

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

İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA ÖRFÜN MUHAYYERLİKLERE ETKİSİ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Sümeyra Merve EREN

Danışman:
Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İSTANBUL

2023

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

İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA ÖRFÜN
MUHAYYERLİKLERE ETKİSİ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Sümeyra Merve EREN

Danışman:
Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İSTANBUL

2023

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı'nda 0201119YL13numaralı Sümeyra Merve EREN'in hazırladığı “*İslam Borçlar Hukukunda Örfün Muhayyerliklere Etkisi*” konulu yüksek lisans tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 10/02/2023 günü (15.30 – 18. : 00) saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin başarılıolduğuna oy birliği ile karar verilmiştir.

Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi
(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

Doç. Dr. Münteha MAŞALI
Marmara 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.

Sümevra Merve EREN

10/02/2023

ÖZ

Hız. Peygamberin hüküm koymada içinde yaşadığı toplumun örf ve âdetini dikkate aldığı, bireysel ve toplumsal hayatı kolaylaştıran, bütünlüğü sağlayan, muameleleri düzene koyan örfleri ikrar ettiğı yahut şartlarında iyileştirmeye giderek uygulamada bıraktığı bilinmektedir. Hız. Peygamberden sonra gelen devirlerde de O'nun bu yöntemi takip edilmiş, sahabe devrinden itibaren ictihad ehli, içinde bulundukları toplumun durum ve şartlarını gözeterek ictihad etmiştir. Bu durum bazı hallerde kendilerinden öncekilere muhalefet etmelerini, bazen de kendilerinden sonra gelenlerin onlara muhalefet etmesini gerektirmiştir. Hükümün maksadını gerçekleştirmesi açısından örfle dayalı hükümlerdeki bu değişme İslâm hukukundaki dinamizmi sağlamada etkili olmuştur.

Muhayyerlikler, kökeni çok eski dönemlere dayanan, kanundan doğan yahut tarafların ileri sürmesiyle ortaya çıkan haklardır. İslamiyetle beraber muhayyerliklerin kabul edilmesinde Hız. Peygamber'in, devam eden süreçte ictihad ehlinin tutumu, bu konuda toplumun örfünün gözetildiğini göstermektedir. Muhayyerlik ve örf kavramları üzerine çokça çalışma yapılmış, bu çalışmalarda kısaca örfle atıf yapılmış olsa da her iki kavramın ortak noktasının herhangi müstakil bir çalışmada yer almadığı tespit edilmiştir. Bu sebeple örfün muhayyerlikler üzerindeki etkisini derinlemesine inceleme ihtiyacı duyulmuştur.

Araştırmada öncelikle örf ve muhayyerlik kavramları İslam Borçlar Hukuku açısından tanıtılmış, daha sonra muhayyerliklerin şartlarının oluşumu, kullanım ve sona ermelerinde örfün etkisi tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Muhayyerlik, örf, islam hukuku, borçlar hukuku.

ABSTRACT

It is known that the Prophet took into account the customs and traditions of the society he lived in, accepted the customs that facilitate individual and social life, ensure integrity, and regulate transactions, or left them in practice by improving their conditions. His method was followed in the eras after the Prophet as well, and since the era of the companions, the mujtahids have made ijtiḥād by considering the conditions of the society they live in. This situation necessitated them to oppose their predecessors in some cases, and sometimes by those who came after them to oppose them. In terms of the realization of the purpose of the provision, this change in the customary provisions has been effective in providing the dynamism in Islamic Law.

Rights of option are rights that have their origins in ancient times, sometimes arising from the law, and sometimes arising from the assertion of the parties. In the acceptance of the rights of options with Islam, it is understood that the custom of the society was given importance from the way dealt the issue the Prophet and the mujtahids in the periods after him.

There is a lot of research on the concepts of rights of option and custom. However, there is no research on the common point of rights of option and custom. For this reason, there was a need to examine the effect of custom on rights of option in depth.

Key Words: Right of option, customs, islamic law, law of obligations.

ÖNSÖZ

Muhayyerlikler, İslâmiyet öncesi devirden bugüne kadar olan süreçte toplumun muamelelerindeki düşünme, danışma ve deneme gibi ihtiyaçlarına cevap verebilmek adına akitlerin taraflarına tanınan haklardır. İslâmiyetle beraber Hz. Peygamberin toplumun akitlerdeki bu gibi ihtiyaçlarına yaşadığı toplumun örfünü dikkate alarak cevap verdiği söylenebilir. Sonraki dönemlerde muhayyerliklerin sınır ve şartlarının belirlenmesi noktasındaki ictihadlarında fakihlerin de sıklıkla örf'e atıf yaptığı görülmektedir. Bu durum muhayyerliklerin meşru görülmesinden, sona ermesine kadar olan süreçte örfün etkili olduğu ve bu haklarla amaçlanan; akitlerde rızanın sağlanması, taraf iradelerinin sağlıklı bir şekilde yansıtılması, niza, aldanma ve zarar görme durumlarının engellenmesi noktasında onun önemli rolünün bulunduğunu söylemeyi mümkün kılmaktadır.

Muhayyerlikler esasen her türlü seçme ve tayin işlemini kapsamaktaysa da konu satım akdi ile arasındaki sıkı bağı sebebiyle Fıkıh kitaplarında genellikle *büyü'* bahsi altında meselecî bir metodla işlenmiştir. Bu durum araştırmada da konunun İslâm Borçlar Hukuku bağlamında satım akdi özelinde ele alınmasına temel teşkil etmiştir.

Çalışma bir giriş ve iki ana bölümden oluşmaktadır. Giriş kısmında araştırmanın konusu, amacı, önemi, yöntemi ve kaynaklarından bahsedilmektedir. Birinci bölümde örf ve muhayyerlik kavramlarının sözlük ve terim anlamlarına yer verilmiş, bunun akabinde kavramların kendi içlerindeki sınıflandırılmalarına, muhayyerliklerin akde etkisine, örfün hükümlerdeki rolüne ve fikhî kullanım biçimlerine değinilmiştir. İkinci bölümde muhayyerliklerin meşruiyet temeline inilerek mezheplerin görüşleri çerçevesinde örfün buradaki rolü tespit edilmeye çalışılmıştır. Devamında muhayyerliklerin akdin taraflarında sabit olabilmesi için aranan şartların oluşumu, bu hakların kullanımına delalet eden davranışların tespiti ve kullanım süreleri ile sona ermeleri noktalarındaki fukahâ ictihadlarında örfün etkisi incelenmiştir.

Bu vesile ile araştırma konusunun belirlenmesi, sınırlandırılması noktasında yardımlarını esirgemeyen, daima destekleyici ve yüreklendirici bir tutumla çalışmanın nihayete ermesini sağlayan danışman hocam Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU ve çalışmaya tavsiyeleriyle katkıda bulunan değerli hocalarım Prof. Dr. İbrahim Kâfi

DÖNMEZ ve Doç. Dr. Münteha MAŞALI nezdinde bugün bu çalışmanın tamamlanması aşamasına gelene kadar tedrisatından geçtiğim bütün hocalarıma sahip oldukları hazineyi şahsıma aktardıkları için teşekkür ederim.

Öğrenim hayatım boyunca daima yanımda olan babam Ömer EREN, annem Ütiye EREN'e bu meşakkatli süreçteki sabır ve anlayışları için ayrıca teşekkür ederim. Bu yolculukta desteklerini gösteren değerli dostlarıma, bilhassa bu süreci benim için maddi, manevi kolaylaştıran dostlarım Tuğba ÜLKER, Betül ÖZDEMİR, Elif ARIKAN ve Ebrar AVŞAR'a, ayrıca yalnızca tezimi okuyarak dil ve anlatım bakımından eksiklerini gidermek adına katkıda bulunduğu için değil, güzel yüreği ve daimi dostluğu için sevgili dostum Meryem Sena KURUMAHMUT'a teşekkürü bir borç bilirim.

Sümeyra Merve EREN

Bursa, 2023

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
BEYAN	iii
ÖZ.....	iv
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ.....	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	x

GİRİŞ.....	1
I. Araştırmanın Konusu	1
II. Araştırmanın Amacı ve Önemi.....	2
III. Yöntem ve Kaynaklar	2

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA ÖRF VE MUHAYYERLİK KAVRAMLARI5

1. Örf.....	5
1.1. Örfün Tanımı ve Terimleşme Süreci.....	5
1.2. Örfün Şartları	7
1.3. Örfün Çeşitleri.....	8
1.4. Hükümlerin Oluşum ve Değişiminde Örfün Etkisi.....	9
1.5. Örfün Fıkhî Kullanım Biçimleri	13
2. Muhayyerlik	14
2.1. Muhayyerliğin Tanımı ve Terimleşme Süreci	14
2.2. Muhayyerliklerin Amacı.....	18
2.3. Muhayyerliklerin Sınıflandırılması	18
2.4. Muhayyerliklerin Akde Etkisi.....	21

İKİNCİ BÖLÜM

MUHAYYERLİKLERDE ÖRFÜN ETKİSİ 24

1. Muhayyerliklerin Meşruiyeti ve Örfün Etkisi.....	24
1.1. Meclise Ait Muhayyerlikler	25
1.2. Şart Muhayyerliği.....	30
1.3. Nakit Muhayyerliği	32
1.4. Ta‘yin Muhayyerliği.....	34
1.5. Vasıf Muhayyerliği.....	35
1.6. Ayıp Muhayyerliği	37
1.7. Hıyânet Muhayyerliği.....	40
1.8. Görme Muhayyerliği	43
1.9. Keşf-i Hâl Muhayyerliği.....	48
1.10. Tekeşşüf-i Hâl Muhayyerliği	49
1.11. Tefrîk-i Safka Muhayyerliği	50
1.12. Şu‘a Hakkı	52
2. Muhayyerlik Şartlarının Oluşumunda Örfün Etkisi	55
2.1. Meclise Ait Muhayyerlikler	55
2.2. Şart Muhayyerliği.....	57
2.3. Nakit Muhayyerliği	62
2.4. Ta‘yin Muhayyerliği.....	63
2.5. Vasıf Muhayyerliği.....	66
2.6. Ayıp Muhayyerliği	69
2.7. Hıyânet Muhayyerliği.....	75
2.8. Görme Muhayyerliği	77
2.9. Keşf-i Hâl Muhayyerliği.....	83
2.10. Tekeşşüf-i Hâl Muhayyerliği	84
2.11. Tefrîk-i Safka Muhayyerliği	85
2.12. Şu‘a hakkı.....	87
3. Muhayyerliklerin Kullanımında Örfün Etkisi	88
3.1. Muhayyerliklerin Kullanıldığına Delalet Eden Davranışlarda Örfün Etkisi	88
3.2. Muhayyerliklerin Kullanım Sürelerinde Örfün Etkisi.....	91
4. Muhayyerliklerin Sona Ermesinde Örfün Etkisi	97
4.1. Genel Sona Erme Nedenleri	97
4.2. Özel Sona Erme Nedenleri	99

4.2.1. Meclis Muhayyerliğinin Sona Ermesinde Örfün Etkisi	99
4.2.2. Ayıp Muhayyerliğinin Sona Ermesinde Örfün Etkisi	101
4.2.3. Görme Muhayyerliğinin Sona Ermesinde Örfün Etkisi	104
SONUÇ.....	106
BİBLİYOGRAFYA	110
ÖZGEÇMİŞ	118



KISALTMALAR

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
b.	ibn./ bin
Bk.	bakınız
b.y.	basım yeri yok
c.	cilt
çev.	çeviren
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
ed.	editör
Hız.	hazreti
md.	madde
nşr.	neşreden
ö.	ölüm tarihi
s.	sayfa
TDV	Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	tahkik eden
t.y.	basım tarihi yok
ve diğer.	ve diğerleri
y.y.	yayıncı yok

GİRİŞ

I. Araştırmanın Konusu

Muhayyerlik, akitlerde kişinin kendisi için daha iyi olanı tercih etmesini ifade eder. Bu tercih işlemi satım akdinde onaylama, feshetme yahut mallardan birini seçme gibi şekillerde kendisini gösterir. Esasen mâli muavaza akitleri gerekli şartları taşıdığı takdirde bağlayıcıdır. Ancak üstün bir hikmete dayanılarak bu asıldan vazgeçilmiş ve insanlar arasında anlaşmanın sağlanması, tartışmaların, anlaşmazlıkların bertaraf edilebilmesi adına muhayyerlikler mübah kılınmıştır. Nitekim insanlar akdi kurduktan sonra çeşitli sebeplerden pişmanlık yaşayabilmekte, bu da taraflar arasında husumete yol açabilmektedir. Muhayyerlikler sayesinde kendisine bu hak tanınan kişi akte rızasını sağlıklı bir biçimde ortaya koyabilmektedir. Söz konusu hikmete binaen teşri kılınan muhayyerliklerin, şartlarının ortaya konması, bu hakların kullanım ve sona ermeleri noktasında da bu hikmet gözetilmiştir.

Muhayyerliler, İslâm hukukuna özgü bir hukukî müessese olmayıp, kökeni çok eski devirlere dayanmaktadır. Bazen kanundan doğan haklar olarak bazen ise tarafların ileri sürmesiyle ortaya çıkan bu hakların daha önceki devirlerde farklı coğrafyalarda olduğu gibi İslâmiyet öncesi Arap toplumunda da uygulamada olduğuna işaret edilmektedir. Akitlerde süre gelen karşılıklı rızanın sağlanması, taraf iradelerinin gerçekleştirilmesi, husumetin önlenmesi gibi ihtiyaçların, İslâmiyetle beraber toplumun aşına olduğu bir müesseseseye yeni bir çerçeve çizilerek giderildiğini ifade etmek mümkündür. Dolayısıyla toplumun örfünün muhayyerliklerin meşruiyeti noktasından itibaren etkili olduğu söylenebilecektir. Daha sonraki dönemlerde ictihad ehlinin de konuyu örfe itibar ederek ele aldığı anlaşılmakta ve muhayyerliklerin her aşamasında etkili olan örfün ayrıca ve derinlemesine incelenmesine olan ihtiyaç ortaya çıkmaktadır.

Fakihlerin muhayyerliklerin sayı ve sınıflandırılması noktasındaki ihtilafı sebebiyle araştırmada klasik bir fûrû fıkıh eseri takip edilmiştir. Klasik eserlerde izlenen yöntem ise muhayyerliklerin genel olarak satım akdi çerçevesinde işlenmesi ve diğer akitlerin bu akde kıyas edilmesidir. Bu sebeplerle araştırma genel olarak akitlerde, özelde satım akdinde ortaya çıkan muhayyerliklerin meşruiyeti, şartlarının oluşumu,

kullanım ve sona ermeleri noktasında örfün etkisini konu edinmektedir. Ne yalnızca muhayyerlikler, ne de örf konusunu incelemek amaç edinilmiştir. Bu sebeple muhayyerlikler ve örfle ilgili olarak yalnızca konunun anlaşılmasına yetecek derecede bilgi verilmiş, bunun haricinde örfün muhayyerlikleri hangi aşamada, ne kadar etkilediği üzerinde durulmuştur.

II. Araştırmanın Amacı ve Önemi

İslâm Hukuku alanında muhayyerlikler ve örfle ilgili yapılmış pek çok çalışma bulunmaktadır. Bu çalışmalarda muhayyerlikler ve örf çeşitli açılardan ele alınmış ve satır aralarında muhayyerliklerin örfle irtibatına atıf yapılmıştır. Ancak müstakil olarak örfün akitlerdeki muhayyerliklere etkisini ele alan bir çalışmaya rastlanamamıştır. Dolayısıyla meşruiyetinden sona ermesine kadar olan aşamalarda muhayyerliklerin örfle olan ilişkisinin detaylı incelenmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle İslâm Borçlar Hukukundaki akitlerde bulunan muhayyerlikler örfle ilişkileri bağlamında incelenmiş, örfün muhayyerlikleri nasıl ve hangi açıdan etkilediğini tespit etmek amaçlanmıştır.

III. Yöntem ve Kaynaklar

Bu çalışma yapılırken izlenen yöntem akitlerdeki muhayyerliklerin meşruiyet, şartlarının oluşumu, kullanım ve sona erme aşamalarında örfün etkisinin konuyla ilgili kaynakların taranması usulüne dayanan bir yöntemle tespit edilmesidir. Araştırmada mezhepler arası karşılaştırma yöntemi tercih edilmiş, ancak ağırlıklı olarak Hanefî mezhebine ait görüşlerde ayrıntıya inilmiştir.

Muhayyerlikler, sayıca bir yüksek lisans tezinin kapsamını aşacak kadar fazla olduklarından, araştırmanın İslâm Borçlar Hukukundaki akitlerde tanınan muhayyerliklerle sınırlandırılması noktasında Kasânî'nin *Bedâiu's-sanâi* adlı eseri esas alınmıştır. Klasik eserlerde muhayyerlikler genel olarak *büyû* üst başlığı altında kısa açıklamalar ile beraber karşılaşılan olaylara verilen örneklerle ele alınmış, muhayyerliklerin mümkün olduğu diğer akitler satım akdine kıyas edilmiştir. Çalışmada klasik kaynakların bu yöntemi izlenmiştir.

Konuyla ilgili olarak Hânefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîlerin görüşlerine yer verildiğinden mezheplerin öne çıkan klasik fûrû fıkıh eserlerinden birkaçı seçilerek bunlardan faydalanılmıştır. Bunun yanında muhayyerliklerde örfün etkisini incelemeyebilmek adına fûrû fıkıha dair nevâzil türü eserler ve çağdaş dönemde fıkıh alanında telif edilen eserlerden de faydalanılmıştır.

Araştırmada ilk olarak konuya kavramlar açısından bakılmış, örf ve muhayyerlik kavramlarının sözlük ve terim anlamları kısaca verilerek İslâm Borçlar Hukuku bağlamında bu kavramlar tanıtılmıştır. Bu kısımda ansiklopedi ve sözlüklerden faydalanılmıştır. Aynı bölümde muhayyerliklerin tarihine değinilmiş ve burada İslâmiyet öncesi döneme ilişkin tarih ve hukuk kaynaklarından faydalanılmıştır. Bunun yanında örf kavramının terimleşme süreci, sınıflandırması, fikhî açıdan kullanım şekilleri açıklanmış ve burada temel usul eserlerinin birkaçından yararlanılmıştır. Örfün incelenmesi noktasında genel olarak fûrû fıkıh esas alınmış, usul tartışmaları kapsamı aşacağından konu dışında bırakılmıştır.

Muhayyerliklerde örfün etkisinin işlendiği ikinci bölümde muhayyerliklerin meşruiyeti noktasında öncelikle mezheplerin görüşlerine, dayanan delillere yer verilmiş ve akabinde meşruiyetlerinde örfün ne kadar ve hangi açıdan etkili olduğuna odaklanılmıştır. Bu minvalde İslâmiyet öncesi dönemde benzer uygulamaların var olup olmadığı incelenmiştir. Daha sonra muhayyerliklerin akdin taraflarında sübut bulması adına fakihlerin ortaya koyduğu şartların örfle ilgisine yine mezheplerin görüşlerine yer verilerek değinilmiştir. Akabinde muhayyerliklerin kullanımı anlamına gelen davranışların belirlenmesi ve kullanım süreleri örf bağlamında açıklanmış ve nihayetinde muhayyerliklerin genel ve özel sona erme nedenlerinde örfün etkisine değinilerek çalışma tamamlanmıştır.

Muhayyerlikler ve örf hakkında yapılan tezler ayrıca incelenmiş ve konunun sınır ve içeriklerini belirlemede bu çalışmalardan faydalanılmıştır. Hasan Şahin'in *Akidlerde Muhayyerlik Teorisi* başlıklı doktora tezi; Ahmed et-Tayyar'ın *Hıyârü'l-Meclis ve'l-'Ayb fî'l-Fıkhi'l-İslâmî* başlıklı yüksek lisans tezi ve Ahmed Fehmi Ebû Sünne'nin *el-Urf ve'l-Âde fî Ra'yi'l-Fukaha* isimli doktora derecesini elde ettiği yayımlanmış çalışması; İhsan Şenocak'ın *İslâm Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi* başlıklı doktora tezi; Adil b. Abdulkadir Muhammed Veli Kuvte'nin *el-Urf Hucciyetuhû*

ve *Eseruhû fî Fıkhi 'l-Muamelâti 'l-Maliyye inde 'l Hânâbile* adlı yayımlanmış doktora tezi istifade edilen başlıca lisansüstü çalışmalardandır.

Muhayyerlikler ve örfle ilgili olarak incelenen diğer tezler ise şunlardır: A. Faruk Kuluş'un *İslam Hukukunda Satım Akdine İlişkin Muhayyerlikler* başlıklı yüksek lisans tezi; Mustafa Kisbet'in *İslam Hukukunda Tüketicinin Korunması Açısından Ayıp Muhayyerliği* başlıklı yüksek lisans tezi; M. Zübeyr Şengül'ün *İslâm Borçlar Hukukunda Görme Muhayyerliği ve Tüketici Hakları Açısından Önemi* başlıklı yüksek lisans tezi; Ümmühan Yiğit'in *İslam Hukukunda Akidlerde Ayıp ve Vasıf Muhayyerlikleri* başlıklı yüksek lisans tezi; Selahattin Kıyıcı'nın *İslam Hukukunda Örf ve Âdet* başlıklı kitaplaştırılmış doktora tezi; Yasemin Işıқтаç'ın *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku* başlıklı kitaplaştırılmış doktora tezi, Feyza Şule Düşgün'ün *Örf ve Âdetlerin İslam Hukukuna Etkisi* adlı yüksek lisans tezi, Ghias Ebrahim Razouk'un *Şafii Mezhebinde Örfün Mali Uygulamalara Etkisi (Özgürlük ve Uygulamalı Bir Çalışma)* başlıklı yüksek lisans tezi.

Muhayyerlikler ve örf konusunda incelenen makaleler ise şöyledir: İbrahim Kâfi Dönmez'in *el-Urf fî 'l-Fıkhil-İslâmi* başlıklı makalesi; Ali Aslan Topçuoğlu'nun *Örf ve Âdetin İslam Borçlar Hukuku Hükümlerine Etkisi Üzerine Bir Tahlil: Hanefî Mezhebi Özelinde* başlıklı makalesi; Muhammed Hamidullah'ın *İslam Hukukunda Örf ve Âdet* başlıklı makalesi; Samire Hasanova'nın *Örf ve Âdetin İslam Hukuk Düşüncesinde Yeri ve Hükümlerin Değişmesi Kapsamındaki Tartışmalarda Rolü*; Günay Musa'nın *Örfün Tanımı, Delil Oluşu Ve İmam Ebû Hanife'nin Bazı Konuları Örfle Çözümlemesi*; İbrahim Tüfekçi'nin *İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği*; Hasan Şahin'in *İslam Hukukunda Akid Meclisine Ait Muhayyerlikler ve İslam Borçlar Hukukunda Ta'yin Muhayyerliği* başlıklı makaleleri; Recep Özdemir'in *İslâm Hukukunda Şart Muhayyerliği* başlıklı makalesi; Abdülaziz b. Muhammed b. Osman er-Rubeyş'in *Satım Akdindeki Şart Muhayyerliğinin Süresi* başlıklı makalesi.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA ÖRF VE MUHAYYERLİK

KAVRAMLARI

1. Örf

Bu başlık altında konunun anlaşılmasına dayanak olması amacıyla kısaca örf tanıtılacak olup, usul tartışmaları konunun kapsamını aşacağından maksadı açıklayacak şekilde kısaca değinilecek, tanıtım genel olarak fûrû fıkıh bağlamında yapılacaktır.

1.1. Örfün Tanımı ve Terimleşme Süreci

Arapça “a-r-f” kökünden türeyen örf kelimesi sözlükte “iyi olan, yadırganmayan, bilinen, tanınan; peş peşe gelen” anlamlarına gelmektedir.¹ Toplumda benzeri durumlarda başlangıcı bilinmeyen bir süreden beri uygulana gelen ve toplumun riayet etmeyi zorunlu gördüğü davranış biçimlerini ve dildeki yaygın kullanımları; akl-ı selimin iyi gördüğü, akılların şهادetiyle yaygın bir hal alıp tab’an kabul edilen şeyleri ifade etmektedir.² İstilahî tanımının yapılması ise kelimenin kullanımından çok daha geç bir zamana rastlamaktadır.

İlk zamanlarda örfün anlaşılmasında Kur’ân ve hadislerde geçen *maruf* ve bununla yakın anlamlara gelen *sünen*, *asar*, *ümme*, *ma aleyhi âbâunâ* ifadeleri ve Hz. Peygamber’in İslâmiyet öncesinde var olan muameleler karşısındaki olumlu tutumu referans alınmıştır.³ Bu tutum halifeler devrinde devam ettirilmiş, örfün hukukî açıdan sistemleştirilmesi adına yeni görüşler ortaya atılmamıştır. Müctehid imamlar zamanına gelindiğinde ise uygulamada çokça yer bulan örf, muamelat alanında hukukî bir kaynak olarak kabul edilmiştir. İlk defa İmam Mâlik’in bir hukuk kaynağı olarak Medinelilerin örf- âdetlerine değeri atfettiği ifade edilmiştir. Diğer müctehid imamlar tarafından bu anlayış rağbet görmemiş, önemli olanın Medine ehlinin ameli değil sahabelerin örf ve

¹Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 3. baskı, İstanbul: Ensar Yayıncılık, 2010, s. 464; İbrahim Kâfi Dönmez, “Örf”, *DİA*, XXXIV, 87.

²Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 464; Dönmez, “Örf”, s. 87.

³el-A’râf 7/ 199, en-Nisâ 4/ 26, ez-Zuhruf 43/ 22.

âdetleri olduğu savunulmuştur. Daha sonrasında örf ve âdet hususundaki faaliyetler durmamışsa da büyük bir gelişme görülmemiştir.⁴

Fıkıh literatüründe VIII. asra gelinceye kadar tanımlanmadığı tespit edilen kavramın ıstilahî tanımına ilk defa VIII. asır hukukçularından Ebû'l Berekât en-Neseî (ö. 1310)'nin *el-Mustasfâ* adlı fîrû eserinde rastlandığı Hanefî hukukçu İbn Âbidîn (ö. 1836) tarafından nakledilmiştir.⁵ Neseî'nin tanımına göre “Örf, akla dayalı olarak nefislerde yerleşen ve selim tabiatlarca makbul karşılanan söz ve davranışlardır.”⁶ Takip eden dönemlerde Neseî'nin tanımıyla aynı anlama gelecek pek çok tanım yapılmış böylelikle örf, fıkıh literatüründeki yerini almıştır. Bununla beraber Neseî, *Keşfü'l-Esrâr* adlı usul eserinin *el- Müteferrikât* başlıklı bölümünde de örf ve âdetin tanımına yer vermiştir. Buna göre “Örf, akılların şahitliği (onaylaması) aracılığıyla kişilerde yerleşen ve selim fitratların kabul edip benimsediği şeydir. Âdet ise insanların sürekli yaptıkları, defalarca tekrarladıkları şeydir.”⁷ Böylelikle örfün tanımının birbirine yakın zamanlarda hem fîrû hem usul eserinde yerini aldığı anlaşılmaktadır.

Örfün tanımının ilk defa bir fîrû fıkıh eserinde yer almasının önemi şuradadır: Fakihler her ne kadar günlük hayatta karşılaştıkları problemlerin çözümünde İslâmın ilkelerine ve nassa aykırı olmayan örf ve tabî olarak sıkça yer verseler de örfü müstakil bir delil olarak usul sistematigine alma ihtiyacı duymamışlardır. Nitekim Kitap ve Sünnette örf ve âdetin kaynak oluşuna delalet eden açık bir ifadeye rastlanılmamaktadır. Örf, mahiyeti itibariyle müstakil bir delil olarak görüldüğü takdirde kitap ve sünnetten sonra başvurulacak ilk kaynak konumunda olacaktır. Bu ise meselelerin çözümünde İslâmın ruhuna uyacak şekilde bir ictehadî faaliyet yürütülememesi demektir. Çünkü yalnızca o hususta örf olup olmadığına dair bir belirleme yapılmakla yetinilerek gerisinin örf ve bırakılması gerekecektir. Teşride örf ve riayet edilmesi ise ona bir kudsiyet

⁴Muhammed Hamidullah, “İslam Hukukunda Örf ve Âdet”, çev. Zahit Aksu, *Hikmet Yurdu* 2 (2008):163.

⁵Ahmed Fehmi Ebû Sünne, *el- 'Örf ve 'l- 'Âde fî Ra'yi 'l-Fukahâ*, Kahire: Matbaatü'l-Ezher, 1947, s. 8; Dönmez, “Örf”, s. 88; Samire Hasanova, “Örf ve Âdetin İslam Hukuk Düşüncesinde Yeri ve Hükümlerin Değişmesi Kapsamındaki Tartışmalarda Rolü”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 14 (2009): 206.

⁶Muhammed Emin İbn Âbidîn “Neşru'l 'Arf fî Binâi b'âzi'l Ahkâm 'ale'l Örf”, *Mecmû'atu Resâ'ili İbn Âbidîn*, b.y., y.y., t.y., c. 2, s. 114; Ali Aslan Topçuoğlu, “Örf ve Âdetin İslam Borçlar Hukuku Hükümlerine Etkisi Üzerine Bir Tahlil: Hanefî Mezhebi Özelinde”, *Turkish Studies = Türkoloji Araştırmaları: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic* 20 (2017): 228.

⁷Abdullah b. Ahmed Neseî, *Keşfu'l-Esrâr Şerhu'l-Musannef 'ale'l-Menâr*, Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, t.y., c. 2, s. 593.

tanımak için değil; insanların ihtiyaçlarını giderebilmek, kolaylaştırma gibi temel ilkelerin uygulanmasını sağlamak içindir.⁸ Böylece fukahânın kendi sistemleri içerisinde örf ve âdete yer vermeleri mümkün olmuşsa da bilinçli bir tercih olarak müstakil bir başlık açılmayarak daha çok istihsan ve istislâh delilleri altında işlevini yerine getirmesi sağlanmıştır. Bu sebeple örfün tanımına ilk defa fûrû fıkıh eserinde rastlanması bir rast geliş değil seçim olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹

Örf kavramıyla yakın ilişki içinde olan ve mahiyet bakımından farklılıklar içermelerine rağmen âlimlerin çoğunlukla aynı anlamda kullandığı âdet kavramı, tekrar tekrar, yapıla yapıla ruhlara ve akıllara yerleşen, orada karar kılan ve maruf olan, bir alaka ve karîne aranmaksızın kabul edilen ve böylece örfi hakikat halini alan davranışlar anlamına gelmektedir.¹⁰ Kısaca akli bir alakaya her zaman ihtiyaç duyulmaksızın fertlerin ya da toplumun tekrar eden söz ve fiilleridir. Zerkâ (ö. 1999)'ya göre âdet bireysel olabilir ancak örf, toplumun çoğunluğunun fiil ve sözdeki âdetidir.¹¹ Öyleyse ona göre âdet, örften daha genel bir kavram olarak ortaya çıkmakta ancak temelde hukukî bir kaynak olarak örfle aralarında bir fark bulunmamaktadır. Fakihler örf ve âdetin her ikisini de gözetmiş, üzerine hüküm bina etmiş ve istinbatta buna riayet etmişlerdir.¹²

1.2. Örfün Şartları

Bir örf ve âdet kuralının hukuka kaynaklık edebilmesi için taşınması gereken şartlar bulunmaktadır. Bu şartları örfün unsurları ve muteber sayılma şartları olarak ikiye ayırmak mümkündür. Toplum tarafından uygulana gelen söz ve davranışları ifade etmesi açısından örfün objektif unsuru sürekli uygulamadır. Buna göre bir davranış ya da durumun örf halini alabilmesi için benzer olayların tamamında veya çoğunluğunda uzun süredir tekrarlanıyor ve insanlar tarafından biliniyor olması

⁸İbrahim Kâfi Dönmez, “el-Urf fi'l-Fıkhi'l-İslâmî”, *Dirâsât Fıkhiyye ve Usûliyye*, 1. Baskı, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2019, s. 170, 171; Dönmez, “Örf”, s. 91.

⁹Dönmez, “Örf”, s. 91; Adil b. Abdülkadir b. Muhammed Veli Kuvte, *el-Urf: Hücciyetuhû ve Eseruhû fî Fıkhi'l-Muâmelâtî'l-Mâliyye inde'l-Hanâbile*, Mekke: el-Mektebetü'l-Mekkiyye, 1997, c. 1, s. 225.

¹⁰İbn Âbidîn, “Neşru'l 'Arf”, c. 2, s. 114; Hayreddin Karaman, “Âdet”, *DİA*, I, 369.

¹¹Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhalu'l- Fıkhiyyu'l- 'Amm*, 3. Baskı, Şam: Dâru'l- Kalem, 2004, s. 867.

¹²Karaman, “Âdet”, s. 370; Ebû Sünne, *el- 'Örf ve'l- 'Âde*, s. 11.

gerekmektedir.¹³ Bu şart Mecelle’de “Âdet ancak muttarid yahut galib oldukta muteber olur.”¹⁴ ve “İtibar gâlib-i şâyi’a olup nâdire değildir.”¹⁵ ifadeleriyle kendisine yer bulmuştur. Maddî unsurun belirlenmesinde esas alınacak süre noktasında davranış yahut durumun kadim olması, öncesini bilen kimsenin olmaması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁶ Toplumda o minvalde davranılmasının genel kanaat haline gelmesi, aksine davranışın bir yaptırıma tâbi olacağı düşüncesi ise örfün manevî, subjektif unsurunu oluşturmaktadır.¹⁷

Örfün muteber sayılması için aranan şartlardan ilki; örfün şer’î delillere aykırı olmamasıdır. Serahsî (ö. 1090) bunu “ Nassa aykırı örfe itibar edilmez.” şeklinde dile getirmektedir.¹⁸ Buna göre örf, bir ayet ya da hadisin hükmüyle uzlaştırılamayacak şekilde çelişirse muteber bir örf sayılmayacak ve fikhî hükme dayanak yapılmayacaktır. Bir diğer şart ise örfün târî olmamasıdır. Çözümü istenen olayın öncesinde ve sonrasında o örf var olmalıdır.¹⁹ Son olarak taraflar arasında örfün aksine bir şartın açıkça kararlaştırılmış olmaması gerekmektedir. Mecelle’de bu husus “Açık ifade karşısında delaletle itibar edilmez.”²⁰ genel kuralıyla açıklanmıştır. Herhangi bir şart bulunmadığı durumlarda örfen sabit olan uygulama alanı bulacaktır.

1.3. Örfün Çeşitleri

Örf çeşitli açılardan değerlendirilerek farklı sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Bunlardan ilki sahih ve fasid örf ayrımıdır. Sahih örf, İslâm Hukuku açısından; insanların örf haline getirdikleri, sabit naslara aykırı olmayan, İslâmın temel esaslarına, genel ilkelerine ters düşmeyen, maslahatla çatışmayan, kötülüğü celbetmeyen örfleri

¹³Zeynuddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir ‘alâ Mezhebi Ebi Hanîfe en-Nu‘mân*, Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, 1999, s. 81; Zerkâ, *el-Medhal*, s. 897; Yasemin Işıқтаç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, İstanbul: Alkım Yayınevi, 1997, s. 54.

¹⁴Mecelle, md. 40.

¹⁵Mecelle, md. 41.

¹⁶Işıқтаç, *Örf ve Adet Hukuku*, s. 55; Mecelle, md. 116.

¹⁷Dönmez, “Örf”, s. 89.

¹⁸Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsü’l-’Eimme Serahsî, *Kitâbu’l-Mebsût*, 3. Baskı, Beyrut/ Lübnan: Dâru’l-Ma‘rife, 1978, c. 13, s. 196.

¹⁹İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 86; Dönmez, “Örf”, s. 90.

²⁰Mecelle, md. 13.

ifade etmektedir. Fâsid örf ise insanların âdet haline getirdiği, şer'i delillere aykırı olan, maslahatla çatışan ve kötülüğü celbeden örflerdir.²¹

Yapısı açısından incelendiğinde *lafzî* (sözlü), *amelî* (fiilî) ve *şer'î* örf ayrımı öne çıkmaktadır. Buna göre lafzî örf kullanma sıklığından dolayı artık kelime söylendiğinde karîneye ihtiyaç duyulmaksızın akla o anlamın gelmesi demektir. Bir belde veled kelimesinin erkek çocuğa hasredilmesi ve veled dendiğinde kız çocuğunun anlaşılmaması bu kabildendir. Amelî örf ise toplumun bir hususta belirli bir davranışı alışkanlık haline getirmiş olmasıdır. Bu tür örfе görme muhayyerliği konusunda insanların evleri dışarıdan görmekle yetinmeyi yahut içine girerek tüm odalarına bakmayı itiyad haline getirmeleri örnek gösterilebilir.²² Şer'î örf ise şer'in hâs manayı murad ederek kullandığı kelimeler olup özel örf altında da incelenebilmektedir. *Salât* kelimesinin dua manasından alınıp, ibâdet olan namaz manasında kullanılması bu tür örfе örnektir.²³

Örfün yayıldığı yer açısından yapılan bir diğer ayrım da *âm* ve *hâs* örften bahsedilmektedir. Genel örf anlamına gelen *âm* örf, herhangi bir zamanda tüm Müslüman beldelerde toplumun bir davranışı veya kelimeyi özel bir anlamda kullanmayı âdet edinmesidir. Istisnâ' akdi ve hamamlara içeride kalma süresi ve kullanılacak su miktarı tayin edilmeden girilmesi bu tür örfе girmektedir. Hâs örf ise belirli bir belde yahut bölge halkının yahut buralarda bulunan bir topluluğun, çeşitli meslek muhitlerinin bir davranışı veya lafzın özel bir anlamda kullanılmasını âdet edinmesidir. Akdin mahallinde ayıp kabul edilecek ve edilmeyecek şeylerde tacirlerin örfünün esas alınması hâs örfе örnek gösterilebilir.²⁴

1.4. Hükümlerin Oluşum ve Değişiminde Örfün Etkisi

İnsanların benimseyip, alışkanlık haline getirdikleri, sürekli bir şekilde yapa geldikleri ve işlerinin düzgün gitmesini sağlayan davranışlar ile duyulduğunda hatıra başka anlam

²¹Abdulvehhâb Hallâf, *İlmu Usûli'l-Fıkıh*, Mısır: Mektebetu'd-D'aveti'l-İslâmiyye, t.y., s. 89; Muhammed Ebû Zehre, *İslam Hukuku Metodolojisi 'Fıkıh Usûlü'*, çev. Abdulkadir Şener, Ankara: Fon Matbaası, 1981, s. 235; Dönmez, "Örf", s. 90.

²²İbrahim Kâfi Dönmez, "el-Urf fi'l-Fıkhi'l-İslâmî", s. 160, 162.

²³Abdulaziz Hayyât, *Nazarîyyetu'l- Urf*, Umman: Mektebetu'l-Aksa, 1977, s. 34; Karaman, "Âdet", s. 370; Dönmez, "Örf", s. 90.

²⁴Ebû Sünne, *el- 'Örf ve'l- 'Âde*, s.19, 20; Zekiyüddin Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkıh)*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez, 19. Baskı, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2014, s. 260.

gelmeyecek şekilde kullanmayı âdet edindikleri lafız anlamındaki örf; İslâm'ın esaslarına ve naslara aykırı olmamak kaydıyla fakihler tarafından dikkate alınmıştır.²⁵

Hükümlerin konulmasındaki temel amaç insanların hallerini düzeltmek, adaleti sağlamak ve onlardaki sıkıntıları gidermektir. Hüküm verilirken insanların âdet edindiği şeyleri dikkate almamak ise onları sıkıntıya düşürecektir. Bu da İslâm hukukunun kolaylık sağlama, meşakkati giderme gibi temel esaslarına aykırı düşmektedir.²⁶ Nitekim İslâm, işlerini örf, âdet, gelenekten oluşan kurallar çerçevesinde yürüten bir topluma doğmuş ve içine doğduğu toplumun örf ve âdetlerini mutlak olarak kabul veya reddetme yoluna gitmemiştir. İslâmdan önceki Arap âdetlerinden alım satım, rehin, kira, selem, evlilik, kefaet gibi temel esaslara uygun olanlar yürürlükte bırakılmış; *münâbeze*, *mülâmese*, *ilkâ-i hacet*, *şiğar nikahı* gibi aykırı olanlar reddedilmiş ve bir kısmının da ıslahı yoluna gidilmiştir.²⁷

Fakihler genel olarak sahih örfü muteber saymışlar, ona çeşitli şartlar altında fetva ve hükümlerinde kendisine dayanılacak bir kaynak olarak itibar etmişlerdir. Bu konuda onlardan “Âdet muhakkemdir.”²⁸, “Örfler sabit olan nasla sabit gibidir.”²⁹ gibi genel kurallar sadır olmuştur. Ayrıca fîrû fıkıh kitaplarında pek çok yerde örfle atıf yaptıkları görülmektedir. Bunlardan bir tanesi de muhayyerlikler konusu olup, buradaki birtakım hüküm ve fetvaları örfün üzerine kurdukları görülecektir.

Bunun yanında nasları ve şer‘î kuralları âm yahut hâs olmaları fark etmeksizin örf ve âdetle tahsis etmekte ve buna istihsân demektelerdir. Burada sebep, insanların kıyasla belirlenen bir hükme veya genel kurala aykırı düşen bir uygulamayı örf haline getirmeleridir. Misalen akitler sırasında ileri sürülen şartların geçersiz sayılacağı genel kuralına veya “Hz. Peygamber, şartlı alışverişi yasakladı.” nassına aykırı olmasına rağmen sözleşmelerde halkın hukukî muamelelerinde şart koşmayı âdet edindiği şartları kabul etmişlerdir. Bu hususta hâs örfün varlığını yeterli bulmuşlardır.³⁰

Ebû Zehre (ö. 1974), örf sebebiyle istihsândaki örfün genel örf olduğunu ifade etmiştir. Ona göre bütün beldelerde insanların üzerine birleştiği şey genel örf olup, Hanefiler zannî olan âmmı bununla tahsis etmekte, kıyası bununla terk etmektedirler.

²⁵Şaban, *Usûlü'l-Fıkıh*, s. 259, 260; Ebû Zehre, *Fıkıh Usûlü*, s. 235.

²⁶Şaban, *Usûlü'l-Fıkıh*, s. 261.

²⁷Topçuoğlu, “Örf ve Âdetin İslam Borçlar Hukuku Hükümlerine Etkisi”, s. 227.

²⁸Mecelle, md. 36.

²⁹Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 14; Mecelle, md. 45.

³⁰Şaban, *Usûlü'l-Fıkıh*, s. 251, 262.

Hız. Peygamber'in şartlı satışı yasakladığını bildiren haberin genelliğini bu örf karşısında nazara almadıklarını belirtmiştir. Ayrıca öteden beri yapıla gelen ıstisnâ' akdini örnek vererek kıyasa aykırı olmasına rağmen sahâbi, tâbiiler ve her çağdaki bilginlerce itiraz edilmeksizin uygulanması sebebiyle kıyası terk ettiklerini belirtmiş ve genel örf için "İcmâ denilse yerinde olur. Hatta bu icma'ın en güzeli olabilir; çünkü sahâbiler ve sahâbi olmayanlar, müctehidler ve müctehid olmayanlar bunda ittifak etmiştir." demiştir.³¹ İctihad ehlerinden olan kimsenin insanların öteden beri yaptığı bu muameleye karşı çıkmamaları, Ebu Zehre'nin genel örf ile icma'ı bitişirmesinin sebebi olarak gözükmektedir.

Hâs yahut hususî örf ise nas karşısında bir değer ifade etmemektedir. Fakat örfün, illeti kat'î bir nas veya açıklık bakımından benzer bir şeyle sabit olmayan kıyasa tercih edileceği belirtilmiştir. Bu şekildeki zannî bir kıyasa dayanan hükümlerin zamana göre değişebileceği ifade edilmiştir. Nitekim öncekiler kıyaslarında kendi örflerinin etkisinde kaldıklarından, sonrakilerin buna muhalefet edebileceği kabul edilmiştir.³² Hanefilerdeki yaygın görüşe göre özel örf nassı tahsis etmemekteyse de Meşayih ve çok sayıda hukukçu özel örfte fetvalarında itibar etmiştir.³³

İbn Âbidîn bu konuyla ilgili olarak şöyle demiştir: "Fıkî meseleler ya sarîh nasla sabit olmakta yahut da re'y ve icihad yoluyla sabit olmaktadır ki çoğunu müctehid kendi zamanında örfte göre belirlemiştir. Nitekim o bugünün örfünde yaşamış olsa idi, önceki görüşüne uymayan bir şey söylerdi. Bu sebeple insanların âdetlerini bilmek icihadın şartlarından sayılmıştır. Zamanın değişmesiyle beraber örfün değişmesiyle, hükümler de değişmektedir. Bu hükümlerin olduğu gibi kalması insanlara güçlük verir ve İslâmın kolaylık sağlama, zarar ve fesadı önleme prensiplerine aykırı düşer. Bu sebeple mezhepteki fakihler, müctehidin kendi zamanına göre açıkladığı bir kısım hükümlere muhalefet etmişlerdir. Çünkü o müctehidin kendisinin çağında yaşaması halinde mezhebin kurallarına uyarak kendi gibi düşüneceklerini bilmekteydiler."³⁴ Nitekim Ebû Hanîfe ve Sahibeyn arasında örfün değişmesinden

³¹Ebû Zehre, *Fıkıh Usûlü*, s. 235.

³²Ebû Zehre, *Fıkıh Usûlü*, s. 236.

³³İbn Âbidîn, "Neşru'l 'Arf", c. 2, s. 116.

