

**T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

**DARÜLFÜNUN HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASINDA
MECELLE'NİN KİTABU'L-BUYU BÖLÜMÜ İLE İLGİLİ
MAKALELER**

Lokman YILMAZ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman: Prof. Dr. Soner DUMAN

ARALIK - 2024

T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DARU'LFÜNUN HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASINDA
MECELLE'NİN KİTABÜ'L-BUYU BÖLÜMÜ İLE İLGİLİ
MAKALELER

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Lokman YILMAZ

Enstitü Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri

Enstitü Bilim Dalı : İslam Hukuku

“Bu tez 31/12/2024 tarihinde online olarak savunulmuş olup aşağıdaki isimleri bulunan jüri üyeleri tarafından oybirliği ile kabul edilmiştir.”

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ
Prof. Dr. Soner DUMAN	Başarılı
Doç. Dr. Şükrü ŞİRİN	Başarılı
Doç. Dr. Behlül DÜZENLİ	Başarılı

ETİK BEYAN FORMU

Enstitünüz tarafından Uygulama Esasları çerçevesinde alınan Benzerlik Raporuna göre yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının benzerlik oranının herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve Etik Kurul Onayı gerektiği takdirde onay belgesini aldığımı beyan ederim.

Etik kurul onay belgesine ihtiyaç var mıdır?

Evet ☐

Hayır ☒

(Etik Kurul izni gerektiren araştırmalar aşağıdaki gibidir:

- Anket, mülakat, odak grup çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel ya da nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırmalar,
- İnsan ve hayvanların (materyal/veriler dahil) deneysel ya da diğer bilimsel amaçlarla kullanılması,
- İnsanlar üzerinde yapılan klinik araştırmalar,
- Hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalar,
- Kişisel verilerin korunması kanunu gereğince retrospektif çalışmalar.)

Lokman YILMAZ

31/12/2024

ÖN SÖZ

Mecelle, Tanzimat'tan sonra yapılan ve on dört asırlık bir hukuk geleneğinin dinamizmini yeni hukuk diliyle uygulamaya koyan önemli bir kanundur. Batı'da büyük reform hareketlerinin olduğu zor bir dönemde hazırlanmıştır. Dünyada baş gösteren reform hareketleri özellikle hukuk sahasında görülen köklü değişiklikler Tanzimat dönemi Osmanlı Devleti'nde de görülmeye başlamıştır. Mecelle, Ahmet Cevdet Paşa'nın iç ve dış baskılara rağmen büyük gayretleriyle hazırlanmış, elli yedi yıl kadar yürürlükte kalmış ve İslam Hukukuna göre tanzim edilmiş Türk ve İslam Dünyasının ilk kanun mecmuasıdır.

Hukuk canlı bir organizma gibidir. Oluşmasında değişik unsurların etkisi olduğu gibi yıpranmasında da yine bazı etkili unsurlar vardır. Eksiklikler, yaşayan hukuk için söz konusudur. Mecelle, yürürlükte kaldığı elli yedi yıllık uygulama süresi içerisinde Medeni Hukuk alanında birçok meseleyi çözmüş olsa da şartların değişmesiyle bazı eksikliklerin fark edilmesi, dolayısıyla bazı eleştirilere maruz kalması tabidir. Şunu da belirtmek gerekir ki Mecelle'ye yönelik eleştiriler içinde ilim, insaf ve metodoloji dâhilinde yapıcı eleştiriler olduğu gibi, aksine ilmî dayanaktan yoksun son derece sübjektif değerlendirmeler de vardır. 1916 yılında yayın hayatına başlayan Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası İslam Hukuku çerçevesinde çeşitli yazılara yer vermiş önemli bir hukuk dergisidir. Bu çalışma, Mecelle'nin bir bölümünü oluşturan "Kitabü'l-Büyu" üzerine dergide yayımlanan yazıların değerlendirilmesini ve derginin yeniden gündeme taşınarak araştırmacıların kullanımına sunulmasını amaçlamaktadır.

Birinci bölümde, Darülfünun'un tarihî sürecini, Hukuk Fakültesi ve bu Fakültenin yayını olan Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın şekil ve muhteva yönünden tanıtımı yapılmıştır. İkinci bölümde, bu mecmuada çıkan *Kitabü'l-Büyu'a* doğrudan veya dolaylı atıflar içeren yazılar tezin ana konusu olarak ele alınmıştır. Çalışmada varılan sonuçlar da sonuç bölümünde özetlenmiştir.

Bizi böyle bir çalışmaya yönlendirip tez süresince ilgi ve yardımlarını bizlerden esirgemeyen tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Soner DUMAN'a teşekkürlerimi arz ederim. Ayrıca, her soruma içtenlikle cevap verip desteğini eksik etmeyen pek kıymetli mesai arkadaşım Öğr. Gör. Tahir TAŞDELEN'e canıgönülden teşekkür ederim.

Lokman YILMAZ

31/12/2024

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii

GİRİŞ.....	1
------------	---

1. BÖLÜM: DÂRÜLFÜNUN VE DÂRÜLFÜNUN HUKUK FAKÜLTESİ

MECMUASI	5
1.1. Dârülfünun.....	5
1.2. Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası	6
1.3. Derginin Çıkış Gayesi	8
1.4. Derginin Muhtevası ve Şekilsel Özellikleri	13
1.5. Mecmua Dizinleri	15

2. BÖLÜM: DÂRÜLFÜNUN HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI'NDA

MECELLE: KİTABU'L BUYU BÖLÜMÜYLE İLGİLİ MAKALELER	29
2.1. Seyyid Bey: Mülk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri.....	29
2.1.1. Mülk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri	29
2.1.2. Mecelle Ta'dil Komisyonlarının Bu Maddelerde Yaptığı Ta'diller	35
2.2. Seyyid Mehmed Nesib: Mecelle'nin Islahına Doğru	38
2.2.1. Mecelle Ta'dil Komisyonlarının İlgili Maddelerde Yaptığı Tadiller.....	50
2.3. Mansurizade Saîd: Tatbîk ve İçtihad / Fetva ve Kaza	52
2.4. Ali Kemal	57
2.4.1. İflâsın Bey', İcar ve Mukâvele-i Sâireye Tesiri	58
2.4.2. Bey' Mukavelesinde İflas Edenin Satıcı veya Müşteri Olma Durumu.....	60
2.4.3. Müşteri İflas Etmeden Önce Malın Bedelini Ödemiş veya Ödememiş Olma Durumu.....	62
2.4.4. Tazminat Talebi.....	66
2.4.5. İflas ve Taahhüdün Yerine Getirilmemesi	67
2.4.6. Müflisin Mallarının İdaresi	67
2.4.7. Müflisin İşin Başından Çekilmesi	67
2.4.8. Muamele ve İşlem Geçmişi.....	67
2.4.9. Sendikaların Rolü.....	67

2.5. Ebül'ulâ Mardin (ö.1957).....	68
2.5.1. Hıyar-ı Şart (Şart Muhayyerliği)	69
2.5.2. Hıyar-ı Şartın İcrasında Zamanın Gözetilmesi (Zaman İradı)	70
2.5.2.1. Kable'l-akd (Akit Öncesi)	70
2.5.2.2. Ba'de'l-akd (Akit Sonrası)	70
2.5.2.3. Sulbü'l-akd	71
2.5.3. Muhayyerlik Bağlamında Şekil İradı	71
2.5.3.1. Mutlak Bırakma	72
2.5.3.2. Takyîd (Sınırlama).....	72
2.5.4. Satıcının Muhayyerlik Hakkına Sahip Olması Durumu	73
2.5.4.1. İhtimal 1: Satılan Mal (Mebî'), Satıcının Mülkiyetinde Kalır e Bu Durumda	73
2.5.4.2. İhtimal 2: Müşterinin Muhayyerlik Hakkına Sahip Olması	75
2.5.4.3. İhtimal 3: Müşteri Semen Üzerinde, Satıcı Mebî' Üzerinde Muhayyerdir.	76
2.5.4.4. İhtimal 4: Muhayyer Üçüncü Şahıdır.....	77
2.5.4.5. İhtimal 5: Mebî'in Muhayyerliği Şekli.....	78
2.5.5. Muhayyerlik Şartını Sona Erdiren Sebepler.....	79
2.5.5.1. İcazet.....	80
2.5.5.2. Fesih.....	81
2.5.6. İcazet ve Fesih İşlemlerinin Faille İlişkisi.....	82
2.5.6.1. Asaleten Yapılan İcazet ve Fesih.....	83
2.5.6.2. Vesayeten veya Vekâleten Yapılan İcazet ve Fesih	83
2.5.7. Fesih ve İcazetin Mebî'e (satılan mala) tTaalluk Etmesi.....	84
2.5.7.1. Mebî'in Tamamında Fesih ve İcazet	84
2.5.7.2. Mebî'in Bir Cüzünde Fesih ve İcazet	84
2.5.8. Muhayyerlik Şartını Sona Erdiren Sebepler.....	85
2.5.8.1. Müruru Müddet (Sürenin Geçmesi)	85
2.5.8.2. Muhayyerin Vefatı.....	85
2.5.8.3. Mebî'in Tamamen Telef Olması	86
2.5.8.4. Müşteri Muhayyerken Mebî'in Kusurlu Hale Gelmesi	86
2.5.8.5. Müşteri Muhayyerken Mebî'de Artış Meydana Gelmesi	86

2.5.8.6. Sulh.....	86
2.5.8.7. Muhayyer Olarak Satılan Kâsırın (kısıtlı) Malının Muhayyerlik Müddeti İçerisinde Mebi'in Değer Artışı	87
2.5.8.8. Müşterek Akdin Taraflarından Birinin Fesih veya İcazeti	87
2.5.9. Hıyar-ı Şarttan Kaynaklanabilecek Anlaşmazlıkların Çözümü	87
2.5.9.1. Muhayyerliğin Şart Olup Olmadığı İhtilafı	87
2.5.9.2. Müddet-i Hıyar Zarfında Fesih veya Müddetin Geçmesinden Sonra Telef İddiası	87
2.5.9.3. Muhayyer Olanın İcazetinden Sonra Mebi'in Tayininde İhtilaf	88
2.5.9.4. Muhayyer Olan Satıcının İcazetinde İhtilaf.....	88
2.5.9.5. Müddetin Müruru İhtilafında	88
2.5.9.6. Müddetin Miktarı Konusunda İhtilaf.....	88
2.5.9.7. İcazet ve Fesih İhtilaflarında:	88
2.5.10. Mecelle Tadil Komisyonlarının İlgili Maddelerle İlgili Tadili	89
2.5.11. Görme (Rüyet) Muhayyerliği	89
2.5.11.1. Hakiki Rüyet	92
2.5.11.2. Hükmi Rüyet.....	94
2.5.11.3. Rüyet Muhayyerliğini Sona Erdiren Sebepler	96
2.5.11.4. Hıyar-ı Rüyetten Dolayı Olabilecek İhtilafların Çözüm Yolları ..	99
2.5.11.5. Görme Muhayyerliği Konusunda Tadil Edilen Maddeler	100
2.5.12. Ta'yin Muhayyerliği	102
2.5.12.1. Ta'yin Muhayyerliğinin Gerçekleşmesinin Şartları	103
2.5.12.2. Muhayyer Müşteri Durumu: İki İhtimalin Tasavvuru	106
2.5.13. Vasıf Muhayyerliği	110
2.5.13.1. Akdin Yapılışı Esnasında Mebi' İçin İki İhtimal	110
2.5.13.2. Hıyar-ı Vasfın Hükmüne Nihayet Veren Sebebler:.....	113
2.5.13.3. “Bâyi' ile Müşteri Arasında Hıyar-ı Vasftan Dolayı Ortaya Çıkabilecek İhtilafların Çözüm Yolları”	115
2.5.13.4. Tadil Komisyonu Hıyar'ı Vasf' Bölümüyle İlgili Komisyonun İlave Ettiği Madde	115
2.5.14. Nakit Muhayyerliği	116
2.5.14.1. Satıcının Muhayyerliği	117

2.5.14.2. Müşterinin Muhayyerliği	118
2.5.14.3. Hıyar-ı Nakd'in Hükmüne Son Veren Sebepler	118
2.5.14.4. Hıyar-ı Nakd Maddelerinde Yapılan Ta'diller	121
SONUÇ	122
KAYNAKÇA.....	124
ÖZ GEÇMİŞ	125



KISALTMALAR

- a.g.e.** : Adı geçen eser
Bkz. : Bakınız
c. : Cilt
DİA : Diyânet İslâm Ansiklopedisi
H.z. : Hazreti
md. : Madde
nr. : Numara
s. : Sayfa
s.a.s. : Sallallahu aleyhi ve sellem
Sy. : Sayı
TDV : Türkiye Diyânet Vakfı Yayınları
Thk. : Tahkik
ts. : Tarihsiz
v. : Vefât, vefâtı
vb. : Ve benzeri

ÖZET	
Başlık: Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuasında Mecelle Kitabü'l-Buyu Bölümü İle İlgili Makaleler	
Yazar: Lokman YILMAZ	
Danışman: Prof. Dr. Soner DUMAN	
Kabul Tarihi: 31/12/2024	Sayfa Sayısı: vii (ön kısım) + 125 (ana kısım)
1916 yılında Dârülfünun Hukuk Fakültesi yayınları arasında yerini alıp, Harf İnkılâbı'na kadar Osmanlıca olarak toplam 38 sayı yayımlanan <i>Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası</i> bu çalışmanın odak noktasıdır. Çalışmada, mecmua tanıtılarak kapsamlı bir dizini oluşturulmuş ve dergide yer alan "Mecelle: Kitâbu'l-Buyû" üzerine yazılan metinler incelenmiştir. Bu araştırma, söz konusu derginin akademik dünyadaki önemini ve hukuk literatürüne katkısını ortaya koymayı hedeflemektedir. Çalışmanın birinci bölümünde, Darülfünun'un yayınlarından biri olan bu derginin çıkış amacı, içeriği ve biçim özellikleri detaylandırılmış, her sayıda yer alan yazılar taranarak kapsamlı bir dizin oluşturulmuştur. Bu tarama sürecinde derginin İslam Hukuku'nun farklı alanlarına dair birçok makale yayımladığı ve bazı yazarların modern hukuk normlarına yatkın olduğu gözlemlenmiştir. Bu durum, derginin sadece bir hukuk dergisi olarak, aynı zamanda İslam ve Batı hukuk sistemleri arasındaki entelektüel ve metodolojik etkileşimin bir yansıması olarak da incelenmesi gerekliliğini doğurmuştur. İkinci bölümde ise, dergide İslam Hukuku bağlamında yer alan makalelerden "Mecelle: Kitâbu'l-Büyû" odak noktası olarak seçilmiş ve bu başlık altında yazılan makaleler ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulmuştur. Bu bağlamda, hem Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk medeni kanunu olan Mecelle'nin yürürlüğe giriş ve yürürlükten kaldırılış dönemine tanıklık eden, Darülfünun Hukuk Fakültesi hocalarının Mecelle Kitabü'l-Buyu üzerine kaleme aldıkları değerlendirmeler incelenmiştir. Çalışmanın amacı, Osmanlı dönemi akademik dergi kültürünün ilk örneklerinden olan bu dergiyi tanıtmak ve ilgili makaleler yoluyla İslam Hukuku ile Batı hukuk normları arasındaki karşılaştırmalı tartışmaların izini sürmektir. Derginin dizininin yapılmasıyla, o dönemin hukuk çevrelerindeki hararetli tartışmalara ışık tutularak mukayeseli hukuk çalışmaları yapmak isteyen araştırmacılara bu alanda rehberlik edilmesi hedeflenmiştir.	
Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Mecelle, Kitâbu'l-Buyu, Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası	

ABSTRACT	
Title of Thesis: Articles Related to the Mecelle Kitab al-Buyu Section in Darulfünun Law Faculty Journal	
Author of Thesis: Lokman YILMAZ	
Supervisor: Prof. Dr. Soner DUMAN	
Accepted Date: 31/12/2024	Number of Pages: vii (pre text) + 125 (main body)
This study introduces and indexes the <i>Darülfünûn Faculty of Law Journal</i>, published in Ottoman Turkish between 1916 and the Alphabet Reform in 38 issues as part of the Darülfünûn Faculty of Law publications, and provides an in-depth analysis of the articles centered around <i>Mecelle: Kitâb al-Buyû'</i> within the journal. The study aims to highlight the journal's significance within academic circles. In the first chapter, the purpose, content, and formal characteristics of this journal—one of the publications of Darülfünûn—are examined in detail, and a comprehensive index of the articles in each issue has been created. During this process, the journal was found to include numerous articles on various branches of Islamic law, with certain authors demonstrating a leaning towards modern legal norms. This finding necessitated an examination of the journal not only as a law journal but also as a reflection of the intellectual and methodological interplay between Islamic and Western legal systems. In the second chapter, the focus shifts to articles within the framework of Islamic law, specifically selecting the discussions on <i>Mecelle: Kitâb al-Buyû'</i> as the focal point of this analysis. Within this context, the evaluations penned by Darülfünûn Faculty of Law scholars on <i>Kitâb al-Buyû'</i> of the Mecelle—Ottoman Empire's first civil code—during its enactment and later repeal period are analyzed. The study aims to introduce this journal as one of the earliest examples of academic journal culture in the Ottoman era and to trace the comparative discussions between Islamic law and Western legal norms through its articles. By indexing the journal, it seeks to shed light on the heated debates within the legal circles of that period and to guide researchers interested in conducting comparative legal studies in this field.	
Keywords: Islamic Jurisprudence, Majalla, Kitâbü'l-Buyu, Dârülfünun, Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası	

GİRİŞ

Araştırmanın Konusu

Bu çalışma, Osmanlı Darülfünun'unun yapısı ve ardından Darülfünun Hukuk Fakültesi tarafından yayımlanan *Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası* üzerinden, Mecelle'nin "Kitabü'l-Büyu" bölümü üzerine kaleme alınan yazıları incelemeyi amaçlamaktadır. Mart 1916'da "Hukuk, İktisadiyat" alt başlığıyla yayımlanmaya başlayan mecmua, Osmanlı hukukçularının İslam hukuku ile modern hukuk arasında nasıl bir ilişki kurduklarını anlamak açısından önemli bir kaynak niteliğindedir. Çalışmada, Mecelle'nin özellikle Kitabü'l-Buyu bölümüne dair yazılmış makaleler detaylı bir şekilde ele alınarak Osmanlı hukukçularının Mecelle'ye yönelik yaklaşımları tahlil edilmektedir.

Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'ndaki yazarların çoğunun Darülfünun Hukuk Fakültesi müderrislerinden oluşması, bu çalışmaya özgün bir derinlik katmakta ve dönemin hukuki tartışmalarını anlamak açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Mecelle'nin uzun yıllar Hukuk Fakültesi müfredatında yer almış olması, İslam hukukuna dayalı bir medeni kanun olarak onun hukuk fakültelerinde nasıl bir etki yarattığı ve müderrislerin Mecelle'ye hangi açılardan eleştiriler getirdikleri sorusunu gündeme taşımaktadır.

Bu bağlamda, mecmuanın tüm sayıları taranarak Mecelle'nin Kitabü'l-Buyu bölümü hakkında yazılmış makaleler tespit edilmiştir. Çalışma, bu yazılar üzerinden Osmanlı modernleşme sürecinde İslam hukuku ve Mecelle'nin algılanış biçimlerine dair yaklaşımları incelemeyi hedeflemektedir.

Araştırmanın Önemi

Bu araştırma, XVII. ve XVIII. yüzyıllarda Avrupa'da gerçekleşen sosyo-ekonomik ve sosyo-politik dönüşümlerin Osmanlı İmparatorluğu üzerindeki derin etkilerini incelemeyi amaçlamaktadır. Bu dönemde, Avrupa'da yaşanan hızlı değişimlerin Osmanlı aydınları arasında önemli bir tartışma konusu haline gelmesi, "Nerede yanlış yaptık?" sorusuna yönelik arayışları beraberinde getirmiştir. Osmanlı toplumunda bu soru, özellikle hukuk alanında cevap bulma çabasına dönüşmüş; geleneksel siyaset ve toplumsal yapının yeniden değerlendirilmesi gerekliliği aydınlar arasında yaygın bir görüş halini almıştır. Sosyal alanda Batı'yı taklit etme eğilimleri, hukuk sistemine de yansımış; bu bağlamda Osmanlı Devleti'nde hukuk reformları gerçekleştirilmiştir. 1850 yılında Fransız Ticaret

Kanunu'nu temel alarak hazırlanan Osmanlı Ticaret Kanunu, hukuk sistemindeki bu değişimin ilk örneklerinden biridir. Aynı süreçte, Fransız Medeni Kanunu'nun Osmanlı hukukuna uyarlanması düşünülmüş; ancak Cevdet Paşa'nın yerli bir medeni kanun yapılması yönündeki ısrarlı çabaları sonucunda, İslam dünyasında ilk defa hazırlanacak bir medeni kanun çalışması başlatılmıştır. Bu çalışma, Osmanlı hukuk sisteminde önemli bir yenilik olarak, geleneksel yapının modernize edilmesine ve İslam dünyasında ilk medeni kanunun oluşumuna zemin hazırlamıştır.

Araştırmanın Amacı

Araştırma, söz konusu dönemde Osmanlı İmparatorluğu'nun hukuk alanında gerçekleştirdiği reformları ve bu reformların Batı'daki gelişmelerle olan etkileşimini inceleyerek, Osmanlı hukuk sisteminde modernleşmenin temellerini anlamaya katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Modernleşme süreci, dini kuralların hukuki alandaki belirleyiciliğinin sınırlandırılmasını beraberinde getirerek, Osmanlı hukuk sisteminde sekülerleşmenin ilk adımlarını teşkil etmiştir. Cevdet Paşa'nın ısrarları sonucu başlatılan girişimler, özellikle Medeni Hukuk alanında kayda değer bir ilerleme sağlasa da hukukun tüm alanlarına nüfuz edememiştir. Bu süreç, Mecelle'nin yürürlükte olduğu dönemde gerçekleştiğinden, Osmanlı aydınları ve hukukçuları arasında çeşitli tartışmalara yol açmış, modern hukuk anlayışının Osmanlı toplumunda kabulü ve uygulanabilirliği üzerine lehte ve aleyhte birçok görüş ortaya çıkmıştır.

Araştırmada Osmanlı'nın modernleşme sürecindeki hukuki dönüşümünü ele alırken, özellikle Darülfünun hocalarından Mansurizade Said, Seyyid Bey, Seyyid Mehmet Nesîb ve Ebül'ulâ Mardin gibi dönemin önde gelen hukukçularının fikirlerine odaklandık. Mecelle'nin geçerli olduğu bir dönemde yaşamış bu hukukçuların, modernleşme ve sekülerleşme sürecindeki yaklaşımları, Osmanlı hukuk sisteminin dini referanslardan arındırılarak yeniden şekillendirilmesi sürecini anlamak açısından önem arz etmektedir. Çalışmanın bu şahsiyetler üzerinde odaklanması, dönemin hukuk düşüncesini anlamaya yönelik değerli bir zemin sunarak, Osmanlı hukuk tarihinde modernleşme ve sekülerleşme süreçlerine ilişkin daha kapsamlı bir bakış açısı geliştirilmesine katkı sağlamaktadır. Osmanlı hukuk sistemi üzerine yapılan çalışmalarda Tanzimat dönemi hukuksal düzenlemeleri, İslam tarihinde bir dönüm noktası olarak değerlendirilmekte ve

bu dönem, Osmanlı modernleşme süreci açısından kritik bir aşama olarak vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, Tanzimat dönemi'ne dair gerçekleştirilen her çalışma büyük bir öneme sahip olup, Osmanlı modernleşme sürecini anlamak için Dârülfünun'un rolü, burada görev alan müderrislerin fikirleri ve yayımlanan eserleri, önemli kaynaklar niteliğindedir.

Tezin temel amacı, Batı'nın ilerlemesine kıyasla Osmanlı Devleti'nin geri kaldığını düşünen Osmanlı aydınlarının dahili eleştirileri ile devletin sürekli savaş yenilgileri ve toprak kayıpları sonucunda maruz kaldığı dış baskılar ışığında hazırlanan ve elli yedi yıl boyunca yürürlükte kalan Mecelle'nin, dönemin hukuki sorunlarına ne ölçüde çözüm sağlayabildiğini incelemektir. Mecelle, Osmanlı İmparatorluğu'nun modernleşme sürecinde hazırlanan ilk medeni kanun olarak büyük bir öneme sahip olsa da etkileri ve yeterliliği dönemin aydınları arasında yoğun tartışmalara konu olmuştur.

Araştırmada, özellikle Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nda yayımlanan makalelerden hareketle Darülfünun hocalarının Mecelle'ye, özellikle Kitabü'l-Buyu bölümüne yönelik eleştirileri ve değerlendirmeleri incelenmektedir. Bu bağlamda, Mecelle'nin hukuki sorunlara getirdiği çözümler, eleştirilen yönler ve bu eleştirilere karşı savunma veya düzeltme amacıyla alınan önlemler detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Tez, Tanzimat Dönemi hukuk reformlarının Osmanlı modernleşmesine etkisini ve Dârülfünundaki hukukçuların bu süreçteki rollerini ortaya koyarak, Osmanlı hukuk sistemindeki modernleşme arayışlarını anlamaya katkı sağlamayı hedeflemektedir.

Araştırmanın Yöntemi

Bu çalışmada, İstanbul Hukuk Fakültesi Kütüphanesi'nde yürütülen araştırmalar sonucunda temin edilen ve Mart 1916'dan 1928'deki Harf İnkılabı'na kadar Osmanlı Türkçesiyle yayımlanmış 38 sayıdan oluşan bir mecmua incelenmiştir.¹ Belirtilen tarih

¹ İslam Hukukunun Cumhuriyet Türkiye'sindeki seyri konusunda 1928 yılı bir başlangıç niteliği taşır. Zira 1924 Anayasa'sındaki devletin dininin islam olduğuna ve Büyük Millet Meclisi'nin "ahkâmı şeriyenin tenfizi"ni üstlendiğine dair hükümler, laik devletin esas telakkisine münafi fıkraların Teşkilatı Esasîyeden tayı" amacıyla bu sene kaldırılmıştır. Harf devrimi de aynı yıl gerçekleşmiştir, Bu açıdan 1928 yılını İslam hukukunun varlığının zayıflaması ve modern sekülerizmin hakimiyetine işaret eden nihai bir dönüm noktasının başlangıcı kabu edilebilir. Bu hususta etraflı bir değerlendime için bkz., Eyyüp Said Kaya, "Türkiye Cumhuriyeti'nde Fıkıh Literatürü"(Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi Cilt 12, Sayı 24, 2014,9-126)

aralığındaki tüm sayılar doküman analizi yöntemiyle titizlikle incelenmiş, içerdikleri makaleler özenle taranarak araştırmanın temel konusuyla ilişkilendirilmiş ve ardından detaylı bir tahlile tabi tutulmuştur.

İnceleme sürecinde, nadir eserler arasında yer alan bu mecmuanın PDF formatındaki kopyaları İstanbul Hukuk Fakültesi Kütüphanesi'nden temin edilmiş ve kopyalar kronolojik bir sıralama doğrultusunda analiz edilmiştir. Her bir sayının içeriği dikkatle taranarak, genel çerçevede İslam Hukuku ve özelde Mecelle-i Ahkam-ı Adliye konusuna odaklanan makalelere öncelik verilmiştir. Diyanet İslam Ansiklopedisi'nde yapılan taramalar sonucunda Dârülfünun Edebiyat ve Darülfünun İlahiyat Fakültesi mecmualarına dair bilgiler elde edilse de Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası hakkında bilgi içeren herhangi bir maddeye ulaşılamamıştır.

Bu çerçevede, çalışmada ilk olarak mecmuanın tanıtımı yapılmakta; ardından derginin biçimsel özellikleri ve dizini çıkartılarak Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû' bölümüne dair yazılan makaleler ele alınmıştır.

1. BÖLÜM: DÂRÜLFÜNUN VE DÂRÜLFÜNUN HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI

1.1. Dârülfünun

Dârülfünun, günümüzde İstanbul Üniversitesi olarak bilinen bir kurum olup, 1933 yılına kadar "Dârülfünun" adıyla anılmıştır. Bu üniversitenin ismi önceden "Dârü'l-Ulûm, Dârü'l-İlim, Külliye ve Camia" gibi farklı adlarla da anılmıştır. Tarihsel süreç içerisinde, devlet dairelerine memur yetiştirmek amacıyla 1845 yılında bir Darülfünun kurma kararı alınmıştır. Bu doğrultuda Rüşdiye ve İdadiler açıldı ve bu okullardan mezun olan öğrencilerin eğitimlerine devam edebilmeleri için 14 Ocak 1863 tarihinde ilk Osmanlı Darülfünun'u kuruldu. İlk olarak 1865'te Çemberlitaş'taki Nuri Efendi Konağı'na taşınan bu kurum, aynı yıl içerisinde çıkan bir yangında 4 bin ciltlik kütüphanesiyle birlikte zarar gördü. Yangın sonrasında Dârülfünun, 1870 yılında Sultan Mahmut Türbesi civarında inşa edilen yeni bir binaya taşındı.²

Kurulduğu dönemde, Dârülfünun'da görev yapan hocalar arasında Derviş Paşa, Ahmet Vefik Paşa, Hekim Bali Efendi, Cevdet Paşa, Münecimbaşı Osman Efendi, Cemaleddin Afgâni, Osep Yusufyan, Salih Zeki ve Mehmet İzzet gibi önemli isimler yer almıştır. 1870'ten sonra sırasıyla Yanyalı Hoca Tahsin ve Sava Efendi, Dârülfünun Eminliği'ne (Rektörlüğüne) atanmışlardır. Cumhuriyet döneminin ilk Rektörü ise İsmail Hakkı Baltacıoğlu olmuştur.

Dârülfünun, çeşitli müstakil mekteplere sahipti. mülkiye, hukuk, tıbbiye gibi müstakil mekteplerin yanı sıra ulûm-ı aliyye-i diniyye, edebiyat, ulum-i riyâziyye, tabi'yye, kimya, Türkçe, Arapça, Farsça, Fransızca, İngilizce, Almanca, Rusça gibi derslerle birlikte jeoloji, Doğu Dilleri ve Coğrafya Enstitüleri gibi enstitüler de bulunmaktaydı. Üniversitede yurt dışından 20'den fazla profesör görev almıştır. 31 Mayıs 1933 tarihinde çıkarılan 2252 sayılı kanunla üniversite kurma görevi Millî Eğitim Bakanlığı'na verilince, kurum "İstanbul Üniversitesi" adını almıştır.

² Ekmeleddin İhsanoğlu, "Darü'l-Fünun", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1993).8/521-525.

1.2. Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası

Tanzimat sonrası dönemde Osmanlı Hukuk alanında ortaya çıkan önemli süreli yayınları incelediğimizde, Türk Hukuk Tarihine ışık tutan eski harflerle yazılmış bir dizi önemli dergi karşımıza çıkmaktadır. Bu yayınlar, dönemin hukuk dünyasına dair önemli bilgiler sunmakta ve araştırmacılar için önemli kaynak teşkil etmektedir.

Ceride-i Mehâkim, Düstur, Mecmua-ı Lahika-i Kavânîn, Hukuk Mecmuası, Ravza-i Hukuk, Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyîziyye, Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, Şuûnât-ı-Hukuk, İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânîn Mecmuası, Kavânîn ve Nizamât Mecmûası, Hâdisât-ı Hukukiyye, Muharrerât-ı Umûmiyye-i Adliyye ve Muhâmât gibi başlıca süreli yayınlar, dönemin hukukî gelişimini anlamak için önemli kaynaklardır.

Ancak, XIX. yüzyılın ortalarında Osmanlı kültür hayatında görülmeye başlayan süreli yayıncılığın, II. Meşrutiyet dönemiyle birlikte hız kazandığına tanık oluyoruz. Bu dergiler, her alanda yayınlanmış olup basın yayın hayatında önemli bir rol oynamıştır. Art arda çıkan bu dergiler, modern kültürün merkezinde yer almış ve düşünen, araştıran değerli kalem erbabının bir araya geldiği önemli merkezler olmuştur. Ancak, bu süreçte akademik nitelikte yayınlanan dergi sayısının oldukça sınırlı olduğu göze çarpmaktadır.

Bu dergilerin incelenmesi, dönemin kültür hayatına ışık tutabilecek önemli belgelerin ortaya çıkmasına katkı sağlamaktadır.

Bu çalışmanın odak noktası olan "Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası," 1916 yılında yayın hayatına başlamış ve Osmanlı hukuk dünyasında önemli bir yer edinmiş bir süreli yayındır. Bu derginin özellikle "Mecelle: Kitabü'l-Buyu" çerçevesinde ele alınmış olan yazıları ve yazarları incelenmiştir. Bu mecmua öncesinde de akademik olmasa bile hukuk alanında bir dizi mecmua yayınlanan bir dizi mecmua da diğerleri gibi araştırmacılar için önemli bir kaynak teşkil etmektedir.

Dergide makaleleri bulunan bazı yazarlar, İslam hukuku yanında diğer hukuk normlarına da hâkim, alanında temayüz etmiş şahsiyetlerdir. Bu durum, mukayeseli hukuk alanında çalışacak araştırmacıların dikkatini çekebilir. Bu dergide yayımlanan makaleler, İslam hukuku ve Batı hukuku arasında mukayeseli çalışmalara zemin hazırlayabilecek niteliktedir. Bu kapsamda, araştırmacıların dergide yer alan diğer makaleleri de inceleyerek, her iki hukuk sistemi üzerine derinlemesine ve kapsamlı çalışmalar

gerçekleştirebileceği öngörülmektedir. Bu tür çalışmalar, literatüre önemli katkılar sağlayabileceği gibi, tez yazımı ve akademik araştırmalar için de yardımcı olabilir.

Dergi tanıtımında, her sayıda ele alınan konulara ilişkin ayrıntılı fihristlerin sunulması planlanmaktadır. Bu yöntemle, araştırmacıların aradıkları konulara daha kolay ve hızlı bir şekilde ulaşmaları hedeflenmiştir.

Tezin ana hedeflerinden biri, Osmanlıca 38 sayı olarak yayınlanan bu mecmua üzerinde yoğunlaşmaktır. Derginin pdf dosyalarına İstanbul Üniversitesi Nadir Eserler adresinden ulaşılabilir. Dergide, Mecelle dışında Aile Hukuku Kararnamesiyle ilgili yazılar ve İslam Hukuku'nu konu alan çeşitli makaleler bulunmaktadır.

Dergi, günümüzde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi çatısı altında "İstanbul Hukuk Mecmuası" adıyla yayın hayatına devam etmektedir. Bu dergide yer alan sayıların detaylı bir şekilde incelenmesi, Mecelle'nin kapsamı dışında kalan İslam hukukunun diğer alanlarında bir kanunlaştırma çalışmasının mümkün olup olmadığına yönelik değerlendirmelere katkı sağlamayı hedeflemektedir. Böylece, İslam hukukunun farklı boyutlarının modern hukuk sistemleriyle ilişkilendirilmesi ve bu doğrultuda yeni akademik tartışmaların başlatılması amaçlanmıştır.

Diyanet İslam Ansiklopedisi'nde, Dârülfünun Edebiyat Fakültesi ve Dârülfünun İlahiyat Fakültesi Dergilerini tanıtan maddelerin bulunması, araştırmacılara bu fakültelerin akademik yayınlarına dair kaynaklara ulaşma imkânı sunmaktadır. Ancak, aynı dönemde çıkan Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası hakkında bir maddenin bulunmaması, bu alanda yapılan çalışmaların eksikliğine işaret etmektedir.

Dergide yayımlanan bazı makaleler üzerinde gerçekleştirilen kısmi çalışmalar, bu mecmuanın içeriğine dair sınırlı da olsa bilgi sunmaktadır. Ancak, bu çalışmaların daha geniş kapsamlı ve derinlemesine bir şekilde sürdürülmesinin gerekli olduğu açıktır. Bu doğrultuda yürütülecek kapsamlı araştırmalar, Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın içerik zenginliğini daha ayrıntılı bir biçimde ortaya koyacak ve dönemin hukuk dünyasına ilişkin daha fazla bilgi edinilmesine imkân verecektir. Bu tür çalışmaların, döneme ait hukuki gelişmelerin ve akademik tartışmaların daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

1.3. Derginin Çıkış Gayesi

Mecmuanın yayınlanmasıyla ilgili olarak Mart 1916 birinci sayısında derginin yayın politikasıyla ilgili “Mecmua’nın Mesleki” başlıklı yazıda şöyle deniyor:

“Ma‘arif-i Umumiye Nezareti mebrûr bir himmet-i müciddâne ile Dârülfünun resâil-i mevkûtesini tesis ederken münhasıran ilmî bir gaye takip ettiğini, bu neşriyatın tahsîl-i âli görmüş ve görmekte bulunanların istifadesine hâdim olmasını arzu eylediğini bildirmiştir. Şu hâlde gaye-i yegâne, terakkiyat-ı ilmiye tekemmülü fikriyyedir. Pek tabîi ve beyandan müstağni gibi görünen bu noktanın tasrîhi lazım ve müfîd idi. İlmin ve bâhusus ilm-i hakkın inkişaf ve tekemmülü, serbesti-i fikr ve icthadın sıyânetine vâbeste olduğundan hukûkî, idarî, siyasî, içtimâî, iktisâdî mâlî pek muhtelif ve âdeta, cihan-muhît mevzû‘at üzerine icâle-i kalem idecek müntesib-i me‘ârifin, hakâik-i ilmiye taharrîsinden başka bir emeli olmaması lâzım gelir.

Bu gâyeyi tatmîn için mecmu‘aya verilecek tertîbâta gelince:

Hukuk Fakültesi Mecmu‘ası biri (hukûkî) diğeri (iktisâdî) iki büyük kısmı ihtivâ edecektir. Bunlardan birincisinde (taksîmât-ı tâliyelerinde de mehmâ emken bir tenevvü‘ gözedilmek üzere) hem “Hukuk-i Ammeh” hem “Hukuk-i Hususiye”, ikinci kısımda da gerek “iktisâdiyat” ve gerek “mâliyât” mebâhis ve makâlâtı bulunacaktır.

Fakülte müderrisleri, derslerini ayrıca mekteb-i kitabî şeklinde neşrettireceklerinden, mecmû‘ada ders tarzında yazılar bulunmamasına ve daha ziyade tevsî‘ edilmiş tettebbu‘ât ve tedkîkâtı icrâ ve bunlar içinde tercihen memleketimizde fevâid-i ameliyesi olacak mevzû‘lar intihâb edilmesine î‘tinâ olunacaktır.

Mecmû‘a’nın îzâh olunan makâlât-ı ilmiye kısımlarından sonra ve lüzûm ve imkân hâsıl oldukça hukuk-ı iktisâda taalluk etmek üzere memleketimizde ve sâirede intişar edecek âsar hakkında mâlumat ve tedkîkâtı hâvi bir (Kitabiyat) kısmı da olabilecek, ondan başka derdest-i rüyet de‘âvâya tealluk etmeyüp kesb-i kat‘iyyet etmiş, la yeteğayyer bir kaziyeye-i muhkeme hâline gelmiş “mukarrârât-ı mehâkim” hakkında mütâlâ‘ât da derc edilecektir”.

Lede’l-haceh kavânîn-i adliye ve muâhedât-ı devliyyeden ilmen mühim olanları da vesâik hâlinde ilâve olunabilecektir.

Makâlât'ın hey'eti dâime-i tahrîriye, kitâbetine târîh tevdîleri sırasıyla neşri, usûl ittihâz olunmuştur.”³

Derginin çıkış amacına dâir yukarıda transkripsiyonunu yaptığımız metnin özeti şöyledir: Meârif-i Umûmiye Nezâreti'nin (Millî Eğitim Bakanlığı) Dârülfünun'a destek vererek bu mecmuanın yayınına gerçekleştirdiği ifade edilmektedir. Bu destek, ilmi bir gayeyi takip etmek ve bu neşriyatın ilgililerin istifadesine sunularak bu alandaki ilmin ve düşüncenin gelişmesine katkıda bulunmayı amaçlamaktadır.

Mecmua'nın içeriği, Hukuk Fakültesi derslerine paralel olarak iki ana kısımdan oluşacaktır. Birinci kısımda, “Kamu Hukuku” (Hukuku Amme) ve “Özel Hukuk” (Hukuku Hususiye) başlıkları altında hukuk alanına dair konular ele alınacaktır. İkinci kısımda ise “İktisadiyat” ve “Maliyat” mevzuları üzerinde durulacaktır. Ayrıca, fakülte müderrisleri tarafından neşredilen ders kitapları dışında, daha fazla tettebbu ve tetkikat içeren yazılar da mecmuada yer alacaktır.

Mecmuanın içeriği, ilmi nitelikli ve faydalı olacak mevzuların titizlikle seçilmesine vurgu yapmaktadır. Ayrıca, mecmua, memleket içinde ve diğer bölgelerde yayınlanan eserler hakkında bilgiler içeren bir “Kitabiyat” kısmına da sahip olacaktır. Bu bölüm, hukuk ve iktisada dair çalışmalara odaklanarak bilgi sunmayı amaçlamaktadır.

Sonuç olarak, yazıda belirtilen derginin çıkış amacı, ilmi bir perspektife dayanmak, hukuk ve iktisat alanlarındaki gelişmeleri takip etmek, düşünce özgürlüğüne katkı sağlamak ve hukuki düşüncüyü derinleştirmektir. Bu temel prensipler, Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın yayın politikasını şekillendiren belirleyici unsurları oluşturmaktadır.

1918-1922 tarihleri arasında mecmuanın 10. sayısından sonra, 11. sayısının başında belirtilen nedenlerle yayınına ara verilmiştir. Uzun bir aradan sonra yayınlanan 11. sayının başında, mecmuanın önsözünde yayın politikasıyla ilgili şöyle denmektedir:

“İlk nüshasını 332 Mart'ında Ma'arif nezâretinin mebrûr bir himmet-i müciddane ile te'sîs ettiği Dârü'l-Fünûn risaleleri meyânında neşretmiş olan hukuk fakültesi mecmu'ası muhassasa-i resmîyesinin kesilmesinden dolayı onuncu nüshasından

³ Derginin ilk sayısındaki anonim tanıtım metninden alınmıştır. “Mecmuanın Mesleği”, *Daru'l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (İstanbul, 1332), 1/3.

sonra neşriyâtına devam edemedi. Bu hem Dârülfünun için hem memleketin hâli ve irfanı için acı bir şeydir. Mecmu‘anın noksanı çok duyuldu. Dârülfünun gençlerini ihtisas-ı mebâhisin tetkikine alıştırıyor, müderrisleri başkaca tettebbu‘a ve bu tettebbu‘ları mevki‘i neşre vaz‘a sevk ediyordu. Tekrar neşri için muhtelif mürâca‘atlar oldu, meclis-i müderrisîn bunu kabul ederek masrafını deruhde ve kararının tatbîkini bir heyete havale etti. Meclis-i müderrisîn’in kararından aldığı azim ve kuvvetle bu heyet, mecmu‘anın muntazaman neşrini ve idâmesini deruhde eylemiştir.

Her memlekette ilm-i hukûkun her şubesi için ayrı ayrı Risaleler intişar ediyor, bunların pâyidar olması ve gittikçe artması, intişar ettikleri memleketlerde irfânın yalnız yüksekliğine değil, bunlara olan lüzûm ve ihtiyâcın da büyüklüğüne delîl teşkîl eder. Biz de bu ihtiyâc, hukûkun bütün şu‘bâtına (şubelerine) ait olmak üzere tatmin edecek yalnız bu mecmû‘adır. Birçok şu‘batı ihtiva edeceğine yalnız hukûka ve hatta bunun bir kısmına tahsis edilmesini daha muvâfık görenler bulunabilir, ayrı ayrı risâleler neşredemediğimiz için buna imkân hâsıl oluncaya kadar mecmû‘amızı ders programlarımızla mütenâzir bulundurmamak mecbûriyeti vardır, ancak erbâb-ı ihtisâsı ‘alâkadâr eden ve bu itibarla yerli cerîdelerin şu‘ûna ‘âid sütunlarına bittab’ giremeyen mütenevvi’ ilmî tettebbû‘lar, mecmuada birleşecektir.”⁴

Yazıda özetle şunlar ifade edilmektedir:

1332 yılında Maarif nezaretinin özverili çabalarıyla kurulan Dârülfünun, ilk dergisini mart ayında yayımlamıştır. Ancak, Hukuk Fakültesi'nin özel resmi bir yayın organı olan mecmuası, onuncu sayısından sonra resmî mâlî desteğin kesilmesi nedeniyle yayın hayatına ara vermiştir. Bu durum, Dârülfünun ve ülkenin genel durumu ve irfanı için üzücü bir gelişmedir. Mecmuanın yayınlarındaki eksiklik oldukça hissedilmiştir; çünkü Dârülfünun, gençlerini uzmanlık alanlarına yönlendiriyor, öğretim üyelerini farklı çalışmalara teşvik ediyor ve bu çalışmalarını yayımlamalarına fırsat veriyordu.

