

**İSLÂM HUKUKUNDA MODERN İLETİŞİM ARAÇLARI  
İLE YAPILAN AKİTLER\*(Batı Hukuku ile Mukayeseli Olarak)**

**İbrahim Kâfi DÖNMEZ\*\***

**I- GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI**

Akdin birbirini takibeden irade beyanları neticesinde meydana gelmesi keyfiyetinin inceden inceye tetkiki ve bu husustaki hukuk prensiplerinin ortaya konması, Batı hukuku için oldukça yeni sayılır. Gariptir ki, özellikle borçlar hukuku alanındaki hukukî meselelerin incelenmesi ve kavramlar geliştirilmesi konusunda dünya hukuk tarihi içinde önemli bir mevkiye sahip olan Roma hukukunda henüz bu meseleler bilinmiyordu.<sup>1</sup> Ünlü hukukçu Schwarz bu husustaki görüşünü şöyle açıklar:

“Fikrimce bu garip hadisenin sebebi, Roma akitler nazariyesinin kısm-ı azamı itibariyle, Roma hayatında en büyük rolü oynayan “stipulatio”ya tevfikân tekâmül etmiş olmasında görülmelidir. Stipulatio mutlaka hazırlar arasında ve kat’i surette tesbit edilmiş olan usul ve kaideye göre şifahî olarak yapılırdı. Hazırlar arasında inikat eden akitlerde ise bu meseleler o derece tebarüz etmezler; nitekim bunlar yeni zaman hukuk ilminde gaipler arasında yapılan akitler nazarı itibare alınarak izah olunmuştur (meselâ Alman Pandekt ilminde böyledir ve Fransız nazariyatı bu hadiseyi daha ziyade “muhabere ile yapılan akitler” (contrat par correspondance) bakımından tatbik ve mütalaa etmiştir.) İmdi Romalılar rızaî akitler dolayısıyla bu meseleleri kavramak fırsatını bulabilirdi; ancak rızaî akitler nazariyesi umumiyet itibariyle çok az inkişaf etmişti; sonra gaipler arasında akitlerin inikadı hususunda kendilerinden istifade olunan

\* Bu araştırmanın ilk şekli, İslâm Konferansı Teşkilatı’na bağlı İslâm Fıkıh Akademisi’nin 6. Dönem Toplantısı’na Arapça olarak sunulmuş olup, adı geçen kuruluşun yayın organında (Mecelletü Mecmai’l-Fikhi’l-İslâmî, sayı 6, cilt 2, s. 965-1050, Cidde 1410/1990) “Hukm’ü İcrâi’l-Ukûd bi Vesâilil-İttisâl el-Hadîse fil-Fikhi’l-İslâmî / Muvâzenen bi’l-Fikhi’l-Vaz’î” başlığıyla yayımlanmıştı. Bu makale sözkonusu çalışmanın gözden geçirilmiş şeklidir.

\*\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Schwarz I, 207-208. Yazar şu yayınına da atıfta bulunmaktadır: “Das einseitige Rechtsgeschäft in den neuesten Kodifikationen des Zivilrechts”, *Archiv f. Rechts-u. wirtschaftsphilosophie*, 16 (1923), s. 557 v.d.

bugünkü teknik vasıtaların Romalılar devrinde henüz mevcut olmaması yüzünden bu meseleler o zaman çok az tahaddüs etmiştir. Bununla beraber burada söylediklerimiz işbu garip hadiseyi herhangi bir suretle izah etmek isteyen bir tahminden ibarettir”<sup>2</sup>

Bu meselelerin Batı hukukunda açık bir biçimde ortaya konulmasına ilk defa 17. ve 18. asırlarda Tabii Hukuk müntesiplerinin kitaplarında rastlanmaktadır. *Prusya Umumi Kanunnamesi* (1,5, § § 78-110) bu konuyu ayrıntılı olarak düzenleyen ilk kanundur. Halbuki *Fransız Code Civil*i bundan hiç bahsetmemiştir. Bilâhare bu problemler *Alman Ticaret Kanunnamesi* dolayısıyla 19.asır sonlarında Alman Pandekt ilminin etraflı biçimde incelenen ve tartışılan meseleleri haline gelmiş, buradan yeni hususi hukuk kanunnamelerine -meselâ *İsviçre-Türk Borçlar Kanunu*'na- girmiştir. İngiliz akitler hukukunda, akdın inikadı teorisi ayrıntılı bir biçimde geliştirilmiştir: Bunun sonuçları Hindistan için yapılan 1872 tarihli Akitler Kanunu'nda teşriî yoldan toplanmış görünmektedir (*Indian Contract Act Section 3 v.d.*).<sup>3</sup>

Batıdaki bu duruma karşılık, İslâm hukukunda, bir taraftan bu hukukun aslî kaynaklarınca akitler hukukunun temel prensiplerinin (özellikle rızâilik prensibinin) belirlenmiş, diğer taraftan da İslâm hukukçularınca epeyce erken dönemlerde akdın inikadı konusunun ince meselelerinin ele alınmış olduğu tesbit edilebilmektedir. Gaipier arası akit ise, o günün ihtiyaçları ve imkânları muvacehesinde İslâm hukukçularının hazırlar arası akit kadar üzerinde durdukları bir konu olmamış, fakat “mektup” ve “elçi” vasıtası ile akitleşme alt başlığı içinde anahatları ile bu konuya ait hükümler ortaya konmaya çalışılmıştır.

Günümüzde hemen bütün ülkeler, uygulamada önemli bir yere sahip bulunan ve ticaret hayatı ile yakından ilgili olan bu konuda bir hukuk birliğine gitme ihtiyacını hissetmektedirler. Bunu çok açık bir biçimde ortaya koyan bir gelişme uzun yıllardan beri süregelen çalışmaların bir ürünü olan ve Viyana'da 11 Nisan 1980 tarihinde kabul edilen “Uluslararası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” dir, ki çalışmamızda bundan kısaca “Viyana Sözleşmesi” diye söz edilecektir.<sup>4</sup>

2 Schwarz, I, 208, d.n.5. Stipulatio için bk. Monier, s. 271; Mahmasânî, II, 25-26; Rado, s. 51, 76 v.d.

3 Diğer bazı kanunlar hakkında bilgi ile birlikte bk. Schwarz, I, 208.

4 Birleşmiş Milletler tarafından 10 Mart-11 Nisan 1980 tarihleri arasında Viyana'da akdedilen diplomatik konferans'da kabul edilen “Uluslararası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana Sözleşmesi) (CVIM) 1 Ocak 1988'de yürürlüğe girilmiş olup, dört bölüm halinde 101 maddeden oluşmaktadır. Konferansa katılan 62 devlet ve 8 uluslararası kuruluş tarafından sonuç metni imzalanmış olan bu sözleşmenin A.B.D, Almanya, Çin, Fransa ve İtalya gibi dünya ticaretinin büyük kısmını ellerinde tutan ülkeler tarafından kabul edilmesi, yakın gelecekte bunun tüm uluslararası menkul mal satışlarını yeknasak bir kanun halinde idare edeceğini göstermektedir. 1994 yılı itibarıyla Sözleşme'yi kabul eden ülkelerin sayısı 38'dir. Bunlar arasında Mısır ve Suriye (yürürlük tarihi 1.1.1988) ile Irak (yürürlük tarihi 1.4.1991)da bulunmaktadır. Uluslararası menkul mal satışları hakkında geniş bibliyografya ile birlikte Sözleşme'yi kabul eden ülkeler hakkında bilgi için bk. Tercier, s. 139-141. Sözleşme'nin tarihi gelişimi ve uygulama alanı için bk. Erdem, s. 91-107. Sözleşme'nin Almanca, Fransızca ve İngilizce metni için

Tabii ki bizim konumuz bütün akdî meselelere şamil olmayıp, modern iletişim araçları ile akitleşme meseleleri ile sınırlıdır.

Araştırmamız açısından birinci derecede önem taşıyan konu, gaipler arası akitittir. Fakat gerek bazı modern iletişim araçları ile yapılan akitlere -ağırlıklı olarak- hazırlar arası hükümlerin uygulanması, gerekse gaipler arası akitte sağlıklı sonuçlara varılabilmesinde hazırlar arası akde ait tahlil, görüş ve değerlendirmelerin önem taşıması sebebiyle, bu çalışmada her iki neviyi (asıl konumuzu ilgilendirdiği ölçüde) ayrı ayrı incelememiz gerekecektir. Araştırmamız bakımından en önemli konu “gaipler arası akitte akdin kuruluş anı” meselesi olduğu için, en geniş yer bu başlığa ayrılmış olacaktır.

Bu çalışmamızda bilgi tekrarından ve yan konulara girmeden mümkün olduğu kadar kaçınıp, konumuzu ilgilendiren ince meselelerin çözümlenmesine ışık tutucu bazı temel bilgilere yer vermekle yetineceğiz. Bu itibarla, şu konuların incelenmesine araştırmamızda özel bir yer verilmeyecektir:

\* “Akit” ve “tasarruf” kavramlarının mukayesesi.

\* Hanefiler ile diğer fukaha arasındaki “rükün” kavramı ile ilgili görüş farklılığı ve dolayısıyla “akdin rükünleri”nin ta’dadı hususundaki anlayış farklılığı. (Burada “ tarafların karşılıklı rızasının” akdin temelini oluşturduğu, başka bir deyişle başkaları ile kurulan akdî ilişki neticesinde kazanç sağlamanın helâl oluşunun “rıza”ya dayalı olduğu hususunun bütün bilgilerin ittifak ettiği bir nokta olmasını hatırlatmamız yeterlidir. Karşılıklı rızanın varlığının kabulü ise şu üç şıkkın birarada bulunması ile mümkündür: a- İcap b- Kabul c- İcap ve kabulün birbirine uygun olması).

\* İcap ve kabul kavramlarının tarifi konusunda Hanefiler ile diğer fukaha arasındaki görüş ayrılığı. (Biz günümüz hukuk terminolojisinde yerleşmiş bulunan Hanefî anlayışını esas alacağız. Buna göre akdî kuran karşılıklı iki irade açıklamasından ilki “icap” sonuncusu “kabul” diye anılacaktır.)

\* İsbat hukuku ile ilgili meseleler (prensip olarak). (Konu, akdin kuruluşu açısından inceleneceği için, isbat meselelerine sadece konunun esası ile ilgili olduğu ölçüde temas edilecektir. Yine, özellikle ticarî bey’de akdin yazı ile teyidi şeklindeki uygulamalar ve mahiyeti tartışmalı olan proforma fatura (farazî, comte simule) uygulaması, aynı şekilde ticarî bey’de teminat hesabı açılması gibi meseleler ele alınmayacak, doğrudan doğruya akdin kurulması konusu incelenecektir.)

\* Söz, işaret, yazı, teâtî, sükût gibi irade açıklama vasıtalarının değeri. (Şüphesiz konumuz ile bunların sonuçları arasında sıkı bir bağ vardır. Fakat bunların burada ayrı ayrı incelenmesi uygun olmayacaktır.)

---

bk. Conventionne de vienne de 1980 sur La Vente Internationale des Marchandises/Colloque de Lausanne des 19 et 20 Novembre 1984, Zürich, 1985, ek (Institut Suisse de Droit Comparé yayını). Sözleşme’nin Türkçe tercümesi için bk. Yavuz, I, 375-396 (Buradaki tercüme Erüreten’den alınmış olup asla yeterince sadık görünmemektedir. Bu sebeple çalışmamızda Sözleşme’nin orijinal metni esas alınmıştır.)

\* Akitlerin kısımları ve herbir kısma konumuz açısından uygulanabilecek hükümler. (Araştırmanın başlığında genel olarak "akitler" denmiş olmakla beraber, burada yer alan ve tartışılan bütün hükümler, bütün akitlere şamil olarak düşünülmemelidir. Esasen modern iletişim araçları ile yapılan akitler bakımından önemli problemleri harekete geçiren akitlerde hakim özellik, mâlî muâvaza (iki tarafa malî nitelikte borç yükleyen akitler) türünden olması ve iki taraf için bağlayıcılık vasfını taşımasıdır. O halde araştırmamızın bütünü açısından bu tür akitlerin esas alındığına dikkat edilmelidir.)

\* Meclis muhayyerliği. (Esasen "meclis muhayyerliği" akitin kurulmasından sonrası ile ilgili bir konudur ve gaipler arası akitlerde uygulama alanı bulabilmesi son derece sınırlıdır. Bu noktaya yeri geldiğinde temas edilecektir. Meclis muhayyerliği hükmünün kabulü ve adem-i kabulü münakaşaları bir yana, burada şunu belirtmemiz faydalı olur ki, meclis muhayyerliğini kabul edenlere göre de, meclis muhayyerliği hükmünü nefyetme şartı ile satış caizdir.)<sup>5</sup>

## II. MODERN İLETİŞİM ARAÇLARI İLE AKİT YAPMANIN İSLÂM HUKUKUNDAKİ HÜKMÜ (CEVAZ VE ADEM-İ CEVAZ YÖNÜNDEN)

Modern iletişim araçları ile akit yapılırken, normal akit (hazırlar arasında ve sözlü açıklama ile yapılan akit) şekli dışına çıkılması iki bakımdan olabilir: 1) Arada uzak mesafe bulunması 2) Akitin müşâfehe (sözlü irade açıklaması) tarzında yapılması. Bu vasıflarından ötürü İslâm hukukunda gaipler arası akit ve dolayısıyla modern iletişim araçları ile akit yapılması olayına olumsuz bakılması gerekir mi?

Kur'an-ı Kerim'e bakıldığında görülür ki, İslâm hukukunun bu birinci kaynağı, en önemli konuların tebliği hususunda "elçilik" görevini bir müessese olarak benimsemiş; vekâletten farklı olarak, bir kimsenin kendisini gönderen kişi adına haklar meydana getirip borçlar üstlenmeksizin sadece onun yolladığı haberi karşı tarafa tebliğden ibaret bir görevle tazvif edilebilmesi ve bu görevli kişinin münhasıran o görevden ötürü sorumlu olmayacağı esasını getirmiştir.<sup>6</sup>

Mektup ile de çok önemli konuların tebliği edilmesi ve buna sonuç bağlanması Kur'an-ı Kerim'de kabul edilmiştir.<sup>7</sup>

Yine Hz.Peygamber'in önemli konularda "elçilik" ve "yazışma" yollarına başvurduğu ve irade beyanlarının teâtisinde bunları bir vasıta olarak kabul

5 Bu, Şafî'nin ve -iki rivayetten birine göre- Ahmed b.Hanbel'in görüşüdür (ki bazı Hanbelî fakihler de bu görüşü daha sağlam bulmuşlardır.) bk. İbn Kudame, IV, 10-11; Nevevî, IX, 177. Meclis muhayyerliği hakkındaki görüşler ve meclis muhayyerliği teorisinin ısrarlı müdafaası için bk. Karadâğî, II, 1076-1093.

6 el-Ankebût 29/18. Bu düşüncenin ifadesi olan ve özellikle milletlerarası ilişkilerde önemli bir yere sahip bulunan "Elçiye zeval olmaz" kuralına, bireyler arasındaki ilişkilerde de sıkça atıfta bulunulur. Tabii ki bu tesbitte, devletler umumî hukuku kuralları çerçevesinde elçilerin donatıldığı yetkiler ve birer elçi olan peygamberlerin diğer görevleri gözardı edilmek istenmiş değildir.

7 en-Neml 27/28-29. Burada, sadece ayetin ihtiva ettiği fikre işaret etmek istediğimizden, konunun "şerâ'ü men kablânâ'nın kaynak değeri meselesi ile ilişkisine değinmeye gerek görmüyoruz.

ettiği herkesçe bilinen tarihi bir vakiadır.<sup>8</sup> Nitekim bazı Hanefî fakihlerin, gaipler arası akdın tecvizi için bu hususu delil gösterdiklerini görüyoruz.<sup>9</sup>

Kur'an ve Sünnet hükümleri ve prensipleri ışığında sonuçlara varmaya çalışan müslüman hukukçular da "şekilci" bir bakıştan hareket etmeyip "rıza"nın ortaya konmasını sağlayan her vasıta ile akdın kurulmasına imkân tanımışlardır (şu kadar var ki bazı mezhepler, yazı, işaret ve fiilî davranış gibi vasıtaların iradeye delâleti konusundaki endişeleri sebebiyle bu meselelerde titizlik gösterip bir takım kayıtlayıcı hükümler koymuşlar veya olumsuz sonuç belirtmişlerdir.) Yine İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu birbirinden uzakta ortaya konan iki rızanın telâkî edebileceğini ("terâdî"nin oluşabileceğini) kabul ederek yakın mesafe şartını aramamışlar ve gaipler arası akdi tecviz etmişlerdir.<sup>10</sup>

Sonuç itibarıyla, İslâm hukukçularının bu konuda ortaya koydukları hükümler, modern iletişim araçları ile akit yapılmasının cevazı açısından "Ezmânın tağayyuru ile ahkâmın teğayyuru inkâr olunamaz"<sup>11</sup> kuralından istifade etmeye, başka bir deyişle zamanın icabı olan ihtiyaçları dikkate alarak önceki ictihadi hükümleri değiştirmeye bile ihtiyaç duymayacak şekilde konuya geniş bir çerçeve bahşetmiştir.

Nitekim Eylül 1921'de teşkil edilen Mecelle Ta'dil Komisyonunca yapılan ilâveler arasında şu hükmeye de yer verilmiş bulunuyordu: "İcab ve kabul telefon ve telgraf ile dahi olur".<sup>12</sup>

Günümüz İslâm hukuku yazarları da gaipler arası akdın cevazı -ademi cevazı üzerinde pek durma ihtiyacı duymadan, doğrudan doğruya bu nevi akitlerin ortaya çıkaracağı meseleleri ele alma yönüne gitmektedirler.

Şu halde modern iletişim araçları ile akit konusunun günümüz fıkıh araştırmacılarını ilgilendiren asıl yönü, günümüz iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen akitlerin şekli ile fıkıh kitaplarında yer alan şekiller arasındaki benzerlik veya ayrılıkların tesbiti ve günümüz şartları dikkate alınarak buradaki hükümlere açıklık getirme, ilâveler yapma ve -gerekliyse- değişiklikler önerme noktasında kendisini göstermektedir.

8 Muhammed Hamidullah'ın "*Mecmûatü'l-vesâik es-siyâsiyye li'l-abdi'n-nebevî ve'l-bulâfeti'r-râşide*" isimli eseri bu konuda çok değerli bir başvuru kaynağı niteliğindedir.

9 Bk. Kâsânî, III, 109; Çelebî, V, 461.

10 Hanefîlerin ve Hanbelîlerin gaipler arası akit konusunda olumlu bir tavıra sahip oldukları çok açıktır. Meselâ bk. Kâsânî, V, 138; Merğînânî V, 461; Bühûfî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, III, 148. Mâlikî müellifler akdın yazışma ile de kurulabileceğini zikretmekle beraber (bu mezhebin çoğu bilgi kaynağındaki tesbitimize göre) gaipler arası akdi özel bir biçimde ele almamakta ve hazırlar arası akdi incelerken "kitâbe"nin (yazışma yoluyla akdın) cevazından sözetmektedirler. Meselâ bk. Huraşî, V, 55; Desûkî, III, 3, 4. Şâfiîlerde ise bu konuda görüş ayrılığının bulunduğu görülmektedir. Gazzâlî ve Râfîî'nin görüşü gaipler arası akdın sahih olduğu yönündedir, ki Nevevî bu görüşü daha isabetli bulmaktadır. bk. Nevevî, IX, 167-168, 177.

11 *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, madde 39.

12 *Ceride-i Adliyye*, Kânun-i Evvel 1325 H., yıl: 1, sayı 2, s. 94.

Modern iletişim araçları ile akit çerçevesinde sayılmaz ise de konumuz ile yakından ilgili olması sebebiyle günümüzde bazı akitlerin cihazlar vasıtasıyla yapılması (daha doğrusu cihazın akdin tarafı veya tarafları yerine geçmesi) meselesine kısaca işaret etmemiz uygun olur: Konusu bazı malların satışı ve hatta bazı hizmetlerin verilmesi olan akitler, bilindiği üzere günümüzde otomatik cihazlarla yapılmaktadır. Bu yolla yapılan akitlerin cevazı-adem-i cevazı konusunda, İslâm hukuklarının yukarıda işaret edilen akitte rızâlık anlayışı ve yine İslâm hukukunun teysir (kolaylaştırma), murââtü'l-maslaha (yararlılık düşüncesini gözetme) v.b. prensipleri gözönünde bulundurulunca, cevaz sonucuna varmak gerekecektir. Ancak bu mesele, konuya ışık tutma bakımından fıkıh kitaplarındaki en bariz başlığı teşkil eden "el-muâtât" çerçevesinde ele alındığında, bazı fakihlere (özellikle Şâfililere) göre menfi sonuca varma ihtimaline açıktır.<sup>13</sup> Bu cihazlar vasıtasıyla yapılan akitlerin icap ve kabulün mahiyeti açısından incelenmesi ise III. A. 1 ve IV. A. 1 başlıklarında ele alınacaktır.

### III. HAZIRLAR ARASINDA YAPILAN AKİTLERİN KONU İLE YAKIN İLİŞKİSİ BULUNAN MESELELERİ VE HÜKÜMLERİ

#### A- İCAP

#### 1- İcabın Mahiyeti, "İcap" - "İcaba Davet" Ayırımı

Fıkıh eserlerindeki açıklamalar incelendiğinde, hazırlar arası akitte icabın "yöneltilmesi gerekli olmayan irade beyanı" mı yoksa "yöneltilmesi gerekli irade beyanı" mı olduğu<sup>14</sup> hususunda farklı sonuçlara ulaşılabilmektedir.<sup>15</sup> Fakat gaipler araşı akitte icabın mahiyeti açık bir biçimde ifade edilmiş olduğundan bu hususun belirlenmesi konumuza ışık tutması açısından büyük bir önem taşımamaktadır. Bu itibarla burada, hazırlar arası akitte icabın yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı sayılması gerektiği yönündeki kanaatimizi belirtmekle yetineceğiz.<sup>16</sup>

Akitlerde icap genellikle muayyen bir kişiye yöneltilir. Özellikle eski devirlerin uygulamaları ışığında ele alınan teorik incelemelerde akit daha çok bu şekilde tasavvur ve tasvir edilmiştir. Bu yüzden İslâm hukukçularının çoğunluğu -bazı durumlar için yapılan istisnalar bir yana- ("sana satıyorum" demek gibi) "hitap" ifadesinin kullanılmasını şart koşmuşlardır. Bununla birlikte, İslâm hukukçularının icapta bu şartı kesin olarak aradıkları söylenemez. Nitekim bazı Hanefî fakihler bu "hitabın", akdin iki parçasından (icap yahut kabul) herhangi birinde bulunmasını yeterli görmüşlerdir.<sup>17</sup> Kaldı ki Mâlikî doktrinine ait kaynaklarda icabın kamuya yöneltebileceği açıkça

13 Karadâğî "muâtât" veya "fiil" yerine "bezl" kelimesinin kullanılmasına teklif etmektedir. Bu yolla akit yapılmasını caiz gören ve görmeyenler ve herbir gurubun delilleri için bk. Karadâğî, II., 917-932; Musa, s. 370-373.

14 Bu kavramların tahlili ve aynı içerikte olmak üzere Batı hukukunda ve muasır Arapça eserlerde kullanılan tabirlerle mukayesesi için bk. Süvâr, *Ta'bir*, s. 37 v.d. (özellikle s. 74-76); Schwarz, I, 172.

15 Bk. Süvâr, *Ta'bir*, s. 117, d.n. 1 ve s. 147; Düreynî, s. 268.

16 Hanefî doktrininde hakim görüş, bunun yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı olduğu yönündedir. bk. Süvâr, *Ta'bir*, s. 111 (ayrıca bu eserin sonundaki EK-1'e bakılmalıdır). Batı hukukunda bu, "tek taraflı yöneltilmesi gerekli irade beyanı" olarak nitelenir; msl. bk. Schwarz, I, 208 - 209; Tunçomağ, I, 128.

17 Düreynî, s. 268; Süvâr, *Ta'bir*, s. 80 - 81; Karadâğî, II, 1071 - 1072.

ifade edilmekte, dolayısıyla icabın muayyen şahsa yöneltilmesi şartının aranmadığı anlaşılmaktadır.<sup>18</sup>

Karadâğî bu konuda kendisine katıldığımız görüşünü şöyle açıklamaktadır: “Bana öyle görünüyor ki, icabın hitap içermesini şart koşmamak gerekir. Bu konuda ileri sürülebilecek yegâne şart, ister bir veya daha çok kişi olsun, ister belirli veya belirsiz kişiler olsun, -genel çerçeve itibarıyla de olsa- karşı tarafın biliniyor olmasıdır. Bir başka anlatımla, icabın ciddi olması, icapta bulunan tarafın bunun yapılması istenen akdin iki unsurundan biri olduğu anlayışına sahip olarak icaba hukukî sonuç bağlanmasını istiyor olması gerekir. Bu durumda, ister hazırlar arası akit ister gaippler arası akit olsun, karşı tarafın biliniyor olması veya icabın kamuya yöneltilmesi şarttır. Bu konuda esas alınabilecek ölçüler ise örf ve âdete göre belirlenebilir”.<sup>19</sup>

Bu bilgiler ışığında ve özellikle günümüz şartları dikkate alındığında, İslâm hukukunda icabın kamuya yöneltilmesinin mümkün olduğunu ve bu yolla akdin kurulabileceğini kabul etmek gerekir. Buna göre, meselâ bir satıcının malı üzerine etiket koymak suretiyle onu teşhir etmesi icap sayılır ve bunu kabule, -akit ehliyeti olan- herkes yetkilidir. Çünkü İslâm hukukundaki “terâdî” şartı gerçekleşmiş olmaktadır ve İslâm hukukunun konuya ışık tutan (rıza, zorluğu giderme, örf ve âdetleri dikkate alma gibi) prensipleri bu kanaati desteklemektedir. Nitekim çağımızda İslâm hukukunu esas alan bazı kanunlarda -meselâ *Irak Medeni Kanunu*'nun 80.madde 1. fıkrasında- bu hüküm benimsenmiştir.<sup>20</sup>

Fakat burada icap ile icaba davet kavramlarını birbirinden ayırdetmek gerekir: Bir akdin yapılması isteği ile ilgili her beyan bir icap değildir. Akdi kurma hususunda son sözü teşkil etmeyen, bir başka deyişle karşı tarafın kabul beyanında bulunması halinde beri tarafın kendisini bununla bağlı saymayı istemediği teklifler icap değil, icaba davettir. Duvar ilânları, gazete, radyo, televizyon v.b. vasıtalar ile yapılan duyurularda ortaya konan akit teklifleri genellikle birer icaba davettir. Bir beyanın icap mı yoksa icaba davet mi olduğu meselesini çözmek her zaman kolay olmaz. Bu durumda yoruma başvurmak gerekir. Bu konuda uygulanabilecek kural, yukarıda işaret edilen ölçüyü olumlu olarak ifade ettiğimizde karşımıza çıkar: Teklif sahibinin sözleşmenin kurulması için gerekli unsurları belirleyip son sözü söylediğinin tesbit edildiği ve karşı tarafça kabulü halinde bu teklifle bağlı kalmayı istediğinin kesin olarak anlaşıldığı durumlar birer icaptır.<sup>21</sup>

18 Bk. Desûkî, III, 4.

19 Karadâğî, II, 1072 - 1073.

20 Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, bu konunun “muâtât” ile kısmen alakası bulunmakla beraber, muâtât hükümlerinin bu meselenin çözümlenmesi için yeterli olmadığıdır.