³⁴İbn Âbidîn, "Neşru'l 'Arf", c. 2, s. 125.

kaynaklı ihtilafların bulunduğu bilinmektedir.³⁵ Örneğin; İmam Ebû Hanîfe'ye göre bir kimse elbiseyi gasp edip onu siyaha boyadığında malın değeri düşmekteyken, İmâmeyne göre bu işlem diğer renklere boyandığında da olacağı gibi değeri arttırıcı bir işlemdir. Aradaki bu fark örften kaynaklanır. Ebû Hanîfe zamanında Emevîler siyah renk giymekten kaçınır ve bu rengi hoş karşılamazken, İmameyn zamanına gelindiğinde ise Abbâsîler bu rengi sembol edindiğinden değeri arttırıcı bir nitelik olarak kabul edilmiştir.³⁶

Örfe dayalı hükümler zamana göre değişiklik gösterebildiği gibi mekâna göre de değişebilmektedir. Nitekim İmam Şâfiî'nin Irak'tan Mısır'a geldiğinde örf tabi konularda bazı görüşlerini değiştirdiği yönünde yaygın bir kanaat bulunmaktadır.³⁷ Bir bölgenin örfünde bulunan bir davranış bir hükme meşruiyet kazandırırken, o örfün olmadığı başka bir bölgede aynı davranış caiz görülmeyebilir. Dolayısıyla fukahâ, zaman ve mekânın değişmesiyle örf dayalı hükümlerin değişeceğini kabul etmiş ve bunu adaleti sağlamak, maslahatı temin etmek ve fesadı gidermek için gerekli görmüştür.³⁸

Fıkıhın ibâdetler alanında dolaylı bir etkisi olsa da muamelat alanında örf önemli ölçüde varlık göstermekte ve en kolay borçlar ve ticaret hukukundaki hükümlerde gözlemlenebilmektedir. Örneğin; bir malın satışına dahil unsurların belirlenmesi konusunda örf başvurulmaktadır. Kişinin konak satışı akdinde binanın da satışa dahil olduğunu söylememesi halinde konak kelimesinin toplumda hem arsayı hem binayı ifade etmesi durumunda binanın da satılmış kabul edilmesi doğrudan örfle ilgilidir.³⁹ Bu husus konumuzla ilgili olarak muhayyerlikleri de etkilemektedir. Bir beldenin örfünde akdin mahalline dahil kabul edilen unsurlardan birinin eksik olması malın kıymetini düşürüyorsa ayıp sebebiyle iadesine imkan sağlayacaktır. Hükümlerin oluşumuna bu denli etkisi sebebiyle ictihad şartları arasında toplumun örf ve âdetlerini bilmek de yer almaktadır.

³⁵Ebû 'Abdullâh Muhammed b. el-Hasen Şeybânî, *el-Asl*, thk. Mehmet Boynukalın, Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2012, c. 1, s. 224.

³⁶Şaban, *Usûlü'l-Fıkıh*, s. 267.

³⁷Abdulkerim Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, çev. Ali Şafak, İstanbul: Kayıhan Yayınevi, 1995, s. 314.

³⁸Zerkâ, *el-Medhal*, s. 942.

³⁹İhsan Şenocak, "İslâm Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi" (Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011), s. 185.

1.5. Örfün Fıkḥî Kullanım Biçimleri

Örfün fıkḥîta dört farklı kullanımı söz konusudur. Ebû Sünne (ö. 2003), tümevarım yöntemiyle ulaşılan dört kullanım şeklinden bahsetmektedir: Açıkça hükmün meşruiyetine delil olan, mutlak hükümlerin olaylara uygulanmasında kendisine başvuru, alışılmış durumlarda konuşma menzilesine indirilen örfler ve sözlü örfür.⁴⁰

Açıkça hükmün meşruiyetine delil olan örfler, hükmün delili olarak gözüktüğü gerçekte delil örfün dayandığı sünnet, icmâ, maslahat gibi delillerden birisidir. Risalet zamanında insanların itiyad haline getirdikleri ve amel ettikleri Hz. Peygamber tarafından ikrar edilen muamelat ve tasarrufları içerir. Mudârebe, selem, istisnâ, kasâme akitleri bunun örneğidir.⁴¹

İkinci kullanım türü ise örf, mutlak hükümlerin olaylara uygulanması noktasında başvurulmasıdır. Fakihin bir olayla karşılaştığında küllî hükümlerden başka başvuracağı bir kaynak olmaması halinde küllî hükmün cüzi olaya tatbikinde örf ve âdete başvurulması şeklinde kendisini göstermektedir. Tazir ve tazir sebepleri, *ihyâu'l-mevât*, selem süresi, eşyanın maliyeti, hırsızlıkta hırs meselesi, gasp, vedianın muhafazası, hayz ve temizlik süreleri, maksimum hamilelik süresinin tespiti ve benzeri birçok durumda kullanımı bunun örneğini oluşturmaktadır.⁴²

Üçüncü kullanım türü, insanların toplumsal hayattaki tasarruflarında uygulamaya geldikleri örf ve âdetlerin bir şeye izin vermek, bir şeyden menetmek, bir şeyle bağlayıcı kılmak ya da bir şeyin çeşit ve kadrini beyan etmek anlamına gelmesidir. Öyle ki bu örf ve âdetler kişinin şahitliğine, hâkimin hükmüne, müftünün fetvasına karine teşkil eder. Bu tür âdetler, kapsamına delalet eden konuşma mesabesindedir ve bunlara lafızlara verilen hükümlere göre hüküm verilir. Kısacası insanlar arasında bu örf bir işin konuşulmuş gibi değerlendirilmesine sebep olur. Bu çeşit kullanımın delili Urve hadisidir. Hadisteki olayda Hz. Peygamber ona kurbanlık yahut koyun alması için bir dinar vermiş, Urve ise onunla iki koyun alıp, tekini bir dinara satmıştır. Hz. Peygambere bir dinar ve bir koyun getirdiğinde Hz. Peygamber ona alışverişlerinin bereketli olması

⁴⁰Ebû Sünne, *el-Örf ve'l-Âde*, s. 28.

⁴¹Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 270.

⁴²Ebû Sünne, *el-Örf ve'l-Âde*, s. 48; Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 270.

için dua etmiştir.⁴³ Burada görüldüğü üzere Urve, lafzî bir izin olmaksızın bu işlemi gerçekleştirse de Urve'nin dayandığı örfî izinden başkası değildir. Bu hususta örf, vekilin müvekkilin emrettiğinden daha hayırlı bir durumla karşılaşması halinde vekil edene muhalefetine izin verilmesi üzerinedir. Yine benzer şekilde misafirlikte ikram edilen yiyeceklerden yenilmesi için izne ihtiyacın olmaması, komşusunun evinin yandığını gören kişinin yangını söndürmek için izin almaksızın eve girebilmesi, başkasına ait hayvanın murdar olacağını gören kişinin izinsiz bir şekilde hayvanı kesmesi gibi durumlar da umumî örf haline geldiğinden üzerine konuşularak izin alınmış işler mesabesindedir.⁴⁴

Son kullanım türü ise lafzî örf olup yukarıda kısaca kendisine değinilmiştir. İster Şâri'in hitabı olsun ister insanların tasarruflarında kullandıkları sözler olsun her mütekellimin kelamı örfüne hamledilir. Akitlerde, fesihlerde, şartlarda ve benzeri hukuki işlemlerden kaynaklı yükümlülük doğuran hükümler lafızların örfen neyi ifade ettikleri üzerinde cereyan etmektedir.⁴⁵

2. Muhayyerlik

2.1. Muhayyerliğin Tanımı ve Terimleşme Süreci

Muhayyerlik, Arapça kaynaklarda “*ihtiyâr*” kelimesinin mastarı olan “*hıyâr*” sözcüğü ile ifade edilmekte olup sözlükte iki şeyden dilediğini seçme, iki emrin hayırlısını talep etme anlamlarına gelmektedir.⁴⁶

Terim olarak “Anlaşmaya veya şer’i bir gerekçeye dayanarak kendisi için seçme hakkı sabit olan kimsenin diğer tarafın rızasına gerek olmaksızın akdi onay ile fesih arasında muhtar olmasıdır.”⁴⁷ ifadeleriyle tanımlanmışsa da muhayyerlikler yalnızca işlemin onaylanması veya feshedilmesine ilişkin hakkı değil, ta’yin muhayyerliğinde

⁴³Buhâri, “Menâkıb”, 28.

⁴⁴Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 273

⁴⁵Ebû Sünnê, *el-’Örf ve’l-’Âde*, s. 54.

⁴⁶Muhammed b. Y’akub b. Muhammed Fîrûzâbâdî, *el-Kamûsu’l-Muhît*, Lübnan: Müessesetu’r-Risâle, 2005, s. 389; Muhammed Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu’l-’Akd fi’ş-Şer’iati’l-İslâmiyye*, Mısır: Dâru’l-Fikri’l-Arabî, 1996, s. 363.

⁴⁷Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 393; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, Fatih/ İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1980, c. 6, s. 6; Hacı Yunus Apaydın, “Muhayyerlik”, *DİA*, XXXI, 25.

olduğu gibi mallar arasında seçim yapabilme hakkını da ihtiva ettiğinden yukarıda yapılan tanım eksik kalmaktadır. Öyleyse tanım eksik hususun eklenmesi halinde şöyle olacaktır: “Muhayyerlik, hukukun bireylere sağladığı veya tarafların ön şart olarak belirlediği onama ve cayma hakkına veya akde konu olan ürünlerden birisini seçme hakkına sahip olmaktır.”⁴⁸

Terimleşme süreci açısından muhayyerliklerin İslâmiyetin getirdiği bir yenilik mi yoksa öncesinde var olan bir müessese mi oldukları önem arz etmektedir. Bu sebeple muhayyerliklerin tarihine bakılması doğru olacaktır. Iraklı tarihçi Cevâd Alî (ö. 1987) *el-Mufasssal* adlı eserinde Sebe ve Marib halkının satışlarına düzenleme getirmek için bir kanun öngörülüşünden ve bu kanunun satış işlemi tamamlanmadan önce satıcı, alıcı ve akdin konusunda bulunması gerekenleri içerdiğinden bahsetmiştir. Söz konusu kanunda satışın tamam ve kesin kabul edileceği ve bu süre geçtikten sonra akitten dönülemeyeceği kabul edilen bir aylık süreye değinilmiştir. Buna göre Sebe Kanunu insan, deve, koyun, inek gibi canlılarla ilgili satım akitlerinde muhayyerliği kabul etmiş ve bu muhayyerlik bir ayla sınırlandırılmıştır. Bu süre geçtikten sonra alıcının satıcıya rücu imkanı kalmamakta ve akit kesinleşmektedir. Muhayyerlik süresi içinde mebî‘ satıcının mülkiyetindedir. Malın iade edilmesi halinde alıcı, satıcıya örfen belirlenen bir tazminat ödemektedir.⁴⁹ Verilen kısıtlı bilgilerle fıkıhta sayılan muhayyerliklerden birisine tam olarak dahil etmek mümkün olmasa da belirli mallarla sınırlı olmak üzere alıcıya bir aylık süre içinde herhangi bir nedenden dolayı iade etme hakkı tanıyan bu muhayyerliğin içinde ayıp, vasıf, görme ve sair birçok muhayyerliğin barınabileceğini söylemek mümkündür.

Daha yakın dönemlerde çeşitli milletlerin pozitivist sistemlerinde de muhayyerliklerin hileden kurtulabilmek adına farklı isimler altında kendini gösterdiğinden bahsedilebilir. Örneğin iradi muhayyerliklerin kökeni Romalılar gibi milletlerin yasamalarına kadar uzanır. Romalılar bu hususu genelde şartlar teorisi, özelde iradî şartlar çerçevesinde ele almışlardır.⁵⁰ Bunun yanında bozucu şartlar bilinmiyor olsa da sözleşmeye bağlı ek bir fesih anlaşması yapabildikleri, misalen satış bedeli belirlenen sürede ödenmediği takdirde satıcının sözleşmeden dönebileceğini ileri

⁴⁸Hasan Şahin, “İslam Borçlar Hukukunda T‘ayin Muhayyerliği”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 45 (2018): 183-208.

⁴⁹Cevâd ‘Alî, *el-Mufasssal fî Târîhi ‘l-‘Arab Kable ‘l-İslâm*, b.y.: y.y., 2001, c. 10, s. 286.

⁵⁰Şahin Akıncı, *Roma Hukuku Dersleri*, 13. Baskı, Konya: Sayram Yayınları, 2019, s. 143.

sürebildiklerinden bahsedilmiştir.⁵¹ Roma kanunları hükmî muhayyerlikler, özellikle ayıp muhayyerliği kapsamında ayıbın gizlenmesi ya da hukukî işlemlerde başka şekilde gerçekleşen ayıpları, kişiye tasarrufun iptali yahut semenin tenzili ile malı muhafaza etmek arasında muhayyerlik hakkı vererek çözmeyi amaçlayan açık hükümler de içermektedir.⁵²

İslâmiyet öncesi Arap toplumuna gelindiğinde ise muhayyerlik haklarının bulunmadığına, Câhiliye Araplarının muhayyerlikleri Hz. Peygamber ile beraber tanındığına delalet eden rivayetlerden söz edilmekle beraber, toplumda muhayyerlik haklarının hâli hazırda bulunduğu da işaret edilmektedir.⁵³ Misâlen; Arap toplumunda câri olan ancak İslâmiyetle beraber yasaklanan *mülâmese*, *münâbeze* gibi akitlerin meclis muhayyerliğini iptal etmek adına yapılabildiğinden bahsedilmiştir.⁵⁴ Bu durum o dönemde farklı şartlar altında dahi olsa meclis muhayyerliğinin varlığına işaret etmektedir. Abdussettâr Ebû Ğudde (ö. 1997) ise aksinin ispat edilebileceğini belirterek muhayyerliklerin İslâmiyet öncesi Arap toplumunda bulunmadığına dikkat çekmiş ve bu iddiasını rivayetlere dayandırmıştır. Bunlardan biri Abdurrezzak es-San'ânî (ö. 826-27)'nin Ma'mer ve İbn Uyeyne'den, onun İbn Tâvus'tan onun da babasından haber verdiği rivayettir. Buna göre Hz. Peygamber, nübüvvetten önce bir Araftan deve veya buna benzer bir şey satın almış, satım işleminden sonra da karşısındakine "Seç!" demiştir. Arap da "Allah iyiliğini versin! Sen kimsin?" ifadesiyle şaşkınlık içeren bir karşılık vermiştir. İslâmiyetle beraber Hz. Peygamber vasıtasıyla satımdan sonra muhayyerlik hakkı tanındığına işaret eden bu hadisi Abdurrezzak; "Alıcı ve satıcının ayrılmadıkları sürece muhayyer olmaları" bâbının altında ele almıştır.⁵⁵ Ona göre bu hadisten anlaşılan İslâmiyet öncesi Arap toplumunda meclis muhayyerliğinin bulunmadığı ve Hz. Peygamber'in o toplumda bunu dillendiren ilk kişi olduğudur.⁵⁶

⁵¹Tamer Diler, *Roma Hukuku: Borçlar Hukuku*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021, c. 2, s. 187; Akıncı, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 144.

⁵²Abdussettâr Ebu Ğudde, *el-Hıyâr ve Eseruhû fi'l-Ukûd*, 2. Baskı, Kuveyt: Matbaatu Mogahwi, 1985, c. 1, s. 47, 48; Türkân Rado, *Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018, s. 100.

⁵³Cevâd 'Alî, *el-Mufasssal*, c. 14, s. 91; Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 1, s. 44.

⁵⁴Mahmûd Şükri Âlûsî, *Bulûġu'l-Ereb fi Ma'rifeti Ahvâli'l-'Arab*, 2. Baskı, b.y.: Dâru'l- Kitâbi'l-Mısırî, t.y., c. 1, s. 265, 266; Cevâd 'Alî, *el-Mufasssal*, c. 10, s. 76, 77.

⁵⁵Ebû Bekr 'Abdurrezzâk b. Hemmâm San'ânî, *el-Musannef*, 1. Baskı, Beyrut: Dâru't-Te'sîl, 2015, c. 6, s. 408.

⁵⁶Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 1, s. 45.

Cevâd Ali, Câhiliye Araplarının akitlerde tokalaşma aşamasından önce çeşitli şartlar ileri sürebildiklerinden bahsetmiştir.⁵⁷ Buna karşılık Ebû Ğudde, şart muhayyerliğinin delili olarak kabul edilen *La hilâbe* hadisinden yola çıkarak bu muhayyerliğin Arap toplumu için yeni bir husus olduğunu savunmuştur.⁵⁸ Nitekim sahabe akitlerdeki tecrübesizliği ve çokça aldanması sebebiyle Habbân b. Munkız'ın hacrini istemiş, ancak Hz. Peygamber düşünme ihtiyacına binaen muhayyerlik şartı ileri sürmesini söylemiştir. Sahabinin Habban'ın hacrini talep etmesi ona göre şart muhayyerliğini daha öncesinden bilmediklerini göstermektedir.⁵⁹

Câhiliye Araplarının ayıbı gizleme ve aldatmaya yönelik işlemlerde usta oldukları bilinmektedir. Cevâd Ali, Arapların alışverişlerindeki bu durumu ifade ettikten sonra tarafların karşılıklı anlaşarak akdin mahallini iade etme yahut ayıplardan sorumsuzluk şartı koşabildiklerini ifade etmiştir.⁶⁰ Câhiliye Araplarının maldaki ayıbı gizleme teamülleri Ebû Ğudde'ye göre ise bunu engellemeye yönelik bir muhayyerliğin bulunmadığına işaret etmektedir. Nitekim onlarda akit satıcının bilmesine rağmen açıklamadığı ayıpla beraber bağlayıcı olmaktadır. Ayıplı malı iade etme hakkı veren bir muhayyerliğin bulunması halinde akdin bozulması korkusuyla aralarında böyle bir teamülün gelişmesi söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla ayıbı gizlemeye cüret etmeleri ona göre bu konuda bir yaptırım bulunmadığını da göstermektedir. Bu sebeple aldatmayı nehyeden ve maldaki ayıpları açıklamaya teşvik eden naslar varid olmuş ve ilk kez *musarrât* hadisiyle bu husustaki muhayyerlik yürürlüğe konmuştur.⁶¹

Değinilen hadislerden anlaşılacağı üzere muhayyerlik İslâm toplumunda daha ilk zamanlardan itibaren kullanılan bir kavram olup, genelde muamelât özelde borçlar hukukunda sıkça kendisine atıf yapılmış, klasik kaynaklarda çoğu zaman *büyû* bahislerinin altında, bazen de müstakil başlıklar altında zikredilmiştir.⁶²

İslâmiyet öncesi toplulukların muamalelerinde farklı isimler ve şartlar altında muhayyerliklerden yararlandıkları bilinse de bu konudaki hadislerin de işaret ettiği şekliyle muamelat alanındaki pek çok muhayyerliğin çerçevesi toplumun ihtiyacı

⁵⁷Cevâd 'Alî, *el-Mufasssal*, c. 14, s. 75.

⁵⁸Buhârî, "İstikrâz", 19.

⁵⁹Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 1, s. 46.

⁶⁰Cevâd 'Alî, *el-Mufasssal*, c. 14, s. 75.

⁶¹Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 1, s. 44- 46; Buhârî, "Büyû", 65.

⁶²'Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi'*, 2. Baskı, Beyrut/Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003, c. 6, s. 526.

doğrultusunda İslâmiyetle beraber çizilmiş ve yürürlüğe konmuştur. Uygulamaya dayanan bu kavramın terimleşmesi ve detaylandırılması devam eden süreçte fakihlerin konuyu ictihâd meselesi olarak görmeleri, fıkıh kaynaklarında muamelât ve munakehât alanlarında ayrı başlıklar altında ele almalarıyla gerçekleşmiş ve böylece muhayyerlik fıkıh literatüründeki yerini almıştır.

2.2. Muhayyerliklerin Amacı

Mâli muavaza akitlerinde asıl olan gerekli şartları taşımaları halinde tarafları bağlayıcı olmalarıdır. Ancak muhayyerliklerde üstün bir hikmete binaen bu kuraldan vazgeçilmiştir. Muhayyerliklerle verilen tercih imkânı öncelikle rızanın varlığından emin olunması, var olan rızanın doğrulanması amacını taşır. İslâm Hukuku, Câhiliye âdeti ve Roma Hukukunda bulunan akitlerdeki şekilciliği terk ederek rızanın ortaya çıkarılmasına önem vermiş, akitlerin rıza üzerine bina edilmesini kabul etmiştir. Bu sebeple rızanın oluşmasına yardım edecek ve rıza zarar gördüğünde onu tamamlama görevini üstlenecek muhayyerlikler meşru kabul edilmiştir. Bununla ilgili olarak akitle elde edilecek menfaat ve zararın bilinmesi, bunlar arasında bir denge kurulması adına, neticede toplumdaki dostluğun sağlanması, kişilerdeki kin ve nefretin bertaraf edilmesi amacıyla muhayyerlikler tanınmıştır.⁶³

Ebû Ğudde'nin deyiimiyle muhayyerlikler; akdin bağlayıcılığı taraflar için yük haline geldiğinde onların dinlenme duraklarıdır.⁶⁴ Nitekim kişi bir eşyayı onu çevreleyen belirli bir ortam adına satar ve satın alır. Bu ortam ortadan kalktığında yapılan alışverişten dolayı pişmanlık söz konusu olabilmektedir. Bu pişmanlık taraflar arasında husumet ve çekişmeye yol açacak ve bunu İslâmın tasvip etmediği durumlar takip edecektir. Bu nedenle akdin taraflarına çeşitli fırsatlar tanınmış, oluşabilecek pişmanlıkların önlenmesi ve bunun bir mazeret olarak ileri sürülememesi adına sakin bir ortamda akdin mahalli hakkında düşünme imkânı verilmiştir.

2.3. Muhayyerliklerin Sınıflandırılması

⁶³Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-'Akd*, s. 364.

⁶⁴Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 1, s. 83.

Muhayyerliklerin sayısı âlimlerin muhayyerlikleri ele alış biçimlerine göre değişebilmekte, benzer muhayyerlikler aynı başlık altında ele alındığında sayı azalmakta, daha ayrıntılı bir incelemede ise sayı artmaktadır. Bu sebeple muhayyerlikler hakkında kesin bir sayı belirtmek mümkün değildir. Örneğin; İbn Nuceym (ö. 1563) beş tane nikah akdinde on üç tane de satım akdinde olmak üzere on sekiz tane, Vehbe Zuhaylî (ö. 2015) on yedi tane, Yunus Apaydın ise otuzu aşkın muhayyerlik bulunduğunu ifade etmektedir. Ömer Nasûhî Bilmen (ö. 1971) sayı belirtmemiş ancak muhayyerlikleri eserinde on beş başlıkta ele almıştır. Orhan Çeker ise net bir sayı vermemekle birlikte muhayyerlikleri yirmi dört ayrı başlıkta incelemiştir.⁶⁵

Muhayyerliklerin sınıflandırılmasına gelindiğinde de aynı husus göze çarpmaktadır. Mezheplerin sistematiği ve konuyu ele alış biçimlerine göre farklı açılardan sınıflandırmalar yapılmıştır. Hanefîlerde İmam Muhammed (ö. 805), şartla sabit olanlar ve şartsız sabit olanlar şeklinde bir ayırımla konuyu ele almıştır.⁶⁶ Mâlikîler *terevvî* ve *nakîsa* muhayyerliği olmak üzere ikili ayrıma gitmiştir. Terevvî muhayyerliği kısaca akde devam etmede ve onu reddetmede tarafların düşünme ve incelemesini gerektiren muhayyerliklerdir. Mâlikîlere göre hıyâr lafzı mutlak olarak zikredildiğinde fukahâ örfünde bu muhayyerlikten bahsedilmektedir.⁶⁷ Nakîsa muhayyerliği ise hakkında hüküm bulunan ve malda olması gereken bir şeyin olmaması hâlinde oluşan muhayyerliklerdir.

Benzer olarak Şâfiî mezhebinde *teşehhî* ve *nâkîsa* muhayyerlikleri nezdinde konu ele alınmış burada on altı ayrı muhayyerlik türü daha benimsenmiştir. Teşehhî muhayyerliği maldaki bir eksikliğe dayanmaksızın tarafların birbirilerine seçme hakkı tanınmasından kaynaklanır. Nâkîsa muhayyerliği ise sebebi sözlü vazgeçme, fiili aldatma yahut örfi bir hüküm olan muhayyerliklerdir. Hanbelîlerde bu türden bir ikili ayrıma

⁶⁵Zeynuddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik ve Minhâtu'l-Hâlik ve Tekmiletu't-Tûrî*, Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, t.y., c. 5, s. 4; Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuhu*, 2. Baskı, Dimaşk: Darü'l-Fıkr, 1985, c. 4, s. 250; Bilmen, *Kamus*, c. 6, s. 55-85; Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Akidler*, Konya: Tekin Kitabevi, 2014, s. 50-78; Apaydın, "Muhayyerlik", s. 26; Hasan Şahin, "Akidlerde Muhayyerlik Teorisi" (Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016), s. 92.

⁶⁶Şeybânî, *el-Asl*, c. 1, s. 457, 472.

⁶⁷Abdurrahman Cezârî, *Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı*, çev. Hasan Ege, İstanbul: Bahar Yayınları, t.y., c. 3, s. 241.

rastlanmasa da çeşitli kategorilerde muhayyerlikleri ele aldıklarını söylemek mümkündür.⁶⁸

Sınıflandırma konusunda genellikle kaynaklarda karşılaşılan ilk ayrım muhayyerliğin kaynağı açısından yapılan hükmî ve iradî muhayyerlik ayrımıdır. Aynı ayrım şer‘an sabit olan ve şartla sabit olan muhayyerlikler adı altında da yapılmıştır.⁶⁹ Hükmî veya şer‘î muhayyerlikler Şâri‘ tarafından kişilerin maslahatlarına binaen tanınmış ayrıca şart koşulmasına gerek olmayan muhayyerliklerdir.⁷⁰ Hükmî muhayyerlikler bir kısmı belirli akitlere özgülenenler diğer bir kısmı ise birden fazla akit çeşidinde kabul edilen muhayyerlikler olarak karşımıza çıktığından birçok muhayyerliği kapsamaktadır. Örneğin bulug muhayyerliği nikah akdine özgülenmiş bir hükmî muhayyerlikken, ayıp ve görme muhayyerlikleri birçok akit çeşidi için söz konusu olabilmektedir.⁷¹ İradî ya da ihtiyarî muhayyerlikler ise sübutu şer‘î delillere dayanan, sınırları ve şartları hukuken belirlenmiş ancak tarafların karşılıklı iradeleriyle ayrıca bir şart koşarak ortaya çıkarttıkları muhayyerliklerdir. İradî muhayyerlik olan şart, vasıf, nakit ve ta‘yin muhayyerliği haricindeki muhayyerlikler hükmîdir, denilebilir.⁷²

Bir diğer ayrım muhayyerliğin amacı dikkate alınarak yapılmış olup yukarıda mezheplerin ayrımlarından bahsederken kısaca değinilen terevvî- nakîsa muhayyerliği ayrımıdır. Terevvî; şart ve meclis muhayyerliklerinde olduğu gibi akdin taraflarına düşünme imkânı veren muhayyerliklerdir. Nakîsa muhayyerliği ise ayıp muhayyerliği gibi hukuken bulunması gereken bir hususun eksikliğinden dolayı tanınan muhayyerliklerdir.⁷³

Muhayyerlikler akitlerin kuruluş, yürürlük ve bağlayıcı olma gibi çeşitli aşamalarında etkili olduğundan bu açıdan da bir ayrıma gidilmiştir. Akdin kuruluş aşamasında icâb-kabul ve meclis muhayyerliklerinden bahsedilirken, bağlayıcılık aşamasında görme, ayıp, şart muhayyerliklerinden söz edilebilir. Fuzûlînin akdine icazet muhayyerliğinde olduğu gibi mevkuf akitlerde karşılaşılan muhayyerlikler ise

⁶⁸Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. 4, s. 519- 522.

⁶⁹Kâsânî, *Bedâi‘u’s-Sanâi‘*, c. 7, s. 271.

⁷⁰Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi’l-Ukûd*, c. 1, s. 50.

⁷¹Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu’l-‘Akd*, s. 364.

⁷²Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi’l-Ukûd*, c.1, s. 50.

⁷³Apaydın, “Muhayyerlik”, s. 26.

akitlerin yürürlük aşamasında etkilidir. Mün‘akid olsa da muhayyerlik sebebiyle gayrı lâzım ve gayrı nâfiz olan akitler, daima feshe açıktır.⁷⁴

Muhayyerliğe akdin hangi tarafının sahip olduğu dikkate alınarak yapılan ayırimda, akdin her iki tarafının, yalnızca alıcının ve yalnızca satıcının sahip olduğu muhayyerlikler olmak üzere üç başlıkla karşılaşılmaktadır. Meclis, şart, nakit, ta‘yin muhayyerliği akdin her iki tarafının da sahip olabileceği muhayyerliklerken; vasıf, görme, ayıp, keşf-i hâl, tekeşşüf-i hâl, teferrük-ü safka, istihkâk, hıyanet muhayyerliği ve satılarda başkasının hakkı bulunmasından doğan muhayyerlikler yalnızca alıcının sahip olduğu muhayyerliklerdir.

Muhayyerliklerin kullanımı noktasında belli bir süreye bağlı olan ve belli bir süreye bağlı olmayan muhayyerlikler karşımıza çıkmaktadır. Genel olarak şart ve nakit muhayyerlikleri belli bir süreye bağlı olduğu kabul edilen muhayyerliklerdir.

Yukarıda sayısı net olarak belirtilemeyeceği ifade edilen muhayyerlikler birtakım sınıflandırmalar altında işlenmiştir. Bu muhayyerliklerden öne çıkanlar meclis, şart, ayıp, görme, ta‘yin muhayyerlikleri olup konunun sınırlandırılması açısından bu muhayyerlikleri ayrıntılı tanıtmaya imkânı bulunmamaktadır. Yeri geldikçe konunun anlaşılması adına kısa açıklamalara yer verilecek ancak daha çok örfün bu muhayyerlikler üzerindeki etkilerine odaklanılacaktır.

2.4. Muhayyerliklerin Akde Etkisi

Hem akdî hem de akit dışı muameleleri kapsayan hukukî işlemler muhayyerliği ilgilendirse de konu kitaplarda genelde akit teorisi, özelde satım akdi çerçevesinde işlendiğinden muhayyerliklerin akitlere olan etkisine değinmek uygun olacaktır. Esas gaye akitlerde karşılıklı rızanın tam olarak sağlanması olduğundan bu amacın gerçekleşmesine imkân vermek üzere muhayyerlikler; akdin kuruluşunu, hükmünün sübutunu, yürürlüğünü ve bağlayıcılığını çeşitli düzeylerde etkilemektedir.⁷⁵

İcab- kabul ve meclis muhayyerliği gibi akit meclisine ait muhayyerlikler akit meclisinde, akdin kuruluş aşamasında meydana geldiğinden in‘ikad şartlarını

⁷⁴Recep Özdemir, “İslâm Hukukunda Şart Muhayyerliği”, *İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi [Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi]* 2 (2016): 146.

⁷⁵Apaydın, “Muhayyerlik”, s. 26.

etkilemektedir. Bu muhayyerliklerin olumsuz yönde kullanılması akdin yok hükmünde sayılmasına sebep olur.⁷⁶

Kuruluş ve sıhhat şartlarını tamamlamış olan mevkuf akitlerin işler hale gelmesi aşamasında meydana gelen muhayyerlikler, icazet verildiğinde akdin yürürlük kazanmasına imkân sağlar. Keşf-i hâl, tekeşşüf-i hâl, tefrîk-i safka, ta'yin muhayyerlikleri örnek olarak sayılabilecek akdin nefâzını etkileyen muhayyerliklerdendir.⁷⁷

Görme, ayıp, vasıf, şart muhayyerlikleri esasen lâzım olan bir akdin, tarafların hak kaybına sebep olan bir durum söz konusu olması halinde gayrı lâzım sayılarak muhayyerlik hakkına sahip olan kişiye akdi feshetme yahut o şekliyle kabul etme hakkı verilmesini sağladığından akdin bağlayıcılığı noktasında etkili olmaktadır.⁷⁸ Fesih gerçekleşirse akit, geriye dönük geçersiz hâle gelecektir. Örneğin; satım akdi gibi muavaza nitelikli, feshe elverişli, bağlayıcı akitlerde tarafların şart koşmasıyla süresi içinde akdi onama yahut feshetme hakkı veren şart muhayyerliği, kendisine muhayyerlik tanınan âkit taraf için akdi gayr-i lâzım kılmaktadır.⁷⁹ Böylece muhayyerlik sahibinin akdi onaylama veya feshetme hakkı bulunmaktadır. Muhayyerlik hakkının satıcı için kabulü halinde, mal kendisinin mülkiyetinden çıkmasa da semen müşterinin mülkiyetinden çıkarak İmameyne göre satıcının mülkiyetine geçerken Ebû Hanîfe'ye göre geçmemektedir. Müşteriye tanınması durumunda semen alıcının mülkiyetinden çıkmamakla beraber İmameyne göre satılan mal mülkiyetine geçer, Ebû Hanîfe'ye göre ise geçmez.⁸⁰ Mâlikîlerde ise mebi' muhayyerlik süresince satıcının mülkiyetindedir. Şâfiî ekolünde üç ayrı görüş olup bunlar mülkiyetin akdin yapılmasıyla nakledileceği, muhayyerlik süresinin dolmasıyla nakledileceği, muhayyerlik hakkını onama ya da fesih için kullanacağına karar verilinceye kadar askıda kalacağı

⁷⁶Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 5, s. 228; Ebû Zekerîyyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref Nevevî, *Minhâcu't-Tâlibîn ve 'Umdetu'l-Muhtâfîn fi'l-Fıkıh*, Lübnan: Dâru'l-Fıkr, 2000, s. 100; Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Riyad: Dâru 'Âlemi'l-Kutub, 1997, c. 6, s.10; Şahin, "Muhayyerlik Teorisi", s. 69.

⁷⁷Şahin, "Muhayyerlik Teorisi", s. 71.

⁷⁸Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 5, s. 228; Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî İbn Rüşt, *Bidâyetu'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, 2. Baskı, Mısır: Daru't-Tevfik en-Nemuzeciyye, 1983, c. 3, s. 174; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 16; Şems ed-Dîn Muhammed b. Ahmed eş-Şâfi'î el-Hatîb Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'ânî Elfâzi'l-Minhâc*, b.y.: Dâru'l-Kutubî'l-İlmiyye, 1994, c. 2, s. 417.

⁷⁹Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-'Akd*, s. 372.

⁸⁰Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 5, s. 254.

şeklindedir. Hanbelîlerde akitle mülkiyet müşteriye intikal eder. Bu görüşlerde muhayyerliğin hangi tarafa ait olduğuna dair ayrım yapılmaz.⁸¹ Akdin onaylanması halinde akit kesinlik kazanır ve muhayyerliğin müşteride olması halinde akdin yapıldığı andan itibaren malın mülkiyete girdiği, fesih halinde ise o zamandan itibaren satıcının mülkiyetinde olduğu kabul edilir.⁸² Dolayısıyla akdin bağlayıcılığı ve hükmünün sübut bulması noktasında şart muhayyerliğinin etkisi bulunmaktadır.

Belirli süre içinde müşterinin semeni ödememesi veya satıcının semeni iade etmesi halinde satımın gerçekleşmeyeceği şartı üzerine yapılan akitlerde nakit muhayyerliği söz konusu olup, akde şart muhayyerliğine benzer tesiri bulunmaktadır.⁸³ Şart muhayyerliğiyle arasındaki fark ise şart muhayyerliğinde asıl olanın akdin lâzım olmasıdır. Müddet fesih olmaksızın sona erdiği takdirde akit lâzım hale gelir. Ne var ki nakit muhayyerliğinde asıl olan akdin bağlayıcı olmamasıdır. Semeninin ödenmediği durumda akit fasid olur.⁸⁴ Fesâdı gerektiren durum ortadan kaldırıldığı takdirde akit sahih hâle gelecektir.

Ayıp muhayyerliği, geçerli olarak kurulmuş ve işlerlik kazanmış akdin mahallindeki ayıp sebebiyle hıyâr hakkına sahip olan taraf açısından bağlayıcı olmamasını sağlar. Akit meclisinde bulunmayan bir mal üzerine yapılan lâzım ve feshe elverişli akitte mal görüldükten sonra ortaya çıkan görme muhayyerliğinde de durum böyledir. Burada muhayyerlikler bedellerde mülkiyetin sübutuna etki etmez. Muhayyerlik şartı içermeyen satım akitlerinde olduğu gibi akit anında mülkiyet el değiştirir ve bağlayıcı olmamakla birlikte müşteri satılan mala, satıcı da semene mâlik olur.⁸⁵ Akit konusunu gördükten yahut ayıba muttali olduktan sonra onay veya fesih hakkı bulunmaktadır. Kısacası akit sübut bulmuşsa da muhayyerlikler hükmün tamamlanmasını engellemektedir.⁸⁶

Ta'yin muhayyerliği, taraflardan birine belirli mallar arasında seçim imkânı vermektedir. Akit belirlenmemiş olan mal ve muhayyerlik hakkına sahip olan açısından da mün'akid ve lâzımdır. Müşterinin iki ya da üç adet farklı mal arasından belirli

⁸¹İbn Rüşd, *Bidâye*, c. 3, s. 175; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 4, s. 280; Apaydın, "Muhayyerlik", s. 27.

⁸²Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 554.

⁸³Apaydın, "Muhayyerlik", s. 28; Şahin, "Muhayyerlik Teorisi", s. 73.

⁸⁴Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 524.

⁸⁵Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. 5, s. 219; Apaydın, "Muhayyerlik", s. 30.

⁸⁶Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. 5, s. 199, 254; Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî İbn 'ul-Humâm, *Fethu'l-Kadîr*, Beyrut/ Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003, c. 6, s. 276; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 4, s. 257; Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 568.

olmayan birinde mülkiyeti sabit olur. Bu yüzden çoğunluğa göre bu muhayyerlik kişiye akdi fesih hakkı vermemekte, yalnızca belirli mallar arasında seçim yapabilme imkânı sağlamaktadır. Kâsânî (ö. 1191) ise *Bedâi'*de bir muhayyerlikte mülkiyetin mallardan birinde gayri lâzım olarak sabit olduğunu ve bu hakka sahip olanın görme ve ayıp muhayyerliklerinde olduğu gibi bütün mallar hakkında akdi feshedebileceğini belirtmektedir.⁸⁷ Bazıları ise ta'yin muhayyerliğini şart muhayyerliğinin takip ettiğini savunarak kişinin hem ta'yin hem fesih hakkının olduğunu söylemektedir. Buna göre görme ve ayıp muhayyerliğindeki gibi bir mülkiyetin sabit olduğunu ifade etmektedirler.⁸⁸

İKİNCİ BÖLÜM

MUHAYYERLİKLERDE ÖRFÜN ETKİSİ

1. Muhayyerliklerin Meşruiyeti ve Örfün Etkisi

Muhayyerliklerin temel meşruiyet amacı akitlerde taraf iradelerinin şaibelerden arındırılarak rızalarının sağlanması ve bunun sağlıklı bir biçimde akde yansıtılabilmesi, aldanma ve zarar görme riskini en aza indirerek akdin sağlam bir temele oturtulmasıdır. Bunun yanı sıra muhayyerliklerin her biri belirli amaçlara da özgülenmiştir. Örneğin ayıp muhayyerliğiyle amaçlanan akitten beklenen maslahatın gerçekleşmesine engel olan zararların ortadan kaldırılmasıdır. Şart muhayyerliği gibi aslen terevvîye dayanan muhayyerliklerde ise amaç menfaatin teminidir. Bu da tarafların akit hakkında düşünmesi, daha tecrübeli birine danışması ve akdin mahallini denemesi yollarıyla gerçekleşmektedir. Muhayyerlikler bu gibi amaçları gerçekleştirdiğinde bireysel ve toplumsal birtakım ihtiyaçlara cevap verilmiş olur. İhtiyacı giderme ameliyesinin ne şekilde gerçekleştiği, toplumun aşına olduğu uygulamalarda düzenlemeye mi gidildiği yoksa hiç bilmedikleri yeniliklerle mi çözüme ulaşılmaya çalışıldığı noktasında örfün etkisi izaha muhtaçtır.

Muhayyerliklerin meşruiyet temelinde nas, icma', kıyas ve aklî delillerden bahsedilmektedir. Aklî deliller istihsân ve maslahat temelli olmakla beraber çoğu zaman

⁸⁷Kâsânî, *Bedâi' u 's-Sanâi'*, c. 6, s. 594.

⁸⁸Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l- 'Akd*, s. 367.

nas delillerinin de istihsân ve maslahata götürdüğünü söylemek mümkündür.⁸⁹ Burada Hanefî ve Mâlikîlerin konuya yaklaşımı ön plana çıkmaktadır. Hanefîlerin icihad odaklı olmaları nasların değerlendirilmesi ve aklî delillerin ortaya konmasında etkilidir. Mâlikîler naslarla beraber maslahatı da esas almışlardır. Genel olarak mezheplerin muhayyerliklere bakışının örften etkilenip etkilenmediği noktası da önem arz etmektedir. Bu sebeple her bir muhayyerliğin meşruiyet temellerini ayrıntılarıyla incelemekte ve konunun örfle bağlantısını kurmakta yarar vardır.

1.1. Meclise Ait Muhayyerlikler

Akit meclisine ait muhayyerlikler fakihlerin meclis tanımlarına göre kapsam ve içerik bakımından farklılıklar gösterse de tarafların meclise ait birtakım muhayyerliklere sahip olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bunlardan bir tanesi olan meclis muhayyerliğinin meşruiyeti konusunda âlimler arasında iki farklı yönelim bulunmaktadır. Şâfiî ve Hanbelî hukukçular tarafından bu muhayyerlik kabul edilmiştir. Hanefî ve Mâlikîler, meclis muhayyerliğini kabul etmemişlerse de akit meclisine ait îcab ve kabul muhayyerliklerini tanımışlardır. Buradaki ihtilaf çoğunlukla nakledilen hadisleri farklı anlama ve yorumlamaktan kaynaklanmaktadır.

Meclis muhayyerliğini kabul eden gruba göre bu muhayyerlik lâzım olan satım akdi kapsamına giren; ivaz karşılığı sulh, paylaşırma, ivaz karşılığı hibe, kira, kabzın şart olduğu sarf, selem gibi akitlerde geçerlidir. Meşruiyetini büyük ölçüde alışveriş akdinde tarafların ayrılmadıkları sürece muhayyer olduklarını ifade eden birden fazla hadis ve sahabî uygulamalarından alır.⁹⁰ Taraflardan birinin ileri sürmesine gerek olmaksızın bu hakkın sabit olduğu kabul edilmekte, aksine bir şart koşulmasının akdi geçersiz kılacağını savunanlar bulunmaktadır. Zira meclis muhayyerliği nasla sabit olduğundan, akdin gereklerinden biri haline gelmiştir. Akdin gereklerine aykırı her şart ise batıldır.⁹¹

⁸⁹Şahin, “Muhayyerlik Teorisi”, s. 78.

⁹⁰Nevevî, *Minhâcu't-Tâlibîn*, s. 99; İbrahim Tüfekçi, “İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 20 (2012): 39.

⁹¹Mehmet Keskin, *Şâfiî Fıkhi (Hanefî Mezhebi ile Mukayeseli)*, 1. Baskı, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2015, c. 2, s. 43.

Bunun yanında meşruiyet noktasında akıl deliline dayanarak insanların bu muhayyerliğe olan ihtiyacına işaret edenler de bulunmaktadır. Onlara göre muavaza akitlerinde karşılıklı rıza ön plandadır. Rızanın esasını ise akdi fayda ve zararları açısından tartmak ve sahih bir ihtiyâr oluşturmaktadır. Nitekim akit yapıldıktan sonra pişmanlık yaşanabilmektedir. Bu pişmanlığın yaşanmaması adına taraflara düşünme fırsatı tanınmalıdır.⁹² Tanınan düşünme fırsatı ise akit meclisidir. Örfte de muavaza akitlerinde akit meclisi pazarlık, kabul ve red meclisi olarak kabul edilmekte, iki taraf birbirinden ayrılmadan akdin sübutuna ve kesinliğine itibar edilmemektedir. Buna göre akit kelimelerden değil tam ve kesin rızadan ibarettir. Eser ve insanların örfü ise meclisten ayrılmayı mali tasarruftaki rızaya karine saymış ve taraflara ayrılmadıkları sürece muhayyerlik hakkı tanımıştır.⁹³

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyen grupta yer alan Mâlikîlerin gerekçelerinden ilki akdin sözle kurulup bağlayıcı hale gelmesidir. Onlara göre kuruluş anından itibaren taraflardan hiçbirinin akitten vazgeçme hakkı yoktur. Bu sebeple İmam Mâlik (ö. 795), *el-Muvatta*'da da yer alan ve İbn Ömer'den gelen "Alıcı ve satıcı ayrılınca kadar muhayyerdirler. Ancak şart muhayyerliği müstesna."⁹⁴ hadisinin hilafına davranmıştır.⁹⁵ Bir diğer gerekçe ise hadiste bahsedilen ayrılmanın belirli bir sınırı olmadığı gibi amel-i ehli Medine'de de böyle bir uygulamaya yer verilmemesidir.⁹⁶ İmam Mâlik'in Medinelilerin böyle bir uygulamasının olmadığı noktasına değinmesi hadisin mensuh olduğuna delalet edebileceği gibi tevatür hükmünde kabul ettikleri Medinelilerin örfünü öncelediği anlamına da gelebilecektir.⁹⁷

Hanefiler mezkûr hadisi îcab ve kabul muhayyerliği için delil kabul ederken aynı zamanda meclis muhayyerliğini şart koşulması halinde kabul etmişlerdir.⁹⁸ Satım akdi muavaza nitelikli bir akit olup akdin bağlayıcılığı tarafların tam rızalarına bağlıdır.

⁹²Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 1, s. 127.

⁹³Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-Akd*, s. 181.

