

Belgeler/Notlar

SATIM SÖZLEŞMESİNDE GÖRME MUHAYYERLİĞİ / AKD-İ BEY'DE HİYÂR-I RÜ'YET

Ebül'ulâ Mardin,* haz. Selman Küçüksucu**

Ebül'ulâ Mardin'in aşağıda çeviriyazısını takdim edeceğimiz "Akd-i Bey'de Hiyâr-ı Rü'yet" isimli makalesine¹ geçmeden önce muhayyerlik hakkında kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır. Muhayyerlik, özellikle satım sözleşmelerinde taraflardan birinin veya her ikisinin akdi onama yahut feshetme hakkına sahip olması anlamına gelen bir fıkıh terimidir. Muhayyerlik, klasik fıkıh doktrininde çeşitli açılardan ele alınmaktadır. Bunlar arasında şart, tayin, nakit, ayıp, görme, meclis muhayyerlikleri gibi çeşitleri zikretmek mümkündür. Çalışmamızın ana konusunu teşkil eden görme muhayyerliği ise fıkıh literatüründe "hiyâr-u'r-rü'ye" olarak isimlendirilen bir muhayyerlik çeşididir. Görme muhayyerliği müşterinin görmeden satın aldığı bir malı gördüğü zaman akdi feshetme hakkına sahip olması olarak tanımlanmaktadır. Bir şeyi görmeden satın almak rızaya zarar veren bir durum olduğundan dolayı malı satın alan kimsenin tam bir rızaya sahip olduğunu göstermek adına böyle bir hakka sahip olduğu belirtilmektedir. Görme muhayyerliği karşılıklı bedel esasına dayanan, feshe elverişli ve bağlayıcı nitelikteki akitler hakkında söz konusu olabilir. Ayrıca malın önceden görülmüş

Geliş/Received: 07.02.2022 * Kabul/Accepted: 25.04.2022.

* Mardinizâde Ebül'ulâ, Hukuk Fakültesi *hukuk-ı medeniye* muallimi.

** Doktora öğrencisi, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Ana Bilim Dalı.

¹ Mardinizâde Ebül'ulâ, "Hukuk-ı Medeniye Tedkikâtı: Akd-i Bey'de Hiyâr-ı Rü'yet", *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sy. 3, Temmuz 1332 [1916], s. 303-314. Bu çalışma, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukuk Metinleri" dersinde hazırladığımız ödevin gözden geçirilmiş halidir.

olması muhayyerlik hakkını kaldırdığı gibi aradan malı müşteri açısından malum olmaktan çıkaracak bir sürenin geçmesi halinde muhayyerlik hakkı doğmaktadır.²

Görme muhayyerliği Hanefi, Maliki ve Hanbeli mezhepleri tarafından meşru bir hak olarak değerlendirilirken, Şafii fakihler akit meclisinde hazır olmayan bir malın satımını caiz görmediği için görme muhayyerliğini kabul etmemişlerdir.³ Görme muhayyerliğini meşru gören fakihlerin temel dayanağı Hz. Peygamber'den rivayet edilen hadistir. Sahabe arasında cereyan eden bir uygulama üzerine Hz. Peygamber "kim görmediği bir şeyi satın alırsa onu görene kadar muhayyerdir" buyurmuştur. Fıkıh tarihi boyunca kaleme alınan bütün fıkıh eserlerinde yer alan muhayyerlik hakları, aynı şekilde fetva eserlerinde de gündeme gelmeye devam eden bir hak çeşididir.⁴

Darülfünûn Hukuk Fakültesi hocalarından olan Ebül'ulâ Mardin, fakültenin dergisi olan *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*'nda muhayyerlik hakkına dair birkaç yazı kaleme almıştır. Muhayyerlik hakkının çeşitlerinin tanıtıldığı bu yazılarda şart, görme, vasıf ve nakit muhayyerliklerini fıkıh doktrini çerçevesinde açıklamaktadır. "Akd-i Bey'de Hiyâr-ı Rü'yet" isimli makalesinde görme muhayyerliğini; mahiyeti, şartları, hangi mallar üzerinde gerçekleştiği, çeşitleri, onu sona erdiren sebepler ve görme muhayyerliği hakkında bazı önemli hususları ele alarak incelemekte ve görme muhayyerliği hakkındaki klasik birikimi veciz bir şekilde özetlemektedir.

Ebül'ulâ Mardin, birkaç yıl önce *Kelime-i Tayyibe* isimli mecmuasının 18 Ağustos 1912 tarihli sayısında "İmtihan Hazırlıkları" başlığı altında görme muhayyerliğine dair bir yazı kaleme almıştı.⁵ "İmtihan Hazırlıkları" dizisinin, hukuk öğrencilerinin sınavlarda başarılı sonuçlar elde etmek amacıyla çalışabileceği, anlaşılır ve kolay öğrenilebilir metinler oluşturmak için yazıldığını mecmuanın ilk sayısında kendisi bildirmektedir.⁶ Söz konusu metin, bazı kelime ve cümle düzeltmeleri hariç bu çalışmaya konu olan makale ile birebir aynıdır. Başka bir deyişle Ebül'ulâ Mardin, fakülte'deki *medeni hukuk* derslerine hazırlık amacıyla yazdığı metni, dört yıl sonra, *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*'nda küçük değişiklikler yaparak tekrar yayımlamıştır.

² Ebu'l-Hasan Burhaneddin el-Fergânî el-Merğînânî, *el-Hidâye şerhu bidâyeti'l-mübtedî*, Beyrut, Dâru İhyâi't-türâsi'l-arabî, t.y., c.3, s. 84.

