürde “akdin bağlayıcılık şartları”²³³ ve “akdin muktezası olan şartlar”²³⁴ kapsamında ele alınır.

2. AMACI VE UYGULAMA ALANI

2.1. Amacı

Meclis muhayyerliği, sözleşme bağlayıcı hale geldikten sonra duyulabilecek muhtemel pişmanlık ve üzüntüyü önlemek, tarafların alışverişle ilişkilerinde kesin bir karara varmalarını sağlamak amacına hizmet etmektedir. Bu çerçevede, alım satım mekânında (meclis) tarafların yeterince düşünmeleri, sözleşmeden elde edecekleri menfaatleri iyice gözden geçirmeleri ve olası pişmanlık durumlarını telafi edebilmeleri için bir fırsat verilmiştir. Söz konusu imkân, bireylerin günlük hayatlarında sonuçlarını tam olarak düşünmeden ve kapsamlı bir değerlendirme yapmadan anî ve hızlı kararlarla alışveriş yapmalarının önüne geçmek açısından önem arz eder. Bu gibi durumlar göz önüne alınarak taraflara, aldanma ve hile olmaksızın doğru ve sağlıklı bir akdî ilişki kurabilmeleri için belirli bir süre tanınmıştır. Bu süre, tarafların sözleşmeyi onaylamaları veya feshetmeleri için yeterli kabul edilen bir zaman dilimidir.²³⁵

Yukarıda muhayyerliklerin amacından bahsedilirken sözleşmeden beklenen maslahatın gerçekleşmesi, bireylerin iradelerinin sağlıklı bir şekilde akde yansması ve karşılıklı rızanın tamamlanmasının hükmî (akdin gereği olan) muhayyerliklerin temel

²³³ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, V, 13.

²³⁴ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 364.

²³⁵ Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 70.

amaçları arasında olduğu vurgulanmıştı. Ayrıca -özellikle Şafî mezhebi literatüründe yaygın olan- nakîsa-terevvî taksimi kapsamında terrevvî muhayyerliklerinde temel amacın taraflara yeterince düşünme fırsatının tanınması ve böylece onlara bir yarar sağlanması olduğu belirtilmişti.²³⁶ Bu çerçevede hem bir hükmî muhayyerlik hem de bir terrevvî muhayyerliği olarak görülen meclis muhayyerliğinin hikmet-i teşrî‘ (konuluş gayesi) bağlamında Hanbelî fakihi İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350) şu değerlendirmelerde bulunmaktadır:

Şâri‘, hikmetine uygun olarak ve tarafların yararına (maslahat) olacak şekilde, ayrıca ticari işlemlerde şart koşulan rızanın (Nisa, 29) eksiksiz bir şekilde tamamlanması amacıyla satım akdinde meclis muhayyerliğini teşrî‘ kılmıştır. Bunun temel nedeni tarafların yeterli bir düşünme sürecine girmeden ve mebûin gerçek değerini tam olarak değerlendirme fırsatı bulmadan ani bir şekilde sözleşme yapma ihtimalinin yüksek olmasıdır. Mükemmel şeriatin sunduğu hoşgörüsü çerçevesinde taraflara, akit yaparken vermiş oldukları kararları yeterince düşünüp değerlendirebilme, gözden geçirebilme ve gerektiğinde bu kararlardan dönebilme olanağı sağlamak amacıyla sözleşmenin (tamamlanma sürecinde) bir yasaklı/güvenli alan (*harîm*) oluşturulması öngörülmüştür.²³⁷

2.2. Uygulama Alanı

Doktrinde meclis muhayyerliğinin hangi akitlerde geçerli olduğu konusunda sözleşmenin bağlayıcı ve mâlî muâvaza niteliğinde olup olmadığı, başka bir deyişle bey‘ (satım akdi) kapsamına girip girmediği kriteri dikkate alınmaktadır. Çünkü meclis muhayyerliği hükmünün ifadesini bulduğu rivayette “bey” kelimesinden türemiş olan “mütebâyîân/beyyîân” (alım-satım tarafları) ibaresi yer almaktadır. Dolayısıyla meclis muhayyerliği özellikle mâlî muâvaza niteliğinde olan ve bey‘ anlamında kullanılan akitlerde gündeme gelen bir konudur. Hangi sözleşmelerin satım akdi türleri çerçevesine dahil olduğu konusu öğretilerde tartışılmıştır.²³⁸ Ayrıca meclis muhayyerliği Şafî mezhebinde kabul eden tarafın icabı hemen peşi sıra kabulü nedeniyle oluşabilecek

²³⁶ Tezin “Muhayyerliklerin Tasnifi ve Amacı” başlığına bkz.

²³⁷ Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ‘lâmü’l-muvakkiin an rabbi’l-alemin*, Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1991, III, 130.

²³⁸ Ebû Hâmid Hucetülislam Muhammed b Muhammed Gazzâlî, *el-Vecîz fi’l-fikhi’l-İmâmi’s-Şafîi*, Beyrut: Dârü’l-Fikr, 1997, s. 300; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 48; Şirbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 404; Bedrân, *Nazariyyetü’l-mülk ve’l-ukûd*, s. 546-547; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, IV, 3104; Düreynî, *Terâdî*, s. 334; Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 1090.

aldanma (gabn) ihtimalini telafi etmek için konulmuştur. Bu ihtimal satım akdi ve benzeri akitlerde söz konusu olur.²³⁹

Akitler bağlayıcılık bakımından genellikle iki kategoriye ayrılır: câiz (bağlayıcı olmayan) ve lâzım (bağlayıcı olan) akitler. Câiz akitler, tek taraf veya iki taraf için bağlayıcı olmayan ve münferit iradeyle feshedilebilen akitlerdir. Bu kategoride yer alan şirket, vekâlet, vedâ‘, iâre (âriye), deyn, kırâz (mudârebe), cuâle gibi sözleşmeler her iki taraf için bağlayıcı olmayan; damân (kefâlet), rehin, kitâbet (mükâtebe) gibi sözleşmeler ise yalnızca tek taraf için bağlayıcılık ifade etmeyen sözleşmelerdir. Bu tür akitlerde meclis muhayyerliği uygulama alanı bulmaz. Zira sözleşmeyle bağlı olmayan taraf istediği zaman akdi feshedilebildiğinden meclis muhayyerliğinin bulunmasının pratik bir hukukî değeri yoktur. Tek taraflı bağlayıcı olmayan akitlerde de sözleşmeyle bağlı olan taraf aldanma riskine karşı hazır ve bilinçli olarak, bir başka deyişle aldanmayı göze alarak bir sözleşme ilişkisine girer. Muhayyerlik ise bireyin aldanmadan korunması için düşünme süresi ve fırsatı tanıma amacını taşır. Bu durumda söz konusu tarafın muhayyer olması, kendisinin kabul ettiği risk ile çeliştiği için pratikte anlamsız hale gelir.²⁴⁰

Lâzım akitler ise her iki tarafı da bağlayıcı nitelikte olup tek taraflı irade beyanı ile feshedilmesi mümkün olmayan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler konularına göre ikiye ayrılır: konusu ayn (mal) olanlar ve konusu menfaat olanlar. Bey‘, sarf, selem ve gıda maddesinin gıda maddesiyle veya keylî malın keylî, veznî malın veznî malla değişimi gibi ribevî malların (faize tabi mallar) alım-satımı, tevliye, teşrik (ortak kılma), muâvaza sulhu (bedelli sulh) konusu ayn olan işlemlerdir. Bazı istisnaî durumlar dışında bu kapsamda yer alan sözleşmelerin tamamında meclis muhayyerliği geçerli olur. Çünkü bunların tamamı “bey” kapsamına dahil olur.²⁴¹ Söz konusu istisnaî haller şunlardır:

İstisnaî bir durum olarak ele alınan ilk işlem, bir kişinin malını çocuğuna satması veya çocuğunun malını kendisine satması işlemidir. Bu işlemde meclis muhayyerliğinin

²³⁹ Bedrân, *Nazariyyetü 'l-mülk ve 'l-ukûd*, s. 546

²⁴⁰ Râfiî, *Fethü 'l-azîz*, VIII, 294; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 175; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 49; Buhûtî, *Keşşâfû 'l-kına'*, VII, 411-412; Şirbînî, *Muğni 'l-muhtâc*, II, 405.

²⁴¹ Râfiî, *Fethü 'l-azîz*, VIII, 294; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 175; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 48-49; Buhûtî, *Keşşâfû 'l-kına'*, VII, 410-412; Şirbînî, *Muğni 'l-muhtâc*, II, 404. Lazım akitler farklı bir şekilde de taksim edilmiştir. Bu taksime göre lazım akitler iki kısma ayrılır: Birinci kısım, nikah ve muhâlea gibi iki veya tek taraflı olarak feshi mümkün olmayan akitlerdir. Bunlarda meclis muhayyerliği geçerli olmaz. İkinci kısım ise feshi kabil olan lazım akitlerdir. Bu kısım satım akdinin tüm türlerini, icâre akitlerini, muavâza sulhu gibi lazım muavâza akitlerin tümünü kapsar. Bu akitlerin hemen hepsinde meclis muhayyerliği geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 179; Bedrân, *Nazariyyetü 'l-mülk ve 'l-ukûd*, s. 546.

uygulanabilirliği konusunda iki vecih vardır. Bir veche göre bu tür işlemlerde meclis muhayyerliği geçerli değildir. Çünkü meclis muhayyerliğine ilişkin hadislerde “alım satım yapan taraflar” (mütebâyiân) ifadesi yer almaktadır. Burada ise bağımsız iki taraf bulunmamaktadır. Velî iki tarafı birden temsil etmektedir. Ancak el-esah kabul edilen veche göre muhayyerlik hem baba (velî) ve hem de çocuk için geçerlidir. Zira velî, akdi geçerli kılma (sıhhat) hususunda iki kişiyi temsil edebilmektedir. Muhayyerlik açısından da bu durum geçerli olmalıdır. Hadiste “mütebâyiân” ifadesinin kullanılması, sözleşmelerin genellikle iki taraf arasında yapılıyor olmasından ileri gelmektedir.²⁴² Bu veche göre eğer velî hem kendisi ve hem de çocuğu adına sözleşmeyi bağlayıcı kılırsa akit her iki taraf için de bağlayıcı hale gelir. Ancak velî, sadece kendisini sözleşme ile bağlarsa çocuğun muhayyerlik hakkı saklı kalır.²⁴³ Hanbelî mezhebinde birinci görüş sahih kabul edilmiş, ikinci görüşün zayıf görüş (muhtemel) olduğu ifade edilmiştir.²⁴⁴

Velînin meclisten ayrılması durumunda bir veche göre akit bağlayıcı hale gelmez. Çünkü bu tür bir sözleşme, sadece kurulan akdin onaylanmasıyla bağlayıcılık niteliğini kazanabilmektedir. Ayrıca velî aynı zamanda çocuğun vekili olarak hareket etmekte, dolayısıyla iki tarafı birden temsil etmektedir. Ayrılığın gerçekleşebilmesi için velinin kendi kendisinden ayrılması gerekmektedir ki pratikte bu mümkün değildir. Dolayısıyla bu meselede ayrılmanın akdin bağlayıcılığını etkileyen bir kriter olarak kabul edilmesi mantıklı görülmemektedir. Bu veche göre muhayyerlik ancak velinin hem kendisi hem de çocuğu adına akit ile bağlanmayı tercih etmesi durumunda sona erer. Eğer böyle bir tercih yapılmamışsa çocuğun muhayyerlik hakkı mahfuzdur ve bu hak, çocuk bülüğa erdiğinde işlerlik kazanır. Bununla birlikte el-esah olan vecih velinin meclisten ayrılmasıyla akdin bağlayıcı hale geleceği yönündedir. Nevevî, bu vechin el-mezheb olduğunu belirtir.²⁴⁵

İstisna olarak kabul edilen ikinci durum satın alındığında otomatik olarak hür olma hakkı kazanan kişilerin, örneğin bir kişinin oğlu ve babası gibi yakınlarının satın alınması işlemidir. Gazzâlî (ö. 505/1111), el-meşhur veche göre bu tür işlemlerde meclis muhayyerliğinin geçerli olmadığını belirtmiştir. Çünkü alıcı malî aldanma riskine karşı

²⁴² Şirbînî, *Muğnî 'l-muhtâc*, II, 404.

²⁴³ Râfiî, *Fethü 'l-azîz*, VIII, 295; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 176.

²⁴⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 13; Buhûtî, *Keşşâfü 'l-kına'*, VII, 411.

²⁴⁵ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 176.

hazır ve bilinçli olduğundan bu işlem onun açısından bir “mügâbene akdi” (aldanma ihtimali olan sözleşme) olarak görülmez. Satıcı açısından aldanma riski bulunsa da işlemin esasen bir azat etme (atâke) akdi olması dikkate alınır.²⁴⁶

Ancak fakihlerin çoğunluğunun görüşü, bu işlemde meclis muhayyerliğinin geçerliliğinin muhayyerlik esnasında mülkiyetin kime ait olduğu konusundaki görüşlere bağlı olarak değerlendirileceği yönündedir. Mülkiyetin satıcıya ait olduğu kabul edildiğinde hem satıcı hem de alıcı muhayyer olur ve muhayyerlik süresi dolmadan kölenin hür olup olmadığına hükmedilmez. Mülkiyetin askıda kaldığı kabul edilirse satıcı ve alıcı yine muhayyerdir; ancak taraflar akdi onayladıklarında kölenin akit ile özgürlüğüne kavuştuğu kabul edilir. Bu iki durumda hem alıcının hem satıcının muhayyer olmasının gerekçesi muhayyerliğe engel bir durumun bulunmamasıdır.²⁴⁷ Mülkiyetin alıcıya ait olduğu öne sürüldüğü takdirde muhayyerlik sadece satıcı için geçerlidir. Alıcının muhayyer olmamasının gerekçesi mebîin onun mülkiyetinde olmasının onun mebî üzerindeki mülkiyetini ortadan kaldırmaya imkân vermemesidir.²⁴⁸ Bu durumda kölenin ne zaman hür olacağı konusunda iki vecih bulunmaktadır. El-esah olan veche göre muhayyerlik süresi sona ermeden kölenin hür olup olmadığına hükmedilmez; ancak süre dolunca kölenin özgürlüğüne kavuştuğuna hükmedilir ve bu hüküm, geriye dönük olarak akdin gerçekleştiği tarihten itibaren uygulanır. İkinci veche göre ise köle satın alındığında derhal hür olma sonucu doğar.²⁴⁹ Ancak Şîrbînî, mülkiyetin kime ait olacağına ilişkin bahsi geçen vecihlerin tamamına göre akit bağlayıcı hale gelinceye kadar bekleneneğini, muhayyerlik sona erince kölenin akit anından itibaren özgürlüğüne kavuştuğunun kabul edileceğini belirtir.²⁵⁰

Üçüncü istisnaî durum kölenin kendisini efendisinden satın alması işlemidir. Es-sahih ve el-mansûs olan veche göre bu işlem câizdir ve iki vecihten el-esah olana göre bu işlemde meclis muhayyerliği geçerli değildir. Mütevellî (ö. 478/1086) ve Gazzâlî bu

²⁴⁶ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 295; Hanbelî mezhebinde de bu tür işlemde meclis muhayyerliği geçerli değildir. Bkz. Buhûtî, *Keşşâfî'l-kına'*, VII, 411-412.

²⁴⁷ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 405.

²⁴⁸ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 405.

²⁴⁹ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 296; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 176; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 436; Ebu Yahya Zeynüddin Zekeriyâ b Muhammed b Ahmed Zekeriyâ Ensârî, *Esne'l-metâlib şerhu Ravzi't-tâlib*, y.y.: Dârü'l-Kitâb-ü'l-İslâmî, t.y., IV, 446.

²⁵⁰ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 405.

husus kesin bir şekilde belirtmişlerdir. Çünkü bu işlemdeki amaç kölenin hürriyetine kavuşmasıdır ve bu açıdan bakıldığında mükâtebe işlemine benzerlik göstermektedir.²⁵¹

Dördüncü istisnâî durum aşırı sıcak koşullarda bulunan buzun satın alınması işlemidir. Bu işlemde meclis muhayyerliğinin geçerliliği konusunda iki vecih vardır. Bir veche göre zamanın geçmesiyle mebîn eriyerek telef olması söz konusu olduğu için meclis muhayyerliği uygulama alanı bulmaz. El-esah olan veche göre ise buzun eriyebileceği kadar şiddetli sıcaklığın olduğu bir hava olsa bile meclis muhayyerliği geçerlidir.

Beşinci istisnâî durum mecliste olmayan (gaip) malın satımıdır. Gaip malın satımı câiz görüldüğü takdirde görme muhayyerliği geçerli olmakla birlikte meclis muhayyerliği geçerli olmaz.

Altıncı istisnai durum ise meclis muhayyerliği hükmünü nefyetme şartıyla yapılan satış işlemidir. Bu işlemin geçerliliğine ilişkin üç farklı vecih bulunmaktadır. Akdin ve şartın sahih olduğu vechi kabul edildiği durumda söz konusu işlem istisnâî durumlara dahil edilir.²⁵² Mezkûr altı durum meclis muhayyerliğinin uygulama alanı bulduğu bey' türlerinin istisnasını oluşturmaktadır.

Bey' kapsamına dahil olmayan sulhu'l-hatîta (indirimli/hakkından vazgeçme yoluyla sulh), ibrâ ve -bir fesih olarak kabul edilmesi durumunda- ikâle işlemlerinde kural olarak meclis muhayyerliği geçerli olmaz. İndirimli sulhta muhayyerliğin geçerli olmamasının sebebi bu sulh sözleşmesinin bir alacak üzerinde olması durumunda ibrâ, bir ayn (mal) üzerinde gerçekleşmesi halinde hibe olarak görülmesidir. İbrâ tasarrufu hakkında "bey'" sözcüğü kullanılmaz.²⁵³ İkâlenin bir bey' (yeni bir akit) olduğu görüşü kabul edilirse bu durumda muhayyerlik geçerli olur. Muâvaza nitelikli bir akit olarak görülmediği takdirde havâlede meclis muhayyerliği geçerli olmaz. Muâvaza niteliği taşıdığı kabul edilse bile el-esah olan veche göre meclis muhayyerliği geçerli değildir. Çünkü havâle işlemi, temelde farklı bir nitelik taşır ve muâvaza akitlerinin prensiplerine göre işlemez. Ayrıca deynin deyn karşılığında satışı câiz görülmediği için havâlenin muâvaza nitelikli bir sözleşme olarak değerlendirilmesi durumunda bu akdin batıl olarak

²⁵¹ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 297; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 177; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 404.

²⁵² Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 297; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 177.

²⁵³ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 404.

kabul edilmesi gerekecektir.²⁵⁴ Hanbelî mezhebinde hâkim olan görüşe göre havâle, ikâle, ibrâ işlemlerinde meclis muhayyerliği geçerli değildir.²⁵⁵

Şüf'a akdinde müşterinin muhayyerlik hakkı yoktur. El-esah olan veche göre şüf'adar da muhayyer değildir. Çünkü muhayyerlik tercih (ihtiyar) ile malik olunan mebî üzerinde geçerli olur. Şüf'a akdi gibi zorla elde edilen mebî'de geçerli olmasının bir anlamı yoktur.²⁵⁶ Ancak şüf'a işlemi muâvaza nitelikli bir akit olarak değerlendirildiğinde şüf'adarın muhayyer olduğu vechi kabul edilir. Şüf'a ile malik olunan mebî'de bir kusur meydana geldiğinde ayıp muhayyerliğiyle iade edilebilmesi onun muâvaza nitelikli bir akit olduğunu gösterir.²⁵⁷ Bazı fakihler şüf'adarın muhayyer olmasının, onun meşfû' akarın satıldığını veya malî muâvaza nitelikli başka bir akde konu edildiğini öğrendiği mecliste bulunduğu sürece şüf'a hakkını kullanıp kullanmakta muhayyer olduğu anlamına geldiğini ifade etmiştir. Ancak Cüveynî bu yorumun hatalı olduğunu ve sahih olanın şüf'adarın derhal şüf'a hakkını kullanmak istediğini belirten bir beyanda bulunması ve mecliste bulunduğu sürece şüf'a konusu akarı satın alıp almamakta muhayyer olması gerektiğini söyler.²⁵⁸ Nevevî, Cüveynî'nin görüşünün tercihe şayan olduğunu ve meclis muhayyerliği hakkının esasında bu hükmü ifade ettiğini vurgular.²⁵⁹ Hanbelî mezhebinde hâkim olan görüşe göre şüf'a akdinde muhayyerlik yoktur. Zayıf bir görüşe göre ise şefî'in muhayyer olacağı söylenmiştir.²⁶⁰

Müşterinin iflası durumunda malının aynını tercih eden satıcının meclis muhayyerliği yoktur. Mecliste bulunduğu sürece muhayyer olacağına dair bir vecih varsa da sahih olan birinci vecihtir. Vakıf, ıtk (köle azadı), talâk, ric'at (talâk sonrası eşe geri dönme), nikâh akdi ile diğer akitlerin feshinde ve vasiyette muhayyerlik geçerli değildir.²⁶¹ İvazsız hibe işleminde de meclis muhayyerliği geçerli değildir. İvazlı olsa bile el-esah olan vecih muhayyerliğin geçerli olmadığı yönündedir. Çünkü hibe sözleşmesi

²⁵⁴ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 297; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 404.

²⁵⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 50; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kına*, VII, 412.

²⁵⁶ Ebû Zekeriyâ Yahyâ b Şeref b Mürî Nevevî, *Minhâcû't-tâlibîn ve umdetü'l-müftîn fi'l-fikh*, y.y.: Dârü'l-Fikr, 2005, s. 99; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 406.

²⁵⁷ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 298; Râfiî her iki şerhinde de bu vechi sahih kabul etmiş, Nevevî *Ravza*'da onu düzelterek birinci vechin el-esah olduğunu ifade etmiş ve bu vechi fakihlerin çoğundan aktarmıştır. Bkz. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 406.

²⁵⁸ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 35.

²⁵⁹ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 177; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 437.

²⁶⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 49; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kına*, VII, 412.

²⁶¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 49; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 405; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kına*, VII, 412.

her halükârda bey‘ olarak isimlendirilmez.²⁶² Hanbelî mezhebinde de hâkim olan görüşe göre ivazsız hibe işleminde meclis muhayyerliği geçerli değildir. Ancak bir görüşe göre ivazlı hibe işleminde meclis muhayyerliğinin geçerli olacağı söylenmiştir. Çünkü bu durumda hibe akdi bey‘ olarak kabul edilir.²⁶³ İfraz ve ta‘dil taksiminde taksimin cembrî olarak (hâkim zoruyla) veya karşılıklı rızayla gerçekleşmesine bakılmaksızın meclis muhayyerliği geçerli değildir. Bu taksim karşılıklı rıza ile yapıldığında bey‘ olarak kabul edilse bile el-esah olan veche göre muhayyerlik bulunmaz. Çünkü ilgili ortak taksimden kaçınmak isterse bu taksimi gerçekleştirmek için zorlanır. Red taksiminde ise meclis muhayyerliği geçerlidir. Çünkü bu taksimde zorlama söz konusu değildir.²⁶⁴ Hanbelî mezhebinde cembrî olarak gerçekleşen taksimde meclis muhayyerliği geçerli değildir. Çünkü bu işlem bey‘ değil, bir hakkın ifrazıdır. Ancak karşılıklı rızayla yapılan taksim işleminde meclis muhayyerliği geçerli olur.²⁶⁵

Nikâh, muhâlea, icâre gibi konusu menfaat olan işlemlerde kural olarak meclis muhayyerliği uygulanmaz. Nikâh akdinde muhayyerlik hakkının olmadığı konusunda bir ihtilaf yoktur. Çünkü nikah ve muhâleâ akitleri ivaz amaçlı değildir ve onun hakkında “bey” kelimesi kullanılmaz. Ayrıca nikah sözleşmesi genellikle yeterli olarak düşünme ve değerlendirme süreci sonrasında yapıldığı için onda meclis muhayyerliğine ihtiyaç duyulmaz. Meclis muhayyerliğinin bulunması bu akde zarar verir.²⁶⁶ El-esah olan veche göre mehir (sadâk) ve muhâlea bedelinde de meclis muhayyerliği geçerli olmaz.²⁶⁷ Mehirden muhayyerliğin bulunmama gerekçesi, nikah akdinde malın doğrudan amaçlanan (maksûd) aslî bir unsur olmayıp yan unsur (tebe‘) olmasıdır. Mehirden muhayyerliğin geçerli olacağını savunan vechin gerekçesi ise mehrin nikahtan bağımsız bir unsur olmasıdır. Muhâlea bedeli de bu bakımdan mehir gibi kabul edilir.²⁶⁸

²⁶² Nevevî, *Minhâcû't-tâlibîn*, s. 99.

²⁶³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 48-49; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kına*, VII, 411-412.

²⁶⁴ Râfiû, *Fethü'l-azîz*, VIII, 297-298; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 177-178; Râfiû ile Nevevî'nin meclis muhayyerliği faslında bu vechi belirtmelerine karşılık hibe bölümünde el-esah olan veche göre ivazlı hibe bey‘ olarak kabul edildiğinden onda meclis muhayyerliğinin geçerli olacağını ifade etmişlerdir. İsnevî *Mühimmât*'ta bu hususu bir çelişki olarak kabul etmiştir. Bkz. İsnevî, *el-Mühimmât*, V, 166. Ayrıca bkz. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 405-406.

²⁶⁵ Buhûtî, *Keşşâfü'l-kına*, VII, 411.

²⁶⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 49; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 405; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kına*, VII, 412.

²⁶⁷ Nevevî, *Minhâcû't-tâlibîn*, s. 99.

²⁶⁸ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 406.

İcâre akdinde meclis muhayyerliğinin geçerli olup olmadığına ilişkin iki vecih bulunmaktadır. Bir veche göre icâre satım akdi gibi muâvaza nitelikli ve bağlayıcı bir akittir ve dolayısıyla meclis muhayyerliği geçerlidir. Bu veche göre icâre bey‘ akdinin bir çeşidi olarak da kabul edilebilir. Diğer bir vecih ise meclis muhayyerliğinin geçerli olmayacağı yönündedir. Bu veche göre icâre akdi henüz var olmayan (ma‘dûm) bir şeyin satışı olarak görüldüğünden garar (belirsizlik) içeren bir akit türüdür. Muhayyerliğin kendisi de garar unsuru içermesi nedeniyle icâre sözleşmesinde meclis muhayyerliğinin uygulama alanı bulması, zaten var olan garara daha fazla garar katmak anlamına gelir ki bu caiz değildir.²⁶⁹ Nevevî *Minhâc*’ta bu ikinci vechin el-esah olduğunu belirtir.²⁷⁰

İstahrî (ö. 328/940), Ebû İshâk Şîrâzî (ö. 476/1083) ile hocası Kerhî ve İbnü’l-Kass’a göre el-esah olan icâre akdinde meclis muhayyerliğinin geçerli olması iken Ebû İshak Mervezî (ö. 340/951), Cüveynî ve Begavî (ö. 516/1122) gibi fakihlerin dahil olduğu çoğunluğa göre el-esah olan geçerli olmamasıdır. Kaffâl (ö. 417/1026) ve bazı fakihler özellikle ayn icâresinin (kira akdi) tartışma konusu olduğunu belirtmişlerdir. Kaynağı zimmet olan icâre (insan icâresi/iş akdi) akdinde ise selem sözleşmesinde olduğu gibi meclis muhayyerliğinin kesin bir şekilde geçerli olduğu kabul edilir.²⁷¹ Şîrbînî (ö. 977/1570), icâre akdinde meclis muhayyerliğinin mutlak olarak geçerli olmayacağı görüşünün el-mu‘temed olduğunu belirtir. Bu görüşe göre selem akdi “bey” olarak isimlendirilmesine karşılık iş sözleşmesi “bey” sözcüğü ile ifade edilmez. Meclis muhayyerliğinin geçerli olup olmadığına esas alınan temel ölçüt, akdin “bey”kapsamına girip girmediğidir. Ayrıca selem sözleşmesinde iş akdine oranla menfaat unsuru daha güçlüdür.²⁷²

Kira akdinde meclis muhayyerliğinin geçerliliği kabul edildiğinde sözleşmenin hükmünün başlangıç anı hakkında iki vecih vardır: Bir veche göre muhayyerliğin sona erdiği andan itibaren sözleşme hükümleri yürürlüğe girer. Bu yaklaşımın temel sebebi, akit anından itibaren hükümlerin başlatılmasının menfaatlerin muhayyerlik süresince kullanılamaması sebebiyle hem kiraya verenin hem de kiracının mebî‘den faydalanmasını işlevsizleştiriyor olmasıdır. Bu yaklaşıma göre kiraya veren mebî‘ muhayyerlik esnasında

²⁶⁹ Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 406.

²⁷⁰ Nevevî, *Minhâcü’l-tâlibîn*, s. 99.

²⁷¹ Hatta selem akdinde olduğu gibi iş sözleşmesinde de mecliste bedelin kabzı gereklidir. Bkz. Râfi‘, *Fethü’l-azîz*, VIII, 300.

²⁷² Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 406.

bir başkasına kiralamak isteyebilir. Ancak Cüveynî, teorik olarak bu tür bir kira işleminin kıyas yoluyla mümkün olmasına karşılık pratikte buna cevaz verenin olmayacağını ifade etmektedir. El-esah olan vecih sözleşmenin hükmünün akit anından itibaren başlaması yönündedir.²⁷³ Hanbelî mezhebine göre iş sözleşmesinde ve süresi akit anından itibaren başlasa bile kira akdinde meclis muhayyerliği geçerlidir. Çünkü icâre -özellikle insan icâresi- bey‘ akdinin bir türü olarak kabul edilir.²⁷⁴

El-esah olan veche göre müsâkât (bahçe-emek ortaklığı) sözleşmesinde meclis muhayyerliği kesinlikle geçerli değildir. Müsâkât akdi, söz konusu hüküm ve bu hükmün gerekçesi bakımından icâre akdi ile benzerlik gösterir. Zira bu sözleşmede tarafların neticede ne elde edecekleri tam olarak bilinmediğinden fahiş bir garar söz konusudur. Az yukarıda ifade edildiği gibi bünyesinde garar barındıran bir sözleşmeye ilave garar eklenmesi caiz değildir.²⁷⁵ Hanbelî mezhebinde de hâkim olan görüşe göre müsâkât akdinde meclis muhayyerliği geçerli değildir.²⁷⁶

3. MEŞRUIYETİ

Meclis muhayyerliği meşruiyeti tartışmalı olan bir konudur. Esasen sözleşme hukukunun genel prensiplerine uymamaktadır. Bunun en temel nedeni, herhangi bir ilave olguya gerek olmaksızın sadece irade beyanlarıyla (satım) sözleşmenin bağlayıcı bir şekilde kurulacağı esasına aykırı olmasıdır. Meclis muhayyerliğinin kabulünde fakihler iki gruba ayrılmıştır: Şafîî, Hanbelî, Zahirî fakihlerin teşkil ettiği birinci grup meclis muhayyerliğini benimserken Hanefî, Mâlikî,²⁷⁷ İbâzî fakihlerinin oluşturduğu ikinci grup ise meclis muhayyerliğini kabul etmemişlerdir.²⁷⁸ Muhayyerliği meşru gören tarafın temel dayanağı, konuyla ilgili farklı lafızlarla rivayet edilen hadis ve hadiste bahsi geçen

²⁷³ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 300; Nevevî, *el-Mecmu‘*, IX, 178; Nevevî, *Minhâcü't-tâlibîn*, s. 99; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 406.

²⁷⁴ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 48; Buhûfî, *Keşşâfü'l-kına*, VII, 411.

²⁷⁵ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 299-301; Nevevî, *el-Mecmu‘*, IX, 178; Nevevî, *Minhâcü't-tâlibîn*, s. 99; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 406.

²⁷⁶ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 49-50; Buhûfî, *Keşşâfü'l-kına*, VII, 412.

²⁷⁷ Malikîlerden İbn Habîb es-Sülemî ile İbn Abdülberr de meclis muhayyerliğini benimseyen fakihler arasındadır. Bkz. Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 81.

²⁷⁸ Sahabe, tâbiîn ve tebeu't-tâbiîn alimleri ile diğer bazı mezheplerin ve fakihlerin meclis muhayyerliğine ilişkin görüşleri için bkz. Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 121-125; Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 81-82; Hasan Ali Abdullah Ebû Yahyâ, “Meşrûiyyetü hıyârî'l-meclis fi'l-fikhi'l-islâmî”, *Meceletü's-Serîa ve'l-Kânûn* 38 (2009): 8-9. Meclis muhayyerliğini kabul eden Şîa mezheplerinin meclis muhayyerliğine ilişkin görüşleri için bkz. Ensârî, “Hıyârü'l-meclis”, s. 7; Hafacî, *el-Hıyârâtü'l-kânûniyye*, s. 9-40.

ayrılmanın “fiziksel/bedenî ayrılma” şeklindeki yorumudur. Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler ise meclis muhayyerliğinin esasında bazı temel hukukî prensiplere (el-usûlü’ş-şerîa‘) aykırı olduğunu ileri sürerek söz konusu ayrılmayı “sözlerle ayrılma” olarak yorumlamışlardır.²⁷⁹ Ayrıca her iki görüş sahipleri aşağıda görüleceği üzere diğer bazı naklî ve aklî delilleri öne sürmüşlerdir.

Aşağıdaki alt başlıklarda meclis muhayyerliğini savunanların ve reddedenlerin delilleri delil-itiraz-cevap şeklinde mukâyeseli bir yaklaşımla incelenecektir. Bu bağlamda her bir alt başlık ilgili delillerin sunulması, bu delillere yönelik eleştiriler ve -varsa- eleştirilere verilen cevaplar şeklinde düzenlenecektir. Ancak konunun genişliği ve derinliği göz önüne alındığında tüm delillere burada yer verilmesi mümkün değildir. Bu nedenle burada daha yaygın olan ve konuya ilişkin tartışma noktalarına ışık tutabilecek belli başlı deliller üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede ilgili başlıklarda bazı modern dönem İslam hukukçularının görüşlerine ve yorumlarına yer verilecektir.

3.1. Kabul Edenlerin Delilleri

3.1.1. Naklî Deliller

3.1.1.1. “Mütebâyiân/Beyyiân” Hadisi ve Hadisin Zahir Anlamı

Literatürde “beyyiân/mütebâyiân hadisi” olarak bilinen rivayet, meclis muhayyerliğini savunanların dayanak aldığı temel delildir. Farklı tariklerle ve lafızlarla aktarılan bu hadisin rivayetlerinin hemen hepsinden çıkan ortak anlam “alıcı ve satıcının birbirlerinden ayrılmadıkları sürece muhayyer oldukları, bey‘u’l-hıyârın bu kapsamın dışında tutulduğu” dur.²⁸⁰

Meclis muhayyerliğini savunanlar, hadisin zahir anlamını esas alarak akdin bağlayıcılığının ta‘lik edildiği ve tarafların ayrılmadıkları sürece muhayyer oldukları

²⁷⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 522; Dibâğ, “ru‘ye cedîde”, s. 25.

²⁸⁰ “البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلابيع الخيار” bkz. Buhârî, “Büyû”, 44 (Mustafa Buga tahkikli); Müslim “Büyû”, 43 (Fuad Abdülbaki tahkikli). Hadisin farklı rivayetleri için ayrıca bkz. Buhârî, “Büyû”, 45, 46; Müslim “Büyû”, 44, 45, 46, 47; Ebû Dâvûd, “Büyû”, 53 (Şuayb Arnavut tahkikli); Tirmizi, “Büyû”, 26 (Beşşar Maruf tahkikli); Nesâî, “Büyû”, 11; İbn Mâce, “Ticârât”, 17 (Şuayb Arnavut tahkikli). Hadisin isnatlarına ilişkin detaylı inceme ve değerlendirme için bkz. Ebû Muhammed Zekiyyüddin Abdülazim b Abdülkavî Münzirî, *Hadiüsü’l-mütebâyiayni bi’l-hıyâr ve’l-kelâmu ‘alâ ruvâtihi*, Dimaşk: Dârü’n-Nevâdir, 2011.

hükümünü çıkarmaktadırlar. Onlara göre hadisteki bahsedilen “ayrılma” (teferruk) bedensel ayrılığı ifade etmektedir. Zira “teferruk” kelimesi mutlak olarak kullanıldığında akla ilk gelen ve anlaşılan fiziksel ayrılıktır. Bunun sözler ile ayrılığa yorulması mecazî anlamı öncelemek demektir. Meczâî anlam ise ona delâlet eden ve lafzın hakikî manaya yorulmasına engel teşkil eden bir karinenin varlığı durumunda başvurulanan anlamdır.²⁸¹ Senhûrî bu delilin meclis muhayyerliğini kabul edenlerin temel aldığı en güçlü delil olduğunu belirtir.²⁸²

Meclis muhayyerliğini reddedenler bu delile iki şekilde itiraz etmişlerdir: İlk olarak söz konusu hadisi tevil etmişler; burada geçen “ayrılma” (teferruk) kavramını sözlerle ayrılma olarak, “alım-satım tarafları” (mütebâyian/beyyiân) ifadesini ise “pazarlık yapan taraflar” olarak yorumlamışlardır.²⁸³ İkinci olarak bu hadisin başka hadislerle neshe uğradığını öne sürmüşlerdir.²⁸⁴ Ayrıca söz konusu hadisin farklı lafızlarla nakledildiği ve dolayısıyla “muztarib”²⁸⁵ bir rivayet olduğu için delil olarak kullanılamayacağı şeklinde bir itiraz yöneltilmiştir.²⁸⁶ Bu bağlamda Düreynî, Hanefîlerin ve Malikîlerin görüşünü tercih ettiğini belirttikten sonra görüşünün gerekçelerinden biri olarak, muhayyerliği kabul edenlerin dayanak aldıkları hadisin farklı rivayetlerle ve bir kısmında yer alan bazı fazlalıklarla nakledilmiş olması nedeniyle bu rivayetlerin Hz. Peygamber’in sözlerinin aynısı olduğundan emin olunamayacağını ileri sürer.²⁸⁷ Bu itiraza karşılık olarak farklı lafızlarla nakledilmiş olmasına karşılık herhangi bir zorlama yoruma başvurmadan söz konusu rivayetlerin arasını uzlaştırmamanın mümkün olduğu cevabı verilmiştir. Dolayısıyla lafız farklılıkları sorun teşkil etmez. Bir rivayetin muztarib olarak reddedilmesi için farklı lafızlarının bir araya getirilmesinin imkânsız olması gerekir. Bu hadis içince böyle bir durum söz konusu değildir.²⁸⁸

²⁸¹ El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyârü'l-meclis", s. 170; Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 45-47, 69-71.

²⁸² Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 27.

²⁸³ Aşağıdaki “Mütebâyian/Beyyiân”ın Pazarlık Yapan Taraflar Olarak Yorumu” ile “Teferruk’un Sözlerle Ayrılma Olarak Yorumu” başlıklarına bkz.

²⁸⁴ Aşağıdaki “Mütebâyian/Beyyiân” Rivayetinin Mensûh Oluşu” başlığına bkz.

²⁸⁵ “İçlerinden birini tercihe imkân veren bir sebep veya karine olmaksızın farklı (ihtilâflı) sened ve metinlerle rivayet edilmiş hadis.” Bkz. Ahmet Yücel, “Muztarib”, *DİA*, XXXI, 422.

²⁸⁶ Tehânevî, *İ'lâü's-sünen*, XIV, 22.

²⁸⁷ Düreynî, *Terâdî*, s. 356-358.

²⁸⁸ Ebü'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b Alî b Muhammed İbn Hacer Askalânî, *Fethü'l-bârî bi-şerhi Sahihi'l-Buhârî*, Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1959, IV, 332.

Hadisteki “bey‘u’l-hıyâr hariç” istisna ifadesinin yorumu hakkında üç farklı görüş ortaya konmuştur. Birinci görüşe göre bu ifade gayenin mefhumunun (yani “ayrılma” ile akdin bağlayıcı olacağı hükmünün) istisnasını oluşturur. Bu yoruma göre anlam tarafların ayrılmadıkça muhayyer olduğu, ayrıldıklarında muhayyerliğin sona ereceği ve akdin bağlayıcı hale geleceği; şart muhayyerliğinin koşulduğu akdin ise bunun istisnası olduğudur. Zira böyle bir akitte şart muhayyerliği hükmü devam ettiğinden sözleşme bağlayıcılık kazanmaz. Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler genellikle bu yorumu tercih etmişlerdir. İkinci görüşe göre asıl hükümden (yani tarafların muhayyer oldukları kuralından) istisna yapılmıştır. Söz konusu istisna muhayyerliğin ıskatının ve nefyinin şart koşulduğu akit²⁸⁹ dışında tarafların muhayyer olduklarını belirtir.²⁹⁰

Üçüncü görüşe göre ise mezkûr istisna ile akit tamamlandıktan yani icap ve kabul yapıldıktan sonra ve meclisten ayrılık gerçekleşmeden önce tarafların birbirlerine seçim yapma teklifinde bulunmaları (tahyîr /tehâyür) kastedilmektedir. Bu yoruma göre taraflar birbirine tercih yapma teklifinde bulunur ve sözleşmeyi onaylamayı seçerlerse akit bağlayıcı hale gelir. Dolayısıyla meclis muhayyerliği hükmü sona erer. Muhayyerliğin savunucuları genellikle bu üçüncü yorumu esas almışlardır. Nitekim Nevevî ikinci görüşü zayıf görmüş ve Şâfiî mezhebinde üçüncü görüşün tercihinde ittifak olduğunu ifade etmiştir.²⁹¹

Bâcî (ö. 474/1081), birinci görüşün iki açıdan daha doğru olduğunu belirtmektedir. Öncelikle şer‘î terminolojide “muhayyerliği içeren alım satım” (bey‘u’l-hıyâr) ifadesi ile muhayyerliğin akamete uğraması değil onun varlığının bildirimi (ispat) kastedilir. Ayrıca akdin tamamlanmasından sonra bir tarafın diğer tarafa “onayla veya reddet” şeklinde bir seçim teklif etmesiyle gerçekleşen alım-satımın “bey‘ul-hıyâr” olarak nitelenmesi zorunlu değildir. Çünkü söz konusu teklif akdin tamamlanmasından

²⁸⁹ Aşağıdaki “Muhayyerliği Nefiy Şartıyla Satım (Muhayyerliğin İskatı)” başlığına bkz.

²⁹⁰ Şerefeddin Hüseyin b Muhammed b Abdullah Tîbî, *Şerhu’t-Tibî ala Mişkâtî’l-Mesâbîh: el-Kâşif an hakâiki’s-sünen*, Riyâd: Mektebetü’n-Nizâr Mustafa el-Bâz, 1997, VII, 2120-2121; Ebu Abdullah Şemseddin Muhammed b Yusuf b Ali Kirmânî, *el-Kevâkibü’d-derârî fi şerhi Sahîhi’l-Buhârî*, Beyrut: Dârü İhyâi’t-Türâsî’l-Arabî, 1981, X, 8; Ebû Muhammed Bedreddin Mahmûd b Ahmed b Musa el-Hanefî Aynî, *Umdetü’l-kârî şerhi Sahîhi’l-Buhârî*, Kâhire: İdâretü’t-Tibâati’l-Münîriyye, t.y., XI, 228; Ebü’l-Abbâs Şehabeddin Ahmed b Muhammed Kastallânî, *İrşâdû’s-sârî li-şerhi Sahîhi’l-Buhârî*, Mısır: el-Matbaatü’l-Kübra’l-Âmîriyye, 1905, IV, 45; Ebü’l-Hasan Nureddin Ali b Sultan Muhammed Ali el-Kârî, *Mirkâtü’l-mefâtîh şerhu Mişkâtî’l-mesâbîh*, Beyrut: Dârü’l-Fikr, 2002, V, 1912.

²⁹¹ Bkz. Ebû Zekeriyâ Yahyâ b Şeref b Mürî Nevevî, *el-Minhâc fi şerhi Sahîhi Müslim b. Haccâc*, Beyrut: Dârü İhyai’t-Türâsî’l-Arabî, 1972, X, 174.

sonra meydana gelmektedir. Dolayısıyla Bâcî'ye göre Mâlik'in (ö. 179/795) görüşü esas alındığı takdirde bu satım akdi "bey'u hıyâr" olarak nitelendirilebilir. Çünkü bu durumda muhayyerlik şart koşulmuş ve satım akdi bu şart üzerine kurulmuştur.²⁹²

Hattâbî (ö. 388/998), "bey'u'l-hıyâr" ifadesinin şart muhayyerliğine hamlini fasit bir yorum olarak nitelemektedir. Çünkü dil kuralları açısından olumsuzlamadan (ispat) istisna yapmak olumsuzlama (nefiy), olumsuzlamadan istisna yapmak ise olumsuzlamadır. Birinci görüşe göre (yani şart muhayyerliği olarak yorumlandığında) muhayyerlik ispât edilmiş olmaktadır. Kendisinden istisna yapılan şeyin (müstesna minh) kendisinin tıpkısını ispâtı ise câiz değildir.²⁹³ Tîbî (ö. 743/1343), Hattâbî'nin görüşünü aktardıktan sonra onun bu sözleri derinlemesine düşünmeden sarf ettiğini belirtmektedir. Çünkü Tîbî'ye göre " taraflar ayrılmadıkça" ifadesi, satım akdi bağlayıcı hale geldikten sonra muhayyerliğin nefyini gösteren açık bir delildir. Dolayısıyla burada nefyedilen anlamdan yani muhayyerliğin yokluğundan istisna yapılmıştır.²⁹⁴

İbn Hacer (ö. 852/1449), Leys (ö. 175/791)-Nâfi' (ö.117/735)-İbn Ömer (ö. 73/693) kanalıyla gelen rivayetle istidlal ederek üçüncü görüşü tercih etmiş ve şöyle demiştir: "Leys'in rivayeti bu görüşün tercih edilmesinde gerçekten zahirdir."²⁹⁵ Söz konusu rivayet şu şekildedir: "İki kişi alışveriş yaptıklarında ayrılmadıkları müddetçe muhayyerdirler. Birbirlerine veya biri diğerine seçim teklifinde bulunur ve bu anlaşmaya dayanarak alım-satım yaparlarsa bey' akdi bağlayıcı olur. Dolayısıyla taraflar alım-satım yaptıktan sonra akdi onaylamayı seçmiş oldukları halde ayrılırlarsa bey' bağlayıcı hale gelir."²⁹⁶

Ali el-Hafîf (ö.1978), eserinde meclis muhayyerliğine kısaca değinmekte ve bu bağlamda İbn Hacer'in işaret ettiği hadise yer vermektedir. O, Hanefîlerin "beyyân/mütebâyan" hadisini ikna edici olmayan bir şekilde tevil ettiklerini ve bu konuda Şâfiî ile Ahmed b. Hanbel'in (ö. 241/855) görüşünün isabetli olduğunu belirtmektedir.²⁹⁷ Karadâğî de benzer bir yorumda bulunarak hadisteki "alım-satım

²⁹² Ebü'l-Velîd Süleyman b Halef b Sa'd et-Tüçibî Bâcî, *el-Müntekâ şerhü'l-Muvatta'*, Mısır: Matba'atü's-Saâde, 1914, V, 56.

²⁹³ Ebü Süleyman Hamd b Muhammed b İbrâhim Hattâbî, *Meâlimü's-Sünen: Şerhu Süneni Ebî Dâvûd*, Halep: el-Matbâatü'l-İlmiyye, 1932, III, 120.

²⁹⁴ Tîbî, *el-Kâşif*, VII, 2120-2121. Benzer ifadeler için ayrıca bkz. Kârî, *Mirkâtü'l-mefâtih*, V, 1912.

²⁹⁵ İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 333.

²⁹⁶ Buhârî, "Büyü", 45 ; Müslim, , "Büyü", 44 ; İbn Mâce, *Ticârât*, 17.

²⁹⁷ Hafîf, *Ahkâm*, s. 338.

yaptıktan sonra” ifadesinin muhayyerliğin satım akdi yapıldıktan sonra geçerli olduğuna işaret ettiğini ve dolayısıyla bu hadisin meclis muhayyerliğini savunanların görüşünü destekleyici mahiyette olduğunu ifade etmektedir.²⁹⁸

3.1.1.2. Ebû Berze Rivâyeti

‘Ibad b. Nesib’in naklettiği hadisin metni şöyledir:

Bir gün gazveye çıktık ve bir yerde konakladık. Bu esnada birimiz köle karşılığında bir at sattı. Sonra gündüzün geri kalanında ve gece boyunca beraber kaldılar. Sabah olunca alıcı kalktı ve atına semer vurmak için ilerledi. Satıcı ise pişman olmuştu. Atını sattığı adamın yanına giderek akdi feshetmek için tartışmaya başladı. Ancak adam atı geri vermeyi reddetti ve “Aramızda Hz. Peygamber’in sahâbîsi Ebû Berze (ö. 65/685 [?]) hakem olsun” dedi. Olayı anlatmak için askeri bölgede bulunan Ebû Berze’nin yanına gittiler. Ebû Berze “Aranızda Allah’ın resulünün hükmü ile hüküm vermemi ister misiniz? Alım satım tarafları birbirinden ayrılmadıkça muhayyerdirler” dedi. Hişâm b. Hasan dedi ki: Cemil, Ebû Berze’nin “birbirinizden ayrıldığınızı görmüyorum” dediğini nakletti.²⁹⁹

Rivayete göre tarafların uzun süre birlikte kalmalarına rağmen akit bağlayıcı hale gelmemiştir. Bu husus, ayrılma gerçekleşmedikçe sözleşmenin bağlayıcı hale gelmediği ve tarafların meclis muhayyerliği hakkının olduğunu göstermektedir. Bu delile karşılık olarak hadisin iki farklı biçimde yorumlanabileceği şeklinde bir itiraz getirilmiştir. İlk olarak hadisin zahirine göre yorumlanması gerektiği söylenmiştir. Buna göre rivayetin bağlamından çıkan zahir anlam tarafların yeme içme, tuvalet ihtiyaçları veya sabah namazı için abdest almak gibi nedenlerle mutlaka birbirlerinden ayrılmış olmaları gerektiğidir.³⁰⁰ Kaldı ki alıcının atına semer vurmak için ayağa kalktığına ilişkin tasrih zaten ayrılmanın gerçekleştiğini söylemek için yeterli bir kanıttır ve mezkûr ihtimalleri düşünmeye gerek bırakmamaktadır. Çünkü alıcının “ayağa kalkması” “İbn Ömer otururken alışveriş yaptığında akdi bağlayıcı kılmak için ayağa kalkardı.”³⁰¹ rivayetine binaen “ayrılma”nın gerçekleştiği anlamına gelmektedir. Bu sebeple Ebû Berze’nin “Sizi ayrılmış olarak görmüyorum!” sözü, bu bedenlerle ayrılma olgusunu dikkate almadığı ve

²⁹⁸ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 1088-1089.

²⁹⁹ Ebû Dâvûd, “Büyû”, 53 ; Bayhakî, “Büyû”, 10438 (Abdülkadir Atâ tahkikli). (Hadisin Metni Ebû Davud’a aittir.)

³⁰⁰ Ebû’t-Tayyib Muhammed Şemsü’l-Hak b Emîr Alî Diyânüvî Azimâbâdî, *Avnü’l-ma’bud şerhu Süneni Ebî Dâvûd*, Beyrut: Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1994, IX, 234; Tayyâr, *Hıyârü’l-meclis ve’l-ayb*, s. 86.

³⁰¹ Tirmizî, “Büyû”, 26.

onun sözlerle ayrılma görüşünü benimsendiğini ifade eder.³⁰² Dolayısıyla Ebû Berze'nin rivayeti İbn Ömer'in yorumu ile teâruz ettiği için delil olarak kullanılamaz (sâkıt).³⁰³ İbn Abdülberri (ö. 463/1071) söz konusu teâruza ilişkin şu değerlendirmede bulunmuştur: "İbn Ömer'in yorumu Ebû Berze'nin görüşünden farklıdır. İbn Ömer Ebû Berze'den daha fakihidir. Onun rivayeti daha sahih (güvenilir) ve hadisi daha sabittir (sağlam). Bu konuda fakihlerin çoğunun itimat ettiği görüş de budur."³⁰⁴

Birinci yorumun sonucu olarak dile getirilen diğer bir yorum Ebû Berze'nin tarafların alışverişin mantığından (konu) ayrılmadıklarını kastetmiş olduğudur.³⁰⁵ Bu yorum, bir önceki paragrafta bahsedildiği üzere tarafların satım akdini tamamladıktan sonra namaz kılmak ve diğer bazı ihtiyaçlarını gidermek için mutlaka kalkmış olacakları (gece ve gündüzü kapsayacak şekilde) bir süre boyunca konaklamış oldukları gerçeğine dayanmaktadır. Şayet akitten sonra muhayyerlik geçerli olsaydı söz konusu eylemlerin muhayyerliği kesintiye uğratması gerekirdi. Dolayısıyla Ebû Berze'nin "“Sizi ayrılmış olarak görmüyorum!” sözünü onun ayrılığı “fiziksel ayrılık” olarak düşünmediğini göstermektedir. Buna göre Ebû Berze'nin sözünden anlaşılan şu olmaktadır: “Siz, birinizin satışı yaptığını iddia etmesine karşılık diğerinizin bunu inkâr etmesiyle ortaya çıkan tartışma sırasında satım akdini tamamlayan³⁰⁶ ve muhayyerliği (yani kabul muhayyerliğini) hükümsüz kılan³⁰⁷ ayrılma ile ayrılmadınız”.³⁰⁸ Bu yoruma göre satım akdi henüz kurulmadığı için taraflardan biri akdi onadığını ileri sürerek diğerini ilzam edemez.³⁰⁹

³⁰² Ebû Ca'fer Ahmed b Muhammed b Selâme Ezdî Hacrî Mısırî Tahâvî, *Şerhu Meânî'l-âsâr*, y.y.: Âlemü'l-Kütüb, 1994, IV, 16; Ebû Ca'fer Ahmed b Muhammed b Selâme et-Tahâvî, *Şerhu Müşkili'l-âsar*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1994, XIII, 276.

³⁰³ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 72.

³⁰⁴ Ebû Ömer Cemâleddin Yusuf b Abdullah b Muhammed İbn Abdilberri en-Nemerî el-Kurtubî, *et-Temhîd limâ fi'l-Muvatta' mine'l-meânî ve'l-esânîd*, y.y.: Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1982, XIV, 26.

³⁰⁵ Ebû Abdullah el-Asbahî el-Himyerî Mâlik b. Enes, *Muvatta': rivâye Muhammed b. Hasan eş-şeybânî*, Kâhire: el-Mektebetü'l-İlmiyye, t.y., s. 277; Ebû Abdillâh Muhammed b Hasen b Ferkad Şeybânî, *el-Hüccet alâ ehli'l-Medîne*, Beyrut: Âlemü'l-Kütüb, 1982, II, 683; Ebû'l-Hasenât Muhammed Abdülhay b Muhammed Leknevî, *et-Ta'likü'l-mümecced ala Muvatta'i'l-İmâm Muhammed*, Dımaşk: Dârü'l-Kalem, 2005, III, 240.

³⁰⁶ Tahâvî, *Meânî'l-âsâr*, IV, 16.

³⁰⁷ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 83.

³⁰⁸ Tahâvî, *Meânî'l-âsâr*, IV, 16; Tahâvî, *Müşkilü'l-âsâr*, XIII, 276.

³⁰⁹ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 82-83.

3.1.1.3. İbn Ömer'in Uygulaması

“Mütebayiân” hadisinin sahâbî râvisi İbn Ömer hadisi kendi eylemiyle pratik olarak yorumlamıştır. Buna ilişkin rivayetler şu şekildedir: “İbn Ömer bir kişi ile alışveriş yaptığı sırada karşı tarafın akdi feshetmemesini³¹⁰ (ikâle) istediği zaman biraz yürür sonra geri dönerdi”.³¹¹ İbn Ömer der ki: “Kurâ Vadisi’nde müminlerin emiri Osmân bin Affân’dan (ö. 35/656) Hayber’deki malı karşılığında bir mal satın aldım. Sözleşmeyi akdettikten sonra malı geri isteyeceği endişesiyle evinden çıkana kadar (hemen) gerisin geriye göndüm. Zira sünnet, tarafların ayrılmadıkça muhayyer oldukları şeklinde idi”.³¹²

Bu delile göre İbn Ömer, rivayet ettiği hadisi en iyi bilen kişidir. Ayrıca o, Hz. Peygamber’in hadislerini en çok araştıran sahabîlerden biridir ve sayılı meşhur Medine fakihlerindendir; hatta Medine müftülerinin önde gelenlerindendir. Bu nedenle hadisin anlamı mutlaka onun yorumladığı şekilde kabul edilmelidir. İbn Ömer’in satım meclisinden kalkma ve evden çıkma davranışlarında tezahür eden uygulaması, hadisten bedenler ile ayrılmanın kastedildiğini ve dolayısıyla satım akdinin ayrılma ile tamamlandığını gösteren bir delildir.³¹³ İbn Hazm (ö. 456/1064) bu sadette muhayyerliği kabul etmeyenleri tenkit etmekte ve onların büyük bir çelişki içinde olduklarını söylemektedir. Çünkü “beyyiân” hadisinin râvileri olan İbn Ömer ve Ebû Berze onu fiziksel ayrılmaya yorarlarken Mâlikîler ve Hanefîler ise onlara muhalefet ederek sözler ile ayrılma olarak yorumlamışlar ve bu iki sahâbînin yorumunu dikkate almamışlardır.³¹⁴ Karadâğî, hadisin söz konusu uygulamalarının sahabe arasında yaygınlık kazandığını ve sahabeden hiç kimsenin bunu reddetmediğini, dolayısıyla bu durumun sükût-i icmâ derecesinde görülebileceğini ifade eder.³¹⁵

Muhayyerliği kabul etmeyenler usûlî olarak, sahâbînin tevile muhtemel olan bir nassı tevil etmesinin veya tevillerden birini tercih etmesinin bir başkasını ilzâm eden ve söz konusu tevile mugayir bir tevili seçmekten alıkoyan bir hüccet olmadığını ileri

³¹⁰ Nevevî, *el-Minhâc*, X, 175.

³¹¹ Müslim, “Büyü”, 45.

³¹² Buhârî, “Büyü”, 47; Askalânî, *Fethü’l-bârî*, IV, 336.

³¹³ Nevevî, *el-Minhâc*, X, 175; Tayyâr, *Hıyârü’l-meclis ve’l-ayb*, s. 82; Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 48.

³¹⁴ İbn Hazm’ın çelişki olarak gördüğü örnekler için bkz. Ebû Muhammed b Ali b Ahmed b Saîd ez-Zâhirî İbn Hazm, *el-İhkâm fî usûli’l-ahkâm*, Beyrut: Dârü’l-Âfâki’l-Cedîde, t.y., II, 20.

³¹⁵ Örnek uygulamalar için bkz. Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 1089-1090.

sürmüşlerdir.³¹⁶ Bunun yanı sıra hadisin umumunun râvinin görüşü ile tahsisinin caiz olmadığını iddia etmişlerdir. Zira âmm lafız hüccettir yani kesinlik ifade eder ve ayrıca o Peygamber'e ait bir sözdür. Sahâbî ise kendi görüşüne istinaden tahsis yapmış olabilir. Ancak Peygamber'in sözünün sahabenin görüşü ile reddedilmesi câiz olmaz. Buna karşılık olarak "Sahâbî "bu benim görüşümdür" dememiştir, dolayısıyla bunun şâri' tarafından tevkîfî olarak konulmuş olması muhtemeldir." şeklinde getirilecek bir itiraza, "Sahâbî onun tevkîfî olduğunu söylemediği sürece kendi görüşü olduğu kabul edilmesi vacip olur; bu uzak bir ihtimal değildir, çünkü sahâbî umum ifadenin kıyas ile tahsisini caiz görüyordu." cevabı verilmiştir.³¹⁷ Gengûhî konuyla ilgili ifadeleri esnasında "Nice kendisine hadis ulaşan kimse onu işiten kişiden daha iyi kavrar." hadisi ile istidlal ederek sahâbînin anlayışının hüccet olmadığını söylemiştir.³¹⁸ Hz. Aişe'nin (ö. 58/678) İbn Ömer'in "ölen kişinin ailesinin ağlaması nedeniyle azap göreceği" anlayışını reddetmesi³¹⁹ bu noktada bir delil olarak gösterilmiştir.³²⁰

Bu bağlamda Tahâvî (ö. 321/933), İbn Ömer'in söz konusu uygulamasının delil olarak kullanılmasını kabul etmemiştir. Çünkü hadiste geçen "ayrılma" ifadesinin İbn Ömer için belirsizlik taşıması ve onun ihtiyaten fiziksel ayrılmayı tercih etmiş olması mümkündür. Bunun yanı sıra İbn Ömer, "ayrılma"nın bedensel olmadığını düşünüyor olsa bile karşı tarafın farklı düşündüğünü dikkate alarak akdin bağlayıcı hale gelmesi için tedbirli bir yaklaşım benimsemiş olabilir. Böylece hem kendi görüşüne hem karşı tarafın görüşüne uygun bir şekilde satım akdini tamamlamış ve aleyhine olarak herhangi bir şekilde akdin bozulması ihtimalini ortadan kaldırmıştır.³²¹ Dibâğ, bu yorumun sahabe içerisinde "ayrılma"nın sözlerle ayrılma olarak yorumlanması gerektiğini savunanların var olduğu şeklinde bir varsayım üzerine kurulduğunu, ancak nakledilen hiçbir rivayetin bu varsayımı desteklemediğini belirtmektedir. Aksine, sahâbîden nakledilen rivayetlerin tamamına göre "ayrılma" fiziksel ayrılma olarak anlaşılmıştır.³²²

³¹⁶ Leknevî, *et-Ta'likü'l-mümecced*, III, 237.

³¹⁷ Ebü'l-Velîd Süleymân b Halef b Sa'd et-Tüci'bî Bâcî, *İhkâmü'l-fusûl fî ahkâmî'l-usûl*, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1995, s. 274-275.

³¹⁸ Reşîd Ahmed Gengûhî, *el-Kevkebü'd-dürri alâ Câmi't-Tirmizî*, y.y.: Matbaa'tü Nedveti'l-Ulemâi'l-Hind, 1975, II, 298.

³¹⁹ Müslim, "Cenâiz", 22.

³²⁰ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis.*, s. 74

³²¹ Tahâvî, *Meânî'l-âsâr*, IV, 13.

³²² Dibâğ, "Ru'ye cedîde", s.24.

3.1.1.4. Arâbî (Bedevî) Rivâyeti

Câbir b. Abdullah (ö. 78/697) der ki: “Allah’ın elçisi bir bedeviden bir yük deve yemi satın aldı. Satım akdi kurulduktan (vacip olduktan) sonra Hz. Peygamber “seçim yap!” dedi. Bedevi de “Allah ömrünü uzatsın!” şeklinde cevap verdi.”³²³ Hadisin başka bir varyantında Hz. Peygamber “seçim yap!” dedikten sonra “satım akdi bu şekilde yapılır!” demiştir.³²⁴ Bu rivayet Hz. Peygamber’in satım akdi kurulduktan sonra bedeviye tercih teklifinde bulunduğunu ifade etmektedir. Peygamber’in bu davranışı satım sözleşmesinin kurulmasından sonra taraflar mecliste bulunduğu sürece akdin bağlayıcı olmadığını ve muhayyerliğin varlığını gösteren bir delildir.³²⁵

Bu delile karşılık olarak iki şekilde itiraz getirilebilir. İlk olarak bedevînin akit kurulduktan sonra Peygamber’in seçim yapma teklifinde bulunmasını garipsemesi, Peygamber’in söz konusu davranışının insanlar arasında alışılmış, bilindik muamelelerden farklı olduğunu ve yaygın olarak sergilenmediğini göstermektedir. Aksine, bilinen yaygın uygulama rükünlerini ve şartlarını tamamlayan bir satım akdinin akit meclisinde bağlayıcı olmasıdır. Câbir’in “bey‘ vacip olduğunda...” sözü de buna işaret etmektedir. Dolayısıyla Hz. Peygamber’in bu eylemi, satım akdi tamamlandıktan ve bağlayıcı olduktan sonra bir nezaket ve incelik gösterisi olarak gerçekleşmiştir. Bu davranış Hz. Peygamber’in ahlakında sıkça gözlemlenen (maruf) bir özelliğini yansıtmaktadır. Eğer bu insanlar arasından bildik ve mutad bir uygulama olsaydı, bedevî bu davranışı garip karşılamazdı. Görünen o ki Câbir bu hadisi Hz. Peygamber’in güzel ahlakını ve alışverişteki hoşgörüsünü açıklamak amacıyla zikretmiştir.³²⁶

Bu delile getirilen diğer bir itiraz, mezkur hadisin Beyhâkî’nin (ö. 458/1066) naklettiği rivayetlerinden birinde ziyade olarak “İslâm geldiğinde Hz. Peygamber satım akdinden sonra muhayyerliği teşri‘ kılmıştır.”³²⁷ cümlesinin yer aldığıdır. Bu ifade, satım akdinde bağlayıcılığın asıl muhayyerliğinse arızî olduğu hükmünü teyit etmektedir. İslâm geldiğinde Hz. Peygamber taraflara belirli bir müddet şart koşulan muhayyerliği teşri‘ kılmıştır. Ancak bu; İslâm öncesi dönemde satım akdinin tamamlanmasından önce

³²³ İbn Mâce, “Ticârât”, 18 (2184).

³²⁴ Beyhakî, “Büyû”, 10441.

³²⁵ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 49.

³²⁶ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 74-75.

³²⁷ Beyhakî, “Büyû”, 10445.

muhayyerlik hakkının var olduğu, İslâm’la birlikte ise muhayyerliğin akit bağlayıcı olduktan ve tamamlandıktan sonrası için konulduğu anlamına gelmez.³²⁸

3.1.1.5. Sarf Rivayeti (Sarf Akdindeki Ayrılmaya Kıyas)

Mâlik b. Evs der ki:

“Dinarlarımı bozma isteğiyle etrafıma bakındım. Bu sırada Ömer b. Hattâb’ın (ö. 23/644) yanında bulunan Talha b. Ubeydullâh (ö. 36/656): “Dinarlarını şimdi bize verip daha sonra gel, hizmetçimiz geldiğinde sana onun gümüş karşılığını vereceğiz.” dedi. Bunun üzerine Ömer: “Hayır, Allah’a yemin olsun ki ya gümüşü (peşin) vereceksin ya da dinarları ona iade edeceksin. Çünkü Hz. Peygamber: “Peşin olmaksızın gümüşü altın karşılığı mübadele etmek faizdir. Peşin olmaksızın buğdayı buğday karşılığı değişmek faizdir. Peşin olmaksızın arpayı arpa karşılığı mübadele etmek faizdir. Peşin olmaksızın hurmayı hurma karşılığı değişmek faizdir” buyurmuştur.” dedi.”³²⁹

Hadisin diğer bir rivayetinde, Mâlik b. Evs’in yüz dinarı bozmak istediği, Talha b. Ubeydullah ile pazarlık yaptıktan sonra dinarlarını bozduğu ve Talha’ya teslim ettiği ifade edilmektedir. Bu esnada Talha’nın sözünü işiten Ömer Mâlik’e “Hayır, Allah’a yemin olsun ki ondan (gümüş karşılığını) teslim alıncaya kadar ayrılmayacaksın.” demiştir.³³⁰ Söz konusu rivayetlere göre Hz. Ömer akit tamam olduktan sonra taraflardan birine altını iade etmesini emretmiştir. Bu bağlamda İbn Hazm der ki: “İşte Ömer akit tamamlandıktan ve sözleşme (safka) terkedildikten sonra altını iade etmesini mubah kılmıştır.”³³¹ Maverdî (ö. 450/1058) de satım akdinin muâvaza nitelikli bir akit olduğunu, dolayısıyla sarf ve selem sözleşmelerinde olduğu gibi bu tür akitte de “ayrılma” eyleminin bir etkiye sahip olması gerektiğini belirtmektedir.³³²

Bu delile karşılık olarak söz konusu rivayetin meclis muhayyerliğinin varlığına kesin olarak delâlet etmediği itirazı getirilmiştir. Çünkü sarf akdinde kabzdan önce

³²⁸ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 75.

³²⁹ Müslim, “Büyü”, 79.

³³⁰ Mâlik b. Enes, *Muvatta’*: rivâye Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, s. 289 (817 no’lu hadis).

³³¹ Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Saîd Zahirî İbn Hazm, *el-Muhallâ bi’l-âsâr fî şerhi’l-Mücellâ bi’l-ihtisâr*, Beyrut: Dâru’l-Fikr, t.y., VII, 251.