⁹⁴ حَدَّثَنِي يَحْيَى، عَنْ مَالِكٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: الْمُتَبَايعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ، مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ.

⁹⁵Ebû 'Abdullâh Mâlik b. Enes, *el-Muvatta* (Rivâyetu Yahyâ el-Leyî), ed. Avvâd Ma'rûf Beşşâr, Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1997, c. 2, s. 201.

⁹⁶Saîd b. Habîb et-Tenûhî Sahnûn, *el-Mudevvenetu'l-Kübrâ*, Suudi Arabistan: Vizaretü's-Suûni'l-İslâmiyye ve'l-Evkaf ve'd-D'ave ve'l-İrşâd, t.y., c. 10, s. 20; Muhammed Osman Şibbîr, *el-Medhal ilâ Fıkhi'l-Muamelati'l-Mâliyye: el-Mal, el-Mulkiyye, el-Akd*, 2. Baskı, Umman: Dâru'n-Nefais, 2010, s. 270.

⁹⁷Mâlik b. Enes, *el-Muvatta*, c. 2, s. 201; Ebû Sünnê, *el-Örf ve'l-Âde*, s. 29; Tüfekçi, "Meclis Muhayyerliği", s. 42.

⁹⁸Cezîrî, *Fıkıh Kitabı*, c. 3, s. 241.

Rızanın tamlığını ise tarafların mecliste bulunmaya devam etmeleri sağlamaz. Çünkü hadisin bir başka rivayetine göre taraflardan biri diğerine “Seç!” diyerek bu muhayyerliği bitirebilmektedir.⁹⁹ Öyleyse aslolan mecliste bulunmak değil, rızayı temin etmektir.

Akdin taraflarına şart muhayyerliği öne sürme hakkı verilerek kandırılmayı önlemek mümkün kılınmıştır. Şart muhayyerliğini ileri sürmeyen kişi kendi hakkını korumamış kabul edilir ve başkasının onun yararını gözetmesi düşünülemez. Ek olarak muhayyerlik şartının ileri sürülmemesi akitle arzu edilen sonuca yani bedele ulaşma isteğine delalet etmekte bu da akdin bağlayıcılığıyla mümkün olabilmektedir.¹⁰⁰

Serahsî, Mâlik’in rivayet ettiği hadise aykırı fetvasının hadisin zayıf olduğuna delil sayılacağını ve hadisin sahih olduğu kabul edilse bile *beyyiân* kelimesinin Hanefilerde pazarlık durumunu ifade ettiğini belirtmiştir. Buna göre alıcı ve satıcı adı ancak satım akdini yapmalarından sonra kullanılabilir ve bu durumda da her ikisi için muhayyerlik hakkı yoktur. Bundan öncesinde ise her ikisi de alıcı ve satıcı değil pazarlık yapan kimselerdir. Pazarlık yapan kişiler ise karşı tarafın teklifini kabulde muhayyerdur.¹⁰¹ Karşı görüşte olanlar ise dilin anlatım genişliğini göz önünde bulundurmamışlardır. Nitekim onların alışverişi fiilen tamamlamamış olsalar dahi alıcı ve satıcı adını almış olmaları mümkündür. Bu anlatım dilde görülen bir şey olup, pazarlık yapan kişilere de alım satım işlemine yakınlıklarından dolayı bu ad verilmektedir. Hz. Peygamberin de satışın gerçekleşmesine yakınlıkları sebebiyle onlara bu adı vermiş olma ihtimâli vardır.¹⁰²

Hadiste geçen *teferrük* kelimesini ise sözle ayrılık yani konunun değişmesi olarak kabul etmişlerdir. Ebû Yusuf’tan (ö. 798) yapılan alıntıda onun söz konusu hadisle ilgili yorumuna yer verilmiştir. Buna göre kişi, birisine; “Şu malı bana şu fiyata sat.” dediğinde diğerinin “Sattım.” Demesi Şâfiî’ye göre akdin kurulması için yeterlidir. Sonrasında taraflar ayrılmadıkları sürece muhayyerlik hakları bulunmaktadır. Hanefilerde ise alıcı “Satın aldım.” deyinceye kadar her iki taraf da meclisten

⁹⁹“البیعان بالخيار ما لم يتفرقا. قال: أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر. وربما قال: أو يكون بيع خيار” Buhârî, “Büyü”, 19, 22, 42, 43; Ebû Ca’fer Ahmed b. Muhammed el-Mısırî Tahâvî, *Şerhu Me’âni l-Âsâr*, thk. Muhammed Zuhrî en-Neccâr ve Muhammed Seyyid Câdilhak, b.y.: ‘Âlem’l-Kutub, 1994, c. 4, s. 12.

¹⁰⁰Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 157.

¹⁰¹Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 157.

¹⁰²Tahâvî, *Şerhu Me’âni l-Âsâr*, c. 4, s. 14-15.

ayrılmadıkları sürece muhayyerdir. Burada aralarında satımla ilgili konuşmalar devam ettiğinden taraflar alıcı ve satıcıdırlar.¹⁰³

Hanbelîler meclis muhayyerliğinin yanında îcab-kabul muhayyerliğini öngörmüşler, Mâlikiler ise îcabı bağlayıcı gördüklerinden yalnızca kabul muhayyerliğinden yana olmuşlardır. Îcab ve kabul muhayyerliğini kabul edenlerin meşruiyet gerekçeleri, meclis muhayyerliğinde sayılan gerekçelerle aynı olsa da Mâlikiler, Hanefîlerden farklı olarak alıcı ve satıcının ayrılmadıkları sürece muhayyer olduklarını ifade eden hadisi kabul muhayyerliğine hamletmiştir.¹⁰⁴ Sonuç olarak her üç muhayyerlik de tarafların rızalarının sağlanması adına düşünme ihtiyacına binaen kabul edilmiş, işlevleri aynı olan muhayyerlikler olup yalnızca düşünme sürecinin akdın hangi aşamasında olacağı hususu farklılık göstermektedir.

Bir kısım hukukçu meclis muhayyerliğindeki ayrılma hususunu akdın bağlayıcı olması için bir şekil şartı olarak görmüş ve İslâm Hukukunun akitlerde şekil serbestisi ilkesini takip etmesinden hareketle bu muhayyerliği kabul etmeyi akitlerin şekli olduğu çağa dönmek olarak addetmişlerdir. Bu yüzden onlara göre Hanefî ve Mâlikîlerin görüşü çağa ve toplumun ihtiyaçlarına daha uygundur. Hukukî işlemlerin çağın hızına paralel olarak geliştiği günümüzde sözleşmelerin taraflar birbirinden ayrılmadan kesinleşmeyeceğini ve iki tarafın da bundan cayabileceğini söylemek çeşitli istikrarsızlıklara yol açacaktır.¹⁰⁵

Bir diğer yaklaşım ise bu muhayyerliği meçhul bir muhayyerlik olması sebebiyle kabul etmemektedir. Meclisin süresi belli olmadığından sanki süresi belli olmayan bir şart koşulmuş gibi anlaşılmış ve bu fahiş bir bilinmezlik olarak görülerek dinde yasak olduğu savunulmuştur. Bu görüşe yakın olan çağdaş hukukçu Senhûrî (ö. 1971) de meclis muhayyerliğini kabul etmeme nedenini fikhın maslahatı gözetmesi sebebiyle toplumun gidişatına ayak uydurmasına bağlamaktadır. Ona göre meclis muhayyerliğini

¹⁰³Kâsânî, *Bedâi' u 's-Sanâi'*, c. 5, s. 28; Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 157.

¹⁰⁴Abdülganî el-Guneymî Meydânî, *el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâb*, 1. Baskı, thk. Beşşâr Bekrî Arâbî, Suriye: Dâru Nûri's-Sabâh, 2015, s. 224.

¹⁰⁵Muhammed Takî Osmânî, *Fıkhü'l- Buyû' ale'l-Mezâhibi'l-Erbâa mea Tatbikâti'l-Muâsırati Mukârinen bi'l-Kavânini'l-Vaz' iyye*, Karaçi/ Pakistan: Mektebetu Mearifu'l-Kur'ân, 2015, c. 2, s. 64; Tüfekçi, "Meclis Muhayyerliği", s. 42.

kabul etmek akdin kesinleştiği vaktin tam olarak bilinmemesine sebep olacak ve muamelelerde istikrar söz konusu olmayacaktır.¹⁰⁶

Meclise ait muhayyerliklere bakıldığında tarafların haklarını korumaya yönelik bir yol çizildiği görülmektedir. Nitekim insanlar muamelelerinin sonucunu düşünmeden aceleyle kendilerini kaptırabilmekte ve sonrasında pişman olabilmektedir. Bu yüzden akit mekânı malı inceleme ve akit hakkında düşünme için bir fırsat görülerek tarafların akit bağlayıcı hale geldikten sonra pişmanlık ve kayıp yaşamayı engellenmeye çalışılmış ve malla ilişkilerini hile ve aldatma olmaksızın sahîh bir şekilde kesmeleri için taraflara mühlet tanınmıştır.¹⁰⁷ Lâzım ve feshi kabul etmeyen nikah, hul' gibi akitlerin bir düşünme sürecinden geçtikten sonra tamamlanması sebebiyle meclis muhayyerliğine ihtiyaç duyulmadığı; lâzım ancak feshi kabil akitlerde ise düşünme ve tam rızanın sağlanması için bu muhayyerliğe itibar edildiğine yönelik ifadeler kabul edilirse yukarıdaki açıklamaların sağlaması yapılmış olacaktır.¹⁰⁸

Iraklı tarihçi Cevâd Ali, Câhiliye devrinde alıcı ve satıcıdan birinin elini diğerinin elinin üstüne koymasının akdin tamamlandığı anlamına geldiğini belirtmiştir. Bu hareket icâb ve kabulün vukû bulduğuna, akde rızanın sağlandığına delalet etmekte ve örfe göre sahîh bir satım akdi gerçekleşmiş olmaktadır. Ellerin üst üste konularak akdin kesinleştirilmesi durumuna *safka* denmektedir. Taraflar bu tokalaşmadan önce akitle ilgili isteklerini ileri sürebilirken, bu işlemten sonra akit bağlayıcılık kazandığından artık mebî'i iade etme hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tokalaşmanın tamamlanmasıyla taraflardan birinin akitten dönme imkânı bulunmamaktadır.¹⁰⁹ Akdin bağlayıcılığını şeklen gösteren bu uygulama gerçekleşmeden önce tarafların akdin mahalliyle ilgili isteklerini söyleyebildiklerinin ifade edilmesi, akit meclisinin örfen de pazarlık, kabul ve red meclisi olarak görüldüğüne işaret etmektedir. Taraflar tokalaşma işlemini gerçekleştirmeden akdin lâzım olmayışını, akdi yaparken duyulan düşünme ihtiyacının karşılanmasına yönelik bir uygulama olarak görmek mümkündür. Ayrıca Câhiliye akitlerinden olan *mülâmese* satışının, meclis muhayyerliğini kaldırması şartıyla yapılan bir türüne de işaret

¹⁰⁶ Abdürrezzâk Ahmed Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, 1953, c. 2, s. 28- 31.

¹⁰⁷ Abdullah b. Muhammed b. Ahmed Tayyar, "Hıyâru'l-Meclis ve'l-'Ayb fi'l-Fıkhi'l-İslâmî" (Yüksek Lisans Tezi, Câmiatü'l-İmam Muhammed b. Suud el-İslâmiyye, 1979), s. 70.

¹⁰⁸ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-'Akd*, s. 179.

¹⁰⁹ Cevâd 'Alî, *el-Mufasssal*, c. 14, s. 91.

edilmektedir.¹¹⁰ Bu da tarafların akit yaparken bu tür bir muhayyerliğe sahip olduğu anlamına gelecektir.

Konuyla ilgili hadisin bir diğer rivayetinde geçen “Seç!” ifadesi ise bu muhayyerliğin rıza sağlanarak düşürülebileceğini ifade etmesinin yanı sıra, Araplar için akit meclisine ait yeni bir uygulama olduğuna da işaret etmektedir. Nitekim Hz. Peygamberin alışveriş yaptığı bir Araba meclis henüz dağılmadan “Seç!” demesinin akabinde karşı tarafın şaşkınlığını ifade ettiği daha önce belirtilmiştir.¹¹¹ Buradan yola çıkarak meclise ilişkin muhayyerliklerin toplumun yabancı olduğu bir uygulama olduğunu söylemek mümkün gözükme de Hz. Peygamber’in akitlerdeki düşünme ihtiyacına toplumda var olan uygulamaya yeni bir çerçeve çizerek cevap verdiğini söylemek mümkün olacaktır.

Muasır hukukçuların ifadelerinden anlaşılan ise meclis muhayyerliğinin günümüzde tarafların problemlerini çözmeyeceği gibi ticârî hayatta daha büyük istikrarsızlığa yol açacağı, dolayısıyla bir ihtiyacı da karşılayamayacağıdır. Hindistanlı âlim Muhammed Tâki Osmânî, “Seç!” denilerek muhayyerliğin düşürülebilmesini kabul eden ve buradan yola çıkarak meclis muhayyerliği olmamasının akitte şart koşulabilmesini mümkün gören Şâfiî ve Hanbelîleri örnek göstererek bir çözüm aramıştır. Buna göre tarafların akitte meclis muhayyerliği bulunmaması şartını koşması örfle ta’yin edilebilir. Nitekim örfen maruf olan, şart koşulmuş gibidir. Bu esas üzerine hükümet meclis muhayyerliğini kaldıran bir yasa çıkardığı takdirde en azından örfün hükmünü almak olur ki bununla muhayyerliği kabul edenlere göre dahi muhayyerliğin düşmesi gerekmektedir. Bu da ona göre günümüzün ticârî koşullarına en uygun olan çözümdür.¹¹²

1.2. Şart Muhayyerliği

Satım, kiralama, sulh, ibrâ, kefalet, rehin, köle azadı gibi lâzım ve feshi kabil akitlerde ileri sürülebilen şart muhayyerliği; akdin taraflarından birinin ya da her ikisinin akit sırasında yahut daha sonraki bir zamanda kendisi veya bir başkası için belirli bir süre

¹¹⁰Âlûsî, *Bulûğu'l-Ereb*, c. 1, s. 265, 266; Cevâd 'Alî, *el-Mufasssal*, c. 14, s. 76, 77.

¹¹¹San'ânî, *el-Musannef*, c. 6, s. 408.

¹¹²Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû'*, c. 1, s. 66.

içinde akdi feshedebilme hakkını şart koşması anlamına gelmektedir. Hanefîler akdin muktezasına aykırı fasid şartı barındırmasına rağmen bu konudaki hadise ve insanların ihtiyacına dayanarak muhayyerliğe istihsânen cevaz vermiştir.¹¹³ Bu muhayyerlik Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîlerce de kabul edilmiştir.¹¹⁴

Cevaz verilmesinin altında yatan sebepler, alışverişlerinde sürekli aldanan Habbân b. Munkız'a söylenen "Alışveriş yaptığında 'Aldatmaca yok! Benim üç gün muhayyerlik hakkım olacak.' de."¹¹⁵ hadisi ile İbn Ömer'den rivayet edilen: "Alıcı ile satıcı ayrılmadıkları müddetçe muhayyerdir, şart muhayyerliği müstesna."¹¹⁶ haberi ve konu hakkında diğer nas ve sahabi uygulamalarının bulunmasıdır.¹¹⁷ Şâfiîler icma' delilini de şart muhayyerliğinin önemli bir kaynağı olarak kabul etmişlerdir. Şâfiî fakih Nevevî (ö. 1277) icma' ile sabit olabilmesi için muhayyerliğin süresinin malum olması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁸

Hanefîlerin de işaret ettiği gibi toplumun bu muhayyerliğe olan ihtiyacı muhayyerliğin sebeplerinden bir tanesidir.¹¹⁹ Meclis muhayyerliğinde de olduğu gibi aldatma ve aldanmayı engellemek ve tam rızayı sağlamak için düşünme fırsatına ihtiyaç duyulmaktadır. Âkit taraflardan biri piyasada işlem yapmaması ya da akdin konusu hakkında yeteri kadar tecrübesi olmaması sebebiyle aldatılmaktan korkabilmekte, akdin mahalli hakkında rızasını önemseydiği bir kişiye danışma ihtiyacı duyabilmektedir. Bu sebeplerle kişinin bu imkânları sağlayan fesih hakkını ileri sürerek akdi onaylama yoluna gidebilmesi ve karşılaşılabileceği zararlardan korunması ihtiyacı bulunmaktadır.

Cevâd Ali, *hilâbe* satışının Câhiliye Araplarının aldatmaca üzerine kurulu olan fasid satış türlerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Bazı satıcıların akitlerde aldatma yolunu tercih ettiğini belirtmiş, *musarrât* satışını yasaklayan hadis ile Habbân b. Munkız hadisinin gerekçesi olarak bu tür satımları göstermiştir.¹²⁰ Bunun yanında akit yapılırken, makul sınırlar çerçevesinde taraflardan birinin şart ileri sürebildiğini de

¹¹³Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 41; Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 7, s. 24; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, c. 2, s. 140.

¹¹⁴İbn Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 250; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 7, s. 38.

¹¹⁵Buhârî, "İstikrâd", 19, "Büyü'", 48.

¹¹⁶Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*, c. 2, s. 201; Buhârî, "Büyü'", 48.

¹¹⁷Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-'Akd*, s. 369.

¹¹⁸Ebû Zekeriyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref Nevevî, *Kitabu'l-Mecmû' Şerhu'l-Muhezzeb li's-Şirbînî*, Cidde/ Suudi Arabistan: Mektebetü'l-İrşâd, t.y., c. 9, s. 226; Şahin, "Muhayyerlik Teorisi", s. 193.

¹¹⁹Muhammed Emîn İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr 'ale'd-Durri'l-Muhtâr*, Riyad: Dâru 'Âlemi'l-Kutub, 2003, c. 7, s. 103; Nevevî, *Mecmû'*, c. 9, s. 226.

¹²⁰Cevâd 'Alî, *el-Mufasssal*, c. 14, s. 85.

belirtmiştir. Nitekim akdin taraflarından birinin yahut her ikisinin de safkanın yapıldığı anda şart koşmaları, karşı tarafın da buna razı olması halinde belirli bir zaman belirlenmek suretiyle alıcıya malı iade etme hakkının verildiğine ve bunun çoğu zaman akitlerde ileri sürülen bir şart olduğuna işaret etmiştir.¹²¹

Sonuç olarak Hz. Peygamberin toplumda var olan akitlerde aldatma ve hile teamülünü göz önüne aldığı, bu sebeple tarafların düşünme ihtiyacını toplumda bilinen şart koşma uygulaması vesilesiyle gidermeyi hedeflediğini söylemek mümkündür. Bu şekilde toplumun ihtiyacının, topluma yabancı olmayan bir uygulamayla giderilmesi yolu tercih edilmiş gibi gözükmektedir. Böylece icab ve kabul gerçekleştiği halde satım akdi bağlayıcı sayılmamış, şart muhayyerliğiyle alışveriş yapılması caiz görülmüştür. Taraflara düşünme fırsatı vermesi açısından toplumsal maslahata da dayanan şart muhayyerliği kısaca tarafların ihtiyaçlarına binaen akitlerde maslahata dayanan örfi uygulamalarla ilgilidir.¹²²

1.3. Nakit Muhayyerliği

Türkçedeki karşılığıyla ödeme muhayyerliği; peşin olmayan alışverişlerde alıcının belirlenen süre içinde semeni satıcıya teslim etmemesi halinde akdin fasid olacağı hususunda tarafların anlaşmasıyla meydana gelir. Alıcının satıcıya “Şu zamana kadar semeni ödemezsem, aramızda satış yoktur.” yahut satıcının alıcıya “Üç gün içinde semeni ödemezsen aramızda satış yoktur.” şeklindeki şartı bu muhayyerliğin en açık şekilleridir.¹²³ Bazı noktalarda birbirlerinden ayrışıyor olsalar da fukahânın bir kısmı bu muhayyerliği şart muhayyerliğinin bir nevi olarak ele almıştır. Her iki muhayyerliğin ön anlaşmayla belirlenmesi ve şartlı akit olmaları ortak noktaları iken, daha çok satıcının hakkını koruması ve süre sonunda akdin kendiliğinden fasid olmasıyla nakit muhayyerliği, şart muhayyerliğinden ayrılmaktadır.¹²⁴

Bu muhayyerliği kabul edenler kıyasa, sahabi uygulamalarına ve akıl deliline dayanmaktadır. Kıyasa dayananlar illet ortaklığı sebebiyle şart muhayyerliğine kıyas

¹²¹Cevâd ‘Alî, *el-Mufasssal*, c. 14, s. 75.

¹²²Ebu’l Hasen ‘Alî b. Ebûbekr el-Fergânî Merğînânî, *el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti’l-Mubtedî*, thk. Tallâl Yûsuf, Beyrut: Dâru İhyâ’i’t-Turâsi’l-‘Arabî, t.y., c. 2, s. 30; Şenocak, “Örfün Hükümlere Etkisi”, s. 43.

¹²³Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 463.

¹²⁴Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, c. 4, s. 524; Osmânî, *Fıkhü’l- Buyû’*, c. 2, s. 934.

etmişlerdir.¹²⁵ Ebû Hanîfe ve Züfer hariç öğrencileri ise ihtiyacı ve İbn Ömer'den gelen hadisi göz önüne alarak bu muhayyerliğe cevaz vermişlerdir.¹²⁶ Buradaki ihtiyaç, şart muhayyerliğinde müşterinin mebî' hakkında düşünme ihtiyacına benzerlik göstermektedir. Satıcı üç gün içinde semenin kendisine ulaşp ulaşmayacağı, alıcı da üç gün içinde semeni ödeme imkânı bulup bulamayacağı noktasında düşünme ihtiyacı duymaktadır. Böylece iki taraflı ihtiyaca binaen bu şekildeki satımın cevazı yoluna gidilmiştir.¹²⁷

Hanbelîler de bu muhayyerliği kabul etmektedir.¹²⁸ İmam Mâlik'ten bu konuda üç rivayet gelmiş olup ilki bu şartla akdin bâtıl olacağını, ikincisi akdin caiz, şartın nâfiz olacağını, üçüncüsü akdin sahih şartın batıl olacağını ifade etmektedir.¹²⁹ Şâfiîlerdeki racih görüşe göre ise tarafların öne sürdükleri şart akdi fasid kılan fasid şart olduğundan taraflara böyle bir muhayyerlik tanınmamıştır.¹³⁰

Ali Haydar Efendi (ö. 1935) Mecelle'nin 313. Maddesinin şerhinde bu muhayyerliğe müşterinin mümatelesinden kurtulmak için satıcının akdi feshetmeye duyduğu ihtiyaç sebebiyle istihsânen cevaz verildiğini ifade etmiş ve nakit muhayyerliğinin şart muhayyerliği menzilesinde olduğunu belirtmiştir.¹³¹ Esasen fakihler bu muhayyerliğin dayandığı şer'î delili şart muhayyerliğinin deliline dayandırdıklarından ödeme muhayyerliğinin şart muhayyerliğine ilhak edildiğini söylemek mümkündür.¹³²

Meşruiyeti şart muhayyerliğinin meşruiyetine ilhak edildiğinden, şart muhayyerliğinde etkili olan toplumsal teamüllerin nakit muhayyerliği için de geçerli olacağını söylemek mümkündür. Nitekim İslâmiyet öncesi Arap toplumunda da akdin taraflarının safka tamamlanmadan önce karşılıklı rızaya dayalı olarak birtakım şartlar ileri sürebildikleri belirtilmiştir. Nakit muhayyerliği de temelde şart koşmaya bağlı bir

¹²⁵Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 1, s. 767.

¹²⁶Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 17; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 48; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. 4, s. 270.

¹²⁷Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. 7, s. 25, 26; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 48.

¹²⁸İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 47.

¹²⁹Osmânî, *Fıkhü'l-Buyû'*, c. 2, s. 936.

¹³⁰Nevevî, *Mecmû'*, c. 9, s. 230.

¹³¹Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2017, c. 1, s. 460, 461.

¹³²Şahin, "Muhayyerlik Teorisi", s. 215.

muhayyerlik türü olup, topluma yabancı bir uygulama olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.

1.4. Ta'yin Muhayyerliği

Satıcının ya da müşterinin ileri sürdüğü, kıymetleri belirli olan iki yahut üç mebî' arasında bir tanesini seçme şartına binaen sabit olan ta'yin muhayyerliğinin meşruiyeti noktasında âlimler ihtilaf etmiştir. Şâfiî, Ahmed b. Hanbel ve Züfer'e göre hangi malın akdin mahalli olarak kabul edileceği belirsiz olduğundan bu şart garara sebep olmakta ve akdi fâsid kılmaktadır.¹³³

Mâlikî kaynaklarında ta'yin muhayyerliğinin tam tarifine rastlanmamışsa da kaynaklardaki ifadelerden konuyu farklı kıstaslarla ele aldıkları anlaşılmaktadır. Onlara göre *bey'u ihtiyar* yalnızca ta'yin muhayyerliğinin bulunduğu akit olup bağlayıcı kabul edilmekte ve bu akitte kişiye yalnızca seçme hakkı verilmektedir. İkinci durum *bey'u hıyar ve ihtiyar* olarak geçmekte ve alıcıya hem ta'yin hem fesih hakkı tanınmaktadır.¹³⁴ Ömer Nasûhi Bilmen, Mâlikîlerin *bey'u hıyar ve ihtiyar*ı caiz gördüğünü, dolayısıyla şart muhayyerliğiyle beraber ta'yin muhayyerliğini ele aldıklarını ifade etmiştir.¹³⁵ Orhan Çeker ise akdin lâzım olmaması şartıyla İmam Mâlik'in bu muhayyerliğe cevaz verdiğini belirtmiştir.¹³⁶

Kıyasa göre mebî'in meçhuliyeti sebebiyle akdi fâsid kılan bu işlem Ebû Hanîfe ve İmameyn tarafından istihsân yoluyla kabul edilmiştir.¹³⁷ Merginânî (ö. 1197)'ye göre istihsânın gerekçesi gabnin engellenmesi ve bu türden satışa ihtiyacın bulunmasıdır.¹³⁸ Ali Haydar Efendi de bu muhayyerliğin insanların istişareye ve sorup sormaya olan ihtiyacına binaen kıyasa aykırı olarak caiz görüldüğünü ifade etmiştir.¹³⁹

¹³³Nevevî, *Mecmû'*, c. 9, s. 346, 347; Merginânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 32; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 253; Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-Akd*, s. 365.

¹³⁴Muhammed b. Ahmed b. Arefe el-Mâlikî Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî 'ale's-Serhi'l-Kebîr*, b.y.: Dâru İhyâi'l Kütübi'l 'Arabiyye, t.y., c. 3, s. 106; Şahin, "T'ayin Muhayyerliği", s. 196, 197.

¹³⁵Bilmen, *Kamus*, c. 6, s. 65.

¹³⁶Çeker, *Akidler*, s. 70.

¹³⁷Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 465; Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. 6, s. 593; Merginânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 32.

¹³⁸Merginânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 33.

¹³⁹Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkâm*, c. 1, s. 91.

Ali el-Hafîf (ö. 1978)'e göre Hanefiler ihtiyacın yanında nizaya sebep olmayan böyle bir örfün mevcudiyetini dikkate alarak istihsânen cevaz vermişlerdir.¹⁴⁰ Vehbe Zuhaylî'ye göre de buradaki istihsân maslahat ve örfе dayanmaktadır.¹⁴¹

Mebî'deki belirsizlik malların hepsinin fiyatı ayrı ayrı belirlendiğinden affedilebilir düzeyde görülmüş ve anlaşmazlığa yol açmadığı ifade edilmiştir.¹⁴² Akdi fasid kılan da bizzat mebiddeki cehalet olmayıp bu cehaletin yol açtığı niza durumudur. Nizaya sebep olmadığı takdirde bilinmezlik fesadı gerektirmeyeceğinden ta'yin muhayyerliğinin kabulünün gerektiği ifade edilmiştir.¹⁴³

Toplumun mallardan birini seçerek alışveriş yapma ihtiyacının mahiyeti noktasında çeşitli örnekler zikredilmiştir. Buna göre çarşı ve pazara çıkamayan kişiler için malların yanlarına götürülmesi bir ihtiyaçtır. Benzer şekilde vekilin aldığı malda vekil eden malı görme ihtiyacı duyabilmektedir. Ayrıca kişi akdin mahalli hakkında bilgi sahibi olmadığında tecrübeli kişilerle istişare etmeye ihtiyaç duyabilmektedir. Satıcının tüm malları en az birinde satış olmaksızın bu kişilere emanet etmesi tazmin hususunda kendi zararına sebep olacağından bu tür satış örf halini almış ve bu örf kıyası terk etmenin gerekçesi olmuştur.¹⁴⁴

1.5. Vasıf Muhayyerliği

Kaynaklarda *hıyâru fevâti'l- vasf* ve *hıyâru'l-hulf* olarak da zikredilen vasıf muhayyerliği belirli bir vasfı için satın alınan malın o vasfı içermemesi halinde müşterinin akdi fesih ile mebî'i kabul etme arasında muhayyer olması şeklinde açıklanır.¹⁴⁵ Kâtip yahut fırıncı olduğu söylenerek satılan kölenin bu özellikleri taşımaması, kırmızı yakut olduğu belirtilen mücevherin sarı yakut çıkması, belirli bir yazara aittir diye satılan kitabın başka bir yazara ait olması kaynaklarda vasıf

¹⁴⁰Ali el-Hafîf, *İslam Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya ve Borçlar Hukuku)*, çev. Rahmi Yaran, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018, s. 479.

¹⁴¹Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 32; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 525.

¹⁴²Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 55; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, c. 5, s. 35; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 253.

¹⁴³Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 55; Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l- 'Akd*, s. 365.

¹⁴⁴Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 32; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, c. 6, s. 35; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 253.

¹⁴⁵Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 1, s. 719; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 522; Osmânî, *Fıkhu'l-Buyû'*, c. 2, s. 1183.

muhayyerliğinin doğduğu durumlara örnek olarak verilmektedir.¹⁴⁶ Bununla beraber vasıf muhayyerliği semen için de söz konusu olabilmektedir. Buna göre satıcı, alacağını güvenceye almak adına semende rehin almak, kefil göstermek şartıyla satmak gibi vasıflar şart koştuğu ve alıcı bu şartlara uymadığı takdirde akdi onay ile fesih arasında muhayyer olmakta ve buna *vasf-ı semen muhayyerliği* denilmektedir.¹⁴⁷ Temelde aralarında bir fark olmadığından bir başlık altında incelenecektir.

Vasıf muhayyerliğinin dayandırıldığı başlıca delil *musarrât* hadisidir.¹⁴⁸ Bu hadise göre müşterinin satın aldığı hayvanda aradığı vasıf ineğin sütlü olması iken sağdıktan sonra sütsüz olduğunu görmesi üzerine ineği olduğu gibi kabul etmekle, bir sa‘ hurmayla beraber iade etmek arasında seçim hakkı söz konusudur.¹⁴⁹ Vehbe Zuhaylî’nin ifadesine göre ise bu muhayyerlik kıyasa muhalif olarak maslahata dayanan istihsân deliliyle caiz kabul edilmiştir.¹⁵⁰

Muhayyerlik ittifakla kabul edilse de farklı muhayyerlikler altında işlenmiş olup müstakil bir başlık ayrılmamıştır. Hanefilere ait eserlerde genel olarak şart muhayyerliği çerçevesinde ele alınmışsa da şart koşulan vasfın eksikliği, mebî’in ayıpsız olma vasfını kaybetmesine benzetilmiştir.¹⁵¹ Şâfiî ve Hanbelîler ise bu muhayyerliği ayıp muhayyerliği bünyesinde ele almışlardır.¹⁵² Onlara göre muhayyerliğin dolaylı sebebi bir vasfın şart koşulmasıysa da asıl sebep şart koşulan vasfın bulunmaması yani mebî’deki eksikliktir. Bu sebeple meşruiyeti ayıp muhayyerliğine dayanmaktadır.¹⁵³

Fukahânın farklı başlıklar altında incelemesinin sebebi vasıf muhayyerliğinin şart ve ayıp muhayyerliğini de bünyesinde barındıran iki farklı yönünün olmasıdır. Ebû Ğudde bunu iradiye benzeyen bir muhayyerlik olarak tanımlamış ancak o da sübutunu ayıp muhayyerliğine dayandırmıştır. Ona göre alıcı bir vasfı şart koştuktan ve satıcı bununla yükümlü hale geldikten sonra bu vasfın yokluğu akdin mahallinin ayıplardan salim olma vasfının yokluğu gibi kabul edilir. Her iki muhayyerlik akdin mahallinde

¹⁴⁶Senhûrî, *Mesâdiru’l-Hak*, c. 1, s. 79.

¹⁴⁷Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l Hükkâm*, c. 1, s. 269; Orhan Çeker, *Fıkıh Dersleri*, Konya: Ensar Yayıncılık, 2015, s. 78.

¹⁴⁸Buhârî, “Büyü”, 64; Müslim, “Büyü”, 7.

¹⁴⁹“من اشترى شاة مصراة، فإنه يحلبها، فإن رضيها أخذها، وإلا ردها ورد معها صاعا من تمر”، San’ânî, *el-Musannef*, c. 6, s. 518; Osmânî, *Fıkhu’l-Buyû’*, c. 2, s. 1183.

¹⁵⁰Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, c. 4, s. 522.

¹⁵¹Mergînânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 34; Meydânî, *el-Lübâb*, s. 233; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, c. 4, s. 523; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 238, 239.

¹⁵²Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, c. 4, s. 523.

¹⁵³Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi’l-Ukûd*, c. 1, s. 722.

koşulan şarta aykırı davranılması sebebiyle sâbit olur. Ayıp muhayyerliğinde delaleten sabit olan bu şart, vasıf muhayyerliğinde nasla sabit olmuştur.¹⁵⁴ Ne var ki şart koşulan vasfın bulunmaması ayıba yol açmasa dahi vasıf muhayyerliği ortaya çıkacağından bu noktada ayıp muhayyerliğinden ayrılmaktadır.

İslâmiyet öncesi devirde taraflardan birinin şart koşması ve karşı tarafın da rızasının alınması halinde akdin mahallinin vasıflarındaki eksiklik sebebiyle iadesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁵ Dolayısıyla akdin mahalline dair belirli bir vasıf şart koşulmasının Arap toplumu için yeni bir uygulama olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Ayıp muhayyerliğinde değinilecek olan toplumun muamelelerinde aldatmayı alışkanlık haline getirmesi dolayısıyla aldatma ve aldanmadan korunma ihtiyacının devam etmesi, akitlerde var olan bu uygulamanın belirli düzenlemelerle uygulamada bırakıldığını söylemeyi mümkün kılmaktadır.

1.6. Ayıp Muhayyerliği

Örfen ve şer'an aslolan üzerine akit yapılan malın ayıplardan hâli olmasıdır. Nitekim kişinin akit yapma amacı akdin konusundan faydalanmak olup bu amaca tamamıyla malın ayıpsız olması halinde ulaşılır.¹⁵⁶ Bu yüzden akdin mahallinde ayıp bulunduğu takdirde akde rıza da söz konusu olmamaktadır. Muavaza akitlerindeki karşılıklı mübadelede adaletin ve akde rızanın tam olarak sağlanması adına muhayyerlik hakkı tanınmıştır.¹⁵⁷ Buna göre akdin mahallinde akit anında mevcut olan ancak alıcı tarafından sonradan öğrenilen bir ayıp bulunduğu, akdin mahallinin ayıpsız olması zımnen ya da delaleten şart koşulmuş gibi kabul edilerek muhayyerlik sübut bulmakta ve alıcıya fesih hakkı tanınmaktadır.¹⁵⁸ Bunu Mâlikîler *nakîsa muhayyerliği* olarak isimlendirirken, kaynaklarda daha çok kusurlu çıkma yahut ayıp muhayyerliği başlıklarıyla ele alınmıştır.¹⁵⁹

Meşruiyetinin haksız kazancı yasaklayan, akitlerde rızayı vurgulayan, genel olarak zararın yasaklandığı ayet ve hadislerle beraber, icma', kıyas ve akıl delillerine

¹⁵⁴Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fî 'l-Ukûd*, c. 1, s. 722.

¹⁵⁵Cevâd 'Alî, *el-Mufasssal*, c. 10, s. 75.

¹⁵⁶Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu 'l-'Akd*, s. 380.

¹⁵⁷Zuhaylî, *el-Fıkhu 'l-İslâmî*, c. 4, s. 261; Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu 'l-'Akd*, s. 380.

¹⁵⁸Tayyar, "Hıyâru'l-Meclis", s. 61.

¹⁵⁹Senhûrî, *Mesâdiru 'l-Hak*, c. 4, s. 172.

dayandığı ifade edilmiştir.¹⁶⁰ İbn Kudâme (ö. 1223), malda mevcudiyeti sonradan öğrenilen bir ayıp karşısında muhayyerliğe sahip olma noktasında ehl-i ilmden kimsenin ihtilaf etmediğini belirterek icma‘a işaret etmektedir.¹⁶¹

Bu muhayyerliğin öne çıkan delili Mâlikî, Şâfiî, Hanbelîlere ve Ebû Yusuf’tan gelen zayıf bir görüşe göre, Ebû Hureyre’den rivayet edilen *musarrât* hadisidir.¹⁶² Buna göre Hz. Peygamberin tasriye sebebiyle muhayyer kılması akitte bulunan ayıba dikkat çekmek içindir. Nitekim mutlak akit ayıplardan sâlim olmayı gerektirir. Bunun delili “Bu, Resulullah Muhammed’in Adâ b. Halid b. Hevde’den satın aldığı köledir. Onda hiçbir hastalık yok, hiçbir kötülük yok, başkasının hakkı yok. Bu bir Müslümanın Müslümana satışındır.”¹⁶³ hadisidir. Müslümanın müslümana satışında malın ayıpsız olması gerektiği sabit olduğundan ayıpsızlık aslanan, ayıp sonradan ortaya çıkan yahut görünenden farklı olandır. Ayıpsız olma vasfı kaybedildiğinde akdin muktezasından bir şey kaybedilmiş olur ve alıcının malı iade ederek parasının tamamını alma hakkı bulunur.¹⁶⁴

Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed söz konusu hadisi kitap ve sünnetle sabit olan kurala aykırı olması sebebiyle muhayyerliğin delili olarak almamışlardır. Nitekim kurala göre telef edilen şeyler, misli mallardan ise misli, kıyemî mallardan ise değerleri ödenir. Hadiste sağılan süt karşılığında bir sa‘ hurma verilmesi söylenmiştir. Süt, misli mallardan olup, ödenmesi gereken şey telef edilenin mislidir. Süt yerine hurmanın ödettilmesi ise Kitap ve sünnetle sabit olan kurala aykırıdır. Bunun yanında Ebû Hureyre’nin rivayet ettiği hadislerden, kıyasa aykırı olmayanların kabul edileceği, kıyasa aykırı olması halinde kıyasın o hadise tercih edileceği belirtilmiştir.¹⁶⁵ Ayrıca onlara göre tasriye, ayıp olarak addedilmemektedir. Çünkü süt ürün olup, ürünün

¹⁶⁰ Nisâ, "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً", 4/29; عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال: "ما هذا يا صاحب؟" 4/29; "الطعام قال أصابه السماء يا رسول الله قال أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس من غش فليس منى", Müslim, "İman", 164; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 348; Abdullah Çolak, *İslâm Borçlar Hukuku*, İstanbul: Ensar Yayıncılık, 2020, s. 120.

¹⁶¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 225.

¹⁶² San‘ânî, *el-Musannef*, c. 6, s. 518.

¹⁶³ Buhârî, "هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا بن خالد بن هوزة عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم", 19, "Büyû", 19.

¹⁶⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 225.

¹⁶⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 40.

yokluğu kusursuz olma niteliğini kaldırmadığından, azlığı evleviyetle kaldırmayacaktır. Böylece ayıp bulunmadığı sabit olmuş olur.¹⁶⁶

Hanefiler ayıp muhayyerliğini daha çok aklî gerekçelere dayandırarak kabul yoluna gitmişlerdir.¹⁶⁷ Addâ hadisine göre mutlak akit, akdin mahallinin ayıpsız olmasını gerektirdiğinden bu vasfın yokluğu kişinin razı olmadığı bir şey sebebiyle zarar görmemesi adına muhayyerliği gerektirmektedir. Bu bakımdan muhayyerliği kabul eden bütün ekoller, akdin gereği olarak sübut bulduğunu ifade etmişlerdir.¹⁶⁸

Ayıp muhayyerliğinin teşriinde toplumun muamelelerde âdet edindiği davranışların önlenmesine duyulan ihtiyacın etkili olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim *musarrât* hadisi ve Hz. Peygamber'in ıslak buğdayları çuvalın altına koyan satıcıyı uyarması hadisesi, İslâmiyet öncesi Arap toplumunda olduğu gibi bazı toplulukların ayıbı gizlemeyi, malı olduğundan farklı göstermeyi, aldatmayı ve hile yapmayı, işlerini aymazlıkla acele şekilde yürütmeyi âdet haline getirdiğini göstermektedir.¹⁶⁹ Hanefiler dahi *musarrât* hadisini bu muhayyerliklerin delili olarak görmemelerinin gerekçelerini açıklarken insanların sütü biriktirilmiş hayvan satmayı âdet haline getirdiklerine değinmektedir.¹⁷⁰

İslâmiyet öncesi devirde akitler genel olarak “şans ve kismet” esasına dayanmakta ve bu tür akitler taraflar arasında husumete ve nizaya sürükleyecek cehalet ve gararı içermektedir. Aldatmada uzmanlaşma derecesinde satışlar gerçekleştirmekle temayüz eden Câhiliye Araplarının hangi yoldan olursa olsun kazanma esasına göre hareket ettikleri ifade edilmektedir.¹⁷¹ Ancak o dönemde dahi aldatma ve aldanmanın önüne geçebilmek adına akit kesinleşene kadar akdin mahalliyle ilgili şart koşulabildiği bilinmektedir. Alıcının malın ayıplı olması halinde iade etme şartı koşması ve karşı tarafın bu şarta rıza göstermesi halinde malı iade etme imkânı bulunmaktadır. Aynı şekilde satıcının mahaldeki kusurlardan dolayı sorumsuzluk şartı ileri sürebildiğinden de bahsedilmektedir.¹⁷² Buradan sorumsuzluk şartının ileri sürülmemesi hâlinde satıcının ayıptan sorumlu tutulabildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ayıp

¹⁶⁶Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 39; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 216.

¹⁶⁷Çeker, *Akidler*, s. 72; Şahin, “Muhayyerlik Teorisi”, s. 132.

¹⁶⁸Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 106; Meydânî, *el-Lübâb*, s. 237.

¹⁶⁹Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. 4, s. 261.

¹⁷⁰Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 40.

¹⁷¹Cevâd 'Alî, *el-Mufasssal*, c. 10, s. 75, 82.

¹⁷²Cevâd 'Alî, *el-Mufasssal*, c. 10, s. 75, 91.

muhayyerliğinin farklı şartlar altında olsa da toplum açısından yeni bir uygulama olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Ancak muhayyerliğin akdin gereği olarak sübut bulması ve tarafların ileri sürmesine ihtiyaç bırakılmaması İslâmiyetin getirdiği bir yenilik olarak kabul edilebilir. Şâri‘ tarafından toplumun akitlerdeki davranışı göz önüne alınarak ayıp muhayyerliği düzenlenmiş, böylelikle aldatmaya meyilli kişilerin amaçlarına ulaşmaları engellenmiş ve zayıf olan tarafın hakkı korunmuştur.¹⁷³ Böylelikle toplumun hileye, kandırılmaya maruz kalmamak adına duydukları bu ihtiyaç, toplumun aşına olduğu bir müesseseyeyle giderilmiştir.

1.7. Hıyânet Muhayyerliği

*Murâbaha*¹⁷⁴, *tevliye*¹⁷⁵ ve *vadîa*¹⁷⁶ gibi öteden beri örfen yapıla gelen ve esasını alıcının karşı tarafın maliyete ilişkin beyanına güveninin oluşturduğu akitlerde tarafların birbirlerine tam anlamıyla dürüst davranması şart koşulmuş gibi kabul edilerek aldatmaya izin verilmemiş ve yalan beyan hıyanet olarak değerlendirilmiştir.¹⁷⁷ Güven esasına dayanmaları sebebiyle bu akitlerde alıcının rızasını etkileyecek en ufak noktanın dahi kendisine açıklanması beklenmekte ve satıcının sermaye beyanında yalan söylediği ve sözünde durmadığı anlaşıldığı an müşteri çeşitli haklar elde etmektedir. Serahsî tanınan hakkın gerekçesi olarak alıcının zararının kaldırılmasına olan ihtiyaca işaret etmiş ve bunu alıcının malı belirtilenden düşük kalitede bulunduğu tanınan muhayyerlik hakkına kıyas etmiştir.¹⁷⁸ Nitekim tanınan haklar yeteri kadar tecrübesi bulunmayan kimseleri aldanmadan kurtararak haklarını koruma gerekçesine dayanır. Bu da karşı tarafın en küçük yanlış ve yalan beyanı ile akdi bozma ve aldanmanın zararından kurtulma imkânı vermekle mümkün olacaktır.

Hıyânetin ne şekilde ortaya çıktığına göre alıcının sahip olacağı haklar da farklılık göstermektedir. Buna göre murâbahada hıyânet ücretin miktarında ise Ebû

¹⁷³Osmânî, *Fıkhu’l- Buyû’*, c. 2, s. 864; Tayyar, “Hıyârü’l-Meclis”, s. 63.

¹⁷⁴Murâbaha: Alish fiyatı veya maliyet üzerine belli bir kâr ilavesiyle yapılan bir tür güvene dayalı satış sözleşmesi.

¹⁷⁵Tevliye: Alish fiyatı veya maliyet üzerine kâr koymadan yapılan güvene dayalı satış sözleşmesi.

