

26430

T.C.  
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI  
DOKTORA TEZİ

İSLÂM BORÇLAR HUKUKUNA GÖRE  
SATIM AKDİNDE AYIP MUHAYYERLİĞİ  
VE HUKUKÎ SONUÇLARI

Hazırlayan  
Ahmet YAŞAR

Danışman Öğretim Üyesi  
Prof. Dr. Abdulkadir Şener

İZMİR  
1993

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU  
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

Doktora tezi olarak sunduğum “İslâm Borçlar Hukukuna Göre Satım Akdinde Ayp Muhayyerliği ve Hukukî Sonuçları” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlâk ve geleneklere aykırı d secek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografyada gösterilenlerden olduğuunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğuunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

....19/...11..../...1993

Ahmet YAşAR

## TUTANAK

Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü ...../...../19..... tarih ve..... sayılı toplantısında oluşturulan jüri, Lisanüstü Öğretim Yönetmeliğinin ..... maddesine göre Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı doktora öğrencisi Ahmet YAŞAR'ın *"İslâm Hukukuna Göre Satım Akdinde Ayıp Muhayyerliği ve Hukukî Sonuçları"* konulu tezi incelenmiş ve aday ...../...../19..... tarihinde, saat.....'da jüri önünde tez savunmasına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini savunmasından sonra..... dakikalık süre içinde gerek tez konusu, gerekse tezin dayanağı olan anabilim dallarından jüri üyelerince sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin.....olduğuna oy.....ile karar verildi.

BAŞKAN

ÜYE

ÜYE

## İÇİNDEKİLER

|                  |       |
|------------------|-------|
| İÇİNDEKİLER..... | IV-IX |
| KISALTMALAR..... | X-XI  |

### GİRİŞ

#### İSLAM HUKUKUNDA MUHAYYERLİK HAKKININ MAHİYETİ VE KISIMLARI

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| I- MUHAYYERLİK HAKKININ TANIMI VE MAHİYETİ..... | 2  |
| A. MUHAYYERLİK HAKKININ TANIMI.....             | 4  |
| B. MUHAYYERLİK HAKKININ MAHİYETİ .....          | 4  |
| II- MUHAYYERLİK HAKKININ KISIMLARI.....         | 7  |
| A. ÇEŞİT BAKIMINDAN.....                        | 7  |
| 1. Şart Muhayyerliği.....                       | 8  |
| 2. Vasıf Muhayyerliği.....                      | 10 |
| 3. Nakd Muhayyerliği.....                       | 11 |
| 4. Ta'yin Muhayyerliği.....                     | 12 |
| 5. Görme Muhayyerliği.....                      | 13 |
| 6. Ayıp Muhayyerliği.....                       | 15 |
| 7. Çabn ve Tağır Muhayyerliği.....              | 15 |
| 8. Kabul ve Rücu' Muhayyerliği.....             | 16 |
| 9. Kemiyyet Muhayyerliği.....                   | 17 |
| 10. İstihkak Muhayyerliği.....                  | 17 |
| 11. Hıyanet Muhayyerliği.....                   | 17 |
| 12. Pazarlık Ayırımı Muhayyerliği.....          | 18 |

|                                                                         |           |
|-------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 13. Satılan Malda Başkasının Hakkı Bulunmasından Doğan Muhayyerlik..... | 18        |
| 14. Fuzuli'nin Akdini Kabul Muhayyerliği.....                           | 18        |
| 15. Diğer Muhayyerlikler.....                                           | 19        |
| <b>B. AİDİYET BAKIMINDAN.....</b>                                       | <b>19</b> |
| 1. Hem Satıcı Hem de Alıcıya Ait Olanlar.....                           | 19        |
| 2. Sadece Alıcıya Ait Olanlar.....                                      | 20        |
| 3. Sadece Satıcıya Ait Olanlar.....                                     | 20        |
| <b>C. SÖZLEŞMEYE BAĞLI OLUP OLMAMASI BAKIMINDAN.....</b>                | <b>20</b> |
| 1. Sözleşmeye Bağlı Olanlar.....                                        | 20        |
| 2. Sözleşmeye Bağlı Olmayanlar.....                                     | 20        |
| <b>D. MİRAS OLARAK İNTİKAL EDİP ETMEMESİ BAKIMINDAN.....</b>            | <b>21</b> |
| 1. Miras Olarak İntikal Edenler.....                                    | 21        |
| 2. Miras Olarak İntikal Etmeyenler.....                                 | 21        |
| <b>E. BİR SÜREYE BAĞLI OLUP OLMAMASI BAKIMINDAN.....</b>                | <b>21</b> |
| 1. Belli Bir Süreye Bağlı Olanlar.....                                  | 21        |
| 2. Belli Bir Süreye Bağlı Olmayanlar.....                               | 22        |

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AYIP VE AYIP MUHAYYERLİĞİ

|                                                  |           |
|--------------------------------------------------|-----------|
| <b>I- AYIBIN TANIMI VE ÇEŞİTLERİ.....</b>        | <b>24</b> |
| <b>A. AYIBIN TANIMI.....</b>                     | <b>24</b> |
| 1. İslâm Hukukunda Aybın Tanımı.....             | 25        |
| 2. Türk Borçlar Hukukunda Aybın Tanımı.....      | 28        |
| <b>B. AYIBIN ÇEŞİTLERİ.....</b>                  | <b>31</b> |
| 1. Satıcının Fi'liyle Meydana Gelen Ayıplar..... | 31        |
| 2. Tabii Ayıplar .....                           | 37        |
| a. Açık Ayıplar.....                             | 37        |
| b. Gizli Ayıplar .....                           | 37        |

|                                                                                                        |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>II- AYIP MUHAYYERLİĞİNİN TARİHÇESİ TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ.....</b>                  | <b>41</b> |
| <b>A. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN TARİHÇESİ .....</b>                                                         | <b>41</b> |
| <b>B. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN TANIMI .....</b>                                                            | <b>43</b> |
| <b>C. HUKUKİ NİTELİKLERİ VE DAYANDIĞI DELİLLER .....</b>                                               | <b>47</b> |
| 1. Hukukî Nitelikleri.....                                                                             | 47        |
| a. Ayıp Muhayyerliğinin İhtiyaçtan Kaynaklanması.....                                                  | 47        |
| b. Ayıp Muhayyerliğinin Ayıba Dayanması.....                                                           | 48        |
| c. Ayıp Muhayyerliğinin Rıza İhlâlini Ortan Kaldırması ve Rızayı bozan Sebeplerle İlişkili Olması..... | 49        |
| d. Ayıp Muhayyerliğinin bir Müeyyide Olması.....                                                       | 51        |
| 2. Dayandığı Deliller.....                                                                             | 52        |
| a) Ayıplı Mal Satımını Yasaklayan Deliller.....                                                        | 52        |
| b) Ayıp Muhayyerliğinin Meşru Olduğunu Gösteren Deliller..                                             | 56        |
| <b>D. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN ÖZELLİKLERİ .....</b>                                                       | <b>59</b> |
| 1. Ayıp Muhayyerliğinin Şartsız Sabit Olması.....                                                      | 59        |
| 2. Ayıp Muhayyerliğinin Mülkiyetin İntikaline Mani' Olmaması..                                         | 62        |
| 3. Ayıp Muhayyerliğinin Vâris'e intikali.....                                                          | 65        |
| 4. Ayıp Muhayyerliğinin Belirlenmiş Malda ve Feshedilebilir Akitlerde Geçerli Olması.....              | 69        |
| 5. Şahıs Haklarından Oluşu.....                                                                        | 74        |

## **İKİNCİ BÖLÜM**

### **AYIP MUHAYYERLİĞİNİN ŞARTLARI, KULLANILMASI VE ZAMANI**

|                                                    |           |
|----------------------------------------------------|-----------|
| <b>I- AYIP MUHAYYERLİĞİNİN ŞARTLARI.....</b>       | <b>78</b> |
| <b>A. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN MADDİ ŞARTLARI.....</b> | <b>78</b> |
| 1. Mülkiyetin İntikali.....                        | 78        |
| 2. Satılanın Ayıplı Olması.....                    | 79        |
| a. Miktar Noksanlığı.....                          | 79        |

|                                                                          |            |
|--------------------------------------------------------------------------|------------|
| b. Satılardan Başkasını Teslim.....                                      | 83         |
| c. Kalitesizlik.....                                                     | 85         |
| d. Enflasyon.....                                                        | 87         |
| 3. Ayıbın Alıcı Tarafından Bilinmemesi.....                              | 92         |
| 4. Ayıbın Eski Olması.....                                               | 96         |
| 5. Ayıbın Teslimden Sonra Devam Etmesi ve Kolayca<br>Giderilememesi..... | 98         |
| 6. Satıcının Sorumluluğu Sözleşme ile Kaldırılmış Olmaması.....          | 100        |
| <b>B. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN ŞEKLİ ŞARTLARI.....</b>                       | <b>106</b> |
| 1. SatılanMalın Muayenesi.....                                           | 106        |
| 2. Ayıpların Satıcıya Bildirilmesi(İhbar).....                           | 107        |
| <b>II- AYIP MUHAYYERLİĞİNİN KULLANILMASI VE ZAMANI.....</b>              | <b>112</b> |
| <b>A. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN KULLANILMASI.....</b>                         | <b>112</b> |
| <b>B. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN ZAMANI.....</b>                               | <b>115</b> |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### AYIP MUHAYYERLİĞİNDE DAVA, AYIBIN İSPATI VE DAVANIN DÜŞMESİ

|                                                              |            |
|--------------------------------------------------------------|------------|
| I- AYIP MUHAYYERLİĞİNDE DAVA.....                            | 119        |
| II- AYIBIN İSPATI.....                                       | 121        |
| <b>A. AYIBIN DAVA SIRASINDA VARLIĞINI İSPAT YOLLARI.....</b> | <b>121</b> |
| 1.Satıcının İkrarı.....                                      | 121        |
| 2. Muayene ve Müşahede.....                                  | 121        |
| 3. Bilirkişinin Haberi.....                                  | 122        |
| 4. Satıcının Yeminden Kaçması.....                           | 122        |
| <b>B. AYIBIN ESKİDEN MEVCUT OLDUĞUNU İSPAT YOLLARI.....</b>  | <b>123</b> |
| 1. Ayıbın Görünür Olması Halinde.....                        | 123        |
| 2. Ayıbın Gizli Olması Halinde.....                          | 125        |

|                                                                 |            |
|-----------------------------------------------------------------|------------|
| <b>C. AYIPTAN KAYNAKLANAN İHTİLAFLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI .....</b> | <b>129</b> |
| 1. Hanefilere göre.....                                         | 129        |
| 2. Malikilere Göre.....                                         | 131        |
| 3. Şafilere Göre.....                                           | 133        |
| 4. Hanbelilere Göre.....                                        | 135        |
| <b>III- DAVANIN DÜŞMESİ.....</b>                                | <b>136</b> |
| <b>A. FERAĞAT VE AF.....</b>                                    | <b>137</b> |
| <b>B. SULH.....</b>                                             | <b>138</b> |

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **AYIP MUHAYYERLİĞİNİN HUKUKİ SONUÇLARI**

|                                                                  |            |
|------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>I-AYIP MUHAYYERLİĞİNDE MALIN KABUL VE REDDİ.....</b>          | <b>142</b> |
| <b>A. MALIN KABULÜ.....</b>                                      | <b>142</b> |
| <b>B. MALIN REDDİ VE HUKUKİ SONUÇLARI.....</b>                   | <b>145</b> |
| 1. Reddin Hukukî Niteliği ve Şekli.....                          | 145        |
| a. Satılanın Birden Fazla Olması Halinde Red.....                | 149        |
| b. İstihkâk(zapt) Halinde Red.....                               | 153        |
| 2. Reddin Hukukî Sonuçları.....                                  | 159        |
| a. Alıcının İade Borcu.....                                      | 159        |
| b. Satıcının İade Borcu.....                                     | 161        |
| 3. Redde Manî Haller.....                                        | 162        |
| a. Alıcının Ayıba Rız Olması.....                                | 162        |
| b. Alıcının Haklından vazgeçmesi.....                            | 164        |
| c. Satımın Feshedilmiş Olması.....                               | 165        |
| d. Alıcının Satıcıyı İbra etmesi.....                            | 166        |
| e. Satılanın Telef olması.....                                   | 169        |
| f. Satılanın Eksilmesi, Ayıplanması.....                         | 169        |
| g. Satılarda Artış Olması.....                                   | 172        |
| <b>II- SATIM PARASININ İNDİRİLMESİ.....</b>                      | <b>174</b> |
| <b>A. SATIM PARASINI İNDİREREK ALMAYI GEREKTİREN YERLER.....</b> | <b>174</b> |

|                                                                                                                                               |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1. Satılanın Kabzdan Sonra Telef Olması.....                                                                                                  | 176        |
| 2. Satılanın Eksilmesi ve Ayıplanması.....                                                                                                    | 176        |
| 3. Satılarda Artış Olması.....                                                                                                                | 178        |
| 4. Satılanın Başka Bir Şeye Dönüşecek Kadar Değişmesi.....                                                                                    | 178        |
| 5. Satılanın Yiyecek Olup Kısmen veya Tamamen Yenmesi....                                                                                     | 178        |
| 6. Satılanın Telef Olması Durumunda Müşterinin Onu<br>Başkasından Tazmin Etmemiş Olması.....                                                  | 178        |
| <b>B. SATIM PARASINDAN İNDİRİLECEK TUTARIN TESBİT ŞEKLİ.....</b>                                                                              | <b>179</b> |
| 1. Mutlak Metod.....                                                                                                                          | 181        |
| 2. Tazminat Metodu.....                                                                                                                       | 182        |
| 3. Nisbi Metod.....                                                                                                                           | 182        |
| <b>C. SATIM PARASINI İNDİREREK ALMAYA MANİ HALER.....</b>                                                                                     | <b>184</b> |
| 1. Alıcının Ayıba Razi Olması.....                                                                                                            | 185        |
| 2. Alıcının Muhayyerlik Hakkını Düşürmesi.....                                                                                                | 186        |
| 3. Akdin Herhangi bir Sebeple Sona Ermesi.....                                                                                                | 186        |
| 4. Alıcının Satıcıyı İbra Etmesi.....                                                                                                         | 186        |
| 5. Kabzdan Önce Satılana Bitişik Olmayan Ancak Ondan<br>Doğan Artış ile Satılana Bitişik Olmayan ve Ondan<br>Doğmayan Bir Artışın Olması..... | 186        |
| 6. Kabzdan Sonra Satılana Bitişik ve Ondan Doğan Artışın<br>Olması.....                                                                       | 186        |
| 7. Tevliye Yoluyla Satınalınan Malın,Kabzdan Sonra Alıcı<br>Elinde İken Eski Bir Ayıbının Ortaya Çıkması.....                                 | 186        |
| <b>III- AYIPLI MALIN DEĞİŞTİRİLMESİ.....</b>                                                                                                  | <b>187</b> |
| <b>IV- AYIPLI MALIN ONARILMASI(GARANTİ).....</b>                                                                                              | <b>189</b> |
| <b>V- AYIPLI ÇIKMADAN DOLAYI TAZMİNAT İSTEME.....</b>                                                                                         | <b>192</b> |
| <b>SONUÇ.....</b>                                                                                                                             | <b>193</b> |
| <b>BİBLİYOGRAFYA.....</b>                                                                                                                     | <b>200</b> |

## KISALTMALAR

|              |                                                                                                                             |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ABD          | : Ankara Barosu Dergisi                                                                                                     |
| Abs.         | : Abschnitt (Absatz)                                                                                                        |
| Ad.Der.      | : Adalet Dergisi                                                                                                            |
| a.g.e.       | : adı geçen eser                                                                                                            |
| a.g.e. ve y. | : adı geçen eser ve yer                                                                                                     |
| a.g.m.       | : adı geçen makale                                                                                                          |
| a.g.md.      | : adı geçen madde                                                                                                           |
| AK.          | : Avukatlık Kanunu                                                                                                          |
| Art.         | : Artikel (article)                                                                                                         |
| b.           | : bin(İbn)                                                                                                                  |
| BGB (Al.MK.) | : Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)                                                                   |
| BGE.         | : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts Amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi Kararlar Dergisi[Almanca]) |
| BK.          | : Borçlar Kanunu                                                                                                            |
| Bkz(bkz.)    | : bakınız                                                                                                                   |
| c.           | : cilt                                                                                                                      |
| DİA.         | : Dîyânet İslâm Ansiklopedisi                                                                                               |
| D.İ.B.       | : Diyanet İşleri Başkanlığı                                                                                                 |
| dn.          | : dipnot                                                                                                                    |
| E.           | : Esas                                                                                                                      |
| Fık(fık)     | : Fıkra                                                                                                                     |
| Fr.MK.       | : Fransız Medeni Kanunu                                                                                                     |
| HD.          | : Hukuk Dairesi                                                                                                             |
| HUMK.        | : Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu                                                                                           |
| İct.bir.kr.  | : ictihad birliği kararı                                                                                                    |
| İİK.         | : İcra İflâs Kanunu                                                                                                         |
| İs.BK.       | : İsviçre Borçlar Kanunu                                                                                                    |
| İş.Mah. K.   | : İş Mahkemeleri Kanunu                                                                                                     |
| jdT.         | : Journal des Tribunaux(İsviçre Federal Mahkemesi Kararlar Dergisi[Fransızca])                                              |
| K.           | : Karar                                                                                                                     |
| km.          | : Kilometre                                                                                                                 |
| KMM.         | : Kanunu'l-Muamelâtî'l-Maliyye el-'Arabî el-                                                                                |

Muvahhad 1981-1984 yılları arasında Arap  
Ülkelerince İslâm hukukuna uygun olarak  
hazırlattırılan bir kanun taslağı

|            |                                                                            |
|------------|----------------------------------------------------------------------------|
| Krş.       | : Karşılaştırınız                                                          |
| Lü.KMU.    | : Lübnân Kanunü'l-Mucebât ve'l-'Ukud (Lübnân<br>Borçlar ve Akitler Kanunu) |
| m.         | : madde                                                                    |
| MAŞ.       | : Mecelletu'l-Ahkâmi's-Şeriyye                                             |
| MC.m.      | : Mecelle, madde                                                           |
| M.E.B.     | : Milli Eğitim Bakanlığı                                                   |
| MH.        | : Mürşidu'l-Hayran                                                         |
| MHAD       | : Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi                                   |
| MK.        | : Medeni Kanun                                                             |
| M.s.       | : Milattan Sonra                                                           |
| ms.        | : mesele                                                                   |
| nşr.       | : neşr                                                                     |
| nu(No)     | : Numara                                                                   |
| Or.        | : Das schweizerische Obligationenrecht(İsviçre<br>Borçlar Kanunu)          |
| pr.        | : Paragraf                                                                 |
| RG.        | : Resmi Gazete                                                             |
| RKD.       | : Resmi Kararlar Dergisi                                                   |
| s.         | : Sayfa                                                                    |
| Su.MK.     | : Suriye Medeni Kanunu                                                     |
| sy.        | : Sayı                                                                     |
| TBK.       | : Türk Borçlar Kanunu                                                      |
| TD.        | : Ticaret Dairesi                                                          |
| thk.       | : tahkik                                                                   |
| TK.        | : Ticaret Kanunu                                                           |
| trc.       | : Terceme eden                                                             |
| ty.        | : basım tarihi yok                                                         |
| Ür.MK.     | : Ürdün Medeni Kanunu                                                      |
| vb.        | : ve benzeri                                                               |
| vd.        | : ve devamı                                                                |
| Yar.       | : Yargıtay                                                                 |
| Yarg. HGK. | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu                                              |
| YKD.       | : Yargıtay Kararları Dergisi                                               |
| YTD.       | : Yargıtay Ticaret Dairesi                                                 |
| yy.        | : basım yeri yok                                                           |

## **GİRİŞ**

# **MUHAHAYYERLİK HAKKININ MAHİYETİ VE KISIMLARI**

## GİRİŞ

### İSLAM HUKUKUNDA MUHAYYERLİK HAKKININ MAHİYETİ VE KISIMLARI

Konuya girmeden önce araştırmamızla ilgili bazı hususlara değinmekte yarar görmekteyiz. “**Satım Akdinde Ayıp Muhayyerliği ve Hukukî Sonuçları**” konusu, Hamurabi kanunlarına kadar uzanan tarihî bir geçmişe<sup>1</sup> sahiptir. Gerek İslâm hukukunda, gerekse Türk borçlar hukukunda önemli bir yer işgal etmektedir<sup>2</sup>. Buna rağmen, bilebildiğimiz kadarıyla, özellikle ülkemizde, İslâm hukuku açısından konuyu inceleyen özel bir çalışma yapılmamıştır. Mısır ve Lübnan'da<sup>3</sup> gösterilen bir-iki şahsî gayret dışında diğer İslâm ülkelerinde de müstakil bir çalışmaya rastlamadık. Konu tamamen bâkîr ve asırlarca önce yazılmış fıkıh ve fetva kitaplarındaki haliyle sınırlı kalmaktadır.<sup>4</sup> Oysa her konunun yeniden incelenmesine büyük bir ihtiyaç vardır.

Bu nedenle tez konumuzu, satım akdiyle sınırlı tutmak suretiyle “**Ayıp Muhayyerliği ve Hukukî Sonuçları**”nı incelemeye karar verdik.

Araştırmamızı, gücümüz nisbetinde mukayeseli olarak yürütmeye ve -tek fıkıh mezhebi, İslâm hukukunu ihata edemeyeceği için- mukayesemizi, önce İslâm hukuk ekolleri arasında, daha sonra, İslâm hukuku ile Türk Borçlar hukuku arasında yapmaya çalıştık. Böylece incelememizi, özellikle hukuk tarihimiz açısından daha yararlı hale getirdiğimize inanmaktayız. Bu kadarıyla yetinmeyip yeri geldikçe, İslâm hukukuna ne ölçüde yaklaştığını göstermek için, Mısır, Suriye, Lübnan, Ürdün, Alman, Fransız vb. ülke hukuklarına atıflarda bulunduk.

Araştırmamız, hukukî bir konunun mukayeseli olarak

1 Bkz. Tez, birinci bölüm, II, A.

2 Mecelle'de bu konuya 20, Türk borçlar kanununda 14 madde ayrılmış olması bunu açıkça göstermektedir. Bkz.MC.m.336-355; TBK.m.194-207.

3 Bkz. Tez.Bibliyografya, Vefa, Muhammed; Dişab,Es'ad.

4 Türk borçlar hukukunda ise, bazı çalışmalar vardır: Edis'in, “ **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**” adlı doktorası, Yavuz'un, “**Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu**” adlı doçentlik tezi, önemli çalışmalardır.

incelenmesi olunca, İslâm hukuk ekollerinin ilk kaynaklarından ziyade, daha çok mezhep içinde tanınan ve sistematik olanlarından yararlanmayı tercih ettik. Meselâ, Hanefî mezhebinde; **Mecelle-i Ahkam-i Adliye ve Şerhleri**, Kasânî'nin, **Bedâi'u's-Sanâi'i**, İbn Âbidin'in, **Reddu'l-Muhtar'ı**, Kadri Paşa'nın, **Murşidu'l-Hayran'ı** ve Zeylaî'nin **Tebyinu'l-Hakaik'i**; Malikî Mezhebinde, Hattâb'ın, **Mevâhibu'l-Celîl'i**, Mevvak'ın, **et-Tâc ve'l-İklîl'i**, Desûkî'nin, **Haşiye'si**; Safîî Mezhebinde, Şirbînî'nin, **Muğni'l-Muhtac'ı**, Ramlî'nin, **Nihayetu'l-Muhtac'ı**, Şirazî'nin, **el-Muhezzeb'i** ve Nevevî'nin, **el-Mecmû'u**; Hanbelî Mezhebinde, İbn Kudâme'nin, **el-Muğni'si**, İbn Kudâme el-Makdisî'nin, **eş-Şerhu'l-Kebîr'i**, Buhutî'nin, **Keşşafu'l-Kına'ı**; Zahirî Mezhebinde, İbn Hazm'ın, **el-Muhalla'sı**; İmâmiyye Mezhebinde, Hillî'nin, **el-Muhtasaru'n-Nafi'i**, en çok yararlandığımız kaynaklardır.

Mukayeseli hukuk alanında, İbn Rüşd'ün, **Bidâyetu'l-Muctehid**, Cezirî'nin, **Mezâhibu'l-Arba'a**, Senhurî'nin, **Masadiru'l-Hak**, Zuhaylî'nin, **el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuhû**, Zerka ve Zeydan'ın, **el-Medhal** adlı eserleri ile, el-Kürdî'nin, **Buhûsun Fî'l-Fıkhi'l-İslâmî ve Fıkhu'l-Mu'âvedât**, Mahmasânî'nin, **en-Nazariyyetu'l-Âmme Li'l-Mucebât ve'l-Ukûd** adlı eserleri, sık sık başvurduğumuz kaynaklar arasındadır.

Konumuzla ilgili olarak yapılan özel çalışmalardan, Es'ad Diyab'ın, **Damanu 'Uyubi'l-Mebi'i'l-Hafiyye**, Muhammed Vefa'nın, **Bey'u'l-Me'ib fi'l-Fıkhi'l-İslâmî ve'l-Kanuni'l-Vad'i el-Mısri**, Muhammed ez-Zuhaylî'nin, **el-'Ukudu'l-Musemmat** adlı eserleri ise, araştırmamızı kolaylaştırmıştır.

Türk Borçlar hukuku dalında, Edis'in, **"Türk Borçlar Hukukuna Göre, Satıcının Ayıba karşı Tekeffül Borcu"**, Yavuz'un, **"Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu"** adlı monoğrafleri, başvurduğumuz eserler arasındadır..

Alman, Fransız ve İsviçre hukuklarına, Türkçe ve Arapça çeviriler yoluyla uzanabildiğimizi itiraf etmeliyiz.

Araştırma bir giriş ve dört bölümden oluşmaktadır. Giriş kısmında, konuyla çok yakın ilişkisi bulunduğundan kısaca muhayyerlik hakkının mahiyeti ve kısımları üzerinde durulmuştur.

Birinci bölümde, ayıp ve ayıp muhayyerliği kavramları üzerinde durulmuş, ayıp muhayyerliğinin hukukî niteliği ve dayandığı deliller incelenmiştir.

İkinci bölümde ise, ayıp muhayyerliğinin şartları, kullanılması ve zamanı ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde, ayıp muhayyerliğinde dava, ayıbın ispatı ve davanın düşmesi konuları ele alınmıştır.

Ayıp muhayyerliğinin hukukî sonuçlarına ayrılan dördüncü bölümde ise, bu sonuçlar, mümkün oldukça mukayeseli olarak incelenmiştir.

## I-MUHAYYERLİK HAKKININ TANIMI VE MAHİYETİ

### A. MUHAYYERLİK HAKKININ TANIMI

Sözlükte “muhayyerlik” teriminin Arapça karşılığı, ( الخیار )dır. Bu kelime, (اختيار) anlamında bir isim olup, iki durumdan hayırlısını isteme anlamına gelir. ( خیر )kelimesinin çoğulu ( خيار ) ise, malın güzide ve seçilmiş olanları demektir.<sup>5</sup>

Hadislerde de<sup>6</sup> muhayyerlik, kişinin akdi geçerli veya geçersiz saymak gibi iki durumdan kendisi için hayırlı olanını tercih etmesi anlamında kullanılmıştır.<sup>7</sup> İbnu'l-Esir (606/1209)' in, vermiş olduğu bu tanım, İslâm hukukundaki tanıma oldukça yakındır.

İslâm hukukunda ise, muhayyerlik, kişinin iki veya daha çok şeyden birini kendisi için uygun görüp seçmesi demektir. Burada kasdedilen anlamı ise, akde taraf olanlardan birinin -şart, görme ve ayıp muhayyerliğinde olduğu gibi- akdi geçerli kılmak ya da feshetmek arasında seçenek sahibi olması, yahut, -ta'yin muhayyerliğinde olduğu gibi- satışa arzedilen mallardan birini akde konu olarak seçmesidir.<sup>8</sup>

### B. MUHAYYERLİK HAKKININ MAHİYETİ

Şartlar gerçekleşince esas olan satım akdinin bağlayıcı olmasıdır. Akdin bağlayıcı olması demek, taraflardan birinin akdi feshetmesine imkân veren muhayyerlik haklarından<sup>9</sup> hiç birine

5 Asım Efendi, **Kamus Tercemesi**(Okyanus),“el-Hıyâr” maddesi.

6 Buhârî, **Buyû'**,19,22,42,43,44.; Müslim, **Buyû'**,43,46,47; Ebu Dâvud, **Buyû'**, 51; Tirmizî, **Buyû'**, 26; Nesâî, **Buyû'**,4,8,9,10,82; İbn Mâce,**Ticarât**,17; Darimî, **Buyû'**,15; Muvatta', **Buyû'**,79; Ahmed b. Hanbel, II,4,9,52,54,73, 135,311; III,2,4,403,425,434; V,12,17,21,22,23.

7 İbnu'l-Esir, **Nihaye**,“el-Hıyâr” maddesi.

8 Yusuf Musa, **el-Emvâl**,466.

sahip olmaması demektir. Buna rağmen, İslâm hukuku, insanlar arasında sevgi ve güveni yaygınlaştırmak, nefret ve kını kaldırmak, tarafların akde rıza gösterdiklerini temin ve karşılıklı menfaatlarını korumak ya da onlara gelecek zararı gidermek için muhayyerlik hakkını meşru kılmıştır. İnsanların da buna ihtiyacı vardır. Böylece insanlar, alış-verişlerinde daha rahat, daha güvenli, düşünerek, danışarak ve beğenerek karar verme imkanına kavuşmaları amaçlanmıştır. Hem de çekişmeye, hileye, aldatma ve aldanmaya fırsat verilmemiştir.<sup>10</sup>

Yusuf Musa'nın da belirttiği gibi, aşağıda çeşitlerini belirteceğimiz herhangi bir muhayyerlik sebebiyle akdi tek taraflı olarak feshetme hakkı, sadece İslâm hukukunda tanınmıştır. Diğer hukuk sistemlerinde de akdi tek taraflı olarak bozma imkânı tanınmışsa da, İslâm hukukundaki şekli gibi değildir. Çünkü sayıları bir hayli kabarık olan muhayyerlikler başka hukuk sistemlerinde mevcut değildir.<sup>11</sup>

Kimi hukukçulara göre sayıları sekiz,<sup>12</sup> kimine göre onaltı<sup>13</sup>, kimine göre de onyediyeye<sup>14</sup> varan muhayyerlikler, iki şekilde meydana gelmektedir; Tarafların şart koşmasıyla, Şari'in (dinin) emretmesiyle<sup>15</sup>

a) Tarafların şart koşmasıyla meşru kılınan muhayyerliklerin hukukî dayanağı; **"Akitlerin gereğini yerine getiriniz"**<sup>16</sup> anlamındaki âyetler ile **"Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar"**<sup>17</sup> gibi hadisler ve tarafların irade hürriyetleri ile ilgili hukukî esaslardır.

b) Şari'in emretmesiyle meşru kılınan muhayyerlikler ise, bu muhayyerliklerle ilgili olarak gelen naslar ve icma' gibi diğer hukukî dayanaklardır. Bu nasları ilgili muhayyerlikleri ele alırken belirtmeye çalışacağız.

Muhayyerliklerin büyük bir kısmı fıkıh ve fetva kitaplarının "Kitabu'l-Buyu" denilen satım akdi bahsinde işlenmektedir. Diğer

9 Muhayyerlik çeşitleri için bkz. Tez, giriş, II.

10 el-Ceziri, **Mezahib**, II, 169-170; Ebu Zehra, **el-Milkiyye**, 384-385; Zuhayli, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 250; Ali, Fikri, **el-Mu'ameletü'l-Maddiyye ve'l-Edebiyye**, I, 51.

11 **el-Emvâl**, 466; **el-Fıkhu'l-İslâmî**, 459.

12 Zuhayli, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 250, 522.

13 Şirbini, **Muğni**, II, 43; Zuhayli, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, 459.

14 Haskefi, **ed-Durru'l-Muhtar**, IV, 565.

15 Ebu Zehra, **el-Milkiyye**, 385. Krş. Ceziri, **Mezahib**, II, 170.

16 Maide 5/1.

17 Buhârî, **İcare**, 14; Ebu Dâvud, **Akdiye**, 12.

akitlerde geçerli olan muhayyerlikler için genellikle satım akdine atıflarda bulunulur. Mecelle heyeti ise, satım akdinin altıncı bölümünde müstakil olarak muhayyerlikleri ele almakta ve bunlardan yedisini incelemektedir.<sup>18</sup> Muasır bazı hukukçular da aynı yolu izleyerek muhayyerlikleri müstakil bir başlık altında ele almaktadırlar.<sup>19</sup>

Günümüz hukukun da, İslâm hukukundaki şekli ile olmasa da, bu konuda çeşitli müesseseleri vardır. Gerçekten MK.nun gerçek kişilerin ehliyetini ve bu arada hukukî muamele yapma ehliyetini düzenleyen hükümleri(m.9-16), bu anlamda kişinin iradesini koruyan hükümlerdir. Aynı şekilde BK.nun kişiyi hata, hile ve ikrah olarak düzenlediği irade bozukluğuna karşı koruyucu 23-31. maddeleri de, iradenin hukukî muameleler alanında geniş bir şekilde korunmasına yol açmaktadır<sup>20</sup>.

Batı kaynaklı hukuklarda irade bozukluklarının bağlayıcı olmayan akitler meydana getirdiğini, yani müeyyidesinin nisbî butlân olduğunu, İslâm hukukunda ise, bunların genel bir nazariyesi bulunmadığını, müeyyidelerinin de farklı olduğunu biliyoruz. Ancak Malikî mezhebi, bunlara yanılma , hile, ikrah ve gabn muhayyerliklerini ekleyerek batı hukukuna yaklaştırmıştır.

İslâm hukukundaki bağlayıcı olmayan (gayri lâzım) akitler, yalnızca, Türk borçlar hukukundaki irade bozukluklarını değil, bunların dışında kalan bir takım tasarruf ve fiilleri de içine almaktadır. Meselâ, vekâlet, şirket, vadi'a ve 'ariye gibi.

Bağlayıcı olmayan akitlere sebep olan muhayyerliklerden "şart, ta'yin, görme ve ayıp" muhayyerlikleri, İslâm hukukunun kat' ettiği terakki mesafesi oldukça büyüktür. Şart ve ta'yin muhayyerlikleri akdin teşekkülüne(in'ikâd), görme muhayyerliği, akdin hükmünün tamamlanmasına, ayıp muhayyerliği ise, kabzdan önce akdin hükmünün bağlayıcılığına mani olmaktadır.<sup>21</sup>

İslâm hukukunda muhayyerlik hakkı, günümüzün problemi; "tüketicinin korunması" açısından da son derecede önemlidir. Gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde tüketicinin korunması

18 MC.m.300-360.

19 Bkz. Ebu Zehra, *el-Milkiyye*,384; Yusuf Musa, *el-Emvâl*, 466; Zuhaylî, *eL-Fıkhul-İslâmî*,IV,519; el-Kürdî, *Buhûs*, 236.

20 Bkz. Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*, 4.

21 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 308; Krş. Senhurî, *Mesâdir*, IV,280-282.

artık toplumsal bir problem olarak kabul edilmektedir. Bu konuda alınacak tedbirler, bir taraftan tüketiciyi korurken, diğer taraftan üretici ve satıcının hakkına da riayet ederek piyasaya kaliteli ve güvenli mal sürme yarışını sağlar.

## II-MUHAYYERLİK HAKKININ KISIMLARI

Muhayyerlik hakları, beş kısma ayrılmaktadır:

### A. ÇEŞİT BAKIMINDAN

İslâm hukukunda, muhayyerlikler, hukuk ekollerine göre çeşitli kısımlara ayrılırlar; **Malikîler**'e göre iki türlü muhayyerlik vardır. 1) Görüp düşünme anlamında "Teravvî muhayyerliği", 2)"Nakisa" ya da hükmî muhayyerlik<sup>22</sup>

**Şafilîler**'e göre de iki türlü muhayyerlik vardır: 1) Teşehhî Muhayyerliği, 2) Nakisa muhayyerliği

#### 1) Teşehhî muhayyerliği;

Akdi yapanların kendi istek ve arzuları ile -satılandaki bir noksanlıktan kaynaklanmayan- aralarında kararlaştırdıkları bir muhayyerliktir. Meclis ve şart muhayyerliği gibi.

#### 2) Nakisa muhayyerliği;

Lafzî bir hata veya fi'li bir hile ya da örfî bir kazadan kaynaklanan bir muhayyerliktir. Ayıp, tasriye, hulf, muhayyerlikleri gibi.<sup>23</sup>

**Hanbelîler**'e göre, sekiz çeşit muhayyerlik vardır: 1) Meclis, 2) Şart, 3) Ğabn, 4) Tedlis, 5)Ayıp, 6) Hıyane, 7) Semende ihtilaf, 8) Safka (pazarlık) ayırımı muhayyerlikleri.<sup>24</sup>

**Hanefîler**'e göre ise, muhayyerlikler çeşit bakımından onyedî kısma ayrılmaktadır.<sup>25</sup> Mecelle, bunun yedi tanesini kanunlaştırmıştır. Bu giriş bölümümüzde, Mecelle'deki sırayı göz

22 İbn Cuzey, **Kavânîn**, 299-300; Derdir, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, III,91; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV,520.

23 Şafilîlere göre toplam onaltı muhayyerlik vardır. Bkz.Şirbînî, **Muğni**, II, 43; er-Ramlî, **Nihâye**, IV, 3 vd.; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 520-522.

24 Bkz. Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 522. İbn Kudâme el-Makdisî ve Haccavî'ye göre muhayyerlikler yedi kısımdır. Bkz. **eş-Şerhu'l-Kebîr**, IV, 61-115; **el-İkna'**, II, 83 vd.

25 Haskefî, **ed-Durru'l-Muhtar**, IV, 565 vd.; Ali Haydar, **Dürer**, I,473 vd.

önüne alarak bu muhayyerlikleri kısaca tanıtmakla yetineceğiz.

### 1. Şart Muhayyerliği,

Akdi yapanlardan birinin veya her ikisinin yahut onların dışında birinin belli bir süre içinde akdi feshetme veya devam ettirme hakkının bulunmasıdır.<sup>26</sup> Meselâ, alıcının satıcıya; "Bu şeyi senden bir gün veya üç gün süreyle muhayyer olmam şartıyla satın aldım." demesi gibi. Züfer(158/775)'e göre tarafların dışında birine şart muhayyerliği hakkı verilmez.<sup>27</sup> Hanefilerin çoğuna, Malikî, Şafî'i ve Hanbelîler'e göre verilebilir.<sup>28</sup>

Aslında mubadeleye dayanan akitler, talikî şarta bağlanmaz. Bu, akdin tabiatına aykırıdır. Bu nedenle şart muhayyerliğinde görüş ayrılığı vardır. Sevrî(161/778), İbn Şübrûme(144/761) ve bazı Zahirîye mezhebi hukukçuları dışında, çoğunluk, şart muhayyerliğini benimsemektedir.<sup>29</sup> Çünkü buna insanların ihtiyacı vardır. Bazı durumlarda akdin tarafları, akdi kesinleştirmeden önce düşünüp taşınmaya ihtiyaç duyabilirler.<sup>30</sup> Ayrıca bu konuda naslar vardır; bir savaşta başından aldığı bir yara dolayısıyla muhakemesi zayıflayan Habban b. Munkiz, alış-verişlerde aldandığından yakınması üzerine, Hz. Peygamber, ona; **"Aldatma yok, ben üç gün muhayyerim de!"**<sup>31</sup> Buyurmuştur. Yine İbn Ömer(73/692)'in rivâyet ettiği bir hadiste; **"Alanla satan ayrılmadıkları müddetçe, muhayyerdirler, ancak daha uzun süre muhayyer olmak şartıyla satım müstesna."**<sup>32</sup> buyurulmuştur. Şart Muhayyerliğini kabul etmeyenler; "Bunda tehlike vardır. Çünkü akdin sonucu, mechule bağlanmaktadır. Akitte esas olan bağlayıcı olmasıdır. Bu kuralın dışına çıkmak için kitap ve sünnetten bir delil olmalıdır. Rivayet edilen hadisler, sabit olsalar bile, özel şahıslar içindir, ayrıca başka anlamlara çekilmeleri de mümkündür." demektedirler.<sup>33</sup>

Şart muhayyerliğinin meşruluğunu kabul eden hukukçular,

26 Bkz.MC.m.300-309; Kadri Paşa, MH.m.329-338; Zuhaylî, el-Fıkhu'l-İslâmî, IV, 254.

27 Kadri Paşa, MH.m.332.

28 Bkz. İbn Rüşd, Bidâye, II, 177; Şirbînî, Muğni, II, 46; İbn Âbidîn, Reddu'l-Muhtar, IV, 567; Desûkî, Haşiye, III, 93; el-Kürdî, Buhûs, 241; 'Assâf, el-Ahkâmu'l-Fıkhiyye, II, 55-58.

29 İbn Rüşd, Bidâye, II, 174.

30 Serahsî, Mebsûf, XIII, 40-41.

31 Buhârî, Buyû', 19, 22, 42; Husumât, 3; Müslim, Buyû', 43-47.

32 Buhârî, Buyû', 19; İbn Mâce, Ticarat, 17.

33 Serahsî, Mebsûf, XIII, 41; İbn Rüşd, Bidâye, II, 174.

muhayyerlik süresi konusunda ihtilaf etmişlerdir. Ebu Hanife(150/767), Züfer(158/775) ve Şafii(204/819)'ye göre bu süre, hadiste ifade edilen üç günlük bir süredir.<sup>34</sup> Hanefilerden imameyn ve Hanbeliler ise, bu sürenin karşılıklı anlaşmaya bağlı olduğunu kabul etmektedirler. Onlara göre hadisteki süre, bağlayıcı değildir. Bu süre Habban için yeterli idi. Ama başkası için olmayabilir.<sup>35</sup> Malikiler de bu süreyi, ihtiyacın gerektirdiği kadar caiz görmüşlerdir. Meselâ, meyvede bir gün, kumaş ve hayvanda üç günden fazla olmaz, arazi satımında üç günden fazla olabilir, ev ve benzeri şeylerde ise bu süre, bir aydır. Çünkü bu muhayyerlikten kasıt, denemektir. Bu da malın cinsine göre değişir.<sup>36</sup>

Şart muhayyerliği feshedilebilir ve bağlayıcı akitlerde geçerli olmaktadır. Vekâlet vedia gibi bağlayıcı olmayan, nikah ve boşama gibi feshedilemeyen akitlerde geçerli olmamaktadır.<sup>37</sup> Sarf gibi hemen kabzi gerektiren akitlerde de bahsi geçen muhayyerlik şart koşulmaz.<sup>38</sup>

Şart muhayyerliğinin hukukî sonuçlarına gelince; bunu ikiye ayırmak mümkündür: 1) Üzerinde görüş birliğine varılan sonuçlar, 2) İhtilaf edilen sonuçlar.

1) Muhayyerlik hakkı bulunan kişi açısından akit bağlayıcı değildir. Muhayyerlik müddeti boyunca bu hakkını dilediği yönde kullanabilir, müddet bitinceye kadar muhayyerlik hakkı kullanılmazsa, akit bağlayıcı olur. Bunda ihtilaf yoktur.

2) İhtilaf edilen husus ise, akdın herhangi bir netice doğurmamasıdır. Bu nedenle **Ebu Hanife**'ye göre, her iki taraf muhayyer olduğu takdirde, muhayyerlik süresi boyunca her iki bedelin de mülkiyeti intikal etmez. Yani, satılanın mülkiyeti alıcıya, satım parasının da mülkiyeti satıcıya geçmez.<sup>39</sup> Sadece satıcı muhayyer olduğu takdirde, satılanın mülkiyeti satıcıda kaldığı halde, satım parasının mülkiyeti alıcıda kalmaz. Çünkü akit onun

34 Serahsî, **Mebsût**, XIII, 40; Şirazi, **Muhezzeb**, I, 258; Kasanî, **Bedâi'**, V, 174; Şirbinî, **Muğni**, II, 47. Krş. Taberî, **İhtilâfu'l-Fukaha**, 62, 63.

35 Serahsî, **Mebsût**, XIII, 41; Kasanî, **Bedâi'**, V, 74; İbn Kudame, **el-Muğni**, IV, 95 vd. Krş. İbn Rüşd, **Bidâye**, II, 174-175; İbn Kudame el-Makdisî, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, IV, 65, 66, 70.

36 İbn Rüşd, **Bidâye**, II, 174; İbn Cüzey, **Kavânin**, 299; Desûkî, **Haşiye**, III, 91-93.

37 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 569-570; el-Kürdî, **Buhûs**, 239.

38 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 570; Şirbinî, **Muğni**, II, 47.