³³² Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, V, 36. Hadisin meclis muhayyerliği bağlamında ayrıntılı tartışması için bkz. Ebû Abdullah Muhammed b. İdrîs b. Abbas Şâfiî, *el-Ümm*, Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1990, III, 7.

ayrılığın akdi hükümsüz kıldığı hususu icmâ ile kabul görmüştür.³³³ Bu yüzden Mâlik'in rivayetinde Hz. Ömer "Eğer evine girmek için senden izin isterse verme. Sizin için faize düşmenizden endişe ediyorum." demiştir.³³⁴ Ayrıca Mâlik rivayet ile ilgili olarak "Ömer altın ve gümüş ile arpa, buğday ve hurma gibi yiyecek maddelerinin peşinin veresiyesi mukabilinde satılmamasını kastetmiştir. Çünkü ister aynı sınıftan isterse farklı sınıflardan olsun bunların ve benzerlerinin tehiri (veresiye) ve bekletilmesi (vade) câiz olmaz."³³⁵ değerlendirmesinde bulunmuştur. Mâlik'in bu ifadesi, sarfta kabzdan önce ayrılmanın akdi hükümsüz kıldığını ortaya koymaktadır. Halbuki akdi hükümsüz yapan "ayrılma" eyleminin, aynı zamanda akdin bağlayıcılığını kazanmasında etkili olması nasıl mümkün olabilir? ³³⁶

Bu problemi fark eden İbn Hazm, meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlerin sarf akdinde akdin hükümsüz olmasına sebep olan kabz öncesi fiziki ayrılığın, aynı zamanda satım akdinin bağlayıcı sonucunu doğurmasına neden olmasının caiz olmadığı yönündeki itirazını aktardıktan sonra karşı tarafta gözlemlediği bir çelişkiyi dillendirmektedir. Bu bağlamda onların peşin ödemenin ve vadeyi belirlememenin selem akdini ifsat ettiğini, ribevî malların alım-satımında³³⁷ ise akdi geçerli kıldığını ve hatta bu tür akitlerin ancak

³³³ "Sarf akdinde karşılıklı olarak kabz gerçekleşmeden önce tarafların ayrılmaların sarf sözleşmesini ifsat edeceği noktasında icmâ etmişlerdir." Bkz. Ebû Bekr Muhammed b. İbrâhim en-Nisâbü'r İbnü'l-Münzir, *el-İcmâ'*, y.y.: Dârü'l-Müslim, 2004, s. 97 (488. md.).

³³⁴ Malik b. Evs der ki: "Yüz dinarı bozdurmak istedim. Talha b. Ubeydullah bunları almak için beni yanına çağırdı. Uzun süren pazarlıktan sonra benden yüz dinarı aldı, elinde evirdi çevirdi ve "kasadarım Gâbe'den gelinceye kadar bana müsaade et" dedi. Bunu işiten Ömer b. Hattâb: "Vallahi onun yanından karşılığını alıncaya kadar ayrılma" dedi. Çünkü Resûlullah: "Altını gümüşle değiştirmek faizdir. Ancak her ikisi de peşin olursa faiz olmaz. Buğdayı buğdayla değiştirmek faiz olur. Ancak peşin olursa faiz olmaz. Hurmayı hurma ile değiştirmek faiz olur. Ancak peşin olursa olmaz. Arpayı arpa ile değiştirmek faiz olur. Ancak peşin olursa olmaz, buyurdu" dedi." Bkz. Ebu Abdullah el-Asbahî el-Himyerî Mâlik b. Enes, *Muvatta' Tercümesi*, İstanbul: Beyan Yayınları, 1994, III, 201-202; Ebû Abdullah el-Asbahî el-Himyerî Mâlik b. Enes, *Muvatta' : rivâye Yahya b. Yahya el-Leysî el-Endelüsî*, Beyrut: Dârü lhyâi't-Türâsî'l-Arabî, 1985, II, 636 (38 no'lu hadis); "Sizin için faize düşmenizden endişe ediyorum" ifadesinin geçtiği rivayet için bkz. Mâlik b. Enes, *Muvatta' : rivâye Yahya b. Yahya el-Leysî el-Endelüsî*, II, 634-635 (34 ve 35 no'lu hadisler).

³³⁵ İmâm Malik der ki: Biri dinarları (altın paraları) verip dirhemler (gümüş, paralar) alır, sonra bunlar içerisinde düşük kaliteli dirhem bulunca bunu geri vermek isterse sarf akdi temelden bozulur. Dirhemlerin tamamını vererek dinarlarını geri alır. Bunun mekruh olmasının delili, Resûlullah'ın: "Altını gümüşle değiştirmek faiz olur. Ancak peşin olursa olmaz" buyruğu ile Hz. Ömer'in: "Evine girmek için izin istese de verme" sözüdür. Zira pazarlık yerinden ayrıldıktan sonra sadece ayarı düşük dirhemi geri verirse o zaman borçla veya veresiye yapılan pazarlık mesabesinde olur. Bu sebeple mekruhtur ve akid temelden bozulur. Ömer b. Hattab altın ve gümüş ile arpa, buğday ve hurma gibi yiyecek maddelerinin peşinin veresiyesi mukabilinde satılmamasını istemiştir. Çünkü bunlarda, aynı cins veya değişik cinsten de olsa veresiye ve vade caiz değildir. Bkz. Mâlik b. Enes, *Muvatta' Tercümesi*, III, 202; Mâlik b. Enes, *Muvatta' : rivâye Yahya b. Yahya el-Leysî el-Endelüsî*, II, 636.

³³⁶ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 76; Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 105.

³³⁷ İbn Hacer bunu "sarf akdi" olarak belirtir. Bkz. Askalânî, *Fethü'l-bârî*, IV, 332.

bu unsurlarla sahih olduğunu düşündüklerini ifade etmektedir. Dolayısıyla farklı olduğunu ileri sürdükleri sözleşmelerde aslında aynı mantık bulunmaktadır. Şöyle ki sarf akdinde taraflar kabz öncesi aslen ne bir şeye maliktirler ne de sözleşmeyi akdetmişlerdir. Sarf veya bey‘ kapsamına giren başka bir akit olsun taraflar ayrılmadan veya tercih yapmadan önce sözleşme tamamlanmaz. Taraflar sözleşme tamamlanmadan önce fiziksel olarak ayrılırlarsa usulüne ve şartlarına uygun şekilde yapılan akit “ayrılma” ile tamamlanmış olur. Ancak akit usulüne ve şartlarına uygun olarak yapılmamışsa “ayrılma” ile tamamlanacak bir akit söz konusu olmaz.³³⁸

Görüldüğü üzere İbn Hazm, fiziksel ayrılmayı peşin ödemeye ve vadeyi belirlememeye kıyaslamaktadır. Bu kıyasa göre nasıl ki “peşin ödeme” ve “vadeyi belirlememe” selem akdini fasit kılmasına karşılık ribevî malların alım-satımında akdi geçerli kılmaktaysa benzer şekilde “ayrılma” fiili de satım akdini geçerli kılarken karşılıklı kabz öncesi gerçekleşmesi halinde sarf akdini batıl kılmaktadır. İbn Hazm’ın bu kıyası eleştirilmiştir. Çünkü ribevî malların alım-satımında peşin ödemenin şart koşulmasındaki illet ile satım akdinde ayrılmanın şart koşulmasındaki illet birbirinden farklıdır. Ayrıca ribevî malların alım-satımında “peşin ödeme” şartı akdi bağlayıcı kılan bir lüzûm şartı değil, akdi geçerli kılan bir sıhhat şartıdır. Satım akdindeki “ayrılma” şartı ise akdi bağlayıcı kılan ve akit muktezası olarak iki tarafı da bağlayan bir şarttır.³³⁹

Buna ilave olarak İbn Hazm, satımdaki ayrılmayı sarftaki ayrılmaya kıyas etmektedir: “Sizin görüşünüze göre sarf akdinin geçersiz veya geçerli kılınmasında dikkate alınan ayrılma, bedenlerle ayrılmadır. İşte, bu konuyu burada böyle ifade etmiyor musunuz?”³⁴⁰ Tehânevî, bunun “kıyas meal-fârik” olduğunu söylemektedir. Çünkü sarf akdinde kabz öncesi ayrılma faize neden olup akdi ifsat ederken kabz sonrası ayrılma ise akdi bağlayıcı kılmaz ve tamamlamaz. Meclis muhayyerliğindeki ayrılmada ise durum farklıdır. Zira savunucularına göre meclis muhayyerliğindeki ayrılma akdi bağlayıcı kılar ve tamamlar. Dolayısıyla bu iki durum arasında farklılık bulunmaktadır. Ayrıca İbn Ömer hadisindeki alım-satım taraflarının ayrılması, sarf taraflarının ayrılmasına yorulacaksa hadisin teviline Ebû Yusuf’un (ö. 182/798) *el-Emâlî* de belirttiği gibi şöyle denmesi daha uygundur: Taraflardan biri diğerine “Bu malı bana şu kadara sat!” teklifinde

³³⁸ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 245.

³³⁹ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 76-77.

³⁴⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 241.

bulduğunda ve diğer taraf “Sattım.” şeklinde karşılık verdiğinde, müşteri “Satın aldım.” demeden önce meclisten ayrılmadıkları sürece her bir taraf muhayyerdir.³⁴¹ Eğer kabul beyanından önce taraflar ayrılırlarsa icap geçersiz hale gelir. Bu şekilde tamamen sarf akdine benzemektedir. Zira bu durumda kabzdan önce ayrılma sarf akdinin butlanına sebep olduğu gibi kabul beyanından önce ayrılma da icabın hükümsüz olmasına sebep olmaktadır.³⁴²

Tehânevî (ö. 1158/1745’ten sonra) söz konusu yorumun meclis muhayyerliğini kabul edenlerin yorumundan daha uygun olduğunu belirtmektedir. Çünkü şeriatte hükme etki ettiğinde-ittifak edilen “ayrılma”, sarf akdindeki ayrılma değildir. Bu ayrılma kabzdan önce gerçekleşirse akdin fesadına neden olurken kabzdan sonra gerçekleştiği takdirde akdin geçerliliğine bir etkisi olmaz. Hz. Peygamber’den alım-satım taraflarının muhayyerliğine ilişkin nakledilen “ayrılma”, sözlerle ayrılma olarak yorumlandığında kabulden önce gerçekleşen ayrılma icabı hükümsüz kılar. Eğer söz konusu “ayrılma” bedenlerle ayrılmaya yorulursa sarf akdindeki durumun aksine bu ayrılma olayı akdin tamamlanmasını sağlar. Ancak bu yorum üzerinde görüş birliği edilen bir temele dayanmamış olur.³⁴³

Maverdî, sarf akdinde kabz öncesi ayrılmanın akdin bağlayıcılığına değil, feshine etki ettiği görüşüne karşılık olarak bu yorumun yanıltıcı ve kabul edilemez olduğunu ifade eder. Ona göre sarftaki “ayrılma”, satım akdinde olduğu gibi akdin bağlayıcılığı üzerinde etkilidir. Çünkü sarf akdinde sözleşmenin feshine neden olan durum “ayrılma” değil, ayrılma öncesi kabzın gerçekleşmemiş olmasıdır. Taraflar karşılıklı olarak bedelleri kabz ettiklerinde akit sahih hale gelir ancak sözleşme bağlayıcılığını “ayrılma” ile kazanır.³⁴⁴

³⁴¹ Zafer Ahmed et-Tehânevî, *Î'lâü's-sünen*, Karaçi: İdâretü'l-Kur'ân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, 1994, XIV, 18; Ayrıca bkz. Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b Ahmed b Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût*, Mısır: Matba'atü's-Saâde, t.y., XIII, 157.

³⁴² Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 77-78.

³⁴³ Tehânevî, *Î'lâü's-sünen*, XIV,18. Bu esasen Îsâ b. Ebân'ın öne sürdüğü bir delildir. bkz. Tahâvî, *Meânî'l-âsâr*, IV, 13.

³⁴⁴ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, V, 38.

3.1.2. Aklî Deliller

3.1.2.1. Tarafların Maslahatına (İhtiyaç) Uygun Olması

Bu delile göre meclis muhayyerliği tarafların maslahatlarıyla (ihtiyaç) uygunluk arz eden bir hükümdür. Bireyler yeterince düşünmeden ve kapsamlı bir değerlendirme yapmadan aceleyle sözleşme yapabilir ve sonrasında pişmanlık yaşayabilirler. Böyle durumlarda sözleşme bir tarafın yararına olmayabilir veya diğer taraf için haksız sonuçlar doğurabilir. Meclis muhayyerliği bu tür pişmanlığı ve zararları telafi etmek amacıyla konulmuş bir hüküm olup tarafların güvende olmalarını sağlar. İslam hukuku bireylerin menfaatlerini (maslahat) gözeterek bu hükmü belirlemiştir. Meclis muhayyerliği kurumu tarafların karşılıklı rızaya dayalı olarak bir sözleşme ilişkisine girmelerini garanti eder ve şüphesiz tarafların maslahatına hizmet eder.³⁴⁵

Meclis muhayyerliğinin temel amacı (hikmet) olası pişmanlık durumları karşısında tarafların ani ve düşünülmeden yapılan beyanlarından ötürü sorumlu tutulmamalarını sağlamaktır. Böylece taraflara, kararlarını iyice düşünüp değerlendirme imkânının tanındığı geniş bir çerçeve sunulmuş olmaktadır.³⁴⁶ Meclis muhayyerliği, genellikle kısa süreli olmasına karşılık bu konuda belirli bir ihtiyacı karşıladığı için meşru görülmüştür. Ancak süresinin kısalığı dolayısıyla meclis süresince olası bir aldatma veya aldatma durumunun tespit edilmesi güç olabilir. Bu nedenle meclis muhayyerliğinde gözetilen amacın tamamlanması üzere azami olarak üç gün süreyle sınırlanan şart muhayyerliği ortaya konulmuştur.³⁴⁷

Bu delile karşılık olarak söz konusu gerekçenin delili aklî (objektif) olmaktan çıkardığı şeklinde bir itiraz yöneltilmiştir. Çünkü bu gerekçe nihayetinde şâri'e isnat edilmektedir ve bu nedenle meclis muhayyerliği hükmünün sadece bir hikmeti veya açıklaması (talîl) olabilir. Ayrıca usulî olarak bu delilin ortaya koyduğu şey, hükmün zorunlu olmasını (icâb) gerektiren unsurun (muktezâ) var olduğudur. Ancak bu durum tek başına hükmün zorunluluğunu belirlemek için yeterli değildir; ayrıca bir maninin

³⁴⁵ Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 108; Ayrıca bkz. Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, V, 228. Yukarıda “Meclis Muhayyerliğinin Amacı” başlığında izah edilen hususlar ve özellikle İbn Kayyim’in ifadeleri bu kapsamda değerlendirilebilir.

³⁴⁶ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 17; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 522.

³⁴⁷ Ebû Muhammed İzzeddin Abdülazîz b Abdüsselâm b Ebü'l-Kâsım Sülemî İbn Abdüsselâm, *Kavâ'idü'l-ahkâm fi mesâlihi'l-en'âm*, Kâhire: Mektebetü'l-Külliyâti'l-Ezheriyye, 1991, II, 148.

bulunmaması gerekir. Dolayısıyla belirtilen nedenin (muktezâ) varlığı, bir engel olduğu sürece hüküm ortaya koymak için elverişli değildir. Hz. Peygamber'in ümmetine ağır geleceği endişesiyle misvak kullanımını zorunlu kılmaması bu durumun bir örneğidir.³⁴⁸

3.1.2.2. Rızayı Tamamlayan Bir Unsur Olması (Rızaîlik İlkesi)

Muavâza akitlerinin temeli karşılıklı rızaya dayanır. Rıza, bu akitlerin doğurduğu hükümlerin sebebidir. Rıza, sahih bir ihtiyar (hukuki işlemin sebebine yönelik irade) ve akdin sağladığı haklar ile yüklediği borçlar arasındaki dengenin gözetilmesini gerektirir. Muavâza akitleri kurulduğunda ve kesinleştiğinde bağlayıcı hale gelir. Bu yüzden tarafların düşünmek, değerlendirme yapmak ve ölçüp biçmek için geniş bir alana ihtiyaçları vardır: Bu alan da akit meclisidir. Akit meclisinde tarafların kendi durumlarının bilincinde olmaları ve kararlarından tam olarak emin olabilmeleri için icap-kabul öncesi ve sonrası değerlendirme yapmalarına ve kararlarını gözden geçirmelerine imkân tanınır.³⁴⁹

Meclis muhayyerliğini savunanlar bu kurumun rızanın tamamlanmasına ve pekişmesine hizmet ettiğini öne sürerler. Zira meclis muhayyerliği ile taraflara ani olarak ve yeterince düşünmeden verilen kararlardan dönme fırsatı tanınmaktadır. Bu bağlamda bir taraf meclis esnasında verilen kararın aceleyle alındığını fark eder ve akdi devam ettirmek istemezse sözleşmeden cayma hakkına sahip olur. Bu çerçevede, meclis muhayyerliği hükmünün dayanağını bulduğu söz konusu hadis önemli hukukî (teşri'î) bir prensibi vurgulamaktadır. O da karşılıklı rızanın gerçek anlamda sağlanmasının ve sadece icap-kabul beyanlarıyla yetinilmemesinin gerekliliğidir. Nasıl ki ikrah ve tağrir (aldatma) gibi durumlarda yalnızca icap ve kabulün varlığı yeterli görülüyorsa burada da benzer bir durum söz konusudur.³⁵⁰

Bu delile yöneltilen itirazlar ve itirazlara verilen cevaplar ayrı bir delil olarak aşağıdaki bir başlıkta ele alınacaktır.³⁵¹

³⁴⁸ Ensârî, “Hıyârü'l-meclis”, s. 8.

³⁴⁹ Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 181-182.

³⁵⁰ Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 180; Dibâğ, “Ru'ye cedîde”, s. 8.

³⁵¹ Aşağıdaki “Akitlerin Karşılıklı Rıza Üzerine Kurulması İlkesi” başlığına bkz.

3.1.2.3. Diğer Muhayyerliklere Kıyas

Meclis muhayyerliğini kabul edenler onu şart ve görme muhayyerliklerine kıyas etmişlerdir. Şöyle ki kanun koyucu bu muhayyerliklerin hepsinde tarafların pişmanlıktan korunmasını amaçlamaktadır. Ayrıca meclis muhayyerliği kaynağı itibariyle şer'î bir muhayyerliktir ve şart muhayyerliğiyle (asl) kıyaslandığında hükmünün akit sonrasında geçerli olması gereklidir.³⁵²

Cessâs (ö. 370/981), bu delile karşılık olarak şart muhayyerliğinin meclis muhayyerliğinden farklı olduğunu ifade etmiştir. Zira şart muhayyerliğinde muhayyerliği şart koşan tarafın şart koştuğu anda mülkiyetinden bir şeyin çıkmasına rızası olmadığı için şart muhayyerliği caiz kabul edilir. Ayrıca Cessâs, ayıp ve görme muhayyerliklerinde tarafların rızalarının bulunmasının muhayyerliklerin geçerliliğine engel teşkil etmediği ve dolayısıyla meclis muhayyerliğinin de böyle görülmesi gerektiği şeklinde getirilebilecek bir itiraza, bahsi geçen iki muhayyerliğin meclis muhayyerliğiyle bir ilişkisinin olmadığı şeklinde cevap vermiştir. Çünkü görme muhayyerliğinde her iki tarafın da rızası olduğu için bu muhayyerlik mülkiyetini intikalini engellemez. Dolayısıyla onun mülkiyetin intikali üzerinde etkisi yoktur. Aksine, taraflardan her birinin muhayyerliğe rızası olduğu için muhayyerlik bulunmasına rağmen mülkiyet intikal etmiştir. Meclis muhayyerliği ise kabul edenlere göre tarafların temlik konusunda rızalarının olmasına rağmen mülkiyetin intikal etmesini engeller. Çünkü meclis muhayyerliğinin bulunduğu bir akitte başlangıçta icap-kabul yoluyla gösterilen rıza ile akitten sonra (muhayyerliği düşürmek için) tarafların karşılıklı olarak gösterdikleri ikinci rıza aynı derecede kabul edilir. Ancak mülkiyetin intikaline etkisi açısından ayıp ve görme muhayyerliklerinin sözleşmede bulunmaları ile bulunmamaları arasında bir fark yoktur. Dolayısıyla bu muhayyerliklerin konuluş gerekçesi rızanın pekiştirilmesi değildir. Zira icap ve kabul ile izhar edilen rıza zaten varlığını sürdürmekte ve mülkiyetin devrini sağlamaktadır. Bu muhayyerlikler farklı sebeplerle meşru kılınmıştır. Görme muhayyerliğinde alıcının mebûin niteliklerine ilişkin bilgi eksikliği, ayıp muhayyerliğinde ise akit gereği olarak beklenen bazı niteliklerin eksik olması söz konusudur.³⁵³

³⁵² Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, V, 35; Askalânî, *Fethü'l-bârî*, IV, 332.

³⁵³ Ebû Bekr Ahmed b Alî Râzî Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994, II, 223; Ayrıca bkz. Dibâğ, "Ru'ye cedide", s. 9.

3.1.2.4. Örf

Ebû Zehra (ö. 1974), tarih boyunca muvâza akitlerinde akit meclisinin örfî uygulama açısından pazarlık ve alışveriş (ahz-ret) meclisi olarak dikkate alındığını ifade etmektedir. Bu kapsamda taraflar akdettikleri konu üzerinde ısrarcı bir tavır göstererek birbirlerinden ayrılmadıkça akit varlık kazanmış, kesinleşmiş ve pekişmiş sayılmaz. Çünkü akitler sadece beyan edilen (ilkâ) sözler, sahibi adına tescil edilen ifadeler ve kullanılan kelimelerden ibaret değildir. Bunun aksine akit sabit, kesin ve birbirine uygun olan iradelerden müteşekkildir. Akit konusuna ilişkin olarak ısrarcı bir tavır yansıtan her bir unsurun sözleşmede bulunması beklenirken bu konuda tereddüde işaret eden hiçbir unsurun akitte bulunmaması gerekmektedir. Konuya ilişkin rivayetler ve insanların yaygın uygulamasına (örf) göre meclislerin ayrılması, malî muâvaza akitlerinin kesinleştiğinin ve bağlayıcılığa engel teşkil eden tereddüdün sona erdiğinin bir göstergesidir. Bu çerçevede tarafların ayrılmadıkça muhayyer oldukları kabul edilmiştir.

³⁵⁴ Ebû Zehra, tarafların delillerine kısa ve öz bir şekilde yer verdikten sonra ihtiyatî bakış açısını ve örfî uygulamayı temel alarak borç ilişkisinin meclislerin dağılmasıyla tamamlanacağını ve meclis muhayyerliği görüşünün tercihe şayan olduğunu belirtmektedir.³⁵⁵

Eymen ed-Dibâğ, Ebû Zehra'nın öne sürdüğü argümanın güçlü bir argüman olduğunu ancak örfî uygulama açısından meclis muhayyerliğinin her akit yapma durumunda dikkate alınamayacağını ileri sürmüştür.³⁵⁶ Dibâğ, meclis muhayyerliğini ele aldığı çalışmasında söz konusu hadisin zahirî anlamına sıkı sıkıya bağlı kalmadan ve aynı zamanda aşırı zorlama yorumlara başvurmada nasıl anlaşılabilirliğini titizlikle incelemiştir. Bu bağlamda tarafların sunduğu deliller ile bu delillerin delalet yönlerinin (itibâr) haklı ve kuvvetli yanlarının bulunduğunu, dolayısıyla iki görüşün arasını uzlaştırmanın birini diğerine tercih etmekten evla olacağını vurgulamıştır. Çalışmasını “yeni bir bakış açısı” şeklinde başlıklandırarak meclis muhayyerliğinin meşruiyetini

³⁵⁴ Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 181.

³⁵⁵ Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 183.

³⁵⁶ Dibâğ, “Ru'ye cedîde”, s. 10.

kapsamlı bir biçimde ele alıp sonuç olarak, meclis muhayyerliğinin geçerliliğinde örfün belirleyici bir kıstas olarak esas alınması gerektiği çıkarımına ulaşmıştır.³⁵⁷

Buna göre genel olarak malî muâvaza ve özel olarak alım-satım akitlerinde örfî uygulama çerçevesinde meclis muhayyerliğinin geçerli kabul edilmesi gerekecektir. Bilhassa hızlı bir şekilde gerçekleşen günlük ticarî işlemler, meclis muhayyerliğinin uygulama alanı bulduğu muamelelerin başında gelen örneklerdendir. Bu kapsamda ekmek ve yiyecek gıdalarının alım-satımı veya toplu taşıma hizmetlerinin kullanımı gibi konusu yüksek malî değeri haiz olmayan -ki malî işlemlerin çoğu böyledir- işlemler somut örnek olarak verilebilir. Çünkü bu tür işlemler genellikle hızlı bir şekilde ve öncesinde uzun bir düşünme süreci olmadan gerçekleştirilir. Ayrıca bu işlemlerde karşılıklı hoşgörü ve aceleyle karar verme eğilimin baskın olması nedeniyle pişmanlık duyma ve dolayısıyla akitten dönme ihtiyacının vukuu sıklıkla rastlanılan bir durumdur. Bu nedenle meclis muhayyerliğinin söz konusu işlemlerde uygulanması rızaîlik ilkesinin tamamlanması işlevini yerine getirmesi açısından önemlidir. Diğer taraftan bu durum hukukî istikrar ilkesine zarar vermez. Çünkü meclis muhayyerliğinin geçerliliği konusundaki örfî uygulama, adeta bu konu üzerinde taraflar arasında bir anlaşma varmış gibi değerlendirilir. Nitekim örfî olarak yaygın olan bir hususun sözleşmede açık bir şekilde belirtilmiş gibi kabul edileceği genel bir prensip olarak ifade edilmektedir. Ayrıca bazı uygulamaların insanlar arasında örf haline gelmesi hususundan söz konusu uygulamalar etrafındaki tartışmaları azaltma yönünde yararlanır. Bu bağlamda bahsi geçen işlemlerin basit ve hızlı gerçekleştirilmesi, genellikle mecliste akitten dönme konusunda tarafların toleranslı olmalarını sağlar ve dolayısıyla bu durumlarla ilgili olarak mahkemeye başvurma ihtiyacını ortadan kaldırır. Yine meclis muhayyerliği tarafların ilkesel olarak icap ve kabulde bulunduğu, ancak örfî uygulama gereğince akit şartlarının ve ilişkilerinin henüz nihai bir anlaşmaya varılmadığını ve dolayısıyla karşılıklı rızanın tam anlamıyla kesinleşmediğini gösterdiği işlemlerde geçerli kabul edilir. İcap-kabul esnasında akitle ilgili örfî olarak önemli kabul edilen bazı tafsilatın konuşulmaması bu tür durumlara örnek olarak verilebilir.³⁵⁸

³⁵⁷ Dibâğ, “Ru’ye cedîde”, s. 26.

³⁵⁸ Dibâğ, “Ru’ye cedîde”, s. 26-27.

Buna mukabil olarak örfî uygulamanın kesin ve bağlayıcı olarak değerlendirdiği ya da tarafların sarahaten veya zımnen kesin hale geldiğinde ittifak ettiği işlemlerde meclis muhayyerliği uygulama alanı bulmaz. Örneğin yalnızca sözlü irade beyanlarına dayanmayıp tarafların imzalarıyla resmiyet kazandırılan, yazılı olarak kayıt altına alınan ve şahitlerin huzurunda gerçekleştirilerek teyit edilen (tevsik) işlemlerde meclis muhayyerliği geçerli değildir. Dolayısıyla bu tür işlemlerde akit kurulduktan sonra dönmek caiz değildir. Çünkü bu tür işlemler genellikle tarafların kapsamlı bir düşünme ve değerlendirme süreci sonrasında gerçekleşir. Ayrıca konuları akarlar gibi yüksek malî değere sahip olan sözleşmeleri (safka) kapsar. Dolayısıyla meclis muhayyerliğine ihtiyaç duyulmaz. Aynı şekilde örfî uygulama açısından da bu tür akitlerin yazılı olarak kayıt altına alınmasıyla kesinleşmiş olduğu kabul edilir. Çünkü örfî olarak yaygın olan bir husus sözleşmede şart koşulmuş gibi değerlendirilir. Bu yaklaşımda aynı zamanda hukukî istikrar ilkesinin korunması söz konusudur. Çünkü yazılı olarak kayda geçirilmiş akitler üzerinde nizalara müsaade etmek ve bu tür akitlerden dönmeye imkân tanımak, tarafların yazıya geçirme ve tanık gösterme gibi tevsik yollarına güvenini ortadan kaldırır. Benzer şekilde peşinat/depozito/kaporanın (urbûn) ödenmesiyle gerçekleştirilen bir akitte meclis muhayyerliğinin uygulanmasına gerek yoktur. Çünkü yapılan bu ödeme sözleşmenin pekişmesi, sözleşmeye ilişkin ciddiyetin gösterilmesi ve meclis muhayyerliğinin düşürülmesine yönelik bir anlaşma olduğunu gösteren örfî bir delalettir. Yine uygulamaya başlanmış olan akitlerde de meclis muhayyerliği geçerli değildir. Çünkü böyle bir akitte cayma hakkının tanınması diğer tarafın zarar görmesine neden olur. Örneğin bir kumaş taciri, üzerinde anlaşılan ölçüye göre kumaşı kesmeye başlamışsa bu olayda mecliste alıcıya dönme hakkı tanımak satıcıya zarar verecektir. Çünkü bu durumda alıcının satıcının bu şekilde akdi uygulamaya başlaması üzerine sessiz kalması, onun akdin kesinleşmesine ve meclis muhayyerliğinin düşmesine razı olduğunu gösterir.³⁵⁹

³⁵⁹ Dibâğ, “Ru’ye cedîde”, s. 28. Dibâğ görüşünü desteklemek için çeşitli deliller arz etmektedir. Görüşüne ilişkin daha detaylı bilgi ve sunduğu deliller için bkz. Dibâğ, “Ru’ye cedîde”, s. 26-30. Görünen o ki Dibâğ, bu görüşünü oluştururken teâtî yoluyla yapılan akitlerin hükmüne ilişkin olarak Şâfiî mezhebindeki bazı görüşlerden faydalanmıştır.

3.2. Kabul Etmeyenlerin Delilleri

3.2.1. Naklî Deliller

3.2.1.1. Kur'an'ın (Kitâb) Umum Belirten Ayetleri

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler “mütebâyîân/beyyiân” hadisinin Kur'an'daki bazı umum ifade eden ayetler (yani daha kuvvetli deliller) ile tearuz ettiğini ileri sürmüşlerdir. Bu ayetlerden bazıları şunlardır:

“Karşılıklı rıza ile yapılan ticaret hariç...”³⁶⁰ ayeti, ne mantûkî³⁶¹ ne de mefhûmî³⁶² anlamıyla meclis muhayyerliğinin varlığına delâlet etmez. Alım-satım, borç ilişkisi ve muâmele konularını ele alan ayetlerin tamamı mutlak ifadeler içermektedir. Söz konusu ayetlerde ne “meclis” ne de “ taraflarının bedenleriyle ayrılması” gibi ifadeler yer almaktadır.³⁶³ Ayetin mantûkî anlamından anlaşılan akdin bağlayıcılığının tarafların rızasına bağlı olduğu ve rızanın gerçekleşmesiyle (satım) akdin tamamlandığıdır.³⁶⁴ Tâhir b. Aşûr (ö. 1284/1868) bu ayet bağlamında karşılıklı rızanın sözleşmenin in‘ikadının illeti (menât) olduğunu ve icap-kabul ile karşılıklı rızanın gerçekleştiğini ifade etmektedir. Ona göre mezkûr ayet meclis muhayyerliğini reddeden Mâlik’in görüşüne dayanak teşkil etmektedir.³⁶⁵

Ayetin ilk anlaşılan (zahir) anlamına göre ikinci bir rıza gösterilmesine (tehâyür) bağlı olmadan karşılıklı rızayla yapılan ticaretin ve satım akdinin sırf icap ve kabul, yani ilk rıza ile tamamlandığı ve geçerli olduğudur. Çünkü satım akdi “karşılıklı rıza ile yapılan ticaret” olarak isimlendirilir ve satım akdinde ticaret, icap ve kabulden ibarettir. Bir arada bulunmanın ve ayrılmanın ticaretle herhangi bir ilişkisi yoktur; çünkü bunlar ne sözlük açısından ne de şer’î terminoloji açısından ticaret olarak isimlendirilmez. Ayette

³⁶⁰ “Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin; ancak karşılıklı rızânıza dayanan ticaret böyle değildir...” (Nisa, 29)” Bkz. (Diyanet, Kur'an Yolu Meali)

³⁶¹ “Sözde zikri geçen ve ifade edilen mâna anlamında usûl-i fıkıh terimi.” Bkz. Ferhat Koca, “Mantûk”, *DİA*, XXVIII, 31.

³⁶² “Lafzın sözde zikri geçmeyen mânaya delâlet etmesini ifade eden usûl-i fıkıh terimi”. Bkz. Ferhat Koca, “Mefhûm”, *DİA*, XXVIII, 350.

³⁶³ Ebû Bekr Muhammed b Abdullah b Muhammed Meafirî İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003, I, 523; Ebû Abdullah Muhammed b Ahmed b Ebî Bekr Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, Kâhire: Dârü'l-Kütübi'l-Mısriyye, 1963, V, 155.

³⁶⁴ Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 82; Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 52.

³⁶⁵ Muhammed Tâhir b Muhammed b Muhammed et-Tunusî İbn Aşûr, *Tahrîrü'l-ma'ne's-sedîd ve tenvîrü'l-akli'l-cedîd min tefsîri'l-kitâbi'l-mecîd* (Tunus: ed-Dârü't-Tûnisîyye, 1984), V, 24.

meclisten ayrılma şartı olmadan ve isimler (icap-kabul) başka bir şeye bağlı kılınmadan alıcıya karşılıklı rıza ile yapılan ticaret sonrasında satım konusu maldan faydalanması mübah kılınmıştır. Eğer meclis muhayyerliği geçerli olsaydı satım akdi henüz bağlayıcılığını kazanmamış olacağından şarî‘ mebi‘den faydalanmayı mübah kılmazdı. Bu husus, ayrılma gerçekleşmeden ve ikinci bir rıza gösterilmeden önce mecliste maldan faydalanmanın mübah olduğu sonucu doğurur. Meclis muhayyerliğini şart koşarak buna engel olmak, ayetin zahir anlamının dışına çıkmak ve hatta bu anlamla çelişmek demektir. Bu durumda bir delalet olmaksızın ayet tahsis edilmiş olur.³⁶⁶

İbn Hazm, muhalif görüştekilerin söz konusu ayeti mülkiyetin akit ile intikal ettiğinin delili olarak kullanmalarını eleştirmiştir. Zira söz konusu ayet ile hangi ticaretin mübah ve hangi karşılıklı rızanın mülkiyeti devrettiğini bildiren hadislerin kaynağı aynıdır. Eğer bu kaynak olmasaydı akitler ve ticaret hakkından bir bilimiz olmazdı. Söz konusu kaynak, aynı zamanda “bedenlerle ayrılma” veya “tercih beyanında bulunma” olguları sözleşmeye ekleninceye kadar akdin ne bir bey‘ ne bir ticaret ne de bir karşılıklı rıza olduğu ve ne de mülkiyeti devrettiğini bildirmiştir. Gerçek anlamda satım akdi, ticaret ve karşılıklı rıza durumu bu şekilde olmalıdır.³⁶⁷

Bu bağlamda Tehânevî, ayetteki “karşılıklı rıza” (terâzî) ifadesiyle iki farklı anlamın kastedilmiş olabileceğini belirtmektedir. Buna göre ayette geçen karşılıklı rıza ile ya icap ve kabul sürecinde gerçekleşen rıza durumu ya da meclisten ayrılma veya tercih bildiriminde bulunma sürecine kadar devam eden farklı bir karşılıklı rıza durumunun gerekliliği kastedilmiş olabilir. Eğer birinci anlam savunulacak olursa meclis muhayyerliği geçersiz hale gelir. İkinci anlamın savunulması halinde ise taraflar ayrılmadan veya tercih yapılmadan önce mebi ve semende bulunan tasarruflar hükümsüz kılınmış olur. Bu durumda karşılıklı rıza üzerine yapılan bir ticaret olmadığı için meclis muhayyerliği “insanların mallarını haksız yere yeme” kapsamına girer. Dolayısıyla meclis muhayyerliğinin ayetin anlamına (*medlûl*) aykırı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.³⁶⁸

³⁶⁶ Cessâs, *Ahkâm*, II, 221; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, V, 228; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, VI, 258; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, IV, 528; Ebû Abdullah Muhammed b Ali b Muhammed el-Havlânî el-Yemenî Şevkânî, *Neylû'l-evtâr şerhü Münteka'l-ahbâr*, Mısır: Dârü'l-Hadîs, 1993, V, 21; Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 88; Ensârî, “Hıyârü'l-meclis”, s. 9.

³⁶⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 241.

³⁶⁸ Tehânevî, *İ'lâü's-sünen*, XIV, 12.

Karadâgî, bu delile iki şekilde itiraz getirilebileceğini belirtir: İlk olarak ayette geçen “terâzî” (karşılıklı rıza) ifadesinin icap ve kabulün ittisali olarak yorumlanmasının doğru olmadığını vurgular. Çünkü bu kelime “nekire” (belirsiz) şeklinde kullanılmıştır ve bu kullanım genellikle mahiyetin fertlerinden kâmil bir ferdi ifade eder. Bu durumda ayetin anlamının gerçekleşmesi karşılıklı rızanın tekemmülüyle ve dolayısıyla meclis muhayyerliği hakkının tanınmasıyla mümkün olur. Bu nedenle Taberî (ö. 310/923), ayetin “...akitleştığınız ve karşılıklı rıza göstererek bedenlerinizle ayrıldığınız ticaret hariç...”³⁶⁹ şeklindeki tevilini tercih etmiştir. Bu bağlamda meclis muhayyerliğini kabul edenlere göre ayette bahsi geçen karşılıklı rıza “ayrılma” veya “tehâyür” ile gerçekleşmektedir.³⁷⁰ İkinci olarak, ayette geçen karşılıklı rıza ile icap ve kabul kastedilmiş olsa bile bu hüküm sünnetle tahsis olmuştur. Ayrıca iki tarafın anlaşarak rıza gösterdiği her işlem helal olarak kabul edilmez. Nitekim Hz. Peygamber tarafların karşılıklı rıza göstererek akdettikleri pek çok sözleşmeyi yasaklamıştır. Altının peşin ve eşit miktarlarda olmaksızın altın ile değişiminin yasaklanması buna örnektir.³⁷¹

Diğer bir ayet, “Ey iman edenler, akitlerin (gereğini) yerine getirin (ifâ)...”³⁷² ayetidir. Akit, icap ve kabulden ibarettir. Ayette akitlerin gereğinin yerine getirilmesi emredilmektedir ve bu emir zorunluluk (vücûb) ifade eder. Eğer akit baştan bağlayıcı olarak kurulmasaydı akitlere vefa gösterilmesi zorunlu bir hüküm olmazdı. Ayetten anlaşılan ilk anlam budur. Meclis muhayyerliği ise buna aykırı olarak söz konusu emrin ifasını ötelemektedir. Akit kurulduktan sonra ancak ayrılma gerçekleşmeden önce akitten dönmek sözleşmenin gereğini ifa etmemek demektir.³⁷³ Başka bir deyişle ifa yükümlülüğünün gerekliliği akit ile borcun doğmasını zorunlu kılar. Meclis

³⁶⁹ Ebû Cafer İbn Cerîr Muhammed b Cerîr b Yezid Taberî, *Câmiü'l-beyân fî tefsîri'l-Kur'ân*, Mekke: Dârü't-Terbiyye ve't-Türâs, t.y., VIII, 228.

³⁷⁰ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 522; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, V, 153.

³⁷¹ Karadâgî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 1082. Ayrıca bkz. Muhammed b. İdrîs eş-Şâfiî, *er-Risâle*, Kahire: Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1969, s. 173-174 (483. md.).

³⁷² “Ey iman edenler! Sözleşmeleri yerine getirin. İhramda bulunduğunuz sırada avlanmayı helâl saymamanız şartıyla, size bildirilecek olanlar dışındaki “en‘âm” denen hayvanlar sizin için helâl kılınmıştır. Şüphesiz Allah dilediği gibi hükmeder.” (Mâide, 1) Bkz. (Diyanet, Kur'an Yolu Meali)

³⁷³ Cessâs, *Ahkâm*, II, 22; Ebü'l-Velîd Muhammed b Ahmed b Muhammed Kurtubî İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-muctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Kâhire: Dârü'l-Hadîs, 2004, III, 188; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, VI, 258; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 528; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V, 221; Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 82, 88.

muhayyerliğinin meşru kabul edilmesi ve borç doğumunun meclislerin ayrılması olgusuna bağlanması, sırf akit ile ifa yükümlülüğünün olmadığı anlamına gelir.³⁷⁴

İbn Hazm akitlere vefayı emreden ayetin anlamının tartışma götürmez bir gerçek olduğunu belirtir. Ancak meclis muhayyerliği hadisine göre satım sözleşmesinin geçerlilik kazanması, tamamlanması ve “akit” olarak kabul edilmesi için tarafların mekândan ayrılması veya tercihlerini beyan etmeleri zorunludur. Bu şart sağlanmadıkça bir akde vefa gösterilmesi gerekmez. Nitekim karşıt görüşte olanlar da akdedilen her bir sözleşmeye vefa göstermenin zorunlu olmadığını kabul etmektedirler. Sözelimi Hanefilere göre gaip bir malın alım-satımında taraflar görme muhayyerliğini düşürme şartı üzerine sözleşmeyi akdetseler bu akit (şart) bağlayıcı olmaz. Benzer şekilde Mâlikî mezhebinde bir kişi bir ürün satın alsa ve meydana gelebilecek hasarlardan sorumlu olmayacağını şart koşarsa bu akit (şart) bağlayıcı olmaz. Dahası zina, içki içme veya teganni üzerine akdedilen sözleşmeler gibi birçok akit ifası caiz olmayan akitlerdir. Bu nedenle bir akde vefa göstermenin zorunlu olması için o akdin isminin ve aynısının “nas” ta belirtilmesi gereklidir.³⁷⁵

Bu ayet bağlamında Senhûrî meclis muhayyerliğini benimsemeyenlerin ileri sürdükleri en büyük delilin, meclis muhayyerliğinin akdin dokunulmazlığı (*hurmetü'l-akd*) prensibini zedelemesi ve bu prensibe aykırı davranmayı gerektirmesi olduğunu vurgular. Çünkü bu görüşü savunanlar akit aşamasında sözleşmenin icap ve kabul ile tamamlanmadığını öne sürmektedirler. Onlar taraflara icaptan dönme ile icabı kabul veya ret hakkı vermekle kalmayıp bunun ötesine geçerek icapçıya ve kabul eden tarafa kabul beyanından sonra sözleşmeden dönme hakkı tanımaktadırlar. Muhayyerliği kabul etmeyenlere göre meselenin temelinde yatan soru şudur: Akit, icap ve kabulün örtüşmesiyle tamamlandıktan sonra sözleşmede şart, ayıp, vasıf veya görme muhayyerliklerinden biri bulunmuyorsa ve sözleşme vekalet gibi dönmenin caiz olduğu akit türlerinden değilse taraflardan birinin karşı tarafın rızası olmaksızın -kısa bir zaman sonra bile olsa- tek taraflı olarak akdi feshetmesi caiz midir? Muhayyerliğin karşıtlarının bunu kabul etmeleri mümkün değildir. Çünkü bu karşı tarafın hakkını iptal ve akdin dokunulmazlığı ilkesini ihlal etmek demektir. Ayrıca eğer muhayyerliğin geçerli olduğu

³⁷⁴ Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 182.

³⁷⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 241-242. İbn Hazm'ın diğer ayetlerle istidlale ilişkin getirdiği ağır eleştiriler için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 242-243

ve dolayısıyla akdin bağlayıcı olmadığı kabul edilirse bu durum söz konusu ayetlerin işlevsizleşmesi anlamına gelir. Çünkü bu ve benzeri ayetlerde akdin dokunulmazlığının korunmasının zorunluluğuna ilişkin açık ifadeler bulunmaktadır.³⁷⁶

Bedrân ve Zühaylî ise meclis muhayyerliğinin söz konusu ayetlerle çelişmediğini ifade etmektedirler. Onlara göre “ifâ” ayetinde bahsedilen akitler, muhayyerliklerin bulunmadığı lazım akitlerdir. Şart muhayyerliği içeren akitlerin feshedilebilmesi bunun delilidir. Meclis muhayyerliği “karşılıklı rıza” ayetiyle de çelişmez. Çünkü meclis muhayyerliği karşılıklı rızanın tamamlanması ve pekişmesi için meşru kılınmıştır. Onlara göre tercihe şayan olan görüş meclis muhayyerliğinin geçerli olduğudur.³⁷⁷

Bir başka ayet, “Alışveriş yaptığınızda şahit tutun...”³⁷⁸ ayetidir. Ayette akit yapıldıktan sonra niza çıkmaması ve sözleşmenin tevsiki için alışverişte şahit tutulması emredilmiştir. Meclis muhayyerliğinin kabul edilmesi halinde ayetin anlamı geçersiz hale gelir. Satım akdinin muhayyerlikten önce sırf icap ve kabul ile meydana geldiği, bir başka deyişle satım akdinin icap ve kabulden sonra muhayyerlikten önce “bey” olarak isimlendirildiği tartışma götürmez bir gerçektir. Eğer muhayyerlik geçerli olsaydı sözleşmeyi teyit (tevessuk) için şahitliğe ihtiyaç olmazdı. Dolayısıyla ayetin varlığı bir anlam ifade etmezdi. Çünkü şahitlik ya ayrılığın gerçekleşmesinden önce ya da sonra yapılabilir. Eğer ayrılık gerçekleştikten sonra şahitlik yapılırsa bu durumda şahitlik akdin bağlayıcılığını kazanmasından ve tamamlanmasından sonra yapılmış olur ki bu da emredilene uygun bir şahitlik olmaz ve şahitliğin anlamsız hale gelmesine neden olur. Ayrılma gerçekleşmeden önce şahitlik yapılması ise yerinde yapılan bir şahitlik olmayacağından meclis muhayyerliğini savunanlara göre mümkün değildir. Çünkü akit henüz meydana gelmemiştir. Ayrıca akdin bağlayıcı hale geldiğine ve mülkiyetin devredildiğine tanıklık yapılması için şahitliğin akdin bağlayıcılığını kazanmasından sonra gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi takdirde şahitlik bir anlam ifade etmez. Dolayısıyla şahitlik icap ve kabulün tamamlandığı aşamada yapılmalıdır.³⁷⁹ Akdin

³⁷⁶ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 28, 36.

³⁷⁷ Bedrân, *Nazariyyetü'l-mülk ve'l-ukûd*, s. 547; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 3105-3106.

³⁷⁸ “...Alışveriş yaptığınızda şahit tutun. Kâtip de şahit de zarar görmesin...” Bkz. (Diyanet, Kur'an Yolu)

³⁷⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, VI, 258; İbn Hacer, *Fethü'l-Bârî*, IV, 330; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, IV, 528; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, V, 22; Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 83, 88, 89; Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 52. Cessâs söz konusu ayetler bağlamında meclis muhayyerliğini ayrıntılı bir şekilde ele almaktadır. Bkz. Cessâs, *Ahkâm*, II, 220-228

bağlayıcı olmaması ve meclis muhayyelliğinin geçerli olması bahsi geçen ayetlerin hükümlerinin iptal edilmesi anlamına gelir.³⁸⁰

İbn Hazm, söz konusu ayette meclis muhayyerliğinin geçersizliğine ilişkin açık bir ifade (nas) ve delil olmadığını ifade etmektedir. Ona göre ayette alım-satım yaparken şahitliğin gerekli olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu ayet ile “ayrılma” ve “tahyîr” (tercih teklifi) olmadan aslen bir bey‘ akdinin gerçekleşmediğini belirten hadis aynı kaynaktan gelmektedir. Dolayısıyla söz konusu ayette “ayrılma” veya “tahyîr”den sonra şahit tutulması emredilmiş olmaktadır. Çünkü bu ikisinden biri gerçekleşmeden önce taraflar arasında aslen bir alım-satım ilişkisi yoktur.³⁸¹ Maverdî, şahitliğin “ayrılma”nın gerçekleştiği anla eş zamanlı olarak yapılabileceğini söylemektedir.³⁸² Ayrıca satım akdinde şahitlik yapmak Hanefî ve Mâlikîlere göre vacip değil, mendûbtur. Dolayısıyla bu ayet onlar için delil teşkil etmez.³⁸³

İbn Nüceym (ö. 970/1563), bahsi geçen nasların meclis muhayyerliğinin kabul edilmemesine delil olarak kullanılmasının tartışmaya açık olduğunu ifade eder. Çünkü ayetlerde bahsedilen hususların (şahitlik, akde vefa vs.) ayrılma sonrası için geçerli olması da mümkündür.³⁸⁴ Bunun yanı sıra hikmet sahibi şârî‘, meclis muhayyerliğini teşrî‘ kıldıktan sonra akitten bahsettiği her bağlamda meclis muhayyerliğine de değinmek zorunda değildir. İbn Hazm’ın belirttiği gibi bir nasta yer alan bir hüküm başka bir nasta zikredilmemiş olabilir. Aksi takdirde bu şekilde dinin tüm hükümleri geçersiz sayılabilir.

385

Sonuç olarak meclis muhayyerliğini benimseyenlerin bu delillere yönelttikleri itiraz, esasında mezkûr ayetlerin mutlak ve umum ifade eden ayetler olduğu ve âm lafızların hâs nasları kabul etmeme gerekçesi olamayacağı şeklindedir. Bu bağlamda İbn Abdülber, meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlerin “Ey iman edenler, akitlerin (gereğini) yerine getirin (ifâ)...” ayetini delil olarak kullanmalarının Şâfiîler tarafından eleştirildiğini söylemektedir. Çünkü bu ayet bazı âhâd haberlerle tahsis edilen âmm bir lafızdır. Dolayısıyla yerine getirilmesi gereken akit, Kur’an ve sünnete veya bunlardan

³⁸⁰ İbnü’l-Hümâm, *Fethü’l-kadîr*, VI, 258.

³⁸¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 242.

³⁸² Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, V, 36.

³⁸³ Ensârî, “Hıyârü’l-meclis”, s. 11.

³⁸⁴ İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik*, V, 285.

³⁸⁵ Dibâğ, “Ru’ye cedîde”, s. 11.

birine göre muvafık olan ve sahih kabul edilen akittir. Böyle olmayan bir akde vefa göstermek gerekmez. Nitekim taraflar kabz gerçekleşmeden önce bir satım yapsalar veya faiz içeren ya da sünnette geçersizliği belirtilen ve yasaklanan alım-satılardan birini akdetseler bunlardan birine vefa göstermek vacip olur mu?³⁸⁶

Bu argümana karşılık olarak ayetteki umum ifadesinin kıyasa ve İslâm hukukunun temel ilkelerine uygunluğuyla delil olma bakımında kuvvetlendiği, İbn Ömer hadisinin neshedilmiş olma ihtimalinin bulunduğu ve mezkûr ayrılığın dilin genişliği imkanıyla sözlerle ayrılığa yorulabileceği gibi cevaplar verilebilir. Bu gerekçeler Kur'an'ın umumunun tahsis edilmesine engel olmaya yeterli niteliktedir.³⁸⁷

3.2.1.2. “İstikâle”de Bulunma Endişesiyle Ayrılmanın Yasak Olması Rivâyeti

Rivayetin metni şu şekildedir: “Muhayyerliğin bulunduğu sözleşme (safka) hariç taraflar birbirinden ayrılmadıkça muhayyerdirler. Kişinin, karşı tarafın istikâlede bulunacağı endişesi nedeniyle ayrılması câiz değildir”.³⁸⁸ Bu rivayeti delil olarak kullananlar hadisteki “istikâle” kelimesini “ikâle talebinde bulunma” olarak anlamışlardır.³⁸⁹ Mazerî (ö. 536/1141), bu rivayet hakkında “Zannımca ashâbımızın bu konudaki en can alıcı delili “Bir tarafın ikâle talebinde bulunması (istikâle) endişesi sebebiyle diğer tarafın ayrılması câiz değildir.” hadisini temel almalarıdır.” der.³⁹⁰

Bu hadis meclis muhayyerliğini iki yönden nefyeder. İlk olarak, eğer meclis muhayyerliği bir kurum olarak var olsaydı taraflardan biri ikâle istemeye ihtiyaç duymazdı. Çünkü fesih hakkı zaten meclis muhayyerliği hükmü gereği var olurdu. Dolayısıyla bir taraf neden akit muktezası olarak sahip olduğu bir hakkı istesin? Diğer yandan ikâle isteği genellikle satım akdi tamamlandıktan, bağlayıcı hale geldikten ve mülkiyet intikal ettikten sonra ifade edilir.³⁹¹ Bu nedenle feshin ikâle talebi ile hiçbir alakası yoktur.³⁹²

³⁸⁶ İbn Abdilberr, *Temhîd*, XIV, 15-16; Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 93.

³⁸⁷ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 79-80.

³⁸⁸ Tirmizi, “Büyü”, 26.

³⁸⁹ Cessâs, *Ahkâm*, II, 227.

³⁹⁰ Ebû Abdullah Muhammed b Ali b Ömer et-Temîmî Mâzerî, *el-Mu'lim bi-fevâidi Müslim*, el-Müessesetü'l-Vataniyye li't-Terceme ve't-Tahkîk ve'd-Dirâsât [Beytü'l-Hikme], 1988, II, 255.

³⁹¹ Cessâs, *Ahkâm*, II, 227.

³⁹² Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 53-54.

Muhayyerliği savunanlar ilgili hadisin delil olarak kullanımına sonuç itibariyle üç açıdan itiraz etmişler, karşıt görüştekiler de bu itirazların her birine cevap vermişlerdir. Birinci olarak, hadisin sahih olmadığı ve dolayısıyla delil olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür.³⁹³ Bu itiraza karşılık olarak söz konusu hadisi hadis bilginlerinin delil olarak kabul ettiği şeklinde cevap verilmiştir.³⁹⁴

Diğer bir itiraz, “istikâle” lafzının “fesih tercihi” olarak yorumlanması gerektiği yönündedir. Çünkü eğer gerçekten ikâle talebinde bulunma kastedilseydi söz konusu talep sebebiyle kişi ayrılıktan alıkonulmazdı. Zira ikâle talebinde bulunabilme sadece meclisle sınırlı değildir. Meclis muhayyerliği ise meclis ile sınırlıdır ve ayrılmanın gerçekleşmesiyle sona erer.³⁹⁵ Hadisin başında muhayyerlik ortaya konulmuş ve ayrılma olgusu muhayyerliğin bitiş anı olarak belirlenmiştir. Muhayyerliğe yani akdi feshetme hakkına sahip olan kişinin ikâle talebine ihtiyacı olmadığı açıktır. Ayrıca ayrılmanın ikâle talebinde bulunma üzerinde bir etkisi yoktur. Çünkü ikâle, akit tamamlandıktan ve mülkiyet intikal ettikten sonra tarafların rızasıyla yapıldığından ayrılma gerçekleşikten sonra da mümkündür. Dolayısıyla hadiste geçen “istikâle” lafzının feshe hamledilmesi kaçınılmazdır. Bu durumda hadisin anlamı şöyle olmaktadır: “Bir tarafın, karşı tarafın sözleşmeyi akdettikten sonra pişmanlık duyup fesih bildiriminde bulunma ihtimali endişesiyle ayrılması câiz değildir.” Bu doğrultuda hadiste ayrılmanın helalliğinin olumsuzlanması, onun mekruh olduğu yönünde yorumlanmaktadır. Çünkü bu tür bir davranış Müslümanla güzel muamele ve mürüvvete yakışmayan bir tavır olarak görülür.³⁹⁶

Bu itiraza karşılık olarak söz konusu tevilin çok zayıf bir yorum olduğu eleştirisi getirilmiştir. Çünkü “istikâle” lafzının lugavî ve örfî anlamı ikâleyi taleptir. Fesih ise karşı

³⁹³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 246.

³⁹⁴ Tirmizî, bu hadisi “hasen” hadis olarak nitelemektedir. Bkz. Tirmizî, “Büyü”, 26.; Zehebî bu hadisin isnadında yer alan “Amr b. Şuaybtan, onun babasından, onun dedesinden” şeklindeki rivayet zincirini وعمرُو بن شُعَيْبٍ، عن أبيه، عن جَدِّه أَي: عمرو بن شُعَيْبٍ بن مُحَمَّد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، عن أبيه شُعَيْبٍ، عن جَدِّ شُعَيْبٍ: (عبد الله) hasen hadisin en yüksek mertebeleri arasında zikretmektedir. Bkz. Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b Ahmed b Osman Zehebî, *el-Mukaddimetü 'l-mûkaza fî ilmi mustalahi 'l-hadîs*, Kuveyt: Dârü Rekâiz li'n-Neşr ve't-Tevzî', 2018, s. 55. Ayrıca bkz. Ebû Bekr Muhammed b Abdullah b Muhammed Meafirî İbnü'l-Arabî, *el-Kabes fî şerhi Muvatta'i Mâlik b. Enes*, Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1992, s. 795.

³⁹⁵ Mâverdî, *el-Hâvi 'l-kebîr*, V, 37.

³⁹⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 246; İbn Hacer, *Fethü'l-Bârî*, IV, 331-332; Ebü'l-Fazl Zeynüddin Abdürrahim b. Hüseyin Irâkî, *Tarhû't-tesrîb fî şerhi 't-Takrîb*, y.y.: et-Taba'tü'l-Mısıriyye el-Kadîme, t.y., VI, 152; Ebü'l-U'la Muhammed Abdurrahman b Abdürrahim Mübârekfûrî, *Tuhfetü'l-ahvezî bi-şerhi Câmi'i 't-Tirmizî*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, t.y., IV, 378; Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 85.

tarafın rıza gösterip göstermemesine bakılmaksızın tek taraflı olarak gerçekleştirilen bir işlemdir. Dolayısıyla feshin istikâle ile hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır.³⁹⁷ Ayrıca “istikâle”nin fesih şeklindeki yorumunun esas alınması karşı tarafın hakkının iptal edilmesine neden olur.³⁹⁸ Çünkü kabul icap ile bittiğinde kabul eden tarafın kabulünden dönmesi caiz değildir. Zira bu durumda kabul eden tarafın akitten dönmesi, icabı geçersiz kılarak icapçının iradesine zarar verecektir. Aynı prensip icapçının dönmesi durumunda da geçerlidir.³⁹⁹ Karadâğî, bu delilin *musâdere ala'l-matlûb* ve tartışma konusu olan bir şeyde delil (getirmek) olduğunu söyler. Zira meclis muhayyerliğini savunanlara göre meclis sona ermedikçe veya ikinci bir karşılıklı rıza olmadıkça (tehâyür) bir tarafın hakkı diğer taraf için bağlayıcılık ifade etmez. Dolayısıyla taraflar açısından henüz bağlayıcı bir hak meydana gelmemiştir ki hakkın iptali söz konusu olsun. Bu hakkın bağlayıcılığını kazanması, meclisin sona ermesine veya ikinci karşılıklı rızanın gerçekleşmesine talik edilmiştir.⁴⁰⁰

Bu bağlamda İbn Şâs (ö. 616/1219), bu rivayette fazla olarak varit olan ifadenin (yani “Kişinin, karşı tarafın istikâle yapacağı endişesi nedeniyle ayrılması câiz değildir.” cümlesinin) hadisin başlangıcıyla çelişiyor gözüktüğünü ifade etmektedir. Hadisin zahir anlamını benimseyenlerin bu çelişkiyi izale etmek için “istikâle” lafzını “fesih tercihi” olarak yorumladıkları takdirde kendi anlayışlarına göre “muhayyerlik” (hıyâr) lafzını “istikâle tercihi” olarak yorumlayacaklarını belirtmektedir. Sonuç olarak meydana gelen tearuzdan dolayı iki tevil arasında tercih yapılacağını ve kıyasın kendi görüşlerini desteklediğini söylemektedir.⁴⁰¹ İbn Hacer, “istikâle” lafzının “fesih tercihi” olarak yorumlanmasının “muhayyerlik” lafzının “istikâle tercihi” olarak yorumlanmasından daha açık olduğunu söyleyerek bu çıkarımı eleştirmiştir. Çünkü belirtildiği gibi eğer gerçekten ikâle talebi kastedilseydi kişi ayrılmaktan alıkonulmazdı. Zira ikâle talebinde bulunabilme yetkisi sadece meclis ile sınırlı değildir.⁴⁰²

Mübârek, burada tercih yapacak bir karine olmadığı gerekçesiyle İbn Hacer’in istikâle” lafzının “fesih” olarak yorumlanmasının “muhayyerlik” lafzının “istikâle”

³⁹⁷ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 82.

³⁹⁸ Merginânî, *Hidâye*, III, 23; Babertî, *Înâye*, VI, 257.

³⁹⁹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 1084.

⁴⁰⁰ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 1085.

⁴⁰¹ Ebû Muhammed Celâlüddîn Abdullâh b Necm b Şâs b Nizâr Cüzâmî Sa'dî İbn Şâs, *'İkdül-cevâhiri's-semîne fî mezhebi âlimi'l-Medîne*, Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 2003, II, 691.

⁴⁰² İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 331-332.

olarak yorumlanmasından daha açık olduğu görüşünü reddetmektedir. Ayrıca İbn Hacer'in "Çünkü eğer gerçekten istikâle kastedilseydi o kişi ayrılmaktan alıkonulmazdı. Zira istikâle sadece akit meclisi ile sınırlı değildir." sözünü eleştirmekte ve hadisin sahih anlamının bu konuya ilişkin olarak rivayet edilen "Taraflar alım-satımdan ayrılmadıkça muhayyerdirler." hadisi dikkate alınarak belirleneceğini ifade etmektedir.⁴⁰³ Bu anlama göre icap-kabul beyan edilip satım akdi tamamlanmadıkça taraflar muhayyerdirler. Ancak gerçek anlamda bir muhayyerlik (şart muhayyerliği vs.) varsa ve bu muhayyerlik akdin tamamlanmasından sonra bir, iki veya daha fazla gün sürerse bu durumda taraflar arasındaki anlaşma gereği muhayyerlik süresince bir tarafın, diğer tarafın ikâle talebinde bulunacağı endişesiyle ayrılması caiz olmaz.⁴⁰⁴

Öne sürülen son itiraz, "Kişinin, karşı tarafın istikâle yapacağı endişesi nedeniyle ayrılması câiz değildir." sözünün münker bir lafız olduğudur.⁴⁰⁵ Bu söz sahih olsa bile zahir anlamıyla anlaşılmalıdır. Çünkü müçtehitler satım akdini işler kılmak için ayrılmanın câiz olduğu ve ikâle işleminin tarafların rızasıyla yapılacağı konusunda icmâ etmişlerdir. Bu icmâ, söz konusu rivayeti delil olma bakımından geçersiz kılmaktadır.⁴⁰⁶ Bu itiraza, mezkûr rivayetin hadis bilginlerinin delil olarak kabul ettiği bir isnatla nakledildiği cevabı verilmiştir. Ayrıca ziyade olarak aktarılan rivayetin asıl hadisle çelişmeyecek şekilde sahih bir anlamda yorumlanması, onu reddetmeden önce tercih edilmesi gereken bir yaklaşımdır. Çünkü hasen hadisin en üst mertebeleri arasında kabul edilen bir hadisin reddi, ancak bu hadisin sahih bir şekilde yorumlanmasının imkânsız olduğu durumlarda mümkündür.⁴⁰⁷ Bu bağlamda Cessâs, söz konusu hadisin muhatabın ikâle talebine olumlu cevap vermesinin sünnet (mendûb) olduğuna delalet ettiğini, karşı tarafın ikâle talebine olumsuz cevap vermesinin ise mekruh olduğunu söylemektedir. Bu

⁴⁰³ Ebu Bekr Abdullah b Muhammed b İbrahim İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, Dâru Kunûzi İşbiliye li'n-Neşr ve't-Tevzî', 2015, XII, 401 (378). İbn Hazm rivayetin senedindeki "Eyyûb b. Utbe" isimli ravinin çok zayıf olduğunu ve bu hadisin delil olarak kullanılamayacağını söylemektedir. Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 249. Mübârek, bu hadisin hasen olduğunu söylemektedir. Bkz. Mübarek, s. 83. Zira ona göre Ahmed b. Hanbel mezkûr ravinin güvenilir olduğunu ifade etmiştir. Yahya b. Main de "Onda bir beis yoktur" demiştir. Görülebildiği kadarıyla hadis bilginlerinin bu raviye ilişkin değerlendirmelerinin çoğu olumsuzdur. "Eyyûb b. Utbe" hakkındaki cerh ve tadil değerlendirmeleri için bkz. Ebû'l-Fazl Şehâbeddin Ahmed İbn Hacer el-Askalânî, *Tehzîbü't-Tehzîb*, Hindistan: Matbaa'tü Dâireti'l-Meâ'rifi'n-Nizâmiyye, 1908, I, 408-410.

⁴⁰⁴ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 82-83.

⁴⁰⁵ "Zayıf râvinin güvenilir râviye muhalefeti yüzünden zayıf olan hadis anlamında terim." Bkz. Mehmet Efendioğlu, "Münker", *DİA*, XXXII, 13.

⁴⁰⁶ İbn Abdilberr, *Temhîd*, XIV, 18. Ayrıca bkz. Irâkî, *Tarhû't-tesrîb*, VI, 152.

⁴⁰⁷ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 83.

hüküm açısından ayrılma öncesi ve sonrası farklılık gösterir. Şöyle ki ayrılma sonrasında ikâle talebine olumlu cevap vermemek mekruh değilken ayrılma öncesinde mekruhtur.⁴⁰⁸

3.2.1.3. “Bey‘in Safka veya Muhayyerlik Olması” Rivâyeti

Rivayete göre Hz. Ömer şöyle demiştir: “İnsanlar diyorlar ki: “Ömer yarın ne diyecek?” Bilin ki, bey‘ sözleşme (safka) veya muhayyerliktir...”⁴⁰⁹ Hz. Ömer burada bey‘i iki kısma ayırmıştır. Buna göre satım akdi ya tarafların rızasıyla gerçekleşen ve icap ve kabul ile kurulan sözleşme bey‘idir ya da muhayyerliğinin şart koşulduğu bir bey‘ akdidir. Her iki durumda da meclis muhayyerliği bulunmamaktadır.⁴¹⁰ Başka bir deyişle satım akdi “bağlayıcı olan” ve “muhayyerlik şartından dolayı bağlayıcı olmayan” olmak üzere iki kısımdır. Meclis muhayyerliğinin her bir satım akdinde geçerli olduğunu iddia etmek, söz konusu hadisin ifade ettiği anlamla çelişmektedir.⁴¹¹

Bu delile karşılık olarak söz konusu rivayetin zayıf (mürsel) olduğu ve delil olarak kullanılamayacağı şeklinde bir itiraz getirilmiştir.⁴¹² Bu itiraza karşılık, mürsel hadisin tarikleri taaddüt ettiğinde delil teşkil edeceği yönünde bir cevap verilmiştir.⁴¹³ Ayrıca dile getirilen diğer bir itiraz, hadiste meclis muhayyerliğine değinilmeksizin şart muhayyerliğini içermeyen satım akdinin “safka” olarak isimlendirilmesinin meclis muhayyerliğinin süresinin kısa olmasından dolayı olduğudur. Dolayısıyla meclis muhayyerliği genellikle kısa sürdüğü için meclis muhayyerliğini içeren satıma akdi de “safka” olarak isimlendirilebilir. Bunun yanı sıra Ömer’in sözüne dayanarak Hz. Peygamber’in sözüne aykırı hareket etmek doğru değildir. Çünkü Hz. Peygamber’in sözü (merfu’ hadis) dururken -sahâbî bile olsa- bir başkasının sözü delil olarak kullanılmaz.

⁴⁰⁸ Cessâs, *Ahkâm*, II, 227.

⁴⁰⁹ Şeybânî bu hadisi “meşhur maruf” olarak nitelemektedir. Bkz. Muhammed eş-Şeybânî, *el-Hücce*, II, 691-692. Ayrıca bkz. Ebû Bekr Abdürrezzâk b Hemmâm Abdürrezzâk es-San‘ânî, *el-Musannef*, Beyrut: Darü’t-Te’sîl, 2013, VII, 473 (20); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, XII, 403 (379).

⁴¹⁰ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s.54

⁴¹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 156.

⁴¹² Şâfiî, *el-Ümm*, III, 9. İbn Hazm da bu hadisi birden fazla tarik ile aktardıktan sonra rivayetlerinin mürsel olduğu ve isnadında meçhul bir râvi (hâlik) olduğu gerekçesiyle kabul etmemiştir Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 246. Beyhakî de bu hadisin rivayetlerinin zayıf olduğunu söylemektedir. Bkz. Ebû Bekr Ahmed b el-Hüseyn b Ali Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, Beyrut: Dârü’l-Kütübü’l-İlmiyye, 2003, V, 447 (10454).

⁴¹³ Tehânevî, *İ’lâü’s-sünen*, XIV, 28-29; Muhammed Taki Osmanî, *Tekmiletü fethi’l-mülhim bi-şerhi sahîhi müslim*, Beyrut: Dârü İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî, 2006, VII, 354-355; Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 84.