¹⁷⁶Vadîa: Bir malın maliyetinin altında bir fiyata satışı anlamında fıkıh terimi.

¹⁷⁷Ebü’l- Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd Mevsilî, *el-İhtiyâr li-Ta’lîl-i-Muhtâr*, thk. Mahmûd Ebû Dakîka, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1980, c. 2, s. 28; el-Haffî, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 502.

¹⁷⁸Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 78.

Hanîfe ve İmam Muhammed ile Şâfiîlerden gelen bir görüşe göre alıcı semenin tamamı karşılığında malı alıp almamakta muhayyerdir. İmam Muhammed'e göre tevliyede de hainlik yapıldığı takdirde alıcı isterse tam fiyat karşılığında alır, isterse vazgeçer.¹⁷⁹ Ona göre iki tarafa borç yükleyen akitlerde taraflarca kararlaştırılan miktar semen kabul edilir. Çünkü akit bunun üzerine kurulur ve taraflar rızalarını bu miktara göre beyan ederler. Bu akitlerdeki murâbaha, tevliye, vadîa ifadeleri mala rağbeti arttırmak için olup rağbet arttırıcı vasfın yok olması halinde akdi feshetme muhayyerliğine sahip olunur. Kararlaştırılan miktar üzerinden akit kabul edilir yahut feshedilir.¹⁸⁰ Ebû Yusuf'a göre üç tür akitte de satıcının alış fiyatı esas olduğundan satıcının yalan beyanda bulunması halinde akde esas alınan noktaya müracaat edilerek satıcı razı olmasa da fazlalıklar indirilir ancak alıcıya muhayyerlik tanınmaz.¹⁸¹

Ebû Hanîfe murâbaha ve vadîa ile tevliyeyi ayırmış, mebî'in ilk fiyattan fazla yahut azına satılması halinde satımın tevliye olmayacağını, bu ortaya çıktığında fiyatın o seviyeye çekileceğini belirtmiştir.¹⁸² Ona göre satım akdinin murâbaha, tevliye veya vadîa olarak tamamlandığından bu anlam mutlaka verilmelidir. Murâbahanın olması için semenin mebî'in maliyetinden fazla, vadiada ise az olması gerekir. Fazlalık veya eksiklikte bir sınır yoktur. Öyleyse satıcının beyan ettiğinden daha çok ya da az bir fazlalık veyahut eksiklik yalan beyan teşkil etmemekte ve akit tamamlanmaktadır. Ne var ki bu akit satıcının alış fiyatına belli bir kâr ilave ederek ya da indirim yaparak gerçekleştirildiği için burada mebî'de aranan vasfın bulunmaması söz konusudur. Bu da muhayyerlik sebebidir. Kısacası hıyânet muhayyerliği, vasıf muhayyerliğinin bir çeşidi olarak değerlendirilerek alıcıya semenin arzu edilen vasıftan hâli olması sebebiyle akdi feshetmeyle konuşulan fiyat üzerinden akdi kabul etme arasında muhayyerlik tanınmıştır. Tevliyede ise alış ve satış fiyatlarının eşitliği esastır. İlk fiyatın esas alınması zorunluluğu olduğundan tevliye anlamı gerçekleşmesi için yalan beyana dayanan fazlalık indirilmeli ve satıcının alış fiyatı ödenerek mebî alınmalıdır. Konuşulan fiyattan alınması hâlinde tevliye söz konusu olmayacaktır.¹⁸³

¹⁷⁹Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 482, 485; Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 56.

¹⁸⁰el-Hafîf, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 504.

¹⁸¹Kâsânî, *Bedâi 'u's-Sanâi'*, c. 7, s. 185.

¹⁸²Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 485; Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 86, 87; Kâsânî, *Bedâi 'u's-Sanâi'*, c. 5, s. 185.

¹⁸³el-Hafîf, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 503.

Mâlikîlere göre satıcı indirim yaptığı takdirde alıcı meb'î'i almak zorundayken, indirim yapmadığında muhayyerdir. İbn Rüşd (ö. 1198) Mâlikîlerde bu akitlerin hükmünün aldatma (gış) ve ayıp meselelerinin hükmü üzerine kurulduğunu söylemiştir.¹⁸⁴ Şâfiîlerin iki kavlından birine göre mutlak muhayyerlik tanınırken diğerine göre indirim yapıldığı takdirde akit bağlayıcı görülmüştür.¹⁸⁵ Hanbelîlere göre hıyânet sebebiyle müşterinin muhayyerliği yoktur ancak hıyanet miktarını fiyattan düşme imkânı bulunmaktadır.¹⁸⁶

Hıyanet semenin niteliğinde ise, örneğin kişi malı vadeli olarak satın aldığı halde alıcıya bunu bildirmeksizin satış yapmışsa; Tarafeyn ile Şâfiî ve Hanbelîlere göre alıcı malı alıp almamakta muhayyer olup, buradaki hak ayıp muhayyerliğine benzetilmiştir.¹⁸⁷ Ebû Yusuf müşteriye muhayyerlik hakkı tanımamakta, ticari teamüllere göre vadeye tekabül eden miktarın semenden düşülmesini, ödenmişse iadesini kabul etmektedir.¹⁸⁸

Ebû Hanîfe hıyânet muhayyerliğini vasıf muhayyerliği ile kıyaslama yoluna gitmiş, daha sonrasında Serahsi'nin de aynı yolu takip ettiği görülmüştür. İbn Rüşd ve İbn Kudâme alıcının muhayyer olduğunu söyleyenlerin yalan beyanı malda görülen ayıba benzettiklerini belirtmiş, malda görülen ayıbın muhayyer kılmasına kıyasen satıcının yalanının da alıcıyı muhayyer kılacağını ifade etmişlerdir.¹⁸⁹ Kâsânî ve Merginânî de hıyanet muhayyerliğini ayıp muhayyerliğiyle kıyaslama yoluna gitmiştir.¹⁹⁰ Hanefîlerin vasıf muhayyerliğini mahallin ayıpsız olma vasfını kaybetmesi olarak değerlendirildiği düşünüldüğünde hıyânet muhayyerliğinin daha çok ayıp muhayyerliği altında ele alındığı açıklığa kavuşmuş olacaktır. Sonuç olarak âlimlerin bu muhayyerliği ayıp muhayyerliği çerçevesinde ele aldığını, dolayısıyla meşruiyetinin de bu muhayyerliğe dayanacağını söylemek mümkündür.

Merginânî, *el-Hidâye*'de bu tür satışların caiz olduğunu belirttikten sonra aynı zamanda bu tür akitlere ihtiyaç da bulunduğunu ifade etmektedir. Nitekim ticarete

¹⁸⁴İbn Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 259.

¹⁸⁵Ebû Abdullâh Muhammed b. İdrîs Şâfiî, *el-Üm*, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1990, c. 8, s. 23; Nevevî, *Minhâcu't-Tâlibîn*, s. 105.

¹⁸⁶İbn Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 258; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 267; İbrahim Kâfi Dönmez, "Murâbaha", *DİA*, XXXI, 150; İsmail Cebeci, "Tevliye", *DİA*, XLI, 40.

¹⁸⁷Merginânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 58; Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, c. 2, s. 480.

¹⁸⁸Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi*, c. 7, s. 185; Dönmez, "Murâbaha", s. 150; Cebeci, "Tevliye", s. 40.

¹⁸⁹İbn Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 258; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 267.

¹⁹⁰Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi*, c. 7, s. 185; Merginânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 56- 59.

tecrübe sahibi olmayan kişiler, daha tecrübeli olanlara güvenmeye ihtiyaç duymakta ve onların verdiği bedele kâr eklenmesine de razı olmaktadır. Böylece murâbaha ve tevliye türünden satışların caiz olduğuna hükmetmek gerektiğini ve bunların güvene ve hıyânet şüphesinden sakınmaya dayandığını belirtmiştir.¹⁹¹ Ayıp muhayyerliğine benzer olarak tarafların şart koşmasına gerek duyulmaksızın akdin gereği olarak ortaya çıkan hıyânet muhayyerliğinin, akitlerde aldatmaya yönelik teamüllerin vereceği zararın ortadan kaldırılmasına duyulan ihtiyaca cevap mahiyetinde olduğunu söylemek mümkündür.

1.8. Görme Muhayyerliği

Mecelle’de “Bir kimse bir malı görmeden iştira etse görüncedyek muhayyerdir. Gördükte dilerse fesheder ve dilerse kabul eder. Buna hıyar-ı rü’yet denir.”¹⁹² ifadeleriyle kısaca açıklanan görme muhayyerliği; akdin taraflarının akit esnasında yahut öncesinde meb’î görmemesi sebebiyle daha sonra onu görünce akdi onaylama yahut feshetme hakkına sahip olmasını ifade eder. Maddede geçen “Görüncedyek muhayyerdir.” ibaresi ise görme muhayyerliğinin akdi gayri lâzım hale getirmesinin sağladığı bir muhayyerlik olup görme muhayyerliğinden ayırdır. Hanefîlerin çoğunluğuna göre bu muhayyerlik yalnızca temellük eden tarafa tanınmış olsa da Hanefî, Hanbelî ve Zâhirîlerden temlik eden tarafın görmeden sattığı malda muhayyerlik hakkı bulunduğunu savunanlar da olmuştur.¹⁹³

Görme muhayyerliği, üzerine ihtilaf edilmiş bir muhayyerlik türü olup, kabul eden, kabul etmeyen, sınırlı olarak yahut başka bir muhayyerliğe dâhil ederek kabul eden âlimlerden bahsetmek mümkündür. Bu muhayyerliği sistematik biçimde, tam anlamıyla kabul eden ve kanundan doğan bir hak sayan Hanefîler olmuştur.¹⁹⁴ Onlara göre malın görülmeksizin satımı meşrudur ve görüldüğü takdirde öncesinde şart koşulması aranmaksızın alıcının muhayyerlik hakkı doğmaktadır.¹⁹⁵ Rıza görmeye

¹⁹¹Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 86; Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 56- 59.

¹⁹²Mecelle, md. 320.

¹⁹³el-Hafîf, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 414.

¹⁹⁴Kâsânî, *Bedâi’u’s-Sanâi’*, c. 7, s. 346.

¹⁹⁵Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 472.

bağlanmış olup, mal görülmeden akdi onaylama yoluna gidilememektedir. Dolayısıyla Hanefilere göre muhayyerliğin sebebi akitlerde tam rızanın sağlanmasıdır.¹⁹⁶

Meşruiyet delili Hz. Peygamberin “Kim görmediği bir şeyi satın alırsa, onu gördüğünde muhayyerdir.”¹⁹⁷ hadisidir. Mezhebin çoğunluğuna göre bu muhayyerlik akdin muktezasına aykırı olmasına rağmen kıyasa muhalif olarak meşru kabul edilmiştir. Bu sebeple muhayyerliğin meşruiyeti hadisteki çerçeveye sınırlıdır.¹⁹⁸ Hanefiler dışındaki mezheplerin görme muhayyerliğini kabul etmemelerinin sebebi bu konudaki hadisi zayıf görüp, kişinin yanında bulunmayan şeyi satmasını ve garar satışını nehyeden hadisleri esas almalarıdır.¹⁹⁹

Görme muhayyerliğiyle ilgili hadisi destekleyen en meşhur sahabi uygulaması Osman b. Affan ve Talha b. Abdullah arasındaki arazi satışı hadisesidir. Buna göre Osman b. Affan, Basra’daki bir arazisini her ikisi de görmeksizin Talha b. Abdullah’a satmış, sonrasında, kendisine “Sen aldandın.” dediklerinde “Benim muhayyerliğim vardır çünkü görmediğim bir şeyi sattım.” demiştir. Aynı şekilde Talha’ya da “Aldandın.” dediklerinde o da “ Benim muhayyerliğim vardır çünkü görmediğim bir şeyi satın aldım.” demiştir. Bu husus için aralarında Cübeyr b. Mut’im’i hakem kılmışlar ve o da Talha’nın muhayyerlik hakkı olduğuna hükmetmiştir.²⁰⁰ Bu hâdise sahabilerin huzurunda gerçekleşmiş olup içlerinden hiçbirisi itirazda bulunmadığından onların ikrarı bu muhayyerlik hakkının meşruiyetine sebep görülmüştür.²⁰¹ Nitekim Ebû Hanîfe satıcının görmediği malı satması halinde muhayyerlik hakkına sahip olacağına dair görüşünü bu rivayetin kendisine ulaşmasıyla değiştirerek satıcıya muhayyerlik hakkı tanımaktan vazgeçmiştir.²⁰²

Şâfîilerden kavî-i kadîm ve kavî-i cedîd olmak üzere iki görüş gelmiş olup kavî-i kadîme göre akit meclisinde bulunmayan malın satımı caiz olmakla beraber mebî’in sıfatları tamamen zikredilmiş olsa dahi alıcının muhayyerlik hakkı bulunmaktadır. Bu görüş Hanefilerin görüşüne yakındır. Kavî-i cedîde ve mezhepte kabul edilen görüşe

¹⁹⁶Kâsânî, *Bedâi’u’s-Sanâi’*, c. 7, s. 355.

¹⁹⁷“من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه”, Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali b. Mûsâ Ebu Bekr Beyhakî, *es-Sünenü’l-Kübrâ*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2003, c. 5, s. 439.

¹⁹⁸el-Hafîf, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 415.

¹⁹⁹Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, c. 4, s. 269.

²⁰⁰Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdullah b. Yûsuf b. Muhammed Zeyla’î, *Nasbu’r-Râye li-Tahrîci Ehâdîsi’l-Hidâye*, thk. Muhammed Avvame, Cidde/ Suudi Arabistan: Dâru’l-Kıble, 2008, c. 4, s. 10.

²⁰¹Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, c. 4, s. 268.

²⁰²Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 70.

göre ise akdin sıhhati için akit meclisinde bulunsun bulunmasın, daha önce görülmüş olsun ya da olmasın akit anında mebî'in görülmesi şarttır.²⁰³ Malın görülmeksizin satışı sahih olmadığından böyle bir muhayyerliğe de ihtiyaç bulunmamaktadır.²⁰⁴

Mâlikîler ise malın görülmemesini iki kısma ayırarak akit meclisinde hazır olmasına rağmen taraflarca görülmeyen malın satışının sahih olmadığını ifade etmişlerdir. Malı açmanın zarar ve bozulmaya sebep olmadığı hallerde ancak mebî'i görmekle akit sahih olur. İkinci durum ise malın akit meclisinde bulunmaması sebebiyle görülmemesidir. Akit meclisine yakın ve görülmesi meşakkate yol açmayan malın görülmeksizin satışı sahih değildir. Mebî'in meclise getirilmesinde zorluk bulunuyorsa malın satışı cinsini beyan eden şeyle vasfedilmesi ve malın söz edilen vasıfları taşımaması halinde muhayyerlik hakkı vardır. Ancak bu muhayyerlik daha çok vasıf muhayyerliği olarak kabul görmüştür.²⁰⁵ Onlara göre akit meclisinde yahut meclisin hemen yakınında bulunan ve görülmesinde zorluk olmayan malların satımdan önce görülmesi gerekir ve alıcıya muhayyerlik hakkı tanınmaz. Mecliste bulunmasa da çok uzak olmayan ya da bulunmasına rağmen görülmesinde zorluk olan mallarda âdeten değişmesi mümkün olmayacak bir süre öncesindeki görmeye dayanılarak yahut bir liste veya defterden vasıflarının okunması suretiyle (*el-bey'u ale'l-bernamec*) veya malın vasıflarının nitelenmesi suretiyle satım caizdir. Mebî'de söz edilen vasıfların bulunduğu anlaşılırsa akit sahih, nafiz ve lâzım olur ve alıcının muhayyerlik hakkı bulunmaz. Söz edilen vasıfların bulunmaması hâlinde kişide sabit olan muhayyerlik vasıf muhayyerliğidir. Mebî' daha önce hiç görülmemiş ve vasıfları da nitelenmemişse yahut nitelense bile mal çok uzakta ise alıcının kendi adına muhayyerlik şartı koyması gerekir. Bu şart olmadığı takdirde akit batıl olur. Öyleyse Mâlikîlerde görme muhayyerliği yalnızca akit meclisinde bulunmayan ve vasfedilmeyen, vasfedilse de çok uzakta bulunan malın satımında şart koşulması halinde söz konusu olup iradî muhayyerlikler kapsamındadır.²⁰⁶

Hanbelîler görme muhayyerliğini açıkça zikretmemişlerdir. Ne var ki gaibin satışı iki şarta muteallik olarak sahih kabul edilmiştir. Bunlardan ilki mebî'in mekîlât ve

²⁰³Nevevî, *Minhâcu't-Tâlibîn*, s. 95; Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, c. 2, s. 357; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, c. 2, s. 169.

²⁰⁴el-Hafîf, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 415.

²⁰⁵Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, c. 2, s. 166; Cezîrî, *Fıkıh Kitabı*, c. 3, s. 297.

²⁰⁶Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, c. 2, s. 167.

mevzûnât gibi vasfetmekle ta'yin olunması mümkün olan şeylerden olması, ikincisi ise mebî'i zabteden sıfatlarla vasfedilmesidir.²⁰⁷ Mal tavsif edildiği şekilde çıkmadığında vasıf muhayyerliği söz konusu olur. Mezhepteki öne çıkmayan diğer iki rivayetin ilkinde göre akitten önce yahut akit sırasında görülmemiş ve vasıfları zikredilmemiş malların satımında müşteriye ve satıcıya muhayyerlik hakkı tanınmıştır. Diğer bir rivayete göre görme muhayyerliği ve mebî'in vasıfları zikredilerek yahut daha önceki görmeye dayanılarak satılması tamamen kabul edilmemiş, akit anında malı görme şart koşulmuştur.²⁰⁸ Hanbelîlerde geçerli olan ictihad birincisi olduğundan mezhepte görme muhayyerliğine yer verilmediği söylenebilecektir.²⁰⁹ Buradan anlaşılan Mâlikî ve Hanbelîlerin görme muhayyerliğinden çok vasıf muhayyerliğini geçerli kabul ettiğidir.

Câhiliye akitlerinden olan *mülâmese* ve *münâbeze* gibi dokunmanın ya da bırakışmanın bağlayıcılık sağladığı akitler, mebî'in alıcı tarafından yeterince bilinmemesi ve dolayısıyla karşılıklı rızanın oluşamaması, cehalet ve garar içermesi gibi hususlar sebebiyle Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır. Daha çok kıyemî nitelikteki top yahut katlanmış kumaşlarda, kumaşı açıp incelemeksizin “Sana bu malı dokunmanın, görmen yerine geçmesi şartıyla şu kadara sattım.” minvalindeki ifadelerde yapılan bir akit olan *mülâmese*; tavsif edilse dahi görülmeden karar verilemeyecek bir malın incelenmeksizin ve dolayısıyla rıza oluşmadan satılması esasına dayanır. Dokunmayla, bu tür satışlar için tedbir mahiyetinde olan meclis, görme ve diğer muhayyerlikler devre dışı bırakılabilmektedir. Akdin lazım olması için seçim yapma yahut tarafların ayrılması beklenmeksizin dokunmakla yetinilmektedir.²¹⁰ Tarafların alacakları malı incelemeksizin kendisine ait elbise yahut kumaşı karşı tarafa atması suretiyle gerçekleşen bir akit olan *münâbezede* de benzer bir durum söz konusudur. Karşılıklı iradeye dayansa da gerçek rızayı yansıtmayan bu tür akitlerin mağduriyetleri gideren görme ve ayıp muhayyerliklerini ortadan kaldıran işlemler olduğuna değinilmiştir.²¹¹

Görme muhayyerliği bağlamında akit meclisinde bulunmayan malın vasıfları söylenerek satılmasını ifade eden *bey'ul-ayni'l-gâibe* yahut *bey'ul gâibe* olarak

²⁰⁷Cezîrî, *Fıkıh Kitabı*, c. 3, s. 299.

²⁰⁸İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 31- 35; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, c. 2, s. 171.

²⁰⁹Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul: Nesil Yayınları, 1991, c. 2, s. 295.

²¹⁰Cevâd 'Alî, *el-Mufasssal*, c. 14, s. 76, 77; Celal Yeniçeri, “Mülâmese”, *DİA*, XXXI, 535.

²¹¹Celal Yeniçeri, “Münâbeze”, *DİA*, XXXI, 562- 563.

isimlendirilen ve görüldüğünde muhayyer olmak şartıyla bir malın görülmeden satılmasına imkân veren bir akit türünden bahsedilmektedir. Burada alıcı malı beğenmediği yahut anlatıldığı şekilde çıkmadığı takdirde akdi feshetme hakkına sahiptir.²¹² Dolayısıyla Câhiliye devrinde görme muhayyerliği tanınarak yapılan akitlerin mevcudiyetine işaret edilmekle birlikte, birtakım alışverişlerin de bu muhayyerliklerin önüne geçmek adına yapıldığı kabul edilmektedir. O dönemde uygulamada olan görme muhayyerliğinin niteliği tam olarak bilinmemekle beraber Hz. Peygamberin bu muhayyerliği tanınmasının, Arap toplumu için yeni bir durum olduğunu söylemek de mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple muhayyerliğin toplumun aşına olduğu bir müessese olduğunu ve tarafların rızalarının sağlanması adına örflerinde olan bir müessesede düzenlemeye gidildiğini ve bu muhayyerlikler kaldırılarak yapılan akitlerin bâtıl sayıldığını söylemek mümkündür.

Görme muhayyerliğinin meşruiyet sebebi olarak görülebilecek bir diğer husus insanların kimi zaman görmediği bir şeyi alma ihtiyacı duymasıdır. Nitekim görme muhayyerliği malı gördükten sonra isteğe veya malı almaktaki amaca uygun olmadığını gördüğünde karşılaşacağı zararı engelleme ve akitteki rızayı tam olarak sağlama amacı taşıyan bir muhayyerliktir.²¹³ Alışveriş ne kadar zarurî bir durumsa toplumun ihtiyacına yönelik olarak çeşitli alışveriş türlerinin ortaya çıkması da o kadar zarurî bir durumdur. Mebî‘ görülmeksizin alışveriş yapmak da dünden bugüne uzanan toplumsal bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyaç kimi zaman mebî‘in gidip görülemeyecek kadar uzakta olmasında olduğu gibi zarurettten kimi zaman da ticarî örften kaynaklanabilmektedir. Özellikle günümüz teknolojisi düşünüldüğünde kişiler internet üzerinden yahut iletişim araçlarıyla görmedikleri malları satın almaktadır. Öyle ki bir kısım mallar gidip görülmeye imkân bırakmayacak şekilde yalnızca sanal ortamda satılmaktadır. Öteden beri duyulan ihtiyaç konunun hukuksal düzlemde ele alınmasını gerektirmiştir. Toplumun görmeksizin alışveriş yapma ihtiyacı karşılanırken malın görülmemesi sebebiyle ortaya çıkan cehaletin daha sonra pişmanlığa sebep olarak kişiye zulüm olmaması ve rızasına hâlel getirmemesi adına Hz. Peygamberden rivayet edilen hadis ve sahabe uygulamalarıyla muhayyerlik hakkı tanınmıştır.

²¹²Yeniçeri, "Münâbeze", s. 561; Yeniçeri, "Mülâme", s. 535.

²¹³Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 268, 269.

1.9. Keşf-i Hâl Muhayyerliği

İslâm hukukunda mebî'in miktarının belirlenmesi esas olsa da *mekîlât*, *mevzûnât*, *adediyyât* ve *mezrû'ât* kabilinden bir yığın malın miktarı belli olmayan bir kap veya ölçekle satılmasına genel olarak izin verilmiştir. Satış sonrasında müşterinin mebî'in miktarına vâkıf olduğunda muhayyer olmasına keşf-i hâl muhayyerliği denmiştir.²¹⁴ Buna göre bir çukur içinde bulunan bir buğday cüzafen satıldıktan sonra müşteri çukurun derinliğini bilmesede akit caiz olmaktadır. Alıcı derinliğine vakıf olduğunda akdi onaylama ile fesih arasında muhayyerdir. Aynı şekilde hububatın eğilip bükülmeyen bir kap veya ölçek ile ölçülmesi, muayyen bir taş ile tartılarak satılması halinde, o kap ve ölçeğin miktarı, taşın ağırlığı bilinmesede akit gayri lâzım olarak sahih olmaktadır. Burada her ne kadar mebî' meçhulse de bu cehalet mebî'i, teslimi mani olmadığı gibi nizaya da sebep olmamaktadır.²¹⁵ Hanefî ve Şâfiîler bu muhayyerliği kabul ederken, Mâlikîler bu tür işlemleri gararlı satış kapsamında değerlendirmekte ve cevaz vermemektedir.²¹⁶

İbn Âbidîn, mebî'in miktarı bilinmeksizin satışı yesîr bir bilinmezlik söz konusu olduğunda caiz görmüş ve bu bilinmezliğin görme muhayyerliği ile giderilebileceğini ifade etmiştir. Ona göre mebî'in miktarına vakıf olduktan sonra tanınan muhayyerlik görme muhayyerliğidir. Akdin sıhhatini etkileyen mebî'deki bilinmezlik görme muhayyerliği vasıtasıyla kaldırılır. Nitekim miktarı öğrendikten sonra isterse mebî'i reddedebildiğinden akitteki bilinmezlik nizaya yol açmamaktadır.²¹⁷ Ebû Ğudde de bu muhayyerliğin görme muhayyerliğinin bir dalı yahut görme muhayyerliğine kıyas edilen bir muhayyerlik olduğunu belirtmiştir. Buna göre akit meclisinde mebî'in miktarının öğrenilmesinin, muhayyerliği sona erdiren görme mesabesinde olduğu söylenebilir.²¹⁸ Keşf-i hâl muhayyerliğinde akit sırasında yahut daha öncesinde görülmüş ancak miktarı bilinmeyen bir mal söz konusuysa, görme muhayyerliğinde esas olan malın görülmemiş olmasıdır. Aralarında böyle bir farklılık olmasına rağmen görmenin maksadı gerçekleştirecek bir görme olabilmesi için mebî'in miktarının

²¹⁴Çeker, *Akidler*, s. 74.

²¹⁵İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, c. 5, s. 307; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkâm*, c. 1, s. 316, 317.

²¹⁶Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 2, s. 571.

²¹⁷İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 50.

²¹⁸Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 2, s. 570.

bilinmesi gerektiği de kabul edilebilir. Netice olarak bu muhayyerliğin meşruiyet gerekçesinin görme muhayyerliğinin gerekçesine ilhak edilmesi mümkündür.

Mebî'in miktarının bilinmesi asıl olmakla beraber, ihtiyaç sebebiyle bu kurala istisna getirilerek miktarı ölçülerek, tartılarak yahut sayılarak belirlenmemiş olan malların belirli şartlarda tahminle satılabileceği belirtilmiştir.²¹⁹ Verilen örneklerden bu tür satışların örf halini aldığı anlaşılmakta olup, bu tür akitlerde mebî'in miktarına vakıf olduğunda alıcıya sağlanan muhayyerlik hakkının, gararı telafi etme amacı taşıdığını söylemek mümkündür.

1.10. Tekeşşüf-i Hâl Muhayyerliği

Akitlerde semenin kadren, vasfen, açıkça veya örfen taraflarca biliniyor olması akdin fasid olmaması adına gereklidir.²²⁰ Nitekim semenin meçhul olması garara sebebiyet vermektedir. Gararlı satış ise Hz. Peygamber tarafından nehyedilmiştir. Tekeşşüf-i hâl muhayyerliği ise akit esnasında malın fiyatı net olarak belirlenmeden yapılan fasid satışlarda ortaya çıkmaktadır. Buna göre bir kimse “Bu malı anaparasına, gerçek kıymetine, uzmanlar ne kadar kıymet takdir ederlerse o fiyata yahut herkes kaç satışta o kadara ya da falan kimsenin aldığı misliyle sattım.” dese akit meclisinde kıymet takdiri ve ta'yini yapılarak semen belirlenmediğinde akit fasid olmaktadır. Ancak o mecliste fiyat belirlendiğinde alıcı muhayyer olur. Zira ödemesi gereken fiyat yeni belli olmuştur.²²¹ Nitekim mebî' beklediğinden az yahut çok çıkabilir ve razı olduğundan fazla parayı ödemesi gerekebilir. Dolayısıyla satış sırasında görmediği malı, sonradan gördüğünde sahip olacağı muhayyerlik gibi bir muhayyerliğe sahip olur.²²²

Ebû Hanîfe'ye göre semenin akit anında malum olması gerektiğinden satıcı “Şu yığındaki buğdayı her *kafizi* ²²³ bir dirhem olacak şekilde sana sattım.” dese ancak toplam kaç kafiz olduğu konuşulmasa Ebû Hanîfe'ye göre bir kafiz haricinde kalan kısımda akit fasiddir. Nitekim yalnızca bir kafizin semeni belli olup, yığının geri kalanının tam ölçüsü bilinmediği takdirde onlar için semen malum olmamaktadır.

²¹⁹Muhsin Koçak, “Cüzaf”, *DİA*, VIII, 148.

²²⁰Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkâm*, c. 1, s. 346.

²²¹Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 7; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkâm*, c. 1, s. 346, 347; Bilmen, *Kamus*, c. 6, s. 82.

²²²Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 49; Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 25.

²²³Kafiz: Eski bir hacim ve alan ölçüsü.

Elbise gibi mezruattan bir mal her zirâ‘ı bir dirhem olmak üzere denilerek satılsa ancak toplam kaç zirâ‘ olduğu bilinmese yahut koyun gibi adediyyât-ı mütevafileden olan mebî‘ her koyun bir dirhem olmak üzere satılsa ancak toplam kaç koyun olduğu bilinmese, Ebû Hanîfe’ye göre akit hepsi için fasiddir. Taraflar ayrılmadan semen malum olduğu takdirde sabit olan muhayyerlik hakkıyla bir nevi fesadı giderme muhayyerliği tanınmıştır. İmameyne göre ise işaretle mebî‘in tümü malum hale geldiğinden miktarı bilinmese de hepsi için akit lâzımdır.²²⁴ Bu aynı zamanda İmam Mâlik, Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel’in de görüşüdür. Onlara göre semenin toplam miktarına akit meclisinde yığını tartarak, ölçerek, sayarak ulaşma imkânı bulunduğundan semendeki bilinmezlik giderilebilecek durumdadır. Bu türdeki cehalet de akdin sıhhatine etki etmez. Nitekim mebî‘in miktarı öğrenildiği takdirde akit lâzım olur.²²⁵ Kısaca satılan malın fiyatını sonradan belirleme ameliyesi Ebû Hanîfe’ye göre fasid akdin fesadını kaldırarak sahih hâle gelmesi için müşteriye muhayyerlik hakkı tanınmasını sağlarken, cumhura göre akit fasid olmadığından muhayyerlik de söz konusu olmamaktadır.

Serahsî ve Merginânî semenin belli olmasıyla sahip olunan muhayyerliği, sonradan malı görmeye kıyas etmiştir.²²⁶ Dolayısıyla meşruiyetinin görme muhayyerliğine dayandırıldığını söylemek mümkündür. Bunun yanında muhayyerliğin örfen yapıla gelen bu tür akitlerdeki cehaleti giderebilme ihtiyacına binaen tanındığını da söylemek mümkündür.

1.11. Tefrîk-i Safka Muhayyerliği

Akdin parçalanması anlamına gelen ve birden fazla görünümü olan tefrîk-i safka terimi mali muavaza akitlerinde mebî‘in eksik çıkması, kabzdan önce mebî‘in bir kısmının yok olması ve mebî‘in bir kısmında üçüncü bir kişinin hak sahibi olması gibi akit bütünlüğünü bozan hallerde ortaya çıkmaktadır. Farklı durumlarda Hanefî, Mâlikî, Hanbelî ve bir kavle göre Şâfiîlerce kabul gören bir muhayyerliktir.²²⁷ Esasını akde

²²⁴Şeybânî, *el-Asl*, c. 1, s. 434; Kâsânî, *Bedâi‘u’s-Sanâi‘*, c. 6, s. 599.

²²⁵Kâsânî, *Bedâi‘u’s-Sanâi‘*, c. 6, s. 598, 599; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 207; Şirbînî, *Muğnî’l-Muhtâc*, c. 2, s. 355.

²²⁶Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 49; Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 25.

²²⁷Şâfiî, *el-Üm*, c. 8, s. 24; Nevevî, *Minhâcu’t-Tâlibîn*, s. 99.

ilkten gösterilen rızanın safkanın bölünmesiyle ayıplanması ve o kısımda tekrar bir rıza aranarak ayıbın giderilmesi oluşturmaktadır. Söz konusu rıza müşteriye muhayyerlik hakkı tanınarak malı kabul etmesi hâlinde sağlanır yahut müşteri akdi feshetmeyi tercih eder.²²⁸

Teslimden önce mebî'in bir kısmının yok olması halinde akdin mahallinin ortadan kalkması sebebiyle akit helak olan kısım için sona erer. Nitekim mahalsiz akit söz konusu olamaz. Böylelikle tamamı için anlaşılan ancak yalnızca bir kısmını elde edebilecek durumda olan müşteri için safkalar ayrılmış olur ve talebini kendisi için mümkün olmayacak yahut daha pahalıya mâl olacak bir başka safkayla tamamlaması gerekir. Bu durumdaki müşteriye helak olmayan kısmı semenden hissesi mukabilinde almak ile akdi feshetmek arasında muhayyerlik hakkı verilir. Bunun anlamı tefrik-i safkanın önceki rızayı ayıplı hale getirmesidir. Nitekim müşteri maksadını gerçekleştirmek amacıyla mebî'in tamamı için rıza göstermiş olup bu rıza mebî'in bir kısmını kabul etmesini kapsamamaktadır.²²⁹

Tefrîk-i safka sebebi akitten önce var olan ancak akit yapıldıktan sonra ortaya çıkan bir şey de olabilir. Mebî'in miktarının belirlenmiş olduğu durumda sonradan belirlenen miktardan az olduğu anlaşıldığı takdirde akdin nefazı kesintiye uğrar ve rıza ayıplanır. Müşteri burada evleviyetle muhayyerlik hakkına sahip olmaktadır. Bunun nedeni ortaya çıkışı ve hakkında bilgi sahibi olunması gecikse dahi akdin mahallindeki eksikliğin gerçekte sözleşmenin oluşumunda var olmasıdır.²³⁰ Ali Haydar Efendi buradaki muhayyerliğin ayıp muhayyerliği menzilesinde olduğunu belirtmiştir.²³¹

Kişinin satın aldığı ancak henüz teslim almadığı ma'kud aleyhin bir kısmının başkasının mülkiyetinde olduğu anlaşıldığı takdirde satıcı o kısımda mâlik olmadığından, asıl mâlik icazet vermediği takdirde istihkâk edilen kısım açısından akit batıl olmaktadır. Müşterinin akde gösterdiği önceki rıza sakatlandığından müşteri geri kalan kısımda tercih hakkına sahip olmaktadır. Dilerse kalan kısma semenden hissesi mukabilinde rıza gösterir, dilerse mebî'i reddeder.²³² İstihkâk edilen kısmın kalan kısımda ayıp meydana getirip getirmemesi burada önemli değildir. Hak sahibi izin

²²⁸Zerkâ, *el-Medhal*, s. 490; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. 4, s. 533.

²²⁹Zerkâ, *el-Medhal*, s. 491.

²³⁰Zerkâ, *el-Medhal*, s. 491.

²³¹Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkâm*, c. 1, s. 327.

²³²Şâfiî, *el-Üm*, c. 7, s. 24.

vermediği için alıcı açısından akit tamamlanmadan önce tefrîk-i safka söz konusu olacak ve bu durum kabzdan önce malda zuhur eden bir ayıp gibi kabul edilerek muhayyerliğe yol açacaktır.²³³

Alıcı ma'kud aleyhin bir kısmını kabzedip kalanı kabzetmeden istihkâk söz konusu olduğu takdirde, kabzedilen kısmın istihkâk edilmesi ile kabzedilmeyen kısmın istihkâk edilmesi fark etmeksizin cevap aynı olacaktır. Tamamı kabzedilmiş ise akit istihkâk edilen kısım için batıl olacaktır. Ma'kud aleyhin hakikaten yahut takdiren tek bir şey olması ve istihkâkın kalan kısım açısından bir ayıp meydana getirmesi durumunda, alıcı muhayyer olmaktadır. Ma'kud aleyh ayakkabı gibi sureten birden fazla, manen tek bir şey olduğu takdirde, bir kısmının istihkâk edilmesi kalan kısım için muhayyerlik hakkı verir. Ma'kud aleyh iki köle, bir yığın buğday gibi sureten ve manen birden fazla olduğu takdirde, bir kısmının istihkâk edilmesi kalan kısma zarar vermeyeceğinden ayıp teşkil etmeyecektir. Safka tamamlanması sebebiyle alıcının muhayyerlik hakkı olmayıp, semenden hissesi mukabilinde mebi'i alabilecektir. Hak sahibinin satışa onay verdiği durumda ise alıcının muhayyerlik hakkı bulunmayacaktır.

234

Tefrîk-i safkâ muhayyerliği temelde akdin konusu olan malın teslim sırasında eksik olduğunun anlaşılmasıyla meydana gelmektedir. Sayılan üç durumda da yapılan akdin parçalanması esasen ma'kud aleyhte bir ayıp olarak kabul edilmekte ve bu da müşterinin akde rızasının sakatlanması sonucunu doğurduğundan kendisine muhayyerlik hakkı verilmesini gerektirmektedir. Nitekim akde rızanın tam olarak sağlanabilmesi bu şekilde mümkün olacaktır. Tarafların rızasının sağlanması adına meşru görüldüğü ve bu sebeple tefrîk-i safka muhayyerliğinin meşruiyet gerekçesinin, ayıp muhayyerliğinin gerekçesine ilhak edilmesi mümkündür.

1.12. Şuf'a Hakkı

Türkçe karşılığı ön alım hakkı olan şuf'a, satılan veya bedel şartıyla hibe edilen taşınmazı veya o hükümde olan bir malı müşteriye yahut hibe edilen şahsa kaç mal olmuş ise o miktar ile cebren alıp temellük etmek anlamına gelir.

²³³Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 7, s. 340.

²³⁴Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 7, s. 341; el-Hafif, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 483.

Kanundan doğan şuf'a hakkının hukukî niteliği hukuk doktrininde tartışma konusu olmuş ve burada aynî hak teorisi ile yenilik doğuran hak teorisi öne çıkmıştır. Şuf'a hakkına Türk hukukunda başlarda aynî hak olarak itibar edilmesine rağmen sonradan bu görüşten dönülmüş ve şuf'a hakkı sözleşme ilişkisi kuran yenilik doğurucu hak olarak nitelendirilendirilmiştir.²³⁶ İslâm hukukunda ise tartışma hakkın kullanılmasının ne şekilde gerçekleştiğiyle ilgili olup, ihtilaf hakkın satım sözleşmesi yoluyla mı yahut hak talebi yoluyla mı kullanıldığı noktasındadır. Muasır hukukçularından Abdülaziz Der'ân, şuf'anın bir hak talebi olduğunu ifade ederken, satım akdinden farklı olarak şuf'ada karşı tarafın rızasının aranmadığına dikkat çekmiştir.²³⁷

Yapılan akdi feshettirerek akarı satıldığı semen karşılığında almak ile satışı icazet vermek arasında bir muhayyerliği de ifade ettiğine işaret edilerek, şuf'a hakkı ifadesi yerine şuf'a muhayyerliği tamlamasının kullanıldığına da rastlanmaktadır. Örneğin; Hasan Şahin'e göre şuf'anın akit olarak algılanmasının sebebi şefi'in satışı bozarak malı belirlenmiş olan fiyat üzerinden alma hakkına sahip olmasıysa da bu doğrudan bir akit olmayıp, aynı koşullarla akdi devretmeyi içerdiğinden şuf'ayı akdi netice veren muhayyerlik hakkı olarak görmek mümkündür.²³⁸

Âlimler şuf'anın zararın ortadan kaldırılması için kabul edildiğini ifade etmiştir. Buna göre şefi', meşfu'un bihi zorla almakla alıcının mülkiyetini ortadan kaldırarak ona zarar vermekte ve kendisinden zararı gidermektedir. Bu durum kıyasa aykırıdır. Hanefiler konuyla ilgili meşhur hadislerle dayanarak kıyası terk ettiklerini belirtmişlerdir.²³⁹ "Akar olsun ev olsun, her şeyde şuf'a vardır."²⁴⁰, "Komşu yakınındaki taşınmazı alma konusunda öncelik hakkına sahiptir."²⁴¹ hadisleri şuf'a hakkının dayandırıldığı hadislerden bazılarıdır. Bir kısım kaynaklarda muhayyerliğin bunun

²³⁵Meydânî, *el-Lübâb*, s. 106; Erdoğan, *Fıkah ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 529; Mecelle, md. 950.

²³⁶Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018, s. 298; Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, c. 1, s. 203; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Şuf'a Hakkı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1959, s. 109.

²³⁷Abdullah b. Abdülaziz Der'ân, *Ahkâmü's-şüf'a fi'l-fikhi'l-İslâmî: Dirâse mukârene bi'l-kânûni'l-vaz'i*, Riyad: Mektebetü't-Tevbe, 1994, s. 61.

²³⁸Şahin, "Muhayyerlik Teorisi", s. 147.

²³⁹Serahsî, *el-Mebsût*, c. 14, s. 90, 91; Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. 7, s. 93.

²⁴⁰Buhârî, "Büyü", 96; Müslim, "Müsâkât", 134.

²⁴¹Buhârî, "Hiyel", 14.

yanında icma‘ ile de sabit olduğu ifade edilmektedir.²⁴² İbn Kudâme, *el-Muğnî*’de Ebû Bekir el-Esam (ö. 816) hariç şuf‘anın icma‘ına karşı görüş ileri süren kimsenin bulunmadığını belirtmiştir. Bunun yanında şuf‘a hakkının maslahatın tercih edilmesine binaen Şâri‘ tarafından sabit kılındığını ifade etmiştir.²⁴³ Hukuken meşru görülen bir hak olsa da doğurabileceği sakıncalar nedeniyle bu hakkın normal şartlarda kullanılmaması daha iyi görülmüş, şefi‘in şiddetle ihtiyaç duyması ve kullanılmamasının bir günaha yol açacağı durumlarda kullanılmasının vacip olacağından bahsedilmiştir.²⁴⁴

Sonuç olarak şuf‘a hakkı kıyasa aykırı olarak kabul edilmiş bir muhayyerliktir. Bununla beraber meşruiyet gerekçesi malların tek elde toplanmasının sağlanması, ortaklar ve komşular arasına istenmeyen kişilerin girerek zarara sebebiyet vermelerinin engellenmesidir. Şuf‘adarın alıcının rızasına aykırı olarak cebren meşfu‘un bihi alması maslahatın gerektirdiği bir istisnadır. Satıcı ya da alıcı bu işlemten dolayı büyük bir zarara uğramamaktadır. Satıcı, mülkiyetinin karşılığı olan bedeli tamamen elde ederken; alıcı satın almadan önce satın aldığı şeye ihtiyaç duymamaktaydı. Bu sebeple meşfu‘un bihe kendisinden daha çok ihtiyacı olan ve satışın başkasına yapılması ile haksızlığa uğrayan şuf‘adara öncelik tanınmıştır. Dolayısıyla şuf‘anın meşruiyeti her ne kadar mülkiyet hususundaki genel kurallara aykırıysa da İslâm Hukukunun genel prensiplerine uygundur.²⁴⁵

Şuf‘a hakkının süreç içinde çeşitli uygulamalarına rastlansa da temelinde yatan düşünce malların aile, kabile veya bir grubun arasında tutulması isteğidir. Ortak mülkiyete sahip mallarda dağılmayı önleyerek malların tek elde toplanmasının sağlanması, ortaklar ve komşular arasına istenmeyen kişilerin girmesi engellenerek toplumda huzurun temin edilmesi amaçlanmaktadır.²⁴⁶ Bugün neredeyse bütün hukuk sistemlerinde var olan bu hakkın daha basit şekliyle İslâmiyet öncesi devirde de mevcut olduğu ifade edilmektedir.²⁴⁷ Mâlikin tasarruf yetkilerini sınırlaması ve mülkiyet hakkında baskı aracı olarak kullanılması gibi sebeplerle bu hakkın kaldırılması gerektiği ileri sürülmüşse de bu muhayyerliğe olan ihtiyaç sakıncaların önüne geçmiş ve birçok

²⁴²Şirbîni, *Muğnî’l-Muhtâc*, c. 2, s. 373; İbrahim Kâfi Dönmez, “Şuf‘a”, *DİA*, XXXIX, 249.

²⁴³İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 7, s. 436.

²⁴⁴Şirbîni, *Muğnî’l-Muhtâc*, c. 2, s. 373; Dönmez, “Şuf‘a”, s. 249.

²⁴⁵el-Hafîf, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 148; Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 535.

²⁴⁶Feyzioğlu, *Şuf‘a Hakkı*, s. 35; Dönmez, “Şuf‘a”, s. 249.

²⁴⁷Feyzioğlu, *Şuf‘a Hakkı*, s. 36, 37; Cevâd ‘Alî, *el-Mufasssal*, c. 10, s. 242.

hukuk düzeninde değişik şekillerde yer almasını sağlamıştır.²⁴⁸ Dolayısıyla önceki devirlerde de mevcudiyeti bilinen şuf'a hakkının Hz. Peygamber tarafından çeşitli düzenlemeler yapılarak ikrar edildiğini söylemek mümkündür.

2. Muhayyerlik Şartlarının Oluşumunda Örfün Etkisi

Muhayyerliklerin sınıflandırılmasında öne çıkan hükmî ve iradî muhayyerlikler ayrımına göre muhayyerlikler ya tarafların şart koşmasıyla yahut da akdin gereği olarak sübut bulmaktadır. Bununla beraber fukahâ, muhayyerliklerin akdin taraflarında sübut bulması noktasında daha ayrıntılı şartlar ileri sürmüştür. Bu şartların oluşumunda toplumun örf ve âdetinin ne derecede etkili olduğunun tespiti adına her bir muhayyerlik ayrı ayrı incelenecektir.

