

IFD

Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi
İlahiyat Fakültesi Dergisi

Burdur Mehmet Akif Ersoy University
Journal of Theology Faculty

e-ISSN: 2757-6418
(Aralık / December 2022) 3/2

ŞART MUHAYYERLİĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE MUKAYESELİ BİR İNCELEME

A Comparative Analysis on the Legal Nature of “Khiyar Al-Shart”

FATİH AVCI

Arş. Gör. Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Fıkıh Anabilim Dalı, Burdur,
Türkiye
Research Assistant, Burdur Mehmet Akif Ersoy University, Faculty of Theology, Department of Islamic
Law, Burdur, Türkiye
favci@mehmetakif.edu.tr
orcid.org/0000-0002-7912-7105
<https://ror.org/04xk0dc21>

MAKALE BİLGİSİ / ARTICLE INFORMATION

Makale Türü/Article Types	: Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş Tarihi/Received	: 05 Ekim/September 2022
Kabul Tarihi/Accepted	: 11 Kasım/November 2022
Yayın Tarihi/Published	: 30 Aralık/December 2022

ATIF / CITES AS

Avcı, Fatih. “Şart Muhayyerliğinin Hukuki Niteliği Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme”. *Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 3/2 (Aralık/December 2022), 134-169.

İNTİHAL/PLAGIARISM

Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi. This article has been reviewed by at least two referees and scanned via plagiarism software. Yayıncı / Published by: Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İlahiyat Fakültesi / Burdur Mehmet Akif Ersoy University Theology Faculty.

Burdur, Türkiye.

Etik Beyan/Ethical Statement: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunur. / It is declared that scientific and ethical principles have been followed while carrying out and writing this study and that all the sources used have been properly cited. Fatih AVCI.

Çıkar Çatışması/Conflicts of Interest: Çıkar çatışması beyan edilmemiştir. / The author(s) has no conflict of interest to declare.

Finansman/Grant Support: Bu araştırmayı desteklemek için dış fon kullanılmamıştır. / The author(s) acknowledge that they received no external funding in support of this research.

Etik Bildirim/Complaints: ifd@mehmetakif.edu.tr

Telif Hakkı & Lisans/Copyright & License : Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını **CC BY-NC 4.0** lisansı altında yayımlanmaktadır. / Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the **CC BY-NC 4.0**.

A Comparative Analysis on the Legal Nature of “Khiyar Al-Shart”

Abstract

When a person is not sure about making a contract, he may want to think a little more and decide after consulting others if necessary. In case the goods are sold to someone else within this period, they have the opportunity to purchase it conditionally and return it if necessary. This condition, which gives the person added to the contract the right to terminate the contract without the need for anyone's permission, court decision or form condition, is referred to as “Pactum Displimentiae” in Roman law, “Khiyār al-shart” in Islamic law, and “On Approval” in Turkish Code of Obligations. Although this contingent transaction is not preferred by the sellers due to the wide powers it gives to the buyer, it has always maintained its importance due to the need for it. However, jurists still have not been able to agree on its legal nature. As a matter of fact, in Continental European law, besides those who see sales as a “condition” on sale on approval, there are also lawyers who explain it with the views of “preliminary contract”, “option”, “in kind contract” or an “offer” waiting to be accepted. Those who accepted it as a condition differed as to whether it was an ordinary condition or an purely potestative condition. As far as we can come across, there is no examination of the legal nature of khiyar al-shart in Islamic law. In fact, in our opinion, it is said that the equivalent of selling under the sale on approval in Islamic law is *savm shirā* (sales bargain) and its similarity with its khiyār al-shart is overlooked. Again, in some modern texts, it is said to be a *takyīdī* shart (restrictive condition) and in our opinion, an incorrect determination is made about its legal nature. For this reason, in this study, an examination will be made on the legal nature of khiyār al-shart.

Keywords: Islamic Law, Condition, Purely Potestative Condition, On Approval, Khiyār al-shart, Sale on Approval, Selling on the Condition of Experience and Inspection, Termination.

Şart Muhayyerliğinin Hukuki Niteliği Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme*

Öz

Kişi, bir sözleşmeyi yapma konusunda emin olmadığı zaman biraz daha düşünerek gerekirse başkalarına danıştıktan sonra karar vermek isteyebilir. Bu süre içinde malın başka birine satılması ihtimaline karşılık onu şartlı olarak satın alıp gerekirse iade etme imkânına sahip olur. Kişiyi kimsenin izni, mahkeme kararı veya şekil şartı gerekmeksizin sözleşmeyi fesih hakkı veren bu şart, Roma hukukunda “Pactum Displimentiae”, İslâm hukukunda “Şart Muhayyerliği”, Türk Borçlar Kanununda ise “Beğenme Koşulu” gibi isimlerle anılmaktadır. Bu şarta bağlı işlem, alıcıya verdiği geniş yetkiler yüzünden satıcılar tarafından fazla tercih edilmese de kendisine duyulan ihtiyaç sebebiyle önemini her zaman korumuştur. Fakat hukukçular onun hukuki niteliği hususunda görüş birliğine varamamışlardır. Nitekim, Kara Avrupası hukukunda beğenme koşuluyla satışı bir “şart” olarak görenlerin yanı sıra “ön sözleşme”, “opsiyon”, “işimsiz-aynî sözleşme” veya kabul bekleyen bir “icap” görüşleriyle açıklayan hukukçular da vardır. Onun şart olduğunu kabul edenler ise alelade şart mı yoksa mutlak iradî bir şart mı olduğu hususunda tartışmışlardır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla İslâm hukukunda şart muhayyerliğinin hukuki niteliği üzerine yapılmış bir inceleme yoktur. Hatta bazı yazarlar tarafından bizzat hatalı bir şekilde beğenme koşuluyla satışın İslâm hukukundaki karşılığının sevm-i şirâ (satış pazarlığı) olduğu söylenerek onun şart muhayyerliği ile benzerliği gözden kaçırılmaktadır. Yine bazı modern metinlerde şart muhayyerliğinin takyidî bir şart olduğu söylenerek kanaatimizce onun hukuki niteliği hakkında yanlış tespit yapılmaktadır. Bu sebeple bu çalışmada şart muhayyerliğinin hukuki niteliği üzerine bir inceleme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Şart, Mutlak İradî Şart, Muhayyerlik, Şart Muhayyerliği, Beğenme Koşuluyla Satış, Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım, Fesih.

Summary

The parties to the sales contract may sometimes have some doubts about being bound by the contract. In this case, it has the opportunity to terminate the contract if necessary by stipulating it at the beginning of the contract. This condition is seen in Roman law for the first time in history and was offered only to buyer. Since today's Continental European law is based on Roman law, this condition has been addressed in the same way. On the other hand, Islamic law has given the right of termination to the seller with this condition. This condition is referred to as “Pactum Displimentiae” in Roman law, “On Approval” in Turkish Code of Obligations, and “Khiyār al-shart” in Islamic law. There is no consensus on the legal nature of this condition, which has never lost its importance due to the need for it. So much so that in the Continental European law, besides those who see the sale as a “condition” on approval, there are also lawyers who explain it with the opinions of “preliminary contract”, “option”, “in kind contract” or an “offer” awaiting acceptance. Those who accept that it is a condition have debated whether it is an ordinary condition or an purely potestative condition. Although Islamic jurists considered this condition legitimate from the first period, they did not argue about its legal nature. Instead, they directly admitted that it was a condition deemed legitimate as an exception.

* Bu makale “İslam Hukukunda Tarafların Ön Anlaşma ile Belirledikleri Muhayyerlikler: Şart Muhayyerliği” isimli doktora tezimizden üretilmiştir. / This article was produced from our doctoral thesis named “The Options Determined by the Parties in Islamic Law: Khiyar al-Shart”.

Khiyār al-shart is seen by some jurists as a takyīdī shart (restrictive condition). However, this view is wrong for the reasons we will explain below. Again, some jurists have said that sale on approval in Turkish law corresponds to *savm shirā* (sales bargain) in Islamic law. However, the two processes are fundamentally different from each other. Sale on approval, in our opinion, corresponds to the khiyār al-shart in Islamic law. In this study, the confusion about the legal nature of khiyār al-shart has been tried to be removed. For this purpose, it was also benefited from the examinations made on sale on approval in Turkish law. While addressing the issue, first of all, it will be emphasized that khiyār al-shart is a "right", then it is mentioned that it is a "condition" in general and an "purely potestative condition" in particular. In the last part, it has been tried to clarify the legal nature of khiyār al-shart by distinguishing it from similar institutions.

The theory of offer, option and pre-contract became invalid from the very beginning, as the jurists unanimously accepted that the contract made with khiyār al-shart was established despite the condition. In some cases, since the property is transferred before the delivery takes place, it cannot be said that the transaction made with khiyār al-shart is a contract in kind.

Khiyār al-shart is primarily a right. In fact, it can be considered within the scope of *hak at-tamalluk*, one of the similar real rights, since it provides the transfer of the ownership of the goods from the seller to the buyer or from the buyer to the seller by using it as approval or termination with a unilateral declaration of will. For the same reason, it can be said that it is one of the disruptive formative right in Turkish law. Because khiyār al-shart can ensure the termination of the contract with the unilateral declaration of will of the right holder. In both cases, since a new property is created for one of the parties, it can be said that khiyār al-shart is *hak at-tamalluk*. Other similarities to support this view can be listed as follows: Both *hak at-tamalluk* and khiyār al-shart have their consequences immediately after they are used and cannot be taken back. Both are valid with the unilateral will of the right holder without the need for the consent of the other party or a judge's decision to be used. Again, each of them is not a fundamental right, but an accessory right depending on the fundamental right or legal relationship. For this reason, both do not exist alone, but affect the existence of the fundamental right. Again, since each has the right to choose, it is generally used within a certain period of time.

Khiyār al-shart is technically a condition, as it links the existence of the contract to a phenomenon that may occur in the future. For this reason, it is closer to the *ta'likī* shart (postponement condition) in Islamic law. It can even be said that according to the sects other than Hanafis -as the contingent contract is established immediately- it can be said that the khiyār al-shart is exactly a *ta'likī* shart. It has been evaluated in the category of takyīdī shart (restrictive condition) by some modern Islamic jurists. In our opinion, this view is not correct since the takyīdī shart do not affect the establishment of the contract or the emergence of its provisions. Even though it is not mentioned in *fiqh books*, it is an purely potestative condition, unlike ordinary condition. Because the existence of a contract with him depends on the absolute desire of a party, not an ordinary situation such as the appreciation of the goods. So much so that the right owner can terminate the contract even though he likes the goods. Again, just expressing that the buyer likes the goods is not sufficient for the approval of the contract. He must express his approval of the contract by verbal or actual declaration of will. All these show that it is an purely potestative condition.

Özet

Satış sözleşmesinin tarafları bazen sözleşmeyle bağlı olma konusunda bazı şüpheler taşıyabilmektedir. Bu durumda sözleşmenin başında şart koşarak gerekirse sözleşmeyi sonlandırma imkânına sahip olmaktadır. Bu şart, tarihte ilk kez Roma hukukunda görülmekte olup sadece alıcılara sunulmuştur. Günümüz Kara Avrupası hukuku da Roma hukukuna dayandığı için bu şartı aynı şekilde ele almıştır. İslam hukuku ise bu şartla satıcıya da fesih hakkı tanımıştır. Bahsedilen bu şart Roma hukukunda "Pactum Displicentiae", Türk Borçlar Kanununda "Beğenme Koşulu", İslam hukukunda ise "Şart Muhayyerliği" gibi isimlerle anılmaktadır. Kendisine duyulan ihtiyaç sebebiyle önemini hiçbir zaman kaybetmeyen bu şartın hukuki niteliği üzerinde görüş birliği yoktur. Öyle ki Kara Avrupası hukukunda beğenme koşuluyla satışı bir "şart" olarak görenlerin yanı sıra "ön sözleşme", "opsiyon", "isimsiz-aynı sözleşme" veya kabul bekleyen bir "icap" görüşleriyle açıklayan hukukçular da vardır. Onun şart olduğunu kabul edenler ise alelade şart mı yoksa mutlak iradî bir şart mı olduğu hususunda tartışmışlardır. İslam hukukçuları ilk döneminden itibaren bu şartı meşru görse de onun hukuki niteliğine dair tartışmamışlardır. Bunun yerine onun istisna olarak meşru görülmüş bir şart olduğunu doğrudan kabul etmişlerdir.

Şart muhayyerliği, bazı hukukçularca *takyidî şart* olarak görülmektedir.¹ Fakat bu görüş, bizce aşağıda açıklayacağımız sebeplerden ötürü hatalıdır. Yine bazı hukukçular Türk hukukundaki beğenme koşuluyla satışın İslâm

¹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970), 6/23-24; Ali Bardakoğlu, "İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1/1 (1983), 19; Muhammed Aruçi, "Sâibe", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2008), 35/366; Mahmut Samar, "İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyidî Şartlar", *Marife Dini Araştırmalar Dergisi* 18/2 (2018), 509.

hukukunda *sevm-i şirâ'*ya (satış pazarlığı) tekabül ettiğini söylemişlerdir.² Oysaki iki işlem birbirinden temelde farklıdır. Beğenme koşulu, bizce İslâm hukukunda şart muhayyerliğine karşılık gelmektedir. Bu çalışmada şart muhayyerliğinin hukuki niteliği hakkındaki karmaşa ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Bunun için Türk hukukundaki beğenme koşuluyla satış üzerine yapılan incelemelerden de faydalanılmıştır. Mesele ele alınırken öncelikle şart muhayyerliğinin bir “hak” olması üzerinde durulacak, daha sonra onun genel olarak bir “şart” özelde ise “mutlak iradî şart” olduğundan bahsedilmiştir. Son kısımda ise şart muhayyerliğinin kendisine benzeyen kurumlardan ayrımı yapılarak hukuki niteliğine netlik kazandırılmaya çalışılmıştır.

Hukukçular şart muhayyerliği ile yapılan sözleşmenin şarta rağmen kurulduğunu ittifakla kabul ettikleri için³ icap, opsiyon ve ön sözleşme teorileri baştan geçersiz kalmıştır. Bazı durumlarda teslim gerçekleşmeden mülkiyet naklolduğu için şart muhayyerliğiyle yapılan işlemin aynı bir sözleşme olduğu da söylenememektedir.

Şart muhayyerliği öncelikle bir hakttır.⁴ Hatta tek taraflı irade beyanıyla onay veya fesih şeklinde kullanılarak malın mülkiyetinin satıcıdan alıcıya ya da alıcıdan satıcıya naklini sağladığı için yarı aynı haklardan hakkı't-temellük kapsamında değerlendirilebilir. Aynı sebeple onun Türk hukukundaki bozucu yenilik doğuran haklardan olduğu söylenebilir. Çünkü şart muhayyerliği, hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin sonlanmasını sağlayabilmektedir.⁵ Her iki durumda da taraflardan biri için yeni bir mülkiyet oluştuğuna göre şart muhayyerliğinin hakkı't-temellük olduğu söylenebilir. Bu görüşü destekleyecek diğer benzerlikler ise şu şekilde sıralanabilir: Hem hakkı't-temellük hem de şart muhayyerliği kullanıldıktan hemen sonra sonuçlarını kesin olarak doğurur ve geri de alınmaz. Her ikisi de kullanılması için karşı tarafın iznine veya hâkim kararına gereksinim duymaksızın hak sahibinin tek taraflı iradesiyle geçerli olur. Yine her biri asli birer hak değil asli hakka veya hukuki ilişkiye bağlı fer'î birer hakttır. Bu sebeple ikisi de tek başına var olmaz ama asli hakkın varlığına etki eder. Yine her biri tercih hakkı olduğu için genelde belli bir süre içinde kullanılır.⁶

Şart muhayyerliği, sözleşmenin varlığını sürdürebilmesini gelecekte gerçekleşmesi ihtimali olan bir olguya bağladığı için teknik manada bir şarttır. Bu sebeple İslâm hukukundaki ta'likî şartlara daha yakındır.⁷ Hatta Hanefiler dışındaki mezheplere göre –ta'likî şartla bağlı sözleşme hemen kurulduğu için- şart muhayyerliğinin tam olarak bir ta'likî şart olduğu söylenebilir.⁸ O, modern dönem bazı İslâm hukukçuları tarafından takyidî şartlar kategorisinde değerlendirilmiştir.⁹ Takyidî şartlar sözleşmenin kurulmasına veya hükümlerinin doğmasına etki etmediği için bizce bu görüş doğru değildir. Hatta fıkıh kitaplarında zikredilmese de o, sıradan ta'likî şartlardan farklı olarak mutlak iradî bir şarttır. Çünkü onunla sözleşmenin varlığı malın beğenilmesi gibi alelade bir duruma değil bir tarafın mutlak arzusuna bağlanmaktadır. Öyle ki hak sahibi, malı beğendiği halde sözleşmeyi sonlandırabilmektedir. Yine alıcının sadece malı beğendini ifade etmesi sözleşmenin onaylanması için yeterli olmamaktadır. Onun sözleşmeyi onayladığını sözlü veya fiilî irade beyanıyla dile getirmesi gerekmektedir. Bütün bunlar onun mutlak iradî bir şart olduğunu göstermektedir.¹⁰

² Hasan Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları* (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989), 112; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 30-32; Ahmet Akman, “İslâm Hukuku, Mecelle ve Türk Hukukunda Beğenme Şartıyla Satış Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 63/1 (2022), 241.

³ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/463; Nevevî, *el-Mecmû'*, 236-237; Karâfi, *ez-Zahîre*, 5/31-32; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/51-53.

⁴ Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/195; Ali el-Bedri Ahmed Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-Bey*, 1990, 15; Ali Hafif, *İslâm Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*, çev. Rahmi Yaran (İstanbul: Litera yayıncılık, 2009), 451; Abdülkerim ez-Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, çev. Ali Şafak (İstanbul: Kayıhan Yayınları, ts.), 508.

⁵ Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen Şeybânî, *el-Asl*, thk. Mehmet Boynukalın (Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1433/2012), 2/462; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/49; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-ğadir*, 6/294; Küçük Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 1/452.

⁶ İbn Receb, *Kavâid*, 259-267. Beğenme koşuluyla satış ile yenilik doğuran haklar arasındaki benzer bir ayrım için bk. Rabia Ünalı, *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkının Kullanılması* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017), 125, 129-130.

⁷ Şerkâvî de şart muhayyerliğinin ta'likî şart gücünde olduğunu, fakat sözleşmenin kendisini değil de hükmünü askıya aldığı için temlik akitlerinde ta'lik yasağına takılmadığını söylemiştir. Oysaki temlik akitlerinde sözleşmenin aslının askıya alınması yasak olduğu gibi hükümlerinin askıya alınması da yasaktır. bk. Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-Bey*, 19.

⁸ Muhammed Yusuf Musa, *el-Emval ve Nazariyyetü'l-Akd fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 452; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/539; Erkuş, *İslâm Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şarta Bağlılığı*, 143-145; Şâzelî, *Nazariyyetü'l-Şart*, 68, 180.

⁹ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/24; Bardakoğlu, “İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti”, 19; Aruçi, “Sâibe”, 35/366; Samar, “İslâm Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyidî Şartlar”, 509.

¹⁰ Şeybânî, *el-Asl*, 2/458; Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed Tahâvî, *Muhtasarı't-Tahavi* (Kahire: Dâru'l-Kitabi'l-Arabi, 1986), 75; Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, thk. İsmetullah İnyetullah Muhammed, Said Bektaş (Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye ve Dâru's-Sirâc, 1431/2010), 3/14; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/44; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'i'*, 7/290-291; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/29; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/484, 488.