39 Bkz. Kasanî, **Bedâi'**, V, 264 vd.; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 572; Zühaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV, 550.

açısından bağlayıcıdır. Ancak her iki bedel bir kişinin elinde toplanmasını diye, satım parasının mülkiyeti satıcıya da geçmez. **İmameyn**, buna itiraz etmişlerdir. Çünkü onlara göre eşyanın sahipsiz kalması caiz değildir. Müşteri muhayyer olduğu takdirde, durum satılan için aynıdır. **Malikîler**'e göre ise, şart muhayyerliği süresi boyunca, satılanın mülkiyeti satıcındır.<sup>40</sup> **Şafiî ve Hanbelîler**'de iki görüşten en açık olanına göre, muhayyerlik hakkı, akdin sonuçlarına tesir eder; her iki bedelin de mülkiyeti iki tarafa intikal eder. Çünkü akit sahihtir.<sup>41</sup>

Şart muhayyerliği şu hususlardan biriyle düşer:<sup>42</sup>

- a) Herhangi bir şekilde akdi bozmak ya da onaylamak,
- b) Muhayyerlik süresinin sona ermesi,
- c) Malın helakı,
- d) Müşteri muhayyer olduğu takdirde, elinde satılarda bir artış olması,
- e) Muhayyer olan kişinin ölümü.<sup>43</sup>

**Malikî ve Şafiîlere** göre, ölümle muhayyerlik sona ermez, varislerine intikal eder.<sup>44</sup>

## 2. Vasıf Muhayyerliği,

Satıcının istenen vasıfları taşıyor diye satmış olduğu mal, o vasıfları taşımıyorsa, alıcı muhayyerdır; dilerse satım akdini fesheder, dilerse konuşulan fiyatla satılanı kabul eder. Buna vasıf muhayyerliği denir.<sup>45</sup>

**Şafiî ve Hanbelî** hukukçular, vasıf muhayyerliğini, ayıp muhayyerliği hükümleri içerisinde, bugünkü Borçlar Kanunu ise(m.194), satıcının ayıba karşı tekeffül borcu hükümleri içerisinde değerlendirmiştir.<sup>46</sup> Vasıf muhayyerliğinin sahih olması

40 İbn Cüzey, **Kavânin**,300; Desûkî, **Haşîye**, 103; Türk borçlar hukukunda da aynı görüş benimsenmektedir. Bkz. Feyzioğlu, **Borçlar hukuku**, I, 139-140; BK.m.219.

41 Şirazi, **Muhezzeb**, I,259; Şirbini, **Muğni**, II,48; İbn Kudame el-Makdisî, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, IV, 70.

42 Bkz. Serahsî, **Mebûsât**, XIII, 42-44; İbn Cüzey, **Kavânin**, 299; Şirbini, **Muğni**, II, 49; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 582-583.

43 Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV, 260.

44 Şirbini, **Muğni**, II,45; Desûkî, **Haşîye**, III. 101-103.

45 MC.m.310-312; Ali haydar, **Dürrer**, I, 502-508. Krş. İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 587-592.

46 Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**,IV, 523; tez, Birinci bölüm, II, B.

için şu şartların bulunması gerekmektedir:

a) Olması istenen vasfın nizaa götüren bir belirsizliğe neden olmamalıdır. Aksi takdirde hem şart, hem de satım akdi fasit olur. Meselâ; satım konusu ineğin şu kadar litre süt vermesi şartıyla denmesi gibi, böyle bir şart koşturmak doğru değildir. Çünkü bir ineğin her zaman ne kadar süt vereceği bilinmez, bu da nizaa sebep olabilir, bu nedenle akit bozulur.<sup>47</sup>

b) Şart koşulan vasfın örf ve adetçe istenen bir vasıf olmalıdır. Böyle olmadığı takdirde şart bozulduğu(lağv) için, muhayyerlik hakkı doğmaz. Ancak akit sahihtir. Meselâ; erkek diye alınan hayvanın dişi çıkması, vasıf muhayyerliğini doğurmaz. Çünkü örf-âdette dişi hayvan daha çok rağbet görmektedir. Ancak çifte koşturmak gibi özel bir maksatla şart koşulmuşsa, herhalde durum farklı olur.<sup>48</sup>

c) Şart koşulan vasfın hukuken mubah olması.

Vasıf muhayyerliğinin hukukî sonuçları ayıp muhayyerliğinin sonuçlarının aynısıdır.<sup>49</sup>

### 3. Nakd (Ödeme) Muhayyerliği

Satıcı veya alıcı belli bir vakte kadar satım parasının ödenmesi, ödenmediği takdirde aralarında satım olmamak üzere pazarlık etmeleridir ki, buna nakd muhayyerliği denir.<sup>50</sup>

İslâm hukukçularının çoğunluğu, nakd muhayyerliğinin her iki taraf için *istihsân* yoluyla geçerli olduğunu kabul etmektedirler. Züfer ise, kıyası esas alarak, böyle bir şartın taraflardan birine menfaat sağlayacağı ve akdin gerektirdiği şartlardan olmayacağı gerekçesiyle bu muhayyerliği kabul etmemektedir. Züfer'e göre nakd muhayyerliğini gerektiren bir şart, akdi ifsâd eder.<sup>51</sup>

Ebu Hanife'ye göre nakd muhayyerliği, şart muhayyerliğinin bir şikî durumundadır, bu nedenle, süresi üç gündür. **İmam Muhammed'e** göre ise, anlaşmaya bağlıdır.

Nakd ile şart muhayyerliği arasındaki en önemli fark şudur: Şart muhayyerliğinde esas olan akdin bağlayıcı olması iken, nakd

47 el-Kürdî, **Buhûs**, 314-315.

48 el-Kürdî, **Buhûs**, 315; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 522-523.

49 Bkz. Tez, dördüncü bölüm, I, II, III, IV, V.

50 MC.m.313. Krş. Serahsî, **Mebsût**, XIII,50; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 571.

51 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 571; el-Kürdî, **Buhûs**, 309.

muhayyerliğinde esas olan, bağlayıcı olmamasıdır. Şart muhayyerliği süresi boyunca akit feshedilmezse, akit bağlayıcı olurken; nakd muhayyerliğinde bu süre boyunca fiyat ödenmezse, satım fesholunur.<sup>52</sup>

#### 4. Ta'yin Muhayyerliği,

Ta'yin muhayyerliği, her birinin kıymeti ayrı ayrı söylenmek suretiyle, akitde iki veya üç şeyden birisini akit konusu olmak üzere tayin etmek için taraflardan birine tanınan haktır.<sup>53</sup>

Ta'yin muhayyerliğini, satılanın belirsizliği gerekçesiyle, Malik(179/975), Şafii(204/819), Ahmed b. Hanbel(241/855) ve Züfer gibi hukukçular kabul etmemişlerdir. Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Muhammed ise, insanların ihtiyaçlarını ön plana alarak, satılndaki cehalete rağmen istihsan yoluyla bu muhayyerliği meşru görmüşlerdir. Ebu Hanife ve iki talebesine göre, daha uygun ve daha müsamahalı olanı seçmeye ihtiyaç vardır. Maslahat ve örf de bunu gerektirir. Ayrıca buradaki cehalet(satılanın belirsizliği), nizaa sebep olacak nitelikte değildir.<sup>54</sup> Mecelle heyeti de, bu doğrultuda maddeler düzenlemiştir.<sup>55</sup>

Ta'yin muhayyerliğinin sahih olabilmesi için;

a) Muhayyerliğin en fazla iki-üç şey arasında olması gerekir. Daha fazla şey arasında olması caiz değildir. Çünkü mallar, kaliteli, orta ve kalitesiz olmak üzere üç durumda bulunduğu için, üç şey ihtiyaca cevap vermeye kafidir.

b) Satıcının bu muhayyerliği açıkça onaylaması gerekir.

c) Satılanın elbise gibi kıyemî mallardan olması gerekir. Misli mallarda olmaz. Çünkü bunlar arasında bir fark olmadığından muhayyerliğin bir faydası olmaz.

d) Sürenin şart muhayyerliği süresi kadar olması gerekir. Bu da, **Ebu Hanife**'ye göre, üç gün, **Ebu Yusuf** ve **Muhammed**'e göre kararlaştırılan herhangi bir süredir.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> el-Kürdî, **Buhûs**,309; Ali Haydar, **Dürer**, I, 508-510; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 524.

<sup>53</sup> Zeydan, **Medhal**, 317.

<sup>54</sup> Merğınanî, **Hidaye**,III.31; Ali Haydar, **Dürer**, I, 511-512.

<sup>55</sup> Bkz. MC.m.316-319.

<sup>56</sup> Zeydan, **Medhal**, 317-318; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, 525-526. Krş. İbnu'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, V, 521-524; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 585-587.

Ta'yin muhayyerliği ile birlikte şart muhayyerliğinin de bulunması zorunlu değildir. Her ikisinin beraber bulunması mümkün olduğu gibi, olmaması da mümkündür.<sup>57</sup>

Muhayyer kişinin, mallardan birini açıkça ya da dolaylı olarak belirlemesi, yahut, mallardan birinin helâk olmasıyla ta'yin muhayyerliği hakkı düşer.<sup>58</sup>

### 5. Görme Muhayyerliği,

Görme muhayyerliği; alıcının gerek akit sırasında, gerekse - satılanın değişmeyeceği kadar- akitten kısa bir süre önce görmeden satın aldığı şeyi gördüğünde, akdi bozması ya da onaylaması hakkının olmasıdır.<sup>59</sup>

Buradaki görme akit konusunun durumunu anlamak, bilmek ve durumu hakkında bilgi sahibi olmak anlamına gelir. Bu da beş duyudan biriyle olur. Her şey kendisine uygun bir duyu organıyla anlaşılır; meselâ, misk, koklamakla, yenilecek şeyler, tatmakla, kumaş vb. şeyler dokunmak ve görmekle, müzik aletleri, dinlemekle idrak edilir.<sup>60</sup>

Görme muhayyerliğinin şartsız ve açık olarak muteber olduğu mezhep, Hanefi mezhebidir. Diğer mezhepler, bu konuyu daha dar tutmuşlardır. **Hanefiler'e göre, görme muhayyerliği, " Görmeden bir şeyi satınalan kimse, onu görünce -alıp almamakta-muhayyerdir."**<sup>61</sup> hadisine dayanmaktadır. Bu nedenle ta'yin ve şart muhayyerliğinin aksine görme muhayyerliği doğrudan hadisle emredilmektedir. Akit sırasında görme muhayyerliği şart koşulmasa, hatta malı görmeden, "kabulumdr" dense bile, bu muhayyerlik geçerliliğini korur. Ayrıca bunda nizaa sebep olacak bir belirsizlik de yoktur.<sup>62</sup>

**Malikiler, Hanefiler'in anladığı anlamda bir görme muhayyerliği tanımamaktadırlar. Malikiler'e göre satılan mal, görülebilecek durumda ise, alıcının onu görmesi şarttır. Aksi**

57 Ali Haydar, **Dürer**, I, 511; Zeydan, **Medhal**, 317.

58 Zeydan, **Medhal**, 318.

59 Zuhayli, **el-Fıkhu'l-İslmi**, IV, 267. Krş. MC.m.320.

60 Ali Haydar, **Dürer**, I, 527; Zeydan, **Medhal**, 319. Krş. MC.m.323.

61 ( من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه ) Darekutni, **Sünen, Buyû'**, III, 5; Zeyla'i, **Nasbu'r-Raye**, IV, 9. Krş. Buhri, **Buyû'**, 55; İbn Mâce, **Ticarât**, 20; Nesi, **Buyû'**, 60, 73.

62 Kasânî, **Bedl**, V, 297; Yusuf Musa, **el-Emvâl**, 482.

takdirde akit, batıldır. Malı görmek mümkün olmaz ya da ambalajının açılmasında zarar olursa, vasıfları söylenerek satım akdi yapılabilir. Bu takdirde görme muhayyerliği değil, vasıf muhayyerliği söz konusu olur. Mal için söylenenler doğru çıkarsa, akit bağlayıcı hale gelir. Mal söylenenlere, uygun çıkmazsa, alıcı alıp-almamakda serbesttir. Buna vasıf muhayyerliği denir. Malikîler'e göre malın ambalajını açmadan bir liste veya defterden içindekileri ve vasıflarını okuyarak alıp satmak da mümkündür. Buna «**el-Bey' 'ale'l-Bernamec**» denir ki, bu satım çeşidi de vasıf muhayyerliğine sebep olmaktadır. Alıcının daha önce malı görmüş olması, bu esnada değişiklik olmamışsa, akit esnasında görmek gibi kabul edilir. Mal görülmemiş ya da vasıfları söylenmemişse, alıcı gördüğü takdirde muhayyer olacağını şart koşmadığı takdirde, satım akdi bâtil olur.<sup>63</sup>

**İmam Şafî**'nin görme muhayyerliği konusunda eski ve yeni olmak üzere iki ictihadı bulunmaktadır. Yeni ictihadına göre, akdin sıhhati için malın görülmesi şarttır, mecliste bulunsun bulunmasın, daha önce görülmüş olsun, olmasın akit esnasında mal görülmedikçe, akit sahih olmaz. Akit esnasında alıcı malı görmüşse, artık tekrar gördüğünde görme muhayyerliğinden söz edilemez. Şafî, bu yeni ictihadında ğarar (mechul olmak) prensibi ile, "**insanın yanında olmayan şeyin satımını yasaklayan**" hadise<sup>64</sup> dayanmıştır. O'na göre, Satım parası(semen) tavsif edilerek, mal ise, görülerek ğarar'dan kurtulabilir.<sup>65</sup>

**Hanbelî** mezhebinde ise, bu konu da üç ictihad bulunmaktadır. Tercih edilen ictihada göre, bu mezhepte de görme muhayyerliğine yer verilmediğini söylemek mümkündür.<sup>66</sup>

Feshedilebilir akitlerde geçerli olan görme muhayyerliğinin gerçekleşmesi için, akit konusu malın, tarafların ta'yin ve belirlemesi ile belirli hale gelen mal cinsinden olması gerekir. Aksi takdirde mal, misli olacağından bu gibi mallar akitle değil, kabz ile mülk haline gelir. Mülk haline gelmemiş bir malı reddetmenin

63 Bkz. İbn Rüşd, **Bidâye**, II,129. Krş. Malik, **el-Mudevvene**, X, 44-45; Hattâb, **Mevâhibu'l-Celil**, IV, 409; Desûkî, **Hasîye**, III,23-24.

64 Buhârî, **Buyû'**, 55; Tirmizî, **Buyû'**, 19; Ebu Dâvud, **Talâk**, 7; Nesâî, **Buyû'**,60,72; İbn Mâce,**Ticarât**, 20.

65 Şirâzî, **Mühezzeb**, I, 263-264; Şirbînî, **Muğni**, II, 18. Deliller ve tartışmalar için bkz. Serahsî, **Mebisât**, XIII,68-70.

66 İbn Kudame, **el-Makdisî**, **eş-Şerhu'l-Kebir**, IV,61-114; Buhûtî, **Keşşafu'l-Kina'**, II,44; Karaman,**Mukayeseli İslâm Hukuku**,II, 295.

anlamı yoktur. Ayrıca alıcının satın aldığı sırada malı görmemiş olması gerekir, daha önce görmüşse, bakılır; eğer mal, arada geçen süre içinde değişikliğe uğramamış ise, görerek almış sayılır, değişikliğe uğramışsa, muhayyerlik hakkı saklıdır.<sup>67</sup>

Belli bir müddet ile sınırlı olmayan görme muhayyerliği hakkı,<sup>68</sup> dört yerde düşmektedir:

a) Alıcının malı görmesi ve ona açık ya da kapalı bir şekilde razı olması. Malın tamamının görülmesi şart olmayıp, alım-satımda maksadı teşkil eden yanını görmek ve bilmek yeterlidir.<sup>69</sup>

b) Alıcının Ölmesi (MC.m.321).

c) Satım konusunun zayı olması, eksilmesi ve değişmesi.

d) Alıcının satılarda tasarrufta bulunması.<sup>70</sup>

#### 6. Ayıp Muhayyerliği.

Tezimizin konusunu teşkil ettiği için bu muhayyerliğin burada sadece bir tanımını vermekle yetineceğiz;

Ayıp muhayyerliği, satım için belirlenmiş olan şeyde akit sırasında farkına varılmayıp, sonradan farkedilen ayıptan dolayı taraflardan birinin akdi bozma hakkına sahip olmasıdır.<sup>71</sup>

#### 7. Ğabn ve Tağrir Muhayyerliği.

Ğabn ve tağrir muhayyerliği, **Hanefiler'e** göre meşrudur. Mecelle'de bu muhayyerlik, 357. maddede şöyle tanımlanmıştır. "Mütebayırandan biri diğerini tağrir edip (aldatıp) de bey'te ğabn-ı fahiş olduğu tahakkuk ettikte, mağbun olan kimse, bey'i feshedebilir."

Satım akdinde aldatma kasdi olmadan ğabnı fahiş bulunsa bile aldanan, akdi feshedemez. Yetim malı, vakıf ve beytül-mal bunun dışında tutulmuştur.<sup>72</sup>

Ğabn ve tağrir muhayyerliği, malın helâkı, ayıplanması, ya da onda tasarruf edilmesi durumlarında düşer.<sup>73</sup>(MC.m.360).

67 Kasanî, **Bedâi'**, V, 292,295; MC.m.332.

68 Kasanî, **Badâi'**, V,295.

69 Bkz. MC.m.324-331; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II,292,293.

70 Kasanî, **Bedâi'**, V, 295,297.

71 Ebu Zehra, **el-Milkiyye**,403.

72 MC.m.256; Kadri Paşa, MH.m. 546.

73 Kadri Paşa, MH.m.545-549; tez, Birinci bölüm, I,B, 1. Krş. İbn Âbidin,

## 8. Kabul ve Rucu' Muhayyerliği,

Satım meclisinde,74 icabtan sonra, meclisin sonuna kadar taraflar muhayyerdir. Meselâ, taraflardan birisi satım meclisinde; "bu malı şu kadar liraya sattım yahut aldım" diye satışı icab etse, diğeri hemen arkasından; "aldım, yahut sattım demeyip de bir müddet sonra yine o mecliste kabul etse satış gerçekleşmiş (munakid olmuş) olur. Meclisin uzaması, icab ve kabulün arasında bir hayli zamanın geçmesi zarar vermez"(MC.m.182).

İcabtan sonra kabulden önce taraflardan birinin vazgeçtiğini gösterir bir söz ya da davranış bulunursa, icab batıl olup, kabule gerek kalmaz. Şöyleki; taraflardan biri, sattım yahut aldım dedikten sonra, ikisinden birisi başka bir işle meşgul olsa icap bâtil olup, ondan sonra kabul ile satım akdi gerçekleşmez(MC.m.183).

Satım akdinin taraflardan biri icab edip, ancak diğerrinin kabulünden önce geri dönse(rucu'), icab batıl olup, ondan sonra kabul ile akit gerçekleşmez(MC.m. 184).

Bu iki muhayyerlik hakkında Kasânî şu satırları kaydetmiştir: "İcab ve kabulün özelliklerine gelince, bunlardan her biri, diğeri meydana gelmeden bağlayıcı değildir. Dolayısıyla akdın iki rûknünden birisi meydana geldikten sonra da -diğeri bulunmadıkça- sahibini bağlamaz. Hatta alış-veriş yapanlardan birisinden rûkûnlerden biri sadır olunca, karşı tarafın kabul muhayyerliği ve icabı yapanın da, kabulden önce rucu'(vazgeçme) muhayyerliği vardır; çünkü Ebu Hureyre vasıtasıyla Hz. Peygamber'in şöyle buyurduğu rivâyet edilmiştir: **"Alış-veriş yapan iki taraf, satışlarından ayrılmadıkça muhayyerdirler."**<sup>75</sup> Satışlarından ayrılmadıkları müddetçe iki taraf için tanınan muhayyerlik, rucu' muhayyerliğidir. Eğer iki rûkûnden birisi, - diğeri bulunmadan- bağlayıcı olsaydı, sahibi bu rûkûn üzerinde zorlanmış olurdu, bu ise, caiz değildir."<sup>76</sup>

**Ebu Hanife** ve **Malik'e** göre, akit icab ve kabul ile tamam olduktan sonra, akdi yapanlar, bedenen birbirlerinden ayrılmasalar dahi, meclis sona ermiş sayılır ve akit bağlayıcı olur. Buna karşı, **Şafi, Ahmet bin Hanbel** gibi bazı hukukçular, "taraflar bedenleriyle

•Tahbiru't-Tahrir• Mecmu'atu'r-Resâil,II, 68-86.

74 Satım meclisi; pazarlık için bir araya gelmedir(MC.m.181).

75 Buhârî, **Buyû'**,19,22,42, 43, 44, 46, 47; Müslim,**Buyû'**,43,46,47; Ebu Dâvud, **Buyû'**,51; Tirmizî, **Buyû'**,26; Nesâî, **Buyû'**, 4, 8, 9, 10, 82; İbn Mâce, **Ticaret**,17.

76 Kasânî, **Bedâi'**, V, 134. Ayrıntılı bilgi için bkz. Heyet, **Hindiyeye**, III,7; Senhurî, **Mesâdir**, II, 13-14; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 85 vd.

birbirlerinden ayrılıp akit meclisini terketmedikçe, akit bağlayıcı değildir.” demektedirler. Bunlara göre, ayrıca meclis muhayyerliği vardır.<sup>77</sup>

### 9. Kemiyyet Muhayyerliği,

Herhangi bir şahsın bir çanta yahut el ve benzeri bir kapta bulunan para karşılığında bir mal satın alınması, satıcının da buna karşılık paranın ne kadar ve tür olduğunu bilmemesi halinde sahip olduğu muhayyerliktir. Bu durumda satıcı çantayı açıp parayı gördükten sonra satışı geçerli kabul etmekle feshetmek arasında muhayyer olur. **Hanefiler**'de, buna görme muhayyerliği değil, kemiyyet muhayyerliği denir. Çünkü görme muhayyerliği nakitlerde sabit olmaz.<sup>78</sup>

### 10. İstihkâk Muhayyerliği,

Satımdan sonra bir başkasının satılanın bir kısmında ya da tamamında hak sahibi olduğunu iddia etmesi halinde müşteriye tanınan bir muhayyerliktir. Bu muhayyerlik, ölçülebilir ve tartılabilir misli mallarda değil, kıyemî mallarda bahis konusudur.<sup>79</sup>

### 11. Hıyânet Muhayyerliği,

Bu muhayyerlik daha çok, murabaha, tevliye ve vezia gibi emanet ve güven esasına dayanan akitlerde olur. Bu tür akitlerde satıcının sermaye bildiriminde yalan söylediği anlaşılırsa, **Hanefî** ve **Malikîler**'e göre alıcı, malı kabul etmekle geri vermek arasında muhayyerdir.<sup>80</sup> Hanbelîler'e göre, malı reddetmez ancak satım parasından hıyanet miktarı düşürebilir.<sup>81</sup> **Şafilîler**'in tercih edilen görüşlerine göre ise, alıcı muhayyerlik hakkına sahip değildir.<sup>82</sup>

77 İbn Rüşd, **Bidâye**, II, 141 vd. İstanbul 1333; İbn Cüzey, **Kavânîn**, 300; ayrıntılı bilgi için bkz. Taberî, **İhtilâfu'l-Fukahâ**, 56-62.

78 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 531, 566; Ali Haydar, **Dürer**, I, 383-384, 541; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV, 534.

79 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 566. Krş. İbn Cüzey, **Kavânîn**, 363.

80 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 566; Desûkî, **Hasîye**, III, 168-169.

81 İbn Kudame, **el-Muğnî**, IV, 263; İbn Kudame, **el-Makdisî**, **eş-Şerhu'l-Kebir**, IV, 100 vd.

82 Şirbinî, **Muğnî**, II, 79.

### 12. Pazarlık Ayırımı (Teferrükü's-Safka) Muhayyerliği,

Bu muhayyerlik hakkının değişik şekil ve farklı örnekleri bulunmaktadır. Biz sadece bir örnek vermekle yetineceğiz: Herhangi bir şey, kabzdan önce, alıcının yanında bir başkasının fiiliyle ayıplanır ya da helâk olursa, muhayyer olur, dilerse malı kabul eder, ayıp miktarını satım parasından indirir, dilerse, akdi feshederek -vermişse- parasının tamamını geri alır. İşte buna pazarlık ayırımı muhayyerliği denir.<sup>83</sup>

### 13. Satılan Malda Başkasının Hakkı Bulunmasından Doğan Muhayyerlik,

Bir ev yahut başka bir şey satın alan kimse, bu evin rehin ya da kirada olduğu ortaya çıkması halinde kendisine gelecek zararı bertaraf etmek için akdi bozup bozmamakta muhayyerdur. Hanefîler'in tercih edilen görüşlerine göre; alıcı bu durumu önceden bilse bile, yine muhayyerdur. Ancak, Ebu Yusuf bu görüşe muhalefet etmiştir.

Şayet kiracı ya da mürtehin bu pazarlığı kabul edecek olursa, alıcının muhayyerlik hakkı düşer, etmezlerse, alıcı dilerse rehin ve kira müddetlerinin biteceği ana kadar beklemekle akdi feshetmek arasında muhayyerdur.<sup>84</sup>

### 14. Fuzulî'nin Akdini Kabul Muhayyerliği,

Başkası tarafından kendisine ait olan malın kendisinin izni olmadan satılması halinde, mal sahibinin sahip olduğu bir muhayyerliktir. Böyle bir durumda, **Hanefîlerle Malikîler'e** göre satış mevkuftur (izne bağlıdır); mal sahibi akdi geçerli ya da geçersiz kabul etmek arasında muhayyerdur. Fuzulînin yaptığı bu akdi geçerli kabul ederse, akit geçerli, reddederse, batıl olur.<sup>85</sup>

83 Farklı mezheplerde pazarlık ayırımı muhayyerliğinin değişik şekil ve örnekleri için bkz. Şîrâzî, **Muhezzeb**, I, 269; İbn Kudame, **el-Muğni**, IV, 291-293; Şîrbînî, **Muğni**, II, 40; Buhûtî, **Keşşafu'l-Kına**, III, 177-180; Desûkî, **Haşîye**, III, 469; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 556; ayrıca bkz. tez, ikinci bölüm, I.A, 2.a.

84 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 566; el-Kürdî, **Buhûs**, 322-323.

85 Haskefî, **ed-Dürri'l-Muhtar**, IV, 566; Ali Haydar, **Dürer**, I, 630-640; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 533; el-Kürdî, **Buhûs**, 323.

## 15. Diğer Muhayyerlikler,

Bunların dışında, keşfü'l-hal<sup>86</sup>, tekeşşüfü'l-hal,<sup>87</sup> vasfû's-semen<sup>88</sup>, aybun fi's-semen<sup>89</sup> ve et-tağrirü'l-fi'li<sup>90</sup> gibi farklı isimlerle anılan muhayyerlikler vardır.

### B. AİDİYET BAKIMINDAN

Ali Haydar(1355/1936), muhayyerlikleri bu bakımdan üçe ayırmaktadır.<sup>91</sup>

1. Hem Satıcı Hem de Alıcıya Ait Olanlar. Bunlar altı adettir;

- a) Şart muhayyerliği,
- b) Nakd muhayyerliği,
- c) Ta'yin muhayyerliği,
- d) Ğabn ve tağrir muhayyerliği,
- e) Kabul muhayyerliği,
- f) Fuzulinin akdini kabul muhayyerliği.

86 Satılanın durumunun belirlenmesi muhayyerliği demektir. Meselâ, bir çukur dolusu buğdayı satınalan kimse, çukurun derinliğini öğrenince muhayyerdır, dilerse akdi feshedebilir. Buna *keşfu'l-hal muhayyerliği* denir. Bkz. Heyet, **Hindiyye**, III, 128; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 538; Ali Haydar, **Dürer**, I, 346-347.

87 Fiyatın belirlenmesi muhayyerliği demektir. Buna şu örnek verilebilir: Bir kimse bir malı herkes kaçta satıyorsa, ya da falan ne derse o kadar olmak üzere satarsa, aynı mecliste malın fiyatı belirlenirse akid sahih olur. Ancak, alıcı muhayyer olur. Çünkü ödemek zorunda kalacağı fiyat henüz belirlenmiştir. Bu muhayyerlik, *tekeşşüfu'l-Hal muhayyerliği*dir. Bkz. Ali Haydar, **Dürer**, I, 382.

88 Semen(satım parası)ın vasfı muhayyerliği demektir. Meselâ, falan şeyi rehin vermek, ya da şu adamı kefil göstermek şartıyla bir şey satmak sahihtir. Alıcı bu şartlara uymadığı takdirde, satıcı muhayyerdır. Dilerse akdi feshedebilir(MC.m.187). Çünkü, alıcı şarta uymamıştır. Satım parası için zikir ve va'd edilen vasıf bulunmadığından, satıcı semenin vasfı muhayyerliği hakkına sahip olur. Çünkü karşılığında rehin veya kefil bulunan satım parası, karşılığında bunlar bulunmayan satım parasından daha güvenlidir. Bkz. Ali Haydar, **Dürer**, I, 293.

89 Satım parasındaki ayıptan dolayı muhayyerlik demektir. Bkz. Ali Haydar, **Dürer**, I, 474, 392; tez, ikinci bölüm, I, A, 2, d.

90 Fi'li hileden dolayı muhayyerlik demektir. Bkz. Ali Haydar, **Dürer**, I, 474; tez, birinci bölüm, I, B, 1.

91 **Dürer**, I, 475.

## 2. Sadece Alıcıya Ait Olanlar;

- a) Vasıf muhayyerliği,
- b) Görme muhayyerliği,
- c) Ayıp muhayyerliği,<sup>92</sup>
- d) Keşfü'l-hal muhayyerliği,
- e) Tekeşşüfû'l-hal muhayyerliği,
- f) Pazarlık ayırımı muhayyerliği,
- g) İstihkâk muhayyerliği,
- h) Hıyanet muhayyerliği,
- ı) Satılанда başkasının hakkı bulunmasından doğan muhayyerlik.

## 3. Sadece Satıcıya Ait Olanlar;

- a) Kemiyet muhayyerliği,
- b) Vasfu's-semen (semenin vasfı) muhayyerliği ,
- c) Aybu's-semen (Semende bulunan ayıp) muhayyerliği

## C. SÖZLEŞMEYE BAĞLI OLUP OLMAMASI BAKIMINDAN

### 1. Sözleşmeye Bağlı Olanlar;

- a) Şart muhayyerliği,
- b) Vasıf muhayyerliği,
- c) Semen in vasfı muhayyerliği,
- d) Ta'yin muhayyerliği

### 2. Sözleşmeye Bağlı Olmayanlar;

- a) Görme muhayyerliği,
- b) Ayıp muhayyerliği,
- c) Ğabn ve tağrir muhayyerliği,
- d) Kabul muhayyerliği,

<sup>92</sup> Ayıp muhayyerliği hakkının kime ait olduğuna dair tartışmalar için bkz. Tez. ikinci bölüm, II.A.

- e) Keşfü'l-hal muhayyerliğı,
- f) Tekeşşüfû'l-hal muhayyerliğı,
- g) Pazarlık ayırımı muhayyerliğı,
- h) Kemiyyet muhayyerliğı,
- ı) İstihkâk muhayyerliğı,
- j) Hıyânet muhayyerliğı,
- k) Satılarda başkasının hakkı bulunmasından doğan muhayyerlik.
- l) Fuzulinin akdini kabul muhayyerliğı.

#### **D. MİRAS OLARAK İNTİKAL EDİP ETMEMESİ BAKIMINDAN**

- 1. Miras Olarak İntikal Edenler;
  - a) Vasıf muhayyerliğı,
  - b) Ta'yin muhayyerliğı,
  - c) Ayıp muhayyerliğı.
- 2. Miras Olarak İntikal Etmeyenler
  - a) Şart muhayyerliğı,
  - b) Görme muhayyerliğı,
  - c) Ğabn ve tağrir muhayyerliğı.

#### **E. BİR SÜREYE BAĞLI OLUP OLMAMASI BAKIMINDAN**

- 1. Belli Bir Süreye Bağlı Olanlar;
  - a) Şart muhayyerliğı,
  - b) Nakd muhayyerliğı.

2. Belli Bir Süreye Bağlı Olmayanlar;

- a) Ayıp Muhayyerliği
- b) Vasıf muhayyerliği,
- c) Görme muhayyerliği,
- d) Ğabn ve tağrir muhayyerliği.<sup>93</sup>



---

93 Bkz. Ali Haydar, **Dürer**, I, 476.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AYIP VE AYIP MUHAYYERLİĞİ

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AYIP VE AYIP MUHAYYERLİĞİ

#### I- AYIBIN TANIMI VE ÇEŞİTLERİ

##### A. AYIBIN TANIMI

Arapça bir kelime olan ayıp sözcüğü, nakise, eksiklik,<sup>1</sup> utanılacak şey, utanmağa sebep olan hal, uygunsuz, fena gibi anlamlara gelir. 'Âr, şeyn, kusur, noksan kelimeleri bunun eş anlamlıdır.<sup>2</sup>

Ayıp deyimi, konuşma dilinde ahlâk, edep ve görgü kurallarının tasvib etmediği herhangi bir söz ve davranışı ifade için kullanılır.<sup>3</sup>

Gerek İslâm hukukunda, gerek Türk borçlar hukukunda "ayıp" terimi yerine değişik terimler kullanılmıştır.<sup>4</sup> Ancak biz, bu araştırmamızda bunlardan henüz hiç birinin tam olarak benimsenmediği görüşünde olduğumuzdan ve kaynaklara baş vurmaya kolaylaştırmak için her iki hukukun da orjinal terimi olan

1 Ferâhidî, **Kitabu'l-Ayn**; İbn Faris, **Mucmelu'l-Luğa**; Cevherî, **Sıhah**; Fıruzabâdî, **el-Kamusu'l-Muhit**, (a-y-b) maddesi.

2 Şemseddin Sami, **Kamus-i Türkî**, "Ayıp" maddesi.

3 Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku**, I,247.

4 Maliki, Şafii ve Hanbeli bir çok hukukçu bazen "tedlis" sözcüğünü ( خَلَاة )= "aldatma", bazen de "ayıp" sözcüğü yerine kullanmışlardır. Ancak Zerka'ya göre "tedlis'in", "ayıp" anlamına kullanılması daha isabetlidir. Bkz. **Medhal**, I,404, 413, 417. Elde mevcut bazı Şafii ve Maliki kaynaklarda "ayıp" yerine, "nakise" sözcüğünün kullanıldığını da görmekteyiz. Bkz. Şirbinî, **Muğni**, II, 50; Ramlî, **Nihâye**, IV, 25; Hattâb, **Mevahibu'l-Celil**, IV, 409; Senhurî, **Mesâdir**, IV,245; Yusuf Celâl, **Muzekkîrât**, II,49. Günümüz hukukçularından bazıları "ayıp" terimi yerine "kusur" sözcüğünü, "Ayıp Muhayyerliği" tabiri yerine, "Kusurlu çıkma Muhayyerliği" ifadesini kullanmışlardır. Bkz. Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 295 vd. Türk medeni hukukçularından bazıları, 'ayıp' terimi yerine, "bozukluk" deyimini kullanırlar. Bkz. Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, 117 vd.; Karahasan, **Türk Medenî Kanunu-Eşya Hukuku**, II,328. Diğer bir kısmı da "ayıp" yerine "sakatlı" ifadesini tercih etmişlerdir. Bkz. Velidedeoğlu, **Türkçeleştirilmiş Metinleriyle Birlikte Borçlar Kanunu**, 194. madde vd.

"ayıb'ı" kullanmayı tercih ettik.

### 1. İslâm Hukukunda Ayıbın Tanımı

İslam hukuk terminolojisinde "ayıp", aralarında önemli bir fark olmamakla birlikte değişik şekilde tarif edilmiştir:

**Hanefiler;** ayıbın bir kaç tanımını yapmışlardır;

a) Tüccar örfünde (ticarî örfte) malın değerini düşüren (noksanlaştıran) her şey ayıptır.<sup>5</sup> Çünkü malın değer kaybı zarara sebep olmaktadır.<sup>6</sup>

Kasânî(587/1191), küçük bir ekleme ile, aynı tanımı benimsemiştir. "Ticarî örfte, az veya çok, fiyatın düşmesini gerektiren her şey ayıptır."<sup>7</sup>

Mecelle de aynı tanımı şu şekilde kanunlaştırmıştır: "Ayb diye ehil ve erbâbı beyninde malın bahasına iras-ı noksan eden kusurlara derler."<sup>8</sup>

b) "Ayıp, esasen yaradılış itibariyle sağlam olan şeyde bulunmayan bir niteliktir."<sup>9</sup> diye de tanımlanmıştır.

İbnu'l-Hümâm(861/1456), fiyatı düşürmeyen şeyin ayıp sayılmayacağını belirtmek amacıyla, yapılan bu tanıma bir ilave yapma ihtiyacını duymuştur. Buna göre; "Esasen yaradılış itibariyle sağlam olan şeyde bulunmayıp, onda noksanlık sayılan bir niteliktir."<sup>10</sup>

Bu tanımdan sağlam bir melda hilkât ya da imâlât gereği olarak var olan, ancak değer kaybına sebep olmayan kalitesizliğin ayıp sayılmayacağı anlaşılmaktadır.<sup>11</sup>

c) Bazı hukukçular da bu iki tanımı birleştirerek yeni bir tanım ortaya koymuşlardır. Buna göre; "Ayıp, esasen yaradılış itibariyle sağlam olan şeyde bulunmayan ve ticari örfte değer düşüren bir niteliktir." Eğer mal, onunla değer kaybına uğramıyorsa, sözlük

5 Serahsî, **Mebsût**, XIII, 99; Mavsîlî, **Muhtar**, II,18; Neseî, **Kenz**, IV, 31; Molla Hüsrev, **Dürer**, II,160; Halebî, **Mülteka**, 245.

6 Merğînanî, **Hidaye**, III,36; İbn Nüceym, **el- Bahr**, VI, 41-46; Ebu Zehra, **el-Milkiyye**, 404.

7 Kasânî, **Bedâi'**, V,274.

8 MC.m. 338; krş. Mahmesânî, **en-Nazariyyetu'l-'Amme**, II,169.

9 Zeylaî, **Tebyin**, IV,31; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, V, 3.

10 İbnu'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, VI, 2; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, V, 3.

11 Bilmen, **Kamus**, VI, 71; Ali Haydar, **Dürer**, I,554; MC.m.338; tez. İkinci bölüm, I.A, 2, c.

anlamında ayıp sayılsa bile, hukuken ayıp sayılmaz.<sup>12</sup>

Zeydan, bu tanımı biraz daha kapsamlı bir şekilde ortaya koymuştur: O'na göre, "Ayıp, tüccar ve diğer ilgilileri arasında satılan malın değerini düşüren, ya da sağlam bir malda tabii olarak bulunmayan, yahut satılan maldan beklenen şeyin elde edilmesine neden olan ve değerini düşüren şeydir."<sup>13</sup> Bu, ister az ister çok olsun farketmez.<sup>14</sup> Öyle ki, eğer müşteri bu şeyi önceden bilseydi malı, satınaldığı fiyat üzerinden almayacaktı,<sup>15</sup> hatta malın fiyatı, ayıplı kıymetinden düşük olsa bile durum yine değişmeyecektir.<sup>16</sup>

**Malikîler'e** göre, "Ayıp; normalde olmaması gereken, malın değerini düşüren, malı ya da onda tasarrufu zedeleyen yahut bunlara sebep olmasından korkulan her şeydir."<sup>17</sup>

**Şafiîler'e** göre, "Ayıp; satılanı eksiltten, kıymetini düşüren, kendisinden bekleneni vermeyen ve satılanın benzerlerinde genelde olmayan her şeydir."<sup>18</sup>

Görüldüğü gibi ayıp tanımında objektif bir kıymet azalmasını ölçü alan Hanefîlere karşı Şafiîler, ayrıca, "ilgili tarafın akitten beklediği haklı maksadı engelleyen" eksiklikleri de ayıp içerisinde mutalaa ederek subjektif bir ölçünün kabulüne imkân tanımışlardır.<sup>19</sup>

**Hanbelîler'e** göre, "Ayıp; ticârî örfte maliyeti düşüren noksanlıklardır." çünkü satılan mal, maliyet sıfatıyla akdın konusu olmakatadır. Dolayısıyla maliyetin düşmesine neden olan şey, ayıp sayılmaktadır. Bu konuda ölçü, örfdür.<sup>20</sup>

Hanbelî hukukçulardan ayıbı, "satılan malın kendisinde bulunan noksanlıktır" diye de tanımlayanlar vardır.<sup>21</sup>

12 Meydanî, *Lübâb*, I,254; el-Kürdî, *Buhûs*, 261-262; Bîlmen, *Kamus*, VI, 71.

13 *Medhal*,323.

14 Kasânî, *Bedâi'*, V,274; İbn Nüceym, *el-Bahr*,VI, 39. İbn 'Arfe'ye göre, azın miktarı fiyatın üçte biri ya da dörtte biridir.(Hattâb, *Mevâhibu'l-Celîl*, IV,435; krş. Mevvâk, *et-Tac ve'l-İklîl*, IV, 435.

15 Zeydân, *Medhal*, 323; Ali el-Hafîf, *Ahkâmu'l-Mu'amelâti's-Şerîyye*, 357. Karşıt görüş için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX,71(mesele,1576).

16 Ali el-Hafîf,a.g.e.,357; krş. Ali Haydar, *Dürer*,I, 554 vd.

17 Dêrdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III,108; el-Kürdî, *Buhûs*,256; Cezîrî, *Mezahib*,II,189.

18 Nevevî, *Minhâc*, II,51; *Fetâvâ*, 129-130; Ramlî,*Nihaye*, IV,25.

19 Bardakoğlu,«Ayıp», *DİA*, İstanbul 1991.

20 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,243; İbn Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 85; Heyet,*Meşru'*,122; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 539.

21 Cezîrî,*Mezahib*, II,189.

**Zahirîler**, “malın reddini gerektiren ayıp, insanların aldanmayacağı ölçüde malın değerini düşüren şeydir.” şeklinde tanımlamışlardır.Çünkü bu şekildeki bir satış ğabnı fahiştir.<sup>22</sup>

**İmâmiyye**'ye göre, “Ayıp, esas yaradılıştta bulunan fazlalık ve eksiklik demektir.<sup>23</sup>

Görüldüğü gibi İslâm hukukçularının yaptıkları bu tanımlar arasında esasla ilgili önemli bir fark bulunmamaktadır. Ancak İbn Abidin(1252/1836)'in de belirttiği gibi,<sup>24</sup> Hanefiler'in “ticârî örfte malın değerini düşüren her şey ayıptır.” şeklindeki ayıp tanımı, efradını camî', ağyarını mani' deyildir. Çünkü, ticârî örfte malın değerini düşürmediği halde ayıp sayılan şeyler vardır. Meselâ, elbise, ayakkabı vs. satınalan bir kimse bunları küçük geldiği için geri verme hakkına sahip olur., zira, satın alınanın kullanılacağı işe elverişsiz olduğu anlaşılmıştır. Ayrıca ticârî örfte malın değerini düşürdüğü halde ayıp sayılmayan şeyler de vardır. Meselâ, satın alma sırasında genç olması şart koşulmayan hayvanın yaşlı çıkması durumunda, alıcı sırf bundan dolayı malı geri veremez. Çünkü yaşlılık fiyat düşürdüğü halde ayıp telakki edilmemiştir.<sup>25</sup>

İbn Nüceym(970/1563)<sup>26</sup> ve İbn Âbidin<sup>27</sup> gibi bazı Hanefî hukukçular, “ticarî örfte malın değerini düşüren her şey ayıptır.” şeklindeki tanımdan “başka bir şeye ayıp denmez” anlamı çıkmadığını ve Şafiîlerin yaptıkları tanımın kendi kurallarına ters düşmediğini belirtmekle yetinirken, diğer bazıları ise, Şafiîler doğrultusunda yeni tanımlar yapmışlardır. Bunlardan biri olan Kadri Paşa(1306/1888), ayıbı şöyle tanımıştır: “Malın reddini gerektiren ayıp az da olsa fiyatı düşüren veya genellikle o malın benzerlerinde bulunmaması şartıyla, onun kullanılacağı işe elverişliliğini gideren şeydir.”<sup>28</sup>

Haherzâde(483/1090)'nin tanımı da önem arzeder: “Açıkça malın kendisinde görülen, onun değerini düşüren, ya da maldan yararlanmayı azaltan her şey, ayıptır” malda ve maldan

22 İbn Hazm, **el-Muhallâ**, IX, 71(mesele.1576).

23 Hıllî, **el-Muhasar**, 125.

24 İbn Âbidin, **Reddu'l-Muhtar**, V, 5.

25 Nevevî, **Mecmu'**, XII, 223; Kerderî, **Fetâvâ**, I,462; İbn Âbidin, **Reddu'l-Muhtar**,V,4; Selîm Rüstem Baz, **Şerhu'l-Mecelle**, 182; Mesud Efendi, **Mîratı Mecelle**, 105.

26 **el-Bahr**,VI,42; Ali el-Hafif, **Ahkâmu'l-Muamelâti's-Şeriyye**, 357.

27 **Reddu'l-Muhtâr**, V,4.