³ Hacı Yunus Apaydın, "Muhayyerlik", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, TDV Yay., 2020, XXXI, 25-30.

⁴ Ebu'l-Fazl b. Mevdûd el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-muhtâr*, Kahire, Matbaatu'l-Halebî, t.y., II, 15.

⁵ "İmtihan Hazırlıkları VI: Akd-i Bey'de Hiyâr-ı Rü'yet", *Kelime-i Tayyibe*, sy. 8, 16 Ramazan 1330/16 Ağustos 1328, s. 246-256.

⁶ "İmtihan Hazırlıkları I: Akd-i Bey'de Hiyâr-ı Şart", *Kelime-i Tayyibe*, sy. 1, 2 Cumâde'l-ahir 1330/5 Nisan 1328, s. 26-29.

*

Akd-i Bey'de Hiyâr-ı Rü'yet

Görülmezsizin satın alınan aynın rü'yetinde akdin fesih veya tenfizi suretiyle müşteriye sâbit olan muhayyerliğe ıtlak olunur ki müsebbibin sebebe izâfeti kabilinden olur. Mamafih meşrûnun şartta izâfeti sûretinde de telakki olunabilir ki bundan da rü'yet ile meşrût, rü'yete muallak gibi bir mana anlaşılır.

Müsebbib sebepten, meşrût şarttan evvel olamaz iken burada hakk-ı feshin rü'yetten evvel de meşhûd olması keyfiyetine gelince; bu salâhiyeti hiyâr-ı rü'yetten müstefâd farz etmek doğru değildir. Meselenin şu safhasında görülen fesih iktidarı hiyârın sübûtundan değil akdin adem-i tamâmiyyetindedir. Görülmezsizin alınan şeylere taalluk eden rızada şüphesiz ki hâle vardır. Lüzûm ise tamâm-ı rızâyı ifade eder. Tamâm-ı rızâda maksûd evsâfı bilmekle husûle gelir. Halbuki kable'r-rü'ye bu bilgiyi elde etmek mümkün olur mu, görmediği bir şey müşterinin hakkıyla malumu olabilir mi? Demek ki böyle bir akit tabiatıyla lüzûmdan âridir. Binâberin hakk-ı feshin menşei hiyâr değil, şekl-i akiddir. Tabir-i ilmîsiyle görülmezsizin alınan şeylere taalluk eden akit münberim yani muhkem değildir. Bir akd-i fasit gibi müşrif-i feshdir.

Hiyâr-ı rü'yetten ayrı bir şey olduğu şu tafsilât ile tavazzuh eden kable'r-rü'ye salâhiyet-i feshin mâhiyet-i meşrûhasını mesâil-i âtiye de te'yit eder:

1. Rızâ-yı sarîh bu hakkı bertaraf edemez. Halbuki hiyâr-ı rü'yeti ıskât eder.
2. Feshi kabul eden ve gayrın hakkı taalluk etmeyen akitlerin kable'r-rü'ye tahakkuku, ba'de'r-rü'ye sübut-ı hakk-ı feshe mâni değildir. Halbuki ba'de'r-rü'ye bu kabîl ukûdâtı icrâ hiyârı muskittir.

Hiyâr-ı rü'yeti yalnız akd-i bey'de değil, feshi kabul eden ve kendisinde lüzum bulunan herhangi bir akitle elde edilen aynın rü'yetinde görürüz. Meselâ:

1. İcâre.
2. Kısmet (küyemiyâtın veya misliyyâta ecnâs-ı muhtelifenin taksimi).
3. Mal davasından ayn üzerine sulh gibi akidlerin neticesinde de temellük olunan aynda mütemellik için böyle bir hak tecelli ediyor.

Fakat kâbil-i fesh olmayan veya olup da esasen gayr-ı lâzım telakki olunan akidlerle elde edilen aynların rü'yetinde böyle bir muhayyerlik meşhûd olmuyor. Meselâ:

1. Kadının görmediği bir ayn, mehir mukabilinde nefsinin tezvîci sûretiyle nikâh.⁷

⁷ Nikâhın kâbil-i fesh olup olmaması bir meseledir. Adem-i kefâetin, ıtkın, bulûğun nikahta müvellid-i fesh olduğunu görüyoruz. Vâkıâ buna karşı akdin adem-i tamâmiyeti ileri sürülüyor, nikahtan imtinâ telakki olunuyor. Fakat riddet ile yekdiğeri temellükteki infisahı müdafaa müşkildir.

2. Zevcenin verdiği ayn üzerine muhâlaa.
3. Kısastan ayn üzerine sulh gibi kâbil-i fesh olmayan akidlerle veya esasen lüzûmdan mahrum yani daima feshe maruz ukûd-ı fâside ile elde edilen aynlara karşı ve keza deyn üzerine sulh gibi zimmette sâbit evsâfa tesir bırakan akitler –nitekim müslemün-fihde deyn menzilesinde telakki olunduğu için rü'yetinde böyle bir muhayyerlik sâbit olmuyor-. Ve keza nukûd ve muayyen olan mekîlât ve mevzûnâtta böyle bir muhayyerlik tabiatıyla mevzubahis olamaz.

Bâyi için sattığı mebî'den dolayı hiyâr-ı rü'yet yoktur. Bâyi'in malını görmemiş olması vâris veya mûsa-leh olmak gibi hallerde mutasavverdir. (Nitekim bâyi için hiyâr-ı vasf da yoktur).