Nitekim Ömer ona Peygamber'in bir sözü ulaştığında kendi görüşünden dönerdi. Bu bakımdan onun sözünün Peygamber'in sözüne muarız olması mümkün değildir. Diğer taraftan Ömer'in görüşü -oğlu İbn Ömer ve Ebû Berze gibi- diğer bazı sahâbîlerin görüşüyle çeliştiği için delil olarak kabul edilemez.⁴¹⁴

3.2.1.4. **Mebûin Kabzedilmeden Önce Satılmasının Yasak Olması Rivayeti**

Söz konusu rivayet şu şekildedir: “Bir kimse bir şey (buğday) satın aldığı zaman onu teslim alıncaya (istîfâ/kabz) kadar satmasın!”⁴¹⁵ Bu ve benzer anlamdaki ilgili rivayetler, taraflar ayrılmamış olsalar bile kabz sonrası satım akdinin caiz olduğuna ve dolayısıyla meclis muhayyerliğinin bulunmadığına delalet etmektedir. Çünkü meclis muhayyerliği geçerli olsaydı hadiste teslimden bahsedildiği gibi ayrılmaktan da bahsedilirdi.⁴¹⁶ Hadiste kabz sonrası mebûi satmanın caiz olduğu ifade edilmiş ancak ayrılmaya ilişkin bir işaretle bulunulmamıştır. Eğer satıcının meclis muhayyerliği hakkı olsaydı alıcının mebûde tasarrufta bulunması caiz olmazdı.⁴¹⁷

İbn Hazm bu delile karşılık olarak, şahitliği emreden ayetteki duruma benzer bir şekilde “ayrılma” ve “tehâyür” gerçekleşmeden önce taraflar arasında gerçek anlamda bir bey' akdi olmadığını belirtmektedir. Bu durumlardan biri gerçekleşmeden ne alıcı gerçekten satın almış ne de satıcı gerçekten satmış kabul edilir.⁴¹⁸

3.2.1.5. **Peygamber'in “Ayrılma veya Tercih Beyanı” ndan Önce Tasarrufu**

İbn Ömer'in naklettiği rivayet şu şekildedir:

Hiz. Peygamber ile bir yolculukta beraberdik. Babam Ömer'e ait çetin ve genç erkek bir deveye binmişim. Bineğime hâkim olamıyordum ve o kafilenin önüne geçiyordu. Ömer de onu engelliyor ve geriye doğru çekiyordu. Ancak deve tekrar kafilenin önüne geçiyordu. Ömer yine onu engelliyor ve geriye doğru çekiyordu. Bu sırada Hiz. Peygamber Ömer'e

⁴¹⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 11, 12; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 36.

⁴¹⁵ Nesâî, “Büyü”, 55 (4595-4603).

⁴¹⁶ Fahrreddin Osman b Ali b Mihcen Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik fî şerhi Kenzi'd-dekâik*, Kâhire: el-Matba'atü'l-Kübra'l-Emîriyye, 1896, IV, 3; Ebü'l-Velîd Muhammed b Ahmed b Ahmed el-Kurtubî İbn Rüşd, *el-Mukaddimâtü'l-mümehhidât*, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1988, II, 96; El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, “Hıyâr”, s. 171; Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 89.

⁴¹⁷ Cessâs, *Ahkâm*, II, 224.

⁴¹⁸ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 243.

dönerek “Onu bana sat!” dedi. Ömer, “O senindir ey Allah’ın resulü!” diye cevap verdi. Hz. Peygamber tekrar “Onu bana sat!” dedi ve Ömer de deveyi sattı. Allah’ın elçisi bana dönerek “Ey Abdullah, şimdi bu deve senindir. Onunla dilediğini yapabilirsin” dedi.⁴¹⁹

Rivayete göre Hz. Peygamber Ömer’den satın aldığı deveyi ayrılmadan önce meclisteyken Ömer’in oğluna anında hibe etmiştir. Peygamber’in bu davranışı satım akdinin tarafların ayrılmasından önce in’ikad ettiğini ve tamamlandığını gösterir. Çünkü Hz. Peygamber’in “O senindir ey Abdullah!” sözü alışverişin hemen ardından gerçekleşmiştir. Bu aynı zamanda Buhârî’nin (ö. 256/870) hadisten anladığı ve konu başlığında “anında hibe etti” ifadesiyle açıkça vurguladığı anlamdır.⁴²⁰ Eğer meclis muhayyerliği geçerli olsaydı ayrılık gerçekleşmeden veya taraflar tercih bildiriminde bulunmadan Hz. Peygamber hibe tasarrufunda bulunmazdı.⁴²¹ Düreynî, bu delilin meclis muhayyerliğinin kabul edilmemesi yönünde en kuvvetli delillerden biri olduğunu belirtir. Ayrıca muhayyerliği kabul edenlerin bu delile karşılık olarak kendi görüşlerini destekleyen sağlam ve güçlü temellere dayanan bir itiraz getiremediklerini ifade eder.⁴²²

Bu delile farklı açılardan itirazlar yöneltilmiştir. Buhârî’nin görüşüne ilişkin olarak onun ilgili bâbın ikinci hadisi olan İbn Ömer hadisiyle meclis muhayyerliğini ispat etmek istediğinin tartışmaya kapalı bir gerçek olduğu ifade edilmiştir. Ancak Buhârî, yukarıdaki Hz. Peygamber’in sözlü olarak akdın tamamlanmasıyla doğrudan genç devede tasarrufta bulunduğunu belirten hadis ile kendisine karşı gelinmesinden endişe duymuş olmalı ki, gelmesi muhtemel itirazın cevabını önceden aynı başlıkta “bâyi‘ inkâr etmedi...” ifadesiyle vermiştir. Yani bu hibe sözleşmesi satıcının onayı ile gerçekleşmiştir. Bu onay satıcının “akdi onayladım” sözü yerine sükût etmesiyle yapılmıştır.⁴²³ Bu itiraza, söz konusu görüşün Buhârî’ye ait olduğu ancak hadisi zahirî anlamı dışında bir anlamla yorumladığı için kabul edilemeyeceği şeklinde cevap verilmiştir.⁴²⁴

⁴¹⁹ Buhârî, “Büyû’”, 47 (2009).

⁴²⁰ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 55

⁴²¹ Tayyâr, *Hıyârü’l-meclis ve’l-ayb*, s. 90.

⁴²² Düreynî, *Terâdî*, s. 349.

⁴²³ Ebu’l-Abbâs Nâsirüddîn İbnü’l-Münîr el-İskenderânî, *el-Mütevârî alâ ebvâbi’l-Buhârî*, Kuveyt: Mektebetü’l-Muallâ, t.y., s. 241; İbn Hacer, *Fethü’l-bârî*, IV, 335.

⁴²⁴ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 85.

İbn Hazm bu hadisin üç nedenden dolayı meclis muhayyerliğinin reddi için delil teşkil etmeyeceğini söylemektedir: İlk olarak söz konusu olayda ayrılık gerçekleşmemiş olsa da akitten sonra tercih teklifi gerçekleşmiş olmalıdır. Çünkü tercih teklifi satım akdinin sahih olması için gereklidir ve ondan söz edilmemiş olması onun gerçekleşmediği anlamına gelmez. Ayrıca rivayette semen (bedel) de zikredilmemiştir. Dolayısıyla bu hadisi meclis muhayyerliğinin reddi için delil olarak kullananların semen zikredilmeden yapılan satım akdinin caiz olacağını söylemeleri gerekir. Eğer semen zikredilmeksizin yapılan akdin sahih olmayacağı nedeniyle onun mutlaka zikredilmiş olması gerektiği öne sürülürse o zaman ayrılma veya tercih teklifinde bulunmanın da mutlaka gerçekleşmiş olması gerektiği sonucu çıkarılır. Çünkü satım akdi bu unsurlardan biri olmadan aslen ne bey‘ olarak kabul edilir ne de sahih olur. İkinci olarak mezkûr hadisede ayrılma veya tercih teklifinde bulunmanın gerçekleşmediği kabul edilse bile bu hadisenin “Alım-satım tarafları ayrılınca veya tercih teklifinde buluncaya kadar aralarında bey‘ yoktur (yok hükmündedir).” hadisinin irat edilmesinden sonra gerçekleştiği nasıl bilinmektedir? Dolayısıyla söz konusu hadis neshedilmiş olabilir. Üçüncü olarak sahâbî râvî rivayet ettiği hadisi en iyi bilen kişidir. Nitekim bu hadisin râvîsî İbn Ömer, taraflar birbirinden ayrılmadığı sürece satım akdini tamamlanmış olarak görmüyordu.⁴²⁵

İbn Hazm’ın sunmuş olduğu tüm gerekçeler zorlama bir yorum içermesi nedeniyle eleştirilmiştir: İlk olarak “Onu Hz. Peygamber’e sattı, Peygamber de “O senindir ey Abdullah!” dedi.” ifadesinden evveleminde hibenin satım akdinin hemen peşi sıra gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Nitekim konu başlığından Buhârî’nin de bunu anladığı açıkça ortaya çıkmaktadır. İkinci olarak bu olayın “el-beyyiân bi’l-hıyâr” hadisinden önce gerçekleştiği iddiası temelsizdir. Çünkü İslâm öncesi dönemde taraflar ayrılmamış olsa bile satım akdinin bağlayıcı olduğu yaygın ve olağan bir durumdu. Beyhakî’nin rivayet ettiği “Hz. Peygamber nübüvvet öncesinde bir bedeviden deve veya başka bir şey satın aldı. Bey‘ vacip olduğunda Hz. Peygamber ona “seç” dedi...”⁴²⁶ hadisi de buna delâlet etmektedir. Nitekim Peygamber’in bu davranışı insanlar arasında bilinmeyen ve uygulanmayan bir durum olduğundan bedevinin ilgisini çekmişti. İslâm’ın başlangıcında Hz. Peygamber cahiliye dönemindeki fasit alım-satımları ortadan kaldırarak meclis

⁴²⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 247-248.

⁴²⁶ Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 445 (10445).

muhayyerliğini teşri' kıldı. Ancak daha sonra ise onu neshetti. Üçüncü olarak İbn Hazm'ın "sahâbî râvî rivayetini en iyi bilen kişidir" sözüne karşı "iki görüşün arasını uzlaştırmak, birini diğerine tercih etmekten evladır" şeklinde cevap verilebilir.⁴²⁷

İbn Hacer, söz konusu hadisle meclis muhayyerliğine dayanak teşkil eden hadislerin arasını uzlaştırmamanın mümkün olduğunu belirtir. Şöyle ki akitten sonra Hz. Peygamber'in Ömer'in önüne geçmesi veya gerisinde kalmasıyla bir tür ayrılma gerçekleşmiş ve sonrasında hibe işlemi yapılmıştır. Ne var ki hadiste bu yorumu destekleyen bir bilgi olmadığı gibi onu nefyeden bir bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla meclis muhayyerliğine açıkça delalet eden hadisleri bu özel münferit vakıa üzerinden iptal etmeye çalışmak doğru bir yaklaşım değildir. Eğer bu olay "beyyiân" hadisinden önce gerçekleşmişse beyyiân hadisi onun hükmünü iptal eder. Şayet bu olay "beyyiân" hadisin iradından sonra gerçekleştiyse bu durumda Hz. Peygamber'in önceki beyanla (yani "beyyiân" hadisi ile) yetindiği şeklinde yorumlanır. Söz konusu olaydan ise Buhârî'nin anladığı gibi alıcının mebîde tasarrufta bulunması ve satıcının bunun üzerine sessiz kalmasının meclis muhayyerliğini düşürdüğü hükmü çıkarılır.⁴²⁸

3.2.1.6. Bazı Rivayetlerdeki "Üç Defa Tercih Beyanında Bulunma" Fazlalığı

Nesâî'nin (ö. 303/915) aktardığı rivayet şöyledir: "Alım-satım tarafları ayrılınca kadar muhayyerdir. Taraflar alışverişten istediklerini elde eder ve üç kez tercih teklifinde ve beyanında bulunurlar (bulunmalıdırlar)."⁴²⁹ Bu hadise göre meclis muhayyerliğini benimseyenlerin tarafların üç kez tercih teklifinde bulunmalarının zorunlu olduğunu savunmaları gerektiği ileri sürülmüştür. Çünkü hadisten anlaşılan ilk anlam taraflara üç kez tercih teklifinde bulunmalarının emredildiğidir. Emir, ya bir zorunluluğu (vücûb) ya da bir tavsiyeyi (mendûb) ifade eder. Ancak burada üç defa tercih teklifinde bulunmanın zorunlu olduğunu savunan olmadığı için bu davranışın bir tavsiye nitelikli bir emir (mendûb) olduğu sonucu çıkar. Muhayyerliği savunanlar bunun tavsiye nitelikli bir emir olduğunu söylerlerse karışık görüştekiler de genel anlamda tercih teklifinde bulunmamanın muameleyi güzelleştirmek amacıyla konulan tavsiye nitelikli bir emir olduğunu

⁴²⁷ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 85-86.

⁴²⁸ İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 335.

⁴²⁹ Nesâî, "Büyû", 10 (4481).

diyebilmelidirler. İki durum arasında fark olduğunu savunan kişininse bu iddiasını desteklemek için bir delil sunması gereklidir.⁴³⁰ İbn Hazm, söz konusu hadisin mürsel olduğu gerekçesiyle mezkûr ziyadeye itirazlar yöneltmiş ve bu itirazlarına cevaplar verilmiştir.⁴³¹

3.2.1.7. “Mütebâyiân/Beyyiân” Rivâyetinin Mensûh Oluşu

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler meclis muhayyerliğinin bazı rivayetlerle neshedildiğini ileri sürmüşlerdir. Bu bağlamda beş rivayet zikredilmiş ve bunlara bazı itirazlar yöneltilmiştir:

Birincisi, “Her ne zaman iki kişi alım-satım yaparlarsa (ve ihtilafa düşerlerse) satıcının sözü dikkate alınır veya bu alım-satımdan vazgeçerler.”⁴³² hadisidir. Hadise göre taraflar anlaşmazlığa düştüklerinde satıcının sözü esas kabul edilir. Anlaşmazlıkların genellikle akit meclisinde meydana geldiği bilinen bir husustur. Eğer meclis muhayyerliği geçerli olsaydı ihtilafın hükmünü açıklamaya ihtiyaç duyulmazdı. Yani anlaşmazlık durumunda satıcının sözünün esas alınacağı veya vazgeçecekleri ifade edilmezdi. Çünkü sözleşme henüz bağlayıcı hale gelmemiştir.⁴³³ Başka bir deyişle satım sözleşmesi mecliste tamamlanmamış olsaydı taraflar arasında anlaşmazlık olmazdı. Dolayısıyla tarafların anlaşmazlığa düşmesi, satım akdinin mecliste bağlayıcı olarak kurulduğunu gösterir.⁴³⁴ Hadisin başka bir rivayetinde satıcıdan yemin talep edileceği ifade edilmiştir.⁴³⁵ Söz konusu rivayete göre yemin talebinde bulunulması da akdın bağlayıcı olarak kurulduğunu gösterir. Çünkü meclis muhayyerliği geçerli olsaydı akdın feshedilebilmesi için yeterli olurdu ve satıcı yemin etmekle yükümlü olmazdı.⁴³⁶

Muhayyerliği savunanlar mezkûr hadiste akit meclisine, ayrılık durumuna ve ihtilafın satım akdi bağlayıcı hale geldikten sonra meydana geldiğine açık bir şekilde değinilmediğini ve dolayısıyla genel bir ifadenin (âm) kullanıldığını belirtmişlerdir. “El-

⁴³⁰ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 55.

⁴³¹ Rivayete ilişkin tartışmalar ve İbn Hazm’a verilen cevaplar için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 253-254; Tehânevî, *İ'lâü's-sünen*, XIV, 32-37; Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 87.

⁴³² Mâlik b. Enes, *Muvatta': rivâye Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî*, s. 278 (786).

⁴³³ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, III, 188.

⁴³⁴ Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 70; Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 56.

⁴³⁵ Abdüsselâm b Saîd Tenuhî Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, y.y.: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994, III, 223.

⁴³⁶ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, III, 223; İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 330.

beyyiân bi'l-hıyâr” hadisi ise meclis özelinde söylenmiş olup (hâs) söz konusu hadisin beyanı niteliğindedir. Ayrıca “ihtilâfî'l-mütebâyieyn” (tarafların anlaşmazlığa düşmesi) hadisinde semendeki ihtilafın hükmünün açıklanması amaçlanırken “el-beyyiân bil'-hıyâr” hadisinde ise muhayyerliğin sözleşmedeki konumunu belirtmek amaçlanmaktadır. Dolayısıyla muhayyerlik hükmü açısından “el-beyyiân” hadisini esas almak evladır.⁴³⁷ Bu itiraza karşılık olarak hadisin umum ifade ettiğinin kabul edilebileceği ancak onun “el-beyyiân” hadisi ile tahsis edildiğinin kabul edilebilir olmadığı şeklinde cevap verilmiştir. Çünkü “el-beyyiân” hadisinin merfu⁴³⁸ rivayetinde fiziksel ayrılmaya ilişkin sarıh bir ifade yer almamaktadır. Ayrıca “ihtilâf-ü'l-mütebâyieyn” hadisinde semendeki ihtilafın hükmünü bildirmek amaçlanmış olabilir; ancak bu durum hadisten istinbât yoluyla hüküm çıkarmaya mâni teşkil etmez.⁴³⁹

İkincisi, “Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar...”⁴⁴⁰ hadisidir.⁴⁴¹ Bu hadis tarafların sözleşmenin şartlarına bağlı olduklarını açıkça belirtmektedir. Tarafların anlaşarak karşılıklı rızalarıyla belirledikleri ve kendilerini bağlayan şartlara (sözleşme) uymamaları câiz olmaz.⁴⁴² Akit bağlayıcı hale geldikten sonra muhayyer olmak şartı ifsat eder.⁴⁴³

Muhayyerliği savunanlar bu hadisin mutlak bir ifade taşıdığını ve şer‘e aykırı bir hususu şart koşma konusunda delil olarak kullanılamayacağını ileri sürmüşlerdir. Nitekim ilgili hadisin son kısmındaki “...ancak helali haram, haramı helal kılan şart hariç”⁴⁴⁴ ifadesi de bu noktaya işaret etmektedir.⁴⁴⁵ İbn Hazm söz konusu hadisin zayıf olduğunu belirtmiş ve “Allah’ın kitabında olmayan her bir şart batıldır. Allah’ın kitabı daha layıktır ve Allah’ın şartı daha güvenilirirdir.”⁴⁴⁶ hadisiyle istidlal ederek şâri‘in satım sözleşmesi akdedildikten sonra fiziksel ayrılmayı veya tercih bildiriminde bulunmayı şart

⁴³⁷ Ayrıca söz konusu rivayetin münkatı‘ olduğu şeklinde bir eleştiri yöneltilmiştir. Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 98.

⁴³⁸ “Hz. Peygamber’e nisbet edilen söz ve haber anlamında hadis terimi.” Bkz. Abdullah Aydın, “Merfu”, *DİA*, XXVIII, 180.

⁴³⁹ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 8

⁴⁴⁰ Tirmizî “bu hadis hasen bir hadistir” demiştir. Bkz. Tirmizî, “Ahkâm”, 17 (1352).

⁴⁴¹ Mezîkür iki hadisle ilgili olarak Eşheb: “Allah en doğrusunu bilir ancak biz bunun “Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar” ve “Alıcı ile satıcı anlaşmazlığa düştüğünde satıcıdan yemin talep edilir” hadisleriyle neshedilmiş olduğunu düşünüyoruz.” Bkz. Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, III, 223.

⁴⁴² Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 156; Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 57.

⁴⁴³ İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 330; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, V, 221.

⁴⁴⁴ Tirmizî, “Ahkâm”, 17 (1352).

⁴⁴⁵ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 88.

⁴⁴⁶ Buhârî, “Büyü”, 67 (2047).

koştuğunu belirtmektedir. Aksi takdirde bağlayıcı olan bir şartın varlığı söz konusu olmaz.⁴⁴⁷

Üçüncü rivayet şöyledir:

Osmân bin Affân bir adamdan hurma bahçesi satın almak istedi. İkisi arasında pazarlık yapıldıktan sonra Osman istediği fiyatı belirterek adama “elini uzat” dedi. (Râvî dedi ki: Alım-satımı el sıkışma/tokalaşma (safka) ile bağlayıcı kılarlardı (istîcâp)). Satıcı, Osman’a “Hayır, vallahi bana on bin (dirhem) daha verinceye kadar satmayacağım” diye cevap verdi. Bunun üzerine Osman, Abdurrahman b. Avf’a (ö. 32/652) dönerek “Hz. Peygamber’in Allah’ın hoşgörülü satıcı, müşteri, kadı, muktedîyi (müşteki/davacı) cennete sokacağını söylediğini işittim.” dedi. Ardından satıcıya dönüp, “Al sana on bin daha. Hz. Peygamber’den işittiğim bu sözün gereğini yerine getirmek için bunu yapıyorum.” dedi.⁴⁴⁸

Rivayette yer alan “el sıkışma/tokalaşma (safka) ile bağlayıcı kılarlardı” ifadesi, meclis muhayyerliğinin nübüvvet öncesinde ve İslâm’ın ilk yıllarında var olan bir kurum olduğuna işaret etmektedir.⁴⁴⁹

Dördüncü rivayet şu şekildedir:

Hiz. Peygamber nübüvvetten önce bir adamdan deve veya başka bir şey aldı. Bey’ vacip olduğunda (yani icap-kabul yapıldıktan sonra) Hiz. Peygamber adama “seç” dedi. Bedevi ise Hiz. Peygamber’e baktı ve “Allah ömrünü uzatsın! Sen de kimsin?” dedi. İslâm geldikten sonra Hiz. Peygamber satım akdinden sonra muhayyer olmayı teşri’ kıldı.⁴⁵⁰

Hiz. Peygamber’in bu tutumu, Müslümanların birbirleriyle hüsnü muamelede bulunmalarını teşvik ve tavsiye etmek (nedb) amacıyla gerçekleşmiş olup bir zorunluluk (vücûb) anlamı taşımamaktadır.⁴⁵¹ Bedevînin bu durumu garipsemesi de söz konusu tavrın bey’ akdinin bağlayıcılığı ilkesine aykırı olduğunu gösterir. Ayrıca rivayetin sonundaki “İslâm geldikten sonra...” ifadesi, Hiz. Peygamber’in satış işlemi

⁴⁴⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 244.

⁴⁴⁸ İbn Hacer bu hadisin mürsel olduğunu ancak benzer anlamdaki diğer farklı tarik ve lafızlarla aktarılan rivayetlerle birlikte kuvvetli hale geldiğini söylemektedir. Bkz. Ebü’l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. Alî b. Muhammed İbn Hacer Askalânî, *el-Metâlibü’l-âliye bi-zevâidi’l-mesânidi’s-semâniye*, Riyâd: Dâru’l-Âsime, 1998, VII, 181-183 (“Büyu”, 1 (1335-1336)).

⁴⁴⁹ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 58.

⁴⁵⁰ Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 445 (10445). Ayrıca bkz. Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 445 (10441-10444); Tirmizî, “Büyu”, 27 (1249); Abdürrezzâk, *Musannef*, , “Büyu”, 20 (15196).

⁴⁵¹ Ebü’l-Hasan Ali Halef b. Abdülmelik İbn Battâl el-Kurtubî, *Şerhu Sahîh-i Buhârî*, Riyâd: Mektebetü’r-Rüşd, 2003, VI, 243.

tamamlandıktan sonra belirli bir süre içinde muhayyer olma şartının (şart muhayyerliği) koşulmasını câiz kıldığı anlamına gelmektedir.⁴⁵²

Beşinci rivayet şudur:

İbn Ömer dedi ki: “Kurâ Vadisi’nde müminlerin emiri Osmân bin Affân’dan Hayber’deki malı karşılığında bir mal satın aldım. Sözleşmeyi akdettikten sonra malı geri isteyeceği endişesiyle evinden çıkana kadar (hemen) gerisin geriye göndüm. Zira sünnet, tarafların ayrılmadıkça muhayyer oldukları şeklinde idi.⁴⁵³

Mezkûr rivayette İbn Ömer, o dönemde insanların Hz. Peygamber’in tavsiyesini (*nedb*) uyguladıklarını aktarmıştır. Çünkü söz konusu dönemde alım-satımda hoşgörü ve cömertlik göstermek oldukça yaygın bir davranıştı. İbn Ömer de Peygamber’in sünnetini sıkı bir şekilde takip eden (*şedîdil-ittibâ*) bir sahâbî idi. Ancak onun bu olayı aktardığı dönemde bu uygulama terkedilmişti. Eğer meclis muhayyerliği hükmü zorunlu olarak (*vücûb*) konulmuş olsaydı “sünnet... şeklindeydi.” demek yerine “sünnet... şeklindeydi ve ebediyen devam edecektir.” demesi beklenirdi. Ayrıca söz konusu ifade hali hazırda devam etmekte olan bir uygulamayı değil, aksine önceden var olmuş ancak şu an terk edilmiş olan bir uygulamayı belirtmek için kullanılır.⁴⁵⁴ Nitekim bu hadisin bazı rivayetlerinde “O günkü sünnet böyleydi.” şeklinde geçtiği belirtilmiştir. Bu nedenle İbn Ömer’in yaptığı gibi akdi bağlayıcı hale getirmek için gerisin geriye dönmek câiz olarak görülmüştür. Özellikle İbn Ömer’in Hz. Peygamber’in ayrılma gerçekleşmeden önce satıcının (Hz. Ömer) huzurunda genç devesini hibe etmesi olayının muhatabı olduğu göz önüne alındığında, onun da meclis muhayyerliği hükmünün teşvik ve tavsiye (*nedb*) yoluyla konulduğunu anladığı ortaya çıkar.⁴⁵⁵ Dolayısıyla hadisteki “Sünnet... şeklindeydi.” ifadesi, meclis muhayyerliğinin İslâm’ın başlangıcında var olduğuna ancak sonrasında neshedildiğine işaret etmektedir.⁴⁵⁶

İbn Hacer, buna karşılık olarak “Sünnet... şeklindeydi.” ifadesinde meclis muhayyerliğinin süregelmekte olan bir uygulama olduğunu nefyeden bir anlamın olmadığını söylemektedir. Çünkü Eyyüb b. Süveyd tarikinden nakledilen rivayette “Biz alım-satım yaptığımız zaman ayrılma gerçekleşmediği müddetçe her bir taraf

⁴⁵² Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 59.

⁴⁵³ Buhârî, “Büyû”, 47.

⁴⁵⁴ İbn Rüşd, *el-Mukaddimât*, II, 97.

⁴⁵⁵ İbn Battâl, *Şerhu Sahîh-i Buhârî*, VI, 243; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XI, 232.

⁴⁵⁶ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 60.

muhayyerdi. Ben ve Osman alım-satım yaptık...” şeklinde geçmektedir. Bu ifade, söz konusu uygulamanın devam etmekte olduğuna işaret etmektedir.⁴⁵⁷ İbn Rüşd (ö. 520/1126), bu olayın Hz. Peygamber’in vefatından sonra gerçekleştiğini ve Hz. Peygamber’in vefatından sonra neshin mümkün olmadığını ifade ederek bir problem ortaya koymaktadır. Ona göre hadisteki söz konusu ifadenin İbn Ömer’in görüşü olduğu ve “Benim kanaatime göre sünnet böyledi.” şeklinde yorumlanmasıyla bu problem ortadan kalkar. Dolayısıyla İbn Ömer önceleri tarafların ayrılmadıkça muhayyer olacakları şeklindeki görüşünü, taraflar meclisten ayrılmasalar bile satım akdinin söz ile bağlayıcı hale geleceği görüşü ile değiştirmiştir.⁴⁵⁸

Bahsi geçen son üç rivayet hakkında bu rivayetlerin Buhârî ve Müslim başta olmak üzere çoğu hadis kitabında aktarılan ve en sahih senede sahip olan hadisi neshedecek kadar güçlü olmadığı şeklinde bir itirazın dile getirilebileceği ifade edilmiştir. Bu itiraza karşılık olarak, söz konusu hadisin senet bakımından sahih olmasına mukabil bir sonraki başlıkta göreceğimiz üzere manasının Kur’an’ın umumu, bazı hadisler ve temel hukukî ilkeler (şerî‘ asıllar) ile çeliştiği yönünde cevap verilmiştir. Dolayısıyla bu hususların bir araya gelmesiyle hadisin delil gücü zayıflamaktadır. Ayrıca bu rivayetlerin farklı isnatlarla gelmiş olmalarına karşılık hepsinin işaret ettiği müşterek bir anlam bulunmaktadır. Söz konusu ortak anlam, hadisin neshedilmiş olduğunu göstermektedir. Meclis muhayyerliğinin teşrî‘ kılınmasındaki hikmet cahiliye insanların uyguladığı mülânese, münâbeze ve diğer İslâm’ın yasakladığı alım-satımların yanlışlığını ortaya koymaktır. Zira o dönemlerde alım-satım işlemleri sırf dokunma (*lems*), malı çekme/atma (*nebz*) veya çakıl taşıyı atma (*remyü’l-hasat*) gibi fiziksel eylemlerle gerçekleştiriliyordu. Hz. Peygamber ilk olarak satım akdinin bağlayıcılığını kazanmasını meclisten ayrılmaya bağlamıştır. Bu uygulamaların tamamen ortadan kalktığından emin olduğunda satım akdini karşılıklı rızaya bağlı kılarak durumu aslına çevirmiştir. Nitekim Tirmizî’nin

⁴⁵⁷ Ayrıca İbn Hacer, İbn Rüşd’ün *el-Mukaddimât*’ında bu hadise “garip” bir lafız ilave ederek Osman’ın İbn Ömer’e “Sünnet tarafların ayrılmadıkça muhayyer oldukları şeklinde değildir. Bu hüküm neshedilmiştir” sözünü söylediğini iddia ettiğini belirtmektedir. Ancak o, bu fazla ifadenin (ziyade) bir isnadını bulamadığını söylemektedir. Bkz. İbn Hacer, *Fethü’l-bârî*, IV, 336-337. Taramalarımız neticesinde İbn Rüşd’ün eserinde söz konusu ifadeye tesadüf edilememiştir.

⁴⁵⁸ İbn Rüşd, *el-Mukaddimât*, II, 97.

naklettığı “Karşılıklı rıza olmaksızın alım-satımdan ayrılmasınlar.”⁴⁵⁹ hadisi de buna delâlet etmektedir.⁴⁶⁰

İbn Hacer, neshi savunanların şahitliği emreden ayeti⁴⁶¹ de bu kapsamda değerlendirdiklerini belirttikten sonra bunların hiçbirinin delil olarak kabul edilemeyeceğini vurgular. Çünkü nesih ihtimalle sabit olmaz. İki delilin arasını uzlaştırmak mümkün olduğu müddetçe biri diğerine tercih edilmemelidir. Burada zoraki yorumlara başvurmadan söz konusu deliller arasında bir uyum sağlamak mümkündür.⁴⁶² Sözelimi Müslümanın şartlarına bağlı olmakla yükümlü olduğunu belirten hadisin tüm şartları kapsamına almayacağı üzerinde görüş birliği edilen bir husustur. Dolayısıyla hadisin kapsamı Kur'an ve sünnet ile çelişmeyen mübah şartlarla sınırlıdır. Eğer hadisin tüm şartları kapsadığı söylenirse bu zina, içki içme ve faiz gibi şartları da kapsamına alır ve bu şartlar da bağlayıcı hale gelir. Bu tür bir görüşün savunulabileceği düşünülemez. Bu hadis ve benzerleri, mutlak âm ifadeleri içerirken meclis muhayyerliğine ilişkin hadisler ise hâs ifadelerdir. Bu bağlamda uygulanan genel kural “âm ifadenin hâs ifade üzerine mebni kılınacağı” şeklindedir.⁴⁶³ İbn Rüşd de “Alıcı ve satıcının anlaşmazlığı”nın hükmünü belirten hadisin nesih bağlamında kullanılmasının sahih olmadığını ifade etmektedir. Çünkü nesih, birbirine muarız ve uzlaştırılması mümkün olmayan iki rivayet arasında gündeme gelir. Ancak söz konusu hadisin “bedenlerle” ayrılma veya “sözlerle” ayrılmaya yorulması mümkündür. Eğer mutlaka bir neshin gerçekleştiği ileri sürülecekse meclis muhayyerliğinin Medine ehlinin uygulamasına aykırı olmasının neshe delalet ettiği söylenebilir.⁴⁶⁴

⁴⁵⁹ Tirmizî bu hadisi “garip bir hadis” olarak nitelemektedir Bkz. Tirmizî, “Büyu”, 27 (1247). Ayrıca bkz. Abdürrezzâk, Musannef, “Büyu”, 20 (15203).

⁴⁶⁰ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 89.

⁴⁶¹ Ayetin delil olarak kullanılma durumu için yukarıdaki “Kur'an'ın (Kitâb) Umum Belirten Ayetleri” başlığına bkz.

⁴⁶² İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 330.

⁴⁶³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 244; Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 101.

⁴⁶⁴ İbn Rüşd, *el-Mukaddimât*, II, 96-97.

3.2.2. Akli Deliller

3.2.2.1. Temel Hukukî İlkelerle Aykırılık

Meclis muhayyerliği, İslam hukukunun katiyet ifade eden temel prensiplerine (*usûlû's-şerî'a*) aykırıdır. Söz konusu kat'î ilkelere aykırılık teşkil eden ve kesinlik ifade etmeyen (zannî) âhâd haberlerle amel edilmesi sahih değildir. Meclis muhayyerliği konusu, aslında usûl-i fıkıhtaki “haber-i vâhid şeriatın temel ilkelerinden birine aykırı olduğu durumda onunla amel etmek caiz midir, değil midir?” tartışmasına dayanmaktadır. Ebû Hanîfe (ö. 150/767) bunun câiz olmadığını düşünürken Şâfiî câiz olduğunu savunmaktadır. Mâlik ise bu konuda kesin bir görüş belirtmemiştir. Ancak onun itimat edilen ve meşhur olan görüşüne göre eğer söz konusu hadis başka bir genel kaide ile destekleniyorsa onunla amel edilir, aksi takdirde amel edilmez.⁴⁶⁵ Şâtıbî (ö. 790/1388) zannî bir delilin kat'î bir genel kurala (asıl) aykırılığının zannî delilin muteberliğini mutlak olarak düşüreceğini ve bu konunun tartışmaya kapalı olduğunu ifade etmektedir.⁴⁶⁶ Dolayısıyla zannîlik ifade eden bir delil, katiyet ifade eden bir genel kaideye aykırı olduğunda delil olarak dikkate alınamaz. İslâm hukukunda bu prensibin pek çok örneği bulunmaktadır. Hz. Aişe'in İbn Ömer'in ölen kişinin ailesinin ağlamasından ötürü azap çekeceğine dair anlayışını reddetmesi⁴⁶⁷ ve İbn Abbâs'ın (ö. 68/687-688) Ebû Hüreyre'nin (ö. 58/678) ateşin temas ettiği her şeyin abdesti gerekli kılacağına ilişkin görüşünü⁴⁶⁸ reddetmesi bu örnekler arasında yer almaktadır.⁴⁶⁹

Meclis muhayyerliğini savunanlar söz konusu hadisin (haber) başlı başına bir asıl olduğu yani bir genel prensibi ortaya koyduğu ve onun başka bir asla dayanılarak reddedilemeyeceği itirazında bulunmuşlardır.⁴⁷⁰ Zira “beyyân” hadisinin isnadı tüm

⁴⁶⁵ İbnü'l-Arabî, *el-Kabes*, 812; Ancak İbnü'l-Arabî, Tirmizî'nin Süneni'ni şerh ettiği “Ârizatü'l-Ihvezî” isimli eserinde, Mâlik'in prensip (asıl) olarak genel kurala aykırı olan haber-i vâhid ile amel etmediğini söylemektedir. Bkz. Ebû Bekr Muhammed b Abdullah b Muhammed Me'âfirî İbnü'l-Arabî, *el-Mesâlik fi şerhi Muvatta'i Malik*, Beyrut: Darü'l-Garbi'l-İslami, 2007, VI, 76 (8. Dipnot). Ayrıca bkz. Ebû İshak İbrâhim b Musa b Muhammed el-Gıratî Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, Huber: Dârü İbn Affân, 1997, III, 201.

⁴⁶⁶ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III, 188.

⁴⁶⁷ Müslim, “Cenâiz”, 22.

⁴⁶⁸ Tirmizî, “Tehâret”, 58, 59 (79, 80).

⁴⁶⁹ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 60.

⁴⁷⁰ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, XVI, 87.

hadisçilere göre en güvenilir ve sahih isnatlardandır. Nitekim İbn Abdülber bu sadette bilginlerin bu hadisin Hz. Peygamber'den nakledilmiş olup adil râviler tarikiyle rivayet edilen âhâd haberlerin en sahihlerinden (esbet) olduğunda ittifak ettiğini belirtmektedir.⁴⁷¹ Öyle ki İbn Hazm böyle bir isnadın âhâd tarikinden de olsa “ilim” (kesin ve bağlayıcı bilgi) doğuracağını ileri sürmüştür.⁴⁷² Dolayısıyla böyle bir habere ancak bir benzeri haber ile muhalefet edilebilir.

Bu itiraza karşılık olarak verilen yanıt şu şekildedir: Eğer bir haber/hadis kesinlik taşıyan bir şer'î prensip tarafından destekleniyor ve temelde bu prensibe dayanıyorsa o zaman söz konusu haber ilgili prensibin kapsamında ele alınır ve değerlendirilir. Örneğin “Mallarınızı haksız yere yemeyin.” ayeti ile “Zarar vermek de zarara zararlar karşılık vermek de yoktur.”⁴⁷³ hadisi kesinlik taşıyan İslam hukuku prensipleridir. Münâbeze, mülâmeze ve diğer bazı fasit alışveriş çeşitlerini yasaklayan hadisler de bu prensipler tarafından desteklenmekte ve aslında bu prensiplere dayanmaktadır. Dolayısıyla bu anlamdaki hadisler söz konusu kesinlik taşıyan prensiplerin kapsamına dahil olmaktadır. Ayrıca “zarar verme ve zarara zararlar karşılık vermenin yasaklığı” İslam hukukunun hemen tüm tikel olayları ve hükümlerini kapsayan bir anlam taşır. Bu anlam zulmün, gaspın, cana, mala ve ırza karşı ihlalin yasak olduğunu ifade eden genel prensiplerde de bulunur. Tüm bunlar “zarar vermenin ve zarara zararlar karşılık vermenin yasaklığı” anlamını bünyesinde barındırmaktadır. O kadar ki Şâtibî, İslam hukukunda “zarar vermenin ve zarara zararlar karşılık vermenin yasaklığı” anlamının şüphe ve tartışma götürmeyen en genel ve üst düzeydeki bir anlamı (*fî gâyeti'l-'umûm*) temsil ettiğini ifade etmektedir. Bu, âhâd haberlerin dikkatle incelenmesiyle açıkça görülebilir bir husustur.⁴⁷⁴ Yani münferit olayların ve haberlerin tümevarım yöntemiyle incelenmesi sonucunda hepsinin söz konusu kesinlik taşıyan genel prensibe dayandığı ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla bu durumda haber-i vâhid ile amel etmek vacip olur. Ancak böyle olmayan bir haber-i vâhid ile amel etmek vacip olmaz. Kaldı ki eğer söz konusu hadis ve onun

⁴⁷¹ Sözlerinin devamında şöyle demektedir: “...Ancak onun kabulünde ve delalet ettiği anlamla amel etme hususunda ihtilafa düşmüşlerdir. Bir grup onu alım-satımlarda dinin hükümlerinden (asıl) bir hüküm (asıl) olarak kabul ederken diğer bir grup onu reddetmiştir.” Bkz. İbn Abdilberr, *Temhîd*, XIV, 8.

⁴⁷² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, III, 188. İbn Hazm'ın ifadesi şu şekildedir: “Söz konusu isnatlar mütevatir, birbirini destekleyen (mütezâhir), yaygın (münteshir), “zarurî ilmi” gerektiren isnatlardır.” Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 235. Dolayısıyla İbn Hazm bu hadisin mütevatir derecesinde olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 3106.

⁴⁷³ Mâlik b. Enes, *Muvatta': rivâye Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî*, s. 409.

⁴⁷⁴ Şâtibî, *el-Muvâfakât*, III, 186.

yorumu ihtilaf konusu ise mesele daha basit hale gelir. Çünkü temel İslâm hukuku prensipleri, hadisin iki farklı yorumundan birini diğerine tercih etmeyi gerekli kılar.⁴⁷⁵

Meclis muhayyerliğinin hukukun temel prensiplerine aykırılığı birçok açıdan tezahür etmektedir. Aşağıdaki alt başlıklarda bu prensipler ele alınacaktır:

3.2.2.1.1. Akdin Bağlayıcılık Gücü İlkesi ve Akitlerde Bağlayıcılığın Asıllığı

Bağlayıcılık, akit yapıldıktan sonra -ikale üzerinde anlaşma sağlanmadığı sürece- sözleşme ilişkisinin tek taraflı olarak çözülememesi anlamına gelir. Zira akit iki tarafı bağlayan bir bağdır. Tek taraflı bir irade beyanı, sözleşmeyi sona erdirmeye ve düzeltme/değiştirme gücüne sahip değildir. Bağlayıcılık, akitlerde zorunlu ve temel bir prensiptir. Bağlayıcılığın olmaması, ticarî hayatın ve işlerin istikrarlı bir şekilde devam etmesi açısından olumsuz etkiler meydana getirir. Çünkü akit en önemli niteliklerinden birini yitirmiş olur.⁴⁷⁶ Akdin bağlayıcılık gücü de bir tarafın karşı tarafın rızası olmaksızın sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandıramaması anlamına gelir. Nasıl ki akdin kurulması için tarafların iradelerinin örtüşmesi şart ise aynı şekilde akdin sonlandırılması veya değiştirilmesi için de tarafların ortak iradesi gereklidir. Bu husus, “sözleşme tarafların kanunudur (şeriat)” ilkesinde ifadesini bulmuştur.⁴⁷⁷

Akitlerde asıl olan bağlayıcılıktır.⁴⁷⁸ Çünkü akit, mülkiyetin devri ve sözleşme tarafları açısından bağlayıcı olması için meşru kılınmıştır. Bağlayıcılığın ertelenmesi veya beklenen bir onaya bağlanması akitlerin meşru kılınmasındaki temel amaç olan menfaatlerin elde edilmesi ilkesine aykırıdır. Genel prensibe aykırılık için bir karinenin varlığı gereklidir, ancak burada böyle bir karine bulunmamaktadır. Çünkü söz konusu hadisteki “ayrılma” lafzı, bedenlerle ayrılma olarak yorumlanabileceği gibi sözlerle ayrılma olarak da yorumlanabilir. Hadisi şeriatın genel prensiplerine uygun olmayacak şekilde yorumlamak yerine bu prensiplere uygun bir yorumu tercih etmek evladır.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 90-91.

⁴⁷⁶ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 522.

⁴⁷⁷ Bu prensip, Mâide süresinin birinci ayetine dayandırılır. Söz konusu ayetin delil olarak kullanılma durumuna ilişkin detaylı bilgi için yukarıdaki “Kur'an'ın (Kitâb) Umûm Belirten Ayetleri” başlığına bkz.

⁴⁷⁸ Ebü'l-Abbâs Şehâbeddin Ahmed b İdris b Abdürrahim Kârâfi, *Envârü'l-bürûk fi envâi'l-fürûk*, Kâhire: Âlemü'l-Kütüb, t.y., III, 278.

⁴⁷⁹ Bu bağlamda İmam Mâlik demiştir ki: “Alışveriş sözdür. Sözlü olarak icap-kabul yapıldığında satım akdi vacip (bağlayıcı) olur ve taraflardan biri kendisini bağlayan sözleşmeden cayma hakkına sahip değildir.” Bkz. Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, III, 222; Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 6.

Bazı Hanefî fakihler, satım akdinin hem bir niteliğe (vasıf) hem de bir hükme sahip olarak meşru olan bir sözleşme olduğunu ileri sürmüşlerdir. Satım akdinin niteliği bağlayıcılık, hükmü ise temliktir. Buna göre satım sözleşmesi akit tamamlandığında hem niteliği hem de hükmüyle birlikte yürürlüğe girmelidir. Söz konusu niteliğin ve hükmün gerçekleşmesinin tarafların ayrılmasına bağlanarak ertelenmesi doğru değildir. Çünkü sebep mevcut olduğunda hüküm (müsebbeb) de meydana gelir. Sözleşmede başka bir şart koşulmadığı sürece bu kurala aykırı hareket edilemez. Aksini iddia eden kişi bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Bu delile itiraz olarak, satım akdinin pişmanlık halinin meydana gelmesinin bir sebebi olduğu, bu pişmanlık durumununsa beraberinde bir düşünme ihtiyacını gerektirdiği şeklinde bir itiraz yöneltilmiştir. Şâri‘, tarafların durumlarını dikkate alarak bu tür pişmanlıktan korunmalarını sağlamak amacıyla meclis muhayyerliği hükmünü ortaya koymuştur. Bunun örneği Hanefî mezhebinde görme muhayyerliği, Şâfiî mezhebinde ise şart muhayyerliğidir. Ayrıca eğer akit niteliği ve hükmüyle birlikte zaten bağlayıcı olsaydı ikâle işlemi meşru olmazdı. Ancak ikâle, tarafların durumları dikkate alınarak meşru kılınmıştır. Şu kadar var ki ikâle, tek tarafın duyabileceği pişmanlığın telafi edilebilmesi amacıyla konulmuş olup zorunlu bir hüküm değildir. Meclis muhayyerliği ise tarafların karşılıklı olarak duyabilecekleri pişmanlığın telafisi amacıyla konulan zorunlu bir hükümdür.⁴⁸⁰

Bu bağlamda Fahreddin Râzî (ö. 606/1210), *Münâzarât* adlı eserinde Hanefî fakihlerden Radiyyuddîn en-Nîsâbü'rî (ö. 617/1220) ile yaptığı bir münazarayı aktarmaktadır. Râzî bu tartışmada satım akdi (bey‘) ile lüzûm (bağlayıcılık) arasındaki ilişkiyi kavramsal, mantıksal ve felsefî düzeyde ele alarak meclis muhayyerliğinin muâvaza akitlerinde geçerli olduğunu savunur. Delil olarak tarafların “sattım” veya “satın aldım” şeklindeki icap ve kabul beyanlarının yalnızca satım sözleşmesine (yani sözleşmeyi kurmaya) olan rızalarını gösterdiğini, fakat akdin bağlayıcılığına dair bir rızayı ifade etmediğini ileri sürer. Çünkü bu beyanlar, sadece söz konusu teklifleri içeren bir sözdür (lafız) ve buna başka bir rıza beyanı (tehâyür) veya eylem (ayrılma) eklenmediği sürece sözleşme bağlayıcılık niteliğini kazanmaz.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ İbn Hacer Hanefîlerin bu delilini ve bu delile getirilen itirazı Semânî'nin “*İstılâm*” isimli eserini referans göstererek nakletmektedir. Bkz. İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 332.

⁴⁸¹ Râzî:

Mu'âvaza akitlerinde meclis muhayyerliği sabittir. Bunun delili, kişinin irade beyanında “sattım” veya “satın aldım” demek suretiyle sadece satış sözleşmesinden razı olduğunu belirtmesidir. Burada kişi, satış sözleşmesinin bağlayıcılığından (lüzûm) razı olduğunu ifade etmiş olmamaktadır. Bağlayıcılıktan razı olunduğuna dair bir beyan olmadığından akdin bağlayıcılığının da olmaması gerekir.

Râzî'ye göre bey' kavramı ne lafız, ne de mana açısından lüzûma delâlet etmektedir. Lafız olarak delâlet etmemesinin sebebi:

Hukukçuların, bey' akdinin câ'iz ve lâzım olmak üzere ikiye ayrılmasında fikir birliğine varmalarıdır. Bey' kavramı bu iki kısma ayrıldığına göre bu kavramın mutlak olarak kullanılmasından akdin bağlayıcı olduğu sonucu çıkmaz. Çünkü câ'iz ve lâzım bey' akdi ayrımının ortak noktası her ikisinin de bey' kapsamına girmesidir. Dolayısıyla bey' kavramının bunlardan yalnız birine değil, her ikisine de delâleti mümkündür.

Râzî bey' kavramının mana olarak lüzûma delâlet etmeyişinin sebebini ise şöyle açıklamaktadır:

Manevî delâlet, melzûmun zaruri lâzıma veya galip lazıma (melzûm ve lâzım kavramları, aralarında gereklilik ilişkisi bulunan iki şeye delâlet etmektedir. Örneğin duman ile ateş arasında böyle bir ilişki bulunmaktadır. Uzaktan dumanı fark eden kişinin ateşin varlığını düşünmesinde duman melzûm iken, ateş lâzım olmaktadır) delâletinden ibarettir. Bağlayıcılık ise bey' kavramının ne katî (zaruri) ne de zahirî (galip) açıdan lâzımıdır. Katî açıdan lâzımı değildir; çünkü bey' kavramı birbirinden ayrı bey' çeşitlerinin iştirak noktası iken, bağlayıcılık (lüzûm) kavramı ayrım noktasıdır. Ayrım noktasının, iştirak noktasının lâzımı olması ise imkansızdır. Bağlayıcılık, zahirî açıdan da bey' kavramının lâzımı değildir; çünkü bey' akitleri kar elde etmek ve zararı önlemek amacıyla matuftur. Kar veya zarar açısından durumu henüz belli olmayan bir mal ile karşılaşıldığında kişi bu malı satın almasa, malı elinden kaçırıp karından olacaktır. Satın alması halinde akit hemen bağlayıcı olsa bu sefer de gereği gibi düşünme imkanını kaybettiğinden zarar ortaya çıkacaktır. (Üçüncü bir yol olarak) muhayyerlik şartı öne sürerek akit yapmak istese bu sefer de satıcı böyle bir akde izin vermeyebilir. Sonuç olarak maslahata en uygun olan şey, akit meclisinde iken akdin bağlayıcı olmamasıdır. Maslahata en uygun şey ise en doğrusudur.

Râzî ile Nisâbü'rî arasındaki tartışma, Râzî'nin bu istidlali ile başlamaktadır. Dikkat çektiği üzere Râzî, bağlayıcılık ve alım-satım akdi arasındaki ilişkiyi oldukça kavramsal ve felsefi düzeyde açıklamaktadır. Bey' kavramı, bağlayıcı olan ve olmayan şeklinde ikiye ayrıldığına göre bu kavramın bağlayıcılıkla ilişkisi zorunluluk değil, imkan düzeyindedir. Meclis muhayyerliğinin kabul edilmemesi halinde ise bu ilişki zorunluluk düzeyinde ele alınmaktadır. Râzî'nin konuyu açıklama tarzı, meclis muhayyerliğinin ister kabulü ister reddi açısından ele alınsın, meselenin bağlayıcılık kavramının içeriği ile yakından alakalı olduğunu göstermektedir.

Tartışmanın devamında Radiyyuddîn en-Nisâbü'rî üç itiraz dile getirerek Râzî'nin bu istidlâlinin geçersizliğini ortaya koymaya çalışmaktadır. Şimdi sırasıyla bu itirazları ve Râzî tarafından verilen cevapları inceleyelim. Nisâbü'rî'nin ilk itirazı şöyledir: “Bey' kavramının, câ'iz ve lâzım bey' akitlerinin müşterek noktası olduğunu kabul edelim. Peki niye muhayyerlik şartı dile getirilmeyen satışın, câ'iz ve lâzım akit arasında müşterek olduğunu söyleyelim?” Nisâbü'rî'nin bu itirazını biraz açacak olursak, muhayyerlik şartı öne sürülen bey' akdinin câ'iz bir akit olduğu, yani bağlayıcı olmadığı bilinen bir husustur. Mutlak bey' kavramı da, muhayyerlik şartının öne sürülmediği bir akit olduğundan böyle bir akdin, câ'iz ve lâzım akitler arasında müşterek olduğu söylenebilir mi?

Râzî bu itiraza şöyle cevap vermektedir:

Mutlak bey'in, bağlayıcılığı gerektirmeyeceği belli olduğuna göre muhayyerlik şartının dile getirilmediği bey'in de bağlayıcılığı gerektirmeyeceği açıktır. Şöyle ki şartın dile getirilmediği akit, ademî (yokluğa ait) bir kayıtlı yapılmış demektir. Çünkü sükût ademîdir. Ademî olan bir şey ise bağlayıcılığı gerektirmeye uygun değildir. Sükûtun ademî bir kayıt olmasının sebebi, bunun hiçbir şey söylememek, yapmamak, fiili ya da kavli bir tasarrufta bulunmamak anlamına gelmesidir. Bu anlamın ise sırf yokluk (adem mahz) olduğu açıktır. Ademî bir kaydın illet olamayışının sebebine gelirse, bizim bir şeyin illet olduğuna dair sözümüz, o şeyin illet olmadığına dair sözümüzün çelişigidir. Bir şeyin illet olmadığını söylememiz ise sırf yokluktur. Şu durumda bir şeyin illet olduğuna dair sözümüz sırf yokluğu ortadan kaldıran olarak sübût anlamına gelmektedir.

Sonuç olarak illet mefhumu, sübûtî bir kayıttır (ademî değil). Eğer biz sırf yokluğu illet olmakla nitelendirirsek vücûdî bir niteliği yokluk ile kaim kılmış oluruz ki bu imkansızdır.

Râzî, mutlak bey' akdinin aynı zamanda bey'in içeriğine eklenebilecek herhangi bir kaydın olmaması anlamına gelmesinden hareketle bu yokluğun, bağlayıcılık gibi vücûdî bir duruma illet olamayacağını ifade etmektedir. Nisâbü'rî, ikinci itiraz olarak şunu dile getirmektedir: "Bu delil, yokluğun illet olamayacağını göstermektedir. Peki neden illetin bir parçası da olamayacağını söylüyorsunuz? Nitekim biz sükûtun, bağlayıcılığı gerektiren illetin tamamı olduğunu iddia etmiyoruz. İletin bir parçası olduğunu söylüyoruz. Yokluğun, illetin parçası olamayacağına dair deliliniz nedir?"

Râzî şöyle cevap vermektedir:

Bir illetin parçası, o illetin illet oluşunun tam illetidir. Dolayısıyla yokluğun, tam illet olamayacağı belli olduğuna göre illetin parçası olması da mümkün değildir. İletin parçasının, o illetin illet oluşunun tam illeti olmasını açıklayacak olursak, illetin bu ademî kayıt dışındaki tüm parçalarının gerçekleştiğini düşünelim. Eğer malûl meydana geliyorsa bu durum, ademî kaydın aslında muteber olmadığını gösterir. Halbuki biz onu muteber addetmiştik. Burada çelişki meydana gelir. Ademî kaydın meydana gelmesine rağmen malûl meydana gelmiyorsa bu durum, başka parçaların varlığına ihtiyaç duyulduğu anlamına gelir ki şu durumda da bütün parçaların meydana geldiğine dair sözümüz geçerliliğini yitirmiş olur. Demek ki ademî kayıt olmadan illet meydana gelemiyor. Böylelikle illetin parçasının, o illetin illet oluşunun tam illeti olduğu sabit olmaktadır.

Nisâbü'rî üçüncü itiraz olarak şöyle bir soru yöneltmektedir: "Peki bir kişinin (akit esnasında) söylediği "sattım" veya "satın aldım" sözü, bey' kavramının küllî mahiyeti altında bulunan fertlerden muayyen bir fert olduğuna göre bu muayyen ferdin, câ'iz ve lâzım akit arasında müşterek olduğunu hangi gerekçeyle söylüyorsunuz?" Nisâbü'rî buradaki taayyünün, vücûdî bir değeri olduğunu, dolayısıyla bağlayıcılıkla bağlayıcı olmamak arasında müşterek bir hal olarak görülmesinin sorunlu olacağını kastetmektedir.

Râzî'nin bu itiraza verdiği cevap şöyledir:

Bey' kavramının mahiyeti bağlayıcılığı gerektirmediğine göre bu anlam ile birlikte bu şahsın varlığı da bağlayıcılığı gerektiren bir sebep olamaz. Şöyle ki aklî ilimlerde sabit olduğu üzere taayyün etmiş bir şeyin taayyünü ademî bir kayıttır. Çünkü taayyün vücûdî bir kayıt olsa bu kaydın, başka bir taayyünün varlığını da gerektirmesi söz konusu olur. Her taayyün, başka bir taayyünün meydana gelişini gerektirdiğinde ise teselsül meydana gelir ki bu imkansızdır. Şu durumda taayyünün ademî bir kayıt olduğu ve ademî kaydın bağlayıcılık için illet olamayacağı belli olmaktadır.

Dikkat çektiği üzere Râzî ve Nisâbü'rî arasındaki tartışmanın mihveri, mutlak bey'in bağlayıcılıkla olan ilişkisidir. Her ne kadar konu meclis muhayyerliği hakkının varlığı ile ilgili olsa da bu tartışma, bağlayıcılık ve akit arasındaki ilişkinin mahiyetine dair önemli yaklaşımlar sunmaktadır.

Nisâbü'rî'nin sırasıyla aktardığımız bu itirazları ardından tartışma meclisinde bulunanlardan, ismi anılmayan biri Râzî'ye dördüncü bir itiraz yönlendirmektedir: "İstidlâliniz aslında kendi görüşünüzü iptal etmektedir. Çünkü bey', câ'iz ve lâzım akit arasında müşterek olduğu için bağlayıcılığa sebep olamıyorsa aynı kavramın, cevâza sebep olamayacağı da anlaşılmış oluyor. Madem bu akit câ'iz olamıyor, o halde bağlayıcı olması gerekir (Ne dersiniz?)."

Râzî bu itirazın, dile getirilebilecek en kuvvetli itiraz olduğunu belirttiikten sonra şöyle cevap vermektedir:

Burada aklî ilimlerde geçerli olan bir öncül bulunmaktadır. Buna göre bir şeyin, zatı gereği varlığı mümkün olmasına rağmen başkası sebebiyle varlığı zorunlu hale gelebilir. Ancak bir şeyin zatı gereği varlığı zorunlu olmasına rağmen başkası sebebiyle varlığı mümkün hale gelemeyiz. Bu öncüle dayanarak diyoruz ki bey' akdi zatı gereği câ'iz olarak inikad etmektedir. Bu akde, onu bağlayıcı kılabilecek bir sebep iliştiğinde akit bağlayıcı hale gelmektedir. Böyle bir durumda akit, zatı gereği câ'iz iken başkası sebebiyle bağlayıcı hale gelmiş olur ki bu makul bir durumdur. Bağlayıcılığı gerektiren bir sebep olmadığında akit, aslî cevâz üzerinde kalır. Çünkü yokluğun sebep olması, sebebin yokluğu anlamına gelmektedir. Eğer biz "akit zatı gereği bağlayıcı inikad ederken, kendinden ayrı bir sebep nedeniyle câ'iz hale gelmektedir" dersek bu sözümüz, zatı gereği varlığı zorunlu olanın,

Senhûrî, meclis muhayyerliği kurumunun sözleşmenin bağlayıcılık gücünü zayıflatacağını belirtir. Ona göre tarafların iradelerinin uyuşması ve icap ile kabulün birleşmesi akdin bağlayıcı olması için yeterlidir. Şâfiî mezhebinde kabulün icabın hemen ardından beyanının zorunlu olmasından kaynaklanan mağduriyetlerin telafisi için meclis muhayyerliği aracılığıyla taraflara düşünme fırsatının tanınmıştır. Ancak daha uygun olan bu fırsatın akit tamamlandıktan sonra değil, bundan önce verilmesidir. Bu da kabul ile icap arasında bir zaman aralığının bulunmasına müsaade edilmesi ve kabulün derhal beyan edilmesinin şart koşulmamasıyla sağlanır. Hatta kabulün derhal beyanı şart koşulsa bile evla olan sözleşmenin saygınlığını korumak adına meclis muhayyerliğinin olmamasıdır. Çünkü taraflar pazarlık yaptıktan ve yeterli bir düşünme ve değerlendirme sürecinden sonra akdi kurabilirler. Bu durumda pazarlık ve müzakere evresi, akdin kuruluşundan önce tamamlanmış olur. Taraflar, pazarlık ve müzakereyi bitirdikten ve sözleşmeye ilişkin kesin bir karara vardıldıktan sonra icap ve hemen ardından gelen kabul beyanı ile akdi kurarlar. Eğer bu yaklaşımın bir tür şekilcilik olduğu eleştirisi getirilirse bu, “işlenmiş şekil” (*şekliyye-i mühezzebe*)⁴⁸² olarak kabul edilmelidir. Bu her halükârda meclis muhayyerliği kurumu aracılığıyla akit tamamlandıktan sonra tek taraflı akdi feshetme hakkı verilmesinden ve böylece sözleşmenin saygınlığının zedelenmesinden daha iyidir. Meclis muhayyerliği hükmü, akdin bağlayıcılık gücünün zayıflamasının yanı sıra hukuki işlemlerde güven ilkesinin ihlaline yol açar.⁴⁸³

başka bir sebeple varlığının mümkün hale gelmesi anlamına gelir ki bu sözün makul olan ile çeliştiği açıktır.

Râzî'nin son itiraza verdiği cevapta bey' akdinde asıl niteliğin cevâz olduğunu açıkça ifade etmesi dikkat çekicidir. Ona göre akit, kuruluşu noktasında bağlayıcı değilken, akde sonradan ilişen bir sebep sayesinde bağlayıcılık niteliğini kazanmaktadır. Şâfiîlerin meclis muhayyerliği konusundaki yaklaşımına göre bu sebep, akde taraf olanların akit meclisinden ayrılmalardır. Yaklaşımın tutarlılığı açısından bakıldığında gerçekten akdin aslî niteliği cevâz olmaktadır. Ancak bu düşüncüyü, “akitlerde asıl olanın bağlayıcılık” olduğuna dair daha önce aktardığımız yaklaşımla mukayese ettiğimizde bağlayıcılığın aslî oluşunun, akdin gayesi açısından savunulabileceği ortaya çıkmaktadır. Akdin mahiyeti açısından konu ele alındığında ise Râzî'nin “cevâzın aslî oluşu”na dair yaklaşımı öne çıkmaktadır. Sonuç olarak bağlayıcılık ya da cevâzın aslî oluşu, konunun hangi itibarla ele alındığına bağlı olarak değişiklik arz etmektedir. Bkz. Fahreddîn Ebû 'Abdillâh Muhammed b. 'Umer er-Râzî, *Münazârât*, Haydarabad: Matbaa'tü Meclisi Dâireti'l-Meâ'rifi'l-Usmâniyye, 1936, s. 34-38; Hadi Ensar Ceylan, "İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı" (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017), s. 118-123 (Tercüme ve değerlendirmeler tezden iktibas edilmiştir).

⁴⁸² “İşlenmiş şekil” hakkında detaylı bilgi için 138., 139. ve 140. dipnotlara bkz.

⁴⁸³ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 28-30. Ayrıca bkz. Dibâğ, “Ru'ye cedide”, s. 10. Senhûrî bu bağlamda söz konusu prensipleri korumak için kıyasın haber-i vahide öncelenmesinin caiz olduğunu ve Ebû Hanîfe ile Mâlik'in mezheplerine uygun olarak bu şekilde davrandıklarını belirtir. Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 30. Bu bağlamda İbn Rüşd, Mâlikilerin çoğunluğunun kıyasın haber-i vâhide öncelenmesini kabul ettiğini ifade eder. Bkz. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, III, 188.

Şefîk Şehâta, İslam hukuku ile Roma hukukunun mukayesesi bağlamında mülkiyetin akit ile intikali, irade özerkliği (sultâniyet), sözleşmede vekalet gibi temel hukuki ilkelerin kabulünde İslam hukukunun Roma hukukuna göre daha ileri bir aşamada olduğunu ancak “akdî irtibatın bağlayıcılık gücü” nün kabulü açısından İslam hukukunun Roma hukukundan geri kaldığını belirtmektedir.⁴⁸⁴

Sivâr, İslam hukukunda “akdin bağlayıcılık gücü”nün mutlak bir güç olarak görülmediğini ve pozitif hukuk sistemlerinde olduğu gibi kanun koyucunun bağlayıcı akitlerde bazı muhayyerlikler aracılığıyla muhayyer tarafa ve bağlayıcı olmayan akitlerde bir tarafa veya her iki tarafa tanınan dönme haklarıyla bu gücü sınırladığını ifade etmektedir. Bu bağlamda Şehâta’nın İslam hukukunda bu gücün zayıf olduğu ve bu yönüyle İslam hukukunun Roma hukukundan geri kaldığı yönündeki iddiasının tartışmaya açık olduğunu belirtir. Dolayısıyla Sivâr’a göre muhayyerliklerin varlığı sözleşmenin bağlayıcılık gücünü zayıflatan bir unsur değildir.⁴⁸⁵ Çünkü iradî muhayyerlikler (şart, tayin, nakd gibi) tarafların iradesine bağlı olduğundan akdin bağlayıcılık gücünde zayıflatıcı bir etki meydana getirmez. Ayrıca modern kanunlardaki “iptal hakkı, onay hakkı” gibi haklarla benzerlik gösteren şer’î muhayyerlikler (ayb, tedlîs, vasıf gibi) de akdin bağlayıcılık gücünü ihlal etmez. Çünkü sözleşmenin sonucu onay veya iptalle kesinleşene kadar sözleşmedeki irade unsuru zayıftır. Buna paralel olarak bağlayıcılık kuvvetinin de zayıf olması makul ve uygun bir durumdur. Sivâr, meclis muhayyerliğinin bazı araştırmacıların İslam hukukunda akdin bağlayıcılık kuvvetinin zayıf olduğu sonucuna varmalarına neden olan muhayyerlik haklarının başında geldiğini belirtir. Ancak o, meclis muhayyerliğinin sadece Şâfiî, Hanbelî ve Şîî - ki İran Medenî Kanunu’nun 397. md.’de Şîâ fıkıhındaki meclis muhayyerliği nazariyesinden yararlanılmıştır- mezheplerinde kabul gördüğüne ve özellikle Şâfiî mezhebinde akit meclisinde tarafların birbirlerinin beyanlarını duymasının zorunlu olmaması görüşünün bu mezhepte meclis muhayyerliğinden vazgeçilebileceği şeklindeki

⁴⁸⁴ Şefîk Şahâta, *en-Nazariyyetü l-âmmeh*, s. 201 (285. F.).

⁴⁸⁵ Sivâr, gaipler arası akit yapmada akdin kuruluşunun belirlenmesinde meclis muhayyerliği hükümlerinde faydalanarak “yol teorisi” veya “ara teorisi” olarak isimlendirdiği yeni bir teori önermektedir. Bu teori, aslında akdin inikadı ve lüzumunun birbirinden ayrılması esasına dayanır ve Sivâr, bu teoriyi meclis muhayyerliği teorisinin işlenmiş bir şekli olarak tanımlar. Bununla birlikte Sivâr, iki temel nedenle meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlerin görüşünü desteklediğini belirtmektedir. İlk neden, Senhûrî’nin de ileri sürdüğü gibi meclis muhayyerliğinin akdin bağlayıcılık gücünü zayıflatmasıdır. İkinci neden ise gaipler arası akit yapmada meclis muhayyerliğinin uygulanmasının pratik zorluklarıdır Bkz. Sivâr, *Ta’bir*, s. 136-137.

bir yaklaşımı mümkün kılabilceğine işaret ederek Şehâta'nın söz konusu tespiti isabetli olmadığını ifade eder.⁴⁸⁶

Karadâğî de benzer şekilde -Sivâr'a atıfta bulunarak- Şehâta'nın bu tespiti yapmasına sevk eden hususun, muhayyerliklerin ve özellikle de meclis muhayyerliğinin varlığı olduğunu belirtir. Ancak o, Hanefî ve Malikî mezhebine göre bu tespitin doğru olmayacağını ve bu yüzden yapılan çıkarımın bir kesinlik taşımadığını söyler. Karadâğî, meclis muhayyerliğinin akdin bağlayıcılık gücünün ve güven ilkesinin zedelenmesine sebep olacağı görüşünü kabul etmez. Karadâğî'ye göre muhayyerlikler, bireyin hür, bilinçli, farkında, sakin (temkinli) bir iradeyle karar vermesini sağlayarak iradenin saygınlığını daha fazla korumak için konulmuştur. Bu bağlamda Karadâğî, meclis muhayyerliğinin kabulünün sözleşmenin bağlayıcılık gücüne olumsuz bir etkisinin olmayacağını vurgular. Çünkü meclis muhayyerliğinin kabulü halinde akdin bağlayıcılık gücü devam etmektedir. Meclis muhayyerliği, akdin bağlayıcılık gücünün de temelini oluşturan karşılıklı rızanın pekişmesine katkıda bulunmaktadır.⁴⁸⁷ Meclis muhayyerliğinin kabulü halinde akdin bağlayıcılığını kazanması gecikmektedir. Ancak bu, fazla ihtiyatlı bir yaklaşımın sonucu olarak karşılıklı rızanın tam anlamıyla teyit edilmesi ve taraflar arasında güven ilişkisinin sağlanması için gereklidir. İslam hukuku, akit yapma sürecini genişleterek akit meclisinin tamamını müzakere ve pazarlık meclisi olarak belirlemiştir. Bu bağlamda meclis, ayrı olan söz ve fiilleri (*müteferrikât*) birleştirmeye (*câmi* ') devam ettiği sürece her bir tarafın pişman olma ve rızasını geri çekme hakkı vardır. Ayrıca meclis muhayyerliği her iki taraf için meşru kılınmışken güven ihlaline sebep olmaz. Çünkü taraflar akit yapmaya başladıklarında bu durumun varlığını bilirler ve buna göre hareket ederler. Şöyle ki eğer muhayyerliği istemezlerse onun nefyini şart koşarlar ya da bir taraf akitten sonra “(akdin bağlayıcılığını) seçtim!” der ve akit bağlayıcı hale gelir.⁴⁸⁸

Karadâğî'ye göre meclis muhayyerliği İslam hukuk metodolojisi çerçevesinde ele alındığında meşru bir hüküm olmaktadır. Buna göre sahih bir hadis bulunduğu sürece kıyasın hadise öncelenmesi caiz değildir. Çünkü kıyas sıralama itibariyle nassın

⁴⁸⁶ Sivâr, *Ta'bîr*, s. 597-598. Ayrıca diğer bazı gerekçeler için bkz. Sivâr, *Ta'bîr*, s. 598-601.