Giriş

Kurulan bir sözleşmenin sonuçlarını doğurmasını bir tarafın isteğine bağlayan şart, tespit edilebildiği kadarıyla Roma hukukundan bu yana sözleşmelerde yer almaktadır. Bu şart Roma hukukunda “*Pactum Displientiae*”, Türk hukukunda “*Beğenme Koşulu*”, İslâm hukukunda da “*Şart Muhayyerliği*” gibi farklı şekillerde isimlendirilmiştir. İsimleri ve bazı hükümleri birbirinden farklı olsa da onların hepsi aynı amaca hizmet etmektedir. Nitekim kararsız alıcılar, onların şart koşulmasıyla özellikle değerli eşyaların alış verişinde sakince düşünebilme imkânı elde etmektedirler.¹¹ Satıcılar ise “beğenmezsen alma”, “denemesi bedava” gibi kampanyalarla malını daha iyi pazarlayabilmektedirler.¹² Sağladığı fayda göz ardı edilemediği için uygulamadan hiç kalkmasa da kişiye verdiği geniş yetkiler sebebiyle bu şartın hukuki niteliği her zaman tartışılmıştır.¹³ Genel kanı onun *geciktirici iradî şart* olduğu yönündedir.¹⁴

Şart muhayyerliği, bazı hukukçularca *takyidî şart* olarak görülmektedir.¹⁵ Fakat bu görüş, bizce aşağıda açıklayacağımız sebeplerden ötürü hatalıdır. Yine bazı hukukçular Türk hukukundaki beğenme koşuluyla satışın İslâm hukukunda *sevm-i şirâ*'ya (satış pazarlığı) tekabül ettiğini söylemişlerdir.¹⁶ Oysaki iki işlem birbirinden temelde farklıdır. Beğenme koşulu, bizce İslâm hukukunda şart muhayyerliğine karşılık gelmektedir. Bu çalışmada şart muhayyerliğinin hukuki niteliği hakkındaki karmaşa ortadan kaldırılmaya çalışılacaktır. Bunun için Türk hukukundaki beğenme koşuluyla satış üzerine yapılan incelemelerden de faydalanılacaktır. Mesele ele alınırken öncelikle şart muhayyerliğinin bir “hak” olması üzerinde durulacak, daha sonra onun genel olarak bir “şart” özelde ise “mutlak iradî şart” olduğundan bahsedilecektir. Son kısımda ise şart muhayyerliğinin kendisine benzeyen kurumlardan ayrımı yapılarak hukuki niteliğine netlik kazandırılmaya çalışılacaktır.

1. Kavramsal Çerçeve

“Şart muhayyerliği”, “şart” koşularak elde edilen bir “fesih hakkı” olması yönüyle “beğenme koşuluyla satış” ile büyük benzerlikler taşımaktadır. Bu sebeple onun hukuki niteliğini tespit edebilmek için şart, hak, şart muhayyerliği ve beğenme koşulu kavramları üzerinde durmak faydalı olacaktır.

1.1. Şart

Türk Borçlar Kanunu (TBK) şart kavramını tanımlamamıştır. Fakat doktrinde şart; hem hukuki işlemin etkisini ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlayan taraf veya tarafların

¹¹ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), I-1/295; Turgut Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 2/1557; Özlem Tüzüner, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmaları* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 183.

¹² Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 208.

¹³ Gökhan Antalya, *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1991), 2.

¹⁴ Aydın Zevkililer - Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 77-78; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 155-156, 212-213; Altan Fahri Gülerci - Ayşe Kılınç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 199.

¹⁵ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970), 6/23-24; Ali Bardakoğlu, “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1/1 (1983), 19; Muhammed Aruçi, “Sâibe”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2008), 35/366; Mahmut Samar, “İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyidî Şartlar”, *Marife Dini Araştırmalar Dergisi* 18/2 (2018), 509.

¹⁶ Hasan Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları* (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989), 112; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 30-32; Ahmet Akman, “İslam Hukuku, Mecelle ve Türk Hukukunda Beğenme Şartıyla Satış Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 63/1 (2022), 241.

koyduğu bir kayıt hem de bu kayıt ile hukuki işlemin sonucunun gerçekleşmesinin bağlandığı gelecekte meydana gelmesi ihtimalli olan olgu manasında kullanılmaktadır.¹⁷ Şartlar, geciktirici-bozucu, iradî-tesadüfî-karma şart gibi farklı ayrımlara tabi tutulmuştur.¹⁸ Konumuz olan iradî şart, gerçekleşmesi sözleşmenin taraflarından birinin irade beyanı veya iradî fiiline bağlı şarttır. Kendi içinde alelade (nispi) iradî şart ve mutlak iradî şart olmak üzere ikiye ayrılır.¹⁹

Mutlak, sırf veya tam iradî şart, şart kurumunun bir alt türüdür. Tamamen kişilerin keyfine bırakılmış şartlar bu isimle anılmaktadır. Örneğin kişinin “Canım isterse sana arabamı vermek üzere” diye yaptığı bir bağışlama, mutlak iradî şarta bağlanmıştır. Yapılan araştırmalara göre en basit şekliyle Roma hukuku klasik döneminde ortaya çıkan bu şart, modern kanunların neredeyse tamamında yer almaktadır. İlk olarak satılanın ayıplı çıkması bozucu şartı şeklinde ortaya çıktığı düşünülmektedir. Nitekim günümüzde geldiği aşamada hala, maldaki ayıbın tespit edilmesi fonksiyonunu da icra etmektedir. Bu sebeple Roma hukukunda bazı hukukçular bu şartı malda ayıp ve vadedilen vasıfların yokluğu durumunda alıcının talep hakkı ile birlikte ele almışlardır. Fakat malı beğenmeme sebebiyle fesih hakkı sözleşmede şart koşmayla, malın ayıplı çıkması sebebiyle fesih hakkı ise kanunen elde edildiği için birbirinden farklıdır.²⁰

Tüm iradî şarta bağlı sözleşmelerde hak sahibinin, özgür iradesiyle sözlü veya fiili olarak kararını bildirmesi gerekir. Alelade iradî şarta bağlanan sözleşmede şartı gerçekleştiren ikinci irade beyanının doğrudan hukuki işleme bir ilgisi yokken, mutlak iradî şarta bağlı sözleşmede ikinci irade beyanı “Bu sözleşme sonuç doğursun veya bozulsun.” şeklinde doğrudan hukuki işleme etki etmektedir. Örneğin beğenme koşuluyla satışta alıcının, “Ben bu malı beğendim ve alıyorum.” demesi doğrudan sözleşmenin varlığına yönelik bir irade beyanı olduğu için beğenme koşulu –onu kabul edenlerce-²¹ mutlak iradî şarttır.²² Fakat alıcının malı beğenmesi halinde zoraki olarak satın alması kararlaştırılırsa bu sözleşme alelade iradî şarta bağlı satış olmaktadır.²³ Çünkü bu durumda şartın kapsamı, yalın bir arzu değil sonradan malı denemeyle ortaya çıkacak ve açıklamayla belli hale gelecek bir durum olacaktır. Nitekim içki içme veya seyahat etme gibi maddi bir fiile ilişkin iradî şartta da içki içilmesi veya seyahat edilmesi halinde şartın bulunduğu hukuki işleme yönelik geçerli bir bağlanma iradesi vardır. Fakat seyahat edenin iradesi doğrudan hukuki işlemin sonucuyla ilişkili değildir. Hatta kişi seyahat etmişse, istemese de hukuki işlem doğmuş olmaktadır. Bu sebeple o da alelade iradî bir şarttır.²⁴

¹⁷ Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 48-51; Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992), 30-32, 185-186.

¹⁸ Gülerci - Kılınç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 197-199.

¹⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 1197-1198; Murat Aydoğdu - Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 301.

²⁰ Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 8, 15-16, 103; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 67-68.

²¹ “Şart Muhayyerliğinin Mutlak İradî Şart Olması” başlığında bahsedileceği üzere mutlak iradî şartı geçersiz gören hukukçular da vardır.

²² Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 67-68.

²³ Nihat Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 1/1329; Cevdet İlhan Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 901; William Shelby McKenzie, “Obligations - Potestative Conditions - Right to Terminate In Employment Contracts”, *Louisiana Law Review* 22/4 (Haziran 1962), 872-873; Julie de Coninck, “Parsimony in Contract Law – The Case of the Potestative Condition”, *European Review of Private Law* 15/6 (Haziran 2007), 857.

²⁴ Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 43-45; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 87-89, 91-95; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 69-70.

Mutlak iradî şart, alelade şarttan çok farklı ve mantıken çelişkili olduğu gerekçesiyle bazı hukukçular tarafından teknik anlamda şart olarak görülmemiştir.²⁵ Bu görüş doktrinde önemli yazarlarca savunulmuştur. Onlara göre “İleride istersem borçlanırım.” şeklinde bir ifade, sözleşme kuran gerçek bir irade beyanı değil, sadece kişinin gelecekte o işlemi yapmaya yönelik bir beklentisi olduğunu ortaya koymasındır. Kişiyi sözleşmeyle bağlı kılabilmek için gerçek bir irade beyanı gerekir.²⁶ Ayrıca bu durumda, taraflardan birinin keyfililiğine geniş bir ayrıcalık tanınarak iradesine bağlılığı ortadan kaldırmış olmaktadır. Bu, tarafların eşitliği ilkesine aykırıdır. Buna ek olarak mutlak iradî şartta bağlı işlem, iki tane irade beyanına bağlanmaktadır. Bu durumda ikinci irade beyanı birinci irade beyanının tekrarı olacağından bu işlem kabul edilemez.²⁷

Teknik manada şart, İslâm hukukunda *ta'likî şart* olarak yer almaktadır.²⁸ Ta'lik, bir şeyin varlığını başka bir şeyin gerçekleşmesine bağlamaktır. Ta'likî şart ise bir hukuki işlemin kurulmasını meydana gelmesi şüpheli bir olaya bağlamak manasına gelir.²⁹ Örneğin “Bu sene göreve atanırsam evimi sana satacağım.” şartlı işleminde evi satmanın atanmaya bağlanması ta'likî bir şarttır. Nitekim Türk hukukunda yapılan şart tanımlarında da onun sözleşmenin devamını belirsiz kılmasına dikkat çekilmiştir.³⁰ İslâm hukukunda aslen şart olmamasına rağmen *takyidî şart* olarak isimlendirilen bir işlem daha vardır. Takyidî şart, “Taraflardan birine, sözleşmenin aslından olmayan ve sözleşme anında var olmayıp gelecekte gerçekleşme ihtimali bulunan bir sorumluluk yükleyen şart” şeklinde tanımlanabilir. O, bazen alıcının elde ettiği mal ya da menfaatteki kimi tasarruflarını kısıtlamaya veya alıcıya ek menfaatler getirmeye yararken bazen de rehin ve kefalet şartında olduğu gibi sözleşmeyi desteklemektedir. Bu şartın bulunduğu sözleşme, kurulduğu andan itibaren varlığını sürdürmektedir. Şartın yerine getirilmemesi halinde ise hak sahibinin sözleşmeyi fesih hakkı doğmaktadır.³¹

1.2. Şart Muhayyerliği

İslam hukukunda, tarafların anlaşmasına veya hukukî bir gerekçeye dayanarak taraflardan birinin veya her ikisinin sözleşmeyi onama yahut feshetme şıklarından birini (tayin muhayyerliğinde birkaç maldan birini) seçme hakkına sahip olmasına *muhayyerlik* denir.³² Muhayyerlikler, fakihler tarafından genelde iki gruba ayrılmıştır. Birinci grupta hukuk tarafından vazolunduğu için tarafların sözleşmede şart koşmasına gerek duymadan sahip olduğu, “*hiyâru'n-nakîsa*” ve “*hiyâru'n-naks*” gibi isimlerle anılan *hükmi muhayyerlikler* yer alır. Bunlar, kişinin bir mala fahiş fiyatla, ayıplı veya eksik şekilde sahip olmak istemeyeceği ön kabulünden doğar. İkinci gruptaysa tarafların iç iradelerini yani özel istek ve arzularını gerçekleştirebilmeleri için

²⁵ Aydoğdu - Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 301.

²⁶ Bu sebeple Mısır Medeni Kanunu 267’de bir satış işleminin mutlak iradî şart şeklinde kurulabilmesi için geciktirici şarta değil bozucu şarta bağlanabileceği söylenmiştir. Çünkü bu şekilde ucu açık bir irade beyanının geçerli sayılabilmesi için sözleşmenin hükümleriyle beraber ortaya çıkmış olması gerekmektedir. bk. Hasan Ali Şâzelî, *Nazariyyetü’ş-şart fi’l-fikhi’l-İslâmî* (Riyâd: Dâru Kunûzi İşbilye li’n-Neşr ve’t-Tevzî, 2009), 25. Aksi halde ortada henüz tamamlanmamış bir sözleşme ve bir de yarım irade beyanı olmaktadır.

²⁷ Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 43-45; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 87-95; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 69-70.

²⁸ Nitekim modern hukukta da bazı kullanımlarda bu şartın ta'likî şart olarak isimlendirildiği görülmektedir. bk. Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 210.

²⁹ Burhan Erkuş, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şarta Bağlılığı* (Samsun: Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2005), 24.

³⁰ Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 48-51; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 30-32, 185-186.

³¹ Şâzelî, *Nazariyyetü’ş-şart*, 62-64; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 2/536-547.

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

şart koşmaları gereken iradî muhayyerlikler vardır. Bu muhayyerlikler, kişinin satın alacağı mal üzerine daha fazla düşünme imkânı tanıdığı için “*hıyâru't-teravvî*”, “*hıyâru't-teşehhî*”, “*hıyâru's-şehve*” gibi isimlerle anılmaktadır. Onların sözleşmeye eklenebilmesi için sözleşme kurulurken veya daha sonra bunun belirtilmesi gerekir. Dört mezhep tarafından kabul gören tek iradî muhayyerlik, şart muhayyerliğidir.³³

Şart muhayyerliği, klasik kaynaklarda *hıyâru's-şart*, *el-hıyâru's-şartıyyü*, *hıyâru't-teravvî*, *beyu'l-hıyâr*, *şartü'l-hıyâr*, *hıyaru's-selâs* vb. şekillerde isimlendirilmektedir. Sadece “*hıyâr*” denildiğinde de Hanefiler’de ve Mâlikîler’de şart muhayyerliği; Şâfiîler ve Hanbelîler’de ise meclis muhayyerliği veya şart muhayyerliği anlaşılmaktadır.³⁴ Kudûrî, şart muhayyerliği bulunan sözleşmeyi, “içinde fesih muhayyerliği bulunan sözleşme” olarak ifade etmiştir.³⁵ Hanefî âlim Cürcânî de (ö. 816/1413) şart muhayyerliğini “tarafardan birinin üç gün veya daha az muhayyerlik şart koşması” şeklinde tanımlamıştır.³⁶ Şâfiî fıkıh literatüründe de muhayyerlikler (iradeye bağlı) teşehhî ve (maldaki eksiklikten kaynaklı) nakîsa muhayyerliği şeklinde ikiye ayrılarak şart ve meclis muhayyerliklerinin yer aldığı teşehhî muhayyerlikleri şu şekilde tanımlanmıştır: “Tarafların, malda bir kusur olmasını beklemeksizin karşılıklı rızayla birbirlerine verdikleri, sebebi meclis ve şart koşma olan muhayyerliklerdir.”³⁷ Mâlikî eserlerinde de İbn Arafe (ö. 803/1401) tarafından yapıldığı söylenen tanımda şart muhayyerliği bulunan satış sözleşmesi, “kesinleşmesi (lüzûmu) onaya bağlı olarak baştan itibaren beklemeye alınan sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır.³⁸ Hanbelîler’de en erken Haccâvî’den (ö. 968/1560) aktarılabilecek şu tanım ise muhayyerliğin sözleşmeye eklenme zamanı ve süresine vurgu yapmıştır: Şart muhayyerliği, tarafların sözleşme anı veya sonrasında iki muhayyerlik (şart veya meclis muhayyerliği) esnasında sözleşme lâzım olmadan önce –ne kadar uzun olduğuna bakılmaksızın, mal süre sonuna kadar dayanmayacak olsa bile- muayyen bir süreyle şart koşmadır.³⁹ Özet olarak şart muhayyerliğini, sözleşmenin nefâzı ya da feshinin kendisine bağlandığı, belirli bir süre içinde gerçekleşmesi beklenen mutlak iradî onay veya fesih hakkı şeklinde tanımlamak mümkündür.

1.3. Beğenme Koşuluyla Satış

Bu işlem 818 sayılı Borçlar Kanununda “Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım” (BK m. 219), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise “Beğenme Koşuluyla Satış” (TBK m. 250) ismiyle yer almıştır.⁴⁰ Beğenme koşuluyla satış, alıcının satılanı deneyerek veya gözden geçirerek beğenmesi koşuluyla yapılan satıştır. Alıcının satılanı beğenmesi, iradî geciktirici şarttır. Alıcı,

³³ Ebü'l-Berekât Ahmed b. Muhammed Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir 'alâ Muhtaşarı Sîdî Halîl*. (*Hâşiyetü't-Desûkî ile beraber*) (Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.), 3/91; Ebü Muhammed Abdülbâkî Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî ale Muhtaşarı Halîl*, thk. Abdüsselam Muhammed Emin (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1422/2002), 5/197; Ebü Zekerıyyâ Yahyâ b. Şeref Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*, thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd vd. (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1438/2017), 193; Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzî'l-Minhâc*, thk. Abdürrezzak Şuhûd En-Necm (Suriye-Dımaşk: Darül Feyha-Dâru'l Menhel Naşirun, 1430/2009), 2/597.

³⁴ Abdü's-Settar Ebü Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhü fi'l-ukûd* (Kuveyt: Matbaatü Makhavî, 1405/1985), 1/191-192.

³⁵ Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Kudûrî, *et-Tecrîd* (Kahire: Dâru's-Selam, 1427/2006), 5/2246.

³⁶ Seyyid Şerîf Cürcânî, *et-Ta'rîfât* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1403/1983), 102.

³⁷ Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb Şirbînî, *el-İknâ' fi halli elfâzî Ebî Şücâ'*, thk. Mektebü'l-Buhûs ve'd-Dirâsât (Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.), 2/283; a.mlf., *Muğni'l-muhtâc*, 2/596-597.

³⁸ Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl li-şerhi Muhtaşarı Halîl* (Dâru'l-Fikr, 1412/1922), 4/409; Kurul, *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye* (Kuveyt: Dâru's-Selâsil, 1404), 2/76-77.

³⁹ Ebü'n-Necâ Şerefüddîn Haccâvî, *el-İknâ' fi fikhü'l-İmam Ahmed*, thk. Abdüllatif Muhammed Musa es-Sübki (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 2/85.

⁴⁰ Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 2/512.

onunla satılanı kabul etme veya dilerse hiçbir sebep göstermeksizin iade etme hakkına sahip olur. (TBK m. 249)⁴¹

Beğenme koşuluyla satışın borçlar kanununa girmesiyle tamamen bir tarafın keyfine bırakıldığı bir işlem kanunlaştırılmıştır. Öyle ki isminde beğenme, tecrübe ve muayene kelimeleri geçmesine rağmen hak sahibinin sözleşmeyi onaylayıp feshedebilmesi için bunlardan hiçbirini yapması gerekli görülmemiştir. Hatta bu hakka sahip kişi, malı beğendiğini söyleyip sözleşmeyi feshetme hakkına da sahiptir. İsmine deneme veya muayenenin zikredilmesinin sebebi, bu şartın çıkış noktasının ve temel amacının malı denemek olmasıdır. Bu sebeple onun, alıcının onaylaması şartına bağlı satış olarak isimlendirilmesi daha uygundur.⁴²

Bu satış türünün kökeni Roma hukukundaki “*pactum*”lara dayanır. Barış ve uyuşma manasına gelen “*pax*” kökünden türeyen “*pactum*” (anlaşma) tabiri, özel hukuk alanında Roma hukukunu oluşturan *İus Civile*'in tanımadığı sözleşme tipleri için kullanılırdı. Hukuk, bu anlaşmaların yapılmasına karşı çıkmaz ama ona uyulmaması halinde de mağdur tarafa dava hakkı vermezdi. Zamanla *İus Civile*, bazı ek anlaşmaları tanıyarak koruma altına aldı. Güçlü hukuki yetkileri olan “*Pretorlar*” da bazı anlaşmaları güvenceleri altına alarak rızaya dayalı (rızâ) sözleşmelerin çerçevesini genişlettiler.⁴³ Bu anlaşmalardan biri olan “*Pactum Displicentiae*”, alıcının satın aldığı malı beğenmemesi halinde belirli süre içinde iade hakkını ifade eder. *Digesta*'da “Satılan şey belirli bir süre içinde hoşuna gitmezse geri verilsin.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu anlaşmayla sözleşmeyi sona erdirmek, tamamen alıcının iradesine bırakılmıştır. Onu hem geciktirici hem de bozucu şarta bağlı olarak yapmak mümkündür.⁴⁴

1.4. Hak

Hak, hukuk düzeninin şahıslara tanıdığı ve koruduğu mali değeri olan maslahatlardır.⁴⁵ Hak üzerine yapılan ayrımlardan biri, aynî hak-şahsî hak (alacak hakkı) şeklindedir. Aynî hak, bir kimseye bir eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet ve en geniş yetkileri sağlayan, bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilir haktır. Dış dünyada varlığı olan bir eşya üzerinde kurulur. O eşyayı elinde tutan herkesten talep edilebilir. Alacak hakları ise bir eşya üzerinde sabit olmayan, borçlu ve alacaklı arasındaki ilişkiye bağlı olarak borçlunun zimmetinde sabit olan haktır. (deyn) Sadece borçludan talep edilebilir.⁴⁶

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

⁴¹ Fahrettin Aral - Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 218; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 155-156; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, I-1/295; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1557.

⁴² Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 6-9.

⁴³ Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (İstanbul: Der Yayınları, 2012), 262-263; Duygu Tahan, “Roma Hukuku’nda Alım Satım Akdine Bağlı Pactumlar”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/1 (2017), 202-203.