Bey-i mukâyezada bâyi'de görülen muhayyerlik müşteri bulunmak haysiyetiyledir. Zira bu bey'de âkideynden her biri kendisi için hâsıl-ı garaz itibarıyla müşteridir. Nitekim ayn ve deyn mukabilinde malını satanın aynı rü'yeti üzerine tevessül edeceği fesihten deyne tekabül eden kısım müteessir olmaz. Burada ayndan maksat nukûd kabilinden olmayan ayndır. Zira nukûd kabilinden olan aynlarda -semenden dolayı bâyi'de muhayyerlik olmamasına göre- müşteri addı sûretiyle sübût-ı hiyâra imkan yoktur.

[Hiyâr-ı Rü'yetin Şartları/Tahakkuku]

Hiyâr-ı rü'yet kuyûd-ı âtiyenin tahakkukuyla vücûd bulur:

1. Teemmül-i müfide mukârin rü'yetin adem-i mesbûkiyeti: Zira alıcı gözüyle yani şîrâ kasdıyla gördükten sonra o mal olduğunu bilerek satın alan hiyâr-ı rü'yetten istifade edemez. Bunun müstesnâsı: Böyle bir görüşten sonra vekilinin şîrâsıdır. Hukuk-ı akitten bulunduğu cihetle bu muhayyerlik vekile re'sen sâbittir. Mamafih adem-i mesbûkiyet kaydı mutlak değildir. Mesbûkiyet halinde de hiyâr-ı rü'yete kayd-ı âtinin tahakkuku şartıyla tevessül olduğu vardır.
2. Mesbûkan mer'î bulunduğu adem-i ittîlâ': Yani görmüş fakat gördüğü şey olduğunu bilmeyerek almış. Mesela vaktiyle gördüğü elbiseyi bohça içinde mestûran satın almış. Böyle bir hadisede tekaddüm eden rü'yet delil-i rıza olamayacağından adem-i ittîlâ' dolayısıyla ba'de'r-rü'ye hiyârı kabul zaruridir. Burada üç şekil vârid-i hatırdır: a. Alıcı gözüyle gördüğünü bilerek almak, b. Bilmeyerek almak, c. Alıcı gözüyle değil, şöylece gördüğünü almak ki birinci şekilde sabit olmayan hiyâr diğerlerinde sâbit olur. Mamafih bu

kayıt da mutlak değildir. İttılâ halinde de kayd-ı âtînin tahakkukuyla yine muhayyerliğin vücûd bulduğu görülür:

3. Kable'l-kabz tegayyür: Teemmül-i müfîde mukarin rü'yet ve ıtılâ bulunsa bile tegayyürle mebî değişmiş olacağından başka bir şey add-ile müşteriye âdeta görmediğini iştirâ etmiş menzilesinde telakki zaruri olur.
4. Ba'de'l-kabz kable'r-rü'ye adem-i teayyüb: Zira yedinde teayyübden sonraki rü'yette hiyâr sâbit olmuyor. Hatta bâyi mebî'i müşterinin hanesine getirdikten sonra vukû bulan rü'yette muhayyerlik salâhiyeti görülmüyor. Çünkü red halinde icab edecek haml müşteri nezdinde teayyüb menzilesinde telakki olunuyor.
5. Şey-i muayyeni şirâya adem-i vekâlet: Zira böyle bir vekalette vekil için hiyâr-ı rü'yet yoktur.
6. Tahakkuk-ı rü'yet: Zira muhayyerlik ancak ba'de'r-rü'ye mevzubahis olabilir. Kanun-ı Medenîmiz olan Mecelle'nin "görünceye dek" tabirinde kable'r-rü'ye vücud-ı hiyârı işrâb ettiği cihetle hâleli vardır.

Rü'yet İki Kısımdır

1. [Hakiki Rü'yet]

Hakiki [rü'yet] ki; mebî'in asıl maksadı bildiren hal ve mahalline müşterinin vukûfudur. Yani rü'yet ilim manasına mecazdır. Her şeyde mana-yı luğavîsi olan göz ile görmek maksûd değildir. Binâberin bu vukûf görüleceklerde görmek (ki bilâ-hail olmasına dikkat olunur. Şişedeki yağı, camekandaki malı hariçten görmek veya bir malın ayna ve sudaki in'ikâsâtını veya kolaylıkla alınması mümkün bir su içinde balığı, başakta buğdayı, kabuğunda bakla, piriç, susamı; kalın kabuğu içinde ceviz, badem, fıstığı görmek rü'yet değildir), tutulacaklarda tutmak, tadılacaklarda tatmak, koklanacaklarda koklamak ile vücuda gelir. Yalnız gözle görmek kifayet etmez. Zira bir şeye ilim onun alet-i idrakini istimal ile temin olunur.

Vukûfun derecesi envâ-ı mebî'e göre tehallûf eder. Mesela:

Arsa ve Arazi: Hariçten göz ile görmek kâfidir. Bağ ve bahçe halinde ise içindeki ağaçların her nev'ini görmek iktiza eder. Nitekim fabrika iştirasında da bütün âlât ve edevâtı görmek lâzımdır.