Mecmuanın tekrar yayımlanabilmesi için çeşitli başvurular yapılmış, senato bu talepleri kabul ederek maliyeti karşılamış ve kararın uygulanmasını bir heyete havale etmiştir. Bu heyet, alınan karar doğrultusunda mecmuanın düzenli olarak yayımlanmasını ve

⁴ Anon, “Mecmuanın Mesleği”, *Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (İstanbul, 1332), 1/3.

sürdürülmesini sağlamıştır. Senatonun bu kararından aldığı güçlü irade ile heyet, mecmuanın düzenli bir şekilde yayımlanmasını ve varlığını sürdürmesini sağlamıştır.

Her ülkede, hukuk ilminin farklı branşlarına ait pek çok makale yayınlanmakta ve bu yayınların sayısı giderek artmaktadır. Bu durum, sadece söz konusu makalelerin yayımlandıkları ülkelerdeki ilmî seviyenin ne kadar yüksek olduğuna değil, aynı zamanda bu bilgilerin ne kadar önemli ve gerekli olduğuna da işaret etmektedir. Ülkemizde, hukuk alanındaki ihtiyacın karşılanması için tek bir kaynak olarak bu mecmuanın ön plana çıktığı görülmektedir. Bu mecmuanın, birçok alanda yayın yapması yerine sadece hukuka, hatta hukukun da bir dalına tahsis edilmesinin daha uygun olacağını savunanlar olmuştur. Ancak değişik nedenlerle ayrı ayrı risale ve makaleler yayımlanamadığı için farklı alanlarla alakalı konular da mecmuada yer almıştır.

Daha sonra yukarıdaki yazıda derginin yayın politikasıyla ilgili şu pasaja yer verilmektedir:

“Darü’l--Fünûn Hukûk Fakültesi mecmûasını ihyâdan maksad, mesâil-i mühimme-i hukukiyeyi tetkîk, Garb’ın ilmî cereyanlarından memleketi haberdâr ve müstefid kılmak suretiyle ‘ilm-i hukûkun Memleketimizde terakkî ve inkişâfını temin etmek, hayat-ı hukûkiyemizin şiddetle merbût bulunduğu hayat-ı iktisâdiyemizin istinâd eylediği esâsât-ı usûl-i ilmiyesi, kânunlarımızın ihtiyâcât-ı hâzireye tevfikân tanzîm veya ta’dîlini teshîl zımında tedkîkât ve istihzârât-ı ilmiyye icrâsıyla bunlara vâsıtay-ı neşr olmak, kavânîn-i hâziremizin tarz-ı tatbîki hakkında tahkîkat-ı husûsiyye icrâsıyla tedkîkât-ı teşrî’iyyeye nâfi’ olacak ma’lûmâtı cem’ ve ihzâr, ahkâm-ı kânûniyenin gâye-i vaz’larına ve ihtiyacât-ı hâzireye muvâfık sûrette tatbîkini teshîl eylemek ve bu suretle hukukun cihet-i nazariyesiyle mütevağğil olanlarla tatbîk-i kavânîne me’ûr bulunanlar arasında sıkı bir teşrîk-i mesâ’î husule getirmek üzere mukarrarât-ı mehâkimi bu nokta-i nazardan tedkîk ve tenkîd eylemektir.”⁵

Derginin yayın politikasına dair bu metinde, Dârülfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuasının amaçları şu şekilde belirtilmektedir:

⁵ “Mecmuanın Mesleği”, *Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (İstanbul, 1332), 1/6.

Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nı ihyadan maksat, önemli hukuki meseleleri derinlemesine inceleyerek, Batı'daki hukuki gelişmelerden ülkeyi haberdar etmek ve bu bilgileri kullanarak ülkemizde hukuk biliminin ilerlemesini sağlamaktır. Bu kapsamda, hukuk hayatımızın güçlü bir şekilde bağlı olduğu ekonomik hayatımızın dayandığı ilmi dayanaklar, mevcut kanunların çağın ihtiyaçlarına uygun şekilde düzenlenmesi veya değiştirilmesi amacıyla özel araştırmalar ve incelemeler yapmak, hukuki bilgiyi derlemek ve bunu yayınlamak, mevcut yasaların uygulama tarzlarına dair özel araştırmalar yaparak ilgili bilgileri bir araya getirmek ve bu bilgileri hukuk teorisiyle meşgul olanlarla kanun uygulayıcıları arasında sıkı bir işbirliği kurmak üzere mahkeme kararlarını bu zaviyeden incelemek ve eleştirmektir.

Bahsi geçen amaçların gerçekleşmesi için aynı sayıda şu cümlelere yer verilmektedir.

“Ânifu’z-Zikr makâsıdın te’mîn-i husûlüne medâr olmak üzere Mecmu’a, hukuk-ı medeniye ve ticâriye, hukuk-ı cezâiye, hukuku âmme aksâm-ı tâliyesine munkasım bir kısım-ı hukûkî ile ve tenkîd-i mukarrarât ile şu’ûn-i hukukiyeye ve vesâike müte’allik birer kısmı ihtiva edecektir.

Mecmû’anın hey’et-i idaresi yukarıda zikr olunan gayeleri tahakkuk ettirmek üzere her şu’be-i ilm-i hukûkun müderris ve mu’allimiyle bi’l-istişâre, sâlifu’l-beyan ilmî gâyelere doğrudan doğruya ta’alluk eden mevzû’ları tesbît ve derece-i ehemmiyetleri ‘itibâriyle tasnîf ve müderris ve mu’allim beylerin tanzîm edecekleri makâlâtın -imkânın müsait olduğu derecede- işbu mevzûlara sarf-ı mesâ’î edecektir. Binâen’aleyh hey’et-i idâre, vârid olacak makâlâtı bu nokta-i nazardan bi’t-tetkîk ba’zılarını diğerlerine tercîhen mecmû’aya derece salâhiyetdâr olacaktır.

Mecmû’a’ya makâle vermek vazâ’if-i tadrîsiyeden ma’dûd olduğundan müderris ve mu’allim beylerden her biri evvelce bildireceği mevzû’a dair nihâyet iki ay zarfında makâlesini tanzîm ve i’tâyâ mecburdur. Makâlâtın tetkîkat-ı ciddiyeye mahsûlü olduğunu izhâra medâr olmak üzere istinâd olunan me’hazlerin gösterilmesi şarttır. Mecmû’anın mesleğine muvâfık olmak şartıyla hukûk ve iktisâd ‘ulemâsının gönderecekleri makâlât, ma’a’l-memnûniye kabûl ve derc olunur.”⁶

Yukarıda geçen pasajda günümüz Türkçesiyle şu hususlara değinilmektedir.

⁶ Anon, “Mecmuanın Mesleği”, Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, (İstanbul, 1332), 1/7.

Mecmua, bahsi geçen amaçların gerçekleştirilmesi amacıyla, medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku, kamu hukuku ve tali hukuk alanlarını içerecek şekilde tasarlanmıştır. Bu kapsamda, kararların tenkidi ve hukuki konulara dair bölümler, hukuki meseleleri detaylı bir şekilde ele alacak ve ilgili vesikaları içerecektir.

Mecmuanın idare heyeti, belirtilen hedeflere ulaşmak amacıyla her hukuk dalının öğretim üyeleriyle istişarelerde bulunacak ve bilimsel amaçlara uygun konuları belirleyecektir. Bu süreçte, bahsi geçen ilmî gayelerle doğrudan irtibatlı konuları belirleyecek, bu konuları önem sırasına göre tasnif edecek ve öğretim üyelerinin yazacakları makaleleri, konuların derecesi göz önüne alınarak düzenleyecek ve imkân dahilinde mecmuaya ekleyecektir.

Böylece, idare heyeti tarafından sunulan makaleler, titiz bir inceleme sürecinden geçirilerek, içeriklerinin bu hedeflere uygunluğu ve bilimsel nitelikleri gözetilerek değerlendirilecektir. Bu değerlendirme sonucunda, idare heyeti, mecmuanın yayın şartlarına haiz olan makalelere öncelik verecek ve bu makaleler mecmuada yayınlanacaktır.

Mecmua'nın yayın politikasına uygun olarak hazırlanan hukuk ve iktisat âlimlerinin gönderdiği makaleler, memnuniyetle kabul edilir ve yayımlanır.

1.4. Derginin Muhtevası ve Şekilsel Özellikleri

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi nadir eserler arasında bulunan Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası üzerinde herhangi bir dizin çalışması yapılmamış olduğu görülmektedir. Ancak İlahiyat, Fen ve Edebiyat Fakülteleri Mecmuaları üzerine bazı çalışmalar yapılmıştır.⁷ Her ne kadar mecmuada yer alan bazı makaleler üzerinde çalışmalar yapılmışsa da dizin olarak Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuasını konu edinen ve detaylı olarak inceleyen bir çalışmaya rastlamadık.

⁷ Hamit Er, “Darü'l-Fünun İlahiyat Fakültesi Mecmuası”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1993). 8/521-525

Nurettin Albayrak, “Darü'l-Fünun Edebiyat Fakültesi Mecmuası”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1993).8/521-525.

Her ne kadar derginin yayın politikasını ele alan 1. sayıdaki yazıda “Hukuk Fakültesi Mecmuası, biri (hukukî) diğeri (iktisadî) iki büyük kısmı ihtiva edecektir.”⁸ Denilse de iktisatla ilgili makaleler oldukça azdır. Dergide orijinal nitelikte telif yazılar çok olmakla birlikte bazı sayılarda tercüme yazılara da yer verilmiştir.

Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası dış görünüş itibarıyla 13x19 ebâtında bir dergidir. Mecmuanın kapağında “iki ayda bir neşr olunur” yazılıdır. Dönemin getirdiği bazı şartlar nedeniyle buna riayet edilememiş; ilk sene düzenli bir şekilde yayınlanan mecmuanın yayını 1918-1922 tarihleri arasında sekteye uğramıştır. Aynı durum o dönemde yayınlanan, Tıp Fakültesi ve Fen Fakültesi mecmuaları için de geçerlidir.

Mecmuanın sayfa adedi de sabit değildir; sayıdan sayıya bazen önemli derecede farklılık göstermektedir. Her sayıdaki sayfalar bir sonraki sayıyla süreklilik arz etmektedir. Fakat 38. sayı, 1347. sayfaya başlaması gerekirken 37. sayının sayfa numaraları bu sayıda sehven tekrar basılmıştır. Bu durum, 38. sayının başına bir not ilâştirilerek “i’tizar” başlığıyla okuyucuya özür beyan edilmiştir.

İ’tizar başlığıyla yazılı notta şöyle denmektedir: “Hukûk Fakültesinin 38. sayısı, 1347. sahîfeden başlaması icab ederken, 37. sayının 1279’dan i’tibâren sahîfe rakamları ikinci defa olarak sehven bu nüshada da yürütülmüştür. Beyan-ı i’tizar olunur.”⁹

İlk 10 sayı, 822 sayfa olup tek bir ciltte toplanmıştır. İkinci ciltte, 11-16 arası sayılar yer almaktadır ve 558 sayfadır. 3. ciltte 17-22 arası sayılar yer almaktadır ve 1212 sayfadır. 4. ve 5. ciltler, tek ciltte toplanmış olup, 1926-1927 tarihleri arasında yayımlanan 23. sayıdan itibaren 33. sayıya kadar olan sayıları içermektedir ve 1000 sayfadır. 6. ve 7. ciltler ise bir ciltte toplanmış, 1928 tarihli 34. ve 45. sayılar arasını içermektedir. Son 7 sayı ise (39-45 arası), Latin harfleriyle basılmıştır. Osmanlı Türkçesiyle yayımlanan son sayı olan 38. Sayı, 1346. Sayfaya kadar numaralandırılmıştır. Latin harfleriyle basılan 39. sayı, artık 1. sayı olarak basılmıştır. Kapitülasyonlarla ilgili Ahmet Reşit’in yazısı, tam 38 sayfa halinde bu sayıya eklenmiştir.

⁸ , “Mecmuanın Mesleği”, Daru’l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası, (İstanbul, 1332), 1/3.

⁹ Daru’l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası, (İstanbul, 1928), 38/2.

1.5. Mecmua Dizinleri

Mecmuanın Osmanlı Türkçesiyle neşr olunan tüm sayılarının dizinleri aşağıdaki gibidir:

Sayı: 1, Mart 1332

Kısm-i Hukûkî:

Mansurizade Said, “Tatbîk ve ictihad”, s.5.

Ahmed Salahuddin, “Daimî bî taraflık hali ve vezâifi”, s.10.

Diran, “Sahtelikte istimal”, s.29.

Ali Kemal, “İflasın ukud ve muamelata tesiri”, s.37.

Mişon Ventura, “Serbesti-i mukâvelât”, s.50.

Kısm-i iktisâdî:

İbrahim Fazıl, “Temettu Vergisi”, s.71.

Mustafa Zühdi, “İhsâiyâtta(istatistik) İstihzâr Ameliyesi”, s.95.

Sayı: 2, Mayıs 1332

Kısm-i Hukûkî:

Suad Muhtar, “İran’da Ecânibin vazi’yyet-i Uhdiye ve Hukukiyesi”, s.121.

Seyyid: “Mülk, Mal ve Bey’in Mahiyyet-i Hukûkiyyeleri”, s.131.

Ebu’l-Ula: “Akd-i Bey’de Hıyar-ı Şart”, s.142.

Hemayak Husriyân: “Musademe Maddelerinde İhtilaf-ı Kavânîn”, s.155.

Ahmed Selahu’d-din: “Tekalif-i Harbiye Suretiyle Vaz-i yed Usulü”, s.167.

Kısm-i İktisâdî:

Dr. Frederih Hofman, “Beyne’l-Milel Münasebât-ı İktisadiyye”, s. 198.

Kitâbiyât, s.218.

A.S., “İâde-i Mücrimîn ve Hukuk-i iâdiye”,

Şü’ûn-i Hukûkiye,(Son ayların en mühim Hukuki olayları)

A.S., “Ta’dil ve İkmâl-i Kavânîn Komisyonları’nın teşkili, s.221

A.S., “Alman ve Osmanlı Mebusân Ziyâretleri”, s. 223.

Sayı: 3, Temmuz 1332

Kısm-i Siyâset:

Prof. Dr. Walter Schönborn, “Belçika bî Taraflılığı”, s.226.

Kısm-i Hukûkî:

Mustafa Reşit, “Beyyînâtın Şerâit-i Kabûl ve Takdîri”, s.256.

Ali Kemal, “İflâsın Bey’, İcar ve Mukâvelât-ı Sâireye Tesiri”, s.275.

Ebu’l-Ula, “Akd-i Bey’de Hıyâr-i Rüyet”, s.303.

Kısm-i İktisâdî:

Prof. Dr. Anton Fleck, “Almanya’nın Rusûm ve Tekâlif Vâridâtı”, s.315.

Sayı: 4, Eylül 1332

Kısm-i Siyâset:

Reşad Hikmet, “Bonapart’ın Mısır Seferinin Esbâb-ı Hakîkiyesi”, s.337.

Ahmed Salâhu’d-din, “Tarih ve Siyaset Nokta-i Nazarından Çolfrayn”
(Gümrük Birliği), s.348

Kısm-i Hukûkî:

Celaleddin Arif, “Kavânîn-i Esâsiyenin Tekevvünü”, s.362.

Nusret, “Düvel-i Ecnebiyenin Bir Devlet Memâlikinde Muâfiyet-i Kazâiyeleri”, s.382.

İsmail Rabet, “Usul-i Cezâiye Tedkîkâtı”, s.399.

Seyyid Nesib, “Mecelle’nin Islâhına Doğru”, s.404.

Ahmed Salahuddin, “*Kitâbiyât*” (Bibliyografya) (İçerik: Mahmud Esed Efendi’nin Tarih-i İlm-i Hukuk Kitabının Neşri), s.426

Sayı: 5, Teşrin-i Sâni 1332

Kısm-i Hukûkî:

Mişon Vantura, “Mesuliyet-i Hukukiye ve Zamânât”, s.435.

Ebü'l-Ula, “Akd-i Bey’de Hıyâr-ı Vasf ve Hıyâr-ı Ta’yin”, s.483.

Kısm-i İktisâdî:

Dr. Frederih Hofman, “İlm-i İktisâd ve İktisâd-i Milli”, s.492.

Prof. Dr. Anton Feleck, “Almanya’da Rusûm ve Tekâlîf”, s.505.

Sayı: 6, Kanun-i Sâni 1332

Kısm-i Hukûkî:

Mahmud Esad, “Yunan-ı Kadîme’de Hukuk-ı Cezâiye”, s.521.

Mansûrî Zâde Sa’îd, “Şeriat ve Kanun”, s.530.

Kısm-i Siyâset:

Ahmed Salahuddîn, “Lehistan İnkırazı”, s.536.

Reşad Halis, “İ’tilâf-ı Müselles”, s.556.

Kısm-i İktisâdî:

Zühdi, “Nizâmat-ı Vâridât-i Mâliye”, s.565.

Sayı: 7, Mart (1917- 1333)

Kısm-i Hukûkî:

Mustafa Reşid, “Mûcire Müste’cirin Emvâlî Üzerinde Bahşedilen Hakk-ı Ruchân”, s.611

Kısm-i İktisâdî:

Frederih Hofman,” Muvazene-i Ticâret ve Muvâzene-i Hisâbât”, s.602.

Prof. Dr. Anton Fleck, “Almanya’da Rusûm ve Tekâlîf”, s.643.

Prof.Dr. Walter Schönborn, “Alman İmparatorluğunda Hukûk İmtihanları”, s.669.

Sayı: 8, Mayıs (1917-1333)

Kısm-i Hukûkî:

Mansurizade Saîd, “Şeriat ve Kanun”, s.603.

Sadık, “Menât-ı Teklif Akıldır”, s.607.

Veliyyüddin, “Mekteb-i Tarihî ve Osmanlı Hukuku’nun Menbâları”, s.628.

Ahmed Selahaddin, “Harp Zamanında Rekizisyonlar”(Mallara zorla el koyma), s.634.

Kısm-ı İktisâdî:

Anton Fleck, “Almanya’da Rusûm ve Tekâlîf”, s. 646.

Sayı: 9, Temmuz- Ağustos (1917- 1333)

Kısm-ı Hukûkî:

Prof. Dr. Walter Schönborn, “Sefâin-i Ticâriyenin Hakk-ı Mukâvemeti”, s. 667.

Ebu’l-Ula, “İşkâtatta Vekâlet Meselesi”, s.688.

Nusret, “Bazı Memleketlerde İhtilâf-ı Kavânîn”, (Devletler Özel Hukuku), s.695.

Ebu’l-Ula, “Hıyâr-ı Nakd”, s.721.

Kısm-ı İktisâdî:

M. Zühdi, “İlm-i Tedbîr-i Menzil”, s.724.

Sayı: 10, Eylül - Teşrin-i Evvel (1917-1333)

Merhum Seyyid Haşim Bey (Vefatı Üzerine Yazı), s.753.

Kısm-ı Hukûkî:

Yusuf Ziya, “Jüri”, s.755.

Merhum Seyyid Haşim Bey, “Vahdet-i Kaza”, s.786.

Merhum Seyyid Haşim Bey, “Mehâmi-i Şer’iyyenin Adliye Nezaretine *Raptı Hakkında*”
Meclis-i Meb’usan-ı Adliye Encümeni Mazbatası”, s.792.

Mustafa Reşid, “*Mevâdd-ı Hukukiye de Habs ile Tazyik*”, s.803.

Kısm-ı İktisâdî:

Dr. Ojen Wordsburghar, “*Umuru İdariye ile İstatistik Arasındaki Münâsebât*”, s.815.

Sayı: 11, Eylül 1338

İfade -Program (Derginin yayın politikasını konu ediyor), s.3.

Kısm-ı Hukûkî:

Muhammed Cemil, “Kânûn-i Esâsîmize Göre Muâhedât Akdi”, s.8.

Ali Kemal, “Ticâret-i Bahriyede Tevhîd-i Kavânîne Doğru Bir Hatve”, s.27.

Ebül’ulâ Mardin, “Mukâta’a-i Kadîmeli Vakıfların Sûret-i Tevârüs ve İntikâli”, s.41.

Mecelle Encümeninin “ Kitâbu’l-Buyu’a ait tedkîkâtı”, s.54

Ebül’ulâ Mardin, “Hukuk Müessesesi Tarihi”, s.66.

Sayı 12, Rebî’ul evvel, 1431, Teşrîn-i Sâni 1338

Kısm-i Hukûkî

“Mecelle Encümeni’nin Kitâbu’l-Büyû’a ait tedkîkâtı”, s.82.

Bahâü’ddîn,” Büyük bir müderrisin vefatı”

(Ceza Hukuku Müderrisi Mösyö emil garson), s.90

Hüseyin Nâci, “Vakfa dâir bir tedkîk”, s.94.

Kısm-i İktisâdî

M. Zühdi, “Koperatif Şirketleri”, s.115

Vesâik Kısmı

“Türkiye Büyük Millet Meclisi Kanunları, Mer’î

Kararnameler, Mazbatalar”, s.134

Ebül’ulâ Mardin, “Hukuk Müessesesi Tarihi”, s.149

Sayı: 13, Şubat 1340, Recep, 1342

Kısm-i Hukûkî:

“Mecelle Encümeninin Kitâbu’l-Büyû’a ve Kitâbu’l-İcâre’ye Ait Tedkîkâtı”, s.161

Kısm-i İktisâdî:

Aynî Zâde Hasan Tahsin, “İstikrâz ve Duyûn-i Umûmiye”, s.200.

Mustafa Hâmid, “İctima’î Sigortalar”, s.223.

Vesâik Kısmı:

Ebül’ulâ Mardin, “Hukuk Müessesesi Tarihi”, s.225.

Sayı: 14, Mayıs 1340, Şevval, 1342

Kısm-i Hukûkî:

Cemil, “Kazâ Salâhiyetinin Şahıs ve Mevkî İtibariyle Tâbi olduğu Tahdîdat”, s.242.

Mustafa Reşid, “Umûr-ı Adliyye Muddeî Umûmilerin Vezâifi”, s.263.

Vasfî Râşid, “Alman Teşkil-i Mehâkim ve Usul-i Muhakeme-i Cezâiyye Kanunlarında Mahkeme Tabirleri”, s.272.

Kısm-i İktisâdî: Fadıl, “Borsalar”, s.276.

Vesâik Kısmı:

“Mecelle Encümeninin Kitâbu’l-İcâre’ye Ait Tedkîkâtı (Hitâm)”, s.302.

“Ta’dîl-i Kavânin Komisyonlarını Teşkil Eden Heyetlerin Esâmîsi”, s.316.

“Vâcibât Komisyonu Zabıtnâmeleri”, s.321.

Ebül’ulâ Mardin, “Hukuk Müessesesi Tarihi”, s.337.

Sayı: 15, Temmuz 1340, Muharrem 1343

Kısm-i Hukûkî:

Cemil, “Kaza Salâhiyetinin Şahıs ve Mevkî İtibariyle Tâbi Olduğu Tahdîdat”, s.353.

Mustafa Reşid, “Miras ve Nafaka-i Veli ve Vasilere İzin İ’tâsı Hususunda Salâhiyattâr Olan Mahkeme”, s.378

Sıddık Sami, “Fransa Hukuk-ı Medeniyesinde İllet Nazariyesi”, s.387.

Kısm-i İktisâdî:

Aynî Zade Hasan Tahsin, “İstikrâzâtın muhtelif envâr”, s.405.

Vesâik Kısmı: “Vacibât Komisyonu Zabıtnâmeleri”, s.413.

Ebül’ulâ Mardin, “Hukuk Müessesesi Tarihi”, s.449.

Sayı: 16, Eylül 1340, Rebiyülevvel 1343

Kısm-i Hukûkî:

Cemil, “Kaza Salâhiyetinin Şahıs ve Mevkî İtibariyle Tahdîdatı”, s.450.

Mustafa Reşid, “Medyunlara Ait Hukukun Dâyinler Tarafından İddiâsı”, s.471.

Sıddık Sâmî, “Mes’uliyet-i Akdiyye ve Mes’uliyet-i Curmiyye”, s.483.

Edip, “Ferdî Hukuk, İctimaî Hukuk ve İstihâle-i Devlet”, s.497.

Kısm-i İktisâdî:

Fazıl, “İctimaî Meselenin Fransız Cephesinden Görünüşü”, s.517.

Münir, “İktisâd-ı Millî”(Milli İktisat Nazariyesi), s.548.

Sayı: 17, Mart 1341

Cemil, “Kaza Salahiyetinin Şahıs ve Mevki İtibariyle Tahdîdâtı”, s.559.

Sıddık Sami, “Fransa’da Ahvâl-ı Medeniyye ve Muamelât ve Sicillâtı”, s.583.

Edip, “Ferdî Hukuk, İctimaî Hukuk ve İstihâle-i Devlet”, s.599.

Kısm-i İktisâdî:

Aynî Zâde Hasan Tahsin, “İstikrâz ve Duyûn-i Umûmiye”, s.627.

Vesâik Kısmı:

“Hukûk-i Aile Kânunu-ı Lâyihası ve Esbâb-ı Mucibesi”, s.636.

“Vacibât Komisyonu Zabıtnameleri”, s.639.

“Hukuk Müessesesi Tarihi”, s.655.

Sayı: 18, Mayıs 1341

Kısm-i Hukûkî:

Vasfî Râşid, “Fransa’da Şûrây-ı Devlet”, s.671.

Hüseyin Naci, “Usûlü Fıkıh Nasıl Tadrîs Edilmeli”, s. 695.

Mustafa Reşîd, “Meccânî Adâlet ve Muzâherât-ı Adliyye”, s.706.

Sıddık Sami, “Fransa’da Ahvâl-ı Medeniyye Muamelât ve Sicillâtı”, s.729.

Serden Geçti Zâde Edip, “Ferdî Hukuk, İctimaî Hukuk ve İstihâle-i Devlet”, s.745.

Kısm-i İktisâdî:

Abdul Hak Kemal, “Beynelmilel Münâsebâtta İstikrâz”, s.768.

Sayı: 19, Temmuz 1341, Sene 3

Hacı Adil, “İsviçre Kânun-i Medenisine Nazaran Hibe”, s.783.

Vasfî Râşid, “İyi ve Fena Bütçe Usulleri”, s.798.

Sıddık Sâmî, “Fransa’da Ahvâl-ı Medeniyye Muamelât ve Sicillâtı”, s.805.

Vasfî Râşid, “Fransa’da Şûrây-ı Devlet”, s.816

Vasfî Râşid, “İsviçre Kanun-i Medenîsi Şerhi”, s.840.

Mustafa Reşid, “Mirâsın Kazâî Taksimi”, s.854.

Sabri, “Almanya’da Vesâyet İşleri ve Vesâyet Mahkemeleri”, s.775.

Kısm-i İktisâd:

Aynî Zade Hasan Tahsin, “İstikrâz ve Duyûn-i Umûmiye”, s.884.

Sayı: 20, Eylül 1341

Kısm-i Hukûkî:

Hacı Adil, “İsviçre Kanun-i Medenîsine Nazaran Hibe”, s.895.

Sabri, (Mahkeme-i Asliye Âzâsından) “Almanya’da Vesâyet Mahkemeleri ve Vesâyet İşleri”, s.905.

Edhem Akif, “Katl-i Velid”, s.919.

Vasfî Râşid, “İsviçre Kanunu Medenîsi Şerhi”, s.932.

Fransa’da Şûrây-ı Devlet”, s.950.

Kısm-i İktisâd:

Zühdi, “Masârif-i Umumiyye”, s.954.

Hamid, “İctimâî Sigortalar”, s.996.

Sayı: 21, Teşrîn-i Sani 1341

Kısm-i Hukûkî:

Hacı Adil, “İsviçre Kanun-i Medenîsine Nazaran İcâre”, s.1008.

Zahir, “Hakk-ı Müdâfa‘a ve Usûlu İstintak”, s.1026..

Cevdet Ferid, “Alman Kânun-i Medenîsine Göre Verâset”, s.1039.

Vasfî Raşid, “Fransa’da Şûrây-ı Devlet”, s.1055.

Kısm-i İktisâdî:

İbrahim Fazıl, “Osmanlı Bankası”, s.1072.

Aynî Zâde Hasan Tahsin, “Duyûn-i Umûmiye Yükünün Tahfîfi Çareleri”, s.1090.

Sayı: 22, Kânunu Sani 1926

Kısm-i Hukûkî:

Hacı Âdil, “İsviçre Kanun-i Medenîsine Nazaran İcâre”, s.1103.

Mustafa Reşid, “Evkâf Meselesi”, s.1163.

Sıddık Sami, “Eşhâs-ı Manevîyenin Gayr-i Akdî Mes’ûliyetleri”, s.1191.

Mişon Vantura, “İsviçre Kânûnu Medenîsinin Menşei ve Sûret-i Tanzîm ve Müzâkeresi”, s.1202.

Sayı: 23, Mart 1926

Kısm-i Hukûkî:

Hacı Adil, “İsviçre Kanunu Medenîsine Nazaran Ödünç Vermek”, s.1.

Serden Geçti Zâde Edip (çeviri), “Cemiyet-i Akvâm Vesîkaları”, s.28.

Kısm-i İktisâdî:

Muhammed Münir, “Millî İktisâd Nazariyesi”, s.33.

İbrahim Fâzıl, “Osmanlı İstikrazları”, s.64.

Sayı: 24, Mayıs 1926

Kısm-i Hukûkî:

Hacı Adil, “Borçlar Kanunu’na Nazaran (Kefalet)”, s.93.

Savuza Rehâl, Tercümanları: Sıddık Sami, Dâniş Said, “Yeni Türkiye Hukuku Medeniyesi Tedkîkatına Medhal”, s.114.

Tercüme, Edip Bey, “Cemiyet-i Akvâm Vesikaları”, s.136.

Kısm-i İktisâdî:

İbrahim Fazıl, “Osmanlı İstikrazları”, s.148.

Sayı: 25, Temmuz 1926

Kısm-i Hukûkî:

Hacı Adil, “Borçlar Kanunu’na Nazaran Kefaletin Envâ-ı Muhtelifesi”, s.187.

Cevdet Ferid, “Kanun-i Cezamıza Göre Cinnet”, s.229.

Tercüme, Edip Bey, “Cemiyet-i Akvâm Vesikaları”, s.236.

Kısm-i İktisâdî:

İbrahim Fazıl, “Osmanlı İstikrazları”, s.251.

Sayı: 26, Eylül 1926

Kısm-i Hukûkî:

Tercüme, Dâniş Said, Sıddık Sami, “Yeni Türkiye Hukuk-i Medeniyyesi Tedkîkatına Medhal”, s.264.

Hacı Adil, “Aynî Te’minâtın Rehin”, s.300.

Tercüme, Edip Bey, “Cemiyet-i Akvâm Vesikaları”, s.323.

Kısm-i İktisâdî:

Aynî Zâde Hasan Tahsin, “İstikrâz ve Duyûn-i Umûmiye”, s.330.

Sayı: 27, Teşrinî Sani, 1926

Kısm-i Hukûkî:

Hacı Adil, “Hakk-ı Habs”, s.343.

Muammer Raşid, “Lozan Muahedesi”, s.365.

Tercüme, Sıddık Sami, Dâniş Said, “Yeni Türkiye Hukuk-ı Medeniyyesi Tedkîkatına Medhal”, s.385.

Kısm-i İktisâdî:

Aynî Zade Hasan Tahsin, “İstikrâz ve Duyûn-i Umûmiye”, s.415.

Sayı: 28, Kânunu Sani 1927

Kısm-i Hukûkî:

Mithat, “Teşkilât-ı Esâsiye Kanununa Münâfi Ahkâmı İhtivâ Eden Kavânîn Hakkında Kazâî Murâkabe Meselesi”, s.423.

Tercüme, Sıddık Sami, Dâniş Said, “Yeni Türkiye Hukuk-ı Medeniyyesi Tedkîkatına Medhal”, s.431.

Abdülhak Kemal, “Medenî Vecibelerde Ahlak Kâidesi”, s.452.

Kısm-i İktisâdî:

Aynî Zâde Hasan Tahsin, “İstikrâz ve Duyûn-i Umûmiye”, s.498.

Sayı: 29, Mart 1927

Hacı Adil, “Rehin Mukâbilinde İkrâz ile Meşgul Olanlar”, s.503.

Charles Crozat, Tercüme: Mustafa Hamid, “Kazâ-i İdârî”, s.517.

Savuza Rehâl, Tercümanları: Sıddık Sami, Dâniş Said, “Yeni Türkiye Hukuku Medeniyyesi Tedkîkatına Medhal”, s.537.

Sıddık Sami, “İntifâ‘ Hakkı”, s.553.

Abdullah Vehbi, “Suçun ve Suçlunun Taaddüdü”, s.568.

Ahmed Esad, “Yeni Kânûn-i Medenî Hakkında Meslektaşlardan Bir Rica”, s.590.

Kısm-i İktisâdî:

Aynî Zâde Hasan Tahsin, “İstikrâz ve Duyûn-i Umûmiye”, s.593.

Sayı: 30, Mayıs 1927

Kısm-i Hukûkî:

Hacı Âdil, “Nesep Hakkındaki Ahkâm-ı Kânûniyemize Bir Nazar”, s.599.

Savuza Rehâl, Tercümanları: Sıddık Sami, Dâniş Said, “Yeni Türkiye Hukuku Medeniyyesi Tedkîkatına Medhal”, s.615.

Bahir, “Yeni Cezâ Kanunumuza Göre Sabâvet”, s.628.

Abdullah Vehbi, “Suçun ve Suçlunun Vahdet veya Taaddüdü”, s.640.

Abdülhak Kemal, “Âkidlerin Himâyesi”, s.670.

Sayı: 31, 1927 Temmuz

Kısm-i Hukûkî:

Savuzâ Rehâl, Tercümanları: Sıddık Sami, Dâniş Said, “Yeni Türkiye Hukuku Medeniyesi Tedkîkatına Medhal”, s.703.

Abdülhak Kemal, “Hukukun İcrasında Adalet ve Ahlakî Vezâifin Müeyyide-i Kanuniyesi”, s.768.

Mösyö Crozat, “Kitâbiyât” , s.796.

(Bu sayıdan itibaren Mecmuamızda okurlarına Hukuka dair Avrupa’da çıkan önemli eserlerden bahsedilecek.), s.

“Üstat Muhterem Muhammed Celal Bey’in Resmî Tercüme-i Hâli”, s.810.

Sayı: 32, 1927 Teşrinî evvel- Eylül

Kısm-i Hukûkî:

Mustafa Reşid, “Kuvve-i Kazâiye”, s.815.

Mösyö Crozat, Tercüme, M. Kemaleddin: “Türk Hâkimi Kavânînin Teşkilât-ı Esâsiye’ye Tevâfuk veya Adem-i Tevâfukunu Takdîr Hakkını Hâiz midir?”, s.852.

Sıddık Sami, “İntifa Hakkı”, s.864.

Abdülhak Kemal, “Ahlakî Vezâifin Müeyyide-i Kanuniyesi”, s.879.

M. Kemaleddin, “Hukuk Fakülteleri ve Gayeleri”, s.909.

Ali Kemal, “Müderriş Muhammed Celal Bey Merhum”, s.914.

Mösyö Crozat: Tercüme, Namzet, Kitap Tanıtımı: “Kitâbiyyât”

Mösyö Crozat: Tercüme, Suad Hayri, “Hakem Mahkemeleri Mukarrerâtından Malta Davası”, s.921.

Sayı: 33, 1927 Kanunuevvel – Teşrinisani

Kısm-i Hukûkî:

Hacı Adil, “Nesep Hakkındaki Ahkâm-ı Kanuniyemize Bir Nazar”, s.937

Mösyö Crozat, Tercüme, M. Kemaleddin: “Türk Hâkimi Kavânînin Teşkilât-ı Esâsiye’ye Tevâfuk veya Adem-i Tevâfukunu Takdîr Hakkını Hâiz midir?”, s.971

(Bu sayının sonuna Lotus davası ile ilgili Menemenli Zade’nin çeviri kitapçığı son tarafa ilave edilmiştir.)

Tercüme Menemenli Zade Edhem, Mösyö Crozat, “Divân-ı Adâlet Mukarreratından Lotus Davası”

Sayı: 34, 1928 Şubat – Kânunusânî

Kısm-i Hukûkî:

Muammer Raşid, “İhtilâf-ı Kavânîn Nazariyelerinin Geçirdiği İstihâleler”, s.991.

Abdülhak Kemal, “Hile tarifinin taharrisi” (Tercüme) , s.1006.

Müellifi: Riper, s.

Mütercim Âlî, “Muhtelif Hakem Mahkemeleri Mukarreratından

Tomasu Davası îlamı”, s.1023.

Muhammed Osman, “Tomasu Davası İ’lamının Tenkîdi”, s.1028

Hacı Adil, “Nesep Hakkındaki Ahkâm-ı Kanuniyemize Bir Nazar”, s.1055.

Tercüme Menemenli Zade Edhem, Mösyö Crozat, “Divân-ı Adâlet Mukarreratından Lotus Davası”, s.49(Lotus davası çeviri önceki sayıdan devam)

Sayı: 35, 1928 - Mart - Nisan

Kısm-i Hukûkî:

Hacı Adil, “Nesep Hakkındaki Ahkâm-ı Adliyemize Bir Nazar”, s.1072.

Mithat, “Teşkilât-ı Esâsiye Kanununa Münâfi Ahkâmı İhtivâ Eden Kânunlar Üzerinde Bizde Kazâî Murâkabe Meselesi”, s.1108.

Tercüme, Abdülhak Kemal, “Medenî Cezalar”, s.1116.

Tercüme, Muhammed Osman, “Türk Hukukunda Âidiyet-Salâhiyet İhtilafı”, s.1137.

Sayı: 36, 1928 Mayıs – Haziran

Kısm-i Hukûkî:

Hacı Adil, “Fransa Codcivil’ine ve Alman Kanun-i Medenîsîne Nazaran Nesebin Tashîhi”, s.1191

“Türk Romen Mahkeme-i Hakemiyesindeki Hadise”, s.1210

Münib Hayri, “On yedi Yaşını Bitiren Bir Kız Evlenebilir mi?”, s.1229.

Aynî Zâde Hasan Tahsin, “İsviçre Federasyon (Federal) Mahkemesi Kararları”, s.1235.

Kısm-i İktisâdî:

Aynî Zade Hasan Tahsin, “Bolşevizm’in Gizli Esasları”, s.1251.

“1927 Senesi Mezunları Şerefine Verilen Müsâmere”, s.1274.

Sayı: 37, 1928 Temmuz- Ağustos

Kısm-i Hukûkî:

“Türk-Romen Mahkeme-i Hakemiyesindeki Hâdise-i Cedide”, s.1280

Mustafa Reşid, “Hukuk-u Usul Muhâkemesi Dersleri”, s.1297.

Ahmet Reşit, “Kapitilasyonlar”, (Sayının sonuna 38 sayfa eklenmiştir), s.1347.

Kısm-i İktisâdî:

Aynî Zade Hasan Tahsin, “Bolşevizm’in Gizli Esasları”, s.1327.

(Bu Sene Lozan Sulhü Yıl Dönümü Büyük Merasimle Tes’îd edildi.)

Sayı: 38, 1928, Eylül – Teşrinievvel, Sene, 6

Kısm-i Hukûkî:

Savuza Rehâl, Tercümanları: Sıddık Sami, Dâniş Said, “Yeni Türkiye Hukuku Medeniyesi Tedkîkatına Medhal”, s.1280.

Ahmet Reşid, “Kuvve-i Müessese Nazariyesi”, s.1300.

“Türk-Romen Mahkemesindeki Hâdise-i Cedide”, s.1329.

2. BÖLÜM: DÂRÜLFÜNUN HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI'NDA MECELLE: KİTABU'L BUYU BÖLÜMÜYLE İLGİLİ MAKALELER

Bu bölümde, Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nda Mecelle'nin Kitabü'l-Buyu kapsamında yer alan yazıların genel bir listesi verilecektir. Bunu yaparken ilgili dergide yazısı bulunan müellifleri ve bu müelliflerin, bahse konu meseleye dair yazılarının muhtevasına kısaca yer verilecektir.

2.1. Seyyid Bey: Mülk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri

Seyyid Bey (ö.1925) “Mülk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri” başlıklı makalesinde Mecelle “Kitâbu'l- Buyû” maddelerini değerlendirmektedir.¹⁰

2.1.1. Mülk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri¹¹

Seyyid Bey, *Mülk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri* başlığını taşıyan bu makalesinde, “mülk” ve “mal” kavramlarını derinlemesine inceleyerek Osmanlı Devleti'nin temel hukuk metinlerinden biri olan Mecelle'de bu kavramların yanlış tanımlandığını ileri sürmektedir. Seyyid Bey'e göre, Mecelle gibi önemli bir hukuk metninde kelime ve kavramların doğru tanımlanmaması, hukuk uygulamaları açısından ciddi sakıncalar doğurabilir. Bu bağlamda, “malik” kavramının Mecelle'de tanımlanma biçimini eleştiren yazar, bu yanlışın bir sehiv (hata) ve gaflet ürünü olduğunu öne sürmektedir.

¹⁰ -Mecelle 125. Madde: “Mülk insanın malik olduğu şeydir, gerek a'yân olsun ve gerek menâfi' olsun.”

126. Madde: “Mal, tab'ı insanî mail olup da vakt-i hâcet için iddihâr olunabilen şeydir ki menkule ve gayri menkule şamil olur.”

149. Madde: “Rüknü'l bey', yani mebi'in mahiyeti malı mala değişmekten ibaret olup, ancak buna delalet etmek hasebiyle icap ve kabule dahi (rûkn-i bey') ıtlâk olunur”.

210. Madde: “Beynennâs mal olmayan şeyi satmak yahut onunla bir mal satın almak bâtıldır”.

¹¹ Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey'in Mahiyet-i Hukukiyeleri”, *Daru'l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2(Mayıs 1332) 133.

Seyyid Bey, söz konusu yanlışlığın sadece terminolojik bir hata olmadığını, aynı zamanda kanuni ve hukuki sorunlara da yol açacağını belirterek bu eleştiriye yapmayı bir zorunluluk olarak gördüğünü ifade etmektedir.

Seyyid Bey, Mecelle 125. maddede mülkün “insanın malik olduğu şeydir” şeklinde tarif edildiğini belirtir. Seyyid Bey bu tarifi “mülk”ün lügavi manasını tam olarak ifade etmediğini söyleyerek tarifi ilmi olmadığını söylerken Mecelle’nin tanımında memlûkün konu edildiği, asıl mülkü yani malik olmak manasını anlatmadığını belirtmektedir. Bir şeyin memlûk olup olmadığını bilmenin malik olma mefhumunu bilmeye bağlı olduğunu söyleyerek, Mecelle’nin öncelikle bunu bildirmesi gerektiğini ya da hiç tarif yapmaması gerektiğini ifade etmektedir.¹²

Seyyid Bey, mülkün sözlük anlamına şöyle dikkat çeker:

“Mülk”, lügatte iki manada kullanılır. Biri mana-yı masdarisi ki malik olmak demektir. Diğeri mef’ul manası ki (ism-i mef’ul manasında masdar) memlûk olan şey demektir. Malik olmak anlamındaki “mülk”, “lügatte bir şeyi ber vechi istibdat zabt ve tasarrufa muktedir olacak vechile dest-i istilaya almaktır”. Mef’ul manasına mülk, “ber vech-i meşruh zir-i tasarruf ve istilaya alınan şeydir.” Mülkün Kâmus’ta her iki manada mimin üç harekeyle telaffuz edilebileceği gösteriliyorsa da Misbah’da ikinci manada mimin kesriyle olduğu beyan ediliyor. Lisanımızda meşhur olan da budur diyor. İkinci manada mülk, isim demek olacağından mastar manasını ifade etmek için sonuna yâ-yı masdariye getirilerek “mülkiyet” denir ve “emlak” şeklinde çoğul yapılır.¹³

Fıkıh ıstılahında da mülkün, bir mastar bir de ism-i meful manası olduğunu, mastar manası itibariyle mülkün insan ile bir şey arasında şer’î bir mülkiyet (ihtisas-ı şer’î) ten ibaret olduğunu, bu malikiyet sebebiyle insanın o şeyde tasarrufunun meşru, başkasının tasarrufunun ise memnu‘ olduğunu ifade ediyor. Bu ihtisas-ı şer’î’ye “ihtisâs-ı hacz”, bazen de “ittisâl-ı şer’î” tabirinin kullanıldığını ifade eder. Meful manası itibariyle ise “mülk” kelimesinin bağımsız olarak üzerinde tasarruf olunan şeydir, demektir.