⁴⁴ Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 132-133; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2005), 218; Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, 92-93; Tahan, “Roma Hukuku’nda Alım Satım Akdine Bağlı Pactumlar”, 214-215.

⁴⁵ Abdürrezzak Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Beirut: Dâru İhyâ-i Tûrâsî'l Arabî, 1953), 1/9.

⁴⁶ Mustafâ b. Ahmed b. Muhammed Zerkâ, *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku*, çev. Servet Armağan (İstanbul: Timaş Yayınları, 1993), 3/781-791; Hasan Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000), 137, 271.

bir konumda olan “hak” ise üst kavram olan hakkın özel bir alt-terim anlamıdır. “*Hukuk*”, “*yarı aynî hak*” ve “*aynî hak benzeri*” gibi kullanımları olan bu hak, eşya üzerinde sabit olan fakat milk niteliği taşımayan yetkileri ifade eder.⁴⁷

Aynî hak benzeri (yarı aynî) haklar beş grupta incelenebilir: *Hakku'l-milk*, *hakku't-temellük*, *hakku'l-ih-tisâs*, *hakku't-taalluk* ve *hakku'l-intifâ*. Bunlardan ilk ikisi, milke dönüşme ihtimali yüksek olan haklardır. *Hakku'l-milk*, sebebi oluşmuş fakat bir nedenle milke dönüşmemiş bir yarı aynî haktır. Onun milke dönüşmesi için irade beyanı gerekmeyip, sadece milk ile arasındaki engelin kalkması beklenir. Örneğin mükâteb kölenin, kazandığı paraya sahip olabilmesi için özgür olması veya gazilerin ganimete tam olarak mâlik olabilmesi için ganimetin taksim edilmesi gerekir. *Hakku'l milk*, eşya üzerinde kurulmuş müteekkit bir hak olması yönüyle milk vasfı taşıdığından milke en yakın haktır. Aynî hakkın dış muhtevasına yani herkese karşı ileri sürülebilir olma özelliğine sahiptir. Bu sebeple *hakku't-temellükten* güçlüdür. *Hakku't-temellük* ise tek taraflı iradenin kullanılması ile milke dönüşecek olan bir haktır. Örneğin kendisine icap yöneltilen kişinin kabul hakkı, şuf'a hakkı sahibinin hisse üzerindeki hakkı ve sözleşmeyi yapan kişinin fesih hakkı (fesihle mülkiyet eski sahibine döndüğü için) hak sahibinin iradesini ortaya koymasıyla milke dönüşmektedir. Görüldüğü gibi *hakku't-temellük* sadece bir irade açıklama yetkisi olduğu için *hakku'l-milk* aksine eşya üzerinde sabit olmaz. Kişiyeye ait bir vasıf olduğu için mücerret haklar kategorisinde değerlendirilir.⁴⁸

Türk hukukunda *yenilik doğuran haklar*, *hakku't-temellük* ile benzerlikler arz etmektedir. Yenilik doğuran haklar, belli bir kişiye ait olan ve onun tek yanlı irade beyanı ile bir hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya ortadan kaldırmasını mümkün kılan haklar demektir. O, kurucu, değiştirici ve bozucu yenilik doğuran haklar olarak üçe ayrılır. Kurucu yenilik doğuran hak, bir tarafa sözleşmeyi tek taraflı iradesiyle başlatma, bozucu yenilik doğuran hak ise sonlandırma imkânı ve üstünlüğü veren haktır.⁴⁹ Aşağıdaki başlıkta şart muhayyerliğinin yenilik doğuran hak olması üzerinde de durulacaktır.

2. Şart Muhayyerliğinin “Hak” Olması

Klasik kaynaklarda yapılan bazı şart muhayyerliği tanımlarında onun bir muhayyerlik olduğu ifade edilmiştir. Muhayyerlik de fesih hakkı manasına gelmektedir.⁵⁰ Modern dönemde yapılan bazı tanımlarda ise, şart muhayyerliğinin bir fesih hakkı olduğu açıkça zikredilmiştir.⁵¹

Aynî hak benzeri (yarı aynî) haklar incelendiği zaman şart muhayyerliğinin, *hakku't-temellük* olduğu görülmektedir. Çünkü öncelikle ikisi de kullanıldığında kişiye milk niteliğinde bir hak vermektedir. Şart muhayyerliği bulunan bir satış sözleşmesinde malın mülkiyetinin kimde olduğuna dair mezhepler arasında farklı görüşler vardır.⁵² Fakat muhayyerlik esnasında malın

⁴⁷ Zerkâ, *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku*, 1/218-221, 3/806; Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 41, 122-125.

⁴⁸ Ebû'l-Ferec Zeynüddîn Abdurrahmân İbn Receb, *Kavâidü İbn Receb*, thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Hasan Âli Selmân (Suudi Arabistan: Dâru İbn Affân li'n-Neşr ve't-Tevzi', 1419), 2/259-282; Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 236-244.

⁴⁹ Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 122-123; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 112-113.

⁵⁰ Şart muhayyerliğinin klasik dönemde yapılan bazı tanımları için bk. Dipnot 3.

⁵¹ Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/195; Ali el-Bedri Ahmed Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-Bey*, 1990, 15; Ali Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*, çev. Rahmi Yaran (İstanbul: Litera yayıncılık, 2009), 451; Abdülkerim ez-Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Ali Şafak (İstanbul: Kayıhan Yayınları, ts.), 508.

⁵² Mezhep içinde ihtilaflar bulunmakla birlikte Hanefî'ler ve Şâfiîler, muhayyer olanın tercih süresi esnasında mala sahip olduğunu söylerken, Mâlikîler süre bitene kadar malın satıcıya, Hanbelîler ise müşteriye ait olacağına hükmetmişlerdir. bk. Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1414/1993), 13/50, 65; Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'*, thk. Şeyh Ali Muhammed Muavviz, Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2010), 7/285-

mülkiyetinin hala satıcıda olduğunu kabul edenlere göre onayla mal müşteriye geçecektir. Malın mülkiyetinin satıcıya geçmiş olduğunu kabul edenlere göre ise fesihle mal tekrar alıcıya dönecektir.⁵³ Her iki durumda da taraflardan biri için yeni bir mülkiyet oluştuğuna göre şart muhayyerliğinin hakku't-temellük olduğu söylenebilir. Bu görüşü destekleyecek diğer benzerlikler ise şu şekilde sıralanabilir: Hem hakku't-temellük hem de şart muhayyerliği kullanıldıktan hemen sonra sonuçlarını kesin olarak doğurur ve geri de alınmaz. Her ikisi de kullanılması için karşı tarafın iznine veya hâkim kararına gereksinim duymaksızın hak sahibinin tek taraflı iradesiyle geçerli olur. Yine her biri asli birer hak değil asli hakka veya hukuki ilişkiye bağlı fer'î birer haktır. Bu sebeple ikisi de tek başına var olmaz ama asli hakkın varlığına etki eder. Yine her biri tercih hakkı olduğu için genelde belli bir süre içinde kullanılır.⁵⁴

Şart muhayyerliğinin bir hakku't-temellük olduğu kabul edildiğinde onunla Türk hukukundaki yenilik doğuran haklar arasında da bir bağ kurulmuş olmaktadır. Çünkü hakku't-temellük, sağladığı yetkilerle yenilik doğuran haklara benzemektedir.⁵⁵ Nitekim şart muhayyerliğinin Türk hukukundaki karşılığı olan beğenme koşulunun da sözleşmenin feshini sağladığı için bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelenmesi mümkün görülmüştür.⁵⁶ Öyle ki aynı şartın Roma hukukundaki karşılığı olan *pactum displicentiae*'nin de *bozucu yenilik doğuran hak* olduğu bazı yazarlarca dile getirilmiştir.⁵⁷ Fakat şunu da belirtmek gerekir ki beğenme koşuluyla satış, kurucu veya değiştirici yenilik doğuran hak olarak kabul edilmemiştir. Çünkü bir hakkın yenilik doğuran hak olabilmesi için hukuki ilişkide bir yenilik gerçekleştirilmesi gerekir. Bu da bir hakkın veya hukuki ilişkinin kurulması, içeriğinin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi ile olur. Oysa beğenme koşuluyla satışta malın mülkiyetinin nakli onayla birlikte gerçekleşse de sözleşme önceden kurulmuştur. Bu da onun kurucu yenilik doğuran hak olmasını engellemektedir. Şart muhayyerliği bulunan sözleşme de onay öncesinde zaten kurulmuş olduğu

286; Kemâlüddin Muhammed İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir li'l-'âcizi'l-fakîr*, thk. Abdürrezzak Galib el-Mehdi (Beirut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1438/2017), 6/276, 284-285; Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, thk. Zekeriyâ Umeyrât (Beirut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1997), 6/20; Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dimaşkî İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, thk. Ebû Bilal Cemal b. Abdu'l-Âl (Beirut: Dâru'l-Alemiyye li'n-Neşr ve't-Tevzi, 1433/2012), 6/479; Ebû İshâk Cemâlüddin İbrâhîm Şîrâzî, *el-Mühezzeb (el-Mecmû içinde)*, thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd vd. (Beirut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1438/2017), 10/234; Nevevî, *el-Mecmû*, 12/236-237; Ebü'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye fi telhîşi mezhebi'l-Mâlikîyye*, thk. Macid el-Hamevî (Beirut: Dâru İbn Hazm, 1434/2013), 455-456; Halil b. İshâk b. Mûsâ Cündî, *et-Tavzîh Şerhu Muhtasar-ı İbni'l-Hacib*, thk. Ahmed b. Abdilkerîm Necîb (Beirut: Dâru İbn Hazm, 1433/2012), 5/400; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî ale Muhtasarı Halil*, 5/217; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, *el-Muğni*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ (Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009), 6/51-53; Ebû İshâk Burhânüddin İbrâhîm İbn Müflih, *el-Mübdî 'fi şerhi'l-Muğni* (Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003), 3/409-410.

⁵³ Ebü Abdillâh Muhammed b. el-Hasen Şeybânî, *el-Asl*, thk. Mehmet Boynukalın (Beirut: Dâru İbn Hazm, 1433/2012), 2/462; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/49; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/294; Küçük Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 1/452.

⁵⁴ İbn Receb, *Kavâid*, 259-267. Beğenme koşuluyla satış ile yenilik doğuran haklar arasındaki benzer bir ayrım için bk. Rabia Ünalı, *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkının Kullanılması* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017), 125, 129-130.

⁵⁵ Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 241.

⁵⁶ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 128-130. Fakat beğenme koşuluyla satış, başlangıçta her iki yanı da kesin olarak bağlayıp borçlu kılmuş bir alım satım sözleşmesinden belirli bir süre içerisinde serbestçe dönme hakkı (bozucu yenilik doğuran hak) olarak görmek yerine iradî geciktirici şart olarak kabul etmek, tüketicinin çıkarlarına daha uygundur. Çünkü ikinci durumda alıcının sadece satıcıya zarar verebilecek bazı davranışlardan kaçınma sorumluluğu vardır. Onun haricinde semeni ödeme borcu veya malın tazmin sorumluluğunu üstlenme gibi yükümlülükleri yoktur. Tüm risk satıcının omuzlarındadır. bk. Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 209.

⁵⁷ Harun Demirbaş, *Yenilik Doğuran Haklar* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006), 8.

için şart muhayyerliğinin kurucu yenilik doğuran bir hak olduğundan bahsedilemez. Sözleşmenin kurulduğu andaki içeriği ile onaylandığı andaki içeriği aynı olduğuna göre onun ve beğenme koşununun, değiştirici yenilik doğuran birer hak olması mümkün değildir.⁵⁸

Netice olarak şart muhayyerliği, kişiye ileride sözleşme onaylanırsa milke dönüşecek, hukuk tarafından korunan⁵⁹ bir hak (haku't-temellük) vermektedir. Nitekim şart muhayyerliği ile alınan mal, sadece borçludan değil üçüncü kişilerden de talep edilebilmektedir. Örneğin bu mal satıcı tarafından başka birine satılırsa alıcı, isterse onu diğer alıcıdan geri alabilmektedir. Bu durum muhayyer alıcının mala sahip olması veya sahip olduğu tercih hakkı sebebiyle mal üzerinde tasarrufa daha fazla yetkili olmasından kaynaklanıyor olmalıdır.⁶⁰ Şart muhayyerliği bu yönüyle her ne kadar aynî bir hak görünümü çizse de aslen mücerret⁶¹ bir tercih hakkı olduğu için onun satışa konu olan maldan ayrı mali bir değeri yoktur.⁶²

3. Şart Muhayyerliğinin “Şart” Olması

Modern hukukçuların bir kısmı şart muhayyerliğini takyidî şartlar grubunda ele almışlar, nas ile desteklenen bir şart olduğu için de onu sahih şartlar grubunda değerlendirmişlerdir.⁶³ Onun ta'likî şartlarla var olan yakın benzerliklerini fark edenler de olmuştur. Fakat bizce birkaç sebepten hukukçular onun bir ta'likî şart olduğu tespitini yapmakta zorlanmaktadır: 1. İslâm hukuku mülkiyetin naklini gerektiren sözleşmelerde ta'likî şarta izin vermemektedir. 2. Ta'likî şartın, sözleşme hükümlerini “istersem borçlanırım” şeklinde kişinin mutlak iradesine değil de daha çok falanın gelmesi veya yağmurun yağması gibi somut olaylara bağladığı bilinmektedir.⁶⁴ 3. Hanefiler'e göre ta'likî şart, şart muhayyerliğinin aksine sözleşmenin kurulumunu da ileriki bir zamana ertelemektedir.⁶⁵ Bu da İslâm hukukçularının şart muhayyerliğini ta'likî şartlar grubunda ele almasını engellemiş olmalıdır. Oysaki şart muhayyerliğinin takyidî şart olması da uygun değildir. Çünkü takyidî şartları ta'likî şartlardan ayıran temel vasıf, onun sözleşmenin kurulumu veya bedellerin mülkiyetinin naklini engellemeyerek sadece sözleşmenin hükümlerini düzenlemesidir.⁶⁶ Şart muhayyerliği bulunan sözleşmeyle çoğunluğa göre muhayyerlik sahibi

⁵⁸ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 256; Hakan Yılmaz, *Beğenme Koşuluyla Satış* (Antalya: Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 47.

⁵⁹ Bir hakka sahip olabilmek için gerekli şartların gerçekleşmesi bazen zaman alır. Bu süre zarfında hakkı kazanmayı bekleyen şahsın korunması gereği, beklenen hak düşüncesini ortaya çıkarmıştır. Hakkın kazanılması, bazen ona sahip olacak kişinin onay vermesi, belirli bir sürenin geçmesi veya mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta paranın tam olarak ödenmesi gibi belirli bir şartın gerçekleşmesine bağlanabilir. Bu durumda, bahsedilen şartların gerçekleşeceği zaman dilimi “bekleme dönemi”, bu dönemde henüz elde edilmemiş olan hak da “beklenen hak” olarak isimlendirilmektedir. Beklenen hak, gerçek hakkın bir ön aşaması olduğundan onu, kelebeğe dönüşmek üzere olan bir koza veya bebeğin embrio hali olarak tasvir edenler olmuştur. Gebe bir hayvanın doğumundan elde edilmesi beklenen yavru, yapılan bir ticari işlemde elde edilmesi beklenen kâr, beklenen hak değil sadece ümittir. Beklenen hakkı ümitten ayıran vasıf, onun hukuk tarafından korunmasıdır. Kimse beklenen hak sahibinin menfaatine zarar verecek şekilde tasarrufta bulunamaz. Hak sahibi, isterse onu devredebilir veya rehnedebilir. bk. Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, 115-116.

⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/60; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/285; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/20.

⁶¹ Mücerret haklar, milk niteliği taşımayan, bir mahalde sabit olmamış, başkasının milki üzerinde salt bir irade kullanma yetkisi veren haklardır. bk. Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 126.

⁶² İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 3/411.

⁶³ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, 6/24; Bardakoğlu, “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti”, 19; Aruçi, “Sâibe”, 35/366; Samar, “İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyidî Şartlar”, 509.

⁶⁴ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/244; Recep Özdemir, “İslâm Hukukunda Şart Muhayyerliği”, *İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7/1 (03 Şubat 2017), 152.

⁶⁵ Bu hüküm Mecelle'de şu şekilde ifade edilmiştir: Şartın sübutu halinde ona muallak olan şeyin sübutu lâzım olur. bk. Mustafa Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kaideleri* (İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2012), 175-176.

⁶⁶ Mahmut Samar, *İslâm Borçlar Hukukunda Akitlerde Ca'li Şartlar* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2015), 23.

açısından askıdadır.⁶⁷ Ayrıca hem şart muhayyerliği hem de ta'likî şart, kişinin sözleşme fırsatını kaçırmadan düşünmek ve olayların gidişatını görmek için zaman kazanmasını sağlamaktadır. Evini satmayı başka bir ev satın almaya bağlayan (ta'lik eden) kişinin de, şart muhayyerliği ile bir ev satın işler istediği gibi gitmediğinde sözleşmeden dönme imkânını saklı tutan kişinin de amacı aynıdır. Oysa takyidi şartlar kişilere bu imkânı sunmamaktadır. Bizce bu sebeplerle şart muhayyerliği, Hanefiler açısından tam olarak aynı olmasa da ta'likî şartlar grubuna daha yakındır.⁶⁸ Hatta diğer üç mezhebin görüşleri esas alındığında onun tam olarak bir ta'likî şart olduğu söylenebilir. Çünkü bu mezhepler Hanefiler'in aksine ta'likî şartın sözleşmenin kurulmasına değil sadece hükümlerinin doğmasına engel olduğunu düşünmektedir.⁶⁹

Mülkiyetin naklini gerektiren sözleşmelerde ta'likî şartın yasak olması meselesine gelince, öncelikle konu hakkında nas olması sebebiyle neredeyse kimse şart muhayyerliğinin meşruiyetine itiraz etmemiştir. Hatta bazı hukukçular bu muhayyerliği sırf hakkında hadis olduğu için kabul ettiğini söylemişlerdir.⁷⁰ Bu sebeple çoğunluk, satış sözleşmesinin şart muhayyerliği ile ta'likî şarta bağlanmasını istisnaî bir hüküm olarak kabul etmiştir. Hanbelîler ise şart muhayyerliğinin sözleşme hükümlerinin doğmasına mani olmadığını kabul ederek bu muhayyerlikle yapılan sözleşmeyi şartsız sözleşmeye kıyas etmişlerdir.⁷¹ Fakat bu durumda sözleşmenin hükümleri doğsa da aslı hala şarta bağlı olduğundan bizce problem tam olarak çözülmüş değildir. Eğer mülkiyetin naklini gerektiren sözleşmelerde ta'likî şart koşulması yasağı, hukukçuların garar (belirsizlik) ve tarafların anlaşmazlık yaşaması (niza) korkusuyla açıklanırsa problem daha kolay çözülebilecektir. Nitekim şart muhayyerliği bulunan sözleşmede hadis ve mevcut örf desteğiyle anlaşmazlık çıkma ihtimali büyük oranda ortadan kalktığı için yasaklık hükmünün oluşmadığına hükmedilebilecektir.⁷² Bu şekilde şart muhayyerliğinin ta'likî bir şart olduğu rahatlıkla söylenebilecektir.

4. Şart Muhayyerliğinin “Mutlak İradî Şart” Olması

Mutlak iradî şartın İslam hukukundaki uygulaması olan şart muhayyerliğini incelediğimiz zaman onun alelade şartlardan ayrımının yapıldığına rastlayamadık. Bu sebeple beğenme

⁶⁷ Kâsânî, *Bedâ'î u'ş-şanâ'î*, 7/280; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, 10/234; Nevevî, *el-Mecmû'*, 236-237; Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müttakîn*, thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Şeyh Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1434-2013), 3/112-113; Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref Nevevî, *Minhâcu't-tâlibîn (Muğni'l-muhtâc içinde)*, thk. Abdürrezzak Şuhûd En-Necm (Suriye-Dimaşk: Dâru'l-Feyha - Dâru'l-Menhe'l-Nâşirün, 1430/2009), 2/610; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/610-611; Ebû'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed Karâfi, *ez-Zahîre* (Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslami, 2015), 5/31-32; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fıkhiyye*, 455-456; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/400; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî ale Muhtasarı Halîl*, 5/217; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-Bey*, 53.

⁶⁸ Şerkâvî de şart muhayyerliğinin ta'likî şart gücünde olduğunu, fakat sözleşmenin kendisini değil de hükmünü askıya aldığı için temlik akitlerinde ta'lik yasağına takılmadığını söylemiştir. Oysaki temlik akitlerinde sözleşmenin aslının askıya alınması yasak olduğu gibi hükümlerinin askıya alınması da yasaktır. bk. Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-Bey*, 19.