2.1. Meclise Ait Muhayyerlikler

Meclise ait muhayyerlikler akdin kurulma aşamasına ait muhayyerliklerdir. Akdi kurmada ve bu muhayyerliklerin ortaya çıkmasında esas olan ise kişilerin irade ve kastıdır. Nitekim bir irade beyanı olan îcabın yöneltilmesiyle rücu ve kabul muhayyerlikleri sübut bulmaktadır. Bu iradenin ne şekilde açıklanması gerektiği muhayyerliklerin oluşumunu da etkilemektedir. Ancak daha öncesinde îcab ve kabulün sadır olduğu ortam olan “meclis” kavramına ve bu kavramın örfte ifade ettiği anlama değinmekte fayda vardır.

Kabul edenlere göre meclis muhayyerliği îcab ve kabul ile akit tamamlandığı andan itibaren başlar ve taraflar akit meclisinden bedenen ayrılınca dek devam eder. İcaba uygun kabulün sudur etmesiyle akit meclisi dağılarak yerini muhayyerlik meclisine bırakır ve tarafların muhayyerlikleri sübut bulur.²⁴⁹ İcab ve kabul muhayyerliğinde ise îcab ile ona uygun kabul gerçekleşinceye kadar olan süre akit meclisine dâhil olup ayrıca bir muhayyerlik meclisi kabul edilmemektedir.²⁵⁰ Bu noktada meclisin mahiyeti önem arz etmektedir. Nitekim akit hazırlar arasında yapılıyor

²⁴⁸Feyzioğlu, *Şuf'a Hakkı*, s. 5, 8; Dönmez, “Şuf'a”, s. 249.

²⁴⁹Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 156.

²⁵⁰Bilal Aybakan, “Meclis”, *DİA*, XXVIII, 239.

olsa da meclis her zaman tarafların gerçek manada oturup akdi konuştukları bir yer değildir. Çoğunlukla bu şekilde gerçekleşmesi sebebiyle meclis adını almıştır. Nitekim meclisi maddi mekân olarak anlama noktasında katı olan Hanefiler dahi ayakta yahut îcab ve kabul arasına fasıla girmemesi kaydıyla yürüyerek, binek üzerinde akit yapılmasını kabul etmişlerdir.²⁵¹ Bunun yanında İslâm hukuku prensipleri açısından taraflar akit ile meşgul oldukları ve bundan caydıklarını gösteren bir davranış sergilemedikleri sürece akit meclisinin devamında bir problem görülmemesi gerektiği söylenmiştir.²⁵² Meclisin kurulması ve dağılmasında akitle meşgul olup olmama tarafların o andaki hal ve durumlarına göre tespit edilebilmektedir. Tarafların hangi hal ve davranışlarının meclisi etkileyeceğini belirleme noktasında ise örfে itibar edilmektedir.²⁵³ Dolayısıyla tarafların akdi kurabilmesine elverişli olan her ortam meclis olabilecektir. Bu ortamlarda meclisin kuruluş ve dağılışı sınırlarını belirlemede ise örf öne çıkmaktadır.

İkinci olarak bütün ekollerin akit meclisine ait birtakım muhayyerlikler tanıdığı göz önüne alındığında bu muhayyerlikleri sabit kılacak, aynı zamanda akdin mevcudiyetini sağlayarak hukukî varlık kazandıracak irade beyanlarında aranan şartlara da muhayyerlikler ve örf bağlamında değinmek gerekmektedir.

Rızaya işaret eden irade beyanı kural olarak sözle yapıldığından âlimler irade beyanını oluşturan sözlerde kullanılan lafızlar üzerinde ısrarla durmuş ve bu lafızlarla iradenin sağlıklı bir şekilde yansıtılması gerektiğini belirtmişlerdir. Bunun sonucu olarak akitlerde kullanılacak lafızların Arap dilinde mevcut olan mâzi zaman kipinde olması konusunda ittifak etmişlerdir.²⁵⁴ Buna göre îcab ve kabul yahut ikisinden biri geçmiş zaman sigasıyla yapılmalıdır. Nitekim Arap dilindeki kullanımı itibariyle geçmiş zaman kipi vaad, pazarlık ve ihtimal taşımamaktadır. Fakihler buradan yola çıkarak örfen şimdiki zamana işaret ettiğini belirttikleri mazi sigasının akit kurma iradesini en net şekilde ortaya koyan siga olduğunu söylemişlerdir. Muzarî sigası Arap dilinde farklı anlamlarda kullanımı sebebiyle belirsizlik içerdiğinden ve kesinlik vermediğinden bu siga akdin kuruluşuna elverişli görülmemiştir. Ancak bazı ekoller çeşitli kayıtlarla muzarî sigasının da kullanılabileceğini belirtmişlerdir. Mazi lafızlarla

²⁵¹Kâsânî, *Bedâi 'u's-Sanâi*, c. 6, s. 539.

²⁵²Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, c. 2, s. 11; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. 2, s. 82.

²⁵³Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 419.

²⁵⁴İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 7.

ilgili kuralın en sert savunucusu Hanefiler dahi muzarî sigasının örfen kesinlik ifade etmesi halinde akdin kurulmasına elverişli olacağını ifade etmişlerdir.²⁵⁵

Tarafların alıp vermeleriyle gerçekleşen, bir kısım âlimlerce îcab ve kabulün yerini aldığı ifade edilen teâtî yoluyla satışı kabul edenlerin de burada örfe atıf yaptıkları görülmektedir. İmam Mâlik, Ahmed b. Hanbel ve Şâfiîlerin bir kısmı, Şâri'in alışverişi helal kıldığını ancak şeklini beyan etmediğini, bu durumda insanların örfüne müracaat edileceğini, nitekim insanların her dönemde çarşı pazarlarda bu türde akdi yaptıklarını ve buna karşı çıkanın bulunmadığını ve dolayısıyla bu konuda icma' bulunduğunu belirtmişlerdir.²⁵⁶ Buna göre tarafların örfünde açıkça akit kurmaya delalet eden ve ihtimal taşımayan lafızlar ile kabul edenlere göre örfen îcab ve kabul yerine ikame edilebilecek karşılıklı alıp verme eylemi akdin kurulması için elverişli olup muhayyerliklerin oluşumu ve sona ermesi noktasında da etkilidir.

Sonuç olarak akit meclisinin kuruluş ve dağılışının tespiti noktasında örfe rücu edileceği kabulü bu konudaki muhayyerliklerin sübutuyla da ilgilidir. Nitekim akit meclisinin mevcudiyeti îcab ve kabul muhayyerliğini sabit kılarken, meclis muhayyerliğinin sübut bulmasını engellemektedir. Aynı şekilde irade beyanlarında kullanılan sigaların Arap dilinin özellikleri ve o dildeki kullanım örfüne göre belirlendiği belirtilmiştir. Fakihler de dilde örfün etkisine değinmiş ve konunun kullanım örfüyle ilişkisine, kullanım örfünün ise her dilde farklılık gösterebileceğine işaret etmişlerdir. Arap dili temel alınarak yapılan siga tartışmalarının diğer diller için de kabul edilmesi doğru görülmediğinden hukuki işlemi kuran îcab ve kabulün nasıl ve hangi kipte geleceği o dilin kullanım örfüne göre belirlenecektir. Aynı şekilde teâtî yoluyla kurulan akitlerde de îcab ve kabul yerine geçecek davranışların örfe bağlı olması, îcab ve kabul ile bunlara bağlı olarak ortaya çıkacak muhayyerliklerin şartlarında örfün etkili olduğunu göstermektedir.

2.2. Şart Muhayyerliği

Gerekçeleri farklılık gösterse de fakihlerin çoğunluğu tarafından kabul edilen şart muhayyerliği, âkit tarafların şart koşmasıyla ortaya çıkan muhayyerliklerden olmakla

²⁵⁵Hacı Yunus Apaydın, "İrade Beyanı", *DİA*, XXII, 389.

²⁵⁶İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 8.

beraber taraflarda sübut bulması adına süre şartından bahsedilmektedir.

Mübadeleye dayanan akitlerde aslolan akdın yapıldığı anda bağlayıcı ve geçerli olmasıdır. Muhayyerlik şartı ise tarafların satımın tamamlanıp tamamlanmadığı noktasında şüpheyi düşmeleri dolayısıyla garara sebebiyet verdiği için kıyasa aykırıdır.²⁵⁷ Ne var ki bu garar nizaya sebebiyet vermeyecek şekilde bir süre tayin edilmesi halinde mazur görülebilmektedir. Bu sebeple cumhur ulemâ, şart muhayyerliğinin bir süreyle kayıtlanması gerektiği görüşündedir. Bunun yanında süresiz yahut “Zeyd geldiği, yağmur yağdığı zaman...” gibi meçhul süreli muhayyerlik şartları da tartışılmıştır. Ebû Hanîfe akdi fesada götürmesine rağmen hakkın üç gün içerisinde kullanılması halinde akdın sıhhat kazanacağını ifade etmiştir.²⁵⁸ İmam Mâlik süresiz muhayyerlik şartını caiz görmekteyse de bu sürenin hâkim tarafından benzer bir malda âdet haline gelmiş süreyle sınırlandırılacağını belirtmiştir. Şâfiî ve Hanbelîlere göre ise akit batıl olmaktadır.²⁵⁹ Sonuç olarak belirsiz bir süre şart koşulduğunda Mâlikîlerin kabul ettiği şekilde sürenin örfle belirlenmesi de mümkündür. Örfle belirleme; akdın taraflarınca süre kararlaştırılmadığı takdirde şart muhayyerliğinin süresinin örfle göre takdir edilmesi şeklinde açıklanmaktadır.²⁶⁰

Muhayyerlik için bir sürenin belirlenmesini savunan fakihler, sürenin uzunluğu noktasında ihtilaf etmişlerdir. Muhayyerliğin alt süresi hakkında bir belirleme söz konusu değildir.²⁶¹ Ebû Hanîfe, Züfer, Şâfiîler ve ulemânın çoğunluğu sürenin her halde üç günü aşmasının caiz olmadığını ifade etmişlerdir. Buna göre muhayyerlik Habbân b. Munkız hadisi ile istisnai olarak insanlardan gabni uzaklaştırmak adına teşri olduğundan ve ihtiyaç hadiste geçen süre zarfında giderilebileceğinden üç günlük müddet belirlenmiştir. Nasla belirlenen süreyi aşan durumlarda ise kıyasa göre hareket edilir.²⁶² Serahsî'ye göre şer'an takdir edilen şeyler ya fazlasından ya da azından men etmek içindir. Üç günden daha azından men edilmeme noktasında ittifak bulunduğundan süre

²⁵⁷Kâsânî, *Bedâi 'u's-Sanâi* , c. 7, s. 24.

²⁵⁸Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 457.

²⁵⁹İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 43; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 255, 256.

²⁶⁰İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 110.

²⁶¹Kâsânî, *Bedâi 'u's-Sanâi* , c. 7, s. 146.

²⁶²Şâfiî, *el-Üm*, c. 7, s. 105; Kâsânî, *Bedâi 'u's-Sanâi* , c. 7, s. 24; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 256.

üç günden fazlasından men etme amacıyla takdir edilmiştir. Aksini söylemek ise hadisi faydasız bırakacaktır.²⁶³

Fakihler süreyi, hadisteki hükmün Habban'a has olması bakımından da tartışmıştır. Nitekim başına aldığı darbe sebebiyle alışverişlerde sürekli aldanması üzerine kendisine muhayyerlik hakkı tanındığından, alışverişlerinde malı tüccara geri verip Hz. Peygamberin kendisini muhayyer kıldığını söylemekteydi. Fakihlerin bir kısmına göre özel bir vakıaya has olan bu hadiste bahsedilen sınırlama Habban'a nispetle yeterli olsa da diğer şahıslar nezdinde yetersiz kalabilecektir. Hadisin hükmü özel olmayıp illeti akılla kavranabildiğinden bu sınırlama bahsedilen süreye ilave yapmaya engel olarak görülmemiştir.²⁶⁴ Bu gruba giren Hanbelîler, Ebû Yusuf, İmam Muhammed, İbn Ebî Leylâ, İbn Münzir, Davud ez-Zâhirî sürenin belirli olmasını yeterli görmüş, üç günden az ya da fazla süre tayininde bir beis görmemişlerdir. Onlara göre muhayyerliğin temel amaçlarını gerçekleştirebilmek için üç günden fazlasına ihtiyaç duyulabileceğinden, süre noktasında akit taraflarının anlaşması meşruiyet amacına daha uygun olandır.²⁶⁵

Hanbelîler ve Sahibeyn “Müslümanlar şartlarına sadıktırlar.”²⁶⁶ hadisini delil göstermektedirler. Şart muhayyerliğinin müddetinin malum olması onlara göre gararı ortadan kaldırmakta ve muhayyerliğin hadisin umumuna dâhil edilebilmesini mümkün kılmaktadır. Aynı şekilde İbn Ömer'in iki aya kadar muhayyerliğe cevaz verdiğini belirten rivayet de üç günden fazla muhayyerlik şartı olabileceğine bir delil kabul edilmiştir. Buna ilave olarak şart muhayyerliğini görme ve ayıp muhayyerliğine kıyas etmişlerdir. Diğer iki muhayyerlikte üç günden sonra akdi feshedebilmenin mümkün oluşu, şart muhayyerliğini de üç günle sınırlamamak gerektiği kanaatine ulaşmalarını sağlamıştır.²⁶⁷ Mecelle'de de uygun bir sürenin belirlenmesi görüşü esas alınmış ve bu görüş “Satıcı veya müşteri ya da her ikisi birden belirli süre zarfında satışı feshetmek

²⁶³Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 41.

²⁶⁴el-Hafîf, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 399; Abdülaziz b. Muhammed b. Osman Rubeyş, “Satım Akdindeki Şart Muhayyerliğinin Süresi”, çev. Ayhan Hira, *Hikmet Yurdu* 6 (2013): 373- 374.

²⁶⁵Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 458; Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 7, s. 24; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 110.

²⁶⁶Buhârî, “İcâra”, 14.

²⁶⁷İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 111.

veya icâzet verip infaz etmek konusunda muhayyer olmak üzere bey‘ akdinde şart koysalar câiz olur.”²⁶⁸ şeklinde ifade edilmiştir.

Tarafların kendi aralarında ihtiyacı karşılayacak ve garara sebebiyet vermeyecek bir süre belirlemelerini kabul eden gruba göre “Âdet üzerine bilinen bir süre belirlenmesi bu hakkı sabit kılacak mıdır?” sorusunun cevabı örfe taalluk etmektedir. Bilindiği üzere âdet üzerine belirlenen sürelerde az miktarda takdim yahut tehir minvalinden sapmalar olabilmektedir. “Hasat vaktine, budama vaktine, vergi verme zamanına kadar muhayyer olmak şartıyla...” ifadeleriyle muhayyerlik şartı koyulduğu takdirde iki ihtimal bulunmaktadır. İlk görüşe göre bilinmeyen bir vakit olması sebebiyle bu tür sınırlamalar caiz değildir. Diğer görüşe göre ise bu tür zaman sınırlamaları ziraatle uğraşan toplumların aşına olduğu sınırlamalar olup, ayın belli bir gününü şart koşarak kendilerini tutamayacakları bir sözle bağlamaktan çekindiklerinden, âdeten bilinen ve çok fazla farklılık göstermeyen bu türden bir belirleme sahih kabul edilebilmektedir. Günümüz şartlarında “Maaş gününe, bütçe açıklanana, okullar açılana kadar...” şeklindeki belirlemeler ise devletin daha önceden bu gibi işlemleri yaptığı günler belirli olduğundan sahih kabul edilirken, kişinin maaşı elde etmesine taalluk eden süre sınırlaması meçhul bir zamana işaret ettiğinden sahih kabul edilmemiştir.²⁶⁹

Mâlikîler ise şart muhayyerliğini gerektiren seçme ve istişare ihtiyacını ön plana çıkarmışlardır. Bu yüzden çabuk bozulabilen yahut uzun süre dayanabilen mallardan olmaları açısından sürenin mebî‘e göre değişiklik gösterebileceğini, ihtiyacı giderecek nispette bir süre belirlenebileceğini belirtmişlerdir. Onlara göre hadiste muhayyerliğin süresi, müddeti üç günle sınırlandırmak adına değil Habban b. Munkız’ın basit ticari işlerindeki ihtiyacı üç günlük sürede giderilebilecek mahiyette olduğu için zikredilmiştir. Hadisin zahiriyle muamele edilirse her mal için üç gün yeterli olmayacağı ve fazlasına ihtiyaç duyulacağı için muhayyerliğin meşruiyet amacı ve ondan beklenen fayda gerçekleşmemiş olacaktır.²⁷⁰ Bununla beraber ihtiyaçtan fazla, garara sebebiyet verecek şekilde uzak bir süre belirlenmesi de kerih görülmüştür.²⁷¹ İhtiyaç ölçüsünde süre belirlenmesi noktasında çeşitli mallar ve muhayyerlik için

²⁶⁸Mecelle, m. 300.

²⁶⁹Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi’l-Ukûd*, c. 1, s. 232, 233; Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 427, 428.

²⁷⁰İbn Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 251; İbn Âbidîn, *Reddu’l-Muhtâr*, c. 7, s. 112.

²⁷¹Sahnûn, *el-Mudevvene*, c. 10, s. 3.

belirlenebilecek süreler örnek kabilinden sayılmıştır. Ev ve akarlarda bir ay, elbise ve benzeri mallarda iki yahut üç gün, köle ve cariyelerde yaklaşık beş gün, o beldede binilecek binek hayvanı için bir gün, uzak başka bir beldede binilecek hayvanlar için üç gün, hayvanın kuvveti, zayıflığı, yeme kudreti ve hamileliğinin anlaşılması amaçlanıyorsa yine üç günlük muhayyerlik süresi öngörmüşlerdir. Muhayyerlik şartının konulabileceği en uzun süreyi her halde iki ay olarak belirlemişlerdir.²⁷² Sürelerin ihtiyaç oranında üç gün, bir hafta yahut bir ay şeklinde belirlenmesi noktasında özel şer'î bir delil bulunmaması bu sürelerin yaygın örf'e göre belirlendiğini göstermektedir. Ancak Mâlikîlerin çeşitli mallar için süre üst sınırı belirledikleri durumlarda örf değişse de bu süreleri sabit olarak kabul ettikleri ve üzerine çıkılması halinde akdi fasid kabul ettikleri, örfün değişmesi halinde belirlenen sürelerin değişmesini bundan istisna etmedikleri anlaşılmaktadır. Nitekim İmam Mâlik'ten, Desûkî (ö. 1815) zamanına kadar ticarî hayatta büyük değişimler meydana gelmesine rağmen bu süreler aynen kabul edilmiştir.²⁷³

Sonuç olarak muhayyerlik için üç günden fazla süre şartı koşmanın yahut süreyi belirsiz olarak bırakmanın akdi fasid yahut batıl kılacağını kabul edenlere göre süre hakkın sübutuna etki etmektedir. Süre noktasında üç günde ısrar eden Ebû Hanîfe, Züfer ve Şâfiî, belirli bir sınır getirmeseler de tarafların kendi aralarında belirlemesini şart koşan Ebû Yusuf, İmam Muhammed ve Ahmed b. Hanbel ve süreyi örfle sınırlandıran Mâlikîlerin bu belirlemelerle amaçladıkları şeyin muhayyerliğe olan ihtiyacı gidermenin yanında akitlerde keyfiliği önlemek de olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum Mâlikîlerin belirli mallar için en uzun süreyi o günün örfüne binaen belirlemelerine rağmen örfün değiştiği durumda dahi sürelerde bir değişime gitmemeleri noktasında daha açık gözlemlenebilmektedir. Ne var ki farklı görüşte olsalar dahi fukahâ süre tayini konusunda ihtiyacı önemsemiş ve sürenin ihtiyacı gidermek için yeterli olması düşüncesine dayanmıştır.

Özellikle sanayinin geliştiği ve karmaşık kurulumu olan hassas cihazların icat edildiği bu asırlarda düşünme ve araştırma adına üç günlük sürenin yeterli olmadığı durumlar olacağı inkâr edilemeyecektir. Buna ek olarak muhayyerlik süresinin yalnızca

²⁷²Sahnûn, *el-Mudevvene*, c. 10, s. 2; İbn Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 250; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 110.

²⁷³Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 1, s. 223.

mebî' ile değil, akdin taraflarının zekâ, tecrübe ve deneyim durumlarıyla da ilgili olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. Nitekim kişi mebî' hakkında tecrübeli olduğu takdirde bir gün belki bir saatlik süre bile kendisine yetebilecekken, deneyimsiz olan için mebî' hakkında düşünmek ve danışmak günler alabilecektir. Aynı şekilde bölgenin gelişmişlik düzeyine bağlı olarak zamandan zamana ve mekândan mekâna göre de sürede farklılıklar olabilmektedir. Geçmiş zamanlarda araştırması ve denemesi uzun süren mallar günümüzde daha kısa sürede anlaşılabilirken, günümüzde daha uzun süre öngörülen mallar için geçmişte daha kısa bir süre yeterli gelmiş olabilir. Mâlikîlerin sürenin örf ve ihtiyaca binaen belirlenmesi ilkeleri muhayyerliğin herhalde iki ayı geçemeyeceği şartını koymalarıyla tenakuza sebebiyet verdiğinden uygulama noktasında zorluk çıkarabilecektir. Dolayısıyla bugün için muhayyerlik süresinin akdin muktezasına aykırı olmayacak, muhayyerlikle amaçlanan düşünme ve danışma ihtiyacını karşılayacak süreler belirlenmesi şartıyla tarafların iradesine bırakılması mümkündür. Nitekim bu görüş ihtiyaca dayandığından toplumun bu yöndeki örf ve âdetinin de göz önünde bulundurulmasını gerektirecek, böylece akitlerde koşulların günün koşullarına uyarlanması mümkün olacak ve kolaylık ilkesine de uygun hareket edilmiş olacaktır.²⁷⁴

2.3. Nakit Muhayyerliği

Mecelle'de "Bâyî' ve müşteri filan vakte kadar tediye-i semen olunmak ve olunmazsa beynlerinde bey' olmamak üzere pazarlık etseler sahih olur; buna hıyâr-ı nakd denir."²⁷⁵ şeklinde açıklanan nakit muhayyerliğinin sübutu için şart muhayyerliğinde olduğu gibi müddet tayini gerekmektedir. Muhayyerliğin meşruiyetinde açıklandığı üzere âlimlerin çoğunluğu bu muhayyerliği şart muhayyerliği çerçevesinde ele aldıklarından süre tayini hususunda da benzer noktalara temas etmişlerdir.²⁷⁶ Yalnızca Ebû Yusuf şart muhayyerliğindeki görüşünü burada sürdürmemiş ve nakit muhayyerliğini üç günle sınırlandırmıştır. Dolayısıyla Ebû Yusuf'un görüşü hariç şart muhayyerliğinde süre için

²⁷⁴Topçuoğlu, "Örf ve Âdetin İslam Borçlar Hukuku Hükümlerine Etkisi", s. 235; Şahin, "Muhayyerlik Teorisi", s. 197.

²⁷⁵Mecelle, md. 313.

²⁷⁶Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 2, s. 29; Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed Haskefî, *ed-Durru'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr ve Câmi'i'l-Bihâr*, thk. Abdulmunim Halîl İbrâhîm, b.y.: y.y., 2002, s. 401.

zikredilen her nokta nakit muhayyerliğı için de geçerlidir. Sürenin geçmesi akdi fasid kıldığından nakit muhayyerliğı bu yönüyle şart muhayyerliğinden ayrılmaktadır.

2.4. Ta'yin Muhayyerliğı

Tarafların iradelerine bağılı olarak ortaya çıkan ta'yin muhayyerliğı genel olarak şart muhayyerliğı bünyesinde incelenmekte olsa da bu muhayyerliğın kişide sübut bulması için fukahâ şart muhayyerliğinden farklı kıstaslar ileri sürmüştür. Tercih yapılacak eşyaların sayısı, nitelikleri ve muhayyerliğın süresi etrafında toplanmakta olan bu şartlar sağlanmadığında akit fasid olmaktadır.²⁷⁷ Bu noktalarda getirilen ölçüler genel olarak örf'e matuf olduğundan ta'yin muhayyerliğının alıcıda sübut bulması adına öngörülen şartlarda örfün etkisine yakından bakılacaktır.

Ta'yin muhayyerliğının sabit olması için aranan şartlardan ilki tercih edilecek eşyaların sayısı ile ilgilidir. Hanefilere göre eşya iyi, vasat, kötü olmak üzere üç sınıfa ayrıldığından ve ta'yin muhayyerliğının gerekçesini oluşturan ihtiyaç bu şekilde karşılanabildiğinden seçme işlemi iki ya da üç eşya arasında yapılır.²⁷⁸ Züfer'e göre üçten azı da çoğu da bu konuda eşit olup akdi fasid kılmaktadır. Toplumun ihtiyacı sebebiyle teamül haline getirdiğı bu muamelede ihtiyaç zamana kıyas edilerek tercih edilecek malların sayısı belirlenmiş, akdin bu belirsizliğı en fazla üç eşyada taşıyabileceğı ve bu orandaki belirsizliğın nizaya yol açmayacağı kabulü yerleşmiştir. Bu sayının üstü ihtiyaç fazlası kabul edilerek kıyasa göre işlem yapılması öngörülmüştür.²⁷⁹

Mâlikîler ta'yin muhayyerliğini şart muhayyerliğı bünyesinde ancak Hanefilere nispetle daha kapalı bir şekilde, farklı kıstaslar altında ele almıştır. *el-Müdevvene*'de geçen bir örnek bu muhayyerliğe olan bakış açılarını göstermektedir. Buna göre üç gün muhayyer olmak şartıyla her *irdebi* ²⁸⁰ bir dirhem olacak şekilde mısır yahut her biri bir dirhem olacak şekilde birden fazla elbise satın alınsa, satıcı bu koşula rıza göstermedikçe tek safkada gerçekleştiğı için bir kısmını seçip diğerini bırakması caiz

²⁷⁷ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l- 'Akd*, s. 365.

²⁷⁸ Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 6, s. 593; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 253.

²⁷⁹ Serahsî, *el-Mabsût*, c. 13, s. 55; Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 6, s. 593.

²⁸⁰ İrdeb: Yüz elli kiloya denk gelen hububat ölçüsü, mısır ölçēğı.

değildir.²⁸¹ Bu ifadelerden çıkan sonuçlardan biri ta'yin yapılacak malların sayısının belirlenmediği ve mallar arasında mislî- kıyemî ayrımı yapılmadığıdır. Osmânî de ta'yin yapılacak malların sayısı noktasında aynı sınıftaki mallarda üçten fazlası arasında seçim yapmaya cevaz veren Mâlikîleri örnek göstererek ihtiyaç duyulması halinde daha fazla mal arasında da seçim yapılabileceğini ifade etmiştir. Ona göre üçle sınırlandırmanın gerekçesi insanların daha fazlası arasında seçim yapmaya ihtiyaç duymamaları ve bu yönde bir teamül oluşturmamalarıdır. Ne var ki bugün ürünler iyi, orta ve kötü kriterleriyle sınırlandırılmayacak kadar çok çeşitlenmiş ve her derecedeki üretim farklılaşmıştır. Vasıf ve çeşitlerin çoğalması üçten fazla mal arasında seçim yapma ihtiyacını beraberinde getirmiş ve bu yönde teamül de oluşmuştur.²⁸²

Hanefîlerin ileri sürdüğü bir diğer şart akdin kıyemî yahut cinsleri farklı mislî mallara ilişkin olmasıdır. Buna göre satıcının bir kilo buğday, bir kilo arpa, bir kilo mercimek arasından birini her birinin bedelini ayrı ayrı belirleyerek satması halinde ta'yin muhayyerliği söz konusuyken, farklı kalitelerde aynı ölçüdeki aynı cins ürünlerin satımında ta'yin muhayyerliği kabul edilmemiştir. Gerekçe ise cinsleri bir olan misliyyattan malların aralarında farklılık olmaması ve bu sebeple seçim yapma ihtiyacı doğmamasıdır.²⁸³

Osmânî'ye göre aynı cinsten olan malların dahi çeşit ve vasıfları farklılaşabildiğinden Hanefîlerin bu görüşü eleştirilebilir. Buna göre misli mallardan olan buğday da iyi, kötü ve orta kalite olarak nitelendirilebilmekte, vasıfları tarım şartlarına bağlı olarak bölgeden bölgeye değişebilmektedir. Alıcı da çeşit ve vasıfları hakkında seçim yaparken düşünmeye ihtiyaç duymaktadır. Bu sebeple aynı cins ürünler arasında da vasıf ve çeşit açısından farklar bulunduğu takdirde ta'yin şartı koymayı engelleyen bir durum bulunmamaktadır. Ayrıca fukahânın kıyemiyattan saydığı çoğu eşyanın bugün misli mallar haline geldiğini ifade ederek elbiseler, binekler, elektrikli aletlerin aynı cins olmasına rağmen farklı türlerde olabildiğini ve ta'yin muhayyerliğinin işlevinin burada devam ettiğini ileri sürmüştür.²⁸⁴ Şahin de kıyemî ve mislî malların yeniden yorumlanması ve tespit edilmesine olan ihtiyacı belirtmiş, Hanefîler açısından ta'yin yapılabilecek ürünlerin vasıflarının yeniden tespit edilmesi

²⁸¹Sahnûn, *el-Mudevvene*, c. 10, s. 24.

²⁸²Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû*, c. 2, s. 893- 895.

²⁸³İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 138; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 526.

²⁸⁴Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû*, c. 2, s. 891, 892.

gerektiğini ifade etmiştir. Muhayyerliklerin gayesinin bireyin iradesini korumak ve aldanmasını önlemek olmasından hareketle anlaşmazlığa yol açmayacak şartların akit serbestisi çerçevesinde yorumlanması gerektiği noktasında durmuştur. Toplum tarafından kabul görece ve bireyler arasında nizaya yol açmayacak şekilde misli mallarda da ta'yin muhayyerliğinin söz konusu olabileceğini kabul etmiştir.²⁸⁵

Muhayyerliğin sübutu için aranan son şart malum bir süre belirlenmesidir. Hânefilerin çoğunluğu şart muhayyerliğine olan benzerliği sebebiyle süreyi de orada belirledikleri şekilde kabul etmişlerdir.²⁸⁶ Âlimlerin bir kısmına göre şart muhayyerliğiyle beraber ileri sürülmediği müddetçe ta'yin muhayyerliğinde süre belirlemenin bir anlamı yoktur. Nitekim şart muhayyerliğinde süre belirlemenin amacı bu süre sona erdiğinde akdin lâzım hâle gelmesidir. Ta'yin muhayyerliğinde ise süre dolmasa dahi mallardan biri hakkında akit bağlayıcıdır. Ayrıca sürenin sona ermesiyle mallardan birinin tayin edilmesi mümkün değildir. Bu sebeplerle süre bu muhayyerlikte şart değildir. Diğer bir kısım Hanefî âlimine göre süre sonunda ta'yine zorlama imkânı vermesi ve sürenin uzamasının karşı tarafa zarar vermesini engellemesi açısından şart muhayyerliğiyle birlikte ileri sürülmesi dahi üç günlük süre belirlenmelidir.²⁸⁷ İmameyne göre şart muhayyerliğinde olduğu gibi belirli herhangi bir süreyle kayıtlanması yeterlidir.²⁸⁸ İmam Mâlik de şart muhayyerliğindeki süreyi esas alarak ihtiyaca ve akdin türüne göre sürenin değişiklik gösterebileceği, belirli bir sınırı olmadığı görüşündedir.²⁸⁹

Sonuç olarak seçilecek eşyaların üçle sınırlandırılması, bir sayı sınırı konulmaması, kıyemî mallardan olması, mislî olsa dahi farklı cins olması yahut aynı cins mallar arasından seçim yapılması şeklinde aranan şartlar, ihtiyaca binaen ve ihtiyacı gidereceği düşünülerek kabul edilen şartlardır. Süre noktası şart muhayyerliğinde değerlendirilmiş ve üç günlük sürede ısrar eden âlimlerin dahi bu süreyi ihtiyacı giderebildiği düşüncesiyle kabul ettikleri açıklanmıştır. Dolayısıyla ta'yin muhayyerliğinin kişide sübut bulması için ta'yin işleminin yapılacak olduğu

²⁸⁵Şahin, "T'ayin Muhayyerliği", s. 200.

²⁸⁶Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 55; Kâsânî, *Bedâi' u 's-Sanâi'*, c. 6, s. 594.

²⁸⁷İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 140.

²⁸⁸Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 33.

²⁸⁹İbn Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 250.

eşyaların sayısı, cinsi ve bu işlemin süresi hususunda aranan şartların fukahânın örfle bağlantılı ictihâdlarıyla, ihtiyacı giderecek nispette belirlendiği anlaşılmaktadır.

2.5. Vasıf Muhayyerliği

Mecelle’de “Bayinin bir vasc-ı mergub ile muttasıf olmak üzere satmış olduğu mal ol vascı dñn ârî çıkarsa müşteri muhayyerdir; dilerse bey’i fesheder. Ve dilerse semen-i müsemmanın tamamıyla kabul eder.”²⁹⁰ ifadeleriyle açıklanan, içinde birden fazla muhayyerliği barındırması sebebiyle karma muhayyerlik olarak adlandırabileceğimiz vascı muhayyerliğinin sübut bulması adına fukahâ genel geçer üç şarttan bahsetmektedir. Buna göre mebîde aranan vasıflar şer’an mübah, âdeten aranan bir vascı olmalı ve bu vasıflar nizaya yol açmayacak şekilde belirli olmalıdır.²⁹¹

Vascı muhayyerliğini şart ile sabit olan ve delaleten sabit olan şeklinde iki kısma ayırmak mümkündür. Şart ile sabit olan vascı muhayyerliği sarahaten yahut örfen şart kılınmaya bağlıdır.²⁹² Malda dinen mübah olan belirli bir vascın bulunması açıkça şart koşulduğu ve daha sonra bu özelliğın bulunmadığı anlaşıldığında bu eksiklik ayıp olarak addedilmese dahi alıcı, istenen vascın yokluğundan dolayı muhayyer olmaktadır. Mebî’de müşterinin şart koştuğu vascı değil de aranan başka bir vascı bulunması halinde, bulunan bu vascın müşterinin maksadına uygun olması durumunda muhayyerlik hakkı bulunmazken, müşterinin maksadı ile mebî’de bulunan vascı arasında fark olması halinde müşteri muhayyer olacaktır.²⁹³ Örneğın; Şu kadar ağacı, şu kadar odası vardır denilerek satılan bahçe ya da ev o kadar ağaç yahut odaya sahip değilse müşteri muhayyer olmaktadır. Rahvan olması şartıyla alınan hayvan rahvan; avcı olması şartıyla alınan köpek, avcı olmadığında da müşteri muhayyerdir. Dilerse akdi fesheder, dilerse mebî’i semen-i müsemma ile satın alır.²⁹⁴ Bu örneklerden yola çıkarak günümüzde bir günde bin sayfa basması kaydıyla baskı makinesi alınması, makinenin günlük kapasitesinin bilenebilir olması durumunda caiz olmalıdır. Benzer olarak bir litre benzinle on kilometre yol gitmesi şartıyla bir araba alınması halinde,

²⁹⁰Mecelle, md. 310.

²⁹¹Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, c. 4, s. 523.

²⁹²Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkâm*, c. 1, s. 455.

²⁹³Bilmen, *Kamus*, c. 6, s. 61.

²⁹⁴Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkâm*, c. 1, s. 456.

kilometre başına yakılacak benzin hesaplanabilir olduğundan garar ve cehalet bulunmamakta ve şart caiz olmaktadır. Bir veya ikinci kalitede olması şartıyla bir malı almak da caiz olup bu kalite derecelerini bugün tacirlerin örfü belirlemektedir.²⁹⁵

Akit sırasında açıkça şart koşulmamış olsa da malın özellikle bir vasfı için alındığı bilindiği takdirde “Örfen ma‘ruf olan aslen şart kılınmış gibidir.”²⁹⁶ kaidesi gereğince o özellik şart kılınmış kabul edilir. Söz konusu vasfın bulunmaması ise muhayyerlik hakkını doğurmaktadır. Misalen bir ineğin satın alındıktan sonra sağılmaz olduğu anlaşılırsa buna benzer ineğin süt için alıp alınmadığına bakılır. Mutad olan süt için alınması ise alıcı iade hakkına sahip olur, et için alınması ise red hakkına sahip değildir. Çünkü tacirler arasında maruf olan, aralarında şart kılınmış gibi kabul edilir.²⁹⁷

Delaleten sabit olan vasfı muhayyerliği, malın alınma amacı hâlin delaletiyle bilindiği halde amacı gerçekleştirmeye yönelik vasıfların var olmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Kurban Bayramı zamanında kurban pazarından alınan bir hayvanın, kurban edilmeye uygun olması gerektiği hâlin delaletiyle anlaşılmalta, hayvanın kurban edilemeyecek durumda olması alıcının muhayyer olmasını sağlamaktadır.²⁹⁸ Aynı şekilde bir vasfın varlığına vakıf olarak meb‘i satın alması akabinde henüz teslim almadan o vasfın ortadan kalkması halinde de muhayyerlik delaleten sabit olacaktır. Görüldüğü gibi bu muhayyerlik öncekilerin aksine şart koşulmaksızın delaleten ortaya çıkmakta ve bu yönüyle akdın gereği olan muhayyerliklerden ayıp muhayyerliğine benzemektedir.

Meb‘de bir şeyin vasfı olup olmadığı noktasında da örfün rolü dikkat çekmektedir. Fukahânın uzunluğun mal için nitelik yani vasf mı yahut nicelik mi olduğu noktasındaki tartışmasında bu husus daha açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Hanefiler uzunluğu ölçülebilen şeyler için uzunluğun vasfı olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre satıcı on metrelik elbiseyi on liraya sattığı ve daha sonra elbisenin on metreden az olduğu anlaşıldığında alıcı muhayyer olmaktadır. Dilerse anlaşılan semen karşılığında malı alır, dilerse bırakır. Bunun sebebi uzunluğun vasfı olarak kabul edilmesi ve vasfın semende hissesinin bulunmamasıdır. On metreden fazla olduğu takdirde de uzunluğun vasfı olması dikkate alınarak fazlalık alıcıya ait kabul edilmiştir.

²⁹⁵Osmânî, *Fıkhu’l- Buyû’*, c. 2, s. 842.

²⁹⁶Mecelle, md. 43.

²⁹⁷Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkâm*, c. 1, s. 458.

²⁹⁸Osmânî, *Fıkhu’l- Buyû’*, c. 2, s. 1183.

On metrelik elbise, her metresi bir lira olmak üzere on liraya satılmış olsa, daha sonradan elbisenin dokuz metre olduğu anlaşıldığında alıcı semendeki hissesi mukabilinde elbiseyi almak ve bırakmak arasında muhayyer olur. Nitekim burada birim fiyatın belirlenmesiyle uzunluk vasıf değil asıl halini almıştır. Mâlikîler de bu görüştedir.²⁹⁹ Şâfiîlerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan biri Hanefî ve Mâlikîlerde olduğu gibi uzunluğu vasıf olarak kabul eden görüştür. Diğer bir görüş ise uzunluğu nicelik olarak görmektir. Bu görüşü savunanlara göre uzunluk âdeten ölçme ve tartma gibi bir kıymet biçme şekli olduğundan nicelik olarak değerlendirilir. Hanbelîler de bu ikinci görüşü desteklemektedir.³⁰⁰ Bu görüşte olanlara göre belirli bir uzunluk şart koşularak alınan mezruattan bir eşyanın istenenden kısa olması halinde vasıf muhayyerliğinin ileri sürülememesinin gerekçesi uzunluğun âdeten vasıf sayılmamasıdır. Burada akdin mahallinin ayıp muhayyerliğine dayanılarak iadesi söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla maldaki eksikliğin vasıf muhayyerliğine yol açan bir eksiklik mi, yoksa ayıp muhayyerliğine sebebiyet veren bir eksiklik mi olduğu noktasında başvurulacak merci örfdür. Nitekim bu ayırım malın iadesi noktasında önem arz etmektedir.

Renkleri arasında fiyat farkı bulunan araba, telefon, beyaz eşya gibi malların istenen dışında bir renkte olması halinde hangi muhayyerliğe dayanılacağı güncel bir meseledir. Malın aslında herhangi bir eksilme bulunmadığı, alıcının malı almakla amaçladığı şeyi gerçekleştirebileceği ve renk farklılığının tüccar örfüne göre ayıp sayılmadığı göz önüne alınırsa bu minvaldeki eksikliklerin vasıf muhayyerliğine sebebiyet vereceğini söylemek mümkündür.

Sonuç olarak vasıf muhayyerliğinin taraflardan biri adına sabit olması için öncelikle maldaki bir niteliğin vasıf olup olmadığı noktası ve bunun örfle olan bağlantısı önem arz etmektedir. Daha sonra semen veya mebî'de bir vasfın sarahaten, örfen yahut delaleten şart koşulmuş olması gerekmektedir. İlk iki durumda tarafların ön anlaşmalarıyla belirlenen bir muhayyerlik söz konusuyken son durumda akdin gereği olan bir muhayyerlikten bahsedilmektedir. Ne var ki her üç şartta da örf açıkça gözlemlenebilmektedir.

²⁹⁹Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû*, c. 2, s. 851.

³⁰⁰Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû*, c. 2, s. 883, 884.

Örfen maruf olup şart koşulmuş gibi kabul edilen şartlar dışında sarahaten koşulan şartların da dinen meşru ve örfen şart koşulabilen şartlardan olmasının gerekmesi ve hangi vasıfları şart koşmanın taraflar arasında cehalet ve garara sebebiyet vereceği hususları da örfle ilişkilendirilebilir. Nitekim aşırı olmayan, ihtiyacın gerekli kıldığı ve sair durumlarda gararlı satışları yasak kapsamında değerlendirmeyen âlimler bulunmaktadır. Ayrıca akdin sıhhatini etkileyebilmesi için gararda aranan şartlardan biri de gararın çok olmasıdır.³⁰¹ Çokluk ve aşırı olmama değerlendirmesinin zamana ve şartlara göre yapılabileceği kabul edildiğinde bu nitelikteki şartların ileri sürüldüğü durumlarda muhayyerliklerin varlığı ya da yokluğu da örfle bağlı olacaktır.

Muhayyerliğin delaleten sabit olması durumun o vasfın bulunmasını gerektirmesinden kaynaklandığından hangi hallerin hangi vasfın mevcudiyetini gerektirdiği noktası da yine toplumsal teamülle ilgili bir meseledir. Muhayyerliğin örfen sabit olması ise toplumda bir mebi'in belirli vasıflara sahip olduğu kabul edilerek alınması ve bu vasıfların bulunmaması halinde seçim hakkına sahip olunması anlamında olup, aynı malda aranan vasıflar, kullanım amacı ve teamüle göre değişiklik gösterebileceğinden burada örf doğrudan muhayyerliğin sübutuna etki etmektedir.

2.6. Ayıp Muhayyerliği

Akdin gereği olarak ortaya çıkan muhayyerliklerden olan ayıp muhayyerliğinin kişide sabit olabilmesi için fukahâ ayıbın mahiyetine yönelik birtakım şartlar koyarak bu şartlar gerçekleştiğinde taraflara muhayyerlik hakkının tanınacağını belirtmiştir. Dolayısıyla akdin mahallinde meydana gelen herhangi bir ayıp bu muhayyerliğe sebebiyet vermemektedir. Ayıp sebebiyle muhayyerliğin sübut bulması için tayinle muayyen olabilecek ma'kud aleyhte bulunacak ayıpta olması gerekenler şunlardır:

- 1- Muteber bir ayıp mevcut olmalıdır.
- 2- Akdin mahalli satıcının zımnında iken var olan, kadim bir ayıp olmalıdır.
- 3- Alıcı tarafından önceden bilinmeyen bir ayıp olmalıdır.
- 4- Söz konusu ayıp fesih anında mevcut olmalıdır.

³⁰¹İbrahim Kâfi Dönmez, "Garar", *DİA*, XIII, 366, 369.

5- Ayıptan beraet şartı koşulmamış olmalıdır.³⁰²

Sayılan şartlardan konu açısından öne çıkan ayıbın muteber olması noktasındadır. Ulemâ için akde tesiri bulunan ve muhayyerliği gerektiren ayıp, tacirlerin örfüne göre ma'kud aleyhin semeninde fahiş ya da yesîr bir azalmaya sebebiyet veren her türlü eksikliklerdir.³⁰³ Mallarda aranan vasıflar insanların teamüllerine göre birbirine yakın olabilmekteyse de hangi vasfın hangi malda bulunduğu takdirde ayıp sayılacağı noktasında âlimler ihtilaf etmişlerdir.³⁰⁴

Hanefilere göre bir maldaki kusurun ayıp sayılıp sayılmayacağı noktasında tüccar örfüne başvurulur. Her mal için o malın uzmanına danışılarak onlara göre malın kıymetini düşüren veya geri verilmesini gerektiren kusurlar ayıp kabul edilir. Bu nitelikteki kusur o malla gözetilen maksadı bozacağından mal satıcıya iade edilebilir.³⁰⁵ Hanefilerin görüşü kıymet eksikliğine odaklandığından, mal alıcının istediğinden üstün çıktığı takdirde onu iade etme hakkı tanınmamıştır. Örneğin; kişi gayrimüslim olduğu için bir köle satın aldıktan sonra onun Müslüman olduğunu anlaşırsa iade hakkı yoktur. Onlara göre küfür bir ayıp olup, kâfir diye alınan kölenin Müslüman çıkması da ayıplı olarak alınan malın sağlam çıkması gibidir. Malda iade hakkı zararı ortadan kaldırma adına tanındığından üstün çıkan malda zararı kaldırmaya ihtiyaç yoktur. Şâfiîler ise kâfir olmasını şart koşmanın bir maksada binaen olduğunu, bu maksada aykırı çıktığında iade hakkının olacağını kabul ederek alıcının malı edinmekteki maksadını gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğine odaklanmışlardır.³⁰⁶

Malda ayıp sayılıp sayılmayacak şeylere verilen diğer örnekler konunun örf ile bağlantısını göstermektedir. Buna göre kölenin hırsız olması ayıp sayılmaktadır.³⁰⁷ *Câmiu'l-Fusûleyn*'de hırsızlığın ayrıntısına inilmiş ve şöyle denmiştir: Köle, tarladan soğan, karpuz çalarsa bu ayıp sayılmaz, ancak muhtar olan görüşe göre bu ayıp addedilir. Efendisinden çalması ayıp sayılmazken; yabancından yiyecek çalması ayıp kabul edilmiştir. Stok yapmak adına efendisinden çalması da ayıp kabul edilmiştir.³⁰⁸

³⁰²Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi*, c. 7, s. 314, 315; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, c. 4, s. 175; Osmânî, *Fıkhu'l-Buyû*, c. 2, s. 838.