28 MH.m.527.

yararlanmada herhangi bir noksanlık meydana getirmeyen şeyler ise, örf'e göre değerlendirilir. örf'e ayıp sayılan şeyler ayıp, sayılmayanlar ayıp değildir.<sup>29</sup>

Bununla beraber, yapılan bir tanımın, efradını cami', ağyarını mani' olması gerekmektedir. Nitekim bazı hukukçular bu kanaati paylaştıkları içindir ki, yeni tanımlar yapmışlardır. Bu nedenle gerek Şafiîlerin, gerekse onlar doğrultusunda, Haherzâde, kadri Paşa ve Zeydan'ın yaptıkları tanımlar, ölçü olarak alınırsa, hem tanımlar arasında bir fark kalmaz hem de, yeni bir ayıp tanımı ortaya koymaya gerek kalmaz.

## **2. Türk Borçlar Hukukunda Ayıbın Tanımı**

Türk Borçlar Kanunundaki "ayıp" kavramı, me'haz kanunun Fransızca metninde «défauts», Almanca metninde «Mängel» terimleri ile ifade edilmiştir. Fransız Medeni Kanununda ise, bazen «défauts», bazen de «vices» terimleri kullanılmıştır.<sup>30</sup>

Aslında TBK.nunda doğrudan doğruya "ayıbın" bir tanımı yapılmamıştır. Ancak, hukukçular, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen 194. maddenin 1. fıkrasında geçen "ayıp" kavramından ne kastedildiği üzerinde durmuş ve ayıbın tanımını yapmaya çalışmışlardır.

Edis'e göre, TBK.m.194/1 de "ayıp" terimi ile, satılan şeydeki bir veya daha çok vasıfların yokluğu kastedilmiştir. Başka bir ifade ile, bir malın ayıplı olmasından ya o malın zikir ve vadedilen veya doğruluk ve dürüstlük kuralları gereğince o şeyde bulunması zorunlu vasıflardan birisinin veya birkaçının yokluğu anlaşılır.<sup>31</sup>

Doktrinde, va'dolunan bazı vasıfların var olmaması veya faydayı azaltan bazı noksanlıkların bulunması "ayıp"terimi ile ifade olunmaktadır.<sup>32</sup>

Feyzioğluna göre, "ayıp" terimi ile, satılan şeyin hukukî durumunda, özünde, ya da vasıflarında bulunan ve alıcının o şeyden hukuken, maddeten veya iktisaden hiç, ya da gereği gibi yararlanmasına engel teşkil eden ve akdin kuruluşu sırasında alıcının bilmediği eksiklikler kastolunur.<sup>33</sup>

29 Heyet, **Hindîyye**, III,68.

30 Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,8; Fr.MK.m.1641; 1642, 1643.

31 **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,8.

32 Bilge, **Borçlar Hukuku**, 73.

Zevkliler'e göre, "ayıp" terimiyle satılan maldan ortaya çıkan ve alıcının o maldan tümüyle ya da gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen eksiklikler ve aksaklıklar amaçlanmıştır.<sup>34</sup>

Ayıp kavramı konusunda hukukçulara kaynaklık eden TBK.nun 194/I'in metni ise şöyledir: "Satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve va'dettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatını izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan sâlim bulunmasını da mütekeffildir."<sup>35</sup>

Buraya kadar verilen bilgiler çerçevesinde Türk borçlar hukuku ile özellikle **Malikî ve Şafî** fıkhnın ayıp kavramı konusunda bir benzerlik arzettiğini görmekteyiz. **Hanefî ve Hanbelî** fıkhiyla da bazı yönlerden farklılık arzettiği de görülmektedir.

Şimdi bu noktadan hareketle gerek ayıp kavramından gerekse hukukçuların ifadelerinden hareketle bu iki hukuku bir iki noktada karşılaştırabiliriz:

a) Hanefî mezhebi ölçüleri içerisinde hazırlanan Mecelle'ye göre(m.338), ayıp terimi sadece lüzumlu vasıfların yokluğuna hasredilmiştir. Gerçekten Mecelle'de satıcının va'dedilmiş vasıflardan dolayı tekeffül borcu, vasıf muhayyerliği (Hıyar-ı vasıf beyanındadır)<sup>36</sup> başlıklı maddelerinde öngörülmüş bulunmaktadır.<sup>37</sup>

TBK.m. 194/I'de geçen "ayıp" ise hem va'dedilmiş hem de lüzumlu vasıfların yokluğunu ifade etmektedir.<sup>38</sup> Bu durum, **Malikî ve Şafî** mezhebiyle paralellik; **Hanefî ve Hanbelî** mezhebiyle farklılık arz etmektedir. Çünkü Malikî ve Şafîler, vasıf muhayyerliğini ayıp muhayyerliğinden ayırmamaktadırlar,<sup>39</sup> Hanefî ve Hanbelîler ise, vasıf muhayyerliğini ayıp muhayyerliğinden

33 **Borçlar Hukuku**, 247.

34 **Borçlar Hukuku**,38. Krş.Gürsoy, **Bankacılar İçin Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku** Bilgisi, 112; Alp Dündar, **Hukuk Sözlüğü**,31(Ayıba karşı tekeffül maddesi).

35 Ayrıca,Fr.MK.m.1641; Al.MK.Paragraf,459'daki ayıp kavramı ile ilgili ifadeler için bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**,71.

36 MC.m.310-312.

37 Krş. Edis,**Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,8.

38 Edis,a.g.e.,8; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1158-167; Zevkliler, **Borçlar Hukuku**,38-39; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**,60-61.

39 Şirbini, **Muğni**,II,50; Desûkî, **Haşîye**, III,108; Zuhaylî,**Ukud**, 329-330.

ayrı olarak ele almaktadırlar.<sup>40</sup> Bu nedenle, **Hanefî ve Hanbellî**'lere göre ayıp teriminden kasıt sadece lüzumlu vasıfların yokluğudur.

b) İslâm hukukuna göre, ayıp muhayyerliği hükümlerinin uygulanması için, ticarî örfte malın değerini düşüren ayıbın varlığı önemlidir, azlığı veya çokluğu önemli değildir; ayıp az da olsa ayıp muhayyerliği hakkı doğar.<sup>41</sup> Nitekim Kasânî,<sup>42</sup> ve Zeydan'ın<sup>43</sup> yaptıkları tanımda bu durum açıkça görülmektedir. Ancak fiyatı düşürmeyecek kadar önemsiz, örf-âdete göre de müsamaha ile karşılanan ufak-tefek şeyler, İslâm hukukunda da ayıp sayılmamıştır; bundan dolayı ayıp muhayyerliği hakkı kullanılmaz. Çünkü daha önce de geçtiği gibi ayıp muhayyerliği hükümlerinin uygulanabilmesi için sağlam bir yaradılış veya imâlatta tüccar ve erbâbı arasında kıymeti düşüren bir ayıbın bulunması şarttır.<sup>44</sup>

Büyük ölçüde İslâm hukukundan yararlanılarak hazırlanan Ürdün Medeni Kanunu da (Ür.MK.m.512/1), bu hususu aynen kabul etmiştir.<sup>45</sup>

TBK. ve Suriye Medeni Kanununda ise, satıcının ayıptan dolayı sorumluluğunun şartı olarak ayıbın önemli olması öngörülmüştür.<sup>46</sup>

40 İbn Kudame, **el-Muğni**, IV, 117; Zuhaylî, **Ukud**, 330.

41 Ancak Malikîler, ev ve arsa için ayıpları üç gurupta incelemektedirler; a) Fiyatı düşürmeyecek kadar az olan ayıplar, bununla satılan reddedilmez ve fiyattan indirim de yapılmaz. b) Fiyatın büyük bir kısmını kapsayan ayıp, bununla satılan reddedilir. c) Orta halli ayıp, miktarınca fiyattan indirim yapılır. Malikîler'den gelen bir rivayette ev de az ayıpla reddedilir.(Hattâb, **Mevâhibu'l-Celîl**, IV, 435). İbr Rüşd'e göre, ilk hukukçulardan( mütakaddimîn) reddi gerektirmeyecek kadar az ayıbın miktarını belirten hiç kimse yoktur. İbn 'Attab'a göre, ayıbın değeri, fiyatın dörtte birini kapsıyorsa reddi gerektirir. İbn'Attar'a göre ayıbın kıymeti iki miskâl ise, fiyattan indirim yoluna gidilir, ancak mal geri verilmez şayet ayıbın kıymeti on miskalsa, geri verilir. Hattâb'a göre bahsı edilen on miskâl, %10 demektir. İbn 'Arfe'ye göre, çoğun sınırı konusunda beş görüş vardır. Bkz. Mevâk, **et-Tâc ve'l-İklîl**, IV, 435.

42 **Bedâi'**, V, 274.

43 **Medhal**, 323.

44 Desûkî, **Haşiye**, III, 114, 149; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 5; Zerkâ, **Ukud**, 239; Zuhaylî, **Ukud**, 339

45 Bahsı geçen Medeni Kanunun ilgili maddesinin metni şöyledir: "Örfçe müsamaha ile karşılanagelmış eksiklikler hariç, satılanın ayıptan hâli olması esasına dayalı olarak akit gerçekleşmiş kabul edilir" (Zuhaylî, **Ukud**, 339).

46 Bkz. TBK.m.194/I; Su.MK.m.415, 416 (Zuhaylî, **Ukud**, 338); Lübnân Borçlar ve Akitler Kanunu (Lü.KMU.m.442)'de aynı şey öngörülmüştür (Diyâb, **Daman**, 71).

## B. AYIBIN ÇEŞİTLERİ

Genel olarak ayıp iki kısma ayrılmaktadır: 1.Satıcının fiiliyle meydana gelen ayıplar, 2. Tabii ayıplar.<sup>47</sup>

### 1. Satıcının Fiiliyle Meydana gelen Ayıplar:

Burada daha çok satıcının hile yoluyla malın ayıbını gizlemesi ve alıcıyı aldatması amaçlanmaktadır. Satıcının süte su karıştırması, sade yağa başka bir yağ karıştırması, müşteri, bol süt verdiğini sansın diye hayvanın memesinde sütü biriktirmesi gibi davranışları, bu çeşit ayıptan sayılmaktadır.<sup>48</sup> Kısaca buna satıcının hilesi sonucu meydana gelen ayıplar diyebiliriz.

Hile gerek İslâm hukukunda gerekse, Türk borçlar hukukunda rızayı bozan sebeplerden biri olarak kabul edilmiştir. İslâm hukukunda tağrir, tedlis ve ğaşş isimleriyle onu daha açık ve daha derli toplu bir şekilde görmek mümkündür.<sup>49</sup>

Her iki hukukta da "Hile; bir şahsın hukukî bir işlem yapmasını sağlamak için onu kasden hataya düşürmektir." şeklinde tanımlanmıştır.<sup>50</sup>

Hile ile ilgili İslâm hukukçularının farklı icthadları vardır; bunlar hilenin çeşitlerine göre değişmektedir. Bu nedenle hilenin çeşitlerine kısaca değinmede fayda olacaktır:

Hile(tağrir) iki kısma ayrılmaktadır: a) Sözlü hile, b) Fiili hile. İslam hukukunda olduğu gibi, Türk borçlar hukukunda da bu ayırım benimsenmiştir.<sup>51</sup>

47 Cezirî, *Mezâhib*, II,188; 'Assâf, *el-Ahkâmu'l-fıkhiyye*, II,62.

48 Ceziri, a.g.e., II,188; 'Assâf, a.g.e.,II, 62.

49 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II,142-143.

50 Zerkâ, *Medhal*, I,409(fık.187/3); Senhurî, *Mesâdir*, II, 146; Karaman, a.g.e., II,142; Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 392; Ataay, *Borçlar Hukukunun genel teorisi*,221; Reisoğlu, *Bankacılık Yöntünden Borçlar Hukuku Kuralları*,31. Bazı İslâm hukukçuları bu tanımdan hareketle, hilenin ayıp olmadığını ifade etmektedirler. Hilenin satılarda değil alıcının iradesinde meydana gelen bir ayıp olduğunu, ayıbın da satılarda meydana gelen bir noksanlık olduğunu belirtmektedirler. Bkz. 'Attâr, *Maḥiyyetu'l-Ayb ve Şurutü damanih*, Mecelletü İdareti Kadaya'l-Hukume, sy.2, s.464. Ancak bizim kastımız, -yukarıda belirtildiği üzere- satıcının hilesi sonucu satılarda meydana gelen ayıplardır. Bu noktadan hareketle, kaynakların bir kısmı fi'li hileyi ayıbın bir çeşidi olarak değerlendirmiştir. Biz de bunu tercih ettik. Bkz, Cezirî, *Mezahib*, II, 188; 'Assâf, *el-Ahkâmu'l-Fıkhiyye*, II,62.

51 Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 393.

a) Sözlü Hile (et-Tağrîru'l-Fi'li);

Satıcının yalan beyânıyla meydana gelen aldatmaya sözlü hile denir. Buna örnek olarak satıcının şu sözlerini verebiliriz: "Bu mal, daha fazla eder, sen bu fiyatla böyle bir mal bulamazsın." veya, "falan bana şu kadar verdi vermedim." gibi.<sup>52</sup>

Az sonra görüleceği gibi, fiilî hile ile meydana gelen aldanma, az olsun çok olsun akdi bozma muhayyerliği vermektedir. Oysa sözlü hilenin bunu verebilmesi için aldanmanın çok olması (ğabnı fâhiş) şart koşulmuştur.<sup>53</sup>

**Malikî**<sup>54</sup> ve **Hanefîler'e**<sup>55</sup> göre sözlü hilenin tesiri, yalan beyâna dayanan akdî veya taksirî mesuliyet sahasına münhasırdır. **Hanbelîler'de** yalan beyân, karşı tarafa fesih muhayyerliği verir. Meselâ, pazarlık esnasında satıcı; "bu mala şu kadar verdiler de satmadım" dese, alıcı da buna inanarak satın alsa, gerçek anlaşıldığı zaman dilerse akdi fesheder ve malı geri verir.<sup>56</sup>

**Şafî ve Ahmed b. Hanbel'e** göre malı pazar dışında karşılayıp alma durumunda, pazar fiyatı hakkında yalan söylemiş ve karşı taraf aldatılmış olursa, yine fesih hakkı bahis konusudur. Yani mal sahibi muhayyerdir dilerse akdi bozabilir.<sup>57</sup>

Türk borçlar hukukunda, hilenin hükümleri(TBK.m.28-31; MK.m.5) sadece -haklarında özel bir hüküm bulunmayan-sözleşmeler hakkında değil, fakat kıyas yoluyla bütün hukukî muameleler hakkında uygulanır.<sup>58</sup>

b) Fiilî Hile (et-Tağrîru'l-fi'li),

Bundan maksad, karşı tarafı akdin konusu(ma'kud 'aleyh) üzerinde hataya düşürmek, az ğabinle de olsa akit yapmaya sevk etmek maksadıyla, diğer tarafın söz şeklinde değil de fiil şeklinde ortaya çıkan davranışları ve tedbirleridir.<sup>59</sup>

Bu çeşit hileye İslâm Hukukunda şu örnekler verilmiştir;

52 Zerkâ, **Medhal**, I, 410; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV, 527.

53 Mahmesanî, **en-Nazarîyyetu'l-'Amme**, II, 173; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 146.

54 Hattâb, **Mevâhibu'l-Celîl**, IV, 438; Senhurî, **Mesâdir**, II, 165.

55 Kâsânî, **Bedâi'**, VII, 201; İbn Nüceym, **el-Bahr**, VI, 144; Senhurî, **Mesâdir**, II, 165; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 146.

56 Senhurî, **Mesâdir**, II, 165; Karaman, a.g.e., II, 146.

57 Pazar dışında malı karşılama ve satıcıyı kandırmanın yasak olduğuna dair hadisler ve hukukî ifadeler için bkz. Senhurî, **Mesâdir**, II, 168-169.

58 Ataay, **Borçlar Hukukunun genel teorisi**, 222.

59 Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 143.

**Hanefîler'de**, hayvanı iki üç gün sağmadan bekletip, bol sütlü olduğu imajını vermek;<sup>60</sup> **Malikîler'de**; maloluş fiyatına satış yapılan yerde, satım konusu mala yüksek fiyatlı etiket yapıştırıp bu fiyattan mal olmuş gibi satışa arz etmek,<sup>61</sup> **Şafîî ve Hanbelîler'de** su değirmeninin suyunu biriktirip, satış sırasında bol sulu değirmen olduğunu zannettirmek.<sup>62</sup>

Muasır hukukçular da, şu örnekleri vermişlerdir; satım konusu malların iyisini üste, kötüsünü alta, koyarak karşıdakini kandırmak, satılacak arabanın kilometre sayacını az kilometre yapmış gibi ayarlamak;<sup>63</sup> ev eşyalarını, koltuk ve mobilyalarını boyayıp kaliteli mal gibi göstermek.<sup>64</sup>

Bu ve benzeri örnekler incelendiği zaman görülmektedir ki, hile için başvurulmuş yollarda aranan şart, bu yolların, halkın çoğunu aldatır vasıfta bulunmasıdır. Eğer kullanılan yol, bu vasıfta değilse akdi yapan tarafın dikkat etmesiyle hile olduğu anlaşılacak durumda ise, bu hile, akdi fesih, ve malı iade muhayyerliği vermez. Bu nedenledir ki, bazı hukuk ekolleri bir davranışı hile kabul edip aldatılana iade muhayyerliği tanıdıkları halde, diğer bazı ekoller, bu muhayyerlik hakkını tanımamaktadırlar. Çünkü, onlara göre müşteri, dikkat ederek hileyi anlayabilirdi, bunu yapmadığı için, kusurlu duruma düşmüştür.<sup>65</sup>

Türk borçlar hukukunda ise, hile sebebiyle zarara uğrayan tarafın belli bir dikkat ve özen göstermesi halinde hileyi farkedebilecek olması, hileyi yapanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Fakat bu durum tazminatın kapsamını tayin ederken dikkate alınabilir<sup>66</sup> (BK.m.43/I).

**Şafîî ve Hanbelîler'in aksine, Malikîler'de de Türk borçlar**

60 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, V, 44; Senhurî, **Mesâdir**, II, 152.

61 Hattâb, **Mevâhibu'l-Celil**, IV, 437, 438; Mevvak, **et-Tâc ve'l-İklîl**, IV, 437; Senhurî, **Mesâdir**, II, 152, 153, 154.

62 Ramlî, **Nihâye**, IV, 73, 74; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV, 233-238; İbn Kudâme, **el-Makdisî**, **eş-Şerhu'l-Kebir**, IV, 80-81.

63 Zerkâ, **Medhal**, I, 410; Tekinay, **Borçlar Hukuku**, 392.

64 Yusuf Musa, **el-Emvâl**, 403; Türk borçlar hukukunda hileye verilen örnekler için bkz. Tekinay, **Borçlar Hukuku**, 392 vd.

65 Senhurî, **Mesâdir**, II, 151; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 143. Bazı örnekler için, bkz. İbn Kudâme, **el-Makdisî**, **eş-Şerhu'l-Kebir**, IV, 80-81; Hattâb, **Mevâhibu'l-Celil**, IV, 437; Ramlî, **Nihâye**, IV, 74; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, V, 44.

66 Reisoglu, **Borçlar Hukuku**, I, 66.

hukukunda olduğu gibi, hileye uğrayan tarafın dikkat ve özen göstermemesi hali, hileyi yapanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.<sup>67</sup>

Bu çeşit hilenin akde tesirinde birleşen İslâm hukukçuları, başvurulmuş yolun aldatıcı olup olmadığını takdir konusunda, dolayısıyla prensibin uygulanmasında ihtilafa düşmüş oluyorlar. Bunun tipik örneklerinden birisi de *tasriye* olayıdır. **Ebu Hanife** ve **Muhammed** burada hileyi değerlendirmekle beraber, akde tesir ettirme yerine, kandırılana, karşı taraftan aldandığı miktarı geri alma hakkını tanımaktadırlar. Buna karşı **Ebu Yusuf**, **Şafî**, **Malik** ve **Ahmed b. Hanbel**, bahsi geçen hile sebebiyle akdin feshine kadar gitmişlerdir.<sup>68</sup>

Bu tür hile yollarından biri de muvazaah ve hileli artırma veya artırmadan çekilmedir. **İmam Malik**'e göre bu da zarara uğrayan tarafa akdi bozma muhayyerliği vermektedir.<sup>69</sup> **Zahirîler** ise bu akdi hileden dolayı, bâtil saymışlardır.<sup>70</sup>

Türk borçlar hukukunda hilenin akde tesirinde bazı şartlar ileri sürülmüştür, bunları üç noktada toplamak mümkündür:

- 1) Hilenin yanıltma kasdı ile yapılmış olması,
- 2) Karşı tarafın hileye düşürülmüş olması,
- 3) İlliyyet bağlantısının bulunması, yani; sözleşmenin hilenin etkisiyle yapılmış olması gerekmektedir.<sup>71</sup>

Şu halde hile ne tarzda olursa olsun kasda dayanmalıdır, söz veya fiillerinin muhatapta yanlış bir kanaat uyandırabileceğini bilmeyen taraf, hile yapmış sayılmaz. Bundan anlaşılıyor ki sadece ihmâl, hile için yeterli değildir.<sup>72</sup> Kasdın varlığını kabul etmek için, muhatapı ikna etmeye çalışan tarafın, gerçeğe aykırı şeyler söylediğini bilmesi şart değildir; bu sözlerin gerçeğe uygunluğunun bilinmesi de yeterlidir. Kısaca, bilmediği şeyleri doğruymuş gibi ileri süren taraf, bu sözlerin doğru olmaması halinde, hile yapmış

67 Senhurî, **Mesâdir**, II, 151; Karaman, a.g.e., II, 143. Krş. Hattâb, **Mevâhibu'l-Celîl**, IV, 437; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 44.

68 Senhurî, **Mesâdir**, II, 152; Mahmesânî, **en-Nazarîyyetu'l-'Amme**, II, 173-174.

69 Senhurî, **Mesâdir**, II, 154; Mahmesânî, a.g.e., II, 173-174; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 144.

70 İbn Hazm, **el-Muhallâ**, VIII, fık. 1466.

71 Ataay, **Borçlar Hukuku Genel Teorisi**, 222; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, I, 65. Hilenin şartlarını dörde çıkaranlar da vardır. Bkz. Şakir-Hulusi, **Borçlar Kanunu Şerhi**, I, 65.

72 Tekinay, **Borçlar Hukuku**, 394.

sayılır.<sup>73</sup>

Ne varki, alış veriş hayatında, reklâm niteliğindeki abartılmış sözler, hile sayılmamaktadır.<sup>74</sup>

İslâm hukukunda gerçeğe uymayan sözler, ne maksatla olursa olsun yasak edilmiştir.

İslâm hukukunda hile sadece sözlü ve fiili olmaktan ibaret değildir. Bazen sadece susmak bile, hile teşkil etmektedir. Susmanın hile sayılabilmesi için sözleşme yapılırken taraflardan birinin dürüstlük kuralları çerçevesinde kendisinden beklenen bir açıklamayı bilerek yapmaması gerekmektedir.

Emanet ve güven esasına dayanan satım çeşitlerinde yalnızca maliyet fiyatının doğru olarak beyân edilmesinin kafi gelmeyip, aynı zamanda maliyet ve fiyata tesir edecek bütün hususların açıklanması gerekmektedir. Bu açıklamalar yapılmadığı takdirde susma yoluyla hile söz konusu olmaktadır.<sup>75</sup>

Emanet ve güven esasına dayanan akitler; *murabaha*, *vedia* ve *tevliye* gibi akitlerdir.<sup>76</sup> **Malikî** ve **Hanbelî** mezheplerine göre, *istirsâl* akdi de, emanet ve güven esasına dayanan akitler arasındadır. Çünkü *istirsâl* akdinde, malın değerini bilmeyen ve ticaretten anlamayan kişi, fiyat takdirini satıcıya bırakarak ona güveniyor, satıcı da malı, fahiş fiyatla satmış oluyor.<sup>77</sup>

Susma ile meydana gelen hilenin en açık örneği, malın ayıplarını gizlemek veya söylememektir. Bu davranış, Hanefîler'e göre yasaktır.<sup>78</sup> Akde tesirine gelince, alıcı ayıp muhayyerliğine sahiptir. Dilerse, malı reddeder veya kararlaştırılan fiyat üzerinden malı kabul eder.<sup>79</sup>

**Malikîler** ayıp konusunda susmayı açıkça hile(tedlis), saymışlardır. **Şafîî** ve **Hanbelîler** ise, bunu hayvanın memesinde sütü

73 Ayrıntılı bilgi ve misaller için bkz. Tekinay, a.g.e., 394.

74 Reisoglu, **Borçlar Hukuku**, 65; Tekinay, a.g.e., 394.

75 Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 146.

76 Bu satım çeşitleri için bkz. Serahsî, **Mebûsât**, XIII, 78-91; Kâsânî, **Bedâi'**, V, 220-228; Zeylaî, **Tebyîn**, IV, 73-89; İbn Nuceym, **el-Bahr**, VI, 106-115; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV, 530.

77 İbn Kudâme, **el-Makdisî**, **eş-Şerhu'l-Kebir**, IV, 79; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV, 223; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 135, 145-146.

78 Zeylaî, **Tebyîn**, IV, 31; İbn Nuceym, **el-Bahr**, VI, 35.

79 Bkz. MC.m. 336, 337, 338-355.

biriktirme(tasriye) hilesi ile aynı seviyede tutmuşlardır. Satım akdi sahihtir, ancak aldanana tarafa hile muhayyerliği hakkı verilmiştir.<sup>80</sup>

Türk boçlar hukukuna göre, açıklama yapma mecburiyeti bazen bir kanun hükmünden de doğabilir. Bu mecburiyete aykırı düşen bir "susmanın" hileyi oluşturması mümkündür.<sup>81</sup> Nihayet hukukî bir işlemin mahiyeti veya içeriği dahi bazı açıklamaların yapılmasını zorunlu kılabilir.<sup>82</sup>

TBK.nun 28. maddesi hile nedeniyle rızada meydana gelen ayıpla ilgili hükümleri şöyle sevk etmektedir: "Diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esassız olmasa bile, o akit ile ilzam olunmaz."

Alman ve Fransız hukuklarında gerçeğe uygun olmayan beyân ve vasıflandırmayı yapan taraf, söylediğini doğru sanarak söylemişse, bu hile sayılmaz ve akdi iptâl sebepleri olmaz. İngiliz ictihâdı ise -akdi yapmaya saik olması kaydıyla- bunun da iptâl sebepleri arasına almıştır.<sup>83</sup>

İslâm hukukunda ise, gerçeğe uygun düşmeyen beyân ve vasıflandırmayı doğru sanarak söylemişse, bir "hata hali" söz konusudur.<sup>84</sup> Neticede malın ayıplı olduğu, ya da zikir ve va'dedilen vasıfların yokluğu söz konusu olacağından, müşterinin hakkının korunması için ayıp muhayyerliği hükümleri uygulanır, buna göre, müşteri serbesttir; dilerse akdi olduğu gibi kabul eder, dilerse, malı geri vererek akdi fesheder ve **"Ukudta itibar mekasid ve ma'aniyedir elfâz ve mebâniye değildir."** kuralı uygulanır (MC.m.2,3).

Gerçeğe uygun düşmeyen beyân ve vasıflandırmaya bilerek tevessül edilmişse, gerek güven esasına dayanan akitlerde gerekse, diğer akitlerde, söz konusu olacak hukukî sonuçlar, Türk borçlar hukukunda "Hile" başlığı altında incelendiği için, burada tekrar etmek istemiyoruz. İslâm hukukçuları da bu konuyu daha önce de belirtildiği gibi; "ğabn, tağrır, tedlis, ğaşş ve hiyane" gibi başlıklar

80 Senhurî, **Mesâdir**, II, 169. Krş. Nevevî, **Mecmu'**, XII, 115; İbn Kudâme, el-Makdisî, **eş-Şerhu'l-Kebir**, IV, 84-85; Ramlî, **Nihaye**, IV, 70.

81 Örnek olarak bkz. MK.m.589/II.

82 Şirket ve vekâlet sözleşmelerinde olduğu gibi. Bkz. Tekinay, **Borçlar Hukuku**, 393,394.

83 Mahmesânî, **en-Nazariyyetu'l-'Amme**, II, 176,177.

84 Zerkâ, **Medhal**, I,443, Pr. 192/3-b.

altında incelemektedirler.<sup>85</sup>

## 2. Tabii Ayıplar:

İsminde de anlaşılabacağı gibi, bundan satıcının hilesi sonucu ortaya çıkan ayıpların dışında kalan ayıplar, kasdedilmektedir. Tabii ayıplar, gizli ve açık olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>86</sup>

### a) Açık(Zahiri) Ayıplar;

Herkesin görüp farkedebileceği ayıplara açık ayıplar denmektedir.<sup>87</sup> İslâm hukukçuları, bu çeşit ayıplara bir çok örnek vermişlerdir; satılan malın eşya ise, kırık olması, hayvan ise, kör veya total olması bu çeşit ayıplara örnek olarak verilebilir.<sup>88</sup>

### b) Gizli(Batınî) Ayıplar;

Herkesin görüp farkedemeyeceği kadar açık olmayan ayıplara batınî ayıplar denmektedir.<sup>89</sup> Gizli ayıpların da çeşitleri vardır. Bunların bir kısmı sadece bazı kişilerce, bir kısmı da mütehassıslar tarafından, diğer bir kısmı da deneme yoluyla bilinebilir, ayıplardır.

Satılan bir cihazın teknik bir bozukluğunun varlığı, ya da satılan bir hayvanın iç organlarının hastalığı gibi örnekler, bu çeşit ayıplar için verilebilir.<sup>90</sup>

Türk-İsviçre Medenî Kanunlarında, açıkça "Gizli ayıp, açık ayıp" ayırımı yapılmamıştır. Halbuki, Fransız Medenî Kanununda 1641 ve 1642. maddelerinde açık bir şekilde bu ayırım yapılmıştır.<sup>91</sup>

85 Haneî mezhebi için bkz. İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 138,142,144; «Tahbiru't-Tahrîr» **Mecmuatu Resâil**, II, 68; MC.m.164,165,356-360. Malikî mezhebi için bkz. Mevâk, **et-Tâc ve'l-İkhlâ**, IV, 437; Hattâb, **Mevâhibu'l-Celîl**, IV, 437-438; Desûkî, **Haşîye**, III, 116-119. Şafî mezhebi için ; Zühaylî, ;bkz. Şirbînî, **Muğnî**, II, 63-65; Ramlî, **Nihâye**, IV, 69-74; Dimyâtî, **İ'ane**, III,32. Hanbelî mezhebi için bkz. İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV, 233-238; İbn Kudâme el-Makdisî, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, IV, 80-81. Ayrıca bkz. Senhurî, **Mesâdir**, II,149 vd.;Mahmesanî, a.g.e., II,171 vd.; Zuhaylî, **Ukud**, 178.

86 Haskefî, **ed-Dürri'l-Muhtâr**, V, 30; Cezirî, **Mezâhib**, II, 188.

87 el-Kürdî, **Buhûs**, 271 vd.

88 Değişik örnekler için bkz. Kâsânî, **Bedâi'**, V,278; Ali Haydar, **Dürer**, I, 549; el-Kürdî, **Buhûs**, 271; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV, 559

89 Kadîhân, **Fetavâ**, II, 194; Kâsânî, **Bedâi'**, V, 278; el-Kürdî, **Buhûs**, 271; Konevî, **Enisu'l-Fukaha**, 207; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV,558-559.

90 Değişik örnekler için bkz. Kâsânî, **Bedâi'**, V, 278 vd. ; Zühaylî, a.g.e., IV, 558-559; el-Kürdî, **Buhûs**, 271 vd.; Ali Haydar, **Dürer**, I, 549.

91 Yabancı kaynaklar için bkz. Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 60,dn.48.

Fakat Türk-İsviçre hukuklarındaki satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümleri gözönüne aldığımızda zımnen de olsa "gizli ayıp" ve "açık ayıp" ayırımının yapıldığını görmekteyiz. Gerçekten, BK.m.197(İs.BK.m.201), bunun açık bir delilidir. Nitekim Federal Mahkeme ve Yargıtay da bazı kararlarında bu terimleri kullanmıştır.<sup>92</sup>

Edis'e göre açık ayıplarla gizli ayıplar şöyle tarif edilebilir:

Açık ayıplar; gizli ayıp teşkil eden hallerin dışında kalan ve ilk bakışta farkedilebilen vasıf noksanlıklarıdır.

Gizli ayıplar ise; akit sırasında alıcının bilmediği ve satılan şey üzerinde kafi dikkati sarfetse bile bilemeyeceği vasıf noksanlarının bulunmasıdır.<sup>93</sup>

Türk borçlar hukukunda, satılan şeyde bulunabilmek ve satıcının sorumluluğunu gerektirecek ayıplar, mahiyetlerine göre, üç grupta toplanmaktadır; 1. Maddî ayıplar, 2. Hukukî ayıplar, 3. Ekonomik ayıplar.<sup>94</sup>

#### 1. Maddî Ayıplar;

Bazı hukukçulara göre, mahiyeti belli olduğu için kanun koyucu, bunların tanımını yapmağa gerek görmemiştir.<sup>95</sup> Maddî ayıplar, eşyanın fizikî yapısına bağlı oldukları için, Becker gibi hukukçular, bunları, "fizikî ayıplar"(Physische Mängel), terimi ile ifade etmeyi uygun bulmuşlardır.<sup>96</sup>

Daha önce geçtiği gibi, İslâm hukukçuları, bu çeşit ayıplara, açık ayıplar demişlerdir.

#### 2. Hukukî Ayıplar;

BK.m. 194/I'de maddî ayıpların yanında hukukî ayıplardan da bahsetmektedir. Hukukî ayıpların tesbiti maddî ayıplarda olduğu gibi kolay değildir. Özellikle, "zapt" ile hukukî ayıp teşkil eden noksanlıkların birbirinden ayrılması güçlük arzeder.<sup>97</sup> Bu nedenle "hukukî ayıp" teriminin "zapt" halini ifade edip etmediği, başka bir

<sup>92</sup> Bu kararlar için bkz. Edis, a.g.e., 60, dp. 48.

<sup>93</sup> Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, 60.

<sup>94</sup> Edis, a.g.e., 13; Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku**, I,249-274; Bilge, **Borçlar Hukuku**, 74; Zevkililer, **Borçlar Hukuku**,39.

<sup>95</sup> Bilge, a.g.e., 74; Edis, a.g.e., 13.

<sup>96</sup> Edis,a.g.e., 13; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,162-163.

<sup>97</sup> Bilge, **Borçlar Hukuku**, 74.

ifade ile, zapta karşı tekeffülün hukukî ayıp olup olmadığı, hukukçular arasında münakaşa konusu olmuştur.<sup>98</sup>

Bazı müellifler, hukukî ayıpları şöyle tanımlamışlardır; "Alıcının müstakil ve kayıtsız bir malik sıfatıyla satılardan tüm ve değerince yararlanmasına engel olan veya bu imkânı tamamen ortadan kaldıran hukukî sebeplerdir."<sup>99</sup> Bu tanıma göre zapt hali, hukukî ayıp kapsamına girmektedir. Bu durum, zapt halini meydana getiren noksanlıklarla(BK.m.189 vd.), BK.m.194/I'de bahsedilen hukukî ayıpların birbirine karışması tehlikesini doğuracağından, TBK.nu açısından tenkid edilebilir. Ancak İslâm hukuku açısından pek de yadırganmaz. Zira, bu hukuk her ne kadar zapta karşı tekeffülü, "Hıyaru'l-İstihkâk" başlığı altında, kısmen "me'cur ve merhunun satışı" konularında ele alıp inceliyorsa da konunun ayıp muhayyerliği ile yakından ilgisi bulunmaktadır. Yeri geldiğinde inceleneceği gibi,<sup>100</sup> cüzî istihkâk(kısmî zapt), pazarlık ayırımına neden olduğundan, İslâm hukukçularına göre, ayıp telakki edilmiştir.<sup>101</sup>

Türk hukuk doktrinde, hukukî ayıp telakki edilebilecek birçok noksanlık sayılmıştır,<sup>102</sup> ancak biz burada mahkeme ictheadlarına göre ayıp kabul edilen hukukî ayıplardan bir kaçına işaret etmekle yetineceğiz; gayrı menkuller alanında, inşaat mevzuatından doğan sınırlamalar, binanın otel olarak kullanılmaya elverişli olmaması nedeniyle işletme ruhsatının verilmemesi, satın alınan şeyin vergiden muaf olmadığının anlaşılması, istimlâk edilmek üzere arsa hakkında kamu yararı kararı verilmiş olması gibi.<sup>103</sup>

### 3.Ekonomik Ayıplar;

BK.m.194/I'de "maddî ve hukukî bir sebeple..." denilmek suretiyle ayıpların yalnız iki çeşidine işaret edilmiştir. Ancak doktrin ve mahkeme ictheadlarınınca<sup>104</sup> satıcının ekonomik

98 Bkz. Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku**, I,250,251; İzveren, **Deniz Ticaret Hukuku**, 59; Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 14-15.

99 Feyzioğlu, a.g.e., 250, dn.366.

100 Bkz. Tez, dördüncü Bölüm, I,B,1,b.

101 el-Kürdî, **Buhûs**, 283. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kasânî, **Bedâi'**, V, 24,288-289; İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV, 144; Şirbini, **Muğni**, II,60; Desûkî, **Haşiye**, III,134-135; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 33. Krş. Zerkâ, **Medhal**, I, 144,145, pr. 192/4; MC.m.590,747.

102 Bkz. Bilge, **Borçlar Hukuku**, 74; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,163-164.

103 Edis, a.g.e.,16, dn.41,42.

durumdaki vasıf eksikliklerinden dolayı da alıcıya karşı sorumlu tutulması prensibi kabul edilmiştir, böylece kanundaki eksiklik giderilmiş bulunmaktadır.<sup>105</sup> Meselâ, ticarethanenin aylık safi kârının x lira olduğunun, kullanılmış bir otomobilin o zamana kadar x km. yaptığının veya ayıpsız ve kaza geçirmemiş olduğunun satıcı tarafından beyân edildiği halde aksinin ortaya çıkması gibi.<sup>106</sup>

Aslında gerek İslâm hukukunda, gerekse Türk borçlar hukukunda ekonomik ayıplarla, maddî veya hukukî ayıplar arasında prensip itibarıyla, bir fark yoktur, maddi ve hukukî noksanlıklar, genel olarak, şeyin ekonomik değerini düşürdüğü için, ayıp telakki edilmiştir.<sup>107</sup>

İslâm hukukunda ayıbın Türk borçlar hukukunda yapıldığı şekliyle bir taksimatı yapılmamışsa da, gerek hukukçuların verdikleri misaller, gerekse hukukî prensipler, bize İslâm hukukunda da maddî, hukukî ve ekonomik ayıplarla ilgili hükümlerin bulunduğunu göstermektedir.

Türk borçlar hukukunda geçen maddî ayıplar, İslâm hukukunda zahirî ayıplar adıyla incelendiğini yukarıda belirtmiştik. Kanunî veya ekonomik ayıplar konusunda ise bazı hükümler bulunmaktadır. "Meselâ, alıcı vergiden muaf olmak üzere satınaldığı gayri menkulün vergisinin bulunduğu ortaya çıkması halinde, muhayyerdir dilerse, vergisiyle beraber konuşulan fiyattan kabul eder, dilerse geri verir", "vergisi 100 kuruş olmak üzere satınaldığı arsanın vergisinin daha fazla olduğu ortaya çıkarsa ve bu durum ticarî örfte "ayıp" telakki edilirse, alıcı malı reddedebilir."<sup>108</sup> Bu ve benzeri ifadeler, hukukî ve ekonomik ayıplarla ilgili hususların İslâm hukukunda da tartışıldığını göstermektedir.

---

104 Edis, a.g.e. ve y.; Yarg.HGK, 4.7.1956, E.K-96/K,108(MHD.1956, Sy5,s.27).

105 Türk borçlar hukukunun Kira sözleşmelerinde, ayrıca manevî ayıplardan söz edilmektedir. Kiracının rahat, gürültü ve benzeri şekillerde rahatsız edilmesi gibi. Bkz. Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/2, 112.

106 Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,159.

107 Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 17,18.

108 Heyet, **Hindîyye**,III, 139; Ali Haydar, **Dürer**, I,556.

## II-AYIP MUHAYYERLİĞİNİN TARİHÇESİ, TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

### A. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN TARİHÇESİ

Eski hukuk sistemlerinde bile alıcıya ayıp muhayyerliği hakkı tanınmıştır. Ayıp muhayyerliğinin kanunlaştırılması, Hamurabi kanunlarıyla başlar. Bu kanunda ayıp muhayyerliği ile ilgili özel hükümler bulunmasına rağmen alıcının sadece ayıplı malı red ve satım parasını geri almaktan ibaret idi. Başka da bir seçeneği yoktu. Meselâ, alıcının satım parasından indirim yapılmasını istemek gibi bir hakkı yoktu.<sup>109</sup>

Bugün modern hukuk sistemlerinde alıcıya tanınan ayıp muhayyerliği ve bunun bir sonucu olarak satıcının ayıba karşı sorumluluğu ile ilgili hükümlerin esas kaynağı Roma hukukudur. Bu hukukta satıcının ayıplı mal satımından doğan sorumluluğu, uzun bir gelişmeden sonra son şeklini almıştır. Bu gelişmeyi üç safhaya ayırmak mümkündür:

#### 1. Jus Civile Devri,

Satıcının bu devirde sorumluluğu nisbeten hafifti; satıcının malda belirli vasıfların varlığına veya belirli ayıpların yokluğuna dair verdiği özel teminat hallerine inhisar ediyordu. Meselâ, kölenin belirli işleri yapmasını bildiğini veya hastalıklı olmadığını temin etmiş ise ve teminat da **mancipatio**<sup>110</sup> yapılırken verilmiş ve hatta onun metnine ilave edilmişse **dicta ve promissa** denilen bu vaatlerinin doğru çıkmaması halinde, satıcı sorumlu olurdu. **Mancipatio** dışında satıcının malda ayıp bulunmadığını veya muayyen vasıfların mevcut olduğunu bir **stipulatio**<sup>111</sup> ile taahhüt etmesi usulü de zamanla yerleşti; bu halde satıcının **stipulatio** ile yaptığı açıklamaların doğru çıkmaması halinde kendisine karşı, **actio ex stipulatio**<sup>112</sup> açılabilirdi. Zamanla bu çeşit beyânların alım-

<sup>109</sup> Diyâb, **Daman**, 10. ve oradaki yabancı kaynaklar.

<sup>110</sup> Sekiz kişinin hazır bulunması ile yapılan şekle bağlı muamele. İbtidai bir usul olmakla beraber, M.s.III.asra kadar ehemmiyeti gittikçe azalarak uygulandı. Justinianus hukukunda tamamen kayboldu. Umur, **Roma Hukuku Lugatı**, "Mancipatio" maddesi.

<sup>111</sup> Eski hukuk zamanından beri, sözlü şekle tabi tek taraflı dar hukuk davaları doğuran akit. Bkz. Umur, a.g.e. "Stipulatio" maddesi.

<sup>112</sup> Stipulatio davası. Bir şeyin verilmesi, yapılması veya yapılmaması borcu altına sokan belirsiz konulu davalardan doğan alacağı talep etmeye yarayan

satım sırasında şekilsiz olarak yapılması hallerinde de bunların muhtevalarının **actio empti**<sup>113</sup> ile takib edilebileceği esası yerleşti. Aynı şekilde sattığı şeyin ayıplarını bildiği halde susan satıcı da bu hileli hareketinden dolayı sorumlu tutulur ve **actio empti** ile alıcının bu yüzden uğradığı zararları tazmine mecbur edilirdi.<sup>114</sup>

## 2. Aediles Curulis Devri,

Daha sonraları, çarşı-pazar hakimleri diyebileceğimiz bu kişiler<sup>115</sup>, maddi ayıplar konusunda bazı önemli yenilikler getirdiler. Bunların koydukları esaslar, yalnız köle ve hayvan alım-satımlarına tatbik ediliyordu. **Aediles**'ler beyannamelerinde köle ve hayvan satıcılarını sattıkları kölelerin ve hayvanların ayıplarından alıcıları haberdar etmeye mecbur tutmuşlardı. Eğer bunları yapmamışlarsa, **aediles**'ler, satıcıları, hatta kendilerinin dahi bilmedikleri gizli ayıplardan da sorumlu tutuluyorlardı. Bu gibi hallerde alıcının satıcıya karşı iki davadan birini seçme hakkı vardı.<sup>116</sup>

a) Ayıplı malı geri verip verdiği paranın iki katını geri almak, buna; **actio redhibitoria** denilirdi. Altı ay içinde böylece akdi feshedebilirdi.

b) Satım parasının indirilmesini isteyip, satım parasının ayıp nisbetinde azaltılmasını dava edebilirdi ki, buna da **actio quanti minoris** yahut, **actio aestimatoria** denirdi. Bu durumda akit bozulmuyor, aksine muhafaza edilmiş oluyor, fakat alıcı ödediği para ile ayıplı malın hakiki değeri arasındaki farkı geri alabiliyordu. Bu dava bir yıl içinde açılabilirdi.<sup>117</sup>

## c) Justinianus Devri,

Nihayet Justinianus hukukunda, aedilis'lerin köle ve hayvan satımlarına ilişkin koydukları esaslar, konuları ne olursa olsun bütün satımlara uygulandı. Böylece alıcı, satılanın gizli nitelikteki ayıpları da dahil olmak üzere tüm ayıplardan dolayı satıcıyı sorumlu

dar hukuk davası. Bkz. Umur,a.g.e. "Actio ex stipulatio" maddesi.