21 Bu konuda (Batı hukuku açısından) bk. Schwarz, I, 209 - 211; Ghestin, II, 160; Tunçomağ, I, 128 -129; Tekinay, s. 89-91. Çağımızda İslâm hukukunu esas alan bazı kanunlarda da (meselâ *Irak Medeni Kanunu*'nun 80. madde 2. fıkrasında) bu ayırıma yer verilmiştir.

Viyana Sözleşmesi'nin 14.maddesinde bu hususta şu hüküm yer almıştır:

"1) Bir akdi kurmak üzere belirli bir veya daha fazla kişilere yöneltilmiş olan bir teklif, yeterince sarih ise ve kabulü halinde sahibinin bununla bağlanma iradesini gösteriyorsa bir icap sayılır. (Akdin konusu olan) malları tanımlamakta ve fiat ve miktarı açık veya zımnî bir biçimde belirlemede yahut belirlemeye imkan veren kayıtlar içermekte ise, teklif yeterince sarih sayılır.

2) Belirli olmayan kişilere yöneltilmiş bir teklif, teklifi yapanın aksini açık bir biçimde belirtmemesi halinde, sadece bir icaba davet sayılır."

Her ne kadar iletişim aracı değilse de, akitlerin yapılmasında kullanılan modern cihazların akdin oluşmasındaki rolüne, bir başka anlatımla icabın şahsen değil bir araç vasıtasıyla yapılması meselesine kısaca değinmemiz uygun olur.

Bağlanma iradesinin açıkça belirtildiği kamuya yöneltilmiş teklifin de icap sayılması halinde, bu nevi cihazlarla yapılan akitlerin hukukî niteliğinde önemli bir zorlukla karşılaşılmaz. Meselâ otomatlar vasıtasıyla yapılan satın sözleşmesi,<sup>22</sup> (tartı makineleri gibi) bazı âletlerin kullanımına imkân veren kira sözleşmesi<sup>23</sup> ve robotlar aracılığıyla sunulan hizmetlere ilişkin hizmet akdi, hep icapçı tarafın sözleşmede şahsen bulunarak veya vekilini bulundurarak değil kendi yerine bir cihazı ikame etmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Kamuya yöneltilmiş icabın geçerliliğine dair yukarıda anılan gerekçeler dikkate alındığında, kanaatimizce, İslâm hukuku bakımından da bu cihazlarla icabın yapılabileceğini kabul etmek gerekir.<sup>24</sup>

## 2- İcabın Bağlayıcı Olup Olmadığı

İslâm hukukundaki hakim görüşe göre, karşı tarafın kabulünden önce icapçının icabından rücu (dönme) hakkı vardır. Ancak Mâlikîlerin çoğunluğuna göre, icap tek başına bağlayıcıdır; örfen karşı tarafa tanınması gerekli süre içinde icaptan rücu geçerli olmayıp, bu süre içinde icaptan dönülmüş olsa bile karşı tarafın kabulü ile akit tamam olur.<sup>25</sup>

Roma hukuku kaynaklarında bu mesele halledilmiş değilse de, bu hukukun genel ilkelerinden çıkan sonuç, icabın bağlayıcı olmadığını yönündedir.<sup>26</sup> İngiliz, Fransız ve İtalyan hukuklarında da icabın bağlayıcı olmadığı ilkesi hakimdir. Alman, İsviçre-Türk hukuklarında ise icap bağlayıcı bir etkiye sahiptir.<sup>27</sup> Tabii ki bu bağlayıcılık, hazırlar arası akitte -muayyen bir

22 Tunçomağ, I, 128; Schwarz, I, 209.

23 Schwarz, I, 209, d.n. 8.

24 Fıkıh eserlerinde bu meseleye ışık tutucu bir ifade için bk. Bühûti, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 149; *Şerh'u müntebâ'l-irâdât*, II / 141.

25 Hattâb, IV, 241; İbn Nuceym, V, 228; Mahmasânî, II, 39; Musa, s. 261 - 262; Düreynî, s. 272 - 274.

26 Schwarz, I, 214 - 216. Bazı yazarlar icabın Roma hukukunda bağlayıcı sayılmadığını kesin biçimde ifade ederler, bk. Şehhâta (Şefik), *Nazarîyetü'l-iltizâmât fi'l-kanuni'r-rûmânî*, s. 360, zikreden: Düreynî, s. 274.

27 Mahmasânî, II, 39; Schwarz, I, 214-216; Tekinay, s.91. *Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Kanunu* (madde 136) ve onun mehz kanunu olan *Ürdün Medeni Kanunu*



süre tayin edilmemişse- "derhal" (yani makul süre içinde) kabul şartı ile sınırlıdır. (*Tunus Medeni Kanunu* madde 27 ve *Mısır Medeni Kanunu* madde 94 de aynı hükmü getirmiştir.) Meclis muhayyerliğini kabul edenlerin görüşü bir yana, icaptan dönme muhayyerliğini ("hıyârü'r-rücû") kabul edenlere göre bu hak kabul vuku bulmadan önce kullanılabilir. İcaptan rücû ile kabul aynı anda vukubulursa, rücûya hüküm bağlanması tercih edilir.<sup>28</sup>

Hanefi doktrinine ait eserlerde hazırlar arası akitte icaptan rücû halinde bunun karşı tarafça bilinmesinin şart olup olmadığı hususunda iki farklı görüş bulunmaktadır.<sup>29</sup> Başka bir deyişle, hazırlar arası akitte icaptan rücû bir görüşe göre yöneltilmesi gerekli irade beyanı niteliğindedir, diğer görüşe göre ise yöneltilmesi gerekli olmayan irade beyanıdır.<sup>30</sup> Bu durum karşısında, sözkonusu meselede Hanefi fıkıh eserlerinde hem "açıklama" hem "öğrenme" teorisini destekleyen iki görüş bulunduğunu söylemek mümkündür.<sup>31</sup>

Burada konumuza ışık tutması açısından önemli bir mesele ile karşılaşılmaktadır: İcапçının karşı tarafa kabul veya ret hususunda belirli bir süre tanınması halinde bunun kendisi için bağlayıcı olup olmayacağı.

M.Yusuf Musa uzun araştırmalarına rağmen hiçbir fakihin bu meseleye açık bir biçimde değindiğine raslamadığını belirttikten sonra *Mısır Medeni Kanunu*'nun 95.maddesinde meselenin "Kabul için bir süre belirlendiği takdirde icapçı bu süre doluncaya kadar icabı ile bağlı kalır. Olayı çevreleyen şartların veya muamelenin özelliğinin delâletiyle de süre belirlendiği sonucuna ulaşılabilir." şeklinde hükme bağlandığına işaret etmekte ve kendi kanaatine göre İslâm hukuku kurallarına göre doğruya en yakın çözümün bu olduğunu ifade etmektedir. Yazar daha sonra uzun araştırmalarının sonucunda fakihlerin bu meseleye doğrudan temas ettiklerine raslayamadığını tekrar belirtip, sadece bir Malikî mezhebi kaynağında (Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl*, IV, 241) yukarıdaki kanun hükmü ile aynı istikamette sayılabilecek bir ibare bulabildiğini söylemekte ve dipnotta şu açıklamayı yapmaktadır:

"Büyük üstad Ali Hafif *el-Muâmelât eş-Şer'iyye* adlı eserinin 205. sayfa 1 nolu dipnotunda, bu kitabın (*Mevâhibü'l-celîl*'in) 4.cilt 23.sayfasını kaynak göstererek Malikîlerin açık bir biçimde Kanun'daki hüküm ile aynı istikamette görüş belirttiklerini kaydetmekte ise de, bu konuda yaptığım incelemede durumun söylediği şekilde olmadığını gördüm. Belki de bir matbaa hatası sözkonusu!"<sup>32</sup>

Düreynî, (birisi Ali Hafif'in *Abkâmu'l-muâmelât*, 1944 baskısı s.175, diğeri Muhammed Mustafa Şelebî'nin *Nizâmu'l-muâmelât*, s. 243 olmak üzere) iki çağdaş yazarın kitabına dayanarak, Mâlikîlerin icapçının bir süre ile kendisini

(madde 96) tarafların icaptan sonra akit meclisinin sonuna kadar muhayyer oldukları, icapçının kabulden önce icabından dönmesi halinde icabının geçersiz hale geleceği hükmünü koymuştur. Zühaylî, s. 16.

28

İbn Nüceym, V, 288.

29

Kaynaklarıyla birlikte bk. Düreynî, s. 325.

30

Süvâr, *Ta'bir*, s. 108-109, 147.

31

Bu teoriler gaipler arası akitte daha fazla önem taşıdığı için bu konuya gaipler arası akit başlığında yer verilecektir. bk. (IV.C.3)

32

Musa, s. 260-261.

sınırlaması halinde akit meclisinin sona ermesi ile icabın sona ermeyeceği, yine icabın böyle bir süre ile sınırlanması yönünde örf bulunması durumunda örfteki süreye uyulacağı görüşünde olduklarını ifade etmekte ve bu görüşü tercihe şayan bulmaktadır.<sup>33</sup> Oysa Düreynî'nin kaynak olarak gösterdiği ikinci yazar da (Şelebî de), bu görüşünü bir başka eserinde<sup>34</sup> tekrar ederken yine Hattâb'ın *Mevâhibü'l-celîl* IV/241'deki ifadesine dayanmaktadır ve orada da sadece Yusuf Musa'nın işaret ettiği ve doğrudan bu sonucu göstermeyip -genel olarak-icabın bağlayıcılığına delâlet eden şu ifade yer almaktadır: "Alıcı ve satıcıdan biri diğer taraf cevabını vermeden önce icabından dönse, daha sonra diğer tarafın kabul cevabı vermesi halinde bu rücu hüküm ifade etmez"<sup>35</sup>

Her ne olursa olsun, karşı tarafa kabul için belirli bir süre tanınması halinde icapçının bu süre ile bağlı sayılması gerektiği görüşü kanaatimizce Mâlikî fıkha hakim ilkelere uygun düşmektedir.<sup>36</sup> Zira Mâlikî mezhebi tek taraflı iradeye, bunu başlıbaşına bir borç kaynağı kabul ettiği söylenebilecek ölçüde en geniş alanı tanıyan mezhep sayılır. Bunu tesbite imkân veren hususların başında şunu hatırlatmak uygun olur: Daha önce de işaret edildiği üzere, bu mezhepteki hakim görüşe göre icap tek başına bağlayıcı olup, icapçı akit meclisi sona erinceye veya karşı taraf ret cevabı verinceye kadar icabını geri çekemez.<sup>37</sup> İcap örfün belirlediği süre içinde sahibini bağladığına, yani zımî bir yolla bu süre belirlenebildiğine göre, icapçının sarih irade beyanı ile bağlanmayı kabul ettiği bir süre belirlemesi halinde icabın bağlayıcı olması evleviyet kuralı gereğidir. Öte yandan bu hükmün genel olarak İslâm hukukunun borçlar hukuku alanındaki yaklaşımlarına da uygun düştüğü söylenebilir. Meselâ muhayerlikler konusunda tek taraflı irade ile borç ilişkisinin devam ettirilmesine veya ortadan kaldırılmasına imkân veren ("hıyârü's-şart" v.b.) hükümleri kabul eden İslâm hukukunun, icapçının belirli bir süre koyarak kendini bağlamasını kabul etmemesi tutarlı olmaz. Kaldı ki icapçının kendisini bağlamasındaki amaç incelendiğinde, bununla akit hukukunun getirmek istediği düzene ve akitlerle ilgili hükümlerin konuş gayesine aykırılığın hedeflenmediği, aksine tarafların zarar vermeksizin ve zarar görmeksizin ihtiyaçlarının karşılanmasının ve âkıdeyn bakımından maslahata uygunluğun gerçekleştirilmesinin amaçlandığı görülmür. Belirtelim ki, ileride geleceği üzere bu hükmün önemi gaipler arası akitte daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

33 Düreynî, s. 274.

34 Şelebî, s. 430-432.

35 Hattâb, IV, 241.

36 Cemîlî "Mâlikîler icabın bağlayıcılığına hükmetmişlerdir, ki bu da tek taraflı irade ile borç doğması şekillerinden biridir" derken isabetli olmakla beraber, bu fikrin doğruluğunu kanıtlamak için zikrettiği örneklerin ikisinin de gerçekte meclis muhayerliğinin kabul edilmemesi ile ilgili olduğu görülmektedir. Zira her ikisinde de icaptan dönülmeden önce kabul meydana gelmiş bulunmaktadır. bk. Cemîlî, s. 172. İslâm hukukunda tek taraflı irade teorisinin kabulü ile ilgili bir değerlendirme için bk. aynı eser, s. 8-9. Öte yandan işaret edelim ki, bazı hukukçuların Roma hukuku, Müşterek Hukuk (Pandect hukuku) ve *Mecelle-i Abkâm-ı Adliye*'de icabın bağlayıcı olmayışını şu şekilde açıklamalarını isabetli bulmuyoruz: "Zira bu hukuklar tek taraflı irade beyanı ile bir hüküm doğacağını kabul etmezler." bk. Saymen-Elbir, *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1958, I / 1, s. 101, zikreden: Fezzioglu, I, 71-72.

37 Karadâğî, II, 1031.

Burada işaret etmeliyiz ki, İslâm ülkelerindeki çağdaş kanunlaştırmalarda, icapçının kabul için bir süre belirlemesi halinde bu süre doluncaya kadar icabı ile bağlı kalacağı hükmü benimsenmiştir. Tabii ki bu hüküm çoğu zaman gaipler arası akitler bakımından sözkonusu olmaktadır.<sup>38</sup>

#### B- KABUL

İslâm hukukunda kabul muhayyerliği esastır. Yani icabın kendisine yöneltildiği kişi bunu kabul edip etmemekte serbesttir. İslâm hukukunda bu kuraldan istisna yapıldığına hiç raslamadığını belirten Mahmasânî, *Lübnan Borçlar ve Akitler Kanunu*'nun da (madde 181) ilke olarak kabul muhayyerliğini benimsemiş olduğunu, ancak, hakkın kötüye kullanılması teorisinin ışığında (bazı ticaret erbabı ile otel ve lokanta sahipleri gibi) kamuya birtakım hizmet ve malları sunan kişiler bakımından kabul mecburiyeti getirdiğini ifade etmektedir.<sup>39</sup> Kanaatimizce kanunlardaki bu gibi hükümlerin hakime tarafların iradesini yorumlamada yol gösteren, meselâ bu meselede -ilke olarak- bu tür kişilerin kamuya mal veya hizmet sunmalarının "İcaba davet" değil "bağlayıcı bir icap" olduğuna hükmetmesine imkân veren kanunî karine olarak düşünülmesi uygun olur.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken bir husus da "zımnî kabul" olarak nitelendirilebilecek durumların kabul mecburiyeti olarak düşünülmemesi gerektiğidir.<sup>40</sup>

Prensip olarak kabulün, icabın yöneltildiği kişi tarafından yapılması gerekir. Şâfilere göre kabulün icabın yöneltildiği kişi tarafından yapılması şarttır; vekili bile olsa başkasınca yapılamaz. Hanefiler ise fuzûlî (yetkisiz temsilci) tarafından akit meclisinde yapılacak kabulü, daha sonra gaip muhatabın icazet vermesi şartıyla geçerli saymışlardır. Daha önce geçtiği üzere, Mâlikîlere göre icap kamuya yöneltilmiş ise, kabulün muayyen kişi tarafından yapılması gerekmez.<sup>41</sup>

Kabul -teorik olarak- akdin kuruluş anına kadar geri alınabilir. Fakat akdin kabul iradesinin açıklanmasıyla kurulacağını kabul edenlere göre pratik olarak buna imkân yoktur. Akdin sırf kabul beyanı ile kurulmuş olup olmayacağı meselesi ise, "kabul" ün yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı mı yoksa yöneltilmesi gerekli olmayan bir irade beyanı mı olduğu hususunun tesbitine bağlıdır. Biz bu konuyu, sonuçları itibariyle bundan sonraki başlığı daha çok ilgilendirdiği için orada (III, C) inceleyeceğiz.

38 Meselâ bk. *Mısır Medeni Kanunu* madde 97; *Irak Medeni Kanunu*, madde 84; *Lübnan Borçlar ve Akitler Kanunu*, madde 179; *Kuveyt Medeni Kanunu*, madde 46; *Tunus Medeni Kanunu*, madde 27.

39 Mahmasânî, II, 39.

40 Zımnî kabul durumları için fıkıh kitaplarının ve çağdaş İslâm hukuku eserlerinin özellikle "dilâletü'l-muâtât (el-bezl, el-fi'l) alâ'r-rızâ" ve "dilâletü's-sükût alâ'r-rızâ" başlıklarına müracaat edilebilir. Meselâ bk. Mahmasânî, II, 50-51, 52 v.d.; Düreynî, s. 156 v.d.; Karadâğî, II, 917 v.d. Batı hukuku açısından bk. Schwarz, I, 227-230; Ghestin, II, 172-174, 226 v.d., 239 v.d.

41 Kabulün diğer şartları ile birlikte bk. Düreynî, s. 281-284 (Şâfilerle ilgili hükümde "müvekkili" lafzı yer almış olmakla birlikte bununun matbaa hatası olması muhtemeldir.) Bu konuda akdin özelliğinin önem taşıdığı açıktır. Bu itibarla konu üzerinde fazla durmuyoruz.

## C- İCÁP-KABUL İRTİBATI (AKİT MECLİSİ) VE AKDİN KURULUŞ ANI

## 1- İcáp-Kabul İrtibatı (Akit Meclisi)

Akdin kurulabilmesi için icap ve kabulün birbirine uygun biçimde irtibatı gerekir. Bu irtibatı sağlayan zaman ve mekân birliğine akit meclisi denir.<sup>42</sup> Her ne kadar Kâsânî in'ikad şartlarını 1) Âkide 2) Akdin kendisine 3) Akdin yerine 4) Ma' kud aleyhe ait olmak üzere dört gurupta incelemekte<sup>43</sup> ve akdin yerine ait şartı ele almaya "Bu, meclis birliğinden ibarettir ki o da icap ve kabulün tek mecliste olması demektir" ifadesi ile başlamakta ise de, bu ifadenin devamındaki açıklamasında, esasen icap - kabul irtibatında hem mekân hem de zaman unsurunun önem taşıdığını, bu konuda sıkı kuralcılık yapılsa zamanda da birlik (aynı anda olma) şartının aranması gerekeceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte Kâsânî, tarafların düşünüp taşınma ihtiyacı dikkate alınmaksızın zaman konusunda sıkı kuralcı davranmanın akit yapma kapısının kapanmasına yol açacağını, dolayısıyla bu konuda zaruret prensibine dayanılarak hükmün yumuşatıldığını belirtmektedir.<sup>44</sup>

Bu denge dikkate alınarak Hanefî mezhebinde, icap ile kabul arasında fevriyet (kabulün hemen icabın peşisıra olması) şartı koşulmamış, akit meclisinin devam ettiğine hükmedilebileceği süre içinde kabul halinde icabın varlığını koruması esası kabul edilmiştir. Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde de hüküm böyledir.<sup>45</sup>

Şâfiî mezhebinde ise kabulün hemen icabın peşisıra gelmesi şartı koşulmuş, sadece zaruret ölçüsünde (çok az) bir fasıla bulunmasına imkân tanınmıştır.<sup>46</sup> İşaret edilmelidir ki, bu mezhepte kabul edilen "meclis muhayyerliği" hükmü, burada muhatap taraf için sözkonusu olan sıkıntıyı büyük ölçüde telâfi edici niteliktedir.

Günümüz İslâm hukuku araştırmacıları genellikle çoğunluğun görüşünü İslâm hukukunun ilkelerine (tarafların maslahatına) daha uygun bulmaktadır. Çağımızdaki kanunlaştırmalarda da daha çok bu görüş esas alınmıştır.<sup>47</sup>

Bu açıklamalar göstermektedir ki, icap ile kabul arasındaki irtibat maddi değil hükmî (itibârî) dir. Buna karşılık, hazırlar arası akitte meclis birliği maddidir; öyle ki mekân birliği olmaksızın meclis birliği gerçekleşemez.<sup>48</sup> Ne var ki, özellikle Hanefî doktrininde -ki hukukî tefekkürlerine kavram hukukçuluğu (begriffsjurisprudenz) anlayışının ağır bastığı bu mezhep fakihlerinin hukukî kavramların inceltilmesindeki üstün başarılarını inkâr etmek mümkün değildir- bu maddiliğin aşırı bir noktaya götürüldüğü, tarafların

42 *Mecelle-i Abkâm-ı Adliyye*'de satım sözleşmesi esas alınarak akit meclisi şöyle tanımlanmıştır: "Meclis-i bey' pazarlık için olunan ictimâdır". (madde 181)

43 Kâsânî, V, 135.

44 Kâsânî, V, 137. Aynı konuda bk. Mergînânî V, 460; İbn Nüceym, V, 284; Düreynî, s. 294-295.

45 İbn Nüceym, V, 284; Hattâb, IV, 240 (Mâlikî mezhebindeki başka bir görüş için bk. Şelebî, s. 423 d.n.1); Bühûfî, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 147-148.

46 Nevevî, IX, 169.

47 Meselâ bk. Şelebî, s. 422-424; Düreynî, s. 295-296; Karadâğî, II, 1079.

48 Mekân birliği bulunmadığı halde telefon vasıtası ile yapılan akitlere -zaman açısından- hazırlar arası akit hükümlerinin uygulanması meselesi bu araştırmanın (V.) başlığında ele alınacaktır.

rizasının ve icap-kabul irtibatının araştırılmasını bir yana bıraktıracak ölçüde maddi bakışın bu konuya hakim kılındığı görülmektedir.<sup>49</sup>

İcap ile kabul arasındaki (yukarıda işaret edildiği üzere hükmi olan) irtibatın var kabul edilebilmesi için kabulde bir takım şartlar aranmıştır. Bunlar arasında konumuz açısından önemli olanı “kabulün icabın sukutundan önce yapılmış olması” şartıdır. Bu sebeple, icabın sukutu hallerinin kısaca gözden geçirilmesi uygun olur. İcabın sukutu halleri (kabulden önce) şunlardır: a) İcapçının icabından rücu etmesi, b) Muhatabın icabı reddetmesi, c) İcapçının vefatı veya ehliyetini yitirmesi, d) Muhatabın vefatı veya ehliyetini yitirmesi, e) Ma'kud aleyhin (akdin konusunun) telef olması veya tağyiri. Son üç durumun araştırma konumuzu doğrudan ilgilendirmemesi sebebiyle ve çalışmanın hacmini kabartmamak için,<sup>50</sup> ilk iki durumla ilgili bazı önemli noktalara değinmekle yetineceğiz:

a) İcapçının icabından rücu etmesi: Mâlikî mezhebindeki -daha önce işaret edilen- icabın bağlayıcılığı hükmünü gözönünde bulundurmak kaydıyla, icapçının kabulden önce icaptan rücuu icabı ıskat eder. İcaptan rücuun hüküm ifade etmesi için bunun karşı tarafça bilinmesinin gerekli olup olmadığı hususunda Hanefî mezhebinde iki görüş bulunduğu daha önce (III. A. 2) temas edilmişti.

İcaptan rücu iki nevidir:

aa) *Sârih rücu*: İcapçı kabul meydana gelmeden önce kısmen de olsa<sup>51</sup> icabından sarîh (açık) bir biçimde vazgeçerse icap bâtil olur.<sup>52</sup>

bb) *Zımnî rücu*: İcapçı diğer tarafın kabulünden önce akit meclisini terkederse ya da vazgeçmeye delâlet eden söz veya fiilde bulunursa icap bâtil olur.<sup>53</sup>

Diğer taraftan, icabın değiştirilerek yenilenmesi de ilk icaptan zımnî bir rücu olmakla beraber, Hanefilere göre yeni icap hüküm doğurur, yani bunun için yapılan kabul geçerli olur.<sup>54</sup> Şâfiîlere göre ise diğer tarafın irade beyanına kadar birinci irade beyanında bir değişiklik yapılmaması gerekir. Bu anlayışa göre, değiştirilen icap öncekini ıskat etmekte fakat onun yerine geçememektedir.<sup>55</sup> Kanaatimizce Hanefîlerin görüşü gerek hukuk tekniği gerekse İslâm hukukun genel kaideleri açısından tercihe şayandır, zira bu

49 Bazı Hanefî yazarların ifadeleri ve tenkidli için bk. Senhûrî, *Masâdiru'l-bak*, II, 11-14. Akit meclisi ve sonuçları için bk. Şelebî, S. 422-424; Düreynî, s. 286-299; Zühaylî, s. 20-22; Karadâğî, II, 1076-1077. İşaret etmeliyiz ki, Vahidüddin Süvâr'ın “eş-Şekl fî'l-fikhi'l-islâmî” adlı eseri, İslâm hukuk doktrinlerinin akit meclisi teorisi çerçevesindeki tavırlarına ışık tutan müstesna bir araştırma özelliğini haizdir.

50 Bu konuda şu eserlere bakılabilir: Musa, s. 262-263; Düreynî, S. 278-281, 286-287; Senhûrî, *Masâdiru'l-bak*, II, 16-17; Mahmasânî, II, 40-41; Karadâğî, II, 1073.

51 İbn Müceym, V, 288; Bühûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 148.