Ebniye: Yalnız haricini değil dahilinin her odasını, hatta balkon ve halâlarını/helâlarını görmek iktiza eder. Bir odanın rü'yetini kâfi gören mütekaddîmine karşı müteahhirin İmâm Züfer'e ait olan şu re'yi kabul ediyorlar. Mamafih ihtilaf-i vâki delil ve burhandan değil, icâbât-ı zamandan hâsıl ve tebeddül-i zaman ile bu kabîl

ahkâmın tegayyürü gayr-i münker bulunduğundan dolayı zamanımızda yeknesak olanların bir odasını görmek kâfi görülüyor. Bir evden bir oda istisna ediliyorsa müstesnayı görmek lazımdır. Zira müstesnada cehâlet, müstesna-minhde de cehâleti mücib olur. Şu kadar ki müstesnayı kapalı olarak rü'yet de kâfidir. Zira şu rü'yetle artık müstesnaaminh taayyün etmiştir.

Hayvan: Rükûba muhtass olanlarda yüzünü arkasını görmek, döl için alınan ineğin memelerini muayene etmek, eti için alınan koyunun arkasını yoklamak, hayvandan anlayanlar ayaklara bakılmaya lüzum görüyorlarsa onlara da bakmak lazımdır.

Eşcâr: Ağaçların tepelerini görmek kâfi gelen yerlerde o kadarını, kâfi gelmeyen yerlerde örfün tayin edeceği şeyi görmek lâzımdır.

Meyve: Ağaç üzerinde ise her birini ayrıca görmek lâzımdır, değil ise adediyyât hakkında verilecek tafsîlâta tâbidir.

Urûz: Mesela içi dışı bir düziye olan sade bir kumaşın dışını, çiçekli çubuklu kumaşın çiçek ve çubuklarını, astarlı elbisenin kıymette tesir husûle getirmiyorsa yalnız yüzünü ve getiriyor ve mamafih yüz yine astara fâik bulunuyorsa her ikisini, kürkün içini görmek, âlât-ı musîkiyenin sesini işitmek, şişe lavantanın alâmetini görmek lâzımdır.

Mekîlât, Mevzûnât, Adediyyât-ı Mütেকârîbe: Numûneyi görmekte iktifa olunur. Zaten bunlar numûne ile satılığa çıkarılır. Numûnesiz yaygının başında vukû bulan iştirâlarda yaygının yüzünü veya bir kısmını görmek kâfidir. Mütebâkinin numuneden dîn çıkması halinde hiyâr-ı ayb salâhiyetine tevessül olunur. Örnek ile satılan malın örnek mecmuasını görmek de bu kabildendir. Yani örnekten tûl ve arz, bütün çiçekleri gibi sıfât-ı lâzıme anlaşılırsa örneği görmek kifayet eder. Dîn çıkması halinde hiyâr-ı ayb salâhiyetine tevessül olunur. Evsâfın semenden hissesi olmadığı haysiyetle tenzil-i semen cihetine gidilemez. Nitekim a'lâ çıkarsa muhayyerlik yoktur.

Adediyyât-ı Mütedefâvite: Toptan iştirâda herbirini ayrı ayrı görmek lazımdır. Muhtelifü'l-cins misliyâtta da her cinsi ayrıca görmek lâzımdır. Yer altında mugayyeb olup da tenebbüt edenler İmam A'zam hazretlerine göre adediyyât-ı mütedefâvite hükmündedir. İmameyn hazerâtı mevzûnat ve adediyyât-ı mütেকârîbeye ilhak buyuruyorlar. Şey-i vâhid hükmünde bulunan cüz'ünde adediyyât-ı mütedefâvite kabilindedir. Eldiven, çorap, fotin gibi ki her cüz'ü ayrıca görmek lâzımdır.

2. [Hükmî Rü'yet]

Hükmî [rü'yet] ki şunlardır:

1- A'mâya tavsif: Görmekle anlaşılabilir şeylerde a'mâya karşı vukû bulan tavsif rü'yet telakki olunmuştur. Ba'de't-tavsîf iştirâda muhayyerliğin adem-i sübûtu kable'l-vasf vukû bulan rızanın hükümsüzlüğü tavsiften sonra muhayyerliğin meşhûd olması ba'de't-tavsîf rızadan sonra gözlerin açılması üzerine vukû bulan hakiki rü'yetin faidesizliği işbu telakkînin netâicindedir.

(A'mânın vekil-i vasî bulunması hükmen tehallüfü mûcib olmaz. Zaten a'mâ *Eşbâh*'ta muharrer on iki meseleden mâadâ husûsatta basîr gibi addolunur).

Şu kadar ki husûl-i tavsif husûsât-ı âtiyenin tahakkukuna vâbestedir:

a. Mebî'in görülmekle anlaşılabilir şeylerden olması: Mebî bu kabilden değilse tavsife lüzum kalmayacağından rü'yetin tahakkuk edeceği şeye a'ma tevessül edebilir. Mesela yoklamakla malum olan şeyleri yoklar, koklanacağı koklar, tadılacağı tadar.

b. Tarif ve tavsifin mebî'e mutabakatı: Mutabık çıkmayan tavsifler keenlem-yekündür. Hakiki rü'yet ile hükmî rü'yetin şu ferdi beyninde rü'yetin hîn-i tahakkukunda mebî'in huzuru itibarıyla tabîaten bir fark husûle geliyor. Zira görmekle tahakkuk edecek rü'yetinde mebî'in o sırada meşhûd olması zaruridir. Halbuki a'mâya mebî yanlarında bulunmadığı halde bile tavsif mümkündür. (Görmediği bir malı basîran iştiradan sonra a'ma tareyanında yine tavsife tevessül olunur. Zira aslın îfası kâbil olamayan yerlerde bedele gidilir).