113 Alım-satım akdinden satılanın rahat zilyetliğini temin edemeyen ve alım-satımdan doğan borçlarını yerine getiremeyen satıcıya karşı alıcının ikame ettiği dava. Bkz. Umur,a.g.e. "Actio Empti"maddesi.

114 Rado, **Roma Hukuku Dersleri**, 127.

115 Bkz.Umur, **Roma Hukuku Lugatı**, "Aedilis Curulis" maddesi.

116 Rado, a.g.e., 128; Edis, a.g.e., 3-4.

117 Diyâb, **Daman**,12; Rado, a.g.e., 128; Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 4-5.

tutabilmek için yukarıda açıklanan iki davadan birini seçmekte serbestti. Bundan başka alıcı **actio empti** ile uğradığı zararların tazminini de her zaman isteyebilirdi.<sup>118</sup>

İlk defa **aediles**'lerin koydukları bu davalar, günümüze kadar gelmiş ve aşağı-yukarı bütün hukuk sistemlerinde yer almıştır.<sup>119</sup>

#### B. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN TANIMI

Ayip muhayyerliği fıkıhta, ( خيار العيب )<sup>120</sup> terimi ile ifade edilir, Maliki fıkında<sup>121</sup> ve bazı Şafiî kaynaklarında<sup>122</sup> buna ( خيار النقيصة ) dendiğini görüyoruz.<sup>123</sup> Türk borçlar hukukunda ise, buna, ayıplı mal satımında "alıcının seçim hakkı veya seçimlik hak" denmektedir.<sup>124</sup>

( خيار العيب ) terimi, ( خيار ) ve ( عيب ) kelimelerinden oluşan bir terkidir. ( خيار ), muhayyerlik demektir (MC.m.116). Bu da, akdi geçerli kılmakla geçersiz saymak arasında seçenek sahibi olmak anlamına gelir.<sup>125</sup>

Hukukta; kendisi için muhayyerlik hakkı bulunan kimsenin, diğer tarafın rızasına lüzum olmadan akdi feshedebilme selâhiyetine denir.<sup>126</sup>

Nitekim hadis'te<sup>127</sup> de, ( الخيار ) kelimesi, ( اختيار ) anlamında kullanılmıştır. Her iki kelime de, kişinin akdi geçerli veya geçersiz saymak gibi iki durumdan kendisi için hayırlı olanını tercih etmesidir.<sup>128</sup> İbnu'l-Esir(606/1209)'in vermiş olduğu bu tanım,

118 Rado, a.g.e., 128; Diyâb, **Daman**, 13-14; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 7.

119 Rado, a.g.e., 128.

120 Kadîhân, **Fetavâ**, II, 194; Zerkâ, **Medhal**, I, 443, 444; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV, 261.

121 Hattâb, **Mevâhibu'l-Celîl**, IV, 429; Yusuf Celâl, **Müzekkirât**, II, 49, 52.

122 Nevevî, **Fetavâ**, 129-f30; Şirbînî, **Muğni**, II, 50; Ramlî, **Nihâye**, IV, 25; Dîmyâtî, **İ'ane**, III, 30.

123 Senhuri, **Mesâdir**, IV, 245.

124 Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku**, I, 293 vd.; Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 97 vd.

125 Ali Haydar, **Dürer**, I, 222.

126 Ergüneş, **Türk Hukukunda Lugat ve Istılahlar**, "Muhayyerlik" maddesi.

127 "**Satıcı ve alıcı ayrılmadıkça, muhayyerdirler.**" (Buhârî, **Buyû'**, 19, 22, 42, 43, 44, 46, 47; Müslim, **Buyû'**, 43, 46, 47; Ebu Dâvûd, **Buyû'**, 51; Tirmizî, **Buyû'**, 26; Nesâî, **Buyû'**, 4, 8, 9, 10, 82; İbn Mâce, **Ticarât**, 17; Darimî, **Buyû'**, 15; Muvatta', **Buyû'**, 79; Ahmed b. Hanbel, **Musned**, II, 4, 9, 52, 54, 73, 135, 311; III, 2, 4, 403, 425, 434; V, 12, 17, 21, 22, 23.

İslâm hukukundaki tanıma çok yakındır.<sup>129</sup>

İslâm hukukunda ise; "Ayıp muhayyerliği satım için belirlenmiş olan şeyde, akit sırasında farkına varılmayıp, sonradan farkedilen ayıptan dolayı taraflardan birinin akdi bozma hakkıdır.<sup>130</sup>

Mecelle, ayıp muhayyerliğini şöyle tanımlamıştır: "Bey-ı mutlak ile satılan bir malın ayb-ı kadimi tebeyyün ettikte (eskiye ait bir kusuru ortaya çıkınca) müşteri muhayyerdir; dilerse reddeder ve dilerse, semen-ı müsemma(belirlenen bedel) ile kabul eder; yoksa malı alıkoyup da ayıbı için pahasını tenkis edemez işte buna hıyar-ı ayb denir."(MC.m.337).

Tanımda geçen "bey-ı mutlak ile satılan" ifâdesinden maksat, "kusurlu çıkarsa, geri almam, sorumluluk kabul etmem" gibi bir kayıt konulmadan yapılan satım akdidir.<sup>131</sup>

**Malikîler**, "Ayıp(nakisa) muhayyerliğini, satıcının akit sırasında şartlar veya örf gereği borçlanmasına ters düşen noksanlar sebebiyle ortaya çıkan bir hak olarak tanımlarlar,<sup>132</sup> bu noksanlık, ya bir eksikliğin varlığı ya da istihkâk(zapt) şeklinde ortaya çıkabilir.<sup>133</sup>

**Şafiîler**, ayıp(nakisa) muhayyerliğini, örf, veya sorumluluğu gerektiren şartın, öngördüğü asıl maksadın zail olmasına ya da bu maksadın fi'li hile(tağrir) ile ortadan kalkmasına bağlı bir seçenek olarak tanımlarlar.<sup>134</sup>

**Hanbelîler'e** göre ayıp muhayyerliği; "İster kıymetini düşürsün, ister arttırsın satılanın kendisinde meydana gelen noksanlıktan, ya da satılanın kendisinde olmasa bile, tüccar arasında onun değerini düşüren başka bir noksanlıktan kaynaklanan muhayyerliktir."<sup>135</sup>

Ayıp muhayyerliğinin vasıf, tağrir ve istihkâk muhayyerlikleri ile aynı hukukî sonuçları paylaşmasına rağmen, bir çok İslâm hukukçusuna göre bunlar, müstakil, ayrı ayrı konulardır. **Hanefî ve Hanbelîler** tanımlarında bu ayırımı dikkat etmişlerse de, **Malikî ve**

128 İbnu'l-Esir, **en-Nihâye**, "el-Hyâr" maddesi; Ebu Zehrâ, **el-Milkiyye**, 384; Yusuf Musa, **el-Emvâl**, 466.

129 Bkz. Ebu Zehrâ, **el-Milkiyye**, 384.

130 Ebu Zehra, **el-Milkiyye**, 384; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV, 261.

131 Krş.MC.m. 336.

132 Hattâb, **Mevâhibu'l-Celil**, IV,427.

133 Yusuf Celâl, **Müzekkirât**, 49.

134 Nevevî, **Fetavâ**, 129-130; Şirbini, **Muğni**, II,50.

135 ez-Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV,529.

**Şafililer** vasıf ve tağrir muhayyerliklerini de ayıp muhayyerliği kapsamına almışlardır.<sup>136</sup>

TBK.nu İslâm hukukundaki adıyla; “ayıp muhayyerliğini”, “satıcının borçları” başlığı altında satıcının ayıba karşı tekeffül borcu adıyla, kısmen de zapta karşı tekeffül bahsinde incelemektedir (BK.m.194-207).

TBK.nu satıcının borçlarını üç ana başlık altında toplamaktadır;

- a) Satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcu(BK.m.185-188),
- b) Zapta karşı tekeffül borcu(BK.m.189-193),
- c) Ayıba karşı tekeffül borcu (BK.m.194-207). Satıcının bunlardan başka yan borçları da bulunmaktadır.<sup>137</sup>

Ayıp muhayyerliği, akdi yapan her iki tarafın özellikle alıcının rıza göstermediği bir şeyi kabule zorlanmaması esasına dayanmaktadır. TBK.nu da aynı esası kabul etmekle birlikte, meseleye alıcının muhayyerliği açısından ziyade, satıcının sorumluluğunu esas alarak bakmaktadır(BK.m.194 vd.).

Ayıplı mal satımı konusunda müşteriye seçme hakkı sağlayan ve satıcıyı sorumlu tutan Borçlar Kanununun 194. ve 202 maddeleri şöyledir:

“Satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddî veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatını izâle veya ehemmiyetli bir surette tenkis eden ayıplardan sâlim bulunmasını da mütekeffildir.”(BK.m.194)

“Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman, alıcı muhayyerdur, dilerse, satılanı redde hazır olduğunu beyanla, satımın feshedilmesini, dilerse, satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olmasını dava eder.”(Bk.m.202).

Türk hukuk doktrininde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun şu şekilde tanımlandığı görülmektedir: “Satılan şeyde satıcı tarafından zikir ve va'dedilen vasıfların bulunmamasından veya satılan şeyin değerini yahut akit gereğince ondan beklenen faydaları azaltan veya kaldıran noksanları bulunmasından satıcının sorumlu tutulmasına satıcının ayıba karşı tekeffül borcu denir.”<sup>138</sup>

<sup>136</sup> el-Kürdi, *Fıkhu'l-Muavedât*, 279.

<sup>137</sup> Bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I/1117 vd.

<sup>138</sup> Edis, *Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 7; Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I/1.

Bazı hukukçular da, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun bağımsız bir tanımını yapmanın hiç bir anlamının olmayacağı kanaatindedirler;<sup>139</sup>

İslâm hukukunun ayıp muhayyerliği tanımı ile, Türk borçlar hukukunun, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu hakkında verilen tanım göz önünde tutulduğunda şu hususlar dikkatı çekmektedir:

a) İslâm hukuku, ayıplı mal satımı konusunda tamamen alıcının muhayyerliği açısından bakmaktadır. Ayıplı mal satımında ayıp muhayyerliği şartları gerçekleştiği takdirde, alıcı hür iradesini kullanma hakkına sahip olur. İşine geleni tercih eder. Dilerse, ayıplı mala razı olur, dilerse, malı geri verir.

Türk borçlar hukuku ise, konuya satıcının sorumluluğu açısından bakmaktadır.

b) **Malikî ve Şafî** hukukçuların yaptıkları tanımlar, hem va'dedilmiş hem de örfçe lüzumlu vasıfların yokluğunu ifade etmektedir. Bu itibarla, TBK.m.194/I ile tam bir uyum arz etmektedir.

Hanefî ve Hanbelî hukukçuların tanımları ise, sadece örfçe lüzumlu vasıfları kapsamakta, zikir ve va'dedilen vasıfları ise vasıf muhayyerliğinde incelemektedir. Bu özelliğinden dolayı bahsi edilen hukuk ekollerinin tanımları, TBK.m.194/I ile farklılık arz etmektedir.

Netice itibariyle ayıplı mal satımı konusunda İslâm hukuku genel anlamıyla göz önüne alındığında bu günkü TB.hukuku ile aralarında büyük ölçüde bir farklılık bulunmadığı göze çarpar. Sadece konuya bakış açısı farklılık arz etmektedir.

Ürdün Medeni Kanunu, ayıp muhayyerliği konusunda tamamen **Hanefî**'lerin görüşlerinden yararlandığını ve bu konuda onlarla tam bir uyum içinde olduğunu da belirtmeliyiz.<sup>140</sup> Suriye Medeni Kanunu ise,(m.415) İslâm hukukçularının görüşlerine yakın bir tanım benimsemiştir.

---

157-158. Benzer tanımlar için bkz. Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri**,I,89; Arslanlı, **Ticârî Bey'**, 259; Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku**,I,270; Bilge, **Borçlar Hukuku**, 73; Zevkliler, **Borçlar Hukuku**,42. Yabancı Kaynaklar için bkz.Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 17. dn.21.

139 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 18-20.

140 Enver Sultan,**Mesâdiru'l-İttizam**, 225,pr.327.

## C.HUKUKİ NİTELİKLERİ VE DAYANDIĞI DELİLLER

### 1. Hukukî Nitelikleri;

Hukukçular, ayıp muhayyerliğinin hukukî niteliklerini açıklarken, satım akdini lâzım(bağlayıcı)<sup>141</sup> ve gayri lâzım(bağlayıcı olmayan) şeklinde ikiye ayırmaktadırlar. Akit, sıhhat ve nefaz(geçerlik) şartlarını<sup>142</sup> taşımakla beraber, "vekâlet, şirket, hibe, ariye" gibi yapısından dolayı, yahut da "şart, ta'yin, görme ve ayıp" gibi sebeplere dayanan muhayyerliklerden dolayı tek taraflı olarak bozulabilir durumda ise, "lâzım olmayan" akitlerden sayılmaktadır.<sup>143</sup> Bu akitlerde, ayıp muhayyerliği, ayıptan sorumlu olmayan tarafa akdi feshetme selahiyeti vermekte, onun açısından akit bağlayıcı olmamaktadır.

Türk borçlar hukukunda da alıcının seçim hakkına dayanarak akdin feshini, satım parasının indirilmesini ve mislî malın değiştirilmesi haklarından dilediğini seçmekte alıcı kural olarak serbesttir. Ancak pratik mülhazalar, bu serbestiye, bir çok bakımdan istisna getirilmesini gerektirmiştir. Bu istisnalar, Borçlar Kanununun 202/II, 203/II ve 215. maddelerinden açıkça anlaşılmaktadır.<sup>144</sup>

#### a) Ayıp Muhayyerliğinin ihtiyaçtan kaynaklanması,

İslâm hukukunda bütün muamelelerin hukukî sonuçları, insanların yararına ve ihtiyaçlarına yöneliktir. Hepsi de ma'kul nedenlere dayanmaktadır.<sup>145</sup>

İslâm hukuku metodolojisinin "**Mekasidü's-Şerî'a**", "**Hikmetu't-Teşri'**"<sup>146</sup> gibi bölümleri ve bu konuda yazılmış müstakil kaynaklar<sup>147</sup> incelendiğinde **el-Mesâlih**(yararlar) terimiyle kamu

141 Muhayyerlik içermeyen akitlere Hanefiler, "lazım akit", Maliki'ler "Bett akit", Şafii'ler, "ayıptan beri olmak şartıyla satım akdi", Hanbeliler ise, "sahih-lazım satım akdi" demektedirler. Fikri, **el-Muamelâtu'l-Maddiyye ve'l-Edebiyye**, I,20-23.

142 Bu tabir ve şartlar için, bkz. Zuhayli, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV,228,229.

143 Karaman, **Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku**, III,104; el-Kürdî, **Fıkhu'l-Muavedât**, 260; Ferid, **el-İltizâm**, 215-222.

144 Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 100 vd.

145 İbn Abdisselâm, **Kava'id**, I,3-4; Mahmesanî, **Felsefetu't-Teşri' fi'l-İslâm**, 165; Buhârî, **Keşfu'l-Esrâr**, III,294; Devâlibî, **Medhal**, 438.

146 Bkz. Şatibî, **Muvafakat**, II, 3 vd.; Zuhayli, **Usulu'l-Fıkhi'l-İslâmî**, II,1015; Atar, **Fıkıh Usulü**,283 vd.

yararı gözetildiği rahatlıkla görülebilmektedir. Ayıp muhayyerliği hakkı da böyle bir maslahatı amaçlamaktadır.

İslâm hukukunda kamu yararını esas alan ve insanların ihtiyaçlarına cevap vermek için kabul edilen bir çok hüküm vardır. Meselâ, borçlar hukuku dalında satım akdi, kira sözleşmesi, tazminatlar, teberrular, selem ve muhayyerlikler gibi daha bir çok husus insanların ihtiyaçlarına cevap vermek için benimsenmiştir.<sup>148</sup>

Ayıp muhayyerliği hakkı da akde taraf olan kişilerin hileye(tedlise), kandırmaya(tağrire) maruz kalmamak için ihtiyaç duydukları bir husustur ve bu ihtiyaca cevap vermek için meşru kılınmıştır.<sup>149</sup>

Gerek İslâm hukukunda, gerekse bugünkü Türk borçlar hukukunda satılanın ayıpsız olması esastır. Çünkü satıcı akd konusu malı, tam ve noksansız olarak ifa etmekle yükümlüdür. Akdin gereği gibi yapılması, satıcının ayıpsız ve üzerinde başka kimselerin mülkiyet veya öncelik taşıyan bir hak iddiasında bulunmamalarını sağlamasıyla mümkündür.<sup>150</sup> Satıcı bu yükümlülüğünü, gereği gibi ifa etmediği durumlarda sorumlu olup alıcı ise, muhayyerlik hakkını kazanmış olur.<sup>151</sup>

#### b) Ayıp Muhayyerliğinin Ayıba Dayanması,

İslâm Hukukunda, ayıp muhayyerliği “**hıyaru'l-'ayb**” tabiriyle ifade edilmektedir; bu ifade, bir izafet terkidir. Buradaki izafet, bir şeyi sebebine izafet kabilindendir. Buna göre; isim tamlamasının anlamı, “ayıp sebebiyle muhayyerlik” şeklinde olmaktadır. Müşteri ancak satılanın ayıplı olması durumunda bu muhayyerlik hakkına sahip olur.<sup>152</sup>

147 Bu kaynaklara örnek olmak üzere şu eserleri zikredebiliriz: İbn Abdisselâm'ın, **Kava'idu'l-Ahkâm fi Mesâlihî'l-Enâm**, Şatibi'nin, **el-Muvafakât, fi Usulî'l-Fıkh**, ed-Dehlevî'nin, **Hüccetullahî'l-Balîğa**, Tahîr b. Aşur'un, **Mekâsidü's-Şer'iati'l-İslâmiyye**, Mahmesanî'nin, **Felsefetu't-Teşri' fi'l-İslâm**, ve Şelebî'nin, **Ta'îlu'l-Ahkâm**.

148 Gazzâlî, **Mustasfa**, I, 139, 141; Şatibi, **Muvafakât**, II, 3 vd.; **Ensarî, Fevatihü'r-Rahamut**, II, 262 vd.; Şevkânî, **İrşâdu'l-Fuhul**, 189; Zerkâ, **Medhal**, I, 100 vd., fık. 26-27; II, 604-605, fık. 309, dn. 2; Zuhaylî, **Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî**, II, 1025; Atar, **Fıkh Usulü**, 279.

149 Ferid, **el-İltizâm**, 222; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV, 261.

150 Buhutî, **Keşşafu'l-Kına'**, III, 218; Feyzloğlu, **Borçlar Hukuku**, 30-31.

151 Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 30-31.

Aslında İslâm hukukunda ayıp, ayıp muhayyerliği hakkının doğmasının sebebidir. Yoksa bu hakkın kullanılmasının sebebi değildir. Çünkü mal ayıplı olsa bile, alıcı razı olduktan sonra, bu hak ortadan kalkar. Ayıp muhayyerliği hakkının kullanılmasını gerektiren şey, rızasızlıktır. Başka bir ifade ile, alıcının razı olmadığı bir şeyi kabule zorlanması ve rızasının bozulmasıdır. Alıcı ayıplı bir mala sahip olmak istemediği halde, satın aldığı mal, ayıplı çıkarsa, rızası bozulmuş demektir. Rıza ise akdin en önemli unsurudur. Kur'ân'da rızaya dayanmayan her alım-satımın, başkasının hakkını haksız yere yemek anlamına geleceği açık bir ifade ile belirtilmektedir.<sup>153</sup>

c) Ayıp Muhayyerliğinin Rıza İhlalını Ortadan Kaldırması ve Rızayı Bozan Sebeplerle İlişkili Olması,

Akitlerde karşılıklı rızanın şart olduğunu biliyoruz. Ayıplı mal satımı demek, rızanın ortadan kalkması demektir. Çünkü hiç kimse, malın ayıplı olmasını istemez bu nedenle, İslâm hukuku rızaya çok önem vermiştir. Rızanın yokluğu kesin olarak biliniyorsa, akit bâtıl, zannediliyorsa fâsit, rızanın varlığı konusunda şüphe söz konusu ise, rızasına hâlel gelen kişi için muhayyerlik hakkı vardır.<sup>154</sup>

İslâm Hukukunda ayıp muhayyerliğinin rızayı bozan sebeplerle çok yakından ilişkisi vardır. Özellikle hata(galat) ile. Hatta, ayıp muhayyerliği hata nazariyesinin bir parçası olarak değerlendirilebilir. Gerçi İslâm hukukunda hata nazariyesi bulunmamakla beraber, ayıp muhayyerliği vasıf ve görme muhayyerliği gibi konulara yayılmış olan hata hükümlerinin genel bir nazariyeden kaynaklandığı ve belli sebeplere dayandığı anlaşılmaktadır. Ayıp muhayyerliği, taraflardan birinin bilerek ayıbı gizlemesine dayanıyorsa, bu açıkça bir hiledir(hılâbe). Hileye mâ'ruz kalanın ayıp muhayyerliği ile akdi bozma hakkına sahip olduğu konusunda görüş birliği vardır. Şayet sözü edilen muhayyerlik, satıcı tarafından bilinmeyen bir ayıba dayanıyorsa, bu durumda müşterinin hataya düştüğü kabul edilir ve muhayyerlik hakkına sahip olur. O zaman, "Akitlerde itibar, maksat ve

152 Haddâdî, *Cevhere*, I, 254; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtar*, V, 3; Damâd, *Mecmau'l-Enhur*, II, 40; Ali Haydar, *Dürer*, I, 542; Selim Rüstem, *Şerhu'l-Mecelle*, 179.

153 Nisâ 4/29; ayrıca bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, V, 274; Şevkânî, *Fethu'l-Kadir*, I, 456, 457; Senhurî, *Mesâdir*, II, 122.

154 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 274; el-Kürdî, *Fıkhu'l-Muavedât*, 258. Rıza ihlâlını gerektiren akitler için bkz. Seyyid Sabık, *Fıkhu's-Sünne*, III, 144, 145, 146.

ma'nayadır..."(MC.m.2,3) kaidesi, devreye girer.<sup>155</sup> Satıcının farkına varmadığı ayıpları ise, hata nazariyesi kuralları içerisinde değerlendirmek mümkün olduğu gibi "kötü ifa, ya da gereği gibi ifa etmeme" olarak da değerlendirmek mümkündür. Özellikle satılndaki ayıplar, satıcının elinde iken akitten sonra, teslimden önce meydana gelmişse, bu durum, müşterinin rızasına halel getireceğinden ayıp muhayyerliği hükümleri uygulanır.<sup>156</sup>

Türk hukuk doktrininde bazı hukukçularca satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun, hukukî niteliği itibariyle, BK.m.23 vd.mında öngörülen hataya dayanan hükümsüzlük, haliyle aynı nitelikte olduğu ileri sürülmüştür. Özellikle Fransız hukukçularının savunduğu bu görüşte, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile eşyanın aynında hata, niteliği ve hukukî temeli aynı olan müesseselerdir.<sup>157</sup>

Türk ve İsviçre hukuklarında, böyle bir durumda, alıcının dilerse, ayıba karşı tekeffül çerçevesinde, dilerse hata hükümleri çerçevesinde hareket edebileceğini kabul eden baskın görüş de sonuçta temelini bu düşünceden almaktadır.<sup>158</sup>

Tandoğan'a göre, çoğu zaman ayıba karşı tekeffülün şartlarıyla birlikte, lüzumlu vasıfta hata, hile ve hatta bazen gabin şartları gerçekleşmiş olur. Bundan başka, ayıplı ifa, gereği gibi ifa etmeme sayılarak BK.m.96 vd.nın tatbiki imkânı da ortaya çıkabilir.<sup>159</sup>

155 Zerkâ, **Medhal**, II,960, fık.575; I,443,fık.192/3-b; el-Kürdî, **el-Medhalu'l-Fıkhî**,23.

156 Zerkâ, **Medhal**,I,429,443-444, fık.192/3. Rıza bozukluğu için bkz. Kâsânî, **Bedâi'**,V, 274; Zerkâ, **Medhal**,I, 429, fık,191/5; Senhurî. **Mesâdir**, II,122.

157 **Demolombe** ve **Captitant**'ın görüşleri için bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**,20.

158 Yavuz, a.g.e.,20. Bkz.Edis, **Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata**, 84 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**,73 vd.

159 Tandoğan, **Borçlar Hukuku**,I/1,158. Türk borçlar hukuku doktrininde bu konu,"satıcının satılanın ayıplarından irade sakatlıklarını düzenleyen hükümler çerçevesinde sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması" başlığı altında uzun uzun ele alınıp incelenmektedir. Ancak konuyu birinci planda İslâm hukuku açısından ele aldığımızdan burada teferruata girmeden yukarıdaki bilgilerle yetindik. Ayrıntılı bilgi için bkz. Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,22-28; Yavuz, **Satıcının sorumluluğu**,19-31,222-223; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e.,81-82; Edis, **Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata**, 21 vd.,84 vd. Bk.m. 96'nın metni şöyledir: "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnad edilmeyeceğini ispat etmedikçe bundan

d) Ayıp Muhayyerliğinin Bir Müeyyide Olması,

Muhayyerlik hakkı, hukukî müeyyidenin tipik bir örneğini teşkil etmektedir. Hukukî müeyyide, dört şekilde kendini göstermektedir:

1) Tasarrufu tamamen ortadan kaldırmakla, buna **butlân** denmektedir,

2) Kısmî ilga ile, buna **fesâd** denmektedir,

3) Hükümleri bir süre durdurmakla, buna **tavakkuf** veya **ademi nefâz** denmektedir,

4) Mağdura tasarrufu bozma hakkı vermekle, **muhayyerlik hakkı** ya da **Selbu'l-Lüzum** denmektedir.

Buna göre denilebilir ki, mubadele edilebilen mallarda ayıptan kaynaklanan subjektif eşitsizliğin giderilmesi ve tarafların -ayıplı mala razı olmak zorunda kalarak- haksızlığa uğramamaları için muhayyerlik hakkı bir müeyyide olarak benimsenmiştir.<sup>160</sup>

İslâm hukukuna göre, ayıplı mal satımını engellemek için hem hukukî, hem de subjektif (ma'nevî) bir müeyyideden söz edilmektedir.<sup>161</sup> Bir taraftan alıcıya akdin geçerliliğini onaylayıp onaylamama fırsatı verirken, diğer taraftan bilerek ayıplı mal satımının kesinlikle yasak olduğunu da belirtmiştir. Hatta, İbn Hacer el-Heytemî(976/1566), bilerek ayıplı mal satımını büyük günahlar arasında saymış ve bu görüşüne kaynaklık eden delilleri kitabında toplamıştır.<sup>162</sup>

Türk borçlar hukukunda da satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun bir müeyyide olduğu kabul edilmiştir. Nitekim, Bilge'ye göre, satım akdinde, satıcının borçlarından bahsedilirken teslim ve

mütevellit zararı tazmine mecburdur.”

160 Zerkâ, **Medhal**, II,600-613,fık. 307-314; el-Kürdî, **Medhal**, 231; Zuhaylî. **el-Fıkhu'l-İslâmî**,IV, 281; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II,252.

161 el-Kürdî, **Medhal**,230-231.

162 ez-Zevâcır, **Zevacır**, I,232. Krş.İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV,238. İbn Âbidîn, “Satılan bir malda ya da parasında ayıbı gizlemek helâl değildir.” dedikten sonra iki meseleyi bundan hariç tutuyor: a) Bir adam Daru'l-Harp halkından bir esiri satın alır da onlara ayıplı mal ya da geçmeyen para verirse, caiz olur. Çünkü hür insanı satın almak,satış değildir ki, söz verilen malı vermesi gereksin. Ayrıca bu, esirleri kurtarmanın bir yoludur. b) Cibaye(haksız vergi)lerde. İbn Humam'a göre, cibayeler, hükümdar için her gün veya her ay ya da üç ayda bir alınmak üzere halktan toplanan vergilerdir. Bu bir zulum idi.(**Reddu'l-Muhtar**,V,47-48).

mülkiyeti nakil borcundan başka, bir de, satılanın zaptına ve ayıplı olmasına karşı tekeffül borcu da vardır. Bu borç esas itibariyle mülkiyeti nakil borcunun bir neticesi ve müeyyidesi durumundadır.<sup>163</sup> Edis de şunları kaydetmektedir: "Ayıba karşı tekeffül borcu esas itibariyle teslim borcunun gereği gibi ifa edilmemesinin bir müeyyidesidir."<sup>164</sup>

Ancak Türk borçlar hukuku objektif ve genel nitelikte olup sadece kanunî müeyyide ile yetinmek durumundadır. Bu nedenle, İslâm hukukundan ayrılmaktadır. Buna göre, sözü edilen hukuk da, -bütün beşerî sistemlerde olduğu gibi- sadece insanların dünya mutluluğunu temin etme amacı güdüldüğü halde, İslâm hukukunda, hem dünya, hem de âhiret mutluluğunu temin etmek amacı güdülür.<sup>165</sup>

Netice olarak İslâm hukukunda ayıp muhayyerliği bir müeyyide olup akitteki cehalete<sup>166</sup> ve dolayısıyla, rızanın ihlâline<sup>167</sup> dayanmaktadır, bu ihlâl bazen hile, bazen hata, bazen de istihkâk ve bazen de kötü ifa gibi şekillerde ortaya çıkabilmektedir.<sup>168</sup>

## 2. Dayandığı Deliller,

Ayıp muhayyerliğine kaynaklık eden delilleri ikiye ayırmak mümkündür; a) Ayıplı mal satımını yasaklayan deliller, b) Ayıp muhayyerliğinin meşru olduğunu gösteren deliller.

a) Ayıplı mal satımını yasaklayan deliller; bunları da **kitâp, sünnet** ve **icma'** olmak üzere üç başlık altında incelemek mümkündür.

### aa) Kitâp

Kur'ân'da ayıp muhayyerliği ile ilgili, ya da ayıplı mal satımını yasaklayan özel bir âyet bulunmamaktadır. Ancak ayıplı mal satımını da kapsayan bir çok genel anlamda âyet vardır. İlim adamları ayıplı

<sup>163</sup> Borçlar Hukuku, 64.

<sup>164</sup> Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, 133.

<sup>165</sup> Yusuf Musa, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, 69. Ayrıca bu konuda bir çok âyet ve hadis vardır. Bu âyet ve hadislerin ahkâmı ile ilgili olanları müstakil eserlere konu olmuştur; Cessas ve İbn Arabî'nin *Ahkâmu'l-Kur'ân*'ları ile İbn Hacerin *Buluğu'l-Merâm* ve İbn Teymiye(652/1254)'nin *Münteka'l-Ahbar*'ı bunlardan sadece bir kaçıdır.

<sup>166</sup> Mahmesanî, *en-Nazariyyetu'l-'Amme*, II, 170.

<sup>167</sup> Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 296.

<sup>168</sup> Zerkâ, *Medhal*, I, 441.

mal satımının bu âyetlerin kapsamına girdiği konusunda hemfikirdirler.<sup>169</sup>

Bunlara misâl olmak üzere şu âyetler üzerinde duralım:

1) “ **Ey imân edenler! Aranızda karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hâli hariç, mallarınızı, bâtıl(haksız yollar) ile aranızda(alıp vererek) yemeyin ve kendinizi öldürmeyin. Şüphesiz Allah sizi esirgeyecektir.**”<sup>170</sup>

İbn Rüşd(595/1198) **Bidâyetu'l-Muctehit**'te ayıplı malın reddini gerektiren temel dayanak, bu âyettir<sup>171</sup> demektedir. Bize göre bu âyet, ayıplı malın reddini gerektiren ya da ayıp muhayyerliğinin meşru olduğunu gösteren bir dayanak olmaktan ziyade, ayıplı mal satışını yasaklayan bir delildir.<sup>172</sup> Zaten âyet, doğrudan ayıp muhayyerliğinden ya da ayıplı malın reddinden sözetmemektedir, genel bir ifade ile faiz, kumar, rüşvet gasb, hırsızlık, hıyanet gibi “bâtıl” kavramına girebilecek bütün hile yollarını yasaklamaktadır.<sup>173</sup> Ayıplı mal satımı da bir hiledir ve böyle bir satış yasaktır.<sup>174</sup>

2) “**Ey imân edenler! Akitlerin gereğini yerine getiriniz...**”<sup>175</sup>

Akitlerin gereğinin yapılması, onun karşılıklı rızaya dayalı, hilesiz ve bedellerin, karşılıklı olarak, zamanında, teslimi ile mümkündür.

3) “**...İnsanlara eşyalarını noksan vermeyin...**”<sup>176</sup>

İbn Arabî, âyette geçen ( البخس ) sözcüğünün Arap dilinde bir şeyin ayıplı olmasından dolayı noksanlaşması anlamına geldiğini ifade etmektedir.<sup>177</sup> Buna göre âyetin anlamı; “**insanlara eşyalarını ayıplı bir şekilde vermeyin!**” şeklinde olmaktadır.

169 Cessas, **Ahkâmu'l-Kur'an**, II, 175-176; İbn Arabî, **Ahkâmu'l-Kur'an**, II, 788-789; İbn Rüşd, **Bidâye**, II, 144; İbn Hacer, **Zevâcir**, I, 232; Elmalılı, **Hak Dini Kur'an Dili**, I, 677, 678, 679-680.

170 Nisâ 4/29; Bakara 2/188.

171 **Bidâye**, II, 144.

172 İbn Rüşd(520/1126), aynı kanaati paylaşmaktadır. Bkz. **Mukaddimât**, 569.

173 Bkz. Râzî, **Mefâtihu'l-Ğayb**, X, 69; Kurtubî, **el-Cami' li Ahkâmi'l-Kur'an**, II, 337-341; İbn Kesir, **Tefsiru'l-Kur'ani'l-'Azim**, II, 233; Ebu's-Suud, **İrşâdu'l-Aklî's-Selîm**, II, 170; Kasimî, **Mehâsinu't-Te'vîl**, V, 114-115; Ateş, **Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri**, II, 265.

174 İbn Hacer, **Zevâcir**, I, 232.

175 Maide 5/1.

176 Arâf 7/85.

177 **Ahkâmu'l-Ku'an**, II, 788-789.

Bu üç âyet ve benzerleri, ayıplı mal satımını, genel ifadeleriyle yasaklamaktadır.<sup>178</sup>

bb) Sünnet,

Ayıplı mal satımını yasaklayan esas delil, İslâm hukukunun ikinci kaynağı olan *Sünnet*'te yer almaktadır. Bu konuda çok sayıda hadis vardır, bir kaç tanesini vermekle yetineceğiz;

1) **"Müslümân, müslümânın kardeşidir. Bir Müslümâna, ayıplı bir malı, ayıbını bildirmeden kardeşine satması helâl olmaz."**<sup>179</sup>

2) **"Bir şey satan kimsenin sattığı malın kusurlarını belirtmeden satması ve o maldaki kusurları bilen herhangi birinin de bunu bildirmemesi helâl olmaz."**<sup>180</sup>

Şafîiler bu hadise dayanarak ayıplı malın durumunu bilen her kesin müşteriye uyarması gerektiğini, aksi takdirde hukuken sorumlu olacağını söylemektedirler.<sup>181</sup>

Bu ictihâd, özellikle günümüz Türkiyesinde, bozuk mal üretilip piyasaya sürenlere karşı herkesin duyarlı olması gerektiği görüşünü savunanlar için önemli bir mesnedir.

3) Hz Peygamber, bir buğday(ta'am) yığınınına uğradı, elini daldırınca parmaklarının ıslandığını gördü. Bunun üzerine, satıcıya buğdayın neden ıslak olduğunu sordu. Satıcı; yağmurda ıslandığını söyleyince Hz. Peygamber, **" o halde insanların onu görebilmeleri için ıslak kısmını neden üste getirmedin? Aldatan bizden değildir."**<sup>182</sup> buyurdu.

**"Aldatan bizden değildir."** ifâdesi, aldatmanın doğru bir hareket olmadığı anlamındadır. "Aldatan bizim sünnetimize uymamıştır" demektir. Yoksa, aldatan satıcının, dinden çıktığı yolunda bir yorum yapmak yanlış ve naslara aykırı olur.<sup>183</sup>

178 Benzer âyetler için bkz. Hud 11/15,84,85; Şu'ara 26/183; Bakara 2/282; Yusuf 12/20; Tağabun 64/9.

179 İbn Mâce, *Ticarât*, 45; Heytemî, *Mecma'u'z-Zevâid*, IV, 80. Buhârî, bu hadisi, 'Ukbe b. 'Amir'in sözü olarak tesbit etmiştir(*Buyû'*,19). Hadisin yorumu için bkz. Aynî, *'Umdetu'l-Kâri*, XI, 192; Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 324.

180 Ahmed b Hanbel, III, 491.

181 Nevevî, *Mecmu'*, XII, 110.

182 Müslim, *İmân*, 43; Ebu Dâvûd, *İcare*, 17; Tirmizî, *Buyû'*, 74; İbn Mâce, *Ticarât*, 36; Darimî, *Buyû'*, 10; Ahmed b. Hanbel, II, 50242, 417, III, 466, IV, 45; İbnu'l-Esir, *Cami'u'l-Usul*, I, 419; Heytemî, *Mecma'u'z-Zevâid*, IV, 78.

183 Bkz. Azimâbâdî, *'Avnu'l-M'abud*, IX, 321-322.

4) 'Adda b. Halit der ki; Hz. Peygamber benim için (şu ifâdeleri taşıyan) bir sözleşme yazdı; " **Bu, 'Adda b. Halit b. Havze'nin Allah Rasulü Muhammed'ten satın aldığına dair sözleşmedir; hastahksız, ayıpsız ve kötü huylu olmamak şartıyla, müslümanın müslümana satışı olarak ondan bir köle veya cariye satın aldı.**"<sup>184</sup>

Ayıplı mal satımının benimsenmediğini, böyle bir davranışın Allah'ın hoşnutsuzluğuna neden olacağını<sup>185</sup> hesap gününde bunun mutlaka hesabının sorulacağını<sup>186</sup> gösteren daha bir çok hadis vardır.<sup>187</sup>

İslâm hukukçuları bu ve benzer naslara dayanarak, -ayıba razı olma, ya da satıcının çıkacak ayıplardan sorumsuzluğunu kabul gibi durumlar dışında- ayıplı mal satışının caiz olmadığı konusunda görüş birliği içindedirler. Çünkü, böyle bir davranış, başkasına zarar vermektedir. Muasır İslâm hukukçularından Zerkâ, İslâm hukukunda başkasına zarar vermenin yasak olduğuna dair 61 delil sıralamaktadır.<sup>188</sup>

İslâm'da ayıplı mal satışı gibi yasaklanan bir davranışa tevessül etmeyen güvenilir, doğru kimseler müjdelenmiş, kıyamet gününde şehitlerle beraber bulunacağı haber verilmiştir.<sup>189</sup> Rızkını helâl yoldan aranması teşvik edilmiş,<sup>190</sup> vurgunculuk kesinlikle yasaklanmıştır.<sup>191</sup>

cc) İcma',<sup>192</sup>

Ayıplı mal satışının yasak olduğu konusunda hukukçuların fikirbirliği içinde olduklarını görmekteyiz.<sup>193</sup>

184 Buhârî'nin **Buyû'**, 15'te naklettiği bu hadis, Tirmizî, (**Buyû'**, 8), İbn Mâce, (**Ticarat**, 47) gibi muhaddisler tarafından merfu' hadis olarak nakledilmiştir. Hepsi de, Allah Rasulünün satıcı, 'Adda'nın ise, alıcı olduğunda birleşmişlerdir. Buhârî'deki rivâyet ise, bunun tam aksine. Hz. Peygamber alıcı, 'Adda, satıcı durumundadır. (Bkz. İbn Hacer, **Fethu'l-Bari**, IV, 247; Aynî, **'Umdetu'l-Kârî**, XI, 192.) Görüldüğü gibi, rivâyetler farklı da olsa verilmek istenen mesaj, değişmemektedir.

185 Bkz. İbn Mâce, **Ticarat**, 45; Aynî, a.g.e., XI, 194.

186 Tirmizî, **Kıyame**, 1.

187 Bkz. İbn Hacer, **Zevâcîr**, I, 231-232; İbn Mâce, **Ahkâm**, 17; Ahmed b. Hanbel, V, 327; Zûrkânî, **Şerh**, IV, 32; Muvatta, **Akdiye**, 512; İbn Receb, **Cami'u'l-'Ulum**, 265.

188 **el-Fî'lü'd-Dar ve'd-Damanu fih**, fık. 17-54.

189 İbn Mâce, **Ticarat**, 1.

190 İbn Mâce, **Ticarat**, 2.

191 İbn Mâce, **Ticarat**, 6, 16.

192 İcma'ın tarifi için bkz. Ebu Zehra, **İslâm Hukuku Metodolojisi**, trc. Abdulkadir Şener, 194.

Ayıplı mal satışı yasaklanmasına rağmen taraflarının zararlarının giderilmesi mümkün olduğundan akit temelden bätül değil sahih kabul edilmiştir. Nitekim biraz sonra görüleceği üzere tasriye hadisi de bunu göstermektedir.<sup>194</sup>

b) Ayıplı Muhayyerliğin Meşru Olduğunu Gösteren Deliller; bunları, sünnet ve icma' olmak üzere iki başlık altında incelemek mümkündür;

aa) Sünnet,

Ayıp muhayyerliği hakkının meşru olduğunu gösteren iki hadis üzerinde durmaya çalışalım:

1) Hz. Peygamber, şöyle buyurmuştur: **"Deve ve koyunların sütünü hile yaparak memesinde biriktirmeyin, her kim sağılmayarak memesinde süt biriktirilmiş bir koyun ya da deve satın alırsa hayvanı sağdıktan sonra muhayyerdir. Dilerse, aldığı bedel ile kabul eder, dilerse iade eder ve sağdığı süte karşılık da bir ölçek(sa') hurma verir."**<sup>195</sup>

Hadiste deve ve koyundan bahsedilmekte ise de, zahiri'ler dışında diğer hukukçuların çoğunluğu *tasriye* konusunda koyun, deve ve inek gibi eti yenen hayvanlar arasında bir fark görmemişlerdir. Zahiriler ise, hadiste sözü edilen hayvanların dışında kalan diğer hayvanların bu hükme bağlı olmadıklarını söylemektedirler. Ancak bu görüşlerinden dolayı -haklı olarak- tenkid edilmişlerdir.<sup>196</sup>

Hadiste hayvanın bol sütlü olduğu imajını vermek amacıyla sütün memede biriktirilmesi anlamına gelen **tasriye**, ayıp telakki edildiği için alıcıya muhayyerlik hakkı tanınmıştır.<sup>197</sup> Ancak alıcı,

193 Zerkâ, **Medhal**, I,413,fık.187.

194 Şirâzî, **Muhezzeb**, I, 284; İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV,238; İbnu'l-Mürtedâ, **el-Bahrüz-Zihâr**, IV,356; Vefâ, **Bey'u'l-Ma'ib**, 54.

195 Buhârî, **Buyû'**, 64,65; Müslim, **Buyû'**, 11. Hadisin farklı varyantları için bkz. İbnu'l-Esir, **Cami'u'l-Usul**, I, 420; Heytemî, **Mecma'u'z-Zevâid**, IV, 108; Müslim, **Buyû'**, 23,28; Ebu Dâvûd, **Buyû'**, 46; Tirmizî, **Buyû'**, 65; Nesâî, **Buyû'**, 14; Muvatta, **Buyû'**, 97; Ahmed b. Hanbel, II,242,465; Darimi, **Buyû'**, 19; Şevkânî, **Neylu'l-Evtâr**, V,327.

196 İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV, 236.