¹² Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey’in Mahiyet-i Hukukiyeleri”, 133.

¹³ Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey’in Mahiyet-i Hukukiyeleri”, 133.

Konuyu biraz detaylandırarak şunları ifade eder:

“Bir şeyde mülkiyeti sabit kılan şey, ihrâz ve isti‘lây-ı meşrudur. İhrâz, mülkün yegâne illet ve müessiri, mülk de onun ancak hükmü ve eseridir. Bey‘ ve hibe gibi esbâb ise mülkün değil, temlîkin esbabıdır. Eşyada asl olan ibaha olduğundan mübah olan mallarda ihrâz ve isti‘lâda herkes eşit olarak salâhiyete haiz olduğundan, sahihsiz bir mübah malda, onu ilk önce kim elde ederse (ihrâz) onun mülkü sabit olur. İhrâz’ın meşru olması için ihrâz edilecek malın başkasının mülküyle meşgul olmaması gerekir. Çünkü “bir hayyizde iki şâğilin ictimâi mümteni olduğu gibi, mahall-i vâhidde iki mülkiyetin ictimâina dahi imkân mutasavver olmadığından ihrâz ile mülkiyet sabit olabilmek için mahall-i ihrâzın mülkiyetten hali bulunması ve binaen aleyh emvâl-ı mubâhadan olması zaruridir”

“Bey’, hibe ve sadaka gibi esbab-ı temlik ve temellûke gelince, bunlar ile hakikatte mülk sabit olmaz, intikal sabit olur. Yani bunlar ibtidâen sabit olmayan bir mülkü isbat etmezler, fil-asl sabit olan mülkü, bir malikten diğerine naklederler. Bir mülkün bir malikten diğerine nakledilebilmesi ise kable’n-nakil sübûtuna mütevakıftır. Bu da ancak ihrâz ile husule gelir. Bu mütalaaya mebnidir ki bey’in sıhhatinde ihrâzın aksine olarak mebi’in memluk olması şart kılınmıştır”.

“İrs gibi sebeble hilafet sabit ve binaen aleyh varis mülkiyette müteveffanın halefi ve onun makamına kaim olur. Hatta müteveffa ber hayat farz olunur. Bunun içindir ki varis murisinin akdettiği bey’i ikale eylemek, iştirâ ettiği mebi’i, ayb-ı kadimin zuhuruna mebni bayi’ine red etmek gibi hukuka malik olur. Bey’ hilafeti müsbet olmadığından müşteri böyle bir hakkı haiz olmaz. Mülâhazat-ı ânifeden şu netice tevellüd ediyor ki esbâb-ı temellük üç nevidir: Birincisi mülkü müsbettir, ihrâz gibi. İkincisi nakildir, bey’ ve hibe gibi. Üçüncüsü de hilafettir, irs ve vasiyet gibi”.

Seyyid Bey, yaptığı bu izahtan sonra mülkün lügavi ve hukuki manasının anlaşılmış olacağını söyledikten sonra makaleyi yazma sebebi olan “mülk” kavramını açıklayarak Mecelle’nin tarifine göre ortaya çıkacak kanuni mahzurları beyan etmektedir:

Seyyid Bey konuya Mecelle’nin (126). Maddesindeki **malın** tanımıyla başlar.

Mecelle malı, “Tab’ı insanî mâil olup da vakt-i hacet için iddihar olunabilen şeydir” diye tarif etmektedir. Bu tarifte Mecelle, lâşe gibi insan tabiatının temayül etmeyeceği şeyleri, buğday tanesi ve ihtiyaç anında faydalanmak için saklamaya değmeyen şeyleri, bir de

hayvana binmek, evde oturmak gibi maddi olmayan menfaatleri tariftan, yani mal mefhumundan hariç tutmak istiyor.¹⁴

Seyyid Bey Hanefi mezhebince menfaatin mal kabul edilmediğini ifade eder. Tarifte ikinci kayıt olarak belirtilen hayvana binmek, evde oturmak gibi şeyleri hariç tutarak tarifte birinci kayda gerek var mıydı şeklinde itirazda bulunur.¹⁵

Mecelle şarihi Dürerü'l-Hükkam müellifi Ali Haydar Efendi de bu konuda şunları söyler: “İddihar dal’ın teşdidiyle (şeddesiyle) cem‘ edip yığmak anlamındadır. Menfaat biriktirilemez, çünkü biriktirmek kalıcı olmaya (beka) bağlıdır. Bununla beraber menfaat mal değilse bile, zarureten dolayı icârede mütekavvim kabul edilmiştir.”¹⁶

Seyyid Bey, menfaat Hanefilerce mal kabul edilmediğinden ona itiraz edilmese bile birinci kayıta yer alan “insan tabiatının meylettiği” kaydı üzerinde düşünmek gerektiğini belirtir. Onun belirttiğine göre malın tanımında insan tabiatının temayül edeceği şey ifadesi, malın tayini için sahîh olmaz, bize burada malın, efradını câmi’ ağıyarını mâni’, sabit ve değişmeyen bir tarifi gerekir. Bir de insan tabiatı farklı olabileceğinden onun temayülü de farklı olacaktır. Bu hususta vehim, çevre, zaman, gelenek ve alışkanlıkların etkisi vardır. Hal böyle olunca mahkemelerden birbirine zıt kararlar çıkabilir.

Seyyid Bey’e göre burada insan tabiatından kastedilen “**tab’ı selimdir**” demek yeterli değildir, çünkü bunu sağlıklı bir şekilde tayin edecek bir merci yoktur.¹⁷

İnsan tabiatının temayülü konusuna açıklık getirme sadedinde şunları söyler:

“İkinci olarak insan tabiatının temayülü konusunu doğru kabul edecek olursak Hanefi fıkhında mal kabul edilen sülûk, ip kurdu, hayvan ve insan gübresi gibi medenî olmayan toplumların bile tabiatına aykırı gelen şeyler, balık yağı, Hint yağı gibi ağır kokusu ve hoş olmayan, tadıyla mide bulandıran fakat insan sağlığı için yararlı olan gıdalar, fabrikalarda ve makinalarda kullanılan pis ve ağır kokulu iğrenç yağlar için mal dememek icap eder.”¹⁸

¹⁴ Bu konuda bkz. Dalgın, N. (1999). “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”. *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 11(11), 97-128.

¹⁵ Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey’in Mahiyet-i Hukukiyeleri” 133.

¹⁶ Ali Haydar, *Dürerü'l- hükkam şerhu mecelleti'l- ahkâm*, (İstanbul: Tevsi’ Tıbaat, 1330), 126. Madde şerhi.

¹⁷ Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey’in Mahiyet-i Hukukiyeleri”, 135.

¹⁸ Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey’in Mahiyet-i Hukukiyeleri”, 135.

Seyyid Bey, insanın doğal eğilimlerinin ve malın belirlenmiş özelliklerinin kesin bir temel oluşturamayacağını belirtir. Bu bakımdan, malın tanımında, tüm unsurlarını içeren, yabancı öğeleri engelleyen, sabit ve değişmez bir prensibe ihtiyaç vardır. Bu bağlamda, bir şahsın tabiatıyla uyumlu olan bir özellik, başka bir şahsın tabiatına aykırı olabilir. Bu durum, insanların farklı kültürel, çevresel ve zaman içindeki geleneksel alışkanlıklarının etkisi altında olduğunu gösterir. Bu etkenler, insanların algıları üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Dolayısıyla bir yerde bir özellik olumlu olarak algılanırken aynı özellik diğer bir yerde ve hatta aynı anda başka bir topluluk içinde olumsuz bir tepki alabilir. Hatta zaman içinde bir kişinin bir topluluğun tabiatına aykırı bulunduğu bir özellik, daha sonrasında aynı kişinin, aynı topluluğun tabiatına uygun olarak algılanabilir. Sonuç olarak bir şahsa veya bir topluluğa göre mal adı verilmeyen bir özellik, başka bir şahıs veya topluluğa, hatta aynı şahıs veya topluluğa izafeten bir zaman sonra mal olarak kabul edilebilir. Bu nedenle, bu tür değişken ve istikrarsız özellikler, bilimsel bir tanım yapma konusunda güvenilir ve sağlam bir temel oluşturamaz. Bu durum, farklı hükümleri bir araya getirerek belirsizlik ve çelişki oluşturabilir. Bu bağlamda, "**insanî tab**'ın ne olduğunu anlamak" ifadesi, uygulamada geçerli bir dayanağa sahip olmadığı için net bir çözüm sunmaz.¹⁹

Müellif, meselenin daha önemli olan tarafına değinirken şöyle demektedir:

Konu sadece malın delalet ettiği manayı beyan olsaydı o kadar bahse değer olmazdı. Halbuki durum bu kadar basit değildir, çünkü Mecelle 149. maddede "**Bey'in mahiyeti** malı malla değişmekten ibarettir" diyor.

210. maddede ise, "Beynennas mal olmayan bir şeyi satmak veya onunla bir mal satın almak batıldır" hükmü yer alıyor. Bu maddeye göre geride vasıflarına kısaca değindiğimiz şeylerin Mecelle'ye göre alım satımı batıl olması gerekir ki bunun, sanayinin gelişmesine, insanların faaliyetlerine ne kadar mâni olacağını söylemeye gerek yoktur.²⁰

Bkz. Dalgın, N. (1999). "İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı". *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 11(11), 97-128.

¹⁹ Seyyid Bey, "Mülk mal ve bey'in Mahiyet-i Hukukiyeleri", 135.

²⁰ Seyyid Bey, "Mülk mal ve bey'in Mahiyet-i Hukukiyeleri", 135.

Seyyid Bey bu değerlendirmeyi yaptıktan sonra *Mecelle'nin* mal tarifinin, *Mecelle'nin* dayandığı Hanefi fıkhına da uygun olmadığını belirterek şunları söyler:

“Fukahâ-yı hanefiyyeye göre tab‘ı insani mail olsun, olmasın dünyada nafi‘ ve az çok makâsıd-ı beşeriyeye hâdim ne kadar şeyler varsa onların cümlesi mal mahiyetinde dahil ve bey‘leri caizdir. Hatta insanın her şeyden ziyade istikrah edeceği insan gübresi bile fikh-ı hanefiyece maldır ve bey‘i sahih ve muteberdir. Mecelle, malik tarifine kayd-ı mezkûru ilave etmekle fukahayı Hanefiyye’nin takip ettikleri esâsatı külliyyeden tamamen ayrılmış oluyor”.²¹

Ayrıca, Mecelle 210 ve 126.maddeler arasındaki bir belirsizliğe de dikkat çekerek der ki:

“Mecelle’nin 210. maddesi mutlak olarak “mal olmayan şeyi satmak batıldır” demiyor, bu ibarenin başında “Beynennas mal olmayan şeyi satmak batıldır” diyerek, muhtemelen bu kaydın zahirine ve mefhumu muhalifine bakarak halk arasında mal kabul edilen ve yukarıda zikri geçen şeylerin alım satımı mecellede caiz olabileceği fikrini verebilir ve yukarıdaki tanımın dışarıda bıraktığı maddeleri de kapsamış olabilir. Böylelikle de Mecelle’nin tadiline kadar 126. maddede geçen malın tanımından doğabilecek fasit işlemlerin tevil ile sahih olabileceği, iyi bir değerlendirme olabilir.”²²

Seyyid Bey’e göre mahkemeler kanunun zahiren anlaşılan manasına göre karar verecekse -ki normal şartlarda olması gereken budur- bu madde dahilinde zikri geçen şeyler mal kabul edilmeyeceği için bunların satılamaz olduğu yönünde karar vermelidir.

Seyyid Bey’e göre tüm bu problemler mal tanımına eklenen ve esasında gereksiz bir ilave olan “tab‘ı insani” kaydından kaynaklanmaktadır. Ona göre bu kayıt “Maksadı ihlal eden **“haşv-i müfsid” kabilindendir, tariften çıkarılması gerekir**. Eğer mal, “vakt-i hâcet için iddihar olunabilen şeydir” diye tarif edilseydi de “tab‘ı insanî mâil olup da kaydı zikredilmeseydi, o mahzurların hiçbiri söz konusu olmazdı.”²³

Seyyid Bey Hanefi fukahasından sözleri senet ve hüccet kabul edilen zevatın telif ettiği eserlerde böyle bir kaydın bulunmadığını söyleyerek *Mecelle* heyetinin nakiller yaparken

²¹ Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey‘in Mahiyet-i Hukukiyeleri”, 133.

²² Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey‘in Mahiyet-i Hukukiyeleri”, 136.

²³ Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey‘in Mahiyet-i Hukukiyeleri”, 136.

hassasiyet göstermediğini ima eder. Hidaye ve sair Hanefî eserlerinin mal tanımlarına yer verdikten sonra bu tanımlardan hareketle en doğru ve kapsayıcı tanımın “mal, nâfi (menfaat getiren) olan ayndır, şey-i maddidir” şeklinde ifade edilebileceğini, böylelikle tanımlarda menfaat ve mal arasındaki karışıklığın giderilebileceğini söyler.²⁴

Makalenin geri kalan kısmında Seyyid Bey bu iddiasını destekleyecek fer’i meselelerden örnekler getirmektedir. Kendisinden istifade mümkün olan sülük, ipek böceği, boya yapımında kullanılan kırmızı kurtçuklar ve hatta panzehir imalinde kullanılmak üzere yılan gibi hayvanların alım satımının cevazı üzerinden *Mecelle’nin* mal için kullandığı “tab’-ı insaninin mâil olduğu şeydir” tanımının esasında Hanefî fukahasının takip ettikleri fıkhi metottan bir sapma olduğunu ileri sürmektedir.²⁵

“Kanaatimizce Seyyid Bey, *Mecelle’nin* tanımındaki kayda itiraz ederken “insan tabiatının meyletmesi” ifadesini “yemek, içmek” gibi bir bağlamda ele almaktadır. Oysa ipek böceği ve diğer zikredilen şeyler, insanların kazanç elde etmek, ya da gübre gibi tarlalarındaki ekinin verimini arttırmak üzere meylettikleri şeylerdendir. Bu bakımdan söz konusu ifadeyi geniş olarak yorumladığımızda bu ifadenin itiraza açık olmadığı söylenebilir.”

Mecelle Ta’dil Komisyonu Seyyid Bey’in bu mülahazalarını dikkate almış olacak ki *Mecelle*: Kitabü’l-Buyu “Mukaddime” bölümünde 5 tadil, 2 ilave ve 1 maddeyi çıkarmıştır.

2.1.2. Mecelle Ta’dil Komisyonlarının Bu Maddelerde Yaptığı Ta’diller

125. madde: “Mülk, insanın mâlik olduğu şeydir, gerek a’yân olsun ve gerek menafî olsun.”

Bu madde: “Mülk, insanın mâlik olduğu şeydir gerek a’yân olsun ve gerek menafî olsun ve gerek düyûn olsun.” şeklinde değiştirilmiştir.

²⁴ Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey’in Mahiyet-i Hukukiyeleri”, 133.

²⁵ Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey’in Mahiyet-i Hukukiyeleri”, 133.

Deynin mülk kapsamında değerlendirilmesi, Hanefi hukukçular tarafından kabul edildiği²⁶ halde bu yaklaşım, *Mecelle* cemiyeti tarafından başlangıçta benimsenmemiş ve dolayısıyla düyun, mülk tanımı içerisine dâhil edilmemiştir. Bu durum, muhtemelen Cemiyetin düyunun mülkiyetle olan bağlantısını yeterince önemli görmemesinden kaynaklanmıştır. Bununla birlikte, ilerleyen süreçte söz konusu eksikliğin fark edilmesi üzerine, *Mecelle* cemiyeti bu hususta gerekli düzenlemeleri yaparak mülk tanımını daha kapsayıcı bir hale getirmiştir.

Mecelle'nin 126. maddesi, mal kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: “Mal, tab-ı insanî mail olup da vakt-i hâcet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule veya gayr-ı menkule şamil olur.” Ancak bu tanım, Seyyid Bey tarafından eleştirilmiş ve içerdiği ifadelerin bir kısmının tarifin amacını ihlal eden, gereksiz ve yanıltıcı unsurlar barındırdığı belirtilmiştir. Seyyid Bey, bu bağlamda “tab‘ı insanî mâil olup da” ibaresinin tarifte yer almasının gereksiz olduğunu ifade etmiş, “Mal, vakt-i hâcet için iddihar olunabilen şeydir” şeklinde daha sade ve net bir tanım önerisinde bulunmuştur.

Bu eleştiriler doğrultusunda madde, “Maksadı ihlal eden ‘haşv-i müfsid’ kabilindendir, tariften çıkarılması gerekir” yaklaşımına uygun olarak yeniden düzenlenmiştir. Seyyid Bey’in önerdiği düzeltme ve açıklamalar dikkate alınarak 126. madde şu şekilde tadil edilmiştir: “Mal, ânda menafî ve bezl cari olan şeydir.”

126. Madde: Mal, tab-ı insanî mail olup da vakt-i hâcet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule veya gayr-ı menkule şâmil olur.

Bu madde Seyyid Beyi’n makalesinde “Maksadı ihlal eden “**haşv-i müfsid**” **kabilindendir, tariften çıkarılması gerekir.** Eğer mal, “vakt-i hâcet için iddihar olunabilen şeydir” diye tarif edilseydi de “tab‘ı insanî mâil olup da kaydı zikredilmeseydi, o mahzurların hiçbirisi söz konusu olmazdı.” Şeklindeki ifadelerine mutabık olarak yeniden düzenlenmiştir.

Madde şu şekilde tadil edilmiştir.

(Mal, ânda menafî ve bezl cari olan şeydir)

²⁶ Kâsânî, Alâüddin Ebî Bekr b. Mesud, *Bedâiu 's-Sanâî fî Tertîbi 'ş-Şerâî*, (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2002) 7/195.

“Tab-ı insanî mail olup” yani insan tabiatının meylettiği ifadesiyle, laşe ve hür insan gibi şeyler ve “vakt-i hacet için iddihar olunabilen” yani ihtiyaç vakti için biriktirilebilen ifadesiyle de bir buğday tanesi gibi kendisinde ahz ve îta cereyan etmeyen şeyler dışarıda bırakılmıştır. Biriktirilebilme şartıyla özellikle menfaatin tarif dışı kalması murad edilmiştir. Çünkü Hanefilere göre menfaat mal değil, mülktür.²⁷

Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri ise her ne kadar ayn-menfaat ayrımını Hanefiler gibi kullansalar da eşyanın menfaatlerinin de eşyanın aynı gibi mal olduğu, hukukî işlemlere konu olabilme noktasında kural olarak ayn ile menfaat arasında bir fark gözetilmeyeceği görüşündedir.²⁸

127. Madde: “Mâl-ı mütekavvim, iki manaya isti'mâl olunur. Biri intifaı mubah olan şeydir. Diğer mal-ı mührez demektir. Meselâ denizde iken balık gayr-ı mütekavvim olup istiyad ile ihraz olundukta mâl-ı mütekavvim olur.”

Hanefilere göre menfaat, ihrazı mümkün olmadığı için mal değildir. Bir önceki

Madde de geçtiği üzere komisyon, malın tarifini değiştirerek menfaatin mal olduğunu kabul etmiştir. Menfaatin ihrazı mümkün değildir. Menfaatler an be an meydana gelir ve bir vakitten bir vakte kadar geçip giderler. Dolayısıyla menfaatler bu maddeye göre mütekavvim olmazlar.

Komisyon ise bir önceki maddenin değiştirilmesiyle beraber, menfaatin de tıpkı ayn gibi mütekavvim bir mal olduğunu kabul etmiştir.

Mecelle'nin 127. Maddesi, mâl-ı mütekavvim kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: “Mâl-ı mütekavvim, iki manaya isti'mâl olunur. Biri intifaı mubah olan şeydir. Diğer mâl-ı mührez demektir. Meselâ denizde iken balık gayr-ı mütekavvim olup istiyad ile ihraz olundukta mâl-ı mütekavvim olur.” Bu tanım, mütekavvim mal kavramını iki temel özellik üzerinden ele almakta ve malın hukuken değer taşıması için intifa hakkının meşru olmasını ve ihraz edilmesini gerekli görmektedir.

²⁷ Ali Haydar, Dürerü'l- hükkam şerhu mecelleti'l- ahkâm, (İstanbul: Tevsi' Tıbaat 1330), 126. Madde şerhi.

²⁸ Hacak, Hasan, “Mal”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1989), 29/462.

Hanefî fikhına göre, menfaat kavramı, doğası gereği ihraz edilmesi mümkün olmayan bir olgu olduğundan, mütekavvim mal kapsamında değerlendirilmemektedir.

Bununla birlikte, Mecelle Komisyonu, 126. maddenin yeniden düzenlenmesiyle birlikte menfaatin de mal tanımı içerisine dâhil edilmesini kabul etmiş ve bu yaklaşımı 127. maddeye de yansıtmıştır. Komisyon, menfaatlerin ayn gibi değerlendirilebileceği ve mütekavvim bir mal niteliği taşıyabileceği görüşünü benimsemiştir.

2.2. Seyyid Mehmed Nesib: Mecelle'nin Islahına Doğru²⁹

Seyyid Mehmet Nesib'in "Mecelle'nin Islahına Doğru" başlıklı makalesi Darulfunun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın 4. sayısında s. 404'te yayımlanmış³⁰ olup müellif bu makalesinde Mecellenin "şartlı satış" bağlamında ilgili maddeleri ele almıştır.³¹ Mecmuanın Osmanlıca nüshasında 22 sayfa olan makalede Seyyid Nesib, Mecelle'nin bey' bi's-şart maddesini tenkit etmektedir.

Makalede Mecelle Cemiyetinin hazırladığı 8 zilhicce 1285 (29 Mart 1869)'da Meclis-i Vükela'ya sunulan, *Mecelle*'nin tedvinine niçin ihtiyaç duyulduğu, tedvin sırasında nasıl bir yol izlendiğini özetleyen *Mecelle* esbab-ı mucibe mazbatasında beyan edilen gaye, yöntem, üzerinden 189. maddede yer alan bey' bi's-şart (şartlı satış) maddesini tenkit etmektedir.³²

²⁹ Bu makale ile alakalı yazılmış bir yüksek lisans tezi için bkz: Talha Bayrakdar, "Seyyid Nesib Efendi'nin Mecelle'nin Islahı ile İlgili Görüşlerinin Değerlendirilmesi". (İstanbul: İstanbul Sebahattin Zaim Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi); İsmail Bilgili. "Dârü'l-Funûn Hukuk Fakültesi Müderrisi Mehmed Nesib Bey'in "Mecelle'nin Islahına Doğru" Makalesinin Hukukî Açıdan Değerlendirmesi.", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4/1 (2021), 218-242.

³⁰ Seyyid Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", *Daru'l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 4 (Eylül 1332) 404.

³¹ Mecelle 186. Madde: Akd-i bey'in muktezâsından olan şartla bey' sahih ve şart muteber olur.

187. Madde: Muktezây-ı aklı teyid eden şartla bey' sahih ve şart muteberdir.

188. Madde: Mütâref yani örf ve âdet-i belde cârî olan şartla bey' dahi sahih ve şart mu'teberdir.

189. Madde: Ehad-i âkideyne nef'i olmayan şartla bey' sahih olup, ancak şart fasittir.

³² Seyyid Nesib Bey'in başka dergilerde Mecelle aleyhinde yazılan yazılara cevap niteliğinde kaleme aldığı "Fıkıh-ı Hanefinin Esasâtı ve Kıyâs ve Deyne Mütâ'allık Mesâil" adlı eseri meşhurdur. Eser, İstanbul Şehzâdebaşı Evkâf Matba'ası'nda rumî 1337, hicri 1339, miladî, 1921 tarihinde Dârü'l-Hikmeti'l-İslamiye neşriyatı arasında iki numaralı eser olarak basılmıştır. Hanefî mezhebinin temel esaslarını, kıyâs ve içtihat ile muamelattan deyn ile ilgili konularını ihtiva eder. Nesib Bey Hanefî Mezhebi esas alınarak hazırlanmış olan Mecelle Medeni Kanununa eleştiri babında çıkan bazı yazılara cevap niteliğinde bu eseri kaleme aldığını aynı eserde geçen şu ifadelerden anlıyoruz. "Son günlerde medeni kanunumuz olan *Mecelle*'nin

Makalede başlıca eleştirilen noktalar şunlardır:

1-Mecelle cemiyeti bey' bi's-şart meselesinde mazbatada belirtilen gayesine aykırı olarak asrın ihtiyaçlarını dikkate almamıştır.

2-Fukahanın (ihtârât) görüşlerini iyi tetkik etmeyerek bu konudaki görüşlerle ilgili mezhebe tamamen veya kısmen gayrı mutabık olan sonuçlara varmışlardır.

3- Mezhebin zahiri görüşünü esas almışlardır.

4- Mecelle'nin çağı iyi bilen âdet ve geleneklere vakıf, âlim kişilere kontrol ettirilmeyerek Mecelle mazbatasında geçen ifadelerle uymamıştır.

Seyyid Nesib:

“Mecelle'nin muktezâ-yı hale göre lüzûm-u ıslâhı ve bâhusus muhtevî olduğu ahkâmın ihtiyacâta hâdim ve muamelât-ı nâsın inkılâbât ve tahvîlâtına tâbi olarak ânınla beraber dâir ve âna göre mütebeddil ve mütehavvil olması Mecelle'yi yazanlar tarafından tanzîm olunan mazbatada esas olarak kabul edilmiş bir kaziyyedir.”³³

diyerek mazbatanın altıncı sahifesinden şu paragrafı alıntılar.

“Muvaffakiyyet-i celîle-i Hazreti Pâdişâhî, semere-i feyz-behresi olarak müşâhid-i a'yûn-i iftihâr olan bunca âsâr-ı hasene sırasında bu dahi husûle gelmek üzere ilm-i fıkıhdan asrın ihtiyacâtına göre rûz-merre zuhûra gelen mu'âmelâtın tatbîkine kâfi olabilecek öyle bir eser-i hayrın vücûda getirilmesi emr-i ehemmi âcizlerine havâle buyrulmuş olduğundan, ber-mûcib-i irâde-i aliyye Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Dâiresi'nde bi'l-ictimâ' fikhın mu'âmelât kısmından kesîrû'l-vukû' ve mu'âmelât-ı asra göre bedîhiyü'l-lüzûm olan mevâdd hakkında sâdât-ı Hanefiyye'nin akvâl-i mu'teberesi cem' edilerek müte'addid kitâblara taksîm ve Ahkâm-ı Adliyye ismiyle tevsîm olunmak üzere bir Mecelle tertîbine bi'l-ibtidâr...”

Seyyid Nesib, *Mecelle'nin* hazırlanış gayesini özetleyen alıntıyı yaptıktan sonra paragrafta geçen iki hususa dikkat çekerek görüşlerini bunlar üzerinden ortaya koyar.

ta'dili yani düzenlenmesi sebebiyle gerek Mecelle ve gerekse Mecelle'nin kaynağı Hanefî fikhı hakkında bazı gazetelerde çeşitli açıklamalar yayımlanmıştı. Bunlardan özellikle Vakıf gazetesinin, biri 9 Teşrin-i Evvel 1336 /9 Ekim 1920 ve diğeri 11 Teşrin-i Evvel 1336 /11 Ekim 1920 tarihli ve 1018, 1020 numaralı baskılarında yer alan açıklamalar dikkat çekici ve izahı gerekli görüldüğünden bu açıklamada söz konusu olan noktalar hakkında gereken izahların yazılmasına girişildi.”

³³ Seyyid Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, 404.

Paragrafın ruhunu teşkil ettiğini söylediği hususlardan birincisi, “fıkıh ilminden asrın ihtiyaçlarına cevap verecek bir eserin” hazırlanması, diğeri ise fıkıh ilminin muamelat bölümlerinden çağın ihtiyaçlarına cevap olabilecek konuların Hanefi fakihlerin muteber görüşleri cemedilerek” oluşturulması hususlarıdır.

Seyyid Nesib, *Mecelle*’nin dönemin dinamikleri ve toplumsal ihtiyaçları dikkate alınarak hazırlanmakla birlikte, bazı hükümlerin çağdaş ihtiyaçlara tam anlamıyla cevap veremediğine dair eleştirel bir değerlendirme yaparak mazbatada ifade edilen açıklamalardan hareketle, Mecelle Heyeti’nin şu yaklaşımı benimsediği sonucuna varır: Mecelle maddelerinin içeriği, dönemin ihtiyaçlarına cevap veremeyecek bir hâle geldiğinde, aynen korunmak yerine tadil edilip yeniden düzenlenmesi öngörülmektedir. Bu durum, insanlığın sonsuz sayıdaki dünya meselelerinin zorunlu bir sonucu olarak, insanların değişen ihtiyaçları ve muamelatına göre Mecelle’nin hükümlerinin değiştirilebileceği esasının mazbatanın tanziminde açıkça kabul edildiğini göstermektedir.

Bununla birlikte, Seyyid Nesib, *Mecelle*’nin kaleme alındığı dönemde, Hanefi mezhebine ait görüşlerin yer aldığı klasik eserlerdeki muğlak ve dönemin ihtiyaçlarına uygun olmayan birçok meselenin *Mecelle*’ye dâhil edilmemesine özen gösterildiğini belirtmekte; ancak buna rağmen, *Mecelle*’ye alınan ve tercih edilen birçok meselenin dahi çağın gerekleriyle uyumlu olmadığının açıkça görüldüğünü ileri sürmektedir.

Seyyid Nesib’in makalesinin yayımlandığı dönemde, *Mecelle* yaklaşık 47 yıldır yürürlükte bulunmaktadır. Bu süre zarfında Mecelle üzerinde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak bir kanunun bu kadar uzun bir süre uygulamada kaldıktan sonra bazı değişiklik ve düzenlemelere ihtiyaç duyulması, hukuk sistemlerinde tabii bir durumdur. Seyyid Nesib’e göre, *Mecelle*’yi hazırlayan heyet, mazbata metninde yer verdikleri ifadelerle bu tür düzenlemelere kapı aralamışlardır.

Kanaatimizce *Mecelle*’nin hazırlandığı dönemde itiraz konusu olmayan bazı hükümlerin, aradan geçen yarım yüzyılın ardından tartışma konusu hâline gelmesi de normal karşılanmalıdır. Zira hukuk, değişen toplumsal ihtiyaçlara ve şartlara uyum sağlayan, adeta yaşayan bir organizma gibidir. Nitekim Mecelle’nin mazbatasında, dönemin şartlarının dikkate alınmasının vurgulanması, kanunu hazırlayan heyetin hukukî öngörüye ve toplumsal gerçekliğe hâkimiyetini ortaya koymaktadır. Bu durum, heyetin

dinamik bir hukuk anlayışı benimsediğini ve gelecekteki değişimlere açık bir yaklaşım sergilediğini göstermektedir.

Seyyid Nesib, Hukuki düzenlemelerin yalnızca teorik bir çerçeveye sınırlı kalmaması, toplumsal dinamiklere uyum sağlayacak bir anlayışla ele alınması sadedinde Mecelle'nin hazırlanmasında dönemin ihtiyaçlarına ve halkın örf ve âdetlerine vukufiyetin esas alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, hazırlanan birinci kitabın bir nüshasının Fetva Makamı'na sunulmasının ardından, diğer nüshasının yalnızca fıkıh ilminde mahir ve bilgi sahibi kimselere değil, aynı zamanda dönemin ihtiyaçlarını bilen, halkın örf ve âdetlerine vâkıf olan âlimlerden oluşan bir heyete verilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Seyyid Nesib, *Mecelle*'yi hazırlayan heyetin fakihlik vasfının herkes tarafından kabul edilmekle birlikte, çağın gereksinimlerine ve halkın geleneklerine tam anlamıyla vakıf oldukları hususunda şüphelerin bulunduğunu ileri sürmektedir. Bu bağlamda, “medeniyet ve âdât-ı nâsa vukuf ile münderecat-ı mutûnü hıfz, muhteviyat-ı şurûhu fehm ve idrak ve butûn-i havâşîye nüfuz”un birbirinden farklı şeyler olduğunu ifade ederek hukukun yalnızca metinlere ve şerhlere hâkimiyeti değil, aynı zamanda toplumun dinamiklerine ve pratiklerine olan yakınlığı da gözetmesi gerektiğini dile getirmektedir.³⁴

Seyyid Nesib, Mecelle heyetine bu hususta şu eleştirileri yöneltmektedir:

“Hâlbuki bir memlekette âmme-i nâsın akvâl ve ef'âline harekât ve muâmelâtına icâbât ve isticâbâtına hayat ve memâtına terakkiyât ve fiiliyyâtına ferman-fermâ olacak kavânînin vaz' ve tedvîni gibi bir memlekette mevcûd veya mütelâhiku'l-vücûd olan insanların bütün eşbâh ve ervâhını yüklenmek kadar azîm olan bir emr-i hatîri dâş kifâyetine almaya tasaddî eden erbâb-ı ictihâd'ın edmiğa-i mütefekkiresi ahvâl ve icâbâtı asriye mâlûmâtı ve bu mâlûmâtın tatbikatı ameliyyesiyle tasfiye edilmemiş ham nazariyât-ı ulûm ile memlû olmakla bi'l-iktifâ tanzîm edecekleri kavânîn memlekette te'min-i adl ü dâd edemez.”³⁵

Seyyid Nesib, Mecelle'nin hazırlanması için gerek içtihat gerek tahrîc veya tercih gerekse ifta kabilinden olsun, mutlaka örf ve âdetlere vukufiyetin gerekli olduğunu ifade eder. Bu

³⁴ Seyyid Nesib, “*Mecelle'nin Islahına Doğru*”, 404.

³⁵ Seyyid Nesib, “*Mecelle'nin Islahına Doğru*”, 404.

bağlamda, örf ve âdetlere muttali olmanın, fetva verebilmenin temel şartlarından biri olduğunu vurgular. Bu görüşünü, farklı fikhî müktesebâttan yaptığı nakillerle gerekçelendirerek destekler. Nesib'e göre, fetva verme sürecinde örf ve âdetlerin bilinmesi hem hukukî hem de toplumsal gerçekliğin dikkate alınmasını sağladığından vazgeçilmez bir unsurdur.

Mazbatada şu ifadeler geçmektedir:

“Zamanımızda cereyan eden alışveriş çok kere bazı şartlara bağlı olup Hanefi mezhebinde ise akdin yapıldığı anda öne sürülen şartların çeşitlerinin çoğu alışverişini iptal edici olması sebebiyle Kitabı'l-Buyû'un en mühim bahsi (bey' biş-şart: Şarta bağlı alışveriş) faslı olarak cemiyetimizce pek çok bahis ve münazarayı icab ettirdiğinden geçen tartışmaların hülasasının aşağıdaki şekilde takdimi münasip görülmüştür.³⁶

Seyyid Nesib, bu girişin ardından şarta bağlı alışveriş konusuna ilişkin açıklamalarda bulunur. Ona göre, müçtehitlerin bu meseledeki görüşleri birbiriyle uyumlu değildir. Maliki mezhebinde, belirli bir süreyle sınırlı olmak kaydıyla, Hanbeli mezhebinde ise her durumda, satıcının kendisi için satılan mal üzerinde şahsî bir menfaat şart koşması caiz görülmüştür. Ancak bu salahiyetin yalnızca satıcıya tanınması ve müşteriden esirgenmesi, re'y ve kıyas ilkelerine aykırı olarak değerlendirilmiştir.

Bu bağlamda, İmam-ı Azam ile aynı dönemde yaşamış ve sonrasında görüşleri yaygınlık kazanmamış olan müçtehitlerden İbn Ebî Leyla ile İbn Şübrüme'nin, bu meselede birbirine tamamen zıt kanaatlere sahip oldukları görülmektedir. Nitekim İbn Ebî Leyla'ya göre, bey' ile birlikte şart her durumda fasit kabul edilirken, İbn Şübrüme, hem bey'in hem de şartın her halükârda caiz olduğunu savunmaktadır.

İbn Ebî Leyla'nın mezhebi, “Müslümanlar şartlarına sadıktır.”³⁷ şeklindeki rivayete aykırı bir görünüm sergiler. Buna karşılık, İbn Şübrüme'nin mezhebi, bu hadisle tamamen uyumlu görünmektedir. Ancak, İbn Şübrüme'nin görüşüne göre de bâyi' ve müşteri, icrası mümkün olmayan şartlar öne sürebilir. Seyyid Nesib'e göre fakihlerin çoğunluğu, şarta

³⁶ A.g.e, 404.

³⁷ Seyyid Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, 410, 414

riayeti imkân nispetinde kabul etmekle birlikte, bu hususun genel bir kaide olarak tahsis ve istisnaya açık olduğunu ifade etmişlerdir.

Bu durum, Hanefi mezhebinin mutedil bir yaklaşımı benimsemesine zemin hazırlamış ve şarta bağlı satışları üç kategoriye ayırmasına neden olmuştur: caiz şartlar, müfsit şartlar ve lağıv şartlar. Buna göre:

Satış akdinin zorunlu gereklerinden olmayan ya da akdin zorunlu unsurları ile doğrudan ilişkili bulunmayıp taraflardan birinin menfaatine olan şartlar müfsit kabul edilir ve bu tür şartlar içeren satış akdi fasit olur.

Taraflardan herhangi birinin menfaatine olmayan şartlar ise akdi geçersiz kılmaz; satış sahih, şart ise lağıv sayılır.

Bu ayrımın temel gerekçesi, alışverişin asıl maksadının mülkiyet devrini sağlamak olmasıdır. Yani müşterinin herhangi bir engel veya güçlük olmaksızın satılan mal üzerinde mülkiyet hakkını kazanması, satıcının ise bedel üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması hedeflenir. Ancak yalnızca bir tarafın menfaatine olan şartlar genellikle uyumsuzluklara yol açabilir, bu durumda bir taraf şartın uygulanmasını isterken diğer taraf istemeyebilir.

Bununla birlikte, örf ve âdetin bu tür uyumsuzlukları ortadan kaldıracı bir etkisi olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle, toplumda yaygın olarak kabul gören şartların yer aldığı satışlara izin verilmiştir.³⁸

Seyyid Nesib, ticarî muamelelerde istikrarı sağlama ve yerleşik uygulamaları hukuken destekleme amacıyla Hanefî mezhebinin esas alınmaya devam edildiğini ifade ederek ticarî muamelelerin, yukarıda açıklandığı üzere, zaten istisnai bir yapıya sahip olduğunu belirtmiştir. Esnafın büyük çoğunluğunda, toplum tarafından kabul görmüş muamelelerin yerleşik bir şekilde uygulandığı ve sonradan ortaya çıkan âdetlerin de muteber sayıldığı dikkate alındığında, yalnızca münferit veya perakende alışveriş yapan kişilerin, örf ve âdetin dışında gerçekleştirdikleri işlemlerin hukuken bir değer taşımadığı ve tartışma konusu edilemeyeceği ifade edilmektedir.

³⁸ A.g.e, 404.

Bu çerçevede, çağın ticaret ilişkilerini kolaylaştırmak amacıyla, Hanefî mezhebinin dışında İbn Şübrûme'nin görüşlerini takip etmek uygun görülmemiştir. Bunun yerine, diğer bölümlerde olduğu gibi, birinci babın dördüncü faslında da Hanefî mezhebine uygun olarak satış akdini fesada götürmeyen şartların açıklanması ile yetinilmiştir.

Kanaatimizce mazbatada geçen ifadeler dikkatle incelenirse aslında Mecelle cemiyeti bazı hassasiyetleri dikkate almış görünüyor. Bu konuda Seyyid Nesib'in eleştirileri zayıf kalıyor da denilebilir.

Mazbata'da geçen şu ifadeler önemlidir.

“Mezheb-i İbn-i Ebî Leylâ: “el-müslimûne ‘inde şurûtihim” hadîs-i şerîfine mübâyin görünür. İbn-i Şübrûme mezhebi, bu hadîs-i şerîfe tamâmıyle muvâfık ise de, bâyi ve müşteri icrâsı câiz ve kâbil olmayan şartlar darmiyân edebilip, şarta ri‘âyet ise bi-kaderi'l-imkân olmak fukahâ indinde müsellelâtından olmasıyla şarta ri‘âyet meselesi tahsîs ve istisnâ kabûl eder bir kâ'idedir. Binâen-alâ-zâlik, Mezheb-i Hanefî'de bir tarîk-i mütevassıt ittihâz olunarak, bey'in şerâiti (câiz) ve (müfsid) ve (lağv) diye üç kısma taksîm olunmuştur”³⁹

Seyyid Nesib, Mazbata'dan alıntılacağı ikinci bölüm üzerinden tenkidini sürdürür. Mecelle mazbatasında bey' bi's-şart (Şartlı Satış) meselesi hakkında geçen ifadeler şöyledir:

“Fî zamâninâ cereyân eden ahz ü i'tâ ekseriyâ bazı şerâite merbût olup, Mezheb-i Hanefî'de ise sulb-i akidde der-meyân olunan envâ'-ı şerâitin ekserîsi bey'i müfsid olduğu cihetle Kitâbü'l-büyû'un en mühim mebhâsi (bey' bi's-şart) faslı olarak cem'iyet-i âcizânemizce pek çok bahs ve münâzarayı mûcib olduğundan, mübâhesât-ı câriyenin halâsı ber-vech-i âtî îrâd olunmak münâsib görülmüştür”.⁴⁰
“Bey'bi's-şart) hakkında ekser-i müctehidînin akvâli yekdiğere muhâlifdir. Mezheb-i Mâlikî'de müddet-i cüz'îyye için ve Mezheb-i Hanbelî'de ale'l-ıtlâk bâyi'kendisi için mebî'de menfa'at-i mahsûsa şart edebilir. Lâkin bâyi'de bu salâhiyet olup da, müşteri tarafında olmaması re'y ve kıyâsa muhâlif görünür. İmâm-ı A'zam (rahmetu'llâhi aleyh) hazretleriyle hem-asır olup da, müahharan etbâ'ı münkariz olan müctehidlerden (İbn-i Ebî Leylâ) ile (İbn-i Şübrûme) (rahmetu'llâhi aleyhimâ)

³⁹ Seyyid Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, 404.

⁴⁰ Seyyid Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, 404.

hazreteyni dahi bu husûsda yekdiğere zıdd-ı tâmm olarak birer re'ye bulunmuşlardır. Şöyle ki, İbn-i Ebî Leylâ indinde ale'l-umûm bey' ve şart fâsid, İbn-i Şübrûme indinde ale'l-ıtlâk hem bey' hem de şart câizdir.