³⁰³Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi*, c. 7, s. 310, 311; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, c. 4, s. 173.

³⁰⁴İbn Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 208.

³⁰⁵Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 106; Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi*, c. 7, s. 311.

³⁰⁶Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 106.

³⁰⁷Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 493; Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 106.

³⁰⁸Şeyh Bedreddin Mahmud Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, ed. Muhammed İbn Mahmud Ustûşrenî ve Yunus Apaydın, Ankara: T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 2012, s. 585.

Kölenin zinâkar olması Hanefilere göre ayıp sayılmazken, İmam Şâfiî'ye göre zina, hırsızlık gibidir. Hânefilerdeki bir diğer görüşe göre zina kölenin âdeti haline geldiyse satın alınış maksadını bozacağından iade edilebilir.³⁰⁹

Saçtaki kızılık, beyazlık, ağız kokusu tüccara göre cariyede kusur sayılan şeylerdir. Göbek altındaki şişlik hastalıktan kaynaklandığı kabul edildiğinden tacirlerce ayıp sayılmıştır. Solaklık, gece körlüğü, siyah diş, değeri düşürdüğü takdirde siyah tırnak ve siğil, gebelik, cüzzam, guatr, ağzın çok geniş olması tüccarın cariyelerde kusur kabul ettiği unsurlardır. Küçük çocuğun yatağı ıslatması; atın ayak topuklarının arasının açık olması, dağlama, baldırdaki şişkinlik kusur kabul edilen diğer niteliklerdir.³¹⁰ Kölenin satranç, tavla ve benzeri kumarları oynaması satış açısından ayıp oluştururken, cevizle yahut karpuzla kumar oynama alışkanlığı örfe göre ayıp oluşturmadığı takdirde satım akdi açısından ayıp sayılmamaktadır.³¹¹

İmam Muhammed, kölenin küçüklüğünde bir sefer kaçmasının ayıp olduğunu belirtmiştir. Bu ayıp buluğa erinceye kadar devam eder. Buluğa erdiğinde tekrar kaçmadığı sürece ayıp olmaktan çıkar. Kaçtığı takdirde ebedî ayıp meydana gelir.³¹² Satın alınan hayvanın sürekli eski sahibinin evine kaçması da bir görüşe göre ayıp sayılırken, diğer bir görüşe göre eski sahibine kaçma bir veya üç defa olmuşsa ayıp sayılmayıp, sürekli tekrarlanması halinde ayıp sayılmaktadır. Bazılarına göre ise eski sahibine kaçma hayvan için ayıp sayılmazken köle için ayıp kabul edilir.³¹³

İneğin çok az yemesi, hızlıdır diye alınan eşeğin yavaş yürümesi ayıp kabul edilmiştir. Eşeğin yolda yürürken çoğu kez tökezlemesi de ayıp kabul edilirken ara sıra tökezlemesi ayıp sayılmamıştır.³¹⁴

Yiyecek maddelerinin ayıplı kabul edilmesinde de benzer durum göze çarpmaktadır. Ceviz ya da yumurta satın alındığında tamamının kırılıp bozuk olduğu görülürse iade hakkı bulunmaktadır.³¹⁵ Cevizin içinin az ya da siyah olması da bir ayıptır. Kokmuş ya da çürümüşse yararlanma imkânı olmayacağından akit geçersiz olur. Bu ayıplar ceviz kırıldıktan sonra öğrenilirse ayıptan kaynaklanan değer eksikliği geri

³⁰⁹Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 493; Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 107; Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 586.

³¹⁰Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 493- 496; Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 102- 116.

³¹¹Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 586.

³¹²Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 495.

³¹³Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 586.

³¹⁴Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 586.

³¹⁵Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 500.

istenebilir. Şâfîlilere göre iade edebilir. Satılan cevizin ya da meyvenin tümü değil de bir kısmı bozuk olur da o da âdeten kaçınılması imkânsız bir derecede olursa alıcı bu yüzden iade edemez. Nitekim ceviz âdeten bu kadar çürükten hâli olmayacağından satın almak istediğinde bu kadar çürüğe razı olmuş kabul edilir.³¹⁶

Karpuz, kabak ve sair meyveler de kesildikten sonra hiçbir şekilde işe yaramıyorsa iade edilebilir.³¹⁷ Bazı insanların ya da hayvanların yiyebileceği durumdaysa Hanefilere göre kıymet eksikliğini geri alabilir.³¹⁸ Fukahâ bu konudaki örnekleri o zamanın ihtiyacını ve tüccar örfünü gözeterek çoğaltmıştır.

Hanbelîler tüccar örfüne göre malı asıl fitratından çıkaran ve kıymet eksikliğine sebep olan tüm fahiş ya da yesîr eksiklikleri ayıp olarak kabul etmişlerdir. Bir kısım âlime göre ayıp, öyle bir eksikliktir ki mebî'in kendisinde yahut kıymetinde olsun örf çoğunlukla mebî'in ondan sâlim olmasını gerektirir. Öyleyse hayvanın buruk olması ancak örf onu ayıp sayıyorsa ayıp kabul edilir.³¹⁹ Âdeten mebî'den kesinkes ayrılamayacak şeyler ise örfte ayıp olarak sayılmamaktadır. Buğdayda az bir miktarda taş ve toprağın bulunması, cevizin veya yumurtanın bir kısmının bozuk olması fahiş miktarda olmadığı sürece ayıp sayılmaz, fahiş olduğu takdirde ayıptır. Onlara göre malın kıymeti artsa dahi müşterinin malı almaktaki amacını gerçekleştirememesine sebep olan bir eksiklikle muhayyerlik sabit olmaktadır. Dolayısıyla salt kıymet eksikliği değil malı satın almakla elde edilmek istenen amaca ulaşıp ulaşılamadığı yönünden de ayıp tespiti yapılmaktadır.³²⁰

Mâlikîlere göre semeni yahut mebî'in kendisini noksan kılan şey ayıp kabul edilir.³²¹ Onlara göre ayıp gizlenebilir ve gizlenemez olarak ikiye ayrılmakta ve muhayyerlik gizlenebilen ayıplarda söz konusu olmaktadır. Gizlenebilir ayıptan kasıt ne satıcının ne de müşterinin akit anında bildiği, ahşabın böceklenmesi, cevizin içinin bozuk çıkması, acurun acı çıkması gibi malda değişim meydana getirmeden bilinmeyen ayıplardır. Bu gibi örneklerde ayıp muhayyerliği şarta bağlı olup, âdet de şart gibidir. Âdete göre malın ayıplı olduğu ve iade edilebilirliği kabul ediliyorsa bununla amel edilir. Malda değişiklik meydana getirmek suretiyle bilinen ayıplarda,

³¹⁶Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 115; Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 7, s. 331.

³¹⁷Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 500.

³¹⁸Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 115.

³¹⁹Cezîrî, *Fıkıh Kitabı*, c. 3, s. 261.

³²⁰Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 443, 444.

³²¹Cezîrî, *Fıkıh Kitabı*, c. 3, s. 261.

müşterinin o değişikliği yaptıktan sonra geri verme hakkı yahut eksikliği talep etme hakkı bulunmamaktadır. Geri vermeyi şart koşmuş yahut örf satılan şeyin bu gibi ayıplar sebebiyle geri verilmesini öngörmüş ise iade etme hakkı bulunmaktadır.³²²

Şâfiî, ehl-i ilme göre ayıp sayılan, mevcudiyetiyle malın kıymetini azaltan ve benzer mallarda çoğunlukla var olmamak kaydıyla maldan umulan amacı gerçekleştirmeyi engelleyecek tüm eksiklikleri ayıp kabul etmiştir.³²³ Benzer mallarda çoğunlukla var olmayan ayıplar için satın alınan at ve eşeğin buruk olduğunun görülmesi zikredilmiştir. Nitekim bu hayvanların çoğu buruk olmayıp, dişileriyle birleştirerek yavru elde etmek maksadıyla alınma ihtimalleri vardır. Dolayısıyla alıcının o hayvanı satın almasındaki maksadı engellenmiş olur. Ancak koyun ve keçi gibi etleri için alınan hayvanların burukluğu ayıp sayılmamaktadır. Çünkü bu hayvanlar burulduklarında daha fazla semizleştikleri için genelde burulurlar.³²⁴

Malın değerini eksilten kusur için binek hayvanının binilirken serkeşlik etmesi, sahibinin sözünü dinlememesi, ısırması ve saldırması örnek gösterilmiştir. Bu nitelikteki hayvanların ayağında veya bacağında küçük kesik ve yaraların olması ise basit kusur olarak addedilmiş ve alıcıya iade hakkı tanınmamıştır.³²⁵ İbn Âbidîn de bu görüşü tercih ederek, maksadın elden kaçmasına neden olan kusur hakkında kurban etmek için alınan hayvanı örnek göstermiştir. Buna göre kulağında kurban edilmesini engelleyecek bir eksiklik olsa kıymeti azalmasa dahi mebî' ile amaçlanan gerçekleşmeyeceğinden ayıp kabul edilmektedir.³²⁶ Benzer olarak ayakkabının müşterinin ayağını sıkması da maldan beklenen sahih amacı gerçekleştirmeye elverişli olmadığından kıymette eksilmeye neden olmasa dahi ayıp sayılır.³²⁷ Bir kısım âlimler ise kurbanlık için alınan hayvanın kulağında kesik olmasının tüccar örfünde ayıp olarak addedilmediğini bu sebeple ayıp muhayyerliği değil ancak vasıf muhayyerliğine dayanarak iade edebileceğini söylemektedir. Bunun da şartı örfen kurban edilmek için alındığı belli olan günlerde bu hayvanın satın alınmış olması yahut sarahaten bu vasfın şart koşulmasıdır.³²⁸

³²²Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû*, c. 2, s. 834- 837.

³²³Şâfiî, *el-Üm*, c. 3, s. 126.

³²⁴Keskin, *Şafî Fıkhi*, c. 2, s. 233.

³²⁵Keskin, *Şafî Fıkhi*, c. 2, s. 233.

³²⁶İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 168.

³²⁷Şibbîr, *el-Medhal*, s. 285.

³²⁸Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû*, c. 2, s. 797.

Kesmeden, kırmadan ayıplı oldukları anlaşılmayan mallarda kesmek iade etmeye engel değildir. Ancak içindekini bilmek için kırmanın gerekli olmadığı mallar kırıldığında geri verme hakkı bulunmamaktadır. İçi bozuk olsa da devekuşu yumurtası gibi kabuğundan yararlanabilen şeylerde müşteri onu satıcısına iade ederek semenini almalıdır. Kabuğundan yararlanılmayan şeylerin tamamı bozuk olduğunda onu iade etmeksizin satıcıdan semenini talep edebilmektedir.³²⁹

Kuvte, çeşitli mallarda sabit olabilecek ayıp muhayyerliğine dair güncel pek çok örnek saymaktadır. Ona göre satın alınan sıfır arabanın tekerleğinin çürümüş olduğu anlaşıldığında ayıp muhayyerliği sabit olurken ikinci el olması halinde ayıp sayılmamakta ve iade imkânı bulunmamaktadır. Çünkü yeni arabaların tekerlekleri âdeten çürümüş olmazken ikinci el arabalarda genellikle bu duruma rastlanır. Ev ve bina türü yapılarda duvarların çatlaması, ahşapların kırılması, elektrik tesisatındaki zayıflık, kötü komşu, binada askerler gibi çıkarılması zor olan kişilerin yaşaması ve sıkıntı verici haşeratın bulunmasını da ayıp kabul etmiştir. Arazi türündeki mebûilerde, arazinin tabiatına göre ayıbın değişiklik göstereceğini belirtmiştir. Örneğin tarım arazisinde ağaçların ve ekinlerin köklerine zarar verecek şekilde kayaların bulunması, arazi kuyusunun çökmesi, yıkılması, üzerindeki bitkilerin hastalanması, su çıkarılmasının zor olması ve sair durumları ayıp olarak addederken, üzerine bina yapılacak arazilerin yüzeyinde su bulunması ya da bataklık olmasını ayıp saymıştır. Kumaş ve elbiselerin delik ve yırtık olması, yanlarının bol olması, dokumasının hatalı olması, üzerinde yazı ya da kumaş boyunca marka isminin bulunmasını; ayakkabıların üretildiği derinin zayıf olması, dikişlerinin düzgün olmaması yahut yapıştırıcısının zayıf olmasını; kitapların sayfalarının yırtık olması, beyazlığının fazla olması, hatanın mutad olandan fazla olmasını, bazı kısımlarının mevcut olmamasını; yiyecek ve ilaçlarda son tüketim tarihinin geçmiş olmasını ayıp olarak addetmiştir.³³⁰

Sonuç olarak muhayyerliğin sabit olması için gerekli görülen ayıbın muteber olması şartında bütün ekollerce örfün esas alındığı anlaşılmaktadır. Genel olarak ma'kud aleyhte bulunan eksiklik kıymetini azaltıyor yahut kıymeti azaltmasa da onu edinmekle amaçlanana gerçekleştirmeye izin vermiyorsa ve örfen ayıp olarak addediliyorsa muhayyerlik hakkının sabit olduğu kabul edilmektedir. Burada âlimlerin

³²⁹Cezîrî, *Fıkıh Kitabı*, c. 3, s. 277.

³³⁰Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 449, 450.

tüccarın örfü olarak bahsettikleri kıstas aybın tespitinin onlara mahsus olduğu anlamına gelmemektedir. Herkesin anlayabileceği ayıplarda hâkim veya onun tayin ettiği kişinin incelemesi yeterli iken, ihtisas gerektiren ayıplarda bilirkişilerin görüşlerine başvurulmaktadır.³³¹ Bunlar tüccar olabileceği gibi mal sanayi ürünü ise sanayici iş adamları da olabilir.³³²

2.7. Hıyânet Muhayyerliği

Hıyânet, güvene dayalı akitlerde satıcının, akdin esasını oluşturan malın ilk alış ve maliyet fiyatlarına, malın durumuna ilişkin beyanında doğruyu söylememesi, açıklaması gereken noktaları açıklamaması hallerinde ortaya çıkmaktadır. Yanlış beyanın güveni kötüye kullanmaktan yahut hatadan kaynaklanması ile malın mevcut olup olmaması durumlarına göre mezheplerde farklı yaklaşımlar söz konusu olsa da konunun sınırları açısından yalnızca örfün etkili olduğu noktalara değinmek gerekmektedir.

Murâbaha, tevliye, vadîa türünden akitlerde satıcı, mebî'in maliyetine neleri dâhil ettiğini müşteriye açıklamışsa bunların tamamını sermayeye ekleyebilmektedir. "Mal bana şu kadara mal oldu." minvalindeki daha kapalı ifadelerle maliyet üzerine ilave yapılması caiz olmamaktadır.³³³ Ne var ki bu ifade sıkça kullanıldığından nelerin maliyete dâhil olduğu nelerin olmadığı noktasında çeşitli kıstaslar belirlenmiş, dolayısıyla ne zaman akde aykırı davranılarak muhayyerliğe sebebiyet verildiği âlimler tarafından tespit edilmeye çalışılmıştır.³³⁴

Hânefilerin benimsediği temel kural, ticarî örfe göre maliyete eklenebilecek bütün masrafların sermayeye ilave edilebilmesi yönündedir. Nakliye, boyama, tabaklama, eğirme, ağaçlandırma gibi malın kendisinde veya kıymetinde artış sağlayan masrafların sermayeye ilave edilebileceği kabul edilirken; çoban, bekçi ücreti ile satıcının kişisel giderleri gibi mala bir değer katmayan, satıcının kendi emeğine veya üçüncü bir kişinin karşılıksız yaptıklarına karşılık gelen bir ücret sermayeye ilave

³³¹Apaydın, "Muhayyerlik", s. 29.

³³²Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû*, c. 2, s. 835.

³³³İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 266.

³³⁴Dönmez, "Murâbaha", s. 149.

edilemez.³³⁵ Alıcı kölesine bir meslek öğretimi için harcama yapmışsa bu konuda açık bir örf olmadığından bunu maliyete ekleyemeyecektir. Şiir, Arapça, şarkı, Kur'an ve matematik öğretim ücretleri de böyledir. Herhangi bir yerde bunların birine yapılan masrafın maliyete eklenmesi noktasında örf bulunuyorsa, alıcı bunu maliyete ekleyebilir. Koyun sürüsünü bir yerden başka bir yere götüren kişinin ücreti, komisyoncu ücreti, kumaş beyazlatıcının ücreti de açık bir örf bulunduğu için maliyete eklenebilmektedir.³³⁶

Mâlikîler, malda gözle görünür bir değer artışı sağlayan boyama, yıkama gibi masrafların maliyet hesabına dâhil edilebileceğini ve kâra yansıtılacağını; satıcının kendi yapamayacağı ancak malın değerinde artış meydana getirmeyen nakil, depolama gibi masrafların sermayeye eklenebileceğini ancak kâra yansıtılamayacağını; bizzat kendisinin yapabileceği ve değerinde bir artış meydana getirmeyen katlama, paketleme, simsarlık gibi giderleri sermayeye ekleyemeyeceği gibi kâra da yansıtılamayacağını belirtmişlerdir. Bu ölçülerin uygulanmasında ticari örfe çokça atıfta bulundukları görülmektedir.³³⁷

Şâfiîlere göre satış işlemlerinin gereklerinden olan nakliye gibi masraflar ile malda değer artışı sağlayan semirtme, tedavi ettirme gibi harcamalar sermayeye eklenebilirken; yalnızca koruma amaçlı masraflarla satıcının emeği ile yahut başkasının karşılıksız olarak yaptığı katkılar eklenemeyecektir. Hanbelîler, mala değer katan masraflar ve bu nitelikteki emeklerin karşılığı olan ücretlerin alıcıya ayrıca açıklanması halinde sermayeye eklenebileceğini kabul etmiştir.³³⁸

Güvene dayalı akitlerde satıcının malda alıcının rağbetini etkileyebilecek her durumu açıklaması gerekmektedir. Örneğin; satıcı meb'î'i ilk satıcıdan veresiye olarak satın aldıysa bunu alıcıya açıklamalıdır. Nitekim veresiye mal, peşin olandan değer bakımından daha aşağıda kabul edildiğinden alıcının malı almadaki isteğini etkileyebilmektedir. Satıcı, açıklaması gerektiği takdirde semenin vasfını açıklamaz ise alıcının muhayyerlik hakkı doğmaktadır.³³⁹ Hanefî fukahânın bir kısmına göre semenin niteliğini açıklamanın gerekip gerekmemesi de örfle ilişkili olup, bazı durumlarda

³³⁵Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 477; Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 80, 81; Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 56; Dönmez, "Murâbaha", s. 149.

³³⁶Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 481; Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 83.

³³⁷Sahnûn, *el-Mudevvene*, c. 10, s. 58; İbn Rüşt, *Bidâye*, c. 2, s. 256, 257; Dönmez, "Murâbaha", s. 149.

³³⁸Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, c. 2, s. 478; Dönmez, "Murâbaha", s. 149.

³³⁹Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 78; Osmânî, *Fıkhü'l-Buyû'*, c. 2, s. 1172.

niteliğin açıklanmamış olması muhayyerliğe yol açmamaktadır. İlk satışta vade konulmasa da tüccarlar arasında satış bedelini taksitle ödeme âdeti bulunmaktaysa bir kısım taksitle aldığını söylemeden murâbaha yoluyla satabileceğini söylerken diğer bir kısım “Örfen maruf olan açıkça şart kılınmış gibidir.”³⁴⁰ kuralını işleterek, sarahaten vade konulmuş olduğu durumda alıcıya açıklanması gerektiği gibi örf durumunda da hükmün değişmeyeceğini ifade etmiştir.³⁴¹

Sonuç olarak güvene dayalı akitlerde hıyânetin var ya da yok olduğu hususu toplumun örfü dikkate alınmaksızın tespit edilememekte dolayısıyla hıyânetin varlığına dayandırılan muhayyerlik hakkının alıcıda sübut bulması için aranan şartların bir kısmında örf önemli rol oynamaktadır.

2.8. Görme Muhayyerliği

Görme muhayyerliğini kabul eden âlimlere göre kişi belirli bir malı görmeden aldığı takdirde malı gördükten sonra fesih hakkına sahip olmaktadır. Muhayyerliğin şer‘an sabit olduğunu kabul eden Hanefiler; akdın mahallinin tayinle muayyen hâle gelebilen, nizaya yol açacak şekilde aşırı bilinmezlik barındırmayan, alıcının mülkiyetinde olan ancak akit sırasında ve daha öncesinde görmediği mallardan olması gerektiğini belirtmiştir.³⁴² Mâlikîler, Hanefilerden farklı olarak daha sınırlı bir alanda bu muhayyerliğe değinmekte ve görmemenin yanında malın vasfedilmemesini ve taraflardan birinin muhayyerlik hakkını şart koşmasını da aramaktadır.³⁴³ Sonuç olarak görme muhayyerliğinin kabul edildiği ekollere göre mebî‘ akit anında yahut âdeten değişmesi mümkün olmayan bir süre öncesinde görülmemiş olmalıdır.

Hanefî fukahânın bu konuda verdiği örneklerden görmenin, malın niteliği ve o malı almakla amaçlanan şey gibi farklı kriterlere bağlandığı ve yalnızca literal anlamında kullanılmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Ali Haydar Efendi, Mecelle şerhinde görme eyleminin mâhiyetini “Rü’yet mebî‘in asıl maksadı bildiren hal ve mahalline vakıf olmaktan kinayedir. [...] Yoksa bu bahisteki rü’yet, rü’yet bi’l-basar manasında olmadığı gibi, mebî‘in her cihetini dahi görmek maksud değildir. Zira

³⁴⁰Mecelle, md. 43.

³⁴¹Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 79.

³⁴²Kâsânî, *Bedâi‘u’s-Sanâi‘*, c. 7, s. 348, 349; Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu’l-‘Akd*, s. 374.

³⁴³İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 34.

mebî'in her cihetini görmek müte'azzirdir." sözleriyle ifade etmiştir.³⁴⁴ Görmeye yüklenecek anlamın belirlenmesinde örfün etkili olduğu anlaşılmakta ve bu düşünceden yola çıkarak görme muhayyerliğinin sübut bulmasında örfün rolünü "Akit sırasında ve daha öncesinde gerçekleşmesi halinde muhayyerlik hakkını engelleyen, akitten sonra muhayyerliği doğuran görme nasıl gerçekleşir?" sorusu bağlamında ele almak gerekmektedir.

İlk olarak Hanefiler kişinin amaçlanan şeylerin bilinmesini sağlayacak derecede malı görmesi halinde akit sonrasında muhayyerlik hakkı bulunmayacağını ifade etmişlerdir.³⁴⁵ Muasır hukukçulardan Ebû Sünne (ö. 2003) ve Abdülaziz Hayyât (ö. 2011)'a göre maksadı sağlayacak bilgiyi edinecek kadar görmek örf'e bağlıdır. Öyleyse akitte görme muhayyerliğinin sabit olup olmaması toplumun malın görülmesine ilişkin öngördüğü kriterlere bağlıdır. Özel ve genel örf burada eşit konumdadır çünkü ikisi de mutlak olarak hükmün tatbiki için kendisine rüçû edilecek örf'tür.³⁴⁶ Buna göre örnek dairelerin bulunması ya da dairelerin odalarının birbirine benzer olması durumunda örfen örnek daireyi yahut tek odayı görmekle yetinilir. Başka bir yerden ithal edilmek istenen ve tamamının görülmesinin mümkün olmadığı malın vasıflarının bilinmesi şartıyla numune üzerinden görülmesi örfen yeterli görülmüştür. Birimleri birbirinden farklı olmayan keylî, veznî veya limon gibi adediyyât-ı mütekâribeden olan malların da bir kısmını görmek örfen yeterlidir.³⁴⁷

Bir malın görülmesi ile aynı cins olan birden fazla malın görülmesi âlimler tarafından ayrı ayrı incelenmiştir. Birden fazla aynı cins malın satın alınması durumunda âlimlerin ortak yönelimleri malları ölçü veya tartıyla satılan, adet ile satılan ancak birimleri arasında farklılıklar olan, adet ile satılıp birimleri birbirine yakın olanlar şeklinde sınıflandırmak ve her malı bu kategoriler altına almaya çalışmaktır. Onlara göre ölçü ve tartıyla satılabilen mallar ile adet ile satılsa da birimlerinin arasında fark olmayan malların bir kısmını görmek kalanına delalet eder ve kalan kısmın görünenden daha aşağı olduğu anlaşılmadıkça görme muhayyerliği söz konusu olmaz. Birimleri mütekarib olmanın alameti ise numune ile satılmanın âdet olmasıdır. Dolayısıyla

³⁴⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkâm*, c. 1, s. 476, 477.

³⁴⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 71; Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 34; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 150.

³⁴⁶ Hayyât, *Nazariyyetu'l- Urf*, s. 128.

³⁴⁷ Hayyât, *Nazariyyetu'l- Urf*, s. 128.

numune ile sunulan mallarda numunenin görülmesi, aynı cinsten olan birden fazla maldan birini görmenin yetmesi âdet olduğundan örf sebebiyle muhayyerliği düşürür.³⁴⁸ Adet ile satılan ancak birimler arasında farklılıklar bulunan hayvan ve köle gibi mallarda ise bir kısmını görmek diğerleri hakkında bilgi vermeyeceğinden birden fazla alımlarda hepsini görmek gerekir.³⁴⁹

Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre yerin altında yetişen, soğan gibi ölçülerek veya havuç ve sarımsak gibi tartılarak satılan ürünlerin bir kısmının sökülerek görülmesi insanların ihtiyaç ve teamülü nedeniyle yeterlidir ve fetva da bu yöndedir. İmam Ebû Hanîfe'ye göre muhayyerlik devam eder çünkü bu ürünlerin küçük, büyük, iri ufak, kuru, ıslak gibi birbirinden büyük oranda farklı olmalarını sağlayan özellikleri olabileceğinden bir kısmını görmek diğerleri hakkında bilgi vermemektedir. Bu sebeple ona göre yerin altında yetişen ancak adet olarak satılan malların bir kısmını görmek muhayyerliği düşürmemektedir.³⁵⁰ Neticede sayılan malların ölçü, tartı yahut adet olarak satılmasının ihtiyaç ve ticari örfle bağlı olarak değişebileceğini söylemek mümkündür.³⁵¹ Böylece örfle göre sayılan malların adet olarak satılması halinde bir kısmını görmek kalan kısma kifayet etmeyeceğinden muhayyerlik ortaya çıkmaktadır.

Hanefî fakihlerinden Kerhî (ö. 952), ceviz, yumurta gibi adediyyât-ı mütekâribeden olan malları büyüklük ve küçüklük açısından birimleri arasında farklar bulunan karpuz ve nara benzeterek adediyyât-ı mütefâviteden kabul ettiğinden bir kısmının görülmesi halinde muhayyerlik hakkının var olduğunu belirtmiştir. Mezhepte sahih olarak kabul edilen görüşe göre ise muhayyerlik hakkı bulunmamaktadır. Nitekim bu mallar büyüklük ve küçüklük açısından birbirine çok yakın olup, şer'an, örfen ve âdeten bu fark hiç yokmuş gibi kabul edilir. Kâsânî ise bu malların birimleri arasındaki farklılık yokmuş gibi davranmaya ihtiyaç bulunmadığını ve bu sebeple bu farklılığa itibar edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Nitekim bu çeşit mallarda bir kısmını görmek, geri kalanlar hakkında bilgi vermediğinden maksadı karşılayan bir görme olmamaktadır.³⁵² Bir malın adediyyât-ı mütekâribe yahut adediyyât-ı mütefâviteden

³⁴⁸Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 3, s. 35; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. 2, s. 17; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 156.

³⁴⁹İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 158.

³⁵⁰Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi*, c. 5, s. 298; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. 2, s. 17; Abdulaziz Hayyât, *Nazariyyetu'l-Akd ve'l-Hiyârât fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Umman: Ma'hedü'l-Arabî, 1994, s. 221.

³⁵¹İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 73; Beşir Gözübenli, "Keylî", *DİA*, XXV, 361.

³⁵²Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi*, c. 7, s. 353.

olması, adetle, ölçü veya tartıyla satılmasında olduğu gibi ticarî teamüllere göre farklılık göstereceğini söylemek mümkündür. Nitekim yumurta örneğini günümüz açısından değerlendirdiğimizde büyüklük ve küçüklüklerine itibar edilerek farklı fiyatlara satılan, boyutuna göre kolilenmemiş yumurtaların adediyyât-ı mütekaribeden sayılamayacağı, birini görmenin kalanları hakkında bilgi vermeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Boyutuna göre kolilenmiş yumurtalarda ise aralarındaki ufak farklılıkların itibar-ı nazara alınmayacağı, dolayısıyla birini görmenin hepsini görmek sayılacağı söylenebilecektir. Neticede görme eylemi malların satımındaki ticarî teamüllere göre de farklılık gösterdiğinden, muhayyerliğin varlığı ve yokluğu da yine bu örfе bağılı olacaktır.

Ulemâya göre sayılan durumlar malların bir kap içinde olması halinde geçerlidir. Birden fazla kapta farklı cinsten mallar bulunuyor ya da tek cins olmakla beraber vasıfları farklı olan mallar söz konusuysa alıcının muhayyerlik hakkı bulunmaktadır. Nitekim cinsin bir kısmını görmek ya da aynı cinsin farklı vasa haiz olanını görmek geri kalan hakkında bilgi vermemektedir. Her birinin tek cins ve vasıftan oluşması noktasında âlimlerin ihtilafı söz konusudur. Belh ulemâsı kapların farklı olmasını cinslerin farklılığına bağlayarak muhayyerlik hakkını kabul etmişken; Irak ulemâsının sahih olan görüşüne göre aynı ya da farklı kapta olmaları fark etmeksizin malın bir kısmını görmenin kalanı hakkında bilgi vereceğinden hareketle muhayyerlik hakkının olmadığını söylemiştir.³⁵³

Cariye ve köle alımında yüzün görülmesi; at, eşek, katır alımında sahih olan kavle göre yüz ve arkasının görülmesi; sütü için alınan ineğin memesinin görülmesi, eti için alınan hayvana dokunulması muhayyerliği düşürmektedir.³⁵⁴ Fakat hayvanat ilmine vakıf olanlar ayaklarına bakmak gerekir derlerse, ayaklarına bakılmadan hıyar sâkıt olmaz.³⁵⁵ Malların sayılan yerleri görülmeksizin başka yerleri görölse muhayyerlik hakkının devam ettiği kabul edilir.³⁵⁶ Mebî‘ misk gibi koklamak yahut yiyecekler gibi tatmak, tabl ve mizmâr gibi işitmek ile bilirse onu koklamak, tatmak ve işitmek görmedir. Bir kimse görerek ancak koklamaksızın miski satın alsa daha sonrasında

³⁵³Kâsânî, *Bedâi‘u’s-Sanâi‘*, c. 7, s. 352, 353; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 156; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 583-585.

³⁵⁴İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 158, 159.

³⁵⁵Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkâm*, c. 1, s. 477.

³⁵⁶Kâsânî, *Bedâi‘u’s-Sanâi‘*, c. 7, s. 352.

miski kokladığında muhayyerdir.³⁵⁷ Nitekim malı satın almayla amaçlanan şeylerin varlığını yahut yokluğunu bilmek bu şekilde mümkün olur.³⁵⁸ Böylece her malın alınış amacına yönelik bir görme şekli olduğu anlaşılmaktadır.

İmam Muhammed katlı olan elbisenin görünen kısmını görmenin yeterli olacağını ifade etmişse de Züfer'in muhtar olan görüşüne göre elbiseyi yayıp görmek gerekmektedir.³⁵⁹ Kâsânî, üzerinde işleme bulunmayan elbisenin katlı olarak görülmesi diğer kısımlarına delalet edeceğinden alıcının muhayyer olmayacağını ancak nakışlı elbiseyi sererek bakmadığı takdirde alıcının muhayyerlik hakkının bulunduğunu ifade etmiştir. Nitekim nakışlı elbiseden maksat nakışı görmekle sağlanır.³⁶⁰ Buna göre katlı elbisenin görünmeyen kısımları görünenden farklılık arz etmiyor ve daha kalitesiz değilse muhayyerlik hakkı düşmektedir. Nitekim elbisenin açılması kırışma ve zarar görmesine sebebiyet vererek kıymetini eksiltecek ve satıcı bundan zarar görecektir. Elbisenin diğer yüzleri görünen kısımdan farklı ise her yerini görmek gerekir. İbn Âbidîn, kendi örflerinde katlı elbisenin içi görülmediği takdirde muhayyerliğin düşmediğini belirtmiştir. Bunun sebebinin kendi zamanında elbiselerde astarla yüzün farklı olmasının bir âdet haline gelmesi olarak açıklamıştır.³⁶¹

Birimleri birbirinden farklı olmayan, kalite ve fiyat olarak aynı birden fazla elbise katlı olarak satılırsa iç kısımları daha kötü olmadığı takdirde bir tanesini görmek yeterlidir. Çünkü bu mallar tüccar örfüne göre numune ile satılırlar. Bu şekildeki elbiseler farklı renklerde ise her renkten bir elbiseye ya da elbiselerin kumaşlarından yapılmış renk kartelasına bakarak tüm elbiselerin halini anlamış olurlar. Bütün elbiseler göründükleri gibi çıkarsa muhayyerlik sakıt olur. Aralarında fiyatı eksiltecek bir farklılık bulunmadığı takdirde kişi muhayyer olmamaktadır. Nitekim elbise insan yapımı olup iki elbise arasındaki az bir fark âdeten itibara alınmadığından nizaya götürmemektedir. Hayvan, köle, farklı cinslerdeki elbiseler gibi adediyyât-ı mütefaviteden olan malların alımında ise bu mümkün değildir. Zira bâtînî birtakım

³⁵⁷İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 156, 159.

³⁵⁸Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 71; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. 4, s. 584.

³⁵⁹Şeybânî, *el-Asl*, c. 1, s. 472; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. 4, s. 583.

³⁶⁰Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. 7, s. 352.

³⁶¹İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 157.

maniler itibariyle iki eşya arasında çıkabilecek farklılıklar nizaya yol açacaktır. Bu sebeple birimlerin tek tek görülmesi gerekmektedir.³⁶²

Daire, akar ve bostanların görülmesi hususu belki de görme muhayyerliğinin en öne çıkan kısmıdır. Züfer hariç Hanefî imamları evin dışı ve avlusunun görülmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir. Dışını görmek içini görmek gibi kabul edildiğinden bostanın dışı ve ağaçların başının görülmesi halinde de muhayyerlik hakkı bulunmamaktadır. Kâsânî, meşayihın bunu tek düze evler için kabul ettiğini, eğer ev birkaç tane binadan oluşuyorsa evin içinin görülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Çünkü bu tür yapıların maksadı sağlayıp sağlamadığı dıştan görmekle anlaşılmamaktadır. Kerhî'den naklettiğine göre Ebû Hanîfe kendi zamanında Kûfe'nin âdetine göre, evler birbirine benzediği için dıştan görmeyi yeterli görmüştür.³⁶³ Züfer ise evlerin içinin görülmesi gerektiğini savunmaktadır.³⁶⁴ İbn Âbidîn, Züfer'in de diğer imamlarla aynı zamanlarda yaşadığını dikkate alarak onun ihtilafının zamanın değişmesi kaynaklı olmadığını bilakis hüccet ve burhan ihtilafı olduğunu belirtmiştir.³⁶⁵ Kufe ve Bağdat'taki evlerin birbirine benzemesi ancak Mısır, Şam ve Irak diyarındaki evlerin birbirinden içerik olarak farklılaşabilmesi kısacası toplumun bina yapımındaki örfü Züfer'in görüşünün delilidir. Üç imamın delili ise bir şeyin bütün kısımlarını ayrıntısı ile birlikte görmek zor olduğunda, bir kısmını görmenin, görme muhayyerliğini ortadan kaldırma bakımından bütünü görmek gibi kabul edilmesidir. Evin de bütün kısımlarına bakmak mümkün değildir. Alıcının çevre duvarının altına, duvar içlerindeki ağaç ve direklere bakması imkânsızdır. İmkânsızlık nedeniyle hepsini görme koşulu düşer ve bir kısmını görmek yeterli kabul edilir.³⁶⁶

Ulemânın bu konuda verdiği örnekler çokça ayrıntı içerdiğinden hepsine yer vermek mümkün olmasa da zikredilen kadarından anlaşıldığı üzere akdin öncesinde ve sonrasında olmak üzere muhayyerliği etkileyecek görmenin mâhiyeti eşyaya, toplumun o eşyayı kullanım amacına ve ticârî örf'e bağlı olarak değişebilmektedir. Örneklerin bu derece çeşitli ve ayrıntılı olması, aynı zamanda farklı yerlerde yaşayan ya da farklı

³⁶²İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 158.

³⁶³Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 5, s. 5.

³⁶⁴Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 77; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 158.

³⁶⁵İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 159.

³⁶⁶Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 77; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 158.

zamanlarda yaşayan âlimlerin aynı mallar için farklı çıkarımlarda bulunması durumu açıklamaktadır.

2.9. Keşf-i Hâl Muhayyerliği

Mecelle’de “Hububatı bir muayyen kab ve ölçek ile ölçüp veyahut bir muayyen taş ile tartıp satsa her ne kadar ol kap ve ölçüğün ne mikdar idüğü ve taşın kaç kıyye ve dirhem olduğu malum değilse de bey’ sahih olur.”³⁶⁷ ifadeleriyle değinilen satışlarda ortaya çıkan muhayyerliğin kapsamını tarafların akitte alışılmış, teamül haline gelmiş ölçü birimlerinin dışına çıkarak kendi şahsî ölçülerini tercih etmeleri oluşturmaktadır. Buna göre satıcının ölçülebilen ve tartılabilen bir malı ölçü ve tartı gibi ölçü birimlerini kullanmaksızın, içine ne kadar mal aldığı tam olarak bilinmeyen sandık, bardak, kap, taş gibi eşyaları ölçü olarak satış yapması çokça rastlanılan, mebî’in miktârının ve ölçü olarak alınan mekânın bilinmediği örneklerdir.³⁶⁸ *Dürer*’de muhayyerliğin mebî’in miktarı ve mekânı meçhul olduğundan sabit olduğu ifade edilmiştir.³⁶⁹

Muhayyerliğin alıcıda sübut bulması için bu tür bir akde ihtiyaç bulunduğundan, akdın sıhhati için aranan şartlar, muhayyerliğin doğmasına da sebep olmaktadır. Bu tür akitler için öngörülen şartlar; insanların ölçek olarak kullanmayı âdet haline getirmedikleri kabın hâli üzere kalması ve miktarının bilinmiyor olması, mebî’in tesliminin sözleşmenin hemen peşine, akit meclisinde gerçekleşmiş olması ve tarafların ölçü olarak belirlediği şeyin eksik ölçme ihtimalinin bulunmamasıdır.³⁷⁰

Ebû Yusuf, ölçüğün tas gibi sıkıştırılıp bükülmeyen bir şey olması halinde akdın caiz olduğunu, çünkü aksi takdirde taraflar arasında ölçü konusunda anlaşmazlık çıkabileceğini belirtmiştir.³⁷¹ Ona göre karpuz gibi suyunu çekmeyle eksik ölçebilecek bir şeyi ölçü yapmak caiz değildir. Buna mebî’in akit anında teslim edilmesi gerektiği ve bu süredeki kurumanın eksiklik meydana getirmeyeceği şeklinde itiraz edilmiştir.³⁷² *Bahru’r- Râik* ve *Dürer*’de de nizaya sebebiyet vermemesi adına ölçü kabul edilecek

³⁶⁷Mecelle, md. 218.

³⁶⁸Kâsânî, *Bedâi’u’s-Sanâi’*, c. 6, s. 599; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkâm*, c. 1, s. 318; Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi’l-Ukûd*, c. 1, s. 569- 575.

³⁶⁹Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkâm*, c. 1, s. 429.

³⁷⁰Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi’l-Ukûd*, c. 1, s. 573, 574.

³⁷¹Serahsî, *el-Mebsût*, c. 12, s. 141.

³⁷²Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi’l-Ukûd*, c. 1, s. 574.

eşyanın ahşap yahut demir gibi eğilip bükülmeyen bir maddeden müteşekkil olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak Ebû Hanîfe'nin içine alacağı miktar bilinemeyeceğinden caiz görmediği kırbalar ile su almanın insanların teamülüne binanen, istihsânen caiz kabul edildiği ifade edilmiştir.³⁷³ Çünkü ölçüyle satılan suda o beldenin sakalarının kullandığı su tulumları dikkate alınmaktadır.³⁷⁴

Esası toplumun uygulamasına dayandığı düşünülen bu türden akitlerde mezkûr şartlar gerçekleştirildiği takdirde muhayyerlik de söz konusu olacaktır. Bu tür akitlerin nizaya yol açmadığı, çünkü akdin hemen peşine teslimin gerçekleştiği ve bu sürede ölçünün helak olmasının nadir olduğu belirtilmiştir.³⁷⁵ Bu tür akitlerde esas alınan ölçünün niteliğinin de nizaya sebebiyet vermeme kıstasına bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim fakihlerce ileri sürülen ölçünün eğilip bükülmeme vasfını haiz olması şartı, deriden yapılan kırbaların sakalar tarafından kullanılması toplumun âdeti olduğundan terk edilmiştir. Dolayısıyla akitte esas alınan ölçü, aranan şartlara uymasa da kullanımı örf haline geldiği takdirde nizaya sebep olmayacaktır. Bu da o ölçünün bu tür akitler için kullanılabileceği sonucunu doğurur. Böylece akdin dolayısıyla muhayyerliğin oluşması için aranan şartlarda örfün etkili olduğunu söylemek mümkündür.

2.10. Tekeşşüf-i Hâl Muhayyerliği

Semenin tam olarak bilinmediği ancak bu bilinmezliğin taraflar akit meclisinden henüz ayrılmadan kaldırıldığı akitlerde alıcıya muhayyerlik hakkı tanınmıştır. Buna göre alıcı semeni öğrendiğinde mebî'i dilerse alır, dilerse bırakır. Bu tür akitlerde muhayyerliğin sabit olması için aranan şartlar kaynaklarda hususi olarak sayılmamıştır. Ancak alıcının bu hakka sahip olabilmesi için tarafların akit meclisinden ayrılmadan önce semeni malum hale getirmiş olmaları gerektiği açıktır.

Burada örfle ilgili iki durum söz konusudur. Meclisin devam edip etmediği, tarafların akit meclisinden ayrılıp ayrılmadığının tespiti örfle ilişkili olup, ayrılmanın ölçütü "Muhayyerliklerin Sona Ermesinde Örfün Etkisi" başlığı altında ayrıntılı olarak

³⁷³İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, c. 5, s. 306; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkâm*, c. 1, s. 318; Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 1, s. 569, 575.

³⁷⁴İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, c. 5, s. 306; Şenocak, "Örfün Hükümlere Etkisi", s. 184.

³⁷⁵İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, c. 5, s. 306.

incelenecektir. Tarafların davranışının örfe göre ayrılma sayıldığı her halde muhayyerlik hakkı sübut bulmayacaktır.

Semenin malum hale gelmesi noktasında ise çeşitli kıstaslar bulunmaktadır. Örneğin; semen akit meclisinde ise işaret yeterliyken, bu mümkün olmadığı takdirde semeni tavsif etmek de onu malum kılmaktadır.³⁷⁶ Ulemânın verdiği örneklerin bazılarında mebî'in tamamı bilinmediğinden semen hesaplanamamaktadır. Bu sebeple mebî'in tamamı cinsine göre farklı ölçümlerle tespit edildikten sonra birim fiyat esas alınarak yapılacak hesaplamayla toplam semene ulaşabilmek mümkündür. Ne var ki satıcının “Şu yığındaki buğdayı her kafizi on dirheme olacak şekilde sattım.” demesinde olduğu gibi mutlak bir para zikredildiği takdirde semen toplam mebî' bilinse dahi malum olmayacaktır. Âlimler bu hususta beldede çoğunlukla kullanılan para biriminin esas alınacağını kabul etmiştir. Özellikle akdin sıhhati söz konusu olduğunda mutlak olarak zikredilen para, muamelelerde örf haline gelmiş olana hamledilmektedir.³⁷⁷ Dolayısıyla para birimi mutlak olarak zikredildiği takdirde semenin malum hale gelmesi ve muhayyerliğin sübut bulması örfe bağlı olmaktadır.