⁴⁸⁷ Daha sonra gerek iradî gerekse şer'î muhayyerliklerin akdin bağlayıcılık gücünü zedelediği, meclis muhayyerliğinin ise tartışma konusu olduğunu söylemektedir. Bkz. Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 1092 (1. Dipnot).

⁴⁸⁸ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 1092.

bulunmadığı durumda söz konusu olur. Kaldı ki meclis muhayyerliği kıyas açısından da sorun teşkil etmez. Çünkü malî muameleler, kazanç ve zarar getirdiği gibi doğaları gereği -her ne kadar deneyimli bir tacirin hemen akit yapmaktan dolayı pişman olması nadir olsa da- iyice düşünüp değerlendirme yapmayı gerektiren işlemlerdir. Kanun koyucu bu hususu dikkate alarak rızaların tam olarak olgunlaşması ve akdin sonuçlarının helal ve tayyib (makbul/sağlıklı) olması için taraflara durumlarını gözden geçirme ve yeniden değerlendirme yapma hakkı vermiştir. Karadâğî, sonuç itibarıyla meclis muhayyerliğinin İslam hukukuna hâkim olan dini bakış açısıyla uyumlu olduğunu ve esasen bu bakış açısına dayandığı belirtir.⁴⁸⁹

Alefî de meclis muhayyerliğinin akdin bağlayıcılık gücünün dayandığı temel unsurlarından biri olan irade hakimiyeti (sultâniyet) ilkesine saygı gösterilmesini sağladığını ifade eder. Çünkü meclis muhayyerliğinde taraflara akit yapma sürecinde aceleyle hareket ettiklerinde sözleşmeden dönmek için bir fırsat sunulması söz konusudur.⁴⁹⁰ Dîbâğ, bunun güçlü bir delil olduğunu ancak meclis muhayyerliğini her akit yapma durumunda kabul etmenin sözleşmenin bağlayıcılık gücünü tamamen zayıflatacağını vurgulamaktadır.⁴⁹¹

Ebû Gudde'ye göre meclis muhayyerliği akdin bağlayıcılık gücünü herhangi bir şekilde zayıflatmaz. Çünkü meclis muhayyerliğinin kabul edilmesi akdin kurulduğu meclisten sonraki süreyi, icabı geri alma ve kabul etme muhayyerliklerinin bulunduğu akit yapma sürecine dahil ederek bu süreci uzatmaktan başka bir işleve sahip değildir.⁴⁹² Ayrıca sözleşmenin bağlayıcılık gücünün zayıfladığı kabul edilse bile bu durum diğer muhayyerlik türlerinde daha belirgin bir şekilde görülmektedir. Çünkü meclis muhayyerliği, farklı görüşler olmakla birlikte hem akit öncesi hem akit sonrası düşürülebilir hem de -İbn Ömer'in yaptığı gibi- ayrılma yoluyla sonlandırılabilir. Nitekim Şâfiî, meclis muhayyerliğine ilişkin tartışma bağlamında tarafların abdest, namaz ve diğer bazı ihtiyaçları nedeniyle mutlaka ayrılacakları için muhayyerliğin süresinin çok kısa (göz açıp kapayacak kadar) ya da (en fazla) bir gün süreceğini belirtir. Buna karşılık meclis muhayyerliğinin kabul edilmeyip şart muhayyerliğinin süresinin otuz sene kadar

⁴⁸⁹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 1093.

⁴⁹⁰ Dîbâğ, bu görüşü Alefi'nin Ahkâmü'l-hıyârât isimli doktora tezinden nakletmektedir. Erişime kapalı olan bu teze ulaşılammıştır.

⁴⁹¹ Dîbâğ, "Ru'ye cedîde", s. 11.

⁴⁹² Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 146-147.

olabileceği şeklinde bir görüşün öne sürülmesini bir çelişki olarak değerlendirir. Şart muhayyerliğinin tarafların iradesine dayandığı için caiz olduğu argümanına karşılık olarak kanun koyucu (Peygamber) tarafından konulan şartın satıcı veya alıcı tarafından koşulan şarttan daha öncelikli olduğu itirazını yöneltir.⁴⁹³

Ebû Gudde, meclis muhayyerliğini savunan ve tenkit eden birçok araştırmacının bu noktaya değindiğini belirttikten sonra bazı hukukçuların meclis muhayyerliğinin - Sivâr'a atıfta bulunarak- ihtilaf konusu olması; -Zerkâ'ya gönderme yaparak- İslam beldelerinin tamamında uygulanmaması ve -Senhûri'ye işaret ederek- akdin bağlayıcılık gücünü zayıflattığı gerekçeleriyle meclis muhayyerliği hükmünden vazgeçilebileceği düşüncesini temellendirdiklerini ifade etmektedir. Ebû Gudde, meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlerin çoğunun akdin bağlayıcılık gücünün korunması hedefinden hareket ettiğini ancak bu yaklaşımın İslam hukukunun hoşgörü gösterme ve kolaylaştırma prensibini göz ardı ettiğini belirtmektedir. Söz konusu prensip İslam hukukunun temel özelliklerinden birini yansıtmaktadır. Ebû Gudde, bu meselenin usuldeki âm (genel) ve hâs (özel) lafızlar konusu çerçevesinde ele alınması ve naslar arasında bir uzlaşma sağlanması gerektiği görüşündedir. Buna göre meclis muhayyerliği hükmü hâs bir nassa dayanmaktadır. Akdin bağlayıcılığı ise meclis muhayyerliği hükmüyle tahsis edilen genel (âm) bir ilkedir. Bu tahsis dışında söz konusu ilkenin genel geçerlik ve kapsayıcılık (umûm) özelliği devam eder. Ona göre meclis muhayyerliği, akdin beklenenden daha kuvvetli bir bağlayıcılık kazanmasını sağlar. Çünkü bu durumda rıza tamamlandıktan ve tam anlamıyla bir düşünme ve değerlendirme süreci gerçekleştikten sonra sözleşme kurulmuş olacaktır. Ebû Gudde sonuç olarak, meclis muhayyerliğinin kabulünün tercihe şayan olduğunu ve dolayısıyla akdin bağlayıcılığının ayrılma gerçekleşinceye veya taraflar tercih beyanında bulununcaya (tehâyür) kadar öteleneyeceğini ifade eder.⁴⁹⁴

Akdin bağlayıcılığı ve bağlayıcılık gücü, aynı zamanda hukukî işlemlerde istikrar ilkesiyle sıkı bir ilişkiye sahiptir. Zira klasik literatürde “akitlerde bağlayıcılığın asıl olması” ilkesinin sıkça vurgulanması, esasında hukukî işlemlerde istikrarın sağlanmasına yönelik bir düşüncüyü yansıtır.⁴⁹⁵ Dolayısıyla meclis muhayyerliğinin akdin bağlayıcılık

⁴⁹³ Şâfiî, *el-Ümm*, III, 8.

⁴⁹⁴ Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 146-149.

⁴⁹⁵ Bkz. Yasin bin Nâsır el-Hatîb, “Nazariyyetü istikrârî'l-muâmelât ve eseruha ala'l-ukûd ve tatbîku zâlike ala ba'di'l-muâmelâti'l-mâliyye”, *el-Adl* 16/63 (2014): 17-18.

gücünü zayıflattığı kanısı, bu uygulamanın hukukî istikrar ilkesini zedelediği yönünde bir endişenin doğmasına neden olmuştur.⁴⁹⁶ Bu sebeple bir sonraki başlıkta istikrar ilkesi, meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlerin bir delili olarak ele alınacaktır.

3.2.2.1.2. Hukukî (İşlemlerde) İstikrar İlkesi (İstikrâr-i Teâmül)

Hukukî işlemlerde istikrar ilkesi, hukukî işlemlerin kararlılık ve kesinlik temelinde yürütülmesi, işlemlerin sıhhat ve fesat müeyyidesi arasında muallakta kalıp belirsizlik içermemesi ve açık bir şekilde tanımlanmış olması gerektiğini belirtir. Bu ilke, her bir tarafın elde ettiği haklar üzerinde başkalarının keyfî müdahalesine izin verilmeksizin bu hakların serbestçe kullanılabilmesini ifade eder. Bunun gereği olarak her bir akit tüm sonuçlarını doğurmalı ve tarafların gerçekleştirdikleri her bir işlem net ve kesin olmalıdır.

497

İstikrar ilkesi hukuki işlemlerin hızla kesinleşmesini, niza sebeplerinin ortadan kaldırılmasını, taraflar arasında güvenin artmasını ve tarafların gerçekleştirdikleri tasarrufların değişmezliğinden emin olmalarını sağlamaktadır. Bu ilke, tarafların menfaatlerinin dengelenmesi ve insanlar arasındaki muamelelerin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi açısından önemli bir ilkedir.⁴⁹⁸ İstikrar prensibi, esasında Ebû Hanîfe'nin meclis muhayyerliğini kabul etmeme gerekçelerinden birini oluşturmaktadır. Nitekim o hadisi eleştirirken: “Taraflar gemide, hapishanede olsa veya elleri bağlı halde olsalar nasıl ayrılacaklar? Meclis muhayyerliği kabul edildiği takdirde bu kişiler arasında yapılan satım akdi asla geçerli olmaz.” şeklinde bir problematik ortaya koymuştur.⁴⁹⁹ Bu sorular, meclis muhayyerliğinin pratik uygulama konusundaki zorluklarını ve hukukî istikrar ilkesiyle olan çelişkisini ortaya koymaktadır.

Senhûrî, meclis muhayyerliğinin bu ilkeyle çeliştiğini belirtir. Çünkü meclis muhayyerliğinde akdin sonucunu doğurması meclisin dağılmasına talik edilmiştir.

⁴⁹⁶ Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 146.

⁴⁹⁷ Hatîb, “Nazariyyetü istikrârî'l-muâmelât, s. 8. Bazı çalışmalarda Hanefî mezhebinde meclis muhayyerliğinin kabul edilmemesi, bu mezhebin yaklaşımında insanî boyutun ön plana çıkarılmasının bir örneği olarak ele alınmıştır. Bkz. Hânî Seyyid Temmâm, “El-eb'âdü'l-insaniyye fî'l-fikhi'l-Hanefî: dirâse takbikiyye li mesâilin fıkhiyye”, *Mecelletü Külliyyeti'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye Ve'l-Arabiyye Bi'l-Kâhire* 32/3 (2015): 38-54

⁴⁹⁸ Dibâğ, “Ru'ye cedîde”, s. 13.

⁴⁹⁹ İbn Abdilberr, *Temhîd*, XIV, 13. Ali b. Medenî'nin Ebû Hanîfe'ye bu sözünden dolayı yönelttiği ağır eleştirisi için bkz. Beyhaki sünenülkübra, s. 5, 446 (10453).

Meclisinin dağılma anı da “ayrılma” olgusuna bağlı olduğundan objektif bir kriter değildir. Nitekim meclis muhayyerliğini savunanlar ikrah, ölüm vb. durumlarda ayrılmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinde ihtilafa düşmüşlerdir. Böylece sözleşmenin kuruluş ve kesinleşme anı da objektif olmaktan çıkmaktadır. Bu durum, açık bir şekilde hukukî istikrarın bozulmasına (ihlal) neden olur.⁵⁰⁰ Zerkâ bu bağlamda Hanefî ve Mâlikî mezheplerinin görüşlerinin modern hukuk perspektifiyle uyumlu olduğunu belirtmektedir.⁵⁰¹ Ayrıca bu içtihat, taraflar arasında nizam çıkmasını önlemede son derece etkilidir ve medenî tasarruflarda bireyin akit kurucu iradesinin pratik ihtiyaçlar doğrultusunda süratlice ve kesin bir şekilde değerlendirilebilmesini sağlar.⁵⁰²

Bu delile karşılık olarak meclis muhayyerliğinin muamelelerde bir tür kesinlik ve istikrar kazandırdığı şeklinde bir itiraz yöneltmiştir. Çünkü meclis süresi boyunca iradesi güçlenen ve kendisine sözleşmeyi feshetme hakkı tanındığı halde bunu kullanmayan taraf, sonrasında akitle ilgili bir tartışmaya girmekten kaçınacaktır. Ayrıca meclis muhayyerliği akdin bağlayıcılık kuvveti ilkesinin sadece basit bir istisnasını oluşturmaktadır. Meclis muhayyerliğinde akdin bağlayıcılık özelliğini kazanmasının az bir zaman kadar ötelenmesi söz konusudur. Çünkü bu esnada tarafların özel işlerini ve ihtiyaçlarını gerçekleştirmek için ayrılmaları gerekeceğinden meclisin süresi genellikle kısa olur.⁵⁰³

Dibâğ, bu itirazın kayda değer bir itiraz olmadığını belirtir. Çünkü akit kesinleştikten sonra kısa bir süreliğine de olsa mutlak olarak bu fırsatı tanımak istikrar ilkesini önemli ölçüde zedeleyecektir. Meclis muhayyerliğini kabul ettiğimizi tasavvur edelim. Mahkemelere götürülen birçok niza konuları ve husumetler oluşacaktır. Kurulmuş bir sözleşmenin sorumluluğundan kurtulmak için haklı veya haksız yere açılacak sayısız dava olacaktır. Bu bağlamda üçüncü bir tarafın, akit kurulmuş olmasına

⁵⁰⁰ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 28.

⁵⁰¹ Zerkâ, günümüz İslam beldelerinin tamamında uygulamanın (kaza) meclis muhayyerliğinin meşru kabul görülmediği yönünde olduğunu söylemektedir. Bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, I, 522. Sivâr, Zerkâ'nın tespitine yer verdikten sonra vakıada meclis muhayyerliğinin İran Medenî Kanunu'nun 397. md.'de kabul edildiğini belirtmektedir. Bkz. Sivâr, *Ta'bir*, s. 598-599 (1. Dipnot). Meclis muhayyerliğine Ürdün, Irak ve İmârât kanunlarında yer verilmemiştir. Yemen Kanunu'nda ise yer verilmiştir. Bkz. Hafacî, *el-Hıyârâtü'l-kânûniyye*, s. 37-40; Dibâğ, “Ru'ye cedîde”, s. 4. Ayrıntılı bilgi için bkz. Beccâs Serhan Muhammed el-Mihlâfî, “Ahkâmü hıyârî'l-meclis fi'l-kânûnî'l-medenî'l-yemenî fî davi'l-mezâhibi'l-fikhiyye”, *Mecelletü'l-Âdâb* 13 (2019): 318-335.

⁵⁰² Zerkâ, *Medhâl*, I, 523.

⁵⁰³ Dibâğ, “Ru'ye cedîde”, s. 13. (Dibâğ, bu görüşü Alefî'nin “*Ahkâmü'l-hıyârât*” isimli doktora tezinden nakletmektedir.)

rağmen ilk satıcının niza çıkarmayacağından emin değilken alıcı ile aynı mebî üzerinde yeni bir sözleşmesel ilişkiye girmesi nasıl mümkün olabilir? Sadece bir tarafın çıkarını korumak adına ona telafi fırsatı tanımak, meydana gelecek genel zararı göz ardı etmeye cevaz verir mi? Ve niçin söz konusu tüm zararları engellemek ve sözde iradenin olgunlaşmasını sağlamak amacıyla akit sonrası değil de akdin kuruluşu ve kesinleşmesi öncesinde bir fırsat verilmemektedir? ⁵⁰⁴

Karadâğî, meclis muhayyerliğinin istikrar ilkesinin zedelenmesine ve bozulmasına neden olduğu görüşünün doğru olmadığını belirtir. Çünkü meclis muhayyerliği meclis ile sınırlandırılmış ve bu konuda “örf” kriter olarak kabul edilmiştir. Ayrıca her iki tarafın akitten sonra muhayyerliklerini düşürme hakkı olduğu gibi -farklı görüşler olmakla birlikte- tarafların muhayyerliği nefiy şartıyla sözleşmeyi akdetmeleri de mümkündür. Bu şekilde akit bağlayıcı hale gelir. Yine tarafların birkaç adım atarak meclisten ayrılmaları ve böylece akdi bağlayıcı hale getirmeleri mümkündür.⁵⁰⁵ Bu bağlamda bazı araştırmacılar, “ayrılma” olayının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda “örf”ün esas alınmasının istikrar ilkesinin zedeleneyeceğine ilişkin endişeyi ortadan kaldıracığını vurgulamışlardır. ⁵⁰⁶

3.2.2.1.3. Akitlerin Karşılıklı Rıza Üzerine Kurulması İlkesi

Bu delile göre sözleşmenin bağlayıcı olarak kurulması için akdin başlangıcında beyan edilen rıza yeterlidir ve ikinci bir rıza beyanına ihtiyaç yoktur. Çünkü muhayyerlik, karşılıklı rıza ile gerçekleşmeyen bir satım akdinde taraflara akdi onaylama veya feshetme konusunda düşünme imkânı sağlamak için sözleşmeye eklenir. Muhayyerlik şartı olmadan akdedilen sözleşmede her bir taraf, bedelin karşı tarafa temlikine razı olmuş demektir. Dolayısıyla satım akdinin geçerliliği ve bağlayıcılığı için tarafların başlangıçta rızası bulunduğu meclis muhayyerliğinin varlığı dikkate değer bir anlam taşımaz.⁵⁰⁷

Rızanın varlığı muhayyerliğin varlığını engeller niteliktedir. Meclis muhayyerliğini savunanların dahi bir tarafın diğerine tercih teklifinde bulunması ve diğer

⁵⁰⁴ Dibâğ, “Ru’ye cedide”, s. 13.

⁵⁰⁵ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 1091.

⁵⁰⁶ Ezrak, “Hıyârü’l-meclis ve’s-şart”, s. 54.

⁵⁰⁷ Şart muhayyerliği ise muhayyerliği şart koşan tarafın şart koştuğu anda kendi mülkiyetinden bir şeyin çıkmasına rızası olmadığı için caizdir. Bkz. Cessâs, *Ahkâm*, II, 223.

tarafın rıza göstermesiyle muhayyerliğin düşürülmesinin câiz olduğu konusunda görüş birliği etmeleri, bu durumu açıkça göstermektedir. Dolayısıyla bir tarafın diğer tarafa “seçim yap!” demesi ve diğer tarafın da rıza göstererek akdi onaylamayı seçmesi durumunda satım akdi bağlayıcı hale gelir ve muhayyerlik hükmü sona erer. Tarafların akdi onaylamayı seçmeleri rızaları olduğu takdirde anlam kazanır. Ancak bu durumda tarafların akdi geçerli kılmak için yeni bir rıza göstermelerinden ziyade zaten akdin kuruluş aşamasında oluşmuş bir (aynı) rızanın varlığı söz konusudur. Halbuki bu rıza, işlemin akit aşamasında icap ve kabul beyanıyla mevcut olmuş ve tamamlanmıştır. Bunu geçersiz sayıp farklı bir rızayı esas almanın bir anlamı yoktur.⁵⁰⁸

Başlangıçta akdi kurmak için yapılan icap ve kabul beyanları her halükârda söz konusu kelimeden (seçim yap!) daha fazla rızanın varlığını gösterir. Çünkü mecliste “tahyîr” (tercih teklifi) yoluyla gösterilen ikinci karşılıklı rıza hali, ilk karşılıklı rızadan fazla bir rıza anlamını taşımaz. Gerçek anlamda karşılıklı rıza, icap ve kabul biçimindeki beyanlarda mevcuttur. Bu nedenle ikinci bir rıza halini şart koşturmak gereksizdir. Tarafların akdin başlangıcındaki rızaları dışında yeni bir rıza halinin varlığının şart koşulması caiz görülmesi, sonsuz bir döngüye (teselsül) yol açabilir. Çünkü “tahyîr” işlemi de hızlı bir şekilde gerçekleşebilir ve bu, ikinci bir karşılıklı rıza halini gerektirebilir. Bu durumda diğer bazı rıza hallerinin ve dolayısıyla muhayyerlik haklarının şart koşulması da caiz olur ve tarafların başlangıçtaki rızaları buna engel olmaz. Ancak böyle bir durum batıl olduğundan tarafların başlangıçtaki rızalarının muhayyerliği geçersiz kıldığı ve satım akdini tamamladığı anlaşılır.⁵⁰⁹ Ayrıca bu tür sürekli olarak devam eden şartlar, akitleri ifsat eden bir imkânsızlık durumu ortaya çıkarır ve akitlerdeki temel amaç olan menfaatlerin elde edilmesi ilkesine zarar verir ve bu amacı işlevsiz hale getirir.⁵¹⁰

Bu bağlamda ileri sürülen diğer bir delil, meclisten ayrılma ile karşılıklı rızanın gerçekleşmesi arasında makul bir ilişkinin olmadığıdır. “Ayrılma” rızanın varlığını veya yokluğunu gösteren bir olgu değildir. Çünkü “meclisten ayrılma” ve “mecliste kalma” durumları, rızanın varlığını veya yokluğunu gösterme açısından eşdeğer olgulardır ve aynı hükme sahiptir. Bu nedenle mülkiyet ayrılma ile değil, başlangıçta akit ile intikal

⁵⁰⁸ Cessâs, *Ahkâm*, II, 223; Dibâğ, “Ru’ye cedide”, s. 9.

⁵⁰⁹ Cessâs, *Ahkâm*, II, 223; Dibâğ, “Ru’ye cedide”, s. 9.

⁵¹⁰ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 61-62.

eder. Bunun yanı sıra İslam hukuku hükümleri (usûl) tümevarım yöntemiyle incelendiğinde fiziksel ayrılmanın tarafların rızasının varlığına veya yokluğuna delâlet ettiğine dair başka bir örneğin bulunmadığı görülecektir. Aynı şekilde hükümler incelendiğinde temlik işleminin veya sözleşmelerin geçerliliğinin “fiziksel ayrılma” olayına bağlanmasının başka bir örneği olmadığı sonucu çıkmaktadır. Aksine, hüküm bakımından ayrılma olgusu birçok akdin feshinde etkili olmaktadır. Örneğin karşılıklı kabz öncesi sarf ve semeni kabz öncesi selem ve (bedellerden) birini tayin etmeden önce deyn sözleşmelerinde olduğu gibi. Bu örnekler dikkate alındığında hüküm açısından ayrılmanın birçok akit türünde sözleşmenin geçerliliği değil, geçersiz olması (iptal) yönünde etki ettiği görülmektedir. Dolayısıyla meclis muhayyerliğinin kabulü ve akdin bağlayıcılığında “ayrılma” olgusunu esas alınması, Kur’an’ın zahirine aykırı olmakla birlikte aynı zamanda genel bir ilkeye işaret eden hükümlerin (usûl) dışına çıkmak demektir.⁵¹¹

Dibâğ, yukarıda bahsedilen yeni bakış açısına atıfta bulunarak⁵¹² bu delile şu itirazın getirilebileceğini belirtir: Meclis muhayyerliği, irade beyanlarıyla gösterilen ilk karşılıklı rızanın tercih beyanıyla (tahyîr) gösterilen ikinci bir karşılıklı rızadan farklı olduğu durumlarda geçerlidir. Bunlar örfün veya tarafların anlaşmasının (ittifak) ilk rızanın kesin olmadığına işaret ettiği durumlardır. Bu tür durumlarda “tahyîr” veya “meclisten ayrılma” ile kesin hale gelen farklı bir karşılıklı rıza hali gereklidir. Öte yandan, meclis muhayyerliğinin geçerli olmadığı durumlar ise örfün veya tarafların anlaşmasının ilk karşılıklı rızanın kesin olduğunu gösterdiği yerlerdir.⁵¹³

Bu bağlamda Düreynî, meclis muhayyerliğini kabul edenlerin yorumunun Kur’an’ın zahiriyle çeliştiğini ve hadisin anlamını ortadan kaldırdığını belirtir. Çünkü meclis muhayyerliğini kabul edenlerin yorumuna göre bu muhayyerlik iki durumu içermektedir: Karşılıklı rızanın (icap ve kabul) tek başına satım akdini tamamlamak için yeterli olmadığı, bunun için ikinci bir rızaya (tehâyür) veya ayrılma durumuna ihtiyaç olması ve taraflara ayrılmadan önce fesih hakkının verilmesidir. Ona göre meclis muhayyerliği hadisiyle ikinci bir rızayı, konuya ilişkin diğer bir hadise⁵¹⁴ dayalı olarak

⁵¹¹ Cessâs, *Ahkâm*, II, 223-224; Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 157; Mübârek, *Hıyârü'l-meclis* 62.

⁵¹² Detaylı bilgi için yukarıdaki “Örf” başlığına bkz.

⁵¹³ Dibâğ, “Ru’ye cedîde”, s. 8.

⁵¹⁴ Yukarıdaki “Bazı Rivayetlerdeki “Üç Defa Tercih Beyanında Bulunma” Fazlalığı” başlığına bkz.

üçüncü bir rızayı şart koşturmak İslam hukukunun temel prensiplerine ve akitlerdeki genel kurala aykırıdır. Genel kural tarafların ihtiyaçlarının karşılanması için sonuçların sebepler üzerine terettüp etmesi, başka bir deyişle sebep ile sonuç arasında boşluğun olmamasıdır. Dolayısıyla meclis muhayyerliği akdin konuluş amacını geçersiz kılar. Çünkü taraflardan her biri, diğet tarafların akdi feshetmeyeceğinden emin olamadığından akit ile beklediğı faydayı tam olarak elde edemez.⁵¹⁵

Karadâğî'ye göre ise taraflara kurulmuş olan akitle ilgili olarak zarar ve kârı gözden geçirme ve düşünme fırsatı tanınması makuldür. Böylece şeriatın beklediğı şekilde tarafların karşılıklı rızaları tam olarak sağlanır. Şeriat, koymuş olduğı hükümlerle bireylerin gönül hoşnutluğu ve bilinçli bir rıza ile tasarrufta bulunmalarını, helal ve makbul/sağlıklı (tayyib) bir sonucu elde etmelerini amaçlar. Çünkü şeriatın dini temayülü çerçevesinde, tasarrufların sadece zahiren fesat veya sıhhat yönünün değil, aynı zamanda bunların helal ve haram boyutunun da açıklanması hedeflenir. Bu nedenle şeriat, bu konuda ihtiyatlı bir yaklaşım benimser ki bir tarafların tam rızası ve gönül hoşnutluğu olmadan diğet tarafların malını haksız yere yemesin.⁵¹⁶

Dibâğ, meclis muhayyerliği hükmünün usulî açıdan da destek bulan bir hüküm olduğunu belirtmektedir. Buna göre "ayrılma" olgusu karşılıklı rızanın tamamlanmasının objektif bir göstergesi olarak belirlenmiştir. "Ayrılma" özünde münasip olmayan bir vasıftır. Zira mecliste bulunma hali ile meclis sonrası durum arasında rızanın varlığına delalet etme bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Ancak bu, şâri'in hükümleri zahir, objektif ve münasip mananın varlığını gösteren (mazınnet)⁵¹⁷ vasıflara bağlama metodu ile uyumludur. Çünkü bu tür vasıflara bağlama, hükümlere kesinlik ile netlik kazandırır ve nizam önler. Tıpkı şâri'in şüf'a hakkını zararın kendisine değil ortaklık durumuna; ruhsatları da meşakkatin kendisine değil seferî olma durumuna bağlaması gibi. Şüphesiz meclis süresi, örfî uygulama açısından taraflara telafi etmek ve akitten

⁵¹⁵ Düreynî, *Terâdî*, s. 358-359.

⁵¹⁶ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 1090.

⁵¹⁷ "...Hukukî ilişkilerde hüküm için esas alınacak vasıf sabit ve istikrarlı değil sübjektif olduğı durumlarda hüküm, bu sübjektif durum yerine ikame edilen objektif sebebe bağlanır..." "...Bu objektif durumlar, fıkıh ve usul terminolojisinde "mazınnet" ve "zâhir sebep" olarak adlandırılır. Mazınnet tabiri, "bir şeyin potansiyel mevcudiyet yeri veya muhtemel sübût göstergesi" anlamındadır..." Bkz. Yunus Apaydın, "İrade Beyanı", *DİA*, XXII, 387.

dönmek için yeterli bir fırsat sağlar. Dolayısıyla sözleşmenin bağlayıcılığının “ayrılma” unsuruna bağlanması, hikmetin varlığını gösteren bir vafa bağlanması demektir.⁵¹⁸

3.2.2.1.4. Akitlerde Şekilciliğin Olmaması İlkesi

Mahmesânî, meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlerin görüşünün pratik açıdan makul, modern hukuk sistemlerine daha yakın ve insanların ihtiyaçlarına daha uygun olduğunu ifade etmektedir. Meclis muhayyerliğinin kabulününse şüphesiz şeklî akitlerin hâkim olduğu eski dönemlere (*asrî 'l-ukûdi 'ş-şekliyye*) geri dönüş anlamına geleceğini belirtir. Çünkü meclis muhayyerliğinin kabul edilmesi halinde akdin bağlayıcı hale gelmesi için tercih beyanında bulunma (tehâyür yani ikinci bir karşılıklı rıza) veya İbn Ömer'in örneğinde olduğu gibi kabulden sonra kısa bir süre meclisten ayrılıp geri dönülmesi zorunlu hale gelecektir. Mahmesânî'ye göre söz konusu uygulamaların tamamı daraltıcı, kısıtlayıcı ve pratik faydadan yoksundur.⁵¹⁹

Düreynî, Hz. Peygamber'in ayrılmadan önce hibe tasarrufunda bulunduğunu bildiren rivayet bağlamında⁵²⁰ “beyyiân” hadisinin neshedildiği görüşünün tercihe şayan olduğunu belirtmektedir. Ona göre bu görüş, İslam'ın -mülâme ve münâbeze akitlerini kaldırmasında olduğu gibi- akitlerde şekilci anlayışa son verme yaklaşımıyla ve metoduyla uyumludur. Bununla birlikte Düreynî, meclis muhayyerliğinin Kur'an ve Sünnet naslarının belirlediği ve vurguladığı “rızaîlik ilkesi”yle çelişen bir şekilcilik üzerine kurulduğunu savunur. Ayrıca muhayyerliği kabul etmeyenlerin “Sünnet bu şekildeydi...”⁵²¹ ifadesini meclis muhayyerliğinin başlangıçta var olup sonradan kaldırıldığı şeklinde yorumlamalarını, kendi görüşünü destekleyen bir yorum olarak gösterir.⁵²²

⁵¹⁸ Dibâğ, “Ru'ye cedîde”, s. 9.

⁵¹⁹ Mahmesânî, *en-Nazariyyetü 'l-âmme*, II, 44. Mahmesânî, “Akdin şekli” (*şeklü 'l-akd*) başlığı altında Romalılarda ve cahiliye Araplarında yaygın olan şeklî akitleri ele almakta, ardından “Rızaî akit” başlığında ise zaman içerisinde medeniyetin ve toplumun gelişimi, ekonomik mübadelenin (alım-satım) ve ticaretin ilerlemesiyle bu “şeklî akit”lerin nasıl evrilerek yerini “rızaîlik ilkesi”ne bıraktığını incelemektedir. Bununla birlikte İslam hukukunda (bazı akitlerde şahitliğin gerekli olması, bazı akitlerde kabzın zorunlu olması, bazı önemli akitlerin kurulması için belirli lafızların aranması gibi) şeklin gözetilmesinin gerekli olduğu bazı istisnâî akitlerin bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. Mahmesânî, *en-Nazariyyetü 'l-âmme*, II, 25-34.

⁵²⁰ Yukarıdaki “Peygamber'in “Ayrılma veya Tercih Beyanı”ndan Önce Tasarrufu” başlığına bkz.

⁵²¹ Yukarıdaki ““Mütebâyîân/Beyyiân” Rivâyetinin Mensûh Oluşu ” başlığına bkz.

⁵²² Düreynî, *Terâdî*, s. 349.

Bunun yanı sıra Düreynî, Medine ehlinin uygulaması⁵²³ bağlamında bazı selef fakihlerinin meclis muhayyerliğini benimsemelerinin mübahla amel etmede ihtiyatlı davranma ve lafızlara harfîyen riayet etme gibi tutucu bir yaklaşımla ilgili olduğunu belirtmektedir. Aslında bu durum, pratikte meclis muhayyerliğin reddi görüşüyle uyumlu olabilir. Şu kadar var ki söz konusu fakihler, meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlerin gerekli görmediği bazı şeklî olgulara (*umûrun şekliyye*) sıkı sıkıya bağlanmışlardır. Şöyle ki meclis muhayyerliğinin savunanların çoğuna göre bu muhayyerlik iki unsurdan teşekkül eder: Birincisi, sözleşmenin “teyâhür” yani icap-kabul sonrası ikinci bir karşılıklı rıza beyanı ya da ayrılma ile tamamlandığıdır. İkincisi, tarafların ayrılmadan önce fesih hakkına sahip olduklarıdır. Nitekim fesih hakkı, meclis muhayyerliği hükmünün konuluş amacı olarak kabul edilir. Ancak meclis muhayyerliği nazariyesi, fesih hakkını temelde bir şeklî hakka dönüştürmektedir. Çünkü akdi bağlayıcı kılmak isteyen taraf, İbn Ömer’in örneğinde olduğu gibi kabulden sonra hemen ayrılabilir. Bu açıdan akdin kabulü ile tamamlandığı görüşüyle bir benzerlik söz konusu olsa da burada sözleşme kabulü değil ayrılma ile tamamlanmaktadır. Bununla birlikte İbn Ömer’in eylemi “istikâle” hadisiyle⁵²⁴ çelişmektedir. Çünkü meclis muhayyerliğini savunanlar, “istikâle” ifadesini “fesih tercihi” olarak yorumlarlar. Bu nedenle Hanbelîler İbn Ömer’in görüşüne karşı çıkarak bu tür ayrılmanın caiz olmadığını savunmuşlardır.⁵²⁵ Şâfiîler ise hadisteki “helal değildir” ifadesini mekruh olduğu şeklinde yorumlamışlardır. Buna göre hadisteki “helallik” “iki tarafı eşit olan mübahlık” anlamındadır.⁵²⁶ Dolayısıyla bir tarafın diğer taraftan bu amaçla, yani diğer tarafın akdi feshetmesini engellemek için ayrılması da ayrılmaması da caizdir. Ancak ayrılmaması daha iyidir. Düreynî, Şâfiîlerin bu yorumunun meclis muhayyerliği hükmünün tavsiye nitelikli bir emir (mendûb) olduğu yorumundan daha üstün olmadığını belirtir. “Teyâhür” yani ikinci bir rıza beyanıyla akdin tamamlanması ise mübahla amel etmede ihtiyatlı ve tutucu (*teşdîd*) bir yaklaşımın sonucudur.⁵²⁷ Nitekim İbni Ömer, Hz. Peygamber’in sünnetine titizlikle uyma isteği

⁵²³ Aşağıdaki “Medine Bilginlerinin İcmâ Ettiği Uygulamaya Aykırı Olması” başlığına bkz.

⁵²⁴ Yukarıdaki ““İstikâle”de Bulunma Endişesiyle Ayrılmanın Yasak Olması Rivâyeti” başlığına bkz.

⁵²⁵ Hanbelî mezhebinde hâkim olan görüş budur. Ancak diğer bir görüşe göre bu tür ayrılma eylemi caizdir. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 15.

⁵²⁶ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 407.

⁵²⁷ Düreynî, *Terâdî*, s. 351-352.

nedeniyle hadislerin literal (harfî) anlamlarını temel alan ve ihtiyatlı bir yaklaşıma sahip bir metodu izlemiştir.⁵²⁸

“İslam hukukunda şekil” ilgili olarak bazı mülahazalara ve tartışmalara daha önce değinilmişti.⁵²⁹ Burada meclis muhayyerliği özelinde ve genel olarak şeklin mahiyeti ve tanımı konusunda İslam hukukçularının ve araştırmacılarının fikir birliği içerisinde olmadığını belirtmek gerekir.⁵³⁰ Çağdaş İslam hukukçulardan bazıları, modern hukuk sistemlerindeki şekil konusuna ilişkin anlatımı ve tasnifi baz alarak İslam hukukundaki şekil anlayışını değerlendirmişler ve tasnif etmişler, bazıları ise klasik fıkıh doktrininden hareketle farklı bir şekil tasnifi ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu bağlamda bazı araştırmacılar meclis muhayyerliğini bir “şekilcilik” (olumsuz) olarak görürken diğer bazıları onu “şekil” (olumlu) kapsamında değerlendirmiştir. Nitekim Dâvûd, İslam hukukunda şekil nazariyesini konu edindiği doktora çalışmasında şekli “sözlü şekil, fiilî şekil, zarfî şekil ve vasfî şekil” olmak üzere dört kısma ayırmıştır. Bu bağlamda meclis muhayyerliği hükmünün içerdiği “ayrılma” eylemini, akdin bağlayıcılığı için şart olan “fiilî şekil” olarak ele almakta ve bu kapsamda meclis muhayyerliği hükümlerine değinmektedir.⁵³¹ Dolayısıyla meclis muhayyerliği bağlamında İslam hukukunda “şekil” ve “şekilcilik” tasavvuru arasında kesin ve keskin bir ayrımın olmadığı söylenebilir.⁵³²

3.2.2.1.5. Akitlerde Gararın Yasak Olması İlkesi

Meclis muhayyerliği, belirsiz bir süreye sahip olması ve sona erme noktasının net olmaması sebebiyle garar⁵³³ içermektedir. Zira muhayyerliği sona erdiren “ayrılma” olayının belirli bir zamanı ve sona erme anı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu “ayrılma”

⁵²⁸ Meclis muhayyerliğinin ihtiyatlı bir yaklaşıma dayalı olarak benimsendiğine ilişkin diğer bazı deliller için bkz. Düreynî, *Terâdî*, s. 352.

⁵²⁹ 79., 138., 139. ve 140. dipnotlara bkz.

⁵³⁰ İslam hukukunda şeklin mahiyetine ve taksimine ilişkin tartışmalar için bkz. Maruf, “Şekliyye fi’l-ukûd-i fi’l-fikh-i’l-İslâmî, s. 297-316; Attâl, “Şekliyye fi’l-ukûdî’l-mâliyye: dirâse, s. 2214-2215; Ebû Taha, “Şekliyye fi’l-ukûd-i’l-ticâriyye, s. 106; Masinî, “Şekliyye fi ukûdî’l-internet, s. 275-277

⁵³¹ Dâvûd, *Nazariyyetü’ş-şekl*, s. 272-288, 362-367. Attâl da benzer şekilde şekli sözlü, fiilî, zamanî ve vasfî olmak üzere dört kısma ayırmış, ancak şart muhayyerliğini zamanî bir şekil olarak ele almasına karşılık meclis muhayyerliğine herhangi bir şekilde temas etmemiştir. Bkz. Attâl, “eş-Şekliyye fi’l-ukûdî’l-mâliyye”, s. 2220-2224.

⁵³² Detaylı bilgi için tezin “Meclis Muhayyerliğinin Meşruiyetine İlişkin Değerlendirme” başlığına bkz.

⁵³³ “Akdin haksız kazanca yol açacak ölçüde kapalılık taşımasını ifade eden fıkıh terimi.” Bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, “Garar”, *DİA*, XII, 366.

olgusu, akdin bağlayıcılığının bağlandığı (“bir kimsenin gelmesi” olayına bağlanması gibi)⁵³⁴ bir belirsizlik (cehâlet) durumunu ifade eder ve bu açıdan münâbeze ile mülâmese akitlerine benzerlik gösterir. Bu nitelikteki bir akit kesin olarak fasittir,⁵³⁵ çünkü garar ve cehâlete ilişkin prensipler icmâa dayanan ve kesinlik ifade eden ilkelerdir. Mâlik’in “Onun bildiğimiz belirli bir tanımı ve ona ilişkin yapılagelen bir uygulama yoktur.”⁵³⁶ sözü de bahsi geçen belirsizliğe işaret etmektedir. Dibâğ, Mâlik’in bu sözünün istikrar ilkesi bağlamında değerlendirilmesi durumunda garar delilinin kuvvet kazanacağını belirtmektedir. Çünkü belirsizlik ve bilinmezlik, nizam ve husumetin artmasına ve akit ile kurulan güven ilişkisinin zedelenmesine yol açar.⁵³⁷

Eğer bu delile karşılık olarak Mâlik tefvîz-i talâk (temlikü’t-talâk) işleminde meclis muhayyerliğini kabul etmiştir şeklinde bir itiraz yöneltirse bu itiraza karşılık olarak, talak akdi satım sözleşmesinin aksine garar içeren bir olaya bağlanabilir ve belirsiz bir bedel karşılığında geçekleşebilir, dolayısıyla aralarında bir çelişki yoktur cevabı verilir. Ayrıca bu durum satım akdinde meçhul bir şartın ileri sürülmesine benzer ki bu caiz değildir. Şart olarak ileri sürülmesi câiz olmayan bir hükmün (şart muhayyerliği), şer’î olarak geçerli olması nasıl mümkün olabilir?⁵³⁸ Çünkü meclis muhayyerliğinde ayrılmanın gerçekleşmesi kısa veya uzun sürebilir. Sözleşmede açıkça belirtilen şart muhayyerliğinin süresi veya bitiş zamanı meçhul olduğunda muhayyerliğin batıl olduğunda icmâ vardır. Bu hükmün akitte açıkça belirtilmeyen meclis muhayyerliği hakkında da geçerli olması evleviyet kuralı gereğidir.⁵³⁹

Bu delile karşılık olarak, ayıp muhayyerliğinde ve şüf’a hakkını kullanmada olduğu gibi şer’î olarak konulmuş olan bir muhayyerliğin süresinin belirsiz olmasının akde zarar vermeyeceği ifade edilmiştir. Ancak şart muhayyerliği böyle değildir. Çünkü şart muhayyerliği tarafların şart koşmalarına ve anlaşmalarına dayanır. Dolayısıyla onda

⁵³⁴ Cessâs, *Ahkâm*, II, 223; Ebû Muhammed Abdülvehhâb b Ali b Nasr Bağdadî Kâdî Abdülvehhâb, *el-İşrâf alâ nüketi mesâili’l-hilâf*, Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1999, II, 522-523.

⁵³⁵ Ancak taraflardan birinin veya ikisinin birden kalkmasını muhayyerliğin sona eriş anı için kriter olarak kabul eden zayıf (muhalif) görüş esas alındığında durum böyle değildir. Yani bu durumda söz konusu garar ortadan kalkar. Bkz. İbn Şâs, *İkdül-cevâhir*, II, 690; Babertî, *Înâye*, VI, 259.

⁵³⁶ Bu sözün yorumuna ilişkin detaylı bilgi için aşağıdaki “Medine Bilginlerinin İcmâ Ettigi Uygulamaya Aykırı Olması” başlığına bkz.

⁵³⁷ Dibâğ, “Ru’ye cedîde”, s. 14-15.

⁵³⁸ İbnü’l-Arabî, *el-Kabes*, s. 845; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III, 196-198.

⁵³⁹ Kârâfî, *Envârü’l-bürûk*, III, 279.

sürenin açıkça belirlenmesi şarttır.⁵⁴⁰ Ayrıca meclis süresinin genellikle kısa olması nedeniyle söz konusu garar ile cehaletin aşırı miktarda olmadığı ve dolayısıyla bu düzeydeki bir belirsizliğe göz yumulabileceği (mafuvvün anı) öne sürülmüştür.⁵⁴¹

İbn Hacer söz konusu delili eleştirmiş ve Mâlikilerin muayyen bir vakit ile sınırlanmayan şart muhayyerliğini kabul ettiklerini ifade ederek bu konudaki çelişkilerini dile getirmiştir. İddia edilen gararın ise meclis muhayyerliğinde bulunmadığını ileri sürmüştür. Çünkü taraflardan her biri akdi sözlü veya fiilî olarak onaylama veya feshetme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla gararın bulunması söz konusu değildir.⁵⁴² Buna cevap olarak, Mâlik'in belirli bir vakit ile sınırlanmayan şart muhayyerliğini caiz gördüğüne ilişkin görüşün doğru olmadığı ifade edilmiştir. Çünkü Mâlik, her tür alım-satımda muhayyerliğin ihtiyaç ölçüsünde olması gerektiğini düşünüyordu. Dolayısıyla eğer bir taraf şart koştugu muhayyerlik için bir süre belirtmezse sözleşme hükümsüz olmazdı. O bu konuda, örfî uygulamaya göre akit konusu malın denenebileceği sürenin kıstas olarak belirleneceğine hükmetmişti. Bu, onun fıkıh anlayışının bir gereği idi.⁵⁴³

İbn Hazm, akdin bedenler ile ayrılıktan veya tercih bildiriminden önce aslen bir bey' olmadığını ve dolayısıyla yasaklanan bey'-i garar kapsamına dahil olmayacağını söylemektedir. Ayrıca muhayyerliğin sona erdiği anın belirsiz olduğu iddiasının gerçeği yansıtmadığını, çünkü tarafların istedikleri zaman tercih teklifi ve beyanı veya ayrılma ile muhayyerliği sonlandırabileceğini ifade etmektedir. İbn Hazm'ın garar iddiasına yönelttiği diğer bir eleştiri, iddia sahiplerinin pek çok hukukî işlemi gararı içermesine rağmen caiz görmeleri ve bu konudaki iç tutarsızlıklarıdır.⁵⁴⁴

Dibâğ, İbn Hazm'ın bu itirazına ilişkin olarak söz konusu itirazın asıl eleştiriden -ki oda sürenin belirsiz olmasıdır- kaçmak anlamına geldiğini belirtmektedir. Çünkü meclis muhayyerliğinin sona ermesini tarafların iradesine bağlamak meydana gelmesi belli olmayan bir şeye talik etmek demektir. Çünkü taraflardan hiçbirisi "tahyîr" (tercih teklifi) veya "ayrılma"nın ne zaman gerçekleşeceğini bilmemektedir.⁵⁴⁵ Mübârek de satım akdinin taraflardan birinin meclisten ayrılmasından ibaret meçhul bir olguya talik

⁵⁴⁰ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, V, 37-38; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 188.

⁵⁴¹ Dibâğ, "Ru'ye cedîde", s. 14-15.

⁵⁴² Askalânî, *Fethü'l-bârî*, IV, 330. Mübârek, İbn Hacer'in bu itirazını "musâdere ala'l- matlûb" olduğunu belirterek reddeder. Bkz. Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 95.

⁵⁴³ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 95.

⁵⁴⁴ Örnekler için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 248-249.

⁵⁴⁵ Dibâğ, "Ru'ye cedîde", s. 14.

edilmesinin nasıl olur da yasaklanan bey‘-i garar kapsamına girmediğini ifade ederek bu argümanı reddeder. Çünkü bu durum bir kişinin “Sana satıyorum ama sana attığımda (*nebz*) bey‘ akdi bağlayıcı olur veya dokunduğun zaman (*lems*) bağlayıcı olur ya da bu çakıl taşlarını atıncaya (*remy*) kadar senin muhayyer olman şartıyla satıyorum.” demesi şeklinde yapılan akitlere benzemektedir.⁵⁴⁶

3.2.2.2. Celî (Açık) Kıyasa Aykırılık

Meclis muhayyerliği hükmü, iki noktada açık kıyas prensibine aykırılık teşkil eder. İlk olarak açık kıyas, akdin muktezasından olan her muhayyerlik durumunda ayrılma öncesi (*fer‘*) ve sonrasının (asıl) hüküm bakımından eşit olması gerektiğini belirtir. Bu bağlamda ayrılma gerçekleşikten sonra karşı tarafın hakkını ihlalinin (iptal) yasak oluşu hükmü, icmâ ile sabittir. Bu hüküm ayrılık gerçekleşmeden önceki süreç için de geçerli olmalıdır. Dolayısıyla tarafların akdi feshederek diğer tarafın hakkını ihlal etmesinin câiz olmaması hükmü açısından ayrılma öncesi sürecin ayrılma sonrasına bağlanması gereklidir. Çünkü ayrılık öncesi ile sonrasını birbirinden ayırmayı gerektirecek dikkate almaya değer (muteber) bir neden (mâna) ve maslahat bulunmamaktadır.⁵⁴⁷

İkinci olarak satım akdi bir muâvaza ve mübadele akdidir. Muâvaza akitleri meclis muhayyerliği olmaksızın sırf rızayı gösteren lafız/söz ile tamamlanır. Açık kıyas prensibi gereği, meclis muhayyerliği hükmü açısından satım sözleşmesini aynı kategorideki (icâre, nikâh, şirket gibi) diğer benzeri akitlerden ayrı olarak değerlendirmek isabetli bir yaklaşım değildir. Nitekim nikah akdi ile benzeri akitlerde meclis muhayyerliğinin geçerli olmadığı hususunda ittifak söz konusudur. Satım akdi de aynı gruptaki diğer akitler gibi fiil (ayrılma) ile değil söz (icap-kabul) ile bağlayıcılığını kazanmalıdır. Çünkü satım akdi ile diğer sözle bağlayıcı olan akitler arasında bir ayrım yapılabilmesi için buna ilişkin açık ve kesin bir nassın (nass-ı celî) bulunması gerekir. “Beyyiân” hadisi ise sözlerle ayrılma olarak da yorumlanabildiği için muhtemel bir nas olmaktadır. Ayrıca sözle bağlayıcı olma hükmü açısından satım akdinin diğer benzeri olan akitler ile aynı hükme sahip olduğunu kabul etmek, bu hüküm açısından satım akdini diğer benzeri

⁵⁴⁶ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 95.

⁵⁴⁷ Tahâvî, *Meânî’l-âsâr*, IV, 13, 16; Cessâs, *Ahkâm*, II, 228; Kâsânî, *Bedâiü’s-sanâi*, V, 228; İbnü’l-Hümâm, *Fethü’l-kadîr*, VI, 259; Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 17.

akitlerden farklı değerlendirmeyi gerektirecek şekilde hadisin yorumlanmasından evladır.

548

Meclis muhayyerliğini savunanlar, bu delile karşılık olarak ayrılık öncesini (fer‘) ayrılık sonrasında (asıl) farklı olarak değerlendirmeyi gerektiren dikkate almaya değer bir maslahatın bulunduğunu ifade etmişlerdir. Buradaki maslahat şudur: Satım akdinin öncesinde bir düşünme süreci olmaksızın ansızın gerçekleşmesi ve akit sonrası pişmanlığın meydana gelmesi ihtimali bulunmaktadır ki bu tarafların menfaatlerini olumsuz olarak etkileyebilir. Bu durumda tekrar vukuu muhtemel olan söz konusu pişmanlıktan kaynaklanan zararın telafi edilmesi açısından muhayyerliğinin konulması her iki tarafın yararınadır. Bu anlamda meclis muhayyerliği hükmü, tarafların haklarının korunmasına yardımcı olur. Ancak burada ayrılık sonrası ve öncesi şeklinde ayırım yapmadan genel olarak bu hükmü ortaya koymak mümkün değildir. Çünkü akitlerdeki temel amaç ve tasarrufta güven ilkesi gereği, bu hüküm ayrılma sonrası için geçerli kılınmamıştır. Bu nedenle “akit meclisi, söz konusu maslahat dikkate alınarak bir yasaklı/ güvenli alan (*harîm*) olarak ortaya konulmuştur. İşte bu, ayrılma öncesi ile sonrasında eşit olmadığını gösteren muteber bir nedendir.”⁵⁴⁹ Ayrıca söz konusu kıyasın nasla çeliştiği için “fâsidü’l-itibâr” olduğu söylenmiştir.⁵⁵⁰

Bu itiraza karşılık olarak söz konusu nedenin şüphesiz muteber ancak az rastlanılan bir durum olduğu ve şer‘î hükümlerinse nadir gerçekleşen olaylara göre belirlenmediği şeklinde cevap verilmiştir. Dahası burada meclis muhayyerliği kabul edilse bile söz konusu ihtiyacın tamamen ortadan kalkmayacağı belirtilmiştir. Çünkü taraflardan birinin işlemin akit aşamasından hemen sonra hiç beklemeksizin ayrılması mümkündür. Ancak Beyhakî’nin naklettiği “İslâm geldikten sonra Hz. Peygamber satım akdinden sonra muhayyer olmayı teşri‘ kıldı.”⁵⁵¹ hadisinin gösterdiği gibi bahsi geçen amacın gerçekleşmesi için şart ve ayıp muhayyerlikleri ortaya konulmuştur.⁵⁵²

⁵⁴⁸ Tahâvî, *Meânî’l-âsâr*, IV, 13, 16; Cessâs, *Ahkâm*, II, 228; Kâdî Abdülvehhâb, *el-İsrâf*, II, 522-523; İbn Rüşd, *el-Mukaddimât*, II, 96; İbnü’l-Hümâm, *Fethü’l-kadîr*, VI, 259; Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 183; Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 62-63.

⁵⁴⁹ Ebü’l-Feth Takıyyüddîn Muhammed b Ali İbn Dakîkul’îd, *İhkâmü’l-ahkâm şerhi Umdeti’l-ahkâm*, y.y.: Matba’atü’s-Sünneti’l-Muhammediyye, t.y., II, 106.

⁵⁵⁰ İbn Hacer, *Fethü’l-bârî*, IV, 330; Şevkânî, *Neylû’l-evtâr*, V, 221.

⁵⁵¹ Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 445 (10445).

⁵⁵² Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 92. Detaylı bilgi için aşağıdaki “Şart ve Ayıp Muhayyerliklerinin Yeterliliği” başlığına bkz.

Bu delile karşılık olarak, ayrılık öncesi (fer‘) ile ayrılık sonrası (asıl) arasında söz konusu hüküm bakımından bir fark bulunduğu için konuya ilişkin hadisin varit olduğu itirazı da yöneltmiştir. Dolayısıyla aslın hükmü (ayrılık sonrası feshin ve hakkı iptal etmenin yasaklığı) naslarla sabit olduğu gibi fer‘in hükmü (ayrılık öncesi akdin feshedilebilmesi) de naslarla sabit olmuştur. Bu itiraza karşılık olarak, aslın hükmünün geneli müşterek bir anlamı gösteren naslarla sabit olup esasında kesinlik ifade eden bir prensibe dayanırken fer‘in hükmününse sübûtu ve delâleti zannî olan bir âhâd habere dayandığı cevabı verilmiştir. Sübûtunun zannî olması rivayetin haber-i vâhid olmasından kaynaklanırken delâletinin zannî olması hadisin merfu‘ rivayetinin bedenlerle ayrılmaya delâletinin açık olmamasından kaynaklanmaktadır.⁵⁵³

Satım akdi ile diğer akitler arasında ayırım yapılamayacağı deliline karşılık olarak satım akdinin şart ve ayıp muhayyerliği gibi belirli hükümlerde diğer akitlerden farklılık gösterdiği şeklinde bir itiraz öne sürülmüştür. Ancak bu itiraza, söz konusu muhayyerlik hükümlerinin açık ve kesin naslarla sabit olduğu, meclis muhayyerliğin ise muhtemel bir nassa dayandığı ve diğer hükümlere kıyas edilemeyeceği şeklinde cevap verilmiştir.⁵⁵⁴ Bu delile getirilen diğer bir itiraz, satım akdi ile nikah akdi arasında yapılan kıyasın geçerli olmadığı yönündedir. Çünkü evlilik sözleşmesi, doğası gereği diğer akitlerden farklılık göstermekte olup bazı özel unsurları içerdiğinden genellikle daha özenli bir düşünme ve değerlendirme sürecinden sonra gerçekleşir. Dolayısıyla akitten sonra muhayyerliğe ihtiyaç duyulmaz. Ayrıca nikah akdinde meclis muhayyerliğinin geçerli olması durumunda eşler arasında evlilik ilişkisi başladıktan ve hürmet ortadan kaldıktan sonra sözleşmenin feshedilmesinin bir zarara neden olması söz konusudur. Bunun yanı sıra kadın, bu açıdan ticarî mallar (*es-sile ‘u’l-mebîe*) gibi kabul edilmiş olur ki bu doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü nikâh ve muhâlea gibi işlemlerde malın elde edilmesi amaçlanmamıştır. Özellikle nikah akdinde amaçlanan “mükâreme” (saygınlık) dır. Nikah sözleşmesinde şart ve görme muhayyerliklerinin geçerli olmamasının nedeni de budur.

⁵⁵³ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, 92. Bununla birlikte sübûtunun zannî olduğu kabul edilip bedenlerle ayrılığa delâletinin katî olduğu varsayılırsa bu durumda dahi Mâlik’ in usulüne göre bu haber delil teşkil etmez. Çünkü Mâlik’e göre kıyas, haber-i vâhide mukaddemdir. Konuya ilişkin tartışma ve Mâlikî mezhebindeki diğer farklı görüş için bkz. Ebü’l-Abbâs Şehâbeddîn Ahmed b İdris b Abdürrahîm Karâfî, *Şerhu Tenkihi’l-fusûl*, y.y.: Şirketü’t-Tibâ’a el-Fenniyye el-Müttehîde, 1973, s. 387-388.

⁵⁵⁴ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 93.

Ayrıca nikah akdi bey' olarak isimlendirilmez. Dolayısıyla bu kıyas, “kıyas meal-fârik” tir.⁵⁵⁵

Bu itiraza karşılık olarak, satım akdinde asıl olanın tarafların akit kurmaya başlamadan önce bir düşünme ve değerlendirme yapmaları olduğu cevabı verilmiştir. Ayrıca satım akdinde meclis muhayyerliğine olan ihtiyacın nikah akdine kıyasla daha az olduğu ifade edilmiştir. Çünkü akit konusunun önemi ve büyüklüğü arttıkça ona bağlanan sonuçlar ve sorumluluklar artar ve bu da daha fazla düşünme ihtiyacını beraberinde getirir. Dolayısıyla muâvaza akitleri önemli ve risk barındıran akitler olduğu için genellikle akit öncesinde bir düşünme süreci gerçekleşir.⁵⁵⁶ Evet, bir tarafın sözleşme öncesinde hiç veya yeterli olarak değerlendirme yapmadan ani bir şekilde akit yapması nadiren de olsa mümkündür. Ancak belirtildiği gibi İslâm hukukunda hükümler nadir durumlara bağlı olarak belirlenmez. Böyle olsa bile söz konusu nadir durumların telafisi için şâri' şart ve ayıp muhayyerliklerini teşri' kılmıştır.⁵⁵⁷

3.2.2.3. Umûm-ü'l-Belvâ Nitelikli Bir Konuda Haber-i Vâhid Olması

“Beyyiân” hadisi haber-i vâhid kategorisine dahil olan ve toplumun genelini ilgilendiren bir konuda (umûmü'l-belvâ) nakledilen bir rivayettir. Umûmü'l-belvâ kapsamındaki konular, geniş bir kitleyi ilgilendiren ve sıkça karşılaşılan hususlar olduğundan üzerinde çokça konuşulması, soru sorulması ve aktarıcılarının sayısının fazla olması beklenir. Örneğin, bir birey neredeyse her gün bir veya daha fazla kez alım-satım işlemleri gerçekleştirir. Dolayısıyla meclis muhayyerliği hükmünü ve satım akdinin ne zaman bağlayıcı hale geleceğini bilmek, toplumun geneline taalluk eden bir mesele ve ihtiyaçtır. Bu durumda söz konusu hadisin müteaddit tarikten rivayet edilmiş olması gerekmektedir. Âhâd haber şeklinde nakledilmiş olması, söz konusu hadisin tartışmaya açık veya neshedilmiş olduğunu gösterir.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Ebû İshâk Burhâneddin İbrâhim b Muhammed İbn Müflih, *el-Mübdî' fî şerhi'l-Mukni'*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997, IV, 63; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 12; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 37; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 1085; Ezrak, "Hıyârü'l-meclis ve's-şart", s. 47.

⁵⁵⁶ Ebû Zehra, *Milkiyye*, s. 183.

⁵⁵⁷ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 94. Detaylı bilgi için aşağıdaki “Şart ve Ayıp Muhayyerliklerinin Yeterliliği” başlığına bkz.

⁵⁵⁸ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 64.

Bu delile karşılık olarak fesih işleminin umûmü'l-belvâ kapsamında olmadığı itirazı ortaya konmuştur. Buna göre satım sözleşmesi yapmak ve alım-satımda bulunmaya rağbet göstermek umûmü'l-belvâ kapsamında olsa da satım akdinin feshine ilişkin hükmü bilme ihtiyacı bu kapsama dahil değildir. Dolayısıyla onun bu kapsamda olduğunu varsaymak, haber-i vâhidi reddetmek için geçerli bir neden olarak görülemez.⁵⁵⁹ Dibâğ, fesih işleminin de çokça tekrarlanan ve dolayısıyla umûmü'l-belvâ kapsamında bir hüküm olduğunu belirtmektedir. Ancak bu durum, söz konusu hadisle amel etmek için bir engel teşkil etmez. Çünkü hadis pek çok sahâbîden birden fazla tarikle nakledilmiştir. Umûmü'l-belvâ delili bağlamında bundan daha fazlasını aramak gerekli değildir.⁵⁶⁰

İbnü'l-Arabî (ö. 543/1148), umûmü'l-belvâ kapsamında sayılan konularda çokça soru sorulacağı ve -nispeten daha az da olsa- çokça cevap verileceği görüşünün kabul edilebileceğini ancak bu tür konuların çokça aktarılmasının gerekli olmadığını ifade etmektedir. Çünkü sahabe, çok aktarımda bulunmayı tercih etmezdi.⁵⁶¹ Bundan dolayı Mâlikîlerin çoğunluğu ile Şâfîiler ve erken dönem Hanefî fakihleri, umûmü'l-belvâ kapsamında değerlendirilen konularda haber-i vâhid ile amel etmeyi câiz görmüşlerdir.⁵⁶²

Bu delile karşılık olarak bir rivayetin değerlendirmesinde ravinin adaleti ve hıfzının esas alınacağı şeklinde bir itiraz da yöneltmiştir. Meclis muhayyerliği rivayeti söz konusu şartları taşımaktadır. Bu hadisi başkalarının rivayet etmemesi kabul etmemenin bir gerekçesi olamaz. Çünkü bu hükmün duyulmamış olması mümkündür. Allah'ın elçisi hükümleri topluluklara ilettiği gibi münferit olarak bireylere (âhâd) de tebliğ ederdi. Her bir hükmü mükelleflerin tamamına tebliğ etmesi zorunlu değildi. Diğer bazı kişilerin duymuş olabileceği varsayılsa bile nakletmeye engel bir durumun olma ihtimali göz ardı edilmemelidir. Umûmü'l-belvâ delili, örfî olarak tevatür ehlinin (topluluk) bilmesi zorunlu olan hususlar açısından geçerli bir delildir. Tikel (cüzî) hükümler ise bu kapsamda değildir.⁵⁶³

⁵⁵⁹ Irâkî, *Tarhû't-tesrîb*, VI, 153.

⁵⁶⁰ Dibâğ, "Ru'ye cedîde", s. 7.

⁵⁶¹ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 64. (Mübârek, bunu İbnü'l-Arabî'nin "*Ârizatü'l-Ahvezî*" isimli eserinden nakletmektedir.)

⁵⁶² Bâcî, *İhkâmü'l-fusûl*, s. 350.

⁵⁶³ İbn Dakîkul'îd, *İhkâmü'l-ahkâm*, II, 106.

3.2.2.4. “Beyyîân” Hadisinin Ravisi Olan Mâlik’in Muhalefet Etmesi

“Beyyîân” hadisinin râvîsi olan Mâlik b. Enes, bu hadisi rivayet etmiş olmasına rağmen -ki onun rivayeti rivayet olarak en sahihi ve senet olarak en üstünü kabul edilir- onunla amel etmemiştir. Bu durum hadisin tartışmaya açık olduğuna, hadisle çelişen daha kuvvetli bir delillin olduğuna veya hadisin neshedilmiş olabileceğine işaret etmektedir. Çünkü râvî rivayet ettiği hadisi daha iyi bilir. Bir râvî rivayet ettiği hadise aykırı davrandığında; ya onun sahih olduğunu düşünüyordur ki bu durumda muhalefeti ile günahkâr olur ve rivayeti kabul edilmez, ya da rivayetinin illetlerini daha iyi bildiği için hadisin sahih olmadığını düşünüyordur ki bu durumda râvînin görüşüne uymak gerekir.

564

Bu delile karşılık olarak râvînin sahih olduğunu düşünmesine rağmen rivayet ettiği hadis ile amel etmemesinin günah olmayacağı şeklinde bir itiraz yöneltmiştir. Çünkü o, hadisle çeliştiğini düşündüğü başka bir delilden dolayı söz konusu hadisle amel etmemiş ve kendince daha baskın gördüğü diğer delili tercih etmiş olabilir. Bu durumda onun görüşüne uyulması gerekmez. Tam tersine, adil râvîler kanalıyla aktarılan söz konusu hadisle amel etmek gerekir. Bu itiraza karşılık olarak râvînin rivayet ettiği hadisle amel etmemesinin söz konusu rivayetin delil değerini (*istidlâl*) zayıflatacağı cevabı verilmiştir. Çünkü onun bu tutumu, mutlaka hadisteki cerh edici (kâdih) bir illetten kaynaklanmış olmalıdır.⁵⁶⁵ Bu bağlamda İbn Kudâme’nin (ö. 620/1223) Şâfiî’den naklettiği “Mâlik’in kendisini mi yoksa Nâfi’i mi itham ettiğini bilmiyorum. İbn Ömer’i itham ettiğini söylersem haddimi aşmış olurum (bunu söylemekten Allah’a sığınırım!)”⁵⁶⁶ şeklindeki söz, dayanağı olmayan mesnetsiz bir ifadedir. Ayrıca bu ifade, Şâfiî’nin hocasına karşı gösterdiği bilinen edebe aykırı bir tavrı yansıtmaktadır.⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ İbn Hacer, *Fethü’l-bârî*, IV, 330; Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 64, 96, 97.

⁵⁶⁵ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 97.

⁵⁶⁶ Bu sözün diğer bir rivayeti şöyledir; “Allah Malik’e rahmet etsin! Bu hadisin isnadında kimi itham ettiğini bilemiyorum!” Bkz. Hattâbî, *Meâlimü’s-Sünen*, III, 120-121.

⁵⁶⁷ Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b Ahmed b Muhammed b Kudâme Cemmâilî Makdisî, *el-Muğnî*, Riyâd: Dâru Âlemi’l-Kütüb, 1997, VI, 11; Ebû Gudde, bu sözün Şâfiî’ye atfedilmesinin tartışmalı olduğunu ve Şâfiî’nin eserleri ile Beyhakî’nin *Sünen*’i ve Nevevî’nin *Mecmu*’nu taramaları neticesinde böyle bir ifadeye rastlamadığını ifade etmektedir. Ayrıca bu sözün Şâfiî’nin edebine ve dil üslubuna uygun olmadığını vurgulamaktadır. Zira Şâfiî *Ümm*’de bu konuyu ele alırken Mâlik ile olan tartışmasında selefin ilim anlayışına uygun bir şekilde son derece edipli bir üslup kullanmaktadır. Sonuç olarak, Ebû Gudde bu sözün asıl sahibin farklı bir kişi olduğunu ve hocası Malik hakkında kötü konuştuğu izlenimi vermek için

İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457), “eğer “mütebâyiân” hadisiyle meclis muhayyerliği kastedilmiş olsaydı Mâlik’in onunla amel etmesi gerekirdi” şeklindeki bir görüşün son derece zayıf olduğunu ifade eder. Çünkü Mâlik’in hadisle amel etmemesi diğer müçtehitlerin aleyhinde bir delil oluşturmaz. Bu durum yalnızca Mâlik’in söz konusu hadisi delil olarak zayıf bulduğunu ve bu yüzden onunla amel etmediğini gösterir.⁵⁶⁸

3.2.2.5. Medine Bilginlerinin İcmâ Ettiği Uygulamaya Aykırı Olması

“Beyyiân” hadisi, Medine bilginlerinin icmâ ettiği uygulamaya aykırılık teşkil eder. Zira Hicaz bölgesi bilginleri, tarafların icap-kabul yapmalarıyla bey‘ akdinin bağlayıcı olduğu ve sözleşmede şart koşulmadıkça taraflardan birinin muhayyer olmayacağı konusunda görüş birliği etmişlerdir.⁵⁶⁹ Mâlik’e göre Medine ehlinin icmâ, haber-i vâhiden daha kuvvetli bir delildir. Bu nedenle Mâlik, Medine ehlinin uygulamasına aykırı olduğu gerekçesiyle “mütebâyiân” hadisi ve “köpeğin yaladığı kabın necis olduğu” ifadesini içeren hadisle amel etmemiştir.⁵⁷⁰

Bu delile karşılık olarak, Mâlik’in Medine bilginlerinin icmâ ettiği uygulamaya aykırı olduğu gerekçesiyle söz konusu hadisle amel etmediği görüşünün doğru olmadığına dair bir itiraz ortaya koyulmuştur. Çünkü Mâlik’in “Onun bildiğimiz belirli bir sınırı ve ona ilişkin yapılagelen bir uygulama yoktur.” ifadesi, söz konusu hadise Medine ehlinin ameline aykırı olduğu için muhalefet ettiği şeklinde kesin bir sonuca varmamızı gerektirmemektedir. Çünkü bu ifadede olumsuzlanan husus, muhayyerliğin sınırlanmasıdır. Sınırlamanın olumsuzlanması, sınırlanması mümkün olan ve olmayan, dolayısıyla varlığı kabul edilmiş olan bir durum için geçerlidir. Meclis muhayyerliğine ilişkin tartışma ise varlığının olumlanması veya olumsuzlanması açısından ele alınır.⁵⁷¹

Bu bağlamda geç dönem Mâlikî bilginleri, Mâlik’in bu sözünün yorumu hakkında ihtilafa düşmüşlerdir. Bir grup fakih, Medine fakihlerinin icmâının hüccet olduğunu ve Mâlik’in söz konusu icmâa aykırı olduğu için bu hadisle amel etmediğini düşünürken

kasıtlı olarak Şâfiî’ye nispet edildiğini söylemektedir. Bkz. Ebü'l-Hasenât Muhammed Abdülhay b Muhammed Leknevî, *er-Ref’ ve’t-tekmil fi’l-cerh ve’t-ta’dil*, Kâhire: Dârü’s-Selâm, Mektebü'l-Matbû’âtı'l-İslâmiyye, 2000, s. 427. Ayrıca bkz. Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 98.