⁶⁹ Muhammed Yusuf Musa, *el-Emval ve Nazariyyetü'l-Akd fi'l-Fıkhü'l-İslâmî*, 452; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/539; Erkuş, *İslâm Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şarta Bağlılığı*, 143-145; Şâzelî, *Nazariyyetü'ş-Şart*, 68, 180.

⁷⁰ Ekmelüddin Muhammed b. Mahmûd Bâbertî, *el-İnâye* (Lübnan: Dâru'l-Fikr, ts.), 6/299.

⁷¹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/51-53; İbn Receb, *Kavâid*, 3/302-309; İbn Müflih, *el-Mübbidî*, 3/409-410; Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddin Buhûfî, *Keşşâfü'l-kunâ' 'an metni'l-İknâ'* (Beyrut: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1403/1983), 3/205-206.

⁷² Senhûrî bu konuda şöyle söylemiştir: “Fukahânın garar anlayışında zaman ve çevrenin değişiminin önemli etkisi vardır. Günümüzde garar kavramına daha müsahahalı bir bakış geliştirmemiz gerekmektedir. Öyle ki geçmiş asırlarda fahiş garar (belirsizlik) içerdiği düşünülen meselelerin günümüzde iktisadi hayatın gelişimi sebebiyle düşük garar içerdiği görülmektedir. Dogmatik kaideler yerine esnek bakış açısına sahip olan hukuk sistemleri daima ilerleme kaydederek zamana ayak uyduracaktır.” bk. Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, 3/38.

koşulunun hukuki niteliğine dair araştırmalardan faydalanmak, şart muhayyerliğinin mutlak iradî bir şart olduğu tespitini yapabilmemizi kolaylaştıracaktır.

Mutlak iradî şartı kabul etmeyen bazı hukukçular, beğenme koşuluyla satış sözleşmesini yalnızca istisnâ bir düzenleme olarak görmüşlerdir. Onlara göre bu sözleşme, ticari hayatın gereksinimleri sebebiyle doktrin tarafından geliştirilmiştir.⁷³ Mutlak iradî şartı kabul etmeyip beğenme koşuluyla satışı bir istisna olarak görmek istemeyen hukukçular ise bu işlemi farklı kurumlarla açıklamaya çalışmışlardır. Hukukçu Antalya, bu görüşleri “icap teorisi” ve “sözleşme teorisi” şeklinde başlıklandırmıştır. Sözleşme teorisini kabul edenlerin zikrettiği kurumlar; “ön sözleşme”, “isimsiz-aynî sözleşme”, “opsiyon” ve “şart”tır. Bu görüşlerin açıklaması aşağıdaki gibidir:⁷⁴

- İcap teorisinin sahipleri, sözleşmenin başlangıçta kurulmadığını ve sadece satıcının, alıcı malı deneyene kadar icabı ile bağlayıcı olduğunu söylemektedirler.

- Ön sözleşme görüşünü savunanlar, başlangıçtaki irade beyanlarının tarafları ileride yapılacak olan sözleşmeyi kurma borcu altına soktuğunu kabul etmektedirler. Bu durumda satıcı elindekini satmayı taahhüt etmekte, alıcı ise sadece malı alma isteğini dile getirmiş olmaktadır. Mülkiyetin naklini sağlayacak olan asıl sözleşme henüz kurulmamıştır.

- İsimsiz-aynî sözleşme görüşüne göre sözleşmenin sonuçları, irade beyanlarına ek olarak malın alıcıya teslimiyle meydana gelmektedir. Alıcı, deneme koşuluyla malı elinde tutmak istiyorsa semeni ödemelidir.

- Opsiyon görüşüne göre önceki sözleşme, sonraki sözleşmeyi kurma hakkını vermektedir. Opsiyon hakkı, kurucu yenilik doğuran bir haktır. Yani asıl sözleşme, beğenme-onay iradesi ortaya konduktan sonra kurulmaktadır. Bu görüş birkaç sebepten eleştirilmiştir. Opsiyon sözleşmesinin aksine beğenme koşulunda sözleşme onay anında değil ilk anda kurulmaktadır. Mal alıcının elindeyken sessiz kalınması onay sayılmaktadır. Taraflar dilerse onaylama kararını alelade bir şart olan istenilen vasıflar varsa onaylama şartına bağlayabilir. Bunların hiçbirisi -bir yenilik doğuran hak olduğu için- opsiyonda mümkün değildir.

- En son görüş olan şartlı sözleşme teorisine göre de farklı açıklamalar yapılmıştır. Bir grup; sözleşmedeki şartın, satılanın beğenilmesi olduğunu ve beğenme halinde sözleşmenin reddedilemeyeceğini söylemiştir. Bu görüş, beğenme koşuluyla satışın -irade kısıtlaması yüzünden- alelade şartlı satıştan bir farkının kalmayacağı sebebiyle eleştirilmiştir. Diğer bir grup ise şartın mutlak arzu değil malı kullanma veya satma gibi arzuya bağlı fiil olduğunu kabul etmiştir. Bu fiilin objektif ve şüpheli olduğu için şart olarak kabul göreceği söylenmiştir. Fakat burada sözleşme bir fiile bağlandığı için bunun da alelade şarttan bir farkı kalmamaktadır.

Mutlak iradî şartı kabul edenlere göre bu irade beyanında mantıkî bir çelişki yoktur. Bu şartın bulunduğu sözleşmede, kurucu ve tamamlayıcı iki irade beyanı vardır.⁷⁵ Birincisi

⁷³ Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 43-45; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 87-95; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 69-70.

⁷⁴ Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 119-161; Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 70-71.

⁷⁵ Türk hukukunda bir sözleşmenin üç unsuru vardır. Bunların birincisi olan “kurucu unsurlardan” en önemlisi irade beyanıdır. Kurucu unsurun olmaması halinde sözleşmenin hükmü “yokluk”tur. İkinci sıradaki “geçerlilik unsurları” sözleşmenin kurulması için değil, fakat bâtil veya iptal edilebilir olmaması için gerekli olan yan unsurlardır. Üçüncü sıradaki “tamamlayıcı unsurlar” ise kurulan sözleşmenin hüküm doğurması için gerekli olan unsurlardır. Onların yokluğu halinde sözleşme bâtil olmamasına rağmen henüz hükümleri doğmamıştır. bk. Haluk N. Nomer, *Borçlar*

sözleşmenin kurulması için gereklidir. İkinci irade beyanı ise kurucu irade beyanından tamamen farklı ve mutlak iradî şartı gerçekleştiren tamamlayıcı unsurlardandır. Birincisi ile sözleşme kurulurken ikincisi ile hükümler doğmaktadır. Beğenme koşuluyla satışta da alıcı, mutlak iradesiyle sözleşmeyi onaylama hakkını elinde tutmaktadır. Sözleşme icap-kabulle kurulmuş olup hükümlerinin doğumu, alıcının onaylaması geciktirici şartına bağlanmıştır. Karşı çıkanların söylediği gibi sözleşmeyi kuran irade beyanı “sözleşme yapmak istersem isterim” şeklinde anlaşılırsa tabi ki onda bir çelişki olacaktır. Fakat bu beyan, “gelecekte isteyecek olursam isterim” şeklinde anlaşılırsa ortada problem kalmayacaktır. Bu durumda aynı anda iki farklı iradeden değil, biri şimdiki zamanda var olan biri de gelecek zamanda ortaya çıkacak olan iki iradeden bahsedilmiş olur.⁷⁶

Beğenme koşuluyla satış ve şart muhayyerliği büyük oranda birbirine benzemektedir. Bu tarzda geniş bir yetkinin İslâm borçlar hukukunda başka bir örneği yoktur. Böyle bir sözleşmeyi, öngörülemez durumlardan hoşlanmayan ve mümkün olduğunca basit sözleşme yapılarını tercih eden İslâm hukukçularının kolayca benimsemesi beklenemez.⁷⁷ Fakat bu muhayyerliğe duyulan

Hukuku Genel Hükümler (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), 56-60; Ahmed M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 79-81, 126. İslam hukukunda da benzer bir ayırım vardır. Nitekim şart muhayyerliğinin sadece sözleşmenin hükümlerine etki ettiği ifade edilmiştir. İletin tahsisini kabul eden hukukçular, şart muhayyerliği bulunan satışın hükmen değil, ama ismen ve manen illet olduğunu söylemiştir. Onlara göre illetler bazı maniler sebebiyle tahsise uğrayabilir. İbnü'l-Hümâm bu manileri beş madde halinde saymıştır. Mecelle de bu ayırımı kabul etmiştir:

1. İletin in'ikâdına (kuruluşuna) mâni: Eğer sözleşmenin esaslı unsurları bulunmuyorsa sözleşme in'ikâd etmez. Örneğin hukuken satılması yasak olan hür insan üzerine yapılan sözleşme, konusu olmadığı için batıldır.
2. İletin tamamlanmasına mâni: Başkasına ait malın satışında illet olan sözleşme kurulmuş fakat askıdadır (mevkufur).
3. İletin in'ikâdından sonra hükmün başlamasına mâni: Şart muhayyerliği bu maddenin ana örneğidir. Onun bulunduğu sözleşme, tamamen kurulmuş, fakat hükümleri henüz doğmaya başlamamıştır.
4. Hükmün doğmasından sonra tamamlanmasına mâni: Bunun bir örneği görme muhayyerliğidir. Onun bulunduğu sözleşmenin hükümleri doğmuş, fakat hak sahibinin malı görüp feshetme ihtimali olduğu için tam olarak yerleşmemiştir. Bu mülkiyet, tek taraflı irade ile kolayca ortadan kaldırılabilir.
5. Sözleşmenin lüzumuna (bağlayıcılığına) mâni: Ayıp muhayyerliğinde sözleşmenin hükmü tam anlamıyla gerçekleşmiştir. Öyle ki görme muhayyerliğinin aksine ayıp muhayyerliği bulunan sözleşme (teslimden sonra) ancak karşı tarafın rızası veya mahkeme kararıyla bozulabilmektedir. bk. Ebû Zeyd Abdullâh (Ubeydullâh) b. Muhammed b. Ömer b. İsâ Debûsî, *Takvîmü'l-edille fi'l-uşûl*, thk. Halil Muhyiddin el-Meys (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1421/2001), 334; Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed Serahsî, *Usulü's-Serahsî* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 2/209; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/276; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/3; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/463; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/432.

İletin tahsisini kabul etmeyen usulcüler ise bu açıklamayı reddetmektedir. Serahsî, yarım illet olmayacağını, karşı tarafın tahsis olarak isimlendirdiği şeyin aslında illetin vasıflarındaki eksiklik veya fazlalık sebebiyle yokluğu olduğunu belirtmiştir. İlet olmadığı zaman doğal olarak hüküm de olmayacaktır. Şart muhayyerliğinde sözleşmenin hükmünün doğmamasının sebebi de sözleşmeye eklenen şart sebebiyle illetin vasıflarında değişim meydana gelerek yok olmasıdır. bk. Serahsî, *Usulü's-Serahsî*, 2/212.

⁷⁶ Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, 69-70; Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 43-45; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 98-99.

⁷⁷ İslam hukukunda maldaki belirsizlik şu şekillerde ortaya çıkabilir: Malın varlığında, elde edilip edilemeyeceğinde, cinsinde, türünde, miktarında, tayininde, bekasında (varlığını sürdürüp sürdüremeyeceğinde), semeninde. Bunların ilk üçündeki bilinmezlik garar olarak isimlendirilir ve sözleşmeyi bâtil kılar. Diğerlerindeki bilinmezlik ise cehalet olarak isimlendirilir ve sözleşmeyi fâsid kılar. Eğer ikinci durumda bilinmezlik ortadan kaldırılırsa Hanefiler'e göre sözleşme sahih hale gelebilir. İradî muhayyerliklerin garar meselesiyle yakından ilişkisi vardır. Çünkü sözleşmenin aslının onun hükmünü geciktirici şartlardan ari olması gerekir. Örneğin satış sözleşmesinin, malın ve semenin mülkiyetinin nakli hükmünü sözleşme yapılı yapılmaz doğurması gerekir. İslâm hukukundaki bir kaideye göre ayınlardan temlikinin gelecek zamana bırakıldığı sözleşmeler geçersizdir. Bunun en önemli sebebi, malın teslim edilememesi ihtimali sebebiyle meydana gelen garardır. bk. Senhûrî, *Mesâdirü'l-Hak*, 34, 37-38; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/163-166; Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akitler* (Tekin Kitabevi, 2019), 82-83.

ihtiyaç⁷⁸ ve Roma kültüründen geçtiğini düşündüğümüz uygulamaların,⁷⁹ hukukçuların bu hakkı meşru görmesini kolaylaştırdığı söylenebilir. Nitekim bazı hukukçular böyle bir şartın kumar manasına geleceğini söyleyerek ondaki belirsizliğe dikkat çekmiştir.⁸⁰ Fakat şart muhayyerliği istisnâ bir şart olarak kabul edilerek, sözleşmeyi kuran ve onaylayan irade beyanı arasındaki çelişki veya hak sahibine verilen geniş keyfi yetkiler üzerinde hiç durulmamıştır. Bu yüzden şart muhayyerliğinin hukuki niteliği üzerine herhangi bir teori geliştirilememiştir.

Hukukçular şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin baştan kurulduğu üzerine ittifak etmişlerdir. Öyle olunca icap, opsiyon ve ön sözleşme (sözleşme yapma vaadi) görüşlerinin değerlendirilmesi imkânı kalmamaktadır. Onlar, şart muhayyerliği tanımlarında görüldüğü üzere⁸¹ onun şartlı bir sözleşme olduğunu doğrudan kabul etmişlerdir. Bazıları onun takyidî bir şart olduğunu söylese de o, sözleşmenin devam etmesini şüpheli bir duruma bağlayan teknik manada ta'likî bir şarttır. Fıkıh kaynaklarında alelade şarttan ayrımı yapılmasa da bu şart, yukarıda bahsedildiği üzere bizce mutlak iradî bir şarttır. Çünkü eğer alelade bir şart olsaydı sözleşmenin lüzumunun deneme sonrası malın beğenilmesi gibi somut bir olaya bağlanması gerekirdi. Fakat fakihlerin zikrettiği üzere şart muhayyerliğinin düşmesi için malın beğenilmesi yetmemektedir. Önemli olan sözleşmeye onay verilmesidir.⁸² Bu da onun mutlak iradî bir şart olduğunu göstermektedir.

⁷⁸ Habbân hadisine baktığımızda, akli melekesi zayıf olan bir kişi için, bir şey satın aldığı zaman "Aldatmaca yok." demesi halinde, üç gün süre ile verilmiş bir muhayyerlik görülmektedir. bk. Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ (Beirut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003), 5/449. Fakat uygulamaya bakıldığında neredeyse tüm sözleşmelerde, sözleşmenin iki tarafı hatta üçüncü kişiler için konulmuş, süre kısıtlaması da olmayan bir muhayyerliğin var olduğunu şahit olunmaktadır. Şart muhayyerliğinin hükümleriyle ilgili özet bilgi için bk. Apaydın, "Muhayyerlik", 31/26-28. Uygulamadaki bu genişlik, insanların bu muhayyerliğe ne kadar ihtiyaç duyduğunun bir göstergesidir. Söz konusu hadis en geniş şekilde Beyhakî tarafından şu şekilde aktarılmıştır: İbn İshak'tan "Muhammed b. Yahya b. Habbân'ın şöyle dediği rivayet edilmiştir: Dedem Munkiz b. Amr (Bazı rivayetlere göre bu şahıs Habban b. Munkiz'dir. bk. Ebû'l-Hasen Alî b. Ömer Dârekutnî, *Sünen-i Dârekutnî* (Beirut: Müessesetü'r-risale, 2004), 4/7.) başından yara almıştı. Bu sebeple telaffuzu bozulmuş, akli melekesi de eksilmişti. Alışveriş yaparken sürekli aldaniyor, fakat alışveriş yapmaktan da vazgeçemiyordu. Bu durumu Allah Rasûlüne anlattı. O da (s.a.v): 'Bir şey satın aldığı zaman aldatmaca yok de, o zaman yaptığın alışverişte üç gece (bazı rivayetlerde üç gün) muhayyerliğin olacak. Razi olursan malı elinde tut, razi olmazsan iade et.' buyurdu. Habbân, Hz. Osman dönemine kadar yaşadı. O zaman yüz otuz yaşında ihtiyar bir adamdı. Bir şey satın aldığı anda ve etrafındakiler bunu niye aldın diye sorduğunda, (nasıl olsa) Allah Rasûlü bana alışveriş yaptığımda üç gün muhayyer olduğumu söylemişti, diyordu. Bunu iade et, sen aldanmışsın dendiğinde geri gidiyor ve satıcıdan malını geri almasını parasını da iade etmesini istiyordu. Satıcı da, hayır sen razi oldun ve malı alıp gittin (gibi sözlerle) isteğini geri çeviriyordu. Fakat sahâbeden birisi onunla gelip satıcıya, Allah Rasûlü onu, satın aldığı şeylerde üç gün muhayyer kıldı, dediğinde satıcı parayı iade ediyor ve malını geri alıyordu." bk. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 5/449.

⁷⁹ Çünkü aynı muhayyerlik bölgede etkili daha eski bir hukuk olan Roma hukukunda, "Pactum Displicentiae" adı altında da görülmektedir. bk. Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, 262-263.

⁸⁰ Bâbertî, *el-İnâye*, 6/299.

⁸¹ Hanefî âlim Cürçânî, şart muhayyerliğini "tarafardan birinin üç gün veya daha az muhayyerlik şart koşması" şeklinde tanımlamıştır. bk. Cürçânî, *et-Ta'rifât*, 102. Şâfiî kaynaklarda muhayyerlikler teşehhî ve nakîsa muhayyerliği şeklinde ikiye ayrıldıktan sonra şart ve meclis muhayyerliğinin ikisini birden kapsayan teşehhî muhayyerlikleri şu şekilde tanımlanmıştır: Tarafların, malda bir kusur olmasını beklemeksizin karşılıklı rızayla birbirlerine verdikleri, sebebi meclis ve şart koşma olan muhayyerliklerdir. bk. Şirbînî, *el-İknâ*, 2/283; Şirbînî, *Mugni'l-muhtâc*, 2/596-597. Mâlikî eserlerinde İbn Arafe tarafından yapıldığı söylenen tanımda şart muhayyerliği bulunan satış sözleşmesi, "Kesinleşmesi (lüzûmu) onaya bağlı olarak baştan itibaren beklemeye alınan sözleşmedir." şeklinde tanımlanmıştır. bk. Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl*, 4/409; Kurul, *el-Mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, 2/76-77. Hanbelîler'de en erken Haccâvî'den aktarabilecek tanım ise şöyledir: Şart muhayyerliği, tarafların sözleşme anı veya sonrasında iki muhayyerlik (şart veya meclis muhayyerliği) esasında sözleşme lâzım olmadan önce –ne kadar uzun olduğuna bakılmaksızın, mal süre sonuna kadar dayanmayacak olsa bile- muayyen bir süreyle şart koşmadır. bk. Haccâvî, *el-İknâ fi fıkhi'l-İmam Ahmed*, 2/85.

⁸² Şeybânî, *el-Asl*, 2/458; Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed Tahâvî, *Muhtasari't-Tahâvî* (Kahire: Dâru'l-Kitabi'l-Arabi, 1986), 75; Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, thk. İsmetullah İnyetullah Muhammed, Said Bektaş (Beirut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye ve Dâru's-Sirâc, 1431/2010), 3/14; Serahsî, *el-Mebsût*,

5. Şart Muhayyerliğinin Benzer Kurumlardan Farkı

Şart muhayyerliğinin hukuki niteliğinin tam anlamıyla kavranabilmesi için kendisine benzeyen kurumlardan farkının da ortaya konması faydalı olacaktır. Bunun için aşağıda onun İslâm hukuku ve Türk hukukundaki sözleşmeyi sonlandırma imkânı sunan benzer haklarla ve satış türleriyle karşılaştırması yapılacaktır.