2- Şirâya veya kabza vekilin rü'yeti ki asıl müvekkil görmediği halde bunların rü'yeti onun rü'yeti makamına kâim oluyor. Hatta a'mâ olan müvekkil hakkında da tavsif aranmıyor. Burada da kuyûd-ı âtiyeye dikkat olunur:

a. Vekilin akdî nefsine izâfeti: Müvekkiline izafe ederse rasûl menzilesine iner. Kabza, şirâya rasûlün rü'yeti ise mürsilin rü'yeti gibi addolunamayacağından tesirsiz kalır. Şirâya vekalette vekilin rü'yeti ile hükm-i hiyârın başlaması hiyâr-ı rü'yetin hukuk-ı akde teferrû etmesine göre câlib-i dikkat değilse de kabza vekaletteki vekilin rü'yetine itibar cây-ı mülâhazadır. Zira kendisi âkid değildir ki; hukuk-ı akde müsteniden rü'yeti bir hüküm ifade etsin. Nitekim rü'yet tevkil caiz değildir. Zira hiyâr-ı rü'yeti ıskâta tevkil demektir. Hiyâr-ı rü'yet ise ıskât kabul etmeyen hukuktandır. İşte bunun içindir ki kable'r-rü'ye (hiyâr-ı rü'yeti olmamak şartına) itibar olunmadığı gibi ba'de'r-rü'ye de lisanen hiyârı iptal ve ıskâtı ityânın kıymet-i hukukiyesi yoktur. Fakat kabzdan evvel rızâyı müş'ir bir söz söylemek veya ba'de'r-rü'ye rızâyı müş'ir bir söz söylemeksizin mebî'i kabz

etmek ile hiyâr ber-taraf olur. Zira ba'de'r-rü'ye kabz delil-i rızadır. Sarâhaten veya delâleten rıza ise hiyârın hükmüne nihayet veren ahvaldendir. Bu nokta-ı nazar İmam A'zam hazretlerininidir. İmameyn hazerâtı vekîl bi'r-rü'ye ile vekil bi'l-kabz arasında bir fark görmüyorlar. Yani rasûl gibi bunların rü'yetinin hükümsüzlüğüne kâildirler. Şu kadar ki ıskât-ı hiyâra vekaleti tecviz ediyorlar. (Kudûri ve Kâdîhân taraflarından dahi bu re'y teyit olunmuştur). Halbuki İmam A'zam hazretleri tev-kil bi'r-rü'yenin maksûden adem-i sıhhatine zehâb ile beraber bi't-tab' sübutunu kabul ediyor ve vekîl bi'l-kabz itmâm-ı akde vekâletinden nâşî tamâmiyete mâni olan hiyâr-ı rü'yeti ber-taraf etmekte hâiz-i salâhiyet görüyor. Demek ki mesele îcâb-ı vekâlete müncer oluyor. Mesela; "satın aldığım halde görmediğim falan şeyi kabza tarafımdan vekil ol" suretiyle tevkilde vekilin rü'yeti kabza mukarin olunca hiyârı ber-taraf ediyor. İmameyn'e göre ise sarâhaten ıskat-ı hiyâra vekalet olmadıkça mücerred böyle bir tevkil neticesi olarak vukû bulan kabz ile muhayyerlik ber-taraf olamıyor.

b. Rü'yetin ba'de't-tevkil vukû'u: Zira her ne suretle olursa olsun mukaddem rü'yetin burada hükmü yoktur.

c. Müvekkelün-bihi vekilin ifa etmesi: Zira vekil henüz yapmadan müvekkil bizzat yapacak olursa ba'de't-tevkil vukû bulan rü'yet-i vekile artık itibar olunmaz.

İşte şu suretle kuyûdunun vücuduyla tahakkuk eden hiyâr-ı rü'yet neticesi olarak sabit olan salâhiyet müşterinin fesih ve kabulde muhayyer olmasıdır. Rü'yetle başlayan bu salâhiyet hiyâra nihayet veren ahvalden biri tahakkuk etmeyince bilâ-müddet devam eder. Yani "hiyâr-ı rü'yetin müddeti yoktur ve sükût halinde mücerred fesh olunabilecek kadar zaman geçmiştir" denerek sükût-ı hiyârın tervîci cihetine gidilemez. Zira sâkite söz isnad olunmaz. Sükût-ı vâki mukarin-i a'râz değildir ki redde ve makâm-ı ma'raz-ı hâcet değildir ki kabule munsarif olsun.

Rü'yetten bed'en hükm-i hiyâra nihayet verecek halin tekevvününe kadar meşhûd olan şu kabiliyet-i feshiyedir ki hiyâr-ı rü'yetin tamâm-ı hükme yani lüzûm-ı mülke mâni addı neticesini vücuda getiriyor. Fesihte: Meb'î kabz etmiş ise me'unet, masârif-i hammâliye, ücret-i nakliye kendisine ait olur. Zira red için alınan mahalle îsâl lâzımdır. (Müşterinin hanesine bây'în getirmesi haliyle şu vaziyet beynindeki fark zahirdir). Naklin kıymette ziyadelik veya noksan husûle getirmesi hükmen müsâvîdir. Ve akdin vekâleten veya vesâyeten edilmiş bulunması da tehallûf-i hükmü mücib değildir. Yani bu hareket netâicinden müvekkilin, yetimin nef ve zararı mevzubahis olamaz. Zira burada hiyâr-ı rü'yet dolayısıyla hakk-ı fesh mutlaktır.