52 *Mecelle-i Abkâm-ı Adliyye*, madde 184; Bühûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 148.

53 *Mecelle-i Abkâm-ı Adliyye*, madde 183.

54 *Mecelle-i Abkâm-ı Adliyye*, madde 185. *Irak Medeni Kanunu* madde 83'de bu görüşü esas almıştır.

55 Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 382 zikreden: Düreynî, s. 276.

konudaki ticarî teâmüllerin icaplarına ve hukukî ilişkinin tabiatına daha uygundur.<sup>56</sup>

b) Muhatabın icabı reddetmesi: Bu da iki şekilde olabilir:

aa) *Sarih ret*: Diğer tarafın açık biçimde reddetmesi durumunda icabın hükümsüz hale geleceği hususunda fikirbirliği vardır.<sup>57</sup>

Bu reddin hüküm doğurması için icapçının muhatabın reddini duymuş olması şart mıdır? Bu sorunun cevabına fıkıh kitaplarında açık bir şekilde raslanmadığını ifade eden Düreynî, "icabın reddi beyanı"nı "kabul beyanı"na kıyas ederek bir sonuca varmaya çalışmaktadır. Düreynî, hazırlar arası akitte akdin kurulmuş sayılması için kabulün icapçı tarafından duyulmuş olmasının şart olup olmadığına ilişkin iki görüşe işaret ederek<sup>58</sup> vardığı kıyasî sonucu şöyle açıklamaktadır: "Daha önce gördüğümüz üzere, hazırlar arası akitte tercihe şayan bulunan görüş, kabulün işitilmesinin şart koşulması görüşüdür; bazı fakihler ise bu işitmeyi şart koşmayıp kabulde bulunan tarafın kendisinin işitmiş olmasını yeterli saymaktadırlar. Birinci görüşün pratik sonucu şudur: Kendisine icabın yöneltildiği kişi bunu reddetse fakat icapçı bunu duymasa, sonra kabul beyanında bulunup icapçı bunu duysa akit kurulmuş olur. Zira in'ikad şartı yani kabul beyanının işitilmesi gerçekleşmiştir ve onlara göre sözün sonuç doğurması diğer tarafın işitmesi ile olur. İkinci görüş esas alındığında ise, muhatabın icabı reddetmesi ile -icapçı bunu duymamış bile olsa- icap sakıt olur. Çünkü bu görüşün sahiplerine göre, söz -diğer taraf işitmemiş bile olsa- kişinin kendi işitmesi ile sonuç doğurur".<sup>59</sup>

Kanaatimize göre "icabın reddi" ni yöneltmesi gerekli bir irade beyanı olarak düşünmek gerekir ve bunu "kabul" e kıyas etmek isabetli olmaz (fıkıh usulü terimi ile bu bir "kıyas maalfârik" olur). Bu konu gaipler arası akitte daha çok önem taşıdığı için, izahını oraya (IV. C. 2) bırakıyoruz.

bb) *Zımnî ret*: Zımnî ret değişik şekillerde olabilir.

Kabulde icapçı lehine değişiklik zımnî bir ret ve yeni bir icap olarak telâkki edilebileceği gibi bunu zımnî muvafakat olarak değerlendirmek de mümkündür. Hanefîler ikinci yolu benimsemişlerdir.<sup>60</sup> Çağımızdaki bazı kanunlar ise (meselâ *Mısır Medeni Kanunu* madde 96, *Suriye Medeni Kanunu* madde 97) birinci yaklaşımı esas almışlardır, ki bu Şâfiî mezhebinin zâhirine uygun bulunmaktadır. Cevabın şarta muallak veya mukayyed olması da *Lübnan Borçlar ve Akitler Kanunu*'nda (madde 182) bu şekilde değerlendirilmiştir.<sup>61</sup>

## 2- Akdin Kuruluş Anı

56 Bu görüşü destekleyen bazı açıklamalar için bk. Düreynî, s. 276-277.

57 Karadâğî, II, 1073.

58 Biz bu görüşleri aşağıda "Akdin Kuruluş Anı" (III. C. 2) başlığı altında ele alacağız.

59 Düreynî, s. 326-327.

60 Bk. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* madde 178.

61 Nevevî, IX, 169-170; Mahmasânî, II, 41; Musa, s. 256. Zühaylî bu konuda şu açıklamayı yapmaktadır: *Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Kanunu* (madde 140) ve *Ürdün Medeni Kanunu* (madde 99) kabulün icaba tam olarak uygun olması hükümünü getirmiş ve icaba ilaveyi tecviz etmemiştir... Bu -Hanefîler dışındaki- çoğunluğun görüşüne uygundur." Zühaylî, s. 30.

Hazırlar arası akitte akdin kuruluş yerinin belirlenmesi, akdin in'ikad ettiği anı ve yeri birbirinden ayrı incelemeyi gerektirecek ölçüde önem taşımaz. O yüzden burada sadece akdin kuruluş anını ele alacağız. Ancak konunun bütünlüğünü sağlama bakımından önce icap ile kabulün aynı anda meydana gelmesi meselesine kısaca temas edeceğiz.

İcap ve kabulün aynı anda sâdir olması halinde akdin in'ikad edip etmeyeceği hususunda Hanefî fakihlerince iki görüş ileri sürülmüştür. İbn Nüceym ve diğer bazı bilginler bu konuda olumlu kanaat belirtmişlerdir.<sup>62</sup> Kuhistânî'den rivayet edilen görüşten ise bu şekilde akdin kurulmuş sayılamayacağı anlaşılmaktadır.<sup>63</sup> Mecelle şârihi Ali Haydar Efendi Mecelle'nin olumsuz görüşü seçtiği kanaatindedir.<sup>64</sup> Mahmasânî olumlu görüşü akitlerde rıza ilkesi ile uyuşan makul bir çözüm saymakla beraber bunun esasen teorik bir görüş ayrılığı olduğunu, zira çok nadir karşılaşılabilecek bir durum olduğunu ifade etmektedir.<sup>65</sup> Fakat günümüzde bu meselenin önem taşıdığı söylenebilir. Meselâ (önceden hazırlıkları bitirilmiş bir akitleşme tarzı olsa da), iki müessesenin sahibi yahut iki şirketin yetkilisi arasında yapılan önemli bir akitte taraflar aynı metnin iki ayrı nüshasını aynı anda imzalarlarken böyle bir durumla karşılaşılmaktadır. Özellikle noterin bir sözleşmeyi hazırlayıp kabul edip etmediklerini taraflara sorduğunda her ikisinin aynı anda kabul beyanında bulunmaları örneğinde bu durum daha belirgin ortaya çıkar.<sup>66</sup> Yazının sözleşme vasıtası olarak kullanılmasının cevazını bazı mezhepler sırf gaipler arası akitlere inhisar ettirme eğiliminde olmakla beraber<sup>67</sup> İslâm hukukçularının gerek bu konudaki gerekse dilsizin işareti, yazısı ve teatî konularındaki görüş ve tahlilleri dikkate alındığında, günümüzdeki bu ihtiyaç karşısında hazırlar arası akitte de yazının tecvizinin ve İbn Nüceym'in tercih ettiği icap ile kabulün aynı anda sâdir olması halinde akdin kurulmuş sayılacağı yönündeki olumlu görüşün benimsenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Akdin kuruluş anının belirlenmesine gelince: Akdin kurulmuş sayılması için sırf muhatabın kabul beyanında bulunması yeterli görüldüğü takdirde, günümüz borçlar hukuku incelemelerinde "açıklama teorisi" diye adlandırılan teori benimsenmiş olur. Bununla yetinilmeyip kabul beyanına icapçının muttali olması şartı arandığı takdirde ise "öğrenme teorisi" tercih edilmiş demektir.<sup>68</sup>

İslâm hukuk doktrinlerinde hazırlar arası akit bakımından bu meseleye bağlanan çözümü açıklığa kavuşturmak için büyük emek mahsulü bir çalışma gerçekleştiren Süvâr'ın (özet olarak) şu sonuçlara ulaştığı görülmektedir:

a) Hanefî mezhebinde iki görüş vardır:

62 İbn Nüceym, V, 288.

63 İbn Âbidîn, *Minbatü'l-Hâlik*, V, 288.

64 Ali Haydar, I, 457 (madde 167)

65 Mahmasânî, II, 38.

66 Günümüzde bu konuya ilişkin bazı uygulamalar için bk. Engel (Pierre), *Traité des Obligations en Droit Suisse*, Neuchâtel, 1973, s. 148, zikreden: Eren, s. 286.

67 Bu konudaki görüşler, delilleri ve tartışması için bk. Karadâğî, II, 941-949. Öncelikle Şafîi fakihlerin görüşü için bk. Nevevî, IX, 167.

68 Bu teorilerin uygulamadaki sonuçları itibarıyla taşıdığı önem gaipler arası akitte daha açık bir biçimde görülebildiği için, bunlar gaiplerarası akdin ilgili başlığında (IV. C. 3) incelenecektir.

aa) *Öğrenme görüşü*: Kabul beyanını yöneltmesi gerekli bir irade beyanı sayan bu anlayışa göre akdin kuruluş anı icapçının kabulü öğrenme anıdır. İlk defa Ebû Nasr el-Belhî (v. 305 H.) tarafından ileri sürülen bu görüş Hanefî mezhebindeki hakim görüştür.<sup>69</sup>

bb) *Açıklama görüşü*: Kabul beyanını yöneltmesi gerekli olmayan bir irade beyanı sayan bu anlayışa göre kabul iradesinin açıklanması ile akit kurulmuş olur.<sup>70</sup>

b) Şâfiî mezhebinde, Hanefî mezhebindeki hakim görüşün aksine, öğrenme şart koşulmayıp, kabul iradesinin açıklanması sözleşmenin kurulması için yeterli sayılmıştır. (Şu kadar var ki bu mezhepte sözkonusu beyanın -normalde beyanda bulunanın yanındakilerce duyulabilecek ölçüde- açık olması şartı üzerinde titizlikle durulmuştur; bununla isbat kolaylığının sağlanması hedeflenmiş de olabilir).<sup>71</sup>

Süvâr daha sonra Senhûrî'nin İslâm hukukunda hazırlar arası akitte icapçının kabul beyanını iştirahinin gerekli görüldüğünü yani "öğrenme teorisi"nin benimsenmiş olduğunu "umûr-i müselleme"den (tartışmasız kabul edilen hususlardan) saydığını<sup>72</sup> belirtmekte ve bunu yukarıda zikrettiği görüşlerle çeliştiği gerekçesiyle eleştirmektedir.<sup>73</sup>

Her ne kadar Süvâr şâyân-ı takdir bir çalışma ortaya koymuş ise de, Senhûrî'ye yönelttiği bu eleştirinin tamamen haklı olduğunu söylemek mümkün değildir. Her şeyden önce Senhûrî "umûr-i müsellemedendir" ifadesini kullanmış olmayıp Hanefî fıkının muteber kaynaklarından örnek ibarelere yer verdikten sonra bunların birleştiği bir nokta olması itibarıyla "o halde hazırlar arasında akdin kurulması için icapçının kabul beyanını duyması gerektiğinde şüphe yoktur" demektedir. Diğer taraftan, Süvâr'ın Hanefî mezhebi için işaret ettiği ikinci görüş Hanefî fıkî eserlerinde önemli bir yer tutmuş ve sarahaten savunulup desteklenmiş bir görüş değildir. Süvâr bu görüşü destekleyici nitelikte olmak üzere pek çok muteber fıkî kitabı bulunduğunu söylerken, olumsuz delilden yani bu kitaplarda simâ (iştirah) şartının aranacağı tasrih edilmediği delilinden yararlanmaktadır.<sup>74</sup> Buna karşılık öğrenmenin şart olduğu görüşü birçok muteber Hanefî fıkî kaynağında "hakkında icmâ (fikirbirliği) bulunduğu" kaydı konacak ölçüde kesin ifadelerle yer almıştır.<sup>75</sup> Şâfiî mezhebine gelince, bu konuda gerek Süvâr'ın dayandığı fıkî metinlerindeki

69 Bu görüşün bazı taraftarları icap ve kabulde "simâ" (iştirah) şartını bütün akitlerde ileri sürmezler. Meselâ nikâhta şart koşup bey'de şart koşmayanlar vardır. Bu görüşlerin kronolojik seyri için bk. Süvâr, *Ta'bîr*, s. 602 v.d. (EK-1).

70 Her iki görüşün tahlil ve mukayesesi için bk. Süvâr, *Ta'bîr*, s. 112-117.

71 Süvâr, *Ta'bîr*, s. 177-118.

72 Bk. Senhûrî, *Masâdiru'l-bak*, II, 55. (Süvâr Senhûrî'nin bu ifadesi için IV / 56'ya atıfta bulunmakta ise de, bunda bir yanlışlık olduğu anlaşılmaktadır.)

73 Bk. Süvâr, *Ta'bîr*, s. 118 d.n. 5.

74 Bk. Süvâr, *Ta'bîr*, s. 115 d.n. 5.

75 Msl. bk. İbn Nüceym, V, 288 (burada "anlama" şartından da söz edilmektedir); altı ayrı kaynağa atıf için bk. Süvâr, *Ta'bîr*, s. 610, d.n. 4. Hanefî fıkî eserlerinde "icmâ" kavramının çoğu zaman mezhep âlimlerinin fikirbirliği anlamında kullanıldığını, hatta bazen tam olarak mezhep içi ittifakı bile yansıtmadığını gözardı etmiş değiliz. Fakat burada, sözkonusu görüşün ne kadar ağırlıklı bir yer tuttuğunu vurgulamak istiyoruz.



görüşün gerekse bunlardan bizzat Süvâr'ın çıkardığı sonucun tartışılır tarafları vardır.<sup>76</sup> (Burada hatırlatmalıyız ki, Süvâr Şâfiî fıkıhı bakımından Hanefî fıkıhında olduğu gibi krolonojik seyir içinde görüşlerin gelişme çizgisinin tesbitini yapmış değildir.) Kaldı ki, Şâfiî fıkıhında benimsenen "meclis muhayyerliği" hükmü hazırlar arası akit bakımından bu hususun incelenmesinin önemini büyük ölçüde azaltmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar muvacehesinde, hazırlar arası akitte, İslâm fıkıhında hakim görüşün "öğrenme teorisi"nin kabulü yönünde olduğunu,<sup>77</sup> ancak objektif şartlara göre icapçının kabul beyanına muttali olduğuna hükmedilebilecek durumlarda "öğrenmenin gerçekleşmiş gibi" telakki edildiğini<sup>78</sup> söylemek mümkündür.

Şu halde, "Kabul" başlığı altında işaret ettiğimiz "Kabul -teorik olarak- akitin kuruluş anına kadar geri alınabilir" şeklindeki kural "öğrenme teorisi" esas alındığında, pratik değeri de haizdir. Yani kabulde bulunan taraf icapçı tarafından kabul beyanı duyulmadıkça kabulünü geri alabilir.

#### IV- GAİPLER ARASINDA YAPILAN AKİTLERİN KONUSU İLE YAKIN İLİŞKİSİ BULUNAN MESELELERİ VE HÜKÜMLERİ

##### A- İCAP

##### 1- İcabın Mahiyeti

Gaipler arası akitte icabın "yöneltmesi gerekli bir irade beyanı" niteliği taşıdığı<sup>79</sup> Hanefî fıkıhında "ittifakla" kabul edilen bir husustur.<sup>80</sup> Hanefî fıkıh eserlerinde bu durum şöyle tasvir edilmektedir: Bir kimse "bu malımı falanca gaibe sattım" dese, onun tebliğ iradesi olmadan gaip bundan haberdar olup kabul etse akit meydana gelmez; fakat tebliğ iradesi ortaya konmuş ise -tebliğ ile görevlendirilenden başkası tarafından gaibe tebligat yapılmış olsa dahi- gaibin kabul beyanında bulunmasıyla akit kurulmuş olur.<sup>81</sup>

Şâfiî fıkıh eserlerinde ise, böyle bir durumda icapçı tebliğ iradesini ortaya koymamış bile olsa haberin diğer tarafa ulaşması ve onun kabul beyanında bulunmasıyla akit oluşacağı hükmü yer almaktadır.<sup>82</sup>

Düreynî şu hayret ifadeleri ile Hanefîlerin görüşünü eleştirirken, irade beyanları konusunda "yöneltmesi gerekli" ve "yöneltmesi gerekli olmayan" ayırımının önemini dikkatten kaçırması olmalıdır:

76 Bk. Düreynî, s. 313-316. Şâfiî fıkıhından örnek için bk. Büceyrimî, III, 10.

77 Bu husus bazı yazarlarca genel bir şekilde (msl. Mahmasânî, II, 41), bazılarınca Hanefî fıkıh kaynaklarından çıkan tereddütsüz bir sonuç olarak (msl. Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, II, 55), bazıları tarafından "İslâm fıkıhında hakim görüş" şeklinde (msl. Düreynî, s. 287), diğer bazılarınca ise "Hanefî fıkıhında hakim görüş" şeklinde (msl. Süvâr, *Ta'bir*, s. 111 v.d.) ifade edilmektedir.

78 Bu husus gaipler arası akit ile ilgili sonucu etkileme bakımından önemlidir. Birçok Hanefî ve Şâfiî fıkıh kaynağında bu noktaya işaret eden ibareler vardır, msl. bk. İbn Nuceym, V, 288; Büceyrimî, III, 10.

79 Bu kavram için bu araştırmamızın (III. A. 1) nolu başlığına ve özellikle 14. dipnota bk.

80 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, II, 55; Süvâr, *Ta'bir*, s. 147.

81 Kâsânî, V, 139; İbn Hümâm, V, 462.

82 Nevevî, IX, 167.

“Ben Şâfiîlerin görüşünü tercih ediyorum ... (İcapçının) tebliğ isteğinin şart koşulmasında haklı bir gerekçe göremiyorum. Zira satıcı belirli bir kişiye satma iradesini açıklamış olduktan sonra, artık bu icabın tebliğinin icapta bulunanın tebliğ istemi ile olup olmaması arasında ne fark olabilir; bilhassa Hanefilere göre tebliğin bu işle görevlendirilen kişi ya da başkası tarafından yapılmasının mümkün olduğu dikkate alınırsa?”<sup>83</sup>

Aynı şekilde el-İbrahim'in de, Şâfiî görüşünü tercih ettiğini ifade ederken bu inceliğe dikkat etmediği anlaşılmaktadır.<sup>84</sup> Buna karşılık, eseri yukarıda anılan her iki yazarın kaynaklar listesinde yer alan Süvâr bu iki durumu çok iyi biçimde tefrik etmiş ve doyurucu açıklamalar ortaya koymuştur.<sup>85</sup>

İcabın kamuya yöneltilebileceği görüşünün tercihe şayan olduğuna (III. A. 1) başlığı altında değinmiştik. Burada gaipler arası akit bakımından da bu görüşün günümüzdeki toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına ve ticarî teâmüllere uygun olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

Modern cihazların akdin kuruluşunda taraflardan biri veya herikisi yerine kaim olması meselesine de (III. A. 1) başlığı altında yer vermiştik. Burada aynı durumun gaipler arası akitte de sözkonusu olabileceğini ilave etmeliyiz. Şöyle ki: Satış robotu gibi aletlerle hazırlar arası akitte yapılan icap şeklinin gaipler arası akitte de uygulanması mümkündür. Meselâ bazı kuruluşların verdiği uyandırma, bilgilendirme v.b. hizmetler, şayet telefonun karşısında o kuruluşun bir elemanı tarafından yapılmayıp otomatik cihazla yerine getiriliyorsa, icap (veya duruma göre kabul) icapçının (veya duruma göre kabul eden tarafın) yerine geçen bir aletle yapılmış olur. Aynı yöntemin satım sözleşmesi ve benzerlerinde de izlenmesi mümkündür. İletişim araçlarıyla yapılan akit ile tarafların veya taraflardan birinin yerine kaim olan cihazla akit arasındaki farkı belirtmek için şu örnek verilebilir: Diyelim ki evlere ve iş yerlerine servis yapan bir ihtiyaç maddesi satıcısı bu işe tahsis edildiği ilan olunmuş bir telefon hattına telesekreter cihazı koymuştur. Telefonun açılması üzerine cihaz bant kaydından icapta aranan bütün nitelikleri taşıyacak şekilde malı gönderme taahhüdünü okumaktadır. Telefon eden kişi bu icaba kabul ile karşılık verip adresini bildirince akit meydana gelir. Bu örnekte gaipler arası akitte icabın otomatik cihazla yapılması sözkonusudur. (Dikkat edilmelidir ki burada telefon sadece -maddeten- gaipler arasında cereyan eden görüşmede bir iletişim aracı olarak görev yapmaktadır, ki telefona bu açıdan bağlanacak hüküm ileride incelenecektir.) Şu kadar var ki, “İcap” ve “İcaba davet” kavramları arasındaki ayırmada sıkı tavır gösteren hukukçulara göre cihazla yapılan teklif icaba davet, verilen sipariş icap, siparişin mal veya hizmet sunan tarafça yerine getirilmesi kabul alarak nitelenebilir.

Teknoloji alanındaki gelişmeler, özellikle çok değişik işlere programlanabilen bilgisayarların geliştirilmiş ve geliştirilmekte oluşu, bu usulle yapılan akitlerin uygulama alanının epeyce genişleyeceğini göstermektedir.

## 2- İcabın Bağlayıcı Olup Olmadığı

83 Düreynî, s. 302-303.

84 Bk. el-İbrahim, s. 115.

85 Bk. Süvâr, *Ta'hîr*, s. 79-80.

İslâm hukukunda icaptan rüçû hakkının tanınıp tanınmaması bakımından hazırlar arası akit ile gaipler arası akit arasında ayırım yapıldığını gösteren bir hükme raslanmamaktadır. Buna göre, gaipler arası akitte de - hazırlar arası akitte geçtiği üzere - İslâm hukukundaki hakim görüş icapçının -kabulden önce- icabını geri alabileceği şeklindedir. Ancak Mâlikîlerin çoğunluğuna göre icap tek başına bağlayıcı olup, örfen karşı tarafa tanınması gerekli süre içinde icaptan rüçû geçerli değildir; bu süre içinde karşı tarafın kabulü ile akit kurulmuş olur.

İcaptan rüçûnun hüküm doğurabilmesi için bunun karşı tarafça bilinmesinin şart olup olmadığı hususunda ise, Hanefî fıkında - hazırlar arası akit bakımından iki farklı görüş bulunmasına karşın - gaipler arası akit bakımından fikirbirliğinin bulunduğu gözlenmektedir. Şöyle ki: Hanefî fıkında gaipler arası akitte icaptan rüçû "yöneltilmesi gerekli olmayan irade beyanı" olarak telakki edilmiş, bu hususta "açıklama teorisi" benimsenmiştir.<sup>86</sup> Bu husus Hanefî fıkıh eserlerinde şu şekilde ve benzeri ifadelerle belirtilmektedir:

"Yazı ile icabını yollayan tarafın, karşı tarafa varıp kabul edilmeden önce icabından rüçû etmesi geçerlidir. Diğer taraf ister haberdar olsun ister olmasın. Öyle ki bu rüçûdan sonra karşı taraf kabul beyanında bulunsa satım tamam olmaz".<sup>87</sup>

Günümüz pozitif hukuk düzenlemelerinde ise icaptan rüçû konusunda önce icabın farklı nevelerinin birbirinden ayırdedildiğine işaret eden<sup>88</sup> Senhûrî, bu konuda İslâm hukuku ile günümüz pozitif hukuk düzenlemeleri arasındaki farklılığın, birincisinde mutlak biçimde "rıızâilik" prensibinin, ikincisinde ise "güven" prensibinin esas alınmasından kaynaklandığını belirtmektedir.<sup>89</sup>

Düreynî icaptan rüçûdan karşı tarafın haberdar olmasının şart koşulup koşulmaması hususunda -bizim de katıldığımız- görüşünü şöyle açıklamaktadır:

"Karşı tarafın icapçının rüçûndan haberdar olmasının şart koşulmaması, o tarafın zararına bir düzenleme olur. Zira o, işlerini kurulan bu akdî bağa göre ayarlamış ve buna güvenerek başka teklifleri de reddetmiş olabilir. Nitekim Ebu Hanife'nin muhayyerlik hakkına binaen fesihle bunun diğer tarafça bilmesini şart koştuğunu<sup>90</sup> görmüştük. Çünkü karşı taraf akdin (icapçı bakımından) tamamlanmış olduğuna güvenerek malına başka müşteri arama yoluna gitmeyebilir ve o sürede satılan malın satış şansı yüksek olabilir. Bunda satıcının zararı olduğu ise açıktır. Şu halde, karşı tarafın zararını gidermek üzere, gaipler arası akitte de hazırlararası akitte bu şartı ileri sürenlerin kanaatine uygun olarak

86 Bk. Mahmasânî, II, 64; Süvâr, *Ta'bir*, s. 147. Süvâr'ın eserinin 108. sayfasında gaipler arası akitte icaptan rüçûnun "yöneltilmesi gerekli irade beyanı" sayıldığı hususunda fikirbirliği bulunduğu kaydedilmekle ve hata cetvelinde buna işaret edilmemiş olmakla beraber, bunun matbaa hatası olduğu anlaşılmaktadır.

87 İbn Hümâm, V, 462; İbn Nüceym, V, 290.

88 Senhûrî, *Vasîl*, I, 182-184. Ayrıca bk. Musa, s. 262-263.

89 Bk. Senhûrî, *Nazarîyetü'l-akd*, s. 302.

90 Hanefî doktrininde ayıp muhayyerliğine dayanılarak yapılan fesih ile ilgili bildirim yöneltilmesi gerekli irade beyanlarından olduğu hususunda fikirbirliği vardır. bk. Süvâr, *Ta'bir*, s. 147.

icaptan rücûnun karşı tarafça bilinmesi şartının aranması yerinde olur".<sup>91</sup>

(Muhatabın rücûdan haberdar olmasının şart koşulmasının önemi, aşağıda gelecek olan "muayyen süre ile sınırlı icap" meselesinde daha açık olarak ortaya çıkacaktır.)