- Klasik kaynaklarda şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin daha çok ikâle⁸³ sözleşmesiyle ilişkilendirildiği görülmektedir.⁸⁴ İkisi arasındaki yakınlık, taraflardan birisi sözleşme sonrası ikâle icabında bulduktan sonra diğerinin sahip olduğu kabul hakkına dayanmaktadır. Kabul hakkına sahip olan kişi tıpkı şart muhayyerliğindeki gibi kurulmuş bir sözleşmeyi tek sözüyle sonlandırma imkânı bulmaktadır.⁸⁵ Hanefiler'den şart muhayyerliği süresini üç gün olarak sınırlayanlardan bazıları İbn Ömer'in (ö. 73/693) iki ay şart muhayyerliği verdiği uygulamayı iki ay süreli ikâle vaadi olarak yorumlamıştır.⁸⁶ Cessâs da (ö. 370/981) şart muhayyerliğinin onay değil fesih için var olduğunu söyleyerek onun şart koşulmasını ikâle için yapılan icaba benzetmiştir. İkisinin ortak noktası, kullanıldıklarında sözleşmenin fesholmasıdır.⁸⁷

Şart muhayyerliğinin ikâlele benzediğini söyleyenler olmakla birlikte hiç kimse ikisinin birbirinin aynı olduğunu iddia etmemiştir. Nitekim ikâle, başlı başına bir sözleşmeyken şart muhayyerliği, lazım sözleşmeye eklenen bir şarttır. İkâle, asıl sözleşme kurulduktan sonra yapılırken şart muhayyerliği genelde asıl sözleşmeyle beraber var olmaktadır. Bu sebeple meclis dağıldıktan sonra karşı tarafa şart muhayyerliği verilmesi bazı fakihler tarafından ikâle teklifine benzetilmiştir.⁸⁸ Şart muhayyerliği ile fesih hakkı, taraflar anlaştıktan sonra ortaya çıkmaktayken ikâlede taraflar anlaştığı an fesih gerçekleşmiş olmaktadır. İkisi arasındaki en önemli farklardan biri, şart muhayyerliğinin sözleşmenin hükümlerini askıya almasıdır.⁸⁹ İkâlenin ise böyle bir etkisi yoktur. Şart muhayyerliği bir kere verildikten sonra karşı tarafın izni olmadan süre sonuna kadar geri alınmazken ikâle teklifinde bulunan kişi istediği zaman teklifini iptal edebilmektedir.⁹⁰

- Şart üzerine yapılan bazı çalışmalarda beğenme koşuluyla satışın, İslâm hukukunda *sevm-i şirâ* ve *sevm-i nazara* tekabül ettiği belirtilmiştir.⁹¹ Kanaatimizce bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Beğenme koşuluyla satış sözleşmesi, daha önce de geçtiği üzere esasen kurulmuş ve

13/44; Kâsânî, *Bedâ'î u's-şanâ'î*, 7/290-291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/29; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/484, 488.

⁸³ Tarafların daha önce yapmış oldukları sözleşmeyi yeni bir icap-kabulle ortadan kaldırmalarına ikâle denir. bk. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015), "İkâle", 241.

⁸⁴ Kudûrî, *et-Tecrîd*, 5/2270-2272; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42-43; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/28.

⁸⁵ Şeybânî, *el-Asl*, 2/463; Cessâs, *Şerhu Muhtaşari't-Taḥâvî*, 3/15; Kâsânî, *Bedâ'î u's-şanâ'î*, 7/291; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/473, 487.

⁸⁶ Zafer Ahmed Tehânevî, *Î'lâü's-Sünen*, thk. Muhammed Takî Osmânî (Pakistan: İdêratü'l Kur'ân ve'l-Ulûmî'l-İslâmiyye, 1418), 14/46.

⁸⁷ Cessâs, *Şerhu Muhtaşari't-Taḥâvî*, 3/15.

⁸⁸ Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuṣûleyn* (Mısır: Matbaatü'l-Ezheriyye, 1300/1882), 1/332; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/278; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/5-6; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/458, 467-468; Selim Rüstem Baz, *Şerhu'l Mecelle* (Beyrut: Matbaatül edebiyye, 1923), 157.

⁸⁹ Kâsânî, *Bedâ'î u's-şanâ'î*, 7/280; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, 10/234; Nevevî, *el-Mecmû'*, 236-237; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/112-113; Nevevî, *Minhâcu't-tâlibîn* (*Muğni'l-muhtâc içinde*), 2/610; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/610-611; Karâfî, *ez-Zâhire*, 5/31-32; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, 455-456; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/400; Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî ale Muhtaşari Halîl*, 5/217; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-Bey*, 53.

⁹⁰ İkâle sözleşmesinin hükümleri için bk. Bilal Aybakan, "İkâle", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2000), 22/14-16.

⁹¹ Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler*, 112; Antalya, *Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*, 30-32; Akman, "Beğenme Şartıyla Satış Üzerine Bir İnceleme", 241.

sadece hükümleri askıda olan bir sözleşmedir. Fakat İslâm hukukundaki sevm-i şirâ, satış pazarlığını ifade ederken sevm-i nazar ise malı incelemek için satıcıdan almak manasına gelmektedir. İkisinde de ortada kurulmuş bir sözleşme yoktur. Yalnız sevm-i şirâda malın fiyatı belirlenerek satın alma iradesi ortaya konmuştur. Bu sebeple mal, alıcıda tazmin sorumluluğu ile bulunmaktadır. Sevm-i nazarda ise malın fiyatı belirlenmemiştir. Malı teslim alanın satın alma niyeti olmadığı için mal onun elinde emaneten bulunmaktadır. Sevm-i şirâda malın fiyatının belirlenmesi, onun beğenme koşuluyla satışla aynı veya benzer olmasını gerektirmez. İki kurum arasındaki tek ortak nokta satın alma amacıyla muayenenin yapılmasıdır. Fakat tekrar belirtmek gerekir ki beğenme koşuluyla satışta kurulmuş bir sözleşme varken sevm-i şirâ pazarlıktan öte değildir.⁹²

- Örnek üzerine satış:⁹³ Hakkında fikir oluşturması için malın bir miktarına (örnek) bakılarak geri kalanı görülmeden alındığı satış işleminde, malın geri kalanı örneğe benziyorsa alıcının muhayyerliği olmaz. Yani alıcı örneği görüp onayladığı an sözleşme onun için bağlayıcı hale gelir. Fakat malın geri kalanı, örnekten kalitesizse alıcının fesih hakkı olur.⁹⁴ Görüldüğü üzere örnek üzerine satışla şart muhayyerliği ile satış arasında bir benzerlik vardır. İkisinde de deneme ve muayene yapılarak malın kişiye uygun olup olmadığı kontrol edilmektedir. Örnek üzerine satışta sadece örnek, şart muhayyerliği ile satıştaysa malın tamamı incelenmektedir. İkisinde de alıcının fesih hakkı vardır. Fakat örnek üzerine satışta bu hak, tıpkı vasıf muhayyerliğinde olduğu gibi sadece malın görülmeyen kısmında istenen vasıflar yoksa ortaya çıkmaktadır. Şart muhayyerliğinde ise fesih hakkına getirilen bir sınırlama yoktur. Örnek üzerine yapılan sözleşme, şarta bağlı değildir. Aksine bu sözleşme başlangıçtan itibaren tüm hükümlerini doğurmaktadır. Örneğe uygunluk bir şart olmadığı için satılanın örneğe uygun olmaması, sözleşmeyi kendiliğinden sonlandırmaz. Alıcı, bu durumda dilerse ifâyı reddederek sözleşmenin ifâ edilmemesinin sonuçlarından yararlanır, dilerse de satılanı teslim alarak ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutar. Böylece o, sözleşmeden dönmeyi, satış parasının indirilmesini veya malın ayıpsız misliyle değiştirilmesini talep etme hakkına sahip olur.⁹⁵ Şart muhayyerliği ise sözleşmenin hükümlerinin doğmasını çoğunluğa göre engelleyen bir şarttır.⁹⁶

- Satış için bırakma sözleşmesi:⁹⁷ Bu sözleşmenin şart muhayyerliğiyle ortak noktası, ikisinde de malı iade imkânının olmasıdır. Satış sözleşmesine çok benzeyen bu işlem, şart muhayyerliği bulunan sözleşmenin aksine şarta bağlı değildir. Özellikle antika eserlerin satışında

⁹² İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/473-476.

⁹³ Örnek üzerine satış, tarafların sözleşme konusu olan malın alıcıya veya üçüncü bir kişiye bırakılan bir örneğe (eşantiyon) ya da tespit ettikleri bir mala uygun olması üzerinde anlaşmalarıyla yapılan bir işlemdir. (TBK m. 247) Bu satış, menkul misli eşyalar üzerine yapılır. Taşınmazların ve parça borçlarının örnek üzerine satılmasından bahsedilemez. bk. Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009), 209-210; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1550-1552; Aydoğdu - Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 300-301.

⁹⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/72; Abdurrahman Cezîrî, *Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı*, çev. Hasan Ege (İstanbul: Bahar Yayınları, ts.), 3/292, 296-230.

⁹⁵ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 209-210; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1550-1552; Aydoğdu - Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 300-301.

⁹⁶ Kâsânî, *Bedâ'î u 'ş-şanâ'î*, 7/280; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, 10/234; Nevevî, *el-Mecmû'*, 236-237; Nevevî, *Ravzâtü 'l-tâlibîn*, 3/112-113; Nevevî, *Minhâcu 't-tâlibîn (Muğni 'l-muhtâc içinde)*, 2/610; Şirbînî, *Muğni 'l-muhtâc*, 2/610-611; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/31-32; İbn Cüzey, *el-Ğavâinü 'l-fıkhiyye*, 455-456; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/400; Zürcânî, *Şerhu 'z-Zürcânî ale Muhtasarı Halîl*, 5/217; Şerkâvî, *el-Hıyârât fi 'l-Bey*, 53.

⁹⁷ Satış için bırakma sözleşmesi, mal sahibinin malı için belli bir fiyat tespit ederek onu kendi adına ve hesabına satması için başka birine bırakması, satış için alan tarafın ise bırakılan malı belli bir süre içinde iade etme ya da onun fiyatını ödeme borcunu taahhüt etmesidir. bk. Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 27.

bu yöntem uygulanır. Malı emanet olarak alan kişi (konsinye), bir vekilden veya komisyoncudan farklı olarak teslim aldığı malı kendisinin malı olarak yani karı ve zararı kendisinin olmak üzere satar. Bu kişinin seçimlik bir borcu vardır. Yani o, belirli bir süre içerisinde dilerse malı satmayıp sahibine iade eder, dilerse malı satarak önceden kararlaştırdıkları bedeli mal sahibine öder. Malı ucuza satmışsa zarara kendisi katlanır, pahalıya satmışsa fazlalık ona ait olur. O, eğer komisyoncu olsaydı kardan belirli oranda bir pay alır, vekil olsaydı müvekkil adına işlem yapardı. Fakat o kendi adına işlem yapmaktadır. Malın satılmasıyla mülkiyetin nakli için malın ilk sahibinin iznine ihtiyaç yoktur.⁹⁸ Şart muhayyerliğindeyse alıcının malı başkasına satması genelde söz konusu değildir.⁹⁹ Konsinye malı emaneten alırken¹⁰⁰ şart muhayyerliğiyle malı teslim alan alıcının çoğunluğa göre tazmin sorumluluğu vardır.¹⁰¹ Bu da konsinyenin malı mülk edinme maksadıyla almamasından kaynaklanıyor olmalıdır. Çünkü Türk hukukunda tazmin sorumluluğu teslimle değil temlik borcu doğuran sözleşmeyle geçmektedir.¹⁰²

Amaç olarak satış için bırakma sözleşmesi, konsinyenin malı karlı bir şekilde satıp satamayacağını görme maksadını karşılarken şart muhayyerliği, genelde hak sahibine malı kendisi için deneme imkânı verir. Ama şart muhayyerliği geniş yetki alanı sebebiyle satış için bırakma sözleşmesinin maksadını da gerçekleştirebilir. Nitekim günümüzde katılım bankaları, piyasada talep gördüğünü ve satışından kar edebileceğini düşündüğü malları şart muhayyerliği ile ithal edip malı satacak alıcı bulamadığı zaman iade edebilmektedir. Yine modern murabaha olarak isimlendirilen diğer bir uygulamada ise bir kişi bankaya belli bir malı kendisi adına satın alırsa onu bankadan taksitle daha pahalıya alacağını vad edebilir. İslâm hukukunda yaygın olan kabule göre vadin bağlayıcılığı olmadığı için banka, şart muhayyerliği ile o malı alıp alıcıya satabilmekte, alıcı vadinden dönerse de malı geri iade edebilmektedir.¹⁰³

• Dönme cezası (İfayı engelleyen ceza koşulu).¹⁰⁴ Dönme cezası ve şart muhayyerliği, kişinin iradesine bağlı bir fesih hakkı vermektedir. Fakat dönme cezasında hak sahibi, şart muhayyerliğinin aksine sadece cezayı öderse veya ödeme teklifinde bulunursa sözleşmeyi bozabilir. Bunun haricinde onun döndüğünü söyleyerek sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. İkisi de, sözleşmenin her iki tarafı için şart koşulabilir.¹⁰⁵ Her ikisi de asıl sözleşmeye bağlı fer'î

⁹⁸ Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 3/56; Aydoğdu - Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 35.

⁹⁹ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 213.

¹⁰⁰ Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3/56; Aydoğdu - Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 35.

¹⁰¹ Şeybânî, *el-Asl*, 2/460; Ebû'l-Hasen Alî b. Muhammed Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, thk. Şeyh Ali Muhammed Muavviz - Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1419/1999), 5/46-250; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/116; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fıkhiyye*, 420.

¹⁰² Hüseyin Hatemi vd., *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 71-72.

¹⁰³ Hıdır Abdullah Sâlim, *Ahkâmü'l-hıyârâti's-sâbitati bi's-şart fi's-şeriatü'l-İslâmiyye-Dirâsetün Mukârenatün bi'l-Kanuni'l-Yemenî* (Külliyetü'l-Hukuk-Kısmu's-Şeriatü'l-İslâmiyye: Câmîatü's-Suud, Doktora Tezi, 2008), 249-258.

¹⁰⁴ Sözleşmelerde esas kural bağlayıcılıktır. Fakat taraflar, isterse baştan belli bir meblağ ödeyerek sözleşmeden dönmeyi şart koşup sözleşmenin bağlayıcılığını ortadan kaldıracaktır. Bu durumda kişi, dilerse ifâ zamanında veya daha önce baştan kararlaştırılan ceza bedelini ödeyerek sözleşmeden dönebilir. Bu şarta, ifâyı engelleyen ceza koşulu veya dönme cezası denir. Bu işlem TBK m. 179/3 hükmünde "Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifâ ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır." şeklinde düzenlenmiştir. bk. Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 2/548; Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/960.

¹⁰⁵ Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 2/548-550; Turgut Akıntürk, - Derya Ateş Karaman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), 167.

birer hak olduğu için asıl sözleşmede bulunan sakatlık onları da etkiler.¹⁰⁶ Bu iki hak, amaç bakımından da birbirine benzer. Nitekim ikisi de, hak sahibine sözleşmeden keyfi olarak dönme imkânı verir. Bu sayede dönme sebebiyle karşı taraf zarar gördüğünde hak sahibi sorumlu olmaz. Fakat dönme cezası, sözleşmenin hükümlerini etkilememesi ve bedel ödenerek kazanılan bir hak olması yönünden sözleşmeyi askıya alan¹⁰⁷ ve bedelsiz elde edilen şart muhayerliğinden¹⁰⁸ ayrılmaktadır. Yani dönme cezasında hak sahibinin asli borcunu ifa etmek ya da dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönmek üzerine seçimlik bir yetkisi vardır. Şart muhayerliğinde ise sözleşmenin tamamlayıcı unsuru (nefaz şartı) olan şart meydana gelene kadar sözleşmenin hükümleri doğmamaktadır.¹⁰⁹ İkisi arasındaki önemli bir fark da dönme cezası sözleşmenin ifâsına başlandıktan sonra da kullanılabilirken şart muhayerliğinin bu durumda düşmesidir.¹¹⁰

- Cayma parası (Pişmanlık akçesi):¹¹¹ Cayma parası ödenerek elde edilen hak ile şart muhayerliği arasındaki önemli bir fark, isminden de anlaşılacağı üzere ilkinde dönme hakkının parayla elde edilmesidir. Bunun dışında şart muhayerliği bulunan sözleşmenin hükümlerinin doğması geciktirici şarta bağlanmışken¹¹² cayma parası bulunan sözleşme, tıpkı dönme cezasında olduğu gibi kurulmuş ve hükümleri doğmuştur. İkisi de sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırma hakkı verir. Yani fesihte karşı tarafın izni veya mahkeme kararı aranmaz.¹¹³ Fakat cayma parası iki tarafa birden sözleşmeyi sonlandırma hakkı verirken şart muhayerliği sadece lehine şart koşulduğu kişiye¹¹⁴ bu hakkı vermektedir. Elde edilmiş yolları bakımından iki hak birbirlerinden ayrılrsa da amaçları bakımından benzeşmektedir. İkişile de hak sahibi, zaman kazanma, yaptıkları

¹⁰⁶ Kadir Berk Kapancı, “Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22/2 (2016), 254; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/411.

¹⁰⁷ Kâsânî, *Bedâ'î u 'ş-şanâ'î*, 7/280; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 10/234; Nevevî, *el-Mecmû'*, 236-237; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/112-113; Nevevî, *Minhâcu't-tâlibîn (Muğni'l-muhtâc içinde)*, 2/610; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/610-611; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/31-32; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fıkhiyye*, 455-456; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/400; Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî ale Muhtasarı Halîl*, 5/217; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-Bey*, 53.

¹⁰⁸ Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/217.

¹⁰⁹ Kapancı, “Dönme Cezası ve Cayma Parası Arasında Karşılaştırma”, 255.

¹¹⁰ Kâsânî, *Bedâ'î u 'ş-şanâ'î*, 7/280; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/291; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/30-31.

¹¹¹ Cayma parası, sözleşmenin yapıldığı sırada bir tarafın diğerine verdiği ve veren tarafa onu, diğer tarafa bırakarak dilediği zaman sözleşmeden dönme hakkı sağlayan bir miktar paradır. Bir bakıma sözleşmeden dönmeyi yaptıranın niteliğindedir. bk. Akıntürk, - Karaman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, 161. Cayma parası ve bir önceki maddede geçen dönme cezasının amaçları benzerdir. Ama para ilkinde sözleşme yapılırken diğerindeyse dönme esnasında ödenir. Dönme cezasında sadece lehine dönme hakkı verilenin, cayma parası ödendiğindeyse iki tarafın dönme hakkı vardır. Alıcı sözleşmeyi sonlandırırsa bedel satıcıda kalır. Satıcı sözleşmeyi sonlandırırsa aldığı bir misliyle beraber iade eder. Sözleşme kurulursa cayma parası alacağı mahsup edilir. Dönme cezası ile edimler yerine getirildikten sonra para ödenerek sözleşmeden dönülebilir. Cayma parası ile sözleşmeden dönülebilmesi için son süre, sözleşmeden doğan asli bir borcun ifâ edildiği andır. Örneğin mal veya bedel teslim edilmiş, kiralanan eve yerleşilmiş ve ilk kira taksiti ödenmişse artık cayma parası ile sözleşmeden dönmek mümkün değildir. bk. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1221; Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 2/559-560; Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 627-628; Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/953. Cayma parası sözleşmeden dönmeyi yaptıranın olduğu için borçludan cayma bedeli dışında tazminat veya aynen ifâ talep edilemez. Yalnız dürüstlük kuralı, sadece cayma bedeliyle yetinmeyi yeterli görmezse tazminat talep edilebilir. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 969-970; Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 627.

¹¹² Kâsânî, *Bedâ'î u 'ş-şanâ'î*, 7/280; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 10/234; Nevevî, *el-Mecmû'*, 236-237; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/112-113; Nevevî, *Minhâcu't-tâlibîn (Muğni'l-muhtâc içinde)*, 2/610; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/610-611; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/31-32; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fıkhiyye*, 455-456; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/400; Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî ale Muhtasarı Halîl*, 5/217; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-Bey*, 53.

¹¹³ Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/953; Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 2/559.