Akdin, “İnsanların sattığı gibisine” minvalindeki sözlerle yapılması halinde fasid olacağı belirtilmiştir. Ne var ki bu fesad malın fiyatının değişkenlik gösterdiği durumlarla ilgilidir. Ekmek gibi standart fiyata sahip mallarda ise akit fasid kabul edilmeyeceğinden muhayyerlik de oluşmaz.³⁷⁸ Nitekim bu türden haklarla nizaya yol açacak durumların önüne geçmek amaçlanmaktadır. Herkesçe bilinen ve toplumda nizaya sebebiyet vermeyen bilinmezlikler ise muhayyerliğe ihtiyaç bırakmaz. Sonuç olarak malın fiyatı bir beldede örfen belirlendiği ve bu beldenin her yerinde fiyat aynı olduğu takdirde muhayyerlik doğmayacaktır. Dolayısıyla bu tür satışlarda muhayyerliğin oluşması için aranan şartlardan biri, semenin örfen belirlenmiş olmamasıdır.

2.11. Tefrîk-i Safka Muhayyerliği

³⁷⁶el-Hafif, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 491.

³⁷⁷Serahsî, *el-Mebsût*, c. 12, s. 152; Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 6, s. 598; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, c. 5, s. 297.

³⁷⁸Heyet (haz.), *Fetâvâyî Hindiyye (Fetâvâyî Alemgiriyye)*, ed. İsmail Karakaya, çev. Mustafa Ege, Ankara: Akçağ Yayınları, 1985, c. 5, s. 375; Bilmen, *Kamus*, c. 6, s. 82; el-Hafif, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 492.

Akdiñ hükmünün ma'kud aleyin tamamını kapsamadığı yahut kapsadığı halde daha sonradan bir kısmının kapsamın dışında kalması durumunu ifade eden tefrîk-i safka terimi Hanefî fukahâyâ göre üç suret barındırmaktadır. Bunlardan ilki mebî'in bir kısmının eksik olması sebebiyle tefrîk-i safka gerçekleşmesi durumudur. Burada örf bakımından eksikliğin miktarı öne çıkmaktadır. Hanefîlerin üç imamının da, her arşını bir dirhemden toplam on arşın kumaş alan şahsın, bunu dokuz buçuk arşın bulması halinde muhayyer olacağını ifade ettikleri belirtilmiştir.³⁷⁹ Dolayısıyla onların eksiklik az olsa dahi alıcıya muhayyerlik tanıdığı söylenebilir. İmam Mâlik'e göre ise eğer az bir eksiklik söz konusuysa alıcının muhayyerlik hakkı bulunmamaktadır. Semenden hissesi mukabilinde eksik malı alacaktır. Ancak fazla bir eksiklik söz konusuysa muhayyerlik hakkı vardır, dilerse akdi fesheder. Çünkü kişi "İhtiyacım olan bu değildi, daha fazlasını istiyordum." diyebilecektir.³⁸⁰ İmam Mâlik her ne kadar az ve çok eksikliğin tayin şeklini belirtmemişse de bu tespiti örfi bıraktığını söylemek mümkündür.³⁸¹ Dolayısıyla mebî'in bir kısmının eksik çıkması halinde muhayyerliğin tanınıp tanınmayacağı İmam Mâlik'e göre örfi bağlı bir durum olup, eksikliğin örfen çok kabul edildiği durumda alıcının muhayyer olacağını söylemek mümkündür.

Mebî'in bir kısmının istihkâken alınması durumunun ise aslen tek başına safkanın tamamlanmasını engellemediği ifade edilmiştir. Bu sebeple yalnızca mebî'in bir kısmının istihkâk edilmesi muhayyerliğe yol açmamakta, hak sahibinin akde onayının da bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca akde tesir etmesi için istihkâkın kabzdan önce gerçekleşmesi, kabzdan sonra gerçekleşse dahi ma'kud aleyhin istihkâk ile ayıplı hâle gelmesi gerekir.³⁸² İstihkâken bir kısmı zabtedilen malın kalan kısmının ayıplı kabul edilmesi noktasında ayıp muhayyerliğinde zikredilen şartlar kabul edilecektir.

İstihkâkın kabzdan önce gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında ise kabzın mahiyetini incelemek gerekmektedir. Kâsânî, kabzı "Temekkün, tahallî ve manilerin örfen ve âdeten gerçekten kalkması." şeklinde tarif etmiştir.³⁸³ Bu tarife göre malın ilk

³⁷⁹Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkâm*, c. 1, s. 331; Heyet (haz.), *Fetâvâyî Hindîyye (Fetâvâyî Alemgiriyye)*, c. 5, s. 381.

³⁸⁰Ebû 'Abdullâh Mâlik b. Enes, *el-Mudevvene*, Beyrut/ Lübnan: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1994, c. 3, s. 199.

³⁸¹Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû'*, c. 1, s. 257.

³⁸²Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 534.

³⁸³Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 6, s. 571.

sahibi tarafından, yeni mâlikin örfen ve âdeten bir engel bulunmayacak şekilde tasarrufta bulunabileceği duruma getirilmesi gerekmektedir. Nitekim kabzın eşyanın mahiyetine göre değişiklik gösterdiği, usulünü belirleyecek olanın esasen örf ve âdet kuralları olduğu belirtilmiştir.³⁸⁴ Her ne kadar fukahâ belirli mal gruplarına dair kabz usulünü belirlemişse de malların çeşitliliği ve farklı örfler dikkate alınırca sayısız kabz şeklinin mümkün olacağı söylenebilir.

Dolayısıyla istihkâkın tefrîk-i safkaya neden olabilmesi ve sonucunda muhayyerliğin sübut bulması için ma'kud aleyhin henüz kabzedilmemiş olması veya kabzdan sonra ma'kud aleyhin istihkâkla ayıplı hâle gelmesi şarttır. Bu noktalarının tespitinde ise örfe rücu etmek gerekmektedir. Kabzdan önce mebî'in bir kısmının yok olması hususunda da kabzla ilgili zikredilen hususlar geçerli olacaktır.

2.12. Şuf'a hakkı

Satım gibi mülkiyetin nakli neticesini veren muavaza akitlerinde karşılaşılan ve maslahatın bir gereği olan şuf'a hakkının kişide sabit olabilmesi için şuf'a konusu mal ve meşfû'un bihde bir takım şartların bulunması aranmıştır:

Cumhur ulemaya göre meşfu' taşınmaz bir mal olmalıdır. İmam Şâfiî, bölünebilir bir akar olmasını şart koşarken; İmam Mâlik ise gemide de şuf'a olacağını kabul ederek meşfu'un akar olmasının şart olmadığını ifade etmiştir. Ona göre gemi meskendir ve diğer mesken olan akarlarda şuf'a kabul ediliyorsa gemilerde de kabul edilmelidir.³⁸⁵ Burada gayrimenkul şartı koşulmasının sebebi, taşınmazların sürekliliği ve dolayısıyla zararın devamlı olmasıdır. Nitekim bu hak zararı önlemek için meşru kılınmıştır.³⁸⁶ Bir kısım ulema ise şuf'anın sübut sebebi olan zararın def'inden yola çıkarak zararın menkul mallarda da mevcut, muhtemel ve hatta daha fazla olduğunu savunmuştur.³⁸⁷ Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik ve Şâfiîlere göre bina, ekinler gibi akarlar birlikte satılan eşyalar akara tâbi olarak şuf'a hakkına dâhil olmaktadır; Hanbelîlere göre bu eşyalar akde dâhil olmadıkları gibi şuf'aya da dâhil olmamaktadır.³⁸⁸

³⁸⁴İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 188; Hacı Yunus Apaydın, “Kabz”, *DİA*, XXIV, 46.

³⁸⁵Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 6, s. 117.

³⁸⁶Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, c. 2, s. 430.

³⁸⁷el-Haffî, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 162.

³⁸⁸İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 439, 440; Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, c. 2, s. 432.

Satıcının mebî‘ üzerindeki mülkiyet hakları sona ermiş olmalıdır. Çünkü şefi‘in muhayyer olabilmesi için malın bir başkasına ivazlı olarak sahih bir akitle devredilmiş olması gerekmektedir. Satıcının şart muhayyerliği öne sürerek sattığı malda şuf‘a hakkı mülkiyetin sona ermemesi sebebiyle sübut bulmayacaktır.³⁸⁹

Şefi‘ akit anında şuf‘a hakkını kendisine dayanarak ileri süreceği taşınmazın mâliki olmalıdır. Kişi kiracı olarak oturduğu eve dayanarak şuf‘a hakkı ileri süremeyecektir. Ayrıca meşfu‘ kişiye ait bir mülk olmalıdır. Kamuya tahsis edilen vakıf, mescid gibi akarlarda şuf‘a cereyan etmeyecektir.³⁹⁰

Şefi‘, şuf‘a‘a hakkını düşürecek bir söz veya eylemde bulunmuş olmamalıdır. Sarahaten yahut delaleten satışa rıza gösterilmesi bu hakkı düşürecektir.³⁹¹ Nitekim şuf‘a hakkı zararı önlemek adına sübut bulduğundan ulemâ bu amacı gerçekleştireceğini düşündüğü her noktayı bulunduğu şartlar çerçevesinde ayrıntılı olarak ele almıştır. İmam Mâlik’in gemiyi akar gibi kabul etmesinde bu durum kendisini göstermektedir.

3. Muhayyerliklerin Kullanımında Örfün Etkisi

3.1. Muhayyerliklerin Kullanıldığına Delalet Eden Davranışlarda Örfün Etkisi

Muhayyerlikler akdi feshetmekle, süresi içerisinde dahi olsa onaylamakla yahut tercih yapmakla kullanılmış olur. Fukahânın çoğunluğunun işaret ettiği üzere muhayyerlikler fesih noktasında öne çıkmaktaysa da esasen akdi onaylamak da muhayyerliği kullanmaktır.³⁹² Onay ve feshe yönelik davranışlar muhayyerliğin sona ermesine sebebiyet verdiğinden genelde eserlerin muhayyerliklerin sona ermesine ilişkin kısımlarında ele alınmışlardır.

Akdin tarafları muhayyerlik müddeti boyunca mahalli incelemek ve onda birtakım şeyleri bilmek fırsatını yakalamaktadır. Tarafların bu fırsat dâhilinde gerçekleştirdiği eylemler akdin onaylandığı ya da feshedildiğine dealelet

³⁸⁹Kâsânî, *Bedâi‘ u ‘s-Sanâi‘*, c. 6, s. 118.

³⁹⁰Kâsânî, *Bedâi‘ u ‘s-Sanâi‘*, c. 6, s. 121.

³⁹¹Kâsânî, *Bedâi‘ u ‘s-Sanâi‘*, c. 6, s. 124.

³⁹²Şirbîni, *Muğni‘l-Muhtâc*, c. 3, s. 407; Heyet (haz.), *Fetâvâyi Hindiyye (Fetâvâyi Alemgiriyye)*, c. 5, s. 174.

edebilmektedir. Fakihler karşılıklı zararın önlenmesi adına, akdin onaylandığı yahut feshedildiği anlamına gelen eylemler için çeşitli kıstaslar getirmişlerdir.

Muğnî'de muhayyerlik şartıyla alınan binek hayvanının yürüyüşüne vakıf olmak adına ona binmenin muhayyerliği iptal etmeyeceği, nitekim bu deneme olmaksızın alıcının malın kullanım amacına uygun olup olmadığını anlayamayacağı belirtilmiştir.³⁹³ Hanefî fukahânın bir kısmı akdin mahallini tek sefer denemenin muhayyerliği kaldırmayacağını, aynı fiili tekrar yapması halinde muhayyerliğinin sona ereceğini belirtmiştir. Nitekim tek sefer denemeyle malın normalinin ne olduğu anlaşılamayabilir.³⁹⁴ Diğer bir kısım ise aynı amaç için tekrar denemenin de muhayyerliği düşürmeyeceğini belirtmiştir.³⁹⁵

Muhayyerlik şartıyla alınan inek veya koyunun sütünü sağlamak Tarafeyne göre muhayyerliği düşürürken, Ebû Yusuf sütten içilse dahi muhayyerliğin düşmeyeceğini belirtmiştir.³⁹⁶

İmam Muhammed'e göre, alıcının ayıplı olduğunu bildiği binek hayvanına kendi ihtiyacı için binmesi rıza sayılmakta ancak sulamak yahut iade etmek için binmek istisnâen rıza sayılmamaktadır. Maldaki ayıp fark edildikten sonra malı satışa arz etmek, kiralamak ya da hibe olarak vermek, cariyeye ilişkiye girmek, onu kullanmak, elbiseyi giymek kıyasa göre ayıba rıza anlamına gelmektedir.³⁹⁷ Ancak cariyeyi kullanmanın istisnâen rızaya delalet etmediğini belirtmiştir. *Muğnî*'de ayıplı hayvana binilmesi, elbisenin denenmesi, malın kiralanması, kiralamak için ilan verilmesi, rehin verilmesi, satılması, hibe verilmesi, kalan ücretinin ödenmesi, gelirin talep edilmesi gibi davranışların rızaya delalet ettiği belirtilmiştir.³⁹⁸

Hayvanı beslemek ve sulamak, otunu satın almak, sahibine geri vermek ona binmeden mümkün olduğu takdirde, müşterinin binmesi muhayyerliği düşürmektedir.³⁹⁹ *Fetâvâyı Hindîyye*'de bu durum "Müşteri bu hayvana örf ve âdetten fazla binerse, bu alışverişi razı olması demek olur." şeklinde ifade edilmiştir.⁴⁰⁰ Bu örnek bugün arabaya kıyas edilirse sürüş testi ve ihtiyaç olan yakıt gibi malzemeleri sağlamak için arabaya

³⁹³İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 7, s. 19.

³⁹⁴Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 6, s. 298; Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 564.

³⁹⁵Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 564.

³⁹⁶Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 493; Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 565.

³⁹⁷Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 491.

³⁹⁸İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 7, s. 19.

³⁹⁹Ebu Gûdde, *el-Hıyâr fi'l-Ukûd*, c. 1, s. 260.

⁴⁰⁰Heyet (haz.), *Fetâvâyı Hindîyye (Fetâvâyı Alemgiriyye)*, c. 5, s. 198.

binilmesinin muhayyerliği düşürmeyeceğini ancak şehirlerarası yolculuğa çıkmanın muhayyerliği düşüreceğini kabul etmek gerekir.

Öncesinden kusurlu olduğunu bilmesine rağmen bilahare evde oturulması bu hakkı düşürmektedir. Önceden oturmakta olunan evde kusur bulunduğu öğrenildikten sonra da oturmaya devam edilmesinin iade hakkını düşürmeyeceğini söyleyenlerin yanında bu davranışın ayıp hususunda rızanın varlığına delalet edeceğini belirtenler de bulunmaktadır.⁴⁰¹ Tarlanın sulanması, ekilmesi, ürünlerinin toplanması rızaya delalet ederken, ağacın meyvesinden yemenin rızayı göstermediği ifade edilmiştir. Kumaşı terziye, malı değerini takdir edebilecek birine göstermenin de rızaya delalet etmediği söylenmiştir.⁴⁰²

Muhayyerlik şartı ile satın alınan kölenin tedavi amaçlı hacamat edilmesi veya kendisine ilaç verilmesi, başının tıraş edilmesi rızaya delalet ederken, satın alınan cariyenin başının taranması veya süslenmesi icazet olarak addedilmemiştir.⁴⁰³

Evi alacak kişinin bir başkasını ücretli yahut ücretsiz olarak o evde iskân ettirmesi veya evin bir bölümünü tamir ettirmesi, bir kısmını inşa etmesi, kireçlemesi, çamurla tamir etmesi, bir kısmını yıkmalarının rızaya delalet ettiği ifade edilmiştir. Başka bir görüşe göre ise alıcının evde ücretli olarak birisini iskân ettirmesi muhayyerliği kaldırırken, ücretsiz olarak iskân ettirmesi görme muhayyerliğini devam ettirmektedir.⁴⁰⁴

Fukâhanın bir kısmı mal sahibinin fuzûlinin sattığı malın semenini yanlışlıkla da olsa teslim almasını, semenin müşteriye hibe ya da sadaka olarak verilmesini icazet olarak kabul ederken, mal sahibinin kendi huzurunda satılan malın satışına sessiz kalmasını icazet olarak kabul etmemişlerdir. Bunun yanında mal sahibinin “İyi yaptın.”, “İsabet ettin.”, “Doğru yaptın.”, “Beni satış külfetinden kurtardın.” ya da “İyi yaptın, Allah da seni mükâfatlandırsın.” şeklindeki sözleri istihzâ için de söylenebileceği düşünüldükten icazet sayılmamıştır. Diğer bir kısım fukahâ “İyi yaptın.” ve “İsabet ettin.” ifadelerini ciddi olarak söylendiği takdirde istihsânen icazet olarak kabul ederken,

⁴⁰¹İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 19; Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 563, 580.

⁴⁰²Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 563; Heyet (haz.), *Fetâvâyi Hindiyeye (Fetâvâyi Alemgiriyye)*, c. 5, s. 186; Keskin, *Şafî Fıkhı*, c. 2, s. 236.

⁴⁰³Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 563.

⁴⁰⁴Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 563.

istihzâ yollu söylenmişse icazet kabul edilmeyeceğini ve aradaki farkın karinelerle belirleneceğini belirtmiştir.⁴⁰⁵

Fakihlerin vermiş olduğu örneklerle koymuş olduğu kıstaslar deneme için dahi olsa akdin mahallinde mâlikin bulunacağı tasarruflarda bulunulmamasına yöneliktir.⁴⁰⁶ Ayrıca yalnızca maldan umulan amacın gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğine yönelik denemelerde bulunularak, denemenin malı kullanmaya varmamasını hedeflemişlerdir.⁴⁰⁷ Her mal ve o malın kullanım amacına göre akde rıza gösterildiğine yahut akdin feshedildiğine delalet eden davranışlar farklılık göstereceğinden deneme ve kullanma sınırının belirlenmesi noktasında örfün etkili olduğunu söylemek mümkündür.

3.2. Muhayyerliklerin Kullanım Sürelerinde Örfün Etkisi

Muhayyerliklerin kullanımıyla ilgili bir diğer husus kullanım süreleriyle ilgilidir. Fukahâ tarafından süreye bağlı olduğu yahut âkit taraflarca süre belirlenebileceği kabul edilen muhayyerliklerde bu haklar süresi içinde kullanılmadığı takdirde düşmektedir. Buna göre şart, nakit ve tartışmalı olmakla beraber ta'yin muhayyerlikleri kendileri için belirlenen sürelerde kullanılacaktır. Buna mukabil süreye bağlı olarak sabit olmayan muhayyerlikler için belli bir kullanım süresinin söz konusu olup olmadığı incelemeye muhtaçtır.

Îcab ve kabul muhayyerliklerinin kullanımı: İki taraflı hukukî işlemlerin kurulması adına gerekli olan îcabın varlığı akit meclisine ait îcab ve kabul muhayyerliklerini sabit kılarken, kabulün gerçekleşmesi ile birlikte Şâfiî ve Hanbelîlere göre akit meclisi sona ererek muhayyerlik meclisini ortaya çıkarmakta ve taraflar ayrılınca dek bu meclis devam etmektedir.⁴⁰⁸ Bu iki irade açıklaması arasındaki zaman dilimi esasen îcab ve kabul muhayyerliklerinin kullanım süresidir. Muhayyerliği kabul eden cumhur fukahâyâ göre kendisi için ortaya çıkabilecek fayda ve zararı düşünebilmesi adına karşı tarafın düşünme müddetine ihtiyacı bulunduğundan kabul

⁴⁰⁵Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 535.

⁴⁰⁶İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 7, s. 18.

⁴⁰⁷İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, c. 5, s. 30; Simâvi, *Câmiu'l-Fusûleyn*, s. 562.

⁴⁰⁸Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. 7, s. 190, 191; Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 419.

beyanının îcabın hemen akabinde yapılması gerekmez. Nitekim meclis müteferrik şeyleri cem edici olduğundan aradan geçen zaman îcab ve kabulü ayırmamış olur.⁴⁰⁹

Şâfiî fakih er-Remlî (ö. 1596) kabulün îcabın hemen peşine yapılması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre akitle ilgisi olmayan, onun gerekleri dışında birkaç kelime dahi araya girdiği takdirde kabul ile teklif arasında bağ bulunmayacağından akit kurulamayacaktır. Remlî dışındaki Şâfiîler ise îcabla kabul arasındaki irtibatın toplumun bildiği bir şey olduğunu belirterek az bir fasılanın bu irtibatı koparmadığını aksine kabulden vazgeçildiğini gösteren uzun bir aranın ikisi arasındaki bağa zarar verdiğini belirtmişlerdir.⁴¹⁰ Şâfiîler meclis muhayyerliğini kabul ederek tarafların akit hakkında düşünme ihtiyaçlarını bu şekilde gidermeye çalışmışlardır. Kabulden tarafların birbirinden bedenen ayrılmasına kadar olan süre de meclis muhayyerliğinin kullanım süresini oluşturmaktadır. Mezhepte zayıf bir görüşün üç günlük sınırlaması hariç meclis muhayyerliği için bir süre öngörülmemiş olup, tarafların bedenen birbirinden ayrılması yahut tehayür, muhayyerliği sona erdirmektedir. Buna göre meclisin süresi bir sene veya daha fazlasına kadar uzasa da taraflar ayrılmadığı sürece muhayyerlik devam etmektedir.⁴¹¹

Ayıp muhayyerliğinin kullanımı: Akit anına yahut daha öncesine dayanan bir ayıbın varlığı muhayyerliği sabit kılmaktadır. Muhayyerlik hakkının ayıbı öğrenmenin peşi sıra kullanılmasının gerekip gerekmediği noktasında fukahâ ihtilaf etmiştir. Hanefî, Mâlikî ve Hanbelîlere göre ayıba rıza gösterildiğine delalet eden bir davranış zuhur etmediği sürece ayıp sebebiyle iade etmeye yönelik muhayyerlik terâhiyen kullanılabilir. Nitekim bu muhayyerlik zararı ortadan kaldırmak adına meşru kılınan bir haktır.⁴¹² Haklar bir kere sabit olduktan sonra kişi kendisi bu hakkı düşürmeden yahut vaktin bitmesiyle sona ermeden kendiliğinden düşmemektedir. Dolayısıyla hakkın ertelenmesi düşmesine sebep olmayacaktır.

Şâfiîlere göre fesih, ayıbı öğrendikten sonra fevran olmalıdır. Fevrden kasıt, âdeten terâhi sayılamayacak bir sürede akdin feshedilmesidir. Bu şartın koşulmasının sebebi ise hakkın terâhiyen kullanılmasının akdin karşı tarafını erteleme sebebiyle zarara uğratacak olmasıdır. Örneğin; kişinin namazla, yemekle ya da bunun gibi şeylerle

⁴⁰⁹Mevsılî, *el-İhtiyâr*, c. 2, s. 4.

⁴¹⁰Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 108.

⁴¹¹Nevevî, *Mecmû'*, c. 9, s. 212, 213.

⁴¹²İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 226.

iştigal etmesi terâhi sayılmayarak, mazeret olarak kabul edilirken; özürsüz bir şekilde makul süreyi aşan bir erteleme hakkın düşmesine ve akdin lâzım hale gelmesine sebep olmaktadır.⁴¹³ Hayyât'a göre ayıbın ortaya çıkması ve hakkın kullanılması arasındaki süre başka bir akdin oluşmasına engel olmayacak surette örfe göre sınırlandırılabilceği gibi devlet başkanının zararı önlemek adına süreyi sınırlandırması da mümkündür.⁴¹⁴

Diğer üç mezhep tarafından ayıp muhayyerliği çerçevesinde ele alınan vasıf muhayyerliğinin kullanımı noktasında da ayıp muhayyerliğinde zikredilen süreler geçerli olacaktır. Ayrı bir muhayyerlik olarak ele alan Hanefî ulemaya göre ise vasıf muhayyerliği fevrî değildir. Alıcı aranan niteliğin bulunmadığına muttalî olduğu anda hemen akdi feshetmek mecburiyetinde olmayıp bir süre sonra bu hakkı kullanabilmektedir. Bu süreçte mülk edinmenin gerekliliklerinden olan tasarruflarda bulunmaması gerekir. Nitekim böyle bir tasarrufta bulunduğu an vasıf muhayyerliği düşer.⁴¹⁵ Aynı şekilde fakihlerin bir kısmının ayıp diğer bir kısmının vasıf muhayyerliği çerçevesinde değerlendirdiği hıyânet muhayyerliğinin kullanım süresi de bu muhayyerliklerdeki fevr ve terâhi anlayışına göre belirlenecektir. Şâfiîler noksanlıktan kaynaklandığını kabul ettikleri tefrîk-i safka muhayyerliğinin de derhal kullanılması gerektiğini belirtmişlerdir.⁴¹⁶

Görme muhayyerliğinin kullanımı: Bu muhayyerliğin kullanımının süreli olup olmadığı noktasında ihtilaf bulunmaktadır. Hanefîlerde kabul edilen görüşe göre, görme muhayyerliği bu hakkı düşürecek bir davranışta bulunulmaması halinde kişinin ömrü boyunca sürecek şekilde sübut bulmaktadır. Nitekim hadiste alıcı için muhayyerlik hakkı mutlak olarak zikredilmiştir. Dolayısıyla vakitle sınırlandırılmış bir hak değildir. Muhayyerliğin sebebi rızanın ihlâl edilmesi olup hüküm sebep olduğu sürece varlığını sürdürmektedir.⁴¹⁷ Hanbelîler ise müşterinin malı gördüğünde makul bir süre içerisinde bu muhayyerliği kullanması gerektiğini ifade ederek fevrîliği kabul etmişlerdir.⁴¹⁸ Şâfiîlerden gelen bir kavle göre görmenin sübut bulduğu mecliste alıcının bu hakkı

⁴¹³İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 226; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. 4, s. 263.

⁴¹⁴Hayyât, *Nazarîyyetu'l-Akd*, s. 240.

⁴¹⁵Bilmen, *Kamus*, c. 6, s. 61.

⁴¹⁶Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, c. 2, s. 397.

⁴¹⁷Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 71; Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. 6, s. 355.

⁴¹⁸İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 32; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. 4, s. 273.

kullanması gerekirken diğer kavle göre görmenin hemen peşine hakkın kullanılması gerekmektedir.⁴¹⁹

Ta'yin muhayyerliğinin kullanımı: Ta'yin muhayyerliğini kabul eden fukahânın bir kısmına göre şart muhayyerliğinde olduğu gibi belirli bir kullanım süresi tayin edilmelidir. Meşruiyeti şart muhayyerliğine dayandırıldığından fakihlerin orada tespit ettiği süreler ta'yin muhayyerliği için de geçerli kabul edilmiştir.⁴²⁰ Yalnızca şart muhayyerliğiyle birlikte ileri sürülmediği durumlarda bir müddet tayin etmenin gerekli olduğunu savunanlar bulunduğu gibi, süre belirlemenin gerekli olmadığını ileri süren fakihler de olmuştur. Hanefî fakihî Zeylaî (ö. 1360) şart muhayyerliğinde süre belirlemenin, bu süre geçtikten sonra akdi lâzım kılmak adına olduğunu ancak tek başına ta'yin muhayyerliği bulunan akdin hâlihazırda lâzım olması sebebiyle süre belirlemeye ihtiyaç olmadığını, ayrıca sürenin geçmesiyle ta'yinin kendiliğinden gerçekleşmeyeceğini, bilakis seçme işleminin gerekeceğini belirtmiştir.⁴²¹ Bu görüşe, sonunda ta'yine zorlayabilmek ve alıcının mumatelesinden kurtulmak adına sürenin gerekli olduğu yönünde cevap verilmiştir. İbn Âbidîn ise verilen cevaba karşılık, denilen gibi olması halinde bu gerekçenin Zeylaî'nin gözünden kaçmayacağını ifade etmiştir.⁴²² Sonuç olarak ta'yin muhayyerliğinde süre belirlendiği takdirde hak, süre sona erene dek kullanılabilecektir. Süre belirlenmediği durumda ne olacağı ifade edilmemişse de karşı tarafın zararına sebebiyet vermeyecek makul bir sürede ta'yinin yapılması gerektiğini söylemek mümkündür.

Mevkuf akitlerde icazet muhayyerliğinin kullanımı: Fuzûlînin akdi sahih olmakla beraber hak sahibinin icazetine bağlı olarak mevkuftur. Hak sahibi icazet verdiği takdirde yapılan akit yapıldığı andan itibaren nâfiz olurken, reddettiğinde batıl olacaktır. Hanefilere göre akdi onaylama ve reddetme arasında muhayyer olan hak sahibinin bu hakkını kullanması için belirli bir süre söz konusu değildir. Mal sahibinin akdi öğrendikten sonra bu hakkını terâhiyen kullanabileceği, sessiz kalmasının kabul sayılmamasından anlaşılmaktadır. Onlara göre muteber bir icazet vücuda gelmedikçe akit mevkuftur. Mâlikilere göre mal sahibinin bulunduğu halde bu akit yapılmış ve o da

⁴¹⁹Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, c. 2, s. 169; Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-'Akd*, s. 378.

⁴²⁰Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 55.

⁴²¹Osmân b. 'Alî b. Mehcen el-Bârî'î Fahrüddîn el-Hanefî Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dakâik ve Hâşiyeti's-Şelebî*, Kâhire: el-Matba'atu'l-Kubre'l-'Emîriyye, 1985, s. 21.

⁴²²İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 141.

sessiz kalmışsa bu icazet sayılmaktadır. Gıyabında yapılmış ancak öğrenmesinin üzerinden bir yıl geçmişse sükût yine icazet sayılmaktadır.⁴²³ Başkasının hakkına taalluk etmesi sebebiyle mevkuf olan diğer akitlerde aranan icazetler için de aynı şeyleri söylemek mümkündür.

Şuf'a hakkının kullanımı: Şuf'a hakkını kullanmak isteyen kişinin satış, mebî', semen ve alıcı hakkında bilgi sahibi olduğu takdirde şuf'a talebinde bulunması öngörülmüştür. Bu hakkın ne kadar süreyle kullanılabileceği ve talep edilmediği takdirde ne kadar süre sonra düşeceği noktasında ihtilaf bulunmaktadır. Hanefîlerin esah görüşüne ve Ahmed b. Hanbel'den gelen bir rivayete göre kullanmayacağına delalet eden söz ve davranışta bulunulmadıkça bu hak meclis sonuna kadar kullanılabilirken, Şâfiî'nin ve Ahmed b. Hanbel'in zâhir kavlini de içeren diğer bir görüşe göre bilgi sahibi olduğunda şuf'a hakkı hemen kullanılmalıdır. Nitekim mazeretsiz tehir edildiği takdirde hakkın düşeceği kabul edilmektedir.⁴²⁴ Bunun yanında bu hakkın üç gün boyunca devam edeceği, hisse üzerinde düşünmeye yetecek kadar süre devam edeceği, ıskat edecek hal ve tavırlarda bulunulmadığı sürece devam edeceği yönünde görüşler de bulunmaktadır.⁴²⁵ Mâlikîlere göre şufa'dar akit sırasında orada bulunuyorsa süre iki ay; orada bulunmamış ancak bilgi sahibi olmuşsa bir yıldır. Tüm bu sürelerin yanında dava yoluyla şuf'adardan en kısa sürede şuf'a ile alma veya bırakma şıklarından birini tercih etmesi istenebilmekte, hâkim onu buna zorlayabilmektedir.⁴²⁶

Hakkın kullanılmasında terâhiyi savunanlar şuf'adların düşünmeye olan ihtiyacını, talebi geciktirmenin bir zarara sebebiyet vermediğini, alıcının maldan faydalanabildiğini ileri sürmüşlerdir. Terâhinin şuf'adardan izale edilen zararı alıcıya nakletme şeklinde zuhur etmemesi adına örfen bu haktan amaçlanana sağlayacak bir erteleme uygun görülmüştür. Bu sürenin üç günle sınırlandırılması mümkünse de zamanın, mekânın, meşfu'un türünün süre sınırlamasında önemli olduğu ifade edilmiştir.⁴²⁷

Kullanımının fevrî olduğunu öngören âlimler, şuf'a hakkının malda meydana gelebilecek zararı önlemek adına sabit olduğunu ve terâhinin alıcıya zarar vereceğini,

⁴²³Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. 2, s. 280, 281.

⁴²⁴İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 454; Nevevî, *Minhâcu't-Tâlibîn*, s. 153.

⁴²⁵Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, c. 3, s. 392.

⁴²⁶el-Haffî, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 174, 175; Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 546, 547.

⁴²⁷Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. 6, s. 130, 131; Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 546.

nitekim alıcının bu hakkın kullanılması korkusunu sürekli taşıyacağından malda gereği gibi tasarrufta bulunamayacağını, manevi zararından dolayı da kıymetinin ödenmesiyle zararının giderilemeyeceğini belirtmişlerdir.⁴²⁸ Özürsüz talepte bulunmamayı şuf'ayı düşürücü sebep olarak gören ulemâya göre, mazeret bulunduğu takdirde ertelemek ise şuf'a hakkını etkilememektedir.

Neyin özür kapsamına dâhil olduğu ve terâhi sayılmayacağı noktasını Şâfiî fakih Şirbînî (ö. 1569), *Muğnî'l-Muhtâc* adlı eserinde açıklamıştır. Buna göre kişi alışılmışın dışında bir aceleyle yükümlü değildir. Fevr noktasında ise örfe rücu edileceğini belirterek, örfen kusur ve ihmal sayılan durumların muhayyerliği düşüreceğini ifade etmiştir.⁴²⁹ Nitekim satışın gece öğrenilmesi halinde sabahı beklemek, çok fazla susamış veya acıkmışken hakkı kullanmayı yeme ve içme sonrasına ertelemek, taharet sonrasına, banyodan çıktıktan sonraya, farz ve sünnet namazlarından sonraya, cemaatle namaz sonrasına ertelemek mazeret sayılmakta ve şuf'a hakkını düşürmemektedir. Nitekim âdet bu ihtiyaçların diğer şeylerden önce gelmesi üzerine olup bunlarla iştigal etmek hakkın düşürülmek istendiği anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde hızlı yürüyebilecekken yürümemesi, binek hayvanını hızlandırabilecekken bunu yapmaması ve âdeten davrandığı şekilde yanına varması hakkı düşürmeyecektir. Yanına vardığında selam vermesi, akabinde selama taalluk eden sözler etmesi şuf'ayı düşürmemekteyse de şuf'a talebinde bulunmadan önce başka meseleler hakkında konuşulması yahut yersiz olarak susulması hakkı düşürecektir. Alıcıyla başka şehirde karşılaştığında ve hakkı talep etmediğinde, unutması sebebiyle hakkını kullanmadığında veya alıcı ile birlikte olmasına rağmen başka işlerle iştigal ettiği için talepte bulunmadığı takdirde de şuf'a düşmektedir.⁴³⁰

Hakkın kullanılmasıyla ilgili bir diğer husus da şuf'adarın susmasıdır. Satım hakkında bilgisi olmasına rağmen şefi'in susmasının hakkı olumsuz yönde kullanma sayılıp sayılmacağı noktası tartışılmıştır. “Sakite söz isnat olunmaz. Lâkin marız-ı hâcette sükût beyândır.⁴³¹” kaidesi mucibince şuf'adarın akarın satıldığını bilmesine rağmen sessiz kalması karineler vasıtasıyla şuf'a talebinde bulunmayacağına

⁴²⁸İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 454.

⁴²⁹Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, c. 3, s. 393.

⁴³⁰İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 455- 458.

⁴³¹Mecelle, md. 67.

yorulabildiği takdirde hakkını ıskat etmiş sayılacağı ifade edilmiştir.⁴³² Nitekim hakkın kullanımının fevrî olduğunu kabul edenler açısından susmanın hakkı düşüreceği açıktır.

4. Muhayyerliklerin Sona Ermesinde Örfün Etkisi

Muhayyerliklerin sona ermesi adına belirlenen sınırlar bu muhayyerliklerin teşri kılınmalarında gözetilen hedeflerle yakın ilişki halindedir. Nitekim muhayyerliklerin akit hakkında düşünme, istişare etme; tarafların zararını önleme, akde rızayı sağlama gibi amaçlarla yürürlüğe konduğu kabul edildiğinde sınırlarının da bu amaçları gerçekleştirmeye imkân verecek ölçüde belirlenmesi gerekmektedir. Sınırları belirleme noktasında alınacak ölçünün örfle ilişkisi ise incelemeye muhtaçtır.

Muhayyerliklerin sona ermesinde genel geçer nedenlerden bahsetmek mümkün olsa da bu nedenler her muhayyerliğin iç dinamiğinde diğerlerinden farklı olarak kendini gösterebilmektedir. Bu sebeple muhayyerliklerin sona ermesi noktasında her biri için geçerli olacak, kapsayıcı bir hükme varmak mümkün gözükmemektedir. Misalen bütün ekoller tarafından kabul gören şart muhayyerliğinde sürenin dolması bir sona erme sebebidir. Ancak tayin edilecek süre mezheplerin kendi içlerinde dahi farklılıklar göstermektedir.⁴³³ Aynı şekilde her ikisi de süreye bağlı olan şart ve nakit muhayyerliklerinde sürenin sona ermesi, şart muhayyerliğinde akdi lâzım kılarken, nakit muhayyerliğinde akdi fasid kılmaktadır.⁴³⁴ Bununla beraber birtakım muhayyerliklere ait özel sona erme nedenleri de bulunmaktadır. Genel ve özel olarak ayırmanın mümkün olduğu sona erme nedenlerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

4.1. Genel Sona Erme Nedenleri

1- *Akdi onaylamak veya reddetmek*: Ta'yin muhayyerliği hariç muhayyerlikler genellikle akdi onaylama ve feshetme arasında tercih hakkının bulunması noktasında kendisini göstermektedir. Nitekim muhayyerlikler bu iki yoldan birinin tercih edilmesiyle sona ermektedir. Bu tercih muhayyer olan tarafın "Akdi geçerli kıldım.",

⁴³²Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 545; Çeker, *Akidler*, s. 77.

⁴³³Nevevî, *Mecmû'*, c. 9, s. 223, 224; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 112; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, c. 4, s. 538.

⁴³⁴İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 7, s. 117.

“Ayıba razı oldum.”, “Muhayyerlik hakkımı düşürdüm.”, “Akdi reddettim.” gibi açık ifadeleriyle yapılabilmektedir. Ta‘yin muhayyerliğinde ise “Şu elbiseyi seçtim.”, “Aralarından bunu aldım.” gibi mallardan birinin seçildiğini ifade eden sözlerle muhayyerlik düşürülmüş olur.⁴³⁵

Onay yahut red iradesinin delaleten kişinin eylemleriyle ortaya konulması da mümkündür.⁴³⁶ Delaleten onaylama yahut feshetme muhayyerliğin türüne ve ait olduğu tarafa göre değişkenlik gösterse de genel olarak akdin mahallinde mâlikin bulunabileceği ve malı kullanma anlamına gelebilecek tasarruflarda bulunmak delaleten onay yahut fesih anlamına gelmektedir.⁴³⁷ Nitekim bu hususa bir önceki başlıkta değinilmiş, örfen onay yahut feshe delaleti kabul edilen irade beyanları veya davranışların da muhayyerliği sona erdireceği açıklanmıştır. Burada lafzî örf kadar amelî örf de öne çıkmaktadır.

2-Sürenin sona ermesi: Şart, nakit ve tayin muhayyerliği gibi süreli muhayyerliklerde sürenin sona ermesi akdi lâzım yahut fasid hâle getireceğinden muhayyerlik de sona ermektedir.⁴³⁸

3-Mahalli iade etme imkânı bulunmaması: Alıcının elindeyken herhangi bir sebeple satıcıya iade edilemeyecek şekilde mebî‘de bir artış veya bir ayıp meydana gelmesi yahut mebî‘in helak olması halinde akit lâzım hale gelir. Ayıba yahut helaka kimin sebep olduğuna bakılmaz.⁴³⁹ Malın ne zaman ayıplı hale geleceği noktasında örfe rücu burada da söz konusu olacak ve muhayyerliğin sona ermesine etki edecektir. Örneğin; mebî‘ içi yenilen kabuklu yiyeceklerden olduğu takdirde içinin halini bilmek adına alıcı bunlardan bazılarını kırmak durumundadır. Ayıbın bilinmesi için örfen kırılması gereken miktarı aşmadığı takdirde İmam Şafî‘i bunu örfen satıcı tarafından verilmiş bir izin gibi kabul etmiş ve redde mâni bir eksiklik olarak saymamıştır. Ebû Hanîfe, bu durumda akdin batıl olacağını söylemiştir. İmameyne göre ise sağlam olanlar hakkında akit sahihtir ve semenden hissesi mukabilinde alınabilir.⁴⁴⁰

⁴³⁵Kâsânî, *Bedâi‘u’s-Sanâi‘*, c. 7, s. 276; Nevevî, *Mecmû‘*, c. 9, s. 240, 241; Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi’l-Ukûd*, c. 1, s. 303.

⁴³⁶Kâsânî, *Bedâi‘u’s-Sanâi‘*, c. 7, s. 276, 290.

⁴³⁷Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi’l-Ukûd*, c. 1, s. 303; el-Hafîf, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 411; Çeker, *Akidler*, s. 77.

⁴³⁸Kâsânî, *Bedâi‘u’s-Sanâi‘*, c. 7, s. 290; Nevevî, *Mecmû‘*, c. 9, s. 246; Ebu Ğudde, *el-Hıyâr fi’l-Ukûd*, c. 1, s. 305.

⁴³⁹Kâsânî, *Bedâi‘u’s-Sanâi‘*, c. 7, s. 361.

⁴⁴⁰el-Hafîf, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 432.

4-Ölüm: Fukahâya göre varislere intikal eden ve etmeyen muhayyerlikler farklılık göstermekteyse de varise intikali kabul edilmeyen muhayyerlikler bu hakkın sahibinin vefatıyla sona ermekte ve akit lâzım hale gelmektedir. Örneğin; Hanefilere göre şart, görme, şuf'a, nakit, fuzûlînin akdine icazet gibi arzuya taalluk eden muhayyerlikler vârisin, miras bırakanının arzusuna mirasçı olamayacağı anlayışına binaen mirasçılara intikal etmemektedir. Dolayısıyla miras bırakanın ölümüyle muhayyerlik de sona erer. Ayıp, vasıf ve ta'yin gibi yalnızca mala bağlı olan muhayyerliklerin ise varise intikal edeceği kabul edilmiştir.⁴⁴¹ Buna göre ayıplı mal alan kişi, tercih hakkını kullanamadan vefat etse, varisleri onun yerini alır ve muhayyerlik hakkı kendilerine intikal eder. Şâfiîlerde sahih kabul edilen görüşe göre mala bağlı bütün haklar, dolayısıyla muhayyerlikler de muhayyer olan kişinin vefat etmesiyle varise geçer.⁴⁴² Mâlikî ve Hanbelîler de benzer görüşte olmalarında rağmen Hanbelîler meclis ve belli şartlar dâhilinde şart muhayyerliği ile şuf'a hakkının mirasçılara geçmeyeceğini belirtmiştir.⁴⁴³

4.2. Özel Sona Erme Nedenleri

4.2.1. Meclis Muhayyerliğinin Sona Ermesinde Örfün Etkisi

Meclis muhayyerliğinin sona ermesi için yukarıda sayılan genel nedenlerin yanı sıra muhayyerlik teklifi ve tarafların bedenen ayrılması aranmaktadır. Burada tarafların bedenen ayrılmasının muhayyerliği sona erdirmesi ve ayrılma noktasında örfün etkisi önem arz etmektedir. Bedenen ayrılmanın muhayyerliği sona erdirici bir husus olarak kabul edilmesinin delili “Alıcı ve satıcı ayrıldıkları müddetçe muhayyerdır.”⁴⁴⁴ hadisidir. Öyleyse ayrıldıkları anda muhayyerlik hakkı sona ererken, süre uzasa dahi ayrıldıkları müddetçe hakları bakidir.⁴⁴⁵

Ayrılmanın ölçüsü hususunda Hanbelî fakih İbn Kudâme *el-Muğnî*'de şöyle demiştir: “Akit, hadisin delaleti üzerine ayrılmalarıyla lâzım hale gelir ve bu konuda bir

⁴⁴¹Şeybânî, *el-Asl*, c. 2, s. 458; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. 2, s. 13; Mecelle, md. 306, 311, 315, 319, 321.

⁴⁴²Nevevî, *Mecmû'*, c. 9, s. 245, 246.

⁴⁴³el-Hafîf, *Hukukî İşlemler ve Hükümleri*, s. 424, 437; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. 2, s. 87, 88.

⁴⁴⁴Müslim, “Büyû'”, 10.

⁴⁴⁵İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 13.

tartışma söz konusu değildir. Ayrılmada ise başvurulacak merci insanların örf ve âdetinde ayrılma olarak kabul ettikleri şeylerdir. Nitekim Şâri‘ ayrılmanın üzerine hüküm kurmuş ancak bunu ayrıntılı şekilde açıklamamıştır. Bu da insanların örf halinde getirdiği şeyleri murad ettiğine delalet eder.”⁴⁴⁶

Şâfiî fakih İmam Nevevî de *el-Mecmû* adlı eserinde bu konuyla ilgili olarak “Ashabımız, ayrılmada örfe itibar etmektedir. İnsanların ayrılma addettikleri şeyler akdi bağlayıcı kılan ayrılmadır, aksi halde ayrılma sayılmaz ve akit bağlayıcı olmaz.” demektedir.⁴⁴⁷

Fukahâ ayrılma kriterlerini o zamanki akit meclislerini de göz önüne alarak ayrıntılı şekilde açıklamıştır. Buna göre küçük bir evde, mescidde, gemide bulunmaları halinde taraflardan birinin buradan çıkması yahut bu yerlerin çatısına çıkmasını; büyük bir evde iseler taraflardan birinin evden avluya çıkmasını ya da avludan evin içine girmesini ayrılma saymışlardır. Çarşı pazar, çöl gibi açık alanda bulunmaları halinde taraflardan birinin sırtını dönerek birkaç adım yürümesini teferrük kabul etmişlerdir. Nitekim İbn Ömer’den gelen rivayetten de birkaç adım satıcıdan uzaklaşmanın ayrılma için yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır.⁴⁴⁸ Bazıları da normal bir ses tonuyla konuştuğunda sesini duyamayacak kadar uzaklaşılması halinde ayrılmanın gerçekleşeceğini ifade etmiştir. Taraflar ayrılmasa da araları perde ve benzeri bir şeyle bölünse ya da aralarından nehir geçse ayrılmanın gerçekleşmeyeceği noktasında hilaf olmadığı, ancak aralarına duvar örülmesi halinde teferrükün gerçekleşeceği belirtilmiştir.⁴⁴⁹

Hanbelîler uzaktan seslenme yoluyla akit kurulması halinde, taraflardan birinin seslendiği yerden ayrılmasıyla teferrükün gerçekleşeceğini söylemişlerdir. Taraflardan biri, diğerinin seslendiği yerde yanında olacak şekilde olsa bile örf bunu ayrılma olarak kabul etmiştir. Bu kısım üzerine düşünüldüğünde telefonla akit kurma konusuna da değinmek gerekir. Meclis muhayyerliği konuşmanın sonuna ve telefonun hoparlörünü kapayınca kadar devam edecektir. Telefonlaşma meclisi konuşmanın başlamasından bitişine kadar akit meclisine denk olarak görülmüştür. Akit meclisine kıyasla burada da konuşma uzun sürse dahi muhayyerlik devam edecektir. Faksla akit kurma hususunda

⁴⁴⁶İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 12.