Mezheb-i İbn-i Ebî Leylâ: “el-müslimûne inde şurûtilhim” hadîs-i şerîfine mübâyin görünür. İbn-i Şübrûme mezhebi, bu hadîs-i şerîfe tamâmıyle muvâfık ise de, bâyi' ve müşteri icrâsı câiz ve kâbil olmayan şartlar darmiyân edebilip, şarta ri'âyet ise bi-kaderi'l-ımkân olmak fukahâ indinde müsellemtâdan olmasıyle şarta ri'âyet meselesi tahsîs ve istisnâ kabûl eder bir kâ'idedir. Binâen-alâ-zâlik, Mezheb-i Hanefî'de bir tarîk-i mütevassıt ittihâz olunarak, bey'in şerâiti (câiz) ve (müfsid) ve (lağv) diye üç kısma taksîm olunmuştur. Şöyle ki, akd-i bey'in muktezâsından olmayıp, yâhut muktezâ-yı akd-i bey'i te'yîd etmeyip de ehad-i tarafeyne nâfi' olan şart müfsid ve ona mu'allak olan bey', fâsid olur. Ve bir tarafa nef'i olmayan şartla bey' sahîh ve şart lağvıdır. Zîrâ bey' ü şîrâdan maksat temlik ve temellük husûsu, yâni bilâ-mâni' ve müzâhim müşterinin mebî'a ve bâyi'in semene mâlik olması keyfiyyetidir. Halbuki, bir tarafa nâfi' olan şartın icrâsını ol taraf tâlib ve taraf-ı âhar ondan hârib olarak münâza'aya müeddî olabilir. Bu sûrette ise akd-i bey' tamam olmamış demek olur. Fakat örf ve âdet münâza'ayı kâtı' olduğundan ale'l-ıtlâk şart-ı müte'âref ile bey' tecvîz olunmuştur.

Mu'âmelât-ı ticâriye ber-vech-i meşrûh zâten müstesnâ bir hâlde olup, esnâfin ekserîsinde dahi birer mu'âmele-i müte'ârife takarrür ettiğine ve örf-i târî dahi mu'teber olduğuna nazaran fesâdı mevzû'-ı bahs olacak yalnız bir takım mütferrik ve müteşettit alış veriş edenlerin hâric-i ez-örf ve âdetettikleri şartlar kalıp, bunların dahi çendân-ı değeri ve bahis götürür yeri olmadığından mu'âmelât-ı asrın teysîri içün Mezheb-i Hanefîye'nin hâricinde olarak İbn-i Şübrûme Mezhebi'nin ihtiyârı münâsib görülmeyip, sâir fasıllarda olduğu gibi Bâb-ı evvelin dördüncü faslında dahi Mezheb-i Hanefî üzre bey'i müfsid olmayan şartlar beyânıyle iktifâ olunmuştur”.⁴¹

Seyyid Nesib'e göre, *Mecelle* Heyeti, bey' bi'sh-shart meselesini ele alırken, mazbatanın temel amacı ve yöntemiyle çelişen bir yaklaşım benimsemiştir. Heyetin bu meselede asrın ihtiyaçlarını yeterince dikkate almayarak mezhebin zahirî görüşüne bağlı kalması ve konuyu yüzeysel bir şekilde değerlendirmesi Nesib tarafından eleştirilmektedir. Bu doğrultuda, ilgili babda yer alan görüşlerin kısmen eksik ya da aslına tam olarak uygun

⁴¹ Seyyid Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, 406.

olmayan ifadeler içerdığını ve bu durumun, heyet üyelerinin kaynaklardan nakil yaparken dahi hatalara düştüğünü ortaya koyduğunu ileri sürmektedir.

Seyyid Nesib, bu eleştirilerin ardından bey‘ bi’ş-şart meselesinde hangi mezhebin görüşünün tercih edilmesi gerektiğini tartışmaya geçer. Mezheplerin bu konudaki yaklaşımlarını önce genel hatlarıyla özetledikten sonra, meseleyi detaylı bir şekilde inceleyerek tercih edilmesi gereken yaklaşımı belirlemeye çalışır.

Mecelle heyetinin kaynaklara yaklaşımını ve metinlerin güvenilirliğini tenkit eden Seyyid Nesib, bey‘ bi’ş-şart meselesine ilişkin yaptığı değerlendirmede, *Mebsût*, *Fethü’l-Kadîr*, *Ukûdü’l-Cevâhir* ve *Bidâyetü’l-Müctehid* gibi temel fıkıh eserlerinden nakillerde bulunarak mezheplerin bu konudaki görüşlerini özetlemektedir. Bu bağlamda, Ebû Hanife’nin görüşünün "bey‘ ve şart fasit", İbn Şübrüme’nin görüşünün "bey‘ ve şart caiz", İbn Ebî Leyla’nın görüşünün ise "şart fasit, bey‘ sahih" olduğunu belirtir. Nesib, bu görüşlerden hareketle, *Mecelle* Mazbatası’nda ifade edildiği gibi bey‘ bi’ş-şart meselesinde birbirine zıt olan görüşlerin İbn Ebî Leyla ile İbn Şübrüme’ye değil, Ebû Hanife ile İbn Şübrüme’ye ait olduğunu savunur. Ayrıca İbn Ebî Leyla’nın orta bir yol izlediğini dile getirir ve “Müslümanlar şartlarına bağlıdır” (ya da “Müslümanları ileri sürdükleri şartlar bağlar”) hadis-i şerifine aykırı görüş beyan edenin İbn Ebî Leyla değil, Hanefî mezhebi olduğunu ileri sürer.

Seyyid Nesib, mezheplerin görüşlerini özetledikten sonra, Mazbata’da bey‘ bi’ş-şart meselesine dair mevcut bilgilerin, fikhî literatürde yer alan temel kaynaklara (ümmehât kitapları) uygun olmadığını ve bu bilgilerin hangi kaynaktan alındığının belirsiz olduğunu ifade eder.

Daha sonra Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin bu konudaki yaklaşımlarını sıralar:

Şâfiî Mezhebi: İmam Şâfiî’nin yalnızca köle satışında “itk şartını” istisna ederek, bunun dışında Ebû Hanife gibi bey‘ ve şartın fasit olduğunu kabul ettiğini ifade eder.

Seyyid Nesib’in bey‘ bi’ş-şart meselesine dair geniş değerlendirmesi şu şekilde özetlenebilir: Ebû Hanife, Amr b. Şuayb hadisini; İbn Ebî Leyla, Berîre hadisini; İbn Şübrüme ise Câbir hadisini esas alarak görüşlerini oluşturmuşlardır. Dört imamın görüşleri incelendiğinde, her birinin Amr b. Şuayb hadisini güçlü ve meşhur kabul ettiği ve bu hadisi tamamen veya kısmen delil olarak benimsediği anlaşılmaktadır.

İmam Mâlik, söz konusu hadisi, Berîre ve Câbir hadisleriyle tahsis ederek yalnızca **itk şartı** ve diğer bazı şartlar için geçerli kılmıştır. İmam Şâfiî ise, yalnızca **itk şartını** Berîre hadisiyle tahsis etmiştir. Ebû Hanife, Amr b. Şuayb hadisini kapsamlı bir şekilde ele alarak, onu lafzî anlamında genel bir hüküm olarak değerlendirmiştir.

İmam Ahmed b. Hanbel ise, Amr b. Şuayb hadisinde geçen "يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع" (borç ve satış helaldir; ancak bir satışta iki şart caiz değildir) ifadesini esas almıştır. Bu bağlamda, şart birden fazla olmadığında bey' ile şartın geçerli, ancak birden fazla şart bulunduğu hem bey'in hem de şartların fasit olduğuna hükmetmiştir.

Seyyid Nesib, bu değerlendirmelerden hareketle şu sonuca varmaktadır: Ebû Hanife ve Ahmed b. Hanbel yalnızca Amr b. Şuayb hadisine dayanırken; İmam Şâfiî hem bu hadis hem de Berîre hadisini delil olarak almıştır. İmam Mâlik ise, her üç hadisle amel ederek, bu hadisler arasında bir tercih yapmaksızın aralarını cemetmiştir.

Seyyid Nesib değerlendirmesini şu ifadelerle sürdürür:

“Hanefiler’in Amr b. Şuayb hadisiyle amel etmelerine gelince, Hanefilere göre mezkûr hadis ‘âmdır diğer hadisler ise hâstır. Hanefilere göre âm, hâs gibi delaleti kati’dir. Âm, hâssın zıddıdır ve hâs, âmdan müterâhi ise ikisinin mütenavil olduğu miktarda has, âmmı nesh eder, hâs âmma tekaddüm etmiş ise âm hassı nesh eder, eğer tarih mechul olur ise mukarenete hamlolunur da beynlerinde muaraza sabit olur, binaen aleyh sebep-i tercih aranılır. Burada sebep-i tercih mevcuttur, zira Amr b. Şuayb hadisi mânidir, diğerleri ise mubîhtir. Mubih, nehyin makabline mahmuldür. Mâ fihi’l- ibaha, mafîhi’n-nehy ile mensuh olmak kâidei usûliyedir. Bir de Cabir hadisinde varid olan şart sulb-i akitte vaki değildir. Daha doğrusu hazreti Peygamber ile hazreti Cabir arasında akd-i bey’ vuku bulmamıştır”.

“Şafiilerce âm, hâs gibi kat’iyyu’ddelâle olmayıp, zannıyyu’delâledir. Binâen aleyh hâs âmmı tahsis edeceğinden Has olan Berire hadisi, âm olan Amr b. Şuayb hadisini tahsis etmiştir. Cabir hadisi ise “muzdaribu’llafz” dır.

Seyyid Nesib, Hanefilerin bey’ bi’ş-şart meselesinde Amr b. Şuayb hadisiyle amel etme gerekçelerini özetledikten sonra, *Fethü’l-Kadîr* adlı eserden Taberânî’nin senedi Abdülvâris’e dayanan bir rivayeti nakleder. Bu rivayet şöyledir:

Abdülvâris şöyle anlatmaktadır:

“Mekke’ye geldiğimde Ebû Hanife, İbn Ebî Leyla ve İbn Şübrûme ile karşılaştım. Bey’ ile birlikte şart koşulması meselesini Ebû Hanife’ye sordum. O, ‘Bey’de şart da batıldır,’ diye cevap verdi. Daha sonra aynı meseleyi İbn Ebî Leyla’ya sordum. O ise, ‘Bey’ caiz, ancak şart batıldır,’ dedi. Son olarak İbn Şübrûme’ye gidip aynı soruyu yönelttim. O, ‘Hem bey’ hem de şart caizdir,’ cevabını verdi. Bu duruma hayret ederek kendi kendime, ‘Subhanallah, Irak fakihlerinden üç kişi bir meselede farklı görüşlere sahip!’ dedim ve tekrar Ebû Hanife’ye giderek durumu kendisine arz ettim. Ebu Hanife bana şu açıklamayı yaptı: ‘İbn Ebî Leyla ile İbn Şübrûme’nin söylediklerini bilmem. Bana Amr b. Şuayb babasından, o da dedesinden naklen, Hz. Peygamber’in (sallallahu aleyhi ve sellem), şart ile birlikte yapılan bey’i yasakladığını haber verdi. Buna binaen hem şart hem de bey’ batıldır. Ardından İbn Ebî Leyla’ya dönüp bu durumu anlattım. O da şöyle dedi: ‘Ebû Hanife ile İbn Şübrûme’nin söylediklerini bilmem. Bana Urve’nin oğlu Hişâm, babasından, o da Hz. Âişe’den (radiyallahu anha) naklen, Hz. Peygamber’in (sallallahu aleyhi ve sellem), Hz. Âişe’ye Berfire’yi satın aldıktan sonra azat etmesini emrettiğini haber verdi. Bu hadiseye dayanarak bey’ caiz, şart ise batıldır.’”

Son olarak İbn Şübrûme’ye giderek durumu kendisine aktardım. O da şöyle dedi: ‘Ben onların ne söylediklerini bilmem. Bana Mes’ar b. Kudâme, Muhârib b. Disâr’dan, o da Câbir’den (radiyallahu anh) naklen, Hz. Câbir’in şöyle dediğini aktardı: “Hz. Peygamber’e (sallallahu aleyhi ve sellem) bir deve sattım ve kendisi, devenin beni Medine’ye kadar taşımasını şart koştu.” Bu rivayete dayanarak hem bey’ hem de şart caizdir.’

Seyyid Nesib, bu rivayetin farklı kaynaklardaki varyantlarını detaylı bir şekilde inceledikten sonra şu sonuca ulaşmıştır: Bey’ ile şartın cevazı veya geçersizliği hususunda birbirine tamamen zıt görüşler bildiren kişilerin, Mecelle mazbatasında ifade edildiği gibi İbn Ebî Leyla ile İbn Şübrûme olmadığı, aksine Ebû Hanife ile İbn Şübrûme olduğu anlaşılmaktadır. İbn Ebî Leyla, bu meselede bey’in geçerli, şartın ise batıl olduğu görüşünü savunmuştur. Seyyid Nesib, bu tespitle Mecelle mazbatasındaki bilgilere eleştiriler getirmiş ve yanlış değerlendirmelerde bulunulduğunu ortaya koymuştur.

Mazbatayı hazırlayanların Hanefî fıkıh kitaplarında bey’e mukarin şartların (satışa bağlı şartların) sahih, fasit ve lağv olarak üç kategoriye ayrılmasına dair açıklamalara dayanarak yanlışlıklarını ifade etmiştir. Hanefî mezhebine dair temel eserlerde, özellikle *Mebûsût* ve *Hidâye* gibi metinlerde, bey’ ile şartın mutlak olarak geçersiz olduğu

görüşünün mezhebin esas kabul edilen hükmü olarak yer aldığı belirtilmiştir. Ancak bu metinlerde, zikredilen üç kısım şartın başka gerekçeler ve hikmetler sebebiyle kabul edildiği açıklanmıştır.

Seyyid Nesib, bu noktada İbn Hümâm'ın bey'-bi's-şart meselesine ilişkin değerlendirmelerine geçerek, Hanefî mezhebinin bu konuda nasıl bir usul izlediğini ve mezhebin temel eserlerindeki hükümlerin nasıl şekillendiğini detaylı bir şekilde ele almıştır.

İbn Hümâm, Ebû Hanîfe, İbn Ebî Leylâ ve İbn Şübrûme arasındaki görüş ayrılığını açıklayan ve daha önce zikredilen Abdulvâris rivayetini naklettikten sonra, mezheplerin bey' ile şart meselesine dair görüşlerini ayrıntılı bir şekilde ele alır. Bu rivayetten hareketle, bey' ve şart meselesine ilişkin, her biri kendine özgü delillerle desteklenmiş üç farklı mezhep görüşünün ortaya çıktığını belirtir. Buna dayanarak, bu görüşlerin detaylı bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini ifade eder.

İbn Hümâm, öncelikle Amr b. Şuayb hadisini değerlendirerek, bu hadisin tahsis dışında bir anlam taşımadığını ifade eder. Bu bağlamda, İmam Şâfi'nin söz konusu hadisi tahsis ederek, ıtk (azat) şartıyla yapılan bey'i caiz olmayan şartlı satışlardan istisna ettiğini ve bu görüşünü Berîre hadisine dayandığını açıklar. Zira Hz. Peygamber (s.a.v.) söz konusu hadiste, "velâ"dan başka bir şeyi menetmediğini beyan etmiştir.

Kanaatimizce mazbatada yer alan "asrın ihtiyaçları" ifadesi, Mecelle'yi hazırlayanların sonraki dönemlerde ortaya çıkabilecek düzenleme ve tadilat çalışmalarına bir zemin hazırladığı şeklinde de yorumlanabilir. Dolayısıyla *Mecelle* 'ye yöneltilen eleştirilerde bu hususun dikkate alınması gereklidir. Zira bir kanunun eksiklikleri ve ihtiyaç duyulan düzenlemeler, ancak uygulama esnasında ortaya çıkabilir ve buna uygun düzenlemelere gidilir.

Örf olarak bilinen şartlar, ticaretin güvenilir ve adil bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla toplumun genel olarak kabul ettiği ve bilincinde olduğu şartlardır. Ancak, şartlı alışverişlerde ortaya çıkan özel durumlar, daha önce karşılaşılmamış veya bilinmeyen şartlarla karşılaşma ihtimalini beraberinde getirebilir. Bu tür durumlar, hakimlerin takdir yetkisini kullanmak zorunda kalmalarına neden olabilir.

*Mecelle*yi hazırlama amacının, hükümleri maddeleştirerek hakimlerin takdir haklarını sınırlama düşüncesini içerdiğini göz önüne alırsak, örf olarak bilinen şartlarda hâkimin takdir yetkisinin olmaması, herkesin bildiği bir durum olduğu için uyuşmazlıkların daha hızlı ve sorunsuz bir şekilde çözülmesine katkı sağlayabilir. Ancak münferit, daha önce bilinmeyen örf halini almamış şartlarda, hâkimin karar verme süreci karmaşık hale gelebilir.

Şartlı alışverişlerde karşılaşılabilecek örnek bir durumu ele alalım: Bir müşteri, aldığı bir ilacın belirli bir sağlık sorununa çare olup olmadığını belirtmek şartıyla ödeme yapmayı kabul eder. Ancak, ilacın etkisinin belirlenmesi subjektif bir değerlendirmeye dayanır ve müşterinin bu konudaki ifadesiyle çelişebilir.

Bu durumda, şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek için genel geçer bir kriter bulunmamaktadır. Müşteri, ilacın kendisine beklediği faydayı sağlamadığını iddia ederse, bu durumda hâkimin objektif bir değerlendirme yapması zorlaşabilir. Şartın yarısının gerçekleşip diğer yarısının gerçekleşmemesi durumunda ise, hâkimin adil bir çözüm bulması daha da karmaşık hale gelebilir.

Bu örnekte görüldüğü gibi, şartlı alışverişlerde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü, örfen bilinen şartlarda olduğu gibi basit olmayabilir. Bu nedenle, mevcut hukuki sistemde hakimlere takdir yetkisi verilmemesi, özellikle bilinmeyen veya önceki örneklerden farklı şartların ortaya çıkabileceği durumlarda adil bir çözüm olarak duruyor kanaatindeyiz.

Mecelle cemiyeti'nin mazbatasında belirtilen, örfen bilinen şartlı alışverişlere izin verilmemesi ve İbn-i Şübrüme gibi müçtehitlerin düşüncesi olan bey' ve şartın caiz görüldüğü akitle ilgili tereddütlerini ifade etmeleri, *Mecelle* Cemiyeti'nin kanaatlerinin, hukuki çerçeve oluştururken daha isabetli bir yaklaşım içinde olduklarını söylemek mümkündür.

2.2.1. Mecelle Ta'dil Komisyonlarının İlgili Maddelerde Yaptığı Tadiller

Mecelle Ta'dil Komisyonları bu babda yaptığı bazı değişiklik ve ilaveler yapmıştır.

Mesela: **1. Bâb, 4. Fasl:** Şartla bey'. Ta'dil Komisyonu " Şartla bey hakkındadır" olan bu faslın ismini " Bey'in şart ile takyidi" olarak değiştirmiştir⁴².

Bu babda İlave edilen Maddeler:

Madde 1: "Ehad-i akideyne nef-i malumu olan şartla bey' sahih ve mu'teberdir".

Meselâ, bâyiin şu kadar müddet binmek şartıyla bir hayvan satması veyahut müşterinin ma'lum olan hanesine nakledilmek şartıyla bir şey satın alması sahih ve şart mu'teberdir. Hanefiler'e göre akd-i bey'in muktezasından olmayan ve muktezay-ı akdi teyid de etmeyen ve mütearef ve meşru bulunmayan, fakat âkitlerden birine faydalı bir şarta mukarin olan bey' fasid olur⁴³. Bu maddede Maliki ve Hanbeliler'in görüşü tercih edilmiştir. Âkitlerden birine menfaat sağlayan şartı caiz görenlerin delili, Seyyid Bey'in makalesinde uzunca yer verdiği Cabir hadisidir.

Madde 2: "Ehad-i akideyne nef'i olan iki şartın cem'iyle vuku' bulan bey' fasittir. Meğer ki bu şartlar akdin muktezası veya muktezay-ı akti müeyyed veya mütearef olalar."

Madde 3: "Bir akd-i aher şartıyla vuku' bulan bey' fasit ve şart bâtıldır". Meselâ müşteri bayie veyahut bayi müşteriye bir miktar akçe ifraz etmek yahut bir şey satmak gibi bir şartla vuku bulan bey' fasit ve şart bâtıldır.

Madde 4 "Ba'd el-akit îrad olunan şurût-ı caize asl-ı akde iltihak eder. Lâkin şurût-ı faside asl-ı akde iltihak etmeyip lağv olur."

Madde 5: "Bey'in şarta ta'liki caiz değildir. Şu kadar ki, müşteri ba'del-akit semen-i müsemmâdan bir miktarını bayie verip de mebiî alır ise, verilen miktar semenden mahsup edilmek, almazsa bâyiin olmak şartıyla talikte, bey' caiz ve şart mu'teberdir".⁴⁴

⁴² Mecelle Encümeninin Kitabı'l-Buyu'a ait tedkikâtı,"*Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*", 13, (Şubat 1340) 161.

⁴³ Ömer Nasuhi Bilmen *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*.(6.cilt, İstanbul: Öz Ensar Yayınları, 1999). 24.

⁴⁴ Mecelle Encümeninin Kitabı'l-Buyu'a ait tedkikâtı,"*Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*", 13, (Şubat 1340) 163

2.3. Mansurizade Saîd: Tatbîk ve İctihâd / Fetva ve Kaza

Mansurizade Said, (ö.1923) “Tatbîk ve İctihâd / Fetva ve Kaza” başlıklı makalesinde Mecelle’de geçen “İcab ve Kabul” için rıza ifade eden kalıpların yeterli olmadığını, bu şekillerde ısrar etmenin vahim hukuki neticelerine dikkat çekmektedir.⁴⁵

Mansurizade Said, bu makalesinde fıkıhçıların, bir şer’i hükmün uygulanması ile bilinmeyen bir şer’i hükmün bilinen delillerden istinbat edilmesini birbirine karıştırdığını ve bunun, şer’i hükümlerin her zaman ve zeminde uygulanabilir yapısının daralmasına yol açtığını iddia etmektedir. Ona göre, bu daralma, şeriatın dünyaya bakan hükümlerinin çağın ihtiyaçlarına cevap veremediği düşüncesini doğurmuş ve böylece pratik hayata uygulanması için indirilen şeriat hakkında çeşitli eleştiri ve ithamlara zemin hazırlamıştır.⁴⁶

Bu tespiti yaptıktan sonra, Mansurizade, fıkıhçıların bu konudaki endişelerini de haklı bulur ve şöyle der: Şer’i hükümlerin uygulama alanını belirlemek ve mevcut delillerden hüküm çıkarabilmek her kişinin yapabileceği bir iş değildir. Çünkü, şer’i bir hükmü açık bir şekilde beyan eden bir metnin bile anlaşılması için yeterlilik ve ehliyet gerekmektedir, bilinen temel bir hükümden bilinmeyen hükümlerin istinbat edilmesi olağanüstü bir yeterlilik, azami gayret ve çalışma gerektirir. Mansurizade, bu endişenin fıkıhçılar üzerinde gereğinden fazla bir etki oluşturduğu ve bunun sonucunda şer’i hükümlerin kapsam alanını önemli ölçüde daralttıklarını ifade eder. Bu yaklaşımın,

⁴⁵ Mecelle 167. Madde: İcab ve kabul ile bey’ mün’akid olur.

168. Madde: Bey’de icab ve kabul örf ve âdet-i belde de inşa-yı bey’ için müsta’mel olan lafızlar dır ki bunlarla pazarlık kesilip lisanımızda hayırlaşmak ta’bir olunur.

169. Madde: İcab ve kabul için ekseriya mazi sığası istimal olunur.

170. Madde: Alırım ve satarım gibi muzari sığasıyla hal murad olunursa bey’ mün’akid olur.

171. Madde: Alacağım satacağım gibi va’di mücerred manasına olan müstakbel sığasıyla bey’ mün’akid olmaz.

172. Madde: Sat ve satınal gibi emir sığasıyla dahi bey’ mün’akid olmaz. Fakat bitariki’l-iktizâ hâle delalet eden emir ile dahi bey’ mün’akid olur.

173. Madde: İcab ve kabul şifahen olduğu gibi mükatebe ile dahi olur.

174. Madde: Dilsizin işaret-i ma’rûfesiyle bey’ mün’akid olur.

175. Madde: İcab ve kabulden maksad-ı aslî ki terâz’i-i tarafeyndir buna delalet eden mübâdele-i fi’liyye ile dahi bey’ mün’akid olur ve buna (bey’i teâtî) denilir.

⁴⁶ Mansurizade Said, “Tatbîk ve İctihad, Fetva ve Kazâ”, *Daru’l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1 (Mart 1332) 5

şeriatın çağın ihtiyaçlarına uygun bir esneklikle uygulanmasına engel teşkil ettiğini ve şeriatın geniş kapsamının doğru bir şekilde yansıtılmasına mâni olduğunu vurgular.⁴⁷

Daha sonra fıkıh tarihinin, fıkıhçıların işi yokuşa sürmesi üzerine şahit olduğu üzücü sonuçlara dikkat çekerek şunları ifade eder.

“Mevcut bir şer’î hükmün konusuyla doğrudan alakalı olan çok açık bir maddeyi, bir muameleyi tayin edebilmek için gerekli olan ilmî ehliyet ile bir metnin muhtevi olduğu hükümden zahiren hariç oldukları halde aslında ona ırcaları kabil olan muamelat ve olayların tayin ve tespiti için gerekli olan ilmi yeterlilik birbirinden çok farklıdır. Bu farklılık fukaha tarafından kabul edilmemiş, müçtehitler döneminden sonra şer’î meselelerle uğraşanlara nakilci olmak vazifesi kalarak selefin çizdiği daireden dışarı çıkmak kabul edilemez sayılmıştır”.⁴⁸

Mansurizade bu duruma karşılıklı rıza ile yapılan alışverişi örnek olarak verir.

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

“Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin; ancak karşılıklı rızanıza dayanan ticaret böyle değildir ve kendinizi öldürmeyin. Şüphesiz Allah size karşı çok merhametlidir.” (Nisa suresi 29. Ayet)

İki tarafın rızasıyla herhangi bir şekilde ve herhangi bir vasıta ile meydana gelen alışveriş akdinin gerçekleşmesi ayette geçen mutlak hükmün gereğidir. Fakat fıkıhçılar bunu böyle telakki etmeyerek sanki bu konuda bir kayıtlama varmış gibi davranmışlardır, demektedir.

Mansurizade Said’e göre fıkıhçıları bu takyide zorlayan sebep, şer’î içtihat ile hükmün tatbiki durumunun birbirine karıştırılmasıdır.

Şeriatın bey akdinde öngördüğü ilke, tarafların rızasının akdin geçerliliği için temel unsur olduğu ve bu rızanın da çoğunlukla tarafların kendi bâtını halleriyle ilgili olduğu kabulüne dayanır. Rıza, doğrudan algılanabilir bir durum olmayıp daha ziyade derûnî bir durum olduğundan, tarafların fiziksel olarak yüz yüze gelmeleri halinde rızanın varlığını

⁴⁷ Mansurizade Said, “Tatbik ve İctihad, Fetva ve Kazâ”, 5.

⁴⁸ Mansurizade Said, “Tatbik ve İctihad, Fetva ve Kazâ”, 5.

gösteren mimikler, sembolik hareketler ve konuşmak bir kabul göstergesi olarak değerlendirilebilir. Benzer şekilde, tarafların bulunmadığı durumlarda mektup yoluyla anlaşmaları, bir aracı göndermeleri veya işitme ve konuşma engelli bir tarafın kendine özgü işaret diliyle rızasını ifade etmesi gibi durumlar da geçerli kabul edilebilir.

Ancak akit ve bey gibi işlemlerin yalnızca bu yöntemlerin birebir mevcut olması şartına bağlanması ve rızanın bu özel biçimlerde somut olarak aranması, hükmün mutlak karakterini sınırlandırmak anlamına gelecektir. Bu da bey akdinin genel çerçevesi içinde yer alan mutlak hükmün sınırlandırılması sonucunu doğurur ki, böyle bir daraltma, hükmün mahiyetiyle uyuşmamaktadır.

Hükmün mutlaklığı, insanların ilişkilerinde rızayı ifade edebilecek tüm söz, işaret, fiil, hareket ve araçların akdin gerçekleşmesi için yeterli olduğunu ortaya koymaktadır. Taraflar arasında karşılıklı olarak bu türden rıza belirteçlerinin ortaya çıkması, alışverişin meşruiyeti açısından geçerlidir. Bu bağlamda, rızanın şekilsel niteliklerini ve ifade biçimlerini şeri hükmün kendisinde değil, tarafların rızalarını ortaya koymak için sahip oldukları araç ve yöntemlerde aramak gereklidir. Rızanın ifadesine dair kullanılan bu araçlar, toplumdan topluma, dönemden döneme farklılık arz edebilir. Dolayısıyla, bu çeşitliliği göz önünde bulundurarak şeri hükmü sınırlandırmadan, rıza belirtilerinin zamana ve mekâna göre değişken olabileceğini kabul etmek icap eder.

Eğer yüz yüze konuşma, yazışma ve aracı gönderme, karşılıklı rızanın geçerliliğini sağlamak adına kabul edilen yegâne şer'î yöntemler olarak görülürse ve rızanın oluşumu yalnızca bu belirli yollarla yani, konuşmanın mutlaka fiziksel bir yakınlık içinde yapılması, yazışmanın yalnızca mektuplaşma yoluyla gerçekleştirilmesi mümkün kabul edilirse, bu durumda telgraf ve telefon gibi modern iletişim araçlarıyla herhangi bir akdi tesis etmek veya iki taraf arasında bir hukuki ilişki kurmak imkânsız hale gelecektir. Bu yaklaşım, iletişim ve rızanın ifadesine dair bu geleneksel şekillerin tayin ve sınırlandırmasının müçtehitler tarafından yapıldığını varsayar ve böylece, şeriatın mutlak genişlikte sunduğu muamelat kurallarının, belirli birkaç kalıp içerisine sıkışıp kalması sonucunu doğurur.

Oysa, telefonla yapılan sıradan bir konuşmanın anlaşılmayı tam anlamıyla sağladığı, her türlü muamelatın ve ticari ilişkinin çoğunlukla bu araçlar vasıtasıyla gerçekleştiği günümüzde açıkça görülmektedir. Telgrafla iletişim, rızanın ifade edilmesine imkân

tanıyan hız ve pratiklik açısından mektuplaşmadan çok daha ileridir. Dolayısıyla, telefon ve telgraf gibi iki temel iletişim aracını, tarafların rızalarının meşru bir şekilde ifadesi bağlamında şer'î açıdan geçersiz kabul etmekte ısrar etmek, modern medeniyetin ihtiyaçlarıyla uyumsuz, katı bir tutum sergilemek anlamına gelecektir.

Mansurizade Said, İslam Hukuku ve Mecelle'de akitlerde rızayı ifade eden kalıpların niteliklerine dikkat çekerek bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme sunar.

“Kütüb-i- fıkhiyede münderiç ve Mecelle'de mezkûr olan mârru'l-beyan suver-i-terâziye azami verilecek kıymet ve ehemmiyet, olsa olsa rızayı tarafeynin mevkii niza' olmayacak surette husûlüne medar birer mikyas mahiyetinde bulunmalarından naşidir ki orada (icap ve kabul) ıstılahlarıyla icmal edilmiştir. Vakta ki icap ve kabul hasıldır, herhangi şekil ve vasıta ile olursa olsun bu husûl, akdi meydana getirmiş olur. Yoksa tarâzii tarafeyni mutlaka kütüb-i fıkhiye kalıplarından birine göre izhar etmek mecburiyeti vardır, denilemez. Çünkü o kalıplar katiyyen hükm-i şer'i değildir, onlar asl-ı hükmü muhtevi bulunan metnin tatbîkinden ibaret ve beynennas izhar-ı terâzi için müteâmel eşkalden birer şekildir.”

Mansurizade Said, yukarıdaki paragrafta şunları ifade etmektedir: Ona göre, fıkıh kitaplarında yer alan ve Mecelle'de geçen rıza (icap kabul) ifadelerine dair şekillere verilen yüksek değer ve önem, esasen tarafların rızasının çekişme konusu olmayacak bir açıklıkla ortaya konulmasına hizmet eden ölçütler olmalarından kaynaklanır. Bu nedenle, fıkıh kaynaklarında "icap" ve "kabul" terimleriyle özetlenen şekiller, tarafların rızasını sarih ve tartışmasız kılmaya yönelik birer yöntem olarak değerlendirilmelidir.

Dolayısıyla, icap ve kabul gerçekleşmişse, rıza ifadesi hangi şekil ve vasıta ile ortaya çıkmış olursa olsun, akit vücuda gelmiş kabul edilir. Aksi halde, tarafların rızasını mutlaka fıkıh literatüründeki belirli kalıplarla ifade etmesi gerektiği gibi bir zorunluluk ileri sürülemez. Zira bu şekiller, hükm-i şer'i olmaktan ziyade, hükmün asıl mahiyetini taşıyan temel prensibin uygulanmasından ibaret olup, toplumsal uygulamalarda tarafların rızasını ifade etmeye yarayan yaygın yöntemlerden biridir.

Mansurizade Said, bu açıklamayı müteakip, akitlerin infaz şekillerinin oluşum sürecine dair bir yaklaşım sunar. Ona göre, bu akit şekilleri, şer'i hükmün ortaya konmasından önce dahi tarafların rızasını ifade etmeye elverişli oldukları aklen sabit idi. Bu tür şekillerle bey' akdinin sıhhati, istinbat yoluyla değil, sadece bir tatbik suretiyle, yani

kübrâsı şer'i hükümden, suğrası ise tarafların rızasını aklen ifade eden muhataba (yüz yüze konuşma), mükâtebe (yazışma), teâti (karşılıklı fiil) gibi yöntemlerle oluşturulan açık bir kıyas yoluyla anlaşılmaktadır.

Mansurizade'ye göre, bu akit infaz şekillerinin geçerliliği için kıyas yeterlidir; dolayısıyla telgraf ve telefon gibi modern iletişim araçlarıyla yapılan akitlerin geçerliliği için de benzer bir kıyaslama kâfi gelmektedir. Böylece, telgraf ve telefon gibi araçlarla gerçekleştirilen akitlerin de tarafların rızasını yansıttığı ve akdin sıhhatine delalet ettiği sonucuna ulaşılır.

Manzurizade'ye göre teâti şeklinin bir içtihat ile sabit şer'î bir hüküm olduğunu göz önünde bulundurarak, telgraf ve telefon gibi yeni iletişim araçları için ayrıca bir içtihada gerek olduğunu ileri sürmek temelsizdir. Zira bey akdinin, tarafların rızasını ifade eden her türlü yöntemle inikadını sağlayan ayet-i celilenin mutlak kapsamına dâhil olduğu kabul edilir. Bu bağlamda, ilgili nas, bey'in her türlü rıza ifadesi ile akdedilmesini meşru kılmaktadır. "Mevrid-i nasda içtihada mesâğ yoktur" ilkesi de İslam hukukunda genel bir kural olup, nas bulunan bir meselede yeni bir içtihada ihtiyaç olmadığını belirtir.

Bunun ötesinde, asıl hükümdeki sınırsız ifade yollarını kısıtlayarak bazı iletişim şekillerini dışarıda bırakmak, nas ile sabit olan şer'î bir hükmü takyit (sınırlamak) anlamına gelir. Bu ise, dolaylı olarak nesh niteliği taşıyabilir, zira mutlak olarak belirtilmiş bir hükmü sınırlandırarak kapsamını daraltmak, nassın geniş yorumunu zedelemekte ve hükmün uygulama alanını daraltmaktadır. Bu nedenle, telgraf ve telefon gibi modern vasıtalarla yapılan akitlerin geçerliliğine ilişkin ayrıca bir içtihat arayışı, şer'î hükmün asli yapısını daraltıcı bir yaklaşım olur.

Mansurizade, şer'i hükümlerin tatbikinin ehliyet ve vukufiyet gerektirdiğini belirterek, bu hususu açıklığa kavuşturur. Ona göre, hedeflenen amaç, her ferdin şer'i hükümleri keyfi bir şekilde tatbik edebilmesi gerektiği gibi bir düşüncüyü savunmak değil; aksine, tatbikin şer'i içtihattan farklı bir süreç olduğunu ve bu iki olgunun birbirine karıştırılmasından doğabilecek, şeriatla bağdaşmayan olumsuz sonuçlara dikkat çekmektir. Özellikle telgraf ve telefonla bey' akdinin gerçekleştirilmesinin, içtihadî bir mesele olarak ele alınmasının doğurabileceği sayısız sonuçlardan birini ispat ettiğini düşünmektedir.

Mansurizade'ye göre, bir şer'i hükmün pratik olaylara tatbiki ile içtihadî meselelerin birbirinden ayrılması gerekir. Zımnî bir hükmün keşfi anlamına gelen içtihada gerçekten ihtiyaç duyulan konular ile bir şer'i hükmün muamelat ve hâdisata tatbik edilmesi gereken meseleler net bir biçimde ayrılmalıdır. Bu ayrım yapılmadığı takdirde, kapsamlı şer'i hükümlerin dar yorumlarla sınırlandırılması ve pratikteki uygulamalarının keyfi sınırlamalara mahkûm edilmesi riski doğacaktır. Bu bağlamda Mansurizade, telgraf ve telefon yoluyla bey' akdi yapılabilmesi için yeni bir içtihada gerek olmadığını; bunun, şer'i hükmün doğal genişliğine aykırı düşeceğini savunur.

Kanaatimizce Mansurizade'nin bu mülahazaları *Mecelle* tadil komisyonlarında dikkate alınmış ve *Mecelle* 1. Bab,1. Faslı: Rüknu'ü-bey maddeleri arasına bazı ilaveler yapılmıştır.

Eklenen Madde “İcab ve kabul, telgraf ve telefon ile dahî olur”.⁴⁹

Bu hükmün *Mecelle*'ye ilave ediliş sebebi, zamanın ihtiyaçlarıdır. Telefon, telgraf, mesaj, e-mail ve görüntülü aramalar gibi iletişim vasıtaları günümüz teknolojisinin vazgeçilmez unsurları halini almıştır. Aslında bu konuda *Mecelle*'de yer alan maddelerin zımnında bu gibi ilavelerin olabileceğini anlıyoruz.⁵⁰

2.4. Ali Kemal

Ali Kemal Bey (ö.1922) Dârülfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın 3. Sayısında çıkan “İflasın Bey' İcar ve Mukâvele-i Sâire'ye Tesiri”⁵¹ başlıklı yazısında “Kitâbü'l-Büyû” maddelerine atıfta bulunup iflasın bey', İcâr ve Sair sözleşmelere tesirini ele almaktadır.⁵²

⁴⁹ *Mecelle* Encümeninin Kitabı'l-Buyu'a ait tedkikâtı,”*Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*”, 12, (Eylül 1338) 89, Ayşegül Çoban, “*Mecelle*'nin Ta'dil Edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”(Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi) 28.

⁵⁰ *Mecelle* 69. Madde: “Mükatebe muhataba gibidir” ve 173. Madde. “İcab ve kabul şifahen olduğu gibi mükatebe ile dahi olur”, 70. md.: “Dilsizin işareti ma'hudesi lisan ile beyan gibidir” ve 174. md.: “Dilsizin işaret-i marufesiyle bey' mün'akid olur”

⁵¹ Ali Kemal “İflasın Bey' İcar ve Mukâvele-i Sâire'ye Tesiri”³

⁵² Madde 296: “Müşteri mebi'i kabz ve semeni te'diye etmeden müflisen fevt olsa bâyi' semeni müşterinin terekesinden istîfâ edinceye dek mebi'i habsedebilir.”

2.4.1. İflâsın Bey‘, İcâr ve Mukâvele-i Sâireye Tesiri

Ali Kemal Bey: “Bazı hukuki mevzular vardır ki söz konusu olduğunda ilk bakışta son derece basit olarak görülür. Fakat konunun kanunen halli söz konusu olduğunda, ilk bakışta basit gibi görünen meselenin ne kadar önemli ve çözümü zor olduğunda şüphe yoktur”, diyerek konunun ilgili olduğu olayların çokluğu, ayrıca bu konuda kanunda eksikliklerin olduğu dikkate alınınca hukuki problemin öneminin tezahür edeceğini söyleyerek, makaleye giriş yapmaktadır.

Ali Kemal Bey konunun ehemmiyeti üzerine bazı sorularla devam eder: İflas eden ile üçüncü şahıs arasında şartları yerine gelmiş bir bey‘ akdinde kısmen veya tamamen icra edilmemiş olanları hakkında iflas hükmü ne şekilde mukavelelere yansır? Bu sözleşmeleri iflas durumu söz konusu olduğu için tamamen yok hükmünde mi kabul edeceğiz? Yoksa taahhüdünü yerine getirmiş olan tarafın mukaveleyi fesih hakkı mı olacak? Taahhüdünü yerine getirmeyen taraftan zarar talep edilebilir mi? Müflis veya gayr-i müflisin taahhüdünü yerine getirmemiş olmasına göre hüküm nedir, diyerek konuyu derinlemesine inceleyeceğini ifade etmektedir.

Ali Kemal Bey derginin 1. sayısında İflâsın sair mukavelelere tesirinin olduğunu, vekalet ve şirket akitlerinde iflasın tesirini mukayeseli bir tarzda konu ettiğini söyledikten sonra bu makalede iflâsın yalnız bey‘ ve icâr ile sair akitlere olan etkilerini ele alacağını söyleyerek şunları ifade etmektedir:

“Evvel emirde şurası câlib-i dikkattir ki, vekâlet ve şirket meselelerinde ahkâm-ı umûmiye-i medeniyemizden ve ictihâdât-ı mukarraradan istifade etmiş ve mutâla‘atımızın kısm-ı esâsını kanuna ve ictihâdâta istinad ettirmiş olduğumuz halde şimdi mevzû‘ul- bahs edilen mesâil-i mühimmenin halli içün kânûn-i medeniden

Bu surette hâkim mebi‘i bey‘ edip semeni vefa ederse bâyi‘in alacağını tamamen ifa eder. Ve fazlası kaldığı takdirde guremâya verir. Ve eğer bayiin alacağından nakıs ise ol semeni bâyi‘ tamamen aldıktan sonra noksanını garâmeten müşterinin terekesinden alır.

Madde 297: Bâyi‘ semeni kabzedip lâkin mebi‘i müşteriye teslim etmeden müflisen fevt olsa mebi‘ bâyi‘ yedinde emanet kalmış olur. Bu surette müşteri mebi‘i alıp sâir guremâ müdahale edemez.

Madde: 998- 1002. maddelerde de iflas hükümleri içermektedir.

Madde: 101, 102, 103, 104 icap ve kabul hükümlerini içermektedir.

edeceğimiz istifade mahdûd, ictihâdâtâ binây-ı hükm hemân hemân gayr-i kâbildir.

Kânûn-i ticaret ise bu babta pek nakıstır”.⁵³

Bu satırlarda Ali Kemal Bey, iflasın bey’ akitlerine tesiri üzerine yapacağı incelemede, sâir akitler için ahkâm-ı umumiye-i medenîden ve içtihatlardan istifade ettiği ve mütalaasının büyük bir kısmını kanuna ve içtihatlara dayandığı halde, bu mevzuda önemli konuların halli için Medeni Kanun’dan istifadesinin mahdut, içtihatlara hüküm bina etmenin de hemen hemen imkânsız olduğunu söyleyerek, ticaret kanununun ise bu babda çok eksik olduğunu ilave etmektedir.

Ali Kemal Bey bunları söylerken Medenî Kanun *Mecelle’nin* bu konuda bir şey söylemediğini ifade ederek, eleştiri getirmektedir.

Ali Kemal Bey,

“Fi’l hakîka bil’umûm mukavelâtı mütেকâbileye iflasın te’sîrâtını irâe eden bir maddeye kanunu ticarete tesadûf edilemez. İflas faslında bey’ ve îcâra temas eden bazı mevâdd-ı kanuniye mevcut ise de bunların hiçbirisi doğrudan doğruya iflâsın te’sîrât-ı kat’iyyesini hal ve tayin edecek mahiyette değildir.” derken dolaylı olarak Mecelle’nin de bu mevzuda bir şey söylemediğini ifade etmiş oluyor. Aksi bir durum olsaydı onu belirtir, Kanun-ı Medenîmiz Mecelle bu konuda şu maddeleri havidir.” şeklinde beyanda bulunurdu. Nitekim makale içerisinde yeri geldikçe Mecelleye atıflar yapıldığını görüyoruz.