[Hiyâr-ı Rü'yetin Hükümüne Nihayet Veren Sebepler]

Esbâb-ı âtiye hiyâr-ı rü'yetin hükümüne nihayet verir:

A. İcâzet.

B. Fesih: Burada zât-ı fiil, icrâ eden şahıs, taalluk edeceği mebî itibarıyla tedkîkatı üç kısma ircâ mümkündür.

1. Zât-ı fiilde tedkik olunacak iki cihet vardır:

a. Şekl-i icrâ: Zira fesih ve icazetten her birinin kavli ve fiilî olmak üzere kısımları vardır. Mesela “râzı oldum”, “icâzet verdim” gibi rızayı sarâhaten gösteren söz icâzet-i kavliyledir. Ba'de'r-rü'ye mebî'i kabzı⁸, semeni bâyi'e itâsı⁹, makbuzu olan mebî'i satılığa çıkarması, şirâsını işhad etmesi gibi rızaya ve takrir-i mülke delalet eden efâl icâzet-i fiiliyledir. Efâl-i hukûkiye de icâzet-i fiiliyeye dahil olup ancak efrâdı beyninde husûle getirdikleri tesîrat itibarıyla bazı farklar meşhûd olduğundan bu farkların taayyünü için efâl-i mezkurenin ber-vech-i âti üçe taksim suretiyle tedkiki muvafıktır:

i. Kâbil-i fesh olmayan efâl, yani ukûdât.

ii. Kâbil-i fesh fakat gayra hak isbât eden efâl: Kable'r-rü'ye de akde lüzum bahşeder. İ'tâk birinciye; bey', rehin, icâr, hibe ve teslim, fâsiden bey' ve teslim, arz-ı müste'ârı müste'îrin ziraati halinde i'âre¹⁰ ikinciye misal olur.

iii. Gayra da hak isbat etmeyen efâl: Âdeten kavil mahiyetinde kalacağından icâzet-i kavliye gibi yalnız ba'de'r-rü'ye akde lüzûm ifaza edebilip kable'r-rü'ye lüzûm bahşetmez. Hiyâr şartıyla bey', teslimsiz hibe, teslimsiz fâsiden bey' buna misal olur.

Ayıptan dolayı mebî hükmen red, rehin fekk, icâre nakz olunmak gibi her suretle fesh addolunan ahvalde bile sâkıt hiyâr-ı rü'yet kavli-i esahha göre avdet edemez. Teslime mukarib hibernen rücu'da da hüküm böyledir.

b. Lüzûm-ı i'lâm ki kavli, fiilî icazette aranmaz. Burada fiilîsi mütesavver olmayan feshin kavlisinde i'lâm lazımdır. Fesihten haberdar olmayan bâyi'e

⁸ Vekîl bi'l-kabzın da kabzı icâzet-i fiiliyledir. Hüküm-i hiyâra nihayet veren rü'yeti değil, kabzıdır. Nitekim ba'de'r-rü'ye kable'l-kabz rızası hiyârı bertaraf etmez. Fakat vekilin mestûran kabzı icâzet-i fiiliye telakki olunmamıştır. Hatta şu şekilde ba'de'l-kabz görerek rızasını izhar etmesi de hükümsüz addolunduğundan müvekkilin sukût-ı hiyârı cihetine gidilmemiştir. Bir kabz nâkıs olmakla beraber mestûran kabz ile müvekkilün-bih ifâ edilmiş olduğu cihetle vekilin vazifesi bitmiş, hüküm-i vekalet nihayet bulmuştur. Yabancıya ise izhâr-ı rızaya, ıskât-ı hiyâra salahiyeti yoktur.

⁹ Zaten kable'r-rü'ye bâyi için semeni istemek salahiyeti yoktur.

¹⁰ Zira müste'îr ziraat etmemiş ise hakkı taalluk edemeyeceği ve i'âresi ise esasen akd-i lâzım olmadığı cihetle icâzet tahakkuk edemez.

müşteri aramamak yüzünden hâsıl olacak zararın önü ancak bu suretle alınır. Bunun kuvve-i te'yîdiyesi telefte lüzum-ı semendir. Zira fesih i'lâm ile tamam olur. Fesihsiz telefte ise te'azzür-i red dolayısıyla semen lâzım gelir. Şu kadar ki bâyi'e feshi bilmediğine yemin verdirilir. Feshin tamamıyetinde hükm-i hâkim ve rıza-yı bâyi aranmaz Kabzın bulunup bulunmaması da bir tesir bırakmaz. Zira hiyâr-ı şart, hiyâr-ı ayb, hiyâr-ı ru'yet ile fesihler esastan fesih addolunur. Hatta müşteri burada kable'l-fesh bâyi'e "malı sat" demesiyle de bey' münfesihi olur. Ve bî'n-netîce satılan şeyin parası bâyi'e kalır. Fakat "benim tarafımdan bî'l-vekâle sat" demiş ise bâyi kabulünü izhar etmedikçe bey' münfesihi olmaz. Çünkü buradaki bî'l-vekâle sözü emrin feshe hamline mâni'dir.