⁵⁶⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, VI, 259.

⁵⁶⁹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, III, 223.

⁵⁷⁰ İbn Abdilberr, *Temhîd*, I, 3.

⁵⁷¹ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 98.

diğer bir grup ise Medine ehlinin bu konuda icmâ ettiği iddiasının doğru olmadığını belirterek bu yorumu kabul etmemiştir. Çünkü Medine fakihlerinin önde gelen isimlerinden Saîd b. Müseyyeb (ö. 94/713) ve İbn Şihâb ez-Zührî'nin (ö. 124/742) bu hadisle amel ettiği açık bir şekilde rivayet edilmesine karşılık Mâlik ve Rebîa b. Ebû Abdurrahman (ö. 136/753 [?]) dışındaki diğer Medine fakihlerinden hiçbirinin bu hadisle amel etmediğini belirten açık bir ifade nakledilmemiştir. Hatta Rebîa'dan bile bu konuda farklı bir görüş aktarılmıştır. Ayrıca Mâlik'in çağdaşı olan Medine fakihlerinden Muhammed b. Ebû Zî'b (ö. 159/776), Mâlik'in görüşünü öğrendiğinde onu şiddetli bir şekilde eleştirmiş ve onun hakkında uygun olmayan ifadeler kullanmıştır.⁵⁷² Bu bağlamda Kâdî İyâz (ö. 544/1149), Mâlik'in söz konusu hadisi Medine ehlinin icmâına aykırılık teşkil ettiği için reddettiği iddiasının yanlış bir anlamadan kaynaklandığını belirterek eleştirmiştir. Mezhepteki muhakkik imamların Mâlik'in sözünü bu şekilde yorumladığını ifade etmiştir.⁵⁷³

Mâlik'in bu sözünün meclis muhayyerliğiyle ilgili olmadığı görüşünü benimseyen yaklaşıma göre bu söz, hadiste belirtilen “beyu'-l'hıyâr hariç” (muhayyerliği içeren satım akdi hariç) istisna ifadesiyle, yani şart muhayyerliğiyle⁵⁷⁴ ilgilidir. Çünkü Mâlik bu ifadeyi “beyu'-l'hıyâr hariç” ifadesinin hemen ardından kullanmış ve Irak fakihleri ile diğer bazı fakihlerin şart muhayyerliğinin üst sınırının üç gün olduğu görüşüne karşı bir itiraz olarak dile getirmiştir. Çünkü Mâlik'e ve Medine halkının uygulamasına göre şart muhayyerliği, akit konusu malın niteliğine bağlı olarak üç gün sürebileceği gibi bundan daha az veya daha fazla da olabilir. Bu bağlamda Mâlik, şart muhayyerliğinin süresinin belirli bir sınırı olmadığını, bu konuda yaygın örf'e göre akit konusu malın denenebileceği sürenin kıstas olarak belirleneceğini ve bu sürenin aşılmasında gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla Malik'in sözünün anlamı şudur: “Şart muhayyerliğinin belirli ve ihlali yasak olan (üst) sınırına ilişkin yapılagelen bir uygulama (sünnet) bilmiyoruz”. Mâlik'in meclis muhayyerliğini kabul etmemesinin sebebi ise bu konuda çeşitli gerekçelerle içtihat yapması ve bazı Medine fakihlerinin görüşünü tercih etmesidir.⁵⁷⁵

⁵⁷² İbn Abdilberr, *Temhîd*, XIV, 9; İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 330.

⁵⁷³ Ebû'l-Fazl İyâz b Musa b İyâz el-Yahsubî Kâdî İyâz, *Tertîbü'l-medârik ve takrîbü'l-mesâlik li-ma'rifeti a'lâmi mezhebi Mâlik*, Mağrib: Matba'atü'l-Füddâle, t.y., I, 54.

⁵⁷⁴ “Bey'u-l'hıyâr” istisnasının anlamı hakkındaki farklı görüşler için yukarıdaki “Mütebâyân/Beyyân Hadisi ve Hadisin Zahirî Anlamı” başlığına bkz.

⁵⁷⁵ İbn Abdilberr, *Temhîd*, XIV, 9-10.

İbnü'l-Arabî, Mâlikî bilginler arasında yeterli düzeyde tahsil sahibi olmayanların Mâlik'in bu ifadesinden yola çıkarak onun Medine ehlinin amelinin söz konusu hadise aykırı olduğu gerekçesiyle ameli hadise öncelediğini düşündüklerini ve bu yaklaşımın doğru olmadığını söylemektedir. Bununla birlikte o, Mâlik'in bu ifadesinin meclis muhayyerliğiyle ilgili olduğu görüşünü savunmaktadır. Buna göre Mâlik, bu sözünü muhayyerlik süresinin ve ayrılma vaktinin belirsiz olduğunu ve dolayısıyla onda garar bulunduğunu kastetmiştir. Çünkü belirsiz bir süre için koşulan şart muhayyerliğinin batıl olduğu icmâ ile sabittir. Dolayısıyla şart olarak ileri sürülmesi caiz olmayan bir hükmün şer'î olarak nasıl geçerli olabileceği sorusu ve problemi ortaya çıkmaktadır.⁵⁷⁶

Meclis muhayyerliğinin savunucuları, iddia edilen icmâa karşı iki temel itiraz da bulunmuşlardır. İlk olarak bu konuda Medine ehlinin icmânın olmadığını belirtmişlerdir. Çünkü iddia edilen icmâ ya Mâlik öncesi dönemde ya da Mâlik'in yaşadığı dönemde gerçekleşmiş olmalıdır. Ancak her iki durumda da icmân varlığı söz konusu değildir. Çünkü döneminin önde gelen Medine fakihlerinden olan İbn Ömer, meclis muhayyerliğinin geçerli olduğu görüşünü benimsemiştir. Ayrıca az yukarıda ifade edildiği gibi Mâlik'in çağdaşı ve aynı zamanda Medine fakihlerinden olan İbn Ebû Zî'b, Mâlik'in bu görüşünü duyduğunda öfkelenmiş ve onu şiddetli bir şekilde eleştirmiştir. Dile getirilen diğer bir itiraz ise kaynağı içtihad ve istidlâl (nazar) olan bir amel üzerindeki ittifakın (ictihadî amel) hüccet olmayacağı yönündedir. Nitekim bu kısımda yer alan Medine icmâi üzerinde Mâlikiler arasında bile görüş birliği bulunmamaktadır.⁵⁷⁷

Bu itiraza karşılık olarak İbn Ömer'in eyleminin kesin olarak bir zorunluluğu (vücûb) göstermediği, aksine bunun muameleyi güzelleştirme veya belirsizliği giderme amacıyla yapılmış olabileceği şeklinde cevap verilmiştir. Ayrıca İbn Ebû Zî'b'e atfedilen ifadenin isnadının münkatı' olduğu ve dolayısıyla delil olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir.⁵⁷⁸ Mübârek'e göre Mâlik'in söz konusu ifadesi, "beyyiân" hadisini Medine ehlinin ameline aykırı olduğu için reddettiğini kesin olarak göstermemekle birlikte

⁵⁷⁶ İbnü'l-Arabî, *el-Kabes*, s. 845. Garar deliline ilişkin detaylı bilgi için yukarıdaki "Akitlerde Gararın Yasak Olması İlkesi" başlığına bkz.

⁵⁷⁷ Irâkî, *Tarhû't-tesrîb*, VI, 149-150. Bâcî, Mâlik'in naklî ameli (tevatür yoluyla nakledilen sünnet) hüccet olarak kabul ettiğini ve haber-i vâhide öncelediğini ancak onun âhâd yolla nakledilen amel ile ictihadî amel konusunda Medine bilginleri ile diğer bilginlerin görüşleri arasında bir ayrım yapmadığını ifade etmektedir. Bkz. Bâcî, *İhkâmü'l-fusûl*, 486-487. "Amel-i ehl-i Medîne" ye dair detaylı bilgi için ayrıca bkz. Kâdî İyâz, *Tertîbü'l-medârik*, I, 47-53; İbrahim Kâfî Dönmez, "Amel-i Ehl-i Medine", *DİA*, III, 21-25.

⁵⁷⁸ İlgili sözün senet ve metin bakımından değerlendirmesi ve eleştirisi için bkz. Şemseddin Muhammed b Ahmed b Osman Zehebî, *Siyerü a'lâmi'n-nübelâ*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1985, VII, 142-143.

elimizde Medine ehlinin bu hadisle amel ettiğine dair de kesin bir bilgi bulunmamaktadır. Tam tersine Medine'nin yedi fakihinin görüşü bu hadisle amel etmeme yönündedir. Muhtemelen Medine fakihlerinin bu hadisle ameli terk etmesi, Mâlik'in tercih sebebi olarak dikkate aldığı ancak hadisi ret için açık bir delil olarak görmediği bir karinedir. Çünkü Medine ehlinin amelinin hüccet olarak kullanma, ashabından muhakkik olanların da belirttiği gibi Mâlik'in mutlak olarak benimsediği bir yöntem değildir.⁵⁷⁹

3.2.2.6. “Mütebâyian/Beyyiân”ın Pazarlık Yapan Taraflar Olarak Yorumu

Bu delile göre hadisteki “mütebâyian/beyyiân” (alım-satım tarafları) ifadesi, müzakere ve pazarlık aşamasında olan tarafları (mütesâvimân) belirtmektedir. Çünkü “mütebâyian/beyyiân” nitelemesi, gerçek anlamıyla icap ve kabulde bulunarak satım akdini gerçekleştirmiş olan tarafları değil, icabın beyan edilip kabulün henüz yapılmadığı esnada sözleşmeyi akdetmek amacıyla görüşmelere ve pazarlıklara koyulan, alım-satım yapmakla meşgul olan ve bu süreci devam ettiren tarafları ifade etmektedir. Nitekim “Sizden biriniz kardeşinin alışverişi (bey‘) üzerine alışveriş yapmasın!”⁵⁸⁰ hadisi de “pazarlığı üzerine pazarlık yapmasın” anlamını ifade etmekte ve bu yorumu desteklemektedir ki konuya ilişkin başka bir rivayette alışveriş yerine pazarlık (sevm) kelimesi geçmektedir. Dolayısıyla iki hadis de aynı anlamı ifade etmektedir.⁵⁸¹ Bu durumda hadisin anlamı; “akit müzakeresini ve pazarlığını yapmakta olan taraflar, icap ve kabulde bulunarak satım akdini tamamlamadıkları sürece (icaptan dönme ve icabı kabul etme ya da sözleşmeyi akdetme ve akdetmeme konusunda) muhayyerdirler.” olmaktadır.⁵⁸² Dolayısıyla hadis akdın tamamlanmasından önceki aşama ile ilgilidir.⁵⁸³ Bu yorum, bir sonraki başlıkta ele alınacak olan “teferruk” (ayrılma) kavramının sözlü ayrılma şeklindeki yorumuyla ilişkilidir ve onunla bir bütünlük oluşturmaktadır.

⁵⁷⁹ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 100.

⁵⁸⁰ Tirmizî rivayet etmiş ve “hasen sahih” olduğunu belirtmiştir. Bkz. Tirmizî, “Büyû”, 57 (1292).

⁵⁸¹ Tahâvî, *Meânî'l-âsâr*, IV, 13.

⁵⁸² Tahâvî, *Meânî'l-âsâr*, IV, 13; Cessâs, *Ahkâm*, II, 227; Bâcî, *el-Müntekâ*, V, 55; Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 157; Kâdî İyâz, *Tertîbü'l-medârik*, I, 54; İbn Huveyzimendâd bu görüşü Mâlik'ten rivayet etmiştir. Bkz. Irâkî, *Tarhû't-tesrîb*, VI, 151; Ebü'l-Abbâs Şehâbeddin Ahmed b İdris b Abdürrahim Kârâfî, *Envârü'l-bürûk*, III, 278-279; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, VI, 258; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, II, 145; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 528.

⁵⁸³ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 3105.

Bu delile karşılık olarak, şâri‘in sözünün yoruma kapalı olduğu ve söz konusu yorumun hadisin anlamını işlevsiz hale getirdiği şeklinde bir itiraz yöneltilmiştir. Çünkü bu görüşe göre pazarlık yapmakta olanların istedikleri zaman satım sözleşmesini yapabilecekleri veya yapmayabilecekleri şeklinde bir anlam ortaya çıkmaktadır. Bu, mevcut olan ve bilinen bir durumu bildirmekten (*tahsîl-i hâsıl/ilâm-ı malûm*) başka bir şey değildir. Bedihî olan bir hükmün bilinmesi için hadisin varlığına gerek duyulmaz. Zira pazarlık aşamasında tarafların muhayyer olduğu ve akit kurulmadan borç sorumluluğunun olmadığı genel olarak bilinir. Her bir tarafın akit kurulmadan önce kabul etme veya etmeme özgürlüğü vardır, yani müzakere aşaması sözleşme serbestisi prensibine tabidir. Bu zaten kabul edilen genel bir prensiptir ve her birey için asıl olan borçlu olmamaktır. Dolayısıyla kanun koyucunun, kişinin borç ilişkisi kurarken özgür olduğu ilkesini belirtmesi gereksizdir.⁵⁸⁴ İbnü‘l-Arabî‘ye göre meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlerin yorumu kastedilmiş olsaydı, fesahate uygun olması açısından “alım-satım tarafları sözleşmeyi akdetmedikçe muhayyerdirler” şeklinde bir ifadenin kullanılması gerekli olurdu.⁵⁸⁵

Başka bir deyişle icabın yöneltildiği kişi henüz bir beyanda bulunmamıştır ki onun muhayyer olup olmadığı ihtimali gündeme gelsin. Benzer şekilde bu durum icapçı için de geçerlidir; zira Hanefîlerin de dahil olduğu cumhura göre icapçı icabıyla bağlı değildir. Dolayısıyla söz konusu yorum esas alındığında hadis yeni ve kayda değer bir anlam ortaya koymamış olur. Hadisin yeni bir anlam ifade etmesi için “mütebâyîân/ beyyîân” ifadesinin satım akdini tamamlayan taraflar olarak yorumlanması gerekir. Şüphesiz yeni bir anlam/hüküm ortaya koymak (*tesîs*), var olan veya zaten bilinen bir durumu sadece tekrar etmek ve vurgulamaktan (*tekîl*) evladır.⁵⁸⁶ Çünkü satıcıya akit öncesinde kendi malını satmakta serbest (*hıyâr*) olduğunu bildirmenin bir anlamı yoktur. Zira ne cahiliye ne de İslam döneminde kişinin kendi malını satmasının caiz olmadığına inanan hiçbir kimse bulunmamaktaydı. Benzer bir şekilde, müşteriye satın alınması caiz olan bir malı satın alıp almamakta serbest olduğunu bildirmenin de bir anlamı yoktur. Çünkü satın

⁵⁸⁴ İbn Abdilberr, *Temhîd*, XIV, 19; Hattâbî, *Meâlimü’s-Sünen*, III, 119; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 11; İbn Hacer, *Fethü’l-Bârî*, IV, 331; Şevkânî, *Neylû’l-evtâr*, V, 221; Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 27; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 3105; Bedrân, *Nazariyyetü’l-mülk ve’l-ukûd*, s. 546; Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 101.

⁵⁸⁵ Dibâğ, “Ru‘ye cedîde”, s. 22. (Dibâğ, bunu İbnü‘l-Arabî‘nin “*Ârizatü’l-Ahvezî*” isimli eserinden nakletmektedir.)

⁵⁸⁶ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 1086.

almanın caiz olmadığına inanan hiçbir kimse de mevcut değildi. Bu durumda hadisin muhatapların hitaptan önce inanmadıkları veya düşünmedikleri yeni bir anlamı ifade etmesi gerekir. Bu da tarafların icap ve kabul yaptıktan sonra mekânlarından ayrılmadıkları müddetçe muhayyer olduklarıdır.⁵⁸⁷

Cessâs, bu itiraza karşılık olarak hadisin anlamının işlevsiz hale gelmediği cevabını vermiştir. Ona göre kendi yorumları temel alındığında hadis çok önemli bir anlamı/hükümü ortaya koymaktadır. Bu hüküm, icapçının icabını geri almasının caiz olduğudur. Çünkü bir kimsenin kabul beyanından önce icapçının icabından dönme hakkının olmadığını düşünmesi mümkündür. Nitekim köle azadı ve muhâlea işlemlerinde efendinin veya kocanın kölenin ya da kadının kabul etmesinden önce icaplarından dönmeleri caiz değildir. Dolayısıyla Hz. Peygamber, her bir tarafın diğerinin kabul beyanından önce muhayyer olduğunu belirterek satım akdinin hükmünü ve bu bakımdan onun köle azadı ve muhâlea işlemlerinden farklılık gösterdiğini açıklamıştır.⁵⁸⁸

Dibâğ, Cessâs'ın bu yaklaşımının önceki yaklaşıma (Taberî'ninkine) kıyasla daha öncelikli olmadığını belirtmektedir. Çünkü bu yaklaşım, muhatapın köle azadı ve muhâlea işlemleriyle ilgili hükümleri bildiği fakat satım akdiyle ilgili hükmü bilmediği varsayımına dayanmaktadır. Oysaki köle azadı ve muhâlea işlemlerine nazaran daha yaygın ve sık tekrarlandığı için satım akdinin hükmünün daha açık ve bilinir olması beklenir. Ayrıca uyarı ve hatırlatma, genellikle asıl hükme muvafık olan durumlar için değil, bu hükme aykırı olan durumlar için yapılır. İki taraflı işlemlerde asıl olan, iradeler uyuşmadıkça hiçbir taraf için bağlayıcı olmamasıdır. Uyarıda bulunma bu asla aykırı olan durumlar için gerekli olur. Bu bağlamda söz konusu aykırı durum, satım akdi değil köle azadı ve muhâlea işlemleridir. Dolayısıyla muhatapların uyarılması bu işlemlere yönelik olmalı ve "Muhâlea yapan ve azat eden kişilerin muhayyerlikleri yoktur." şeklinde bir uyarı yapılmalıdır. Kaldı ki söz konusu yorumun satım akdinde icapçı için yeni bir anlam/hüküm ifade ettiği kabul edilse bile kabul etmesi beklenen taraf için böyle bir anlam söz konusu değildir. Zira kabul etmesi beklenen tarafın icabı kabul veya reddetme noktasında özgür olduğu bedihî olarak bilinmektedir. Hadis tüm rivayetleriyle birlikte ele alındığında sadece icapçının değil, her iki tarafın muhayyerliğinden bahsetmektedir. Bu nedenle

⁵⁸⁷ Ebû Cafer İbn Cerîr Muhammed b Cerîr b Yezid Taberî, *İhtilâfî'l-fukaha*, Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, t.y., s. 58-59.

⁵⁸⁸ Cessâs, *Ahkâm*, II, 225.

“mütebayiân/beyyiân” ifadesinin pazarlık yapmakta olan yapan taraflar şeklindeki yorumu zayıf kalmaktadır. Çünkü bu yorum, hadisin anlamını işlevsizleştirmektedir.⁵⁸⁹

Bu itiraza karşılık olarak verilen cevapta, hadiste akdin icap ve kabul ile bağlayıcı olarak kurulacağını vurgulandığı ve muhatabı bu hükme hazırlamak amacıyla “el-mütebayiân bi’l-hıyâr” (tarafların muhayyer olduğu) ifadesiyle başlandığı belirtilmektedir. Tarafların pazarlık aşamasında sözleşme özgürlüğüne tabi oldukları, yani sözleşmeyi akdetmekte serbest oldukları genel olarak bilinen bir husus olsa da bu noktaya özellikle vurgu yapılması, icap ve kabul ile akdin bağlayıcı olarak kurulacağı konusunda kişiyi bilinçli olmaya hazır kılar.⁵⁹⁰ Bu bağlamda söz konusu hadis, satım akdinin sadece akit yapma ile tarafları bağladığını ancak muhayyerliğin şart koşulduğu akdin istisna edildiğini ifade etmektedir. Çünkü bu durumda muhayyerlik hükmü gereği akit bağlayıcı değildir. Bu şekilde yorumlandığında hadisin anlamı devre dışı kalmamış olur.⁵⁹¹

Cessâs, sonuç olarak hadisin rivayetlerinin çoğu göz önüne alındığında iki yoruma da muhtemel olduğunu ancak ihtimale dayanarak Kur’an’ın zahirine muhalefet etmenin caiz olmadığını ve hadisin Kur’an’a uygun bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirtir.⁵⁹²

3.2.2.7. “Teferruk” un Sözlerle Ayrılma Olarak Yorumu

Bu delile göre hadisteki “teferruk” (ayrılma) kelimesi, “mütebayiân/beyyiân” ifadesinin akit müzakeresi ve pazarlığını sürdüren taraflar şeklindeki yorumunun bir uzantısı olarak sözlerle ayrılmayı, başka bir deyişle alım-satımın mantığından (konusundan) ayrılmayı

⁵⁸⁹ Dîbâğ, “Ru’ye cedide”, s. 21-22

⁵⁹⁰ Ebû Muhammed Abdülhâk b Gâlib İbn Atrıyye el-Endelüsî, *el-Muharrerü ’l-vecîz fî tefsîri ’l-kitâbi ’l-azîz*, Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2001, II, 42.

⁵⁹¹ Mübârek, *Hıyârü ’l-meclis*, s. 101.

⁵⁹² Cessâs, *Ahkâm*, II, 227-228.

belirtmektedir.⁵⁹³ Çünkü “teferruk” (ayrılma), somut (a’yân) ve soyut (me’ânî) şeyler için ortak olarak kullanılan bir kavramdır.⁵⁹⁴

Hanefî mezhebinde “ayrılma” (teferruk) kavramının yorumuna ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır: Yaygın görüş, sözlerle ayrılmanın kastedildiği yönündedir. Buna göre “ayrılma”nın anlamı, akit kurucu ifadenin telaffuz edilmesi⁵⁹⁵ yani icap ve kabulün beyan edilmesidir. Bu yoruma binaen hadiste belirtilen muhayyerlik, icapçının⁵⁹⁶ kabul beyan edilmeden önce icabını geri alma hakkı ile ilişkilidir. Eğer icapçı rücu etmeden önce kabul beyan edilirse “ayrılma” gerçekleşir ve muhayyerlik sona erer. Bu yorum Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (ö. 189/805) tarafından savunulmuş ve Ebû Hanîfe’ye nispet edilmiştir. Hanefîlerin çoğunluğu “sözlerle ayrılma” yorumunu benimsemişlerdir. Diğer bir görüş, “ayrılma”nın icaptan sonra kabulden önce muhayyerliği inkıtaa uğratan bedenlerle ayrılma olduğu şeklindedir. Bu görüşe göre icapta bulunulduğunda icapçı fiziksel olarak ayrılmadıkça muhatap, icabı kabul edip etmeme hakkına sahiptir. Ayrılma gerçekleştiğinde ise bu hak sona erer. Bu yorum İsa b. Ebân (ö. 221/836) tarafından

⁵⁹³ Mâlik b. Enes, *Muvatta’*: rivâye Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, s. 277; Tahâvî, *Meânî’l-âsâr*, IV, 13; Bâcî, *el-Müntekâ*, V, 55; Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 157; Kâdî İyâz, *Tertîbü’l-medârik*, I, 54; Kârâfî, *Envârü’l-bürûk*, III, 278-279; İbnü’l-Hümâm, *Fethü’l-kadîr*, VI, 258; Molla Hüsrev, *Dürerü’l-hükkâm*, II, 145; İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, IV, 528. İbâzîler de hadisteki ayrılmayı benzer şekilde “sözleşme (safka) ile ayrılma” olarak yorumlamışlardır. Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 21.

⁵⁹⁴ Babertî, *Înâye*, VI, 259; Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 67. Bu bağlamda İnâye şarihi Babertî, meclis muhayyerliğini kabul edenlerin görüşünü izah ederken hadiste geçen “teferruk (ayrılma) kavramının araz olduğu ve bunun cevher, yani bedenlerle varlık kazandığı (kaim olduğu)” şeklinde bir açıklama getirir. Ayrıca Merginânî’nin ayrılmanın “sözlerle ayrılma” olduğuna dair ifadesinin “ayrılma”nın araz olup cevherle (beden) kaim olduğu görüşüne bir cevap olduğunu belirtir. Babertî, bu tartışmayı ilerletirken bir soru ortaya koyar ve bu soruya cevap verir. Soru şu şekildedir: Ayrılmanın sözlerle ayrılma olarak yorumlanması, arazın araz ile kaim olmasını gerektirir. Ancak bu, ehli sünnet kelmacılarının ittifakıyla imkansızdır. Dolayısıyla ayrılmanın söze isnat edilmesi de mecazi bir kullanımdır. Bu mecazi anlamın meclis muhayyerliğini kabul edenlerin benimsediği mecazi anlama tercih edilmesinin gerekçesi nedir? Babertî bu soruya şöyle cevap vermektedir: Ayrılmanın (tefrîk) veya ayrılmanın (teferruk) a’yân dışındakilere isnadı caiz ve yaygın olan bir kullanımdır. Bu yaygın kullanım nedeniyle mecazî anlam hakikî anlam yerine kaim olmuştur. Bkz. Babertî, *Înâye*, VI, 257-259. Babertî “mütebayân” ifadesinin yorumu kapsamında “şer’î akitlerin (hukukî işlemler) cevherler hükmünde olduğu ve dolayısıyla tarafların sözlerle ayrıldıktan sonra “mütebayân” olduğu” savının doğru olmadığını vurgular. Çünkü şer’î açıdan taraflar sözlerle ayrıldıktan sonra devam eden/geçerli olan sözlerinin hakikati değil, sözlerinin hükmüdür. Bkz. Babertî, *Înâye*, VI, 258. Babertî’nin bu açıklamaları, “atomcu evren anlayışı”nın İslam hukuku üzerindeki etkilerini ortaya koyması açısından dikkat çekicidir. Belirtmek gerekir ki tez çalışmamız boyunca bu evren anlayışının hem kavramsal hem içeriksel olarak İslam hukukundaki “meclis” tasavvuruna birçok yansımaları gözlemlenmiştir. Bununla birlikte tezin sınırlılıkları bu konudaki detaylara girmemize izin vermemektedir. Atomcu evren anlayışının İslam hukuku üzerindeki etkilerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hasan Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslâm Hukukuna Etkisi*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007.

⁵⁹⁵ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 1086.

⁵⁹⁶ İcapçı, satıcı olabileceği gibi müşteri de olabilir. Ancak literatürde verilen örneklerde genellikle satıcı icapçı olarak gösterilmektedir.

savunulmuş ve aynı zamanda Ebû Yusuf'tan nakledilmiştir.⁵⁹⁷ Tahavî de bu yorumu benimsemiştir.⁵⁹⁸

Bu bağlamda İsa b. Ebân şöyle demiştir: “Bu hadis varit olmasaydı kabul etme muhayyerliğini akamete uğratan şeyi bilemezdik. Hadis sayesinde icabın beyanından sonra bedenlerle ayrılmanın kabul etme muhayyerliğini akamete uğrattığını öğrenmiş olduk.”⁵⁹⁹ Dolayısıyla İsa b. Ebân’a göre hadiste belirtilen muhayyerlik “kabul (etme)” muhayyerliğidir. Ancak Ebû Yusuf, her iki tarafın eşit şekilde muhayyer olduğunu (*mütesâviyân*) belirtmiştir. Buna göre icap beyan edildikten sonra mecliste icabın muhatabının icabı kabul etme muhayyerliği, icapçının ise kabul beyanından önce icaptan rücu‘ etme muhayyerliği vardır. Kabul beyan edilmeden önce taraflardan biri meclisten ayrılırsa her iki tarafın muhayyerlikleri sona erer.⁶⁰⁰ Bazı Hanefiler ise sözlerle ayrılmayı “sözlerle ittifak etme”, yani icap ve kabulün tevafuk etmesi olarak yorumlamışlardır. Bu yoruma göre hadisteki “taraflar ayrılmadıkça” ifadesi, “taraflar tevafuk etmedikçe” anlamını belirtmektedir.⁶⁰¹ Sonuç olarak Hanefîlerin “teferruk” kavramına ilişkin yorumu, “mütebâyiân” ifadesine ilişkin yorumlarını tamamlayıcı niteliktedir. Çünkü Hanefîlerin çoğunluğu, bahsi geçen ayrılmayı sözlerle ayrılma ve ihtilaf etme şeklinde yorumlamaktadır. Sözlerle ayrılma, icabın beyanından sonra karşı tarafın “kabul etmiyorum” veya “kabul ediyorum” demesi ya da icapçının kabulden önce icabını geri

⁵⁹⁷ Tahavî, *Meânî'l-âsâr*, IV, 13; Zeylâi, *Tebyînü'l-hakâik*, IV, 3; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, IV, 528; Dîbâğ, “Ru'ye cedîde”, s. 24.

⁵⁹⁸ Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 142.

⁵⁹⁹ İsa b. Ebân devamında şöyle demiştir: “Hadisin evla olan yorumu budur. Çünkü şeriatla, hükme etki ettiğinde ittifak edilen “ayrılma”, sarf akdindeki ayrılma değildir. Bu ayrılma, akdin fesadına neden olurken akdin geçerliliğine bir etkisi olmaz (yani olumsuz bir anlama sahiptir). Hz. Peygamber'den alım-satım taraflarının muhayyerliğine ilişkin nakledilen ayrılma bu şekilde yorumlandığında kabulden önce gerçekleşen ayrılma icabı hükümsüz kılar. Eğer söz konusu ayrılma, satım akdini tamamlayan bedenlerle ayrılmaya yorulursa sarf akdindeki durumun aksine bu ayrılma olayı akdin tamamlanmasını sağlar. Ancak bu yorum, üzerinde görüş birliği edilen bir temele (asl) dayanmamış olur. Çünkü üzerinde ittifak edilen ayrılma, eğer tamamlanmamışsa hatta tamamlanmışsa bile akdin öncesini fesada uğratar.” Bkz. Tahavî, *Meânî'l-âsâr*, IV, 13.

⁶⁰⁰ Cessâs, *Ahkâm*, II, 227.

⁶⁰¹ Bu bağlamda İbn Nüceym, geç dönem Hanefiler arasında “sözlerle ayrılma”nın anlamı üzerinde ihtilaf olduğunu belirtir. *Mustasfâ ile Fethü'l-kadîr*'de “sözlerle ayrılma”, icaptan sonra muhatabın “kabul etmiyorum” demesi şeklinde ilk sözün (icap) reddi olarak yorumlanmıştır. *Gâyetü'l-beyân*'da ise icaptan sonra diğer tarafın icabı kabul etmesi şeklinde yorumlanmıştır. Bu yoruma göre muhatap icabı kabul ettiğinde taraflar ayrılmış kabul edilir ve muhayyerlikleri sona erer. İlk yoruma göre ayrılma gerçekleştiğinde satım akdi aslen ortadan kalkar. İkinci yoruma göre ise muhayyerlik sona erer ve satım akdi bağlayıcı olur. Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V, 285.

alması şeklinde gerçekleşir. Bu yoruma göre söz konusu hadis iki tür muhayyerlik, yani rücu‘ ve kabul muhayyerliklerini ortaya koymaktadır.⁶⁰²

Senhûrî, konuyla ilgili birçok rivayeti dikkate aldıktan sonra İsâ b. Ebân’ın ve Ebû Yusuf’un bedenlerle ayrılma yorumunu tercih etmekte ancak bu görüşe bir ilave yapmaktadır. Ona göre hadiste doğrudan rücu‘ ve kabul muhayyerliği değil, icaptan sonra rücu‘ ve kabul muhayyerliklerinin akamete uğradığı anın belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu an tarafların fiziksel olarak ayrıldığı andır, çünkü bu durumda akit meclisi zorunlu olarak dağılır. İcap sonrası ve kabul öncesi meclisin dağılmasıyla kabul muhayyerliği akamete uğrar ve icap düştüğü için icabı geri alma imkânı ortadan kalkar. Bu durumda hadis, kabul ve rücu‘ muhayyerliklerinin akamete uğradığı süreyi belirlemiş olur.⁶⁰³

Ayrıca Senhûrî, bu yorumuna paralel olarak hadisin bazı varyantlarında geçen “...Ya da biri diğerine “seçim yap!” der” (tahyîr) şeklindeki ibareyi, icapçının icabının ayrılma anına kadar muallakta kalmasını istemediğinde karşı tarafa teklifte bulunarak durumu hızla netleştirme ve kesinleştirme hakkı olarak yorumlar. Buna göre icapçı, karşı tarafa “İcabı kabul veya ret noktasında seçim yap!” şeklinde teklif yaptığında icabı geri alma hakkı sona erer ve muhatabın hemen karar vermesi gerekir. Eğer muhatap icabı kabul ederse akit tamamlanmış olur. Ancak reddederse veya susarsa icap düşer ve meclis dağılır.⁶⁰⁴ Bu yoruma karşılık olarak, rücu‘ ve kabul muhayyerliklerinin sona ermesinin sadece tarafların bedenlerle ayrılmasına indirgendiği şeklinde bir itiraz yöneltmiştir. Ancak bu iki muhayyerlik, akit meclisinin dağılması dışında çeşitli sebeplerle de sona erebilir. Örneğin meclisin dağılmasından önce olsa bile icap ve kabulün tevafuku veya muhatabın icabı kabul etmemesi gibi. Dolayısıyla diğer sebepleri göz ardı ederek hadisi yalnızca bedenlerle ayrılmaya inhisar etmek eksik bir yorum olacaktır.⁶⁰⁵

Zerkâ, hadisin yorumunda yeni bir yaklaşım ortaya koymuştur. Ona göre hadisteki muhayyerlik, icap ve kabul arasındaki zaman diliminde ve akdin yapıldığı esnada tarafların muhayyerliğini ifade eder. Ayrılma ise akit meclisinin olumlu veya olumsuz olarak dağılmasını belirtir. Taraflar ayrılıncaya yani akit meclisi sona erinceye kadar -ki

⁶⁰² İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, IV, 528; Dîbâğ, “Ru’ye cedîde”, s. 22.

⁶⁰³ Senhûrî kendi görüşüne destek olarak Tahavî’nin *Muhtasar*’ındaki bazı ifadeleri referans alır. Bkz. Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 29. (1. Dipnot)

⁶⁰⁴ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 29 (3. Dipnot). Senhûrî, bu yorumunu destekleyici olarak *Fethü'l-kadîr*’deki bir ifadeye atıfta bulunmaktadır. Bkz. İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, VI, 259.

⁶⁰⁵ Dîbâğ, “Ru’ye cedîde”, s. 24. (Dîbâğ, bu itirazı Alefî’nin Ahkâmü’l-hıyârât isimli doktora tezinden nakletmektedir.)

meclisin sona ermesi ayrılmanın gerçekleşmesini gerektirir- kabul etmesi beklenen taraf icabı kabul veya ret kararında muhayyer olduğu gibi, icapçı da kabul öncesinde icabını devam ettirme veya icabından dönme konusunda muhayyerdur. Sonuç olarak, ayrılma ya i'râz ve icabın açık bir şekilde reddedilmesi (meclisin olumsuz dağılması) ile gerçekleşir ki bu durumda icap hükümsüz olur; ya da kabul beyanıyla (meclisin olumlu dağılması) gerçekleşir ki bu durumda akit kurulur ve her bir taraf akdin gereğiyle bağlanır.⁶⁰⁶

Zerkâ, bu bağlamda Hanefîlerin “kabulün yapılması ve akdin kurulması”nı belirten “sözlerle ayrılma” şeklindeki yorumunu zorlama bir yorum olarak niteler ve kendi yorumunun daha tercih edilebilir olduğunu ifade eder. Bu yoruma göre hadiste icap ve kabul arasında her iki taraf için geçerli olan muhayyerliğin süresinin beyanı ve bu sürenin meclisin sona ermesiyle sınırlandırılması amaçlanmıştır.⁶⁰⁷ Dibâğ, hadisteki “ayrılma” kavramının tüm mezkûr anlamları içerecek şekilde yorumunun aklen mümkün olmadığını ifade eder. Bu bağlamda sözlerle ayrılmanın aynı anda hem sözlerin ihtilafını (icap ve kabulün uyumsuzluğu) hem de sözlerin ittifakını (icap ve kabulün tevafuku) içermesi gibi bir durumun tasavvur edilmesi mümkün değildir. Çünkü bu, aynı anda hem anlaşma hem de anlaşmazlık durumunu ifade eder ki mantıksal olarak tutarsızdır. Ona göre Zerkâ'nın yorumu, hadisteki belirli bir ifadenin yorumu olmaktan ziyade icabın düşme ve bağlayıcı olma hallerinin ayrıntılı bir şerhi olmaya daha yakındır.⁶⁰⁸

Meclis muhayyerliğini kabul edenler, “sözlerle ayrılma” yorumunun mantıklı olmadığını ve çelişkili bir durum ortaya çıkardığını belirtirler. Zira bu durumda tarafların üzerinde anlaştığı ve satım akdini tamamlayan sözler, aynı zamanda tarafların ayrılmasına ve icabın hükümsüz hale gelmesine neden olmaktadır ki bu, makul ve anlaşılır olmayan geçersiz bir yorumdur. Hadis, ihtilaf veya görüş ayrılıkları değil, tarafların semen ve mebî üzerinde mutabık kaldıkları ve her bir tarafın tek bir hedefe, yani akdi gerçekleştirmeye odaklandığı satım akdi bağlamında söylenmiştir. Bu aşamada taraflar arasında sözlerle ayrılma veya görüş farklılığı söz konusu değildir. “Sözlerle ayrılma” durumu pazarlık ve müzakere aşamasında bulunmaktadır. Burada ise pazarlık sonucunda semen ve mebî üzerinde bir anlaşmaya varılmıştır. İcapta bulunan tarafın amacı diğer tarafın kabul etmesini sağlamaktır. Kabul gerçekleştiğinde icaba muvafakat

⁶⁰⁶ Zerkâ, *Medhâl*, I, 523.

⁶⁰⁷ Zerkâ, *Medhâl*, I, 523 (1. Dipnot).

⁶⁰⁸ Dibâğ, “Ru'ye cedîde”, s. 25.

sağlanmış olur. İcap ve kabul örtüştüğünde “sözlerle ayrılma” değil “sözlerle tevafuk” söz konusudur. Bunun yanı sıra icabın muhatabı teklifi kabul etmediğinde bu durum ayrılma (teferruk) olarak değil, anlaşmazlık (ihtilaf) olarak tanımlanır. Dolayısıyla “icap ve kabul beyanları” ve “bu beyanların tevafuku” veya “icabın reddi”, “sözlerle ayrılma” olarak değerlendirilmez ve ifadelendirilmez.⁶⁰⁹ Dibâğ, bu itiraza şu şekilde cevap verilebileceğini söyler: Taraflar esasen alım-satım yapmaya rağbet ederken fikir birliği (içtima) etmişlerdir. Ancak daha sonra detaylara dair müzakereler esnasında istekleri çatışmış ve fikir ayrılığına düşmüşlerdir.⁶¹⁰

Meclis muhayyerliğini savunanlar, bu delile karşılık olarak “sözlerle ayrılma” yorumunun zahir anlama aykırı bir yorum olduğu şeklinde bir itiraz getirmişlerdir. Çünkü “teferruk” (ayrılma) kelimesinden ilk anlaşılan anlam, mekândan ayrılmaktır. Nitekim Beyhakî’nin rivayet ettiği “Herhangi bir kişi başka bir kişiyle alım-satım gerçekleştirdiğinde taraflar mekânlarından ayrılmadıkları müddetçe muhayyerdirler. Muhayyerliği içeren sözleşme (*safkatü’l-hıyâr*) bu (hükümden) istisnadır...”⁶¹¹ hadisinde yer alan “mekânlarından” ifadesi, ayrılmanın bedenlerle ayrılma olduğunu açık bir şekilde göstermektedir. Dolayısıyla sözlerle ayrılma şeklindeki yorum geçersiz bir yorumdur.⁶¹² Bu itiraza karşılık olarak, hadiste yer alan söz konusu ifadenin de bir yorum kapsamında kabul edilebileceği şeklinde cevap verilmiştir. Çünkü hadisin merfu‘ rivayetinde bu ifade geçmemektedir. Dolayısıyla bu rivayet, merfu‘ hadis derecesinde değerlendirilemez.⁶¹³

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler, hadiste geçen “ayrılma”nın bedenlerle ayrılma olduğu kabul edilse bile bunun akdin tamamlanması için zorunlu bir şart değil, Müslümanlar arasında güzel muamelede bulunma bakımından tavsiye niteliğinde bir emir (*istihbâb*) veya anlaşmazlıktan kaçınmak için ihtiyatî bir davranış olarak görülebileceğini belirtmişlerdir. Buna mukabil olarak, bir karine olmaksızın hadisi zahir anlamı dışında bir anlama yormanın caiz olmadığı itirazında bulunulmuştur. Asıl olan lafzın zahir anlamı

⁶⁰⁹ İbn Abdilberr, *Temhîd*, XIV, 18-19; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 238-239; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 11; İbn Hacer, *Fethü’l-bârî*, IV, 331; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 3105; Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 1088.

⁶¹⁰ Dibâğ, “Ru’ye cedide”, s. 23.

⁶¹¹ Beyhakî, es-Sünenü’l-kübrâ, V, 445 (10449).

⁶¹² İbn Dakîkul’id, *İhkâmü’l-ahkâm*, II, 109; Şevkânî, *Neylû’l-evtâr*, V, 220; Ebû İbrâhim İzzeddin Muhammed b İsmail Emir es-San’anî, *Sübülü’s-selâm şerhi Bulûgü’l-merâm min cem’i edilleti’l-ahkâm*, Kâhire: Dârü’l-Hadîs, 1997, II, 48.

⁶¹³ Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 103.

ile amel etmektir. Hadisin zahir anlamı, akdin bağlayıcı hale gelmesi için bedenlerle ayrılmanın zorunlu olduğunu göstermektedir.⁶¹⁴

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler, hadiste geçen “ayrılma”nın bedenlerle ayrılma şeklindeki yorumu temel alınsa bile esasında bu anlamın meclis muhayyerliğini savunanların kastettiği anlam olmadığını ifade ederler. Çünkü onlara göre söz konusu “ayrılma”, şahısların ayrılması şeklinde zahiri anlamı üzerine olmayıp meclisin değişmesinden kinayedir. Nitekim oturan tarafın kalkması, ayakta olan tarafın yürümesi gibi davranışlar taraflar gerçek anlamda fiziksel olarak ayrılmamış olsalar bile meclis muhayyerliğini sonlandırmaktadır. Dolayısıyla eğer meclis muhayyerliğini kabul edenler bedenlerle ayrılmanın meclisin değişmesinden kinaye olduğunu ileri sürebiliyorlarsa muhayyerliği kabul etmeyenler de bu ayrılmanın sözlerle ayrılmadan kinaye olduğunu savunabilmelidirler.⁶¹⁵

Bu bağlamda Şâfiî mezhebinde bu delile karşılık olarak üç itiraz ortaya koyulmuştur: Birinci itiraza göre ayrılma olayından bahsedebilmek için öncesinde bir içtima/toplanma eyleminin vuku bulması gerekir. Tarafların akit sonrası fiziksel olarak ayrılmalarından önce akit esnasında hem sözlerle içtima/birlik (icap ve kabulün tevafuku) hem de fiziksel içtima/birlik (akit yapmak için toplanma) söz konusudur. Ayrılmanın “sözlerle ayrılma” olarak yorumlanması doğru değildir. Çünkü pazarlık aşamasında taraflar zaten sözlerle ayırdırlar yani görüş ayrılığı içindedirler. Taraflar sözleşmeyi akdedince ihtilaftan sonra bir söz birliği/içtima sağlamış olurlar. Bu, Ebû İshâk Mervezî’nin yorumudur. İkinci itiraza göre icap sonrası ve kabul öncesinde kabul muhayyerliğinin olduğu icmâ ile bilinen bir husustur. Çünkü eğer bir tarafın icabı diğer taraf için bağlayıcı olursa satım akdi sadece bir tarafın tercihiyle zorla bağlayıcı hale gelir ve bu durum zarara ve anlaşmazlığa yol açabilir. Tarafların satım akdinden sonra muhayyer oldukları ise hadisten çıkan bir hükümdür. Hadisin bir anlam/hüküm ifade etmesi için sadece hadisten elde edilen bir anlamın tercih edilmesi, zaten icmâ ile sabit olan bir anlama bağlamaktan evladır. Bu da İbn Cerîr Taberî’nin yorumudur. Üçüncü itiraza göre hadisteki “ayrılma” kavramı bahsi geçen iki manaya muhtemeldir. Ancak söz konusu manalardan sadece birinin kastedilmiş olacağı icmâ ile kabul edilmektedir.

⁶¹⁴ Tayyâr, *Hıyârü'l-meclis ve'l-ayb*, s. 103.

⁶¹⁵ Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 101-102.

Hadiste hangi anlamın kastedildiğini gösteren bir karine yoktur. Bu durumda hadis, ravinin anladığı şekilde yorumlanmalıdır. Hadisin râvileri olan İbn Ömer ve Ebû Berze, “ayrılma”nın bedenlerle ayrılma olduğunu düşünüyorlardı. Bu da Şâfiî’ye ait bir yorumdur.⁶¹⁶

Şâfiî, hadisteki ayrılmanın “sözlerle ayrılma” olarak yorumlanmasının (Arapça) dil kuralları açısından imkânsız olduğunu ifade eder. Ona göre söz konusu yorum, dili bilmemekten veya dil kurallarını göz ardı etmekten (*tecâhül*) kaynaklanmaktadır. Çünkü taraflar, pazarlık ve müzakere sürecine başladıkları zaman “pazarlık yapan taraflar” olarak nitelenirler. Tarafların “alım-satım yapan taraflar” olarak nitelenmesi ise pazarlık evresi nihayete erdikten sonra alım-satımın gerçekleşmesi üzerine mümkün hale gelir. Dolayısıyla taraflar satım akdini tamamlayıp sözlerle ayrılmadıkça, yani icap ve kabul yapılmadıkça “alım-satım yapan taraflar” olarak nitelenmezler.⁶¹⁷ Bu bağlamda “sözlerle ayrılma” ile “pazarlık yapan taraflar” yorumlarının mecazî bir yorum olduğu ve hadisin hakiki anlama veya buna yakın bir anlama yorulmasının gerektiği ifade edilmiştir.⁶¹⁸

3.2.2.8. Şart ve Ayıp Muhayyerliklerinin Yeterliliği

Bu delile göre şart ve ayıp muhayyerlikleri meclis muhayyerliğine ihtiyaç bırakmamaktadır. Sözleşmelerde ve özellikle satım akdinde asıl olan, tarafların akit yapmadan önce bir düşünme ve değerlendirme sürecini tamamlamış olmalarıdır. Akit bu şekilde gerçekleştiği takdirde satım akdinin bağlayıcılığını meclisten “ayrılma” olgusuna talik etmek için haklı bir gerekçe olamaz. Eğer müşterinin böyle bir gereksinim duyacağı varsayılrsa bile şâri‘ bu ihtiyacın karşılanması için şart ile ayıp muhayyerliklerini teşrî‘ kılmıştır.⁶¹⁹ Dolayısıyla şart ve ayıp muhayyerlikleri, meclis muhayyerliğine ihtiyaç bırakmayacak niteliktedir.

⁶¹⁶ Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, V, 333-334.

⁶¹⁷ Şâfiî, *el-Ümm*, III, 6-7.

⁶¹⁸ Buna verilen cevaplar ve ilgili kavramların hakiki ve mecaz anlamları bağlamında yapılan lügavî tartışmalar için bkz. Şâfiî, *el-Ümm*, III, 6-9; Tahâvî, *Meânî’l-âsâr*, IV, 13; Cessâs, *Ahkâm*, II, 220, 225-228; Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, V, 332-335; İbn Hacer, *Fethü’l-bârî*, IV, 330-331; İbn Rüşd, *el-Mukaddimât*, II, 95-96; Babertî, *Înâye*, VI, 257-259; Kârâfî, *Envârü’l-bürûk*, III, 278-279; Tehânevî, *Î’lâü’s-sünen*, XIV, 9-10.

⁶¹⁹ Tehânevî, *Î’lâü’s-sünen*, XIV, 12; Mübârek, *Hıyârü’l-meclis*, s. 67.

Meclis muhayyerliği kurumuyla taraflara fesih hakkı tanınması, savunucularının öne sürdüğu gibi bu muhayyerlikten amaçlanan hedefi gerçekleştirmemektedir. Çünkü akdın yararına olduğunu düşünen taraf, İbn Ömer örneğinde olduğu gibi kabulden hemen sonra doğrudan karşı taraftan ayrılabilir. Bu durumda pişman olup akdi feshetmek isteyen tarafa bu fırsat verilmemiş olur. Ayrıca taraflar mekanlarında kalsalar bile pişmanlık gerekçesiyle fesih hakkı vermek zorunlu değildir. Çünkü icapçının icabından önce ve hatta kabul beyan edilinceye kadar düşünme imkânı vardır. İcabın muhatabı da meclis dağılıncaya kadar düşünme imkânına sahiptir. Kaldı ki her iki taraf da daha fazla düşünmek için süre istediklerinde muhayyerliği şart koşabilirler. Bu nedenle meclis muhayyerliğini savunanlar, bu kurumun sözleşmede aldanan tarafa düşünme fırsatını yeterli olarak sağlamadığını ve bunun telafisi için şart muhayyerliğinin konulduğunu düşünmektedirler.⁶²⁰

Kural olarak satım akdinden beklenen amacın gerçekleşmesi için sözleşmenin bağlayıcı olması esastır. Meclis ve şart muhayyerlikleri ise ihtiyaç gerekçesiyle bu kurala aykırı olarak konulmuştur. Ancak söz konusu ihtiyaç (istisna), kurala aykırılığın sınırları içerisinde kendi miktarıyla sınırlandırılmalı ve gereksiz yere genişletilmemelidir. Şart muhayyerliği bu ihtiyacı karşılamak için yeterlidir ve meclis muhayyerliğine gerek yoktur. Çünkü meclis muhayyerliğinde aldatma niyetinde olan tarafın diğer taraftan hızla ayrılması ve böylece aldanan tarafın fesih fırsatını kaybetmesi mümkündür. Bu durumda meclis muhayyerliği, kurala aykırı olarak meşru kabul edilmesini mümkün kılan bir ihtiyaca dayanmayan ve savunucularının beklediği amacı, yani fesih imkânını gerçekleştirmeyen “şeklî bir uygulama” olarak kalır.⁶²¹

Bunun yanı sıra bir tarafın meclisten ayrılmasıyla hükmü sonlanan bir muhayyerlikten ne tür bir fayda beklenmektedir? Hiçbir kimsenin, hikmet sahibi şâri‘in bir maslahat için koyduğu bir hükmün beraberinde aynı maslahatı boşa çıkaracak başka bir hüküm getirmesini caiz görmesi beklenemez. Kanun koyucunun tarafların kendi menfaatleri hakkında düşünüp değerlendirme yapmalarını sağlamak amacıyla meclis muhayyerliğini zorunlu bir hüküm olarak belirlemesine mükabil, aynı zamanda her bir taraf için karşı tarafın rızası olmaksızın meclisten ayrılma hakkı tanıyarak muhayyerliğin

⁶²⁰ Düreynî, *Terâdî*, s. 359-360. Muhayyerliği savunanların söz konusu ifadeleri için yukarıdaki “Tarafların Maslahatına (ihtiyaç) Uygun Olması” başlığına bkz.

⁶²¹ Düreynî, *Terâdî*, s. 360.

konuluşunun temel amacı olan düşünme ve değerlendirme yapma işlevini etkisiz hale getirmesi nasıl mümkün olabilir? ⁶²²

3.2.3. Meclis Muhayyerliğinin Meşruiyetine İlişkin Değerlendirme

Yukarıdaki alt başlıklarda, meclis muhayyerliğinin meşruiyetine ilişkin olarak tarafların hemen tüm delillerine yer vermeye çalışılmıştır. Bu çerçevede her bir başlık altında söz konusu delillere, bu delillere yöneltilen itirazlar ile -varsa- bu itirazlara verilen cevaplar ele alınmıştır. İslam hukuk ekolleri, esasında kendi özgü hukuk düşünceleri ve bu düşünceyi şekillendiren metodolojileri (usûl) doğrultusunda meclis muhayyerliği konusunu ele almışlardır. Her bir mezhebin hatta belki de her bir fakihin benimsediği özgün bir yöntem vardır. Bu yöntem çerçevesinde konu ve konuya ilişkin deliller değerlendirilmiştir. Dolayısıyla bu noktada aynı fıkıh ekolü içinde dahi farklı yaklaşımlar görmek mümkündür. Klasik ve çağdaş literatürde konuyu ele alan İslam hukukçuları, kendi hukuk düşüncelerine hâkim olan usûllere uygun olarak ilgili delilleri yorumlamışlardır. Hukukçular kendi görüşlerinin doğruluğunu ispatlamak için nasları yoruma tabi tutmuşlar, çeşitli argümanlar ortaya koymuşlar ve karşıt argümanlara cevap vermişlerdir. Bu bağlamda meclis muhayyerliğine ilişkin tartışmaların sonu gelmeyecek şekilde sürdürülmesi ve bunun sonsuz bir döngü oluşturabilecek şekilde devam etmesi mümkündür. Çünkü meclis muhayyerliği konusu, doğası gereği buna müsaittir.

Meclis muhayyerliğinin meşruiyetini ele alan çağdaş dönem İslam hukukçuları ve araştırmacıları, genellikle yukarıda belirtilen delillerden birine veya birkaçına dikkat çekerek meclis muhayyerliğini kabul veya ret yönünde görüş belirtmişlerdir. Söz konusu hukukçuların sadece bir kısmı konuyu derinlemesine inceleyerek yeni bir yorum ortaya koyabilmiştir. Burada meclis muhayyerliğinin meşruiyetine ilişkin delilleri münferit olarak değerlendirmenin mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Çünkü her bir delil, farklı bir veya birden fazla disiplinin ilgi alanına girmektedir. Dolayısıyla konuya ilişkin nihai bir yorum yapabilmek için ilgili disiplinlerde uzmanlık bilgisine sahip olmak gerekmektedir. Bu nedenle burada sadece tercih ettiğimiz görüşü belirtecek ve bu görüşü temellendirmeye çalışacağız.

⁶²² Tehânevî, *İ'lâü's-sünen*, XIV,11; Mübârek, *Hıyârü'l-meclis*, s. 103.

Sonuç olarak, meclis muhayyerliğinin mensûh bir hüküm olduğu görüşünün tercihe şayan olduğunu düşünmekteyiz. Meclis muhayyerliğinin meşruiyetine ilişkin tartışmaların farklı boyutları olmasına karşılık bu konuyu hukuk tarihi ve hukuk düşüncesinin gelişim ve evrim süreçleri çerçevesinde ele almanın daha uygun bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda kabul veya ret yönünde herhangi bir yargıda bulunmadan meclis muhayyerliğini İslam hukuk tarihinde bir “vakıa” olarak kabul ediyoruz. Nitekim meclis muhayyerliğini kabul etmeyen ancak onun neshedilmiş bir hüküm olduğunu düşünen hukukçular da en azından meclis muhayyerliğini bir “vakıa” olarak kabul etmiş olmaktadır.

Yukarıda meclis muhayyerliğinin mensûh olduğuna dair naklî delillere değinilmişti. Burada söz konusu rivayetler arasında anlam açısından neshe delaleti daha kuvvetli olanlara kısaca değinmek yerinde olacaktır. Çünkü bu kapsamda arz edilen diğer rivayetler neshe delalet etme noktasında anlam bakımından pek kuvvetli değildir.⁶²³

1. Hz. Peygamber’in bir bedeviyle alışveriş yaptıktan sonra ona seçim yapma teklifinde bulunduğunu ve bedevinin bunu garipsediğini bildiren rivayet ve bu rivayetin son kısmındaki “İslâm geldikten sonra Hz. Peygamber satım akdinden sonra muhayyer olmayı teşri’ kıldı.” ifadesi.
2. Osmân bin Affân’ın bir adamdan hurma bahçesi satın almak istediğini ve pazarlık yapıldıktan sonra Osman’ın istediği fiyatı belirterek adama “elini uzat” dediğini bildiren rivayet ve bunu aktaran ravinin “Satım akdini el sıkışma/tokalaşma (safka) ile bağlayıcı kılarlardı (istîcâp).” sözü.
3. İbn Ömer’in Osmân bin Affân ile alım-satım yaptıktan sonra gerisin geriye döndüğünü bildiren rivayet ve rivayetin son kısmındaki İbn Ömer’in “...Zira sünnet, tarafların ayrılmadıkça muhayyer oldukları şeklindeydi” ifadesi. Ayrıca İbn Rüşd’ün *el-Mukaddimât*’ında Osman’ın İbn Ömer’e “Sünnet tarafların ayrılmadıkça muhayyer oldukları şeklinde değildir. Bu hüküm neshedilmiştir.” dediğini belirtmesi.

Birinci rivayet bağlamında İslâm’ın başlangıcında Hz. Peygamber’in cahiliye dönemindeki fasit alım-satımları ortadan kaldırarak meclis muhayyerliğini teşri’ kıldığı

⁶²³ Ayrıntılı bilgi için yukarıdaki “Mütebâyân/Beyyân” Rivayetinin Mensûh Oluşu” başlığına bkz.

ancak daha sonra onu neshettiği ifade edilmiştir. Nitekim Peygamber'in bu davranışı, insanlar arasında bilinmeyen ve uygulanmayan bir durum olduğundan bedevinin ilgisini çekmiştir. Ayrıca rivayetin sonundaki "İslâm geldikten sonra.." ifadesi, Hz. Peygamber'in tarafların satış işlemini tamamlandıktan sonra belirli bir süre içinde muhayyer olma şartını (şart muhayyerliği) koşmalarını câiz kıldığı anlamına gelmektedir.

İkinci rivayet bağlamında rivayette yer alan "El sıkışma/tokalaşma (safka) ile bağlayıcı kılarlardı." ifadesi, meclis muhayyerliğinin nübüvvet öncesinde ve İslâm'ın ilk yıllarında var olan bir kurum olduğuna işaret etmektedir. Çünkü meclis muhayyerliği, temelde akdin bağlayıcı hale gelmesi için icap ve kabul (söz) dışında ilave bir olguya gerek olup olmadığı düşüncesine dayanır. Bu olgu, icap ve kabul beyanıyla eş zamanlı olarak gerçekleşebileceği gibi ondan ayrı olarak da gerçekleşebilir. "El sıkışma/tokalaşma (safka) ile bağlayıcı kılarlardı." ifadesi de esasında bu düşüncüyü yansıtmaktadır. Bazı rivayetlere göre İbn Ömer'in akdi bağlayıcı hale getirmek için meclisten ayrılmak yerine sadece bulunduğu yerden kalkması şeklinde tezahür eden davranış da benzer bir düşünceye dayanmaktadır.

Üçüncü rivayet bağlamında "...Zira sünnet, tarafların ayrılmadıkça muhayyer oldukları şeklinde idi." ifadesi, neshe delalet etmektedir. Çünkü söz konusu ifade hali hazırda devam etmekte olan bir uygulamayı değil, aksine önceden var olmuş ancak şu an terk edilmiş olan bir uygulamayı belirtmek için kullanılır. Eğer meclis muhayyerliği devam etmekte olan bir uygulama olsaydı "Sünnet... şeklindeydi." demek yerine "Sünnet... şeklindeydi ve ebediyen devam edecektir." demesi beklenirdi. Nitekim bu hadisin bazı rivayetlerinde "O günkü sünnet böyleydi." şeklinde geçtiği belirtilmiştir. Dolayısıyla hadisteki "Sünnet... şeklindeydi" ifadesi, meclis muhayyerliğinin İslâm'ın başlangıcında var olduğuna ancak sonrasında neshedildiğine işaret etmektedir. Belirtmek gerekir ki İbn Hacer bu rivayet bağlamında İbn Rüşd'ün *el-Mukaddimât*'ında Osman'ın İbn Ömer'e "Sünnet tarafların ayrılmadıkça muhayyer oldukları şeklinde değildir. Bu hüküm neshedilmiştir" dediği şeklinde bir aktarımda bulunduğunu belirtmiştir. Ancak yaptığımız taramalar neticesinde İbn Rüşd'ün söz konusu isimli eserinde bu ifadeye rastlanılmamıştır. Bununla birlikte bu rivayet neshe delalet etme noktasında diğer rivayetlere kıyasla anlam açısından daha güçlüdür. Çünkü rivayette meclis muhayyerliğinin neshedildiği açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca İbn Rüşd'ün meclis

muhayyerliğinin Medine ehlinin uygulamasına aykırı olmasının neshe delalet edebileceği şeklindeki yorumu da bu bağlamda zikredilebilir.

Bu rivayetlerin hepsinin işaret ettiği müsterek bir anlam bulunmaktadır. Bu ortak anlam, meclis muhayyerliğinin mensûh bir hüküm olduğudur. Meclis muhayyerliğinin teşri‘ kılınmasındaki hikmet cahiliye insanların uyguladığı mülânese, münâbeze ve diğer İslâm’ın yasakladığı alım-satımların yanlışlığını ortaya koymaktır. Zira o dönemlerde alım-satım işlemleri sırf dokunma (*lems*), malı çekme/atma (*nebz*) veya çakıl taşıyı atma (*remyü’l-hasat*) gibi fiziksel eylemlerle gerçekleştiriliyordu. Hz. Peygamber ilk olarak satım akdinin bağlayıcılığını kazanmasını meclisten ayrılmaya bağlamıştır. Bu uygulamaların tamamen ortadan kalktığından emin olduğunda satım akdini karşılıklı rızaya bağlı kılarak durumu aslına çevirmiştir. Nitekim Tirmizî’nin naklettiği “Karşılıklı rıza olmaksızın alım-satımdan ayrılmasınlar.”⁶²⁴ hadisi de buna delâlet etmektedir.⁶²⁵

Şimdiye kadar sunulan deliller, meclis muhayyerliğinin mensûh bir hüküm olduğu görüşünün naklî olarak temellendirilmesine yöneliktir. Şimdi ise meclis muhayyerliğinin mensûh olduğu iddiasını, Senhûrî ve diğer bazı çağdaş dönem İslam hukukçularının “şekil ve rıza” ilişkisine dair yorumları ışığında temellendirmeye çalışacağız. İslam hukukunda akitlerde rıza prensibinin esas alındığı tüm hukukçular ve araştırmacılar tarafından kabul gören bir husustur. Birinci bölümde meclis kavramını ele alırken Senhûrî’nin Roma hukukuyla mukayese bağlamında yaptığı bazı tespitlere yer verilmişti. Senhûrî, İslam hukukunun akit meclisi ve diğer bazı düşünceleri/kurumları ortaya koyarak Roma hukukunun ilk dönemlerine hâkim olan katı şekilcilikten uzak bir hukuk anlayışını benimsediğini ifade etmiş ve bunu kendine özgü bir deyimle “işlenmiş bir şekil” (*şekliyye-i mühezzebe*)⁶²⁶ olarak tanımlamıştır. Bu bağlamda akit meclisini ve meclisin dayandığı temel dinamikleri mukayeseli bir yaklaşımla incelemiştir. Senhûrî, akit meclisi teorisini “birlik” ilkesi ve “işlenmiş şekil” temelinde ele alarak meclis kurumunu yeni kurulmuş bir hukuk sisteminin gelişiminin ilk evreleri arasına yerleştirir. Ardından hukuk tarihinde “şart”a ve “vade”ye (ecel) duyulan ihtiyacı, bu birlik prensibinin dışına çıkmayı zorunlu kılan bir gereksinim olarak gösterir. Dikkat

⁶²⁴ Tirmizî bu hadisi “garip bir hadis” olarak nitelermektedir Bkz. Tirmizî, “Büyu”, 27 (1247). Ayrıca bkz. Abdürrezzâk, Musannef, “Büyu”, 20 (15203).

⁶²⁵ Ayrıntılı bilgi için yukarıdaki “Mütebâyân/Beyyân” Rivayetinin Mensûh Oluşu” başlığına bkz.

⁶²⁶ “İşlenmiş şekil” hakkında detaylı bilgi için 79, 138., 139. ve 140. dipnotlara bkz.

edilmelidir ki Senhûrî, akit meclisine ilişkin söz konusu değerlendirmeleri “şart” konusunu ele aldığı bölümde yapmaktadır.⁶²⁷

Görünen o ki Senhûrî, akit meclisini bir şekil türü olarak görmekte ancak onu Roma hukukunda bilinen aşırı şekilcilikten daha hafif bir şekil formu olarak nitelemektedir. Senhûrî’nin bu görüşünden etkilenen Sivâr da benzer bir şekilde İslam hukukunda şekil düşüncesinin Roma hukukundaki katı şekilcilikten farklı olarak “işlenmiş görünümler” (*mezâhir-i mühezzebe*) şeklinde daha yumuşak bir formda var olduğunu vurgulamaktadır. O da Senhûrî gibi akit meclisini “birlik” prensibi temelinde izah etmekte ve akit meclisi gibi şekil kurumlarını İslam hukukunun kabul ettiği rızaîlik prensibine konulan kayıtlar olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda akdin kuruluşu için sadece tarafların irade beyanlarının yeterli olmadığını, zaman birliği sağlanarak ve akit meclisi teorisinin öngördüğü bazı davranışsal ve mekânsal kayıtlar dikkate alınarak iradelerin açıklanması gerektiğini ifade eder.

Bu tezin konusu açısından araştırmacının zihnini kurcalayan ve merakını uyandıran en önemli sorulardan biri, Senhûrî ile Sivâr’ın şekil ve rıza konularındaki yaklaşımları çerçevesinde meclis muhayyerliğinin nasıl konumlandırıldığıdır. Belirtmek gerekir ki meclisin mahiyetinde olduğu gibi şeklin mahiyetine dair belirsizlikler de şekil konusunda farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına neden olmuştur.⁶²⁸ Senhûrî ile Sivâr meclis muhayyerliğini meşru görmeyen hukukçular arasındadır. Ancak bu iki hukukçu, meclis muhayyerliğinin kabul edilmemesi noktasında “şekilcilik” argümanını ileri sürmemişler ve meclis muhayyerliğini “işlenmiş bir şekil” olarak niteledikleri akit meclisi kapsamında ele almışlardır. Her ne kadar ikisi de akit meclisi ve muhayyerlik meclisini iki ayrı meclis olarak konumlandırma çabası içinde olmuşlarsa da bu ayrımı net bir şekilde ortaya koymamışlardır. Bu noktadan hareketle bakıldığında Senhûrî ile Sivâr’ın meclis muhayyerliğini şekil açısından eleştirmemiş olmaları, başka bir deyişle onu “şekilcilik” olduğu gerekçesiyle reddetmemeleri ve -geniş ve teknik olmayan anlamıyla- akit meclisi çerçevesinde ele almaları onların meclis muhayyerliğini “işlenmiş şekil” türü kapsamında değerlendirdikleri yönünde bir çıkarım yapmayı mümkün kılabilir. Klasik

⁶²⁷ Yukarıdaki “Akit Meclisi Teorisinin Teknik Gerekçesi” başlığına bkz.

⁶²⁸ Yukarıdaki “Akitlerde Şekilciliğin Olmaması İlkesi” başlığına bkz.

kaynaklarda “(akit) meclisi”nin meclis muhayyerliğinin sebebi olarak ifade edilmesi de bu çıkarımı destekler mahiyettedir.