197 el-Kürdî, **Buhûs**, 258. **Hanbelîlerle**, **Ebu Hanife** ve bazı arkadaşlarına göre, *tasriye*, ayıp sayılmaz. Çünkü herhangi bir hayvanın satın alındıktan sonra sütünün az olduğu görülürse, bunun ayıp olmadığı konusunda görüş birliği vardır. **Hanefîler'e** göre bu hadis, bir çok yönden kıyasa da ters düşmektedir. Bu nedenle, bu hadisin, özel bir durum arzettiğini kabul etmek gerekir. (İbn

bu muhayyerlik hakkına dayanarak malı reddedebilir mi, edemez mi? Bir sa' hurma yerine buğday ya da başka bir şey verebilir mi, veremez mi? Sağılan sütün az veya çok olması farkedir mi etmez mi? Bütün bunlarda farklı görüşler vardır:

İslâm hukukçularının çoğu, bu hadisi, esas alarak, alıcıyı serbest bırakmışlar; "dilerse malı konuşulan fiyattan kabul eder, dilerse geri verir, sağdığı süte karşılık bir ölçek hurma verir" demişlerdir. İbn Mes'ud(32/653), Ebu Hureyre(57/676), bu şekilde fetva vermişlerdir. Sahabilerden onlara muhalefet eden de olmamıştır. Tabiun ve tabiundan sonra gelen sayısız kişiler de aynı şeyi kabul etmişlerdir. Bunlar, sağılan sütün az veya çok olmasını da farklı görmemişlerdir.<sup>198</sup>

**Ebu Yusuf, İbn Ebi Leyla**(148/765), **Şafii**, ve **Malikiler** de alıcıyı muhayyer kabul etmişlerdir. Ancak, bu muhayyerliğin sınırları kişilere göre farklı olmaktadır. Şöyle ki; **Maliki ve Şafii**, alıcıyı tamamen -hadisi esas alarak- muhayyer bırakırken (yani, alıcıya malı olduğu gibi kabul ile, onu geri verme ve sağdığı süte karşı bir sa' hurma verme hakkını tanıırken), **Ebu Yusuf**, alıcıya malı geri verme hakkını tanımakla birlikte, süte karşılık hurma verme şartını kabul etmemektedir. O'na göre, önemli olan sütün kıymetinin verilmesidir.<sup>199</sup> **Ebu Hanife** ise, alıcıya malı geri verme hakkı ile sağılan süte karşılık herhangi bir şey, ödeme gibi bir külfet tanımamaktadır. O'na göre, müşteri sadece satım parasından indirim yapılmasını isteme seçeneğine sahiptir.<sup>200</sup>

Görüldüğü gibi, **Ebu Hanife** ve bazı arkadaşları *tasriye* hadisini dikkate almamaktadırlar. Zira, onlar çoğunluğa aykırı olarak sahih ve ravisi hukukçu(fakih) olan *ahad haberi*, **Şafii**'nin değişiyile "lâzım haberi" kıyasa tercih ederler. Ancak böyle olmayan haberi kıyasa tercih etmezler. Hatta bu tür haberin doğru olup olmadığını tesbit için kıyası ölçü olarak kullanırlar.<sup>201</sup> Hanefiler'e göre, tasriye hadisinin ravisi Ebu Hureyre, dört büyük halife, Abdullah b. Mes'ud(32/652), Abdullah b. Abbas(68/687) ve Abdullah b. Ömer(73/692)<sup>202</sup> gibi hukukçu olmadığından rivâyet ettiği hadis,

Rüşd, **Bidâye**, II,146; İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV, 237; Aynî, **'Umdetu'l-Kârî**, XI,270; Vefa, **Bey'u'l-Ma'ib**, 10,43).

198 İbn Hacer, **Fethu'l-Bâri**, IV,290; Şevkânî, **Neylu'l-Evtâr**, V, 329.

199 İbn Münzir, **Kitâbu'l-İcma'**, trc ve nşr. Abdulkadir Şener, 65,(92).

200 İbn Melek, **Şerhu'l-Menâr**,210; Molla Hüsrev, **Mirâtu'l-Usul**, 397.

201 Şener, **Kıyas İstihsan, Istıslah**, 111.Krş. Serahsî, **Mebsût**, XIII, 40-41; İbn Melek, a.g.e., 207 vd.; Atar, **Fıkıh Usulü**, 42-44.

kıyasa tercih edilemez. Oysa hukukçuların çoğunluğu hadisin kıyasa terchini benimsemişlerdir.<sup>203</sup>

Hanefî hukukçular, bu hadisin ayıp muhayyerliğine dayanak teşkil ettiğini kabul etmekle birlikte,<sup>204</sup> uygulamada diğer mezhep ve hukukçulardan ayrılmışlardır. Bundan dolayı da sert eleştirilere hedef olmuşlardır.<sup>205</sup>

İbn Hacer(852/1448) Hanefîler'in görüşlerinin doğruluğu sadedinde ileri sürdükleri hususları, altı maddede toplamış ve bunları tek tek ele alarak kritiğini yapmıştır.<sup>206</sup> Şevkânî ise bunları özetleyerek, körü körüne mezhep müdafaasının ve taklidin zararlarına dikkat çekmiştir.<sup>207</sup>

2) Ayıp muhayyerliğinin meşru oluşunun bir başka delili de, Hz. Peygamberin verdiği hükümdür. Şöyle ki; adamın biri bir köle satın aldıktan bir müddet sonra ayıplı olduğunu farketmiş ve Hz. Peygamber'e başvurmuştur. Hz. Peygamber de köleyi sahibine geri vermesine hükmetmiştir. Satıcı, şimdiye kadar alıcının satılan maldan yararlandığını dile getirerek hak iddia etmek istemiş, ancak Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur:

**"Yararlanma riske katlanma karşılığıdır."**<sup>208</sup> Yani bir şahıs bir mal satın alır, ondan yararlandıktan sonra eski bir ayıbının olduğunu farkederse, onu sahibine geri verebilir. Satıcı müşteriden yararlandığına karşılık olmak üzere bir şey isteyemez, çünkü müşteri onun riskine katlanmakla yararlanmayı hakketmiştir

bb) İcma',

Bütün İslâm hukukçuları, müşteriye ayıp muhayyerliği hakkını tanımışlardır. Elde mevcut kaynaklarda buna aykırı davranan hiç bir İslâm hukukçusuna rastlanmadığını ifâde edebiliriz.<sup>209</sup>

202 İslâm literatöründe bu üç Abdullah'a kısaca "Abadile" terimiyle işaret edilmektedir(Molla Hüsrev, **Miratu'l-Usul**, 396, Haşiye, 1.).

203 Ayrıntılı bilgi için bkz. Mansur Muhammed, **el-Kava'idu'l-Usuliyye**, 86-88.

204 Bkz. Kâsânî, **Bedâi'**, V, 274; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 556.

205 Bkz. Şevkânî, **Neylu'l-Evtâr**, V, 333.

206 **Fethu'l-Bârî**, IV, 290-291.

207 **Neylu'l-Evtâr**, V, 333. Tasriye hadisi ve Hanefîlerin tutumu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Serahsî, **Mebsût**, XIII, 38-41; Aynî, **'Umdetu'l-Karî**, XI, 271-279; Süleyman, **Damanu'l-Mütalefat fi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, 595-624.

208 Ebu Dâvûd, **Buyû'**, 71, **İcare**, 36; Tirmizî, **Buyû'**, 53; Nesâî, **Buyû'**, 15; İbn Mâce, **Ticarât**, 43; Ahmed b. Hanbel, VI, 49, 208, 237.

209 Zerkâ, **Medhal**, I, 413, fık. 187; Diyâb, **Damân**, 18.

#### D. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN ÖZELLİKLERİ

Ayip muhayyerliğinin bir çok özelliği vardır. Bunlar, fıkıh kitaplarının değişik yerlerine serpiştirilmiş durumdadır. Biz bunları bir başlık altında toplamaya çalıştık.

##### 1. Ayip Muhayyerliğinin Şartsız Sabit Olması;

Akitlerde irade önemlidir. Akdi yapanların iradeleri üç durumda bulunur. Taraflar, iradelerini ya açıkça ortaya koyarlar veya bunlar, durum ve karinelerle belli olur, ya da eşyanın tabiatından anlaşılır.

İradeyi açıkça ortaya koyma hâli şöyle olur: Akdi yapan, akdin konusunu her türlü bilinmezliği ortadan kaldıracak şekilde belirtir ve akdi yapmaya iten vasıfların tamamını saymış bulunursa, iradesini bizzat açıklamış olur. Bu açıklama da, ya akdin konusunun adını söylemek, ya da onu göstermek yahut da her ikisini de birden yapmakla olur. **Malikiler'e** göre dördüncü bir açıklama şekli de etiket ve liste (Bernâmece) usulüdür.<sup>210</sup>

İrâdenin durum ve karinelerden anlaşılması hâli de şöyle açıklanabilir; irâdeninw her zaman açıkça ifâde edilmesi şart değildir. Tarafların gerçek iradeleri bazen de hal ve karinelerin yardımıyla anlaşılır durumda olur ki, bu durum, açıkça ifâde etme gibi değerlendirilir. Bu karinelerin bir çok örnekleri vardır. Bunlardan biri, akdin yapıldığı yerin durumudur. Meselâ, sarraflar ve mücevher satıcılarının çarşısında taş satmak bunun kıymetli olduğuna karine teşkil eder ve burada böyle bir taşı alan, onun âdi olduğunu anlayınca iade edebilir.<sup>211</sup>

İrâdenin eşyanın tabiatından anlaşılması hâli ise, esasen burada anlatmak ve üzerinde durmak istediğimiz husustur:

Bazı durumlarda irade, eşyanın tabiatından anlaşılır. Bunu İslâm hukukçuları, "**hiyaru'l-'ayb**" mefhumu içinde ele almışlardır. Hanefî hukukçu, Kâsânî, bunu "*delâlet yoluyla şart koşmadan doğan muhayyerlik*"<sup>212</sup> diye ifâde etmiştir. Akitlere konu olan şeyin eksik veya ayıplı olduğu ifâde edilmemiş veya "kusurdan sorumlu değilim" gibi bir şart ileri sürülmemişse, karşı taraf o şeyi sağlam, eksiksiz, ayıpsız biliyor, böyle kabul ediyor demektir. Bu neticeye, insanların örf-âdet haline gelmiş davranışları ile, eşyanın tabiatından ulaşılmaktadır. Bu maksatla bir şeyi satın alan kimse,

<sup>210</sup> Desûkî, **Haşiye**, III, 24 vd.

<sup>211</sup> Hattâb, **Mevâhibu'l-Celil**, IV, 466; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 130.

<sup>212</sup> **Bedâi'**, V, 273; Senhurî, **Mesâdir**, II, 121-122.

satın aldığı şeyde, onu işe yaramaz kılan veya değerini azaltan bir ayıp olduğunu bilseydi genellikle almazdı; karşı taraf bu kusuru bildiği halde açıklamamakta **taksire** düşmüştür; satın alan ayıba muttali olup malı iade etmek isteyince böyle bir şeyi beklemediğini iddia edemez; bu sebeptendir ki, ayıp sebebiyle iade, hukukî, istikrar ve emniyeti sarsmaz.<sup>213</sup>

Mecelle'nin, ayıbın açıkça şart koşulmadan da delâleten şart koşulmuş kabul edileceğini ifâde eden maddesi şöyledir: “ Bey-ı mutlâk mebi'in ayıptan saâlim olmasını iktiza eder. Yani kusurdan beraetini şart etmeksizin sağlam, çürük, kusurlu ve kusursuz demeksizin mal satmak, malın sağlam ve ayıpsız olmasını icab eder.”<sup>214</sup> **“Kanunu'l-Mu'amelâti'l-Maliyye”** taslağı<sup>215</sup> ile Ürdün Medeni Kanunu, İslâm hukukundan yararlanmış ve özetle şu cümlelere yer vermiştir: Normal olarak bir şeyi satın alan kimse onun sağlam olduğunu kabul ederek alır. Çünkü eşyada asıl olan sağlamlıktır. Kusurlu olmak arızidir. Sonradan ve bazı sebeplerle meydana gelir. İşte bu durum sözle ifâde edilmemiş olsa dahi örf, alınan bu nesnenin sağlam olmasını gerektirir. **“Örfçe gerekli olan, nasça da şart koşulmuş gibidir.”**<sup>216</sup> Çünkü, müşteri satın aldığı bir

213 Karaman, a.g.e.,II,130; Krş. Kâsânî, **Bedâi'**, V, 274; Zerkâ, **Medhal**, I,422-430; el-Kürdî, **Buhûs**, 257.

214 MC.m.336; Kadri Paşa, MH.m.526.

215 1981-1984 yılları arasında ilmi bir heyet, İslâm hukukundan yararlanarak **“Meşru'u Kanuni'l-Mu'amelâti'l-Maliyyeti'l-Arabiyyi'l-Muvahhad”** adıyla, Bütün Arap Ülkeleri İçin “Müşterek Medeni Kanun” diye de adlandırılan bir kanun taslağı hazırlanmış ve ilk defa, Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın **“el-Fi'lü'd-Darr ve'd-Damanu Fih”** adlı eserinin sonunda basılmış ve Arap Ülkeleri Üniversitesi Kanunları Birleştirme Komisyonuna takdim edilmiştir. Bahsî geçen kanun taslağı,ilk(85)'i külli kalde olmak üzere 433 maddeden oluşmaktadır. Bu taslağı hazırlayan heyet şu kişilerden oluşmaktadır:

1. Prof. Reşit es-Sabbağ(Başkan); Tunus İstinaf Mahkemesi Dairesi Başkanı.

2. Dr. Sıddık Muhammed, el-Emin ed-Dureyr(Dirir); Sudan Hurtum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Şeriat Bölümü Başkanı.

3. Prof. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ; Ürdün Ünivesitesi Şeriat Fakültesi Öğretim Üyesi, Amman.

4. Dr. İdris 'Abdellavî, Merrakeş Hukuk Fakültesi dekanı, Mağrip.

5. Prof. Hüseyin Muhyiddin; Bağdat İstinaf Mahkemesi müsteşarı.

Projenin gerçekleşmesinde iki resmi kuruluş da yer almaktadır. Arap Ülkeleri Üniversiteleri, Arap Kanunlarını Birleştirme Genel Kurulu(Zerkâ, **el-Fi'lü'd- Darr**,187,188).

216 KMM.m.29-30; Ür.MK.m. 193. Krş. Haddadî, **Cevhere**, I,254; Damâd, **Mecma'u'l-Enhür**, II,40; MC.m.43; Kadri Paşa, MH.m.525-526; Mes'ud, **Mîrat-ı Mecelle**,

maldan yararlanmak ister. Kararlaştırılan fiyatın tamamını, akde konu olan şeyi sağlam olarak alma karşılığında vermeyi kabul eder. Şayet bu gerçekleşmemişse alıcı muhayyer olur. Tıpkı nasla sabit olan şart ve vasıf muhayyerliklerinde olduğu gibi.<sup>217</sup>

O halde ayıp muhayyerliğinin diğer muhayyerliklerden farklı bazı özellikleri vardır, onlardan birisi; onun şartsız sabit olmasıdır diyebiliriz.

Türk borçlar hukukunda alıcının seçimlik hakkı, dolayısıyla satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, eski hukukumuzda olduğu gibi, şart koşulmadan da sabit olmaktadır. Aşağıda vereceğimiz alıntılar bunu açıkça göstermektedir.

“Bir kimse bir şey satın alırken, onun belli bir kıymeti ve faydaları bulunduğunu dikkate alır ve iradesini bunların varlığını hesaplayarak açıklar. Satıcı, şeyde bu vasıfların mevcut olduğunu özellikle belirtmişse esasen sorumluluğunu peşin ve açık olarak kabullenmiş demektir. Fakat satıcının bu tarzda açık bir teminatı olmasa bile, satım akdinin niteliği ve satıcıya yüklediği borçların anlamı onu alıcıya karşı satılanın maddi ayıplardan da uzak bulunduğunu tekeffül etmiş saymamıza yeterlidir. Bk.m.194 ve devamındaki maddeler, satıcının alıcıya karşı (satılanın ayıptan sâlim olmasını) tekeffülünü düzenleyen hükümleri taşımaktadır.

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, ayrıca taahhüd edilmiş olmasa da doğrudan doğruya satım akdinin bünyesinden doğmaktadır. Onun içindir ki bunu kanunî bir borç olarak nitelendirmek de mümkündür.”<sup>218</sup>

“Bilindiği gibi ayıba karşı tekeffül iki konuda incelenmektedir; zikir ve va'd olunan vasıflardan dolayı tekeffül, lüzumlu vasıflardan dolayı tekeffül. İşte bu sonuncusunda herhangi bir şart koşulmadan satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, (alıcının ayıp muhayyerliği hakkı) söz konusudur. Bundan dolayı satıcının ayrıca bir vaatte bulunmasına lüzum kalmadan tekeffül hükümleri kanunen cari olduğu için buna kanunî tekeffül denir.

Lüzumlu vasıflar, satımdan beklenen gayeye göre tayin olunur,

104; Zerkâ, **Medhal**, I,874,fık. 506; Senhurî, **Mesâdir**, II,121-122; Karaman, **Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku**, III, 117; Benzer kaideler için ayrıca bkz. Ali Haydar, **Dürer**, I, 107-108(m.44).

217 Senhurî, **Mesadir**, II,122; Zerkâ, **Medhal**,I,429; Karaman, **Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku**, III,117.

218 Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku**, I,270-271.

satımdan beklenen gaye ise, tarafların müşterek maksatlarına ve bu maksat tesbit edilmezse, o gibi işlerde cari bulunan telakkilere uyularak tayin olunur.”<sup>219</sup>

Yavuz’a göre, satıcı satılanın değerini ya da elverişliliğini azaltan veya kaldıran ayıpların bulunmadığını ayrıca taahhüt etmese bile, onun kanun gereği ayıba karşı tekeffül borcu mevcuttur.<sup>220</sup>

Yargıtay ictihatlari da ayıp muhayyerliğinin veya satıcının sorumluluğunun şart koşulmadan da var olduğunu göstermektedir. Yargıtayın bir ichtihadına göre, “Satılan otomobilin BK.m.194 gereğince yağmur, dolu, güneş, ısı ve rüzgâr gibi normal doğal olaylara dayanıklı bulunmasını iktiza eder.” Bunların ayrıca şart koşulmasına gerek yoktur.<sup>221</sup>

## 2. Ayıp Muhayyerliğinin Mülkiyetin İntikaline Mani Olmaması,

Bağlayıcı(lazım) bir satım akdinde, akitle birlikte satılanın mülkiyeti alıcıya, satım parası(semen)nın mülkiyeti ise, satıcıya intikâl eder.<sup>222</sup> Şart muhayyerliğinin söz konusu olduğu bir satım akdinde satılanın mülkiyetinin intikal edip etmemesi konusunda ihtilaf vardır. Bazı durumlarda akitle birlikte satılanın mülkiyeti intikal eder, bazı durumlarda muhayyerlik sona erinceye kadar satılanın mülkiyeti akdin geçerliliğine bağlı kalır(mevkuf).

Acaba, ayıp muhayyerliğinin bulunduğu satım akitlerinde durum nasıldır? Satılanın mülkiyeti akitle birlikte tıpkı bağlayıcı akitlerde olduğu gibi alıcıya, satım parasının mülkiyeti de satıcıya intikal eder mi?

Fakihler, ayıp muhayyerli satım akitlerinin, bağlayıcı satım akitleriyle hiç bir farkı bulunmadığı konusunda birleşiyorlar. Akitle birlikte satılanın mülkiyeti müşteriye, satım parasının mülkiyeti de satıcıya bütün yönleriyle intikal eder. Ayıp muhayyerliği hakkı bulunan akitlerle, bu hakkın bulunmadığı bağlayıcı akitler, tamamen aynı durumdadır. Sadece bağlayıcılık açısından bir fark vardır. Bilindiği gibi ayıp muhayyerliği hakkı, şartları oluştuğunda müşteri tek taraflı olarak akdi feshedebilir ya da bu hakkını başka bir yönde kullanabilir. Bu durum, bağlayıcı akitlerde yoktur.

<sup>219</sup> Borçlar Hukuku, 76.

<sup>220</sup> Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*, 32; Krş. Feyzioğlu, a.g.e., I, 271.

<sup>221</sup> Yarg. 11 HD. 19.12.1977, E.4669/K.5677, (Ankara Baro Der. 1978, s.1019-1021); Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I/1 162, dn.16a.

<sup>222</sup> Merginani, *Hidâye*, III, 34; MC.m. 262; Kadri Paşa, MH.m.343.

Öyle ise, ayıp muhayyerli sözleşmelerde mülkiyet, bağlayıcı olmamakla birlikte intikal etmektedir. Ancak her an feshi mümkün olan bir mülkiyetle.<sup>223</sup>

İslâm hukukunda, mülkiyetin intikalinde bu günkü hukukta olduğu gibi teslim gerekli değildir. Meselâ, satıcının mülkiyeti intikal ettirme niyetine sahip olması bunun için yeterlidir. Ancak karz, 'ariye, rehn ve hibe gibi sözleşmelerde teslim gerçekleşmedikçe icapta bulunan, kabul edilmiş olsa dahi cayararak teslimden vazgeçebilir. Bunun gibi icapta bulunan kimse, icabı kabul edilmeden önce de, her zaman icabından dönebilir. Kabulden sonra da kabul eden, akdin konusunu(malı) gördüğü zaman akdi feshedebilir(hıyaru'r-ru'ye), bunun gibi kabul eden, akdin konusunu ayıplı bulursa, yine sözleşmeyi feshedebilir(hıyaru'l-'ayb).<sup>224</sup>

Şu kadarını söylemeliyiz ki, fasit satımda mülkiyetin intikali için satılanı kabzetmek(teslim almak), şart olduğu gibi, sarf akdinde, her iki bedeli, selemde satım parasının kabzedilmesi şarttır<sup>225</sup> (MC.m.378).

Türk Borçlar hukukunda da satıcının ayıba karşı tekeffülü, ya da alıcının seçimlik hakkının olması mülkiyetin intikaline mani değildir. Hatta, TBK.m.198/I'e göre satıcının sorumlu olabilmesi için alıcının"kabzettiği" satılan malın halini örf ve âdete göre, imkân hasıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükellef olduğu belirtilmiştir. Bundan anlaşılacağına göre, muayene külfetinin doğumu için satılanın "kabzedilmiş" olması lazımdır.<sup>226</sup>

Maddede kullanılan "kabz" kelimesi, teslim şeklinde anlaşılmak gerekir. Gerçekten satılan malın nakliyeciyeye teslim edilmesi, satılanı teslim eden belgelerin alıcıya verilmesi, çeşidiyle belli mallarda satılanın ayırt edilmiş olması, zilyedliğin havalesi yoluyla ta'likî şarta bağlı borçlarda şartın gerçekleşmesi ile, mülkiyetin gerçekleşmesi, hasarın ve ayıpların intikalinde olduğunun aksine, muayene borcunun doğumu için yeterli değildir. Muayene borcunun doğumu için ancak satılanın mümessilinin fiili tasarruf sahasına geçmesi başka bir ifade ile, şeyin zilyedliğinin fi'len devredilmiş olması gerekir.<sup>227</sup> Yani, satılanın mülkiyeti

223 el-Kürdî, *Buhûs*, 260-261. Krş. Kâsânî, *Bedâi'*, V, 273-274; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 557.

224 Uçok-Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi*, 125. Krş. Damâd, *Mecmau'l-Enhur*, II, 23.

225 Ali Haydar, *Dürer*, I, 428.

226 Yarg. HGK.6.7.1960 E. T-31/K.30.(Edis, *Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 79).

tamamen müşteriye intikâl etmelidir ki, o, doğrudan doğruya satılarda tasarruf edebilecek duruma gelsin.

Bu tesbitlerden şu hüküm çıkmaktadır: Ayıp muhayyerliğinin mülkiyetin intikaline mani olmadığı konusunda her iki hukuk birleşmektedir. Ancak, mülkiyetin intikali konusunda farklı yapılara sahiptirler. Yukarıda temas edildiği gibi, İslâm hukukunda mülkiyetin karşı tarafa intikali akitle birlikte (irade beyânıyla), gerçekleşmektedir (MC.m.262), bunun için bazı istisnalar dışında teslim ve tesellüme (kabza) ihtiyaç yoktur.<sup>228</sup> Türk borçlar hukukunda ise, mülkiyetin intikal etmesi için, satıcının satılanı, mülkiyeti devretmek niyetiyle alıcıya teslim etmiş, alıcının da mülkiyeti elde etmek niyetiyle satılanı teslim almış bulunması gerekir.<sup>229</sup> MK.nun 687. maddesinde: "Menkulde mülkiyetin intikali için teslim lazımdır. Bir kimse, bir menkulu hüsnü niyetle ve malik olmak üzere tesellüm ettikçe, mülkiyetini iktisab etmiş olur..."denmektedir.

Mülkiyetin intikali konusunun, TBK.nunda hasarın intikali ile de ilgisi vardır. BK.m. 183/I'deki kural Bizans hukukundan gelmekte olup, Fransız ve Alman hukuklarına ve Mecelledeki çözüm tarzına uymamaktadır.

Fransız hukukuna<sup>230</sup> ve Mecelle'ye<sup>231</sup> göre mülkiyet ve hasar, akdin kurulmasıyla alıcıya intikal eder. Alman hukuku gereğince<sup>232</sup> hasara, eşyanın teslimi anından itibaren alıcı katlanır.

1951'de La Haye'de toplanan Devletler Özel Hukuku Konferansında seçilen komisyonca Özel Hukukun Birleştirilmesi için Milletlerarası Enstitünün hazırladığı "*Maddi taşınır malların milletlerarası satışı hakkında yeknesak kanun tasarısı*" üzerinde çalışılarak, 1956'da hazırlanan metinde de hasarın alıcıya, satılanın teslimiyle intikali esas kabul edilmiştir (m.109); hasar alıcıya intikal edince, satılanın telefı, veya uğradığı her türlü değer değişikliği göz önüne alınmaksızın, satış bedelini ödemekle yükümlüdür (m.108).<sup>233</sup>

227 Edis.a.g.e.,79; Tandoğan,**Borçlar Hukuku**,I/1,172.

228 Ali Haydar, **Dürer**,I,427-428; Kadri Paşa, **MH.m.343**.

229 Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku**, I,233-234.

230 Fr.MK.m.1582.

231 MC.m.262.

232 BGB.pr.446.

233 Tandoğan,**Borçlar Hukuku**, I/1,105. Hasarın intikali ile ilgili görüşler için ayrıca bkz. Akıntürk, **Satım Akdinde Hasarın İntikali**, Ankara 1966;

### 3. Ayıp Muhayyerliğinin Varise İntikali

Ayıp Muhayyerliğinin vârise intikal idip etmediği konusunda ihtilaf vardır: **Malikî, Şafilî, Hanbelî, İmamî, Zeydî** ve bir kısım **Hanefî**'lere göre, ayıp muhayyerliği vârise intikal eder. Yani, ayıp muhayyerliği hakkına sahip bir kişi, bu hakkını kullanmadan ölürse, bu hak onun varislerine intikal eder, vârisleri de tıpkı kendisi gibi akdi bozma yahut kesinleştirmede serbesttirler.<sup>234</sup> Bu hukukçulara göre mal ile ilgisi bulunan bütün muhayyerlikler ve menfaatler için de hüküm aynıdır.<sup>235</sup>

**Hanefî**'ler de ayıp muhayyerliğinin vârise intikalini kabul etmektedirler. Ancak bu intikâlin hangi yolla gerçekleştiği konusunda üç ayrı görüşe sahip olduklarını görmekteyiz;

a) Ayıp muhayyerliği hakkını aynı bir hak olarak değerlendiren ve onun vârise intikalini kabul edenler,<sup>236</sup>

b) Ayıp muhayyerliğini veraset ve halefiyet yoluyla değil de mirasçılar için yeniden doğan bir hak olarak görenler,<sup>237</sup> bunlara göre ayıp muhayyerliği, miras bırakan(muris) için de maldaki bir illetten dolayı gerçekleşir. Bu illet, malın bir kısmının noksan veya zayi olmasıdır. Mal mirasçıya geçtikten sonra da aynı illet devam ettiğine göre, mirasçı için yeniden bir ayıp muhayyerliği hakkı doğmaktadır. Bu eski bir hakkın intikali değildir.<sup>238</sup>

c) Ayıp muhayyerliğinin irs(miras) yoluyla değil de **halefiyet** yoluyla mirasçılara intikal ettiği inancında olanlar, bunlara göre müşteri satın aldığı malı sağlam olarak kavuşma hakkına sahip olduğu gibi varisi de aynı hakka sahiptir<sup>239</sup> bahsi geçen muhayyerlik hakkının irs yoluyla mirasçıya intikal etmediğine delil olarak şu

Alacaklının Temerrüdü Halinde Hasarın İntikali ile ilgili görüşler için bkz. Koç, **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, 277-285.

234 Nevevî, **Mecmu'**, XII, 193 vd.; Ebu Zehra, **Ahkamu't-Terikât ve'l-Mevâris**, 49; Senhurî, **Mesâdir**, V, 66; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, I, 379.

235 Ebu Zehra, a.g.e., 52.

236 İbn Rüşd, **Bidâye**, II, 176; İbnu'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, V, 515; Heyet, **Hindiyeye**, III, 66; Şürunbulâli, **Gunye**, II, 154; MC.m.306, 311, 315, 319, 321, 358; Ebu Zehra, **Ahkâmü't-Terikât**, 49; Zuhayli, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 17.

237 Senhurî, **Mesâdir**, V, 66. Krş. İbnu'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, V, 516. Merğînânî ve Babertî'ye göre bu durum, sadece ta'yin muhayyerliği için geçerlidir (**Hidaye**, III, 30; **İnaye**, V, 515.)

238 Merğînânî, **Hidaye**, III, 30; İbnu'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, V, 516; Senhurî, **Mesâdir**, V, 66.

239 Merğînânî, **Hidaye**, III, 30; Selim Rüstem, **Şerhu'l-Mecelle**, 179.

misali vermektedirler; alıcı malı teslim almadan önce, ölürse, mal henüz satıcının elinde iken bu malda meydana gelen ayıp eski ayıp hükmündedir. Kabzdan önce ve müşterinin vefatından sonra meydana gelen bu ayıptan dolayı müşteri için ayıp muhayyerliği hakkı gerçekleşmediği halde, mirascısı için sabit olmaktadır. Öyle ise, miras bırakanın sahip olmadığı bir hak varisine intikal etmeyeceğine göre, vârisin elde ettiği hak, halefiyet yoluyla elde edilmiştir.<sup>240</sup>

**Zahirî**'ler ise, ayıp muhayyerliğinin miras olarak intikal etmediğini savunmaktadırlar.<sup>241</sup>

Hukukçular arasındaki bu ihtilaf, terikenin değişik şekillerde yapılan tanımlarından kaynaklanmaktadır. O halde, önce terikenin hukukçular tarafından nasıl tanımlandığına bakmamız gerekir.

**Malikîler**'e göre, ölüye ait olup, ondan sonra hak sahiplerine intikal eden ve bölünebilen haklardır.<sup>242</sup>

**Şafiî** ve **Hanbelîler**'e göre, terike, ölünün geride bıraktığı mal ve haklardır. Şafiî ve Hanbelîler'in yaptığı bu tanım, Hz. Peygamberin şu hadisinden kaynaklanmaktadır; "**kişinin geride bıraktığı mal ve hak(lar) vârislerininindir.**"<sup>243</sup>

Bu iki tanıma göre terike, malın yanında hakları da içine almaktadır.<sup>244</sup> Şafiî hukukçu Şirazi(476/1083)'ye göre miras olarak intikal eden haklar ve intikal etmeyen haklar olduğu gibi intikal edip etmediği ihtilafli olan haklar da vardır. Ayıp muhayyerliği hakkı, intikal eden haklardandır.<sup>245</sup>

**Hanefîler** ile **Zahirîler**'e göre terike, ölünün bıraktığı ve "aynında" başkalarının hakkı bulunmayan mallardır.<sup>246</sup> Bu

240 Aynî, *Binâye*, VII, 99-100; İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V, 515; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 154; Haskefi, *ed-Dürü'l-Muhtar*, IV, 582; Ali Haydar, *Dürer*, I, 551.

241 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 71.

242 Desûkî, *Haşiye*, IV, 457.

243 Buhârî, *Ferâid*, 4, 25; *İstikrâd*, 11; Müslim, *Cumu'a*, 43; *Ferâid*, 14, 15; Ebu Dâvûd, *Buyû'*, 9; Tirmizî, *Cenaiz*, 69; *Feraiz*, 1; Nesâî, *Cenaiz*, 67; İbn Mâce, *Mukaddime*, I, 17; *Feraiz*, 9; *Sadakat*, 13. Bu kaynaklarda "**Hak**" sözcüğü bulunmamaktadır.

244 Ebu Zehra, *Ahkamu't-Terikât*, 52; *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 52-62. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 373; el-Kürdî, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 233; Yusuf Musa, *el-Emvâl*, 162; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 18.

245 Nevevî, *Mecmu'*, XII, 193-194.

246 Ebu Zehra, *Ahkamu't-Terikât*, 48; Karaman, a.g.e., I, 373.

tanımdaki “mallar” kaydı, mal veya mal anlamında olmayan hak ve menfaatları terike dışında bırakmaktadır. “aynında başkasının hakkı bulunmayan” kaydı da, borca karşı rehnedilmiş eşya cinsinden malları tanım dışı bırakmıştır, ölen kimse başka bir şey bırakmamışsa rehnedilen mal, önce alacaklının hakkıdır.

Buna göre, malî ve şahsî hakların birleştiği yerde şahsî hak gâlip ise, bu hak, terike kapsamına girmez. Muhayyerlik hakkı, şufa hakkı gibi. Bunlar miras olarak kalmazlar. Çünkü, **Hanefî** ve **Zahirîler'e** göre, menfaatlar ve mali olmayan haklar, mal sayılmazlar, mal olmayan şey, mirasçıya intikal etmez. Bunların dışındaki hukukçulara göre, hak ve menfaatlar da maldır. Mirasçıya intikal eder.<sup>247</sup>

Ayıp muhayyerliği hakkının miras olarak intialı ile ilgi ihtilafların kaynaklandığı önemli faktörlerden biri de hadiste geçen “**mal ve hak**” mefhumlarıdır. Hanefî'ler, buradaki “**hak**” sözcüğünün ravi tarafından ilave edildiğine kani olarak, hep mal üzerinden yürümüşlerdir.<sup>248</sup> Onlara göre mal; insan tab'ının meylettiği ve ihtiyaç halinde biriktirilebilen (iddihar) şeydir.<sup>249</sup> Bu nedenle, leş ve insan, mal sayılmadığı gibi, menfaat ve haklar gibi biriktirilemeyen şeyler de mal sayılmazlar. **İmam Şafî ve Ahmed b. Hanbel** gibi hukukçular, haklı olarak menfaat ve hakları mal kapsamında ele almışlardır. Çünkü, mallar bizzat mal olduğu için değil, menfaatlarından yararlanmak için talep edilirler. Bugün insanların buna ihtiyacı olduğu için muamelelerinde bu yolu takip etmektedirler.<sup>250</sup> İktisadî gerçeklere ve adalet esaslarına uygun olan da budur. Nitekim Mecellenin yukarıdaki tanımını içeren maddesini ta'dil eden **Osmanlı Hukuk Usulü Muhakemeleri**

247 Ebu Zehra, **Ahkâmu't-Terikât**, 52; el-Ahvalü's-Şahsiyye, 52-60; Ali el-Hafif, **el-Milkiyye**, 347, 423, 424; el-Kürdî, **el-Ahvalu's-Şahsiyye**, 233; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, I, 373.

248 İbnu'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, V, 515; Karaman, a.g.e. ve y. Gerçekten bugün elimizde bulunan ve Wensinck'in “**Concordance**” isimli fihristinin ihtiva ettiği dokuz takım hadis memuasının yanı sıra, Abdurrazzak'ın **Musannaf**'ı, Buhârî'nin, **et-Tarihü'l-Kebir**'i, Tayalisi'nin, **Müsned**'i, Heysemî'nin **Mecma'u'z-Zevâid**'i, İbn Hacer'in **el-Metâlibu'l-Alliye**'si, Hindî'nin, **Kenzü'l-'Ummal**'i, Suyutî'nin, **el-Cami'u's-Sağir**'i, 'Aclunî'nin, **Keşfü'l-Hafas**'ı, Ebu Ya'lâ'nın, **Müsned**'i, Darekutnî'nin, **Sünen**'i İbnu Kesir'in, **Tefsir**'i, Gazzâlî'nin, **İhyas**'ı, İsfehani'nin, **Hilyetu'l-Evliya**'sı, Münzirî'nin, **et-Terğib ve't-Terhib**'i; Gümüşhanevî'nin, **Ramuzu'l-Ehadi**'si gibi bir çok eser taranmış ve bahsî geçen hadis metninde “**Hak**” sözcüğüne rastlanmamıştır.

249 MC.m.126.

250 Krş. Yusuf Musa, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, 252.

**Kanununun** 64. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Mutlak olarak örfçe tedavül eden a’yân, menfaat ve haklar, mütekavim mal hükmündedir.”<sup>251</sup>

Malikî hukukçu **Karafi**(684/1285) ise, ihtilafları şöyle değerlendirmektedir: “ Bize göre, muhayyerlik, akdin vasfıdır ve akitle beraber intikal eder. Ebu Hanife’ye göre ise muhayyerlik, akdin değil, akdi yapanın vasfıdır; onun irade ve dileğidir; ölünce diğer vasıfları gibi o da yok olup gider...”<sup>252</sup>

Türk Medeni Kanununa göre, terike, ölene ait, bütün hak ve borçları kapsar. Yalnız şahsa bağlı haklar mirasçıya intikal etmez. vâris, üç ay içinde(MK.m.546) mirası reddetmediği takdirde, ölenin borçlarını da yüklenmiş olur, borç terikeden fazla ise, onu ödemeye mecburdur. İslâm hukukunda terikeden artan borcu ödemek vârisin görevi değildir.<sup>253</sup>

Bizim de katıldığımız **Hanefiler**’in dışındaki hukukçuların çoğunluğunun görüşü esas alınırsa, denilebilir ki, Türk medeni hukukunda olduğu gibi, İslâm hukukunda da hak, vasfı ve mkahiyeti müsait olduğu müddetçe vârise intikal etmektedir. Hakların ve alacakların hükmü bu olmakla beraber borçlar, varise intikal etmemekte ve terikede kalmakta olup mirasçıyı bağlamamaktadır.

Çoğunluğun görüşünü benimsememize gelince, her şeyden önce, malî olan ve olmayan hakların terike kapsamına girdiğini gösteren hadis<sup>254</sup>, “**Hak**” sözcüğüne ilişkin ihtilafa rağmen, ortadadır. Ayrıca Hanefiler, bir taraftan kişinin dilemesine, bağlı şahsî hakların terikeye girmeyeceğini, dolayısıyla miras olarak kalmayacağını söylerken, bir taraftan da ayıp, vasf ve ta’yn muhayyerliklerini, diğer muhayyerliklerden ayırarak, bunlara ayrı bir hüküm biçmektedirler. Oysa her iki gurup muhayyerlik de akdin feshini ya da devamını dilemekten ibarettir. Yani her ikisi de

251 Mahmesanî, **en-Nazariyyetu'l-'Amme**, I,9-10.

252 **el-Furuk**, III,279; Senhurî, **Mesâdir**, V,71; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 321.

253 Karaman **Mukayeseli İslâm Hukuku**, I,374-375. Medeni hukukta mirasçılara intikal eden ve etmeyen haklar için bkz.MK.m.128 , 659,660, 7524,63,85, 127, 143,305,315,721,748,753, BK.m.246,249,507. Ayrıca krş. Berki, **Miras ve Tatbikat**, 166; Mardin, **Miras Hukuku**,6 vd.; Karaman, a.g.e.,375, dn.3.

254 Buhârî, **Ferâid**, 4,25; **İstikrâd**, 11; Müslim, **Cumu'a**,43; **Feraid**,14,15; Ebu Dâvûd, **Buyû**’,9; Tirmizî, **Cenaiz**,69; **Feraiz**, 1; Nesâî, **Cenaiz**,67; İbn Mâce, **Mukaddime**, I,17; **Feraiz**, 9; **Sadakat**, 13. Bu kaynaklarda “**Hak**” sözcüğü bulunmamaktadır.

şahsın dilemesine bağlı olduğu halde, Hanefiler'e göre bir kısım muhayyerlik miras olarak kalmakta bir kısmı ise, kalmamaktadır.<sup>255</sup> oysa ölenin muhayyerlik hakkının vârislerine intikal etmesi, İslâmın hakkaniyet ölçüsüne daha uygun düşmektedir. Bu intikâl, halefiyet, ya da yeniden doğan bir hak olarak değil miras olarak gerçekleşmektedir. Çünkü, bu hak malı tamamlayan ve doğrudan onunla ilgili bir haktır. Mal ise, bütün yönleriyle mirasçıya intikal etmektedir.

Bütün bunlardan dolayıdır ki, hem İslâm hukukçularının çoğu, hem Türk ve Mısır Medeni Kanunları hem de batı hukuku mal ve menfaatların terikeden sayılıp mirasçılara geçtiğini kabul etmişlerdir.<sup>256</sup>

#### 4. Ayıp Muhayyerliğinin Belirlenmiş Malda ve Feshedilebilir Akitlerde Geçerli Olması,

Ayıp muhayyerliği, görme muhayyerliğinde olduğu gibi, akit konusu bizzat belli olduğu takdirde söz konusudur. Eğer akit konusu, Selem'de<sup>257</sup> olduğu gibi vasıflarıyla belli ise, ayıp muhayyerliğinden söz edilmez.<sup>258</sup> Çünkü akdin oluşması satılana ait vasıfların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu da olmayınca o şey, akdin konusu olamaz.<sup>259</sup> Bu nedenle ayıp muhayyerliği, görme muhayyerliğinin gerçekleştiği akitlerde geçerli olmaktadır.<sup>260</sup>

#### Ürdün Medeni Kanunu "Satılanın şahsen belli olması"

255 Bkz. Ebu Zehra, **El-Milkiyye**, 409,410.

256 Krş. Senhurî, **Mesâdir**, V, 70; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, I,374-375,dn.3.

257 Selem; akit esnasında mevcut olmayan bir malı, peşin bedel ile belli bir zaman içinde meydana gelince teslim etmek şartıyla satmaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serahsî, **Mebsût**, XII,124; Kâsânî, **Bedâi'**, V, 205-215; Merğînânî, **Hidâye**, III, 71; İbn Rüşd, **Bidâye**, II,167; İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV,312; Mevsilî, **el-İhtiyar**, II,33; Haddadî, **Cevhere**, I,279; Hattâbî, **Mevâhibu'l-Celil**, IV,514; Şirbinî, **Muğni**, II,102; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, V,209; Meydanî, **Lübâb**, I,279.

258 Şafîler'e göre, selem ve satım akdi ile zimmete taalluk eden şeylerde de ayıp muhayyerliği geçerli olmaktadır(Şirbinî, **Muğni**, II,56).

259 Ali el-Hafîf, **Ahkâmu'l-Muamelâtî's-Şer'iyye**, 359; Zeydan, **el-Medhal**,323. krş. Ebu Zehra, **el-Milkiyye**, 403,404; Senhurî, **Mesâdir**, IV,248.

260 Zeydan, **el-Medhal**,323; Ebu Zehra, **el-Milkiyye**,404. Görme muhayyerliğinin geçerli olduğu akitler için bkz. Kâsânî, **Bedâi'**, V,292; Şelebî, **Haşiye**, IV,24; Haskefî, **ed-Dürri'l-Muhtar**, IV,592-593; Ali el-Hafîf, a.g.e.,349; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV,261.

prensibini aynen kanunlaştırmıştır<sup>261</sup>

Ayıp muhayyerliğinin geçerli olduğu akitlere gelince, bunlar feshedilebilir, 'ivazlı, sahih akitlerdir.'<sup>262</sup> Feshi mümkün olmayan ve fâsit olan akitlerde ayıp muhayyerliği geçerli değildir. Çünkü muhayyerlik hakkı, tek taraflı akdi feshetme hakkıdır. Feshedilemeyen akitlerde buna gerek kalmaz. Fâsit akitler ise, zaten muhayyerlik hakkı olmadan da feshi gereken akitlerdir, ayrıca muhayyerlik hakkının tanınmasına gerek yoktur.<sup>263</sup>

İslâm hukukçularına göre, ayıp muhayyerliğinin geçerli olduğu akitler şöyle sıralanabilir:

a) Satım, b) Kira, c) Malın taksimi (Kısmet), d) Maldan dolayı yapılan sulh.<sup>264</sup> İbn Abidin ve diğer bazı hukukçular bunlara şu muameleleri de ilave etmişlerdir; Mehir, hul'bedeli, kasden öldürmenin sulh bedeli ve Şufa (önalım).<sup>265</sup> Diğer bazı hukukçular ise, ayıp muhayyerliğinin uygulama alanı olarak sadece ilk dört akdi tahsis etmişlerdir.<sup>266</sup> **Malikîler'e** göre, açık artırma ile satılan mallar ile, mirasçıların ayıplı olduğunu bilmeden gerçekleştirdikleri satım akitleri ayıp muhayyerliğinin geçerli olduğu alanların dışında kalır. Onlara göre, hakim vasıtasıyla yapılan bir satım, "bütün ayıplardan sorumlu olmama şartıyla" yapılan bir satım gibidir. Böyle bir şart koşulmasa bile alıcı, böyle bir durumda muhayyer olamaz ve satım parasını da indiremez.

**Malikîler'e** göre mirasçı, sattığı malın mirasçı malı olduğunu

261 Ür.MK.m.327; Enver, **Mesadîru'l-İltizam**, 225.