2. Şahısta tedkik olunacak cihet şu iki ihtimaldir:

a. Müşterinin akitte şeriki yoktur. Fesih ve icazetindeki ahkâm verilen tafsilattan müstebândır.

b. [Müşterinin akitte şeriki] vardır; yani müşteri müteaddiddir, fesh'e itibar olunur. Hangisi fesh ederse diğeri[in] rızasına bakılmaz. İcâzeti sebk etse bile fâide vermez. Vâkıâ mesele ihtilâfıdır. Fakat hükm-i hadîs mutlak¹¹. İtibar ise ayn-ı nassadır, manasına değildir. İşte hiyâr-ı ru'yet bu noktadan hiyâr-ı şarttan ayrılıyor. Zira hiyâr-ı şartta âkid-i muhayyer teaddüd ederse birinin fesh ve icazetinden sonra diğeri nakîzini yapamaz. Çünkü iştirak-i aybî husûle gelir. Halbuki burada icazetten sonra diğeri'nin feshinde mücîz hakkında da bey' münfesihi olacağı ve mebî'in tamamen reddi lâzım geleceği cihetle böyle bir ayıp mütesavver değildir.

3. Mebî'de de tedkik olunacak iki ihtimal vardır:

a. Mebî' vâhiddir ki cüz'-i şâyi'î için vukû bulan icâzetlerde muhayyerliğin 'alâ-halihi devam ettiği görülür.

b. Müteaddiddir ki bakılır; numune ile iktifa olunacak surette müttehidü'l-cins ve'l-avsâf ise bir kısmına ait olan fesh ve icâzet tamamına sârî olur. Mesela red şikkını iltizam ederse tamâm-ı mebî'î yani numuneyi de red ve îade eder. Yoksa numunede bey'in lüzumu iddia olunamaz. Zira hiyâr-ı ru'yet safkanın tamâmiyetine mâni bulunduğundan kable't-tamam tefrik-i safka lâzım gelir. Halbuki tefrik-i safkaya ancak tamamıyetin husulünden sonra müsaade olunabilir. Tahte'l-arz mevcut olup fakat zâhiren mugayyeb bulunan havuç, şalgam, soğan, sarımsak, turp gibi şeylerin keylen veznen satılanları bu hükme tâbidir. Yani

¹¹ "من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه" hadis-i şerifidir ki fukahâ-yı Hanefiyye'nin delilidir. İmam Şâfiî hazretleri hiyâr-ı ru'yeti tecviz buyurmuyorlar. [Hadisin tercümesi: Kim bir şeyi görmeden satın alırsa, o malı gördüğünde satın almak veya almamakta muhayyerdur. Bkz. Dârekutnî, 3/4; Beyhakî, 10729].

kısm-ı mablû'a rızâ, tamamına rızâ addolunmuştur. Fakat adeden satılanlarında mablû'a yani bir kısma rızâ, tamâmına rıza kâidesi cârî değildir. Cinsen ve vasfen muhtelif şeyler mahiyetindedir. Meğerki mablû' istihlak oluna, zira istihlak icâzet-i fiiliye bulunduğu haysiyetle gayr-ı mablû'a sirayet eder. Muhtelifü'l-cins ve'l-avsâf ise iki ihtimal vardır:

- i. Safka müteaddiddir. Birine ait fesh ve icâzet diğerinde hiç tesir bırakmaz.
- ii. Vâhiddir. Burada da iki ihtimal var:

ii.a. İcâzet kavlidir. Mesela birini görüp râzı olduktan sonra diğerini görse şu icâzetinin tesiri olmaz, dilerse tamamını red, dilerse tamamını kabul eder. Yoksa safakayı tefrik ederek beğendiğini alıkoyup beğenmediğini geri veremez. Alıkoyduğu şeyin mebî'in ekseriyetini teşkil etmesi tehallûf-i hükmü mücbib olmaz. Mesela; on mebî'den dokuzunu görüp mücîz olduktan sonra sonuncusunu gördüğünde beğenirse de feshe kalkışsa artık ötekilere de sahip olamaz. Burada tafsil-i semene teaddüd-i ev'iyeye bakılmaz.

ii.b. İcâzet filîdir. Görülmeyene sâridir. Mesela; müteaddid elbiseden birini telebbüs veya birini hibe ve teslim veya istihlak diğerinin temin edeceği muhayyerliği muskittir. Yani elde kalanı red salahiyeti yoktur. Zira fiilen rıza ile hükmen lüzum sâbit olmuştur. Hükmen lüzumu sâbit olan şeyin ise reddi mümkün değildir. Fakat icâzet-i fiiliye telakki olunan tasarruf fesih suretiyle bertaraf olursa hiyârın da avdet edeceğine kâil olan vardır. Zira mâni olan tefrik-i safka mahzûru zâil olmuştur. Mamafih avdet etmemek re'yi ekseriyetin mazhar-ı tasvibi oluyor. Nitekim müteaddid mebî'den birincinin bey'e arz veya kabzından sonra diğerinin rü'yetinde reddin adem-i cevâzı bunu te'yit ediyor.

C. Vefat: Zira rü'yet de şahıs için sâbit bir sıfattır. Onun zevaliyle sıfatı da zâil olmuştur. Mebî'de sâbit bir vasıf olmuş olsa idi mebî'in vârise intikaliyle vârisde de sâbit olurdu. Bir de nass âkide sübutunu gösteriyor, vâris ise âkid değildir. Binâberin vâris muhayyer olmaksızın o mala mâlik oluyor. Ve bi'n-netice vefât bey'e lüzum ifâza etmek suretiyle hiyâr-ı rü'yetin hükmüne nihayet veriyor. (Şahsa ait bir salahiyet olmak itibarıyla kable'r-rü'ye mevcut hakk-ı feshi de vefat bertaraf etmektedir. Halbuki vefat bey'-i fâsitte mâni'-i red değildir. Dikkat!).