Sivâr’ın meclis konusuna gösterdiği ilgi ve çabayı özellikle vurgulamak gerektirmektedir. Senhûrî, akit meclisinin muhayyerlik meclisinden ayrı bir meclis evresi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmişken Sivâr bu fikri daha da ileriye taşıyarak sistematik bir şekilde incelemeye çalışmıştır. Ancak o da benzer şekilde muhayyerlik meclisini akit meclisi çerçevesinde ele almıştır. Yine de Sivâr, çalışmasında -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisini muhayyerlik meclisinden farklı bir şekilde tanımlayarak onun muhayyerlik meclisinden ayrı dinamikler üzerine inşa edildiğini sıklıkla vurgulamıştır. Akit meclisini oluşturan temel dinamikler, bir kısıtlılık durumu oluşturan bazı sınırlılıklardır. “Birlik” ilkesini korumaya ve meclis birliğini sağlamaya yönelik olarak öngörülen bu sınırlılıklar “işlenmiş şekil” olarak isimlendirilmiştir. Bu bağlamda -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisi, “birlik” anlayışı üzerine kuruludur. Muhayyerlik meclisinde ise “birlik” ilkesini koruma ve meclis birliğini sağlama kaygısı söz konusu olmadığı gibi tarafların dikkat etmekle yükümlü oldukları birtakım sınırlılıklar da bulunmaz.⁶²⁹ Prensip olarak -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisi sona erdiğinde “birlik” sağlanmış olmalıdır. Akit meclisinde icap ve kabul, “birlik”i sağlamaya dönük söz konusu kayıtlar çerçevesinde beyan edilir ve meclis sözleşmeye ilişkin olarak “birlik” sonucunu doğurur. Bu “birlik” hükmü, esasında akit meclisi kurumu çerçevesindeki “zaman birliği” prensibine dayanmaktadır. Bu bağlamda Senhûrî’nin Roma hukukuyla mukayeseli olarak -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisine ilişkin yaptığı tespitler dikkate alındığında, söz konusu prensip akdin kurulduğu anda sonucunu/sonuçlarını doğurması, başka bir deyişle akdin kurucu ve bağlayıcı sonuçlarını aynı anda doğurması ilkesine temel teşkil eder. Meclis muhayyerliği bu “birlik” ilkesine aykırılık teşkil eden bir hüküm,

⁶²⁹ Aşağıda görüleceği üzere “tarafların uzun bir süre boyunca farklı bir işle meşgul olmaları ve akit konusuyla ilgilenmekten kaçınmaları (i’râz)”, akit meclisindeki kısıtlılık durumuna benzer şekilde muhayyerlik meclisini sona erdiren bir durum olarak gösterilmiş ancak bu zayıf bir görüş olarak nitelenmiş ve kabul görmemiştir. Bkz. Tezin “Ayrılmanın (Muhayyerlik Meclisinin) Mahiyeti” başlığı. Akit meclisini geniş ve teknik olmayan anlamıyla ele alan bazı araştırmacıların akit meclisi tariflerinde de bu görüşü yani akit meclisindeki sınırlılıkların muhayyerlik meclisi için de geçerli olduğunu yansıtan ifadeler bulunmaktadır. Sivâr’ın tanımını ve taksimini tercih ederek bu yaklaşımın yanlışlığını belirtmiştik. Ayrıntılı bilgi için “Meclisin Mahiyeti ve Tanımı” başlığına bkz. Bu noktada yanılısamaya yol açan temel sebeplerden biri, meclis muhayyerliğinin “meclis” kelimesine izafe edilerek ifadelendirilmesidir.

muhayyerlik meclisi de bu prensibi zedeleyen bir meclis evresidir.⁶³⁰ Bu noktadan hareketle bakıldığında meclis muhayyerliğinin “işlenmiş şekil” kapsamında ele alınması mümkün gözükmemektedir. Çünkü söz konusu iki meclis, temelde mahiyetleri ve nitelikleri bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Ancak bir sonraki paragrafta görüleceği üzere Sivâr, meclis muhayyerliğini “şekil/şekilcilik” ile ilişkilendirmiştir.

Sivâr’ın meclis muhayyerliğini kabul etmediği yukarıda belirtilmişti. Sivâr meclis muhayyerliğini kabul etmemekle birlikte şekil ve rıza ilişkisi çerçevesinde cahiliye döneminde meşhur olan bazı akitleri değerlendirirken önemli tespitlerde bulunur. Bu bağlamda İslam öncesi dönemde yaygın olan mülâmese, münâbeze ve remyü’l-hasat gibi akit türlerinin yasaklanma sebebinin “karşılıklı rıza” ilkesiyle ilişkilendirilmesi halinde⁶³¹, söz konusu akit türlerine ilişkin yapılan bazı tasvirler ve tanımlamalar açısından bu akitlerdeki şekilciliğin İslâm hukukunun meclis muhayyerliği kurumuyla ortaya koyduğu ve rızanın bir göstergesi olarak kabul ettiği “teferruk” (ayrılma) şekilciliğine oldukça benzediğini ifade etmektedir. Sivâr’a göre cahiliye döneminde yaygın olan bu üç tip sözleşme, İslâm hukukunun ortaya koyduğu meclis muhayyerliği kurumunun şekilsel gelişiminin ilk aşamalarını temsil eder. Bu bağlamda o, söz konusu akitlerin meclis muhayyerliğine benzediğini belirten tanımlamalara yer verir. Ayrıca fakihlerin bu akitlerin yasaklanma sebebinin sözleşmenin fasit şarta bağlanması olduğu şeklindeki izahatını ve Şâfiî’nin mülâmese akdine ilişkin olarak “ tarafların “dokunma”yı (*lems*) meclis muhayyerliğini akamete uğrama şartı olarak ileri sürmeleri” şeklindeki tanımlamasını kendi görüşünü destekleyen deliller olarak zikreder. Sonuç olarak Sivâr, bu akitlerin meclis muhayyerliğine benzediğini gösteren tanımlamaları diğer

⁶³⁰ Gazzâlî, hocası Cüveynî’nin eseri *Nihâye*’yi sırasıyla *Vasît* ile *Vecîz* olarak isimlendirdiği iki farklı eserde ihtisar etmiştir. *Vasît*’te muhayyerlikle ilgili bölümü “*İkinci kısım: Akdin lüzumunun ve cevazının beyanı*” şeklinde başlıklandırmıştır. Bu başlık altında satım akdinde bağlayıcılığının asıl olduğunu vurgulamıştır. *Vasît*’ten daha sonra kaleme aldığı *Vecîz*’de ise aynı bölümü, “*İkinci bakış (nazar): Akdin ittihadının (birliğinin) lüzûmuna ve akdin cevâzına dair*” şeklinde başlıklandırmıştır. Bu başlık atında satım akdinde bağlayıcılığın asıl olduğuna ilave olarak muhayyerliğin arızî bir durum olduğu hususuna da dikkat çekmiştir. Ayrıca başlıkta “birlik” prensibine işarette bulunmuştur. Gazzâlî’nin *Vasît*’teki ifadelerinden farklı olarak *Vecîz*’de bu tespitleri yapması önemlidir. Kronolojik olarak *Vecîz*’in *Vasît*’ten sonra telif edildiği göz önünde bulundurulduğunda bu durum, muhayyerliklerin ve özellikle meclis muhayyerliğinin “akit (meclis) birliği” prensibiyle ilişkisine yönelik olarak Gazzâlî’nin düşüncelerinin zamanla derinleştiğini ve onun bu konudaki farkındalığının arttığını gösterir. Bkz. Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 98; Gazzâlî, *el-Vecîz*, s. 300.

⁶³¹ Bu akitlerin yasaklanma nedeni olarak gösterilen diğer sebepler “akit konusunun görülmemesi, akit konusunun tayin edilmemesi” gibi akitlerde “garar” ve “cehalet”in yasaklığı ilkesine bağlı olan sebeplerdir. Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 25-28.

tanımlamalara tercih ettiğini ve söz konusu tanımların, bu akit türlerinin meclis muhayyerliği kurumunun ilk nüveleri olduğuna işaret ettiğini belirtir.⁶³²

Mahmesânî de meclis muhayyerliğini kabul etmeyen hukukçular arasındadır. O Senhûrî ve Sivâr'dan farklı olarak meclis muhayyerliğini kabul etmeme gerekçesini “şekilcilik” ile ilişkilendirerek meclis muhayyerliğini kabul etmenin hukukta “şekilci” anlayışın hâkim olduğu dönemlere geri dönmek anlamına geleceğini açık bir şekilde ifade etmiştir. Dolayısıyla Mahmesânî'nin meclis muhayyerliğini olumsuz anlamda bir “şekil/şekilcilik” türü olarak değerlendirdiği söylenebilir. Bu bağlamda Mahmesânî, zaman içinde medeniyetin ve toplumun gelişimi, ekonomik mübadelenin (alım-satım) ve ticaretin ilerlemesiyle Romalılar ve cahiliye Araplarında görülen “şeklî akit”lerin evrilerek yerini “rızaîlik ilkesi”ne bıraktığını ifade etmektedir.⁶³³

İşaret etmek gerekir ki ne Senhûrî ne Mahmesânî ne de Sivâr şekil-rıza ilişkisi bağlamında meclis muhayyerliğinin mensûh bir hüküm olduğu hususuna değinmişlerdir. Senhûrî ve Mahmesânî, meclis muhayyerliğini kabul etmediklerini net ve kesin bir şekilde ifade etmişlerdir. Ancak Sivâr, *et-Ta'bîr*'de meclis muhayyerliğini kabul etmediğini açıkça belirtmesine karşılık, *eş-Şekl*'de meclis muhayyerliğini kabul ettiğine işaret eden ve onun hukuk tarihinde gerçekleşmiş bir “vakıa” olduğunu gösteren -az yukarıda değindiğimiz- önemli çıkarımlarda bulunmaktadır. Bunun yanı sıra Sivâr, gaippler arası akit yapmada akdin kuruluş anının belirlenmesinde meclis muhayyerliği hükümlerinden faydalananak yeni bir teori ortaya koymaktadır.⁶³⁴ Bu durum, Sivâr'ın ifadelerinde bir çelişki ve tutarsızlık olduğu izlenimini vermektedir. Bu tutarsızlığın oluşmaması için Sivâr'ın tercih ettiği görüşü kesin ve net bir şekilde belirtmesi veya meclis muhayyerliğinin mensûh bir hüküm olduğu görüşünü benimsediğini ifade etmesi beklenirdi.

Nihayet Düreynî, meclis muhayyerliğinin mensûh bir hüküm olduğu görüşünü şekil-rıza ilişkisi bağlamında ele almış ve meclis muhayyerliğinin neshedilmiş bir hüküm olduğu görüşünün tercihe şayan olduğunu belirtmiştir. Ona göre bu görüş, İslam'ın mülâmese ve münâbeze akitlerini kaldırmasında olduğu gibi akitlerde “şekilci” anlayışa son verme yaklaşımı ve metoduyla uyumluluk gösterir. Bununla birlikte Düreynî, meclis

⁶³² Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 29-34.

⁶³³ Yukarıdaki “Akitlerde Şekilciliğin Olmaması İlkesi” başlığına bkz.

⁶³⁴ Detaylı bilgi için 485. dipnota bkz.

muhayyerliğinin fesih hakkını şekli bir hakka dönüştürdüğünü ifade ederek onun Kur'an ve Sünnet naslarının belirlediği ve vurguladığı "rızaîlik ilkesi"yle çelişen bir "şekilcilik" üzerine kurulduğunu savunur.⁶³⁵ İşaret etmek gerekir ki Düreynî, akit meclisinin tasavvur ve tasvirine ilişkin olarak Hanefîlerin maddî yaklaşımını da "şekilcilik" olarak değerlendirmiştir.⁶³⁶

Görüldüğü üzere meclis muhayyerliğinin meşruiyetinin "şekil/şekilcilik" açısından değerlendirilmesiyle ilgili olarak İslam hukukçuları arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Netice olarak, hukukçuların şekil ve rıza olgularının tarihsel gelişimine ilişkin analizleri ve meclis muhayyerliğinin mensûh bir hüküm olduğu görüşünden yola çıkarak meclis muhayyerliğinin dönemin şartlarına uygun olarak teşrî' kılındığı sonrasında bu uygulamanın yerini tamamen rızaîlik prensibine (şart muhayyerliği) bıraktığı şeklindeki yorumu tercih ediyoruz. Meclis muhayyerliğinin nesih teorisi çerçevesinde incelenmesi ve teknik açıdan tartışılması ise ayrıca bir çalışma konusudur.

⁶³⁵ Yukarıdaki "Akitlerde Şekilciliğin Olmaması İlkesi" başlığına bkz.

⁶³⁶ Düreynî, *Terâdî*, s. 289-291. Ayrıca tezin "Davranış Unsuru" başlığına bkz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MECLİS MUHAYYERLİĞİYLE KURULAN SÖZLEŞMENİN ÖN HÜKÜMLERİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Literatürde meclis ve şart muhayyerliklerine ilişkin bazı hükümler iç içe geçmiş biçimde ve birbirleriyle bağlantılı olarak ele alınmıştır. Özellikle Şâfiî mezhebi kaynaklarında bu iki muhayyerlik türü aynı kategori altında incelenmiş ve teşehhî/terevvî muhayyerliklerinin “meclis veya tarafların mecliste içtimaı” ve “şart” olmak üzere iki temel sebebe dayandığı ifade edilmiştir.⁶³⁷ Bu bağlamda meclis muhayyerliği ile şart muhayyerliği arasında özellikle sözleşmenin ön hükümleri açısından bir benzerlik ve paralellik söz konusudur. Örneğin muhayyerlik süresince mebûin ve semenin mülkiyetine ilişkin hükümler meclis muhayyerliği ile şart muhayyerliği arasında ortak olan hükümler arasındadır.⁶³⁸ Bununla birlikte meclis muhayyerliğine ilişkin diğer bazı hükümler de şart muhayyerliğine kıyas edilerek ele alınmıştır. Dolayısıyla aşağıdaki başlıklarda bazı hükümler iki muhayyerliği de kapsayacak şekilde ele alınacaktır. Ayrıca meclis muhayyerliği, akit muktezası olarak var olan bir muhayyerlik hakkıdır. Sözleşmede şart muhayyerliği de şart koşulduğu takdirde söz konusu iki muhayyerlik aynı sözleşmede birlikte bulunacağından bu durumda farklı bir değerlendirme söz konusu olacaktır.

Birinci bölümde meclis taksim edilirken klasik literatürde geniş anlamıyla akit meclisi kapsamında ele alınan akit ve muhayyerlik meclislerinin iki ayrı meclis evresi olarak değerlendirilmesi üzerinde izah edilmişti. Bu doğrultuda bu bölümde kabul beyanı sonrası evreyi belirtmek için kullanılan “meclis” veya “akit meclisi” deyimleri, ilgili bağlam imkân verdiği ölçüde muhayyerlik meclisi olarak ifadelendirilecektir.

⁶³⁷ Ayrıca rüyet (görme) muhayyerliğinin geçerli olarak kabul edilmesi halinde “görme” nin üçüncü bir sebep olarak ekleneceği belirtilmiştir. Bkz. Gazzâlî, *el-Vecîz*, s. 300; Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 292-293; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 175. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 402. Terevvî muhayyerlikleri hakkında detaylı bilgi için tezin “Muhayyerliklerin Tasnifi ve Amacı” başlığına bkz.

⁶³⁸ Satım akdinde aslolan bağlayıcı olmasıdır. Çünkü bu akitte amaç mülkiyeti nakletmektir. Mülkiyet, malik kişinin mülkü üzerinde tasarrufta bulunmasını gerektirir. Her iki durum yani hem mülkiyet hem de tasarruf bağlayıcılığın bir uzantısıdır (fer'). Ancak şârî taraflara kolaylık sağlamak amacıyla muhayyerlik hükmünü koymuştur. Bkz. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 402.

1. ÖN HÜKÜMLERİ

Ön hükümler ile muhayyerlik yetkisinin kullanılması öncesinde söz konusu olan sözleşme hükümleri kastedilir. Bu başlık altında ilk olarak meclis muhayyerliğinin mebî ve semenin temlikî üzerindeki etkileri ele alınacaktır. Ardından tarafların hak ve yükümlülüklerini ifade eden sözleşmenin yan hükümleri⁶³⁹ incelenecektir. Son olarak muhayyerlik süresi dolmadan önce, mebîn (mal) gelir ve giderlerinin kime ait olduğu konuları ele alınacaktır. Bu konular mebîn mülkiyetinin ve muhayyerliğin kime ait olduğu ve aynı zamanda mebîn kimin elinde bulunduğu meseleleriyle doğrudan ilişkilidir.⁶⁴⁰

1.1. Mebîn ve Semenîn Mülkiyeti

Mebîn mülkiyetinin taraflardan birine ait olduğuna hükmedildiği durumlarda semenin mülkiyetinin diğer tarafa ait olduğu kabul edilir. Mebîn mülkiyetinin mevkuf olduğuna hükmedildiği durumlarda semenin mülkiyetinin de mevkuf olduğu kabul edilir.⁶⁴¹ Muhayyerlik süresince mülkiyetin ne zaman intikal edeceği ve buna bağlı olarak mebî

⁶³⁹ Akdîn hükmü, akdî ilişkinin kurulmasıyla amaçlanan ve hukuk düzeni tarafından akde bağlanan birincil ve ana sonucu ifade eder. Akdîn hukuku ise sözleşmeyle birlikte doğan ve sözleşme hükümlerini gerçekleştirmeye yönelik ikinci derecedeki hakları ve yükümlülükleri (borç) kapsar. Örneğin bir satım sözleşmesinde akdîn hükmü, mebîn mülkiyetinin satıcıdan alıcıya, semenin mülkiyetinin ise alıcıdan satıcıya geçmesidir. Bu noktada, her iki taraf da hem bir borç hem de bir hak sahibi olurlar. Akdîn hukuku ise satıcının mebî teslim borcu ile alıcının semeni ödeme borcu, başka ifadeyle alıcının mebîn teslim edilmesini, satıcının da semenin ödenmesini talep etme hakkını belirtir. Bkz. Hasan Hacak, "İslam Hukuku'nun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi" (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000), s. 40.

⁶⁴⁰ Ebû Gudde, meclis muhayyerliğinin sonuçlarını aslî ve fer'î olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Aslî sonuç hem meclis muhayyerliğinde hem de diğer muhayyerlik türlerinde amaçlanan temel sonuçtur. "Genel sonuç" olarak da adlandırılabilir bu sonuç, "akdî bağlayıcılık niteliğinden yoksun olması"nı ifade eder. Fer'î sonuç ise mülkiyetin intikali ve bu sonuca tabi olarak meydana gelen yan sonuçlardır. Fakihler, aslî sonuç hakkında fikir birliği etmişken, fer'î sonuç olan mülkiyetin intikali hakkında görüş ayrılığı söz konusudur. Fer'î sonuçla ilgili olarak netice itibarıyla üç görüş bulunmaktadır: Birinci görüş, meclis muhayyerliğinin akdîn kurucu sonucunda etkisiz olduğunu savunur. Hanbelî mezhebi tarafından kabul edilen bu görüşe göre akit kurulduğu anda mülkiyet alıcıya intikal eder. İkinci görüş, meclis muhayyerliğinin akdîn işlerliğine (nefâz) etki ettiğini ve bu sonucu sınırladığını öne sürer. Şâfiî mezhebinde kabul edilen bu görüşe göre meclis muhayyerliğini içeren akit mülkiyetin intikali bakımından mevkuf olarak kabul edilir. Üçüncü görüş ise meclis muhayyerliğinin akdîn geçerliliğine (sıhhat) etkili olduğu ve bu sonucu sınırladığı yönündedir. Zahirîlerin savunduğu bu görüşe göre meclis muhayyerliğini içeren bir akit muhayyerlik süresi sona erinceye kadar- bu esnada kabz gerçekleşmiş olsa bile- mülkiyetin intikali başta olmak üzere hiçbir sonucunu doğurmaz. Detaylı bilgi için bkz. Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 174-176; El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, 2. Baskı, "Hıyâr", s. 179.

⁶⁴¹ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 422.

ve semenin mülkiyetinin kime ait olacağı konusunda Şâfiî mezhebinde üç kavil bulunmaktadır.

Birinci kavle göre icap ve kabulle akit tamamlanmış kabul edilir ve akit kurulduğu an mülkiyet taraflara intikal eder. Çünkü satım akdi temliki gerektiren bir muâvaza akdidir ve sözleşmeyle birlikte mülkiyetin geçmesi gerekli olur. Ayıp muhayyerliğinde olduğu gibi muhayyerliğin bulunması mülkiyetin intikalini engellemez. Dolayısıyla muhayyerlik esnasında mebûn mülkiyeti alıcıya, semenin mülkiyeti ise satıcıya ait olur.⁶⁴²

İkinci kavle göre mebûn mülkiyeti akdin ve muhayyerliğin sona ermesiyle birlikte intikal eder. Mebûn mülkiyeti satıcıda kalır. Bedellerde tasarrufta bulunmanın akdin ve muhayyerliğin sona ermesiyle mümkün hale gelmesi, mülkiyetin de akdin ve muhayyerliğin sona ermesiyle birlikte intikal ettiğini gösterir. Bu görüşün naklî dayanağı “Taraflar ayrılmadıkça aralarına bey’ yoktur (yok hükmündedir).” hadisidir. Ayrıca mebûn mülkiyetinin satıcıda kalmasının nedeni, onun muhayyerlik sürecinde mebûdeki tasarruflarının geçerli (nüfuz) kabul edilmesidir. Dolayısıyla bu kavle göre muhayyerlik esnasında mebûn mülkiyeti satıcıya, semenin mülkiyeti ise alıcıya aittir. Eğer sözleşme feshedilmeksizin muhayyerlik sona ererse mebûn mülkiyeti alıcıya, semenin mülkiyeti satıcıya geçer.⁶⁴³

Üçüncü kavle göre ise mebûn mülkiyeti muhayyerlik süresi sona erinceye kadar askıda kalır (mevkuf). Çünkü hiçbir taraf mülkiyete sahip olma konusunda diğer tarafa göre öncelikli bir hakka sahip değildir. Eğer satım akdi tamamlanırsa mebûn mülkiyetinin alıcıya, semenin mülkiyetininse satıcıya akit ile/akit anından itibaren intikal etmiş olduğu anlaşılır. Ancak satım akdi tamamlanmazsa mebûn mülkiyetinin satıcıda kalmaya devam ettiği, semenin mülkiyetinin ise askıda kaldığı ortaya çıkar. Bu durumda mebû satıcının mülkiyetinden hiç çıkmamış gibi kabul edilir. Bu kavlin gerekçesi şu şekildedir: Satım akdi (akit), mülkiyetin sona ermesinin nedenidir. Ancak muhayyerlik şartı, mülkiyetin sona ermesine kesin olarak rıza gösterilmediğine işaret eder. Dolayısıyla bu durumda mülkiyetin akit ile intikal ettiği söylenemez. Çünkü eğer intikal etmiş olsaydı

⁶⁴² Ebû İshak Cemaleddin İbrâhim b Ali b Yusuf Şîrâzî, *el-Mühezzeb fî fıkhi'l-İmâm eş-Şâfiî*, Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, t.y., II, 7; Râfiû, *Fethü'l-azîz*, VIII, 316; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 213; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 422.

⁶⁴³ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 7; Râfiû, *Fethü'l-azîz*, VIII, 316; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 213; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 422.

mebî üzerinde tasarruf yetkisine sahip olunurdu. Bununla birlikte mülkiyetin muhayyerliğin sona ermesiyle geçtiği de ileri sürülemez. Çünkü muhayyerliğin sona ermesi esasen mülkiyetin intikali sonucunu doğurmaz. Bu nedenle mülkiyetin durumuyla ilgili olarak gözlemde bulunmak ve beklemek gereklidir.⁶⁴⁴

Maverdî, Ebû Tayyib et-Taberî (ö. 450/1058), Cüveynî ve Gazzâlî'nin aralarında bulunduğu bir grup fakih birinci kavli tercih ederken Begavî'nin de bulunduğu diğer bir fakih grubu ise üçüncü kavli tercih etmiştir. Diğer bir grup fakih ise muhayyer olan tarafa göre meseleyi detaylandırmıştır. Buna göre eğer satıcı muhayyer ise mebîin mülkiyeti satıcıda kalır; alıcı muhayyer ise mebîin mülkiyeti alıcıya aittir. Çünkü muhayyer olan taraf mebî'de tasarruf yetkisine sahiptir. Tasarruf yetkisine sahip olması mülkiyetin ilgili tarafa ait olduğunu gösterir. Meclis muhayyerliğinde taraflardan birinin akdin bağlayıcılığını seçmesiyle sadece diğer tarafın muhayyer kalması durumunda da söz konusu ayırım geçerli olur.⁶⁴⁵ Eğer her iki taraf muhayyerse -ki meclis muhayyerliğinde aslında iki tarafın muhayyer olması söz konusudur- muhayyerlik sona erene kadar sözleşmenin mevkuf olduğu kabul edilir. Bu durumda az yukarıda değinilen üçüncü kavl kapsamında hükümler geçerli olur. Kaffâl, Rûyanî (ö. 502/1108), İmrânî (ö. 558/1163) ve Râfîî (ö. 623/1226) bu kavli tercih etmiştir.⁶⁴⁶ Nevevî, *Minhâc*'ta bu kavlin el-azhar olduğunu ifade etmiştir.⁶⁴⁷

Hanbelî mezhebinde konuya ilişkin iki görüş vardır: Mezhepte hâkim olan görüşe göre mebîin mülkiyeti akit ile alıcıya intikal eder. Taraflardan birinin veya her ikisinin muhayyer olması durumunda da aynı hüküm söz konusudur. Zayıf olan ikinci görüşe göre ise muhayyerlik sona erene kadar mülkiyet intikal etmez.⁶⁴⁸

⁶⁴⁴ Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, II, 7; Râfîî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 317; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 213-214; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 450; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 422.

⁶⁴⁵ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 422.

⁶⁴⁶ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 214; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 422.

⁶⁴⁷ Nevevî, *Minhâcü't-tâlibîn*, s. 100.

⁶⁴⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 20.

1.2. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

1.2.1. Karşılıklı Bedellerin Tesliminin Gereği

Muhayyerlik sürecinde tarafların karşılıklı olarak bedelleri teslim etme yani satıcının mebûi teslim etme ve alıcının satış bedelini ödeme yükümlülüğü yoktur. Bununla birlikte bu esnada teslimin yapılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Bir tarafın gönüllü olarak teslim yapması halinde teslim eden tarafın muhayyerliği düşmez ancak bu durumda diğer taraf teslimi zorlanmaz. Bu konuda fakihler arasında ihtilaf yoktur. El-esah olan veche göre teslim eden taraf bedeli geri talep etme hakkına sahiptir. Zayıf bir veche göre ise geri talep etme hakkı yoktur; ancak akit bağlayıcı hale gelmiş gibi karşı tarafın rızası olmasa dahi diğer bedeli alma hakkına sahiptir.⁶⁴⁹ Hanbelî mezhebinde de muhayyerlik esnasında semenin ödenmesi ve mebûin teslim edilmesinde bir sakınca yoktur.⁶⁵⁰

Bu bağlamda tartışılan diğer bir mesele teslimin hapis hakkını ortadan kaldırıp kaldırmayacağıdır. Bir bedeli teslim eden tarafın diğer bedeli teslim alırken önceden teslim ettiği bedeli karşı tarafın elinden çekip alıkoyma hakkı var mıdır? Bu konuda Şâfiî mezhebinde iki vecih bulunmaktadır: Bir veche göre bu hakka sahiptir. Çünkü teslimin yapılması muhayyerliği düşürmediği gibi hapis hakkını da ortadan kaldırmaz. Diğer bir veche göre ise bu hakka sahip değildir. Çünkü teslimin yapılması hapis hakkının düşürüldüğü anlamına gelir.⁶⁵¹

1.2.2. Mebûin Gelir ve Giderlerinin Kime Ait Olduğu

Muhayyerlik esnasında mebûin ve semenin mülkiyetinin kime ait olacağına ilişkin görüşlere yukarıda yer verilmişti. Söz konusu görüş ayrılıkları mebûin gelirleri ve (muttasıl veya munfasıl) fazlalıkları için de geçerlidir. Şâfiî mezhebinde el-azhar olan veche göre muhayyer olan taraf mebûe malik olduğu gibi ona tabi olan haklara da sahip

⁶⁴⁹ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 321; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 221, 224; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 455; Mahallî, *Kenzü'r-râgıbîn*, II, 243. Tuhfe, 4, 347.

⁶⁵⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 29.

⁶⁵¹ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 224.

olur. Bu hakların kapsamına kazanç, ağacın meyvesi, hayvanın sütü, postu ve yumurtası dahil olduğu gibi köleyi azat etme gibi tasarruflar da dahil edilir. Eğer her iki taraf da muhayyerse akit mevkuf olduğu için mebûin gelirlerinin mülkiyeti de askıda kalacaktır. Muhayyerlik sona erdiğinde mebûi kimin mülkiyetine geçerse ona bağlı gelirler de ilgili tarafa ait olur.⁶⁵² Nevevî, bu bağlamda hayvanın sütü ile yünü, ağacın meyvesi, kölenin (işçinin) kazancı, kölenin azadı gibi birçok ferî meseleleri detaylı olarak ele almaktadır.⁶⁵³ Aşağıda bu meselelerden bazıları ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Mebûe ilişkin giderler ile harcamaların karşılanması da aynı şekilde muhayyerliği olan tarafın yükümlülüğü altındadır. İki tarafın muhayyer olması durumunda sözleşme mevkuf kabul edildiğinden mebûin giderleri taraflar arasında müşterek olarak karşılanır.⁶⁵⁴

Muhayyerlik esnasında mebûin mülkiyetinin alıcıya geçtiği veya mevkuf olduğu kavilleri kabul edilirse satım akdi tamamlandığında kazançlar alıcının mülkiyetine geçer. Eğer mülkiyetin satıcıda kaldığı kavli kabul edilirse çoğunluğun görüşüne göre kazançlar da satıcıya ait olur. Çünkü bu kazançlar meydana geldiği zaman mebûe malik olan, satıcıdır.⁶⁵⁵ Akdin feshedilmesi halinde, mebûin mülkiyetinin satıcıda kaldığı veya mülkiyetin mevkuf olduğu kavilleri kabul edilirse muhayyerlik esnasındaki kazançlar satıcıya ait olur. Ancak mülkiyetin alıcıya geçtiği kavli esas alınırse el-esah olan veche göre kazançlar da alıcıya intikal eder. Bir veche göre ise bu durumda kazançlar satıcıya aittir. Mütevellî, belirtilen iki vechin feshin akdin hükmünü geriye dönük olarak akit anından itibaren mi yoksa fesih anından itibaren mi kaldıracağı, başka bir deyişle feshin geriye dönük etkili olup olmayacağı meselesine dayandığını ifade etmektedir. El-esah olan veche göre fesih işlemi sadece fesih anından itibaren etkilidir. Dolayısıyla sözleşmenin hükmünün fesih anından itibaren ortadan kalktığı kabul edilir. Diğer bir veche göre ise fesih işlemi geriye dönük olarak etkili olur ve sözleşmenin hükmü akit anından itibaren ortadan kalkmış kabul edilir. Eğer birinci vecih esas alınırse kazançlar alıcıya intikal eder; ikinci vecih esas alınırse kazançlar satıcıya ait olur.⁶⁵⁶

Kazancın kapsamına ağacın meyvesi, hayvanın sütü, yünü, postu (munfasıl fazlalıklar), kölenin kazancı vb. dâhil edilir. Kazanç kapsamında ele alınan konulardan

⁶⁵² Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 422.

⁶⁵³ Bkz. Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 214-219.

⁶⁵⁴ Mahallî, *Kenzü'r-râgıbîn*, II, 242-243; Ezherî, *el-Cemel*, III, 116-117.

⁶⁵⁵ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 214.

⁶⁵⁶ Rafîi 8, 317 bak; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 214; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 422-423.

biri de hayvanın karnındaki yavrudur (muttasıl fazlalık).⁶⁵⁷ Eğer yavru hayvana hamile kalınması ve doğumu muhayyerlik esnasında ve meclis süresinde gerçekleşmişse bu da kazanç kapsamında değerlendirilir. Hayvan akit sürecinde hamile kalıp muhayyerlik esnasında doğurmuşsa bu durumda cenine bir hukuki sonuç bağlanıp bağlanamayacağı veya bunun semende bir miktara karşılık gelip gelmediği meselesine bağlı olarak iki kavl vardır.⁶⁵⁸

El-esah olan kavle göre ceninin anne karnından ayrıldıktan sonra satılmasında olduğu gibi semende bir miktar paya karşılık gelir. Çünkü hayvanın sütünde olduğu gibi cenin semendeki bu paya aslında anne karnından ayrılmadan önce sahip olmuştur. Bu bakış açısına göre cenin, akde dahil olur ve annesiyle birlikte aynı satım akdinde ayrı bir mebî (ayn) olarak kabul edilir. Akdin onaylanması durumunda her ikisi de alıcının mülkiyetine geçer; akdin feshedilmesi halinde ise iki ayrı mebî olarak satıcıya ait olurlar. Bu durum muhayyerlik esnasında meydana gelen fazlalık gibi kabul edilmez. Muhayyerlik esnasında meydana gelen fazlalık, akit esnasında meydana gelen fazlalıktan farklıdır. Çünkü o sonradan meydana geldiği için akde dahil olmaz ve satım bedelinden bir miktar paya karşılık gelmez.⁶⁵⁹ Diğer bir kavle göre cenin, hayvanın organları gibi sayıldığı için semende bir miktara karşılık gelmez. Bu durumda herhangi bir fark olmaksızın cenin kazanç olarak kabul edilir. Bu kavl doğrultusunda eğer sözleşme onaylanırsa mülkiyetin akitle geçtiği veya mevkuf olduğu kavlinin kabul edilmesi halinde hem yavru hem annesi alıcının mülkiyetine geçer. Ancak mülkiyetin akit ve muhayyerliğin sona ermesiyle birlikte intikal ettiği kabul edilirse yavru, satıcıya ait olarak kalır.⁶⁶⁰

Hanbelîlere göre muhayyerlik süresinde mebîe ait gelirler ve munfasıl fazlalıklar ister akdi onasın ister feshetsin alıcıya aittir. Bitişik fazlalıklar ise ister akit onaylansın ister feshedilsin mebîe tabidir. Mebîin mülkiyeti alıcıya ait olduğundan onun giderleri de alıcı tarafından karşılanır.⁶⁶¹

⁶⁵⁷ Satılan hayvanın kilosunun artması, ağacın büyümesi, kölenin zanaat öğrenmesi durumları da muttasıl fazlalık olarak kabul edilir. Bkz. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 446.

⁶⁵⁸ Şirâzî, *el-Mühezzebe*, II, 9; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 214-215.

⁶⁵⁹ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 422.

⁶⁶⁰ Şirâzî, *el-Mühezzebe*, II, 9; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 215.

⁶⁶¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 22-23.

2. MECLİS MUHAYYERLİĞİNİN SONA ERME VE DÜŞME SEBEPLERİ

Meclis muhayyerliğinin sona ermesi, esas olarak meclisten ayrılma (eylem) veya akdin onaylanmasına ilişkin tercihin beyan edilmesi (söz) durumlarında gerçekleşir.⁶⁶² Meclis muhayyerliğin geçerli olduğu her bir akitte, muhayyerlik meclisten fiziksel ayrılmanın gerçekleşmesiyle veya akdin onaylanmasına ilişkin tercih beyanıyla (tehâyür) sona erer.⁶⁶³ Şâfîlîler ve Hanbelîlerin çoğunluğu, “ayrılma” ve “tehâyür” ile meclis muhayyerliğinin düşeceğinde ittifak etmişler.⁶⁶⁴ Bununla birlikte muhayyerliği sona erdiren üçüncü bir sebep daha vardır ki, bu sebep fesihdir. Akit feshedildiğinde doğal olarak muhayyerlik de sona erer. Meclis muhayyerliğinin temel amacı, akit kurulduktan sonra söz konusu fesih imkanını sağlamaktır.⁶⁶⁵ Ayrıca muhayyerlik esnasında mebî’de tasarrufta bulunma, mecliste ölümün gerçekleşmesi ve ehliyet engellerinin bulunması durumunda meclis muhayyerliğinin sona erip ermeyeceği doktrinde tartışılmıştır. Bu başlık altında ilk olarak meclis muhayyerliği hükmünü nefiy şartıyla satım yapma meselesine değinilecektir. Çünkü bu mesele, konuya ilişkin literatürde meclis muhayyerliğinin düşmesi bağlamında en çok tartışılan hususlardan biridir.

2.1. Muhayyerliği Nefiy Şartıyla Satım (Muhayyerliğin Iskâtı)

Muhayyerlik hükmünü nefiy şartıyla satım veya meclis muhayyerliğinin düşürülmesi (iskât) akit kurulmadan önce veya kurulumu henüz tamamlanmadan akdin kuruluş aşamasının başlangıcında, muhayyerlik hakkını kullanmadan önce bu haktan feragat etmeyi ifade eden bir terimdir. Akdin kurulmasını müteakip bu hakkın kazanılmasından sonra ve muhayyerlik meclisi işlemeye devam ettiği süreçte muhayyerlik hakkını kullanmaktan vazgeçmek bu kapsamda kabul edilmez. Bu süreçte tercih belirten irade

⁶⁶² Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 104. Gazzâlî muhayyerliği sona erdiren durumları söz ve fiil olarak iki kısma ayırdıktan sonra, fiili ayrılmayı şahıs ile ayrılma (fiziksel), ruh ile ayrılma (ölüm) ve akıl ile ayrılma (akıl sağlığının kaybı/bayılma) olmak üzere üç gruba taksim etmiştir. Bkz. Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 104-106.

⁶⁶³ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 4; Râfî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 301; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 179; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 439.

⁶⁶⁴ Hanbelî mezhebinde zayıf bir görüşe göre konuya ilişkin hadislerin çoğunda yer almadığı için “tehâyür” ile muhayyerlik sona ermez. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 15;

⁶⁶⁵ Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 151; el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, “Hıyâr”, s. 173.

beyanı ile muhayyerlik hakkından feragat etme, muhayyerliğin “ıskatı” değil, “sona ermesi” olarak adlandırılır.⁶⁶⁶

Meclis muhayyerliğini nefiy şartıyla gerçekleştirilen bir satım akdinde, şartın ve sözleşmenin hukukî durumuyla ilgili olarak Şâfiî mezhebinde üç kavil/vecih bulunmaktadır. El-esah olan kavil/vecih, bu şartın geçerli olmadığı ve böyle bir şartla kurulan satım sözleşmesinin temelde bâtıl olduğu yönündedir. Bu hüküm Şâfiî'nin kadim kavli ile Buveytî'nin görüşünde açık bir şekilde ifadesini bulmuştur. Çünkü meclis muhayyerliği akdin tamamlanmasıyla birlikte kazanılan bir haktır. Şüf'adarın muhayyer olması örneğinde olduğu gibi akit tamamlanmadan önce muhayyerliğin ıskatı, sebebi gerçekleşmeden önce bir hakkı düşürmek olacağından caiz değildir. Ayrıca meclis muhayyerliği, akit muktezası olarak geçerli olan şer'î bir muhayyerliktir. Dolayısıyla akdin doğasından kaynaklanan bir hükme aykırı olarak bir şart koşturmak, başka bir deyişle akdin gereği olan bu hükmün ıskatını içeren bir şartı ileri sürmek caiz değildir. Bu durum mebûin teslim edilmemesi şartıyla gerçekleştirilen akde benzer. Bu vechin/kavlin nakli dayanağı “Taraflar ayrılmadıkça veya anlaşarak muhayyerlik hükmünü sona erdirmedikçe muhayyerdirler.” şeklinde ifade edilen hadisidir. Hadiste muhayyerliğin sona ermesi, sadece akit sonrası tarafların ayrılmasına veya karşılıklı anlaşmayla muhayyerlik hükmüne son vermelerine bağlanmıştır.⁶⁶⁷

İkinci vech/kavle göre şartın geçerli olmamasına rağmen sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilir. Bu durumda muhayyerlik hükmü devam eder. Şartın geçerli olmamasının sebebi, bir önceki görüşün temel aldığı aynı gerekçeye dayanmaktadır. Bu bağlamda meclis muhayyerliği hükmünün nefyedilmesi, hukuk düzeninin tanımış olduğu bir hakkın iptal edilmesi (ıskat) ve bu hükmün konuluş amacının ortadan kaldırılması anlamına geleceğinden kabul edilemez. Sözleşmenin geçerli olmasının nedeni ise bu şartın bedellerde herhangi bir bilinmezlik (cehâlet) meydana getirmemesidir.⁶⁶⁸

Diğer bir vecih/kavil sözleşme gibi şartın da geçerli olduğu yönündedir. Bu görüşe göre tarafların akit öncesinde karşılık rızalarıyla muhayyerliği düşürmeleri, akit sonrasında anlaşarak muhayyerliği sonlandırmalarına kıyas edilerek geçerli kabul edilir.

⁶⁶⁶ El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 173.

⁶⁶⁷ Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, II, 4; Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 211; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 405; el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 177.

⁶⁶⁸ Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, II, 4-5; Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 211.

Dolayısıyla tarafların muhayyerlikleri düşer ve sözleşme geçerli ve bağlayıcı olarak kurulmuş olur. Meclis muhayyerliğinden farklı olarak görme muhayyerliğini nefiy şartıyla yapılan satım akdi geçerli olmaz. Çünkü görme muhayyerliğinde müşteri henüz mebî görmemiştir ve dolayısıyla onun durumu hakkında bilgi sahibi değildir. Bu nedenle görme muhayyerliğindeki belirsizlik (garar) diğer muhayyerlik türlerine göre daha fazladır. Söz konusu şart ise belirsizliğin daha da artmasına neden olur. Buna karşılık meclis muhayyerliğinde bu düzeyde bir belirsizlik söz konusu değildir. Aksine, meclis muhayyerliği hükmünün nefyedilmesi bu belirsizliğin ortadan kaldırılması anlamına geleceğinden caiz olarak görülmüştür. Dolayısıyla meclis muhayyerliğinin düşmesi, akdin amacına uygun bir durum olur.⁶⁶⁹ Ayrıca meclis muhayyerliği, taraflar için kolaylık ve hafiflik sağlamak amacıyla konulmuş bir hükümdür. Tarafların bu haktan feragat etmeleri caizdir ve söz konusu feragat akde zarar vermez.⁶⁷⁰ Hanbelî mezhebinde hâkim olan görüş budur.⁶⁷¹

Bu vechin/kavlin naklî delili, meclis muhayyerliği hükmünün ifadesini bulduğu “el-mütebâyiân” hadisinde yer alan “muhayyerliği içeren satım akdi hariç...” şeklindeki istisna ifadesidir. Ancak el-sahîh olan veche göre bu ifade, akitten sonra tarafların anlaşarak muhayyerlik hükmünü sona erdirmelerini belirtmektedir.⁶⁷² Bununla birlikte hadisin diğer bazı rivayetlerinde “...Bir taraf diğer taraf tercih teklifinde bulunursa ve (akdi bağlayıcı kılmak üzere) alım-satımı akdederlerse satım akdi bağlayıcı olur.” ve “...Satım akdinin muhayyerlik üzerine olması istisnadır. Satım akdi muhayyerlik üzerine olduğu takdirde akit bağlayıcı hale gelir.” şeklindeki ifadeler bu görüşü desteklemektedir.

673

Her ne kadar söz konusu rivayetlerde kastedilen akit kurulduktan sonra muhayyerlik meclisinde karşılıklı anlaşmaya dayanarak muhayyerlik hükmünü sonlandırmak ise de bu hüküm hem mecliste karşılıklı anlaşarak muhayyerliği sonlandırmayı hem de akdin başlangıcında karşılıklı anlaşarak muhayyerliği ıskat etmeyi

⁶⁶⁹ İbn Abdüsselâm, *Kavâ'idü'l-ahkâm*, II, 148.

⁶⁷⁰ Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, II, 4; Râfiû, *Fethü'l-azîz*, VIII, 211-212; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 178-179; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 438.

⁶⁷¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 15-16.

⁶⁷² Râfiû, *Fethü'l-azîz*, VIII, 212; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 179; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 438. Bu ifadeye ilişkin görüş ayrılıkları hakkında detaylı bilgi için tezin “Mütebâyiân/Beyyiân Hadisi ve Hadisin Zahir Anlamı” başlığına bkz.

⁶⁷³ Bu bağlamda İbn Kudame: “Ziyadeyi almak evladır” demiştir. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 15-16

kapsayan genel kapsamlı bir hükümdür. Hüküm açısından bu iki olay arasında bir fark bulunmamaktadır. Çünkü meclisin işlediği süreçte muhayyerlikle ilgili bir sonuç doğuran bu durum, akdin kuruluşu tamamlanmadan önce de aynı sonucu doğurmalıdır. Nasıl ki akit tarafının istihkak ettikten sonra muhayyerlik hakkından vazgeçme hakkı varsa bu akdin kurulumu tamamlanmadan önce de mümkün olmalıdır. Nitekim şart muhayyerliğinde muhayyerlik hükmünün akdin kurulumu tamamlanmadan önce düşürülmesi câizdir. Benzer şekilde meclis muhayyerliğinde de hüküm böyle olmalıdır. Meclis muhayyerliğinin ıskatına ilişkin bu görüş ayrılığı, satıcının mebûde meydana gelen ayıptan sorumlu olmaması şartıyla akdedilen sözleşmenin geçerliliği hakkındaki görüş ayrılığına benzer niteliktedir.⁶⁷⁴

Akdin başlangıcında her iki tarafın birden muhayyerlik haklarını düşürmeleri veya sadece bir tarafın bu hakkını düşürmesi ya da tarafların bir tarafın muhayyerliğinin düşmesini birlikte şart koşmaları hüküm açısından aynı değerdedir. Ancak her iki tarafın muhayyerlik haklarının düşmesi durumunda akit bağlayıcı hale gelirken bir tarafın muhayyerlik hakkının düşmesi halinde diğer tarafın muhayyerlik hakkı devam eder.⁶⁷⁵

2.2. Onay ve Fesihle Sona Ermesi

2.2.1. Sözlü (Sarîh) Onay-Fesih (Tercih Beyânı)

Meclis muhayyerliğinin sona erme sebeplerinden biri, tarafların sözleşmenin bağlayıcı olmasını tercih etmeleridir. Tarafların karşılıklı anlaşmaya dayalı olarak ortak bir kararla akdi bağlayıcı hale getirmeyi tercih etmeleri “tehâyür” olarak isimlendirilir. “Tehâyür” işlemi, tarafların ayrılmasının sözleşmede meydana getirdiği sonucun aynısını doğurur. Meclis muhayyerliğinin “tehâyür” ile sona ermesi ya tarafların karşılıklı rıza göstererek sözleşmenin feshini veya onaylanmasını tercih etmeleri ya da bir tarafın diğer tarafa “seçim yap!” şeklindeki teklifinin muhayyerliğin düşmesine yol açması şeklinde gerçekleşir.⁶⁷⁶ Dolayısıyla “tehâyür”, talep olmadan ya da talep üzerine gerçekleşebilir. Birinci durumda, ya her iki taraf da akdin bağlayıcılığını seçer ya sadece bir taraf seçer

⁶⁷⁴ Râfiû, *Fethü'l-azîz*, VIII, 212; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 179; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 438; e-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 177.

⁶⁷⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 16; El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 177.

⁶⁷⁶ El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 174, 177.

ya da bir taraf akdi onaylamayı tercih ederken diğer taraf feshi tercih eder. İkinci durumda ise bir tarafın diğer tarafa akdin onaylanması veya feshedilmesi konusunda seçim yapma teklifinde bulunması söz konusudur.⁶⁷⁷ Akdin bağlayıcı olmasının tercih edilmesi genellikle bir tarafın diğer tarafa teklifte bulunmasıyla gerçekleşir ki buna “tahyîr” denir.⁶⁷⁸

Meclis muhayyerliği hükmü, akdin bağlayıcılığına ve rızanın tamamlandığına delalet eden beyanlarla (lafız) sona erer.⁶⁷⁹ Meclis muhayyerliğinde fesih ile onay bildirimi, anlaşılabilen ve fesih ve onayı gösteren ifadelerle yapılabilir. Bir tarafın “Akdin onayını veya feshini seç!” teklifine karşılık olarak diğer tarafın “Akdi devam ettirmeyi veya feshetmeyi seçtim.” şeklinde cevap vermesi halinde “tehâyür” işlemi gerçekleşir ve muhayyerlik hükmü sona erer. Bu işlemin geçerli olduğunun delili, meclis muhayyerliğine ilişkin bazı rivayetlerde “...ya da bir taraf diğer tarafa “seçim yap!” diyerek teklifte bulunursa...” şeklinde yer alan ifadedir.⁶⁸⁰ Onay ve fesih sarih beyanlarla olabileceği gibi üstü kapalı (kinaye) beyanlarla da gerçekleşebilir.⁶⁸¹

Onay, tarafların “Satım akdini onayladım (icâze) ve satım akdini onadım (imzâ), muhayyerliği düşürdüm, muhayyerlik hükmünü iptal ettim.” gibi tek taraflı beyanlarıyla yapılabilir. Tarafların birlikte satım akdiyle bağlandıklarını açıkça ifade ettikleri durumlarda, örneğin “Akdi seçim yapmaya bağladık (tehâyerne’l-akd), akdin bağlayıcı olmasını yeğledik, akdi bağlayıcı kıldık, akitle bağlandık, akdi onadık (imzâ), akdi onayladık (icâze).” veya “Muhayyerliği hükümsüz kıldık,⁶⁸² muhayyerliği kerhen değil ihtiyarî olarak hükümsüz kıldık.”⁶⁸³ gibi tercih belirten ifadeler kullandıklarında meclis muhayyerliği sona erer. Çünkü meclis muhayyerliği şart muhayyerliği gibi tarafların sahip olduğu bir haktır. Tarafların bu haktan feragat etmeleriyle muhayyerlik düşer.⁶⁸⁴

⁶⁷⁷ Düreynî, *Terâdî*, 336.

⁶⁷⁸ Muhammed Tayyib Osman el-Ezrak, “Hıyârü’l-meclis ve’ş-şart ve eserühümâ fî akdi’l-bey’: dirâse fıkhiyye mükârene” (Ümmü Dermân Câmiâtü’l-Kur’âni’l-Kerîm ve’l-Ulûmi’l-İslâmiyye, Yüksek Lisans Tezi, 2001), s. 54-55.

⁶⁷⁹ Gazzâlî, *el-Vecîz*, s. 300.

⁶⁸⁰ Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, II, 4; Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 423.

⁶⁸¹ Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 423.

⁶⁸² Tarafların “muhayyerliği hükümsüz kıldık” (ebtelna/efsedna) şeklinde beyanları zayıf olan bir görüşe göre muhayyerliği düşürmez. Çünkü muhayyerlik hükmünü iptal etmek akdin geçerliliğine ve şer’an koyulan bir hükmüne aykırılığı ifade eder. Bu durum, onay verme gibi kabul edilemez. Çünkü onayda muhayyerlikte bir tasarrufta bulunmak söz konusudur. Daha doğru olan görüşe göre bu beyanlarla muhayyerlik düşer. Bkz. Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, 179-180; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, III, 439.

⁶⁸³ Heytemî, *Tuhfetü’l-muhtâc*, IV, 337.

⁶⁸⁴ Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 406.

Ayrıca “Akdi sevdim.” veya “Akdi sevmedim.” şeklindeki üstü kapalı (kinayeli) beyanlar da onay veya fesih anlamında tercih bildiren ifadeler olarak kabul edilir.⁶⁸⁵

Satıcının “Satım akdini feshettim, mebiî geri istedim, semeni iade ettim.” benzeri ifadeleriyle fesih işlemi gerçekleşir. Ayrıca satıcının “Alıcı semende artış yapıncaya kadar satmıyorum.” sözüne alıcının “Semende artış yapmıyorum.” şeklinde karşılık vermesi veya alıcının “Satıcı bana semende indirim yapıncaya kadar satın almıyorum.” sözüne satıcının “Semende eksiltme yapmıyorum.” sözüyle karşılık vermesi fesih sayılır. Aynı şekilde, satıcının vadeli olarak ödeneceği üzerine anlaşılan semenin peşin ödenmesini talep etmesi veya alıcının peşin ödenmesi gereken semenin tecilini talep etmesi fesih olarak kabul edilir.⁶⁸⁶

Es-sahih olan veche göre eğer sadece bir taraf karşı tarafın tercih teklifi olmadan “Akdi onaylamayı seçtim.” şeklinde bir beyanda bulunursa bu durumda söz konusu tarafın muhayyerliği düşer. Diğer tarafın muhayyerliği ise hükmünü korumaya devam eder. Bu durum şart muhayyerliğinde bir tarafın muhayyerlik hakkını düşürmesine benzer niteliktedir. Hanbelî mezhebinde de hâkim olan görüş budur.⁶⁸⁷ Zayıf (şaz) olan bir veche göre ise diğer tarafın muhayyerliği de düşer. Çünkü meclis muhayyerliği hükmünün oluşumu/hakkının kazanılması (sübût) bölünmeye müsait olmadığı gibi bu hükmün/hakkın düşmesinin bölünmesi de mümkün değildir.⁶⁸⁸ Nasıl ki iki taraf birden meclis muhayyerliği hakkına sahip olabiliyorsa bu hakkın düşmesi de iki tarafın anlaşmasıyla mümkün olabilir. Diğer bir zayıf (şaz) veche göre ise ne akdi onaylayanın ne de diğer tarafın muhayyerliği düşer. Çünkü meclis muhayyerliği tarafların birlikte sahip olacakları ve birlikte düşürebilecekleri nitelikte olan bir haktır. Dolayısıyla sadece bir tarafın tercih beyanında bulunması halinde muhayyerlik düşmez. Ancak son iki vechin geçersiz (fasit) görüşler olduğu vurgulanmıştır.⁶⁸⁹

Bir tarafın diğer tarafa “Seçim yap!” veya “Sana seçim yapma teklifinde bulunuyorum.” şeklindeki teklifine karşılık olarak diğer taraf “Seçim yaptım.” şeklinde onay verdiğinde iki tarafın da muhayyerliğinin düşeceğinde görüş birliği vardır. Bu durumda diğer taraf feshi seçerse akit feshe uğrar, onaylamayı seçerse akit bağlayıcı

⁶⁸⁵ Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 8.

⁶⁸⁶ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 202; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 423.

⁶⁸⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 16.

⁶⁸⁸ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 406.

⁶⁸⁹ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 301-302; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 179; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 439.

olur.⁶⁹⁰ Söz konusu teklife karşı muhatap sükût ettiği takdirde, sakitin muhayyerliğinin düşmeyeceği noktasında da görüş birliğine varılmıştır. Çünkü muhatabın sükûtu onun rızası olduğunu göstermez. Ancak tercih teklifinde bulunan tarafın muhayyerliğiyle ilgili olarak iki meşhur vecih bulunmaktadır. Bir veche göre teklif sahibinin muhayyerliği düşmez. Çünkü onun teklifte bulunması diğer tarafla aynı kararda birleşme amacına yönelik bir adımdır. Bu gerçekleşmediğinde onun muhayyerliği devam eder. Zira boşama yetkisinin kadına devredildiği işlemde (*tefvîz-i talâk*), kocanın “seçim yap!” şeklindeki teklifi üzerine kadın sükût ettiği takdirde kocanın boşama muhayyerliği (hakkı) düşmemektedir. Bu olayda da aynı hüküm geçerli olmalıdır.⁶⁹¹

El-esah olan ve genel kabul gören veche göre tercih teklifinde bulunan tarafın muhayyerliği düşer. Çünkü bu teklif, ilgili tarafın akdin bağlayıcı hale gelmesine rızasının olduğunu gösterir. Muhayyerliğe ilişkin bazı rivayetlerde yer alan “...ya da bir taraf diğer tarafa “seçim yap!” diyerek teklifte bulunursa...derse” şeklindeki ifade bu görüşü desteklemektedir. Çünkü bu olay, kocanın karısına boşanma hakkı (muhayyerlik) tanınması olayından farklılık gösterir. Zira söz konusu olayda kadın, kocasının tercih teklifinde bulunmasıyla aslında önceden sahip olmadığı bir hakka sahip olmuştur. Dolayısıyla kadın bu teklife sessiz kalıp cevap vermediği takdirde kocasının boşama hakkı devam eder. Burada ise kabul eden taraf başlangıçtan itibaren muhayyer olarak fesih hakkına sahiptir. Nitekim diğer tarafın yönelttiği tercih teklifine karşı sessiz kalması onun feshi (muhayyerlik) hakkını düşürmez. Dolayısıyla bir tarafın diğer tarafa teklifte bulunması, ona muhayyerliği temlik etmesi değil kendi fesih hakkını düşürmesi demektir. İbnü’s-Sabbâğ (ö. 477/1084), Begavî, Mütevellî, Rûyânî, Râfiî ve diğer Şâfiî fakihler, bu görüşün sahih olduğunu açık bir şekilde ifade etmişlerdir.⁶⁹² Hanbelî mezhebinde de hâkim olan görüş budur.⁶⁹³

Taraflardan biri akdi onaylamayı seçerken diğer taraf akdi feshederse bu durumda feshin onaydan önce gerçekleştiği kabul edilir. Diğer taraf akdi geçerli kılmakta ısrarcı olsa bile sözleşmenin feshedildiğine hükmedilir. Çünkü muhayyerliğin asıl konuluş

⁶⁹⁰ Düreynî, *Terâdî*, 336.

⁶⁹¹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 4; Râfiî, *Fethü’l-azîz*, VIII, 302; Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, 179; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, III, 439; Heytemî, *Tuhfetü’l-muhtâc*, IV, 337.

⁶⁹² Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 4; Râfiî, *Fethü’l-azîz*, VIII, 302; Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, 179; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, III, 439; Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 406.

⁶⁹³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 17.

amacı fesih imkânı tanımaktır. Esas olan usulüne uygun olarak kurulan akdin geçerli olarak sonucunu doğurması olduğundan muhayyerlik kurumuyla sözleşmenin feshedilebilir olması amaçlanmıştır.⁶⁹⁴ Bu durumda sözleşmenin feshedilmesi dolaylı olarak (*tebe'an*) muhayyerliği sona erdirir. Başka bir deyişle muhayyerliğin düşmesi aslında akdin feshedilmesine tabi olarak gerçekleşir.⁶⁹⁵

Taraflar sarf akdinde bedelleri karşılıklı olarak kabzettikten sonra mecliste akdi onarlarsa sözleşme bağlayıcı hale gelir. Eğer karşılıklı kabzdan önce akdi onarlarsa sahih olmayan bir veche göre onay geçersizdir ve muhayyerlik hükmü devam eder. Bunun sebebi kabzın mecliste tamamlanması gereken bir işlem olmasıdır. Dolayısıyla kabz gerçekleşmeden önce meclis süreci devam ettiği için meclise taalluk eden muhayyerliğin (meclis muhayyerliği) hükmü de devam etmelidir. El-esah olan veche göre akit bağlayıcı hale gelir ancak tarafların bedelleri karşılıklı olarak kabz etmeleri gereklidir.⁶⁹⁶ Eğer taraflar bedelleri karşılıklı olarak kabz etmeden önce ayrılırlarsa sözleşme infisah eder. Bu durumda şayet karşılıklı rıza göstererek ayrılmışlarsa bir kusur (günah) işlemiş olmazlar (*ism/isyân/naks*). Ancak sadece bir taraf ayrılmışsa bu durumda ilgili taraf bir kusur işlemiş olur.⁶⁹⁷ Üçüncü bir veche göre kabz öncesi karşılıklı anlaşma yaparak muhayyerlik hükmünü iptal etmek akdi batıl kılar. Çünkü hüküm bakımından karşılıklı anlaşma ile ayrılma arasında bir fark yoktur. Nitekim sarf sözleşmesinde taraflar kabz gerçekleşmeden önce ayrılırsalar akit batıl olur.⁶⁹⁸

Taraflardan biri mecliste konuşma engelli olursa/dili tutulursa eğer işaretleri anlaşılıyorsa veya yazmayı biliyorsa muhayyerliği devam eder. Fakat işaretleri anlaşılmıyorsa veya yazma becerisi yoksa -meclisten ayrılarak akdi onaylaması mümkün olsa bile- hâkim tarafından onun yerine bir vekil (naip) tayin edilir. Bu hususta görüş birliği bulunmaktadır.⁶⁹⁹ Bu kişi kısıtlılık altında (mahcur) değildir. Sadece sözlü tasarrufta bulunması imkânsız olan bir durumda hâkim onun yerine bir başkasını tayin etmiştir.⁷⁰⁰

⁶⁹⁴ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 302; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 179; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 439; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 407.

⁶⁹⁵ El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 175.

⁶⁹⁶ Şirbînî bu vechi "el-mu'temed" olarak niteler. Bkz. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 407.

⁶⁹⁷ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 302.

⁶⁹⁸ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 179-180. Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 439.

⁶⁹⁹ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 183-184, 209; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 14.

⁷⁰⁰ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 409.

2.2.2. Fiilî (Zımnî) Onay-Fesih

Fiilî onay; muhayyer alıcının mebî'de, muhayyer satıcının da semende (muayyen bir mal ise) tasarrufun geçerli sayılabilmesi için malik olmanın gerekli olduğu (satım, hibe, köle azadı gibi) bir tasarrufta bulunmasıdır. Fiili fesih ise muhayyer satıcının mebî'de, muhayyer alıcının semende (muayyen bir mal ise) tasarrufun geçerli sayılabilmesi için malik olmanın gerekli olduğu bir tasarrufta bulunmasıdır.⁷⁰¹

Şâfiî mezhebinde, muhayyerlik esnasında bedellerde tasarrufta bulunmanın muhayyerliği düşürüp düşürmeyeceği konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Ebû Gudde, erken dönem Şâfiî fakihlerinin mebî'de veya semende tasarrufta bulunmanın muhayyerliği düşürmeyeceğini açıkça ifade ettiğini ancak mecliste aynı bedeller üzerinde tekrardan alım-satım yapma olayını bundan istisna tuttuklarını belirtmektedir.⁷⁰² Fakihlerin çoğunluğuna göre taraflar mecliste bedelleri (her iki bedel ribevî mallardan olsa bile)⁷⁰³ karşılıklı olarak kabzettikten sonra aynı bedellerle ikinci kez alım-satım gerçekleştirirlerse bu ikinci satım akdi geçerli kabul edilir. Bunun nedeni, tarafların ikinci akdi yapmalarının birinci akdin bağlayıcı hale gelmesine rızalarının olduğunu göstermesidir (*delîlü'r-rızâ*). El-esah olan vecih budur. Ancak zayıf bir veche göre bu durum muhayyerliğin mülkiyetin intikaline engel olup olmadığı meselesine bağlı olarak değerlendirilir. Eğer engel olduğu görüşü kabul edilirse akit geçerli sayılmaz. Aksi takdirde ilk sözleşmenin feshedilmiş olduğu kabul edilir.⁷⁰⁴

Bazı kaynakları taramamız neticesinde erken dönem fakihlerin konuya ilişkin açık ifadelerine rastlanmamıştır. Nitekim Şîrâzî, şart muhayyerliğine ilişkin fasıllarda -ki bu fasıllarda bazı hükümler açısından şart muhayyerliği meclis muhayyerliğiyle birlikte işlenir- şart ve meclis muhayyerliği arasında ayırım yapmaksızın muhayyerlik esnasında satıcının ve alıcının mebî üzerindeki tasarruflarına ilişkin hükümlere değinir. Eğer satıcı, muhayyerlik esnasında mebî satar veya hibe ederse bu tasarrufları geçerli olur. Çünkü ya malın mülkiyeti ona aittir ki bu durumda akit yapma hakkına sahiptir; ya da malın

⁷⁰¹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 4; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 456-458; Nevevî, *Minhâcü't-tâlibîn*, s. 100; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 423-424; Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, IV, 349; 21; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 22-23; Ezherî, *el-Cemel*, III, 118.

⁷⁰² El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 175.

⁷⁰³ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 407.

⁷⁰⁴ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 180; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 439.

mülkiyeti alıcıya aittir, ancak bu durumda da fesih hakkına sahiptir ve dolayısıyla söz konusu işlemleri fesih olarak kabul edilir. Muhayyerlik esnasında, mebiin satılması veya hibe edilmesi gibi tasarrufların satıcının rızasıyla alıcı tarafından gerçekleşmesi halinde, mülkiyetin satıcıya ait olduğu kabul edilirse söz konusu tasarruf geçerli olmaz. Şayet mülkiyetin alıcıya ait olduğu kabul edilirse bu durumda iki vecih vardır. İstahrî'nin savunduğu birinci veche göre bu tasarruf geçerlidir ancak satıcının feshetme hakkı vardır. Satıcı feshettiğinde alıcının tasarrufu batıl olur. Bu vechin gerekçesi alıcının kendi mülkiyetinde olan ancak başkasının (yani satıcının) “çekişme hakkının” (*hakku'l-intizâ*) sahip olduğu mebi'de tasarrufta bulunmuş olmasıdır. Bu durum şüf'a hakkının bulunduğu bir arsanın satın alınıp satılmasına benzer. Diğer bir veche göre bu tasarruf geçerli değildir. Çünkü alıcı, bir başkasının hakkının taalluk ettiği bir malı (ayn) onun rızası olmadan satmıştır. Bu durum rehin verenin rehin verilen malı satmasına benzer. Eğer satıcının rızasıyla tasarrufta bulunmuşsa mesele şu şekilde değerlendirilir: Bu tasarruf bir köle azadından oluşuyorsa geçerlidir (*nâfiz*). Çünkü taraflar satım akdinin onaylanmasına rıza göstermişlerdir. Eğer bu tasarruf bir satım veya hibe sözleşmesi ise bu durumda iki vecih vardır. Bir veche göre geçerli değildir. Çünkü alıcı, mebi'e tam olarak malik olmadan önce tasarrufta bulunmuştur. Diğer bir veche göre ise geçerlidir. Çünkü bu durumda tasarruftan menetmek, rızası olduğu halde satıcının hakkından alıkoymak anlamına gelir.⁷⁰⁵

Nevevî, Şîrâzî'nin *el-Mühezzeb*'ini şerh ettiği *el-Mecmu'* adlı eserinde şart muhayyerliğine ilişkin fasıllarda mebi'de tasarrufta bulunmaya ilişkin birçok örnek verir. Bu bağlamda, çoğu kez meclis muhayyerliğine değinmezken bazen meclis muhayyerliği ile şart muhayyerliği arasında bir ayrım yapılmadığını ifade eder. Sözelimi muhayyerlik esnasında alıcının cariyeye ilişkin bir tasarrufunun fiilî onay sayılıp sayılmayacağı meselesini tartıştıktan hemen sonra Şâfiî fakihlerin bu konuda meclis muhayyerliği ve şart muhayyerliği arasında bir ayrım yapmadığını belirtmektedir. Ayrıca Kadı Hüseyin'den şu aktarımda bulunur: “Alıcının şart muhayyerliği esnasında cariyeye ilişkin tasarrufu muhayyerliği düşürür; ancak meclis muhayyerliği esnasındaki tasarrufa ilişkin iki vecih vardır.” Nevevî, bununla birlikte söz konusu meselede şart muhayyerliğinin düşerken meclis muhayyerliğinin düşmediği şeklinde dördüncü bir vechin ortaya çıktığını

⁷⁰⁵ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 8.

belirtir.⁷⁰⁶ Yine Nevevî, muhayyerlik sürecinde söz konusu tasarrufta bulunulduğunda satıcının muhayyerliğinin durumunun ne olacağı, satıcının izni olmadan ancak bilgisi dahilinde tasarrufta bulunulması veya satıcının alıcının tasarrufta bulunduğunu görmesi üzerine sükût etmesi olaylarında satıcının muhayyerliğinin düşüp düşmeyeceği meselelerinin hemen ardından Şâfi fakihlerin bu konuda meclis muhayyerliği ile şart muhayyerliği arasında bir fark gözetmediğini vurgulamaktadır. Ardından Nevevî, tasarrufta bulunan alıcının muhayyerliğinin düşeceğinin kabul edilmesi halinde; şart muhayyerliğinde satıcının bu tasarruftan haberdar olmaması durumunda muhayyerliğinin düşmeyeceği, meclis muhayyerliğinde ise alıcının muhayyerliğini düşürmesinin satıcının muhayyerliğini düşürüp düşmeyeceği meselesindeki ihtilafa bağlı olarak iki vecih bulunduğu şeklindeki görüşü Mütevellî'den aktardıktan sonra bu görüşün mezhepte kabul görmediğini (*şâz ve merdûd*) belirtmektedir. El-mezheb olan vecih, meclis muhayyerliğinin düşmeyeceği ve bu bakımdan şart muhayyerliği gibi kabul edileceği yönündedir.⁷⁰⁷

Bu noktada belirtmek gerekir ki Şâfi fakihlerin çoğu bedellerde tasarrufta bulunmanın meclis muhayyerliğinin düşmesi sonucunu doğurmayacağını açık bir şekilde belirtmek yerine dolaylı yollarla ifade etmeyi tercih etmişlerdir. Şöyle ki şart muhayyerliği fasıllarında tasarrufun şart muhayyerliğini düşüreceğini açıkça belirtmelerine karşılık meclis muhayyerliği fasıllarında bu konuda net bir açıklama yapmamışlardır. Bununla birlikte bazı fakihlerin bu hususu açıkça ifade ettiği görülmektedir.⁷⁰⁸ Literatürde muhayyerliği sona erdiren durumlar, genellikle “tehâyür” (karşılıklı anlaşmaya dayalı olarak sonlandırma) ve “teferruk” (ayrılma) ile sınırlı olarak yer almıştır.⁷⁰⁹ Nevevî *Minhâcû't-tâlibîn* adlı eserinde, meclis muhayyerliğini sonlandıran durumları “tehâyür” ve “teferruk” olarak sınırlamıştır. Şirbînî, söz konusu eseri şerh etmek için kaleme aldığı *Muğni'l-muhtâc* adlı eserinde, az yukarıda Ebû Gudde'nin istisna edildiğini belirttiği meselenin, yani tarafların mecliste bedelleri kabz ettikten sonra aynı bedeller üzerinde tekrardan alım-satım yapmalarının, onların ilk akdi onayladıkları ve sözleşmenin bağlayıcılık niteliğini kazanmasına rıza gösterdikleri

⁷⁰⁶ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 203.

⁷⁰⁷ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 204-205.

⁷⁰⁸ El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 175.