Ali Kemal Bey bir mukayese yaparak, Ticâret-i Bahriye Kanunu’nun sigorta bahsinde, sigortacının veya diğer tarafın iflâsı durumunda iflâs etmeyen tarafın ya mukaveleyi feshetmeye veya karşı taraftan kefalet veya teminat talebine hakkı olduğunu gösteren bir kanun maddesinin bulunduğu işaret ederek, hiç olmazsa bu madde kadar bile olsun bey’ ve îcâr gibi karşılıklı yapılan sözleşmelerde iflâsın hukukî etkilerini tayin ve tasrih eden bir madde olsaydı demektedir.

Ali Kemal Bey Ticaret kanunu’nda bu konuda az da olsa bazı maddelerin olduğunu ifade ederken şunları söylemektedir.

⁵³ Ali Kemal “İflâsın Bey’ İcar ve Mukâvele-i Sâire’ye Tesiri”, *Daru’l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 3 (Temmuz 1332) 275

“Müşterinin iflası durumunda, semeni istifa etmemiş olan bâyi‘in belirli kuyûd ve şurût tahtında hakk-ı istirdadını gösteren bir madde bulunmaktadır. Aynı zamanda, icâre konusunda müflisten kira bedellerinin tahsili hususunda bir ay tehir öngören ancak müktesep haklara zarar vermediğini beyan eden bir madde de mevcuttur. Ayrıca, amele ve yazıcıların hükmü iflasa takaddüm eden bir müddet-i muayyene zarfındaki icraatlarının imtiyazını belirleyen mevâdd-ı kanuniye bulunmaktadır. Bu maddeler, iflas hükmünün bey‘ ve icâreye etkisi konusundaki maddelerdir.”⁵⁴

Ancak, bu önemli ve geniş kapsamlı konulara direkt dokunmayan, sadece uzaktan ilgilenen ve alanı genellikle sınırlı olan birkaç (perişan) kanuni madde ile, kanuni meselelerin çözümlenebileceği iddia edilemez, demektedir.

Öte yandan bazı konuların çözüme kavuşturulduğu ancak diğerlerinde eksikliklerin olduğu bir durum ortaya çıkmaktadır. Özellikle, gelişmiş ülkelerin ticaret kanunlarından edinilen bilgiler, “tekmlât-ı ciddiye-i kanunîye namzet” olan (bu ifadeyle dönem itibarıyla hukuki bazı boşluklara işaret ediyor) bir devletin hukuki sistemini zenginleştirebilir.

2.4.2. Bey‘ Mukavelesinde İflas Edenin Satıcı veya Müşteri Olma Durumu

Ali Kemal Bey’e göre: “Bey‘ mukavelesinde iflas eden ya satıcıdır veya müşteridir”

Öncelikle: Eğer müflis bir satıcı, malın ücretini almışsa veya ücret vadeli ise ve vadesi henüz gelmemişse, sendikalar, iflas durumu nedeniyle müflis tarafın taahhütlerini yerine getirmekten kaçınmazlar. Eğer mal henüz teslim edilmemişse, sendikaların bu malı müşteriye teslim etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi takdirde, Masa, Ahkâm-ı Umûmiye-i Kanûniye çerçevesinde hukuki sorumluluktan muaf tutulamaz. Çünkü iflas durumunun iflas etmemiş olan bir müşteriye karşı icra edilen bir taahhüdü iptal edeceğine dair kanunda açıkça ya da dolaylı bir hüküm bulunmamaktadır. Bey‘ mukavelesi, tarafların irade beyanlarıyla, açık ve kabul edilebilir bir şekilde yürürlüğe girdikten sonra, tarafların bu anlaşmayı yerine getirme yükümlülükleri hükme bağlanmıştır. Daha sonra

⁵⁴Ali Kemal, “İflasın bey‘, İcâr ve Mukâvele-i sâire’ye Tesiri,” *Daru’l-fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 3 (Temmuz 1332) 275.

akdi yapan taraflardan birinin iflası, söz konusu sözleşmenin hukuki sonuçlarını yerine getirmemek için geçerli bir kanuni gerekçe olarak kabul edilemez.

Mecelle 'ye göre semen-i muaccel ile yapılan satışta, bedeli alıncaya kadar satıcının rehin hakkı olduğu açıktır. Bu nedenle müflis satıcı yerine sendikalar, semen-i muacceli almadıklarından dolayı malı rehinleme hakkına sahiptirler.

Müccel bir bey'de kanunen rehin hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda, müflisin iflas etmiş malvarlığının mahkeme tarafından el konularak iflas masasına teslim edilmesi gerekmektedir. Ancak bu durum, vadesi gelmemiş alacakların derhal tahsil edilememesi sebebiyle alacaklılar açısından birtakım zorluklar yaratabilir. Alacaklılar, müflisin varlıklarını kendi alacaklarına yönelik bir hukuki teminat olarak görmekte ve bu varlıkların bir kısmının tasfiye edilmesine itiraz etme eğiliminde olabilirler.

Ancak, müflis olmayan tarafın herhangi bir kusuru olmaksızın, yapılan taahhüdün satıcı tarafından yerine getirilmemesine izin verilirse, bu durumdan doğal olarak müşteri etkilenecek ve muhtemelen başka birine satmış olduğu malı teslim edememekten kaynaklanan ikinci müşterinin zarar ve ziyan davasıyla karşı karşıya kalacaktır. Hukukun temel amacı, geçerli bir anlaşmanın sonuçlarını ve hukuki etkilerini mümkün olan en iyi şekilde koruma ve sürdürmektir. Dolayısıyla, bahsedilen konuyu genel hukuki prensipler ve kanuni kaideler çerçevesinde uygun bir şekilde çözümlemek yerinde olacaktır,⁵⁵ demektedir.

İflas edenin müşteri olması durumunda görüşlerini şöyle sıralamaktadır.

Müflisin müşteri olması durumunda, Sendikalar, tamamıyla bedeli ödeyerek malı masa adına alıp teslim edebilirler. Ancak bâyi' malı teslim etme ve malın bedelinden dolayı diğer alacaklılar gibi masaya kaydolup, hisse-i ğarâme alımına zorlanamaz. Bu durumda, bayi, adeta masanın alacaklısı vasfına haiz olur, zira masanın manevi şahsiyeti karşısında belirli yükümlülükler ve taahhütler altına girmiş olur. Bu tür bir durumda, alacaklının genellikle talep edilen miktarın sadece bir kısmına tekabül eden hisse-i ğarâme alımına

⁵⁵ Ali Kemal, “ İflasın bey’, İcâr ve Mukâvele-i sâire’ye Tesiri, 275.

zorlanamaması, masa mevcudatından uygun bir şekilde tahsil edilebilme ve yetkilendirilebilme esaslarına dayanmaktadır.

Müşterinin iflas durumu söz konusu olduğunda, sendikaların malı tamamıyla bedeli ödeyerek edinebilme seçeneği dışında, kanuni olarak belirlenmiş iki farklı ihtimal daha bulunmaktadır.

2.4.3. Müşteri İflas Etmeden Önce Malın Bedelini Ödemiş veya Ödememiş Olma Durumu

Müşteri iflas etmeden önce malın bedelini ödemiş veya ödememiş olabilir.

Bu durumda:

1-Müşteri, iflas durumuna düşmeden önce satış bedelini ödemişse, satıcı (bâyi‘), malı teslim etmeye zorlanır ve aksi takdirde ortaya çıkabilecek zarar ve ziyan durumundan sorumlu tutulur.

2-Müşteri iflas durumuna düşmeden önce satış bedelini ödemediği durumlarda:

- a) Müflis, iflastan önce satışa konu olan mal üzerinde tasarruf yetkisine sahip olabilir.
- b) Mal satıcının tasarrufundan çıkmamış olabilir.
- c) Mal satıcının elinden çıkmış, fakat henüz müflis müşterinin eline ulaşmamış olabilir.

Ali Kemal Bey bu üç şıkkı sırasıyla ele alarak açıklama yapmaktadır.

- (a) İflas öncesi dönemde müflisin müşterisine ait varlıklara intikal etmiş bir mal, ödenmemiş olan bedel sebebiyle geri talep edilemez. Bu durum, müflisin varlıkları arasında bulunan ve bir satış sözleşmesi ile devralınan malın, söz konusu mal üzerinde hak iddia eden alacaklılara karşı maddi bir teminat olarak kabul edilir. Dolayısıyla, genel prensipler doğrultusunda, müflisin varlıklarının, özellikle bir malın üzerinde hak iddia eden alacaklılara karşı maddi bir teminat olarak kullanılmasında, toplumun genel menfaatinin korunması temel bir ilkedir. Bu ilke, müflisin varlıklarının, alacaklılara karşı adil bir dağılım sağlanması ve genel menfaatin gözetilmesi amacıyla sınırlı bir şekilde kullanılmasını gerektirir. Bu bağlamda, müflisin malının geri talep edilmesine (istirdad) izin verilmemiştir.

Bu durumda, bayi'in malını teslim etme taahhüdüne karşılık müşterinin ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, söz konusu malın geri alınması (istirdad) hakkına dayanarak yapılan bir sözleşme fesih talebini geçerli kılmaz.

Bu bağlamda, ilerleyen zamanda ifade edeceğim şekilde, mevcut kanun hükümlerinde, karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerde taahhüdünü yerine getiren tarafın, taahhüdünü yerine getirmeyen taraf aleyhine sözleşmenin feshine dair genel bir hüküm bulunmamaktadır. Oysaki, diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde, genel olarak karşılıklı taahhütlerin yerine getirilmemesi durumunda sözleşmenin feshine dair genel hükümler bulunmaktadır. Ancak, ülkemizde bu konuda genel ve açık bir kanuni düzenlemenin olmaması, sözleşmelerin feshi konusunda belirsizlik yaratmaktadır. Halbuki başka ülkelerin kanunlarında bu bapta açık ve kati genel hükümler den başka bey' mukavelesine münhasır olmak üzere özel hükümler de bulunmaktadır.

Ali Kemal Bey Fransa Medeni Kanunundan örnek vererek:

Örneğin, Fransa Medeni Kanunu'nun 1654. maddesi'nde belirtildiği üzere, "Müşteri, malın bedelini ödemezse satıcı, sözleşmenin feshini talep edebilir." Bu hüküm, normal şartlarda mal bedelinin ödenmemesi durumunda satıcının sözleşmeyi sonlandırma yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. Ancak, müşterinin iflas etmesi durumunda bu yetki belirli sınırlamalara tabi tutulmuştur, der.

Konuyu detaylandırmak için şu açıklamalarda bulunur.

Eğer mebi' iflas edenin mağazasına veya depolarına iflastan önce ulaşmışsa, bu durumda bayi'in, mal bedelinin ödenmemesi nedeniyle mukaveleyi feshetme ve malı geri alma yetkisi sınırlanır. Fransa Medeni Kanunu'nda bayi'e tanınan fesih hakkı, iflas durumunda belirli kısıtlamalara tabi tutulmuş olup, bu durum özel bir ticaret hukuku maddesi aracılığıyla düzenlenmiş olabilir. Ancak, bu durum Fransa Medeni Kanunu'nun genel prensipleriyle, ülkemiz Medeni Kanunu'nda belirtilen hükümler arasında bir uyumsuzluğa yol açmaz. Çünkü malın satışı, temelde bayi'in malı teslim etmesi ve müşterinin malı alması gibi temel unsurlara dayanır; bu süreçte mal bedelinin ödenmemesi, satış sözleşmesinin feshine sebep olacak açık bir hükmün *Mecelle'de* bulunduğunu bilmiyoruz.

Özetle Fransa Medeni Kanunu'nda düzenlenen hükümler, ülkemizdeki genel hukuk ilkeleriyle çelişmez ve iflastan önce malın teslim edilmemesi durumunda ortaya çıkan fesih hakkının sınırlanması, özel bir durumu yansıtmaktadır.

b) Semen-i mebî' müflis müşteri tarafından iflas gerçekleşmeden önce ödenmemiş olmasına rağmen, bayi' mebî'in henüz teslimatını gerçekleştirmemiş durumdaysa, bu durumda bayi'in, mebî'in mal bedelini tahsil etme ve mebî'i teslimatı gerçekleşene kadar muhafaza altına alma yetkisi bulunmaktadır. Bu durum, bayi'in mebî'in henüz malı teslim etmemiş olmasından kaynaklanan bir hakka sahip olduğu ve mebî'in mal bedelini ödemediği durumda bayi'in alacağını tahsil etme hakkına sahip olduğunu ifade eder.

Ali Kemal Bey bundan sonra *Mecellede* eksik bırakılan bir noktaya temas ederek şöyle der:

Semen-i mu'accel ile gerçekleşen bey'de, *Mecelle'nin* hükümlerine uygun bir durum söz konusu olabilirken, semen-i müeccel ile meydana gelen bey'de, bu durum Mecelle adlı Kanun-i Medenimiz ile uyumsuzluk arz etmektedir. Semen-i müeccel ile yapılan bey'lerde, *Mecelle'nin* 283. maddesi'nde öngörülen şekilde bayi'in hapis hakkı bulunmamaktadır. Bu durum, *Mecelle'nin* 283. maddesi'nin, semen-i müeccel durumlarına ilişkin özel düzenlemeler içermemesinden kaynaklanmaktadır.

Diğer bir ifadeyle, *Mecelle'nin* 283. maddesi, özellikle semen-i mu'accel durumlarına yönelik bir düzenleme içerirken, semen-i müeccel durumlarını ele almamaktadır. Dolayısıyla, bu durumda Mecelle, semen-i müeccel ile gerçekleşen bey'lere ilişkin özel hükümler içermemekte ve bayi'in hapis hakkını kapsamamaktadır.

Özetle, semen-i müeccel ile gerçekleşen bey'lerde *Mecelle'nin* 283. Maddesi'nin hükümleri uygulanamaz, çünkü bu durumu düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, Ticaret Kanununun 283. maddesi hem müeccel hem de muaccel semen ile gerçekleşen bey' mukavelelerini kapsayacak şekilde genel bir hüküm getirmiştir.

Bu durumda, iflas ve müeccel (düyunu müeccele) in muacceliyet kazanması (kesb-i mu'acceliyet) ile ilgili hükümler, istisnai bir düzenleme içermelerine rağmen, Ticaret Kanunu tarafından getirilen hükümlerden etkilenir. Bu hükümler, müeccel ve mu'accel semen ile gerçekleşen bey' mukavelelerine genel bir şekilde uygulanır. Bu bağlamda,

Medeni Kanun'un hükümleri ile Kanun-ı Ticaret'in 283. maddesi arasındaki uyumsuzluk, semen türlerine bağlı olarak ortaya çıkabilir.

Fransa hukukuna baktığımızda, Osmanlı Ticaret Kanunu'nun 283. maddesi'ne denk düşen Fransa Ticaret Kanunu'nun 577. maddesi'nin, Fransa Medeni Kanunu'nun genel hükümlerine bir istisna oluşturmadığı gözlemlenmektedir. Bu durum, iki ülkenin ticaret hukuku düzenlemeleri arasındaki uyumsuzluğu ya da benzerliği değerlendirmek açısından önemlidir.

Code Civil'in 1613. Maddesi'nde ifade edildiği üzere, "Müşteri, iflas-i hukuki veya ticari durumunda olsa dahi semen müeccel olsa bile bayi'in malı teslim mecbur olmadığı" belirtilmiştir. Bu hüküm, semen-i müeccel olan malın dahi teslim edilmemesi durumunda bayi'e hapsedme hakkı tanımaktadır. Bu bağlamda, Osmanlı Ticaret Kanunu'nda bu konuda daha fazla düzenleme bulunmamaktadır.

Bu bakımdan, Türk Ticaret Kanunu belirli bir durumu özel bir düzenleme ile ele alarak istisnai bir hüküm getirirken, Code Civil ise genel bir prensibi benimsemiş ve özel bir düzenleme içermemiştir. İki kanun arasındaki fark, bu hukuki konuya yaklaşımlarının niteliksel farklılığından kaynaklanmaktadır.

c) Mebi' bayi' tarafından satılmış olmasına rağmen, müflis müşteri henüz bu malı tasarrufuna almamışsa, Ticaret Kanununun 282. maddesi gereği bayi, mebi'i geri isteyebilir. Bu, iflasın bey' mukavelesi üzerindeki etkisini belirleyen tek kanuni madde olarak karşımıza çıkmaktadır.

İflas durumu, uygun koşullarda yapılan bir satış sözleşmesinin feshini zorunlu kılmaz, ancak satıcıya fesih hakkı tanır. Belirli kayıt ve şartlar altında mebi'in geri alınmasına izin veren mukayyed fesih hakkı, Osmanlı Medeni Kanunu'nda düzenleme olmamasına rağmen, Fransa Medeni Kanunu'nda belirli bir düzenleme uyarınca mümkün kabul edilebilir. Code Civil'in 2102. maddesinin 4. fıkrasına göre, taşınabilir malların semen-i müeccel ve muaccel ile satışında bayi, mebizini mevcut durumu değişmeksizin ve sekiz gün içinde talep edildiğinde geri alma hakkına sahiptir. *Mecelle'de*, bayi için bu tür bir geri alma hakkının olmamasına rağmen, Fransa Kanunu, mebi'in sekiz gün içinde talep edilmesi koşuluyla istirdad hakkını tanır.

Son olarak Ali Kemal Bey İflasın bey' sözleşmesine tesirinin kapsamını değerlendirirken tazminat talebi hususunu inceleyecektir.

2.4.4. Tazminat Talebi

Ali Kemal Bey İflasın bey' mukavelesine tesirinin şümul dairesini incelerken zihne ilk anda gelen önemli bir meseleye dair şunları söyler:

Ticaret kanununun hükümlerine göre satıcı fesih hakkını kullandığı takdirde müflis, müşteri masasından tazminat talep ve iddiasında bulunup bulunmayacağıdır. Satıcı bir taraftan fesih hakkını kullanarak malı geri alabilirse de arada düşen fiyat ve sair sebeplerden mütevellit farkı masadan talep ve dava edebilir mi?

Ticaret hukukunda, zarar ve ziyan iddiasının olmaması hususunda özel bir açıklık bulunmaması nedeniyle, genel kanuni hükümlere göre, iflas durumunda masanın zarar ve ziyanından dolayı sorumlu olması gerektiği kanaatindeyiz. Bazıları, özellikle Fransız mahkemeleri, masanın zarar ve ziyanından sorumlu tutulmasının alacaklılar arasında adil bir durumu gerektiren eşitlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiş olsalar da bu görüş kabul edilemez.

Zarar ve ziyan talebinin söz konusu olduğu durumda, ilgili tarafların bu hakkı kullanma yetkisine sahip olup olmadığı, eşitlik ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluk mu yoksa sadece bir hukuki hak mı olduğu sorusu önemlidir. İflas durumunda, eşitlik ilkesi, benzer durumda bulunan alacaklıların aynı derecede masadan faydalanmalarını gerektirir ancak bu, bir alacaklının diğerinin hakkına zarar verme anlamına gelmez.

Her durumda hukuki ilkelere göre bir tarafın iflası diğer tarafın hakkına müdahale etmez. Eğer özel bir ayrıcalık veya imtiyaz yoksa genellikle alacaklılar genel bir prosedüre tabi olup alacaklarını tahsil etme noktasında bireysel olarak hareket edemezler. Tercih sebebi mevcut olmadıkça tüm alacaklılar genel bir uygulamaya tabidir ve alacaklarını tahsil etme noktasında ayrıcalıklı bir durumları yoktur. Bu durumda alacaklılar genellikle garâme usulüne tabi olup, kişiye özel talepte bulunamazlar. Bizim bildiğimiz ruhu kanundan istidlal ve istihraç ettiğimiz müsavat kaidesi bundan başka bir şey değildir.

Bu durumda müflis âkidin taahhüdünü yerine getirememesinden veya edememesinden kaynaklanan zararı, diğer âkidin genel kural olarak iflas masasından talep etme hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

Ali Kemal Bey tazminat talebinin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken unsurlar arasında şunları kaydeder:

2.4.5. İflas ve Taahhüdün Yerine Getirilmemesi

İflas durumu, taahhütlerin yerine getirilmemesine zorunlu bir sebep olup olmadığı açısından değerlendirilmelidir. İflasın, taahhütlerin yerine getirilmemesine mücbir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği incelenmelidir.

2.4.6. Müflisin Mallarının İdaresi

İflas durumunda, müflisin mallarının idaresi sendikalara geğmişse, bu durum müflisin taahhütlerini yerine getirmesine engel olmamalıdır. Ancak, sendikalar tarafından taahhütlerin yerine getirilmemesi durumu tazminat talebi oluşturabilir.

2.4.7. Müflisin İşin Başından Çekilmesi

Müflis, işin başından çekilse bile, taahhütlerin tamamını yerine getirmesine mâni olmamalıdır. Bu durumda, müflis işten çekilse dahi geğmiş işlemlere ilişkin taahhütleri üzerine alabilir.

2.4.8. Muamele ve İşlem Geçmişi

İflas durumunda, müflisin daha önceki muameleleri ve işlem geğmişi de tazminat talebinin değerlendirilmesinde önemli bir faktördür.

2.4.9. Sendikaların Rolü

Sendikaların taahhütleri yerine getirmemesi durumu, tazminat iddiasını meşrulaştırabilir. Ancak, bu durumun mücbir sebep olup olmadığı ve tazminat talebinin haklılığı, detaylı bir şekilde tahlile tabi tutulmalıdır.

Ali Kemal Bey iflas durumunun gerçekçi olup olmadığı konusuna değinerek şöyle diyor.

Ayrıca Hile durumunun bulunup bulunmaması İflas durumu açısından büyük öneme haizdir. Bu konudaki değerlendirme, müstakil bir mesele olarak ele alındığında, hile olup olmadığının tespiti, olayın bağlamına bağlı olarak mahkemenin takdirine tabi tutulmalıdır.

Son olarak Fransız Medeni Kanun'u ile Türk Medeni Kanunu arasında bir karşılaştırma yaparak yazıyı sonlandırıyor: “Ek olarak ifade etmeliyim ki, Fransa Medeni Kanunu'nun 1185. Maddesinin son fıkrasında taraflar arasında karşılıklı bir anlaşma çerçevesinde yapılan sözleşmelerde, bir tarafın fesih hakkını kullanması durumunda diğer tarafın zarar ve ziyan talebinde bulunabileceği belirtilmiştir. Bu hüküm, sözleşme feshedildiğinde ortaya çıkabilecek maddi kayıpları tazmin etme amacını taşımaktadır. Ülkemizde ise, fesih hakkının kanuni bir sonuç doğurduğunu gösteren açık bir hükme rastlanmamaktadır. Ancak, usul hukukunun özel maddeleri çerçevesinde, zarar ve ziyan davalarının belirli şartlar altında kabul edilebilirliği genel olarak benimsenmiştir. Bu nedenle, fesih durumunda ortaya çıkan zarar ve ziyan talebi, Osmanlı hukuk sistemine uygundur, denebilir”.

2.5. Ebül'ulâ Mardin (ö.1957)

Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nda yayımlanan beş makalesinde muhayyerlik (seçimlik haklar) konusuna dair kapsamlı bir inceleme sunmuştur. Bu makalelerde Ebül'ulâ Mardin, Mecellenin ilgili maddelerini doğrudan eleştirmeden ziyade, mevcut maddelerin içeriğine yönelik açıklayıcı katkılarda bulunmuştur. Sırasıyla Şart Muhayyerliği, Görme Muhayyerliği, Tayin Muhayyerliği, Vasıf Muhayyerliği ve Nakit Muhayyerliklerine dair hükümler üzerinde derinlemesine durarak, *Mecelle'de* yer alan ilgili maddeleri şerh edercesine değerli bilgiler vermiştir. Ebül'ulâ Mardin'in bu makaleleri

Mecellede geçen bütün muhayyerlikleri ele almamaktadır. *Mecelle'de* “Muhayyerlikler” bu beşiyle sınırlı olmayıp “Hıyar-ı ayb” gibi başka maddelere de yer verilmiştir. *Mecellede* maddeleşmeyen başka “Muhayyerlikler”de vardır.⁵⁶

No. 1, Sayı 2: Akdu bey'de hıyar-ı şart

No. 2, Sayı 3: Akdu bey'de hıyar-ı ru'yet

No. 3, Sayı 3: Akdu bey'de hıyar-ı tayin

No. 3, Sayı 5: Akdu bey'de hıyar-ı vasf

⁵⁶ Ömer Nasuhi Bilmen *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*.(6.cilt, İstanbul: Öz Ensar Yayınları, 1999). 55.

No. 4, Sayı 9: Akdu bey’de hıyar-ı nakd

2.5.1. Hıyar-ı Şart (Şart Muhayyerliği)⁵⁷

Ebül’ulâ Mardin, Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası’nda yayımlanan çalışmasında, İslam hukukunun medeni hukuk incelemeleri kapsamında “Hıyar-ı Şart” (Şart Muhayyerliği) konusunu ele almıştır. Bu makalesinde Ebül’ulâ Mardin, bey’ akdin belirli bir süre boyunca fesih veya infazında seçimlik hak (hıyar-ı şart) tanıyan bir şart ile yapılabilmesini incelemiştir. Hıyar-ı şartın kabul gerekçesi olarak ise, feshedilebilir nitelikte olan bey’ akdine esneklik kazandırması ve akit tarafları arasında denge sağlaması gibi hususların önemini vurgulamıştır.

Ebül’ulâ Mardin, hıyar-ı şart kapsamında, muhayyerliğin müşteriye ait olduğu durumlarda, mebî’in müşterinin mülkiyetine geçişini engellediğini belirtmiştir. Böyle bir durumda, düşünmeye ihtiyaç duyulan akitlerde bu şartın caiz olmaması durumunda çeşitli zorluklar yaşanabileceğine dikkat çekmiştir. Bu nedenle, hıyar-ı şart, ala hilâfi’l kıyas” (genel kurallardan farklı olarak) istihsanen (kamu yararı ve ihtiyaca binaen) caiz görülmüştür. Bununla birlikte, nikah, talak, itak ve afv ‘ani’l-kıyas gibi feshe konu olmayan akitlerde hıyar-ı şartın uygulanamayacağını ifade etmiştir.

⁵⁷ Madde 300: Bayi ve müşteri veyahut ikisi birden müdd et-i mâlûme içinde bey’i feshetmek yahut icazet ile infaz eylemek hususunda muhayyer olmak üzere bey’de şart kılmak caizdir.

Madde 301: Hıyar-ı şat ile muhayyer olan taraf müddet-i hıyarında yani muhayyer olduğu müddet zarfında dilerse bey’i fesh ve dilerse muciz olur.

Madde 302: Gerek fesh ve gerekse icazez kavlen olduğu gibi filen dahi olur.

Madde 303: İcazet-i kavliyye icazet verdim ya razı oldum gibi rızaya e fesh-i kavli feshettim ya vazgeçtim gibi adem-i rızaya delalet eden sözlerdir.

Madde 304: İcazeti filiyye rızaya ve fesh-i ve fesh-i filî adem-i rızaya delalet eden fiildir.

Madde 305: Muhayyer olan kimse bey’i fesh veyahut infaz etmeden müddet-i hıyar mürur eder ise bey’ tamam olur.

Madde 306: Hıyar-ı şart varise intikal etmez.

Madde 307: Bayi ve müşteri ikisi birden muhayyer oldukları takdirde her hangisi feshederse bey’ münfesihi olur. Ve her hangisi icazet verir ise yalnız anın hıyarı zail olup diğeri muhayyer kalır.

308: Yalnız bayi muhayyer olduğu surette mebi’ kendi mülkünden çıkmayıp yine kendisinin malı addolunur. Ve mebi’ ba’de’l-kabz müşteri yedinde telef olsa semen-i müsemma lazım gelmeyip müşterinin yevm-i kabzındaki kıymetini vermesi lazım gelir.

Madde 309: Yalnız müteri muhayyer olduğu surette mebi bayi’in mülkünden çıkıp müşterinin malı addolunur. Ve mebi’ ba’de’l-kabz müşteri yedinde telef olsa semen-i müsemmanın itası lazım gelir.

Ebül’ulâ Mardin Ebu’l Ula, “Akdu bey’de hıyar-ı şart”. Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2 (2 Mayıs 1332), 142.

Ebül'ulâ Mardin, hibe, îâra, îdâ' ve vekalet gibi aslında lüzum ifade etmeyen ve taraflar arasında zorunlu olmadan gerçekleştirilebilecek akitlerde hıyar-ı şartın gereksiz olduğunu savunmaktadır. Ona göre, muhayyerlik esasen akitten vazgeçme için bir tedbirdir; bu tür akitlerde zaten vazgeçme hakkı mevcut olduğundan ek bir muhayyerlik şartı koymaya gerek bulunmamaktadır.

Hıyar-ı şartın bey', ikâle-i bey', icâre, râhin için rehn, kefalet ve havale gibi feshedilebilir ve bağlayıcı özellik taşıyan akitlerde geçerli olduğunu ifade eden Ebül'ulâ, bu şartın sebep-sonuç ilişkisinde, müsebbibin sebebe izafesi olarak görüldüğünü belirtmiştir. Bu bağlamda, şart hıyarın sebebi, hıyar ise şartın müsebbebi olarak değerlendirilmiştir.

2.5.2. Hıyar-ı Şartın İcrasında Zamanın Gözetilmesi (Zaman İrâdı)

Ebül'ulâ Mardin, hıyar-ı şartın icrasında zamanın gözetilmesi (zaman îrâdı) açısından üç temel kategori belirlemiştir:

1. Kable'l-akd (akit öncesi),
2. Ba'de'l-akd (akit sonrası),
3. Sulbü'l-akd.

Her bir kategori, hıyar-ı şartın geçerliliği ve etkisi açısından farklı şartlar sunar.

2.5.2.1. Kable'l-akd (Akit Öncesi)

Ebül'ulâ Mardin, akit yapılmadan önce konulan hıyar-ı şartın herhangi bir hüküm taşımadığını ifade eder. Yani, taraflar arasında henüz bir anlaşma gerçekleşmeden belirlenen bir hıyar-ı şart, hukuken geçerli kabul edilmez. Bu durumda, hıyar-ı şartın hiçbir bağlayıcı etkisi veya hukuki sonucu bulunmamaktadır. Ebül'ulâ Mardin'e göre, akit öncesi konulan şartlar, hıyar-ı şart kapsamına girmemekte ve akdin geçerliliğine katkı sağlamamaktadır.

2.5.2.2. Ba'de'l-akd (Akit Sonrası)

Hıyar-ı şartın akit sonrasında konulması durumunda, şartın geçerliliği korunabilir. Bu bağlamda, akdin gerçekleşmesinin ardından taraflardan birinin hıyar-ı şart eklemesi, muhayyerlik unsurları mevcutsa geçerli kabul edilmektedir. Ebül'ulâ Mardin, bu durumu örneklendirirken, akitten sonra satıcının "Sende yüz kuruşum vardır." şeklinde yaptığı bir ifadenin, karşı tarafça kabul edilmesi halinde, İmam Muhammed'e göre hıyar-ı şart olarak

değerlendirilebileceğini belirtir. Böylece, akit sonrasında tarafların hıyar-ı şart üzerinde anlaşmaları halinde, bu şart geçerli bir şekilde hüküm ifade etmektedir.

2.5.2.3. Sulbü'l-akd⁵⁸

Burhâneddîn el-Buhârî (ö. 616/1219) sulbu'l akd kavramını, “kendisi olmadan akdin varlık kazanamayacağı şey” olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda sulbü'l -akd, akdin temelini oluşturan unsurları kapsar ve akit bu unsurlar olmaksızın geçerliliğini yitirir. Sulbü'l-akitteki unsurların fesada uğraması, akdin kendiliğinden geçersiz olmasına yol açar. Ebül'ulâ, bu tür fesadı ifade etmek için "fesâd-ı kavî" terimini kullanır ve bunun akdin sulbü üzerindeki fesat olduğunu belirtir.

Akdin unsurları açısından sulbü'l-akd, iki bedel olarak bilinen **semen** (bedel) ve **mebi'** (mal) unsurlarını içerir. Örneğin, satış akdinin sulbü, mebi' ve semen iken; icâre akdinin sulbü, menfaat ve kira bedelidir. Bu unsurlar, İslam hukukunda "akdin mevzuu", "konusu", "mahalli" veya "ma'kûdun aleyh" olarak adlandırılır ve akit türüne göre değişiklik gösterebilir. Akdin temel unsurlarında bir fesat meydana geldiğinde, sulbü'l akitteki fesat nedeniyle akit geçersiz hale gelir.

2.5.3. Muhayyerlik Bağlamında Şekil İradı

Ebül'ulâ, muhayyerlik (hıyar-ı şart) bağlamında "şekil iradı"nı ayrıntılı bir biçimde ele almakta ve hıyarın belirli koşullara göre sınırlandırılmasını çeşitli açılardan incelemektedir.

Ebül'ulâ'ya göre şekil iradı; şarta, şahsa ve malın (mebi') özelliklerine göre farklı etkilerle neticelenmekte olup, bu bağlamda iki ana durum öne çıkar: **mutlak bırakma** ve **takyîd (sınırlama)**.

⁵⁸ Sulb (صلب) kelimesi sözlükte; “sırt”, “omurga”, “güçlü” gibi anlamlara gelmektedir. Fıkıh ıstılahında sulbü'l-akit kavramı; akdin esaslı unsuru, aslı, omurgası manasına gelmektedir. Bkz:

Ali Haydar Bölükbaşı, Ali Kumaş. "Nizaya götüren cehâlet veya garar sebebiyle fâsid olan akitlerin sahihe dönüştürülmesi ve “sulbü'l-akit” kavramı." *Usul İslam Araştırmaları* 33.33 (2020): 55-77.

2.5.3.1. Mutlak Bırakma

Ebül'ulâ Mardin şekil iradının herhangi bir zaman veya amaçla sınırlı olmaksızın mutlak bir biçimde bırakılmasının, muhayyerliğin geçerliliği açısından önem taşıdığını belirtir. Muhayyerliğin süresiz bir şekilde tanınması durumunda akdin sahih (geçerli) sayılabileceğini, ancak bu şartın satış akdini (bey') fasit hale getireceğini ifade eder. Burada, şekil iradının süre veya amaca bağlı olmadan bırakılması halinde akit sahih olsa dahi, muhayyerliğin kapsamının aşırı genişlemesi, akdin meşruiyetine zarar verebilir.

2.5.3.2. Takyîd (Sınırlama)

Ebül'ulâ Mardin, şekil iradının belirli bir çerçevede sınırlandırılmasının gerekliliğine dikkat çekerek iki ana ihtimali değerlendirir:

a) Te'bîd (Müebbed Olma)

Ebül'ulâ'ya göre, şekil iradın belirli bir süre veya kalıcı bir durum ile sınırlanması mümkündür; ancak bu, akdin geçerliliğini sağlamaz. Belirli bir süre için tanınan muhayyerliğin, daimî bir hakka dönüşmesi akdin feshine yol açabilir. Dolayısıyla, zaruret gereği verilmiş olan muhayyerlik hakkının sürekli hale getirilmesi, akit açısından olumsuz sonuçlar doğurur.

b) Tevkîd (Zaman Belirleme)

Zaman sınırlaması açısından iki ihtimal öne çıkar:

b-1) Vakit Meçhuldür: Muhayyerlik süresinin belirsiz bırakılması veya muhayyerliğin, belirli bir olayın gerçekleşmesine kadar devam etmesi durumunda, akit geçersiz sayılabilir. Belirsizlik, akdin tarafları arasında cehalet kaynaklı sorunlar doğurur. Ancak, bu tür bir belirsizlik, tarafların bir araya gelmesiyle (meclisin sona ermesiyle) giderilebilir ve akit feshedilebilir.

b-2) Vakit Malumdur: Şekil iradı, belirli ve bilinen bir zaman dilimine bağlanmışsa hıyar-ı şart geçerliliğini korur. Mecelle, hıyar-ı şart süresini mutlak bırakmayı tercih etmiş ve bu yaklaşımı İmameyn'in görüşüne uygundur. İmam-ı Azam ise bu sürenin üç günle sınırlandırılmasından yanadır. Ebül'ulâ, belirli bir zaman diliminin tanımlandığı hallerde,

hıyar-ı şartın kullanılmasına ilişkin süre azaltılabilir ve bu, muhayyerlik illeti ile uyumludur.

Müşteri, tanınan muhayyerlik süresi boyunca akdi feshetme veya devam ettirme hakkına sahiptir. Müşterinin tercih yapmaya mecbur tutulduğu durumda, bey'in akit öncesi (kable'l-akit) mebi'e sahip olduğu hukuki durum geri dönebilir. Kabz edildiğinde ise malın zayi olması halinde hıyar hükmü sona erer ve mal, müşteri hesabına telef olur. Ancak müşteriden, bu durumda semen (bedel) talep edilemez; çünkü müşteriye, bir ceza olarak malın kabzı zorunlu kılınmıştır. Semen ancak icazet verilmesi, malın zayi olması veya muhayyerlik süresinin sona ermesi halinde ödenir.

Ebül'ulâ Mardin muhayyerlik (seçimlik hak) kavramını "şekil iradı" çerçevesinde değerlendirirken, özellikle bu hakkın şahsa bağlı olarak ortaya çıkan farklı ihtimallerini ele alır. Bu bağlamda, Ebül'ulâ, dört temel ihtimali tahlil etmektedir. Bu ihtimallerden ilki, muhayyerlik hakkının satıcıya ait olduğu durumdur. Ebül'ulâ'ya göre, muhayyerliğin satıcıda bulunmasının asaleten, vekaleten veya vesayeten gerçekleşmesi hüküm açısından herhangi bir farklılık oluşturmaz; çünkü satış akdi, malların (mebi') ve bedelin (semen) mübadeleye konu olmasıyla hükmünü icra eder.

2.5.4. Satıcının Muhayyerlik Hakkına Sahip Olması Durumu

Ebül'ulâ satıcının muhayyerlik hakkına sahip olması durumunda, mal ve bedel yönünden beş temel ihtimal öne çıkarır:

2.5.4.1. İhtimal 1: Satılan Mal (Mebi'), Satıcının Mülkiyetinde Kalır e Bu Durumda:

Satılan mal (mebi'), satıcının mülkiyetinde kalması durumunda:

1.1) Müşterinin elinde olsa dahi satıcı, mal üzerinde tasarruf hakkına sahiptir; müşterinin ise bu tür bir tasarruf hakkı bulunmaz.

1.2) Mal, satıcının elinde iken kabzdan (teslimden) önce telef olursa, hasar satıcıya aittir. Ancak teslimden sonra telef olursa hasar müşteriye aittir ve müşteri, teslimden sonra malın yok olması durumunda malın bedelini ödemekle sorumlu tutulur; çünkü mal henüz satıcının mülkiyetinden çıkmamıştır.

1.3) Malın itlafı (tahribi) malın tesliminden önce veya sonra müşteri yahut üçüncü bir şahıs tarafından gerçekleşirse satıcıya tazmin hakkı doğar. Eğer satıcı, sözleşmeyi feshederse itlaf eden taraf tazminle yükümlü olur. Satıcı icazet (onay) verirse müşteriden sadece kararlaştırılan bedeli (semen-i müsemma) talep edebilir. İtlaf eden üçüncü şahıs olup, itlaf teslimden önce gerçekleşmişse müşteri için de muhayyerlik başlar. Bu durumda müşteri isterse sözleşmeyi onaylayarak bedeli öder ve malın zararını tazmin ettirir, isterse sözleşmeyi feshederek bedel ödeme yükümlülüğünden kurtulur. Böylece satıcı, zararını malı tahrip eden kişiden tazmin ettirir. Hâlbuki, muhayyerliğin bulunmadığı bir sözleşmede, mal teslim edilmeden önce itlaf edilirse müşteri, malı teslim alan kişi (kâbız) olarak sorumlu olur. İtlafı gerçekleştiren üçüncü şahıs ise müşterinin sözleşmeyi feshetmesi halinde yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda sorumlu tutulur. Teslim sonrası itlaf durumunda ise müşteri ve üçüncü şahıs satıcının müdahalesinden uzak kalır.

1.4) Mal, semavi bir afet nedeniyle veya kendi doğal özelliği dolayısıyla kusurlu hale gelirse, bu durum teslimden sonra bile olsa satıcı muhayyerlik hakkına sahip olur.

1.5) Malın ayıplı hale gelmesi, teslimden önce veya sonra müşteri ya da üçüncü bir şahsın fiili sonucunda gerçekleşirse, satıcının malı tazmin ettirme hakkı doğar. Ancak satıcının kendi fiili sonucu kusur meydana gelirse, müşteriye bir hak sağlamaksızın muhayyerlik hakkını kullanabileceği değerlendirilir ve muhayyerlik hakkı sona erer.

Görülmektedir ki, satıcının fiilinden kaynaklanmayan, yani üçüncü bir şahsın satılan mala (mebi‘) verdiği zararlarda (ta’yib), satıcının muhayyerlik hakkına herhangi bir zarar gelmemektedir. Satıcı, bu tür durumlarda sözleşmeyi feshetmek isterse, teslimden (kabz) önce gerçekleşmiş bir kusur için yalnızca zararı meydana getiren kişiye tazmin ettirme hakkına sahiptir. Bu durumda satıcı, mala zarar veren üçüncü şahsın eylemi nedeniyle müşteriyi tazminat ödemeye zorlayamaz; zira mal henüz müşterinin mülkiyetine geçmemiş ve teslim gerçekleşmemiştir. Ancak satıcı sözleşmeyi onaylarsa, müşterinin malın tamamına ilişkin bedeli (semen) ödeme yükümlülüğü doğar. Teslimden sonra zararın gerçekleşmesi halinde ise müşteri de tazminle yükümlü tutulabilir. Satıcı, sözleşmeyi onaylaması durumunda bedelin tamamını talep etme hakkına sahiptir.

Öte yandan, zararı veren kişi müşteriden başka biri olup, zarar verme fiili teslimden önce gerçekleşmişse, müşterinin bu durumda bilinen muhayyerliği başlar. Müşteri bu durumda dilerse sözleşmeyi feshederek bedel ödeme yükümlülüğünden kurtulur, dilerse ortaya

ıkan eksikliği –ister değer eksikliği (noksan-ı kadr) ister nitelik eksikliği (noksan-ı vasf) olsun– bedelin bu eksikliğe uygun kısmını ödeyerek malı kabul eder. Şartlı muhayyerliğin bulunmadığı bir satış sözleşmesinde, mala zarar verme fiili teslimden önce meydana gelirse müşteri, mala zarar vermesiyle birlikte malı teslim almış sayılır. nc şahıs ise, yalnızca müşterinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda satıcıya karşı sorumlu hale gelir. Teslim sonrası zararda ise müşteri ve üçüncü şahıs, satıcının herhangi bir müdahalesinden bağımsız hale gelir.

Semenin Müşterinin Mlkiyetinden ıkması Durumu: Bu konuda taraflar arasında ittifak bulunmakla birlikte, semenin satıcının mülkiyetine geçip geçmediği konusunda ihtilaf vardır. İmameyn, semenin satıcının mülkiyetine geçtiği görüşünü savunurken, İmam-ı Azam bu görüşe katılmamaktadır. Satıcı muhayyerlik hakkını kullanarak sözleşmeyi feshederse, malı teslim almış olan müşteri, bedelini geri alana dek malı elinde tutma hakkına sahip olmaktadır.

2.5.4.2. İhtimal 2: Müşterinin Muhayyerlik Hakkına Sahip Olması

Müşteride bulunması durumunda, satılan malın (mebi‘) ve bedelin (semen) mülkiyetine dair iki önemli sonuç ortaya çıkmaktadır:

2-a) Mebi‘, müşterinin mülkiyetine geçer: Bu durumun temelinde, malın satış sözleşmesi ile birlikte satıcının mülkiyetinden çıkması ve müşterinin mülkiyetine girmesi yatmaktadır. Bir mülkiyetin, muāvaza türü bir işlemle (yani bedel karşılığında) maliklerin mülküne girmeden el değiştirmesi kabul edilemez. Dolayısıyla, mebi‘ müşterinin mülkiyetine geçer ve bu sonuçla şu hususlar ortaya çıkar:

2-a-a) Satıcının mebi‘ zerindeki tasarruf yetkisi sona erer; zira mal artık müşterinin mülkiyetindedir.

2-a-b) Malın tesliminden (kabzdan) sonra telef olması halinde müşteri, malın kıymeti ile değil bedeli (semen) ile sorumlu olur.