262 Ebu Zehra, **el-Milkiyye**, 404; Zuhaylî, a.g.e. ve y.

263 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 592, 593.

264 Heyet, **Hindîyye**, III, 66; Kadri Paşa, **MH.m.342**; Zuhaylî, a.g.e., IV, 261.

265 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, V, 3; Ali Haydar, **Dürer**, I, 542; Kadri Paşa, **MH.m.342**. Krş. **MC.m.336-355**; 513-521; 1153-1155; 1148-1551. **Mehir için** bkz. Buhârî, **Nikah**, 34, 50; Mergînânî, **Hidaye**, I, 204; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, I, 282 vd.; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, VII, 250 vd. **Hul' bedeli için** bkz. Kâsânî, **Bedâi'**, III, 150 vd.; İbn Rüşd, **Bidâye**, II, 55-58; Mevslî, **el-İhtiyar**, III, 156; Mergînânî, **Hidaye**, II, 13 vd.; Haddâdî, **Cevhere**, II, 77; Meydânî, **Lübâb**, II, 77. **Sulh için** bkz. Şirbînî, **Muğni**, IV, 49; Derdir, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, IV, 263; Udeh, **et-Tesri'u'l-Cinalıyyu'l-İslâmî**, II, 167, fık. 190; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, VI, 293 vd. **Sufa için** bkz. Serahsî, **Mebisûl**, XIV, 115; Kâsânî, **Bedâi'**, V, 246; Zeylâi, **Tebyin**, V, 246; Kadızade, **Netaicu'l-Efkâr**, VII, 434; Haskefî, **ed-Dürü'l-Muhtâr**, V, 164; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, VI, 228-229; **MC.m.513, 1037, 1154, 1155, 1547**; Zuhaylî, a.g.e., V, 810, 838; Ali Haydar, **Dürer**, III, 202-203

266 Hattâb, **Mevâhibu'l-Celîl**, V, 331; Ali el-Hafîf, **Ahkâmu'l-Muamelat'l-Ş-Şerîyye**, 359; Zeydan, **Medhal**, 323; Senhurî, **Mesâdir**, IV, 247.

belirttikten sonra, ayıplı olduğu anlaşılırsa, alıcı için muhayyerlik söz konusu değildir. Ne malı geri verebilir, ne de fiyatı indirebilir. Çünkü, bu da beraat şartıyla satım hükmündedir. Ancak böyle sözleşmelerde hakim ile mirasçının malın ayıplı olduğunun farkında olmamaları şarttır.<sup>267</sup>

Türk borçlar hukukunda ise, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen, BK.m.194 vd.mındaki hükümler, satım akdinin her çeşidine uygulanabilen genel hükümlerdir. Ancak bu hükümler asıl olarak taşınır satımı için konulmuştur bununla beraber, BK.m.217 uyarınca kısmen taşınmazlar hakkında da uygulanabilmektedir.<sup>268</sup>

İslâm hukukunda olduğu gibi Türk borçlar hukukunda da satıcının ayıba karşı sorumluluğunun dolayısıyla alıcının seçemlik hakkının düzenlendiği hükümler(BK.M.194 vd.) yalnız satım akdinde değil aynı zamanda mahiyetleri ile bağdaştırılabildiği ölçüde, diğer bazı akit ve münasebetlere de uygulanabilir. Meselâ, Trampa(BK.m.233), kira(BK.m.251), bağışlama(Bk.m.243), İstisna' akitlerinde(BK.m.357), alacağın temlikinde(BK.m.169), Şirket akdinde(BK.m.251/3) uygulanan bu hükümler, mirasçılarının taksimden sonra bir birlerine karşı sorumluluklarının tayin ve tesbitinde(MK.m.614) de, BK.m.194 vd. hükümlerine atıf yapılmış bulunmaktadır.<sup>269</sup>

Alman Hukukunda(BGB.pr.493'e göre) "satıcının şeyin ayıpları sebebiyle tekeffül borcuna ilişkin hükümler, bir şeyin ivazlı olarak devrine ya da aynı tarzda yükümlülük tesisine ilişkin diğer bütün sözleşmelere uygulanır." böylece bu hükümle, ayıba karşı tekeffüle ilişkin kanunî düzenleme, satım akdi gibi ivazlı temlik borcu doğuran tüm sözleşmeler hakkında da uygulanabilme imkânına sahip olmaktadır. Yavuz'a göre, Alman hukukundaki bu hükümün getirdiği çözümün, hukukumuz açısından da kabul edilmesi gereği vardır.<sup>270</sup>

TBK.nun ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümleri, genel olmasına rağmen kanun, satımın konusuna, çeşidine ve şekline göre farklı hükümler sevk etmiştir. Biz bunları sadece maddeler halinde vermekle yetineceğiz.

267 İbn Cüzey, *Kavânîn*,292; Desûkî, *Hasîye*, III,118; Zühaylî, *'Ukud*, 347-348.

268 Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, I,271; Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*, 36.

269 Edis, *Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*,2.

270 *Satıcının Sorumluluğu*, 36.

- 1) Taşınır satımında(BK.m.184/1),
- 2) Taşınmaz satımında(MK.m.632,911 ve BK.m.184),
- 3) Hayvan satımında(BK.m.195,199),<sup>271</sup>
- 4) Arttırma yoluyla satımda(BK.m.225/II),
- 5) Ticârî satımda(TK.m.25),
- 6)Gönderme yoluyla yapılan satımda(BK.m.201).<sup>272</sup>

Ayıba karşı tekeffülün kapsamı dışında kalan alanlar da şöyle sıralanabilir;

- 1) Cebri artırma yoluyla yapılan satışlar(BK.m.225),
- 2) Kamulaştırma,
- 3) Özel hukuktaki cebri temellükler,
- 4) Devlet tarafından dağıtılan ve tefviz edilen mallar.<sup>273</sup>

Suriye hukukunda da ayıp muhayyerliği, ivazlı akitlerde uygulama alanı bulmaktadır. Bu akitlerin başında satım gelmektedir. TBK.nunda olduğu gibi(m.194 vd.), Suriye Medeni Kanununda da ayıba karşı tekeffül hükümleri geneldir. Ancak diğer akitler işlenirken, özel bir durumu varsa belirtilir veya taşınır satımında ayıba karşı tekeffülün düzenlendiği hükümlere atıflarda bulunulur. Bu sistemin, hem İslâm hukukunda hem de Türk borçlar hukukunda takip edildiğini görmekteyiz. Suriye ve Mısır Medeni Kanunlarında ayıp muhayyerliğinin, trampa(Mukayaza), şirket, kira, sözleşme, ve ariye de uygulandığı açıkça belirtilmektedir.<sup>274</sup>

Görüldüğü gibi ayıp muhayyerliğinin uygulama alanı bakımından

271 Hayvan satımında ayıba karşı tekeffül ile ilgili özel hükümlerin, hangi hayvanlar için söz konusu olacağı tartışmalıdır.(bkz.Tandoğan, **Borçlar Hukuku**,I/1,175-176). TBK.m. 195'in karşılığı olan, İs. BK.m. 198'e göre, sözü edilen hükümler sadece at, eşek, katır, sığır, koyun, keçi ve domuz gibi kanunda sayılan evcil hayvanların satışında uygulanabilir. Canlı olmayan hayvanların satışı bu hükümlere tabi değildir. Hayvan alım-satımında, satıcı yazılı olarak tekeffülde bulunmuş olmadıkça hayvanın ayıplarından sorumlu olmaz; ancak alıcının kandırılmış olması hâli bunun dışındadır(BK.m.195). Bkz. Tandoğan, a.g.e., I/1,176-178.

272 Kanunun düzenlemediği bazı alanlarda da satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan bahsedilir.Meselâ, Abonman mukavelesinde, belli zamanlarda teslim şartıyla satımda olduğu gibi. Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 37-40.

273 Ayrıntılı bilgi için bkz. Edis,a.g.e., 29-46; Yavuz, **Satıcının sorumluluğu**,36-43.

274 Su.MK.m.415-423,Ms.MK.m.447-455; Zuhayrî, 'Ukud,324. Kırş. Senhuri,el-Vasit,IV,712.

İslâm hukuku ile, Türk borçlar hukuku arasında temelde bir farklılık bulunmamaktadır her iki hukuk düzeninde de genel olarak söz konusu muhayyerlik hakkının feshedilebilir ve ivazlı akitlerde varlığı kabul edilmektedir. Alman, Suriye ve Mısır hukuklarında da kural olarak durum aynıdır.

Ancak ayrıntılarda zaman zaman farklılıklar göze çarpmaktadır. Meselâ, bağışlama(hibe)(BK.m.243) konusunda, Türk borçlar hukukunda hile ve ağır kusur halinde bağışlayan sorumlu tutulabilmektedir.<sup>275</sup> İslâm hukukunda ise, hibe, ivazlı ise ayıp muhayyerliği hükümleri uygulanabilir<sup>276</sup> ve bağışlayan sorumlu tutulabilir. Aksi takdirde, herhangi bir sorumluluktan bahsedilemez.

Türk borçlar hukukunda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmadığı bazı alanlar vardır. Bunları daha önce<sup>277</sup> belirtmeye çalıştık. Zaten bu alanların bir kısmının satım akdine benzeyip benzemediği borçlar hukukunda da tartışmalıdır. Meselâ, Berki,<sup>278</sup> Gücün<sup>279</sup> gibi hukukçular “cebri artırmaları” satım akdi olarak nitelendirirlerken, Bilge,<sup>280</sup> Feyzioğlu,<sup>281</sup> Edis<sup>282</sup> ve Yavuz<sup>283</sup> gibi hukukçular aksi görüşü savunmuşlardır.<sup>284</sup>

İslâm hukuku açısından konuya bakabilmemiz için önce, cebri artırmayı tanımlamamız gerekir; “Yetkili kamu kurumları tarafından bir malın sahibinin rızasına bakılmadan, belli şartların gerçekleşmesi halinde aleni olarak bir çok şahıslar huzurunda yapılan sözlü artırmalar sonunda en uygun teklifte bulunana ihale edilmesine cebri artırmalı satış denir.”<sup>285</sup>

Cebri artırmalarda memur, borçluların kanuni mümessili ve onlar adına üçüncü şahıslara satım akdi kurmaktadır. Diğer taraftan

275 Bilge, **Borçlar Hukuku**, 134.

276 Şener, **Hibe**, 23.

277 Bkz. Tez, birinci bölüm, II, D, 4.

278 Berki, Şakır, **Borçlar Hukuku**, II, 40 vd.

279 Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, 585.

280 **Borçlar Hukuku**, 115.

281 **Borçlar hukuku**, I, 175. Ayrıca bkz. Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 42; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 36.

282 a.g.e., 41-43.

283 a.g.e., 36.

284 Yargıtay da cebri artırmaları bu karekterde görmektedir. Krş. 24.6.1953 tarihli içt. bir. kr. (Bilge, **Borçlar Hukuku**, 115, dn. 10).

285 Edis, a.g.e., 41

bu tip akitlerde satım konusu, semen ve karşılıklı rıza vardır. Yani akdın bütün şartları mevcuttur. Bu nedenle, İslâm hukukunda artırmalı satışlar,<sup>286</sup> şartları dahilinde yapılırsa, tam bir sahih satım akdi gibidir.<sup>287</sup> Böyle olunca da bu akitlerde de ayıp muhayyerliği hükümlerinin geçerli olması gerektiğine inanmaktayız.

Ancak yukarıda geçtiği gibi Malikî mezhebi artırmalı satışlarda ayıp muhayyerliğinin hükümlerini geçerli saymamaktadır. Malikiler, bu icthatlarıyla, Türk borçlar hukukunda Berki, Gücün gibi bazı hukukçularla ve Su.MK.m.422 ile aynı görüşte birleşmektedirler. Diğer taraftan Bilge, Feyzioğlu,Edis ve Yavuz gibi hukukçular ile **Hanefî ve Maliki** ekollerinin görüşleriyle de ters düşmektedirler.<sup>288</sup>

##### 5. Şahıs Haklarından Oluşu,

Gerek İslâm hukuk metodolojisinde, gerek furu' fıkıh dediğimiz hukuk doğmatığında ve gerekse muasır İslâm hukukçularının "Nazariyyetu'l-Hak" başlığı altında hakkın çeşitli kısımlarına değindiklerini görmekteyiz,<sup>289</sup> bu hakların bir kısmı şahıs, bir kısmı Allah hakkı (kamu hakları) olarak değerlendirilmekte ve ayıp muhayyerliğinin şahıs haklarından olduğu tesbit edilmektedir.<sup>290</sup>

Ayıp muhayyerliği hakkı hukukullahtan sayılmadığı ve şahıs haklarından olduğu içindir ki, bazı şartlar dahilinde düşmektedir.<sup>291</sup>

Hanefî hukukçu Kâsânî(587/1191)'nin bu konudaki ifâdesi gayet açıktır; "Ayıp muhayyerliği bir kul(şahıs) hakkıdır. Bütün

286 Merğînânî, buna "**Bey'u men yezid**", Zuhaylî ise, "**Beay'u'l-Mezâdî'l-'Alenî**" ve "**el-Muzayede**" demektedir. **Hidaye**, III,54; **el-fıkhü'l-İslâmî**, IV,239,512.

287 Kâsânî, **Bedâi'**, V,232; Merğînânî, **Hidaye**, III,54; İbnu'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, VI,108; Hattâb, **Mevâhibu'l-Celil**, IV,237; Heyet, **Hindiyye**, III,210 vd.; Zuhaylî, a.g.e., IV, 239,512.

288 Hanefî ve Malikilerin değerlendirmeleri için bkz. Kâsânî, **Bedâi'**, V,232; Merğînânî, **Hidaye**, III,54; İbnu'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, VI,108; Hattâb, **Mevâhibu'l-Celil**, IV,237; Heyet, **Hindiyye**, III,210vd.; Zuhaylî, a.g.e., IV, 239,512.

289 İslâm hukuk metodolojisi(usulu'l-Fıkh), hakkın çeşitlerini "el-Mahkumu fih" başlığı altında işlemektedir. Ayrıntılı bilgisi için bkz. ez-Zuhaylî, **Usulu'l-Fıkhü'l-İslâmî**, I,152-156; Zeydân, **el-Veciz**, 62-64;Ebu Zehra, **İslâm Hukuk Metodolojisi**, trc. Abdülkadir Şener, 313-314; Ali el-Hafî, **el-Milkiyye**,9-24; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV,-40; Zerkâ, **Medhal**, I, 561,fık. 256; Mahmesânî, **en-Nazariyyetu'l-'Amme**, I,35-49.

290 Kâsânî, **Bedâi'**, V, 297.

291 es-Senhurî, **Mesâdir**, IV,284,247.

şahıs hakları, hak sahibinin istemesiyle düşebilme ihtimaline sahiptir. Çünkü insan kendi haklarında tasarruf yetkisine sahiptir. Hukukullah'a gelince, şahıs, bunda tasarruf hakkına sahip değildir..."<sup>292</sup>

**Malikî** ekolüne mensup hukukçular, söz konusu muhayyerliği şahıs haklarından(Hukuku'l-İbâd) saymakla beraber, bazı durumlarda hem şahıs hem de Allah haklarından saymışlardır. Şöyleki; «**İmam Malik** der ki, "kim sattığı bir malın ayıbını bilerek gizlerse, karşdakini bilerek aldattığı için cezalandırılır ve sattığı malı kendisine geri verilir." İbn Rüşd'e göre bunda ihtilaf yoktur. Müslüman kardeşini kandıran, ona hile yapan kimsenin malinin geri iadesi yanında ayrıca terbiye edilmesi de gerekir. Çünkü burada iki hak ihlâl edilmiştir. Birisi, Allah'ın Hakkıdır, çünkü Allah'ın yasakladığı bir fiil işlenmiş ve O'nun hakkı ihlâl edilmiştir. İkincisi şahıs hakkıdır. Çünkü bile bile alıcı kandırılmış O'na ayıplı mal satılmıştır. Bu iki ayrı hakta **tedâhul** de olmaz. Bu nedenle iki aynı ceza gerekmektedir."<sup>293</sup>

Gerçekten bize göre de, ayıp muhayyerliğinin meşruiyyetini gösteren, hile ve ayıplı mal satımını yasaklayan hadisler ve genel anlamda âyetler, göz önüne alınırsa,<sup>294</sup> denilebilir ki, sadece **Malikî** ekolüne göre değil, genel anlamıyla İslâm hukukuna göre, **bilerek** ayıplı mal satımından doğacak ayıp muhayyerliği hakkında hem Allah hakkı, hem de şahıs hakkı vardır. Ancak **farkına varılmadan** yapılan ayıplı mal satımından doğacak ayıp muhayyerliği hakkı ise, daha çok şahıs hakkı sayılmaktadır.

Türk borçlar hukukunda ise, alıcının muhayyerlik hakkı, şahsî nitelikte bir hak olup, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu da, kural olarak kamu düzenine ilişkin(emredici nitelikte) bir hüküm sayılmamaktadır. Kanun koyucu bunu tekeffül borcuyla ilgili hükümlerin aksine sözleşme yapılmasını imkân dahiline sokmak suretiyle açıkça belirtmiş bulunmaktadır(BK.m.196-207)

Taraflar tekeffülün kapsamını genişletmeye bile yetkilidirler. Ancak bu hükümlerin aksine yapılacak sözleşmeler şu iki halde kamu düzeni mülâhazasıyla geçerli olmaz.

<sup>292</sup> *Bedâi'*, V,297; Zuhaylî,a.g.e., IV, 16.

<sup>293</sup> Hattâb, *Mevâhibu'l-Celil*, IV,449.

<sup>294</sup> Bkz. Tez, birinci bölüm, II,C,2.

a) Satıcının hilesi,

Satıcı, hile ile satılan maldaki ayıpları alıcıdan gizlemiş ise, “tekeffülden beraat şartı” hükümsüzdür(BK.m.196).

b) Satıcının satılanın muayenesine engel olması,

Satılan maldaki ayıpların mevcut olup olmadığını anlamak için’ alıcının yapacağı incelemeye imkân vermemiş ise, yine “tekeffülden sorumlu olmama” şartı hükümsüzdür.<sup>295</sup>

Görüldüğü gibi bu konuda da Türk borçlar hukuku ile, İslâm hukuku, özellikle malikî mezhebi büyük ölçüde hemfikirdir.

Satıcı ayıplı mal satımı ile alıcıya karşı mesuldür. Ancak bilerek ayıbı gizlemişse, akit sırasında tekeffülden beri olduğunu (sorumluluğunu) şart koşmuş olsa bile sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü, iş hilekârlığa girmekte, bu da Amme menfaatını zedelediği için şart, geçerliliğini yitirmektedir. Tıpkı Malikîler’in bilerek hile yapan kişilerin hem Allah’ın hem de şahıs hakkını ihlâl ettiklerini, bu nedenle iki ceza hakkettiklerini söyledikleri gibi.<sup>296</sup>

---

295 Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 21-22 ve oradaki kaynaklar.

296 Bkz. Hattâb, **Mevâhibu'l-Cellî**, IV,449.

## **İKİNCİ BÖLÜM**

### **AYIP MUHAYYERLİĞİNİN ŞARTLARI, KULLANILMASI VE ZAMANI**

## İKİNCİ BÖLÜM

### AYIP MUHAYYERLİĞİNİN ŞARTLARI, KULLANILMASI VE ZAMANI

#### I-AYIP MUHAYYERLİĞİNİN ŞARTLARI

Alıcının ayıp muhayyerliği hakkını kullanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir;<sup>1</sup> bunlar, maddi şartlar ve şekli şartlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>2</sup>

##### A. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN MADDİ ŞARTLARI

###### 1. Mülkiyetin İntikali,

Hem İslâm hukukunda, hem de Türk borçlar hukukunda, mülkiyetin intikali, ayıba karşı tekeffülün ve alıcının muhayyer olmasının bir ön şartıdır.<sup>3</sup> Daha öncede değindiğimiz gibi<sup>4</sup> mülkiyetin intikali için malın teslimine İslâm hukuku açısından ihtiyaç yoktur. Ancak akitten sonra, önce alıcı semeni satıcıya, sonra da satıcı satılanı alıcıya vermeye borçlu olur.<sup>5</sup> Türk borçlar hukukunda, mülkiyetin intikali için teslim ihtiyacı vardır.<sup>6</sup>

Alıcının muhayyerlik hakkını kullanabilmesi için ayıplı malın mülkiyetine geçmesi gerekir. Aksi takdirde başkasının mülkünde hak iddia etmek gibi anlamsız bir şey ortaya çıkar.

Türk borçlar hukuku açısından da alıcının satılanı muayenesi için, mülkiyetin geçmesine ihtiyaç vardır.<sup>7</sup>

Öyle ise söylenecek şey şudur: "satılanın mülkiyetinin nakli" şartı ne İslâm hukukunda, ne de TBK.m.194 vd.ki maddelerde muhayyerlik hakkının bir şartı olarak öngörülmemiştir. Ancak

1 'Assâf, *el-Ahkâmü'l-Fıkhiyye*, 62-63.

2 Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I/1,158,170; Edis, *Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 47-97.

3 MC.m.262; Kadri Paşa, MH.m.343. Krş. Merginânî, *Hidâye*, III, 21.

4 Birinci bölüm, II, D, 2.

5 MC.m.262.

6 MK.m.687; Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I/1, 172; Uçok-Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi*, 125.

7 Tandoğan, a.g.e., I/1, 172; Edis, a.g.e., 79.

satım akdinin genel prensipleri ve Alıcının muhayyerliği hususu göz önüne alındığında bu ön şart olmadan muhayyerlik hakkının olmayacağı da hemen anlaşılmaktadır. Bu nedenle “mülkiyetin nakli” ayıp muhayyerliği hakkının doğması için bir şart olarak zikredilebilir.

## 2. Satılanın Ayıplı Olması,

Ayıp muhayyerliğinin sebebi, ayıbın bulunmasıdır. Ayıp varsa, muhayyerlik hakkı vardır. Yoksa yoktur. Bu, bir genel hükümdür. Ancak, her ayıp, muhayyerlik hakkını doğurur mu? Ayıp nedir, çeşitleri nelerdir? Ayıp konusunda İslâm hukukçuları arasında fikir birliği var mıdır? Bugünkü Türk hukukuyla İslâm hukukunun bu hususta bir karşılaştırılması yapılacak olursa neler söylenebilir? Gibi soruların cevapları üzerinde daha önce durduğumuz için<sup>8</sup> tekrar etmeyeceğiz, ancak şu kadarını söylemeliyiz ki, fıkıh kitaplarını tetkik ettiğimizde ayıp kavramının kişilere, yörelere ve asırlara göre farklılık arzettiğini görürüz. Bunun da sebebi, ayıbın örfle tesbit edilmesidir. Bu nedenle kaynaklardaki ayıpla ilgili farklı icthatları buraya aktarmanın pratik bir faydası yoktur. Ölçü örf olduğuna göre, neyin ayıp olduğunu, neyin ayıp olmadığını tesbit kolaydır.

Şunu itiraf etmeliyizki, İslâm hukukçuları, konuları tesbitte oldukça hassas davranmışlardır. Meselâ satın alınan ya da kiralanın bir evde çokça karınca bulunması, evin cinli olmakla tanınmış olması, ya da kötü komşularının bulunması, ayıp sayılır mı, sayılmaz mı tartışmalarına varıncaya kadar inceleyip yazmışlardır.<sup>9</sup> Bu nedenle biz burada sadece miktar noksanlığı, satılardan başkasını teslim, kalitesizlik ve enflasyonun ayıp sayılıp sayılmadığı üzerinde bir nebze durmak istiyoruz.

### a. Miktar Noksanlığı,

İslâm hukukunda miktar noksanlığının ayıp telakki edilip edilmemesi, malın cinsine göre ve bölünmesinde zarar olup olmaması bakımından farklılık arzeder;

aa) Bölünmesinde zarar olmayan *veznî* mallar ile *keylî* ve *birine benzeyen adedî* mallarda miktar noksanlığı, **Hanefîler'e** göre ayıp telakki edilmemiş, ancak alıcıya pazarlık ayırımı muhayyerliği hakkı verilmiştir, dilerse akdi fesheder, dilerse, çıkan miktarı

<sup>8</sup> Birinci bölüm, I,A,B,1,2.

<sup>9</sup> Hattâb, **Mevâhibu'l-Celil**,IV,436; Senhurî, **Mesâdir**,IV,248,dn.1.

fiyattan payına düşeni ile alır.<sup>10</sup>

Bu son şıkka **Hanbelîler** de katılmaktadır. Ancak noksan miktardan dolayı Alıcı akdi feshedebilir mi edemez mi? Bu konuda iki görüş vardır;

i) Feshedebilir. Çünkü, vasıf noksanlığında olduğu gibi Alıcı muhayyerdir. Dilerse feshi, dilerse malı olduğu gibi kabul eder. Bu görüşü **Şafilîler** de savunmuşlardır.

ii) Muhayyerlik hakkı yoktur. Çünkü miktar noksanlığı, geri kalan kısımda bir ayıp teşkil etmemektedir.<sup>11</sup>

bb) Bölünmesinde zarar olan vezni mallarda iki ihtimal söz konusudur:

i) Tamamının miktarı ve fiyatı belirtilerek satılan mallardaki miktar noksanları, **Hanefilerce** ayıp mesabesinde görülmüştür. Bu nedenledir ki alıcı, akdi fesih ile kararlaştırılan fiyatla malı kabul arasında muhayyer bırakılmıştır. Alıcı noksandan dolayı herhangi bir fiyat indirimine gidemez. Çünkü bölünmekle ayıplanan mallarda fazlalık ve noksanlık, vasıf telakki edilmektedir. Vasıflara ise fiyatın bir kısmı tekabül etmemektedir.<sup>12</sup>

ii) Hem tamamı hem de birim fiyatı belirtilerek satılan mallarda miktar noksanlığı, Hanefilerce, ayıp telakki edilmemiş, ancak alıcı, bu durumda, pazarlığın bölünmesi, ya da istenilen vasfın bulunmamasından dolayı muhayyer olup, dilerse akdi fesheder, dilerse çıkan miktarı, her birim için belirtilen fiyat üzerinden alır. Miktar artışı olduğu takdirde, değerini vermesi şartıyla bu artış alıcındır. Satıcıya iadesi zarara sebebiyet verdiği için mümkün olmamaktadır.

Burada malın birim fiyatı açıkça bildirildiğinden, miktar noksanlığı, vasıflıktan çıkıp "asıl" hâline dönüşmüştür.<sup>13</sup>

cc) Metre ile ölçülen arsa vb. mallar, bölünmesinde zarar olan vezni mallar hükmündedir.<sup>14</sup>

Ancak bölünmesinde zarar olmayan diğer metre ile ölçülen

10 Kâdihân, **Fetâvâ**, II, 199; MC.m.223; Ali Haydar, **Dürer**, I, 355.

11 İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV, 232; İbn Kudâme, **el-Makdisi**, **eş-Şerhu'l-Kebir**, IV, 87.

12 Harezmi, **Kıfâye**, V, 476.

13 MC.m. 223; Ali Haydar, **Dürer**, I, 360 vd.; Kadri Paşa, MH.m.254-258; Zerkâ, **Medhal**, I, 441-442.

14 MC.m.224,224,226.

kumaşlar vs. keylî mallar hükmündedir.<sup>15</sup>

İbn Kudâme(620/1223)'ye göre, bir arsa ya da kumaş on metre(zira') olmak üzere satılır, sonra dokuz metre olduğu anlaşılırsa, bu konuda iki rivâyet vardır;

i) Satım akdi batıldır. Çünkü, her iki tarafta rıza beyanına aykırı olarak bir şeyi kabule zorlanamazlar. Ne satıcıya "kararlaştırıldan fazlasını ver!" denilir, ne de alıcıdan aza kanaat etmesi beklenebilir.

ii) Satım akdi sahihtir. Satılandaki noksanlıktan dolayı alıcı, akdi fesih ile kalan dokuz metreyi fiyatın 9/10'u ile kabul etmek arasında muhayyer olur. **Şafililer'e** göre, fiyatın 9/10'u ile değil, fiyatın tamamı ile kabul, ya da feshe razı olmak arasında muhayyerdir.<sup>16</sup>

Şu halde **Hanefî** ve **Şafililer** burada miktar noksanlığını **ayıp** telakki etmişlerdir.

dd) Birbirinden farklı adedî mallar, sadece tamamının fiyatı belirtilerek satılır da sonradan noksan olduğu anlaşılırsa, akit fâsit olur(MC.m.227).

Ancak tamamının fiyatı ile birlikte, birim fiyatı da belirtildiği takdirde, noksan çıkması halinde Alıcı muhayyer olur, dilerse, çıkan miktarı fiyattan payına düşeni ile alır, dilerse terk eder, fazla çıkarsa, akit fâsit olur(MC.m.228).

Görüldüğü gibi İslâm hukukunda miktar noksanlığı, malın cinsine göre ve bölünmesinde zarar olup olmaması açısından bazen ayıp mesabesinde, bazin de ayıp olarak değerlendirilmiştir.<sup>17</sup>

Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde miktar noksanlığı kural olarak ayıp telakki edilmemiştir.<sup>18</sup>

İspanya, Latin Amerika ve İskandinav ülkelerinde ise, miktar noksanlıklarının ayıp telakki edildiği görülmektedir.<sup>19</sup>

15 MC.m. 223. Misaller için bkz. Ali Haydar, **Dürer**, I, 354-367.

16 İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV, 232.

17 Bkz. Merğînânî, **Hidâye**, III, 22-24; İbnu'l-Humâm, **Fethu'l-Kadir**, V, 472; Bîlmen, **Kamus**, VI, 32-36; Ali el-Hafîf, **Ahkâmu'l-Mu'amelâti's-Şer'iyye**, 378-380.

18 Bilge, **Borçlar Hukuku**, 77; YTD. 17.11.1952, **Türk İc.Külliyatı**, X, No:289; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1, 165. Miktar noksanlığından kasıt, ağırlık, hacim ve yüzölçümü gibi eksikliklerdir. Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 9.

19 Edis, a.g.e. ve y.

Yerli ve yabancı hukukçular, Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde miktar noksanlığının ayıp telakki edilmemesini şöyle yorumlamışlardır: Şayet teslim edilen şeyin miktarı kararlaştırılardan fazla ise, bu fazla kısmın alıcı tarafından satıcıya iade edilmesi gerekir bunun için ayrıca ayıba karşı tekeffül hükümlerine müracaat etmeye ihtiyaç yoktur. Yine satın alınan mal, kararlaştırılardan eksik miktarda teslim edilmişse, eksik ifa sebebiyle, alıcı geri kalan kısmın teslimini istemekte serbesttir. Bu halde sadece eksik bir ifa, söz konusu olur ve BK.m.96 vd. hükümleri uygulanır.<sup>20</sup>

Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde miktar noksanlığının tesbiti halinde, alıcı eksik olan kısmın teslimini istemekte serbesttir.<sup>21</sup> İslâm hukukunda alıcı, satıcıyı böyle bir şeye zorlayamaz, muhayyerlik hakkını kullanır.

Türk-İsviçre hukuklarında miktar noksanlığı nedeniyle ayıba karşı tekeffül borcunun doğmayacağı kuralının kanundan (BK.m.215/I-II) ve şeyin mahiyetinden doğan istisnaları vardır. Bu istisnalarla sözü edilen hukuklar, İslâm hukukuna yaklaşmışlardır. Bunları kısaca şöyle özetleyebiliriz:

a) Kanundan doğan İstisna,

BK.m.215/I ve II'ye göre "hilâfına mukavele mevcut değilse, satılan gayrimenkul satım senedinde yazılı olan ölçü miktarını ihtiva etmediği takdirde; satıcı noksanını alıcıya tazmin etmekle mükelleftir. Satılan gayrimenkul resmi bir alana dayalı olarak sicilde yazılı olan ölçü miktarını ihtiva etmediği takdirde satıcı, tahsisen taahhut altına girmemişse tazmin ile mükellef değildir."

Böylece kanun miktar noksanlığını, açıkça bir vasıf noksanlığı şeklinde kabul edilerek bunu ayıba karşı tekeffül sorumluluğu içinde mütalaa etmiştir.

b) Satılanın mahiyetinden doğan istisna,

Satılan malın mahiyetinden dolayı ayıp telakki edilen miktar noksanlıkları kendisini daha çok ferdan belli mal satımlarında göstermektedir. Kanunda bir hüküm bulunmamakla beraber, aşağıdaki hallerde miktar noksanlarının ayıp telakki edilmesi lazım

20 Yabancı kaynaklar için bkz. Edis,a.g.e.,9,dn.12,13. Lû.KMU.'un da bu doğrultuda düzenlemeler yaptığına dair bkz. Lübnân Temyiz Mahkemesi,1.Oda Karar no:889, tarih,8.11.1959 (en-Neşretu'l-Kadaiyye el-Lübnâniyye, 233; Diyûb, **Damâr**, 59).

21 Edis,a.g.e. ve y.

gelir:

aa] Teslim edilen şey, kararlaştırılan miktardan fazla olmasına rağmen, fazla kısmın ayrılma imkanı yoksa veya çok zor ise,

bb] Malın miktarı veya hacmi onun maksada elverişliliğine veya değerine tesir ediyorsa.

Şu halde miktar noksanlığının ayıp telakki edilmediği kuralı, esas itibariyle, doktrinde “mutlak olarak miktar noksanları=défauts quantitatifs proprement dits” denilen çeşit itibariyle belli mallar bakımından meydana gelen noksanlar hakkında önem taşımaktadır.<sup>22</sup>

#### b. Satılardan Başkasını Teslim.

Satılan maldan başka bir şeyin teslim edilmesinin ayıplı mal teslimi şeklinde telakki edilip edilmeyeceği akla gelebilir. Satılan maldan başka bir şeyin teslimi (aluid pro alio) satılanın dahil bulunduğu cins ve kategoriden başka cins ve kategoride mal teslimi demektir. Meselâ, deniz motoru yerine kara motoru teslimi gibi.<sup>23</sup>

İslâm borçlar hukukunda satım akdinde esas maksat, satım konusu olan maldır<sup>24</sup> bu mal, hangi kategoriden olursa olsun akit sırasında kararlaştırılan ne ise, alıcıya bizzat onun teslimi gerekir. Bu konudaki Mecellenin 204. maddesi şöyledir:

“Mebi’, akitteki ta’yin ile ta’ayyün eder, meselâ, satıcı işaret-i hissiye ile ta’yin ederek şu saati sattım deyip, Alıcı da kabul ederse, satıcı o saati aynen vermesi lazım gelir. Yoksa onu alı koyup da yerine o cinsten diğer bir saat veremez.” Hatta Mecelle şârihi Ali Haydar’ın ifâde ettiğine göre kararlaştırılan saattan daha iyisini dahi veremez. Ancak Alıcı başka saat almaya razı olursa önceki saati kabzetmiş ise, bu saat ile yeni saati trampa etmiş olur.<sup>25</sup> Nitekim alıcı da “bu saat işime gelmez daha iyisini veya kötüsünü ver” diye satıcıyı zorlayamaz.<sup>26</sup>

Hanefî hukukçu Kadri Paşa(1306/1888), “Akitte mal’ belirlemekle belirlenmiş olur. Bu nedenle satıcının bizzat o belirlenen malı teslim etmesi gerekir.”<sup>27</sup> demektedir.

22 Edis,a.g.e.,9-11. Krş. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**,53.

23 Yarg.TD.17.11.1952,E.3316/K.5022(Türk İc.Külliyyatı, X,No:10,1, s,137); Edis,

**Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,11,dn.19.

24 Ali Haydar, **Dürer**, I,324.

25 MC.m.253 şerhine bkz.

26 Ali Haydar, **Dürer**, I,324,325.

**Ebu Hanife ve İmâmeyn'e** göre, akit sırasında kararlaştırılan satım parasının(semenin) aynen verilmesi gerekme de, kararlaştırılan satım konusunun, aynen verilmesi şarttır. Meselâ, şu paraya şu malı satın aldım deyip kararlaştırılırsa, o para yerine, başka para da verilebilir, ancak o mal yerine başka mal verilemez.<sup>28</sup>

**İmam Şafiî ve Züfer**, semen ile satım konusu mal arasında bir fark görmeyerek; "Kararlaştırılan ne ise, onun verilmesi gerekir. Bu, ister semen olsun, ister satılan mal olsun farketmez. Çünkü, satıcının o parayı istemesinde bir maksadı olabilir. Onun dışındaki bir şeye rıza göstermeyebilir. Bu da onun hakkıdır." demektedirler.<sup>29</sup>

İslâm hukukçularına göre kararlaştırılan maldan başka bir şeyin verilmesi konusunda şeyin cinsine bakılır, cins mefhumunda, şeyin mahiyeti değil, kullanılma maksadına bakılır. Eğer kullanılma açısından bir farklılık bulunuyorsa, yani cins farklılığı varsa, bilginlerin çoğunluğuna göre akit bâtıldır(mutlak butlan). Çünkü akdin konusu yok sayılır, olmayan şey üzerine yapılan akit ise bâtıldır.<sup>30</sup> Mecelle, 208. maddesinde bunu, "Cinsi beyân olunarak satılan şey, başka cinsten çıkarsa, bey' bâtil olur" şeklinde düzenlemiştir. Ancak cins birliği, sözkonusu ise, çeşit farklılığından dolayı akit bâtil değil, "fâsit" olur.<sup>31</sup>

el-Kerhî(340/952) gibi bazı hukukçular, cins farklılığı olsa bile akdin bâtil değil, fâsit(nisbi butlân) olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bunlara göre, gösterdiğinden başkasını satan kimse, "başka bir şeyi teslim etmek şartıyla bir şeyi satan" kimse gibidir. Bu durumda ise, akit bâtil değil fâsittir.<sup>32</sup>

Türk-İsviçre hukuklarında hakim kanaat, kararlaştırılan şeyden başka bir şeyin teslim edilmiş olmasının ayıplı teslim değil, fakat borcun ifa edilmemesi olduğu ve bu sebeple BK.nun genel nitelikteki temerrüd hükümlerinin(BK.m.106-108) uygulanmasının

27 MH.m.368.

28 Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV,403-404.

29 Krş. Kâsânî, **Bedâi'**, V,223 vd.; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 404; el-Kürdî, **Buhûs**, 189.

30 Nevevî, **Mecmu'**, X, 117.

31 Selîm Rüstem, **Şerhu'l-Mecelle**, 100,(m.208).

32 Senhurî, **Mesâdir**,II,107. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serahsî, **Mebsût**, XIII,12-13; Kâsânî, **Bedâi'**, V, 139-140; Zeylaî, **Tebyin**,IV,53; Heyet, **Hindiyye**, II,134.

gerektiği merkezindedir. Fransız ve İtalyan hukukunda da durum aynıdır.<sup>33</sup> Buna karşılık Alman hukukunda hukukî emniyet ve istikrârın temini için özel hükümler konulduğu görülmektedir.<sup>34</sup> Alman Ticaret Kanununun 378. paragrafına göre, "alıcının tasvip edemeyeceği kadar satıcının siparişten ayrılmış olması hali hariç, kararlaştırılan mal veya miktardan başka bir mal teslim edilmesi halinde, ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır."<sup>35</sup>

Görüldüğü gibi sonuç itibariyle İslâm hukuku ile, Türk-İsviçre, Fransız ve İtalyan hukukları arasında genel anlamda bir mutabakat mevcuttur. Ancak, Prof. Senhurî'nin de ifade ettiği gibi, "Akdin konusunu teşkil eden şeyde esaslı hatanın akde tesiri, İslâm hukukunda, batıya nisbetle daha geniştir. Bunun da sebebi, cins farkında şeyin kullanılma maksadı ve faydasının göz önüne alınmış bulunmasıdır. Batıda, ise, bazı durumlarda şeyin cinsi ve faydası farklı olduğu halde, akit teşekkül eder. Ancak fesih ve iptâl yoluyla geçersiz kılınması mümkün olur. Gümüş olarak aldığıın bronz çıkması gibi."<sup>36</sup>

Gerek İslâm hukukunda(MC.m.262) Gerekse, Türk borçlar hukukunda(BK.m.182), bir akitte tarafların karşılıklı borçları vardır. Alıcının satım parasını ödemesi, satıcının da malı teslim etmesi gerekir. Bunu yapmazlarsa, borçlarını ifa etmemiş sayılırlar ve bu takdirde akdin yapılmasındaki gaye ve maksadın gerçekleşmediği ortaya çıkar, tarafların satım akdini yapmalarındaki gaye ve maksat, bir malın bir bedel karşılığında mubadele edilmesi ve bundan yararlanılmasıdır. Taraflar karşılıklı olarak bu aslî edimlerini ifa etmezlerse, yararlanma da gerçekleşmez.<sup>37</sup>

### c. Kalitesizlik,

Yukarıda geçen ayıp tanımından anlaşıldığı gibi, sağlam bir yaradılışın, ya da imâlâtın gereği olarak var olan ancak değer kaybına sebep olmayan kalitesizliğin **Hanefilere** göre ayıp sayılmadığı anlaşılmaktadır. Meselâ, buğday cinsinin üstün orta ve düşük durumlarda bulunması bir yaradılış gereğidir. Sonradan arız olmuş değildir.<sup>38</sup> Ancak buğday rutubetten, ya da havanın

33 Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,11; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,165. Borcun ifa edilmemesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Koç, **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**,6.

34 Aynı kaynaklar.

35 Federal Mahkeme kararları ve ayrıntılı bilgi için bkz. Edis, a.g.e., 12.

36 Senhurî, **Mesâdir**, II,109; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**,II,126.

37 Kâsânî, **Bedâi'**,V,243.

etkisinden dolayı zayıf kalmışsa, bu hal ayıp sayılır.<sup>39</sup> Çünkü ayıp, aslı sağlam yaratılan şeylere arız olan âfetlerdir.<sup>40</sup> Kalitesizlik ise, sağlam yaradılışa, arız olmuş değildir. Aksine yaradılışa var olan şeydir.<sup>41</sup>

Kalite farkı, piyasada fiyat farklılığına sebep olabilir. Fiyatın yükselip inmesine etki edebilir. Buna rağmen ayıp sayılmaz. Çünkü bu, tabii bir haldir. Ancak kalitesizlik nadiren rastlanan bir durum haline gelebilmişse o zaman ayıp telakki edilebilir.<sup>42</sup>

Bazen satıcı ayıbı tazmin etmek zorunda kaldığı gibi, kalitesizliği de tazmin etmek zorunda kalabilir. Malın ayıplı çıkması durumunda, ister alıcı, ayıpsız olmasını şart koşmuş olsun, ya da olmasın satıcı, malın ayıplı çıkmasını tazminle mükelleftir. Çünkü satıcı malı sağlam olarak teslim etmekle yükümlüdür. Ancak, malın kaliteli olması şartı koşulmuşsa, kalitesizlikten dolayı satıcı sorumlu tutulabilir. Aksi takdirde, satıcı tazmine zorlanamaz.<sup>43</sup> Bu durumda zikir ve va'dedilmiş vasfın yokluğu ortaya çıkar ki, o zaman vasıf muhayyerliği hükümleri devreye girer.

Kalitesizlik, sözlük anlamıyla ayıp sayılsa bile, hukukî anlamıyla ayıp değildir.<sup>44</sup> Kalite bir şeyin vasfı durumundadır. Dolayısıyla bir mal, vasıflarından dolayı kıymet kazanabilir, ya da kaybedebilir. Meselâ, büyüklük ve küçüklük kıymete etki eden vasıflardandır. Bir şeyin küçüklüğü onun ayıplı olduğunu göstermez. Hatta, büyüğünden daha kaliteli de olabilir. Öyle ise kalitesizlik ile ayıp arasında fark şudur: Ayıp sağlam bir yaradılışa istenmeyen vasıfların bulunmasıdır. Kalitesizlik ise, bazan normal bir yaradılışa bulunabilen vasıflardır.<sup>45</sup>

Türk borçlar hukukuna göre de küçük kalite eksiklikleri satıcıyı sorumlu kılmaz.<sup>46</sup>

38 Kadîhân, **Fetavâ**, II, 196, 199; Ali Haydar, **Dürer**, I, 554 (MC.m.338); Bilmen, **Kamus**, VI, 71; Zuhaylî, **Ukûd**, 327-328.

39 Ali Haydar, **Dürer**, I, 154; Bilmen, a.g.e., VI, 71.

40 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 3-4.

41 Zerkâ, **Ukûd**, 222; Zuhaylî, **Ukûd**, 327-328.

42 Zuhaylî, **Ukûd**, 327-328.

43 Zerkâ, **Ukûd**, 222; Zuhaylî, **Ukûd**, 328.

44 el-Kürdî, **Buhûs**, 259.

45 Diyûb, **Damân**, 30.

46 Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1, 167.