⁷⁰⁹ Şirâzî, *el-Mühezzeb*, II, 4; Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 104; Gazzâlî, *el-Vecîz*, s. 300.

anlamına geldiğini belirtmektedir. Ancak o, meclis muhayyerliğini düşüren durumları sarîh ve zımnî olarak ikiye ayırmaksızın bu hususu vurgulamaktadır.⁷¹⁰

Heytemî (ö. 974/1567) ise *Tuhfetü'l-muhtâc* isimli şerhinde, muhayyerliği sona erdiren durumları sarîh ve zımnî olarak ayırmakta ve bahsi geçen olayı muhayyerliği zımnî olarak sona erdirmenin bir örneği olarak sunmaktadır. Ne var ki Heytemî, bu örneğin yazarın (yani Nevevî'nin) ifadesinin (metin) kapsadığı anlama (mefhum) yani muhayyerliği sona erdiren durumların çerçevesine dahil edilmesinin doğru olmadığını vurgulamaktadır. İbn Kâsım el-Abbâdî (ö. 994/1586), Heytemî'nin şerhine yazdığı haşiyede Heytemî'nin “*el-Îâb fî şerhi'l-'Ubâb*”⁷¹¹ isimli şerhinden şu ifadeleri aktarmaktadır:

Muhayyerliği sona erdiren durumları belirtilen iki duruma inhisar etmesinden alıcının satım konusu hayvana binmesinin (yani tasarrufta bulunmasının) muhayyerliği düşürmediği anlaşılmaktadır ki bu, konuya ilişkin iki vecihten biridir. Zira alıcı bu tasarrufu deneme (ihtibâr) amacıyla gerçekleştirmiş olabilir. Diğer bir veche göre ise söz konusu tasarruf nedeniyle muhayyerlik düşer. Tercih edilen birinci vecihtir. Dolayısıyla bu tür benzer tasarrufların muhayyerliği düşürmediği kabul edilir. Bu tarzda yapılan diğer tasarruflar bahsi geçen örneğe (hayvana binme) kıyaslanarak değerlendirilir.⁷¹²

Remlî (ö. 1004/1596) de *Nihâyetü'l-muhtâc* isimli şerhinde Heytemî gibi sarîh ve zımnî şeklinde bir ayrımı yapmakta ve benzer değerlendirmelerde bulunmaktadır. Şebrâmellisî (ö. 1087/1676), bu şerhe düştüğü haşiyesinde, tarafların mecliste bedelleri kabz ettikten sonra aynı bedeller üzerinde tekrardan alım-satım yapmaları örneğinin verilmesinin, aslında tek bir bedel üzerinde gerçekleştirilen alım-satımın, örneğin satıcının ilk akdın konusunu teşkil eden mebîn aynısını alıcıdan farklı bir bedel (semen) karşılığında geri satın almasının meclis muhayyerliğini sonlandırmayacağı görüşüne dayandığı tespiti yapmaktadır. Ancak Şebrâmellisî bu görüşü kabul etmemekte ve mecliste tarafların birlikte tek bedel üzerinde veya herhangi bir şekilde tasarrufta bulunmasının önceki akdın onaylanması anlamına geleceğini ve bu tasarruf işleminin muhayyerliği düşüreceğini düşünmektedir. Yani önceki sözleşmenin iki bedelinin mecliste karşılıklı alım-satımı gerekli değildir. Muhayyerliğin düşmesi ve sözleşmenin

⁷¹⁰ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 407.

⁷¹¹ Yazma halinde olan söz konusu esere erişim sağlanamamıştır.

⁷¹² Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, IV, 336-337.

onaylanmış olması için bir tarafın maliki olduğu bedel üzerinden tasarrufta bulunması, örneğin onu karşı tarafa satması yeterlidir.⁷¹³ Buna göre söz konusu olayda ilk akdin “iki bedel”i üzerinden bir anlatım yapılması, sadece örnek vermek amacıyla yapılan bir tasvir olarak değerlendirilmelidir.⁷¹⁴

Zekeriyya el-Ensârî (ö. 926/1520) de kendi muhtasarı *el-Menhec*’e yazdığı şerhte muhayyerliği düşüren durumları “tehâyür” ve “teferruk” olmak üzere iki durumla sınırlamıştır.⁷¹⁵ Söz konusu şerhe *el-Cemel* isimli haşiyeyi kaleme alan Süleyman el-Ezherî (ö. 1204/1790), az yukarıda alıntıladığımız ifadeleri aktardıktan sonra bu noktanın meclis muhayyerliği ile şart muhayyerliği arasındaki farklardan biri olduğunu vurgulamıştır. Şöyle ki şart muhayyerliğinde mebî‘de tasarrufta bulunma onay veya fesih anlamı taşımasına karşılık meclis muhayyerliğinde böyle bir durum söz konusu değildir.⁷¹⁶

Mebî‘de tasarrufta bulunmanın muhayyerliği düşürüp düşürmeyeceği konusunda Hanbelîler Şâfiîlerden farklı düşünmektedirler. Onlar bu konuda şart ve meclis muhayyerliği arasında bir ayrım yapmamışlardır. Hanbelî mezhebinde hâkim olan görüşe göre mebî‘de tasarrufta bulunmak çoğu durumda muhayyerliği düşürür. Çünkü muhayyerlik açık rıza beyanı ile sona erebileceği gibi dolaylı (*delâleten*) rızanı beyanı ile de sona erebilir. Alıcı mebî üzerinde köle azad etme, satma, hibe etme, vakfetme veya ihtiyaçtan dolayı hayvana binme gibi sadece ona malik olan kişinin yapabileceği bir tasarrufta bulunursa bu, onun akde rızası olduğunu gösterir ve böylece alıcının muhayyerliği sona erer. Eğer satıcı mebîde benzer bir tasarrufta bulunursa bu, onun akdin feshini tercih ettiği anlamına gelir. Çünkü onun mebîde tasarrufta bulunması feshi tercih anlamı taşır.⁷¹⁷

⁷¹³ El-Mevsûatü’l-fıkhiyyetü’l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 174.

⁷¹⁴ Remlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, IV, 7-8.

⁷¹⁵ Ensârî, *Fethü’l-vehhâb*, I, 199.

⁷¹⁶ Ezherî, *el-Cemel*, III, 106.

⁷¹⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 20. Ayrıca bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 24-26.

2.2.3. Vekilin Meclis Muhayyerliği

Şâfiî mezhebinde vekilin meclis muhayyerliğin geçerli olacağı konusunda bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Vekilin muhayyer olması durumunda müvekkilin muhayyerlik hakkı sona erer. Çünkü meclis muhayyerliği, sözleşmede taraf olan kişiye (âkid) taalluk eden bir haktır. Ancak vekilin vefat etmesi halinde muhayyerliğin müvekkile intikal edip etmeyeceği konusunda ihtilaf bulunmaktadır. Fakihler bu meseleyi (efendisi adına sözleşme yapan) mükâtep köle mecliste öldüğünde muhayyerliğin efendisine intikal edip etmeyeceği meselesine kıyas etmişlerdir ki el-esah olan vecih muhayyerliğin efendisine intikal etmesidir. İki mesele arasındaki benzerlik şudur: Efendisi mükâteb kölenin mülkiyetini miras yoluyla değil sözleşme yaparak elde ettiği gibi müvekkil de miras yoluyla değil vekilinin onun adına akit yapmasıyla mülkiyete sahip olmuştur.⁷¹⁸

Müvekkil mecliste hazır bulunup vekilin meclis muhayyerliği çerçevesindeki tasarruflarını kısıtlamaya (hacr) ve onu fesih ile onay beyanında bulunmaktan alıkoymaya kalkışırsa bu durumda Nevevî, Gazzâlî'nin *Basît* ile *Vasît*'deki ifadelerinden hareketle iki ihtimalin söz konusu olduğunu belirtir. Buna göre ya vekilin müvekkile tabi olması gerekir ve vekilin muhayyerliği düşer ki bu bir problem teşkil eder. Çünkü bu durumda muhayyerliğin müvekkile geri intikal etmesi gerekli olur. Halbuki muhayyerlik önceki sebebin yani vekilin akdetmiş olduğu satım sözleşmesinin bir gereği (*levâzım*) olarak var olmuştur. Ya da bahsi geçen nedenden dolayı vekilin müvekkile tabi olması gerekmez ve dolayısıyla muhayyerlik müvekkile geri intikal etmez. Bu durumda da vekalet akdinin gereğine aykırılık söz konusu olduğundan bir problem ortaya çıkar. Zira müvekkilin sözüne uygun hareket etmek vekalet akdinin muktezasındandır. Her ne kadar Gazzâlî'nin konuya dair ifadeleri bu meselede bir görüş ayrılığı olduğu yanılısamasına neden olsa da Nevevî, bu meselede bir ihtilafın olmadığını ve ikinci ihtimalin tercihe şayan olduğunu belirtir.⁷¹⁹

⁷¹⁸ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 184.

⁷¹⁹ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 210; Nevevî, *Ravzatü 't-tâlibîn*, III, 450.

2.3. Ayrılma Fiilinin Tahakkuku (Sürenin Sona Ermesi)

Meclis muhayyerliği, icaba karşılıklı ve mutabık olarak kabul beyanında bulunulduğu, yani akdin kuruluşunun tamamlandığı andan itibaren kazanılan ve geçerli olan bir haktır. Taraflar meclisten bedenleriyle ayrıldıklarında, bu hak sona erer ve sözleşme bağlayıcı hale gelir. İşaret etmek gerekir ki meclis muhayyerliği esasında tarafların iradesine bağlı olduğundan onun için muayyen bir süre belirlemek mümkün değildir. Tarafların sözleşmeye ilişkin düşünme ihtiyacı ve rağbetinin artmasıyla muhayyerlik süresi uzayabilirken bir tarafın diğer taraftan ayrılma veya ona seçim yapma teklifinde bulunma hususunda acele davranmasıyla bu süre kısalabilir. Dolayısıyla meclis muhayyerliğinin sona erme anı, “teferruk” (ayrılma) veya “tehayür”den oluşan iki durumla ilişkilendirildiği için objektif ve öngörülebilir (munzabıt) değildir. Çünkü her iki durumun da meydana gelme zamanı malum değildir. Bu bakımdan meclis muhayyerliği, belirli bir süre belirleme şeklinde gerçekleşen şart muhayyerliğinden farklılaşmaktadır.⁷²⁰

Meclis muhayyerliğini kabul eden fakihler, ayrılmanın meclis muhayyerliğini sonlandıran temel bir sebep olduğunda ittifak etmişlerdir.⁷²¹ Ancak ayrılma eyleminin tam olarak ne zaman gerçekleşmiş olarak kabul edileceği, başka bir deyişle ayrılmanın tanımlanması ve içeriğinin belirlenmesi konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Aşağıdaki alt başlıklarda öncelikle ayrılmanın yani muhayyerlik süresinin mahiyeti konusundaki tartışmalar ve sürenin sona ermesine ilişkin fer‘i meseleler detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Ardından meclis muhayyerliği ile şart muhayyerliğinin birlikte bulunduğu bir sözleşmede, şart muhayyerliğin başlangıç anı ile meclis muhayyerliğinin sona erdiği ana ilişkin görüşlere ve bu çerçevede bazı meselelere yer verilecektir.

2.3.1. Ayrılmanın (Muhayyerlik Meclisinin) Mahiyeti

Şâfiîlerin çoğunluğunun benimsediği el-esah olan veche göre taraflar mecliste bir yıl veya daha uzun bir süre kalsalar ya da hareket edip uzun mesafe birlikte yürüseler bile muhayyerlikleri “teferruk” (ayrılma) veya “tehayür” (karşılıklı anlaşmaya dayalı onay)

⁷²⁰ Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 149; El-Mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 172.

⁷²¹ Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 151; el-Mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 173.

gerçekleşmedikçe devam eder.⁷²² Bununla birlikte Horasan ekolü çizgisindeki bazı fakihlerin -örneğin Cüveynî ve Gazzâlî gibi- aktardığı zayıf bir veche göre meclis muhayyerliğinin azami süresi şart muhayyerliğinden daha uzun olmamak üzere üç günle sınırlıdır. Râfî'nin aktardığı üçüncü bir görüşe göre ise taraflar uzun bir süre boyunca farklı bir işle meşgul olurlar ve akit konusuyla ilgilenmekten kaçınırlarsa (*i'râz*) muhayyerlik sona erer.⁷²³ Bu üçüncü görüşü dikkate aldığımızda tarafların akit dışı bir işle meşgul olmaları meclis muhayyerliğini sona erdiren durumlardan biri olmaktadır. Bu durum meclis muhayyerliği süresinin ayrılma ve "tehâyür" durumlarının gerçekleşmesine kıyasla daha kısa olmasını sağlar. Çünkü bu görüşe göre muhayyerliğin devam etmesi ciddî bir şekilde akit yapma haline bağlanmıştır ki bu da genellikle çok kısa bir süreyle/anla sınırlı olur.⁷²⁴

Şâfî mezhebinde, aslında belirsiz bir nitelik taşıyan "ayrılma" olgusunun tanımı ve içeriği belirlenirken örfün temel alınacağı belirtilmiştir. Hanbelî mezhebinde de hâkim olan görüş budur. Çünkü bu konuda şer'î bir belirleme yapılmadığı gibi objektif bir kriter de ortaya koyulmamıştır. Şâri' ayrılma olgusuna bir hüküm bağlamış ancak bu olgunun mahiyetini açıklamamıştır. Bu durum kabz ve ihrâz meselelerinde olduğu gibi örfî uygulamanın dikkate alınması gerektiğine işaret eder.⁷²⁵ Ayrıca bir konuda şer'î ve lugavî olarak net bir sınır veya tanım mevcut değilse bu durumun belirlenmesinde örfe başvurulur. Dolayısıyla genel olarak insanlar tarafından "ayrılma" olarak kabul edilen durumlar akdi bağlayıcı kılan "ayrılma" olarak değerlendirilirken aksi durumlar ise "ayrılma" olarak kabul edilmez.⁷²⁶

Ayrılmanın kasten veya bilerek gerçekleşmesi şart değildir. Bir taraf unutarak veya bilmeden meclisten ayrılrsa ve bu esnada diğer taraf mecliste bulunmaya devam etse bile her iki tarafın muhayyerliği düşer ve akit bağlayıcı hale gelir. Çünkü "ayrılma",

⁷²² Bunu delili söz konusu hadiste yer alan ve umum belirten "taraflar ayrılmadıkça" şeklindeki ifadedir. Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 188. Buna göre birbirine yapışık olan iki kişi (örneğin yapışık ikizler) alım-satım yapsalar, ikisi birlikte veya sadece bir taraf akdin bağlayıcılığını tercih etmedikçe muhayyerlikleri devam eder. Bundan farklı olarak, bir veli (baba) kendi malını oğluna satsa veya oğlunun malını satın alsa, daha sonra meclisten ayrılrsa muhayyerlik sona erer. Çünkü veli aslında tek bir şahıstır ancak iki ayrı şahıs gibi kabul edilmiştir. Birbirine yapışık olan iki kişi ise bundan farklı olarak iki farklı şahıstırlar. Nitekim bu iki kişi annenin mirastaki payını üçte birden altıda bire indirir. Bu, onların iki ayrı şahıs olarak değerlendirildiklerini gösterir. Bkz. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 407.

⁷²³ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 180.

⁷²⁴ Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 150; el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, "Hıyâr", s. 172.

⁷²⁵ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 21; İbnü'r-Rif'a, *el-Kifâye*, VIII, 385; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 12.

⁷²⁶ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 180; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

tarafların onay vermesi durumundan farklı olarak bölünmeye elverişli olmayan bir durumdur.⁷²⁷

2.3.2. Sürenin Sona Ermesi

Bir önceki başlık altında “ayrılma” hususunda örfün kriter olarak esas alındığı belirtilmişti. Bu başlık altında ise farklı durumlara göre “ayrılma”nın örfî uygulamaları detaylı bir şekilde incelenecektir.

Taraflar, küçük bir mekânda -örneğin küçük bir evde, küçük bir mescitte veya küçük bir gemide- akit yapmış olsalar bir tarafın o mekândan çıkması veya oradan terasa/ çatıya/güverteye çıkması ayrılma olarak kabul edilir. Ancak eğer sözleşme büyük evde bir evde akdedilmişse bir tarafın odadan koridora geçmesi ya da koridordan odaya veya avluya geçmesiyle ayrılma gerçekleşmiş sayılır.⁷²⁸

Taraflar çölde, çarşıda, geniş bir alanda, (koridoru ve bir odası son derece geniş olan) oldukça geniş bir evde veya kilisede/sinagogda sözleşmeyi akdetmişlerse el-esah olan veche göre bir tarafın diğerine sırtını dönüp az bir mesafe yürüyüp uzaklaşmasıyla, diğer tarafın normal bir şekildeki hitabını duyabilecek bir mesafede olsa dahi ayrılma gerçekleşmiş sayılır.⁷²⁹ Mütevellî ile Rûyânî, İstahrî dışındaki tüm Şâfiî fakihlerin bu görüşü benimsediğini nakletmişlerdir. İstahrî’nin öne sürdüğü diğer bir veche göre ayrılmanın gerçekleşmiş kabul edilmesi için bir tarafın, diğer tarafın -bağırmaksızın- normal tondaki konuşma sesini duyamayacak kadar uzaklaşmış olması gerekmektedir. Şîrâzî ve hocası Kâdî Ebû Tayyib’in kesin bir şekilde savunduğu görüş budur.⁷³⁰ Bu görüşün delili “İbn Ömer bir şey satın aldığı anda alım-satımı bağlayıcı kılmak için birkaç adım yürür sonra geri dönerdi.”⁷³¹ hadisinin açık (zahir) delaletidir. Çünkü şâri‘ meclis muhayyerliğindeki ayrılma olgusunu bir açıklama yapmadan mutlak bir şekilde ifade etmiştir. Bu nedenle söz konusu ayrılmanın bilinen bir uygulamaya dayandırılması

⁷²⁷ Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 407; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 13.

⁷²⁸ Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, 180; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, III, 440; Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 408.

⁷²⁹ Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, 180-181; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, III, 440; Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 408.

⁷³⁰ Sivâr, bu tanıma dayalı olarak “ayrılma” konusunda iştirake kriterinin esas alındığını belirtir. Bkz. Sivâr, *eş-Şekl*, s. 150-151 (17. Dipnot). Evzâî “ayrılma”yı “bir tarafın, diğer tarafın onu göremeyeceği bir mesafe kadar uzaklaşmış olması” şeklinde tanımlamıştır. Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 238. Bu tanıma göre ise “ayrılma” konusunda görme kriteri esas alınmış olmaktadır. Bkz. Abdullâh, *Dirâse Mukârene*, s. 191.

⁷³¹ Söz konusu rivayet hakkında detaylı bilgi için tezin “İbn Ömer’in Uygulaması” başlığına bkz.

gerekmektedir ki bu da İbn Ömer'in bahsi geçen davranışında tezahür etmektedir.⁷³² Bu görüşe karşılık İbn Ömer'in söz konusu davranışının dönemin örfüne uygun olarak gerçekleştiği şeklinde bir yorum yapılmış ve dolayısıyla örfün kıstas olarak alınması gerektiği vurgulanmıştır.⁷³³

Taraflar birbirinden ayrılmaksızın aralarına bir perde ve benzeri bir bölme koyduklarında veya aralarında bir nehir yarıldığında meclis muhayyerliğinin düşmeyeceği noktasında görüş birliği vardır. Çünkü bu tür durumlar “ayrılma” olarak isimlendirilmez.⁷³⁴ Taraflar arasında duvar örülmesi şeklinde bir engel oluşturulduğunda el-esah olan veche göre aralarına perde konulmasında olduğu gibi ayrılma gerçekleşmiş sayılmaz. Çünkü taraflar fiziksel olarak ayrılmamışlardır ve meclis süreci işlemeye devam etmektedir.⁷³⁵ Şîrâzî, Begavî ve Râfîî'nin el-esah olarak kabul ettiği vecih budur. Mütevellî'nin ileri sürdüğü veche göre bu durumda muhayyerlik düşer. Çünkü ona göre bu durum “ayrılma” olarak isimlendirilir. Ancak Nevevî, Mütevellî'nin bu görüşünün sahîh olmadığını ifade etmektedir.⁷³⁶

Rûyânî, tarafların aralarına duvar veya benzeri bir engel konulması durumunda ayrılmanın gerçekleşmiş sayılmayacağını belirtmektedir. Çünkü taraflar fiziksel olarak ayrılmamışlardır ve bu durum tarafların gözlerini kapatmasına benzer ki tarafların gözlerini kapatmasıyla ayrılmanın gerçekleşmiş olduğu kabul edilmez. Ruyânî'nin babasından aktardığına göre duvar tarafların emriyle örülmüş olsa bile sahîh olan vecih, ayrılmanın gerçekleşmemiş olduğu yönündedir.⁷³⁷ Şîrbinî, fakihlerin ifadelerinin zahirinden duvarı tarafların örmesi veya tarafların talebiyle duvarın örülmesi durumları arasında bir fark olmadığını anlaşıldığını söylemektedir. Ancak Gazzâlî, tarafların talebiyle örülmesi durumunda ayrılmanın gerçekleşmiş olacağını belirtmiştir.⁷³⁸

⁷³² Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 4; Ahmed b. Hanbel' e bedenler ile ayrılma hakkında soru sorulmuş, o da “bir taraf bunu diğer taraf şunu aldığı anda ayrılmış olurlar” cevabını vermiştir. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 13-14.

⁷³³ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 181.

⁷³⁴ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 4; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 13.

⁷³⁵ Şîrbinî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

⁷³⁶ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 181.

⁷³⁷ Ayrıca o, tarafların arasına bir perde sarkıtılsa ayrılmanın gerçekleşmeyeceği, ancak aralarına bir duvar örülmesi durumunda ayrılmanın gerçekleşeceği şeklinde zayıf bir vecih aktarmış ve bu vechin kayda değer olmadığını belirtmiştir. Bkz. Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 181.

⁷³⁸ Şîrbinî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

Hakikî meclis birliğinin olmadığı durumda birbirinden uzakta olan taraflar, uzak mesafeden bağırma (münâdâ) yoluyla icap ve kabulde bulunarak satım akdini gerçekleştirebilirler eğer irade beyanları arasında zaman birliği bulunuyorsa bu satım akdi tartışmasız bir şekilde geçerli kabul edilir. Bu durumda tarafların çölde veya geniş bir alanda olmaları ya da bir evin iki ayrı odasında veya birinin koridorda diğerinin avluda bulunmaları, hüküm açısından aynıdır. Mütevellî bu hususu açıkça ifade etmiştir. Bu şekilde yapılan bir akitte, meclis muhayyerliğinin geçerliliğine ilişkin olarak iki ihtimal söz konusudur. Birinci ihtimale göre meclis muhayyerliği geçerli değildir ve tarafların muhayyerlik hakları bulunmaktadır. Çünkü taraflar, birbirlerinden ayrı bulundukları bir halde sözleşmeyi akdetmişlerdir. Bu durum muhayyerliğin geçerliliğine engel teşkil eder. Zira sonradan meydana gelen ayrılma durumu muhayyerliği sona erdirirken akit ile eşzamanlı (*mukârin*) olarak gerçekleşen ayrılma ise muhayyerlik hakkının kazanılmasına (*sübût*) mâni olur.⁷³⁹

Diğer bir ihtimale göre ise her bir taraf sözleşmeyi akdettiği mekânda bulunduğu müddetçe muhayyerdir.⁷⁴⁰ Bir taraf bulunduğu mekândan ayrılırsa onun muhayyerliği sona erer. Bu durumda mekânını terk etmeyen tarafın muhayyerliğine ilişkin iki vecih bulunmaktadır.⁷⁴¹ Bir veche göre ilk ayrılan tarafın muhayyerliğinin düşmesiyle birlikte diğer tarafın da düştüğü kabul edilirken diğer bir veche göre ise bulunduğu mekânı terk edene kadar karşı tarafın muhayyerliği devam eder. Mütevellî, tarafların bulundukları mekânda kaldıkları sürece muhayyer olacaklarını, ancak bir tarafın bulunduğu mekânı terk edip diğer taraf onunla beraber hakikî akit meclisinde bulunmuş olsaydı ayrılma olarak kabul edilecek kadar bir mesafe uzaklaşması durumunda ayrılmanın gerçekleşmiş sayılacağını ve iki tarafın da muhayyerliğinin düşeceğini kesin bir şekilde belirtmiştir. Şîrbînî, İbnü'r-Rif'a'nın (ö. 710/1310) “bir tarafın diğer tarafın yanına gitmeyi amaçlamadığı durumda ayrılmanın gerçekleşmiş sayılacağı, ancak diğer tarafın yanına ulaşmayı amaçladığı takdirde muhayyerliğin kesinlikle devam edeceği” şeklindeki görüşünün zahir bir vecih olmadığını söylemektedir.⁷⁴² Nevevî, bu şekilde yapılan bir satım sözleşmesinde tarafların muhayyer olduğunu, bir tarafın bulunduğu mekânı terk

⁷³⁹ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 22; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 181; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

⁷⁴⁰ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

⁷⁴¹ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 22.

⁷⁴² Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

etmesiyle ayrılmanın gerçekleşmiş sayılacağını ve böylece her iki tarafın muhayyerliğinin sona ereceğini belirten vechin el-esah olduğunu ifade etmektedir.⁷⁴³

2.3.3. Şart Muhayyerliği ile Meclis Muhayyerliğinin Birlikte Bulunması

Bir sözleşmede meclis muhayyerliğiyle şart muhayyerliğinin birlikte bulunması durumunda şart muhayyerliği süresinin ne zaman başlayacağı konusunda iki vecih vardır. Fakihlerin hemen hepsinin benimsediği el-esah olan veche göre şart muhayyerliği akit anından itibaren başlar. Çünkü şart muhayyerliği akde ilave edilen bir süredir. Vadeli sözleşmede olduğu gibi akit anından itibaren başlaması gerekir. Ayrıca eğer ayrılma anından itibaren başlatılacak olursa muhayyerliğin başlangıç anı belirsiz olur. Çünkü tarafların ne zaman ayrılacağı belli değildir.⁷⁴⁴ Zayıf bir veche göre şart muhayyerliğinin süresi meclis muhayyerliğinin ayrılma veya tercih beyanıyla sona erdiği andan itibaren başlar. Çünkü ayrılma öncesinde şer‘an geçerli olan bir muhayyerlik vardır. Bu esnada şart koşulan muhayyerlik geçerli olmaz.⁷⁴⁵ Rûyânî, İbnü’l-Merzûbân ve İbnü’l-Kattân’a ait olan bu vechin kayda değer bir görüş olmadığını ifade etmiştir.⁷⁴⁶ Maverdî ise bu vecihi Şâfiîlerin çoğunluğuna isnat etmiştir. Bu görüşün gerekçesi şudur: Muhayyerliği şart koşan taraf, bununla sözleşmeye meclis muhayyerliğinin süresine ilave olarak bir süre eklemek istemektedir. Buna göre akitten sonra ve meclis muhayyerliğinin devam ettiği esnada şart muhayyerliği sözleşmeye eklenirse ve bunun geçerli olduğu söylenirse -ki el-esah olan vecih budur- ikinci veche göre hükümde değişen bir durum olmaz. Birinci veche göre ise şart muhayyerliğin süresi akit anından değil muhayyerliğin şart koşulduğu andan itibaren hesaplanır.⁷⁴⁷

Akit anından itibaren başlayacağı vechine göre eğer taraflar ayrılma anından itibaren başlayacağını şart koşarsa akit batıl olur. Çünkü meclis muhayyerliğinin başlangıç anı meçhuldür ve bu, şart muhayyerliğinin üç günden fazla olmasına yol açar.⁷⁴⁸ El-mezheb olan vecih budur. Ayrılma anından başlayacağı vechine göre taraflar akit

⁷⁴³ Nevevî, *el-Mecmû‘*, IX, 181; Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn*, III, 440.

⁷⁴⁴ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 5-6; Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 421.

⁷⁴⁵ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 6.

⁷⁴⁶ Nevevî, *el-Mecmû‘*, IX, 198.

⁷⁴⁷ Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, II, 421.

⁷⁴⁸ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 6.

anından başlamasını şart koşarlarsa iki vecih vardır. Birinci veche göre satım akdi batıl olur. Çünkü bu, akdin muktezasına aykırı bir şarttır ve onu batıl kılar. El-esah olan veche göre ise satım akdi geçerlidir. Çünkü bu durumda muhayyerliğin başlangıç anı belirli hale gelir.⁷⁴⁹

Akit anından itibaren başlayacağı vechine göre şart muhayyerliğinin süresi dolduğu halde taraflar beraber/mecliste iseler şart muhayyerliği sona ererken meclis muhayyerliği devam eder. Eğer şart muhayyerliğinin süresi işlerken taraflar ayrılmışlarsa bu durumda aksi hüküm geçerli olur. Yani meclis muhayyerliği sona ererken şart muhayyerliği devam eder. Taraflar muhayyerliklerden birini düşürürlerse söz konusu muhayyerlik düşerken diğer muhayyerlik devam eder. Ancak eğer taraflar “Akdi bağlayıcı kıldık.” veya “Muhayyerliği düşürdük.” şeklinde beyanda bulunurlarsa iki muhayyerlik birden düşer ve akit bağlayıcı hale gelir.⁷⁵⁰

Ayrılma anından itibaren başlayacağı vechine göre taraflar ayrıldığında meclis muhayyerliği sona ererken şart muhayyerliğinin süresi işlemeye başlar. Eğer ayrılmadan önce muhayyerliği düşürürlerse meclis muhayyerliği düşer. Şart muhayyerliğine ilişkin iki vecih vardır: Bir veche göre şart muhayyerliği düşer. Çünkü iki muhayyerlik de aynı kategoride yer alan muhayyerliklerdir ve aynı amacı taşırlar. El-esah olan veche göre ise şart muhayyerliği düşmez. Çünkü şart muhayyerliği henüz geçerli olmamıştır.⁷⁵¹

Eğer taraflar şart muhayyerliğinin akitten sonra ancak ayrılmadan önce başlayacağını şart koşsalar bahsi geçen görüş ayrılığına bağlı olarak değerlendirme yapılır. Ayrılma anından itibaren başlayacağını belirten veche göre bu durumda da ayrılma anından itibaren başlar. Akit anından itibaren başlayacağı vechine göre ise şart muhayyerliğinin süresi ne akit ne ayrılma anından, muhayyerliğin şart koşulduğu andan itibaren başlar.⁷⁵²

Bir taraf hem meclis muhayyerliği hem de şart muhayyerliğine sahip olduğunda mülkiyetin intikali ile ilgili olarak hangi muhayyerliğin esas alınacağı konusunda görüş ayrılığı vardır. Bu durumda meclis muhayyerliği şart muhayyerliğine öncelenip mebîn mülkiyeti askıda mı kalır yoksa şart muhayyerliği öncelenip mebîn mülkiyeti

⁷⁴⁹ Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, II, 6; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 199.

⁷⁵⁰ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 199; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 421.

⁷⁵¹ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 199.

⁷⁵² Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 199.

muhayyerliğı şart koşan tarafa mı ait olur? Şirbînî, zâhir olan ve (hocası) Zekerıyyâ Ensarî'nin ifade ettiğı veche göre meclis muhayyerliğinin esas alınacağı belirtir. Çünkü meclis muhayyerliğı hakkı -Nevevî ve Râfî'nin de belirttiğı gibi- şart muhayyerliğine göre daha çabuk ve öncelikli olarak kazanılır (*sübût*) ve genellikle daha kısa sürer. Zerkeşî (ö. 794/1392) ise "icmâ ile sabit olduğı" gerekçesiyle şart muhayyerliğinin esas alınmasının zâhir vecih olduğunu söylemiştir. Taraflardan birinin akdi bağlayıcı kılmasıyla sadece bir tarafın meclis muhayyerliğı hakkının kalması ve akdi bağlayıcı kılan tarafın aynı zamanda şart muhayyerliğine sahip olması durumunda da benzer bir görüş ayrılığı söz konusu olur.⁷⁵³

2.4. Tarafların Anlaşmazlığa Düşmesi

Tarafların, ayrılmanın ve fesih işleminin gerçekleşip gerçekleşmediğı konusunda anlaşmazlığa düşmeleri mümkündür. Kural olarak taraflar ayrılığın gerçekleşip gerçekleşmediğı konusunda anlaşmazlığa düşerlerse asıl olan ayrılığın gerçekleşmemiş olduğudur. Ayrılığın gerçekleştiğı iddiasında bulunan taraftan bu iddiasını ispat etmesi istenir. Benzer şekilde fesih beyanında bulunup bulunmadığı noktasında anlaşmazlığa düşülürse asıl olan fesih bildiriminde bulunulmamış olduğudur.⁷⁵⁴ Bu bağlamda bazı örnek olaylara yer verilecektir:

Taraflar birlikte kadının huzuruna gelir; biri ayrılığın gerçekleştiğini ve akdin bağlayıcı hale geldiğini iddia ederken diğeri ayrılmanın gerçekleştiğı iddiasını reddederek akdi feshetmek isterse yemin etmesi koşuluyla ayrılmanın gerçekleştiğini inkâr eden tarafın beyanı esas alınır. Çünkü asıl olan birlikteliğın (ictimâ') devam etmesidir. Aksini iddiada eden taraf bu hususu ispat yükü altındadır.⁷⁵⁵

Taraflar ayrılığın gerçekleştiğinde ittifak etmekle birlikte biri ayrılmanın gerçekleşmesinden önce sözleşmeyi feshettiğini iddia ederken diğeri bunu inkâr ederse bu meselede iki vecih bulunmaktadır. Sahih olan veche göre yemin etmesi şartıyla iddiayı reddeden tarafın beyanı esas alınır. Çünkü asıl olan feshin gerçekleşmemiş olmasıdır.

⁷⁵³ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 422.

⁷⁵⁴ Râfî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 308.

⁷⁵⁵ Râfî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 308-309; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 183; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 444; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 409.

Aksini iddiada eden taraf bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Diğer veche göre ise fesih iddiasında bulunan tarafın beyanı esas alınır. Çünkü o, kendi tasarrufunu daha iyi bilir.⁷⁵⁶

Taraflar, ayrılığın gerçekleşmediği konusunda ittifak etmekte olup bir taraf fesih iddiasında bulunurken diğer taraf bunu inkâr ederse fesih iddiasında bulunan tarafın beyanı esas alınır.⁷⁵⁷

Taraflardan biri sözleşmeyi feshetmek isteğinde diğer taraf önceden akde onay verdiğini iddia eder ve feshetmek isteyen taraf bu iddiayı inkâr ederse yemin etmesi şartıyla inkâr eden tarafın beyanı esas alınır. Çünkü asıl olan onayın gerçekleşmemiş olmasıdır.⁷⁵⁸

Bir tarafın ayrılık gerçekleşmeden önce sözleşmeyi feshettiği iddiasına karşılık diğer taraf feshin ayrılıktan sonra gerçekleştiğini iddia ederse bu meselede dört vecih bulunmaktadır: Birinci veche göre satıcının doğru söylediği kabul edilir; ikinci veche göre alıcının doğru söylediği kabul edilir; üçüncü veche göre ise iddiası önce olan tarafın beyanı esas alınır. Dördüncü veche göre ise akdi feshettiğini iddia ettiği zaman için ayrılmadan önce feshettiğini iddia eden tarafın beyanı; ayrılığın gerçekleştiği an için ise fesih işleminin ayrılıktan sonra gerçekleştiğini iddia eden tarafın beyanı esas alınır.⁷⁵⁹

Taraflar onayı veya feshi açıkça belirtmeksizin “Tercih ettik.” (*tehâyernâ*) gibi sarih olmayan bir beyanda bulunurlarsa bu bildirim feshe ve onaya muhtemel olur. Bu durumda yemin etmesi şartıyla fesih iddiasında bulunanın beyanı esas alınır.⁷⁶⁰

2.5. Meclis Muhayyerliğini Sonlandırmak için Kaçarak Uzaklaşma

Taraflardan biri kaçarak uzaklaştığında ve diğer taraf onu takip etmediğinde Fûrânî, Mütevellî ve Ebü'l-Mekârim er-Rûyânî'nin aralarında bulunduğu fakihlerin çoğuna göre mutlak olarak yani diğer tarafın yakalama imkânına sahip olup olmadığına bakılmaksızın her iki tarafın da muhayyerliği sona erer ve akit bağlayıcı hale gelir. Begavî ve Râfiî bu

⁷⁵⁶ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 308; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 183; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 444; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 409.

⁷⁵⁷ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 309; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 183; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 444; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 409.

⁷⁵⁸ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 183; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 444.

⁷⁵⁹ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 183.

⁷⁶⁰ Ezherî, *el-Cemel*, III, 106.

meseleyi detaylandırmışlardır. Buna göre eğer diğer taraf, kaçarak uzaklaşan tarafın peşinden gitme imkanına sahip olmasına rağmen gitmezse muhayyerlikleri sona erer. Çünkü geride kalan taraf, kaçan tarafı takip edip yetişebilseydi kaçan taraf ayrılamazdı. Dolayısıyla onun peşinden gitmekten geri durması, ayrılmaya rıza gösterdiği anlamına gelir. Ancak eğer geride kalan tarafın kaçan tarafı takip etme imkânı yoksa sadece kaçan tarafın muhayyerliği hükümsüz olur.⁷⁶¹

Nevevî, çoğunluğun görüşünün el-esah olduğunu vurgular. Çünkü geride kalan taraf, akdi sözlü olarak feshetme imkanına sahiptir ve kaçan taraf da kendi seçimiyle (ihtiyâr) meclisten ayrılmıştır. Bu durum normal bir şekilde yürüyerek ayrılan tarafın durumuyla benzerlik gösterir. Ayrıca bu, ayrılmaya zorlanan bir kişinin durumundan farklıdır. Çünkü zorlanan kişi ikrah altında olduğundan kendi eylemi olmaksızın ayrılmıştır. Bu nedenle sanki ayrılmamış gibi değerlendirilir. Buna göre geride kalan taraf, sözleşmeyi sözlü olarak feshetme imkanına sahip değilse bu imkân ortaya çıkana kadar muhayyerliği devam eder.⁷⁶² Hanbelî mezhebinde de hâkim olan görüşe göre bu durumda akit her iki taraf için bağlayıcı hale gelir. Çünkü akdin bağlayıcı hale gelmesi tarafların rızasına bağlı değildir. Bu nedenle İbn Ömer akdi bağlayıcı kılmak için diğer taraftan ayrılmayı sakıncalı görmezdi.⁷⁶³

Şayet diğer taraf kaçarak uzaklaşan tarafı takip ederse birbirlerine yakın bulundukları sürece muhayyerlikleri devam eder. Ancak ayrılma olarak kabul edilecek kadar mesafe birbirlerinden uzaklaşırlarsa muhayyerlikleri sona erer. Nevevî bu görüşü Mütevellî'den nakletmiş ve onaylamıştır.⁷⁶⁴ Gazzâlî'nin *Basît*'teki şu ifadesi söz konusu uzaklaşmanın niteliğini ve sınırını belirlemektedir: “Örfî olarak (adeten) ayrılmanın gerçekleşeceği kabul edilen bir mesafeye kadar uzaklaşmadan önce bir tarafın diğer tarafa yetişmesi durumunda muhayyerlik devam eder. Aksi takdirde yetişmesinin bir etkisi olmaz.” Şirbînî, İbnü'r-Rif'a'nın bu bağlamda Kadı Hüseyin'den aktardığı; ayrılmanın gerçekleşmiş kabul edilmesi için “iki saf mesafesi” nden fazla uzaklaşmış olması kriterinin de bu konuda örfün dikkate alındığı şeklinde yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır.⁷⁶⁵

⁷⁶¹ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 182.

⁷⁶² Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 183; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 407.

⁷⁶³ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 13.

⁷⁶⁴ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 183; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

⁷⁶⁵ İbnü'r-Rif'a, *el-Kifâye*, VIII, 386; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

2.6. Mebûin Telef Olması

Muhayyerlik esnasında mebûin sırf telef olmasıyla muhayyerliğin düşmesi sonucu meydana gelmez. Bu durumda mebûin kimin elinde bulunduğu (teslimin gerçekleşip gerçekleşmediği), itlafın kim tarafından gerçekleştirildiği veya nasıl gerçekleştiği ve mülkiyetin kime ait olduğu hususları dikkate alınır. Hanbelî mezhebinde bunlara ilave olarak mebûin mislî veya kıyemî bir mal olup olmadığına bakılır.

2.6.1. Teslimden Önce Telef

Eğer alıcı, mebûi teslim almadan önce (satıcının elindeyken) itlaf ederse bu durum mebûin kabz edilmesi olarak değerlendirilir. Yani mebûi, teslim alındıktan sonra telef olmuş gibi kabul edilir. Diğer yandan satıcının mebûi teslim etmeden önce (kendi elindeyken) itlaf etmesi halinde mesele mülkiyetin kimde olduğuna bağlı olarak ele alınır. Mülkiyetin satıcıya ait olduğu kabul edilirse akit infisah etmiş olur. Mülkiyetin alıcıda olduğu varsayıldığında ise akdin infisahı ile ilgili iki farklı kavil bulunmaktadır. Sözleşmenin infisah etmediği kavline göre satıcının muhayyerliği düşer. Bu durumda alıcının muhayyerliğine ilişkin iki vecih mevcuttur. Eğer alıcının muhayyerliğinin düşmediği kabul edilirse ve o da akdi feshederse bu fesih geçerli olur. Eğer alıcı akdi onaylarsa satıcıdan mebûin kıymetini ve -ödemişse- semeni talep etme hakkı doğar.⁷⁶⁶ Eğer mebûi, kabzedilmeden önce irade dışı bir sebep (semavî afet) dolayısıyla telef olursa satım akdi kesinlikle infisah eder.⁷⁶⁷

2.6.2. Teslimden Sonra Telef

Mebûi alıcı tarafından teslim alındıktan sonra (alıcının elindeyken) itlaf meydana gelirse Irak ekolü çizgisindeki fakihler, mülkiyetin kimde olduğuna ve itlafın meydana gelme niteliğine bakılmaksızın muhayyerliğin düşmediği ve muhayyer tarafın akdi feshetme ve onaylama hakkının devam ettiği görüşündedirler. Çünkü muhayyerliğe duyulan ihtiyaç

⁷⁶⁶ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 220.

⁷⁶⁷ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 320; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 220.

henüz ortadan kalkmamıştır.⁷⁶⁸ Horasan ekolü çizgisindeki Şâfiî fakihler ise bu durumda mülkiyetin kime ait olduğunun dikkate alınması gerektiğini ileri sürerler. Mülkiyetin satıcıda olduğu vechi kabul edilirse mebî telef olmuş gibi satım akdi infisah eder. Ancak mülkiyetin alıcıda olduğu veya mevkuf olduğu vechi benimsenirse, mesele telefin kaynağına/meydana geliş sebebine bağlı olarak ele alınır.⁷⁶⁹

Bu bağlamda telefe sebep olan üçüncü bir kişi ise bu telefin irade dışı bir etkenle (semâvî afet) gerçekleştiği kabul edilir. Ancak teslim sonrası irade dışı bir faktörle meydana gelen telef olayının sözleşmenin infisahına yol açıp açmadığına ilişkin -az sonra değinilecek olan- görüş ayrılığı söz konusudur. Söz konusu görüşler çerçevesinde akdin infisah ettiği vechi kabul edilirse bu durum, teslimden önce üçüncü kişinin mebî itlaf etmesi gibi kabul edilir. Sözleşmenin infisah etmediği vechi kabul edilmesi halinde -ki Nevevî bu vechin el-esah olduğunu belirtir- muhayyerlik devam eder ancak üçüncü kişinin bedeli mislî ise misliyle, kıyemî ise değeriyle tazmin etmesi gerekir. Eğer sözleşme onayla veya ayrılmanın gerçekleşmesiyle tamamlanırsa bedel alıcının, aksi takdirde satıcının olur. Mebî alıcı tarafından itlaf edilmişse semenin ödenmesi artık kesinleşmiş olur. Mebî itlaf eden satıcı ise bu durum, söz konusu itlafın irade dışı bir neden dolayısıyla telef olma gibi mi, yoksa üçüncü bir kişinin itlaf etmesi gibi mi kabul edileceğine dair olan ihtilafa bağlı olarak ele alınır.⁷⁷⁰

Telef olayı, teslimden sonra irade dışı bir nedenden dolayı gerçekleşirse bu durum mülkiyetin kimde olduğuna bağlı olarak ele alınır. Mülkiyetin satıcıya ait olduğu vechine göre satım akdi infisah eder. Çünkü satıcının elindeyken mebî telef olduğunda sözleşmenin infisah ettiği kabul edilir. Mebîin satıcının mülkiyetinde iken telef olması halinde de aynı hükmün evleviyetle geçerli olması gerekir. Bu durumda alıcının ödediği semeni geri talep etme hakkı ve mebîin bedelini mislî ise misliyle, kıyemî ise değeriyle tazmin etme yükümlülüğü doğar.⁷⁷¹ Bir grup Şâfiî fakih, mülkiyetin satıcıya ait olduğu görüşü kabul edildiğinde akdin infisah etmeyeceğini kesin bir şekilde vurgulamıştır. Nevevî, Şîrâzî'nin ifadelerinin zahirinden onun da bu görüşü benimsediğinin anlaşıldığını ifade etmektedir.⁷⁷² Cüveynî, bu görüşü savunanların muhayyerlik süresi doluncaya kadar

⁷⁶⁸ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 9.

⁷⁶⁹ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 219-220.

⁷⁷⁰ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 220.

⁷⁷¹ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 320; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 220.

⁷⁷² Bkz. Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 9.

sözleşmenin infisah etmeyeceğine, satıcının semeni iade etmesi ve alıcının mebûin kıymetini tazmin etmesi gerektiğine dair birçok fer'î meseleleri ele aldıklarını, ancak bu görüşün açık bir şekilde hatalı olduğunu vurgular.⁷⁷³

Mülkiyetinin alıcıya ait olduğu veya mevkuf olduğu kabul edilirse iki farklı kavil/vecih söz konusu olmaktadır. El-esah olan kavle/veche göre akit münfesihi olmaz. Çünkü teslimin gerçekleşmesiyle tazmin sorumluluğu alıcıya geçmiştir ve ayıp muhayyerliğinde olduğu gibi fesih yetkisinin bulunması bir etki meydana getirmez. Sözleşmenin infisah etmediği kavli/vechi çerçevesinde muhayyerliğin durumuna ilişkin iki vecih bulunmaktadır. Bir veche göre ayıp muhayyerliğinde olduğu gibi mebûin telef olmasıyla muhayyerlik düşer. Dolayısıyla sözleşme kesinleşir ve semenin ödenmesi gerekli olur. El-esah olan veche göre ise muhayyerlik devam eder. Çünkü ayıp muhayyerliğinde zararın erş aracılığıyla telafi edilmesi söz konusu olduğundan buradaki durum ayıp muhayyerliğinden farklılık gösterir. Bu vecih bağlamında akit onayla veya ayrılmanın gerçekleşmesiyle tamamlanırsa alıcının semenin ödemesi gerekli olur. Aksi takdirde alıcının mebûin kıymetini tazmin etme, satıcının ise semeni iade etme borcu doğar. Eğer taraflar kıymetin belirlenmesinde anlaşmazlığa düşerlerse yemin etmesi şartıyla alıcının beyanı esas alınır.⁷⁷⁴

Diğer bir kavle/veche göre ise akit kesinleşmeden önce telef (helak) gerçekleştiği için sözleşme infisah eder ve alıcı mebûin kıymetini tazmin etmekle yükümlü olur. Cüveynî, telefon meydana geldiği günkü değerin esas alınması gerektiğini kesin bir şekilde ifade eder. Çünkü mebû telef olmadan önce alıcının mülkiyetinde idi. Bu durumda mülkiyetin itlaf gerçekleşmeden hemen önce alıcıya intikal etmiş olduğu varsayılır.⁷⁷⁵

2.6.3. Mebû'de Kısmî Telefon Meydana Gelmesi

Mebû kabzedildikten sonra bir kısmının telef olması durumunda (örneğin, iki köle satın alınıp teslim gerçekleştikten sonra birinin ölmesi gibi), eksilen kısım ile ilgili olarak sözleşmenin infisah edip etmediği konusunda yukarıda bahsi geçen görüş ayrılıkları geçerlidir. Eğer telef olan kısım bağlamında akdin infisah ettiği vechi kabul edilirse kalan

⁷⁷³ Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, II, 9; Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 320; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 221;

⁷⁷⁴ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 320; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 220-221; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 453-454.

⁷⁷⁵ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 320; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 220.

kısım hakkında safkanın bölünmesine ilişkin meseleler gündeme gelir. Söz konusu kısma ilişkin olarak akdin infisah etmediği vechi kabul edildiği takdirde, eğer alıcı şart muhayyerliğiyle satın aldıysa ve kalan kısmın (örneğin kölelerden birinin) geri verilmesinin caiz olduğu ileri sürülürse alıcının kalan kısımda muhayyerliği devam eder. Aksi takdirde kalan kısımda muhayyerliğin durumuna dair iki vecih vardır. Kalan kısımda muhayyerliğin devam ettiği kabul edilen veche göre eğer sözleşme feshedilirse alıcı telef olan kısmın değerini tazmin ederek mebûi iade etmekle yükümlüdür.⁷⁷⁶

2.6.4. Mebûin Satıcıya Emanet (Vedâ) Olarak Verilmesi Sonrası Telef

Eğer alıcı, mebûi teslim aldıktan sonra satıcıya vedâ (emanet) olarak bırakır ve mebûi satıcının elinde telef olursa bu durumda mebûi alıcının elinde telef olmuş gibi değerlendirilir. Muhayyerlik esnasında mülkiyetin satıcıda olduğu kabul edilse bile satım akdi infisah eder; alıcının -ödemişse- semenin iadesini talep etme hakkı ile mebûin değerini tazmin etme borcu doğar. El-mezhep olan görüş budur. Cüveynî, mülkiyetin satıcıya ait olduğu görüşü çerçevesinde, telef olayının malikin (satıcı) yeniden zilyetliğe kavuşması sonrası gerçekleşmiş olması dolayısıyla kıymeti tazmin borcunun düşeceğine ilişkin bir ihtimali gündeme getirmiştir.⁷⁷⁷ Kadı Hüseyin, Şâfiî'nin konuya ilişkin açık ifadelerine (nas) dayanarak alıcının kıymeti tazmin etmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Ebû Tayyib et-Taberî, söz konusu hükümlerin mülkiyetin alıcıda olduğu vechi kabul edildiği takdirde geçerli olacağını vurgulamıştır. Bu veche göre mebûi alıcının elinde telef olmuş sayılır. Çünkü emaneti elinde bulunduranın (*müstevda*) zilyetliği, hükmî olarak emaneti verenin (*mûdî*) zilyetliği gibi kabul edilir. Ayrıca Taberî, mebûin satıcının elinde telef olması halinde sözleşmenin infisah etmeyeceğine dair bir kavlin bulunduğu da değinmiştir.⁷⁷⁸

Hanbelî mezhebinde muhayyerlik esnasında mebûin telef olması halinde malın mislî veya kıyemî olup olmadığı da dikkate alınır. Mislî mallarda kural olarak teslimden önce tazmin sorumluluğu satıcıya, teslimden sonra ise alıcıya aittir. Mislî malın teslimden

⁷⁷⁶ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 321; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 221. (Râfiî'de bu mesele "kabz öncesi" olarak geçer.)

⁷⁷⁷ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 321; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 221.

⁷⁷⁸ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 221.

önce (satıcı tarafından) itlaf edilmesi halinde sözleşmenin infisah edeceği ve satıcının malından telef olmuş olacağı konusunda görüş ayrılığı yoktur. Ancak itlaf eden alıcı ise muhayyerliği düşer ve tazmin sorumluluğu ona ait olur. Bu durumda satıcının muhayyerliğine ilişkin iki görüş (rivâyet) vardır. Eğer mislî mal teslimden sonra telef olursa alıcının muhayyerliği sona erer ve tazmin sorumluluğu ona ait olur. Bu durumda bir görüş satıcının muhayyerliğinin düşeceğini savunurken diğer bir görüş satıcının sözleşmeyi feshederek mebûin mislîni veya kıymetini talep etme hakkının devam ettiğini ileri sürer. Kıyemî mallarda ise teslimden sonra ve -satıcı, alıcıyı mebûi teslim almaktan alıkoymamışsa- teslim öncesi tazmin sorumluluğu alıcıya aittir. Bu durumda itlafın teslim sonrası meydana geldiği kabul edilir.⁷⁷⁹

2.7. Ehliyet Engeli

Bu başlık altında ehliyet engellerinin meclis muhayyerliği üzerindeki etkileri incelenecektir. Fıkıh usûlü literatüründe, ehliyet arızalarının kapsamını teknik olarak sınırlı tutanlar olduğu gibi bu kapsamı geniş olarak ele alanlar da mevcuttur. Örneğin kimi usul bilginlerine göre ikrah ve ölüm bir ehliyet arızası olarak görülmezken diğerleri bunları bir ehliyet engeli olarak değerlendirirler. Bu çerçevede burada tasnif açısından daha uygun görüldüğü için ehliyet arızaları geniş kapsamıyla ele alınacaktır. Dolayısıyla ikrah ile ölüm bir ehliyet arızası olarak görülüp bu başlık altında incelenecektir.

2.7.1. Akıl Hastalığı, Baygınlık ve Uyku

Muhayyerlik esnasında taraflardan biri mecliste akıl sağlını kaybeder veya baygınlık geçirirse⁷⁸⁰ söz konusu tarafın muhayyerliği işlerini idare eden velisine geçer. Bu velî, hâkim veya hâkimin yetkilendirdiği birisi olabilir. Hukukî temsilci, muhayyer tarafın

⁷⁷⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 18.

⁷⁸⁰ Çünkü bu durumda “aklın ayrılması” (müfarekatü'l-akl) söz konusudur ve bu “mekândan ayrılma” dan (müfarekatü'k-mekân) veya fiziksel/somut (şahs) ayrılmadan daha öncelikli olarak ayrılma anlamını taşır. Bkz. Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408. Ayrıca bkz. Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 104-106.

fesih veya onaylama hakkını kullanma yetkisine sahip olarak tasarrufta bulunabilir. El-mezheb olan görüş budur.⁷⁸¹ Hanbelî mezhebinde de kabul edilen görüş bu şekildedir.⁷⁸²

Hâkim tarafından akıl sağlığını kaybeden veya baygınlık geçiren tarafı temsilen yetkilendirilen temsilci (kayyım) muhayyerlik yetkisini kullandıktan sonra ehliyet kaybı yaşayan taraf iyileşip eski haline döner ve kendisi için daha yararlı olanın temsilcinin tasarrufundan farklı olan olduğunu iddiasında bulunursa hâkim olayı inceler. Eğer ayılan tarafın dediği doğruysa ona tekrar fesih ve onayda bulunma imkânı tanır ve temsilcinin tasarrufunu iptal eder. Ancak iddiası açık bir şekilde doğrulanamıyorsa yemin etmesi şartıyla temsilcinin beyanı esas alınır. Çünkü iyileşen taraf iddiasını ispat edemediği sürece temsilci yaptığı tasarrufta güvenilir (emin) olarak kabul edilir.⁷⁸³

Eğer taraflar mecliste uyuyakalırsa tartışmasız olarak muhayyerlikleri düşmez. Çünkü uyku hali “ayrılma” olarak isimlendirilmez.⁷⁸⁴

2.7.2. İkraḥ

Taraflardan birinin ayrılma eylemi baskı ve tehdit yoluyla (ikrah altında) gerçekleştiğinde; örneğin bir taraf zor kullanılarak ve haksız yere meclisten taşınarak çıkarıldığında veya baskı ve tehdit sonucunda kendisi çıktığında şayet ikrah altındaki tarafın ağzı kapatılmak suretiyle sözlü olarak sözleşmeyi feshetmesi engellenmişse el-mezheb olan veche göre muhayyerliği düşmez. Çünkü onun akdin bağlayıcı hale gelmesine razı olduğuna ilişkin bir işaret bulunmamaktadır.⁷⁸⁵ Ebû Hâmid İsfereyînî'nin (ö. 406/1016) de dahil olduğu Şafîî fakihlerin çoğunluğu bu vechi kesin bir şekilde vurgulamışlardır.⁷⁸⁶ Kaffâl'ın savunduğu ve bir grup Horasanlı fakihin aktardığı zayıf bir veche göre bu konuda, ölüm sebebiyle muhayyerliğin düşüp düşmeyeceği meselesindeki görüş ayrılığına benzer olarak iki vecih vardır. Ancak bahsi geçen olayda el-esah olan

⁷⁸¹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 6; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 183-184, 209. Bu hüküm açısından faizin söz konusu olduğu akitler ve olmadığı akitler aynıdır. Bkz. Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

⁷⁸² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 14.

⁷⁸³ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 209.

⁷⁸⁴ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 183-184; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 13.

⁷⁸⁵ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 28; Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 306; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 407

⁷⁸⁶ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 181-182.

muhayyerliğin devam etmesidir. Çünkü ikrah altında olan tarafın devam etmekte olan muhayyerlik hakkının zorla iptal edilmesi doğru bir yaklaşım olmaz.⁷⁸⁷

Eğer ikrah altındaki taraf, sözlü fesih beyanında bulunma yetkisinden (tasarruf) mahrum bırakılmamışsa el-ezhar olan tarike göre iki vecih vardır. Ebû İshâk el-Mervezî'nin savunduğu birinci veche göre muhayyerliği düşer. Çünkü ikrah altındaki tarafın imkânı olduğu halde fesih bildiriminde bulunmaması (sükût), akdın onaylanmasına rıza gösterdiği anlamına gelir. Çoğunluğun benimsediği ve el-esah olan veche göre ise muhayyerliği düşmez. Çünkü söz konusu taraf, ayrılma konusunda ikrah altında olduğundan sanki hiç ayrılmamış gibi kabul edilir. Çünkü ikrah altındaki kişinin eylemi yok hükmündedir. Fesih bildiriminde bulunmamış olması, tercih teklifine karşı sükut etme örneğinde olduğu gibi muhayyerliği geçersiz kılmaz.⁷⁸⁸ Nevevî, *Mecmu* 'da bu görüşleri aktardıktan sonra ikrah altındaki taraf fesih beyanında bulunmaktan men edilse de edilmese de el-mezheb olan vechin muhayyerliğin devam edeceği yönünde olduğunu ifade etmektedir.⁷⁸⁹

Hanbelî mezhebinde de hâkim olan görüşe göre ikrah altında bulunan kişinin muhayyerliği düşmez. Çünkü meclis muhayyerliği “ayrılma” olgusuna talik edilmiş bir hükümdür. Tıpkı ikrah altında yapılan boşamanın geçersiz sayılması gibi ikrah altındaki bir tarafın ayrılması da gerçek bir “ayrılma” olarak kabul edilmez. Hanbelîler ikrah kapsamına tarafların yırtıcı bir hayvanla veya korktukları zalim bir kişiyle karşılaşmaları, selin tarafları sürüklemesi ve rüzgârın tarafları ayırması gibi durumları eklerler.⁷⁹⁰

Meclisten ayrılmaya zorlanan tarafın muhayyerliğinin düştüğü kabul edilirse ayrılmanın gerçekleşmesi nedeniyle mecliste kalan tarafın muhayyerliği de sona erer. Bu durumda zorla çıkarılan tarafın kendi seçimiyle (ihtiyâr) meclisi terk etmiş olduğu kabul edilir. Eğer muhayyerliğin devam ettiği vechi kabul edilirse meclisten zorla çıkarılan tarafın imkân bulduğu anda akdi onaylama veya feshetme hakkı doğar. Ancak bu hakkın

⁷⁸⁷ Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, II, 4; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 28; Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 306; Nevevî, *el-Mecmu* ', IX, 182.

⁷⁸⁸ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 28; Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 306-307. Eğer bu görüşe unutarak veya bilmeyerek meclisten ayrılan tarafın muhayyerliği sona erdiği gibi zorlama altında meclisten ayrılan tarafın da muhayyerliği sona ermelidir; çünkü bu ikisi pek çok konuda ikrah altındaki kişiyle aynı hükümlere tabidir şeklinde bir itiraz gelirse; bu itiraza, bu hususta unutan veya bilmeyen taraf ikrah altında olan tarafın aksine kusurlu (taksir) davranmış olarak kabul edilir şeklinde cevap verilir. Bkz. Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 407.

⁷⁸⁹ Nevevî, *el-Mecmu* ', IX, 182.

⁷⁹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 13-14.

ne zaman kullanılması gerektiği sorusu ortaya çıkar: İmkân olduğu anda hemen fesih veya onay bildiriminde bulunmalı mıdır yoksa “imkân bulunduğu meclis” (*meclisü't-temekkün*) devam ettiği müddetçe bu hakkı saklı mıdır? Bu meselede ölen tarafın muhayyerliğinin varislerine intikal edeceği görüşüyle bağlantılı olarak iki vecih vardır.⁷⁹¹

Hemen bildirimde bulunma zorunluluğunun olmadığı vechi kabul edildiğinde eğer söz konusu taraf ikrah halinin sona erdiği mecliste hareket etmeden durmaktaysa bu meclis devam ettiği sürece muhayyerliği devam eder. Ancak eğer sürekli hareket halindeyse imkân bulunduğu mekândan (*mekânü't-temekkün*) ayrıldığı anda muhayyerliği sona erer. Çünkü sürekli hareket halinde olduğundan objektif bir bitiş noktası belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle hakkı kullanmaya imkân bulunan mekân, “(muhayyerlik) meclis(i)” olarak kabul edilmelidir.⁷⁹² İkrah halinin ortadan kalıp meclise geri dönme ve diğer tarafla bir araya gelme imkânının oluşması durumunda araya uzun bir zaman fasılası girmişse diğer tarafla bir araya gelmek için meclise geri dönmesi gerekmez. Çünkü meclis duyusal olarak (hissen) akamete uğramıştır ve geri dönmenin bir anlamı yoktur. Cüveynî bu hususu kesin bir şekilde vurgulamıştır.⁷⁹³ Ancak aradan kısa bir zaman geçmişse geri dönmekle yükümlü olduğuna dair bir ihtimal (görüş) vardır. Çünkü bu durumda meclisten ayrılma halini sürdürmeyi istemesi bakımından ayrılmayı tercih eden kişi hükmünde kabul edilir.⁷⁹⁴

Meclisten ayrılmaya zorlanan tarafın muhayyerliğinin devam ettiği vechine göre eğer mecliste kalan taraf zorlanan tarafla birlikte çıkmaya eşlik etmekten alıkonulmuşsa onun da ikrah altında olduğu ve dolayısıyla muhayyerliğinin düşmeyeceği vechi kabul edilir. Eğer alıkonulmamışsa ve zorla çıkartılan tarafa eşlik etme imkânı olmasına rağmen mecliste kalmayı tercih ettiyse el-esah olan vechi göre muhayyerliği düşer. Çünkü bu tutumu, meclisin işlemeye devam ettiği süreçte akde onay verdiği anlamına gelir.⁷⁹⁵

Kişinin dövülme/darp edilme sonucu kendisinin meclisten çıkması olayı da hüküm açısından ikrah altındaki kişinin durumu gibi kabul edilir.⁷⁹⁶ İkrah altındaki

⁷⁹¹ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 29; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 182.

⁷⁹² Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 29.

⁷⁹³ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 29.

⁷⁹⁴ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 29; Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 307; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 182; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 407.

⁷⁹⁵ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 29; Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 307; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 182; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 407.

⁷⁹⁶ Râfiî, *Fethü'l-azîz*, VIII, 307.

kişilerle ilgili olarak meclisten zorla taşınarak çıkarılanlar veya meclisten ayrılmaya zorlananlar arasında hüküm açısından bir ayırım yapılmamıştır. Ancak Mütevellî ile Begavî'nin içinde bulunduğu bir grup fakih, söz konusu tafsilatın meclisten zorla taşınarak çıkarılma durumunda geçerli olduğunu ifade etmiştir. Kişinin baskı sonucunda kendisinin meclisten çıkması halinde muhayyerliğin düşüp düşmeyeceği konusunda unutarak yemini bozma meselesinde olduğu gibi iki kavil vardır.⁷⁹⁷

2.7.3. Ölüm

Bu başlık altında öncelikle meclis muhayyerliğinin miras kalıp kalmadığına ilişkin görüş ayrılıklarına değinilecektir. Ardından mirasçıların meclis muhayyerliğini kullanmasına ilişkin hükümler ele alınacaktır.

2.7.3.1. Meclis Muhayyerliğinin Varislere İntikali

Taraflardan birinin mecliste vefat etmesi durumunda meclis muhayyerliğinin miras kalıp kalmayacağına ilişkin olarak Şâfiî mezhebinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bunun sebebi Şâfiî'nin konuya ilişkin kavillerinin farklı şekilde yorumlanmasıdır. Şâfiî, bir taraf mecliste vefat ettiğinde meclis muhayyerliğinin intikal edeceğini açık bir şekilde belirtmekle birlikte mükâteb köle satım akdi yaptıktan sonra mecliste vefat ettiğinde sözleşmenin bağlayıcı hale geleceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda mezhepte sonuç itibarıyla üç vecih ileri sürülmüştür. El-esah olan vecih, şart ve ayıp muhayyerliği gibi meclis muhayyerliği hem mirasçıya hem de mükâteb kölenin efendisine intikal edeceği yönündedir. Çünkü meclis muhayyerliği, satım akdini feshetme yetkisi sağlamak için tanınan bir haktır. Dolayısıyla şart muhayyerliği gibi ölüm ile düşmeyip varise ve/veya onun işlerini idare eden kişiye intikal eder. El-mezheb olan vecih bu şekildedir. Bu veche göre Şâfiî'nin mükâteb kölenin vefat etmesiyle akdin bağlayıcı hale geleceği şeklindeki ifadesinde, ölümün gerçekleştiği anda kitâbet akdinin infisah ettiği gibi kölenin yaptığı satım sözleşmesinin infisah etmeyeceği belirtilmek istenmiştir.⁷⁹⁸

⁷⁹⁷ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 182.

⁷⁹⁸ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 6-7; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 183-184; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 441; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

Diğer bir vecih, ölümün gerçekleşmesiyle satım akdinin bağlayıcı hale geleceği ve muhayyerliğin düşeceği yönündedir. Bu veche göre eğer ayrılma muhayyerliği sona erdirecekse ölümün meydana gelmesiyle muhayyerliğin öncelikli olarak sona ermesi gerekir. Çünkü ölüm yani ruhsal olarak ayrılma (hayattan ayrılma), fiziksel yani somut (şahs) ayrılmadan (mekândan ayrılma) daha belirgin ve etkili bir ayrılma olduğundan ayrılma anlamını daha güçlü bir şekilde taşır.⁷⁹⁹ Hanbelî mezhebinde de hâkim olan görüşe göre, taraflardan birinin veya ikisinin birden mecliste vefat etmesi halinde meclis muhayyerliği düşer ve varislere intikal etmez. Çünkü ölen tarafın muhayyerliği kullanması imkânsız hale gelmiştir. Bu durumda hayatta kalan tarafın da muhayyerlik hakkı sona erer.⁸⁰⁰

Üçüncü veche göre ise meclis muhayyerliği mirasçıya intikal ederken mükâteb kölenin efendisine intikal etmez. Çünkü efendiden farklı olarak mirasçı, vefat eden tarafın vekili (halife) olarak kabul edilir. Ayrıca efendinin muhayyerlik hakkına “mülkiyet hakkı” ile malik olması söz konusu iken mirasçının ise “veraset hakkı” çerçevesinde bu hakka malik olması söz konusudur. Bu nedenle murisin ölümü ile bu hak veraset yoluyla doğrudan mirasçıya intikal eder. Ancak mükâteb köle hayattayken efendisinin bu hakka sahip olamaması kölenin ölümü sonrasında da onun bu hakka sahip olamayacağı anlamına gelir.⁸⁰¹ İki tarafın birden mecliste vefat etmesi halinde de bahsi geçen görüş ayrılığı söz konusudur.⁸⁰²

Meclis muhayyerliğinin miras kalmadığı görüşünün kabul edilmesi halinde vefat eden tarafın muhayyerliği düşer. Hayatta kalan tarafın muhayyerliğine ilişkin olarak farklı görüşler bulunmaktadır. Begavî, hayatta olan tarafın akit meclisinden ayrılınca kadar muhayyerliğinin devam edeceğini kesin bir şekilde belirtmiştir. Cüveynî ise akdin iki taraf için de bağlayıcı hale geleceğini ve dolayısıyla muhayyerliğin düşeceğini ifade etmiştir. Râfiû, ölüm durumunun da meclis muhayyerliği hakkının kazanılmasının (sübût) ve düşmesinin bölünmeye müsait olmadığı tartışması kapsamına dahil olabileceğini ve dolayısıyla bu konuda söz konusu görüş ayrılığının geçerli olacağını ileri sürmüştür. Kadı Hüseyin bu konuda iki vecih belirtmiştir: Bir veche göre hayatta olan taraf bulunduğu

⁷⁹⁹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 7; Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 104-105; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 441; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

⁸⁰⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 14, 30.

⁸⁰¹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 7; Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 207.

⁸⁰² Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 207.

meclisi terk edinceye kadar muhayyerliği devam eder. Diğer bir veche göre hayatta kalan taraf mirasçı ile bir araya gelinceye kadar muhayyerliği devam eder. Rûyanî'nin naklettiği diğer bir veche göre ise bir tarafın vefat etmesiyle diğer tarafın da muhayyerliği sona erer. Ancak ölüm haberi varise ulaştığında hayatta kalan tarafla varis arasında yeni bir muhayyerlik ilişkisi doğar. Nevevî, bu son görüşü şaz ve zayıf bir vecih olarak nitelemekte olup Begavî'nin görüşünün el-esah olduğunu vurgulamaktadır.⁸⁰³

Taraflardan biri onay verirken diğer taraf onay vermemiş olsa ve akabinde onay veren taraf mecliste vefat etse tartışmasız olarak hayatta kalan tarafın muhayyerliği devam eder.⁸⁰⁴ Vefat eden tarafın muhayyerliğinin miras kalacağının kabul edilmesi halinde mirasçıları çocuklardan veya akıl hastalarından oluşuyorsa ya da sefihlik gerekçesiyle hacir altına alınmışsa muhayyer tarafın akıl hastası olması gibi kadı, fesih veya onay şıklarından mirasçıların maslahatına uygun olanı tercih etmesi için bir temsilci atar.⁸⁰⁵

2.7.3.2. Varislerin Meclis Muhayyerliğini Kullanması

Muhayyerliğin miras kalacağı görüşüne göre varis mecliste hazır bulunuyorsa ayrılma gerçekleşinceye veya taraflar tercih bildiriminde bulununcaya kadar mirasçı ile hayatta kalan tarafın muhayyerlikleri devam eder. Eğer mirasçı mecliste hazır bulunmuyorsa (gaip) ölüm haberi ona ulaştığında muhayyer olur. Bu durumda muhayyerlik hakkının hemen kullanılmasının gerekip gerekmediği veya bu hakkın, haberin ulaştığı meclis (meclisü bülûği'l-haber) işlemeye devam ettiği sürece kullanılıp kullanılamayacağı konusunda, şart muhayyerliğinde sürenin bitiminden sonra varise ölüm haberinin ulaşmasında olduğu gibi iki vecih bulunmaktadır. Bir veche göre mirasçının muhayyerliği hemen kullanması gerekir. Diğer bir veche göre ise vefat eden taraf hayatta olsaydı muhayyerlik nasıl devam edecek idiyse aynı şekilde mirasçı için de devam eder. Bazı fakihler ise hayatta kalan taraf için muhayyerliğin geçerli olma niteliği konusundaki iki farklı görüşe dayalı olarak bu meseleyi ele almışlardır. Bu bağlamda hayatta olan tarafın akit meclisinde bulunduğu müddetçe muhayyer olacağı vechine göre mirasçı mebîi

⁸⁰³ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 207-208; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 441; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 409.