Burada "Hazırlararası Akit" le ilgili (III. A. 2) başlığında temas ettiğimiz, İslâm hukukunda icapçı tarafından kabul için belirli bir süre tayin edilmesi halinde icabın bağlayıcı olup olmayacağı meselesini hatırlamamız gerekecektir. Orada belirttiğimiz üzere, Mâlikî fıkhında böyle bir icabın bağlayıcı sayılması gerektiği sonucuna varılabildiği gibi, bunun genel olarak İslâm hukukunun ilkelerine uygun bir hüküm olduğu savunulabilir. Özellikle konumuz olan gaipler arası akitte ve günümüz şartları içinde bu husus çok önem taşımaktadır. Şöyle ki: İcapta bulunan taraf kendi yararına olduğuna kanaat getirdiği bir süre tayin edip karşı tarafa kabul için bu imkânı vermişse, karşı taraf da buna duyduğu güvene binaen hazırlıklarını yapıp (ki bu hazırlıklar zımında, yapacağı akit uğruna önemli menfaatleri feda etmiş veya önemli fırsatları kaçırmış olabileceği de düşünülmelidir) kabulde bulunmuşsa, daha sonra da kabulden önce yapılmış ve o esnada kendisine ulaşmamış icaptan rücû beyanına muttali olursa hüküm ne olmalıdır: Kabul vuku bulmadan önce icap geri alınmıştır, o halde "iradeler arası uyum" yoktur denip karşı tarafın zararı ne olursa olsun akit kurulmamış sayılır mı denecektir, yoksa kabulün yapıldığı anda icaptan rücû bilinmediğine göre icap hükmen var sayılmalı ve akdin kurulduğuna hükmedilmeli mi denecektir?

Kanaatimizce, birinci çözüm sağlam bir hukuk mantığına dayanmakla beraber, ikinci çözüm hem şekil hem amaç bakımından İslâm hukukunun prensiplerine daha uygun düşmektedir:

a) Şekil bakımından: Hazırlar arası akitle ilgili (III. C. 1) başlığı altında açıklandığı üzere, icap-kabul arasındaki irtibat hakiki değil hükmîdir. Yine, gaipler arası akitte meclis birliği hakiki değil hükmîdir. Akdin kuruluş şekli konusunda kıyasın (yani genel kuralın) bazı gereklerinden taviz vermeyi içeren ve İslâm hukukçularının büyük çoğunluğunca benimsenen bu toleranslı tavır katı "şekil" düşüncesine<sup>92</sup> dayanmayıp gerçekte bir amaca yöneliktir: Her iki durumda hükmîliği kabulün gerekçesi akit yapma fırsatı verilmesi yani "toplumsal bir ihtiyacın karşılanması" dır. O halde konumuz olan gaipler arası akitte icabın, özellikle belirli süre ile sınırlı icabın, bu sürenin sonuna kadar varlığını koruyor sayılması aynı gerekçenin tabii bir uzantısı değil midir? Başka bir ifade ile, bu durumda icabın hükmî varlığı kabul edilmezse gaipler arası akit müessesesinin -özellikle günümüz şartlarında- işlerlik şansı var mıdır ve yukarıda belirtilen amacın ("ihtiyacın karşılanması") gerçekleşmesi mümkün müdür?

b) Amaç bakımından: Bu meselede iki tarafa sağlanan maslahat tahlil edildiğinde, süreli icapta bulunan (yani başkasına karşı belirli bir taahhüt altına girmiş olan) kişi için mutlak biçimde icaptan rücû hakkının verilmesi "celb-i menfaat" tir. Bu hakkın belirlenen sürenin sona ermesi şartı ile takyit

91 Düreynî, s. 323-324, 325-326.

92 "Şekil" in İslâm hukuku açısından değerlendirilmesi konusunda Süvâr'ın 49.dipnotta belirtilen eserine bakılabilir.

edilmesi de "der'i mefsedet" tir. İslâm hukukunda yerleşik ilkeye göre ise "Der'i mefâsid celb-i menâfi'den üstündür".<sup>93</sup>

İcapçının kabul için belirli bir süre tayin etmediği yahut şartların veya ilişkinin tabiatının icapçının belirli bir süre icabı ile bağlı olduğunu göstermediği durumlarda ise, İslâm hukukunun ilkeleri, -Hanefî fikhında olduğu üzere- kabul meydana gelmedikçe icaptan rücû hakkının tanınmasını gerektirir.

İcapçının icabı ile bağlı kalıp kalmamada serbest olduğu kaydını taşıyan icaplara gelince: Şayet bununla, muhatabın kabulü halinde dahi akit yapıp yapmamakta serbest kalmak amaçlanıyorsa, burada "icap" değil "icaba davet" sözkonusudur. Fakat icapçı bu kayıt ile, kabul haberinin kendisine ulaşmasına kadar icabından dönebilme hakkını saklı tutmayı amaçlıyor ve bu amaç açıkça anlaşılıyorsa, bu takdirde icaptan rücû süresinin sınırı -kuralın dışına çıkılarak (yani kabul anından sonraya taşınarak)- özel anlaşma ile genişletilmiş olur.<sup>94</sup> Fakat bu yolun akit müessesesinin dayandığı temel düşünce ile bağdaştırılabilmesi ve uygulamada geniş yer tutabilmesi zordur. Böyle kayıt taşıyan icapları esasen "icaba davet" olarak nitelendirmek - birçok yazarın belirttiği üzere - daha isabetli olur.<sup>95</sup>

Viyana Sözleşmesi'nin 15.maddesi bu konuda şu hükmü getirmiştir:

"1) İcap muhataba vardığında mer'î olur.

2) İcap, gayrı kabil-i rücû da olsa, geri almanın muhataba icaptan önce veya icapla aynı anda ulaşması şartıyla geri alınabilir."

Aynı sözleşmenin 16.maddesi ise şöyledir:

"1) Geri almanın kabulün gönderilmesinden önce muhataba ulaşması şartıyla, akdın kuruluş anına kadar icap geri alınabilir.

2) Bununla birlikte, şu durumlarda icap geri alınamaz:

a) Şayet icap, kabul için belirli bir süre vermek suretiyle veya başka bir suretle gayrı kabil-i rücû olduğunu gösteriyorsa,

b) Şayet muhatabın icabı gayrı kabil-i rücû olarak düşünmesi makul ise ve o şekilde hareket etmişse."

B- KABUL

İcabın yöneltildiği kişinin bunu kabul edip etmemekte serbest oluşu ("hiyârü'l-kabûl") bakımından hazırlar arası akit ile gaipler arası akit arasında farklılığa raslanmaz; icabın muhatabı dilerse bunu kabul eder, dilerse etmez.

"Zımnî kabul" durumlarının kabul mecburiyeti olarak düşünülmemesi gerektiğini hazırlar arası akit meselelerini ele alırken belirtmiştik. Bu durumların gaipler arası akitte daha geniş bir uygulama alanı bulabileceği açıktır.

93 *Mecelle-i Abkâm-ı Adliyye*, madde 30.

94 Feyzioglu, I, 82-83.

95 Von Tuhr, *Borçlar Hukuku* (Edege tercümesi), İstanbul, 1952, I, 191 zikreden: Feyzioglu, I, 82; Tekinay, s. 90-91.

Kabulün muayyen kişi tarafından yapılmasının gerekip gerekmediği hususunda da aynı yerde yapılan açıklamalar gözönünde bulundurulmalıdır.

Kabulün akdin kuruluş anına kadar geri alınabilmesi kuralının uygulanabilmesi hususuna gelince: Bu, akdin sırf kabul ile kurulmuş sayılıp sayılmayacağına yani kabulün yöneltilmesi gerekli irade beyanı olup olmadığına belirlenmesi ile aydınlığa kavuşacağından, hazırlar arası akitte takip ettiğimiz yöntem uygun olarak "İcap-Kabul İrtibatı (Akit meclisi) ve Akdin Kuruluş Anı ve Yeri" (IV. C) başlığı altında incelenecektir.

Gaipler arası akitlerin kabul ile ilgili önemli bir yönünü teşkil eden "Kabulün yapılabilme zamanının icap haberinin ulaştığı meclisle sınırlı olup olmadığı meselesi" de "akit meclisi" ile alakası dolayısıyla müteakip başlıkta ele alınacaktır.

#### C- İCAP - KABUL İRTİBATI (AKİT MECLİSİ) VE AKDİN KURULUŞ ANI VE YERİ

Daha önce (III. C. 1) başlığı altında açıklandığı üzere, hazırlar arası akitte icap ile kabulün irtibatı hükmîdir; buna karşılık meclis birliğinin özellikle Hanefî fakihlerce tasviri maddi bir bakışa dayanmaktadır. Gaipler arası akitte ise meclis birliği de hükmîdir, şöyle ki: Elçi veya mektup hükmen icapçının iradesini nakletmiş sayılır ve icapçı bizzat akit meclisinde hazır bulunmuş gibi kabul edilir.<sup>96</sup>

Biz bu başlık altında sadece, konu ile yakın ilişkisi olan şu dört meseleyi inceleyeceğiz:

- a) Kabul anının icabın varması anı ile sınırlı olup olmadığı.
- b) İcabın düşmüş sayılması için icapçının icabın reddinden haberdar olmasının şart olup olmadığı.
- c) Akdin kuruluş anı.
- d) Akdin kuruluş yeri.

#### 1- Kabul Anının İcabın Varması Anı ile Sınırlı Olup Olmadığı

Fıkıh kitaplarında gaipler arası akit için başlıca iki yol tasarlanmıştır: a) Yazışma ("kitâbe") b) Elçi yollama ("risâle" veya "sifâre"). Çoğunda bu ikisinin hükmü bir sayılmış, bazılarında ise herbiri farlı hükme bağlanmıştır. Aradaki farklılığı gösterebilmek için biz ikisini ayrı ayrı ele alacağız.

##### (a) Yazışma

Hanefî fıkıh kitaplarının çoğunluğunda mektubun ulaşma ve elçiliğin ifa yeri akit meclisi olarak kabul edilmiş ve burada yapılan kabul ile akdin tamam olacağı belirtilmiştir.<sup>97</sup> Ancak çoğu zaman buralarda, muhatabın mektubun ulaştığı mecliste icap hakkında bir tavır ortaya koymayıp daha sonra başka bir mecliste okuyarak kabul beyanında bulunması durumu özel olarak

96 Bk. Kâsânî, V, 138; İbn Hümâm, V, 462. Bu konuda ayrıca bu araştırmanın 49 nolu dipnotunda belirtilen kaynaklara bakılabilir.

97 Meselâ bk. Mergînânî V, 411; Kâsânî, V, 138; İbn Hümâm, V, 462.

incelenmiştir. Fakat bu ifadelerden anlaşılın, mektubun ulaştığı meclisin dağılmasıyla icabın sakıt olacağıdır.<sup>98</sup>

Diğer taraftan bazı eserlerde Şeyhulislâm Hâherzâde'nin "Mebûs" unda "Mektup gönderme ile bizzat muhatap olma, bir konu hariç diğerlerinde aynı hükümdedir" dedikten sonra zikrettiği bir görüşe işaret edilir ki o da şudur: Nikah için mektupla yapılan icaba (icabın ulaştığı mecliste) cevap vermeyen kadının daha sonraki bir mecliste şahitler huzurunda mektubu okuyup kabul beyanında bulunması ile akit meydana gelir.<sup>99</sup> Bu görüşü zikrettikten sonra İbn Âbidin "Anlaşılın o dur ki, bey' (satım) da böyle olmalıdır, ki bu Hidâye'nin zâhirinden çıkan anlama aykırıdır. Düşünülmeli! "<sup>100</sup> der. Bu ifadede İbn Âbidin'in, satım v.b. sözleşmeler bakımından da mektubun vardığı meclisin dağılması ile icabın sakıt olmayacağı ve başka mecliste okunarak akdin kurulabileceği görüşüne eğilimli olduğu anlaşılmaktadır.

Ali Hafif, İbn Âbidin'in görüşünü desteklemekte, muhatapın ret beyanında bulunmadıkça dilediği zaman (hatta İbn Âbidin'den öteye giderek tekrar okumadan da) kabul beyanında bulunabileceğini ifade etmektedir. Ona göre mektup baki kaldıkça icap ta bakidir.<sup>101</sup>

Ebu Zehra ise bey'in (satımın) nikaha kıyas edilmesini "kıyas maalfârik" (gerçekte benzer olmayanların birbirine kıyası) olarak görür. Zira nikah şahitlere ihtiyaç gösterir ve mektup ulaştığı sırada şahitler bulunmayabilir. Bu yüzden bunun daha sonraya ertelenmesi mümkündür, satım ise böyle değildir.<sup>102</sup>

Yusuf Musa ve Düreynî de mektubun ulaştığı mecliste kabul beyanında bulunulmaması halinde mektuptaki icabın başka mecliste yenilenebileceğini isabetli bulmamaktadırlar.<sup>103</sup>

İcabın belirli bir süre bağlayıcı olmadığı esası kabul edildiği takdirde -ki Hanefî fıkında hüküm budur- Hanefî eserlerin zâhirinden çıkan sonucu yani mektubun vardığı mecliste kabul beyanında bulunulmaması halinde icabın sakıt olacağı sonucunu tabii karşılamak gerekir. Özellikle eski devirlerdeki uygulamalar dikkate alınırca bu husus daha açık bir biçimde ortaya çıkar. Çünkü mektubu getiren, olumlu veya olumsuz bir cevap alıp icapçıya götürmek durumundadır.<sup>104</sup> (Akdin kurulması için bu cevabın icapçının bilgisine ulaşmış olması gerekip gerekmediği bir sonraki başlıkta incelenecektir). Şu halde bu şartlar ve icabın bağlayıcı olmadığı hükmü çerçevesinde düşünülünce, mektup kaldıkça icabın da varlığını koruduğuna hükmetmek isabetli olmaz.

Fakat günümüzde kendisine gaipler arası akit hükümleri uygulanabilecek haberleşme vasıtalarıyla yapılan akitlerde uygulama eskiden olduğu gibi

98 Aynı görüşte bk. Düreynî, s. 303.

99 İbn Nüceym, V, 271; İbn Âbidin, *Reddül-Mubtâr*, III, 14, IV, 512-513.

100 İbn Âbidin, *Reddül-Mubtâr*, IV, 513.

101 Hafif; s. 178 den 2, s. 179.

102 Ebû Zehra, s. 44-45 d.n. 1.

103 Musa, s. 370; Düreynî, s. 305-306.

104 Nitekim Düreynî de, gaipler arası akdin in'ikad yer ve zamanını ele alırken, eskiden -günümüz posta usulünden farklı olarak- elçinin mektubu götürdüğünde âdet üzere muhatapın kabul beyanını duyduğuna dikkat çekmekte ve böylece -fukahâ nazarındaki- açıklama teorisinin aynı zamanda öğrenme teorisini de içermekte olduğu sonucuna ulaşmaktadır. bk. Düreynî, s. 319.

cereyan etmemektedir; zira çoğu zaman haber muhataba o esnada akit meclisinin oluşmasına elverişli olmayan şartlarda ulaşmaktadır. Ayrıca, günümüz şartları -daha önce açıkladığımız üzere- Mâlikîlerin çoğunluğunun icabın örfen bilinen belirli bir süre bağlayıcı olması yönündeki görüşünün tercih edilmesini gerektirmektedir. Hatta, ihtiyat prensibine ve tarafların maslahatına uygunluğu dikkate alınırsa Malikî doktrininde benimsenen icapçı tarafından kabul için belirli süre tayin edilmesi yolunun genelde İslâm hukuku ilkeleri ile de en çok bağdaşan çözüm olduğu söylenebilir.

Bu yolun izlenmesi durumunda ise, icap ve kabul irtibatının var sayılabilmesi açısından kabul beyanının zamanı hususunda şu sonuca varılabilir: Bu durumda muhatabın icapçı tarafından verilen süre içinde düşünme hakkı vardır. Mektup v.b. vasıtalarla icabın kendisine ulaştığı mecliste kabul beyanında bulunması gerekmez. Bu süre dolduğunda ise icap sakıt olmuş sayılır. Daha sonra yapılacak kabul, muhatap tarafından sakıt olan icabın sahibine yapılmış bir icap hükmünü alır.

#### (b) Elçi yollama

Hanefî fıkıh eserlerinin çoğunda “kitâbe” ve “risâle” birbirinden ayrı hükümlere tâbi olmaksızın ele alınmış ve yukarıda “yazışma” için zikrettiğimiz yaygın görüş “elçi yollama” hakkında da geçerli olmuştur. Buna göre elçinin (“resûl”) muhataba varıp elçiliğini ifa ettiği meclis akit meclisidir. Bu mecliste muhatap kabul beyanında bulunmıyorsa icap sakıt olur. Kitâbe konusunda Şeyhulislâm Hâharzâde'den (mektubun okunmasıyla icabın yenilenmiş sayılacağı yönünde) farklı görüş nakledip bu görüşü benimsediği anlaşılan İbn Âbidin, risâle konusunda aynı şeyin düşünülemeyeceğini (bu farklılığı ifade eden er-Rahmetî'ye atıfta bulunarak) belirtmektedir.<sup>105</sup>

Ali Hafif ise, muhatabın ilk defa tebliğ edilen icaba i'râzından (olumsuz tavır göstermesinden) sonra elçinin - icapçıya bu i'râz haberi ulaşmadıkça- tekrar icabı yöneltmesi ve muhatabın bunu kabul etmesi ile akdin oluşacağını savunmaktadır. Burada “resûlün görevi ilk tebliğ ile sona ermiştir” denerek yapılabilecek muhtemel itirazı Ali Hafif şöyle cevap vermektedir: İcapçı başkasına tebliğ görevi vermişse (yani yöneltme iradesini ortaya koymuşsa) bu tebliğin muayyen kişi tarafından yapılması önemli değildir. Bu durumda herhangi biri (müteberri'=gönüllü kişi) bu tebliği yaptığında geçerli olduğuna göre elçinin tebliğini yenilemesini de -mektup baki kaldıkça icap kaim sayıldığı gibi- yeni bir icap saymak gerekir.<sup>106</sup>

Buna karşılık Düreynî İbn Âbidîn'in görüşünü tercih ettiğini belirterek Ali Hafif'in görüşünü şöyle eleştirmektedir:

“Fudûlî'nin (yetkisiz temsilcinin) tebliğine binaen akdin kurulmuş sayılması, -üstad Hafif'in dediği gibi- elçinin başka mecliste icabı tekrar etmesi halinde icabın yenileneceğine hükmetmeyi gerektirmez. Çünkü yollayanın tebliğ iradesini açıkladıktan sonra herhangi bir kişi tarafından tebliğe razı olması,

105 İbn Âbidîn, *Reddî'l-Muhtâr*, III, 14.

106 Hafif, s. 178 d.n. 2. (belirtilen sayfada tek dipnot bulunmakla ve metinde 1 rakamı yer almakla beraber, dipnotta muhtemelen matbaa hatası olarak 2 rakamı görülmektedir) ve s. 179, d.n. 1



icabın tekrar edilmesine razı olduğunu göstermez. Çünkü o tebliğciye bu yetkiyi vermemiştir ve elçinin görevi göndereni temsil değildir. Onun görevi icabı nakletmekten ibarettir. Bu sebeple bizzat Üstad Hafif şöyle demektedir: Elçinin tebliğ görevini yerine getirdikten sonra "akit meclisini terketmesi, i'razda bulunması veya başka konuya intikal etmesi halinde, bundan dolayı icabın geçersizliğine hükmedilmez, çünkü gönderen kişi ona icabı geçersiz kılma yetkisi vermemiştir".<sup>107</sup>

Bu konudaki görüşümüzü açıklamadan önce şunu belirtmeliyiz ki, Düreynî'nin Ali Hafif'in ifadelerinde tutarsızlık bulunduğu izlenimini veren açıklamaları isabetli görünmemektedir. Zira Ali Hafif yukarıda işaret edilen açıklamalarında biri diğerini destekleyen ve çelişki taşımayan iki hususu belirtmektedir: 1) Muhatabın i'razını sadece elçi biliyorsa buna icabın düşmesi sonucu bağlanmamalıdır (aynı şekilde, elçinin i'razi da icabın sukutuna sebep teşkil etmez). Böylece Ali Hafif muhatap i'razda bulunmuş olsa bile bu haber icapçıya ulaşmadıkça icabın varlığını koruması gerektiğini savunmaktadır. 2) Muhatabın i'razından sonra elçinin icabı tekrarlaması halinde o kişiyi icapçının temsilcisi veya kendisine icabı tekrarlama yetkisi verdiği bir kimse saymayıp, icapçının tebliğ isteğine muttali olmuş herhangi bir kimse gibi düşünmek gerekir (ki daha önce geçtiği üzere, gaipler arası akitte icabı yönetilmesi gerekli irade beyanı sayan Hanefî mezhebine göre dahi icabın bu yolla tebliği geçerlidir).

Bu konudaki görüşümüze gelince: İcabın belirli bir süre bağlayıcı olmadığı görüşü esas alındığı takdirde -ki mezheplerin çoğunda ve özellikle Hanefî fıkhında hüküm budur- elçinin icabı tebliğ ettiği mecliste muhatabın bunu kabul etmemesi halinde -mektup konusunda olduğu gibi- icabın sakıt olduğunu kabul etmek gerekir. Her ne kadar Ali Hafif'in dayandığı tebliğin muayyen kişi tarafından yapılmasının şart olmadığı (icapçının tebliğ iradesini ortaya koymuş olmasının önem taşıdığı) şeklindeki delil bize isabetli ise de, bu özellikle Hanefî fıkhı çerçevesinde düşünüldüğünde daha kuvvetli başka bir delil ile çatışır ki o da meclis birliği teorisi. Fakat Ali Hafif'in görüşünü Mâlikîlerin icabın bağlayıcılığı görüşü çerçevesinde ele alırsak, bu takdirde - Ali Hafif'in söylediğinden de öteye giderek ve kendisinin mektup konusunda savunduğu mantığa uygun olarak - elçinin ikinci bir tebliğine bile ihtiyaç olmaksızın icabın varlığını koruduğuna hükmetmek gerekir. Günümüz şartları içinde tercihe şayan bulduğumuz çözüm budur. Yani gerek "icabın bağlayıcı sayılıp sayılmaması" (IV. A. 2) gerekse "yazışma" (IV. C. 1/a) başlığı altında açıkladığımız üzere ya örf yoluyla ya da icapçının belirlemesiyle muayyen bir süreye bağlanan icabın geçerlilik süresi içinde akit meclisinin devam ettiğini kabul etmek ve icapçı tarafından icap geri alınmadıkça muhataba bu süre içinde kabul yetkisini tanımak gerekir.

## 2- İcabın Düşmüş Sayılması İçin İcapçının İcabının Reddedildiğinden Haberdar Olmasının Gerekip Gerekmediği

Önce belirtelim ki, şu iki meseleyi birbirine karıştırmamak gerekir: a) İcabın mektup veya elçi vasıtasıyla tebliği halinde, bunun tebliğ edildiği

meclisin kabul meydana gelmeden dağılmasıyla icabın sakıt olup olmayacağı. b) İcabın, icapçının bilgisine ulaşmayan reddi halinde sakıt olup olmayacağı. Burada incelenen ikinci meseledir.

Hazırlar arası akitle ilgili (III. C. 1) başlığında, Düreynî'nin, icabın reddinin icapçı tarafından bilinmesinin şart olup olmadığına fıkıh kitaplarında sarahaten değinildiğine rastlamadığını ifade ettikten sonra "icabın reddi"ni "kabal beyanı"na kıyas ederek sonuçlara ulaşmaya çalıştığına işaret etmiş ve gaipler arası akitleri daha yakından ilgilendirdiği için konunun incelenmesini buraya bırakmıştı.

Bizce, "icabın reddi" yöneltmesi gerekli bir irade beyanı olarak düşünülmemelidir ve bunu kabul beyanına kıyas etmek isabetli olmaz. Çünkü kabul beyanının yöneltmesi gerekli olup olmaması akdin kuruluş anını belirleyen bir husustur. Yani bunun belirlenmesi şu soruya cevap teşkil edecektir: Muhatabın kendisine yöneltilen icaba "uygun" kabul iradesini açıklaması ile akit hemen kurulmuş sayılacak mıdır, yoksa akdin kuruluşu için icapçı tarafından bunun bilinmesi gerekli midir? Oysa icabın reddi iki iradenin irtibatı ve buna bağlanacak sonuç ile ilgili olmayıp, tek taraflı iradeyi yansıtan "icap" beyanının varlığını koruyup korumayacağı ile ilgilidir. Şu halde "icabın reddi"nin "kabal" e değil "icap"a kıyas edilmesi uygun olur.

Öte yandan, icabın reddi -Süvâr'ın haklı olarak ifade ettiği üzere- bazen icapta tadil (değişiklik) içerebilir ve o takdirde bu yeni bir icap teşkil eder. İcap ise bilindiği üzere yöneltmesi gerekli bir irade beyanıdır.<sup>108</sup>

Ali Hafif'in, muhatabın icabın tebliğini takiben gösterdiği i'râz (olumsuz tavır) hakkındaki şu ifadesi de konumuza ışık tutma açısından önemlidir:

"... Zira muhatabın i'râzı halinde icabı geçersiz saymamızın sebebi, icapçının akit görüşmesi yaptığı bu kişinin dışındaki kişilerle akit yapabilme hürriyetini yeniden kazanmasını ya da (satıcı konumunda ise) malı üzerindeki mülkiyet hakkını korumasını sağlamaktan ibarettir. Bu da ancak i'râzdan haberdar olması halinde mümkün olabilir. İ'râzdan haberdar olmadığı takdirde ise, haberdar olana kadar icabının varlığını koruduğuna hükmetmekte, dolayısıyla, (icabın reddini) öğrenmeden önce kabulde bulunursa akdin kurulmuş sayılmasında ne sakınca vardır?"<sup>109</sup>

Düreynî, Ali Hafif'in "sarih red" din icabı iskat edeceği görüşünde olduğuna atıfta bulunarak, yukarıdaki ifadesinde yer alan gerekçeyi "i'râz" ile sınırlı tutmasını eleştirmekte ve aynı gerekçeye göre sarih red durumunda da -icapçı bundan haberdar olmadıkça- icabın sakıt addedilmeyip elçi tarafından yenilenebileceğini savunmaktadır.<sup>110</sup> (Oysa Düreynî'nin atıfta bulunduğu görüşün hazırlar arası akde yani icapçının reddeden haberdar olduğu durumlara ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.)<sup>111</sup>

108 Süvâr, *Ta'bir*, s. 132 den 1. (Burada icabın mahiyeti ile ilgili olarak zikredilen görüşün Hanefî doktrinine ait olduğuna dikkat edilmelidir).