⁴⁴⁷Nevevî, *Mecmû*, c. 9, s. 213.

⁴⁴⁸İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 12; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, c. 2, s. 21.

⁴⁴⁹Nevevî, *Mecmû*, c. 9, s. 213, 214; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 12, 13.

da meclis muhayyerliği câridir. Muhayyerlik hakkı konuşmanın sonuna ya da îcaba red cevabının yazılı olarak gönderilmesine kadar devam eder. Ayrılmaya delalet eden ilk şey muhayyerliğin sona ermesini ifade eder.⁴⁵⁰

Hanefî ve Mâlikîlerin bu muhayyerliği aslen kabul etmedikleri bilinmektedir. Sundukları gerekçe ise hadiste söz edilen ayrılmanın belli bir sınırı ve tarifi olmamasıdır. İmam Mâlik'in bahsi geçen hadisi *Muvatta*'da zikrettiği ancak ayrılma konusunda belirli bir sınır olmadığı ve Medinelilerin böyle bir uygulaması bulunmadığı gerekçeleriyle hadisle amel etmediği belirtilmişti. İmam Mâlik'in bu tavrına karşılık bir kısım fukahâ, hadiste aslen insanların örf ve âdetleri ile tarafların toplandığı mekânın durumuna itibar edildiğini ifade etmiştir. Onlara göre örf, İmam Mâlik'in inkâr ettiği bir şey olmayıp aksine onu pek çok yerde herkesten fazla kullanmaktadır. Mezhebi de bununla maruftur. Ne var ki en çok kullanılması gereken yerde sahih hadisle amel etmeyerek bunu kullanmamıştır.⁴⁵¹

Sonuç olarak ayrılmada başvurulacak ölçü insanların örf ve âdetlerinde ayrılma olarak addettiği şeylerdir. Daha sonra fakihler bu ölçüyü muhtelif alanlarda uygulamış ve ayrılma konusunu geniş bir düzlemde ele almışlardır. Akdin yeri farklılaşabildiğinden örfen akdi nihayete erdiren ayrılmanın şekli de buna bağlı olarak değişebilmektedir. İmam Ahmed'in kendisine bedenen ayrılma hakkında sorulmasına karşı verdiği cevap burada merciin örf olduğuna delalet etmektedir: "Bu bunu, o onu aldığında ayrılmış olurlar."⁴⁵²

4.2.2. Ayıp Muhayyerliğinin Sona Ermesinde Örfün Etkisi

Ayıp muhayyerliğinin sona ermesi adına yukarıda sayılanlar dışında üç neden daha aranmaktadır. Bunlardan biri açık ya da dolaylı olarak satıcıyı ayıptan ibra etmek suretiyle muhayyerlik hakkının iskat edilmesi, diğeri iade gerçekteşmeden önce ayıbın zevali, sonuncusu ise satıcının ayıbı gidermeyi teklif etmesidir.

Akdin mahallinde bulunan yahut sonradan ortaya çıkabilecek bir ayıptan sorumsuzluk şartı koşulup koşulamayacağı hususunda ihtilaf bulunmaktadır. şâfiî ve

⁴⁵⁰Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 425.

⁴⁵¹Kuvte, *el-Urf*, c. 1, s. 423.

⁴⁵²İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 12.

Ahmed b. Hanbel'in bir görüşüne göre alıcı malın kusurunu bildiği takdirde sorumsuzluk sabit olurken, İmam Şâfîi'nin hayvanlar konusundaki kavline ve İmam Mâlik'e göre alıcının ayıp ve kusuru bilmediği mallarda sorumsuzluk sabit olmaktadır.⁴⁵³ Hânefilere göre ise kişinin bir mal satarken ayıplardan sorumsuz olmayı şart koşması mümkündür.⁴⁵⁴ Buna göre satıcı ya belirli bir ayıptan sorumsuz olmayı şart koşabilir, ya mutlak olarak bütün ayıplardan sorumsuz olduğunu beyan eder ya da sorumsuzluk şartını ileride meydana gelebilecek bir ayıba izafe eder. Özel yahut genel olarak koşulan, akit anında mevcut olan ayıplardan sorumsuzluk şartı İmam Muhammed ve Züfer'e göre ileride çıkabilecek kusurları kapsamazken, Ebû Yusuf'a göre gelecekte meydana gelecek ayıpları da kapsamaktadır. İmam Muhammed'e göre madumun ibrası tasavvur edilemeyeceğinden sorumsuzluk şartı için ayıbın mevcut olması gerekmektedir.⁴⁵⁵ Belirli bir ayıptan ibra şart koşulduğu takdirde yalnızca şart koşulan ayıp özelinde sorumsuz olunurken, akdin mahallinde çıkabilecek diğer kusurlarda alıcının muhayyerlik hakkı devam etmektedir. Bütün ayıplardan beraat şartı koşulmasının ise geleceğe izafe edilip edilemeyeceği noktası tartışmalıdır.

İbra şartının örfen mutlak sorumsuzluğu ifade eden herhangi bir tabirle yapılabilmesi burada öne çıkan husustur. Ulemâ ev, binek hayvanı, elbise gibi eşyalara özel bütün ayıplardan beraat şartı koşmaya yönelik deyimlerden bahsetmektedir. Buna göre satıcı “بعته على أنه حاضر حلال” ifadesiyle genel olarak tüm ayıplardan beri olma şartı koşmaktadır. Elbise satışlarında “حراق على الزناد” ifadesi ile hayvan satışlarındaki “مكسرة” ifadesi de aynı şekilde tüm ayıplardan sorumsuz olmayı ifade etmektedir.⁴⁵⁶ Tüm hastalıklardan ibra şartı ileri sürülmesinin yalnızca iç hastalıkları kapsayacağını savunanlar olmakla beraber, Ebû Yusuf zahir ve batın tüm hastalıkların bu şarta dâhil olacağını ifade etmiştir. Tüm gailelerden beri olma şartı ileri sürüldüğü takdirde ise hırsızlık, firar, fücür gibi tüccar örfünde ayıp sayılan fiillerden sorumsuz olunacağı kabul edilmiştir.⁴⁵⁷ Dolayısıyla sorumsuzluk şartında kullanılan kelimelerde ve bu şartın içine nelerin dâhil olduğu noktasında başvurulacak merciin örf olduğu anlaşılmaktadır. Günümüzde ise “Bu malı satıldığı esas üzerine satıyorum.” denmesi örf haline gelmiş

⁴⁵³Şâfîi, *el-Üm*, c. 8, s. 225; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 265; Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû*, c. 2, s. 811; Keskin, *Şafîi Fıkhi*, c. 2, s. 234.

⁴⁵⁴Şeybânî, *el-Asl*, c. 1, s. 488.

⁴⁵⁵Kâsânî, *Bedâi 'u's-Sanâi*, c. 7, s. 316.

⁴⁵⁶Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû*, c. 2, s. 808.

⁴⁵⁷Kâsânî, *Bedâi 'u's-Sanâi*, c. 7, s. 319.

olup, tacirlerin örfüne göre tüm ayıplardan sorumsuz olmayı ifade eder ve buna itibar edilir.

Osmânî, ayıplardan sorumsuzluk şartına bugünün ticarî hayatında ihtiyaç bulunduğunu ve İslâmî Finansal Kurumlar Muhasebe ve Denetim Teşkilâtı'nın bu hususta Hanefî mezhebinin görüşlerini esas aldığını belirtmiştir.⁴⁵⁸ Dolayısıyla varlığı ve kapsamı noktasında lafzî ve ticarî örfün etkili olduğu bu şart, muhayyerliği sona erdirebilmektedir.

İkinci olarak mebî'deki ayıbın yalnızca satıcının yedindeyken değil bilakis alıcının elindeyken dahi iade anına kadar mevcut olması gerektiği genel kabul görmektedir. Nitekim ayıbın ortadan kalkma ihtimali vardır. Muhayyerliğin sebebi olan ayıp ortadan kalktığı takdirde kendisi de bulunmayacaktır. Ayıp kabul edilen bir hastalığı olan binek hayvanı satın alınmış ancak alıcı iade etmeden önce hayvanın bu ayıbı ortadan kalkmışsa muhayyerlik hakkının bulunmayacağı kabul edilmiştir. Hânefî, Şâfiî ve Hanbelî âlimler bu görüştedir. Mâlikîler diğer üç mezhebin görüşüne ilave olarak bilirkişilerin köledeki ayıbın ortadan kalktığını ancak geri dönme ihtimalinin bulunduğunu söylemeleri halinde muhayyerliğin devam edeceğini belirtmişlerdir. Aynı şekilde kölede ne satıcının ne de alıcının elindeyken bulunmamasına rağmen ileride bulunabilecek bazı durumları da ayıptan saymışlardır. Kölenin üst ya da alt soyunda cüzamlı yahut akıl hastalığı olan birinin bulunması kendisinde eseri görülme dahi genetik olarak etki edeceği düşünülerek ayıp sayılmıştır.⁴⁵⁹ Dolayısıyla bu tür ayıpların zevâli de söz konusu değildir. Hanefî fukahânın bir kısmı da bu tür ayıplar belirleyerek zevâlinin mümkün olmadığını kabul etmiştir. Onlara göre firar, hırsızlık, yatağı ıslatmak, delilik gibi kusurların satıcıdayken sabit olması yeterli olup müşterinin yedindeyken de devam etmesi aranmamaktadır. Bir kısım ise delilik hariç diğer kusurların zevâlinin mümkün olduğunu kabul etmiştir. Ancak mezhepte genel olarak kabul edilen görüş bu ayıpların müşterinin yedindeyken de mevcut olması gerektiği yönündedir. Nitekim delilik dâhil olmak üzere sayılan kusurlar sebepleri ortadan kalktığı takdirde yok olabilmektedir.⁴⁶⁰ Mâlikîlerin ayıbın zevâlinin tespitini bilirkişilere

⁴⁵⁸Osmânî, *Fikhu'l- Buyû*, c. 2, s. 808.

⁴⁵⁹Osmânî, *Fikhu'l- Buyû*, c. 2, s. 801.

⁴⁶⁰Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi*, c. 7, s. 314.

bırakması ve Hanefilerin zevâli kabul edilmeyen kusur örnekleri bu konuda ayıbın tespiti olduğu gibi teamülî kabullerin öne çıktığına delalet etmektedir.

Satıcının akdin mahallindeki ayıbı gidermeyi teklif etmesi ise uygulamada çokça karşılaşılan bir durumdur. Bu kapsamda satıcı, malı aynısıyla değiştirmeyi teklif edebileceği gibi, bazı parçaları değiştirmeyi yahut malı ıslah etmeyi de teklif edebilir. Bu konuyla ilgili olarak Serahsî, *el-Mebsut*'ta “Kişi borcu olan bir köleyi satın alsın ve borcu olduğunu sonradan öğrense tacirlerin örfüne göre borç ayıp sayıldığından iade etme hakkı vardır. Satıcı kölenin borcunu öder yahut alıcı tarafından ibra edilirse ayıp ortadan kalkar ve ayıbın husumet doğmadan ortadan kalkması alıcının iade hakkını düşürür.” ifadelerini kullanmaktadır.⁴⁶¹ Şâfiîlere göre satıcı ayıbı kısa bir sürede gidermeyi yüklediği takdirde müşterinin muhayyerlik hakkı düşmektedir. Kısa bir zaman diliminden kasıt benzerinde ücreti hak etmeyen bir zaman dilimidir. Ayıbın düzeltilmesi tacirlerin örfüne göre ücreti gerektirecek kadar sürmüştü mü müşterinin muhayyerlik hakkı düşmeyecektir.⁴⁶²

4.2.3. Görme Muhayyerliğinin Sona Ermesinde Örfün Etkisi

Görme muhayyerliğinin alıcıda sübut bulması için aranan “ Akit anında yahut daha öncesinde malı görmemiş olma” şartı açıklanırken görme ile örfün ilişkisine değinilmişti. Nitekim muhayyerliğin sübutu için aranan görme aynı şekliyle muhayyerliğin sona ermesi için de aranmaktadır. Buna göre alıcı, örfen görme sayılabilecek bir şekilde malı gördüğü takdirde onay veya red arasında muhayyer olmaktadır. Görme muhayyerliği Hanefilere göre ruyetten sonra varlık kazandığından, “Haklar sübutundan evvel sakıt olmaz.” ilkesi mucibince akdin mahallini görmeden gösterilen rıza muhayyerliğe etki etmeyecektir. Görmeden önce akdin feshedilmesi noktasında ise ihtilaf olup görmeden önce rıza olmayacağı gibi feshin de mümkün olmayacağını savunanlar olduğu gibi, akit gayri lâzım olduğundan feshi kabil olduğunu savunanlar da olmuştur. Ancak burada muhayyerlik sebebiyle değil akdin gayri lâzım olması sebebiyle bir fesih hakkı söz konusudur.⁴⁶³ Dolayısıyla akdi onay yahut fesihle

⁴⁶¹Serahsî, *el-Mebsût*, c. 13, s. 113.

⁴⁶²Osmânî, *Fıkhu'l- Buyû*, c. 2, s. 820.

⁴⁶³Kâsânî, *Bedâi 'u's-Sanâi*, c. 7, s. 354, 362.

sona erdirebilmek için akdin mahallinin örfen ve maksadına uygun olarak görülmesi gerekmektedir. Bunun istisnası ise alıcının satın aldığı ve muhayyerlik hakkının bulunduğu bir mebî'i kiraya vermesi, satması yahut rehin verip teslim etmesi durumlarıdır. Bu tasarrufların görmeden önce yahut sonra yapılması muhayyerliği düşürmektedir. Kişi bu tasarruflarla başkasının lehine lâzım bir akdi isbât ettiğinden o eşyanın mülkiyeti karşı tarafın lehine sabit olur. Bu da ancak muhayyerliğin sabit olmaması ile mümkün olacaktır. Muhayyerliğin kalmasının bir yararı olmayacağından zorunlu olarak bu muhayyerlik batıl olur.⁴⁶⁴

⁴⁶⁴Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, c. 7, s. 363.

SONUÇ

İslâm Borçlar Hukuku özelinde muhayyerlikler; genellikle akdin taraflarının şer'î bir gerekçeye yahut karşılıklı anlaşmaya dayanarak sahip olduğu akdi onaylama, feshetme veya akde konu olabilecek birkaç eşyadan bir tanesini seçme gibi hakları ifade etmektedir. Akitler karşılıklı rıza temeline dayandıklarından rızayı bozacak her türlü durumun önüne geçilmeye çalışılmış ve taraf iradelerinin olabildiğince sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesi adına muhayyerlikler tanınmıştır.

Tarihi çok eski topluluklara kadar uzanan muhayyerliklerin Câhiliye toplumunda da uygulamada olduğundan bahsedilmiştir. Buna göre meclis, görme, ayıp, şart muhayyerliği gibi temel muhayyerliklere toplumun aşına olduğunu söylemek mümkündür. Öteden beri bu muhayyerliklere duyulan ihtiyaç, İslâmiyetle beraber toplumun bildiği bir müessesenin sınır ve kuralları yeniden belirlenerek giderilmiştir. Fakihlerin konuyu ictihad alanı olarak görmeleriyle muhayyerliklerin çeşit ve şartlarında ayrıntıya inilmiştir. Bu sebeple sayı ve sınıflandırılma noktasında fukahânın konuya bakış açıları etkili olmuştur. Net bir sayı vermek mümkün olmamakla birlikte muhayyerlikler araştırma içeriğinde on üç başlık altında ele alınmıştır.

Muhayyerliklerin meşruiyet delillerine bakıldığında öncelikle dikkat çeken nokta muhayyerliklere genel kuraldan istisnâ etme yoluyla kıyasa aykırı olarak itibar edildiği durumlardır. Bunun sebebi genel ve asıl olan kuraldan vazgeçilmesini gerektiren, hukukun maksadına daha uygun başka bir çözüm bulunmasıdır. Burada “Gararlı satışın yasak olması.” ve “Akitlerde cehaletin bulunmaması.” gibi genel kurallardan ayrılmanın, cehalet ve gararın affedilebilmesinin temelinde genellikle ihtiyaç, maslahat ve örfün bulunduğu görülmektedir. Hayreddin Karaman bu hususta şöyle demektedir: Çeşitli mezhepten fukahânın garar ve cehalet konusundaki görüşlerine bakıldığında bu mefhumların asır ve çevrelere göre değişiklik gösterdiği görülür. Bu konuda asıl maksat hukuk güvenliğini, adalet ve hakkaniyeti temin etmek, işleri şansa bırakmamak, tarafların zarar görmelerini engellemek ve böylece riski asgari seviyeye indirmektir.⁴⁶⁵

Sayıcı âlimler arasında dahi ihtilafı bir meselede her birine ayrı ayrı temas etmek konunun kapsamı açısından mümkün olmasa da temas edilenlerden anlaşılacağı

⁴⁶⁵Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. 2, s. 168.

üzere muhayyerliklerin meşruiyetinde anahtar kelime ihtiyaçtır. Örneğin; meclis muhayyerliğinin temelinde akit hakkında düşünme ihtiyacı yatarken; nakit muhayyerliğinde alıcının mumatelesinden kurtulma ihtiyacı söz konusudur. Hıyanet ve ta'yin muhayyerliklerinde ise gabni engellemeye duyulan ihtiyaç öne çıkmaktadır. Hz. Peygamber'in alışverişlerinde sürekli aldanan Habban b. Munkız'ın ihtiyacını gözeterek şart muhayyerliği tanınması, ihtiyaç düşüncesini desteklemektedir. Benzer olarak görme muhayyerliği de ihtiyaca dayanmaktadır. Nitekim kişiler, birtakım sebeplerle meb'ide bazı vasıfların bulunduğu inanarak ya da numunedeki özelliklere rıza göstererek görmeden bir şey satın aldığında o şeyde söz konusu vasıfların bulunmaması durumunda ikale dışında akitten tek taraflı dönüş imkânı bulamamakta ve malı gördükten sonra akdi onaylamak ya da feshetmek için bir hakka ihtiyaç duymaktadır.⁴⁶⁶

İhtiyaç kavramına odaklanıldığında “Karşılanmaması halinde insanın zorluk ve sıkıntıya düşmesine yol açan gereksinimler.” anlamında kullanıldığı görülmektedir.⁴⁶⁷ İhtiyaçlar yalnızca bireysel olmayıp toplumun hayat şartlarına ve normatif esaslarına bağlı olarak da ortaya çıkmakta ve zamana, yere, şartlara göre değişiklik arz edebilmektedir. Dolayısıyla örfе bağlı olarak ortaya çıkabilecek ihtiyaçlardan bahsetmek mümkündür. Nitekim görme muhayyerliğinde malın görülmeden alınması ihtiyacının ticârî örften kaynaklanabileceği belirtilmiştir. Bazı durumlarda ise örf, ihtiyaçtan doğmaktadır. İki yahut üç maldan birinin seçilmesine dayanan akde olan ihtiyacın, bu tür akitlerin örf haline gelmesine ve ta'yin muhayyerliğinin doğmasına sebep olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla muhayyerliklere olan ihtiyacı örften bağımsız düşünmemek gerekmektedir.

Muhayyerliklerin şartlarının oluşumunda örfün etkisinin incelendiği başlıkta kişide muhayyerlik hakkının sabit olması için aranan şartların ictihâdî alanda olması ve buna binaen bir kısım şartların tamamen toplumun örfü dikkate alınarak belirlenmesi dikkat çekmektedir. Ayıp muhayyerliğinde aranan “Muteber bir ayıbın bulunması.”, görme muhayyerliğinde görmenin niteliği noktasında örfün kriter alınması bu hususun en açık örnekleridir. Bir kısım şartların oluşumunda açıkça örfе işaret edilmemiş olsa da toplumun örfüne binaen bu şartlarda esnekliğe gidildiği gözlemlenebilmektedir.

⁴⁶⁶Hayyât, *Nazariyyetu'l-Akd*, s. 161.

⁴⁶⁷Rahmi Yaran, “İhtiyaç”, *DİA*, XXI, 573.

Nitekim keşf-i hâl muhayyerliğinde ölçü yapılan kabın sıkıştırılamayan bir şey olması şartı, toplumda sâkilerin kırbalarla su taşıma örfü dikkate alınarak terk edilmiştir.

Muhayyerliklerin kullanımında ise örfle bağlantılı olarak öne çıkan iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki muhayyerlik hakkına sahip olan tarafın akdin mahalline yönelik davranışlarından hangilerinin muhayyerliğin kullanıldığına delalet edeceğidir. Bu minvalde fakihlerin verdiği örneklerin kendi zamanlarında karşılaştıkları durumlardan ortaya çıktığını ve eşyaların o zamanın kullanım şekil ve amaçlarına göre çözümler üretildiğini söylemek mümkündür. Bugün fukahânın içinde bulunduğu zamana nazaran çok çeşitli eşyalar üzerinde akitler kurulmaktadır. Her mal için ayrı ayrı kıstas belirlemek mümkün olmadığından bu eşyalarda yapılan hangi tasarrufun deneme hangi tasarrufun kullanma olduğu ve muhayyerliği sona erdirdiği noktasında fukahânın gözettiği asla dönmek gerekmektedir. Buna göre kişinin maldan mâlik sıfatıyla yararlanmaya varmayan ancak malın kullanım amacını gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini anlamaya yönelik makul orandaki denemelerin muhayyerliği kullanmaya yorulmaması gerekmektedir. Davranışlardaki makul oranın sınırının belirlenmesi noktasında ise toplumsal ve ticârî örf etkili olacaktır.

Bir diğer husus da muhayyerlik haklarının kullanım süreleriyle ilgilidir. Süreye bağlı olduğu kabul edilen muhayyerlikler için hakkın kullanılabileceği süre belirlidir. Kullanılmadığı takdirde bu süre sonunda muhayyerlik hakkı düşmektedir. Süreye bağlı olmayan muhayyerliklerde hakkın ne zaman kullanılacağı ise tartışma konusudur. Muhayyerliğin fevran kullanımını kabul eden fukahâ temelde zararı önlemek için sabit kılınan muhayyerliklerin başka bir zarara sebebiyet vermemesi düşüncesine dayanırken, terâhiyi savunan görüşün esasını muhayyerliklerin zararı önlemek adına meşru kılındığı fikri oluşturur. Ne var ki fevrin de terâhinin de ölçüsünü belirleyen örfdür. Kişinin hakkını ister fevran ister terâhiyen kullanılması gerektiği kabul edilsin, hakkını kullandığı anın fevre mi terâhiye mi delalet ettiği örf'e bakılarak tespit edilir. Nitekim fakihler de bu noktaya işaret etmişlerdir. Fevran kullanılması gereken hakkın örfen, terâhiyen kullanıldığı sonucuna varıldığında muhayyerlik düşecek ve hakkı kullanma imkânı kalmayacaktır. Böylelikle hakkın kullanılabileceği süreyi belirleyen esas kıstasın örf olduğu açığa çıkmaktadır.

Son olarak muhayyerliklerin teşriiyle amaçlananlara uygun bir sona erme temin edebilmek adına örf, hem genel hem özel nedenlerde kendisini göstermektedir. Gerek

açıkça yahut zımnem kabul ve red iradelerinin yansıtılmasında, gerek akdin mahallini ayıp sebebiyle iade imkânının bulunmaması noktasında, gerek meclis muhayyerliğini sona erdirecek ayrılmanın ölçüsü hususunda gerekse ayıptan beraat şartı konularak muhayyerliğin düşürölmesinde örfün rolü inkâr edilemeyecektir. Lafzî örfün de burada en az amelî örf kadar etkili olduğu görölmektedir. Nitekim kabul ve red beyanlarının yorumlanması ve ayıptan beraat şartı koşularak muhayyerliğin sona erdirilmesi gibi irade beyanlarının öne çıktığı noktalarda bu etki kendisini göstermektedir. Dolayısıyla muhayyerliklerin meşruiyet, sübut ve kullanma aşamalarında olduğu gibi sona erme aşamasında da örfün etkin bir rolü bulunmaktadır.



BİBLİYOGRAFYA

Akıncı, Şahin. *Roma Hukuku Dersleri*. 13. Baskı. Konya: Sayram Yayınları, 2019.

Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2017.

Âlûsî, Mahmûd Şükrî. *Bulûğu'l-Ereb fî Ma'rifeti Ahvâli'l-'Arab*. b.y.: Dâru'l- Kitâbi'l-Mısırî, t.y..

Apaydın, Hacı Yunus. “Kabz”, *DİA*. XXIV, 45-49.

Apaydın, Hacı Yunus. “Muhayyerlik”, *DİA*. XXXI, 25-30.

Apaydın, Hacı Yunus. “İrade Beyanı”, *DİA*. XXII, 387-391.

Atmaca, Gökhan. “İslâm Hukukunda Gabin ve Akde Etkisi”. *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 18 (2008): 129-150.

Aybakan, Bilal. “Meclis”, *DİA*. XXVIII, 239-241.

Aydın, Mehmet Akif. “Gasp”, *DİA*. XIII, 387-392.

Bardakoğlu, Ali. “Gabn”, *DİA*. XIII, 268-273.

Bardakoğlu, Ali. “Ayıp”, *DİA*. IV, 247-248.

Bardakoğlu, Ali. “Bey’”, *DİA*. VI, 13-19.

Bardakoğlu, Ali. “Fesih”, *DİA*. XII, 427-436.

Beyhakî, Ahmed b. el-Hüseyin b. Ali b. Mûsâ Ebu Bekr. *es-Sünenü'l-Kübrâ*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003.

Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*. Fatih/ İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1980.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl. *Sahîhu'l-Buhârî*. Şam/ Beyrut: Dâru İbn Kesîr, 2002.

Cebeci, İsmail. “Tevliye”, *DİA*. XLI, 39-40.

Cevâd' Alî. *Mufasssal fî Târîhi'l-'ArabKable'l-İslâm*. b.y.: y.y., 2001.

- Cezîrî, Abdurrahman. *Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı*. çev. Hasan Ege. İstanbul: Bahar Yayınları, t.y.
- Çalış, Halit ve Hasan Hacak. “Rehin”, *DİA*. XXXIV, 538-542.
- Çeker, Orhan. *Fıkıh Dersleri*. Konya: Ensar Yayıncılık, 2015.
- Çeker, Orhan. *İslâm Hukukunda Akidler*. Konya: Tekin Kitabevi, 2014.
- Çolak, Abdullah. *İslâm Borçlar Hukuku*. İstanbul: Ensar Yayıncılık, 2020.
- Der‘ân, Abdullah b. Abdülazîz. *Ahkâmü’ş-Şüf‘afi’l-Fıkhi’l-İslâmî: DirâseMukârenebi’l-Kânûni’l-Vaz’î*. Riyad: Mektebetü’t-Tevbe, 1994.
- Desûkî, Muhammed b. Ahmed b. Arefe el-Mâlikî. *Hâşiyetu’d-Desûkî‘ale’ş-Şerhi’l-Kebîr*. b.y.: Dâru’lhyâi’l-Kütübî’l-Arabiyye, t.y..
- Diler, Tamer. *Roma Hukuku: Borçlar Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021.
- Döndüren, Hamdi. *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*. İstanbul: Erkam Yayınları. 2012.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “el-Urffî’l-Fıkhi’l-İslâmî”, *DirâsâtFıkhiyye ve Usûliyye*. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2019.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “Garar”, *DİA*. XIII, 366-371.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “Murâbaha”, *DİA*. XXXI, 148-152.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “Örf”, *DİA*. XXXIV, 87-93.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “Şuf‘a”, *DİA*. XXXIX, 248-252.
- Dübyân, Dübyan b. Muhammed. *el-Muâmelatu’l-MâliyyeAsâleten ve Muasıraten*. Riyad: Mektebetü’l-Melik Fahd el-Vataniyye, 2011.
- Düşgün, Feyza Şule. “Örf ve Âdetlerin İslâm Hukukuna Etkisi.” Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2007.
- Ebu Ğudde, Abdussettâr. *el-Hıyâr ve Eseruhûfi’l-Ukûd*. Kuveyt: MatbaatuMogahwi, 1985.
- Ebû Sünne, Ahmed Fehmi. *el-‘Örfve’l-‘Âde fî Ra’yi’l-Fukahâ*. Kahire: Matbaatü’l-Ezher, 1947.
- Ebû Zehre, Muhammed. *el-Milkiyye ve Nazariyyetu’l-‘Akdî’ş-Şerîati’l-İslâmiyye*. Mısır: Dâru’l-Fikri’l-Arabî, 1996.

- Ebû Zehre, Muhammed. *İslâm Hukuku Metodolojisi 'Fıkıh Usûlü'*. çev. Abdulkadir Şener. Ankara: Fon Matbaası, 1981.
- El-Hafîf, Ali. *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya ve Borçlar Hukuku)*. çev. Rahmi Yaran. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. 3. Baskı. İstanbul: Ensar Yayıncılık, 2010.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Şu'â Hakkı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1959.
- Fîrûzâbâdî, Muhammed b. Y'akub b. Muhammed. *el-Kamûsu'l-Muhît*. Lübnan: Müessesetu'r-Risâle, 2005.
- Gözübenli, Beşir. "Keylî", *DİA*. XXV, 361-362.
- Günay, Musa. "Örfün Tanımı, Delil Oluşu Ve İmam Ebû Hanife'nin Bazı Konuları Örfle Çözümlemesi". *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 32 (2014): 26- 49.
- Hafaci, Aziz Kazım Cibr. *el-Hıyârâtü'l-Kanuniyye ve Eseruhafî'l-Ukudî'l-Medeniyye: Mukarenebi'l-Fıkhi'l-İslâmî*. Kahire: Darü'l-Kütübî'l-Kanuniyye; DaruŞetat, 2011.
- Hallâf, Abdulvehhâb. *İlmüUsûli'l-Fıkh*. Mısır: Mektebetu'd-D'aveti'l-İslâmiyye.t.y..
- Hallaq, Wael B. "Bir Osmanlı Reform Öncüsü: Örf ve Hukukî Değişim Üzerine İbn Âbidîn". çev. Ömer Faruk Ocakoğlu. *Usûl İslam Araştırmaları* 3 (2005): 159-189.
- Hamidullah, Muhammed. "İslam Hukukunda Örf ve Adet". çev. Zahit Aksu. *Hikmet Yurdu* 2 (2008): 153-177.
- Hasanova, Samire. "Örf ve Âdetin İslam Hukuk Düşüncesinde Yeri ve Hükümlerin Değişmesi Kapsamındaki Tartışmalarda Rolü". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 14 (2009): 203-218.
- Haskefî, Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed. *ed-Durru'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr ve Câmi'i'l-Bihâr*. thk. AbdulmunimHalîlîbrâhîm. b.y.: y.y., 2002.
- Hayyât, Abdulaziz. *Nazariyyetu'l- Urf*. Umman: Mektebetu'l-Aksa, 1977.
- Hayyât, Abdulaziz. *Nazariyyetu'l- 'Akde'l-Hıyârâtü'l-Fıkhi'l-İslâmî*. Umman: M'ahedü'l-Arabi, 1994.

- Heyet (haz.). *FetâvâyiHindiyye (FetâvâyiAlemgiriyye)*. ed. İsmail Karakaya. çev. Mustafa Ege. Ankara: Akçağ Yayınları, 1985.
- Işıқтаç, Yasemin. *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 1997.
- İbn'ul-Humâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî. *Fethu'l-Kadîr*. Beyrut/ Lübnan: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn. “Neşru'l'Arf fî Binâib'azi'l Ahkâm 'ale'l Örf”. *Mecmû'atuResâ'ili İbn Âbidîn*. b.y., y.y., t.y..
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn. *Reddu'l-Muhtâr'ale'd-Durri'l-Muhtâr*. Riyad: Dâru'Âlemi'l-Kutub, 2003.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed. *el-Muğnî*. Riyad: Dâru'Âlemi'l-Kutub, 1997.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî. *es-Sünen*. Mısır: Dâru'lhyâi'lKütübî'lArabiyye, t.y..
- İbn Nuceym, Zeynuddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî. *el-Eşbâh ve'n-Nezâir'alâ Mezhebi EbîHanîfe en-Nu'mân*. Beyrut: Dâru'l-Kutubî'l-İlmiyye, 1999.
- İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî. *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik ve Minhâtu'l-Hâlik ve Tekmiletu't-Tûrî*. Beyrut: Dâru'l-Kitâbî'l-İslâmî, t.y..
- İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî. *Bidâyetu'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*. Mısır: Daru't-Tevfik en-Nemuzeciyye, 1983.
- Kahveci, Nuri. *Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku (Şirketler İlaveli)*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2019.
- Karaman, Hayreddin. “Âdet”, *DİA*. I, 369-373.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslâm Hukuku*. İstanbul: Nesil Yayınları, 1991.
- Kâsânî, 'Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed. *Bedâi'u's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*. Beyrut- Lübnan: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003.
- Keskin, Mehmet. *Şafî Fıkhu (Hanefî Mezhebi ile Mukayeseli)*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2015.
- Kıyıcı, Selahattin. *İslâm HukukundaÖrf ve Âdet*. İstanbul: İşaret Yayınları, 1990.

- Kisbet, Mustafa. *İslâm Hukukunda Tüketicinin Korunması Ayıp Muhayyerliği*. İstanbul: Nizamiye Akademi, 2015.
- Kuluş, A. Faruk. “İslam Hukukunda Satım Akdine İlişkin Muhayyerlikler.” Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 1994.
- Kurt, Ayhan. “Mevsîlî’nin İhtiyar Adlı Eserinde Örf ve Adet.” Yüksek Lisans Tezi. Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2014.
- Kuvte, Adil b. Abdülkadir b. Muhammed Veli. *el-Urf: Hücciyetuhû ve Eseruhû fî Fıkhi’l-Muâmelâtî’l-Mâliyye ‘inde’l-Hanâbile*. Mekke: el-Mektebetü’l-Mekkiyye, 1997.
- Mâlik b. Enes, Ebû ‘Abdullâh. *el-Mudevvene*. Beyrut/ Lübnan: Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1994.
- Mâlik b. Enes, Ebû ‘Abdullâh. *el-Muvatta’ (Rivâyetu Yahyâ el-Leysî)*. ed. AvvâdMa’rûfBeşşâr. Beyrut: Dâru’l-Ğarbi’l-İslâmî, 1997.
- Mergînânî, Ebu’l-Hasen‘Alî b. Ebûbekr el-Fergânî. *el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti’l-Mubtedî*. thk. TallâlYûsuf. Beyrut: Dâru’l-Hyâ’i’t-Turâşî’l-‘Arabî, t.y..
- Mevsîlî, Ebû’l-FazlMecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd. *el-İhtiyâr li-Ta’lîl’l-Muhtâr*. thk. Mahmûd Ebû Dakîka. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1980.
- Meydânî, Abdülganî el-Guneymî. *el-Lübâb fî Şerhi’l-Kitâb*. thk. BeşşârBekrîArâbî. Suriye: DâruNûri’s-Sabâh, 2015.
- MollâHusrev, Muhammed b. Ferâmerz b. ‘Alî. *Dureru’l-Hukkâm Şerhu Ğureri’l-Ahkâm*. Mısır: Dâru’l-Hyâi’l-Kutubi’l-‘Arabîyye, t.y..
- Muzenî, İsmail b. Yahya b. İsmail el-Mısırî. *Muhtasarü’l-Muzenî fî Furûi’ş-Şâfiyye*. Beyrut/ Lübnan: Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1998.
- Müslim, Ebû’l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî. *Sahîhu’l-Müslim*. Riyad: Dâru Tayyibe, 2006.
- Nesefî, Abdullah b. Ahmed. *Keşfu’l-EsrârŞerhu’l-Musannef‘ale’l-Menâr*. Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, t.y..
- Nevevî, Ebû ZekerîyyâMuhyiddîn Yahyâ b. Şeref. *Kitabu’l-Mecmû‘Şerhu’l-Muhezzeblî’ş-Şîrbînî*. Cidde/ Suudi Arabistan: Mektebetü’l-İrşâd, t.y..
- Nevevî, Ebû ZekerîyyâMuhyiddîn Yahyâ b. Şeref. *Minhâcu’t-Tâlibînve‘Umdetu’l-Muftînfi’l-Fıkh*. Lübnan: Dâru’l-Fikr, 2000.

- Ocakoğlu, Ömer Faruk. “Hanefî Mezhebinin Mezhep İçi İşleyişinde Örfün Konumu: İbn Âbidîn'in "Örf Risalesi" Örneği.” Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2004.
- Oğuzman, Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 14. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay- Özdemir. *Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Oruç, Muhammed Ferruh ve Mehmet Dirik. “Hanefilerde Örf-Maslahat-İstihsan İlişkisi (Serahsî Örneği). *Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7 (2020): 1092-1119.
- Osmânî, Muhammed Takî. *Fıkhu'l-Buyû' ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa meaTatbikâti'l-MuâsiratîMukârinenbi'l-Kavânîni'l-Vaz'iyye*. Karaçi/ Pakistan: MektebetuMearifu'l-Kur'ân, 2015.
- Özdemir, Recep. “İslâm Hukukunda Şart Muhayyerliği”. *İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi [Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi]* 2 (2016): 139-172.
- Rado, Türkan. *Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Razouk, GhiasEbrahim. “Şafii Mezhebinde Örfün Mali Uygulamalara Etkisi (Özgürlük ve Uygulamalı Bir Çalışma).” Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2020.
- Rubeyş, Abdülaziz b. Muhammed b. Osman. “Satım Akdindeki Şart Muhayyerliğinin Süresi”. çev. Ayhan Hira. *Hikmet Yurdu* 6 (2013): 355-389.
- Sağırcı, Esad Muhammed Said.*Delilleriyle Hanefî Fıkhi*. çev. Savaş Kocabaş. İstanbul: Karınca ve Polen Yayınları, 2010.
- Sahnûn, Saîd b. Habîb et-Tenûhî. *el-Mudevvenetu'l-Kübrâ*. Suudi Arabistan: Vizaretü's-Şuûni'l-İslâmiyyeve'l-Evkaf ve'd-D'aveve'l-İrşâd, t.y., c.10.
- San'ânî, Ebû Bekr' Abdurrezzâk b. Hemmâm. *el-Musannef*. Beyrut: Dâru't-Te'sîl, 2015, c.6.
- Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed. *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*. Beyrut: Dâru'lhyâi't-Türâsî'l-'Arabî, 1953, c.2.
- Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. EbîSehlŞemsü'l-'Eimme. *Kitâbu'l-Mebsût*.Beyrut/ Lübnan: Dâru'l-Ma'rife, 1978, c.11,12, 13, 14.

- Simâvi, Şeyh Bedreddin Mahmud. *Câmiu'l-Fusûleyn*. ed. Muhammed İbn Mahmud Ustuşrenî ve Yunus Apaydın. Ankara: T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 2012.
- Şaban, Zekiyüddin. *Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fık)*. çev. İbrahim Kâfi Dönmez. 19. Baskı. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2014.
- Şâfiî, Ebû 'Abdullâh Muhammed b. İdrîs. *el-Üm*. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1990, c.7.
- Şahin, Hasan. "Akidlerde Muhayyerlik Teorisi." Doktora Tezi. Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2016.
- Şahin, Hasan. "İslam Borçlar Hukukunda T'ayin Muhayyerliği". *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 45 (2018): 183-208.
- Şahin, Hasan. "İslam Hukukunda Akid Meclisine Ait Muhayyerlikler". *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 2 (2018): 323-356.
- Şemsuddîn er-Remlî, Muhammed b. Ebi'l-'Abbâs Ahmed b. Hamza. *Ğâyetu'l-Beyân Şerhu Zubedi İbn Raslân*. Beyrut: Dâru'l-M'arife, t.y..
- Şener, Mehmet. *İslam Hukukunda Örf*. İzmir: Öğrenci Basımevi, 1987.
- Şengül, M. Zübeyr. "İslâm Borçlar Hukukunda Görme Muhayyerliği ve Tüketici Hakları Açısından Önemi." Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2011.
- Şenocak, İhsan. "İslâm Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi." Doktora Tezi. Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2011.
- Şeybânî, Ebû 'Abdullâh Muhammed b. el-Hasen. *el-Asl*. thk. Mehmet Boynukalın. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2012, c.1.
- Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad. *el-Câmi'u's-Sağîr*. thk. Mehmet Boynukalın. 1. Baskı. İstanbul: Ocak Yayıncılık, 2009.
- Şibbîr, Muhammed Osman. *el-Medhal ilâ Fıkhi'l-Muamelati'l-Mâliyye: el-Mal, el-Mulkiyye, el-'Akd*. 2. Baskı. Umman: Dâru'n-Nefais, 2010.
- Şirbînî, Şems ed-Dîn Muhammed b. Ahmed eş-Şâfi'î el-Hatîb. *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'âni Elfâzi'l-Minhâc*. b.y.: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1994, c.3.
- Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed el-Mısrî. *Şerhu Me'âni'l-Âsâr*. thk. Muhammed Zuhrî en-Neccâr ve Muhammed Seyyid Câdilhak. b.y.: 'Âlem'l-Kutub, 1994, c.4.

- Tayyar, Abdullah b. Muhammed b. Ahmed. “Hıyâru’l-Meclis ve’l-‘Aybfı’l-Fıkhi’l-İslâmî.” Yüksek Lisans Tezi, Câmîatü’l-İmam Muhammed b. Suud el-İslâmiyye. 1979.
- Topçuoğlu, Ali Aslan. “Örf ve Âdetin İslam Borçlar Hukuku Hükümlerine Etkisi Üzerine Bir Tahlil: Hanefî Mezhebi Özelinde”. *TurkishStudies = Türkoloji Araştırmaları: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic* 20 (2017): 223-260.
- Tüfekçi, İbrahim. “İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 20 (2012): 11-42.
- Ünsal, Osman Nuri Ünsal. “İslam Borçlar Hukukunda Temel Hukuk İlkeleri (Mebsût Örneği).” Yüksek Lisans Tezi. İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2018.
- Yaran, Rahmi. “İhtiyaç”, *DİA*. XXI, 573-574.
- Yeniçeri, Celal. “Mülâmese”, *DİA*. XXXI, 535-536.
- Yeniçeri, Celal. “Münâbeze”, *DİA*. XXXI, 561-562.
- Yiğit, Ümmühan. “İslam Hukukunda Akidlerde Ayıp ve Vasıf Muhayyerlikleri.” Yüksek Lisans Tezi. Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2019.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhalu’l- Fıkhiyyu’l- ‘Amm*. 3. Baskı. Şam: Dâru’l- Kalem, 2004.
- Zeydan, Abdulkерim. *İslâm Hukukuna Giriş*. çev. Ali Şafak. İstanbul: Kayıhan Yayınevi, 1995.
- Zeyla’î, Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdullâh b. Yûsuf b. Muhammed. *Nasbu’r-Râye li-Tahrîci Ehâdisi’l-Hidâye*. thk. Muhammed Avvame. Cidde/ Suudi Arabistan: Dâru’l-Kıble, 2008, c.4.
- Zeyla’î, ‘Osmân b. ‘Alî b. Mehcen el-Bârî’î Fahrüddîn el-Hanefî. *Tebyînu’l-Hakâik Şerhu Kenzi’d-Dakâik ve Hâşiyeti’ş-Şelebî*. Kâhire: el-Matba‘atu’l-Kubre’l-‘Emîriyye, 1985.
- Zuhaylî, Vehbe. *el-Fıkhu’l-İslâmî ve Edilletuhu*. 2. Baskı. Dimaşk: Darü’l-Fıkr, 1985, c.4.

ÖZGEÇMİŞ			
Adı, Soyadı	Sümeýra Merve		EREN
Doğum Yeri ve Yılı			
Bildiği Yabancı Diller	Arapça		
ve Düzeyi	İleri		
Eğitim Durumu	Başlama - Bitirme Yılı		Kurum Adı
Lise	2009	2013	Bursa İpekçilik Anadolu İmam-Hatip Lisesi
Lisans	2013	2018	Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi/ İslâmî İlimler Fakültesi/ İslâmî İlimler (Arapça)
Lisans	2015	2019	Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi/ Hukuk Fakültesi/ Hukuk
Yüksek Lisans	2019	2023	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi/ Sosyal Bilimler Enstitüsü/ Temel İslâm Bilimleri/ İslâm Hukuku
Çalıştığı Kurum/lar	Başlama - Ayrılma Yılı		Çalışılan Kurumun Adı
1.			
2.			
3.			
Üye Olduğu Bilimsel ve Mesleki Kuruluşlar	-		
Katıldığı Proje ve Toplantılar	-		
Yayınlar:	-		
Diğer:	-		
İletişim (e-posta):	-		
Tarih İmza Adı Soyadı		10/02/2023 Sümeýra Merve EREN	