Ç. Te'azzür-i Red: Esbâb-ı âtiyeden birinin tahakkukuyla husûle gelir:

1. Telef: Yani; helak-i mebî hiyâr-ı şartı muskit olduğu gibi hiyâr-ı rü'yeti de mübtildir.

2. Teayyüb: Yani; cüz'-i mebî'in helaki ki maksat zâil olmaz surette teayyübdür. (Mübâşeretin ta'yîb icâzete dahildir). Bir kısmını satmak, hibe ve teslim etmek, zer'

eylemek mütebâki için teayyübdür. “Ayıplanan kısımda bey' lâzım, diğerinde hiyâr bâkîdir” denilse tefrik-i safka lâzım gelir. Havuç, şalgam, soğan, sarımsak, turp gibi tahte'l-arz mevcut olup da tenebbüt eden şeyleri müşterinin izinsiz kendiliğinden kal'ı mebî'e naks idhal etmek itibarıyla kısmen teayyüb addolunacağından gayr-ı maktû olan kısım-ı mütebâkîde de derhal lüzum hasil olur. Binâberin cemî-i semeni vermek lazım gelir. Kal'ın böyle bir hüküm ifade etmesinden husûlü mütesavver vaziyet-i âtiyeye yani müşterinin beğenmeyip bey'î fesh edeceği endişesiyle bâyi'in ve beğenmediği taktirde mebî'î artık îade edemeyeceği endişesiyle müşterinin kal'dan imtinâ'ları ihtimaline gelince: Yapılacak şey evvelâ ikisinden birinin kal'ına intizardır. Temâdî halinde hakime mürâcaatla bey'î fesh ettirmektir. (Bu meselede bâyi'in kal'a mecbur olduğunu *Câmi'ül-fusûleyn* zâhir-i rivâyet olarak tasrih ediyor).

Buradaki kal'dan maksud; keyl ve vezne dahil olacak kadar bir kal'dır. Ve bi'z-zât müşterinin kal'ıdır. Zira âdeminin kal'ı halinde muhayyerliği devam eder.

3. Ziyâde husûlü: ki ziyâde-i munfasıla-i gayr-ı mütevellideden mâadâ ziyâdelerin mücerred husulüyle hüküm-i hiyâr nihayet bulur. İstihlâk beklenilmez. İstihlâk esâsen icazettir. Nitekim görmeyip satın aldığı dişi koyunu emriyle bâyi'in sağarak sütünü ibâha etmiş veya döküp saçması cüz'-i mebî'î kabz suretiyle sukût-ı hiyâra haml edilmiştir. Ziyâdenin hod-be-hod telefinde hiyâr-ı rü'yet avdet eder. Zira mâni olan te'azzür bertaraf olarak memnu avdet eylemiştir. Ziyadeye teferru eden şu mesele pek gariptir: Görmediği akâr-ı müsterâ dolayısıyla şüf'aten aldığı akar ziyade addolunmaz. Hatta mebî'î red ederek şüf'aten aldığı akarı muhafaza edebilir. (Ziyâdenin asîl veya vekîl nezdinde husûlü hükmen müsâvîdir).

D. Mübtilât-ı Hiyâr-ı Şart: Zira hiyâr-ı şartı iptal eden hiyâr-ı rü'yeti de iptal eder. Aksi doğru değildir. “Hiyâr-ı şartı iptal etmeyen hiyâr-ı rü'yeti iptal edemez” denemez. Zira hiyâr-ı rü'yet ba'de'r-rü'ye kabz ve teayyüb ile müntekiz olur. Halbuki hiyâr-ı şart bunlarla müntekiz olmaz.

Hiyâr-ı Rü'yetten Dolayı Mütesavver İhtilafâtın Suver-i Halliyyesi

1. Bâyi ba'de'r-rü'ye,¹² müşteri kable'r-rü'ye vuku-ı rızâyı iddia etse söz me'a'l-yemîn müşterinindir.

2. Redde ihtilafat (budur, bu değildir) söz müşterinindir.

3. Teemmül-i müfid ile rü'yet iddiasına karşı müşteri aslen görmediğini söylese de söz me'a'l-yemîn kendisinindir.

¹² Zira kable'r-rü'ye rıza ve hatta âmme-i da'vadan zimmeti ibradan sonra mebî'î görüyorsa yine muhayyerlik sâbit olur.

4. Kable'l-kabz tegayyür ihtilâfında bakılır: Rü'yetten bed'en geçmiş müddet az ise (hayvânatta şehr ve mâdûnu az, ondan ziyadesi çoktur) söz me'a'l-yemîn bâyi'in, beyyine müşterinindir. Zira zâhir olan tegayyüre ma'rûz şu dünyada bir şeyin tûl müddet bilâ-tegayyür kalmamasıdır. Geçen müddet çok ise söz müşterinin, beyyine bâyi'indir.

5. Numuneye muvafakat ihtilafında bakılır; mebî' meclis-i bey'de hâzır olmayıp da numune de telef olmuş ise söz müşterinindir. Zira kendisine getirilen şeyin mebî olduğunu zımnen münkirdir. Mebî hâzır ise bakılır; numune mevcut ise ehl-i hibreye gösterilerek keyfiyet anlaşılır. Telef olmuş ise söz me'a'l-yemîn bâyi'in, beyyine müşterinin olur. Zira beyyine hilâf-ı zâhiri ispat ve yemin aslı ibkâ içindir.

6. Hudûdla bir şey satın alıp kabzı ikrar ettikten sonra mahdûdun hepsini görmedim iddiasına iltifat olunmaz.