109 Hafif, s. 178 d.n. 2 (yukarıda 106 nolu dipnottaki açıklamamıza bakınız.)

110 Düreynî, s. 327-328.

111 Hafif, s. 185, 186.

Bununla birlikte, dikkat edilmelidir ki, elçi konusunda Hanefî doktrini ve mektup konusunda da Hanefî doktrininde yaygınlık kazanmış görüş esas alındığında Ali Hafif'in önerdiği yolun geniş uygulama alanı bulması mümkün değildir. Zira akit meclisi hazırlar arası akitte olduğu gibi sona ermektedir. Aynı şekilde, meclis muhayyerliği hükmünü benimsemiş olan Şafîî doktrini esas alındığında da pratik sonuç açısından önemli bir farklılıkla karşılaşılmaz. Fakat icabın bağlayıcılığını, özellikle kabul için belirli bir süre tayin edilmesi halinde sahibini bağlayacağını savunan Mâlikî doktrininde hakim görüş esas alındığında -ki bize de tercihe şayan görünen budur- Ali Hafif'in önerdiği çözüm, icap ile bağlı olunan süre içinde büyük önemi haiz olabilir.

Viyana Sözleşmesi'nin 17.maddesi, -gayrı kabil-i rücû da olsa- icabın, reddedildiği haberinin icapçıya ulaşması ile sakıt olacağı hükmünü koymuştur.

### 3- Akdin Kuruluş Anı

Önce belirtmeliyiz ki, bu başlık altındaki incelememiz, sadece, hukukî tasnif açısından gaipler arası akit hükmünü alan sözleşme meseleleri ile sınırlı olacaktır. Fiilen gaip yani birbirinden mekân olarak uzakta bulunan taraflar arasında gerçekleşmekle beraber, akit meclisi bakımından hazırlar arası akitteki gibi gerçekleşen ve zaman açısından hazırlar arası akit hükmünü alabilen sözleşme konusu ise (V.) başlık altında ele alınacaktır.

Öte yandan şuna da işaret edilmelidir ki, konu teorik olarak ele alındığında, haberleşme yoluyla yapılan sözleşmede, akdin taraflardan herbirine nisbetle farklı zaman ve mekânda tamamlanmış olduğu düşünülebilir. Fakat bu, birçok durumda, akdin oluşumunda taraflardan herbiri açısından zaman ve mekân birliğinin bulunmasını gerektiren pratik ihtiyaçlarla bağdaşmaz.<sup>112</sup>

#### (a) Akdin Kuruluş Anını Belirleyen Teoriler

"Akid ne zaman tamam olur?" sorusunu cevaplarken, değişik mantıkî ihtimaller dikkate alınarak değişik teoriler ortaya konabilir. Bu konudaki çalışmalar çerçevesinde başlıca dört ihtimale göre dört teori ortaya konmuş ve şöhret bulmuştur:

#### 1- Açıklama teorisi (Théorie de la déclaration):

Bu teori akdin iki irade arasındaki uyum olduğu esasına dayanır ve muhatabın kabul iradesini açıkladığı anda (daha cevabını icapçıya göndermeden ve ona ulaşmadan yahut onun tarafından öğrenilmeden) akdin tamam olacağını savunur.

#### 2- Gönderme (=yollama) teorisi (Théorie de l'expédition):

Bu teori temelde birincisi ile birleşir; ancak kabulün kesinlik kazanmasını şart koşar, yani akdin muhatap tarafından kabul edilip bu beyanını geri almasına imkân olmayacak tarzda karşı tarafa gönderdiğinde tamam olacağını belirtir.

#### 3- Varma (=ulaşma) teorisi (Théorie de la réception):

Bu teoriye göre akit, icapçıya karşı tarafın (kabul beyanını içeren) cevabın ulaştığı anda (daha cevabın içeriğini öğrenmeden) oluşur.

#### 4- Öğrenme teorisi (Théorie de l'information):

Bu teori ise şu temele dayanır: Akit iki irade arasındaki uyum olduğuna göre, taraflardan herbirinin bu uyumdan haberdar olması da gerekir. Şu halde akit ancak icapçının karşı tarafın kabul cevabını öğrendiği anda kurulmuş olur.

Bazı kanunların benimsediği karma bir teori daha vardır ki onu da beşinci bir teori olarak bunlara eklemek mümkündür. Bu, gönderme ve varma teorileri arasında bir teori olup, buna göre akit ancak kabul beyanının icapçıya ulaşması ile tamam olur, fakat kabul beyanının gönderilmesinden itibaren hükümlerini doğurur.<sup>113</sup>

#### (b) Akdin Kuruluş Anını Belirlemenin Sonuçları

Akdin kuruluş anı yukarıda zikredilen teorilerle ilgili tercihe göre belirlenmiş olmakta ve bu belirlemeye de bir çok sonuç bağlanmaktadır. Biz bunların başlıcalarına kısaca işaret etmekle yetineceğiz:

1- Muhatabın kabulden rüçû hakkı akdin kuruluş anına göre belirlenmektedir. Aynı şekilde -meselenin ele alındığı hukukun kuralları çerçevesinde icabın bağlayıcı olmaması durumunda- icapçının icabından dönebilmesi de buna bağlıdır.

2- Muhatabın kabul beyanında bulunduktan sonra fakat henüz bunu icapçıya göndermeden yahut bunun icapçıya ulaşmasından veya onun tarafından öğrenilmesinden önce ölmesi ya da ehliyetini kaybetmesi halinde akdin kurulmuş sayılıp sayılmayacağına hükmederken akdin kuruluş anının bilinmesi önem taşır.

3- Yine, yolda kabul haberinin kaybolması yahut icapçıya belirlemiş olduğu sürenin bitiminden sonra ulaşması durumunda, akdin kurulmuş sayılıp sayılmayacağına hükmederken akdin kuruluş anının bilinmesine ihtiyaç vardır.

4- Aynı şekilde, muhatabın kabul beyanında bulunmasından sonra fakat henüz bunu icapçıya göndermeden yahut bunun icapçıya ulaşmasından veya onun tarafından öğrenilmesinden önce akit konusu malın telef olması halinde akdin kurulmuş sayılıp sayılmayacağına hükmederken akdin kuruluş anının bilinmesi gerekir.

Buna göre, akit konusu malın -tercih edilen teoriye göre- akdin kuruluş anından sonra telef olduğuna hükmedilirse, telef olan malın hasar sorumluluğunu taraflardan hangisinin yükleneceğini belirleyen genel kurallar uygulanır.

5- Satım gibi mülkiyeti nakleden bir sözleşmede, akdin konusu muayyen bir malın satımı ise, bunun mülkiyeti ve semereleri akdin tamamlanması anından itibaren müşteriye geçer. Bu sebeple akdin kuruluş anının bilinmesine ihtiyaç vardır.

113 Bu konuda bk. Senhûrî, *Nazariyetü'l-akd*, s. 293-304; Mahmasânî, II, 65-66; Schwarz, I, 222-283; Tekinay, s. 102-104; Feyzioğlu, I, 94-99.

Buna göre, aynı ile belirlenmiş menkul bir mal iki ayrı kişiye satılmış ve her ikisine de teslim edilmemiş olursa, satım konusu malın mülkiyeti akit alıcılardan hangisi açısından önce tamam olmuşsa ona geçer. İşte burada akdin kuruluş anının bilinmesine ihtiyaç vardır. (Bu açıklamanın satım sözleşmesini borçlandırıcı =iltizâmî sözleşme olarak nitelendirmeyip aynı zamanda mülkiyeti de nakleden sözleşme olarak değerlendiren hukuk sistemleri için geçerli olduğuna dikkat edilmelidir.)

6- Akdin kuruluş anından itibaren işlemeye başlayan sürelerle ilgili hükümlerin uygulanmasında da bu anın bilinmesi önem taşır.

7- İflâsına karar verilen bir tâcirin yapmış olduğu akitlerin geçerli veya geçersiz olduğuna hükmederken de akdin kuruluş anının bilinmesi gerekir.

8- Alacaklının borçlusu tarafından yapılan bazı hukukî işlemlerin iptaline ilişkin olarak açtığı davada, akdin sırf kendisine zarar vermek için yapıldığı iddia edebilmesi için akit tarihinin borçlunun zimmetinde sabit borcun tarihinden sonra olması gerekir. Bunu belirleyebilmek için de akdin kuruluş anının bilinmesine ihtiyaç vardır.<sup>114</sup>

(c) Akdin Kuruluş Anının Belirlenmesi Konusundaki Pozitif Hukuk Düzenlemeleri

Senhûrî akdin kuruluş anı ile ilgili olarak yukarıda anılan teorileri değerlendirirken şöyle bir ifade kullanır: “Gerçek şu ki, başlıca iki teori açıklama ve öğrenme teorileridir. Diğerleri bu ikisinden neşet etmiştir ve onlara ilhak edilebilir”.<sup>115</sup>

Bu konuyu İslâm hukuku açısından ele alan bazı değerli çağdaş yazarlar muhtemelen, bu ve benzeri meseleleri İslâm dünyasında ayrıntılı bir biçimde inceleyen ilk yazarlardan olması itibariyle Senhûrî'nin eserlerindeki ifadelerden etkilenerek aynı düşüncüyü esas almakta ve diğer teorilerle hiç ilgilenmeksizin görüşlerini sadece bu iki teori ışığında ortaya koymaktadırlar.<sup>116</sup> Halbuki, -Senhûrî'nin bu tesbitinin teorik açıdan isabetli olduğunu inkâr etmeksizin<sup>117</sup> günümüzde durumun geçmiştekinden farklı olduğunu gözardı etmemek gerekir. Meselâ, İslâm hukuku açısından tercihini yaparken, günümüz ihtiyaçlarını karşılamaya açıklama teorisinin elverişli bulunduğunu ve bunun modern doktrinle bağdaşan anlayış olduğunu söyleyen Karadâğî'nin bu konuda dünyadaki hakim yeni eğilimin açıklama teorisi yönünde olduğu gerekçesine dayanması<sup>118</sup> isabetli görünmemektedir ve onun bu ifadesini belki genellikle eski kaynaklara dayanmış olması ile izah etmek mümkündür. (Gerçi bu iddia için yazar kaynak da zikretmemektedir.)

114 Bu konuda bk. Senhûrî, *Vasîf*, I, 237-245, *Nazariyetü'l-akd*, s. 304-309; Sultân, s. 67-68; Ghestin, II, 193; Tekinay, s. 104-105; Feyzioğlu, I, 93; Eren, I, 287.

115 Senhûrî, *Nazariyetü'l-akd*, s. 296, *Vasîf*, I, 243.

116 Meselâ bk. Suvâr, *Ta'bir*, s. 125-145; Düreynî, s. 307-331 özellikle 328-329; Karadâğî, II, 1112-1127; el-İbrahim, s. 123-124.

117 Belirtelim ki Senhûrî yukarıda zikredilen ifadelerinin yanısıra bir dipnotta “Varma teorisi” hakkında “yeni kanunlarda üstünlük kazanmaya başlayan görüş” ve “diğer teorilerden daha fazla müdafiler kazanmaya başlayan teori” şeklinde söz etmektedir. Senhûrî, *Nazariyetü'l-akd*, s. 304 d.n. 1. İşaret edilen yazarlar bu ifadelere dikkat etmemiş olmalıdırlar.

118 Karadâğî, II, 1114, 1126.

Her ne kadar 19. asır hukukçuları açıklama ve öğrenme teorilerinden birini tercih yönünde başlıca iki guruba ayrılmış idilerse de, günümüzde hukukçuların ve yasama organlarının büyük çoğunluğu gönderme ve varma teorilerinden birini esas almaktadırlar.<sup>119</sup>

Anglo-Amerikan hukuk sistemleri gönderme, *Alman* (mad.130) ve *Avusturya Medenî Kanunları* varma teorisini benimsemişlerdir. *İsviçre-Türk Borçlar Kanunları* kesin bir hüküm içermemekle beraber, bu konuda karma bir teori benimsedikleri hukukçularca kabul edilmektedir. Buna göre, akdin kuruluş anı bakımından kural olarak varma teorisi, akdin hükümlerinin işlemeye başlama zamanı bakımından gönderme teorisi benimsenmiştir. (Ayrıca, icabın açık bir kabule göstermediği haller için icabın muhataba ulaşması anından itibaren akdin hükümlerini doğuracağı kabul edilmiştir.) (mad. 3, 5, 9, 10) Fransız hukukunda mesele bir kanun hükmü ile halledilmiş olmamakla beraber, mahkeme içtihatları önce açıklama ve öğrenme teorileri arasında, daha sonra gönderme ve varma teorileri arasında kararsız devreler yaşamış ve son yıllarda daha çok gönderme teorisine meyletmiştir. Yeni *İtalyan Medenî Kanunu* (mad.1335) -prensip olarak- öğrenme teorisine dayanır; fakat kabul beyanının icapçıya ulaşmasını öğrenmenin karinesi saymıştır.<sup>120</sup>

Arap ülkelerine gelince, buralarda başlıca iki eğilim görülmektedir. Birinci eğilim: Bu, *İtalyan Medenî Kanunu*'nda olduğu gibi- öğrenme teorisini benimsemekle beraber kabul beyanının icapçıya ulaşmasını öğrenmenin karinesi sayan *Mısır Medenî Kanunu*'nda (madde 97, ayrıca 91) ifadesini bulmaktadır. Arap ülkelerindeki kanunların büyük çoğunluğu (meselâ *Irak Medenî Kanunu* mad.87; *Cezayir Medenî Kanunu*, mad.67, ayrıca 61; *Kuveyt Medenî Kanunu* mad.49; *Kuweyt Ticaret Kanunu* mad.112; *Libya Kanunu* mad.97) bu eğilimi benimsemişlerdir. İşaret edelim ki, bu eğilim esasen

119 Schwarz, I, 224; Ghestin, II, 194-195.

120 Bk. Senhûrî, *Nazariyetü'l-akd*, s. 300; Mahmasânî, II, 65-66; Schwarz, I, 224-228; Ghestin, II, 194-198; Tekinay, s. 102-103; Feyzioğlu, I, 96-100. Burada konuya ilişkin bazı tesbitlerimizi belirtmek istiyoruz:

1- Senhûrî, *Nazariyetü'l-akd*, s.300'de şöyle demektedir: "*İsviçre Borçlar Kanunu*'nun 10.maddesi gaippler arası akdin sonuçlarını kabul beyanının gönderilmesinden itibaren doğuracağı hükmünü koymuştur. Açık kabule ihtiyaç bulunmayan hallerde ise, akit, kabulün ortaya konmasından itibaren hükümlerini doğurur. Buradan anlıyoruz ki, bu kanun -zımnî kabul olmadığı takdirde- gönderme teorisini benimsemiştir; kabul zımnî olduğunda ise kabulün açıklanması ile yetinmektedir."

Oysa, yukarıda işaret ettiğimiz üzere bu kanun, zımnî kabul halinde akdin sonuçlarını "kabulün açıklanmasından itibaren" değil "icabın varmasından itibaren" doğuracağını açıkça belirtmiştir. Öte yandan normal durumlarında (yani sarih kabul hallerinde) bu kanun akdin kuruluş anı bakımından varma teorisini, akdin hükümlerinin işlerliği bakımından gönderme teorisini benimsemiştir. Arap ülkelerindeki bazı araştırmacılar muhtemelen Senhûrî'nin yukarıdaki ifadesinin etkisiyle (ki *Vasîf I, 244*'de *İsviçre Borçlar Kanunu*'nun gönderme teorisini benimsediği ifade edilmektedir), *İsviçre Kanunu*'nun gönderme teorisini aldığını yazmaktadırlar. Meselâ bk. Düreynî, s. 328; el-İbrahim, s.123.

2- Düreynî'nin (s.328) ve Karadâğî'nin (II, 1114) *Alman Medenî Kanunu*'nun öğrenme teorisini benimsediği yönündeki ifadeleri isabetli değildir.

3- el-İbrahim'in şu açıklaması da (s.123) doğruyu yansıtmamaktadır: "*Fransız Kanunu* varma teorisini -varmayı öğrenmenin karinesi saymak kaydıyla- benimsemiştir."

öğrenme teorisini mutlak bir biçimde uygulamayı hedeflememekte, pratik sonuçları bakımından varma teorisine çok yaklaşmaktadır. Bununla birlikte sözü edilen karine kesin olmayıp, icapçının bunun aksini isbat etmesi mümkündür.<sup>121</sup> İkinci eğilim: Bu, açıklama teorisinin benimsenmesi yönündedir. Meselâ *Lübnan Borçlar ve Akitler Kanunu* (mad.184),-iki ülke arasındaki ticarî muamelelerin çokluğunu dikkate alarak bu konuda Lübnan Kanununa uyan- *Suriye Medeni Kanunu* (mad.98), *Ürdün Medeni Kanunu* (mad.101), *Tunus Medeni Kanunu* (mad.28) bu eğilim çerçevesinde bulunmaktadır. Şu var ki, belirtilen kanunlar bu hükmü çoğunlukla şu şekilde kayıtlamaktadırlar: "...Bunun aksini gerektiren özel anlaşma veya kanun hükmü bulunmadıkça."<sup>122</sup>

*Viyana Sözleşmesi* (madde 18 / II, 23, 24), varma teorisini benimsemiştir.<sup>123</sup> Şu var ki 18. maddenin 3. fıkrasında şu hüküm yer almıştır:

"Bununla birlikte, taraflar arasındaki yerleşik tatbikata veya örf ve âdete göre muhatap herhangi bir bildirimde bulunmaksızın emtianın gönderilmesi veya semenin ödenmesine ilişkin olmak gibi bir faaliyeti icra etmek suretiyle muvafakatini belirtmekteyse, kabul -bir önceki fıkırdaki belirtilen süre içinde olmak kaydıyla- bu hareketin icra edildiği anda hüküm doğurur."

(d) Akdın Kuruluş Anının Belirlenmesi Konusunda İslâm Hukukunun Tavrı

(aa) *Klâsik fıkıh eserlerinde durum*

Klâsik fıkıh eserlerinde -genellikle- gaipler arasındaki akdın geçerli olduğu, (icapçının kabul beyanından haberdar olmasının şart olup olmadığı meselesine değinmeksizin) mektup veya elçi vasıtasıyla kendisine icap ulaşan kişi bunu kabul ettiğinde akdın kurulmuş olacağı ifade edilir. Fakat bu ifadelerden anlaşılacak odur ki, icapçının kabul beyanını öğrenmesi şart olmaksızın kabul iradesinin açıklanmasıyla akit kurulmuş olur. Biz bu konuya dair fıkıh metinlerinden nakillerde bulunma yönüne gitmeksizin,<sup>124</sup> az ileride bu meseleye ilişkin değerlendirmelerimizi belirtmekle yetineceğiz.

(bb) *Çağdaş araştırmacıların görüşleri*

Bu başlık altında bu konuyu özel olarak inceleyip sonuca varmaya çalışan çağımızdaki bazı İslâm hukuku araştırmacılarının görüşlerine özet olarak yer verecek, müteakip başlık altında da bunlarla ilgili tenkitlerimizi belirteceğiz.

\**Senhûrî:*

- 121 Aynı anlamda olmak üzere bk. Senhûrî, *Masâdiru'l-bak*, II, 54 d.n. 2, *Vasîl*, I, 248, *Nazariyetü'l-akd*, s. 297 d.n. 2; Schwarz, I, 224-225, not 4.
- 122 Bu konuda şu eserlere bakılabilir: Senhûrî, *Masâdiru'l-bak*, II, 53-54; Düreynî, s. 331; Karadâğî, II, 1116-1118; Zühaylî, s. 21; Abdüttevâb, I, 130, 139 v.d.
- 123 Stoffel, s. 59.
- 124 Bu konuda şu eserlere bakılabilir: Kâsânî, V, 138; Bâbertî, V, 461; İbn Hümâm, V, 461-462; İbn Nüceym, V, 290; Adevî, V, 5; Desûkî, III, 3, 4; Nevevî, IX, 167; Bühûrî, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 148 (Bu araştırmanın 10 numaralı dipnotundaki açıklamalarımız gözöğütünde bulundurulmalıdır.)

Senhûrî bu konudaki sözlerine:“İslâm hukukuna gelince, gaipler arasındaki ahdin ne zaman tamam olacağı, yani sırf kabulün açıklanmasıyla mı yoksa ancak icapçının kabulü öğrenmesiyle mi tamam olacağı meselesine dair açık bir ifadeye raslamadık.”<sup>125</sup> diyerek başlamakta, sonra hazırlar arası akitte “muhatapın icabı işitmesinin gerektiği” ne ve “icapçının kabul beyanını işitmesinin gerektiği”ne dair, daha sonra da gaipler arası akde ilişkin fıkıh metinlerine yer vermektedir.

Senhûrî bu konuda vardığı sonucu da şu şekilde ifade etmektedir: “Şu halde İslâm hukukunda gaipler arası akit kabulün açıklanmasıyla tamam olmakta ve icapçının bunu öğrenmiş olması şart koşulmamaktadır. Hazırlar arası akitte ise -fikhî metinlerin açıkça belirttiği üzere- icapçının kabulü işitmiş olması şarttır. Daha önce geçtiği gibi, gaipler arası akitte ileri sürülen yegâne şart, icapçının, icabının muhataba tebliğini istemiş olmasıdır, ki böylece icabının kesin olduğu bilinmiş olsun. Onun -yani icapçının- diğer tarafın kabulünü işitmesi veya kendisine kabul haberininin tebliğ edilmesi şart değildir.”<sup>126</sup>

Fikhî metinlerin zâhirinden çıkarabildiğimiz sonuç budur. Bununla birlikte, kanaatimizce fakihler, icapçının kabulü işitmesi gereği konusunda gaipler arası akit durumu ile açık biçimde karşı karşıya gelmemişlerdi. Onlar bu konuda sadece hazırlar arası akit durumu ile yüzyüze geldiler. Şayet ikinci durumda olduğu gibi birinci durumla da karşılaşmış olsalardı, farklı görüşler ortaya koymaları uzak ihtimal değildi. Hatta bundan da öteye giderek diyoruz ki, hazırlar arası akitte icapçının kabul beyanını işitmiş olması gereğini belirten kuralın mantığı, gaipler arası akitte de icapçının kabulü öğrenmiş olmasını gerektirir. İcapçının hazır bulunması halindeki işitmenin gaip olması halindeki karşılığı öğrenmedir.”<sup>127</sup>

#### \*Mahmasânî:

Mahmasânî, fıkıh kitaplarında bu meseleye dair yazılan bazı ifadelerden hareketle - herhangi bir tahlil ve değerlendirme yapmaksızın - şu sonucu kaydetmektedir.” Şu halde, İslâm hukuku açıklama teorisine bağlıdır.”<sup>128</sup>

#### \*Süvâr:

Süvâr açıklama ve öğrenme teorilerinin herbirinin sakıncalı taraflarına değindikten sonra<sup>129</sup> şöyle demektedir: “Yukarıda açıklama ve öğrenme teorilerine yönelik olarak zikrettiğimiz ciddi mahzurlar, bu teorilerin hiçbirini -mevcut kusurlu şekli ile- almamamızı gerektirmektedir.” Yazar daha sonra kendi kanaatine göre sağlıklı çözümün ne olduğunu şu sözlerle açıklamaktadır:

125 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, II, 54.

126 Yazar çıkardığı bu sonucu başka bir eserinde şöyle ifade etmektedir: “Buradan İslâm hukukunda haberleşme ile yapılan ahdin kabulün açıklanması ile tamam olduğu sonucu çıkmaktadır.” Senhûrî, *Nazarîyetü'l-akd*, s. 302.

127 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, II, 54-56.

128 Mahmasânî, II, 64, 66.

129 Süvâr, *Ta'bir*, s. 129-132.



"Biz bu çözümün anahtarını son derece kolay bir biçimde şurada buluyoruz: Akdin kuruluşu ile bağlayıcılığını birbirinden ayırdetmek. Şöyle ki: Akdin kuruluşu için sırf kabulün açıklamasını yeterli sayıp akdin in'ikadını çabuklaştırmak -ki açıklama teorisinin haklı olduğu nokta burasıdır-, akdin bağlayıcı olması için ise iki unsurun varlığı ile yetinmeyip bu unsurların buluşmasını ve icapçının kabulü öğrenmesini şart koştuk, böylece akdin bağlayıcılığını geciktirmek -ki öğrenme teorisinin isabetli olduğu yön burasıdır-gerekir".<sup>130</sup>

Daha sonra Süvâr yukarıda değinilen görüşünden hareketle "hıyârû't-tarîk" (yol muhayyerliği) veya "hıyârû'l-beyn" (ara muhayyerliği) adını verdiği yeni bir teori teklif etmekte, sonra bunun çerçevesi, hükümleri, temellendirilmesi, adlandırılması ve meziyetlerine dair açıklamalarda bulunmaktadır.<sup>131</sup> Biz bunun ayrıntılarına girmeksizin Süvâr'ın teklif ettiği "yol muhayyerliği" teorisinin özünü kendi ifadesinden vermekle yetineceğiz:

"Tarafımızdan yapılan yasama teklifi: Yaptığımız açıklamalara hınaen *Suriye Medeni Kanunu*'nun 98.maddesinin aşağıdaki şekilde değiştirilmesini öneriyoruz. Madde 98: 1) Gaippler arası akit, aksini gösteren özel anlaşma veya kanun hükmü bulunmadıkça, kabulün açıklandığı yerde ve zamanda tamam olur. 2) İcapçının bilgisine sarıh kabul haberi ulaşmadan önce taraflardan herbiri akitten rücû edebilir. Bu muhayyerlik hakkı, vefatı halinde mirasçılara, ehliyetini yitirmesi halinde kanunî temsilcisine intikal eder. 3) Aksine delil bulunmadıkça, kabul haberinin icapçının bilgisine ulaşması onun bunu öğrendiğine karine teşkil eder."<sup>132</sup>

#### \*Düreynî:

Düreynî önce "Yazarların dilinde yaygın olan, İslâm hukukunun açıklama teorisine bağlı olduğudur. Bu mesele icthadî bir konu olup, bunda zararın giderilmesi prensibine uyulması gerekir..." demekte, daha sonra kabul açıklandıktan sonra bundan rücû edilememesi gerektiği düşüncesi üzerinde durmakta, bu sebeple -prensip olarak- açıklama teorisini tercih etmektedir. Şu var ki ona göre "zararın giderilmesi" ilkesi uyarınca kabul beyanının münasip bir süre içinde gönderilmesini şart koştuk gerekir.<sup>133</sup> Bununla beraber, Düreynî kitabının başka bir yerinde, fakihlerin açıklama ile yetinmelerinin onların döneminde açıklamanın icapçının öğrenmesini de tazammun ettiği vakıası ile izah olabileceğini ifade etmektedir.<sup>134</sup>

#### \*Karadâğî:

- 
- 130 Süvâr, *Ta'bir*, s. 132.  
 131 Süvâr, *Ta'bir*, s. 132-145.  
 132 Süvâr, *Ta'bir*, s. 145.  
 133 Düreynî, s. 322-324.  
 134 Düreynî, s. 319.