2-a-b-c) Malın teslimden önce (kable‘l-kabz) itlafı, satıcının fiiliyle gerçekleşirse, sözleşme feshedilir. İtlaf nc bir şahıs tarafından yapılmışsa, bu durum mşteriyeye muhayyerlik hakkı tanısa da mal müşterinin mülkiyetine geçtiğinden, müşterinin bizzat

gerçekleştirdiği bir fiil gibi kabul edilir. Zira müşteri, malın sahibi olarak itlaf etme yetkisine sahiptir.

2-a-b-c-d) Mal, teslimden önce doğal bir afet veya kendi kendine kusurlu hale gelirse, bu durum müşterinin muhayyerlik hakkını etkilemez. Ancak kusur teslimden sonra ortaya çıkarsa, aşağıda açıklanacak gerekçeler doğrultusunda müşterinin bedeli ödeme yükümlülüğü doğar.

2-a-b-c-d-e) Taraflardan birinin veya üçüncü bir şahsın fiiliyle malın kusurlu hale gelmesi durumunda, eğer bu fiil teslimden önce müşteri tarafından gerçekleştirilmişse, bu durum müşterinin muhayyerlik hakkını sona erdirir. Ancak, malın tesliminden önce üçüncü bir şahsın ya da satıcının fiili nedeniyle kusur meydana gelirse, müşterinin muhayyerliği etkilenmez. Teslimden sonra, mal kim tarafından kusurlu hale getirilirse getirilsin, müşterinin bedeli ödeme yükümlülüğü doğar. Satıcının kusurlu olduğu durumlarda bile bu hükmün uygulanması önemlidir. Bu durumda, müşterinin, maldaki eksik kıymeti satıcıdan tazmin ettirme hakkı bulunur.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, maldaki kusurun geçici mi yoksa kalıcı mı olduğudur. Eğer kusurun kalıcı olduğu anlaşılırsa, bu durum, müşterinin sözleşmeyi onayladığı (icazet verdiği) anlamına gelir ve müşterinin bedeli ödeme yükümlülüğü (lüzûm-i semen) doğar. Ancak, kusurun geçici bir nitelik taşıdığı düşünülürse, müşterinin muhayyerlik hakkı devam eder.

2.5.4.3. İhtimal 3: Müşteri Semen Üzerinde, Satıcı Mebî‘ Üzerinde Muhayyerdir

Üçüncü ihtimalde semen müşterinin mülkiyetinde kalır ve bu konuda görüş birliği mevcuttur. Bu durumda muhayyerlik her iki taraf için geçerli olup, hem satıcı hem de müşteri muhayyerdir. Bu şartlar altında mebî‘ ve semenle ilgili üç önemli sonuç ortaya çıkar:

3-a) Akit yapan iki tarafın kendine ait olan şeyde tasarruf yetkisi, sözleşmenin etkilerinden korunmuş olur.

3-a-b) Taraflardan birinin feshi, diğerinin icazeti önce veya sonra gerçekleşse de (yahut aynı anda gerçekleşse de) sonuçsuz kalır. Yani, fesih ve icazetin birbirine engel olduğu durumlarda, fesih icazeti geçersiz kılar.

3-a-b-c) Mebî‘in hangi tarafın elinde telef olduğu fark etmeksizin satış bozulur. Satıcının elinde mebî‘ telef olduğunda müşteri yalnız semenden kurtulup kıymeti talep edemez. Müşterinin elinde telef olması durumunda ise satıcı semeni talep edemez. Bu durumda sözleşme feshedilir ve icazet imkânı ortadan kalkar. Satıcının kıymeti müşteriye ödettirme yetkisi ise bey‘ akdinin değil, “tesmiyeli müsaveme” esasına göre kabzın hukuki sonucudur. Çünkü tesmiyeli semenle (beyin ilk kurallarına dayanan) şıra halinde kabz edenin eli, güvenli bir emanete değil, telef ve itlaf durumunda sorumluluğu gerektiren “yed-i zâmin”e geçer.

Muayyen semen müşteri elinde telef olduğunda satış bozulur ve satıcı muayyen semeni tazmin ettiremeyerek mukabilini vermekten kurtulur. Benzer şekilde, satıcının elinde telef olması durumunda müşteri mukabilini talep edemez, ancak kıymetini tazmin ettirebilir. Teslim öncesi telef olma durumunda satışın infisahı zaruridir ve muayyen semen satıcının elinde olduğunda, elin yed-i zaman kabul edilmesi doğaldır.

2.5.4.4. İhtimal 4: Muhayyer Üçüncü Şahıstır

Dördüncü ihtimalde muhayyerlik üçüncü bir şahsa aittir. Bu şahsın muhayyerliği vekaleten olduğu için, temsil ettiği taraf için geçerli olan hükümler burada da geçerlidir. Ancak muhayyerliğin hem vekile hem de asile tanınması nedeniyle, her biri bağımsız olarak seçim hakkına sahip olur. Birbiriyle bağımsız olarak yapılan fesih veya icazet işlemlerinin çatışmasını önlemek amacıyla aşağıdaki ilkeler uygulanır:

4-a) Fesih ve icazet arasında çelişki olduğunda, önce yapılan işleme itibar edilir; zira bir tarafın feshettiği bir akdi, diğer taraf geri getiremez.

4-a-b) Hangisinin önce yapıldığı belirlenemiyorsa, feshe öncelik verilir. Mecelle kaidesine göre “Bir konuda engelleyici unsur ile gereklilik arz eden unsur birlikte bulunursa, engelleyici unsur önceliklidir.” Böylelikle akdi sona erdiren feshe öncelik tanınır.

Bazı alimler böyle bir durumda fesih veya icazet gibi işlemin içeriğinden ziyade, akdi yapan şahsın tercihini esas alır. Yani, çatışma durumunda asli akit sahibinin işlemi dikkate alınır.

2.5.4.5. İhtimal 5: Mebû'in Muhayyerliği Şekli

Ebûl'ulâ "Mebû'in Muhayyerliği Şekli" ile ilgili İki İhtimal olduğunu belirtir:

1-Mebû'in Tamamı Üzerinde Muhayyerlik Şartı: Muhayyerlik, mebû'in tamamını kapsıyorsa, fesih halinde tüm mal iade edilir, icazet halinde ise tümü kabul edilir. Fesih durumunda müşteri, parasını alana kadar mebû'i elinde tutabilir. Bu durum, hukuken müşteriye rehinli bir mal sahibine benzetir.

2-Mebû'in Bir Bölümünde Muhayyerlik Şartı: Mebû'in sadece bir bölümü için muhayyerlik öngörülmüşse, bu durumda mebû'in tek bir cins olup olmadığına bakılır.

Tek cinsli mebû': Mebû'in tek cinsli olduğu durumda muhayyerlik şartı geçerli sayılır. Bu durumda, şart muhayyerliği olan kısmın bedeldeki payının belirtilmesi gerekmez, böylece akit, kısmi muhayyerlik ile kurulur.

Çok cinsli veya kıymetli mebû': Mebû', birden fazla tür veya kıymetli maldan oluşuyorsa, her bir cinsin belirlenmiş ve bedelin detaylı şekilde belirtilmiş olması gerekir. Aksi durumda, yani kıymetli iki maldan herhangi birini belirtmeden veya bedelini belirtmeden muhayyerlik şartı getirilmişse, akit geçersiz sayılır. Bu gibi muamelelerde, mebû'de veya semende bilgisizliğe yol açmak nizaa sebep olabileceğinden, özellikle kıymetli malların ihtilafını bertaraf etmek zordur.

Mebû'in İrad Şekli ile İlgili İki İhtimal

Mebû'in (satılan malın) irad şekli ile ilgili olarak iki farklı ihtimal bulunmaktadır:

1) Muhayyerlik Mebû'in Tamamında Olması

Bu ihtimalde, muhayyerlik mebi'in tamamını kapsar ve bu durum caiz (hukuken izin verilen) görülmektedir. Yani, fesih halinde mebi'in tamamı iade edilirken, icazet halinde mebi'in tamamı müşteri tarafından alınır. Fesih durumunda, müşteri parasını alana kadar elinde bulunan mebi'i tutma hakkına sahiptir. Hukuken bu durum, mürtehin (rehin verilen mal) durumuna benzetilebilir veya muhayyerlik mebi'in bir bölümünde uygulanabilir.

2) Muhayyerlik Mebû'in Bir Bölümünde Olması

Bu ihtimalde, muhayyerlik mebi‘in sadece bir bölümünü kapsar. Bu durumda, eğer mebi‘ tek bir cins mal ise muhayyerlik şartı caiz görülür. Çünkü mebi‘in bütününe semeni (bedeli) malum olduğundan, şart muhayyerliği olan cüz‘ün (bölümün) semenden hissesinin beyanı aranmaz. Hıyar-ı şart bulunmayan cüzlerde ise bey‘ (satış) derhal lüzum ifade eder. İcazet durumunda bu lüzum tamamı için geçerli olurken, fesih durumunda bir cüz münfesi (ayırıcı) olacağı için mebi‘ akdi yapan iki tarafın ortak malı sayılır.

Mebî‘in Birden fazla Olması Durumu:

Mebî‘in birden fazla olması durumunda, iki farklı yaklaşım bulunmaktadır:

1-Mislî Mebî‘: Mebî‘ yarısında muhayyerlik şart edilmişse veya cüzler birbirinin aynısı ise, bu tür muhayyerlikle kurulan bey‘ akdi caiz görülür. Fesih halindeki niza mahzuru (sözleşmenin bozulması) mebi‘de ortaklığı kabul etmekle bertaraf edilebilir.

2-Kıyemî Mebî‘: Mebî‘ birden fazla cüzden oluşuyorsa ve her cüz belirlenmiş, semenin detaylı olarak belirtilmiş olması gerekiyorsa, bey‘ sahih (geçerli) ve muhayyerlik muteber (geçerli) olur. Ancak, cüzler belirlenmemiş veya bedelleri belirtilmemişse, muhayyerlik şartı getirilmiş olan bey‘ fasit (geçersiz) olur. Örneğin, kıyemî iki maldan herhangi birinin belirtilmeden veya fiyatının belirtilmeden muhayyerlik şart edilmişse, bu tür satışlar mebi‘de veya semende bilgisizliğe yol açacağından, nizaa (anlaşmazlık) meydana getirebilir. Kıyemî mebi‘lerde ise cüzler birbirinin aynısı olmadığından, nizaa'yı bertaraf etmek daha zordur.

Bu iki ihtimal, mebi‘in irad şekline göre muhayyerliğin nasıl uygulanacağını ve bu uygulamanın bey‘ akdinin geçerliliği üzerindeki etkilerini ortaya koymaktadır.

2.5.5. Muhayyerlik Şartını Sona Erdiren Sebepler

İslam hukukunda, muhayyerlik şartı bir akit yapılırken taraflardan birine belirli bir süre zarfında söz konusu akdi onaylama veya feshetme hakkı tanıyan bir haktır. Ancak bu şart, tarafların bazı fiilî veya kavli tasarruflarıyla sona erebilir. Muhayyerlik şartının sona ermesine neden olan iki ana sebep bulunmaktadır: **icazet ve fesih**. Aşağıda her iki sebep detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

2.5.5.1. İcazet

İcazet, akit yapan tarafın söz konusu akdi kabul ettiğini ve onayladığını bildiren bir irade beyanıdır. İcazet, iki şekilde gerçekleşebilir: kavli icazet ve fiilî icazet.

1-a) Kavli İcazet

Kavli icazet, muhayyer olan tarafın, akde rızasını açıkça ifade eden sözler söylemesiyle gerçekleşir. Örneğin, “izin verdim”, “razı oldum” veya “muhayyerlik hakkımdan vazgeçtim” gibi ifadeler, rızayı açıkça gösterir ve kavli icazet olarak kabul edilir. Burada niyetin bâtinî bir unsur olması dolayısıyla, niyetin varlığı yeterli değildir; niyetin açıkça beyan edilmesi gerekmektedir. Beyanı sağlamak amacıyla söylenen sözlerin rızayı izhar etmesi zorunludur. Bu tür bir ifadeyle niyet açıkça beyan edilirse, bu beyana **icazet-i kavliye** denir. Ancak kullanılan ifadeler, rızayı net olarak göstermiyorsa kavli icazet gerçekleşmiş sayılmaz. Örneğin, “almak isterdim”, “arzu ettim”, “sevdim” veya “hoşuma gitti” gibi ifadeler, rızayı kesin olarak ifade etmedikleri için kavli icazet olarak kabul edilmez.

1-b) Fiilî İcazet

Fiilî icazet, muhayyerlik hakkını kullanma yetkisine sahip olan tarafın (mucizin) rızayı gösteren bir fiilde bulunmasıdır. Bu durumda, icazet bir sözle değil, bir fiille ifade edilmektedir. Mebî‘ (satılan mal) üzerinde icazet anlamına gelecek bir fiil örneği olarak, malın tekrar satılığa çıkarılması sayılabilir. Ayrıca, malı rehin vermek, kiraya vermek, hibe de bulunmak gibi yasal tasarruflar, mal üzerinde tasarrufta bulunmayı ifade eden fiilî icazet örneklerindendir. Aynı şekilde, ziraat yapma, ikamet etme, tamirat yapma veya hayvanın sütünü sağma gibi fiiller de, mülkiyetin gereği olan bir tasarruf olarak kabul edilip fiilî icazet sayılır.

Ancak burada, mülkiyet tasarrufunun fiilî icazet sayılıp sayılmadığı hususunda örf ve adet önemlidir. Deneme amaçlı küçük tasarruflar, rızayı kesin olarak göstermediği için fiilî icazet sayılmaz. Örneğin, değirmende 24 saatten daha az bir süre un öğütmek, deneme amacı olarak kabul edilebilir; dolayısıyla, bu tasarruf rızanın varlığına delil teşkil etmez. Ayrıca, şufa davası açmak da icazet olarak değerlendirilir; dava sonuçlanmasa dahi, bu davranış icazet kapsamında değerlendirilir.

2.5.5.2. Fesih

Muhayyerlik şartını sona erdiren ikinci temel sebep fesihtir. Muhayyer olan taraf, akdi sona erdirmek için fesih hakkını kullanabilir. Fesih de iki şekilde gerçekleşebilir: fesh-i kavli ve fesh-i fiilî.

2-a) Fesh-i Kavli

Fesh-i kavli, muhayyer olan tarafın akdi feshettiğini belirten açık bir söz söylemesidir. Örneğin, “feshettim” veya “vazgeçtim” gibi ifadeler, söz konusu akde onay vermediğini beyan eder ve kavli fesih anlamına gelir. Tıpkı icazet durumunda olduğu gibi, burada da bâtinî bir irade söz konusudur ve bu iradenin söze dökülmesi gerekir. Fesih, akdi geleceğe dönük olarak sona erdiren bir etkiye sahiptir. Ancak, şarta bağlı (talikan) yapılan fesihler geçerli kabul edilmez.

2-b) Fesh-i Fîlî

Fesh-i fîlî, muhayyerlik hakkına sahip olan tarafın rızaya aykırı bir fiil gerçekleştirmesiyle meydana gelir. Bu durumda, sözlü bir beyan yerine, rızanın olmadığına delalet eden bir fiil söz konusudur. Fîlî icazet durumunda sayılan fiillerin satıcı tarafından yapılması, fesh-i fîlî olarak değerlendirilir. Bu tür fiiller, muhayyerliğin sona erdiğini gösterir. Çünkü söz konusu fiiller, satıcının halâ mal üzerinde tasarrufta bulunmakta olduğunu ve dolayısıyla rıza göstermediğini ortaya koyar.

Ancak burada, satıcının teslim etmeksizin hibede bulunması fîlî fesih olarak kabul edilmez ve bu durumda muhayyerlik sona ermiş sayılmaz. Aynı şekilde, satıcının şufa davası açması da fesih olarak değerlendirilmez. Çünkü mebi‘ (satılan mal) hâlâ satıcının mülkiyetindedir ve bu nedenle malı yeniden mülkiyet altına alma çabası, fesih olarak değerlendirilmez. Örneğin, kiracı olarak bulunduğu evi satın alan bir kişinin orada ikamet etmesi, temellük gereklerinden bir tasarruf sayılmaz ve bu durumda icazet olarak yorumlanamaz.

Fesih ve İcazette Muhayyer Olmayan Tarafın Haberdar Edilmesi Meselesi

İslam hukukunda fesih ve icazet işlemleri, bir akitte muhayyerlik (seçim hakkı) hakkına sahip olan tarafların, akdi onaylama ya da feshetme süreçlerinde çeşitli şekillerde

uyguladıkları tasarruflar olarak ele alınır. Bu bağlamda, muhayyer olmayan tarafın fesih veya icazet işleminden haberdar edilmesinin gerekip gerekmediği sorusu, hukuki bakımdan önemli bir tartışma konusudur. Fesih ve icazetin hukuki geçerliliğinin akdin diğer tarafına bildirilmesi koşuluna bağlı olup olmaması, Ebû Hanîfe, Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî ve Ebû Yusuf gibi fıkıh âlimleri arasında ihtilaflıdır.

İcazet ve Fesihte Tarafın Haberdar Edilmesi

Kavlî ve Fîlî İcazet ile Fîlî Fesih: Kavli (sözlü) veya **Fîlî** İcazet durumunda, fesih ve icazet muhayyer olmayan tarafa bildirilmeden gerçekleşebilir. Aynı şekilde, **Fîlî** Fesihte de muhayyer olmayan tarafın bilgilendirilmesine gerek yoktur. Bu konuda fıkıh âlimleri arasında ittifak bulunmaktadır.

Kavlî Fesihte İhtilaf: İhtilaf, Fesh-i Kavli (sözlü fesih) konusunda ortaya çıkmaktadır. Ebû Hanîfe ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'ye göre, fesih sözlü olarak ifade edilse de diğer taraf haberdar edilmeden de akit feshedilebilir ve sürenin sona ermesiyle birlikte akit geçerlilik kazanır. Bu durumda fesih süresinin sona ermesinden sonra diğer tarafın haberdar edilmesi, fesih açısından bir değişiklik yapmaz. Bu görüşe göre, eğer feshi gerçekleştiren taraf daha sonra pişman olup icazet verirse, bu icazet muteber sayılır. Diğer bir ifadeyle, bilgilendirme yapılmadan fesihten geri dönülüp akit onaylanabilir.

Ebû Yusuf ise, fesih işleminin geçerli olabilmesi için muhayyerlik süresi içinde karşı tarafın bilgilendirilmesi gerektiğini savunur. Ebû Yusuf'a göre, fesih, sürenin sona ermesiyle geçerli hale gelmez; bilgilendirme yapılması, fesih süresinin geçerlilik kazanması için şarttır.

2.5.6. İcazet ve Fesih İşlemlerinin Faille İlişkisi

İcazet veya fesih işlemini gerçekleştiren kimsenin, bu işlemi hangi sıfatla gerçekleştirdiğine bağlı olarak fesih ve icazetin hukuki durumu farklılaşabilir. Bu bağlamda icazet ve feshi gerçekleştiren tarafın akdi asaleten, vesayeten veya vekâleten yapmış olması ihtimalleri dikkate alınır.

2.5.6.1. Asaleten Yapılan İcazet ve Fesih

Fesih veya icazeti asaleten gerçekleştiren kişi, akdi kendi adına ve doğrudan doğruya icra etmektedir. Bu durumda iki ihtimal söz konusudur:

1-a) Tek Başına Yapılan Akit: Fesih veya icazeti gerçekleştiren kişi akdi tek başına yapmışsa, fesih ve icazetin etkisi kayıtsız ve şartsız olarak ortaya çıkar. Bu durumda fesheden kişi, elinde bulunan malı (makbuzunu) geri iade etmekle yükümlüdür.

1-b) Ortaklı Olarak Yapılan Akit: Fesih veya icazet işlemini gerçekleştiren kişinin akitte bir ortağı varsa, fesih veya icazet durumunda şu iki ihtimal göz önünde bulundurulur:

Safka-i Vâhit (Tek Akit): Eğer akit tek bir bütün (safka vâhit) olarak kabul ediliyorsa, bir ortağın fesih veya icazet beyanı diğer ortağı bağlayıcı olur. Bu durumda, ortaklar arasında mal üzerinde bir kusur olduğu için muhayyerlik hakkını kullanarak akdi feshetmek müşteri açısından bir zarar doğurabilir. Mecelle'nin 19. maddesine göre “zarar mukabele bi'z-zarar (zararın zarar ile mukabele edilmesi) yoktur.” Dolayısıyla, zarar doğuran durumda muhayyerliğin kullanılması meşrudur.

Safka Birden Fazla (Çoklu Akit): Eğer akit birden fazla işlem (safka) olarak değerlendiriliyorsa, bir ortağın fesih veya icazet beyanı diğer ortağı bağlamaz.

2.5.6.2. Vesayeten veya Vekâleten Yapılan İcazet ve Fesih

Fesih veya icazeti vesayeten veya vekâleten gerçekleştiren kişi, akitte vasi veya vekil olarak hareket etmektedir. Bu durumda, yukarıda bahsedilen ihtimaller burada da geçerlidir. Vesayeten veya vekâleten yapılan fesih veya icazet işlemlerinde, bu işlemleri gerçekleştiren kişilere tanınan muhayyerlik hakkı, asli tarafa sabit olmuş bir hak derecesindedir. Vasi veya vekil, malı piyasa değerinden daha düşük bir fiyata satın almış veya daha yüksek bir fiyata satmış olsa bile, muhayyerlik hakkını kullanarak akdi feshedebilir. Mecelle'nin ilgili maddesi, muhayyerliğin mutlak olarak geçerli olduğunu ve bu hakkın herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadığını belirtir (şayet bir nas veya delil ile kısıtlama getirilmemişse).

İstisna Durumu: Satılan malın küçük bir kısmının muhayyerlik süresi içerisinde değerinin iki katına çıkması durumunda, bu hakkın kazanılması, akdin doğrudan bir sonucu olarak değil; geçen zamanın sağladığı bir kazanım olarak değerlendirilir. Bu tür bir durumda, malın değer kazanmasının sağladığı yararı zayi etmek anlamına gelecek olan icazeti vasi uygulayamaz. Zira, burada icazet vermenin bir maslahat (fayda) sağlamadığı düşünülmektedir. Vasinin kâsır üzerindeki tasarrufu kâsırın maslahatı doğrultusunda geçerlidir. Maslahata uygun olmayan tasarrufları geçersiz kabul edilir.

2.5.7. Fesih ve İcazetin Mebi'e (satılan mala) tTaalluk Etmesi

Fesih ve icazetin mebi'e (satılan mala) taalluk etmesi bağlamında iki temel durum bulunmaktadır:

2.5.7.1. Mebi'in Tamamında Fesih ve İcazet

Fesih ve icazet, mebi'in tamamına ilişkin olarak ortaya çıktığında geçerlidir ve bu durum herhangi bir sorun teşkil etmez. Mebi'in tamamına ilişkin olarak gerçekleştirilen fesih ve icazet işlemi, akdin bütünlüğüne hâlel getirmeksizin yapılabilir.

2.5.7.2. Mebi'in Bir Cüzünde Fesih ve İcazet

Fesih ve icazet, yalnızca mebi'in bir kısmına (cüzüne) yönelik olarak meydana geldiğinde, durumun niteliği dikkate alınır. Burada iki alt ihtimal söz konusudur:

Mebi'in Tek Bir Varlık Olduğu Durumda:

Eğer satılan mal (mebi') tek bir şey olarak kabul ediliyorsa, cüzü şayiinde (bütünün bir kısmında) yapılan fesih ve icazet, akit sırasında tarafların rızasının eksik olması nedeniyle akdin parçalanmasını (*tefarruk-ı safka*) gerektirir. Bu durum, satılan malın parçalanması anlamına geleceği ve dolayısıyla tarafların iradelerine aykırı olacağı için caiz olarak kabul edilmez.

Mebi'in Birden Fazla Unsurdan Oluşması Durumunda:

Satılan mal birden fazla unsurdan (müteaddit) meydana geliyorsa, safkanın tek bir bütün olarak (*adem-i taaddüd*) kabul edildiği durumda, fesih ve icazet için de aynı hüküm geçerli olur ve akdin bir cüzünde fesih ve icazet mümkün olmaz. Ancak safkanın çok

parçalı (*taaddüt*) olarak değerlendirildiği bir akit söz konusuysa, akit bir bütün halinde kalmak zorunda olmadığından tefarruk mahzuru ortadan kalkar; dolayısıyla fesih ve icazetin yalnızca bir cüzde uygulanması caizdir.

Hülasa:

Tek bir akit kapsamında satılan birden fazla unsurdan birinde muhayyerliğin sona ermesi veya iptali durumu, diğer unsurlar için muhayyerliğin geçerliliğini etkilemez. Bu nedenle, muhayyerlik durumu diğer unsurlar üzerinde devam eder. Zira bu durumda fesih ve icazetin yalnızca bir kısma yönelik olarak uygulanması, safkanın parçalanmasını (*tefrîk-i safka*) gündeme getirir. Böyle bir durum ise semenin tam olarak bilinmez olmasına yol açar ve bu belirsizlik, akdin niteliğini bozarak ihtilaflara (niza) yol açabilir.

2.5.8. Muhayyerlik Şartını Sona Erdiren Sebepler

Muhayyerlik şartını sona erdiren sebepler, akdin geçerliliği ve bağlayıcılığı açısından önem arz eden hususlardır. Bu çerçevede, muhayyerliğin sona ermesine yol açan sebepler dokuz başlık altında ele alınmaktadır:

2.5.8.1. Müruru Müddet (Sürenin Geçmesi)

Muhayyerlik süresi, tarafın bilgisi dahilinde veya hastalık ya da bayılma gibi nedenlerle bilgisi dışında geçse de, sürenin bitimiyle muhayyerlik ortadan kalkar ve akdin bağlayıcılığı sabit olur. Bayılma veya delilik halleri ise muhayyerliği sona erdirmez; bu durumlarda sürenin dolması beklenir.

2.5.8.2. Muhayyerin Vefatı

Muhayyerin (seçim hakkına sahip olan tarafın) ölümü muhayyerliği sona erdirir. Vefat eden kişi akdin tarafı veya vekil yahut vasi sıfatıyla işlemi yapan kişi olsun, sonuç değişmez. Muhayyer satıcı vefat ettiğinde müşteri mal üzerinde mülkiyet hakkı kazanırken, muhayyer müşteri vefat ettiğinde mal varislerine intikal eder. Muhayyerlik irade ve seçim hakkı olduğundan varisler üzerinde devam etmez. Ancak, mebi'e ilişkin vasıflardan kaynaklanan muhayyerlik, varisler için geçerliliğini korur; fakat şahsa mahsus vasıflar kişinin ölümüyle sona erer ve varisler tarafından ileri sürülemez. İki tarafın

muhayyer olduğu durumda, muhayyerin vefatı yalnızca o tarafın muhayyerliğini sona erdirir; karşı tarafın muhayyerliği ise devam eder.

2.5.8.3. Mebi'in Tamamen Telef Olması

Mebiin tamamen telef olması da muhayyerliği sona erdirir. Satıcı muhayyer olduğunda icazet hakkını, müşteri muhayyer olduğunda fesih hakkını kullanması mümkün olmadığından, malın yok olması halinde muhayyerlik sona erer. Mal teslim edilmeden önce telef olmuşsa, satış akdi feshedilir; teslim sonrası telef olduğunda müşteri, malı kabz ettiği günkü değeri kadar tazminle yükümlüdür. Müşteri muhayyerken teslim öncesi telef halinde akit fesh olurken, teslim sonrası muhayyerlik sona erer ve müşteri bedeli  der.

2.5.8.4. Müşteri Muhayyerken Mebi'in Kusurlu Hale Gelmesi

Müşteri muhayyerken teslim sonrası mebi'de, süresi içinde ortadan kalkmayacak şekilde bir kusur oluşması durumunda muhayyerlik sona erer ve satış bağlayıcı olur. Bu durumda müşteri bedeli ödemekle yükümlüdür. Ancak, satıcı muhayyerken teslim sonrası mebi'in kusurlu hale gelmesi muhayyerliği etkilemez. Müşteri muhayyerken teslim öncesi meydana gelen kusurlar da muhayyerliği ortadan kaldırmaz.

2.5.8.5. Müşteri Muhayyerken Mebi'de Artış Meydana Gelmesi

Müşteri muhayyerken teslim sonrası mebi'de artış meydana gelirse, bu artış muhayyerliği sona erdirir. Bu artış, muttasılanın mütevellide ( rneğin kilo alma), gayr-i mütevellide ( rneğin boya gibi) veya munfasılanın mütevellide ( rneğin yavru gibi) şeklinde olabilir. Böyle bir artış ortaya çıktığında, muhayyerlik sona erer ve bedelin ödenmesi zorunluluğu doğar. Munfasılanın gayr-i m tevellidesi ( rneğin, kirada alınan ücret gibi) ise muhayyerliği sona erdirmez. Artış, teslim sonrası müşteriye ait sayılır ve fesih halinde satıcıya verilmez.

2.5.8.6. Sulh

Muhayyerlik, sulh yoluyla da sona erebilir. Örneğin, müşteri muhayyerse, satıcı muhayyerliği sona erdirmek için bedelden indirim yapabilir veya malın üzerine ilave yaparak anlaşma sağlayabilir. Aynı şekilde satıcı muhayyerken müşteri bedeli artıracak sulh yapabilir. Bu, mevcut akdin feshi ve yeni bir akdin yapılması olarak kabul edilir.

Ancak, müşteri bedelden ibra edilirse, muhayyerliği sona ermez; müşteri isterse malı bedelsiz olarak kabul edebilir veya satışı feshedebilir.

2.5.8.7. Muhayyer Olarak Satılan Kâsırın (kısıtlı) Malının Muhayyerlik Müddeti İçerisinde Mebi'in Değer Artışı

Muhayyerlik süresi içinde kısıtlı bir malın değerinin iki katına çıkması, muhayyerlik hakkını sona erdirir. Bu istisna, değer artışının akitle değil, süre zarfında kendiliğinden oluşmuş olmasından kaynaklanır. Böylece, değer artışını boşa çıkarmamak adına vasi, icazet veremez; zira vasinin tasarruf yetkisi ancak maslahata bağlıdır.

2.5.8.8. Müşterek Akdin Taraflarından Birinin Fesih veya İcazeti

Ortak akdin taraflarından birinin fesih veya icazet işlemi, diğer tarafın muhayyerliğini sona erdirir. Zira bir tarafın yaptığı işlem diğer tarafın muhayyerliğini doğrudan etkiler. İlk durumda icazet ve ikinci durumda fesih, yeni bir akit gibi işlem görür ve muhayyerlik sona ermiş olur.

2.5.9. Hıyar-ı Şarttan Kaynaklanabilecek Anlaşmazlıkların Çözümü

Ebül'ulâ, son olarak bayi ve müşteri arasında hıyar-ı şarttan kaynaklanabilecek anlaşmazlıkların çözüm yollarını detaylıca sıralayarak bu anlaşmazlıkların halli için başvurulacak esasları özetlemektedir.

2.5.9.1. Muhayyerliğin Şart Olup Olmadığı İhtilafı

Eğer taraflar arasında muhayyerlik şartının olup olmadığı konusunda bir ihtilaf söz konusu ise, delil getirme yükümlülüğü (ikame-i beyyine), muhayyerliği iddia eden tarafa düşmektedir. Bu durumda, muhayyerlik olmadığını iddia eden tarafın sözü geçerli olur; ancak muhayyerliği iddia eden taraf delil sunarsa, bu delil tercih edilir.

2.5.9.2. Müddet-i Hıyar Zarfında Fesih veya Müddetin Geçmesinden Sonra Telef İddiası

Eğer hıyar müddeti içinde fesih veya icazet ile ilgili bir iddia ortaya konulmuşsa, bu durumda icazeti iddia eden tarafın sunduğu delil öncelikli kabul edilir. Aynı şekilde, hıyar

süresi geçtikten sonra mebi‘in telefne dair bir iddia varsa, icazeti ileri süren tarafın beyyinesi esas alınır.

2.5.9.3. Muhayyer Olanın İcazetinden Sonra Mebi‘in Tayininde İhtilaf

Muhayyer olan tarafın icazet vermesi sonrası, mebi‘in tayininde ihtilaf doğarsa; müşteri tarafından makbuz sunulmuşsa, muhayyerin kim olduğuna bakılmaksızın müşterinin sözü geçerli olur. Ancak makbuz yoksa, muhayyer taraf satıcı ise müşterinin, müşteri ise satıcının sözü esastır.

2.5.9.4. Muhayyer Olan Satıcının İcazetinde İhtilaf

Eğer müşteri, teslim almadığı bir malın kendisine dayatılmak istenen şey olmadığını iddia ederse, bu durumda söz, yeminiyle müşterindir. Müşterinin malı iade etmesi halinde de aynı hüküm geçerlidir. Müşteri, fesih talebiyle malı reddederse ve satıcı iade edilen şeyin aslında mebi‘ olmadığını iddia ederse, yine müşteri yeminiyle kendi iddiasını kanıtlayabilir. Bununla birlikte, satıcı mebi‘in başka bir şey olduğunu ispat etmek amacıyla delil sunarsa, bu delil de kabul edilir.

2.5.9.5. Müddetin Müruru İhtilafında

Eğer muhayyerlik süresinin sona erip ermediği konusunda bir anlaşmazlık söz konusu ise, süreyi sona ermediğini iddia edenin sözü esastır.

2.5.9.6. Müddetin Miktarı Konusunda İhtilaf

Muhayyerlik süresinin miktarına dair bir anlaşmazlık ortaya çıktığında, fazlalığı inkâr eden tarafın sözü dikkate alınır.

2.5.9.7. İcazet ve Fesih İhtilaflarında:

Eğer icazet veya fesih iddialarıyla ilgili olarak tarih belirtilmişse, daha eski tarihi beyan eden tarafın delili tercih edilir. Çünkü bir olayın sübutundan sonra, ona zıt bir olayın sübutu kabul edilemez. Ancak, tarih belirtilmemişse durum şöyle değerlendirilir:

Eğer muhayyerlik süresi sona ermeden önce taraflardan biri muhayyerlik hakkını kullanma konusunda ihtilafa düşerse, söz muhayyer tarafındır ve bu durumda muhayyer

olmayan taraf delil getirme yükümlülüğüne sahiptir. Muhayyer taraf ister feshi ister icazeti iddia etsin, durum değişmez.

Hıyar süresinin sona ermesinden sonra ortaya çıkan ihtilaflarda, icazeti iddia eden tarafın sözü geçerli olup feshi iddia eden tarafın delil sunması gerekir.

Eğer muhayyerlik süresi sona ermeden önce iki muhayyer taraf arasında ihtilaf çıkarsa, feshi iddia edenin sözü esastır. Süre dolduktan sonra ortaya çıkan ihtilaflarda ise, icazeti iddia edenin sözü geçerli kabul edilir.

2.5.10. Mecelle Tadil Komisyonlarının İlgili Maddelerle İlgili Tadili

Yukarıda yer verdiğimiz Ebül'ulâ'nın "Hukuku Medeniye Tedkîkatı" başlığı altında ele aldığı Hıyar-ı şart konusunda Mecelle Tadil Komisyonu iki madde ilave etmiştir.

Madde 1: "Muhayyer olan taraf müteaddid olduğu taktirde fesh veya icazette mukaddeme itibar olunur. Binaenaleyh bunlardan biri fesh ettikten sonra diğerinin icazetine ve bunlardan biri mûciz olduktan sonra diğerinin feshine itibar olunmaz. Hıyar-ayb ve ru'yette dahî hüküm böyledir"

Madde 2: "Yalnız müşteri muhayyer olup da mebi, ba'del-kabz yedinde taayyüb ettikde ayb-ı hâdis, müddet-i hıyar zarfında zail olmazsa hakk-ı fesh bâtil ve semen-i müsemmânın i'tâsı lâzım gelir".

2.5.11. Görme (Rüyet) Muhayyerliği

Ebül'ulâ Mardin bu makalesinde "Hukuk-ı Medeniye Tedkîkatı" adı altında hıyar'ı rüyet konusunu işlemektedir.

Bu makalesinde *Mecelle* Kitâb'ı-Buyû', 320⁵⁹, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329,330, 331, 332, 333, 334, ve 335. maddelerini değerlendirmektedir.⁶⁰

Ebül'ulâ Mardin, makalesine hıyar-ı rüyetin tanımını yaparak başlamaktadır. Ebül'ulâ'ya göre, hıyar-ı rüyet, “görölmeksizin satın alınan bir aynın, göröldüğünde akdin fesih veya tenfizi biçiminde müşteriye sabit olan muhayyerliğini ifade eder”.⁶¹ Bu durum, müsebbebin sebebe izafeti şeklinde değerlendirilebilir. Ayrıca, meşrutun şarta izafeti bağlamında da anlaşılabilirliğini belirtmektedir. Dolayısıyla, rüyet ile meşrutun rüyete muallak olduğı anlamı da ifade edilebilir.

Ebül'ulâ, müsebbebin sebepten ve şartın meşruttan önce olamayacağına dikkat çekerek, burada fesih hakkının rüyetten önce gelmesi durumunu şu şekilde izah etmektedir: Bu salahiyetin hıyar-ı rüyetten kaynaklandığını söylemek doğru değildir; aksine, fesih salahiyetinin muhayyerliğin sübutundan değil, akdin tamam olmayışından kaynaklandığını ifade etmek mümkündür. Çünkü görölmeksizin alınan şeylere ilişkin rızada, şüphesiz bir hâlel mevcuttur. Lüzum, rızanın tam olarak gerçekleşmesini gerektirir; rızanın tam olarak gerçekleşebilmesi ise aynın evsafını bilmekle mümkün olmaktadır. Ancak, aynı görmeden bu bilgiye ulaşmak mümkün değildir. Dolayısıyla, böyle bir akit doğal olarak lüzumdan ârî kabul edilmektedir. Bu bağlamda, fesih hakkının menşei muhayyerlik değil, akdin şeklidir. İlmi bir tabirle ifade etmek gerekirse, görölmeksizin alınan şeylere taalluk eden akit, mumberim yani muhkem olmayıp bir akdi fasit gibi feshe elverişlidir.

Ebül'ulâ Mardin tanıma açıklık getirdikten sonra feshin olabileceğini teyit edici bazı meselelere geçer.

⁵⁹ 320. Madde de görme muhayyerliğinin, müşterinin görmeden satın aldığı malı şeklindeki maddenin Ali Haydar Efendi, yanlış hüküm olduğunu belirtmiştir. Bu maddede görme muhayyerliğinin, müşterinin görmeden satın aldığı malı görünceye kadar olduğu ifade edilmiştir. Ali Haydar Efendi muhayyerliğin görünceye kadar değil görünce sabit olacağını ifade ederek madde metninde geçen “...görünceye dek muhayyerdir” ibaresini tenkit eder.

⁶⁰ Ebül'ulâ Mardin, “Akdu Bey'de Hıyar-ı Ru'yet”. *Darü'l-Fünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sayı: 3, (Temmuz 1332), 303.

⁶¹ Mecelle'nin sözkonusu 320. Maddesi Tadil Komisyonunca çıkarılan maddeler arasındadır.

1-Rıza-yı sarıh bu hakkı bertaraf edemez halbuki hıyar-ı rüyeti ıskat eder.

2-Feshi kabul eden ve başkasının hakkı olmayan akitlerin görmeden önce gerçekleşmiş olması, gördükten sonra fesih hakkının olmasına engel teşkil etmez. Halbuki rüyetten sonra bu gibi akitlerin icrası muhayyerliği düşürür.

Ebül'ulâ'ya göre hıyar-ı rüyet sadece satış akdinde değil, feshi kabul eden ve kendisinde lüzum bulunan herhangi bir akitle elde edilen aynın rüyetinde de söz konusudur. Mesela (1) icare (2) kısmet (kıyemiyatın veya misliyatda değişik cinslerin taksimi) (3) Mal davasında ayn üzerine sulh gibi akitlerin neticesinde de temellük olunan aynda, mütemellik için böyle bir hak doğar fakat feshi kâbil olmayan veya olup da esasen gayri-i lazım telakki olunan akitlerle elde edilen ayların ru'yetinde böyle bir muhayyerlik olmuyor, Mesela, (1)Kadının görmediği bir mehir miktarı karşılığında nefsinin tevzi şeklinde yapılan nikah(2) Zevcenin verdiği ayn üzerine muhala'a,(3) Kısıstan ayn üzerine sulh gibi feshe kabil olmayan akitlerle veya aslında lüzumdan mahrum, yani her zaman feshe maruz fasit akitler ile elde edilen aylara karşı ve aynı şekilde deyn üzerine sulh gibi zimmette sabit olan vasıflara etki eden akitler, nitekim herkesçe deyn menzilesinde telakki olunduğu için rüyetinde böyle bir muhayyerlik sabit olmuyor. Ayrıca paralar, muayyen mekîlât ve mevzûnatta böyle bir muhayyerlik söz konusu değildir.

Bayi için de sattığı mebi'den dolayı hıyar-ı ru'yet seçeneği yoktur.⁶² Bayiin malını görmemiş olması varis veya vasiyet edilen kişi olmak gibi hallerde düşünülür.

Ebül'ulâ Mardin“ Rüyet Muhayyerliği”nin bazı kayıtlarla tahakkuk edeceğini ifade ederek şunları dile getirmektedir.

1-Alıcı gözle gördüğü şeyin ne olduğunu bilerek satın aldıktan sonra rüyet muhayyerliğinden yararlanamaz. Ancak bu durumun istisnası vekilin satın almasıdır.

Dolayısıyla kayıt mutlak değildir. Yani alıcı gözle gördüğü ve satın aldığı durumda da aşağıdaki kaydın bulunması durumunda muhayyerlik söz konusu olabiliyor.

⁶² Mecelle 322.”Malını görmeden satan bayi için hıyar-ı ru'yet yoktur.” maddesi komisyonca Mecelle'den çıkarılan maddeler arasındadır.

2-Alıcı, bir şeyi görmüş olmasına rağmen ne olduğunu bilmeksizin satın almıştır. Örneğin, elbiseyi bir bohça içinde farkında olmadan satın almıştır. Bu tür bir durumda, önceden gerçekleşen görme, rıza göstergesi olarak kabul edilemez çünkü alıcı, ne satın aldığının farkında değildir. Dolayısıyla, bilgi eksikliği nedeniyle gördükten sonra muhayyerliğin kabul edilmesi gerekir. Bu durumda, üç şekil ortaya çıkmaktadır.

a) Alıcı gözüyle gördüğünü bilerek almak

b) Bilmeyerek almak

c) Alıcı gözüyle değil de şöylece gördüğünü almak ki birinci şekilde sabit olmayan şekil diğerlerinde sabit olur.

Alıcı gözüyle gördüğünü bilerek alma durumunda da muhayyerliğin sabit olduğu görülür. Mesela:

3.Malın teslim öncesi değişime uğraması durumu. Bu durumda mal değişmiş olacağından muhayyerlik hakkı doğar.

4. “Ba‘del-kabz kable’r-ru’ye ademi te‘ayyüb”: Teslim sonrası malı görmeden ve kusur oluşmamışsa yine muhayyerlik vardır. Çünkü elinde kusurlu hale geldikten sonraki rüyetle muhayyerlik hakkı yoktur. Zira malın iadesi durumunda gerekecek olan külfet müşteri nezdinde kusur telakki edilecektir.

5. Malı almaya ve satmaya vekaletin olmaması: Böyle bir durumda da muhayyerlik yoktur.

6) Rüyetin gerçekleşmiş olması gerekir. Zira muhayyerlik ancak rüyet sonrası söz konusu olabilir.

Ebül‘ulâ Mardin Rüyeti, **Hakiki ve Hükmi** olmak üzere ikiye ayırır.