¹¹⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/47; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/4-5; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, 1/251; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-Bey*, 40; Ebü'l-Hasen Nürüddîn Alî Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye* (Beyrut: Dâru İhyau Tûrasi'l-Arabi, ts.), 3/214.

sözleşme üzerine daha fazla düşünebilme ve gerekli görürlerse sözleşmeyi sonlandırma imkânı elde etmektedir.¹¹⁵ İkisinde de ifâya başlandıktan sonra sözleşmeyi sonlandırma hakkı düşmektedir.¹¹⁶ Dönme sonrası karşı tarafın ek tazminat bedeli talep etme hakkı yoktur.¹¹⁷

• Opsiyon hakkı:¹¹⁸ Opsiyon terimi hukuk ve ekonomide farklı manalar ifade etmektedir. Hukukta opsiyon sözleşmesi, “tarafardan birine içeriği ve şartları taraflarca önceden kararlaştırılmış bir borç ilişkisini, tek taraflı bir irade açıklaması ile kurabilme hakkı veren sözleşmeler” şeklinde tanımlanabilir.¹¹⁹ Yenilik doğuran hak olan opsiyon herhangi bir hukuki ilişkide tanınabilmektedir.¹²⁰ Şart muhayyerliğinin bu tip opsiyondan en önemli farkı, onun kullanılmasıyla elde edilen mülkiyetin başta kurulan sözleşmeye dayanmasıdır.¹²¹ Oysa kişi, opsiyon sözleşmesiyle sadece mülkiyeti kazandıran asıl sözleşmeyi kurma hakkı elde etmektedir. O, yenilik doğuran hakkını kullandığı zaman da asıl sözleşme kurulmaktadır. Yani opsiyon hakkı, asıl sözleşmeden önce elde edilmektedir.¹²² Şart muhayyerliğinin ise sözleşmeden önce şart koşulması kabul edilmemektedir.¹²³ Yine opsiyon hakkı parayla satın alınırken şart muhayyerliği para karşılığı satılamayan mücerret bir haktır.¹²⁴

Ekonomide ise opsiyon, onu satın alan için bir finansal varlığı önceden belirlenen bir süre içinde önceden belirlenen bir fiyata alma veya satma hakkı sağlayan bir haktır. Anlaşılacağı üzere opsiyon, ayrı bir sözleşmeye konu olup satın alınabilen bir haktır. Şart muhayyerliği ise maddi bir karşılığı olmadığı için ayrı bir sözleşmeye konu edilerek alınıp satılamaz. Mâlikîler istisna edilirse şart muhayyerliğinde süre dolunca sözleşme bağlayıcı hale gelirken opsiyonda sürenin dolması, bu hakkın kullanıldığı manasına gelmez. Şart muhayyerliği, kurulmuş bir sözleşmede geçici olarak varlığını sürdürdüğü için sürenin dolmasıyla sözleşmeden düşerek etkisini kaybeder. Yine şart muhayyerliği, sözleşmeye eklenen bir vasıf olarak kabul edildiği için onun sözleşmeden önce var olması kabul edilemez. Opsiyon ise esas sözleşmeyi yapma hakkı veren bağımsız bir sözleşme olduğu için mecburen ondan önce yapılır. Amaçları açısından karşılaştırılırsa şart

¹¹⁵ Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'i'*, 7/24-25.

¹¹⁶ Bedreddin Simâvî, *Câmi 'u'l-fuşûleyn*, 1/332. Şart muhayyerliğinde bedellerden biri onay maksadı taşınmadığı belirtilerek teslim edilirse muhayyerlik devam eder. bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/10; Nevevî, *el-Mecmû'*, 245-246; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/117.

¹¹⁷ İslam hukukunda kural gereği maddi varlığı olmayan, beklenen kârın elde edilememesi gibi zararların faiz şüphesi yüzünden tazmin edilmesine izin verilmemektedir. bk. Akman, *İslâm Hukukunda Akdi Mesuliyet ve Tazminat*, 52, 96; Yaran, *İslâm Hukukunda Borçunun ve Alacaklının Temerrüdü*, 129-131.

¹¹⁸ Bir kişinin henüz sözleşme kurmaya karar vermediği ve uzun bir düşünme süresine ihtiyacı olduğu durumda sözleşme kurma imkânını açık tutarken aynı zamanda başka birinin aynı mal üzerinde sözleşme kurma ihtimalini bertaraf etmek istediği hallerde opsiyon sözleşmeleri yapılmaktadır. bk. Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 199-200; Gül Doğan, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2004), 58. Alım hakkı, geri alım hakkı ve bazılarında göre ön alım hakkı birer opsiyondur. Alım hakkı, hak sahibine tek taraflı irade beyanı ile bir malı satın alma hakkı veren bir sözleşmeyle elde edilir. Belirli bir zaman içinde bir şeyi, önceden belirlenen şartlarla satın alarak onun mülkiyetini kazanma yetkisi vermektedir. Geri alım hakkı ise belirli bir şeyin satıcısına, sattığı malı istediği zaman alıcıdan geri satın alma yetkisi veren bir haktır. Sözleşmeden doğan ön alım hakkı mal sahibinin, belirli bir malında satış vb. tasarrufla bulunması halinde karşı tarafa tek taraflı irade beyanı ile o malı alma yetkisi vermektedir. Mal sahibinin malını o anda satmak istememesi fakat ileride satmasının muhtemel olması veya malın istenmeyen birinin eline geçmesini önlemek için yapılmaktadır. Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 281-285.

¹¹⁹ Doğan, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, 58.

¹²⁰ Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 199-200; Doğan, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, 58.

¹²¹ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/463; Nevevî, *el-Mecmû'*, 236-237; Karâfî, *ez-Zahîre*, 5/31-32; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/51-53.

¹²² Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 199-200; Doğan, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, 58.

¹²³ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/5-6; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/466-467.

¹²⁴ Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/217.

muhayyerliği sahibinin malı denemek ve mal hakkında başkalarına danışma gibi pratik gayeleri varken opsiyon hakkı sahibinin temel amacı, değişen piyasa şartlarından kar elde edebilmektir. Opsiyon hakkı sahibi alacağı malı zaten bilir. Onun bilmediği şey malın gelecekteki fiyatıdır. Bunu bilebilecek kimse de olmayacağı için bu konuda danışabileceği kimse yoktur. Yine şart muhayyerliği istisnâ olarak ihtiyaç sebebiyle sabit olmuş bir hakken opsiyon, herhangi bir zaruret gerekmeksizin ayrı bir sözleşme şeklinde sabit olan bir haktır. Fakihler şart muhayyerliğinde garar ve kumar özelliklerinin bulunduğunu söylemişlerdir. Kumar özelliğinin bulunduğunu söyleyenler de aslında onun garar vasfına dikkat çekmişlerdir. Yoksa şart muhayyerliğinde karşılığında bir bedel alınmadığı için gerçek manada bir kumar vasfı yoktur. Fakat opsiyon, malın fiyatının artıp düşmesi belirsizliğine bağlı olarak para karşılığı sözleşmeyi kurup bozma hakkı elde etmek olduğu için kumar özelliğini açık şekilde taşır. Ayrıca şart muhayyerliğinin düşünerek gabini önlemek gibi bir amacı varken opsiyonda bu da yoktur. Opsiyonda amaç kişinin belli bir miktarı riske ederek daha fazla kar elde etme şansını yakalamasıdır.¹²⁵

- Cayma hakkı:¹²⁶ Cayma hakkı, beğenme koşuluyla satış ile yakından ilgilidir.¹²⁷ Bu sebeple şart muhayyerliğinin cayma haklarıyla benzer ve farklı yönlerini tespit etmek faydalı olacaktır. Her iki hakta da sözleşme, hakkın kullanılma süresi esnasında alıcı bakımından geciktirici şarta bağlı olarak askıdadır. Yani sözleşme kurulmuş, fakat henüz alıcı açısından işlerlik kazanmamıştır.¹²⁸ Bu sayede kişi sözleşme üzerine düşünme imkanı elde eder.¹²⁹ Bu dönemde taraflar birbirinden karşı edimi talep edemez. Sözleşme, alıcının malı olağan gözden geçirme ölçülerinden fazla kullanması halinde hüküm ve sonuçlarını doğurur. Satıcı ise tek taraflı olarak sözleşmeyle bağlıdır. Sözleşme onun açısından işlerlik kazanmıştır.¹³⁰ İkisi de tek taraflı irade beyanıyla kullanıldıklarında sözleşme baştan itibaren ortadan kalkmış kabul edilir. Her biri fer'î

¹²⁵ Abdullah Durmuş, *Fıkhi Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008), 142-154.

¹²⁶ Cayma hakkı, tüketicinin korunması hakkındaki kanunun vermiş olduğu, genellikle on dört gün içinde kullanılabilen, tüketicilerin aldıkları ürünü koşulsuz olarak iade edebilme hakkıdır. Tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Kanunen tüketicileri korumak için tanınan bu haktan sözleşmeden önce feragat edilemez. bk. Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/1352-1353, 1356; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1571-1573. Öğretide hakim olan görüş “cayma hakkı” kullanımının yanlış olduğu ve onun yerine “geri alma” kavramının kullanılması gerektiği yönündedir. Çünkü cayma hakkı daha çok borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminin bir arada yapıldığı yayın (neşir) sözleşmesi gibi işlemlerde kullanılır. Tüketici sözleşmelerinde ise daha çok borçlandırıcı işlemin yani icap-kabul şeklinde gerçekleştirilen irade beyanının geri alınması vardır. Örneğin tüketici kredisi sözleşmesini kabul eden tüketicinin vazgeçmesi, aslında cayma değil kabul beyanının geri alınmasıdır. Fakat icap-kabulden sonra sözleşme artık kurulduğu için cayma hakkı yerine, icap veya kabulden dönülmesi manasına gelen “geri alma” kavramının kullanılmasının uygun olmayacağı da söylenmiştir. bk. Başak Baysal, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 75/1 (2017), 274.

¹²⁷ Eski 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun (TKHK) kapıdan satışlara ilişkin 8 ve 9. maddesi, beğenme koşuluyla satışlarla ilgilidir. Burada cayma hakkı bulunan satışlar; kapıdan satışlar, iş yeri, fuar ve panayır gibi satış mekânları dışında önceden mutabakat olmaksızın yapılan değeri bir milyon TL’yi aşan “tecrübe ve muayene koşullu satışlar”dır şeklinde tanımlanmıştır. bk. Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 216; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1564; Zevkliler - Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 80.

¹²⁸ Kâsânî, *Bedâ’i u’ş-şanâ’i*, 7/280; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 10/234; Nevevî, *el-Mecmû’*, 236-237; Nevevî, *Ravzatü’l-tâlibîn*, 3/112-113; Nevevî, *Minhâcu’t-tâlibîn (Muğni’l-muhtâc içinde)*, 2/610; Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 2/610-611; Karâfî, *eż-Zahîre*, 5/31-32; İbn Cüzey, *el-Kavânîni’l-fıkhiyye*, 455-456; Cündî, *et-Tavzîh*, 5/400; Zürkânî, *Şerhu’z-Zürkânî ale Muhtasarı Halil*, 5/217; Şerkâvî, *el-Hiyârât fi’l-Bey*, 53.

¹²⁹ Sözleşme kurulmuş olmadan kişi tam olarak ne ile baş başa kaldığını aslında bilemez. Sözleşmenin kurulmasından, yani bağılıktan önceki dönemde kişi o ilişkiye girmemiş olmanın verdiği rahatlıkla değerlendirme yapar. Ancak sözleşme ilişkisinde girdiğinde kişi daha soğukkanlı bir değerlendirme yapmaya başlar. Aslında bu tüm sözleşme ilişkileri için geçerlidir. bk. Baysal, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, 282.

¹³⁰ Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/1352-1353, 1356; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1571-1573.

yani başka bir sözleşmeye bağlı hak olup tek başına var olamaz.¹³¹ Cayma hakkı ve şart muhayyerliği bulunan sözleşmelerde mal, Türk hukukunda ve İslâm hukukunda -Mâlikîler hariç diğer üç mezhebe göre- alıcının elinde emaneten değil tazmin sorumluluğu ile bulunur.¹³² Hiçbirinin kullanılması için bir şekil şartı yoktur. İkisi de tek taraflı irade ile önceden bir ihtarda bulunmaksızın kullanılabilir. Her biri herhangi bir gerekçe ortaya konmaksızın veya tazminat ödemeksizin fesih hakkı verir.¹³³ Onların kullanılması başka bir şarta bağlanamaz.¹³⁴ Belirli bir süre içinde kullanılabilen olup her biri süre sonunda ortadan kalkar.¹³⁵

Şart muhayyerliğinden farklı olarak cayma hakkı, kanunen verilmiştir. Sözleşmede şart koşulmasa da taraflar bu hakka sahip olur.¹³⁶ Şart muhayyerliği ise ancak sözleşmede şart koşularak var olabilir.¹³⁷ Cayma hakkı, sadece zayıf olan taraf için sabit olurken¹³⁸ şart muhayyerliği, her iki tarafa hatta üçüncü kişilere tanınabilir.¹³⁹ Cayma hakkı düşürülemediği için alıcının yalnızca onu kullanmama hakkı vardır.¹⁴⁰ Ama şart muhayyerliği iradî bir şart olduğu için taraflar dilerse onu düşürebilir.¹⁴¹ Mesafeli sözleşmelerdeki gibi cayma hakkı kullanılmadan önce semenin ödenmesinin gerekmesi hakka zarar vermez.¹⁴² Şart muhayyerliğinde ise semenin muhayyer alıcı tarafından temlik niyeti olmadan ödenmesi muhayyerliğe etki etmez. Aksi halde sözleşme lazım olur.¹⁴³ Cayma hakkında süre kanunlarca şart muhayyerliğinde ise taraflarca belirlenmektedir.¹⁴⁴

¹³¹ Kudûrî, *et-Tecrîd*, 5/2270-2272; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42-43; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/28.

¹³² Şeybânî, *el-Asl*, 2/460; Mâverdi, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/46-250; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/116; İbn Cüzey, *el-Ķavânînü'l-fikhiyye*, 420.

¹³³ Şeybânî, *el-Asl*, 2/458; Tahâvî, *Muhtasari't-Tahavi*, 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/14; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/44; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/290-291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/29; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/484, 488. Zevkliler - Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 83.

¹³⁴ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/9; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/463.

¹³⁵ Şeybânî, *el-Asl*, 2/463; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/15; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/291; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/473, 487; Nevevî, *el-Mecmû'*, 220; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/125-127; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 3/409; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Ķnâ' 'an metni'l-Ķknâ'*, 3/205.

¹³⁶ Cayma hakları için bk. "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun", md. 18 (taksitli sözleşmelerde), md. 24 (tüketici kredisi sözleşmelerinde), md. 43 (ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde), md. 48 (mesafeli sözleşmelerde), md. 49 (finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde), md. 50 (devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmelerinde)

¹³⁷ Şart muhayyerliği tanımları onun şart koşularak elde edildiğini vurgulamaktadır. bk. Dipnot 3.

¹³⁸ Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 42.

¹³⁹ Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 3/111; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/605; İbn Cüzey, *el-Ķavânînü'l-fikhiyye*, 455-456; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/106-107; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 3/408; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Ķnâ' 'an metni'l-Ķknâ'*, 3/204; Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/252; Cezîrî, *Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı*, 3/246.

¹⁴⁰ Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/1352-1353, 1356; Uygur, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2/1571-1573.

¹⁴¹ Şeybânî, *el-Asl*, 2/458; Tahâvî, *Muhtasari't-Tahavi*, 75; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 3/14; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/44; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/290-291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/29; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/484, 488.

¹⁴² Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 254.

¹⁴³ *Fetavay-ı Hindîyye*'de geçtiği üzere muhayyer müşteri semeni ödemişse veya satıcı malı teslim etmişse artık karşı tarafın da borcunu teslim etmesi gerekir. Eğer muhayyer olan satıcıysa müşterinin semeni peşin ödeyip malı teslim alma hakkı yoktur. Hatta satıcının teslim aldığı semeni de geri vermesi gerekmez. bk. Kurul, *el-Fetâva'l-Hindîyye*, çev. Mustafa Efe (Ankara: Huzur Yayınevi- Akçağ Yayınları, 1985), 5/183. Bu görüşün Ebu Yusuf'a ait olduğu ve Ebu Hanîfe'ye göre her halükarda teberru olarak borcunu teslim eden kişinin karşı tarafı teslim için zorlayamayacağı ve muhayyerlik devam ettiği sürece dilediği takdirde verdiğini geri alabileceği söylenmiştir. bk. Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 1/290.

¹⁴⁴ Zevkliler - Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 83.

• Sözleşme yapma vaadi (Ön sözleşme):¹⁴⁵ Ön sözleşme ve şart muhayerliği temelde birbirlerinden farklıdır. Şart muhayerliği “onay” şeklinde kullanıldığında daha önceden kurulan satış sözleşmesi, hükümlerini doğurmaya başlamaktadır. Onay ile birlikte şart gerçekleşmiş olmakta ve alıcı satıcıdan edimin ifasını talep edebilmektedir. Ön sözleşmedeyse yeni bir sözleşme kurulması kararlaştırılmaktadır.¹⁴⁶ Ön sözleşme bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu için sıradan bir sözleşmenin kurucu unsuru olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının ön sözleşme kurulurken de olması gerekir. Kendisine yapılan vaat yerine getirilmeyen kişi, sözleşmenin yapılmasına icbar için dava açabilir. Hâkimin vereceği kararın, taahhütte bulunan kişinin irade beyanı yerine geçerek sözleşmeyi kuracağı savunulmuştur.¹⁴⁷ Ayrıca İslâm hukukunda çoğunluğa göre bir şarta bağlanmaksızın sözleşme yapma vaadinde bulunulması bağlayıcı değildir. Bu da ön sözleşme kurumunun bu hukukta var olmasını zorlaştırmaktadır. Bu sebeple yirminci yüzyılın son çeyreğinden itibaren katılım bankaları, modern murâbaha işleminde¹⁴⁸ vaadin bağlayıcı olması için çalışmalar yapmaktadır.¹⁴⁹

• Mülkiyeti saklı tutma kaydı ile satış:¹⁵⁰ Mülkiyeti saklı tutma kaydı, şart muhayerliğinin aksine alelade bir şarttır. Çünkü onunla, şartın gerçekleşmesi paranın ödenmesi gibi somut bir olaya bağlanmaktadır. Bu sebeple amaçları bakımından daha çok ödeme muhayerliğine benzemektedir. Fakat ödeme muhayerliğinde muhayerlik sahibinin maldan fiilen faydalanma hakkı yokken¹⁵¹ bozucu şarta bağlanan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde alıcı maldan istifade edebilir. Fesih halinde de alıcı, malın eskimesinden dolayı tazminat ve kullanılmasından dolayı kira öder. Yine taraflar dilerse mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını ödeme dışında başka bir şarta da bağlayabilir. O, bu yönüyle ödeme muhayerliğine göre daha geniş bir kullanım alanına sahiptir.¹⁵² Ayrıca ödeme muhayerliği ile yapılan satışta mal teslim edilmediği sürece tazmin

¹⁴⁵ Sözleşme vaadi ya da ön sözleşme, tarafların asıl sözleşmeyi yapmalarına engel olan durumun ortadan kalkması halinde asıl sözleşmeyi yapma borcunu doğuran hukuksal işlemdir. Yine bir sözleşme olan bu işlemin konusu tarafların asıl sözleşmeyi yapma taahhüdüdür. bk. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*. Bu taahhüdü veren kimse, artık o sözleşmeyi yapmakla yükümlüdür. Sözleşmenin yalnızca bir tarafı taahhüt altına girebileceği gibi her iki taraf da taahhüt altına girebilir. Sözleşme vaadi, ancak borç doğuran bir sözleşme üzerine yapılabilir. Tasarruf işlemi yapılmasına yönelik bir ön sözleşme yapılamaz. bk. Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/350-351; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 193.

¹⁴⁶ Doğan, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, 72.

¹⁴⁷ Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/350-351; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 193.

¹⁴⁸ Modern murâbaha, katılım bankasının fon kullanılmak istediği müşterisinin tespit ettiği ev veya araba gibi bir malı peşin olarak satın alıp müşterisine taksitle daha yüksek bir fiyata satması işlemidir. Ayrıntılı bilgi için bk. İbrahim Kafi Dönmez, “Murâbaha”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2020), 31/151.

¹⁴⁹ Kamil Yelek, “İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı: Murabaha Örneği” 35 (2016), 145-147.

¹⁵⁰ Türk hukukunda menkul malları konu edinen satış sözleşmesinde tasarruf işleminin şartla askıya alınması, özel bir sözleşme türünü meydana getirmiştir. Bu sözleşme, kanunda mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi olarak isimlendirilir. Satış sözleşmesinin konusunun alıcıya teslim edilmesine rağmen mülkiyetinin şart gerçekleşene kadar satıcıda kalmaya devam ettiği sözleşmeye de mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış denir. bk. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 260-261; Mustafa Reşit Karahasan, *Mülkiyet Hakkının Kazanılması* (İstanbul: Beta Yayınları, 1998), 1/80. İhtilafli görüşler olmakla birlikte bu satış işlemi ile borçlandırıcı işlem gerçekleşmiştir. Fakat tasarruf işlemi, şart gerçekleşene kadar askıdadır. Aksi kararlaştırılmadıkça şart gerçekleşene kadar tasarruf işleminin hüküm ve sonuçları gerçekleşmez. Mülkiyet henüz satıcıdadır, fakat malın yarar ve sorumluluğu alıcıya geçer. bk. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 260-262; Mustafa Reşit Karahasan, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku* (İstanbul: Arıkan Basım Dağıtım, 2007), 1/1452-1453. Özellikle taksitli satışlarda satıcı, alıcının tüm taksitleri ödememesi endişesiyle malın mülkiyetinin hemen alıcıya geçmesini istemeyebilir. Çünkü böylece temerrüt durumunda malın mülkiyeti hala kendisinde olduğu için istihkak davasıyla kolayca malı geri alabilecektir. Taksitlerin tamamen ödenmesi halinde ise malın mülkiyeti kendiliğinden alıcıya geçmektedir. Mülkiyetin nakli için ayrı bir işleme gerek duyulmamaktadır. bk. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 265-266; Aydın Zevkliler vd., *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012), 601.