Karadâği açıklama teorisini kesin bir biçimde savunmakta ve bu yöndeki tercihini şu gerekçelerle açıklamaktadır:

1- "Genel olarak modern doktrinin ışığında akit icap ve kabulden başka bir şeyi gerekli kılmamaktadır. Kabul gerçekleşince akit de tamam olmaktadır. Öğrenme v.b. teorilerin kabulü halinde ise, modern çağın muamelelerin süratle sonuçlandırılması yönündeki icapları ile bağdaşmayacak biçimde akdın sonuçları büyük bir gecikmeye maruz bırakılmış olmaktadır."<sup>135</sup> "Modern anlayış öğrenme teorisini hemen hemen bütünüyle terketmekte, -genellikle- açıklama teorisini tercihe yönelmektedir."<sup>136</sup>

2- "Bu (öğrenme v.b. teorileri benimseme), muhatabın gönül huzuru içinde kabul beyanında bulunamamasına ve güveninin sarsılmasına yol açar. Çünkü icapçının kabulden sonra kabulün kendi bilgisine ulaşmasından önce sözleşmeyi bozma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Oysa muhatabın icapçı tarafından kabulünün reddedilmediğini bilmesi şart koşulmazken icapçının kabulü öğrenmesinin şart sayılması ikna edici delile dayanmayan önyargıya göre hüküm vermektir."

3- " (Öğrenme teorisini lehine olmak üzere) anılan deliller, isbatla ilgili deliller olup in'ikad ile ilgili değildir. Biz isbat çerçevesinde bu delillerin önemini inkâr etmiyoruz. Akdın kuruluşu ise, üçüncü bir unsur yani icapçının kabulünü şart koşmaksızın, iki tarafın rızası ile tamam olur."

4- "Sonra ticârî teamüller bazan şifahî veya yazılı olarak icaba karşılık verme ihtiyacını ortadan kaldırır. Meselâ bir satıcı başka bir beldedeki acentasına (müşterisine) bir mal gönderdiğinde, - daha önce geçtiği üzere - bu tür durumlarda doktrin ve yargı sükûtun yeterli olduğuna hükmettiği halde, akit ancak icapçı tarafından kabulün öğrenildiğinde mi tamam olmuş sayılacaktır? Şayet bunu şart koşarsak kuşkusuz, akdın tarafları veya birisi bu uygulamadan zarar görecektir. Yine bu, taraflardan birine kendi yararının bu yönde olduğunu görünce icabını veya teklifini geri çekme fırsatı vermiş olacaktır, ki bu ticârî teamülleri, kuralları ve işlemlerdeki istikrarı sarsacaktır."<sup>137</sup>

\* el-İbrahim

el-İbrahim bu konuda bazı görüş ve bilgilere (müteakip başlıkta açıklayacağımız üzere) hatalı bir biçimde işaret ettikten sonra şöyle demektedir: "İslâm hukukunun açıklama telâkkisini kabul ettiği söylenebilir."<sup>138</sup>

(cc) *Bu görüşlerin tenkidi ve değerlendirilmesi:*

Önce Senhûrî ile Süvâr arasındaki bu teoriler karşısında fukahânın tavrı ile ilgili görüş ayrılığını ele almamız uygun olur.

135 Karadâği, II, 1126.

136 Karadâği, II, 1114.

137 Karadâği, II, 1126.

138 el-İbrahim, s. 127.

Senhûrî -yukarıda genişçe yer verdiğimiz ifadesinde- şöyle demektedir: " ... Bununla birlikte kanaatimizce fakihler, icapçının kabulü işitmesi gereği konusunda gaipler arası akit durumu ile açık biçimde karşı karşıya gelmemişlerdi. Onlar bu konuda sadece hazırlar arası akit durumu ile yüzyüze geldiler. Şayet ikinci durumda olduğu gibi birinci durumla da karşılaşmış olsalardı, farklı görüşler ortaya koymaları uzak ihtimal değildi."<sup>139</sup>

Süvâr ise bu görüşü şöyle eleştirmektedir. "Biz inanıyoruz ki fakihler gaipler arası akit durumunda da işitme şartı ile açık biçimde karşı karşıya gelmişler, bu durumda buna hükmî işitme adını vermişler, bunu sadece icaba hasredip icabın muhataba okunmasını doğrudan doğruya icapçıdan işitmesinin yerine ikame etmişlerdir."<sup>140</sup> Daha sonra Süvâr fıkıh kitaplarından- içereği itibarıyla daha sönce naklettiklerimizden fazla farkı olmayan - ibarelere yer vermektedir.

Bu konuda Süvâr'ın, Senhûrî'nin ifadesine sırf lâfızcı bir gözle baktığını sanıyoruz. Zira Senhûrî, Süvâr'ın işaret ettiği görüşten habersiz değildir ve aynı mealde fikhî ibarelere kendi kitabında yer vermiştir. Senhûrî'nin "... açık biçimde karşı karşıya gelmemişlerdir" cümlesi ile söylemek istediği husus, ifadenin devamındaki "Şayet ... karşılaşmış olsalardı, farklı görüşler ortaya koymaları uzak ihtimal değildi" cümlesi ile daha açık olarak anlatılmış olmaktadır. Gerçekten, fukahâ bu konu ile günümüz şartlarında görülen uygulamalar şeklinde karşılaşmamışlar, bu nevi akdin ortaya çıkarabileceği meselelerle geniş bir şekilde meşgul olmamışlardır. Daha önce belirttiğimiz üzere, borçlar hukuku ve bu hukuk dalının kavramlarının inceltilmesi konusunda haklı bir şöhrete sahip olan Roma hukukunda bile raslanmayan ve XIX. asra kadar Batı hukununun üzerine eğilemediği akdin in'ikadı ile ilgili çok ince meseleleri asırlar önce dikkatli bir biçimde ele alan İslâm hukukçularının, bu mesele ile açıkça yüzyüze geldikleri ve mantıken farklı çözüm ihtimalleri bulunduğu halde farklı görüşler ortaya koymamış olduklarını farzetmek, İslâm fikhinin karakteristiği ile bağdaşmaz. Bu yönüyle Senhûrî'nin tesbitini yerinde buluyoruz. (Hatta fıkıh kitaplarındaki gaipler arası akitle ilgili açıklamaların, akdin in'ikadına dair ince meselelerin tetkikinden ziyade, bu şekilde sözleşmeye cevaz verildiğini vurgulama amacına yönelik olduğu; yine bir kısım ifadelerin, bu konuda satım, nikah, ivaz karşılığı hul' gibi bazı hukukî işlemler arasında ayırım yapma gereğini ortaya koyma maksadı taşıdığı söylenebilir.)

Her halükârda, bu mesele hakkında özel nass bulunmadığı gibi, mezhep imamlarından nakledilmiş açık bir görüş de bulunmamaktadır. Yine, günümüz şartlarında görülen gaipler arası akit uygulamalarının fukahânın daha önce aynen karşılaştıkları durumlar olarak düşünülmesi makul olmaz. Şunu da belirtelim ki Süvâr'ın bu konudaki açıklamalarını tutarlı saymak güçtür. Zira bir taraftan "gaipler arası akitte açıklama teorisinin benimsenmesinde fakihlerin icmâ ettiklerini" belirtirken,<sup>141</sup> diğer taraftan açıklama ve öğrenme teorilerinin ciddi sakıncalar taşıdığına değinip ikisi arasında orta bir teori arayışı içine girmektedir.<sup>142</sup>

139 Senhûrî, *Masâdirü'l-hak*, II, 56.

140 Süvâr, *Ta'bir*, s. 120-122.

141 Süvâr, *Ta'bir*, s. 123.

142 Süvâr, *Ta'bir*, s. 132 v.d.

\*Süvâr'ın tercih edilmesi gereken teoriye ilişkin görüşü

Açıklama ve öğrenme teorileri arasında orta bir çözümü hedefleyen Süvâr "yol muhayyerliği" adını verdiği yeni bir teori önermektedir. Bu teoriye göre kabul beyanı ile akit kurulmuş olacak, fakat icapçı kabule muttali oluncaya (öğreninceye veya öğrenme karinesi olan kabul haberi ulaşınca) kadar taraflardan "herbiri" rücû muhayyerliğine sahip olacak yani bu ana kadar "her iki taraf" bakımından bağlayıcı olmayacaktır.

Öyle görünüyor ki Süvâr -irade beyanları konusunda çok ince meseleleri dikkatli bir araştırmacı gözüyle incelemeyi başardığı halde- sözkonusu teorilerin hareket noktasını ve icaptan rücû hükümlerini gözden kaçırmış bulunmaktadır. Zira sözkonusu teoriler -birinci derecede- muhatabın kabul beyanının bağlayıcılık vasfını kazanacağı ve hüküm doğuracağı anı belirlemekle ilgilidir. İcapçının icabından rücû edebilme yetkisi ise bu teorilerin (açıklama teorisi hariç) herbirinde herhangi bir şekilde düzenlenebilir. Meselâ Batı hukukunda icabın serbestçe geri alınabileceği görüşünü kabul eden hukuklar (Pandect hukuku ve halihazırdaki Fransız hukuku gibi) dahi, icaptan rücû yetkisini, -bu konuya dair özel kayıt konmamışsa- kabulü açıklama veya kabulü gönderme anı ile sınırlama eğilimindedir.<sup>143</sup> İslâm hukukuna gelince, icapçının -karşı taraf haberdar olmasa dahi- icabından rücû edebileceğine ve böylece daha sonra meydana gelecek kabul ile akdın kurulmayacağına hükmeden Hanefî müelliflere göre bile, bu rücû hakkı icap haberinin ulaşması ve herhalükarda kabulün açıklanması anı ile sınırlıdır.<sup>144</sup> Diğer taraftan Süvâr meclis muhayyerliği hükümlerinden de yararlanarak kendi teorisini güçlendirmeye çalışmaktadır;<sup>145</sup> oysa meclis muhayyerliğini kabul edenlerin görüşlerini incelediğimizde onlara göre de, gaipler arası akitte icaptan rücû imkânının, kabulü takiben muhatabın meclisten ayrılması anı ile sınırlı olduğunu görmekteyiz. Nitekim Şafî mezhebi eserlerinde bu anlamda olmak üzere şu tür ifadeler raslıyoruz: "... Mektup gönderen kişinin muhayyerliği kendisine mektup yollananın muhayyerliği sona erinceye kadar devam eder. Şayet mektubun yollandığı kişi meclisi terketmeden önce mektup yollayanın icabından rücû ettiğini öğrense bu rücû geçerli olur ve akid kurulmaz".<sup>146</sup> Binaenaleyh kabul beyanından sonra bir de meclisten ayrılma vukubulmuşsa, artık hiçbir mezhebe göre icaptan rücû hakkının varlığını koruyabilmesinden söz edilemez.

143 Ghestin, II, 160 v.d., özellikle 199-200 not 129; Feyzioglu, I, 82.

144 Fıkıh eserlerinde şu tür ifadelerle raslanır: "Mektup veya elçi yollayan, diğer tarafa varması ve onun tarafından kabulünden önce mektup veya elçi ile bildirdiği icabından rücû edebilir." Meselâ bk. İbn Hümâm, V, 462.

145 Süvâr'ın bir taraftan meclis muhayyerliği teorisinin temelindeki düşünceden yararlanmaya çalışırken diğer taraftan zaaf noktalarına işaret ederek bu hükme karşı çıkmasını tutarlı bulmak da zordur. Ki Süvâr'ın teorisi de eleştirdiği bu zaaf noktalarını bünyesinde barındırmaktadır. Yazar şöyle diyor: "Her ne kadar yol muhayyerliği teorisine çağrıda bulunuyorsak da -ki bu meclis muhayyerliği teorisinin yeni bir işlemeye tâbi tutulmuş şeklidir-, aynı zamanda bu son teoriye karşı çıkanların tarafını tutuyoruz; çünkü bu teori bir taraftan akdın bağlayıcı gücünü zayıflatmakta, diğer taraftan da gaipler arası sözleşmeye uygulanmasında güçlükler bulunmaktadır." Süvâr, *Ta'bir*, s. 136 d.n. 4.

146 Nevevî, IX, 168.

Görüldüğü üzere Suvâr (ve diğer bazı araştırmacılar), icapçıya akdin kuruluş anına kadar icabından rücû edebilme hakkının verilmesini öğrenme teorisinin (ve açıklama teorisi dışındaki diğer teorilerin) kaçınılmaz sonuçlarından olduğunu sanmakta ve bu anlayıştan hareketle, kabul beyanında bulunma anından itibaren akdin kurulmuş sayılacağına hükmetmekle beraber kabulün icapçının bilgisine veya bilgi alanına ulaşınca kadar taraflardan herbirine muhayyerlik hakkı vermek suretiyle açıklama teorisini yumuşatmaya çalışmaktadır. Fakat akit müessesesinin özellikle lâzım (bağlayıcı) akitlerin dayandığı temel düşünce<sup>147</sup> gözönünde bulundurulduğunda, kabul açıklandıktan ve akdin kurulmuş olduğuna hükmedildikten sonra icapçıya icabından rücû hakkı vermenin gerek teorik gerekse pratik açıdan taşıdığı sakıncaları farketmek zor değildir. (Burada -IV. A. 2 başlığı altında işaret ettiğimiz- icaptan rücû hakkının korunmasına dair kayıt konmuş özel durumları incelemediğimize dikkat edilmelidir).

Öte yandan, Suvâr'ın teklif ettiği "yol muhayyerliği teorisi", "kabul"ü tavsif konusundaki görüşleri ile de çelişmektedir. Şöyle ki: Suvâr -öğrenme teorisini eleştirirken- (*Mısır Medenî Kanunu*'na göre) akdin icraya başlandığı anda tamam olmuş sayıldığı zımnî kabul durumlarına işaret ederek şöyle demektedir:

"... Birinci durumda (yani sarih kabul halinde) akdin kuruluşunu kabul haberinin icapçının bilgisine ulaşınca kadar geciktirmek ve ikinci durumda (yani zımnî kabul halinde) kabulün açıklanmasıyla birlikte hemen akdi kurulmuş saymak akden kabul edilebilecek bir şey değildir?! Başka bir deyişle, kabul beyanı zımnî olarak ortaya konduğunda bunu yöneltilmesi gerekli olmayan irade beyanı sayarken, sarih olarak yapılan kabulü yöneltmesi gerekli irade beyanı saymak tecviz edilebilecek bir durum olamaz!"<sup>148</sup>

Buna karşılık Suvâr, yol muhayyerliği teorisinin çerçevesini belirlerken şöyle demektedir:

"Kabulün zımnî olarak gerçekleştiği malî muâvaza akitlerine gelince, bunlar bu teorinin uygulama alanı dışındadır, bu yüzden açıklama teorisinin genel kuralına tâbi olarak kalacaklardır, yani bu durumlarda akit sırf kabulün açıklanması ile kurulmuş olur ve bağlayıcılık kazanır". Yazar daha sonra zımnî kabul hükümlerinin dayandığı fikre ilişkin makul açıklamalar yapmaktadır<sup>149</sup> (ki bu, açıklama teorisi dışındaki teorileri benimseyen hukuk sistemlerinde genellikle kabul edilen bir durumdur). Görüldüğü üzere (zımnî kabul durumlarında icra anında akdin kurulmuş sayılacağına hükmeden) Suvâr'ın, öğrenme teorisine yönelttiği eleştiri gerekçesi kendi önerdiği ve "yol muhayyerliği" adını verdiği teoride de mevcuttur.<sup>150</sup>

\*Karadâğî'nin tercih edilmesi gereken teoriye ilişkin görüşü

147 Bk. Karâfi, 207. fark, IV, 13.

148 Suvâr, *Ta'bir*, s. 129.

149 Suvâr, *Ta'bir*, s. 134.

150 Krş. Suvâr, *Ta'bir*, s. 105.

Karadâğî'nin kesin bir şekilde açıklama teorisini savunurken dayandığı gerekçeleri maddeleştirerek göstermiştik. Şimdi bunların isabet derecesini gözden geçireceğiz:

1- Çağımızda muamelelerin süratle sonuçlandırılmasına ihtiyaç bulunduğu isabetli bir görüş olmakla beraber yazarın, bu ihtiyaç karşısında sözkonusu meselenin halli için modern hukukun açıklama teorisine yöneldiğini söylemesi gerçeği yansıtmamaktadır. Bu konuda değişik hukuklardaki durumu daha önce görmüştük. Burada en son ve müşterek eğilimi temsil eden Viyana Sözleşmesi hükmünü hatırlayacak olursak, günümüzde genel kabul görmede ön plana çıkan teori varma teorisidir.

2- İfadelerinden anlaşıldığına göre, Karadâğî de -Süvâr gibi- icapçıya akdin kuruluş anına kadar icabından rüçü edebilme hakkının verilmesini öğrenme teorisinin (ve açıklama teorisi dışındaki diğer teorilerin) kaçınılmaz sonuçlarından olduğunu sanmaktadır. Nitekim öğrenme teorisi hakkında şunları söylemektedir: "... bunda icapçı kabulden sonra sözleşmeyi reddetme hakkına sahip olmaktadır.", "... yine taraflardan birine icabını veya teklifini geri çekme imkânını vermektedir." Yazar, öğrenme, varma ve gönderme teorileri hakkında da şöyle demektedir: "Bu teorilerin ışığında akdin kuruluşundan önce genel kural olarak icapçının rüçü hakkı bulunmaktadır."<sup>151</sup> Bu mana yazarın şu sözünde daha açık bir biçimde ifade edilmiş olmaktadır: "Mâlikîlere gelince, onlara göre icap, -daha önce geçtiği üzere- sahibi için bağlayıcıdır. Buna göre, onların akdin tamam olabilmesi için icapçının kabul beyanını öğrenmesini şart koşmaları mezheplerinin kuralları ile bağdaşmaz."<sup>152</sup> Görüldüğü üzere Karadâğî, icabı bağlayıcı saymanın, açıklama teorisi dışında bir teoriyi benimsemeyi imkânsız kılacağını düşünmektedir. Oysa bu anlayış -yukarıda açıkladığımız üzere- doğru değildir.

3- Öğrenme teorisini destekleyen delillerin isbatla ilgili olduğuna ilişkin görüşü gerçeği yansıtmakla beraber, buradaki isbat meselesinin maddi hukuk düzenlemesini etkileyecek ölçüde önemli olduğu kabul edilirse -ki yazar isbat çerçevesinde bu delillerin önemini inkâr etmemektedir-, açıklama teorisinin müdafaası oldukça güçleşecektir.

4- Yazarın zımnî kabul durumları sebebiyle ortaya çıkan problemlere değinmesi isabetlidir. Fakat bu, mutlak biçimde açıklama teorisinin benimsemesini zorunlu kılmaz; nitekim bu mesele, varma ve öğrenme teorilerini benimseyen hukuk sistemlerinde de özel bir düzenlemeye tâbi tutulmuştur.<sup>153</sup>

#### \*el-İbrahim'in tercih edilmesi gereken teoriye ilişkin görüşü

Herşeyden önce belirtmeliyiz ki, el-İbrahim'in, Süvâr'a İslâm hukukunun öğrenme teorisini benimsediği görüşünü nisbet etmesi gerçeği yansıtmamaktadır.<sup>154</sup> Öyle görünüyor ki yazar Süvâr'ın eserini iyi inceleme fırsatı bulamamıştır; Süvâr'ın bu konudaki görüşünü yukarıda açıkladığımız için tekrarına gerek görmüyoruz.

151 Karadâğî, II, 1114, 1126.

152 Karadâğî, II, 1097.

153 Bu meseleye yukarıda değinmiştik. Ayrıca bk. Süvâr, *Ta'bîr*, s. 134.

154 Bk. el-İbrahim, s. 125.

el-İbrahim, açıklama teorisinin icapçının icabından rüçû etmesine engel olduğuna işaret etmekte<sup>155</sup> ve "İslâm'ın bu dört teori karşısındaki tavrı" başlığı altında konuya ilişkin tercihini belirtirken bu nokta üzerinde ısrarla durmaktadır.<sup>156</sup> Görünen o ki el-İbrahim de -Süvar ve Karadâğî gibi- bu teorilerin temelindeki düşünce ile icaptan rüçû meselesini birbirine karıştırmaktadır. Gerçeği söylemek gerekirse, konuyu özel araştırma konusu yapan yazarın bazı ifadeleri bu teorileri yeterince inceleme fırsatını bulamadığını göstermektedir. Şu cümleleleri örnek olarak zikredebiliriz:

"Açıklama ve öğrenme teorileri, bu teorilerin en ünlüleri ve en çok desteklenenleri sayılır".<sup>157</sup> "Görünen odur ki, medenî hukukçuların büyük çoğunluğu öğrenme teorisini benimseme eğilimindedir."<sup>158</sup>

(dd) *Teorilerin tenkidi ışığında akdin kuruluş anı ile ilgili görüşümüz:*

Akdin oluşması açısından bakılırsa, esasen icap ve kabulün -aranan şartları taşıy biçimde- bulunması ile akdin kurulmuş sayılması ve sonuçlarını doğurması gerekir. Bu, açıklama teorisinin benimsenmesini gerektiren bir tesbittir. Fakat akdin kurulmasından maksat bazı şekillerin yerine getirilmesi değil, taraflara -karşılıklı rıza ile- haklar sağlayıp borçlar yüklemektir. İşte bu açıdan bakılınca her iki tarafın diğerinin irade beyanından haberdar olması şartını aramak, yani öğrenme teorisini benimsemek gerekir. Her ne kadar kendi zamanlarının şartları içinde fakihler, gaipler arası akitte kabul beyanının icapçı tarafından öğrenilmesi konusunu derinlemesine ele almamışlar ve -genellikle- kabulün meydana gelmesi ile akdin in'ikad edeceğinden sözetmişlerse de, Senhûrî'nin işaret ettiği üzere hazırlar arası akitte öğrenmeyi şart koşan görüşten (yani yine fakihlerin hukukî tefekkürüne hakim olan prensipten) yararlanarak gaipler arası akitte de öğrenme teorisinin benimsenmesi yoluna gidilebilir.

Fakat her iki teorinin uygulamada kötüye kullanılmaya elverişli olduğu ve tarafların ihtiyacını karşılamadığı (değişik ülkelerdeki tecrübelerin ışığında) ortaya çıkmıştır. Çağımız İslâm hukuku araştırmacılarından Süvâr'ın, -"gaipler arası akitte kabul beyanının yöneltmesi gerekli olmayan irade beyanı olduğu hususunda fakihlerin icmâsı vardır" demesine rağmen- her iki teoriyi terkedip yeni teori arayışı içine girmesi de, bu iki teorinin günümüz şartlarında İslâm hukukunun esasları ile bağdaşmadığı sonucuna ulaştığının açık ve canlı bir örneğidir. Yine, teorik ve pratik hukuk alanında engin bir tecrübeye sahip olan Senhûrî'nin, fakihlerin sözlerinin zâhirinden çıkan anlamın gaipler arası akitte açıklama teorisini benimseme yönünde olduğunu söylemesine rağmen, açıklama teorisini fukahânın hukukî tefekkürü ile bağdaşır görmeyip öğrenme teorisine meyletmesi, açıklama teorisinin İslâmî esaslar bakımından -günümüz şartları içinde- doyurucu sonuçlar vermeyeceği neticesine ulaştığını gösterir.

Terâdî'nin (karşılıklı rızanın) gerçekleşme şeklini (icap ve kabulün telâkisini) incelerken İslâm hukukçularının ortaya koyduğu tahlillere baktığımızda, çözümlere yine "maslaha" düşüncesinin ve bunun uzantısı olan "zaruret", "teysir" v.b. prensiplerin hakim kılındığını görüyoruz.

155 el-İbrahim, s. 120.

156 el-İbrahim, s. 127.

157 el-İbrahim, s. 122.

158 el-İbrahim, s. 124.

O halde bu konudaki sağlıklı çözüm, tarafların ihtiyacını en iyi karşılayan, ihtilâfları asgariye indiren -ve tabîî ki başkasına zarar verme, haksız kazanç sağlama gibi İslâm'daki yasaklarla çatışmayan- çözümdür. Bu durumda çağımızda yapılması gereken iş, bu meseleye uygulanabilecek çözümleri mantikî ihtimaller olarak gözönüne koymak ve bunlar arasında yukarıda sayılan vasıfları taşıyan ihtimali seçmektir.

Yoğun ticarî ilişkilerle yüklü dünya hukuk tabikatu ışığında ortaya çıkmış ve pozitif hukuk düzenmelerinde esas alınan beş çözüm tarzını yukarıda görmüştük. Şüphesiz mantikî ihtimaller bunlardan ibaret değildir. Bunlardan herbirine kayıtlar ekleyerek yeni teoriler ortaya koymak mümkündür. Fakat "ihtiyac"ın ("maslaha"nın) aynası mesabesindeki hukuk uygulamaları içinde yer tutabilmiş ana ihtimaller bunlardır.

Biz, İslâm hukukunun ilke ve hükümleri bakımından özel bir delil bulunmadıkça, yeni bir teori ortaya konması yerine uygulamada yararları ve sakıncaları ortaya çıkmış teoriler içinden bir seçim yapılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. (Elbette, -ikna edici delillere dayalı olmak kaydı ile- yeni teoriye gidilmesine karşı olduğumuzu söylemek istemiyoruz.)

Şimdi bu teorilerin olumlu ve olumsuz yönlerini kısaca gözden geçireceğiz:

#### 1- Açıklama Teorisi:

Bu teori önce, "kabul"ün hukukî tavsifi açısından eleştirilmiştir. Zira -hakim görüş esas alınarak - "kabul" yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı sayılırsa, muhatapın kabul iradesini sadece açıklamış olması, meselâ bunu yollamadığı bir mektuba kaydetmiş olması durumunda akdin in'ikadına hükmedilemez.