2.5.11.1.Hakiki Rüyet

Bu, alıcının malın gerçek durumunu görmesi anlamına gelir; yani alıcının malın gerçek niteliğini ve bulunduğu konumu anlamasıdır. Dolayısıyla, rüyet kelimesi mecazi olarak bilgi anlamına gelir. Herhangi bir şeyde, sözlük anlamına uygun olarak görmek maksat değildir. Bu tür bir farkındalık, görülen nesnelerde dikkatlice görmeyi içerir. Örneğin, bir şişedeki yağı, bir vitrindeki eşyayı veya suyun yansımasıyla bir malın yüzeyini veya

kolaylıkla suyun içindeki bir balığı görmek, buğdayın başakta, baklanın kabuğunda, pirinç, susamın kabuğunda, cevizin, bademin veya fıstığın kalın kabuğunda görülmesi, gerçek rüyet değildir. Bunun yerine, dokunulacaksa dokunmak, tadılacaksa tatmak, koklanacaksa koklamak gibi diğer duyuların kullanılması gerekir çünkü bilgi, algı aracının kullanılmasıyla elde edilir. Farkındalık derecesi, karşılaşılan nesnelerin türüne bağlı olarak değişir. Örneğin, arsa ve arazi için dışarıdan görmek yeterliyken, bir bağ veya bahçe içinde ise içindeki ağaçların türlerini görmek gerekir. Benzer şekilde, bir fabrikanın satın alınması durumunda, tüm ekipman ve araçların görülmesi gereklidir.

Yapılar: Yalnız dışını değil, içindeki her odasını hatta balkon ve helalarını görmek gerekir. Bir odanın görülmesini yeterli gören mütekaddimine karşı müteahhirin, bu konuda İmam Züfer'in görüşünü kabul ederler. Ancak, bu konuda farklı görüşler ortaya çıkmasına rağmen, bu değişiklikler zamanın gerekliliklerinden kaynaklanır ve zamanın değişmesiyle bu tür kuralların değişmesi normaldir. Günümüzde tipik olarak evin bir odasını görmek yeterli kabul edilir. Ancak bir evin bir odası istisna edilirse, bu istisnayı görmek gerekir.

Hayvanlar: Binek hayvanlarının yüzünü ve arkasını görmek, döl almak için alınan bir ineğin memelerini incelemek, et almak için alınan bir koyunun arkasını kontrol etmek, hayvanlardan anlayanlar ayaklara da bakılması gerektiğini düşünüyorlarsa onlara da bakmak gerekir.

Ağaçlar: Ağaçların tepelerini görmek yeterli olduğu düşünülen yerlerde sadece o kadarını görmek yeterlidir, ancak yeterli görülmeyen yerlerde geleneksel uygulamaya bakılır.

Meyveler: Eğer meyve ağacının üzerindeyse her bir meyveyi ayrı ayrı görmek gerekir, aksi takdirde adediyatla ilgili tafsilat geçerli olur.

Ürünler: Örneğin, sade bir kumaşın dışını, çiçekli bir kumaşın çiçek ve saplarını, astarlı bir elbisenin astarını, Bir küreğin içini görmek, müzik aletlerinin sesini duymak, lavanta şişesinin etiketini görmek gerekir.

Mekîlât, mevzûnât, adediyât-ı mütekârîbe genellikle numune ile incelenir ve bu numuneler üzerinden satışa sunulur. Numunesiz yapılan toplu alımlarda, yığının tamamı veya bir kısmı görülerek yetinilir. Ancak, satın alan kişinin numuneden farklı bir ürünle karşılaşması durumunda kusur muhayyerliğine başvurabilir.

Adediyat-ı Mütefâvite:⁶³ Toptan alımlarda her bir ürünü ayrı ayrı gözden geçirmek gerekir. Farklı türlerdeki benzer ürünlerde de her bir türü ayrıca incelemek gereklidir. Toprak altında büyüyen ve çıkan bitkiler, İmam-ı Azam'a göre adediyat-ı mütefavite kapsamına girer. Diğer yandan, diğer alimler, mevzunat ve adediyatı mütekaribeye de dahil ederler. Bir seti oluşturan iki parça da adediyat-ı mütefâvite kapsamındadır; eldiven, çorap, ayakkabı gibi her bir parçayı ayrı ayrı görmek gerekir.

2.5.11.2. Hükmi Rüyet

2.1. Görme yetisiyle algılanabilecek konularda görme engelli bir kişiye yapılan tanımlama, “rüyet” kabul edilir. Tanımlama sonrası satın almada muhayyerliğin olmayışı, Tanımlama öncesi oluşan rızanın hükümsüzlüğü, tanımlama sonrası muhayyerlik hakkının ortaya çıkması, tanımlama sonrası rıza verildikten gözlerin açılmasıyla gerçekleşen gerçek görmenin faydasızlığı, bu anlayışın sonuçları arasındadır. Zaten âmânın vekil vasi bulunması hukuken tahallüfü gerektirmez. Eşbâh adlı eserde âmânın 12 meselenin dışındaki hususlarda görür (basîr) kabul edildiği yazılıdır.

Ebül‘ulâ Mardin “tavsîf” yani tanımlamanın olabilmesini bazı hususların olmasına bağlamaktadır.

- a. Mebîin, gözle görülerek anlaşılabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Eğer bir nesne bu kategoriye giriyorsa, ona tanımlama yapma ihtiyacı ortadan kalkar ve o nesne doğrudan gözle görülebilir hale gelir. Örneğin, bir kişinin mevcut olup olmadığı yoklayarak anlaşılır, bir koku koklanarak algılanır, bir tat ise tadılarak tecrübe edilir.
- b. Tarif ve tanımlamanın, nesnenin gerçek niteliğiyle uyumlu olması gerekmektedir. Uyuşmayan tanımlamalar geçersiz kabul edilir. Hakiki ve hükmi görme arasındaki temel fark, nesnenin mevcudiyetinin rüyetin gerçekleştiği anda olmasıdır. Çünkü görmeyele gerçekleşecek bir rüyette, nesnenin o anda var olması gerekir. Oysa, bir nesne âmaya bile mevcut olmasa da tanımlanabilir

⁶³ 2. Adediyât-ı mütefâvite: Aynı cinsten olup sayı ile satılmakla birlikte değer ve standart açısından farklı olan mallar bu bölüme girer. Bunlara [kıyemî](#) mal da denir. Bina, büyük ve küçük baş hayvanlar, yazma kitap, arsa gibi.

Hamdi Döndüren, “Adedi”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1988). 1/356

2.2. Alım satıma ve malın teslimine vekilin rüyeti ki müvekkil görmediği halde bunların rüyeti müvekkilin yerine geçerli olur. Burada da aşağıdaki hususları dikkate almak gerekir.

1. Vekilin akdi kendine izafe etmesi gerekir: Eğer vekil bu akdi müvekkiline izafe ederse elçi durumuna düşer. Kabza ve şiraya elçinin rüyeti ise müvekkilin rüyeti gibi kabul edilmeyeceğinden tesirsiz kalır.

Şiraya vekalette vekilin görmesi ile muhayyerlik hükmünün başlaması önemli olmasa da kabza vekaletteki vekilin rüyetine itibar önemlidir. Zira kendisi akdi yapan değildir ki akde bağlı olarak rüyeti bir hüküm ifade etsin. Nitekim rüyetle tevki caiz değildir. Bu durum rüyet muhayyerliğini ıskata tevki anlamına gelir ki hıyar-ı rüyet ıskat kabul etmeyen haklardır.

Bunun için görmeden önce rüyet muhayyerliği olmaması şartına itibar edilmediği gibi, rüyet sonrası muhayyerliği iptal ve ıskatın hukuki bir değeri yoktur. Fakat kabzdan evvel müvekkilin rızasını ifade eden bir beyanda bulunmak veya gördükten sonra rızayı ifade eden bir beyan olmaksızın malı teslim almak muhayyerlik hakkını ortadan kaldırır. Zira gördükten sonra malı teslim almak rıza ifadesidir. Açık veya dolaylı olarak ifade edilen rıza, muhayyerlik hükmünün sonucunu belirleyen durumlardandır. Bu görüş İmamı Azama aittir. İmameyn, vekil bi'r-ru'ye ile vekil bi'l-kabz arasında bir fark görmemekte ve elçi gibi bunların da rüyetinin geçersizliğini söylemektedirler. Ancak muhayyerlik ıskatına vekaleti caiz görüyorlar.

2. Rüyetin vekalet verdikten sonra gerçekleşmesi: Çünkü her ne şekilde olursa olsun mukaddem rüyetin burada hükmü yoktur.

3. Müvekkelün bihî vekilin ifâ etmesi: Zira vekil henüz yapmadan müvekkil bizzat yapacak olursa vekalet verildikten vuku bulan vekilin rüyetine itibar olunmaz.

İşte bu kayıtlarla gerçekleşen rüyet muhayyerliği neticesinde sabit olan salahiyet, müşterinin fesih ve kabulde muhayyer olmasıdır. Rüyetle başlayan bu yetki muhayyerliğini ortadan kaldıran bir durum tahakkuk etmedikçe devam eder. Yani rüyet muhayyerliğinin süresi yoktur, sükût halinde fesh olunabilecek kadar zaman geçmiştir diyerek muhayyerliği düşürme yoluna gidilemez. Zira susana söz isnadı yapılamaz,

Ebül'ulâ Mardin bunları ifade ettikten sonra rüyet muhayyerliğini sona erdiren sebepleri izaha geçiyor:

2.5.11.3. Rüyet Muhayyerliğini Sona Erdiren Sebepler

1. İcazet

2. Fesih

Ebül'ulâ Mardin icazet veya fesih işleminin, fiilde, şahısta ve mebide olmak üzere üç kısımda incelemenin mümkün olduğunu söylüyor,

Fiilde iki yön bulunduğunu ifade ederek bunlardan birinin icra şekli, diğerinin lüzûm-i ilam (bildirmenin gerekliliği) olduğunu söylüyor.

Fiilde:

1. İcra şekli: Zira fesih ve icazetten her birinin kavli ve fiili olmak üzere kısımları vardır. Mesela razı oldum, icazet verdim gibi rızayı sarahaten gösteren söz icazet-i kavliyedir (sözlü icazet). Rüyetten sonra mebi'i teslim alması, semeni satıcıya vermesi, elindeki Mebi'i satılığa çıkarması gibi rızâya delalet eden fiiller fiili icazete girer.

2. Lüzûm-i ilam: (Bilgilendirmenin gerekliliği) İcazetin sözlü veya fiili biçimlerinde, fesih için gerekli olan bilgilendirme gerekliliği bulunmamaktadır. Ancak feshin sözlü olduğu durumlarda bildirimin yapılması önemlidir. Çünkü satıcıya fesihten haberdar olmaması durumunda müşterinin ihmali nedeniyle oluşabilecek zararın önüne ancak bu şekilde geçilebilir. Zira fesih bildirimin yapılmasıyla tamamlanır.

Şahısta: Şahısta incelenecek konu iki yönden ele alınabilir.

1. Müşterinin ortaklık durumu yoktur. Bu durumda fesih ve icazetle ilgili hükümler açıktır.

2. Ortaklık durumu mevcuttur, yani müşteri birden fazladır. Fesih dikkate alınır. Fesih gerçekleşirse diğer kişinin rızası önemli değildir. Daha önce icazet verilmiş olsa bile itibar edilmez. İmam Şafii rüyet muhayyerliğine cevaz vermemektedir. İtibar nassın kendisinedir manasına değildir. İşte hıyar-ı rüyet bu noktada hıyar-ı şarttan ayrılır, çünkü hıyar-ı şartta muhayyer olan taraf birden fazla ise bir taraf fesih ve icazet verdikten sonra diğer tarafın aksini yapamaz, çünkü ortaklık kusuru meydana gelir. Halbuki burada

icazetten sonra diğ erinin feshetmesi durumunda icazet veren hakkında da satış ın iptali ve malın tamamen iadesi gerekeceğ i için böyle bir kusur düşün ülemez.

Mebî‘de:

Mebî‘de (mal) incelenecek konu iki yönden ele alınır.

1-Mebi‘ tektir, bu durumda muhayyerlik olduğ u gibi devam eder.

2- Eğer satılan mal çok çeş itliyse ve farklı tür ve özelliklerde ürünler içeriyorsa, bunların bir kısmına ait olan iptal veya onay tüm ürünler için geçerli olur. Örneğ in, alıcı malların bir kısmını reddetme hakkını kullanırsa, tüm numuneyi de iade eder. Bu durumda, numunenin satışı tamamlanmış olarak kabul edilemez. Çünkü görme hakkı, satış ın tamamen gerçekleşmesini engeller ve bu tamamlanmadan önce satış ın bölünmesi gerekir. Ancak, satış ın bölünmesine yalnızca satış ın tamamen gerçekleşmesinden sonra izin verilebilir.

Toprak altında bulunan ama yüzeyde görünmeyen havuç, ş algam, soğ an, sarımsak, turp gibi sebzelerin kilo veya tartı ile satılanları için bu hüküm geçerlidir. Yani, yerden çıkarılan bir kısmı kabul etmek, hepsini kabul etmek anlamına gelir. Ancak, adetle satılanlarda bir kısmı kabul etmek, hepsini kabul etmek anlamına gelmez; çünkü bu türler özellik ve nitelik bakımından farklıdır. Ancak ürün tüketilmiş se durum farklıdır. Zira ürünün tüketilmesi fiili onay bulunması itibariyle tüketilmeyen kısmı da kapsar.

Eğer satılan ürünler farklı tür ve özelliklerde ise iki durum ortaya çıkar.

1.Satış işlemi birden fazladır: Bu durumda, bir ürünün iptali veya onayı diğ erini etkilemez.

2.Satış işlemi tektir: Bu durumda da iki ihtimal vardır.

2-a. Onay sözlüdür: Yani, bir ürünü görüp kabul ettikten sonra diğ erini gördüğ ünde, ilk onayının etkisi olmaz. İsterse tüm ürünleri reddeder, isterse tümünü kabul eder. Satış ı bölüp beğ endiğ ini alıkoyup, beğ enmediğ ini geri veremez. Beğ endiğ i ürünlerin çoğ unluğ u oluşturmaları durumu değ iştirmez. Örneğ in, on üründen dokuzunu görüp kabul ettikten sonra sonuncusunu beğ enmezse ve iptal etmek isterse, artık önceki dokuz ürüne de sahip olamaz. Burada, fiyatın detaylarına veya kapların çeş itliliğ ine bakılmaz.

2-b. Onay fiilîdir: Görülmeyen diğer ürünlere de geçerlidir. Örneğin, birden fazla elbiseden birini giymek, birini hibe edip teslim almak veya tüketmek, diğer ürünler için seçim hakkını ortadan kaldırır. Yani, geriye kalan ürünleri reddetme yetkisi yoktur. Çünkü rıza, hükmen lüzumu sabit hale getirir. Hükmen zorunlu hale gelen bir şeyin reddi mümkün değildir. Ancak, fiilî kabulün bir iptal suretiyle ortadan kaldırılması durumunda, seçim hakkının geri döneceğini söyleyenler vardır. Çünkü satışın bölünmesi sakıncası ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte, çoğunluğun görüşü, seçim hakkının geri dönmemesi yönündedir. Nitekim, birden fazla satılan üründen birinin satışa sunulması veya teslim alınmasından sonra, diğerinin görülüp reddedilmesinin caiz olmayışı bu görüşü teyit etmektedir.

Vefat durumu:

Görme hakkı, kişinin sahip olduğu bir vasıftır. Kişinin ölümüyle birlikte bu hak da ortadan kalkar. Eğer bu vasıf, satılan mala bağlı olsaydı, mal mirasçısına geçtiğinde mirasçıda da bu hak bulunurdu. Ayrıca, mirasçı akdin tarafı değildir. Bu nedenle, mirasçı herhangi bir seçim hakkı olmaksızın bu mala sahip oluyor ve sonuç olarak, kişinin vefatı bey'e lüzum kazandırarak rüyet hakkının hükmüne son veriyor. (Kişiye ait bir hak olduğu için, malı görmeden önce var olan iptal hakkı da vefat ile sona erer.) Ancak, vefat, (fasit) geçersiz bir satışta reddetmeye engel değildi. Buna dikkat edilmesi gerekir.

Ebül'ulâ'nın burada hanefilerin görüşünü benimsediğini anlıyoruz, çünkü ilgili madde komisyon tarafından Malikiler ve Şafiîlerin görüşüne göre tadil edilmiştir.⁶⁴

Teazzür-ü Red (Talebin reddi):

Bazı sebeplerin gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkar

a-Telef: Yani, malın yok olması. Hıyar-ı şart (şartlı seçme hakkı) gibi, hıyar-ı rüyeti (görme hakkı) de geçersiz hale gelir.

b-Teayyüb: Yani, malın kısmen telef olması, (Doğrudan teayyüb izne dahildir.) Bir kısmını satmak, hibe etmek ve teslim etmek, ekmek, kalan kısmı için teayyüb sayılır. Ayıplı kısımda satış gerekirken, diğerinde seçme hakkı devam eder denilse, satışın

⁶⁴ Mecelle Encümeni'nin Kitâbü'l-Büyû'a ait tedkîkâtı"Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası"

bölünmesi gerekir. Havuç, şalgam, soğan, sarımsak, turp gibi yer altında bulunan ve filizlenen şeylerin, müşterinin izni olmadan çıkarılması durumunda malın bir kısmının kusurlu hale gelmesi söz konusu olur. Bu durumda, kalan kısım da kusurlu kabul edilir. Bu nedenle, tüm bedelin ödenmesi gerekir. Çıkarılan malın böyle bir hükme yol açması, müşterinin beğenmeyip satışı iptal etme endişesi ve beğenmediği takdirde malı iade edemeyeceği korkusuyla malın çıkarılmasından kaçınması durumuna gelir. Bu durumda yapılacak şey, öncelikle iki taraftan birinin malı çıkarmasını beklemektir. Durum devam ederse, hâkime başvurarak satışı iptal ettirmektir.

Buradaki ürünün topraktan çıkarılmasından kastedilen müşterinin çıkarmasıdır. Yoksa müşterinin bir adamının çıkarması durumunda muhayyerlik hakkı devam eder.

c -Ziyade Husûlü: Ayrı olarak ortaya çıkan fazlalıklar dışında, malda meydana gelen tüm fazlalıkların ortaya çıkmasıyla seçme hakkı (hıyar) sona erer. Tüketilmesi beklenmez. Tüketim esasen kabul anlamına gelir. Nitekim, görmeden satın aldığı dişi koyunun sütünü satıcının sağması veya döküp saçmasına izin vermesi, malın bir kısmının teslim alınması suretiyle muhayyerlik hakkının sona ermesi olarak kabul edilir. Fazlalığın kendi kendine yok olması durumunda hıyar-ı rüyet (görme hakkı) geri döner. Çünkü engel olan durum ortadan kalktığı için yasak geri gelmiştir.

Şart muhayyerliğini bozan (iptal eden) bir durum, görme hakkını (hıyar-ı rüyet) da bozar, ancak bunun tersi geçerli değildir. Şart hakkını bozmayan bir durumun, görme hakkını bozmayacağı söylenemez. Görme hakkı, görme sonrasında malı teslim almak ve uygun bulmakla sona erer. Halbuki şart hakkı, bu durumlarla bozulmaz.

2.5.11.4. Hıyar-ı Rüyetten Dolayı Olabilecek İhtilafların Çözüm Yolları

- 1.Satıcı, görme sonrasında, müşteri görmeden önce rızanın gerçekleştiğini iddia ederse, söz yeminle müşterinindir.
- 2.İade konusunda ihtilaf çıkarsa (bu mal budur veya bu mal değildir şeklinde), müşteri haklı kabul edilir.
- 3.İyice düşünerek gördüğü iddiası karşısında müşteri, hiç görmediğini iddia ederse, yine yeminle birlikte sözü geçerli kabul edilir.

4.Teslim almadan önce malda değişiklik olduğuna dair bir ihtilaf varsa ve bu süre kısa ise (hayvanlar için bir ay ve daha kısa bir süre), yeminle birlikte satıcı haklı kabul edilir, müşteriye beyyine gerekir. Çünkü, bu dünyada her şeyin uzun süre değişmeden kalması pek mümkün değildir. Geçen süre uzun ise, söz müşterinin, beyyine bayi'indir.

5.Numuneye uygunluk konusunda bir ihtilaf varsa ve mal meclisinde (satış yerinde) hazır değilse, numune de telef olmuşsa, müşteri haklı kabul edilir. Çünkü kendisine getirilen malın, numuneyle aynı olmadığını zımnen inkâr eder. Mal hazırsa ve numune mevcutsa, bilirkişilere gösterilerek anlaşılır. Numune yok olmuşsa, yeminle satıcı haklı kabul edilir ve müşteriye beyyine gerekir. Çünkü beyyine (delil) görünene aykırı bir durumu ispat etmek içindir ve yemin ise asıl durumu korumak içindir.

6.Sınırları belli bir şeyi satın alıp teslim aldığını kabul ettikten sonra, tüm sınırları görmediğini iddia etmesi dikkate alınmaz.

2.5.11.5. Görme Muhayyerliği Konusunda Tadil Edilen Maddeler

Ebül'ulâ Mardin'in kaleme aldığı "Görme Muhayyerliği" konusunda Mecelle Ta'dil Komisyonu Mecelle'den 8 Madde çıkarmıştır.

1-320. Madde- Bir kimse bir malı görmeden iştira etse görünceye dek muhayyerdir.

Gördükte dilerse fesheder ve dilerse kabul eder. Buna hıyar-ı ru'yet denilir.

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi, 320. maddede maddî hata türünden yanlış hüküm olduğunu belirtmiştir. Bu maddede görme muhayyerliğinin, müşterinin görmeden satın aldığı malı görünceye kadar olduğu ifade edilmiştir. Ali Haydar Efendi muhayyerliğin görünceye kadar değil görünce sabit olacağını ifade ederek madde metninde geçen "...görünceye dek muhayyerdir" ibaresini tenkit etmiştir.

Hıyar-ı ru'yette, muhayyerliğin zamanı ile ilgili olarak fıkıh kitaplarında "gördükte muhayyerdir" denilmektedir. Bu maddedeki "görünceye dek muhayyerdir" tabiri ile "gördükte muhayyerdir" tabiri arasında fark vardır.

Çünkü muhayyerliğin sübutu görmeye bağlanmıştır. “ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ ”
(Bir kimse görmediği şeyi satın alsa; o şeyi gördükte, onun için muhayyerlik vardır)
hadisine göre görmezden önce muhayyerlik sabit olmaz.⁶⁵

2- 321. Madde- “Hıyâr-ı ru’yet varise intikal etmez”.

Binaen-alâ-zalik müşteri almış olduğu malı görmeden vefat etse vârisi muhayyer olmaksızın ol mala malik olur.

Hanefiler’e göre ru’yet muhayyerliği varise intikal etmez. Çünkü hıyâr-ı ru’yet meşiiyet ve iradedden ibaret olan bir vasf-ı mücerredir⁶⁶. Mâlikîler ve Şafîîler ise, muhayyerlikler arasında ayrım yapmadan, muhayyerliklerin varise intikal edeceğini kabul etmişlerdir.⁶⁷

3- 322. Madde- Malını görmeden satan bayi için hıyar-ı ru’yet yoktur. Meselâ bir kimse kendisine irsen intikal eden malı görmeden satsa bey’ bilâhıyar mün’akid olur.

4- 323. Madde: “Hıyâr-ı ru’yet bahsinde ru’yet, mebiin asıl maksadı bildiren hal ve mahalline vâkîf olmaktan kinayedir.”

201. “Mecelle maddesi şöyledir: Mesela şu kadar kile kızılca buğdayı yahut filan ve filan hudud ile mahdud olan arsa diye satılsa mebî malum ve bey’ sahih olur.” Komisyon, belkide bu maddenin bu konuya da içerdiğini dikkate alaraktekrardan kaçınmak için Maddeyi Mecelle’den çıkarmıştır.

5- 327. Madde: “Mütefavit şeylerin toptan iştirasında her birini başka başka görmek lâzımdır”.

6- 332. Madde: “Bir kimse şıra kastıyla yani alıcı gözüyle görmüş olduğu malı bir müddet sonra ol mal olduğunu bilerek iştirâ etse hıyar-ı ru’yeti yoktur. Fakat ol malda bir tegayyür hasıl olmuş ise ol vakit muhayyer olur.”

7- 333. Madde: “Mebi’in iştirasına yahut kabzına vekil olan kimsenin ru’yeti, asilin ru’yeti gibidir.”

⁶⁵ Zeylaî, Cemalüddin b. Muhammed Abdillâh b. Yusuf, *Nasbu’r-Râye li-Ehâdisi’l-Hidaye*, 4/9.

⁶⁶ Ali Haydar, *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, I/525

⁶⁷ İbn Rüşd, Ebu’l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Hafid, *Bidâyetü’l-Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid*, 2/176

8- 334. Madde: “Rasûlün yani mücerret mebiî alıp göndermeye memuren gönderilen adamın ru’yeti müşterinin hıyâr-ı ru’yetini iskat eylemez.”

Bahsi geçen 'Hıyar-ı Rü'yet' faslında, herhangi bir madde değişikliği yapılmaksızın veya ekleme yoluna gidilmeksizin, doğrudan sekiz maddenin çıkarıldığı görülmektedir.

2.5.12. Ta’yin Muhayyerliği

Ebül’ulâ Mardin bu makalesinde Mecelle Kitabü’l-Buyû‘ 316, 317, 318 ve 319. maddeleri değerlendirmektedir.⁶⁸

Konuya tayin muhayyerliğinin tarifiyle başlayarak şu girişi yapar: Kıyemî, iki veya üç şeyden her birinin fiyatı belirtilerek belirli bir süre zarfında bunlardan birini alma veya verme seçeneğiyle yapılan bir satış akdidir. Bu tür bir satışta, seçme hakkına sahip olan taraf, bu süre içerisinde hangi malı tercih edeceğine karar vererek, diğer mallar hakkında önceki durumu iade etme hususunda yetki sahibidir. Bu yetki, akdin belirtilen şekilde gerçekleşmesine dayanır. Böylece, bu tür bir akitte, taraflardan birinin seçim hakkını kullanarak nihai kararını vermesi, diğer malların eski durumlarına dönmelerini sağlar.⁶⁹

Bu girişi yaptıktan sonra şu açıklamalarda bulunur:

Müşterinin güvenini kazandığı veya kendisi için satın alma işlemini gerçekleştirdiği kişinin, hakkında en uygun ve faydalı olan şeyi seçmesi amacıyla, müşterinin bilgisi dışında gerçekleşen bir satış işleminden doğabilecek olası zararları önlemek maksadıyla, satıcının ihtiyaçları zaruret kapsamında değerlendirilmiştir. Zaruretlerin yasak olan şeyleri mübah kılacağı ilkesi doğrultusunda, belirsiz malın satışının kıyasen geçersiz

⁶⁸ Madde: 316: Kıyemiyattan iki yahut üç şeyin başka bahaları beyan olunarak bunlardan müşteri dilediğini almak yahut bâyi‘ dilediğini vermek üzere satmak sahih olur. Buna hıyâr-ı ta’yîn denir.

Madde: 317: Hıyâr-ı ta’yinde ta’yîni müddet lazımdır.

Madde 318: Hıyâr-ı ta’yîn ile muhayyer olan kimse müddeti mu’ayyene murûrunda aldığı şeyi ta’yîne mecbur olur.

Madde 319: Hıyâr-ı ta’yîn vârise intikal eder.

⁶⁹ Ebül’ulâ Mardin, “Akd-i Bey’de Hıyâr-ı Vâsî ve Hıyâr-ı Ta’yîn”, *Daru’l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 3(Temmuz 1332) 487.

olması gerekliliğine rağmen, istihsanen bu tür satış işlemlerinin geçerli kabul edilmesi yönünde bir yaklaşım benimsenmiştir.

Hıyar-ı şart gibi akd-i bey'i gerçekleştirecek lafızlara eklenen kayıtlarla ortaya çıkan bu muhayyerlik durumundan hıyar-ı şart anlamı da çıkarılmakta ise de burada şart muhayyerliğinde olduğu gibi akd-i bey'den tamamen çekilme imkânı bulunmamaktadır. Her durumda, mebi' olarak kararlaştırılan şeylerden birini seçme zorunluluğu vardır. Dolayısıyla, bu durumu farklı bir mahiyette değerlendirmek gerekmektedir. Ancak, buradaki mahiyet, şartlı olmayan bir şeyin mahiyeti olduğundan, hıyar-ı şart ile yakınlık kurmak mümkündür. Yani hıyar-ı tayin hem şartlı hem de şartsız durumlarda geçerli olabilir.⁷⁰

Hıyar-ı şartta olduğu gibi, burada da zaman ve şekil itibariyle araştırmalar yapılabilir. Ancak, zaman faktörüne ilişkin ihtimaller, hıyar-ı şarta dair belirtilen hususlarla açıklığa kavuşturulduğundan, mevcut araştırmaların şekil üzerine yoğunlaşması ve dikkate alınacak kayıtlar ile yararlanacak kişilere ilişkin olmak üzere iki aşamada incelenmesi uygun görülmüştür.

2.5.12.1. Ta'yin Muhayyerliğinin Gerçekleşmesinin Şartları

Ebül'ulâ Mardin hıyar-ı tayin durumunun meydana gelebilmesi için beş şartın gerçekleşmesinin gerekli olduğunu söylemektedir.

1- Mebi'in Kıyemiyeti: Çünkü benzerlikte tefâvüt kavramı düşünülemeyeceğinden, mebi'in nitelik ve özelliklerinin açıklanmasındaki ifadeler, benzer cinsten olan misliyatı ifade ettiği anlaşılırsa, belirli bir seçimin yapılması mümkün olmaz.

2- Aded: Çünkü üçten fazlası geçerli değildir. Zorunlu ihtiyaç miktarı kadar olan üç adet, ortalama, en yüksek ve en düşük seviyeyi kapsayacak şekilde belirlenmiş ve aşırısı akde zarar verecektir.

3- 'Alâ Hidetin Ta'yin-i Beha: Çünkü fiyatlar ayrı ayrı belirtilmezse, nihayetinde ihtilafa yol açar. İhtilaf ihtimali ise akdin fesadına sebebiyet veren durumlardandır. (Yani, üçüne

⁷⁰ Ebül'ulâ Mardin "Tayin Muhayyerliği", *Daru'l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 3(Temmuz 1332) 488.

birden tayin-i beha maksadı temin etmez. Zira fiyatlarda eşitlik aranmıyor; fazla ve eksik suretiyle farklılıklara izin veriliyor). Bu esasın istisnası, yalnız alınacak fiyatın belirlenmesi suretiyle olan şekildir. Mesela, “üçünden birini bin kuruşa sattım” denildiğinde, malların her birinin fiyatı ayrıca belirtilmemiş olsa bile hıyar-ı tayin oluşur.

4- Ta‘mim: Yani, "dilediğini almak, dilediğini vermek" gibi bir tabirin kullanımı. Dolayısıyla, “şu üç şeyden birini sattım” denirse, satış geçerli olmaz; bu, mebi‘in belirsizliğine ve neticede ihtilafa yol açar. Vaki olarak, hıyar-ı tayin baştan itibaren mebi‘in belirsizliğine cevaz veren bir düşünce veriyor gibi görünse de aranılan kayd-ı ta‘mîm, ilgili kişinin iradesine bırakma suretiyle mebi‘a dair ihtilaf yaratmayan bir belirlilik sağlar.

5- Müddet: Çünkü müddet belirtilmezse, satış geçerli olmaz. Muhayyer olan tarafın tayine zorlanması imkânsız olduğundan, karşı taraf zarardan kurtarılamaz. Zorlama imkânı sağlamak için bir müddetin belirlenmesi zorunludur. Akitle birlikte zorlama yetkisi kabul edilirse, hıyâr-ı tayin anlamsız kalır. Oysa böyle bir zorlama hakkı bulunmazsa, satışın amacı zayi olur. Müddetin belirlenmesi, işte bu mahzurları ortadan kaldırır. Aslında, bu kayda Zeyle‘î muhaliftir. Zira, ona göre Şart muhayyerliğine bağlı olmayan Ta‘yin muhayyerliğinde müddetin belirtilmesine gerek yoktur. Hıyâr-ı şartta, hükmün başlamasını güvence altına almak için süre tayini faydalı iken, hükmün akitle derhal başladığı hıyâr-ı tayinde böyle bir fayda yoktur.

Ebül’ulâ “Kanunu medenimiz olan Mecelle, müddet kaydını kabul etmiştir. Müddet için hıyâr-ı şartta belirtilen durumlar burada da geçerlidir. Yani, mutlaklık, te‘bîd ve tevkît suretleriyle sınırlılık, süre tayinindeki belirsizlik ve belirginlik detayları geçerlidir. Keza burada da belirginlikle yetinilip, sınırlılık aranmamıştır. Dolayısıyla, süre üç günden fazla veya az olabilir.”

Şahsa gelince iki ihtimalin akla geldiğini ifade eder.

1- Müşteri Muhayyer Olur: Buna göre hukuki sonuçlar şu şekilde ayrınılır:

a-Kabz halinde biri semeni ile mazmundur.

b-Diğerleri ise emanettir, yani satın alma bedeli ile makbuzdur, dolayısıyla bir ayn-i mazmun olarak değerlendirilemez. Zira hıyar-ı tayinli bey‘lerde mebi‘ muayyen olmadığından, birini semeni ile mazmun addetmek diğerlerini emanet olarak kabul

etmeyi zorunlu kılar. Bayi'in mülkünde kalıp, akdin içinde bulunma faraziyesiyle satın alma bedeli ile makbuziyete vücut verilememektedir.

c- Müddetin geçmesi durumunda birini tayin etme mecburiyeti vardır. Çünkü hepsini birden reddetme yetkisi yoktur. Müddet geçince birini tayin etmeye zorlanır. Bunun istisnası, hıyar-ı şarta mukarin olan şekildir. Bu durumda muhayyer olan, mesela müşteri, hıyar-ı şart müddeti zarfında mebî' olmayanları emanet olarak kabul eder ve mebî' olarak tayin ettiğini de hıyar-ı şartın sağladığı yetki ile reddeder. Ancak, hıyar-ı tayinin hükmü henüz geçerli iken hıyar-ı şart bir şekilde ortadan kalkarsa, yine içlerinden birini tayin etme zorunluluğu hükmen geri döner.

2- Bâyi' Muhayyer Olur: Bu durumda hukuki sonuç, müddetin geçmesiyle birini tayin etme mecburiyetinden ibarettir. Hıyar-ı şarta mukarin olmadıkça, "hiçbirini vermem" deme hakkı yoktur. Bununla birlikte, tayin ettiği malı da müşteri kabul etmemezlik edemez. Nitekim bâyi' de tümünü birden teslim etmeye zorlanamaz.

Bu muhayyerliğin hükmüne son veren şey tayindir ki bu iki kısma ayrılır:

1- Hakîkî (Gerçek): Bu, ihtiyârî olup ikiye ayrılır:

a. Kavli: "Şunu ihtiyar ettim", "şuna razı oldum", "şunu mucîz oldum" gibi tayin ve ihtiyara delalet eden bir sözün söylenmesi.

b. Fiilî: Muhayyerden temlik ve temellüke dair bir fiilin sudur etmesidir. Örneğin, müşteri muhayyerken birini satılığa çıkarır, bâyi' muhayyerken üçünden birini müşteriye verir. Vefat sonrası veresenin de bu kabil tasarrufları tayin olarak kabul edilir. Zira burada menşei hıyar olan durum şahısta değil, mebi'dedir. Hıyar-ı tayinde mebi'in başkasının mülkü ile karıştığı farz edilir. Mûris, alâkadarın rızasıyla mülkünü nasıl tayin ve temyize muktedir ise, vefatıyla verese de mülkiyetlerine giren mebi'de bunu yapmaya muktedirler. Görülüyor ki bu iktidar irsen değil, re'sen sabit olur. Mâl-ı müştereki tevârüs eden için sabit olan taksim-i iktidar gibi. Dolayısıyla, veresenin sahip olduğu bu yetkiden dolayı, hıyarın miras yoluyla geçtiği söylenemez.

(Hıyar-ı şartlı şekilde vefat, yalnız hıyar-ı şartı bertaraf eder).

2- Zarûrî: İki farklı durumda gözlemlenebilir.

Telef Durumu ve Muhayyer Bayi:

Eğer bir malın telef olduğu (zarara uğradığı) durumda, muhayyer (seçme hakkına sahip) bayi' (satıcı) için iki ihtimal söz konusudur:

a. Kable'l-Kabz (Teslimattan Önce):

Teslimattan önce iki ihtimal düşünülür. Birincisi, malın tamamının telef olduğu ihtimalidir. Bu durumda, satış akdi batıl (geçersiz) sayılır. İkincisi ise, mallardan sadece birinin telef olduğu durumdur. Bu halde, hak sahibi olan taraf, kalan mallardan biriyle sözleşmeyi feshetme veya devam ettirme konusunda muhayyer (seçim hakkına sahip) kalır. Çünkü telef olan malın satış konusu olup olmaması ihtimalleri eşit olduğundan, ortaya çıkan bu belirsizlikle kesin olarak satış akdinin batıl olduğunu söylemek mümkün değildir.

b. Ba'de'l-Kabz (Teslimattan Sonra):

Teslimattan sonra yine iki ihtimal mevcuttur. Birincisi, malların tamamının telef olması durumudur. Hangi malın önce telef olduğunun belirlenememesi sebebiyle, kıymetlerinin üçte birini tazmin etmek gerekir. İkincisi ise, mallardan yalnızca birinin telef olduğu durumdur. Bu durumda, emanet edilen mal daha sonra telef olursa, onun kıymetinin tazmini gerekmektedir.

2.5.12.2. Muhayyer Müşteri Durumu: İki İhtimalin Tasavvuru

Kable'l-Kabz (Teslimattan Önce):

Teslimattan önce iki ihtimal düşünülür:

1-Malın Tamamının Telef Olması: Bu durumda, satış akdi batıl olur.

2-Yalnızca Bir Malın Telef Olması: Bu durumda, müşteri, kalan mallardan birini terk etme veya kabul etme konusunda muhayyer (seçim hakkına sahip) olur.

Ba'de'l-Kabz (Teslimattan Sonra):

Teslimattan sonra yine iki ihtimal mevcuttur:

1-Malın Tamamının Telef Olması: Emanet ile satılan malın birbirine karışmış (şâyi') olmasından dolayı, eğer üç mal varsa her birinin üçte birini, iki mal varsa yarı bedelini (nısf semen) ödemesi gerekir. Çünkü biri satılan malda, diğerlerini emanet olarak kabul etme ihtimali yoktur ve iade edilecek bir şey ortada kalmamıştır.

2-Yalnızca Bir Malın Telef Olması: Telef olan mal ile satılan malın belirlenmiş (ta'yyün) olması sebebiyle, hıyâr (seçim hakkı) sona erer ve müşteri kalan malların bedelini ödemekle yükümlü olur. Bu durum, konumuza temas eden haldir. Telef olan mal ile satılan mal zarûreten belirli hale gelmiştir ve diğer mallar müşteri nezdinde emanet olarak kalır. Yani ileride meydana gelecek olan teleflere karşı müşteri ödemeyle mesul olmaz.

Ta'yyüb: İki İhtimalin Değerlendirilmesi

Muhayyer Bayi' Durumu:

Muhayyer bayi' (seçim hakkına sahip satıcı) durumunda iki ihtimal mevcuttur:

Kable'l-Kabz (Teslimattan Önce):

Teslimattan önce iki ihtimal düşünülür:

1-Malın Tamamının Ta'yyüb edilmesi: Bu durumda, satıcı seçim hakkına sahip olarak istediğini belirleyebilir. Ancak, müşteri tarafından tespit edilen bir kusur varsa, seçim hakkı korunur ve müşteri muhayyerlik hakkını sürdürür.

2-Yalnızca Bir Malın Ta'yyüb Edilmesi: Bu durumda, satıcı seçim hakkına sahip olsa da, bir malın belirlenmesiyle seçim hakkı diğerlerinden ayrılır ve satıcı diğerlerinden birini seçebilir.

Ba'de'l Kabz (Teslimattan Sonra):

Teslimattan sonra yine iki olası durum vardır:

1-Malın Tamamının Ta'yyüb Edilmesi: Satıcı istediğini seçme hakkını korur ve müşteri muhayyerlik hakkını sürdürür. Müşteri, istediği takdirde malı kabul edebilir veya reddedebilir. Ancak, bir kusur sebebiyle bedelde indirim yapılması mümkün değildir.

2-Yalnızca Bir Malın Ta'yyüb Edilmesi: Satıcı seçim hakkını korur. Ancak, eğer satıcı sağlamını seçerse, müşteri malı kabul etmek zorundadır. Eğer kusurlu mal seçilirse, önceki detaylar geçerlidir.

Bu noktada, dikkat edilmesi gereken önemli bir husus: Müşteri, bir malı kabul etmeyi reddetme veya geri verme hakkına sahip olduğunda, satıcının seçim yapma veya kusurlu malı sunma yetkisi yoktur. Müşteriden zaman veya indirim talep etme yetkisi bulunmamaktadır.

Muhayyer müşteri ise iki ihtimal vardır:

1-Kable'l kabz: yine iki ihtimal vardır, ya tamamı teayyüb eder, müşteri muhayyer olur. Dilerse cümlesini terk veya dilediğini semen-i müsemmasıyla kabul eder veya biri teayyüb eder, hüküm aynıdır.

2-Ba'de'l- kabz: ki yine iki ihtimal vardır, ya hepsi kusurlu hale gelmiştir ki,

Bu halde muhayyerlik bertaraf olmaz içlerinden birini ihtiyar ile diğerlerini red mecburiyeti görülür. Şu kadar ki ayb için bir şey vermez veya yalnız biri kusurlu hale gelmiştir ki, bununla teayyün meydana gelir.

Ebül'ulâ son olarak Hıyar-ı tayin (Seçim Yetkisi) sebebiyle ortaya çıkan muhtemel ihtilafların çözümüne ilişkin kabul edilebilir çözüm yöntemlerini şöyle sıralamıştır:

1-Telef iddiasıyla ilgili ihtilaflarda, taraflardan herhangi biri delil (beyyine) sunarsa, bu delil kabul edilir. Şayet her iki taraf da delil sunarsa, satıcının (bayiin) deliline öncelik tanınır. Ancak tarafların hiçbirisi delil sunamazsa, beyan müşterinin yeminine dayandırılarak kabul edilir. Bu yaklaşım, İslam hukukunun temel ilkelerinden biri olan "beraet-i zimmet asıldır" prensibine dayanmaktadır; yani, bir kişinin borçlu olduğu veya sorumlu tutulacağı iddiası kesin bir delille ispatlanmadıkça, zimmetinin borçtan arı olduğu varsayılır.

2-Muhtelif Fiyatlılarda Boyama Yoluyla Ta'yin Sonrası Semen İhtilafları: Örneğin, muhtelif fiyatlı malzemelerin boyanması sonrasında semen miktarında ihtilaf çıktığında (Örneğin, "Kırk kuruşluk olanı boyadınız, hayır, yirmi kuruşluk olanı boyadım" gibi), bu durumda söz, müşterinin tarafındadır. Zira beraeti-i zimmet asıldır. Ancak, ta'yin, "biçmek suretiyle" yapılırsa, bâyi' muhayyerdir. Yani, istediği takdirde müşterinin belirttiği semeni isterse biçilmiş kumaşını alır. Eğer bir kumaşın biçim işlemi, o kumaşın değerini artırmışsa, boyama işlemi bu durumla uyumlu olarak değerlendirilir. Yani, kumaşa yapılan boyama işlemi de kumaşın değerini artırmaya yönelik bir işlem olarak kabul edilir.

Ebül'ulâ Mardin Hıyar'ı- tayin konusunu detaylı olarak ele alarak bu konunun açıklanmaya ihtiyacı olduğunu ihsas etmiştir.

Ta'dil Komisyonlarının Ta'yin Muhayyerliği Bölümüne İlave Ettiği Maddeler

Mecelle Tadil Komisyonu da Hıyar-ı Tayin ile ilgili maddelerin konuyu yeterince açıklayıcı nitelikte olmaması nedeniyle, bu fasla dört ilave madde eklemiştir. Söz konusu ilavelerde bir başka mezhebin görüşüne başvurulmamış, yalnızca Hanefi mezhebinin görüşleri esas alınmıştır.

İlave edilen maddeler şunlardır:

6. Bâb, 4. Fasl: Hıyâr-ı ta'yin.

Madde 18: “ Hıyâr-ı ta'yin ile vuku' bulan bey'de ta'yin olunan eşyanın la ale't-tayîn biri mebi, bakisi emanettir. Binaenaleyh bunlardan biri helak olduğu veya ta'ayyüb ettiği taktirde nazar olunur. Muhayyer müşteri olup kabz dahî vuku' bulmuş ise, helak olan veya ta'ayyüb eden şey mebi olarak taayyün eder. Muhayyer bayii ise, kabz vukubulmuş olsun olmasın helak olan şey emanet olarak taayyün eder.”