#### d. Enflasyon.

Enflasyonun ayıp telakki edilip edilmemesi hususu akla gelebilir. Aslında konu çok yeni olduğundan net bir şey söylemek kolay değildir. Hatta, İslâm hukukunda enflasyonun incelenip incelenmediği hususu da tartışma konusudur. Bazı çağdaş hukukçular, “eski İslâm hukukçuları, zamanlarında böyle bir problem olmadığından bununla uğraşmamışlardır.” derken,<sup>47</sup> bazıları ise, durumu daha farklı görmüşlerdir; en azından sonuçları itibariyle enflasyonla aynı mahiyette olan problemlerle mezhep imamlarının dahi meşgul olduklarını söylemektedirler.<sup>48</sup>

Gerçekten de İslâm hukukunda “akit konusunun belirlenmesi, cehalet nedeniyle akdin fesâdı, sarf, selem, bey” gibi bölümlerde enflasyondan bahsedilmektedir. Hanefi hukukçu İbn Âbidin(1252/1836)'in bu konuda «**Tenbihu'r-Rükûd 'Ala Mesâilî'n-Nükûd**» adlı bir de risâlesi vardır<sup>49</sup>

İslâm hukukuna dair, elde mevcut kaynaklarda, enflasyonla ilgili olarak “**tağşiş, züyuf, suttuk**” gibi terimlerin kullanıldığını görmekteyiz.<sup>50</sup> İslâm hukukçularının daha hicrî 2.,3. asırlarda ele aldıkları konular, çağımızdaki enflasyonla aynı derecede değilse de, enflasyonla aynı mahiyette olan konular olup bunlardan müstağni kalınamayacağı kanaatindeyiz. Burada enflasyondan kasdımız, paranın değer kaybı ve fiyatların yükselmesidir.<sup>51</sup>

Enflasyon daha çok kâğıt para rejiminde görülmektedir.<sup>52</sup> Paranın değer kaybının alış-veriş hayatında sebep olduğu hukukî sonuçlara değinmeden önce, enflasyonla ilgili bazı terimler üzerinde durmada fayda vardır:

İslâm hukukundaki açıklamalara göre, akit konusu veya ödeme vasıtası olan para tedavülden tamamen kalkmış, ülkede bulunmaz ve kullanılmaz hale gelmişse bu “**kesad**”, piyasada bulunmamakla beraber, sarraflarda ve özel şahıslarda bulunuyorsa, “**inkita**”, altına nisbetle gümüş, gümüşe nisbetle diğer madeni paranın(fûlus), değeri düşmüş veya yükselmişse buna da; “**rahs ve ğala**”

47 Bkz. Senhurî, *Mesâdir*, III, 77.

48 Karaman, *İslâm'ın Işığında Günün Meseleleri*, I, 356; *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 176.

49 *Mecmu'atu'r-Resâil*, II, 57-67.

50 Eskicioğlu, «*Enflasyon ve Para*», 162. Krş. İbnÂbidin, *Reddu'l-Muhtâr*, IV, 533; «*Tenbihu'r-Rukûd*», II, 57-67.

51 Ergin, *Ak İktisat Ansiklopedisi*, I, 279; Eskicioğlu, «*Enflasyon ve Para*», 162.

52 Karaman, *Günün Meseleleri*, I, 356.

denilmektedir.<sup>53</sup> Günümüzde ise paranın değer kaybı(enflasyon) için ( التضخم ) ta'biri kullanılmaktadır.

**Ebu Hanife**, gerek satım ve gerekse karz akitlerinden kaynaklanan borçlarda para kıymetinin değişmesinin miktara tesirini caiz görmemektedir. Akit yapılırken üzerinde anlaşmaya varılan miktarın ödeneceğini ifâde etmektedir. **Ebu Yusuf** ise, önceleri aynı görüşü paylaşıırken, sonra bu ictihadından dönmüş ve ödeme sırasında konuşulan paranın kıymeti düşmüş ise, akdin yapıldığı sıradaki kıymeti ödenir demiş ve fetvâ da buna göre verilmiştir.<sup>54</sup> Buna bir misal verecek olursak; akdin yapıldığı sırada cumhuriyet altını 1000 lira iken ödeme yapılacağı zaman 1100 liraya yükselmiş, yani kâğıt para altına göre %10 değer kaybetmiş, ucuzlamış ise, 100.000 lira olan borç, 110.000 lira olarak ödenecektir.<sup>55</sup>

Bir alış-veriş akdinde, parayı almadan önce, yeni paraların basımı ile eski paralar tedavülden kaldırılırsa(kesâd), **Ebu Hanife**'ye göre, akit bozulur, eğer akit konusu duruyorsa, Alıcının onu, yok olmuşsa, kıymetini veya mislini geri vermesi gerekir. Çünkü para(fülus), tedavülden kalkmakla paralıktan çıkmıştır. Parasız satış olamayacağına göre akit mecburen bozulur. O'na göre paranın tedavülden kalkması, yok olması demektir.<sup>56</sup>

**Ebu Yusuf** ve **Muhammed**'e göre bu durumda satım akdi bozulmaz. Ancak satıcı muhayyer olur dilerse akdi fesheder, dilerse tedavülden kalkmış paranın kıymetini alır. Çünkü para zimmette borç olarak kalmaktadır, yok olmuş değildir. Tedavülden kalkma bir ayıp sayılır. **Öyle ise kesâd, bir ayıptır, ayıp muhayyerliğini gerektirir.**<sup>57</sup>

Para tedavülde olupta değeri artar ya da düşerse, akdin bozulmayacağı konusunda ittifak edilmiştir. Çünkü paranın değer kaybı, ya da değer kazanması onu paralıktan çıkarmaz.<sup>58</sup>

53 Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 176; **Günün Meseleleri**, I, 356.

54 İbnÂbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 533; «**Tenbihu'r-Rukûd**», 64; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 176.

55 Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 176; **Günün Meseleleri**, I, 357.

56 Semerkandî, **Tuhfetu'l-Fukahâ**, II, 54-55; Şelebî, **Haşiye**, IV, 142; İbnÂbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 533; el-Kürdî, **Fıkhu'l-Mu'âvedât**, I, 239.

57 Bkz. Semerkandî, **Tuhfetu'l-Fukahâ**, II, 54-55; Şelebî, **Haşiye**, IV, 142; İbnÂbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV, 533; el-Kürdî, **Fıkhu'l-Mu'âvedât**, I, 239.

58 Kâsânî, **Bedâi'**, V, 242; İbnÂbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, 533 vd. Zuhaylî, **el-fıkhu'l-İslâmî**, IV, 410.

**Ebu Yusuf'a** göre, kesâd, inkita', rahs ve ğala arasında akit anındaki kıymetin verilmesi açısından herhangi bir fark yoktur<sup>59</sup> Ancak paranın değer kazanması, ya da kaybetmesi halinde **Ebu Hanife**, "akit sırasında konuşulan paranın mislini verir" derken, **İmâm meyn**, "paranın kıymetini verir" demektedirler.<sup>60</sup>

Kıymet konusunda ihtilâf vardır. **Ebu Yusuf**, akit sırasındaki kıymete itibar etmektedir. Çünkü ona göre, fiyat akit sırasında belirlenmiştir. Akit sırasındaki kıymeti ne ise, onun tazmini gerekir. **İmam Muhammed** ise, tedavülden kalktığı zamanki, kıymetine itibar etmektedir. Çünkü o an borçlunun ödemedi aciz kaldığı andır, bunun esas alınması lazımdır.<sup>61</sup>

**Şafiiler'e** göre, enflasyonun ayıp sayılıp sayılmayacağını tesbit için, İbn Hacer(974/1566)'in yapmış olduğu ayıp tanımına bakmak yeterli olacaktır: "Ayıp, maksada engel olacak şekilde(malın veya paranın) kendisini azaltan veya değerini düşüren her şeydir." Şartı; o tip malda (veya satım parasında) çoğu zaman böyle bir durumun ortaya çıkmamasıdır. Bunun akit zamanında olması veya teslimden önce meydana gelmesi, neticeyi değiştirmez.<sup>62</sup>

Buna göre, şartlar gerçekleştiği takdirde, satım veya karz gibi akitlerde enflasyon Şafiiler'e göre ayıp telakki edilmiştir. Biz de Şafiiler'in bu ictihadına katılmaktayız. Bir satım akdinde, satıcının enflasyonu bilerek ve bu ayıbın farkında olarak malını satması, hakkına razı olacağı anlamına gelebilir, ancak, alıcının borcunu uzun süre, geciktirmesi ve satıcının enflasyonun bu derece etkili olacağını bilmemesi durumunda özellikle karz akdinde, enflasyonun, örfçe, ayıp kabul edilebilecek miktara ulaşması durumunda satıcı ayıp muhayyerliği hakkına sahip olmalıdır. Şu kadarını söylemeliyiz ki; bazen satım konusunda(mebî'de)ki bir ayıp ile, satım parasında(semende)ki bir ayıp kıyaslanamayabilir. Bu da semen mebi' farklılığından kaynaklanmaktadır. Bu cümleden olarak, çoğunluk, sarf akdinde paranın ayıbından dolayı kıymet noksanını geri almayı caiz görmemektedir. Çünkü, böyle bir durum ribaya sebep olur.<sup>63</sup>

59 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV,524.

60 İbn Nüceym, **el-Bahr**,VI, 143. Ayrıca bkz. Serahsî, **Mebisât**, XIV,26-30; İbn Âbidîn,«**Tenbihu'r-Rukûd**»,II,60.

61 Kâsânî, **Bedâi'**,V,242; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV,410; el-Kürdî, **Fıkhu'l-Mu'âvedât**,I,239.

62 **Tuhfe**,II,70.

63 Nevevî, **Mecmu'**, X,135.

Bir misal ile konuyu açıklamak gerekirse; (A), (B)'ye arabasını 90 milyona satarak üzerine 10 milyon ekleyip 100 milyona satılan (C) marka bir araba satın almayı amaçlamaktadır. Ancak, B, 90 milyon olan borcunu onbeş gün gecikme ile ödeyince (C) marka araba 110 milyona çıkmıştır. Başka bir ifâde ile para %10 değer kaybetmiştir. Zamanında alacağını alsaydı, (C) marka araba için cebinden 10 milyon ekleyecek olan A, şimdi 20 milyon eklemek zorundadır. Başka bir ifâde ile, alacağı olan 90 milyon, 81 milyona inmiştir. Oysa A, arabasını 81 milyona değil 90 milyona satmaya razı olmuş, iradesini o yönde kullanmıştı. O halde satıcının rızasına hâlel gelmiştir, ortada bir miktar noksanlığı ya da eksik ifa vardır. Paranın değer kaybının akdi bozmayacağı konusunda görüş birliği olduğuna göre, satıcının rızasına hâlel gelmemesi için ayıp muhayyerliği hakkına sahip olmalıdır. Yani dilerse akdi bozabilmeli, dilerse, anlaştığı değerden parasını alabilmelidir. Yani 99 milyon almalıdır. Bu 9 milyon faiz olarak değerlendirilmemelidir. Aksi halde, satıcı 9 milyon zarara sokulmuş olur. Bu da Kur'an'ın **"...Mallarınızı kendi aranızda karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hâli hariç haksız yollarla yemeyin..."**<sup>64</sup> emrine aykırı düşer.

Satıcı malını bir ay sonra parası ödenmek üzere sattığında, bir ayın bitiminde gerçekleşen enflasyon dolayı, bir hak talep edemez. Çünkü bir enflasyon ortamında malını bir ay va'de ile satan kişi enflasyon ayıbına razı olmuş ve muhayyerlik hakkını düşürmüş olur.<sup>65</sup> Ancak durum her zaman böyle olmamakta bazen de şu misaldeki gibi farklı durumlar olabilmektedir: (A)hmet adındaki şahıs, tanıdığı olan (M)ehmet'ten bir ay va'de ile (R)owenta marka buharlı bir ütüyü 30 bin liraya alıyor, bir ay sonra borcunu ödemeye giden A, M'nin öldüğünü öğrenir. Borcunu M'nin mirasçılarıyla irtibat kurarak ödemez. Ancak üç yıl sonra M'nin mirasçılarıyla görüşerek borcunu ödemek ister, şimdi A, borcunu 30 bin lira olarak mı ödeyecek? Böyle yaptığı takdirde vârisler buna enflasyondan dolayı itiraz edebilirler mi?

Bize göre alıcı bu misâlde borcunu bilerek geçiktirdiği için aldığı malın karşılığını öderken tam ve eksiksiz ödemesi gerekir. Bunu yapmadığı takdirde vârisler, ayıp muhayyerliği hakkına sahip olurlar. Dilerlerse 30 bin lirayı geri vererek akdi bozabilirler ve satım konusu ütü olduğu gibi duruyorsa onu geri alabilirler,

<sup>64</sup> Nisâ 4/29; Bakara 2/188.

<sup>65</sup> Bkz. Tez.Dördüncü bölüm,I,3,a.

durmuyorsa bugünkü kıymetini alabilirler, dilerlerse parayı bulunduğu hâliyle kabul ederler. Karşılıklı helâllaşma ise her zaman mümkündür. Bu durumu **Şafililer** de kabul etmişlerdir. Çünkü onlara göre satım parasındaki(semendeki) bir ayıpla, satılan maldaki ayıp arasında herhangi bir fark yoktur.<sup>66</sup>

**Hanefiler** ise, satıcının parayı ayıplı(zuyuf=düşük değerde) bulması halinde, muhayyer olduğunu kabul etmektedirler; dilerse ayıplı parayı kabul edebileceğini, dilerse reddedebileceğini söylemektedirler. Tıpkı alıcının ayıplı satılanı reddettiği gibi. Ancak, Hanefiler, alıcının ayıplı satılanı reddetmesiyle akdın bozulacağını kabul ederken, satıcının ayıplı parayı reddetmesiyle akdın bozulmayacağı kanaatini taşımaktadırlar. Çünkü Onlara göre, akitte asıl olan satım parası değil satılan maldır.<sup>67</sup>

**Ebu Hanife**'ye göre, yukarıda verilen misâlde, alıcının ödemesi gereken miktar, anlaştıkları fiyat olan 30 bin liradır. Varislerin bunun dışında bir şeyler isteme hakları yoktur. **Ebu Yusuf** ve **Muhammed**'e göre alıcının 30 bin liranın kıymetini ödemesi gerekir. **Ebu Yusuf**'a göre, akit zamanındaki 30 bin liranın değeri ne ise onu verir, diyelimki, 30 bin lira o sırada 2 gr. altına eşit idiyse, 2 gr. altın ya da karşılığı olan parayı verir.<sup>68</sup>

Bize göre de **Ebu Yusuf**'un görüşü tercihe şayandır. Altının esas alınması şart değildir. Bu gün artık altının değeri de inip çıktığına göre, paranın değer kaybının miktarını (enflasyonu) tesbit için, tarafları zarar sokmayacak daha istikrarlı ve sağlam ölçülere ihtiyaç vardır. Eğer satın alınan mal(ütü), aynen piyasada varsa onun bugünkü fiyatını esas almak en doğru yoldur.

Bir çok Maveraü'n-Nehr uleması, kendi zamanlarında tedavül eden -karışımı fazla olması dolayısıyla fülus diyebileceğimiz- **Katarife** ve '**Adalî** paralarını, halkın örfüne ve kullanım şekline uyarak tamamen kıymet esasını kabul etmiş; veresiye, borç ve karz ödemeleri, zekâtın farz oluşu ve mehrin takdiri gibi konularda hep kıymete itibâr etmişlerdir.<sup>69</sup>

66 Nevevî, **Mecmu'**, XII,307-308; İbn Hacer el-Heytemî, **Tuhfe**,II,70; Dîmyatî, **İ'âne**,III,31; el-Kürdî, **Fıkhul-Mu'âvedât**, I,239.

67 Babertî, **İnâye**, V,533.

68 İbnÂbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, IV,533 vd.;«**Tenbihu'r-Rukûd**»,64; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II,176; Bilmen, **Kâmus**, VI,96.

69 Merğînânî, **Hidâye**, III,85; Kâsânî, **Bedâi'**, V, 197; İbn Nüceym, **el-Bahr**,VI,217-218; Miras,Tecrid, V,104; Eskiçioğlu, «**Enflasyon ve Para**»,221-222.

Osmanlı döneminde de enflasyonun, borçların ödenmesinde dikkate alınmasıyla ilgili olarak, 13 Rebiu'l-Evvel 1298(13 Mart 1881) tarihinde, çıkan padişah emri(İrâde-ı Seniyye), sadeleştirilmiş olarak şöyledir: "Yetim sandıklarından kâğıt para olarak borç verilen miktârın ve kâğıt para ile satılıp, alıcının zimmetinde kalan fiyatın, borçlanma ve satım akdi sırasında kâğıt para ile altın ve gümüş tedâvülde olanı hangisi ise onun üzerinden hesap edilerek alınması kararlaştırılmıştır."<sup>70</sup>

O halde İslâm hukuku açısından zamanımızda da kağıt para üzerinden yapılan karz ve akdî borçlanmalarda ödeme, kâğıt paranın akit yapıldığı sıradaki değeri üzerinden yapılabilir. Çünkü ancak bu şekilde alınan değerle verilen değer arasında bir eşitlik sağlamak mümkün olur. Veresiye alı-verişlerde de, borcunu zamanında ödeyemeyenlerin, ödeme gününden itibaren meydana gelecek değer kaybını ilâve etmeleri zorunlu tutulabilir.

Bu gün ülkemizde bazı kişilerin alış-verişlerinde dövizî esas almaları enflasyonun ayıp telakki edildiğinin bir sonucudur.

Enflasyonun ayıp telakki edildiğini söyleyen **Şafililer**, başta olmak üzere, **Hanefilerden İbnu'l-Hümâm**(861/1457), **Babertî** (786/1384), **Harezmi**(769/1367), ve **Şelebi**(947/1540) gibi bazı hukukçular satıcıya da muhayyerlik hakkı tanımakla, bu esasî benimsemişlerdir.<sup>71</sup> Günümüzde de bunu kabul eden bir çok hukukçu vardır.<sup>72</sup>

### 3. Ayıbın Alıcı Tarafından Bilinmemesi(Gizli Olması),

İslâm hukukçuları, alıcının ayıp muhayyerliği hakkını elde etmesi için gerek akit sırasında, gerekse kabz sırasında satılанда bulunan ayıbın farkında olmaması gerektiğini söylemektedirler.<sup>73</sup>

70 **Zeyl-ı Düstur**, İstanbul 1298,I,2. Orjinal ifâde şöyledir: "Eytâm sandıklarından kâime olarak idâre edilen meblağın ve kaime ile bey' olunup müşteri zimmetinde kalan semen-ı mebi'in hin-ı idâne ve akd-ı bey'de kaime ile altın ve gümüş sikkeler rayıcı her ne ise, o hesap üzere istifası mukarrerdir."

71 Bkz. Ebu Zehrâ, **el-Milkiyye**, 403; Zerkâ, **Medhal**,I,423; Zühaylî, **el-Fıkhul-İslâmî**, IV,261; el- Kûrdî, **Fıkhul-Mu'âvedât**, I,239.

72 Bkz. Bayındır, **«Paranın Değer Kaybı»**,39-40; Eskicioğlu, **«Enflasyon ve Para»**,221-222; Armağan, **«Enflasyonun Tesirleri»**,280-281.

73 Kâsânî, **Bedâi'**, V, 275-278; İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV,338; İbn Teymiyye, **Fetavâ**, XXIX,392; İbn Nüceym, **el-Bahr**,VI,39-40; Şirbînî, **Muğni**,II,50-52; Heyet, **Hindiyye**,III,67;; Desûkî, **Hasîye**,III,132; İbnÂbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, V,5; Ali Haydar, **Dürer**,I,559; Senhurî, **Mesâdir**,IV,251; Zeydan, **Medhal**,324; Ali el-Haff, **Ahkâmul-Mu'amelâti's-Şer'iyye**,358, el-Kûrdî, **Buhûs**, 365; Zühaylî, **el-Fıkhul-İslâmî**, IV,559.

Alıcının, -ayıptan haberdar olduğu halde- malı alması, onun muhayyerlik hakkının düşmesi anlamına geleceği konusunda ihtilâf yoktur.<sup>74</sup> Çünkü, böyle bir davranış, onun delâleten ayıba razı olduğu anlamına gelir. Akit sırasında, ayıbı farketmediği halde, teslim alma esnasında farkederek ve buna rağmen ayıplı malı alırsa, durum yine aynı olur. Akit kabz'la tamamlandığına göre, kabz esnâsındaki "farketme", akit sırasındaki "farketme" gibidir.<sup>75</sup>

Mecelle bu hususu 341. maddesinde açıkça belirtmiştir: "Bayi', hin-ı bey'te mebi'in bir ayıbını beyan ederek Alıcı ol ayıp ile, kabul ettikde, ol ayıp sebebiyle muhayyer olmaz."

Mecelle'yi şerheden Ali Haydar'ın tesbitleri ise şöyle özetlenebilir;

a) Satıcı satış sırasında satılanın bir ayıbını bildirdiği halde, alıcı onu kabul ederse,

b) Alıcı, o ayıbı, satın alma sırasında görüp, ayıp olduğunu bilerek satın alırsa,

c) Satı alma ve kabz sırasında ayıbı farketmediği halde, daha sonra farkedip razı olursa,

d) Üçüncü bir şahıs satılanın ayıplı olduğunu alıcıya ihbar ettiği halde, alıcı satın alırsa, o ayıptan dolayı muhayyer olamaz. Çünkü Muhayyerlik hakkı düşmüştür. Düşen (bir hak) bir daha geri gelmez.<sup>76</sup>

Ayrıca Hanefî hukukçulara göre, bir kimse satın aldığı bir hayvanda, yara olduğunu gördüğünde, satıcı; "bu yara daha yeni, hayvan biryere çarpmıştır, geçer. Şayet bir şey olursa cevabı bize aittir." demesiyle alıcı da satın alır, sonra yaranın eski ve öldürücü olduğu anlaşılırsa, artık o mal, satıcıya reddedilemez.<sup>77</sup> Hatta satıcı, "Korkma! Hayvan bu yaradan ölürse, ben tazmin ederim." dese bile, hayvan kabz'dan sonra telef olursa, satıcı sorumlu tutulmaz.<sup>78</sup> Çünkü hayvandaki ayıp gizli değildir. Alıcı onu bildiği halde akitten vaz geçmemiştir.

74 Nevevî, **Mecmu'**, XII,121; krş. Kadri Paşa, MH.m.530; Zühaylî, '**Ukûd**, 338; Ür.MK.m.514.

75 Senhurî, **Mesâdir**, IV,251; Zeydan,**Medhal**, 324.

76 (السايط لا يعود), bkz. Ali Haydar, **Dürer**, I,559; Zerka, **Medhal**, II,1018-1021.

77 Heyet, **Hindiyîye**, III,71.

78 Ali Haydar, **Dürer**, I,560.

Hanefî hukukçuların bu ifâdesi bizce izahı güç bir husustur. Çünkü, şayet satıcı yaranın eski ve öldürücü olduğunu bilerek bu sözleri kullanıyorsa, zaten bu, bir hiledir(tedlis). Bilmeyerek söylüyorsa -evet ortada bir ayıp var ve Alıcı onu görerek alıyor. Ancak- bu durum, alıcının ayıba razı olduğunu göstermez. Satıcının "Herhangi bir şey olursa, ben tekeffül ederim." gibi bir ifâde kullanması da alıcının söz konusu ayıp, geçmeyen bir ayıp olduğu takdirde rıza göstermeyeceğinin bir göstergesidir. Ayrıca Satıcının, "Korkma! Hayvan bu yaradan ölürse, ben tazmin ederim." demesi, satış sırasında üzerinde anlaşmaya varılmış, her iki tarafça kabul edilmiş bir şarttır ya da vaadtır, "**Müslümânlar, (vaatlarını ve) şartlarını yerine getirirler.**"<sup>79</sup> anlamındaki hadisin hükmü esastır. Bu konunun alıcıyı koruma prensibi ile de ters düştüğü açıktır. Ayrıca Hanefî hukukçular, "alıcı hayvandaki yarayı gördüğü halde, bunun ayıp olduğunu bilmeyerek satın aldıktan sonra, ayıp olduğunu anlarsa, malı geri verebilir. Çünkü, yaranın te'sir derecesini ve ayıp sayılacağını her kes bilemez."<sup>80</sup> demektedirler. Satıcı hiç bir şey demeden durum böyle olduğuna göre, "cevabını ben veririm, ben tazmin ederim." gibi ifâdeler, kullandıktan sonra, alıcının malı geri verme hakkının doğması daha kuvvetli bir ihtimal olmalıdır.

Bütün bunlardan dolayı bahsı geçen hukukçuların yukarıdaki ifadelerini bir derece çelişkili bulduğumuzu ifâde etmeliyiz.

Türk borçlar hukukunda da Satıcı görünür ayıplardan sorumlu değildir. Bazı vasıfların noksan olmasına rağmen ayıplı malı, alıcı red etmemişse, o malı ayıp ile birlikte kabul etmiş veya o ayıpları akdi hükümsüz kılacak bir noksanlık olarak telakki etmemiş demektir. Bu durum, alıcının satıcıya yüklenmiş olan ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan yararlanmayacağı şeklinde yorumlanır.<sup>81</sup>

Alıcı satıldandaki ayıpları bilmesine rağmen, satıcının kendisine teminat vermesi üzerine, ayıplı malı kabul etmiş ise, korunmaya değer bir durum kazanır. Federal mahkeme, kendisinin verdiği teminata güvenen alıcıya, karşı, satıcının himâye görmeyeceğini bir kararında belirtmiştir.<sup>82</sup>

Türk-İsviçre hukuklarında Fransız hukukunun aksine,

79 Buhârî, *İcâre*,14; Ebu Dâvud, *Akdiye*,12.(المسلمون عند (على) شروطهم )

Tirmizi'de, "*Helâli haram, kılan şart hariç*" ilâvesi de vardır. *Ahkâm*,17.

80 Ali Haydar,Dürer, I, 560.

81 Edis, *Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 62.

82 Edis,a.g.e. ve y.

“görünür ayıplar, bilinmiş sayılır” diye ifâde edilebilecek bir karine yoktur. Bu itibarla alıcı kendisinden beklenen dikkatı göstermediği takdirde, ancak bu karine itibar görebilir. **Alıcı ayıpların varlığını değil, fakat aynı zamanda kendisine zarar verecek mahiyette olduklarını da bilmelidir.** Yani alıcı, bazı işaretlere vâkıf olsa bile, bunların belli ayıpların varlığına işaret ettiklerini bilmiyor veya hâlin icâbına göre bunları bilmesi kendisinden beklenmiyorsa, yine himâye edilmek gerekir.<sup>83</sup>

TBK.nun bu konuyu düzenleyen 197. maddesi şöyledir: “Satıcı alıcının satın zamanında malumu olan ayıptan mesul olmadığı gibi, satılanı kâfi derecede muayene etmekle farketmiş olacağı ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise, mesul olur.”<sup>84</sup>

Görülüyorki, ayıbın gizli olması, ya da alıcı tarafından bilinmemesi şartında, İslâm hukuku ile Türk borçlar hukuku aynı esaslarda birleşmiştir. Ancak alıcı, satılandaki ayıpları bilmesine rağmen, satıcının kendisine teminat vermesi durumunda, Alıcının korunması gerektiği konusunda, Hanefî ictihadiyle bu günkü Türk borçlar hukuku ters düşmektedir. Alıcının ayıpların varlığını değil, fakat aynı zamanda kendisine zarar verecek mahiyette olduklarını da bilmesi gerektiği konusunda ise, uyum halindedirler.<sup>85</sup>

TBK.m.197’de belirtildiği gibi satıcı alıcının kâfi derecede muayene etmekle farkedebileceği ayıplardan sorumlu değildir. Ancak bu ayıpların bulunmadığını temin etmişse sorumludur. Bu noktada da İslâm hukuku ile Türk borçlar hukuku bir birine uymamaktadır. Uyumsuzluk, İslâm hukukunun, TBK.nunun aksine olarak, Alıcıyı muayene ile sorumlu tutmama noktasındadır. İslâm borçlar hukukuna göre, önemli olan, satıcının satılanı alıcıya sağlam olarak teslimi ve akdin bunu gerektiriyor olmasıdır. Bu nedenle, alıcı kâfi derecede muayene ederek anlayabileceği bir ayıptan dolayı muhayyerlik hakkına sahip olup satıcıya ayıbı, tazmin ettirebilmektedir. Bu açıdan İslâm hukuku, meriyyetteki, Türk hukukundan daha çok satılanın ayıpsızlığını teminle alıcının hakkını tazminde daha hassas davranmıştır, denilebilir.<sup>86</sup>

---

83 Edis,a.g.e.,62-63; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**,I/1,168. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 81-85; YTD.2.10.1950, E.3998/K.787,**Türk İc.Külliyatı**,I,no:423(Tandoğan,a.g.e.,I/1,167.)

84 Krş. Bilge, **Borçlar Hukuku**, 76.

85 Bkz. İbnÂbidin, **Reddu'l-Muhtar**, V,5; Alı Haydar, **Dürer**, I,560.

86 Krş. Vefâ, **Bey'u'l-Ma'ib**, 158-159.

#### 4. Ayıbın Eski Olması,

Ayıbın eski olmasından kasıt, akit sırasında, ya da akitten sonra teslimden önce, var olması demektir. Teslimden sonra meydana gelen bir ayıptan dolayı muhayyerlik hakkı doğmaz. Çünkü, Muhayyerlik, akitte delâleten şart koşulmuş kabul edilen sağlamlık vasfının bulunmayışından doğmaktadır. Teslimden sonra ayıp meydana geldiğine göre, satılan mal sağlam olarak Alıcıya teslim edilmiş demektir.<sup>87</sup>

Ayıp teslimden sonra meydana gelmiş, ve teslimden önceki bir sebeple bağlantısı varsa, bu takdirden, **Şafililer'e** göre bakılır; eğer ayıp kabzdan sonra oluşmuş, ve kabzdan önceki herhangi bir ayıpla bağlantısı yoksa, malın reddi söz konusu olamaz. Çünkü, alıcının yanında iken ayıp hasıl olmuştur. Kabzdan önceki bir ayıba dayanıyorsa, bu durumda, iki görüş vardır: Birine göre red gerekir. diğetine göre ise, gerekmez. Zira söz konusu ayıp, alıcının elinde iken olmuştur.<sup>88</sup>

**Ebu Hanife** ve **Şafii**'lerin tercih edilen görüşlerine göre, teslimden sonra alıcının yanında iken malda meydana gelen ayıp, eski bir ayıptan kaynaklanıyorsa, eski ayıp telakki edilir ve alıcı muhayyerlik hakkını kullanabilir, satıcı bu ayıptan sorumlu tutulur.<sup>89</sup>

Ürdün, Suriye ve Mısır Medeni Kanunları da, İslâm hukukunun hükmü doğrultusunda maddeler düzenlemiştir.<sup>90</sup>

Mecellenin bu konudaki maddeleri ise, şöyle düzenlenmiştir: "Ayb-ı kadim, bayi' elinde iken mebi'de mevcut olan kusurdur." (MC.m.339), "Ba'de'l-Bey', kable'l-Kabz bayi' elinde iken mebi'de hâdis olan ayb, mucub-i red olan ayb-ı kadim hükmündedir"

87 Hanbelîler, ayıp akitten önce oluşmuşsa(bu şartta) diğer Fukahânın çoğunluğuna uymuşlardır. Ancak, akitten sonra, teslimden önce oluşmuşsa alıcı, meklât, mevzunât ve adediyyâ gibi malların satıcının sorumluluğunda olması hâli hâriç muhayyerlik hakkına sahip olamaz, demektedirler. Bkz. İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV,242; Nevevî, **Ravda**,III,464; Şirbînî, **Muğni**,II,53; Desûkî, **Haşiye**, III,120; İbnÂbidîn, **Reddu'l-Muhtar**,V,16; MC.m.339,340; Kadri Paşa, **MH.m.513**; Ali Haydar, **Dürer**,I,557; Zuhaylî, **Ukûd**,331.

88 Şirâzî, **Muhezzeb**,I,284; Nevevî, **Mecmu'**,XII,123-124; Şirbînî, **Muğni**, II, 52.

89 Kâsânî, **Bedâi'**, V, 275; İbn Teymiyye, **Fetavâ**, XXIX,391,393,394; Şirbînî, **Muğni**,II,52; Heyet, **Hindîyye**,III,67;; Desûkî, **Haşiye**,III,132; Ali el-Hafif, **Ahkâmu'l-Mu'amelâtî's-Şer'iyye**,358, Ali Haydar, **Dürer**,I,557; Yusuf, Musa, **el-Emvâl**, 489; Zuhaylî, **el-Fıkhul-İslâmî**, IV,559

90 Ür.MK.m.513; Su.MK.m.217; Ms.MK.m.216.

(MC.m.340)<sup>91</sup>

Türk-İsviçre Borçlar Kanununda satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun gerçekleşmesi ve buna dayalı olarak da alıcının muhayyerlik hakkının doğması için satılndaki ayıpların hangi anda bulunması gerektiği hususunda herhangi bir özel hüküm konulmamıştır. Bu itibarla bu anın tesbiti doktrin ve mahkemelerce ele alınmıştır. Edise göre, bu konuda üç ihtimâl düşünülebilir:

- 1) Ayıp, satılan malda alıcıya teslim anında bulunmalıdır,
- 2) Ayıp, satılan malda hasarın intikâli anında bulunmalıdır,
- 3) Ayıp, satılan malda akdin inikâd ettiği anda bulunmalıdır.<sup>92</sup>

Tandoğan, Bilge ve Yavuz'a göre ayıp, hasarın intikâlinden önce mevcut olmalıdır, hasarın intikâlinden sonra ortaya çıkan ayıplar, önceden bulunan sebeplerden ileri gelmedikçe, satıcıyı sorumlu kılmaz. Meselâ, hayvan daha önceden hasta ise ve bu hastalık sonucu sakat kalırsa, satıcı bundan sorumlu olur, buna karşılık meyvalar hasarın alıcıya intikâlinden sonra normal olarak çürürse, ayıba karşı tekeffül, söz konusu olmaz.<sup>93</sup>

Fransız hukukunda, satım ânında, şeyin ayıplı olması, sorumluluk için yeter bir şart sayılmaktadır. Al.MK.nunda, pr.459, 313,873 ve 929 birlikte mütala'a edildiği takdirde ayıpların hasarın ve mülkiyetin taşınır malda teslim, taşınmaz mallarda ise, tescil anında intikâl ettiği görüşünün benimsendiği anlaşılmaktadır.<sup>94</sup>

Gerek Türk hukuk doktrininde,<sup>95</sup> gerekse mahkeme ichtihatlarında<sup>96</sup> ayıba karşı tekeffül borcunun doğumu için ayıpların, hasarın intikâli anında mevcut olması lazım geldiği kabul edilmiştir. Ne varki, hasarın ve ayıpların intikâli ânı bakımından satım konusuna ve satımın şekline göre değişik neticelere varılmaktadır. Meselâ, talikî şarta bağlı satımlarda, BK.m.183/III gereğince yarar ve hasarın şartın tahakkuku anında alıcıya geçeceği esas kabul edilmiştir. Satılan şey kural olarak şartın gerçekleşmesine kadar alıcıya teslim edilemeyeceğine göre o şeyde

91 Krş. Kadri Paşa, MH.m.528,529.

92 Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,63.

93 Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, 168; Bilge, **Borçlar Hukuku**,77; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**,92.

94 Cottin'den naklen, Edis,a.g.e.,63. Krş. Koç,**İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**,277-285.

95 Yerli ve yabancı kaynaklar için bkz. Edis, a.g.e.,64,dn.68,69.

96 Edis, a.g.e.,64,dn.69.

meydana gelen menfaatların ve hasarın satıcıya ait olması, mantikîdir ve hakkaniyete uygundur. Ancak satılan şey, şartın gerçekleşmesinden önce, alıcıya teslim edilmişse, ilk ihtimâlde, olduğu kadar kesin cevap vermek kolay değildir.<sup>97</sup>

İnfisâhi şarta bağlı satımlarda, akit inikâd anında lüzum ifade eder(bağlayıcıdır).<sup>98</sup>

Mülkiyeti muhafaza kaydının bir şart mahiyetinde olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Ancak bu şartın ta'liki mi, yoksa infisâhi mi olduğu konusunda görüşler ayrılmaktadır. "mülkiyeti muhafaza kaydı", tereddüt halinde infisâhi bir şart olarak kabul edilirse (çeşidiyle belli mallarda), hasar ve ayıp, akdin inikadından itibaren intikâl eder. Mülkiyeti muhafaza kaydı, tereddüt halinde, ta'liki şart olarak telakki edildiği takdirde, hasarın ve ayıbın intikâli, malın tesliminde gerçekleşir.<sup>99</sup>

Bu tesbitlerden sonra şunu söylemek mümkündür: İslâm borçlar hukuku ile, Türk borçlar hukuku, ayıbın eskiliği şartında birleşmektedirler. İslâm hukukçuları, ayıp ister akitle birlikte olsun ister kabz'dan önce olsun alıcıya muhayyerlik hakkını tanımışlardır. Ayıp, kabz(teslim alma)dan sonra olmuş ve önceden bulunan ayıplardan ileri gelmemişse böyle bir muhayyerlikten söz edilemez.<sup>100</sup>

##### 5. Ayıbın Teslimden Sonra Devam Etmesi ve Kolayca Giderilememesi,

Alıcının muhayyerlik hakkını kullanabilmesi için, ayıbın teslimden önce mevcut olması kâfi değildir. Bu ayıbın, teslimden sonra da devam etmesi gerekir.<sup>101</sup> Hukukçuların çoğuna göre ayıbın alıcı elinde iken en az bir kere ortaya çıkması gerekir.<sup>102</sup> Teslimden önce var olan bir ayıp, yine teslimden önce yok olmuşsa, bu durum alıcıya muhayyerlik hakkını vermez. Çünkü ona, istediği

<sup>97</sup> Edis,a.g.e.,67.

<sup>98</sup> Edis, a.g.e.,68.

<sup>99</sup> Edis, a.g.e.,69.

<sup>100</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV,242; Nevevî, *Ravda*,III,464; Şirbinî, *Muğni*, II,53; İbnÂbidîn, *Reddu'l-Muhtar*,V,16,19; Dimyatî, *İ'âne*,III,31; MC.m.339-340; Kadri Paşa, MH.m.528,529; Ali Haydar, *Dürer*,I,557; Zeydân,*Medhal*,324; Zuhaylî, *Ukûd*,331; Sa'dî Ebu Ceyb,*Mevsû'atu'l-İcma'*, I,189.

<sup>101</sup> Senhurî, *Mesâdir*, IV, 249; Zeydân, *Medhal*, 324.

<sup>102</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, V,275; el-Kürdî, *Buhûs*, 264. Krş. İbn Nüceym, *el-Bahr*,VI,39; Heyet, *Hindiyye*,III,66-67; Ali Haydar, *Dürer*, I,546,547; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslimî*, IV, 559-560.

şey sağlam olarak teslim edilmiştir.<sup>103</sup>

**Malikiler'e** göre, ayıbın devam etmemesi, ayıp muhayyerliği hakkını düşürür. Ancak bu takdirde ayıbın tekrar ortaya çıkmamasından emin olunmalıdır. Aksi takdirde muhayyerlik hakkı saklıdır.<sup>104</sup>

Ayıp alıcının elinde devam eden ve kolayca giderilebilen bir ayıpsa, alıcının muhayyerlik hakkı doğmaz. **Hanefî ve Malikî** hukukçuları bu kanaattedirler.<sup>105</sup>

**Şafiî** hukukçulara göre alıcının ayıbı giderebilmesi, ya da giderememesi, önemli değildir. Mühim olan; malın eski bir ayıbı taşıyor olmasıdır. Bu durumda alıcı muhayyerlik hakkını kullanabilir.<sup>106</sup>

**Zahirîler** de Şafiîler'in bu görüşüne katılmaktadırlar. İbn Hazm'a göre, akit sırasında var olan bir ayıp, sonradan düzelse, ya da ayıplı mal değer kazandığı için akit sırasındaki değerini kaybetmese bile alıcının malı reddetme hakkı saklıdır. Çünkü, akit sırasında aldatıldığı ortaya çıkmıştır. Alıcının bu hakkını elinden alacak hiç bir delil de yoktur.<sup>107</sup> Şafiîler'in diğer bir yaygın görüşlerinde ise, ayıp muhayyerliği düşer ve red ortadan kalkar.<sup>108</sup>

**Malikiler'in** görüşüne katıldığımızı burada ifade etmeliyiz. Çünkü, ayıbın geri gelmeyeceğinden kesin olarak emin olunduğu takdirde alıcı mağduriyetten kurtulur. Aksi takdirde mağduriyet söz konusu olacağından muhayyerlik hakkı saklı tutulmalıdır.

TBK.nun 194. maddesinde, satılanın kıymetini ya da maksut olan menfaatını izâle, veya önemli bir şekilde tenkis eden ayıplardan bahsedilmektedir. Bu ayıbın önemli olması gerektiği anlamına gelmektedir. Şayet ayıp kolayca giderilebilen, çok az bir masrafla düzeltilebilen bir ayıpsa, bu ayıp önemli nitelikte olmayan bir ayıp olarak kabul edilebilir. Suriye,<sup>109</sup> Ürdün<sup>110</sup> Medeni

103 Senhurî, **Mesâdir**, IV, 249.

104 Hattâb, **Mevâhibu'l-Celîl**, IV, 440; Desûkî, **Haşiye**, III, 119-120; Vefa, **Bey'u'l-Ma'ib**, 138-184.

105 İbn Nüceym, **el-Bahr**, VI, 39-40; Desûkî, **Haşiye**, III, 114, 149; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, V, 5; Ali Haydar, **Dürer**, I, 547; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 560; Zuhaylî, M. **'Ukûd**, 339.

106 Şirbînî, **Muğni**, II, 50.

107 **el-Muhallâ**, IX, 71, ms. 1577.

108 Vefa, **Bey'u'l-Ma'ib**, 137.

109 Su.MK.m.415 ve 416. maddelerinin mefhumu muhalifi;

Kanunlarında olduğu gibi, Türk borçlar hukukunda da, bir ayıbın önemsiz diye nitelendirilmesi, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını engelleyecektir. Meselâ, önlenmesi mümkün olmayan küçük ölçüde kalite eksiklikleri ya da bir makinanın bazı vidalarının eksik olmasında olduğu gibi kolaylıkla giderilebilen ayıplar hakkında durum böyledir.<sup>111</sup> Nihayet TMK.m.2/I'de ifâde edildiği gibi, "Herkes hakkını kullanmakta ve borçlarını ifâda hüsnü niyet kaidelerine riayetle mükelleftir."

Alıcının muhayyerlik hakkını kullanması ve satıcının ayıba karşı sorumluluğunun oluşması için "Ayıbın teslimden sonra devam etmesi ve kolayca giderilecek kadar önemli olmaması" şartında, genel çizgileriyle her iki hukuk birleşmektedir. Suruye,Ürdün Medeni Kanunlarının da aynı görüşü paylaştıklarını görmekteyiz.

#### 6. Satıcının Sorumluluğu Sözleşme ile kaldırılmamış olması,

Satıcının sorumluluğunun sözleşme ile kaldırılıp kaldırılamayacağı hususu tartışmalıdır.<sup>112</sup> Ancak satıcı akit sırasında herhangi bir ayıptan dolayı sorumluluk kabul etmediğini şart koştuğu ve alıcı da bunu kabul ettiği takdirde, alıcının satıcıya kendisini ibra ettiği bir ayıptan dolayı malını iade edemeyeceği konusunda İslâm hukukçuları arasında ihtilaf yoktur.<sup>113</sup> Satıcının bu husustaki, ifâdeleri, açık olsun veya olmasın farketmez, meselâ, "ben satılandaki hiç bir ayıptan sorumlu değilim" veya "şu şu ayıplardan sorumlu değilim.", ya da "helâl hazır malım budur, yahut,malım bir avuç topraktır, enkâz yığınınından ibarettir." gibi ifâdeler, sorumluluktan beraat için kullanılagelmiş ifâdelerdir.<sup>114</sup>

Ancak satıcı kendisini akit sırasında var olan bütün ayıplardan beri olduğunu, ya da eski ve yeni bütün ayıplardan sorumsuzluğunu şart koşabilir mi, Koşamaz mı? Satıcının sorumluluğunu üstlenmek istemediği bu ayıpların farkında olması ya da olmaması bir şey değiştirir mi, değiştirmez mi? Bütün bu sorulara İslâm hukukçuları farklı cevaplar vermişlerdir. Bunları, daha çok yaşayan İslâm hukuk ekolleri açısından ele alacağız.

110 Ür.MK.m.512/1; Zuhaylî,M.'*Ukûd*,338,339.

111 Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I/1167; Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*,75.

112 Ali el-Hafif, *Ahkâmü'l-Muamela'ti's-Şer'iyye*,358.

113 el-Kürdî, *Buhûs*, 266; Sa'dî Ebu Ceyb, *Mevsu'atu'l-İcma'*,I,191. İbn Hazm'a göre, sahabiler bu konuda ihtilaf etmişler. *el-Muhallâ*,IX,ms.1556.

114 Değişik ifâdeler için bkz.İbnÂbidîn, *Reddu'l-Muhtar*, V,42; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*,IV,572,dn.3.