¹⁵¹ Şeybânî, *el-Asl*, 2/463; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/472.

¹⁵² Şeybânî, *el-Asl*, 2/463.

sorumluluğu karşı tarafa geçmezken mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta geçmektedir.¹⁵³ Bu karşılaştırma ödeme muhayyerliği ile yapılsa da fukahâ tarafından ödeme muhayyerliği, şart muhayyerliğinin bir fer'i kabul edildiği için mesele şart muhayyerliği ile de ilgilidir. Çünkü¹⁵⁴ şart muhayyerliği kişiye en geniş yetkileri verdiği için ödeme muhayyerliğinin tüm imkânları onda da vardır. Ödeme muhayyerliğinin hükümleri de genel olarak şart muhayyerliğinin hükümlerine kıyasen oluşturulmuştur.¹⁵⁵ Bu sebeple şart ve ödeme muhayyerliklerini karşılaştırmak da faydalı olacaktır.

• Ödeme muhayyerliği (Hıyâru'n-nakd):¹⁵⁶ Hanefî ve Hanbelî fakihler ödeme muhayyerliğinin şart muhayyerliği manasında olduğunu söylemişlerdir. Hatta onun meşruiyetini, şart muhayyerliğine göre öncelikli görmüşlerdir. Öyle ki şart muhayyerliğinin meşruiyeti nasla sabitken ödeme muhayyerliğinin şart muhayyerliğinin delâleti ile sabittir.¹⁵⁷ İkisinde de hak sahibinin üç gün içinde sözleşmeyi onay-fesih hakkı vardır. Ayrıca bu muhayyerlikler insanların

¹⁵³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 260; Karahasan, *Mülkiyet Hakkının Kazanılması*, 1/80-81.

¹⁵⁴ Molla Hüseyin konuyla ilgili şu açıklamayı yapmıştır: Şart muhayyerliği, genel kurala aykırı olarak sabit olmuştur. Fıkıh usulü eserlerinde kıyasa aykırı olarak sabit olan hükme nassın delaletiyle veya kapalı kıyas- istihsan yoluyla başka bir meselenin ilhak edilmesi caiz görülmüştür. Ödeme muhayyerliğinin şart muhayyerliğine kıyasında bu ikisinden biri vardır. bk. Molla Hüseyin, *Dürrü'l-hükkâm* (Dâru İhyâi Kütübü'l-Arabiy, ts.), 2/152.

¹⁵⁵ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/281; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/471-472.

¹⁵⁶ Ödeme muhayyerliği, satılan bir şeyin semeninin muayyen zamanda satıcıya verilmesi veya baştan ödenmiş alıcıya iade edilmesi, semen satıcıya verilmediği veya alıcıya iade edildiği takdirde satış muamelesinin fesholması üzere yapılan pazarlıktan ileri gelen muhayyerliktir.¹⁵⁶ Hanefî ve Hanbelîler'ce kabul edilmektedir. bk. Kurul, *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveyyiyye*, 2/182. Alıcı satın alacağı malın kendisine uygunluğunu veya semenini üç gün için de teslim edip edemeyeceğini, satıcı da sattığı malın bedelini üç gün içinde alıp alamayacağını bilmediği zaman bu muhayyerliğe ihtiyaç duyar. bk. Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/26; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/281; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/10; Şerkâvî, *el-Hıyârât fi'l-Bey*, 81; Muhammed Necedat Muhammed, "Hıyâru'n-nakd fi'l-fıkıh'l-İslâmî ve tatbikâtühü'l-iktisâdiyyetü'l-muâsıra", *Mecelletü Câmîati Dımaşk li'l-Ulûmi'l-İktisâdiyye ve'l-Kanûniyye* 29/1 (2013), 395. Ödeme muhayyerliği, şart muhayyerliğinden türemiş bir muhayyerliktir. Bu sebeple hükümleri büyük oranda şart muhayyerliğine benzemektedir. İki arasında en önemli fark süre sonunda sessiz kalınması halinde şart muhayyerliği bulunan sözleşme lâzım hale gelirken ödeme muhayyerliği bulunan sözleşmenin münfesihi (veya fâsid) olmasıdır. bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/282; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/471-472; Kurul, *el-Fetâva'l-Hindiyeye*, 5/176; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/397-398; Buhûf, *Keşşâfü'l-kunâ'an metni'l-İknâ*, 3/196. Bu farklılığın sebebi, ödeme muhayyerliği bulunan alıcının, sözleşmenin feshini engellemek amacıyla süre bitene kadar satıcıdan gizlenmesinin önüne geçmektir. Çünkü şart ve ödeme muhayyerliğinde Hanefîler'ce hâkim görüşe göre fesih ancak karşı tarafın haberi olduğu zaman geçerli olmaktadır. bk. Şeybânî, *el-Asl*, 2/459; Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Kudûrî, *el-Muhtâşar ("el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb" içinde)* (İstanbul: Asitane Kitabevi, ts.), 1/180; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 7/304-305; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/291; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/27; Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn*, 1/330.

¹⁵⁷ Nassın delâleti (delâletin delâleti, fahva'l-hitâb, mefhûm-u muvâfakat), doğrudan veya dolaylı olarak lafızdan çıkmayan fakat ortak illet sebebiyle ibarenin delâlet ettiği mananın ibarede geçmeyen olaylara da uygulanmasıdır. Nassın delâletini fikhî kıyastan ayıran nokta şudur: Kıyasta illeti anlamak ve yeni olaya uygulamak için fikhî bir çaba yani içtihat gerekir. Fakat nassın delaletinde lafzın manasını anlayan herkes dil ve mantık kurallarına göre bu manayı çıkarıp benzer olaylara uygulayabilir. Örneğin "anne-babaya öf demeyin" ayetinin manasını anlayan her kişi bu âyete göre anne-babanın dövülmeyeceğini de anlar. Çünkü öf demek onları incittiği için yasaklanmışsa dövmek hayli hayli yasaktır. bk. Ebü Zeyd Abdullâh (Ubeydullâh) b. Muhammed b. Ömer b. İsa Debûsî, *Takvîmü'l-Edille* (Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2001), 132; Ali Bardakoğlu, "Delalet", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 1994, 9/121.

Hanefî fakihlere göre nassın delaletiyle elde edilen hüküm kıyas değildir. Hatta nassın delaleti kıyasın delaletinden daha evladır. Örneğin Pezdevî, nassın delaletiyle elde edilecek olan mana ve hükümlerin usul metotlarına dayanmadığını, bunun için dili bilmenin yeterli olduğunu vurgulamıştır. Hatta Hanefîler kıyasla sabit olmayan hadler ve kefaretlere nassın delâletiyle sabit kılınmıştır. Bu da onların nassın delâletini naslarla aynı seviyede gördüklerini göstermektedir. Şâfiîler'den Gazzâlî de âyette zikredilmeyen durum (meskûtün anh), âyette geçen duruma (mantûkun bih) denkse veya ondan daha evlâ ise bu durumda yapılan ilhak işleminin kıyas olarak isimlendirilemeyecek "mefhûmü'l-muvâfaka" kapsamında değerlendirileceğini söylemiştir. Mefhûmu'l-muvâfaka da Hanefî usulünde nassın delaletini ifade etmektedir. Hanbelî usulcülerin çoğunluğu, Şif usulcüler ile Bâkallâni, Cüveynî, Âmidî ve İbnü'l-Hâcib gibi diğer usulcüler de bu yönde görüş belirtmişlerdir. bk. Hüseyin Okur, "Hanefî Usulcülerine Göre Nassın Delaleti ve Kıyasla İlişkisi", *Uluslararası İslâm Araştırmaları Dergisi* 2/1 (2016), 81, 83-84.

onlara duyduğu ihtiyaç konusunda da birleşmektedir. Alıcının şart muhayerliğini kullanarak malın ona uygunluğu üzerine düşünme ihtiyacı olduğu gibi satıcının da ödeme muhayerliği sayesinde paranın ödenme ihtimali üzerine düşünme ihtiyacı vardır.¹⁵⁸

Şart muhayerliği mutlak iradî şartken ödeme muhayerliği alelade iradî bir şarttır. Ödeme muhayerliğinin düşmesi semenin alınıp verilmesine bağlıken, şart muhayerliğinin düşmesi tamamen hak sahibinin arzusuna bağlıdır.¹⁵⁹ Fakat ikisi de mücerret hak olduğu için tayin ve ayıp muhayerliğinin aksine hak sahibinin ölümüyle varislerine geçmez.¹⁶⁰ Süre açısından Ebû Yusuf, şart muhayerliğinde İmam Muhammed ile birlikte tarafların anlaştığı herhangi bir süreyi geçerli görürken ödeme muhayerliğinde görüşünü değiştirmiş ve Ebû Hanîfe'nin görüşüne uyarak en fazla sürenin üç gün olacağına hükmetmiştir.¹⁶¹ Hanbelî mezhebi ise her iki muhayerlikte de üç gün sınırı getirmemiştir.¹⁶² Bunun haricinde ikisi arasında temel unsurlar, ön hükümler ve hukuki sonuçlar açısından bir fark yoktur.

- **Ayıp Muhayerliği:**¹⁶³ Ayıp muhayerliği ve şart muhayerliği, tarafların iradelerinin sözleşmeye tam olarak yansiyabilmesi için vardır. Şart muhayerliğinde kişi malı beğenip onaylayınca, ayıp muhayerliğinde de mal alıcıya ayıpsız bir şekilde ulaşıncaya sözleşme lâzım hale gelmiş olur. Fakat ayıp muhayerliği kanunen verilmiş bir hak olduğu için sözleşmede şart koşulması gerekmez. Şart muhayerliği ise sözleşmede şart koşularak sabit olur. Ayıp muhayerliğinin süresi yoktur, fakat şart muhayerliği sürelidir. Ayıp muhayerliği sadece malda ayıp bulunması halinde onu iade imkânı tanırken şart muhayerliği ile iade, hak sahibinin mutlak iradesine bağlıdır. Ayıp muhayerliği miras kalabilirken şart muhayerliği miras kalamamaktadır.¹⁶⁴

- **Tayin Muhayerliği:**¹⁶⁵ Tayin muhayerliği amaç bakımından şart muhayerliği ile benzerlik taşımaktadır. Kişi, yeterli bilgisi olmadığı ya da kendisi için almadığından mallar

¹⁵⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 24/2; Cemaluddin Muhammed bin Abdullah Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâ'ik Şerhu Kenzi'd-Dekaik (Haşiyetüş Şelebi ile birlikte)* (Kahire: el-Matbaatü'l-Kübura el-Emîriyye, 1313/1895), 4/16; Bâbertî, *el-İnâye*, 6/304; Ebû'l-Ferec İbn Kudâme, *Şerhu'l-kebir alâ metni'l-Muknî (el-Muğni içinde)*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ (Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009), 6/78; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/141-142; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/398-399.

¹⁵⁹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/471; Ali Haydar Efendi, *Düerü'l-hükkâm*, 1/461.

¹⁶⁰ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/486; Ali Haydar Efendi, *Düerü'l-hükkâm*, 1/462.

¹⁶¹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'î*, 7/26; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâ'ik*, 4/15; Radyüüddîn Ebû Bekr b. Alî b. Muhammed Haddâd, *el-Cevheretü'n-neyyire* (Mısır: Matbaatü'l-Hayriyye, 1322/1904), 1/191; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/281-282; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/9-10; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/459, 472.

¹⁶² Buhûtî, *Keşşâfü'l-kanâ'an metni'l-İknâ'*, 3/196.

¹⁶³ Ayıp muhayerliği, "taraflardan birinin sözleşmenin konusunu oluşturan bedellerden birinde, özellikle müşterinin satın aldığı malda değer düşürücü veya sözleşmeden beklenen haklı maksadı engelleyen bir kusur bulunduğunu fark etmesi üzerine bu gerekçeyle sözleşmeyi fesih hakkına sahip olmasıdır. Temeli, İslâmiyet'te haksız kazancın yasak olması ve sözleşmede rıza ilkesine dayanır. bk. Apaydın, "Muhayerlik", 31/28-29.

¹⁶⁴ Ebu Bekr Alâeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebi Ahmed Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ'* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994), 2/93-104.

¹⁶⁵ Tayin muhayerliği; kıymetli mallardan iki veya üç şeyin fiyatlarının ayrı ayrı tespit edilmesi ve alıcının bunlardan dilediğini alması ya da satıcının dilediğini satması şartıyla yapılan sözleşme sonucu elde edilen tercih hakkıdır. bk. Ali Haydar Efendi, *Düerü'l-hükkâm*, 1/463. Türk hukukunda da seçimlik borç olarak geçmektedir. Seçimlik borç, birden fazla şey üzerine taalluk eden borç manasındadır. Hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir. Borç muaccel ise ve borçlu seçimini yapmıyorsa alacaklının ihtarı ile borçlu temerrüde düşer. Tarafların açıkça kararlaştırmalarıyla veya işin özelliği gereği seçim hakkı satıcıya veya bir üçüncü kişiye ait olabilir. Örneğin lokantada birkaç çeşidi içeren tabldot listesinden istediği yemeği seçmek alıcıya aittir. Seçim hakkı sahibi hakkını kullanınca ifanın konusu seçilen o edim olarak belli duruma gelir. Diğer edimler borcun konusu olmaktan çıkar. bk. Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/652; Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 376-377. Hanefî ve Mâlikîler'e göre meşru olan bu hak, şart muhayerliğine kıyasen ortaya çıkmıştır.¹⁶⁵ Fakat ikisinin, hükümleri açısından birbirinden farkları fazladır. bk. Şeybânî, *el-Asl*, 2/465; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/55; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/300;

arasında tercih yapmadığı zaman onlardan düşük, orta ve yüksek kalitede üç tanesini tayin muhayyerliği ile alır ve malları götürüp tercih yapıldıktan sonra diğerlerini geri getirir.¹⁶⁶ İkisi arasındaki farklılara gelirse, tayin muhayyerliğinde sözleşmenin hükmü yani mülkiyetin nakli belirsiz bir mal üzerinde sabit olmaktadır. Şart muhayyerliğinde ise henüz sözleşmenin hükümleri hak sahibi açısından doğmamıştır.¹⁶⁷ Şart muhayyerliğinde hak sahibince sözleşmenin feshi mümkünken tayin muhayyerliğinde sözleşme lâzım olduğu için tercih yapılmak zorundadır.¹⁶⁸ Tayin muhayyerliğinin şart muhayyerliğini de barındırdığını söyleyen gruba göre ise tayin muhayyerliğinde de fesih hakkı vardır. Bu gruba göre tayin muhayyerliğinin şart muhayyerliğinden eksiği yok fazlası vardır. Çünkü tayin muhayyerliği ile kişi birkaç mal arasından beğendiğini alma hakkına sahipken şart muhayyerliğinde bu hak yoktur.¹⁶⁹

- Vasıf Muhayyerliği:¹⁷⁰ Tıpkı şart muhayyerliğindeki gibi alıcıya malı inceleme hakkı verir. Fakat istenen vasıflar malda varsa alıcının fesih hakkı yoktur. Bu sebeple vasıf muhayyerliği alelade bir şarttır. Şart muhayyerliği ise mutlak iradî bir şart olduğu için alıcı malda istediği özellikleri bulsa dahi ona iade imkânı vermektedir. Türk hukukunda da benzer ayırım yapılmış ve şöyle denmiştir: Eğer şart, satılan şeyde belli niteliklerin bulunmasına ilişkin ise beğenme koşuluyla satış söz konusu olamaz. Bu durumda sadece alelade bir şart var demektir.¹⁷¹ Şart muhayyerliği mücerret bir hak olup varislere miras olarak kalmazken vasıf muhayyerliği ayna bağlı bir hak olduğu için varislere geçer.¹⁷² Şart muhayyerliğinde kurulmuş, fakat henüz sonuçları doğmamış bir sözleşme vardır. Vasıf muhayyerliğinde ise sözleşme kurulmuş ve sonuçları doğmuştur. Fakat alıcının malı kullanmadan önce kontrol edip onda istenen vasıfların bulunup bulunmadığını tespit etmesi gerekmektedir.¹⁷³ Şart muhayyerliğinde sürenin belirsizliği sözleşmeyi fâsîd kılarken vasıf muhayyerliğinde tıpkı ayıp muhayyerliğinde olduğu gibi hakkın kullanılması için belirlenmiş bir süre yoktur. Hatta onun fevri bir hak olmadığı ve kişinin vasfın eksikliğini fark ettikten bir süre sonra da sözleşmeyi feshedebileceği söylenmiştir. Tabi örfen belirlenmiş sürelerin aşılıp karşı tarafa zarar verilmesine hukuken izin verilmeyeceği de aşikârdır.¹⁷⁴

- Meclis Muhayyerliği:¹⁷⁵ Meclis ve şart muhayyerlikleri maksatları ve hükümleri açısından neredeyse aynıdır. Hukuki niteliği olarak birisi hükmî şartken diğeri iradî bir şarttır.

İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/35; Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ* (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2012), 3/224; Zürcânî, *Şerhu'z-Zürcânî ale Muhtaşarı Halil*, 5/222-223, 226; Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî ale's-şerhi'l-kebir* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.), 3/106-107.

¹⁶⁶ Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2252-2254; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/55; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, 6/300; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/35; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/464.

¹⁶⁷ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'î*, 7/271; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/464.

¹⁶⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/466.

¹⁶⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/56; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'î*, 7/276.

¹⁷⁰ Vasıf muhayyerliği, belli bir vasıf için satın alınan malda aranan vasıf bulunmazsa sahip olunan fesih hakkıdır. bk. Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, 71.

¹⁷¹ Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 1/1330.

¹⁷² Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/61.

¹⁷³ Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, 71.

¹⁷⁴ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 6/61.

¹⁷⁵ Şâfîliler, muhayyerlikleri teşehhî ve nakisa muhayyerliği şeklinde ikiye ayırdıktan sonra şart muhayyerliğini ve meclis muhayyerliğini teşehhî muhayyerlikleri adı altında birleştirerek ikisi için de ortak bir tanım yapmıştır. Bu tanıma göre teşehhî muhayyerliği, tarafların özgür iradeleriyle birbirlerine tanıdıkları, var olması için sözleşmede bir eksikliğin meydana gelmesinin gerekmediği, sebebinin ise meclis veya şart koşma olduğu muhayyerliktir. bk. Nevevî, *el-Mecmû'*, 197; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/600-602. Şâfîliler'in iki muhayyerliği tek tanıda ele almalarının sebebi ikisinin de aynı amaca hizmet etmesinden olsa gerektir. Çünkü ikisi de taraflara biraz daha zaman kazandırıp düşünme fırsatı verme işlevini görmektedir. Nitekim nikâhta meclis muhayyerliğinin bulunmamasının bir sebebi şöyle açıklanmıştır:

İkisi de naslarla sabit olmuştur. Fakat Hanefiler ve Mâlikîler ilgili nasları tevil ederek meclis muhayyerliğini kabul etmemişlerdir.¹⁷⁶ Bunun sebebi bizce şudur: Aynı amacı gerçekleştireler de şart muhayyerliği özgür iradeyle sözleşmeye eklendiği için sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir. Taraflar koydukları şartın bilincinde oldukları için kolay kolay ihtilaf yaşamazlar. Ayrıca şart muhayyerliği istisnâ bir durum olduğu için hukuku ve insanları çok meşgul etmez. Ama meclis muhayyerliği kabul edilirse her sözleşmede onunla karşılaşılması gerekecektir. Taraflar başta konuşulmadığından sözleşmeden sonra bir düşünme süresi olduğunu bilmediği için zarara uğrayabilirler. Hatta bilseler bile böyle bir hakkın hukuken verilmesi ve anlaşmayla sözleşmeden önce kaldırılamaması sebebiyle istedikleri şekilde sözleşme kuramamış olurlar. Bu da satış sözleşmesinin rızaya dayalı bir sözleşme olması ilkesine aykırıdır.

- İbn Kudâme şart muhayyerliğini karşılığında bedel alınamaması ve miras kalmaması sebebiyle hibeden dönme muhayyerliğine benzetmiştir.¹⁷⁷ İkisi arasındaki temel fark fakihlerin çoğunluğuna göre malın tesliminden önce –Hanefiler’e göre teslimden önce ve sonra- hibe sözleşmesinin aslen bağlayıcı olmamasıdır. Yani fesih hakkı, sözleşmenin henüz bağlayıcılık kazanmamasından kaynaklanmaktadır.¹⁷⁸ Şart muhayyerliği ise bağlayıcı sözleşmelerde fesih hakkı veren bir şarttır.