Madde 19- “Hıyâr-ı ta'yin ile vuku' bulan bey'de, muhayyer müşteri olduğu halde ta'yin olunan eşyadan biri kabl'el-kabz helak olur veya taayyüb ederse müşteri ya bey'i fesheder veyahut helak suretinde bakîde ve taayyüb suretinde dilediğinde infaz eder.

Muhayyer bayi olduğu halde kabz vuku' bulmuş olsun olmasın bayi' fesh veyahut helak suretinde baki ile ve taayyüb suretinde dilediği ile müşteriyi ilzam ettiği şey müteayyib olduğu taktirde ta'yib ba'd el-kabz ise müşteri kabule mecbur ve kabl el-kabz ise müşteri kabul veya redde muhayyer olur.”

Madde 20- Hıyâr-ı ta'yin ile vuku' bulan bey'de ta'yin olunan eşyanın cümlesi birden kabl'el-kabz helak olursa muhayyer müşteri olsun bayi olsun bey' bâtil olur. Ba'd'el-kabz helak olur ise muhayyer müşteri olduğu halde makbuzun iki veya üç olduğuna göre her birinin semenin nısfını veya sülüsünü vermesi lâzım gelir. Ve muhayyer bayi' olduğu halde müşteri makbuzun iki veya üç olduğuna göre her birinin kıymetinin nısfını veya sülüsünü zâmin olur.

Madde 21- “Hıyâr-ı ta'yin ile vuku' bulan bey'de ta'yin olunan eşyanın cümlesi birden taayyüb ederse müşteri muhayyer olup taayyüb dahî bad'el-kabz vuku' bulduğu halde

dilediği birinden infazda muhayyer olur. Bayi' muhayyer olduğu halde dilediği ile müşteriye ilzam veya bey'i fesh eder. İlzamı halinde taayyüb ba'd el-kabz ise müşteri kabule mecbur, kabl'el-kabz ise müşteri kabul veya redde muhayyerdur. Fesih halinde taayyüb kabl'el-kabz ise bir şey lâzım gelmez. Bad'el-kabz ise müşteri noksan-ı kıymetle zamin olur. Noksan-ı kıymet makbuzun iki olduğuna göre her biri için nısf, üç olduğuna göre sülüstür.”⁷¹

2.5.13. Vasıf Muhayyerliği

Ebül'ulâ Mardin bu makalesinde Mecelle Kitabü'l-Buyu 310, 311, 312, 313, 314 ve 315. Maddeleri değerlendirmektedir.⁷²

Bir malın belirli bir vasıf ile satılması ve bu vasfın malda bulunmaması durumunda müşteriye akdi feshetme veya infaz etme hakkı tanınır. Bu muhayyerlik hakkı, menfaatlerin gerektirdiği sebeplerle yalnızca müşteriye aittir. Satış sözleşmesinde vasfın açıkça belirtilmiş olması gerekmez; çünkü malın satım anında mevcut olan nitelikli vasfının teslimden önce kaybolması, sözleşmede bahsedilmese bile müşteriye muhayyerlik hakkı sağlar. Müşteri, akdin konusu olan haliyle malı teslim alma hakkına sahip olduğundan, bu vasfın kaybolması, teslimden önce malın niteliğinin değişmesi anlamına gelir ve bu durumda müşteri fesih hakkına sahiptir.

2.5.13.1. Akdin Yapılışı Esnasında Mebi' İçin İki İhtimal

1-Akdin tabiatıyla müsemmaya taallük etmesi: Burada, mal, âkideynce (taraf larca) mevcut ve görülebilir değildir. Bu durumda, akit tabiatıyla belirlenen müsemmanın teslimine bağlıdır. Teslim edilen şeyin bu müsemmaya uygun olmaması durumunda,

⁷¹ Mecelle Encümeni'nin Kitabü'l-Buyu'a ait tedkikatı “Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası”13(Şubat 1340),170, 171, 172.

⁷² Madde 310: Bayi'in bir vasf-ı mergup ile muttasıf olmak üzere satmış olduğu mal ol vasıftan ârî çıkarsa müşteri muhayyerdur. Dilerse bey'i fesheder ve dilerse mecmuu semen-i müsemma ile mebi'i kabul eder. Buna hıyar-ı vasf derler.

Madde 311: Hıyar-ı vasf varise intikal eder.

Madde 312: Hıyar-ı vasf ile muhayyer olan müşteri mebi'de temellükün levazımından olan bir veçhile tasarruf ederse hıyarı iptal etmiş olur.

Mardinizade, “Akd-i Bey'de Hıyâr-ı Vasf ve Hıyâr-ı Ta'yin”, *Daru'l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 3(Temmuz 1332) 487.

teslim edilen malın müsemma ile olan uyumsuzluğu veya muhalefeti hakkında ayrıntılı bir inceleme yapılır.

2-Malın meşhud ve mevcut olması: Bu durumda iki ihtimal göz önünde bulundurulur:

1-Eğer mal müsemmaya uygun ise, tesmiye (isimlendirme) o malın kendisine tabi olur. Yani, meşhud olan ve belirtilen mal esas alınır.

2-Eğer mal müsemmaya uygun değilse, durum ikiye ayrılır:

2.1: Tesmiye hezl ise: Yani, burada şaka yapılıyorsa, işaret edilen mal geçerli kabul edilir. Örneğin, cam parçasına bile bile elmas deniyorsa, işaretin en güçlü tarif olduğu göz önüne alındığında akit işaret edilen mala taallük eder.

2.2: Tesmiye hezl değilse: Burada muhalefet cinsten⁷³ ise, yani mal farklı bir türde ise, hatta talep edilen bir mal olsa bile satış batıl olur. Çünkü bu durumda müsemma, işaret edilen mala benzer bir şeydir ve akit müsemma üzerine kurulmuştur. Bu benzerlik nedeniyle işaretin en güçlü tarif olduğunu kabul edemeyiz ve müsemmanın satılan maldan farklı olduğunu ve aslında satılan malın mevcut olmadığını kabul etmek

⁷³ *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, cins kavramını "Şamil olduğu efradı beyinde garazca tefavütü fahiş olmayan şey" olarak tanımlamaktadır. Bu tanım, mantıkçıların ve fakihlerin cins kavramına getirdiği tanımlardan farklılık arz etmektedir.

1-Mantıkçıların Cins Tanımı: Mantıkçılar, cins kavramını "Hakikatleri muhtelif efradın mahiyetleri sualine cevap olan" olarak tanımlar. Yani, bir cins, mahiyetleri farklı olan fertlerin hakikatlerine dair sorulara cevap veren bir kavramdır. Bu yaklaşımda, cinsin altındaki fertler arasında mahiyet farklılıkları olabileceği kabul edilmektedir.

2-Fakihlerin Cins Tanımı: Fakihler ise cinsi, "Ahkamı muhtelif efradı cami olan" olarak tarif ederler. Bu tanım, farklı hükümlere sahip bireylerin bir araya geldiği bir kavram olarak cinsi ifade eder. Burada da cinsin altındaki bireyler arasında hüküm farklılıkları bulunabilir.

Mecelle'nin Cins Tanımı ve Uygulamaları

Mecelle'nin cins kavramı ise, fakihlerin ve mantıkçıların tanımlarından ayrılır. *Mecelle*, bireyler arasında garazca (maksat, niyet) tefavütü (farklılık) fahiş (büyük) olmayan şeyleri cins olarak kabul eder. Bu nedenle, bazı örnekler üzerinden *Mecelle'nin* yaklaşımını değerlendirmek mümkündür:

Kadın ve Erkek: Fakihlere göre kadın ve erkek farklı cinsler olarak kabul edilmezken, *Mecelle'ye* göre cins olarak kabul edilirler. Bu, bireyler arasında garazca büyük bir farklılık olmadığı için *Mecelle* tarafından cins olarak değerlendirilmektedir.

Hayvanların Cinsiyeti: *Mecelle'nin* 1471. maddesi açıkça hayvanların dişi ve erkek olarak farklı cinsler olarak kabul edilmesini öngörür. Bu da yine garazca büyük bir farklılık olmadığı için yapılmıştır.

Pekmez ile Sirke, Karakulak Suyu ile Terkos Suyu: Bu tür maddeler de *Mecelle'ye* göre farklı cinslerdir. Çünkü her birinin bireyleri arasında garazca büyük bir farklılık bulunmamaktadır.

Farklı Memleketlerin Mahsulat ve Masnûâtı: Farklı memleketlerin ürünleri ve mamulleri de *Mecelle'ye* göre cins olarak farklılık gösterir. Bunun nedeni, bu ürünlerin bireyleri arasında garazca tefavüt olmamasıdır.)

Bkz: Ebül'ulâ, "Akd-i Bey'de Hıyâr-ı Vâsf ve Hıyâr-ı Ta'yin", 483.

zorundayız. Çünkü ortada, maksudun (amaçlanan şeyin) açık delili olan bir tesmiye vardır. Bu açık delili göz ardı etmemek, akdin müsemmaya taallük ettiğini kabul etmeye bağlıdır. Ancak, mevcut duruma göre, malın mevcut olmadığını gösterir ve mevcut olmayan malın satışı batıldır.

Bu detaylar çerçevesinde, Mardinizade'nin görüşüne göre, bir akitte malın teslimi sırasında mevcut olan veya belirlenen malın niteliğine ve tarafların niyetine göre, akdin geçerliliği ve tarafların hak ve yükümlülükleri belirlenir. Bu, İslam hukuku çerçevesinde akitletlerin geçerliliği ve malların teslimi konusunda önemli bir değerlendirmedir.

Ebül'ulâ Mardini'ye göre "Muhalefet vasıfta ise, bu vasıf iki halden hâli değildir:"

1-Aldanmak ihtimali olan vasıf: Bu durumda, vasıf şart mahiyetinde telakki olunur. Eğer vasıf merğub (arzu edilen) değilse, lağv (geçersiz) olur. Ancak, vasıf merğub ise, akit fasit (bozuk) olur. Örneğin, satılan bir hayvanın gebe olarak tavsif edilmesi durumunda, bu vasfın delil-i zahirisi (açık delili) hayvanın şişkinliğine atfedilebilir. Bu nedenle, aldanmak ihtimali mevcuttur. Bu durumda, böyle bir vasıf niza' (anlaşmazlık) doğurabilecek bir şart mahiyetine bürünür. Dolayısıyla, vasfın merğubiyeti halinde akdi fesada götürür.

2-Aldanmak ihtimali olmayan vasıf:

1-Merğûb değil ise: Eğer vasıf arzu edilen bir nitelikte değilse, bu durumda vasıf lağv (geçersiz) olur. Yani, bu vasfın eksikliği hukuki bir sonuç doğurmaz. Örneğin, bir malın ayıplı olduğu belirtilerek satılması fakat malın ayıpsız çıkması, akdi geçersiz kılmadığı gibi muhayyerlik (seçim hakkı) de bahşetmez. Bu durum, satıcının ayıp iddiasından dolayı borçluluğunun sona erdirilmesi gibi bir işlem olarak telakki edilir.

2-Merğûb ise: Eğer vasıf arzu edilen bir nitelikteyse, hıyar-ı vasf (vasıf muhayyerliği) sabit olur. Burada söz konusu olan muhalefet, işte bu tür bir vasma muhalefettir. Örneğin, bir ineğin sağlıklı olarak satılması gibi durumlarda, bu vasfın delil-i zahirisi (açık delili) olduğu için aldanmak ihtimali yoktur. Aynı şekilde, yakut için renk belirtilmesi, satış sırasında belirli sayıda ağaçlık bahçe, odalık ev veya arşınlık arsa gibi özelliklerin beyan edilmesi de bu tür vasıflardandır.

Bu bağlamda, müşterinin rızası bu vasıflara dayanmaktadır. Vasıf eksikliğinde muhayyerlik tanınması, müşterinin rızası olmaksızın akde cevaz verilmiş olacağı

anlamına gelir. Ancak, rıza satışın sıhhat şartlarından biridir. Bu nedenle, muhayyerlik akdi fesattan kurtarır. Çünkü müşteri, dilerse satış işlemini fesheder, dilerse tam bedel ile malı kabul eder. Zira mebâ (satılan mala) bağlı olan vasıf, ayrıca bir hüküm taşımadığından, bedelden ayrı bir payı yoktur.

Ebül'ulâ Mardin bir vasfın merğûb olup olmadığını anlamak için iki kritere dikkat çeker.

1-Semenin Verilip Verilmeyeceği: Vasıf bulunmaksızın bu miktar semenin (bedelin) verilip verilmeyeceği araştırılır. Eğer vasıf mevcut olmasa bile bu miktar bedel ödenebiliyorsa, vasfın merğûb olmadığı anlaşılır.

2-Semenler Arasındaki Fark: Vasıf mevcut olmadığında bu miktar bedel ödenmeyecekse, iki bedel arasındaki farkın fahiş (büyük) bir dereceye ulaşmış olmadığı incelenir. Fahiş bir fark varsa, vasıf merğûb kabul edilir.

2.5.13.2. Hıyar-ı Vasfın Hükümüne Nihayet Veren Sebepler:

Ebül'ulâ Mardin hıyar-ı vasfın hükümüne nihayet veren sebepleri sıralarken şunlara dikkat çeker:

1-İcazet: İcazet, ya sözlü (kavlî) ya da fiili olarak gerçekleşir. Müşteri, mal üzerinde mülkiyet gerektiren bir tasarrufta bulunursa, bu icazet anlamına gelir. Bu, rızanın zahirî delili olarak kabul edilir. Müşterinin vefatından sonra varislerin bu tür tasarrufu da fiili icazet sayılır. Bu durumda muhayyerlik (seçim hakkı), şahsa bağlı olan bir hak olmadığından, mebiin (satılan malın) kime geçtiği önemli değildir. Muhayyerlik hakkı, ayn ile birlikte intikal eder.

2-Fesih: Fesih, sözlü (kavlî) olarak düşünülebilir. Satıcı için böyle bir muhayyerlik düşünülemediğinden, fiili fesih mümkün değildir.

3-Mebî'in Telef Olması: Mebiin yok olması, redde mani (engel) olarak kabul edilir ve bu durumda muhayyerlik sona erer. Vasıf eksikliği tazmin ettirilir. Bu durumlar, muhayyerliğe kalıcı olarak son verir. Geçici olarak son verenler ise şunlardır:

4-Ba'de'l Kabz Te'yyüb: Mebiin el değiştirmesinden sonra kusurlu hale gelmesi, feshe engel olur. Tam bedelle ilzam (zorunlu kılma) ise bir zarara yol açar. Bu nedenle, mebiin önce vasıflı, sonra vasıfsız değeri belirlenir ve fark ortaya çıkarılır. Ardından şu değerlendirmeler yapılır:

4-1-Kıymetin Semene Eşit Olması: İki kıymet arasındaki fark, vasıf eksikliği olarak kabul edilir ve bu miktar bedelden düşülür. Eğer bedel ödenmişse, müşteri bu miktarı geri alır.

4-2-Kıymetin Semenden Fazla veya Eksik Olması: Bu durumda, fark kıymetin nispetine göre bedelden düşülür. Örneğin, 1200 kuruşa satılan bir malın vasıflı kıymeti 1000 kuruş ve vasıfsız kıymeti 750 kuruş olsa, rubu' (dörtte bir) oranında bir eksiklik görülür. Bu durumda bedelden de rubu' oranında düşüş yapılarak 900 kuruş ödenmesi gerekir. Bu şekilde, vasıf eksikliği telafi edilerek, zarar mümkün olduğunca azaltılmaya çalışılır.

5-Mebî'de Ziyade-i Muttasila-i Gayr-i Mütevellide veya Munfasila-i Mütevellide Husûlü

Ebül'ulâ Mardin, bir mebi'de (satılan malda) eklenen veya ayrılan fazlalıkların hukuki etkilerini anlamak için şu durumlar göz önünde bulundurulmalıdır. Der:

5-1-Ziyade-i Muttasila-i Gayr-i Mütevellide: Müşterinin, odası eksik çıkan bir eve bir oda ilave etmesi gibi durumlar bu kategoriye girer. Bu tür eklemeler, redde engel teşkil eder.

5-2-Ziyade-i Munfasila-i Mütevellide: Örneğin, sağılır diye alınan ineğin sütten kesilmiş olmasına rağmen, deneme sırasında bir miktar süt vermesi durumunda, bu tür fazlalıklar da redde mâni kabul edilir.

Bu fazlalıkların akde etkisini geçici olarak sona erdiren bazı durumlar vardır:

Kable'd-tazmîn (Tazmin Öncesi): Örneğin, mebi'de (satılan malda) dördüncü bir durumda ortaya çıkan bir ayıp ortadan kalkarsa ve beşinci durumda bu fazlalık kendiliğinden telef olup bertaraf olursa (zira istihlâk fiili icazet anlamına gelir), muhayyerlik (seçim hakkı) geri döner.

Bu nedenle, bu tür fazlalıklar ve onların ortadan kalkması, muhayyerliğin geçici olarak sona ermesine neden olabilir. Ancak, muhayyerlik şartları yeniden sağlandığında, müşteri yine seçim hakkını kullanabilir.

2.5.13.3. “Bâyi’ ile Müşteri Arasında Hıyar-ı Vasftan Dolayı Ortaya Çıkabilecek İhtilafların Çözüm Yolları”

Ebül’ulâ Mardin’e göre hıyar-ı vasftan kaynaklanan ihtilafların çözümü, İslam hukuku çerçevesinde belirli kurallar ve prensipler doğrultusunda gerçekleştirilir. Bu tür ihtilafların halli için dikkate alınması gereken hususlar aşağıda belirtilmiştir:

1-Vasfın Beyan Edilip Edilmediği İhtilafı: Eğer taraflar arasında vasfın beyan edilip edilmediği konusunda bir anlaşmazlık varsa, bu durumda söz bâyi’in (satıcının) tarafında kabul edilir. Çünkü bâyi’, fesih hakkını inkâr eden taraftır. Müddeinin (iddia edenin) beyyine (delil) sunması gerekmektedir, çünkü iddia eden taraf reddi savunmaktadır.

2-Vasfın Beyanında İttifak Edilip Fikdanında İhtilaf Olması Durumu: Eğer taraflar vasfın beyanında ittifak etmişler, ancak bu vasfın mevcut olup olmadığı konusunda ihtilafa düşmüşlerse, bu durumda söz müşteri tarafındadır. Müşteri, sıfat-ı arızadan (harici nitelikten) olan vasfın mevcut olmadığını iddia eden taraftır. Satıcı, vasfın mevcut olduğunu ispat edemediği sürece müşteri, malı kabule zorlanamaz.

2.5.13.4. Tadil Komisyonu Hıyar’ı Vaf’ Bölümüyle İlgili Komisyonun İlave Ettiği Madde

Mecelle Tadil Komisyonu hıyar’ı-vasf faslına bir ilave yapmıştır.

İlave edilen madde 17: “Vasf-ı merğubdan ârî çıkan mebiin bir sebeple reddi mümteni olsa, müşteri noksan-ı semen talep edebilir.”

310. Madde: “Bayi’in bir vasf-ı merğûb ile muttasıf olmak üzere satmış olduğu mal, ol vasıftan ârî çıkırsa müşteri muhayyerdir. Dilerse bey’i fesheder ve dilerse mecmûu semeni müsemma ile mebi’i kabûl eder, buna hıyar’ı-vasf derler.”

Mesela sağlır diye satılmış olan bir inek süttten kesilmiş olduğu zahir olsa müşteri muhayyer olur.

Yoksa semenden indirim talep edemez. Çünkü vasıfların semenden hissesi yoktur.⁷⁴

⁷⁴ Mevsili, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, *el-İhtiyâr li-Ta’lîl-l-Muhtâr*, II/13.

Fakat mebiin başka bir sebeple bayie reddi mümkün değilse, ilave edilen maddeye göre müşteri noksan-ı semen talep edebilir.

2.5.14. Nakit Muhayyerliği

Ebül'ulâ Mardin bu makalesinde *Mecelle*: Kitâb'l-Buyû' 313, 314, ve 315. Maddelerini incelemektedir.⁷⁵ Mardinizade yukarıdaki maddeleri değerlendirirken şunları söylemektedir.

Hıyar-ı Nakd: Bu terim, belirli bir süre içerisinde ödemenin yapılmasına veya yapılmamasına bağlı olarak bir satış sözleşmesinin feshedilmesi veya onaylanmasında hak sahibine tanınan bir yetkiyi ifade eder. Bu hak, hıyar-ı Şartta olduğu gibi akde ilave edilen kayıtlar ile ortaya çıkar. Mesela: Müşteri belirli bir zamana kadar bedeli ödemezse veya satıcı aldığı parayı belirli bir süre içinde geri vermezse, taraflar arasında satışın gerçekleşmemesi hususu kararlaştırılır. Bu durum, şartlı olarak yapılan ikale⁷⁶ (karşılıklı rıza ile sözleşmenin feshi) akdine benzer.

Ancak, ikale taliki şart kabul etmeyen akitlerden biri olduğundan, bu tür bir sözleşmenin feshedilmesi sonucu çıkar. Şartlı fesih kabul edilse bile, ikale şartıyla yapılan bir satış olarak değerlendirileceğinden, yine de sözleşme geçersiz hale gelir. Müşterinin temerrüdü (gecikmesi), bedelin ödenmesini hızlandırmak için satıcıya yeterli güvence sağlamadığından, fesih ihtiyacını zorunluluk olarak değerlendirmek ve zorunlulukların

⁷⁵ Madde 313: Bayi' ve müşteri filan vakte kadar tediye-i semen olunmak ve olunmazsa beynlerinde bey' olmamak üzere pazarlık etseler sahih olur, buna hıyarı nakd denir.

313. Madde tadil komisyonlarınca şu şekilde değiştirilmiştir:

“Bâyi ve müşteri filan vakte kadar tediye-i semen olunmak, olunmaz ise aralarında bey' olmamak yahut bâyi semeni kabzedip de filan vakte kadar iade-i semen olursa aralarında bey' olmamak üzere pazarlık etseler sahih olur ve buna hıyâr-ı nakd denilir”.

Madde 314: Müddet-i muayyenede müşteri semeni tediye etmezse Hıyar-ı nakd ile akd olunan bey' fasit olur.

Madde 315: Hıyar-ı nakd ile muhayyer olan müşteri müddet-i muayyene içinde vefat ederse bey' batıl olur. Ebül'ulâ Mardin, “Akd-i Bey'de Hıyâr-ı Nakd”, *Daru'l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 9 (Temmuz-Ağustos 1917- 1333).721.

⁷⁶ Sözlükte **ikale** “bir şeyi gidermek, ortadan kaldırmak” anlamına gelir. Bir satım akdinin, ahid veya biatın taraflarca bozulması bağlamında kullanılan kelime, fıkıh literatüründe bağlayıcı ve feshi kabil bir akdin tarafların karşılıklı rızasıyla ortadan kaldırılmasını ifade eder.

yasak olan şeyleri mübah kılacağı prensibinden hareketle, hukuken geçersiz olması gereken böyle bir sözleşmenin, istihsanen kabul edilmesine gidilmiştir.

Nakit Muhayyerliği, semenin verilmesine bağlı olan bir bey' akdi, men lehu'l-hakkın (hak sahibi olanın) belirli bir seçeneği tercih ederek fesih ve tenfizdeki muhayyerliğini ifade etmektedir. Bu durum hıyar-ı şartta olduğu gibi akde eklenen kayıtlarla meydana gelir. Örneğin, eğer müşteri belirlenen süre içinde semeni ödemediği veya satıcı, aldığı parayı belirli bir süre içinde geri vermediği takdirde, taraflar arasında akdin geçersizliği durumu söz konusu olur.

Hıyar-ı şartta, iradenin zamanına ilişkin verilen detaylar ve iradenin şartla ilişkili yönü dikkate alınarak belirlenen süreye ilişkin ihtimaller burada da geçerlidir.⁷⁷ Sürenin bu akitte bir önemi vardır. Dolayısıyla sürenin belirlenmemesi veya belirsiz olarak ifade edilmesi, sözleşmenin fesadına yol açar. Sürenin belirlenip belirlenmemesi konusu ihtilaflıdır. Medeni kanunumuz olan Mecelle, İmam Muhammed'in görüşlerini benimsemiş, yani süreyi belirlemeyip mutlak bırakmıştır. (Şeyheyn'e göre üç günden fazla süre belirtilmesi akdi fesheder).

Bu muhayyerlik hem satıcı hem de müşteri için uygulanabilir olduğundan, her iki taraf için de iki olasılık düşünülebilir. Ancak, bu muhayyerlikten faydalanma şekilleri farklıdır. Şöyle ki:

2.5.14.1. Satıcının Muhayyerliği

Satıcı, muhayyerlik hakkına sahip olduğunda, belirlenen süre içerisinde aldığı bedeli iade ederek satış işlemini feshedebilir. Eğer belirtilen süre içinde bu bedeli iade etmezse, satış kesinleşmiş sayılır. Bu durumda müşteri hem parasını geri alma hem de mala kesin şekilde sahip olma seçeneklerinden yararlanır.

Ebü'l'ulâ Mardin, satıcının muhayyerliğini ifade ederken, aslında Mecelle'nin 313. maddesinde düzenlenen hıyar-ı nakd ilkesine atıf yapmaktadır. Bu düzenlemeye göre, nakit muhayyerliği yalnızca müşteriye değil, satıcıya da tanınmıştır. Mecelle Tadil

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için "Akd-ı Bey'de Hıyar-ı Şart" makalesine başvurunuz.

Komisyonu tarafından gözden geçirilerek tadil edilen 313. madde, şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bâyi ve müşteri, belirli bir süre içinde bedelin ödenmesi ya da ödenmemesi durumunda aralarında satış akdinin gerçekleşmeyeceği veya satıcının bedeli teslim alıp yine belirli bir süre içinde iade etmesi şartıyla satışın gerçekleşmemesi üzerine anlaşsalar, bu akit geçerli olur ve buna hıyar-ı nakd denilir.”

Bu maddenin tadil edilmesindeki temel amaç, başlangıçta yalnızca müşteriye tanınan hıyar-ı nakd hakkının, eşitlik ilkesi doğrultusunda satıcıya da verilmesidir. Bu düzenleme, mezhep içerisindeki genel görüşle de uyum göstermektedir.

Alışveriş sürecine dair bu düzenleme, şu şekilde işler: Müşteri, satış bedelini satıcıya teslim eder; bunun ardından satıcı, “Belirli bir tarihe kadar bu bedeli iade edersem, aramızdaki satış akdi geçersiz sayılacaktır” şeklinde bir şart ileri sürebilir. Eğer müşteri bu şartı kabul ederse, yapılan satış sözleşmesi geçerli olur ve ileri sürülen şart hukuken bağlayıcı bir nitelik taşır.

2.5.14.2.Müşterinin Muhayyerliği

Müşteri muhayyerken, bedeli ödediğinde satış kesinleşir. Belirlenen süre içerisinde ödemezse, sözleşme feshedilir. Bu durumda, belirli bir sürenin sonunda ya malı ya da parayı almak suretiyle satıcı fayda sağlar.

Nakit muhayyerliğinin bu özelliği oldukça dikkat çekicidir. Çünkü diğer muhayyerlik türlerinde, sonuçlardan faydalanma sadece muhayyer olan taraflara özgüdür. Bu özellik, Nakit muhayyerliğini diğer muhayyerlik türlerinden ayıran önemli bir farktır ve her iki tarafın da belirli koşullar altında fayda sağlayabilmesi, bu muhayyerlik türünü diğerlerinden ayırır.

2.5.14.3. Hıyar-ı Nakd'in Hükmüne Son Veren Sebepler

1-Te'diye (Ödeme): Belirlenen süre zarfında yapılması gereken ödeme, hıyar-ı nakd'in hükmünü sona erdirir. Belirlenen süreden sonraki ödemeler, satışa sıhhat kazandırmaz. Satıcı muhayyerken yapılan ödeme (semenin iadesi) ile satış ortadan kalkar, müşteri

muhayyerken yapılan ödeme ile satış kesinleşmiş olur (lüzum). Görülmektedir ki ödeme ile ister fesih ister icazet şeklinde olsun, hıyar-ı nakd'in hükmü sona ermektedir.⁷⁸

2-Murûr-u Müddet (Sürenin Geçmesi): Müşteri muhayyerken, belirlenen süre sonunda sözleşme münfesi olamaz, fasit olur. Yani, belirlenen süre içinde ödeme yapılmaması sürekli bir fesih hakkı doğurur ve mal müşterinin elinde ise, satış, bağış veya teslim gibi tasarrufları geçerli olur. Çünkü fasit bey' malın kabzı sözkonusu olduğunda hüküm ifade eder.⁷⁹

Mecelle'nin 314. "Müddet-i muayyenede müşteri semeni tediye edemezse hıyar-ı nakd ile akd olunan bey' fasit olur" maddesi, Mecelle Tadil Komisyonu tarafından "Müddet-i muayyenede müşteri, semeni tediye edemez ise hıyâr-ı nakd ile akdolunan bey' münfesi ve bâyi semeni iade etmezse bey' lâzım olur". Şeklinde düzenlenmiştir.

Bu madde de bir önceki maddenin değişmesine bağlı olarak değiştirilmiştir.

3-Vefat: Belirlenen süre zarfında muhayyerin vefatı, sözleşmeyi geçersiz kılar. Belirlenen sürenin sona ermesinden sonraki vefatın hukuki sonuçlarını incelemenin bir faydası olmadığı gibi, muhayyer olmayanın vefatı da sözleşmeye etki yapmaz. Ancak, muhayyerin vefatıyla sözleşme geçersiz hale gelir. Çünkü hıyar-ı nakd, yalnızca muhayyerin varlığıyla geçerli olan bir haktır ve mirasçıya devredilemez. Bu nedenle, mirasçının "süre geçmedi" diyerek ödeme yapıp malı alması mümkün değildir. Muhayyerin vefatıyla muhayyerlik düşer ve zaten kesinleşmemiş olan (çünkü hıyar-ı nakd, satışın kesinleşmesine engeldir) satış geçersiz hale gelir.⁸⁰

Ancak, 315. madde: "Hıyâr-ı nakd ile muhayyer olan müşteri müddet-i muayyene içinde vefat ederse bey' bâtil olur". "315.Madde": "Hıyâr-ı nakd vârise intikal eder. Binaenaleyh muhayyer olan kimse müddet-i muayyene içinde vefat ederse, veresesi onun makamına kaim olur." şeklinde tadil edilmiştir.

Hanefî mezhebine göre, bazı muhayyerlik türleri, mirasçıya intikal etmemektedir. Şart, rü'yet ve nakd muhayyerlikleri bu kapsama girmektedir. Bu tür muhayyerliklerde,

⁷⁸ Ebû'l-ulâ Mardin, "Hıyar-ı Nakd", *Daru'lfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 9(Mayıs 1332), 722.

⁷⁹ Ebû'l-ulâ Mardin "Hıyar-ı Nakd", *Daru'lfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 9(Mayıs 1332), 723.

muhayyer olan tarafın vefatı hâlinde, akit hükümsüz (batıl) hale gelmektedir. Zira bu muhayyerlikler, yalnızca kişinin irade ve tercihinin yansıtmakta olup, kişisel bir hak niteliği taşımaktadır. Miras yoluyla devredilmesi mümkün değildir.

Ancak bu genel kuralın istisnası olarak, ayıp, tayin ve vasıf muhayyerliklerini göstermişlerdir. Bu tür muhayyerliklerin, mirasçılara intikali mümkün görülmüştür. Bunun gerekçesi, söz konusu muhayyerliklerin doğrudan mal veya akdin niteliği ile ilgili olması ve sadece iradeye bağlı ferdi bir hak olarak değerlendirilmemesidir.⁸¹

Komisyon, söz konusu meselede Hanefî mezhebinin görüşünü benimsemeyerek, Şafiî ve Mâlikî mezheplerinin görüşünü tercih etmiştir.

Şafiî ve Mâlikîlere göre, muhayyerlik şartını ileri süren taraflardan biri, bu yetkisini kullanmadan vefat ederse, muhayyerlik hakkı mirasçılara intikal eder. Bu durumda mirasçılar, tıpkı hakkın asıl sahibinde olduğu gibi, akdi bozma veya kesinleştirme hususunda muhayyerlik yetkisini kullanabilirler.⁸²

Bu iki mezhebin yaklaşımı, kişinin mülkiyetindeki malvarlığının ölümle mirasçılara geçtiği gibi, kişiye ait yetki ve hakların da miras yoluyla intikal etmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Şafiî ve Maliki mezheplerine göre nakit muhayyerliği hakkı, kişiler için bağlayıcı bir hak niteliği taşıdığından, bu hak vârislere geçer.

4-Telef (Zarar Görme veya Yok Olma): Burada iki ihtimal vardır: Muhayyer kim olursa olsun ve mal kimin elinde bulunursa bulunsun, muhayyerlik hükmü sona erer.

5-İtlâf (Kasten Zarar Verme): Müşteri, sürenin dolmasından önce malı kasten tahrip ederse, satış kesinleşir ve fesih hakkı ortadan kalkar; ödeme zorunlu hale gelir. Çünkü hıyar-ı nakd ile yapılan satış, hıyar-ı şart ile yapılan satış gibidir. Sürenin dolmasından sonra kasden zarar verme durumunda, malın değeri tazmin edilir.

6-Te‘ayyüb (Malın Değer Kaybı): Müşteri, belirlenen süre dolmadan önce malın değerini düşürürse ve süre sonunda ödeme yapmazsa, satıcı muhayyerdir. İsterse malı kusurlu haliyle alır ve kusur karşılığında bir şey talep edemez; isterse malı müşteriye

⁸¹ İbnü'l-Hümmam, Kemalüddin, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, 6/119.

⁸² İbnü'l-Hümmam, *a.g.e.*, 5/515.

bırakır ve bedeli alır. Bedeli alabilme yetkisi, sözleşmenin malın değer kaybıyla kesinleştiğine işaret eder.

2.5.14.4. Hıyar-ı Nakd Maddelerinde Yapılan Ta'diller

Hıyar-ı Nakd konusunda Mecelle Tadil Komisyonu 3 maddeyi ta'dil etmiştir.

6. Bâb, 3. Fasl: Hıyâr-ı nakd.

313. madde: Bâyi ve müşteri filan vakte kadar tediye-i semen olunmak ve olunamazsa bey' olunmak üzere pazarlık etseler sahih olur. Buna hıyâr-ı nakd denilir.

Bu madde: “Bâyi ve müşteri filan vakte kadar tediye-i semen olunmak, olunmaz ise aralarında bey' olmamak yahut bâyi semeni kabzedip de filan vakte kadar iade-i semen olursa aralarında bey' olmamak üzere pazarlık etseler sahih olur ve buna hıyâr-ı nakd denilir.” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu maddenin ta'dilinin sebebi, sadece müşteriye verilen hıyar-ı nakdin bâyi'e de verilmek istenmesidir. Nitekim mezhepteki görüş de bu şekildedir.

314. madde: “Müddet-i muayyenede müşteri semeni tediye edemezse hıyâr-ı nakd ile akd olunan bey' fâsid olur.”

Bu madde, “Müddet-i muayyenede müşteri semeni tediye edemez ise hıyâr-ı nakd ile akd olunan bey' münfesi ve bâyi semeni iade etmezse bey' lâzım olur.” Şeklinde değiştirilmiştir.

315. madde: “Hıyâr-ı nakd ile muhayyer olan müşteri müddet-i muayyene içinde vefat ederse bey' bâtıl olur.” Bu madde:

“Hıyâr-ı nakd vârise intikal eder. Binaenaleyh muhayyer olan kimse müddet-i muayyene içinde vefat ederse, veresi onun makamına kaim olur.”⁸³ Şeklinde düzenlenmiştir.

⁸³ Mecelle Encümeninin Kitabı'l-Buyu'a ait tedkikâtı,”*Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*”,12,(Teşrinî sâni1339)86; Ayşegül Çoban, “Mecelle'nin Ta'dil Edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”(Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi) 41.

SONUÇ

Tanzimat Dönemindeki hukuksal düzenlemelerin, İslam tarihinde bir dönüm noktası olduğunu ifade edenler, bu dönemin Osmanlı modernleşmesi açısından ne kadar kritik olduğunu da ayrıca vurgulamaktadırlar. Bu nedenle, bu döneme ait her çalışmanın önemi büyük olup, Dârülfünun müderrisleri ve bünyesinde yayınlanan değişik mecmualarda çıkan yazılar, süreci takip edenler için son derece önemli bir kaynak niteliği taşımaktadır. Tanzimat dönemi yapılan hukuksal düzenlemelerde ana hatlarıyla iki yolun izlendiği görülmektedir. Bunlar; İslam hukukundaki uygulamaların kanun metnine dönüştürülenlerle (tedvin), Avrupa kanunlarından tamamen veya kısmen iktibas şeklinde hazırlanmış olanlardır.

1869-1876 yılları arasında kanun formunda hazırlanan, İslam hukukunun temel esasları ile Batı hukukundaki sistematik yaklaşımı birleştiren “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye” İslam hukukuna dayanan Hanefi mezhebinin görüşlerini esas alan kanun metnidir.

Bu metin yalnızca Osmanlı toprakları ile sınırlı kalmamış, Osmanlı sonrası dönemde de Hicaz, Suriye, Ürdün, Lübnan, Yemen, Arnavutluk, Bosna, Kıbrıs gibi farklı farklı coğrafyalarda etkili olmuştur.

Mecelle, yürürlükte kaldığı elli yedi yıllık uygulama süresi içerisinde Medeni hukuk alanında birçok meseleyi çözmüş olsa da şartların değişmesiyle bazı eksiklikler fark edilmiş olup, eleştirilere maruz kalmıştır. *Mecelle*’ye yönelik eleştiriler içinde ilim, insaf ve metodoloji dâhilinde yapıcı eleştiriler olduğu gibi aksine ilmî dayanaktan yoksun son derece subjektif değerlendirmeler de yapılmıştır.

Bu çalışma, 1916 yılında yayın hayatına başlayan Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası’nın tanıtımı ve bu mecmuada yer alan Mecelle’nin “Kitâbü’l-Buyû” eksenli makalelerin incelenmesi yoluyla, Osmanlı hukuk tarihine önemli bir katkı sunmayı amaçlamıştır. Osmanlı’nın ilk akademik hukuk dergisi olma özelliği taşıyan bu mecmua, dönemin akademik ve hukukî birikimini yansıtan bir kaynak olarak öne çıkmaktadır.

Mecmuada yer alan makalelerin, *Mecelle*’nin hem yürürlüğe girdiği hem de uygulandığı bir döneme şahitlik eden bazı yazarlar tarafından kaleme alınmış olması, bu yazıları sadece birer ilmî metin olmaktan öte, Osmanlı hukuk sistemine dair bir tartışma platformuna dönüştürmüştür. Yazarların dönemin önde gelen hukukçuları ve Darülfünun

Hukuk Fakültesi müderrislerinden oluşması, bu tartışmaların niteliğini daha da artırmıştır.

Çalışmada, dergideki yazıların iki temel başlık altında toplandığı tespit edilmiştir: Hukuk-u Medeniye Tenkîdatı ve Hukuk-u Medeniye Tedkîkâtı. Bu ayırım, yazıların bir kısmının *Mecelle* üzerine eleştirel bir yaklaşım sergilerken, diğer kısmının muhtevaya katkı sağlamaya odaklandığını göstermektedir. Her iki yaklaşım da *Mecelle*'nin Osmanlı hukuk sistemindeki rolünü ve etkisini anlamak için değerli birer akademik kaynak niteliğindedir. Bu çalışma ile “Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası”nın hukuk tarihindeki yeri bir kez daha vurgulanmış ve Mecelle üzerine yapılan tartışmaların akademik bir zeminde değerlendirilmesine katkı sağlanmıştır. Derginin tanıtımı ve dizininin çıkarılması, Osmanlı'nın akademik mirasının korunmasına yönelik önemli bir adım olmuştur. Ayrıca, Mecelle üzerine yazılan makalelerin derinlemesine incelenmesi, dönemin hukukî tartışmalarına ışık tutarak, modern hukuk araştırmalarına da ilham kaynağı olmuştur.

“Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası”nın, dönemin hukukçuları tarafından Mecelle'ye yönelik eleştiriler ve çözüm önerilerini içermesi, hukuki tartışmaların akademik bir zemine taşındığını göstermektedir. Seyyid Bey, Seyyid Mehmed Nesib, Mansurizade Said ve Ebül'ulâ Mardin gibi isimlerin makaleleri, Mecelle'nin teorik ve pratik yönlerini ele almış; özellikle eksik tanımlar ve sosyal değişimlere uyum konularında önemli tespitler ve öneriler sunmuştur. Bu önerilerin bir kısmının Mecelle Tadil Komisyonları tarafından dikkate alınması, bu yazıların hukuki reformlar üzerindeki etkisini ortaya koymaktadır.

Çalışmamızda merkezi bir yer tutan Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın 11, 12 ve 13. sayılarında yayımlanan “Mecelle Encümeninin Kitâbü'l-Buyû'a ve Kitâbü'l-İcâre'ye Ait Tedkîkâtı” başlıklı yazılarda, Mecelle Ta'dil Komisyonları tarafından yapılan tadilatlar ve bu tadilatlarda yer alan önemli mülâhazalar ele alınmıştır. Söz konusu yazılarda, yazarların önerileri doğrultusunda, *Mecelle*'nin bazı maddeleri ilave edilerek, bazıları tadil edildiği ve bazı maddeler ise tamamen çıkarıldığı tespit edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Albayrak, Nurettin. “Darü’l-Fünun Edebiyat Fakültesi Mecmuası”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 8/521-525. Ankara: TDV Yayınları, 1993.
- Ali Kemal, “İflasın bey‘, İcâr ve Mukâvele-i sâire’ye Tesiri,” *Daru’l- fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 3 (Temmuz 1332) 275.
- Bayrakdar, Talha. *Seyyid Nesib Efendinin Mecelle’nin Islahı ile ilgili görüşlerinin Değerlendirilmesi*. İstanbul: İstanbul Sebahattin Zaim Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Öz Ensar Yayınları, 1999.
- Bölükbaşı, Ali Haydar – Kumaş, Ali. "Nizaya götüren cehâlet veya garar sebebiyle fâsid olan akitlerin sahihe dönüştürülmesi ve “sulbü’l-akit” kavramı." *Usul İslam Araştırmaları*. 33.33 (2020): 55-77.
- Dalgın, Nihat. (1999). “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”. *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 11(11), 97-128.
- Er, Hamit. “Darü’l-Fünun İlahiyat Fakültesi Mecmuası”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 8/526-527. Ankara: TDV Yayınları, 1993.
- İhsanoğlu, Ekmeleddin. “Darü’l-Fünun”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* 8/522-525. Ankara: TDV Yayınları, 1993.
- Kaya, Eyyüp Said. “Türkiye Cumhuriyeti’nde Fıkıh Literatürü”. *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Cilt 12, Sayı 24, 2014,9-126.
- Mansurizade Said. “Tatbîk ve İctihad, Fetva ve Kazâ”, *Daru’l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1 (Mart 1332) 5.
- Ebül‘ulâ MardinEbu’l Ula, “Akdu bey’de hıyar-ı şart”. *Darü’l-Fünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2 (2 Mayıs 1332), 142.
- Seyyid Bey, “Mülk mal ve bey’in Mahiyet-i Hukukiyeleri”, *Daru’l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2 (Mayıs 1332) 133.
- Seyyid Nesib, “Mecelle’nin Islahına Doğru”, *Daru’l- Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 4 (Eylül 1332) 404.

ÖZ GEÇMİŞ

Ad Soyad: Lokman YILMAZ	
Eğitim Bilgileri	
Lisans	
Üniversite	İstanbul Üniversitesi
Fakülte	Edebiyat Fakültesi
Bölümü	Arap Dili ve Edebiyatı Anabilim Dalı
Makale ve Bildiriler	
1. Yılmaz, Lokman, “Dâru’l-funûn Hukuk Fakültesi Mecmuası’nda Mecelle Etrafında Çıkan İslâm Hukukuna Dair Yazılar”. V. <i>Bilsel International Sumela Scientific Researches Congress</i> . ed. Aitkul Makhayeva. 239-263. Trabzon: Bilsel Yayıncılık, 2024.	