⁸⁰⁴ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 210.

⁸⁰⁵ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 211; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

gördüğü mecliste (*meclisü müşâhedeti'l-mebî*) muhayyer olur. Hayatta olan tarafın mirasçıyla bir araya geldiği mecliste muhayyer olacağı vechine göre ise varisin muhayyerliği de söz konusu mecliste geçerli hale gelir. Nevevî, konuya ilişkin toplamda dört vechin ortaya çıktığını belirttikten sonra mirasçının ölüm haberinin kendisine ulaştığı mecliste bulunduğu sürece muhayyer olacağı vechinin el-esah olduğunu vurgular. Ayrıca bu vechi; Ebû İshâk Şîrâzî, Ebû İshâk Mervezî, Ebu't-Tayyib et-Taberî ve Maverdî'nin aralarında bulunduğu birçok fakihin kesin bir şekilde vurguladığını belirtir.⁸⁰⁶

Birden fazla mirasçının bulunması halinde eğer varisler mecliste hazır iseler diğer taraftan ayrılmalara kadar muhayyerlikleri devam eder. El-esah olan veche göre mirasçılardan bazılarının ayrılmasıyla muhayyerlik sona ermez. Tamamı meclisi terk edinceye kadar muhayyerlikleri devam eder. Çünkü mirasçılar miras bırakan kişinin yerine geçmişlerdir. Miras bırakanın muhayyerliği tüm bedeniyle meclisten ayrıldığında sona ermektedir. Mirasçıların muhayyerliği de tamamının meclisten ayrılmasıyla sona ermelidir.⁸⁰⁷ Eğer mirasçılar mecliste hazır bulunmuyorlarsa Mütevellî, mirasçının tek olması durumundaki görüşlere bağlı olarak değerlendirme yapılacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda tek olan mirasçının mebiî müşahede ettiği mecliste muhayyer olacağı kabul edilirse bu durumda akde taraf olan mirasçılar aynı mecliste bir araya geldiğinde muhayyer olurlar. Eğer tek olan mirasçının hayatta kalan tarafla bir araya gelince muhayyer olacağı kabul edilirse bu durumda mirasçılar hayatta olan taraf ile bir araya geldiklerinde -bir veya iki mecliste ayrı ayrı bir araya gelseler bile- muhayyer olurlar.⁸⁰⁸

Mirasçılardan bazıları onay bildiriminde bulunurken diğerlerinin fesih bildiriminde bulunması durumunda iki farklı vecih söz konusudur. Bir veche göre fesih işlemi hiçbir şekilde geçerli değildir. Ancak el-esah olan veche göre tıpkı murisin hayattayken mebîin bir kısmına ilişkin fesih, diğer bir kısmına ilişkin onay bildiriminde bulunmasında olduğu gibi burada da fesih beyanı mebîin tamamına ilişkin olarak geçerli olmalıdır. Nevevî, mirasçıların sadece kendi paylarında fesih hakkını kullanmalarının

⁸⁰⁶ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 208; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 442; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 408.

⁸⁰⁷ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 409.

⁸⁰⁸ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 208; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 442. Şîrbînî der ki; "Mirasçılar mecliste hazır değillerse aynı/tek bir mecliste toplanmasalar bile muhayyerlikleri geçerli olur. Nevevî'nin *Ravza*'sının bazı nüshalarında böyle geçer ve mutemet olan görüş budur. Diğer bazı nüshalarda geçtiğine göre ise mirasçılar aynı/tek bir mecliste bir araya gelirlerse muhayyer olurlar." Bkz. Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 409.

veya mebûin tamamına ilişkin olarak fesih beyanında bulunmalarının hüküm açısından aynı sonucu doğurduğunu belirtmektedir.⁸⁰⁹

Mütevellî, feshin bölünemeyeceği konusunda tartışma olmadığını ifade eder. Çünkü feshin bölünmesinin kabul edilmesi hayatta kalan tarafın zarar görmesine neden olur. Ayrıca o, mirasçılardan bazılarının mecliste bulunup diğerlerinin bulunmaması halinde sadece mecliste bulunanların muhayyer olacağını öne sürmüştür. Buna göre mecliste bulunan varis(ler)in sözleşmeyi feshetmesi/feshetmeleri halinde fesih işlemi kabul edilirse fesih mebûin tamamında geçerli olur. Ancak eğer meclisteki mirasçılar onay verirlerse mecliste hazır bulunmayan mirasçılara vefat haberi ulaşınca kadar beklenmesi gerekecektir. Maverdî ve Rûyanî ise satıcı vefat ettiğinde varislerinden her birinin tartışmasız olarak kendi hissesinde münferiden fesih hakkına sahip olacağını belirtmişlerdir. Ancak eğer vefat eden alıcı ise iki farklı vecih söz konusudur. Bir veche göre satıcının ölmesi durumunda olduğu gibi varislerin tamamının kendi paylarında fesih hakkı olur. El-esah olan veche göre ise hiçbirinin fesih hakkı yoktur. İki mesele arasındaki fark şudur: Alıcı, aleyhine olarak safkanın bölünmesiyle muhayyer olur ve böylece onun zararı giderilir. Ancak satıcı için durum böyle değildir. Nevevî, Mütevellî'nin görüşünün el-mezheb vecih olduğunu ifade etmektedir.⁸¹⁰

Mirasçı, murisin ölüp ölmediği bilgisine sahip olmadan akdi onaylarsa veya feshederse bu işlem geçerli olur. Bu, “murisin hayatta olduğunu sanarak malını satan varisin satım işleminin geçerli olacağı” görüşüne bağlı olan bir hükümdür. Cüveynî ise mirasçının onayının değil feshinin geçerli olmasının el-vech olduğunu ifade etmiştir.⁸¹¹

Kadı Hüseyin, bu bağlamda irade beyanlarının çelişmesiyle ilgili olarak bir mesele gündeme getirmiştir. Buna göre meclis ve şart muhayyerliklerinde muhayyerliğin miras kalacağı kabul edildiğinde mirasçı tek ise ve onay beyanında bulunursa sözleşme tamamlanmış (*inbirâm*) olur. Eğer fesih beyanında bulunursa sözleşme infisah eder. Ancak aynı anda “Onay verdim ve feshettim.” veya “Feshettim ve onay verdim.” şeklinde hem fesih hem de onay beyanında bulunursa ilk beyanı esas alınır. Eğer “Yarısını onayladım, diğer yarısını feshettim.” şeklinde bir beyanda bulunursa bir tarafın feshedip

⁸⁰⁹ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 208; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 442; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 409.

⁸¹⁰ Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 208-209; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, III, 442; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 409.

⁸¹¹ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 409.

diğer tarafın onay vermesi olayında fesih beyanının esas alınması gibi burada da fesih beyanı esas alınır.⁸¹²

3. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ SONUÇLARI

Bu başlık altında meclis muhayyerliğinin düşmesi sonrasında sözleşmenin hukuki durumuna ilişkin olarak bazı hükümler incelenecektir. Bir önceki ana başlıkta ele alınan muhayyerliği sonlandıran sebeplerden biri gerçekleştiğinde şart muhayyerliği gibi akdin bağlayıcı hale gelmesini engelleyen veya ayıp muhayyerliği gibi sözleşmenin bağlayıcı niteliğinin pasifleşmesini gerektiren farklı bir sebep bulunmadıkça meclis muhayyerliği sona erer ve akit bağlayıcı hale gelir.⁸¹³ Şâfiîler ve Hanbelîlere göre akit bağlayıcı hale geldikten sonra taraflar sözleşmeye yeni bir muhayyerlik ekleyemezler. Çünkü akit artık bağlayıcılık niteliğini kazanmıştır ve tarafların “söz”leriyle bu niteliğini kaybetmez.⁸¹⁴

Bağlayıcılık niteliğini kazanan sözleşme tüm sonuçlarını doğurur ve taraflar sözleşmenin tüm hükümleriyle bağlı olur. Şâfi mezhebinde “el-azhar” olan veche göre mülkiyet muhayyerlik süresi sona erinceye kadar askıdadır. Eğer satım akdi onaylanırsa mebîin mülkiyetinin alıcıya semenin mülkiyetinin ise satıcıya akit anından itibaren intikal ettiği kabul edilir. Ancak satım akdi tamamlanmazsa mebîin satıcının mülkiyetinden semenin de alıcının mülkiyetinden çıkmamış olduğu ortaya çıkar. Hanbelî mezhebinde hakîm olan görüşe göre mülkiyet akit ile intikal ettiği için mülkiyet durumunda bir değişiklik olmaz. Ancak tarafların karşılıklı olarak bedellerden faydalanmasına mâni olan durum yani muhayyerlik ortadan kalkmış olur.

Şâfi mezhebinde akit onaylandığında sözleşmenin hükümleri gelir ve giderler bakımından kısmen geriye dönük etkili olur. Mülkiyet mevkuf olduğu için mebîin gelirlerinin mülkiyeti de askıda kalır ancak satım akdi onaylandığında mebî kimin mülkiyetine geçerse ona bağlı gelirler de ilgili tarafa ait olur. Mebîe ilişkin giderler ve harcamalar ise taraflar arasında müşterek olarak karşılanır. Sözleşmenin feshedilmesi durumunda da fesih işlemi prensip olarak geriye dönük etkilidir ve gelirler satıcıya ait

⁸¹² Nevevî, *el-Mecmu'*, IX, 209

⁸¹³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 30; Ebû Gudde, *Hıyâr*, I, 151.

⁸¹⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 30.

olur. Hanbelî mezhebine göre ise mülkiyet akit ile intikal ettiği içi mebûin gelir-gider ve tazmin sorumluluğu da alıcıya aittir.

Fesih sonrasında -teslim edilmişse- mebûin, -ödenmişse- semenin iadesi gerekir. Tarafların karşı taraf iadeyi talep ettiğinde ellerindeki bedeli alıkoyma (hapis) hakları yoktur. Bir taraf iadeyi talep ettiğinde karşı taraf vermekle yükümlüdür. Sonrasında diğer taraf elindeki bedeli iade etmelidir. Zira akdin hükmü olarak meydana gelmeyen (sırf) zilyetlik hukuki bir gerekçeye dayanmadığından iade yükümlülüğü doğurur. Mebû alıcıda tazmin sorumluluğuyla bulunduğundan fesih sonrası mebûin iade yükümlülüğü alıcıya aittir. Çünkü tazmin sorumluluğu kimde ise iade yükümlülüğü de ona aittir.⁸¹⁵ Bununla birlikte Sübkî (ö. 756/1355), İbnü'l-Mükrî (ö. 837/1433) ve İbn Hacer Heytemî'nin aralarında bulunduğu bir grup fakihe göre fesihden sonra da tarafların hapis hakkı vardır.⁸¹⁶ Hanbelî mezhebinde de iade yükümlülüğünün tazmin sorumluluğuyla ilişkilendirildiği söylenebilir. Nitekim ikâle işleminden sonra mebû alıcının elinde emanet olarak bulunduğu için iade etme yükümlülüğünün olmadığı belirtilmiştir. Çünkü ikale tarafların karşılıklı rızasıyla yapılmıştır.⁸¹⁷

Şâfiî mezhebinde fesihden sonra -alıcının elindeyken- mebûin telef olması feshi geçersiz kılmaz. Bu durumda mebû alıcının elinde tazmin sorumluluğuyla bulunmaya devam eder. Eğer mebû telef olursa artık fesih kesinleştiği için alıcının üzerinde anlaşılan semeni değil, mebûin kıymetini tazmin etmesi gerekir. Eğer satıcı iade talebinde bulunmadan önce mebû telef olduysa mebû alıcıda muâvaza akdiyle bulunduğu için ister mislî ister kıyemî bir mal olsun alıcının mebûin kıymetini tazmin etmesi gerekir. Ancak satıcı mebûin iadesini talep ettikten (ve/veya alıcı mebûi bir başkasına sattıktan) sonra telef meydana gelmişse bu durumda mebû kıyemî ise alıcı kıymetini tazmin eder. Eğer mebû mislî ise iki vecih söz konusudur. Bir veche göre mebû alıcıda muâvaza akdiyle bulunduğu için yine kıymetin tazmin edilmesi gerekir. Diğer bir veche göre ise alıcının fesih gerçekleştikten ve iade talep edildikten sonra iade etmekten imtina ettiği için gasıp durumuna düşmesi nedeniyle mebûi mislîyle tazmin etmesi gerekir.⁸¹⁸

⁸¹⁵ Ensârî, *Esne'l-metâlib*, II, 77.

⁸¹⁶ Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, IV, 347.

⁸¹⁷ Buhûtî, *Keşşâfü'l-kına*, III, 249.

⁸¹⁸ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, V, 64-65; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 224-225.

SONUÇ

İslam hukukunda meclis ve meclis muhayyerliği konusu, önemli ve ciddi ihtilafların bulunduğu konular arasındadır. Klasik İslam hukuk ekollerinin meclise ilişkin tasavvur ve tasvirleri farklılık göstermektedir. Bu durum modern dönem İslâm hukukçuları arasında fikir ayrılıklarına neden olmuş ve sonuç olarak meclis kavramına dair farklı tanımlamalar ortaya çıkmıştır. Klasik ve çağdaş İslam hukuku literatüründe meclis/akit meclisi, genellikle tek bir süreci belirten geniş bir anlam çerçevesinde kullanılmıştır. Sivâr, meclisin üç ayrı evreye tasnif edilmesinin teknik olarak daha uygun olacağını savunmuştur. Bu doğrultuda meclisi akdî müzakere meclisi, akit meclisi ve muhayyerlik meclisi olmak üzere üç evreye ayırarak ele almıştır. Bu tasnif çerçevesinde -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisini sistemli bir şekilde incelemeye çalışmıştır. Dolayısıyla meclis akdî müzakere meclisi, akit meclisi ve muhayyerlik meclisi olmak üzere üç evreye taksim edilebilir.

Sözleşme görüşmeleri genellikle akdî müzakere meclisinde gerçekleştirilir ve tamamlanır. Bu meclis evresi, taraflardan birinin icaba ya da müzakereye davetiyle başlayıp icap beyanı ile sona erer. Müzakereye davet, bir tarafın diğer tarafı belirli bir sözleşmeyle ilişkili olarak görüşme yapmaya davet etmesidir. Bir teklifin icap mı yoksa icaba davet mi olduğunun tespiti için iki unsura bakılır. Söz konusu teklif, sözleşmenin esaslı unsurlarını ve bağlanma iradesini içeriyorsa icaptır. Aksi takdirde icaba davettir. Taraflar arasındaki görüşmeler uzun süre devam edebileceği gibi tarafların iradelerinin bir anda örtüşmesi de mümkündür. Ayrıca akit müzakereleri ve pazarlıkları, bu meclis evresinde tamamlanmayıp akit meclisinde de devam edebilir. Akit öncesi yapılan müzakereler esasında bir hukukî sonuç doğurmaz. Zira akdî müzakere meclisi, akit meclisini meydana getiren unsurları ve bu unsurlara ilişkin kayıtları muhtevi değildir. Bu nedenle müzakere meclisinde taraflar zaman, mekân ve davranış açısından kısıtlanmamışlardır.

Akit meclisi evresi, icap ile başlayıp kabul ile sona eren ve zaman, mekân ve davranış (hal) olmak üzere üç temel unsuru içeren meclis evresidir. Bu unsurlar ve bu unsurlara ilişkin öngörülen sınırlılıklar tam olarak hazırlar arası (hakikî) akit meclisinde bulunmaktadır. Bununla birlikte gaipler arası (hükmi) akit meclisinin de itibarî olarak bu unsurları içerdiği söylenebilir.

Akit meclisi rıza ile yakından ilişkili bir kurumdur. Meclis, kesin bir biçimde bilinmesi mümkün olmayan ve sübjektif karakteristiği olan irade ve rızayı objektif bir duruma taşıyarak iradelerin belirli bir noktada birleşmesini sağlar. Akdin kurulması için temel şartlardan biri icap ve kabulün birbiriyle ittisâli/irtibatıdır. Akit meclisi esasen bu irtibatı sağlayan zaman, mekân ve davranış birliğini belirtir. İcap ve kabul arasındaki irtibatın sağlanması için kural gereği kabul icabın hemen peşi sıra beyanı edilmelidir. Bu kural, aynı zamanda zaman unsuruna ilişkin olarak öngörülen bir kısıtlılık durumunu ifade eder. Şâfi mezhebinde bu kural esas alınmış ve kabulün icabın hemen peşinden beyanı şart koşulmuştur. Ancak zaruret miktarınca bir fâsılanın bulunmasına müsaade edilmiştir. Dolayısıyla bu mezhepte akit meclisi, zaman unsuru ve zaman birliği temelinde tanımlanmıştır. Diğer mezhepler ise söz konusu prensibe uyma konusunda katı kuralcı bir tutum içerisinde olmamışlar ve kabulün icabın peşi sıra beyan edilmesini zorunlu görmemişlerdir. Hanefî mezhebinde akit meclisinin tanımlanmasında mekân ve davranış unsuru temel alınmış ve bu iki unsura ilişkin bazı kısıtlılıklar söz konusu olmuştur. Senhûrî ve Sivâr, Hanefî mezhebinin meclis tasavvurundaki mekân ve davranış unsuruna ilişkin sınırlılıklar ile Şâfi mezhebinin meclis tasavvurundaki zaman unsuruna ilişkin sınırlılığı “işlenmiş şekil” kapsamında ele almışlardır. Bu unsurların taraflar için getirdiği birtakım kısıtlılıklar akit meclisinde “birlik”i sağlayan temel etkindir. Bu bağlamda akit meclisi, sözleşmelerin kuruluş sürecinde “birlik”i sağlama işlevine sahiptir.

Akit meclisi, icap ile kabul arasındaki zaman aralığını makul ve dengeli bir biçimde belirleme ve icap ile kabul arasındaki uyumu şüpheyi yer vermeyecek şekilde sağlama hedefine dönük olarak geliştirilmiş bir teoridir. İcap ve kabul arasındaki tevafukun eş anlı olarak meydana gelmesi mümkün olmadığı ve adeten kabul icaptan sonra beyan edildiği için “akit meclisi” müessesesi aranan ittisâl/irtibat şartının düzenleyici standardı olarak belirlenmiştir. Böylece tarafların zarar görmesini engellemek için mecliste zaman açısından bir dengenin sağlanması amaçlanmıştır. Konuya ilişkin teorik tartışmalar bir tarafa bırakılacak olursa, hemen tüm mezhepler bu hususta kriter olarak örfî uygulamanın esas alınması gerektiğini ifade etmişlerdir.

Akit meclisine bağlı olan birçok hüküm bulunmaktadır. “Meclis birliği, mecliste muhayyer olma ve mecliste kabz” hükümleri, fakihlerin hemen hepsinin üzerinde görüş birliği ettiği hükümlerdir. Mecliste muhayyer olma, icapçının icabından rücu etme hakkı

ile kabul etmesi beklenen tarafın icabı kabul veya ret hakkını ifade eder. Hanefî mezhebinde söz konusu haklar “meclis muhayyerliği” olarak isimlendirilmiştir. Bazı sözleşmelerde akit meclisinde bedellerin karşılıklı veya tek taraflı olarak kabzı şarttır. Mezhepler arasında bazı görüş ayrılıkları olmakla beraber kabz şartı üç tür akitte aranır: Ribevî malların alım-satımı yapılan akitler, sarf akdi ve selem akdi.

Meclise bağlanan temel hüküm “birlik”tir. Meclisin “birlik” hükmünün doğması için taraflardan i‘râza ilişkin açık veya zımnî bir söz ya da fiil sadır olmaksızın icap ile kabulün irtibatı aynı mecliste gerçekleşmelidir. Bu bağlamda -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisi, “birlik” anlayışı üzerine kuruludur. Akit meclisinde icap ve kabul, “birlik”i sağlamaya dönük söz konusu kayıtlar çerçevesinde beyan edilir ve meclis sözleşmeye ilişkin olarak “birlik” sonucunu doğurur. Bu “birlik” hükmü, esasında akit meclisi kurumu çerçevesindeki “zaman birliği” prensibine dayanmaktadır. Zaman birliği; mekân birliği, konu birliği, sonuç birliği ve dolayısıyla akit birliğini gerektirir. Senhûrî’nin Roma hukukuyla mukayeseli olarak -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisine ilişkin yaptığı tespitler dikkate alındığında söz konusu prensip sözleşmenin kurulduğu anda sonucunu/ sonuçlarını doğurması, başka bir deyişle akdin kurucu ve bağlayıcı sonuçlarını aynı anda doğurması ilkesine temel teşkil eder. Bu bağlamda sözleşmenin kurulduğu an ve bağlayıcılığını kazandığı anın tespitin kolaylaştırılması, akit meclisi kurumunun ortaya çıkış gerekçeleri arasında gösterilebilir.

Akit meclisine bağlanan ve üzerinde görüş ayrılığı olan diğer bir hüküm “meclis muhayyerliği”dir. Bu tezin konusunu teşkil eden meclis muhayyerliği, esasen muhayyerlik meclisiyle ilgili olan ve bu mecliste işlerlik kazanan bir haktır. Muhayyerlik meclisi, akit meclisinden farklı bir meclis evresidir. Çünkü akit meclisini var eden temel unsurlar ve bu unsurların gerektirdiği bazı sıkı kayıtlar muhayyerlik meclisi için söz konusu değildir. Akit meclisini oluşturan temel dinamikler, bir kısıtlılık durumu oluşturan bazı sınırlılıklardır. Muhayyerlik meclisinde ise meclis birliğini sağlama kaygısı söz konusu olmadığı gibi tarafların dikkat etmekle yükümlü oldukları birtakım sınırlılıklar da bulunmaz. Prensip olarak -dar ve teknik anlamıyla- akit meclisi sona erdiğinde “birlik” sağlanmış olmalıdır. Meclis muhayyerliği bahsi geçen “birlik” ilkesine aykırılık teşkil eden bir hüküm, muhayyerlik meclisi de bu prensibi zedeleyen bir meclis evresidir. Meclis muhayyerliğini kabul edenlere göre akit meclisinde in‘ikad eden yani hukukî varlık kazanan sözleşme muhayyerlik meclisinde bağlayıcı hale gelir. Bu bağlamda

muhayyerlik meclisinin temel fonksiyonu, akit meclisinde kurulmuş olan sözleşmenin bağlayıcılık niteliğini kazanmasıdır.

Meclis muhayyerliği muhayyerliklerin tasnifi açısından hem bir hükmî muhayyerlik hem de bir terevvî muhayyerliği olarak görülür. Hükmî muhayyerliklerde irade ile rızanın korunması ve umulan maslahatın sağlanması amaçlanırken terevvî muhayyerliklerinde yeterli olarak düşünme ve değerlendirme yapma fırsatının tanınması amaçlanır. Meclis muhayyerliği, sözleşmede şart koşulmadan elde edilen ve akit muktezası olarak geçerli olan bir muhayyerlik hakkıdır. Taraflara hiçbir haklı sebep sunmaksızın sözleşmeyi sonlandırma yetkisini veren bu hak, hukukî niteliği açısından hukukî (kanunî) bir şart olarak kabul edilir.

Meclis muhayyerliğinin geçerli olduğu akitler bağlayıcı ve mâlî muâvaza özelliğine sahip olan akitlerdir. Bey' (satım) akdi bu iki özelliği taşıyan model sözleşme niteliğinde olduğundan diğer akitlerde meclis muhayyerliğinin geçerli olup olmadığı bu akde kıyasla belirlenir. Bunun yanı sıra sözleşmenin garar içerip içermemesi, aldanma ihtimali olan bir akit türü olup olmaması kriterleri de dikkate alınır. Şâfiî mezhebinde kabul eden tarafın icabı hemen peşi sıra kabul etmesi nedeniyle oluşabilecek mağduriyeti ve aldanma ihtimalini telafi etmek için meclisi muhayyerliği benimsenmiştir. Bu ihtimal genellikle satım akdi ve benzeri akitlerde söz konusu olmaktadır.

Meclis muhayyerliği, İslam hukukuna özgü ve meşruiyeti tartışmalı olan bir konudur. İslam hukukunun ilk dönemlerinden günümüze kadar bu konu etrafında çok yoğun tartışmalar cereyan etmiştir. Meclis muhayyerliğine meşruiyetine ilişkin olarak ulaştığımız sonuç, onun mensûh bir hüküm olduğudur. Nitekim meclis muhayyerliğini kabul etmeyen İslam hukukçularının önemli bir grubu da meclis muhayyerliğinin mensûh bir hüküm olduğunu düşünmektedir. İlgili başlık altında bu husus detaylı bir şekilde ele alınmıştır.⁸¹⁹

Meclis muhayyerliğini içeren bir sözleşmede mülkiyetin intikal edip etmeyeceği hususuna ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Şâfiî mezhebinde el-azhar olan kavle göre muhayyerlik sona erene kadar sözleşme mevkuftur. Buna bağlı olarak mebî ile semenin mülkiyeti ve mebîn gelirlerinin mülkiyeti de askıda kalır. Sözleşme mevkuft kabul

⁸¹⁹ Detaylı bilgi için tezin “Mütebâyiân/Beyyân Rivâyetinin Mensûh Oluşu” ve “Meclis Muhayyerliğinin Meşruiyetine İlişkin Değerlendirme” başlıklarına bkz.

edildiğinden mebûin giderleri taraflar arasında ortak olarak karşılanır. Hanbelî mezhebinde hâkim olan görüşe göre muhayyerlik mülkiyetin nakline engel değildir ve mebûin mülkiyeti akit ile alıcıya intikal eder. Muhayyerlik süresinde mebûe ait gelirler ve munfasıl fazlalıklar alıcıya aittir. Bitişik fazlalıklar ise mebûe tabidir. Mebûin mülkiyeti alıcıya ait olduğu için onun masraflarını karşılamak da alıcının sorumluluğundadır. Muhayyerlik esnasında satıcının mebûi teslim etme ve alıcının semeni ödeme yükümlülüğü olmamakla birlikte bedellerin teslim edilmesinde bir sakınca yoktur.

Şâfiî mezhebinde el-esah olan kavle/veche göre meclis muhayyerliğini nefiy (ıskat) şartıyla yapılan satım akdinde şart geçerli olmadığı gibi bu şartla kurulan satım sözleşmesi de bâtıldır. Çünkü meclis muhayyerliği akit gereği olarak geçerli olan ve akdin tamamlanmasıyla birlikte kazanılan şer'î bir muhayyerliktir. Hanbelî mezhebinde hâkim olan görüşe göre ise böyle bir akitte hem sözleşme hem de şart geçerlidir. Dolayısıyla bu şartla kurulan bir sözleşmede meclis muhayyerliği düşer.

Meclis muhayyerliği genel olarak onay veya fesih anlamındaki sarîh ve kinayeli sözlü irade beyanları ile düşer. Mebû'de tasarrufta bulunmanın muhayyerliği düşürüp düşürmeyeceği konusunda Şâfiî mezhebinde ihtilaf vardır. Hanbelî mezhebinde hâkim olan görüşe göre alıcı veya satıcı mebû'de sadece ona malik olan kişinin yapabileceği bir tasarrufta bulunursa muhayyerlikleri düşer. Muhayyer alıcının mebû üzerindeki tasarrufu onay, muhayyer satıcının mebû üzerindeki tasarrufu ise fesih olarak kabul edilir.

Meclis muhayyerliğinin süresi “ayrılma”nın gerçekleşmesiyle sona erer. Ayrılmanın mahiyetinde ve gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde “örf” kriteri olarak esas alınmıştır. Örfî uygulamaya göre “ayrılma” olarak kabul edilen durumlar akdi bağlayıcı kılan “ayrılma” olarak değerlendirilir. Aksi durumlar ise “ayrılma” olarak kabul edilmez. Taraflar ayrılmanın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda anlaşmazlığa düşerlerse prensip olarak ayrılmanın gerçekleşmemiş olduğu kabul edilir. Ayrılmanın gerçekleştiğini iddia eden taraftan bu iddiasını ispat etmesi istenir. Eğer taraflar feshin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda ihtilaf ederlerse kural olarak fesih işleminin gerçekleşmediği kabul edilir.

Bazı ayrıntılar ve ihtilaflar olmakla beraber mebûin telef olmasıyla meclis muhayyerliği düşer. Bu noktada teslimin gerçekleşip gerçekleşmediği, mebû kim tarafından itlaf edildiği veya nasıl gerçekleştiği ve mülkiyetin kime ait olduğu hususları

dikkate alınır. Hanbelî mezhebinde bunlara ilave olarak mebîn mislî veya kıyemî bir mal olup olmadığı göz önünde bulundurulur.

Mecliste akıl sağlığını kaybeden, ikrah altında bulunan tarafın/ tarafların meclis muhayyerliği düşmez. Şâfiî mezhebinde el-esah ve el-mezheb olan vecih, ölüm halinde meclis muhayyerliğinin düşmeyeceği ve varislere intikal edeceği şeklindedir. Hanbelî mezhebinde hâkim olan görüşe göre ise, taraflardan birinin veya ikisinin mecliste vefat etmesi halinde meclis muhayyerliği düşer ve mirasçılara intikal etmez.

Meclis muhayyerliği ile şart muhayyerliğinin bulunduğu bir sözleşmede, Şâfiî mezhebinde el-esah olan veche göre şart muhayyerliğinin süresi akit anından itibaren başlar. Ancak şart muhayyerliği akitten sonra meclis muhayyerliği esnasında sözleşmeye eklenirse, şart muhayyerliğin süresi muhayyerliğin şart koşulduğu andan itibaren hesaplanır. Şart muhayyerliğinin süresi sona erdiği halde taraflar meclisten ayrılmamışlarsa meclis muhayyerliğinin süresi devam eder. Tam tersi durumda aksi hüküm geçerli olacaktır. Taraflar meclis veya şart muhayyerliklerinden birini düşürürlerse söz konusu muhayyerlik düşerken diğer muhayyerliğin hükmü devam eder. Eğer taraflar birlikte “akdi bağlayıcı kıldık” veya “muhayyerliği düşürdük” şeklinde bir beyanda bulunurlarsa iki muhayyerlik birden düşer ve akit bağlayıcı hale gelir.

Meclis muhayyerliği ile şart muhayyerliğini birlikte içeren bir sözleşmede mülkiyetin intikaline ilişkin olarak Şâfiî mezhebinde iki vecih vardır: Şirbînî, zâhir vechin meclis muhayyerliğinin esas alınacağı ve dolayısıyla mülkiyetin mevkuף kalacağı yönünde olduğunu ifade ederken, Zerkeşî ise şart muhayyerliğinin icmâ ile meşru olmasını gerekçe göstererek şart muhayyerliğinin esas alınmasının ve dolayısıyla mülkiyetin muhayyerliği şart koşan tarafa ait olmasının zâhir vecih olduğunu belirtir.

KAYNAKLAR

- Abdullah, Muhammed Sıddık Muhammed. "Meclis-ü'l-akd: dirâse mukârene." Yüksek Lisans Tezi. Câmiâtü'l-Musul, 2005.
- Aydınlı, Abdullah. "Merfu", *DİA*, XXVIII, 180-181.
- Abdullah Sâlim, Hıdır. "Ahkâmü'l hıyârâtı's-sâbiteti bi's-şart fi's-şerîati'l-İslâmiyye-Dirâsetün mukârenatün bi'l Kânûnî'l-Yemenî." Doktora Tezi. Külliyyetü'l-Hukûk-Kısmü's-Şerîati'l-İslâmiyye: Câmiâtü'l-İmâm Muhammed b. Suûd. 2008.
- Abdürrezzâk es-San'ânî, Ebû Bekr Abdürrezzâk b Hemmâm. *el-Musannef*. Beyrut: Darü't-Te'sîl, 2013.
- Apaydın, H. Yunus. "Muhayyerlik", *DİA*. XXXI, 25-30.
- Apaydın, Yunus. "İrade Beyanı", *DİA*. XXII, 387-391.
- Askalânî, Ebü'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b Alî b Muhammed İbn Hacer. *Fethü'l-bârî bi-şerhi Sahîhi'l-Buhârî*. Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1959.
- Attâl, Abdülmuhsin İsa. "eş-Şekliyye fi'l-ukûd-i'l-mâliyye: dirâse fıkhiyye". *Mecellet-ü kulliyet-i'd-dirasati'l-islamiyye ve'l-arabiyye* 39 (2020), 2205-2234.
- Avcı, Fatih. "İslâm Hukukunda Tarafların Ön Anlaşma ile Belirledikleri Muhayyerlikler: Şart Muhayyerliği." Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2023.
- Aybakan, Bilal. "Meclis", *DİA*. XXVIII, 239-241.
- Aybakan, Bilal. "Şâfiî Mezhebi", *DİA*. XXXVIII, 234-247.
- Aynî, Ebû Muhammed Bedreddin Mahmûd b Ahmed b Musa el-Hanefî. *Umdetü'l-kârî şerhi Sahîhi'l-Buhârî*. Kâhire: İdâretü't-Tıbbâti'l-Münîriyye, t.y.
- Azimâbâdî, Ebü't-Tayyib Muhammed Şemsü'l-Hak b Emîr Alî Diyânüvî. *Avnü'l-ma'bud şerhu Süneni Ebî Dâvûd*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.
- Bâbertî, Ebû 'Abdullâh Muhammed b. Muhammed b. Maḥmûd. *el-İnâye fî şerhi'l-Hidâye*. Lübnan: Dâru'l-Fikr, 1970.
- Bâcî, Ebü'l-Velîd Süleyman b Halef b Sa'd et-Tüci'bî. *el-Müntekâ şerhü'l-Muvatta'*. Mısır: Matba'atü's-Saâde, 1914.
- Bâcî, Ebü'l-Velîd Süleymân b Halef b Sa'd et-Tüci'bî. *İhkâmü'l-fusûl fî ahkâmi'l-usûl*. Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1995.
- Bâh, Süleymân. "Meclisü'l-akd beyne'l- hakîka ve'l-hükmiyye tetbîkan ala 'l-muâmelâtî'l-hadîse: dirâse fıkhiyye tetbîkiyye." Yüksek Lisans Tezi. Kuala

Lumpur. 2018.

Bâh, Süleymân. “Meclisü’l-akd beyne’l- hakîka ve’l-hükmiyye tetbîkan ala ’l-ukûdi’l-elektroniyye: dirâse fıkhiyye tetbikiyye”. *Mecellet-ü’l-bühûs ve’d-dirâsâtî’s-şeriyye* 10 (2021): 165-196.

Bardakoğlu, Ali. “Bey’”, *DİA*. VI, 13-19.

Beccâş, Serhan Muhammed el-Mihlâfi. “Ahkâmü hıyâri’l-meclis fi’l-kânûni’l-medeni’l-yemenî fi dâvi’l-mezâhibi’l-fıkhiyye”. *Mecelletü’l-Âdâb* 13 (2019): 318-335.

Bedrân, Ebû’l-Ayneyn. *Tarîhü’l-fıkhi’l-İslâmî ve nazariyyetü’l-mülk ve’l-ukûd*. Beyrut: Dârü’n-Nehdâti’l-Arabiyye, t.y.

Begavî, Ebû Muhammed Muhyissünne Hüseyin b Mesûd. *et-Tehzîb fî fıkhi’l-imam eş-Şâfiî*. Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1997.

Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b el-Hüseyin b Ali. *es-Sünenü’l-kübrâ*. Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2003.

Buhârî, Burhanüddin (Burhanü’s-şeria) Mahmûd b Ahmed b Abdülazîz Merginânî. *el-Muhîtü’l-burhânî fî’l-fıkhi’n-Nu’mânî*. Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2004.

Buhûtî, Mansur b Yunus b Salahiddin. *Keşşâfü’l-kına’ an metni’l-İkna’*. y.y.: Vizâret-ü’l-Adl fi’l-Memleket-i’l-Arabiyye, 2000.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b Alî Râzî. *Ahkâmü’l-Kur’ân*. Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1994.

Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed İbn Kayyim. *İ’lâmü’l-muvakkiîn an rabbi’âlemîn*. Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1991.

Cezîrî, Abdurrahman b Muhammed b İyâz. *el-Fıkıh ale’l-mezâhibi’l-erbaa*. Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2003.

Cüveynî, İmâmü’l-Haremeyn Ebû’l-Meâlî Rüknuddîn Abdülmelik b Abdullâh b Yûsuf. *Nihâyetü’l-matlab fî dirâyeti’l-mezheb*. Beyrut: Darü’l-Minhâc, 2007.

Çeker, Orhan. *Fıkıh dersleri*. Konya: Ensar Yayıncılık, 2005.

Çeker, Orhan. *İslam hukukunda akidler*. İstanbul: A. H. İ. Tekstil, Orman Ürünleri Yayıncılık, 2006.

Ceylan, Hadi Ensar. "İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı." Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.

Dâvûd, Nâsır b. Zeyd b. Nâsır. *Nazariyyetü’s-şekl fi’l fıkhi’l-İslâmî ve eserühû fi’l-ukûdi’l-mâliyye*. Riyâd: Dârü Kunûzi İşbiliye li’n-Neşr ve’t-Tevzî, 2004.

- Demîrî, Ebû'l-Bekâ Kemâleddin Muhammed b Mûsa b İsa. *en-Necmü'l-vehhâc fî şerhi'l-Minhâc*. Beyrut: Dârü'l-Minhâc, 2004.
- Develioğlu, H. Murat vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha, 1. Basım, 2016.
- Dimyâtî, Ebû Bekr Seyyid Bekri b Seyyid Muhammed Şettâ. *Hâşiyetü İânati't-tâlibin alâ halli elfâzi Fethü'l-muîn bi-şerhi Kurretü'l-ayn bi-mühimmâti'd-dîn*. Kâhire: Dârü'l-Fikr, 1997.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akidler (Batı Hukuku İle Mukayeseli Olarak)”, *Fıkıh ve fıkıh tarihi incelemeleri*. İlmî araştırmalar dizisi 74. Ankara: İSAM, 2015.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, “Amel-i Ehl-i Medine”, *DİA*, III, 21-25.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “Garar”, *DİA*, XII, 366-371.
- Düreynî, Neş'et İbrâhim. *et-Terâdî fî ukudi'l-mübâdelâti'l-mâliyye*. Cidde: Dârü's-Şürûk, 1982.
- Ebû Gudde, Abdü's-Settâr. *el-Hıyâr ve eseruhû fî'l-ukûd*. Kuveyt: Matbaatü Makhavî, 1405.
- Ebu Tâhâ, Hâlid. “eş-Şekliyye fî'i-ukûd-i't-ticâriyye: dirâse tahliliyye”. *Mecellet-ü'l-hukûk ve'l-ulûmu'l-islâmiyye* 13 (2020), 103-121.
- Ebû Yahyâ, Hasan Ali Abdullah. “Meşrûiyyetü hıyâri'l-meclis fî'l-fikhi'l-islâmî”. *Mecelletü's-Şerîa' ve'l-Kânûn* 38 (2009), 175-215.
- Ebû Zehra, Muhammed. *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fî's-şerîati'l-İslâmiyye*. Kâhire: Dârü'l-Fikrî'l-Arabî, 1977.
- Ed-Dibâğ, Eymen Mustafa Huseyn. “Meşrûiyyetü hıyâri'l-meclis: ru'ye cedîde”. *Mecelletü Câmîati'l-Kudsi'l-Meftûhe li'l-Bühûsi'l-İnsâniyye ve'l-İctimâiyye* 35 (2015), 241-286.
- Efendi, Ali Haydar. *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, I, 2020.
- Efendi, Eminefendizade Küçük Ali Haydar, çev. el-Hüseynî, Fehmi. *Dürerü'l-hükkâm şerhü Mecelleti'l-ahkâm*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, I, t.y.
- Efendioğlu, Mehmet. “Münker”, *DİA*, XXXII, 13-14.
- Ensârî, Ammâr Muhammed Hüseyn. “Hıyârü'l-meclis fî'l-fikhi'l-İslâmî: dirâse mukârene”.
Ensârî, Ebu Yahya Zeynüddin Zekerıyya b Muhammed b Ahmed Zekerıyyâ. *Esne'l-*

- metâlib şerhu Ravzi't-tâlib*. y.y.: Dârü'l-Kitâb-ü'l-İslâmî, t.y.
- Ensârî, Ebu Yahya Zeynüddin Zekerîyya b Muhammed b Ahmed Zekerîyyâ. *Fethü'l-vehhâb bi-şerhi menheci't-tullâb*. y.y.: Dârü'l-Fikr, 1994.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Esener, Turhan. *Borçlar Hukuku 1: Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.
- Es-Semerkandî, Ebu Bekr Alâeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebi Ahmed. *Tuhfetü'l-fukahâ'*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994.
- Ezherî, Süleyman b Ömer b Mansur. *Hâşiyetü'l-Cemel alâ Şerhi'l-Menhec*. y.y.: Dârü'l-Fikr, t.y.
- Ezrak, Muhammed Tayyib Osman. "Hıyârü'l-meclis ve's-şart ve eserühümâ fi akdi'l-bey': dirâse fihhiyye mükârene." Yüksek Lisans Tezi. Ümmü Dermân: Câmiâtü'l-Kur'ânî'l-Kerîm ve'l-Ulûmî'l-İslâmiyye. 2001.
- Gazzâlî, Ebû Hamid Huccetülislam Muhammed b Muhammed. *el-Vasît fi'l-mezheb*. Kâhire: Dârü's-Selâm, 1996.
- Gazzâlî, Ebû Hamid Huccetülislam Muhammed b Muhammed. *el-Vecîz fi'l-fikhi'l-İmâmî's-Şâfiî*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1997.
- Gengûhî, Reşîd Ahmed. *el-Kevkebü'd-dürri alâ Câmi't-Tirmizî*. y.y.: Matbaa'tü Nedveti'l-Ulemâi'l-Hind, 1975.
- Hattâbî, Ebû Süleyman Hamd b Muhammed b İbrâhim. *Meâlimü's-Sünen: Şerhu Süneni Ebî Dâvûd*. Halep: el-Matbaatü'l-İlmiyye, 1932.
- Hatîb, Yasin bin Nâsır. "Nazariyyetü istikrârî'l-muâmelât ve eseruha ala'l-ukûd ve tatbîku zâlike alâ ba'di'l-muâmelâti'l-mâliyye". *el-Adl* 16/63 (2014): 39-84
- Haţîb Şirbînî, Şemsuddîn Muhammed. *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*. Dîmaşk: Darü'l Feyhâ-Dâru'l Menhel Nâşirûn, 1430.
- Hacak, Hasan. "İslam Hukuku'nun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi." Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2000.
- Hacak, Hasan. *Atomcu Evren Anlayışının İslâm Hukukuna Etkisi*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007.
- Haffî, Ali. *Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Şer'îyye*. Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Arabî, 2008.
- Hânî, Seyyid Temmâm. "El-eb'âdü'l-insaniyye fi'l-fikhi'l-Hanefî: dirâse takbîkiyye li

mesâilin fıkhiyye". *Mecelletü Külliyyeti'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye Ve'l-Arabiyye Bi'l-Kâhire* 32/3 (2015): 38-54

Hayyat, Abdülazîz. *Nazariyyetü'l-akd ve'l-hıyarat fî'l-fıkhi'l-İslâmî*. Amman: Ma'hedü'l-Arabi, 1994.

Heytemî, Ahmed b Muhammed b Ali İbn Hacer el-. *Tuhfetü'l-muhtâc bi-şerhi'l-minhâc (İbn Kâsım el-Abbâdî ve Abdülhamîd eş-Şîrvânî'nin hâşiyeleriyle birlikte)*. Mısır: el-Mektebet-ü't-ticâriyyet-ü'l-kübrâ, 1983.

Heytemî, İbn Hacer. *Tuhfetü'l-muhtâc fî şerhi'l-Minhâc*. Kâhire: el-Mektebetü't-Ticâriyyetü'l-Kubrâ, 1983.

Hın, Mustafa. *el-Fıkhi'l-menhecî ala mezhebi'l-İmam eş-Şafîi*. Dimaşk: Darü'l-Kalem, 1992.

Hısnî, Ebû Bekr Takıyyüddin b Muhammed b Abdülmü'min. *Kifâyetü'l-ahyâr fî halli gâyeti'l-ihtisâr*. Dimaşk: Dârü'l-Hayr, 1994.

Hûî, Ebü'l-Kâsım b. Ali Ekber b. Hâşim Müsevî. *Misbâhü'l-fukâhe fî'l-muâmelât*. Beyrut: Dârü'l-Hâdî, 1992.

Irâkî, Ebü'l-Fazl Zeynüddin Abdürrahim b. Hüseyin. *Tarhü't-tesrîb fî şerhi't-Takrîb*. y.y.: et-Taba'tü'l-Mısriyye el-Kadîme, t.y.

İbn Abdilberr, Ebû Ömer Cemâleddin Yusuf b Abdullah b Muhammed İbn Abdilberr en-Nemerî el-Kurtubî. *et-Temhîd limâ fî'l-Muvatta' mine'l-meânî ve'l-esânîd*. y.y.: Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1982.

İbn Abdüsselâm, Ebû Muhammed İzzeddin Abdülazîz b Abdüsselâm b Ebü'l-Kâsım Sülemî. *Kavâ'idü'l-ahkâm fî mesâlihi'l-en'âm*. Kâhire: Mektebetü'l-Külliyyâtî'l-Ezheriyye, 1991.

İbn Âbidîn, Muhammed Emin b Ömer b Abdülazîz ed-Dimaşkî. *Hâşiyetü İbn Âbidîn : Reddû'l-muhtâr ala Dürri'l-muhtâr*. Mısır: Mustafa el-Bâbî el-Halebî, 1966.

İbn Aşûr, Muhammed Tahir b Muhammed b Muhammed et-Tunusî. *Tahrîrü'l-ma'ne's-sedîd ve'tenvîrü'l-akli'l-cedîd min tefsîri'l-kitâbi'l-mecîd*. Tunus: ed-Dârü't-Tûnisiyye, 1984.

İbn Atıyye el-Endelüsî, Ebû Muhammed Abdülhâk b Gâlib. *el-Muharrerü'l-vecîz fî tefsîri'l-kitâbi'l-azîz*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2001.

İbn Battâl el-Kurtubî, Ebü'l-Hasan Ali Halef b Abdülmelik Battal. *Şerhu Sahîh-i Buhârî*. Riyâd: Mektebetü'r-Rüşd, 2003.

İbn Dakîkul'îd, Ebü'l-Feth Takıyyüddin Muhammed b Ali. *İhkâmü'l-ahkâm şerhi Umdeti'l-ahkâm*. y.y.: Matba'atü's-Sünneti'l-Muhammediyye, t.y.

- İbn Ebî Şeybe, Ebu Bekr Abdullah b Muhammed b İbrahim. *el-Musannef*. Riyâd: Dârü Kunûzi İşbiliye li'n-Neşr ve't-Tevzî, 2015.
- İbn Hacer Askalânî, Ebü'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b Alî b Muhammed. *el-Metâlibü'l-âliye bi-zevâidi'l-mesânidi's-semâniye*. Riyâd: Dârü'l-Âsime, 1998.
- İbn Hacer el-Askalânî, Ebü'l-Fazl Şehâbeddin Ahmed. *Tehzîbü't-Tehzîb*. Hindistan: Matbaa'tü Dâireti'l-Meâ'rifi'n-Nizâmiyye, 1908.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed b Ali b Ahmed b Saîd ez-Zâhirî. *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*. Beyrut: Dârü'l-Âfâki'l-Cedîde, t.y.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed b Ali b Ahmed b Saîd Zahirî. *el-Muhallâ bi'l-âsâr fî şerhi'l-Mücellâ bi'l-ihisâr*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, t.y.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b Ahmed b Muhammed b Kudâme Cemmâilî Makdisî. *el-Muğnî*. Riyâd: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1997.
- İbn Müflih, Ebû İshâk Burhâneddin İbrâhim b Muhammed. *el-Mübdî' fî şerhi'l-Mukni'*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.
- İbn Nuceym, Siracüddin Ömer b İbrâhim b Muhammed Mısri. *en-Nehrü'l-fâik şerhu Kenzi'd-dekâik*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2002.
- İbn Nuceym, Zeynüddin Zeyn b İbrâhim b Muhammed Mısri Hanefî. *el-Bahrü'r-raik şerhu Kenzi'd-dekâik*. y.y.: Darü'l-Kitâb-ü'l-İslâmî, 2010.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd Muhammed b Ahmed b Ahmed el-Kurtubî. *el-Mukaddimâtü'l-mümehhidât*. Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1988.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd Muhammed b Ahmed b Muhammed Kurtubî. *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*. Kâhire: Dârü'l-Hadîs, 2004.
- İbn Şâs, Ebû Muhammed Celâlüddîn Abdullâh b Necm b Şâs b Nizâr Cüzâmî Sa'dî. *'İkdül-cevâhiri's-semîne fî mezhebi âlimi'l-Medîne*. Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 2003.
- İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Muhammed b Mükerrrem b Ali el-Ensârî İbn. *Lisanü'l-Arab*. Beyrut: Dâru Sadır, t.y.
- İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed b Abdullah b Muhammed Meafirî. *Ahkâmü'l-Kur'ân*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003.
- İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed b Abdullah b Muhammed Meafirî. *el-Kabes fî şerhi Muvatta'i Mâlik b. Enes*. Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1992.
- İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed b Abdullah b Muhammed Meâfirî. *el-Mesâlik fî şerhi Muvatta'i Malik*. Beyrut: Darü'l-Garbi'l-İslami, 2007.

- İbnü'l-Hümâm, Kemâleddin Muhammed b Abdülvahîd b Abdülhamîd. *Şerhu fethü'l-kadîr*. Mısır: Mustafâ el-Babî el-Halebî, 1970.
- İbnü'l-Mülakkın, Ebû Hafs Siracüddin Ömer b Ali b Ahmed. *Ucaletü'l-muhtâc ilâ tevcîhi'l-minhâc*. İrbid: Dârü'l-Kitâb, 2001.
- İbnü'l-Münîr, Ebu'l-Abbâs Nâsirüddîn İbnü'l-Münîr el-İskenderânî. *el-Mütevârî alâ ebvâbi'l-Buhârî*. Kuveyt: Mektebetü'l-Muallâ, t.y.
- İbnü'l-Münzîr, Ebû Bekr Muhammed b İbrâhim en-Nisâbûrî. *el-İcmâ'*. y.y.: Dârü'l-Müslim, 2004.
- İbnü'r-Rif'a, Ebü'l-Abbâs Necmüddîn Ahmed b. Muhammed b. Alî el-Ensârî. *el-Kifâye fî şerhi't-Tenbîh*. y.y.: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2009.
- İsnevî, Ebû Muhammed Cemaleddîn Abdürrahim b Hasan b Ali. *el-Mühimmât fî Şerhi'r-Ravza ve'r-Râfî*. Beyrut: Dârü'l-beyzâ: Merkezü't-Türâsî's-Sekâfî el-Mağribî, 2009.
- Kâdî Abdülvehhâb, Ebû Muhammed Abdülvehhâb b Ali b Nasr Bağdadî. *el-İşrâf alâ nüketi mesâili'l-hilâf*. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1999.
- Kâdî 'İyâz, Ebü'l-Fazl İyâz b Musa b İyaz el-Yahsubî. *Tertîbü'l-medârik ve takrîbü'l-mesâlik li-ma'rifeti a'lâmi mezhebi Mâlik*. Mağrib: Matba'atü'l-Füdâle, t.y.
- Karadâgî, Ali Muhyiddin Ali. *Mebdeü'r-rızâ fî'l-ukûd*. Beyrut: Dârü'l-Beşairi'l-İslâmiyye, 1985.
- Kârâfî, Ebü'l-Abbâs Şehâbeddin Ahmed b İdris b Abdürrahim. *Envârü'l-bürûk fî envâi'l-fürûk*. Kâhire: Âlemü'l-Kütüb, t.y.
- Karâfî, Ebü'l-Abbâs Şehâbeddîn Ahmed b İdris b Abdürrahîm. *Şerhu Tenkîhi'l-fusûl*. y.y.: Şirketü't-Tıbbâ'a el-Fenniyye el-Müttehîde, 1973.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: Bayrak Matbaacılık, 1991.
- Kârî, Ebü'l-Hasan Nureddin Ali b Sultan Muhammed Ali el-. *Mirkâtü'l-mefâtîh şerhu Mişkâtî'l-mesâbîh*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 2002.
- Kâsânî, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b Mes'ud b Ahmed el-Hanefî. *Bedâiü's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi'*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1997.
- Kastallânî, Ebü'l-Abbâs Şehâbeddin Ahmed b Muhammed. *İrşâdü's-sârî li-şerhi Sahîhi'l-Buhârî*. Mısır: el-Matbaatü'l-Kübra'l-Âmîriyye, 1905.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 18. Basım, 2014.
- Kirmânî, Ebu Abdullah Şemseddin Muhammed b Yusuf b Ali. *el-Kevâkibü'd-derârî fî*

- şerhi Sahîhi'l-Buhârî*. Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1981.
- Koca, Ferhat. "Mantûk", *DİA*, XXVIII, 31-32.
- Koca, Ferhat. "Mefhûm", *DİA*, XXVIII, 350-351.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Komisyon. el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, 1. Baskı, "Akid", s. 215.
- Komisyon. el-Mevsûatü'l-fikhiyye, "İttihâd-ı meclis", 2. Baskı, s. 202, 205, 206.
- Komisyon. el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, 1. Baskı, "Meclisü'l-akd", s. 144.
- Komisyon. el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, 2. Baskı, "Hıyâr", s. 41.
- Komisyon. el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, 2. Baskı, "Hıyârü'l-meclis", s. 170.
- Komisyon. el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, 2. Baskı, "Teferruk", s. 80.
- Komisyon. el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye, 1. Baskı, "Sarf", s. 350-352.
- Komisyon. *Fetava'l-Alemgiriyye = el-Fetava'l-Hindiyye*. Bulak: Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyye, 1892.
- Kurtubî, Ebû Abdullah Muhammed b Ahmed b Ebî Bekr. *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*. Kâhire: Dârü'l-Kütübî'l-Mısriyye, 1963.
- Leknevî, Ebü'l-Hasenât Muhammed Abdülhay b Muhammed. *er-Ref' ve't-tekmil fi'l-cerh ve't-ta'dil*. Kâhire: Dârü's-Selâm, Mektebü'l-Matbû'âtü'l-İslâmiyye, 2000.
- Leknevî, Ebü'l-Hasenât Muhammed Abdülhay b Muhammed. *et-Ta'likü'l-mümecced ala Muvatta'i'l-İmâm Muhammed*. Dımaşk: Dârü'l-Kalem, 2005.
- Mahallî, Ebu Abdullah Celaledin Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Ensarî. *Kenzü'r-râgıbîn fi şerhi Minhâci't-tâlibîn (Kalyûbî ve Şehâbeddin Ahmed Amîre el-Burullusî'nin hâşiyeleriyle birlikte)*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1995.
- Mahmesânî, Subhî Receb. *en-Nazariyyetü'l-âmmeh li'l-mû'cebâtî ve'l-ukûd*. Beyrut: Mektebetü'l-Keşşâf, 1948.
- Mâlik b. Enes, Ebû Abdullah el-Asbahî el-Himyerî. *Muvatta' : rivaye Yahya b. Yahya el-Leysî el-Endelüsî*. Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1985.
- Mâlik b. Enes, Ebû Abdullah el-Asbahî el-Himyerî Mâlik b. Enes. *Muvatta': rivaye Muhammed b. Hasan eş-şeybânî*. Kâhire: el-Mektebetü'l-İlmiyye, t.y.
- Mâlik bEnes, Ebu Abdullah el-Asbahî el-Himyerî. *Muvatta'*. İstanbul: Beyan Yayınları, 1994.

- Marûf, Hüseyin Abdulkadir. “eş-Şekliyye fî'l-ukûd-i fî'l-fıkh-i'l-İslâmî: dirâse fi ârâ-i'l-bahisîn fî'l-fıkh-i'l-İslâmî”. *Mecelletü ââab-i'l-basra* 52 (2010): 297-316.
- Masinî, Salim Müslim. “eş-Şekliyye fî ukûd-i'l-internet”. *Mecellet-ü'l-bühûs ve'd-dirâsâtî ş-şeriyye* 24 (2014): 271-308.
- Maverdî, Ebû'l-Hasan Ali b Muhammed b Habîb. *el-Hâvi'l-kebîr hüve Şerhu Muhtasari'l-Müzenî*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1999.
- Mâzerî, Ebû Abdullah Muhammed b Ali b Ömer et-Temîmî. *el-Mu'lim bi-fevâidi Müslim. el-Müessesetü'l-Vataniyye li't-Terceme ve't-Tahkîk ve'd-Dirâsât* [Beytü'l-Hikme], 1988.
- Melibârî, Zeynüddin b Abdülazîz b Zeynüddin b Ali b Ahmed. *Fethü'l-muîn bi-şerhi Kurretü'l-ayn; Kurretü'l-ayn bi-mühimmâtî'd-din*. y.y.: Dârü İbn Hazm, t.y.
- Merginânî, Ebû'l-Hasan Burhaneddin Ali b Ebî Bekr. *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*. Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 2010.
- Molla Hüseyin, Hüseyin Mehmed Efendi. *Dürrerü'l- hükkâm fî şerhi Gureri'l-ahkâm*. y.y.: Dârü İhyâi'l-Kütübî'l-Arabiyye, t.y.
- Muhammed b. İdrîs eş-Şâfiî. *er-Risâle*. ed. Muhammed Seyyid Kîlânî. Kahire: Mustafâ Bâbi'l-Halebî, 1969.
- Mûsa, Muhammed Yusuf. *el-Emval ve nazariyyetü'l-akd fî'l-fıkhî'l-İslâmî*. Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Arabî, 1997.
- Mübârek, Kays b Muhammed Âlü's-Şeyh. *Hıyârü'l-meclis*. Dimaşk: Darü'l-İmân, 2013.
- Mübârekfûrî, Ebû'l-U'la Muhammed Abdurrahman b Abdürrahim. *Tuhfetü'l-ahvezî bi-şerhi Câmiî't-Tirmizî*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, t.y.
- Münzirî, Ebû Muhammed Zekiyyüddin Abdülazim b Abdülkavî. *Hadisü'l-mütebayyayni bi'l-hıyâr ve'l-keîlâmu 'alâ ruvâtihî*. Dimaşk: Dârü'n-Nevâdir, 2011.
- Müzenî, Ebû İbrâhim İsmail b Yahyâ b İsmail eş-Şafîi. *Muhtasarü'l-Müzenî fî fûru'i ş-Şafîiyye*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1983.
- Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Muhyiddin Yahyâ b Şeref b Nuri. *el-Mecmu' şerhi'l-Muhezzeb li ş-Şirâzî*. Kâhire: İdâretü't-Tıbbâ'ati'l-Münîriyye, 1928.
- Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Muhyiddin Yahyâ b Şeref b Nuri. *Ravzatü't-tâlibîn ve umdet-ü'l-müftîn*. Beyrut: el-Mekteb-ü'l-İslâmî, 1991.
- Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Yahyâ b Şeref b Mürî. *El-Minhâc fî şerhi Sahîhi Müslim b. Haccâc*. Beyrut: Dârü İhyai't-Türâsi'l-Arabî, 1972.
- Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Yahyâ b Şeref b Mürî. *Minhâcü't-tâlibîn ve umdetü'l-müftîn fî'l-*

fikh. y.y.: Dârü'l-Fikr, 2005.

Oğuzman ve Öz, Kemal ve M.Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.

Özdemir, Muhittin. "Şâfiî Fürû' Fıkıh Literatüründe Mezhep Görüşleriyle İlgili Kavramların Gelişimi." Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2010.

Râfiî, Ebü'l-Kasım Abdülkerîm b Muhammed b Abdilkerîm Kazvînî. *el-Azîz şerhi'l-Vecîz*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.

Râfiî, Ebü'l-Kasım Abdülkerîm b Muhammed b Abdilkerîm Kazvînî. *Fethü'l-azîz fî Şerhi'l-Vecîz = eş-Şerhü'l-kebir*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.

Râzî, Ebû Abdullah Zeynüddin Muhammed b Ebî Bekr b Abdilkadir. *Muhtârü's-Sıhah = Mu'cemü'r-Razi*. Kahire: Dârü'l-Hadis, 1893.

Râzî, Fahreddîn Ebû 'Abdillâh Muhammed b. 'Umer. *Münazârât*. Haydarabad: Matbaa'tü Meclisi Dâireti'l-Meâ'rifi'l-Usmaâniyye, 1936.

Remlî, Şemseddin Muhammed b Ahmed b Hamza el-Ensârî. *Nihâyetü'l-muhtâc ila şerhi'l-minhâc (Nûreddin eş-Şebrâmellisî ve Reşîdî'nin hâşiyeleriyle birlikte)*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1984.

Rubeyş, Abdurrahman b. Süleyman b. Salih. "Hıyârü'l-meclis fî'l-fikhi'l-İslâmî." Yüksek Lisans Tezi. Câmiatü'l-İmam Muhammed b. Suûd el-İslâmiyye. 1987.

Rûyânî, Ebü'l-Mehâsin Abdülvahid b İsmail. *Bahrü'l-mezheb fî fûrû'ı mezhebi'l-İmâm eş-Şâfi'î*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009.

Sahnûn, Abdüsselâm b Saîd Tenuhî. *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*. y.y.: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.

San'anî, Ebû İbrâhim İzzeddin Muhammed b İsmail Emir. *Sübülü's-selâm şerhi Bulûğü'l-merâm min cem'i edilleti'l-ahkâm*. Kâhire: Dârü'l-Hadîs, 1997.

Semerkindî, Ebû Bekr Alaeddin Muhammed b Ahmed b Ebî Ahmed. *Tuhfetü'l-fukahâ*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.

Semerkindî, Ebü'l-Leys İmamülhüda Nasr b Muhammed b Ahmed. *Uyûnü'l-mesâil fî fûrû'î'l-Hanefiyye*. Bağdat: Matba'at-ü Esed, 1966.

Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed. *Mesadirü'l-hak fî'l-fikhi'l-İslâmî*. Kahire: Camiâtü'd-Devli'l-Arabiyye, 1960.

Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b Ahmed b Sehl. *el-Mebsût*. Mısır: Matba'atü's-Saâde, t.y.

- Serhan, İbrahim Basim Muhammed. "Meclis-ü akd-i'l-bey' beyne'n-nazariyye ve't-tatbik." Yüksek Lisans Tezi. Câmîâtü'n-Necâhi'l-Vataniyye. 2006.
- Sivâr, Muhammed Vahîdüddîn. *et-Ta'bîr anî'l-irâde fî'l-fikhi'l-İslâmî*. Ammân: Mektebetü Dârü's-Sekâfe, 1998.
- Sivâr, Muhammed Vahidüddîn. *eş-Şekl fî'l-fikhi'l-islâmî: dirâse muvâzene*. Amman: Dârü's-Sekâfe, 1998.
- Sütken, Elvan. "Roma Hukku'nda Şekil." Doktora Tezi. Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2010.
- Şâfiî, Ebû Abdullah Muhammed b. İdrîs b. Abbas. *el-Ümm*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1990.
- Şahâta, Şefik. *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-iltizâmât fî's-şeriat-i'l-islamiyye*. Mısır: Matba'atü'l-İ'timad, t.y.
- Şahin, Hasan. "Akidlerde Muhayyerlik Teorisi." Doktora Tezi. Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2016.
- Şahin, Hasan. "İslam Hukukunda Akid Meclisine Ait Muhayyerlikler". *Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6 (2018): 323-356.
- Şâtîbî, Ebû İshak İbrâhim b Musa b Muhammed el-Gırnatî. *el-Muvâfakât*. Huber: Dârü İbn Affân, 1997.
- Şemseddîn, er-Remlî. *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1984.
- Şerkavi, Ali el-Bedri Ahmed. *el-Hıyarat fî'l-bey'*. y.y.: y.y., 1990.
- Şevkânî, Ebû Abdullah Muhammed b Ali b Muhammed el-Havlânî el-Yemenî. *Neylû'l-evtâr şerhü Münteka'l-ahbâr*. Mısır: Dârü'l-Hadîs, 1993.
- Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b Hasen b Ferkad. *el-Hücce alâ ehli'l-Medîne*. Beyrut: Âlemü'l-Kütüb, 1982.
- Şeyhizâde, Damad Abdurrahman Gelibolulu. *Mecmaü'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur*. İstanbul: : Matbaa-i Âmire, 1910.
- Şirâzî, Ebû İshak Cemaleddin İbrâhim b Ali b Yusuf. *el-Mühezzeb fî fikhi'l-İmâm eş-Şâfiî*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, t.y.
- Şirbînî, Şemseddin Hatib Muhammed b Ahmed Kahiri Şafii. *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*. y.y.: Dâü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994.
- Taberî, Ebû Cafer İbn Cerîr Muhammed b Cerîr b Yezid. *Câmiü'l-beyân fî tefsîri'l-Kur'ân*. Mekke: Dârü't-Terbiyye ve't-Türâs, t.y.
- Taberî, Ebû Cafer İbn Cerîr Muhammed b Cerîr b Yezid. *İhtilâfü'l-fukaha*. Beyrut:

- Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, t.y.
- Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b Muhammed b Selâme. *Şerhu Müşkili'l-âsar*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1994.
- Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b Muhammed b Selâme Ezdî Hacrî Mısırî. *Şerhu Meânî'l-âsâr*. y.y.: Âlemü'l-Kütüb, 1994.
- Takî Osmanî, Muhammed. *Tekmiletü fethi'l-mülhim bi-şerhi sahîhi müslim*. Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 2006.
- Tayyâr, Abdullah b. Muhammed b. Ahmed. "Hıyâru'l-meclis ve'l-ayb fi'l- fıkhi'l-İslâmî." Yüksek Lisans Tezi. Câmiatü'l-İmam Muhammed b. Suûd el-İslâmiyye. 1979.
- Tehânevî, Zafer Ahmed. *İ'lâü's-sünen*. Karaçi: İdâretü'l-Kur'ân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, 1994.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop. *Tekinay Borçlar Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tîbî, Şerefeddin Hüseyin b Muhammed b Abdullah. *Şerhu't-Tîbî ala Mişkâti'l-Mesâbîh: el-Kâşif an hakâiki's-sünen*. Riyâd: Mektebetü'n-Nizâr Mustafa el-Bâz, 1997.
- Tuğ, Adnan. *Türk Özel Hukukunda Şekil*. Konya: Karadeniz Gazetecilik Ve Matbaacılık a.ş. Trabzon, 2. baskı., 1994.
- Tüfekçi, İbrahim. "İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 20 (2012): 11-42.
- Yücel, Ahmet. "Muztarib", *DİA*, XXXI, 422-423.
- Zehebî, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b Ahmed b Osman. *el-Mukaddimetü'l-mûkıza fî ilmi mustalahi'l-hadîs*. Kuveyt: Dârü Rekâiz li'n-Neşr ve't-Tevzî', 2018.
- Zehebî, Şemseddin Muhammed b Ahmed b Osman. *Siyerü a'lâmi'n-nübelâ*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1985.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed ez-. *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l-âm : ihrâcun cedîd*. Dımaşk: Dârü'l-Kalem, 2012.
- Zerkeşî, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b Abdullah. *Şerhu'z-Zerkeşi ala muhtasari'l-hırakî fî'l-fıkhi alâ mezhebi İmam Ahmed b. Hanbel*. Riyad: Dârü'l-Ubeykan, 1993.
- Zeylâî, Fahreddin Osman b Ali b Mihcen. *Tebyînü'l-hakâik fî şerhi Kenzi'd-dekâik*. Kâhire: el-Matba'atü'l-Kübra'l-Emîriyye, 1896.
- Zühaylî, Vehbe. *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*. Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 1985.

ÖZGEÇMİŞ

Adı, Soyadı	Orhan	AKAT
Doğum Yeri ve Yılı		
Bildiği Yabancı Diller	Arapça	
ve Düzeyi	İyi (A)	
Eğitim Durumu	Başlama - Bitirme Yılı	Kurum Adı
Lise		
Lisans		
Yüksek Lisans		
Çalıştığı Kurum	Başlama - Ayrılma Yılı	Çalışılan Kurumun Adı
Katıldığı Proje ve Toplantılar		
Yayınlar:		
İletişim (e-posta):		
Tarih	27.06.2024	
İmza		
Adı Soyadı	Orhan AKAT	