Bu teori pratik açıdan da önemli sakıncalar taşımaktadır. Şöyle ki:

- Bu teori esas alındığında, kabul beyanının hangi anda yapıldığını isbat etmek çok zor, hatta çok kere imkânsızdır. Muhatap meselâ mektup yazarak kabul beyanında bulunmuş fakat bunu henüz yollamamış olsa veya nezdinde çalışan bir kişinin yanında kabul ettiğini beyan etse, bu teoriye göre akit kurulmuş olur ve hükümlerini doğurmaya başlaması gerekir. Fakat bu kabul beyanını yollamadığı sürece onu değiştirme veya geri alma imkânına sahiptir. İcapçının, yollanmamış bir beyanın varlığını ve muhtevasını isbat için gerekli isbat vasıtalarına sahip olabilmesi ise çoğu zaman mümkün değildir.

- Bu teori bir sonraki maddede ele alınacak olan gönderme teorisinin (kabul beyanının yöneltilmiş hale getirilmesi ve isbat kolaylığı sağlaması şeklindeki) faydalarını ihtiva etmemesine karşın, o teorinin şu mahzurunu da bünyesinde barındırmaktadır: Muhatap kabul beyanını yolladıktan sonra, bu beyan yolda kaybolabilir. Bu durumdan habersiz olan icapçı -icabının kabul edilmediğini sanarak- icabını hükümsüz sayacak, belki başkası ile yeni bir akit yapacaktır. Bu esnada muhatap ise sözleşmenin kurulmuş olduğuna güvenip işlerini ona göre düzenleyecektir.

#### 2- Gönderme Teorisi:



Bu teori önceki teori için sözkonusu olan iradenin yöneltilmemiş olması ve -büyük ölçüde- isbat zorluğu sakıncalarını ortadan kaldırmaktadır.

Bu çözüme tarafların menfaatlerinin dengelenmesi açısından bakılacak olursa, icapçının kabulün yolda kaybolma yükünü üstlenmiş olduğu görülür, zira böyle bir durumda kabulden haberdar olmaksızın onunla bağlı sayılacaktır. Buna karşılık muhatap hem akde kurulmuş gözüyle bakabilme hem de akdin hükümlerinin derhal işlemlerini sağlama bakımından avantajlıdır. Ancak bu teoriye göre, muhatabın kabulden rücu veya kabulünü değiştirme imkânı çok dar bir zaman (kabul beyanında bulunma ve bunu yollama arasındaki süre) ile sınırlı kalmaktadır.

### 3- Varma Teorisi:

Bu teoride bir taraftan akdin kuruluşunun ve hükümlerini doğurmasının kabul beyanının icapçıya ulaşmasına kadar tehir edilmesi ve muhataba önceki teoriye nisbetle daha uygun bir süre rücu hakkı tanınması suretiyle tarafların menfaatleri dengelenirken, diğer taraftan da haberin yolda kaybolması halinde akdin doğmasına imkân verilmeyerek ihtilafları daha aşağı seviyeye indirecek bir yol tutulmuştur.

Bu teorinin en sakıncalı yönü, kabul haberinin ne zaman varmış sayılacağını belirlemedeki zorluktur. Bu konuda ortaya konan görüşlerin ortak noktası olarak şöyle bir kurala varılabilmektedir: "Varma" (ulaşma) dan maksat, kabul haberinin icapçının hakimiyet alanı içine erişmesi ve haberi her an öğrenebilecek durumda bulunmasıdır; yoksa haberin mutlaka icapçının eline ulaşması demek değildir. Meselâ mektup icapçının posta kutusuna bırakıldığında, bu anlamda varma gerçekleşmiş sayılır.

### 4- Karma Teori:

Bu teori -daha önce değinildiği üzere- akdin doğumu anı bakımından varma teorisini, hükümlerini doğurmaya başlama anı bakımından da gönderme teorisini esas almaktadır. Bu teori ile, gönderme ve varma teorilerinin sakıncalarını gidermeyi hedefleyen orta bir yol tutulmak istenmiştir.

Akit kurulmadan önce akdin hükümlerinin işletilmesi ilk nazarda mantığa ters düştüğünden garip karşılanabilir. Fakat tarafların akdin hükümlerinin bir an önce işlemeye başlamasını isteyecekleri düşüncesinden hareketle ve işlemlerde sürat sağlama amacıyla, yani tarafların ortak menfaatlerini daha iyi gerçekleştirebilmek için bu teori ortaya konmuş ve bazı kanunlar tarafından benimsenmiştir. Bu teoride akdin muhafazası (favor contractus) ilkesi lehinde bir tutumun izlenmiş olduğu görülmektedir. Zira göndermeyi isbat, ulaşmayı isbata göre daha kolaydır.

### 5- Öğrenme Teorisi:

Bu teori akdin kuruluşu bakımından bir kesinlik getirmekte, bu hususta şüpheye mahal bırakmamaktadır. Fakat bu teori kötüye kullanılmaya çok elverişli bulunmuştur. Çünkü bunda akdin kuruluşu âdetla icapçının isteğine bırakılmış olmaktadır.

Diğer taraftan (kabule) ıttılayı ve bunun zamanını isbattaki güçlük, yine işlemlerdeki sürati azaltması bu teorinin sakıncaları arasında yer almaktadır.<sup>159</sup>

#### Tercihimiz:

Akdin kuruluş anını belirleyen teorileri tanıtan başlık altında, her ikisinin nazari açıdan sağlam bir mantikî temele dayandığını kabul etmekle beraber açıklama ve öğrenme teorilerinin tarafların ihtiyaçlarını karşılamaya ve akitten beklenen yararı ("maslahat") gerçekleştirmeye elverişli olmadığına değinmiş olduğumuz için tekrar bunlardan sözetme yoluna gitmeyeceğiz.

Kalan üç teori arasında bir karşılaştırma yaptığımızda ise, karma teorinin gönderme ve varma teorilerinin olumlu yönlerini birleştirip olumsuzluklarını gidermeye çalıştığını dolayısıyla tercihe layık olduğunu görüyoruz. Şu var ki, bu teoriye, sebebin müsebbebinden önce var olmasını ve irade beyanı ile sonucunu doğurması arasında zaman birliği bulunmasını gerektiren temel kurala uymaması itibarıyla İslâm hukuku açısından itiraz edilebilir. Bununla birlikte, bu yolla maslahatın gerçekleştirildiğinden emin olunduğu takdirde belirtilen kuralın dışına taşılmasına musamaha ile bakılabilir; nitekim İslâm hukukunda sebeplerine tekaddüm eden (sebeplerinden önce var olan) hükümler de bulunmaktadır.<sup>160</sup>

Bu hususta her şeyden önce tarafların niyetinin ve gerçekte icapçının iradesinin esas alınması gerektiğini, icapçının iradesinin yorumunda en güvenli varsayımın onun lehine olan çözümü tercih etmek olacağını ve icapçı için en lehte çözümün ise kabule muttali olmadıkça akdin kurulmamış sayılması olduğunu belirten Senhûrî, sonuçta ulaşmanın öğrenme karinesi sayılması kaydına bağlayarak öğrenme teorisinin benimsenmesini önermektedir. Senhûrî'nin ileri sürdüğü gerekçeye prensipte katılmakla beraber, biliyoruz ki öğrenme teorisinin böyle bir kayıtlı kabul edilmesi durumunda bu, çoğu pratik sonuçları itibarıyla -daha önce geçtiği üzere- varma teorisinin benimsenmiş olması anlamına gelmektedir. Nitekim bizzat Senhûrî dipnotta şöyle demektedir: "Bu görüş modern yaşamada üstünlük kazanmaya başlayan görüşle uyusmaktadır. Zira öğrenme teorisi varma teorisi ile değişikliğe uğratılmış olmaktadır, ki bu sonuncusu diğerlerine göre en çok destekçi kazanmaya başlayan teoridir."<sup>161</sup>

Bütün bu hususlar karşısında, varma teorisinin karma teoriye göre daha sade ve ihtilaflara yol açabilecek komplikasyonlardan uzak olduğunu ve -bu konuda dünyadaki hukukçuların büyük çoğunluğunun son tavrını temsil eden -Viyana Sözleşmesi'nin varma teorisini kabul etmiş bulunduğunu da dikkate alarak, bu teorinin- günümüz şartlarında - tercihe şayan olduğu kanaatine ulaşmış bulunuyoruz.

#### **4- Akdin Kuruluş Yeri**

159 Bu konuda bu araştırmanın 113 ve 114 nolu dipnotlarında belirtilen kaynaklara bakılabilir. Ayrıca bk. Schwarz, I, 224.

160 Suvâr, *Ta'bir*, s.67, 99.

161 Senhûrî, *Nazariyetü'l-akd*, s. 303, 304 ve d.n. 1. Bu anlayışın fukahânın fıkıh eserlerinde yer alan görüşleri ile uyduğuna dikkat edilmelidir. Bu araştırmanın 78 nolu dipnotuna bk.

Modern iletişim araçları ile yapılan sözleşmelere ait hükümlerin ortaya konmasında, akdın kuruluş yerinin belirlenmesi akdın kuruluş anının belirlenmesinin taşıdığı ölçüde önem taşımaz. Bu sebeple burada üç hususa kısaca işaret etmekle yetineceğiz:

a- Akdın kuruluş yerinin belirlenmesi herşeyden önce akdın taraflarının iradesine, akdi ve tarafları çevreleyen değişik şartlara göre hakimın yorum ve takdirine bağlıdır.

b- Bazı durumlarda akdın kuruluş anı ve yeri arasında uygunluk vardır.

c- Bazı durumlarda ise akdın kuruluş anı ve yeri arasında farklılık bulunur.<sup>162</sup>

#### V- MODERN İLETİŞİM ARAÇLARININ SINIFLANDIRILMASI VE HER NEVİYE BAĞLANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ

Herşeyden önce "modern iletişim araçları" derken, akdın birbirinden uzakta bulunan tarafları arasında haberleşmeyi sağlayan araçların kastedildiği, bir cihazın tarafların veya taraflardan birinin yerine geçmesi durumunun kastedilmediğini belirtmeliyiz.<sup>163</sup> Bir başka anlatımla, burada münhasıran akdın taraflarının maddeten birbirinden uzakta bulunması halinde<sup>164</sup> akde daima gaipler arası akit hükümleri mi uygulanacağı yoksa farklı iletişim araçlarına göre farklı hükümler mi uygulanacağı hususu incelenecektir.

Modern iletişim araçlarının, bunlarla yapılacak akitlere bağlanacak hükümler itibarıyla iki gurup olarak ele alınması uygun olur:

a- Telefon ve bu hükmde sayılması gereken araçlar,

b- Mektup ve bu hükmde sayılması gereken araçlar.

Bu guruplardan herbirinin incelenmesine geçmeden önce iki hususu hatırlatmamızda yarar vardır:

1- Haberleşme araçları ile yapılan akitlerde isbat meseleleri - prensip olarak - bizim incelememiz dışındadır. Buna göre, özellikle telefon ile yapılan

162 Bu konuda bilgi için bk. Senhürî, *Nazariyetü'l-akd*, s. 309-312; Sultân, s. 68; Mahmasânî, II, 67; Ghestin, II, 193-194; Feyzioğlu, I, 76.

163 Bu ayırım ve otomatik cihazların sözleşmelerdeki rolü için bk. (II), (III. A. 1) ve (IV. A. 1) nolu başlıklar.

164 Maddeten aynı mecliste bulunduğu halde icapçının karşısında bulunan muhabata icabı sözle değil de yazılı olarak bildirmesi durumunda, bu şekildeki sözleşmeye hazırlar arası akit hükümlerinin mi yoksa gaipler arası akit hükümlerinin mi uygulanacağı Batı hukukunda tartışılmıştır. bk. Standinger / Coing, *Kommentar zum bürgerliches Gesetzbuch*, Berlin 1957, band I, s. 47; Flume (Werner), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1960, I/1, §: 35, 1,2, zikreden: Tekinay, s. 95, not.15. Bu konuda bazı varsayımlar için bk. Senhürî, *Nazariyetü'l-akd*, s. 289 ve d.n. 3,4. Fıkıh âlimleri de bu şekildeki sözleşmenin caiz olup olmadığını tartışmışlardır. Bu tartışmalardan anlaşıldığına göre, sözkonusu şekli caiz görenler bu sözleşmeye hazırlar arası akit hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatinindedir. bk. Karadâğî, II, 941-949.

sözleşmede sözkonusu olan isbat zorlukları burada ele alınmayacak,<sup>165</sup> incelememiz sadece "akdin kuruluşu" ile sınırlı olacaktır.

2- Haberleşmede iradenin karşı tarafa aktarılması sırasında vukubulan hatalar ve kasden yapılan tezvîrler de borçlar hukukunun ayrı bir meselesidir. Bu konuda irade ile ilgili objektif teori ve sübjektif teorilerin gözden geçirilmesi ve İslâm hukukunun bu konudaki tavrının genişlemesine incelenmesi gerekecektir, ki bu husus araştırma konumuzun dışında kalmaktadır.

#### A- TELEFON VE BU HÜKMDE SAYILMASI GEREKEN ARAÇLAR

Bu araçlarla yapılan akitlerde -arada mekân farklılığı ve uzun mesafe bulunsa bile- icap ve kabulün irtibatı hazırlar arasında olduğu gibi cereyan eder. Kabul beyanını açıklama ile bu beyana muttali olma -bazı ârızî ve kıyas dışı durumlar hariç- aynı anda gerçekleşir. O yüzden bu yolla yapılan akitlere kuruluş anı bakımından hazırlar arası akit hükümlerinin uygulanması gerekir. Çağımızdaki yasalar ve İslâm hukuku araştırmacıları bu hususun kabulünde birleşmektedir.<sup>166</sup>

Telefon ile sözleşme yapmada temel özellik, bu haberleşmenin tarafların birbiriyle aynen hazırlar arası akitte olduğu gibi bizzat akit görüşmesi yapmalarına elverişli kılmasıdır. Böyle bir haberleşmede, akit görüşmelerinin sürdürülmesi, akitten i'raz (vazgeçmeye delâlet eden davranışlar), meclisin dağılması gibi durumları belirlemek zor değildir. İşte bu guruba dahil sayılacak araçların bu özelliğe sahip olması gerekir. Meselâ görüntülü telefonun evleviyetle bu guruba gireceği söylenebilir. Fakat teleks ve hatta fax gibi araçların -mutlak şekilde- bu guruba katılmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Bunun gerekçesini şu sorudan hareketle açıklayabiliriz: Telefon görüşmesi yoluyla akitte, icap yapıldıktan sonra görüşme kesilse ve muhatap hemen icapçıya yeniden telefon açıp kabul beyanında bulunsa akit meydana gelir mi, yoksa telefon görüşmesinin kesilmesiyle icap sakit olur mu?

Batılı hukukçular (İsviçre ve Alman hukuklarında), bu hususta şöyle bir ayırım yapmaktadırlar: Şayet görüşme teknik bir ârıza sebebiyle kesilmişse artık icap sakit sayılır.<sup>167</sup> Fakat icapçı telefonu kasden kapatmışsa, muhataba hemen telefon açarak kabul ettiğini belirtmesi veya başka bir seri haberleşme aracı ile kabul beyanını yollaması halinde akit kurulmuş olur.<sup>168</sup> Dikkat edilmelidir ki, bu ikinci durumda icabın varlığını koruyor sayılmasını savunan görüş, icabın bağlayıcılığı hükmünden hareket etmektedir. Oysa kabul sâdir olmadıkça icaptan rücû edebilme muhayyerliği hükmünden yola çıkılması halinde (ki İslâm hukukunda çoğunluğun görüşü ve hazırlar arası akitte kabul için süre belirlenmemiş icaplar bakımından bizce tercihe şayan olan görüş budur), görüşmenin icapçının kasdî fiili sebebiyle kesilmesi durumunda da icabın sakit olduğuna hükmetmek gerekir. Zaten bu hususun (kasden mi yoksa teknik arıza

165 Telefon ile sözleşmenin isbatında kullanılan bazı yöntemler için bk. Senhûrî, *Nazarîyetü'l-akd*, s. 291 d.n. 1. Son sıralarda teknoloji alanındaki gelişmelerin bu meselenin halinde büyük ölçüde kolaylık sağladığı bilinmektedir.

166 Meselâ bk. el- İbrahim, s. 131.

167 Erman / Westermann, *Hand kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munster / Wstf., 1967, ş: 147, no:6, zikreden: Tekinay, s. 93.

168 Flume (Werner), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, das Rechtsgeschäft*, 1965, ş: 35, 1,2, s. 638, zikreden: Tekinay, s. 93.

sebebiyle mi görüşmenin kesildiğinin) isbatındaki zorluklar bir yana, icapta bulunan kişi kabul için süre vermemiş ve kabulden önce icabından pişmanlık duyarak rüçü etmek istemişse, ona bu hakkı tanımak adalete ve akit hukukunun genel esaslarına daha uygun olur. Binaenaleyh böyle bir durumda muhatap kabulünü hemen telefon açarak veya başka bir yolla kabul beyanını yöneltmiş olsa bile, kabulün önceki sakıt icap üzerine bina edilmemesi gerekir.

Esasen teleks ve benzeri araçlarla yapılan akitte şayet icap ve kabul peşpeşe (arada önemli zaman fasılası olmaksızın) sâdir olmuşsa, bu durumda sözleşmeye hazırlar arası veya gaipler arası hükümlerinin uygulanmasının pratik sonuç açısından önemli bir farkı olmaz. Çünkü hazırlar arası akit hükümleri zaman bakımından uygulanacaktır ve icap ile kabul arasındaki süre oldukça kısadır. Şu halde yukarıda incelenen teorilerden hangisi benimsenirse benimsensin, akitin kuruluş anı hususunda çok farklı sonuca varılamaz. Böyle bir durumda belki en önemli mesele, muhatapın daha seri bir vasıta ile kabulden rüçü beyanını ulaştırması meselesidir ki, bu konuda bu araçların -incelemekte olduğumuz- birinci guruba veya -az sonra inceleyeceğimiz- ikinci guruba dahil sayılması önem taşır.

Bu tür vasıtalara telefon ve benzerlerinin hükümlerini (hazırlar arası akit hükümlerini) bağlamanın önemi daha çok icaptan sonra kabulün hemen gelmemesi durumunda kendini gösterir. Bunların birinci guruba dahil sayılması halinde, yukarıda zikrettiğimiz telefon görüşmesinin kesilmesi olayında olduğu gibi, kabulün açıklanması veya icapçıya varmasından önce herhangi bir sebeple iletişim inkitaya uğramış ise bu durumda icabın sakıt olduğuna hükmedilmesi uygun olacaktır. Halbuki teleks, fax gibi araçlarla yapılan icaplar -genellikle- süratle sonuca ulaşma arzusu taşımakla beraber karşı tarafa yazılı olarak yapılmış, karşılıklı görüşme esasına dayanmayan yani telefona nisbetle karşı tarafa daha fazla düşünme ve hazırlık yapma fırsatı tanımayı -tabii ki bu arada yazılı belgeye dayalı akit yapmayı- hedefleyen icaplardır. O halde kullanılan cihazın arızalanması ve benzeri durumlarda icabın varlığını koruduğunu kabul etmek, arıza olmasa bile -kabul sâdir olmadan önce icaptan rüçü haberi ulaşmadıkça- daha süratli başka bir araçla yapılan kabulü geçerli saymak gerekir.

Teleksin telgraf yahut telefon gibi kabul edilmesi hususunda gerek Batı hukuku yazarları gerekse günümüz İslâm hukuku araştırmacıları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bilindiği üzere, teleksle haberleşme posta servisinin aracılığına ihtiyaç duyurmama açısından telgraftan ayrılmaktadır. Bu sebeple her iki tarafın teleks cihazlarının başında bulunmaları ve kısa süre içinde aralarındaki muhaberenin tamamlanması mümkündür. Bu şekilde olmayıp cihazların yanında başkalarının bulunması suretiyle haberleşmenin gerçekleşmesi durumunda ise teleksin telgraf gibi düşünülmesi gerekeceği ve bu yolla yapılan sözleşmeye gaipler arası akit hükümlerinin uygulanacağı hususunda şüphe yoktur. Şu halde görüş ayrılığının sözkonusu olabileceği durum, akit taraflarının teleks cihazlarının yanında bulunarak icap ve kabul teâtisinde bulunmaları halidir. Batı hukukunda bir görüş bu yolla yapılan sözleşmeye hazırlar arası akit hükümlerinin uygulanamayacağı yönündedir.<sup>169</sup> Diğer bir görüşe göre, şayet muhatap -teknik imkânlar açısından- kabul

169 Engel (Pierre), *Traité des Obligations en Droit Suisse*, Neuchâtel, 1973, zikreden: Tekinay, s. 93-94.

beyanını hemen göndermesine imkân verecek şartlar içinde ise bu tür haberleşmeyi telefon görüşmesi gibi saymak mümkündür.<sup>170</sup> *Viyana Sözleşmesi*'nin 13. maddesinde, bu Konvansiyon'un amacı bakımından "yazılı" deyiminin telgraf ve teleksle gönderilen irade beyanlarını da kapsadığı ifade edilmiş, teleks yazılı iletişim araçlarından sayılmıştır.<sup>171</sup> Günümüz İslâm hukuku araştırmacıları arasında bu konuda iki ayrı görüşün savunulduğu görülmektedir. Meselâ Karadâğî -ki biz de bu görüşe katılıyoruz- teleksi telgraf gibi kabul etmekte,<sup>172</sup> modern iletişim araçları ile yapılan akitleri özel olarak inceleyen el-İbrahim ise haberleşmenin türü bakımından teleks ile telefon arasında bir fark görmemekte ve her ikisine aynı hükmü uygulamaktadır.<sup>173</sup> Öncelikle belirtelim ki yazarın gerçeği yansıtmayan şu sözlerinden konuyla yeterince ilgilenemediği anlaşılmaktadır: "Teleks, icap ve kabulün yazılı bir belge bırakarak teâtisinde en çok kullanılan iletişim araçlarının en yenisidir." Öte yandan, teleks vasıtası ile yapılan sözleşmenin ancak tarafların cihazların yanında bulunarak icap ve kabulü teâti etmeleri halinde telefon görüşmesine benzetilebileceğini, bu durumda dahi hukukçuların çoğunluğunun sözleşmeye hazırlar arası akit hükümlerinin uygulanması fikrine meyiletmediklerini hatırlamak gerekir.

Telefon hattı vasıtasıyla iletişimi sağlayan faks telekse göre daha yeni ve seri ise de, gerek telefon gerekse teleks ve faks aracılığıyla sözleşmeye dair yukarıda geçen tahlillerimiz ışığında bunu -incelemekte olduğumuz- birinci guruba dahil saymanın isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, sadece aynen hazırlar arası akitte olduğu gibi tarafların bizzat ve doğrudan irade beyanı teâtisine imkân veren araçların bu guruba girebileceği kanaatine ulaşılmış bulunuyoruz.

Ayrıca işaret etmeliyiz ki, bu guruba ait hükmün bir sözleşmeye bütünüyle verilebilmesi için icap ve kabulün aynı muharebe içinde ve bu guruptaki araçlarla yapılmış olması gerekir. Meselâ telgrafla yapılan bir icabın kabulü telefonla yapılırsa ve bu kabul beyanı doğrudan icapçı (veya vekili) ile görüşülerek bildirilirse akdin kabule kadarki dönemi için gaipler arası akit hükümleri uygulanır. Kabul ise telefonla yapıldığı için akdin doğum anı bakımından farklılık olmaz. Ancak telefon ile icapta bulunup kabul için belirli bir süre tanındığında şayet kabul daha sonra bildirilirse, bu müteakip guruba giren araçlarla icapta bulunma hükmünü alır.<sup>174</sup>

Son olarak şunu da belirtelim ki, bazı hukukçular akdin kuruluş anını belirleyen teorileri akdin kuruluş yerini belirlerken de uygulamaya eğilimindedirler. Bu sebeple derler ki : Telefonla yapılan sözleşme zaman açısından hazırlar arası akit gibi olmasına rağmen, mekân açısından gerçek niteliği dikkate alınarak gaipler arası akit hükmüne tabi olur. Öğrenme teorisinin benimsenmesi halinde akit icabın sâdir olduğu yerde (ülkede), açıklama teorisinin benimsenmesi halinde ise akit kabulün sâdir olduğu yerde

170 Tekinay, s. 94.

171 Bu konuda bk. Stoffel, s. 60-61.

172 Karadâğî, II, 950-956.

173 el-İbrahim, s. 129, 132.

174 Kısmen muhabere kısmen bizzat tebliğ durumuna dair bazı varsayımlarla birlikte bk. Senhûrî, *Nazarîyetü'l-akd*, s. 289 d.n. 3 ve 4.

(ülkede) meydana gelmiş sayılır.<sup>175</sup> Her ne kadar Senhûrî *Alman Medenî Kanunu*'nun 147. ve *İsviçre Borçlar Kanunu*'nun 4.maddelerine işaret ederek "Bu sebeple, telefonla yapılan sözleşmenin zaman açısından hazırlar arası akit olduğu ifade edilmiştir" demekte ise de,<sup>176</sup> bu kanunlarda "zaman açısından" ibaresinin yer almadığını, aksine bu hükme mutlak biçimde yer verildiğini görüyoruz. Fakat telefon ve benzeri herhangi bir yolla yapılan sözleşmeye zaman açısından hazırlar arası, mekân açısından ise gaipler arası hükümlerin uygulanacağını açıkça belirten kanunlar vardır.<sup>177</sup> *Mısır Medenî Kanunu*'nun (madde 94), hazırlar arası akit hükümlerini vazederken telefonla (veya benzeri herhangi bir yolla) yapılan sözleşme hükümlerine işaret etmekle yetindiğini görüyoruz. *Lübnan Borçlar ve Akitler Kanunu* (madde 185) ise, elastiki bir çözümü benimsemiş, telefon görüşmesi ile yapılan akdin hazırlar arasında yapılan sözleşme mesabesinde olduğu hükmünü koymuştur, ki buna göre akdin kuruluş yeri ya tarafların isteğine göre veya davanın özel şartları dikkate alınarak hakim kararı ile belirlenmiş olacaktır.<sup>178</sup>

Her ne olursa olsun, akdin kuruluş anını belirleyen teorilerin telefonla yapılan sözleşmede akdin kuruluş yerinin belirlenmesi açısından da uygulanmasını isabetli bulmuyoruz. Zira -daha önce gördüğümüz üzere- bu teorilerin üzerine bina edildiği sebeplerin ve ihtimallerin, kabulün açıklanması ile bunu öğrenmenin aynı anda gerçekleşmesi halinde tasavvuru mümkün değildir.