Sonuç

Şart muhayyerliği tespit edilebildiği kadarıyla Roma hukukunun klasik döneminden itibaren uygulanagelen mutlak iradî bir şarttır. Roma hukukunda “Pactum Displientiae” ve TBK’da “Beğenme Koşuluyla Satış” şeklinde isimlendirilmektedir. Alelade şartlardan farklı olarak o, kişiye yalnızca kendi iradesiyle, hiçbir şekil şartı aranmaksızın sözleşmeyi onaylama ya da feshetme hakkı verir. Böyle geniş bir hakkın hukukta başka bir örneği yoktur. Bu sebeple Roma hukukundan bu yana onun meşruiyetine dair birçok tartışma yürütülmüştür. Bunun sonucu olarak onun hukuki niteliği hakkında birçok teori geliştirilmiştir.

Bazıları beğenme koşuluyla satışı, sadece kabul bekleyen bir icap olarak görmüştür. Onu sözleşme olarak görenlerden bazıları istisnâ bir durum olarak değerlendirmiş, diğerleri ise “ön sözleşme”, “isimsiz sözleşme”, “şartlı sözleşme” ve “opsiyon” teorileriyle açıklamıştır. Bu görüşlerden en baskını şart teorisi olmakla birlikte şartın türü hakkında ittifak sağlanamamıştır. Bir kesim onun alelade bir şart olduğunu söylemiştir. Onlardan bazıları şarta bağlananın malı beğenme olduğunu ve bunun gerçekleşmesi halinde sözleşmeden dönülemeyeceğini ifade etmiştir. Çünkü eğer istersem alacağım şeklinde bir ifade, onlara göre gerçek bir irade beyanı değildir. Ayrıca böyle bir şartta sözleşmeyi kuran ve onay veren iki irade birbiriyle çelişmektedir. Beğenme koşulunu mutlak iradî bir şart olarak kabul edenler, bu sözleşmede iki tane irade beyanı olduğunu, birincisinin sözleşmeyi kurduğunu, ikincisinin ise sözleşmeye onay verdiğini söylemişlerdir. Onlara göre irade beyanları arasında bir çelişki yoktur.

İslâm hukukunda şart muhayyerliğinin hukuki niteliği üzerine farklı teoriler geliştirilmemiştir. Onun “ikâle teklifinden sonra kabul muhayyerliğiyle” benzerliklerini ortaya

Nikâh öncesinde bu sözleşmenin, kadın-erkek arası helallik ve geri alınamayan sıhriyet bağı oluşturması gibi önemli sonuçları sebebiyle çokça düşünülür. Bu sebeple nikâh sözleşmesinde meclis muhayyerliğine ihtiyaç duyulmaz. bk. İbn Kudâme, *Şerhu'l-kebîr*, 5/82. Bu muhayyerliğin meşruiyeti hususunda Hanbelîler de Şâfiîler ile aynı görüştedir. bk. İbn Kudâme, *Şerhu'l-kebîr*, 6/81-82; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/24-26; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/42.

¹⁷⁶ Ali Hafif, *İslâm Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*, 429-430.

¹⁷⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/35-36, 76-77; İbn Müflih, *el-Mübdî*, 3/415; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kanâ' 'an metni'l-İknâ'*, 3/210-211.

¹⁷⁸ Ali Bardakoğlu, “Hibe”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1998), 17/423.

koyanlar olsa da bu daha çok niçin miras kalamadığını veya maddi bir karşılığının olmadığını açıklamak içindir. Yoksa ikâle ile şart muhayyerliği arasında ilkinin ayrı bir sözleşme ikincisinin ise sözleşmeye eklenen bir fesih hakkı olması gibi birçok fark vardır.

Hukukçular şart muhayyerliği ile yapılan sözleşmenin şarta rağmen kurulduğunu ittifakla kabul ettikleri için icap, opsiyon ve ön sözleşme teorileri baştan geçersiz kalmıştır. Bazı durumlarda teslim gerçekleşmeden mülkiyet naklolduğu için şart muhayyerliğiyle yapılan işlemin aynı bir sözleşme olduğu da söylenememektedir.

Şart muhayyerliği öncelikle bir haktır. Hatta tek taraflı irade beyanıyla onay veya fesih şeklinde kullanılarak malın mülkiyetinin satıcıdan alıcıya ya da alıcıdan satıcıya naklini sağladığı için yarı aynı haklardan hakku't-temellük kapsamında değerlendirilebilir. Aynı sebeple onun Türk hukukundaki bozucu yenilik doğuran haklardan olduğu söylenebilir. Çünkü şart muhayyerliği, hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin sonlanmasını sağlayabilmektedir.

Şart muhayyerliği, sözleşmenin varlığını sürdürebilmesini gelecekte gerçekleşmesi ihtimali olan bir olguya bağladığı için teknik manada bir şarttır. Bu sebeple İslâm hukukundaki ta'likî şartlara daha yakındır. Hatta Hanefiler dışındaki mezheplere göre –ta'likî şarta bağlı sözleşme hemen kurulduğu için- şart muhayyerliğinin tam olarak bir ta'likî şart olduğu söylenebilir. O, modern dönem bazı İslâm hukukçuları tarafından takyidî şartlar kategorisinde değerlendirilmiştir. Takyidî şartlar sözleşmenin kurulumuna veya hükümlerinin doğmasına etki etmediği için bizce bu görüş doğru değildir. Hatta fıkıh kitaplarında zikredilmese de o, sıradan ta'likî şartlardan farklı olarak mutlak iradî bir şarttır. Çünkü onunla sözleşmenin varlığı malın beğenilmesi gibi alelade bir duruma değil bir tarafın mutlak arzusuna bağlanmaktadır. Öyle ki hak sahibi, malı beğendiği halde sözleşmeyi sonlandırabilmektedir. Yine alıcının sadece malı beğendini ifade etmesi sözleşmenin onaylanması için yeterli olmamaktadır. Onun sözleşmeyi onayladığını sözlü veya fiili irade beyanıyla dile getirmesi gerekmektedir. Bütün bunlar onun mutlak iradî bir şart olduğunu göstermektedir.

Kaynakça/Bibliography

- Akıntürk, Turgut - Karaman, Derya Ateş. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 20. Basım, 2013.
- Akman, Ahmet. "İslam Hukuku, Mecelle ve Türk Hukukunda Beğenme Şartıyla Satış Üzerine Bir İnceleme". *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 63/1 (2022), 211-246.
- Akman, Ahmet. *İslam Hukukunda Akdi Mesuliyet ve Tazminat (Türk Borçlar Hukuku Mukayeseli)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ali Haydar Efendi, Küçük. *Dürrü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2. Basım, 2017.
- Antalya, Gökhan. *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1991.
- Apaydın, Yunus. "Muhayyerlik". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 31/25-30. Ankara: TDV Yayınları, 2020.
- Aral, Fahrettin - Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 11. Basım, 2015.
- Aruçi, Muhammed. "Sâibe". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 35/542-543. Ankara: TDV Yayınları, 2008.
- Aybakan, Bilal. "İkâle". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 22/14-16. Ankara: TDV Yayınları, 2000.
- Aydoğdu, Murat - Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 3. Basım, 2017.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd. *el-İnâye*. 10 Cilt. Lübnan: Dârü'l-Fikr, ts.
- Bardakoğlu, Ali. "Dealet". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 9/119-122. Ankara: TDV Yayınları, 1994.
- Bardakoğlu, Ali. "Hibe". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 17/421-426. Ankara: TDV Yayınları, 1998.
- Bardakoğlu, Ali. "İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı". *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1/1 (1983), 9-30.
- Baysal, Başak. "Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 75/1 (2017), 273-292.
- Bedreddin Simâvî. *Câmi 'u'l-fuşûleyn*. Mısır: Matbaatü'l-Ezheriyye, 1. Basım, 1300/1882.
- Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn. *es-Sünenü'l-kübrâ*. thk. Muhammed Abdülkadir Atâ. Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1424/2003.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn. *Keşşâfî'l-kınâ 'an metni'l-İknâ*. Beyrut: Dârü Âlemi'l-Kütüb, 1403/1983.
- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî. *Şerhu Muhtaşari't-Tahâvî*. thk. İsmetullah İnayetullah Muhammed, Said Bektaş. Beyrut: Dârü'l-Beşâiri'l-İslâmiyye ve Dârü's-Sirâc, 1. Basım, 1431/2010.
- Cezîrî, Abddurrahman. *Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı*. çev. Hasan Ege. İstanbul: Bahar Yayınları, ts.

- Cündî, Halîl b. İshâk b. Mûsâ. *et-Tavzîh Şerhu Muhtasar-ı İbni'l-Hacib*. thk. Ahmed b. Abdilkerîm Necîb. 8 Cilt. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1. Basım, 1433/2012.
- Cürcânî, Seyyid Şerif. *et-Ta'rîfât*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1403/1983.
- Çeker, Orhan. *İslam Hukukunda Akitler*. Tekin Kitabevi, 2019.
- Dârekutnî, Ebû'l-Hasen Alî b. Ömer. *Sünen-i Dârekutnî*. Beyrut: Müessesetü'r-risale, 2004.
- Debûsî, Ebû Zeyd Abdullâh (Ubeydullâh) b. Muhammed b. Ömer b. Îsâ. *Takvîmü'l-edille fi'l-uşûl*. thk. Halil Muhyiddîn el-Meys. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1421/2001.
- Demirbaş, Harun. *Yenilik Doğuran Haklar*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- Derdîr, Ebû'l-Berekât Ahmed b. Muhammed. *eş-Şerhu'l-kebîr 'alâ Muhtaşarı Sîdi Halîl*. (Hâşiyetü't-Desûkî ile beraber). Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Desûkî, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed. *Hâşiyetü'd-Desûkî ale's-şerhi'l-kebîr*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Doğan, Gül. *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2004.
- Dönmez, İbrahim Kafî. "Murâbaha". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 31/148-152. Ankara: TDV Yayınları, 2020.
- Durmuş, Abdullah. *Fıkhi Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Ebû Gudde, Abdü's-Settar. *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*. 2 Cilt. Kuveyt: Matbaatü Makhavî, 2. Basım, 1405/1985.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 5. Basım, 2015.
- Erdoğan, Belgin. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2012.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Erkuş, Burhan. *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şarta Bağlılığı*. Samsun: Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2005.
- Gülerci, Altan Fahri - Kılınç, Ayşe. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Basım, 2008.
- Günay, Cevdet İlhan. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Basım, 2012.
- Hacak, Hasan. *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000.
- Haccâvî, Ebû'n-Necâ Şerefüddîn. *el-İknâ fi fikhî'l-İmam Ahmed*. thk. Abdüllatif Muhammed Musa es-Sübkî. 4 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.
- Haddâd, Radiyyüddîn Ebû Bekr b. Alî b. Muhammed. *el-Cevheretü'n-neyyire*. Mısır: Matbaatü'l-Hayriyye, 1322/1904.
- Hafif, Ali. *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*. çev. Rahmi Yaran. İstanbul: Litera yayıncılık, 2009.
- Hatemi, Hüseyin vd. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

- Hattâb. *Mevâhibü'l-celîl li-şerhi Muhtaşarı Halîl*. Dâru'l-Fikr, 1412/1922.
- Hıdır Abdullah Sâlim. *Ahkâmü'l-hıyârâti's-sâbitati bi's-şart fi's-şerîati'l-İslâmiyye-Dirâsetiün Mukârenatün bi'l-Kanuni'l-Yemenî*. Külliyyetü'l-Hukuk-Kısmu's-Şerîati'l-İslâmiyye: Câmîatü's-Suud, Doktora Tezi, 2008.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dimaşkî. *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr*. thk. Ebû Bilal Cemal b. Abdu'l-Âl. 11 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Alemiyeye li'n-Neşr ve't-Tevzi, 1. Basım, 1433/2012.
- İbn Cüzey, Ebü'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed. *el-Kavâninü'l-fıkhiyye fî telhîşi mezhebi'l-Mâlikîyye*. thk. Macid el-Hamevî. 1 Cilt. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1. Basım, 1434/2013.
- İbn Kudâme, Ebü'l-Ferec. *Şerhu'l-kebîr alâ metni'l-Muknî (el-Muğni içinde)*. thk. Muhammed Abdülkadir Atâ. 15 Cilt. Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 2009.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn. *el-Muğni*. thk. Muhammed Abdülkadir Atâ. 15 Cilt. Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 2009.
- İbn Müflih, Ebü İshâk Burhânüddîn İbrâhîm. *el-Mübdî fî şerhi'l-Muğni*. 10 Cilt. Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003.
- İbn Nuceym, Zeynüddîn. *el-Bahrü'r-râ'ik*. thk. Zekeriyya Umeyrât. 9 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1418/1997.
- İbn Receb, Ebü'l-Ferec Zeynüddîn Abdurrahmân. *Kavâidü İbn Receb*. thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Hasan Âli Selmân. 4 Cilt. Suudi Arabistan: Dâru İbn Affân li'n-Neşr ve't-Tevzi', 1. Basım, 1419.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed. *Fethu'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakîr*. thk. Abdürrezzak Galib el-Mehdi. 10 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 3. Basım, 1438/2017.
- Julie de Coninck. "Parsimony in Contract Law – The Case of the Potestative Condition". *European Review of Private Law* 15/6 (Haziran 2007), 855-871. <https://doi.org/10.54648/erpl2007049>
- Kapancı, Kadir Berk. "Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22/2 (2016), 247-270.
- Karâfi, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed. *ez-Zahîre*. Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslami, 2015.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Mülkiyet Hakkının Kazanılması*. 2 Cilt. İstanbul: Beta Yayınları, 1998.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*. İstanbul: Arıkan Basım Dağıtım, 2007.
- Karaman, Hayrettin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. 3 Cilt. İstanbul: İz Yayıncılık, 9. Basım, 2014.
- Kârî, Ebü'l-Hasen Nürüddîn Alî. *Fethu bâbi'l-inâye*. Beyrut: Dâru İhyau Türesi'l-Arabi, ts.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebü Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed. *Bedâ'i'u's-şanâ'i fî tertîbi's-şerâ'i*. thk. Şeyh Ali Muhammed Muavvız, Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd. 10 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 3. Basım, 2010.
- Kılıçoğlu, Ahmed M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr. *el-Muhtaşar ("el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitab" içinde)*. İstanbul: Asitane Kitabevi, ts.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr. *et-Tecrîd*. 12 Cilt. Kahire: Dâru's-Selam, 2. Basım, 1427/2006.
- Kurul. *el-Fetâva'l-Hindiyeye*. çev. Mustafa Efe. Ankara: Huzur Yayınevi- Akçağ Yayınları, 1985.

- Kurul. *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*. 45 Cilt. Kuveyt: Dâru's-Selâsil, 2. Basım, 1404.
- Mâverdî, Ebû'l-Hasen Alî b. Muhammed. *el-Hâvi'l-kebîr*. thk. Şeyh Ali Muhammed Muavviz - Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd. 19 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1419/1999.
- McKenzie, William Shelby. "Obligations - Potestative Conditions - Right to Terminate In Employment Contracts". *Louisiana Law Review* 22/4 (Haziran 1962), 872-878.
- Molla Hüsrev. *Dürerü'l-hükkâm*. 2 Cilt. Dâru İhyâi Kütübi'l-Arabiy, ts.
- Muhammed Necedat Muhammed. "Hıyâru'n-nakd fi'l-fıkhi'l İslâmî ve tatbîkâtühü'l-iktisâdiyyetü'l-muâsıra". *Mecelletü Câmîati Dımaşk li'l-Ulûmi'l-İktisâdiyye ve'l-Kanûniyye* 29/1 (2013), 383-410.
- Muhammed Yusuf Musa. *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd fi'l-fıkhi'l-İslâmî*. Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1987.
- Mustafa Yıldırım. *Mecelle'nin Külli Kaideleri*. İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 3. Basım, 2012.
- Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref. *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzebe*. thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd vd. 27 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 3. Basım, 1438/2017.
- Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref. *Minhâcu't-tâlibîn (Muğni'l-muhtâc içinde)*. thk. Abdürrezzak Şuhûd En-Necm. Suriye-Dımaşk: Dâru'l-Feyha - Dâru'l-Menhe'l-Nâşirîn, 1. Basım, 1430/2009.
- Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref. *Ravzatü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müttaķîn*. thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Şeyh Ali Muhammed Muavviz. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 4. Basım, 1434-2013.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 15. Basım, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 16. Basım, 2018.
- Okur, Hüseyin. "Hanefî Usulcülerine Göre Nassın Delaleti ve Kıyasla İlişkisi". *Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi* 2/1 (2016), 78-104.
- Özdemir, Recep. "İslâm Hukukunda Şart Muhayyerliği". *İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7/1 (03 Şubat 2017), 139-172.
- Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 7. Basım, 2021.
- Pulaşlı, Hasan. *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.
- Rado, Türkan. *Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Sahnûn, Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd. *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2. Basım, 2012.
- Samar, Mahmut. *İslam Borçlar Hukukunda Akitlerde Ca'li Şartlar*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Samar, Mahmut. "İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyîdî Şartlar". *Marife Dini Araştırmalar Dergisi* 18/2 (2018), 501-526.
- Selim Rüstem Baz. *Şerhu'l Mecelle*. Beyrut: Matbaatül edebiyye, 1923.
- Semerkandî, Ebu Bekr Alâeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebi Ahmed. *Tuhfetü'l-fukahâ'*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.

- Senhûrî, Abdürrezzak. *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâ-i Tûrâsi'l Arabî, 1. Basım, 1953.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *el-Mebsût*. 30 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1414/1993.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *Usulü's-Serahsî*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 7. Basım, 2016.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Basım, 2007.
- Sirmen, Lale. *Türk Özel Hukukunda Şart*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992.
- Şâzelî, Hasan Ali. *Nazariyyetü'ş-şart fi'l-fikhi'l-İslâmî*. Riyâd: Dâru Kunûzi İşbiliye li'n-Neşr ve't-Tevzî, 1. Basım, 2009.
- Şerkâvî, Ali el-Bedri Ahmed. *el-Hiyârât fi'l-Bey*, 1990.
- Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen. *el-Asl*. thk. Mehmet Boynukalın. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1. Basım, 1433/2012.
- Şîrâzî, Ebû İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm. *el-Mühezzeb (el-Mecmû içinde)*. thk. Şeyh Âdil Ahmed Abdulmevcûd vd. 27 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 3. Basım, 1438/2017.
- Şîrbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb. *el-İknâ' fi halli elfâzi Ebî Şücâ'*. thk. Mektebül'l-Buhûs ve'd-Dirâsât. 2 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Şîrbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb. *Mugni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*. thk. Abdürrezzak Şuhûd En-Necm. Suriye-Dımaşk: Darül Feyha-Dâru'l Menhel Naşirun, 1. Basım, 1430/2009.
- Tahan, Duygu. "Roma Hukuku'nda Alım Satım Akdine Bağlı Pactumlar". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/1 (2017), 199-224.
- Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed. *Muhtasari't-Tahavi*. Kahire: Dâru'l-Kitabi'l-Arabi, 1986.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2005.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Tehânevî, Zafer Ahmed. *İ'lâü's-Sünen*. thk. Muhammed Takî Osmânî. 22 Cilt. Pakistan: İdêratü'l Kur'an ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, 1418.
- Tüzüner, Özlem. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmaları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Uygur, Turgut. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. 2 Cilt. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Basım, 2012.
- Ünaldı, Rabia. *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkının Kullanılması*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Yaran, Rahmi. *İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1994.
- Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Yavuz, Nihat. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Basım, 2013.

- Yelek, Kamil. “İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı: Murabaha Örneği” 35 (2016), 147-186.
- Yılmaz, Hakan. *Beğenme Koşuluyla Satış*. Antalya: Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Zerkā, Mustafā b. Ahmed b. Muhammed. *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku*. çev. Servet Armağan. 3 Cilt. İstanbul: Timaş Yayınları, 9. Basım, 1993.
- Zevkliler, Aydın vd. *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 7. Basım, 2012.
- Zevkliler, Aydın - Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 17. Basım, 2017.
- Zeydan, Abdülkerim ez-. *İslam Hukukuna Giriş*. çev. Ali Şafak. İstanbul: Kayıhan Yayınları, ts.
- Zeylâî, Cemaluddin Muhammed bin Abdullah. *Tebyînü'l-ḥaḳā'ik Şerhu Kenzi'd-Dekaik (Haşiyetüş Şelebi ile birlikte)*. Kahire: el-Matbaatü'l-Kübra el-Emîriyye, 1. Basım, 1313/1895.
- Zürkânî, Ebû Muhammed Abdülbâkî. *Şerḥu'z-Zürkânî ale Muḥtaşarı Ḥalîl*. thk. Abdüsselam Muhammed Emin. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1422/2002.