#### B- MEKTUP (ELÇİ) VE BU HÜKÜMDE SAYILMASI GEREKEN ARAÇLAR

Bu guruptaki vasıtalar aracılığıyla yapılan akitler hakkında gaipler arası akit hükümleri geçerlidir.

Mektup, gönderenin el yazısını ve imzasını yahut kendi el yazısı olmaksızın sadece imzasını (suret değil) asıl olarak ihtiva eden bir belge halinde irade beyanını muhatabına ulaştırır. Mektup hükmünde sayılması gereken araçlar ise bu özelliklerin hepsini taşımaz.

Meselâ telgrafın bu guruba dahil sayılması gerektiği açıktır. Birinci gurupla ilgili açıklamalarımız esnasında geçtiği üzere, teleks, fax ve benzeri araçların bazı hallerde telefon gibi düşünülmesi mümkün ise de, nihâî tahlilde bunların bu gurup içinde kabul edilmesi gerekir.

Kaset, disket ve benzeri materyallerin gönderilmesi suretiyle yapılan sözleşmenin de bu gurup içinde düşünülmesi gerektiği açıktır.

Bilgisayar ağı ile yapılan akitlere gelince, bunların uygulama tarzı gözden geçirilerek ayrı ayrı sonuçlara ulaşılabilir. Şayet akdin içeriğine uygun olarak programlanmış bir bilgi-işlem cihazı ile sözleşme gerçekleştiriliyorsa, daha önce sözünü ettiğimiz "cihazın tarafların veya birinin yerini tutması" durumu sözkonusudur. Fakat her iki taraf ekranlarının başında irade beyanı teâtisinde bulunuyorsa, bunu büyük ölçüde telefon muhaberesine benzetmek mümkündür. olmakla beraber, telefonla ilgili açıklamalarımız ışığında bu yolun da -teleks ve faks gibi- bu gurupta mütalaa edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

175 Senhûrî, *Nazariyetü'l-akd*, s. 312.

176 Senhûrî, *Nazariyetü'l-akd*, s. 290 d.n. 3

177 Meselâ *Suriye Medenî Kanunu* madde 35 ve *Ürdün Medenî Kanunu* madde 102.

178 Mahmasânî, II, 67.

## SONUÇ

Modern iletişim araçları ile yapılan akitler konusunu, hazırlar ve gaipler arası sözleşmelerde icap ve kabulün mahiyeti ile bunlar arasındaki irtibatın tahlili ışığında incelemeye çalıştığımız bu araştırmada öncelikle şu husus dikkatimizi çekmiştir: Özellikle borçlar hukukuna ilişkin kavramları inceden inceye ele alma konusunda haklı bir şöhret kazanmış olan Roma hukukunda akdin birbirini takip eden irade beyanları neticesinde kurulması meseleleri bilinmediği ve Batı hukukunda da bunlar ancak 17.yüzyıldan itibaren ele alınmaya başlandığı halde, İslâm hukukçularınca bu meselelerin erken dönemlerden itibaren büyük bir dikkatle incelenmiş olması, akitler konusunda Roma hukukuna ve onu izleyen hukukî düşünceye “şekilcilik”in hakim olmasına karşın İslâm hukukuna “rızaîlik ilkesi”nin hakim olduğunun açık bir delili sayılabilir.

Diğer taraftan, fıkıh kitaplarında hazırlar arası akdin kuruluşu çok ayrıntılı bir biçimde işlendiği halde gaipler arası akdin kuruluşunun o dönemin şartları ve ihtiyaçları ile sınırlı olarak özellikle “kitâbe” ve risâle” alt başlıklarında sadece ana hatları ile ele alındığı dikkate alınarak, buralardaki görüşlerin yeni şartlara ve ihtiyaçlara göre gözden geçirilmesinin uygun olacağını kabul etmek gerekir. Zaten, akdin kuruluşuna dair hükümlerin nasslarla düzenlenmiş olmayıp fikhî tahlil ve değerlendirmeler sonucunda yani tarafların rızalarının hangi yönde olduğunu belirleme çabası üzerine temellenen re’y icthadı ile tesbit edildiği gözönüne alınırsa, bu konuda fıkıh kitaplarında yer alan hükümlerin büyük çoğunluğunun “emredici hüküm” olmayıp “ihtiyatî (yedek) hüküm” veya “yorumlayıcı hüküm” olduğu ortaya çıkar. Şu halde akdin in’ikadı ile ilgili meselelerin hükümlerini (özellikle akdin in’ikad zamanını ve mekânını) bizzat taraflar belirleyebilirler. Hatta bu, nizâ ve ihtilâf ihtimalini azaltması açısından İslâm hukukunun ilkelerine daha uygundur. Binaenaleyh aşağıda zikredilecek hüküm ve sonuçlar, “taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça” kaydı ile birlikte mütalaa edilmelidir.

Fakihlerin icthada bırakılmış olan akdin in’ikadı meselelerini ele alıp çözüme bağlarken çoğu zaman, -hangi çözümde daha iyi uygulanmış sayılacağına görüş ayrılıkları bulunsa bile- şu iki prensibin gözetilmesi gereği üzerinde birleştikleri görülmektedir: a) Karşılıklı rıza ve böylece haksız kazançtan sakınma (“terâdî”), b) Tarafların ihtiyacını karşılama ve yararını sağlama (“tahkîk’ul-maslaha”). Hatta fikhî kavramlara çok önem vermelerinden ötürü oldukça maddî teoriler (özellikle “meclis birliği” teorisi) geliştiren fakihlerin bile, bu konudaki çabalarını icap ve kabul irtibatını araştırma ve “terâdî”nin varlığından emin olma uğruna ortaya koymuş buldukları söylenebilir. Mesâlih prensibine önem verdikleri de, sıkı kuralcılık yapmanın hükümlerin gayesine ters düşeceğini belirtip “sıkıntıyı gidermek üzere” ve “kolaylık sağlamak için” gibi ifadelerle destekledikleri maksada uygun çözümlere ulaşma çabalarında açıkça görülmektedir. Bu prensiplerin somut olaylara uygulanması esnasında -nasslarla çatışmadığı sürece- örf ve âdetin belirleyici bir role sahip olduğunu da gözardı etmemek gerekir.

Bu tesbitin ışığında, icthadî ve özellikle örfe ve toplumsal şartlara bağlı mesâlih’in önemli rolü haiz olduğu meselelerde dünyadaki gelişmelerin ve tecrübelerin, özellikle ticarî yönü olan meselelerde milletlerarası düzenleme birliği ihtiyacının gözönünde bulundurulmasının da İslâm hukukunun ilke ve



metodlarının icaplarından olduğu söylenebilir. (Nitekim birçok İslâm hukuku araştırmacısının akdin kuruluş anını belirleyen teorilerden birini tercih ederken bu hususa işaret ettiğini görmüş bulunuyoruz). Burada, konumuzla ilgili düzenleme birliğine duyulan ihtiyacı açık biçimde gösteren iki delile değinmekle yetineceğiz: a) *Suriye Medenî Kanunu'nun Mısır Medenî Kanunu'ndan nadir olarak ayrıldığı* noktalardan biri "açıklama teorisi" nin benimsenmiş olmasıdır, ki bunun sebebi iki ülke arasındaki sıkı ticari ilişkilerden hareketle *Lübnan Borçlar ve Akitler Kanunu'nun* esas alınmasıdır. b) Yıllardır süregelen çalışmalar sonunda imzalanan 11 Nisan 1980 tarihli "Uluslararası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi"nin çok sayıda ülke, özellikle dünya ticaretinin büyük kısmını ellerinde tutan ülkeler tarafından kabul edilmiş olması, bunun yakın gelecekte tüm uluslararası menkul mal satışlarını yeknesak bir kanun olarak idare edeceğini göstermektedir. (Bu arada hatırlatalım ki, bu sözleşmeyi onaylayan ülkeler arasında Mısır, Suriye ve Irak da bulunmaktadır.)

Araştırma konumuzun esasına ilişkin sonuçların belirlenmesinde etkili olan bu genel tesbitlerden sonra, ulaştığımız sonuçları şöyle özetleyebiliriz:

1- Birbirinden uzakta olan kişilerin akit yapmalarının cevazı yani aynı yerde bulunmaları şartının aranmaması hususunda fakihler arasında icmâya yakın bir fikirbirliği bulunduğunu gördük. Esasen kitâbe (yazışma) ve risâle (elçi yollama) metodları ile haberleşme üzerine akitlerden daha önemli hükümler bina edilmesi Kur'an-ı Kerim ve Hz.Peygamber'in Sünnet'i tarafından onaylanmış olduğundan, bu yolla akit yapmanın cevazı geniş tartışmayı gerektirecek bir konu sayılmaz. Günümüzde modern iletişim araçları ile yapılan akitlerde de mahiyet farklılığı bulunmadığından sonuç farklılığının olmayacağı açıktır. Nitekim 1921 yılında Mecelle Tadil Komisyonu'nun telefon ve telgraf ile akdin sıhhatine dair madde eklenmesini kararlaştırmış olduğu görülmektedir.

2- İcabın gerek hazırlar arası gerekse gaipler arası akitte "yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı" olduğu hükmünün tercihe şayan olduğu sonucuna ulaştık. Buna göre icap sıfı açıklanmakla tamam olmaz, karşı tarafa yöneltilmesi gerekir. Bir başka deyişle, icaba sonuç bağlanabilmesi için icapçının icabının tebliğine ilişkin iradesini de, yani tebliğe rıza gösterdiğini de açıklaması gerekir. (Şafîî fıkıh eserlerindeki karşı görüşü yerinde değindik)

Aynı şekilde icabın kamuya yöneltilmesinin geçerli olduğu ve buna hukukî sonuç bağlanacağı görüşünü üstün bulduğumuzu açıkladık.

"İcap" ve "icaba davet" kavramları arasındaki farklılığa işaret ettikten sonra, bağlanma iradesini yani karşı tarafın kabul beyanında bulunması halinde kendisinin bununla bağlı kalmak istediğini - tereddüde mahal bırakmayacak şekilde - gösteren irade beyanının, hangi yolla (şahsen, ilân yoluyla, iletişim araçlarıyla, otomatik cihazlarla) yapılmış olursa olsun icap sayılması gerektiğini belirttik.

Bu çerçevede, otomatik cihazlarla yapılan akitlerde, cihazın taraflardan birinin (veya şartlar elverdiğinde her ikisinin) yerine kaim olabileceğini ifade ettik.

Normal durumlarda kabul anına kadar icaptan rücû edilebileceği (icabın geri alınabileceği) - ki fıkıh kitaplarındaki hakim görüş budur - , fakat icaptan

rücûnun hüküm ifade edebilmesi için bunun karşı tarafça bilinmesinin şart koşulmasının (Hanefi fıkıh kitaplarındaki ifadelerin aksine) İslâm hukukunun ilkelerine daha uygun olacağı; diğer taraftan, muhataba varmış olan icabın, hale veya muamelenin tabiatına göre karşı tarafa kabul için süre tanındığı anlaşılıyorsa, özellikle açık biçimde belirli bir kabul süresi verilmişse, bu süre içinde icapçıyı bağlayıcı sayılmasının İslâm hukukunun borçlar alanındaki anlayış ve ilkelerine daha uygun olduğu kanaatine ulaştığımızdan bu hususta Malikîlerin çoğunluğuna ait görüşü tercihe şayan bulduğumuzu açıkladık.

3- İslâm hukukunda kabul muhayyerliğinin esas olduğunu belirttikten sonra, "zımnî kabul" olarak nitelenebilecek durumların kabul mecburiyeti olarak düşünülmemesi gerektiğine işaret ettik.

Kabulün yapılabilme zamanının, yazışma ve elçi yolla ma metodları ile sınırlı düşünülduğünde, icap haberinin ulaştığı meclis ile sınırlı olduğunu gördük. Ancak günümüz şartları içinde gaipler arası akit eski usullerden farklı bir şekilde gerçekleştiği için, icabın belirli bir süre bağlayıcılığı görüşünün ışığında, muhatabın bu süre doluncaya kadar herhangi bir zamanda kabul beyanında bulunabileceği ve günümüz ihtiyaçlarının ancak bu çözüm ile karşılanabileceği kanaatine ulaştık. Bu görüş esas alındığında muhatabın, icapçıya bildirmedeği ret tavrının icabı hükümsüz hale getirmeyeceği çözümünü tercihe şayan bulduk.

Teorik olarak, akdın kuruluş anına kadar kabulden rücûnun mümkün olduğunu, ancak pratikte, akdın sırf kabulün açıklanmasıyla kurulacağı görüşünün benimsenmesi halinde bu rücûya imkân kalmayacağını belirttik.

4- İcap ile kabul arasındaki irtibatın gerek hazırlar arası gerekse gaipler arası akitte hakiki değil itibarî olduğunu, akit meclisinin ise hazırlar arası akitte maddi (mekâna bağlı), gaipler arası akitte hükmi olduğunu gördük. Fakat maddi bakışın bu konudaki amacı ihlâl edecek ölçüde aşırı noktaya götürülmemesi gerektiğine (Senhurî'nin açıklamaları ışığında) işaret ettik.

Bu irtibatın varlığını onaylayabilme açısından kabul anına kadar icabın varlığını koruyor olması önem taşıdığı için, icabı iskat eden (düşüren) durumlara kısaca temas ettik.

5- Araştırmamızın en geniş ve en önemli konusunu teşkil eden "gaipler arası akitte akdın kuruluş anı" başlığı altında, bu konudaki teorileri, pozitif hukuk düzenlemelerini, klâsik fıkıh kitaplarındaki durumu ve çağdaş İslâm hukuku araştırmacılarından bazılarının görüşlerini özetledik. Bu görüşlerin ve sözkonusu teorilerin eleştirisini yaptıktan sonra tercihimizi belirttik. Buna göre:

Sözkonusu araştırmacıardan konuyu özel olarak ele alan Karadâğî, Düreynî ve el-İbrahim'in, genellikle eski kaynaklara dayanmış olmaları ve konuyu etraflı bir biçimde inceleme fırsatı bulamamaları sebebiyle olmalı ki, çağdaş hukukî eğilimlerin hangi yönde olduğu hususunda doğru olmayan bilgi verdiklerini; gerek bu yazarların gerekse - bu konuda yeni bir teori teklif edecek derecede konuyu genişlemesine ele alan - Süvâr'ın, sadece açıklama ve öğrenme teorileri üzerinde durduklarını gördük.

Sözkonusu araştırmacıların (özellikle Karadâğî, el-İbrahim ve Süvâr) şu yanılının içine düştüklerini tesbit ettik: Açıklama teorisi dışında bir teorinin benimsenmesi, zorunlu olarak, icapçıya akdın kuruluş anına kadar icaptan

rücû yetkisi verir. Sonra bu yazarların tercihlerinde etkili olan bu düşüncenin isabetli olmadığını ortaya koyduk: Bu teorilerin birinci derecede düzenlemek istediği konunun icabın değil kabul beyanının bağlayıcılık vasfını kazanması ve dolayısıyla akdin kuruluş anı ile ilgili olduğunu, icabın bağlayıcı olup olmamasının ise açıklama teorisi dışındaki teorilerde herhangi bir şekilde düzenlenebileceğini, yani -nazarî olarak- bu teorilere göre icaptan rücû hakkının akdin kurulacağı ana kadar uzatılabileceğini, ancak icabın bağlayıcı olmadığına hükmeden hukuklarda dahi -pratikte- bu hakkın kabulün açıklanması veya gönderilmesi anı ile sınırlama eğiliminin bulunduğunu gösterdik. İslâm hukukunda ise, icaptan rücû hakkının -"hıyâru'l-meclis" hükmünü kabul edenlere göre dahi- kabul anı ve en geç kabulün açıklandığı meclisin dağılma anı ile sınırlı olduğunu açıkladık. Bu sebebe ve taşıdığı diğer bazı zaaf noktalarına da işaret ederek, Süvâr'ın "hıyâru't-tarîk" (yol muhayyerliği) teorisinin tercihe şayan olmadığı kanaatine ulaştığımızı belirttik.

Bu konudaki teorileri ayrı ayrı inceledikten sonra, konunun değişik düzenlemelere açık bir özellikte olduğunu inkâr etmeksizin günümüz şartlarında İslâm hukuku ilkelerine göre "varma teorisi" nin tercihe daha elverişli olduğu sonucuna ulaştık. Buna göre, akit, kabul beyanının icapçıya ulaşmasıyla in'ikad etmiş olacaktır.

6- Modern iletişim araçlarının: a) Telefon ve bu hükümde sayılması gerekenler, b) Mektup ve bu hükümde sayılması gerekenler şeklinde iki ana gurupta toplanabileceğini belirttikten sonra, birinci guruptakiler vasıtasıyla yapılan akitlere -zaman bakımından- hazırlar arası akit hükümlerinin, ikinci guruptakilerle yapılanlara ise gaip arası akit hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade ettik. Bu arada, birinci guruptakilerle yapılan sözleşmenin bazı özelliklerine ve ortaya çıkardığı bir kısım meselelere işaret ederek, mesalâ görüntülü telefon gibi âletlerin bu guruba rahatlıkla katılabilmesine karşın, telex ve fax gibi âletlerle haberleşmeyi prensip olarak ikinci gurupta mütalaa etmenin daha uygun olacağını açıkladık (sadece tarafların karşılıklı olarak iki cihazın başında bulunarak haberleşmelerine hazırlar arası akit hükümlerinin uygulanabileceğini, ancak böyle durumların pratik sonuçlarının oldukça sınırlı olduğunu belirttik). Bu tesbitler ışığında, bilgisayar vasıtasıyla sözleşmeye de -prensip olarak- gaip arası akit hükümlerinin uygulanmasının isabetli olacağına değindik.

### BİBLİYOGRAFYA

- Abdüttevâb, Muavviz, *Müdevvenetü'l-kanun el-medenî*, Kahire 1987.
- Adevî, *Hâşiyetü'l-adevî alâ'l-buraşî*, Beyrut, t.s. (Dâr'u sâdir yayını, ofset).
- Ali Haydar, *Düreru'l-bukkâm şerb'u mecelleti'l-abkâm*, İstanbul 1313 H.
- Bâbertî, Muhammed b.Mahmud, *Şerbu'l-inâye alâ'l-bidâye*, Beyrut, t.s. (Dâr'u ihyâ't-türâs'il-arabî yayını, ofset).
- Büceyrimî, Süleyman b.Muhammed, *Büceyrimî alâ'l-Hatîb*, Beyrut 1398/1978 (ofset).
- Bühûtî, Mansûr b.Yunus, *Şerb'u müntehâ'l-irâdât*, Beyrut, t.s.
- \_\_\_\_\_, *Keşşâfü'l-kinâ' an metni'l-iknâ'*, Beyrut 1402/1982, (*Keşşâfü'l-kinâ'*).

- Cemîlî, Halid Reşîd, *el-Cuâle ve abkâmuhâ fi's-şerîati'l-islâmîyye ve'l-kanûn/Nazariyetü'l-va'd bi'l-mükâfee*, Beyrut 1406/1986.
- Çelebî, Sa'dî, *Hâşiye alâ'l-bidâye ve alâ şerhibî el-mâye*, Beyrut, t.s. (Dâr'u ihyâi't-türâs el-arabî yayını, ofset).
- Desûkî Muhammed b. Ahmed b. Arafe, *Hâşişetü'd-desûkî alâ's-şerbi'l-kebîr li'd-derdîr*, y.y., t.s. (Dâr'ul-fikr yayını).
- Düreynî, es-Seyyid Neş'et İbrahim, *et-Terâdî fî ukûdi'l-mubâdelât el-mâliyye*, Cidde 1402/1982.
- Ebû Zehra, Muhammed, *el-Abvâl eş-şahsiyye*, Kahire, t.s. (Dâr'ul-fikr'il-arabî yayını).
- Erdem, Ercüment "Uluslararası mal satışlarında 11 Nisan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin uygulama alanı", *İstanbul Barosu Dergisi*, yıl 54, sayı 1, Ocak 1989, s. 90-107.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku/Genel Hükümler*, I.cilt, Ankara 1985.
- Feyzioğlu, Necmeddin, *Borçlar Hukuku/Genel Hükümler*, I.cilt, İstanbul 1976.
- Ghestin, Jacques, *Traité de Droit civil/Les Obligations - le Contrat*, II. tome, Paris 1980.
- Haffif, Ali, *Abkâmu'l-muâmelât eş-şer'iyye*, yy.y. t.s. (Dâru'l-fikri'l-arabî yayını, 3.baskı).
- Hamidullah, Muhammed, *Mecmûatü'l-vesâik es-siyâsiyye li'l-abdi'n-nebevî ve'l-bilâfeti'r-râşide*, Beyrut 1405/1985.
- Hattâb, Ebû Abdillâh, *Mevâhibü'l-celîl şerb'u muhtasar'ı Halîl*, 1398/1978, y.y. (ofset)
- Huraşî, Abdullâh, *Şerb'u muhtasar'ı sîdî Halîl*, Beyrut, t.s. (Dâr'u Sâdır yayını, ofset).
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn, *Hâşiyet'ü reddi'l-muhtâr alâ'd-dürri'l-muhtâr*, Mısır 1386/1966, (*Reddü'l-muhtâr*).
- , *Hâşiyet'ü minbatî'l-hâlik alâ'l-babri'r-râik*, Beyrut, t.s. (Dâru'l-marife yayını, ofset), (*Minbatü'l-hâlik*).
- İbn Hümâm, Kemalüddîn, *Feth'ul-kadir şerbu'l-bidâye*, Beyrut, t.s. (Dâr'u ihyâi't-türâsî'l-arabî yayını, ofset).
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn, *el-Muğnî*, Beyrut 1403/1983 (ofset).
- İbn Nüceym, Zeynüddîn, *el-Babru'r-râik şerb'u kenzi'd-dekâik*, Beyrut t.s. (Dâru'l-marife yayını, ofset).
- el-İbrahim, Muhammed Akle, "Hukum'ü icrâi'l-ukûd bi vesâilî'l-ittisâl el-hadîse/el-hâtif, el-bark, et-teleks fî dav'i's-şeriâ ve'l-kanûn", *Mecelletü's-şeriâ ve'd-dirâsât el-islâmîyye*, Kuveyt Üniversitesi İslâm Hukuku ve İslâm Araştırmaları Fakültesi yayını, yıl: 3 sayı: 5 Şevvâl 1406/Temmuz 1986.

- Karadâgî, Ali Muhyiddin, *Mebdeü'r-ridâ fî'l-ukûd/Dirâse mukaarane fî'l-fikbi'l-islâmî ve'l-kanûni'l-medenî*, Beyrut 1406/1985.
- Karâfî, Şihâbüddîn, *Envâru'l-bürük fî envâi'l-furûk*, Beyrut, t.s. (Dâru'l-ma'rife yayını, ofset).
- Kâsânî, Alâuddîn, *Bedâyiu's-sanâyi' fî tertîbi's-şerâyi'*, Beyrut 1394/1974 (ofset).
- Mahmasânî, Subhî, *en-Nazariyye el-âmmе li'l-mûcebât ve'l-ukûd fî's-şeriatî'l-islâmîyye*, Beyrut 1948.
- Mergînânî, Burhânuddîn, *el-Hidâye şerbu' bidâyeti'l-mübtedî*, Beyrut, t.s. (Dâr'u ihyâi't-türâsi'l-arabî yayını, ofset).
- Monier, R., *Petit Vocabulaire de Droit Romain*, Paris 1942.
- Musa, Muhammed Yusuf, *el-Emvâl ve nazariyetü'l-akd fî'l-fikhi'l-islâmî*, y.y., 1987 (Dâru'l-fikri'l-arabî yayını).
- Nevevî, Ebu Zekeriyya Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmû' şerbu'l-mübezzeb*, y.y., t.s. (Dâru'l-fikr yayını, ofset).
- Rado, Türkân, *Roma Hukuku Dersleri/Borçlar Hukuku*, İstanbul 1969.
- Schwarz, Adreas B., *Borçlar Hukuku Dersleri*, I. cilt, çev. Bülent Davran, İstanbul 1948.
- Senhûrî, Abdürrezzak, *el-Vasît fî şerbi'l-Kanuni'l-medenî el-cedîd*, Beyrut, t.s. (Dâr'u ihyâi't-türâs el-arabî yayını), (*Vasît*).
- \_\_\_\_\_, *Masâdiru'l-bak fî'l-fikhi'l-islâmî/Dirâse mukarane bi'l-fikhi'l-ğarbî*, Kahire 1967, (*Masâdiru'l-bak*).
- \_\_\_\_\_, *Nazariyetü'l-akd*, Beyrut, (el-Mecmau'l-ilmî el-arabî el-islâmî yayını. Esas baskı: Dâru'l-kütübî'l-mısıryye matbaası, 1353/1934.)
- Stoffel, W.A. "Formation du Contrat", *Convention de Vienne de 1980 sur la Vente Internationale de Marchandises*, Colleague de Lausaune des 19 et 20 Novembre 1984, Zürich 1985.
- Sultân, Enver, *Masâdiru'l-iltizâm fî'l-kanûn el-medenî el-ürdüni/Dirâse mukaarane bi'l-fikhi'l-islâmî*, Amman 1987.
- Süvâr, Vahîdüddîn, *eş-Şekl fî'l-fikhi'l-islâmî*, (Suudî Arabistan "Ma'hedü'l-idâre el-âmmе" yayını) y.y., 1405/1985.
- \_\_\_\_\_, *et-Ta'bîr ani'l-irâde fî'l-fikhi'l-islâmî/Dirâse mukaarane bi'l-fikhi'l-ğarbî*, Cezayir 1979, (*Ta'bîr*).
- Şelebî, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fî't-ta'rîf bi'l-fikhi'l-islâmî ve kavâidü'l-milkiyye ve'l-ukûd fîh*, Beyrut 1403/1983.
- Tekinay, Selâhattin, *Sulhi Borçlar Hukuku /Genel Hükümler*, İstanbul 1972.
- Tercier, Pierre, *Les Contrats Spéciaux*, Zurich 1995.
- Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku /Genel Hükümler*, İstanbul 1972.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, I.cilt, İstanbul 1994.

62 / İ. Kâfi DÖNMEZ

Zühaylî, Vehbe, *el-Ukûdü'l-müsemmât fî kanûni'l-muâmelât el-medeniyye el-imârâtî ve'l-kanûn el-medenî el-ürdüni*, Dımaşk 1407/1987.