**Hanefiler'e göre,**<sup>115</sup> Satıcı akit sırasında belli bir ayıptan ya da ayıplardan sorumluluk kabul etmediğini söyleyebilir. Bu ayıplar, ister akit sırasında bulunan ayıplar olsun, ister istisnâsız bütün ayıplar olsun, ya da akitten sonra, kabz'dan önce oluşan yeni bir ayıp olsun farketmez. Satıcı mesuliyet kabul etmediğini söylediğinde, Alıcı da bunu kabul ederse, artık bu ayıplardan dolayı alıcı muhayyerlik hakkını kaybeder, ayıplı çıktığı için satıcıya malı reddedemez. Eğer satıcı belli bir ayıptan ibra edilmişse, başka bir ayıbın ortaya çıkması alıcıya muhayyerlik hakkını verir.

**İmam Muhammed**(189/805), **Züfer**(158/775) ve **Hasan b. Ziyâd**(204/819)'a göre ise, kabz'dan önce meydana gelecek yeni bir ayıptan satıcı mesul olmaktadır. Bundan kendisini ibra edemez, çünkü, sorumsuzluk(beraat), ancak sözleşmenin yapıldığı anda var olan ayıplar için geçerli olabilir. Mechul bir şeyden ibra olamaz. **Ebu Hanife ve Ebu Yusuf** ise, "buradaki ibra, sadece satıcıdan bir hak talebinde bulunmama anlamındadır. Alıcı da buna rıza göstermiştir; nizaâ sebep olacak herhangi bir şey bulunmamaktadır." demektedirler.<sup>116</sup>

Bu durum, satıcı genel bir ifâde kullanırsa böyledir. Şayet satıcı ifâdeyi eski ve yeni ayıba tahsis ederse, meselâ, "Ben bu malı sana eskiden var olan ve kabz'dan önce meydana gelecek bütün ayıplardan sorumlu olmamak şartıyla satıyorum." derse, Hanefiler'e göre, bu şart akdi ifsâd eder,<sup>117</sup> bozar. Çünkü, İbra geleceğe izafe kabul etmez; bu halde satıcının lehine bir şart koşulmuş oluyor ki, bu da akdi bozar. Ama mutlak olarak hiç bir ayıptan sorumluluk kabul etmemeyi şart koşarsa satıcı ayıba karşı sorumlu tutulamaz. Bu durumda yeni ayıp da genel ifâdenin kapsamına dolaylı olarak girmiş olur.<sup>118</sup>

**Hanefiler'e göre,** satıcının sorumluluğunu kabul etmek istemediği ayıbın ister farkında olsun ister olmasın netice aynıdır.

<sup>115</sup> Ebu Hanife ve Ebu Yusuf kastedilmektedir.

<sup>116</sup> MC.m.342; Ali Haydar, **Dürer**, I, 561-562. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serahsî, **Mebsût**, XIII, 91-94; Kadihân, **Fetâvâ**, II, 215; Damâd, **Mecma'u'l-Enhur**, II, 52. Hanefilerin delilleri ve Şafiî'lerin bu deliller konusundaki tartışmaları için bkz. Nevevî, **Mecmu'**, XII, 362-375.

<sup>117</sup> Ebu Yusuf'tan akitten sonra oluşacak bir ayıptan sorumluluk kabul etmeme şartı, eski bir ayıptan sorumluluk kabul etmeme şartı gibi sahih olduğuna dair bir rivâyet de vardır. Bkz. İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, VI, 38; İbn Hacer, **Tuhfe**, II, 152; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 42.

<sup>118</sup> Damad, **Mecma'u'l-Enhur**, II, 52; Ladri Paşa, **MH.m.** 531.

Çünkü onlara göre, İbra bir hak düşürme işidir(İskât).<sup>119</sup>

**İbn Ebi Leylâ**(148/765)'ya göre, ayıp belli de olsa, alıcı ayıbı görmedikçe, satıcı o ayıptan kendini sorumsuz kılamaz.<sup>120</sup>

**Malikîler'e göre**, mutlak olarak ayıptan sorumlu olmama şartı caiz değildir. Alıcı belli bir ayıptan ya da bütün ayıplardan satıcıyı ibra edemez. Ancak Malikîlerden bazıları, satıcının bilmediği ayıplardan sorumsuzluk şartını koşabileceğini söylemişlerse de ilk görüş daha çok benimsenmiştir.<sup>121</sup>

**Şafiîler ise**, şu şartlarla satıcının sorumsuzluğunu caiz görmüşlerdir:

1) Satım konusunun hayvan olması, elbise, hububât, akar gibi şeylerde beraat şartı geçersizdir.

2) Ayıbın gizli olması, açık ayıptan sorumsuzluk şartı hile sayılır. Nitekim, Şafiîler, Tasriyeyi fiili hile, beraat(sorumsuzluk) şartını, sözlü hile olarak kabul etmişlerdir.<sup>122</sup>

3) Satıcının ayıbın varlığından haberdâr olmaması, satıcının farkında olduğu ayıplardan sorumlu olmama şartı sahih değildir. O ayıbın özellikle alıcıya bildirilmesi gerekir. Şafiîler'in en belirgin(ezher) görüşü budur.

Şafiîler'in bunun dışında iki görüşü daha vardır bu görüşlerin birisine, göre, Hanefîler gibi bütün ayıplardan sorumsuz olma şartını kabul etmektedirler. Çünkü bu, sözleşme ile kabul edilen bir şarttır, uyulması lazımdır. Diğerine göre ise, hiç bir ayıptan sorumsuzluk şartı kabul edilemez. Çünkü bu, belli olmayan bir hususu iskât etmedir. Bu da kıyasa aykırıdır.<sup>123</sup>

Alıcı satım akdinde belli bir ayıptan, ya da bütün ayıplardan satıcıyı ibra ederse, yukarıdaki şartlar oluştuktan sonra, artık o ayıptan dolayı malı geri i'ade edemez. Bütün bunlar akitten önce meydana gelen ayıplar için söz konusudur. Akitten sonra ve kaz'dan

<sup>119</sup> Kâsânî, **Bedâi'**, V,276; İbnu'l-Hümâm, a.g.e.,VI,38.

<sup>120</sup> İbn Ebi Leylâ ile Ebu Hanife arasında *Ebu Ca'fer ed-Davarukî* huzurunda bu konuda münazara olmuş, Ebu Hanife,İbn Ebi Leylâyı ilginç örnekler vererek ikna etmiştir. Tartışmalar için bkz. Debusî, **Te'sisü'n-Nazar**,51; Ebu Yusuf, **İhtilâfu Ebi Hanife vebni Ebi Leyâ**,15; Serahsî,**Mebsût**, XII,93; Zeylaî,**Tebyin**,IV,43; Haskefî, **ed-Dürü'l-Muntekâ**,II,52

<sup>121</sup> İbn Rüşd, **Bidâye**,II,153-154; İbn Cüzey, **Kavanin**,291-292.; Desûkî, **Haşiye**, 118-119; el-Kürdî, **Buhûs**,268.

<sup>122</sup> Ramlî, **Nihâye**, IV,70-71; Dimyatî, **İ'âne**, III,33.

<sup>123</sup> el-Kürdî, **Fıkhu'l-Mu'âvedât**,I,288; **Buhûs**,269.

önce, meydana gelen ayıplardan ibraya gelince, bu, caiz değildir. Şafiiler'in bu görüşü, İmam Muhammed'in görüşüyle paralellik arz etmektedir. Çünkü olmayan bir şeyi iskât mümkün değildir. Şafiilerde, bir başka görüş daha vardır. Bu görüş, Ebu Yusuf'un görüşüyle paraleldir. Buna göre akitten sonra, kabzdan önce meydana gelen ayıplardan sorumlu olmama şartı genel olarak kullanılan ifâdenin kapsamına dolaylı olarak girdiğinden kabul edilebilir.<sup>124</sup>

**Hanbelîler'e göre ise, iki rivâyet vardır;**

a) Herhangi bir ayıptan ibra için alıcının o ayıbı bilmesi gerekir. Bu takdirde alıcı hakkından delâleten vaz geçmiş sayılır(İskât). Akit ya da teslim alma sırasında alıcının farkında olmadığı bir ayıptan satıcıyı ibra edemez, hangi ayıp olursa olsun farketmez.

b) Satıcı sorumluluk kabul etmediği ayıbın varlığından haberdar olmamalıdır. Eğer haberdar ise, bu ayıptan kendisini ibra ettiremez.Hz. Osmandan bu meyanda bir rivâyet vardır; şöyleki, Abdullah b. Ömer, Zeyd b. Sabit'e ayıplarından sorumlu olmamak şartıyla 800 dirheme bir şey satmıştı, Zeyd, ayıplı olduğunu farkedince geri vermek istemiş, İbn Ömer, sorumsuzluğunu önceden belittiğini gerekçe göstererek, kabul etmemişti. Durum, Hz. Osman'a intikâl etmişti. Hz. Osman, İbn Ömer'e "bu ayıbın farkında olmadığına yemin eder misin?" diye sormuş, o da hayır deyince, Hz. Osman malın geri verilmesine hükmetmişti. Bu karara hiç bir sahâbi itiraz etmeyince adeta icma' edilmiş oldu.<sup>125</sup>

Yukarıdaki iki şart gerçekleşmeden, satıcı ayıptan sorumsuzluğunu şart koşarsa, bu şart fâsîit olur. Acaba şartın fâsîit olmasıyla satım da fâsîit olur mu? Hanbelî Mezhebinde bu soruya cevap olabilecek iki rivâyet vardır; en yaygın olanına göre, satım fâsîit olmaz, bilakis şart bozuk(lağv), akit ise, sahîh olur. Diğer görüşe göre, satım da fâsîit olur. Şart gerçekleşmeyince, satıcının rızasına hâlel geleceğinden satım akdi de fâsîit olur.<sup>126</sup>

Diğer bazı hukukçulara göre, satıcı ancak isminden söz ettiği ayıplardan sorumsuzluk şartı koşabilir. Bir kısmına göre de gösterdiği ya da elini üzerine koyarak belirttiği ayıplardan

124 Şirbînî, **Müğni**, II, 53; Dimyatî, **İ'âne**, III, 36. Krş. Müzenî, **Muhtasar**(el-Üm ile), II, 198; Nevevî, **Mecmu'**, XII, 355-375.

125 Zerkâ, **Medhal**, I, 414-415, dn. 1. Ayrıca bkz. **Muvatta'**, Buyû', 4; İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV, 258-259; Zûrkânî, **Şerh**, III, 255 vd.

126 İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV, 258-259; Kâzî, **MAŞ**, m. 429; el-Kürdî, **Buhûs**, 270.

sorumluluk kabul etmemeyi şart koşabilir. 'Ata(115/713) ve Hasanü'l-Basrî(110/728) gibi hukukçuların da aynı görüşte oldukları rivâyet edilmektedir.<sup>127</sup>

Türk borçlar hukukunda, satıcının, sorumsuzluğunu şart koşmasıyla ilgili olarak, BK.m.196'yı (İs.BK.m.199) burada hatırlamak gerekir; "Satıcı satılanın ayıbını hile ile gizlemiş ise, satımda tekeffül hükmünü iskât veya tahdit eden her şart bâtıldır."

Bu hükmün mefhumu muhalifinden(zıt anlamının yorumundan) alıcı ve satıcı arasında geçerli bir şekilde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan bir anlaşma yapabilecekleri sonucuna kolaylıkla varılabilecektir.<sup>128</sup> Ayrıca TBK.m.19'da, "Bir akdın mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde serbestçe ta'yın olunabilir. Kanunun kat'î surette ahlâk'a (âdâba) veya umumî intizama, yahut şahsî hükümlere müteallik haklara muğayır bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir." BK.m.20 ve 21'in hükümleri de konuya ışık tutacak mahiyettedir.

Ayrıca, Türk borçlar hukukunda satıcının akit sırasında sorumluluğunu kaldırmak için kullanıla gelmiş ifâdeler vardır, bunları çoğunlukla satıcılar sözleşmede düşünemedikleri ihtimalleri de kapsayacak ve sorumlu olabilecekleri hiç bir durumu dışarda bırakmayacak şekilde sözleşmelere koymaktadırlar. Meselâ, "İş bu sözleşme ile satıcının garanti sorumluluğu kaldırılmıştır." tarzında sözleşmede yer alabilecek bir kayıt, bu duruma örnek olabilir.

Daha önce de geçtiği gibi, satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulabilmesi için, satılandaki ayıbın gizli yanı alıcının bilmemesi ve bu bilmemenin haklı olması gerekir(BK.m.197). Buna karşılık satıcı da, satılanın ayıbını biliyor ve buna rağmen ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu kaldıran bir anlaşma yapıyorsa; bu duruma BK.m.196 hükmü uygulanır. Bu madde'ye göre, satıcı satılanın ayıbını alıcıdan hile ile gizlediği için satımda tekeffül hükmünü düşüren ya da sınırlayan bütün şartlar geçerse kabul edilir. Böylece, ayıba karşı tekeffülden sorumlu olmamaya ilişkin anlaşma, yalnızca her iki tarafça bilinmeyen ve bilinmemesi haklı görülebilecek ayıplar için geçerli olarak yapılabilir.

Ayıba karşı sorumluluğu kaldıran anlaşmada, satıcının bir

127 İbn Kuḏāme, el-Muḡni, IV,258.

128 Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**,96.

tarafından satılanın ayıptan salim olduğunu, diğer taraftan, buna ek olarak sorumluluk kabul etmediğini bildirmesi mümkündür. Bu konuda satıcının; “sattığım araba sağlamdır, ama sorumluluk kabul etmiyorum.”, “makina amacınız için gerekli güce sahiptir; fakat bunun için tekeffülü kabul etmiyorum.”, “bu otomobil sadece, 45 bin km. yapmıştır, ancak bunun için sorumluluk kabul etmiyorum, reddediyorum.” şeklinde beyanda bulunması durumları örnek olarak verilebilir. Ayrıca satım parasının çok düşük kararlaştırılması gibi durumlarda, zımni bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunduğu söz edilebilir.<sup>129</sup>

BK.m.196'nın, BK.m.99'un<sup>130</sup> uygulanmasını bertaraf edip etmediği tartışmalıdır. Hakim doktrinin aksine federal mahkeme, iki hükmün birlikte uygulanabileceği kanaatindedir.<sup>131</sup>

Ayıp muhayyerliğinin son şartı olarak kaydettiğimiz, “satıcının sorumsuzluğu şartı” genel hatlarıyla -bazı tartışmalarla birlikte- hem İslâm hukukunda hem de Türk borçlar hukukunda kabul edilmiştir. Türk borçlar hukuku, satıcının hile ile, ayıbı gizlemesi durumunda sorumsuzluğunu şart koşamayacağını söylemekle, **Şafîî**, **Hanbelî** ve **bir kısım Malikîlerle** birleşmiş, ancak **Hanefîlerle** ters düşmüştür.

İslâm borçlar hukukunda temel kural, akdin karşılıklı rızaya dayanması, hile, gabn gibi taraflara zarar veren unsurlardan uzak olmasıdır. Hanefî hukukçuların, satıcının ayıbı bilmesi halinde bile sorumsuzluğunu şart koymasını caiz görmeleri, karşılıklı rıza esasının varlığına ve bir nizam doğmayacağına bağlamaktadırlar.

Ürdün Medeni Kanunu, **Hanefî**, **Malikî**, ve **Şafîî** ekollerinin karışımından elde ettiği 514/4. maddesinde, satıcı alıcıyı muayeneden alıkoymadıkça veya bilerek ayıbı gizlemedikçe, akit

<sup>129</sup> Yavuz, a.g.e.,99-100.

<sup>130</sup> BK.m.99'un metni şöyledir: “Hile veya ağır kusur halinde, duçar olacağı mesuliyetten borçlunun ibtidâen beraetini tazammun edecek her şart bâtıldır. Hafif kusur halinde, borçlu ibtidaen mes'uliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu dakdir salahiyetine istinat ile hâkim, bu şartı batıl addedebilir.”

<sup>131</sup> Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1, 170. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, 5 vd.; Erten, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şadtları**,8 vd.; Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi**, 138; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 100-101.

sırasında bütün ayıplardan, ya da belli bir ayıptan sorumsuzluğunu şart koşmasına izin vermiştir. Bu konuda Irak Medeni Kanunu ise, 567. maddesini tamamen Hanefî Mezhebi çizgisinde düzenlemiştir.<sup>132</sup>

#### B. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN ŞEKLİ ŞARTLARI

Ayip muhayyerliğinin şekli şartları, satılan malın muayenesi ve ayıpların satıcıya bildirilmesinden ibarettir:

##### 1. Satılan Malın Muayenesi,

İslâm hukukunda alıcıyı satın aldığı malı muayeneye zorlayan ya da onu bu işle mukellef tutan bir hükme rastlamadık. Türk borçlar hukukunda olduğu gibi alıcının böyle bir mükellefiyeti yoktur.<sup>133</sup> Ayip, muhayyerliğinin belli bir vakitle sınırlı olmaması da bunu gösterir. Ancak, alıcı satılanın ayıplı olduğunu ileri sürüyorsa, muayene işini gerçekleştirmiş demektir. Tabii olarak alıcı satılanı görüp kontrol etmeden ayıbın farkına varamayacaktır. Ayıbın farkına vardığına göre, satılanı muayene etmiş demektir.

TBK.m.198/I'e göre, "alıcı, kabzettiği satılanın hâlini örf ve adete göre, imkân hasıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükelleftir." Burada ifâde edilen borç, teknik anlamda bir borç değildir. Sadece satıcının sorumluluğundan alıcının yararlanması için şekli bir şarttır. Bir külfettir. Hatta bazı hukukçulara göre, muayene, alıcı yararına delil toplama mahiyetinde bir külfettir.<sup>134</sup>

Alıcının kendisi, yetkili temsilcisi veya üçüncü bir şahıs, satılanı muayene edebilir.<sup>135</sup> Muayenenin özel bir şekli yoktur. Alıcı cari teamüller'e göre, satılanı muayene eder.

Gerek İslâm hukukunda<sup>136</sup> gerekse Türk Borçlar hukukunda, alıcının, şeyi muayene için kullanması -Satılan malın mahiyeti bunu icab ettiriyorsa-, bu hareket, onu kabul anlamına gelmez. Meselâ ceviz, veya fındık gibi mallardan bir kısmı kırılmak ve yenilmek suretiyle muayene edilebileceği gibi, yağ ile yemek pişirebilir. Yine bir otomobilin çalışıp çalışmadığı, dayanıklı olup olmadığı bir müddet kullanılarak öğrenilebilir.<sup>137</sup> Yargıtay<sup>138</sup> ve doktrinde,<sup>139</sup>

<sup>132</sup> Zuhaylî, 'Ukûd, 362, 363.

<sup>133</sup> Krş. Vefa, *Bey'u'l-Ma'ib*, 158-159.

<sup>134</sup> Edis, *Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 75.

<sup>135</sup> Edis, a.g.e., 77.

<sup>136</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, V, 261; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtar*, IV, 560.

kabul edildiğine göre muayene için malın teslim alınmış olması gerekir.

Alel'ade satımlarda muayene için kesin bir zaman belirtilmemiştir. Ancak bu zaman, ayıpların durumuna göre örf ve adete bağlı olarak uzayıp kısalabilir. Hayvan satımında ise, muayene ve ihbar süresi BK.m.199 gereği teslimden itibaren dokuz gündür. Ticâri satımlarda, teslim sırasında açıkça belli olan ayıplar için muayeneye gerek yoktur. Esasen bu çeşit ayıplar, muayene etmeye gerek kalmaksızın ortada olan ayıplardır. Diğer bazı ticâri mallarda ise, **sekiz günlük** bir muayene müddetine ihtiyaç vardır. Ayıbın ortaya çıkması için daha fazla bir süreye ihtiyaç olduğu kabul ediliyorsa o süre içinde muayene gerekir(TTK.m.25/2).<sup>140</sup>

Muayene, kararlaştırılan bir yer yoksa, malın teslim alındığı yerde yapılır. Muayene için gerekli masraflar, kabz masraflarından sayılır, satımın feshi halinde alıcı bu masrafların tazminini isteyebilecektir.<sup>141</sup>

## 2. Ayıpların Satıcıya Bildirilmesi,

İslâm hukukçuları, ayıbı satıcıya bildirme konusu üzerinde durmuşlardır. Hanefî hukukçu, Kâsânî'nin ifâdesine göre, satıcının ayıptan haberdar edilmesinin şart olduğu konusunda hanefî hukukçular ittifak etmişlerdir.<sup>142</sup> Hatta Kâsânî'nin ihbar yerine, «**İlim**» kelimesini tercih etmesi manidârdır. Bundan anlaşılan şudur: Satıcıya ayıbı haber verirken dolaylı, kinâyeli, yanlış anlaşılabilir ifâdelerle değil, onun anlayabileceği bir şekilde bildirmek gerekir.

**Şafî hukukçularca** da ihbar'a önem verildiğini görmekteyiz. Hatta onlara göre, alıcı, haber verip malı iade etmek için satıcıyı bulamadığı takdirde, ayıbın farkına vardığında; bu haliyle satılana razı olmadığına dair, şahit tutması, ya da hakime başvurması gerekir.<sup>143</sup>

Türk borçlar hukukunda da, satıcının satılanın ayıplarından sorumlu tutulabilmesi için, alıcının yerine getirmekle mükellef

137 Edis, a.g.e., 78.

138 YHGK.6.7.1960,E.T-31/K.30(Ad.Der.1961,Sy.1-2,s.180 vd.); Edis, a.g.e., 80.

139 Edis, a.g.e.,79-80.

140 Edis,**Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,82-84.

141 Edis, a.g.e.,84.

142 **Bedâi'**, V,273.

143 Ramlî, **Nihâye**,IV,51-52; Şübramlîsî, **Haşiye**,IV,51.

olduğu şekli şartlardan ikincisi ayıpların satıcıya «ihbar» edilmesidir.<sup>144</sup>

İhbar için BK.m.198, muayene hakkında olduğu gibi “borç” ve “mükellefiyet” terimlerini kullanmaktadır. Bundan da anlaşılacağı gibi, ayıp ihbarı, bir borç ve mükellefiyet mahiyetinde değildir. Çünkü ihbar külfetini yerine getirmeyen alıcı, satıcı tarafından buna zorlanamaz. İhbar sadece ayıba karşı tekeffül borcundan yararlanabilmenin bir şekil şartıdır. Bir külfettir.

İslâm hukukunda ihbârın özel olarak belirlenmiş bir şekli bulunmamaktadır. Yukarıda geçtiği gibi, satıcının doğru anlayabileceği bir şekilde olması yeterlidir.<sup>145</sup>

Türk borçlar hukukunda da aynı duruma önem verilmiştir. Bu nedenle sözlü ihbarların bizzat satıcıya yapılması gerekmektedir. Hizmetçisine, ya da kalfasına sözlü ihbarda bulunulması yeterli değildir.<sup>146</sup> TTK.m.20/III, gereğince, tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya sözleşmeyi feshetmek amacıyla yapılan bütün ihbarlar ve ihtarlar noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla, yapılmadığı takdirde hükümsüzdür.<sup>147</sup>

Ayıp ihbarı kural olarak herhangi bir şekle tabi olmamakla beraber, tarafların belli bir şekle riayet hususunda mukavele yapmalarına bir engel yoktur. Hatta böyle bir mukavele veya şart olmasa bile, alıcı ispat kolaylığı sağlaması bakımından, yazılı olarak ihbarda bulunma yetkisini haizdir.<sup>148</sup>

Alıcı ayıbı farkettikten sonra satıcıya ne kadarlık bir süre içinde durumu bildirmek ve satılanı reddetmek zorundadır? İslâm hukukçularının bu soruya cevapları farklıdır.

**Hanefî ve Hanbelî'lere göre,** alıcı ayıbı öğrendikten sonra satıcıya hemen bildirmek zorunda değildir.<sup>149</sup> Çünkü ayıp muhayyerliği alıcının uğradığı bir zararı yok etmek için meşru kılınmıştır. Alıcı ayıba razı olduğunu gösteren bir davranışta bulunmadığı sürece, gecikme ile bu haktan mahrum edilemez.<sup>150</sup>

<sup>144</sup> Edis,a.g.e.,85.

<sup>145</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, V,273.

<sup>146</sup> von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, trc.Cevat Edege,172,173.

<sup>147</sup> Edis,a.g.e.,86.

<sup>148</sup> Edis,a.g.e.,87.

<sup>149</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV,130; İbnÂbidîn, *Reddu'l-Muhtar*, V,32; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*,IV,566; el-Kürdî, *Buhûs*,286

Hatta **Hanefî** ve **Hanbelîler**'e göre, alıcı satıcıya ayıbı bildirdikten sonra, onu dava ederse, daha sonra bu davasından vaz geçtiği halde tekrar dönüp dava edebilir. Haklı çıktığı takdirde malın reddine mani yoksa reddeder.<sup>151</sup> Hanefîler'e göre, alıcı malı geri vermek için satıcıyı bulamadığı takdirde, ayıba razı olduğunu gösterecek bir davranışta bulunmadıkça, satıcıyı buluncaya kadar hayvanı besleyebilir, bekletebilir. Şayet satıcıyı buluncaya kadar mal telef olmuşsa alıcı kusursuz olduğu takdirde sorumlu olmadığı gibi, ayıp miktarını usulüne uygun olarak satım parasından düşebilir.<sup>152</sup> Şu kadarını söylemeliyiz ki, Hanefîlerde alıcının ayıbı öğrendikten sonra **uzun süre** susması, ayıbı kabul anlamına gelir.<sup>153</sup>

Hanbelî Mezhebinde, bulunan bir başka görüşe göre, ayıbın farkına varıldıktan sonra, muhayyerlik hakkının hemen kullanılarak malın geri verilmesi lazımdır.<sup>154</sup>

**Malikîlere** göre, alıcı ayıbı öğrendikten sonra bir günden fazla susması, satıcıya ihbar etmemesi muhayyerlik hakkını düşürür. Ancak ayıbın farkına henüz vardığına yemin ederse, malı geri verebilir, yemin etmezse geri vermez.<sup>155</sup>

Diğer bazı hukukçulara göre, Malikîler, ayıbın farkına varır varmaz hemen satılanı reddetmenin şart olduğunu söylemişlerdir. Onlara göre, "hemen verme" iki günle sınırlanmıştır. İki günden sonraki red, gecikme sayılır ve ayıp muhayyerliği hakkını düşürür. Hastalık, hapis gibi önemli bir mazeret, gecikmeden istisna edilmiştir. Ayıbı öğrendikten sonra bir günden az bir süre içinde malı yemin etmeksizin reddedebilir. Bir iki gün geçtikten sonra malı geri vermeye kalkan alıcının ayıba razı olmadığına dair yemin etmesi istenir.<sup>156</sup>

**Şafiîler**'e göre, ayıp öğrenilir öğrenilmez hemen satıcıya bildirilmesi gerekir.<sup>157</sup> **Tasriye** de dahil, mazeretsiz bir gecikme, muhayyerlik hakkını düşürür. "Hemen" sözcüğünün sınırını

150 el-Karî, **MAŞ**, m.428; Cezîrî, **Mezâhib**, II, 200; Mer'î b. Yusuf, **Delilü't-Tâlib**, 111-112.

151 İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV, 238-239; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, V, 32; Ali Haydar, **Dürer**, I, 542; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, IV, 566.

152 Ali Haydar, **Dürer**, I, 542.

153 Diyûb, **Damân**, 115.

154 İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV, 238; Heyet, **Meşru'**, I, 122.

155 Desûkî, **Haşiye**, III, 121.

156 Desûkî, **Haşiye**, III, 121; Cezîrî, **Mezâhib**, II, 200; Diyûb, **Damân**, 115.

157 Mahallî, **Şerh**, II, 203.

yörenin örf-adeti belirler. Namaz ve yemek vakitlerinde ayıbın farkına varılırsa, bunları bitirinceye kadar beklemek, akşam farkedilmişse, sabahı beklemek normal sayılır.<sup>158</sup>

Şafiiler'e göre, satım akdinde asıl olan, bağlayıcı olmasıdır, bazen bağlayıcı olmaması geçici bir durumdur, ihtiyacın karşılanması içindir. Muhayyerlik hakkı zararın def'i için meşru kılındığına göre, geciktirmeden kullanılması konusunda adeta icma' vardır.<sup>159</sup>

**Zahirilere** göre, reddi gerektiren ayıbın farkına varan kişi, malı hemen geri verebildiği gibi dilediği zaman; kısa veya uzun bir zaman bekledikten sonra da geri verebilir.<sup>160</sup>

İslâm hukukçuları ayıbı ihbar konusunda mallar arasında bir fark görmemişlerdir. Satılanın, hayvan olması, ticari bir mal ya da başka bir şey olması neticeyi değiştirmez.

Malın reddinden ve akdin feshinden önce satıcıya ihbar, şarttır.<sup>161</sup>

Türk borçlar hukukunda satıcının ayıptan dolayı sorumlu tutulabilmesi için alıcının yerine getirmekle mükellef olduğu şekli şartlarından ikincisi ayıpların satıcıya ihbar edilmesidir.<sup>162</sup> Satılanın muayenesi ise, birinci şartı oluşturur(BK.m.198/I).

BK.m. 198'e göre alıcının satılandaki ayıpları satıcıya derhal bildirmesi gereği vardır.<sup>163</sup> Burada "derhal" sözcüğünü hâlin icaplarına göre, yorumlamak lazımdır. Herhalde ayıp belli olunca fazla vakit geçirmemelidir.<sup>164</sup>

Satılan maldaki ayıpların ihbarı için kanun herhangi bir şekil belirlememiştir. Bk.na göre ihbar hem yazılı hem de sözlü olabilir.

158 Şirbini, **Muğni**,II,56; Kalyubî, **Haşiye**,II,203; 'Umeyra, **Haşiye**,II,203; Ramli,**Nihâye**,III,118; Dimyatî, **İ'âne**,III,33-34 Cezirî, **Mezâhib**,II,199; Yusuf Musa, **el-Emvâl**,490-491.

159 Şirbini, **Muğni**, II,56.

160 İbn Hazm, **el-Muhallâ**, IX,73,ms.1585.

161Kâsânî, **Bedâi'**, V,273.

162 Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,84-85.

163 Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**,115; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, 173.

164 Tandoğan,a.g.e.,174; Yarg. 4. HD.18.12.1972,E.3802/K.9625, (**RKD**.1973, sy. 4-5,s.216 vd.)şöyle denmektedir: Mart 1966'da alınan ve bir ay sonra ayıplı olduğu beliren brülörün ayıbının1968 yılı sonunda ihbar edilmesi halinde dava hakkı düşmüş sayılmalıdır (Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, 174,dn.64.).

Ancak ticaretle uğraşanlar arasında meydana gelen ticârî satımlardan dolayı yapılacak ayıp ihbarı, TK.m.20/III gereğince noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılmadığı takdirde hüküm meydana getirmezler. <sup>165</sup>

Alıcının ayıpları ne zaman satıcıya bildirmesi gerektiğine gelince, Türk borçlar hukuku, satımın çeşidine göre, farklı hükümler benimsemiştir. Bu bakımdan satım akitlerini üç kategoride, incelemek mümkündür:

a) Alel'ada satımlarda,

Bu tip satımlarda ayıpların ihbar zamanı, ayıpların ortaya çıkma anına göre, belirlenecektir. Eğer ayıp daha teslim anında mevcut ve varlığı tesbit olunmuş ise, ihbarın gecikmeksizin yapılması lazımdır. Satılarda nitelikleri gereği, herhangi bir muayene yapılmaksızın derhal görünen veya âdi bir muayene ile, varlığı anlaşılabilen ayıplarda ihbar, muayenenin bittiği anda yapılmalıdır(BK.m.198/II-III).

İhbar, BK.m.207'deki hakların zamanaşımı süresi içinde yapılmalıdır. <sup>166</sup>

b) Hayvan satımında,

Hayvan satımında ayıpları ihbar zamanı, BK.m.199'a göre kesin olarak belirlenmiştir. Bu durumda ayıp hayvanın gebeliği ile ilgiliyse, bildirme alıcının hayvanı teslim alması ya da teslim almada temerrüdü tarihinden itibaren **dokuz gün** içinde yapılmalıdır. Eğer hayvan gebe olmamasından dolayı ayıplı sayılmakta ise, bildirme, gebe olmadığının anlaşıldığı anda derhal yapılmalıdır. Çünkü,BK.m.199'da gebeliğe ilişkin ayıp durumunda ayıp ihbarı için herhangi bir süre, öngörülmuş değildir. <sup>167</sup>

c) Ticârî satımlarda,

Tüccar arasında ticârî satımlarda ayıp teslim sırasında açıkça belli idiyse(TK.m.25/3,cümle,1), süre teslimden başlar ve ihbar en geç **iki gün** içinde yapılmalıdır.

Teslim sırasında açıkça belli olmayan ayıplar için kanun **sekiz günlük** bir ihbar müddeti kabul etmiştir. Bu müddet teslimden itibaren başlar. Teslim anında belli olmayan ve sekiz günlük

<sup>165</sup> Edis,a.g.e.,86.

<sup>166</sup> Yavuz, a.g.e.,115-116; Edis, a.g.e., 88; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,175.

<sup>167</sup> Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**,116; Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,88; Tandoğan,a.g.e., I/1,175.

muayene müddeti içinde dahi meydana çıkarılmayacak mahiyetteki ayıpların ortaya çıkması halinde, TK.m.25/3 son cümle gereğince, BK.m.198/III uygulanır. Yani bunlar zamanaşımı müddeti içinde<sup>168</sup> ortaya çıkmak şartıyla derhal ihbar edilmeleri gerekir.<sup>169</sup>

Kısa bir mukayese için şunları söyleyebiliriz: Alıcının satılanı muayenesi konusunda İslâm hukukunun söyledikleri; satım akdinde malın bilinmesi ve alıcının onu görmesi ile ilgili olarak söylediği şeylerden ibarettir. Oysa TBK.nunda "alıcının kabzettiği satılanın halini örf ve adete göre, imkân hasıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükelleftir." denmektedir(BK.m.198/I).

Her iki hukukta da alıcının ayıbı satıcıya ihbar etmesi konusu üzerinde durulmuş ve ihbar için kural olarak belli bir şekil tesbit edilmemiştir.

Ayıbın farkına varıldıktan sonra derhal satıcıya bildirme konusunda ve "derhal" ifadesinin halin icaplarına(örfe) göre yorumlanması hususunda, Türk borçlar hukuku ile **Şafii** ve **Hanbeli**'lerin bir ictihâdı tam bir mutabakat arz etmektedir. Ancak Türk borçlar hukuku, "hemen bildirme" esasını alel'ade satımlarda uygularken bahsi geçen İslâm hukuk ekolleri, her çeşit satım için uygun görmektedirler.

**Malikî** Mezhebinin benimsediği iki günlük ihbar süresinin Türk borçlar hukukunda, ticârî satımlarda, belli olan ayıplar için benimsediğini de tesbit etmiş bulunmaktayız.

İslâm hukukçuları satıcıya ihbar süresi açısından satım çeşitleri arasında bir fark görmemektedirler oysa, bugünkü Türk hukuku, satımın çeşidine göre, farklı ihbar süreleri benimsemiştir. Ancak her iki hukukta da , muhayyerlik hakkını kullanmadan önce alıcının ayıbı satıcıya bildirmesi şart koşulmaktadır.

## II- AYIP MUHAYYERLİĞİNİN KULLANILMASI VE ZAMANI

### A. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN KULLANILMASI

Ayip muayyerliğinin şartları gerçekleşince, taraflardan biri muhayyerlik hakkını elde eder.<sup>170</sup> Genellikle bu haktan alıcı yararlanmaktaysa da satıcının da bu haktan yararlanması gerekir.<sup>171</sup>

<sup>168</sup> Tacirler arasında zamanaşımı müddeti altı aydır.

<sup>169</sup> Edis, a.g.e.,90-91.

<sup>170</sup> Ebu Zehra, **el-Milkiyye**,403; KMM.m.237.

Meselâ satım parasının ayıplı çıkması, ya da trampa sözleşmelerinde satıcının aldığı semenin ayıplı olması durumunda, onun da muhayyer olması mümkündür.<sup>172</sup> Ne varki hukukçular, satıcının bu hakkından pek söz etmemişlerdir. Onlar, daha çok alıcının hakkı üzerinde durmuşlar, bu davranış, ayıbın daha çok satılarda meydana geldiğinden kaynaklanmaktadır. Bu durum, satıcının ayıp muhayyerliği hakkına sahip olmadığını göstermez. Ali Haydar'ın Mecelle şerhinde<sup>173</sup> muhayyerliklerin bir sınıflandırmasını yaparken, ayıp muhayyerliğini sadece alıcıya has muhayyerlikler arasında göstermesi,<sup>174</sup> Mecelle heyetinin daha çok satılanın ayıplı olması ihtimaline binaen düzenlediği 373. maddenin ifâde ettiği tanımdan kaynaklanmaktadır. Bizce bunun ötesinde bir bağlayıcılığı yoktur.

Muhammed Vefâ ve Tevfik 'Attâr gibi konuyla özel olarak ilgilenen bazı hukukçuların, ayıp muhayyerliğini Alıcıya hasretme gayretine girdiklerini görmekteyiz. Ancak, görüşlerini destekleyecek sadra şifa bir izah getirmemişlerdir.<sup>175</sup>

Halbuki, Şafîi hukukçular ile, İbn Hümâm(861/1457), Babertî (786/1384), Harezmi(769/1367) ve Şelebi(947/1540) gibi bazı Hanefî hukukçular,<sup>176</sup> ayıp muhayyerliğinin hem alıcı hem de satıcı için geçerli olduğunu açıkça ifâde etmektedirler. Muasır hukukçulardan da aynı kanaati paylaşan bir çok hukukçu vardır.<sup>177</sup> Hanefî hukukçu **Babertî**'nin ifâdesini buraya aktarmakla yetinelim; "Ayıp muhayyerliği sadece, alıcıya has değildir. Satıcı da almış olduğu parayı ayıplı(zuyuf) bulursa, muhayyerdır; dilerse, ayıplı parayı kabul eder, dilerse reddeder. Tıpkı alıcının ayıplı satılanı reddettiği gibi. Ancak alıcının ayıplı satılanı reddetmesiyle akit bozulurken, satıcının ayıplı semeni reddetmesiyle akit bozulmaz. Çünkü akitte asıl olan satım parası değil, satılandır."<sup>178</sup> Trampa

171 Zeylaî, **Tebyin**, IV, 25.

172 İbn Hacer, el-Heytemî, **Tuhfe**, II, 70; Nevevî, **Mecmu'**, XII, 307-308; Dimyâtî, **İ'âne**, III, 31; el-Kürdî, **Fıkhul-Mu'âvedât**, I, 239.

173 **Dürer**, I, 473-476.

174 Bkz. Tez, Giriş, II, B, 2.

175 Vefâ, **Bey'u'l-Ma'ib**, 70-71; 'Attâr, **Mahiyetu'l-'Ayb**, 457.

176 İbnu'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, V, 533; Harezmi, **Kifâye**, V, 533; Babertî, **İnâye**, V, 533; Şelebî, **Haşiye**, IV, 25.

177 Bkz. Ebu Zehra, **el-Milkiyye**, 403; Zerkâ, **Medhal**, I, 413; Zuhaylî, **el-Fıkhul-İslâmî**, IV, 261; el-Kürdî, **Fıkhul-Mu'âvedât**, I, 239.

178 **İnâye**, V, 533.

sözleşmesinde ise, satıcının ayıplı parayı reddi, akdi bozmaktadır.<sup>179</sup>

**Kanaatimize göre**, ayıp muhayyerliği ile ilgili hadislerin sanıldığı gibi, satıcının da bu haktan yararlanmasına engel değildir. Çünkü muhayyerliğin meşru kılınmasının sebebi, tarafların zarara uğramamalarını temindir.

**Hanefî ve Şafiîler'e göre**, muhayyer kişi serbesttir, dilerse, sözleşmeyi olduğu gibi kabul eder, dilerse akdi bozar, parasını geri alır. Geri vermeyi engelleyici bir durum söz konusu ise, satım parasını ayıp oranında indirir.<sup>180</sup>

**Hanefî ve Şafiîler**, ayıplı malı alıkoyup satım parasından indirim yapmayı mümkün görmezken, **Hanbelîler** bunu, caiz görmektedirler.<sup>181</sup>

TBK.m.202/I ve 203/I'de tanınmış hakların kullanılması kural olarak alıcıya aittir. "Alıcı, seçim yaparken kendi menfaatine uygun olan yolu tercih eder" denmiştir. Meselâ, ayıplı olan malı alıkoymada bir menfaat varsa, fiyatlar fevkalâde yükselmişse, alıcı fiyatın düşürülmesini isteyecektir.<sup>182</sup>

Türk borçlar hukukunda ise, ayıba karşı tekeffül borcunun **maddi ve şekli** şartları gerçekleşince alıcı bakımından bazı haklardan yararlanma hakkı doğar, kanunun ifâdesiyle; "alıcı muhayyerdir, dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshedilmesini, dilerse, satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde fiyatın indirilmesini dava eder"(BK,m.202/I). Ayrıca, çeşidiyle belli mallarda alıcı "satılanın ayıptan 'arî misli ile değiştirilmesini talep hakkını haizdir."(BK.m.203/I).

Burada TBK.m.202/I'deki hükümlerin **Hanbelî, Ca'ferî** mezheplerinin görüşleriyle tamamen aynı olduğunu görmekteyiz.<sup>183</sup>

179 Harezmi, **Kifâye**, V, 533; bkz. Tez, İkinci Bölüm, I, A, 2, d.

180 Şirazi, **Mühezzeb**, I, 284; Merğînânî, **Hidâye**, III, 35-36.

181 Şirazi, a.g.e. ve y.; Merğînânî, a.g.e. ve y.; İbn Kudame, el-Makdisî, **eş-Şerhu'l-Kebir**, IV, 86.

182 Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 97; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1, 180.

183 İbn Kudâme, el-Makdisî, **eş-Şerhu'l-Kebir**, IV, 86; Senhurî, **Mesâdir**, IV, 256; Diyûb, **Damân**, 176.

## B. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN ZAMANI

Ayıp muhayyerliği, diğer bazı muhayyerlikler gibi<sup>184</sup> zamanla sınırlı değildir.<sup>185</sup> Ne zaman olursa olsun satılndaki eski bir ayıbın varlığı ortaya çıkar ve Alıcının ona rıza gösterdiğine dair herhangi bir işaret de bulunmazsa, ayıp muhayyerliği hakkı doğar. **“Tasriye hadisinde”** geçen; **“...üç gün içinde iki durumdan birini seçmede serbesttir.”** ifâdesi<sup>186</sup> ayıp muhayyerliğinde üç günlük bir zaman tahdidi imajını verebilir. Nitekim, bazı Şafîler, hadisteki ifadeden hareketle, ayıp anlaşılır anlaşılmaz muhayyerlik hakkının hemen kullanılması gerektiğini gösteren rivayetlerin üç günle sınırlandırıldığı kanaatine varmışlardır.<sup>187</sup> Diğer bazı Şafîler ise, buradaki “üç gün”, ayıp anlaşılmadan önceki zaman için olduğuna kanaat getirmişler, çünkü onlara göre genelde, tasriye üç günden önce anlaşılmaz.<sup>188</sup>

Hanefî hukukçulardan Kâsânî ve muasır hukukçulardan Senhurî gibi müellifler ise, hadisteki “üç gün” ifâdesi ayıp muhayyerliği için bir vakit belirleme amacını taşımadığı kanaatindedirler. Onlara göre ayıp muhayyerliği belli bir vakitle sınırlı değildir. -Yani alıcı satılan malın ayıplı olduğunu şu kadar süre içinde dava etmediği takdirde hakkını kaybeder gibi bir sınırlama mevcut değildir.- Çünkü bu tip şeyler örfe göre belirlenir.<sup>189</sup>

Esasen İslâm hukukunda zamanaşımı ile ilgili genel kural şudur; “Haklar zamanaşımı ile düşmez”(MC.m.1674). Bu husus, Kur'ân<sup>190</sup> ve Hadis'in<sup>191</sup> ruhuna uygun olduğu gibi bütün İslâm hukuk ekollerince de kabul edilmiştir.<sup>192</sup>

Mecellede genel olarak zamanaşımı süresi 15 yıl olarak belirtilmekteyse de(MC.m.1660 vd.), ayıp muhayyerliği ile ilgili

184 Şart muhayyerliği için bkz. MC.m.300; Nakd muhayyerliği için,MC.m.313; Tayin muhayyerliği için, MC.m.317.

185 Şafî, *el-Umm*, III, 60; Haddadî, *Cevhere*,I,254; İbnÂbidîn, *Reddu'l-Muhtar*,V,3; Selim Rüstem, *Şerhu'l-Mecelle*,179

186 Bu hadis için bkz. Buhârî, *Buyû'*,64,65; Müslim, *Buyû'*,11; Farklı varyantlar için bkz. İbnu'l-Esir, *Cami'u'l-Usul*,I,420; Heysemi, *Mecma'u'z-Zevâid*, IV,108; Müslim, *Buyû'*, 23,28; Ebu Dâvud, *Buyû'*, 46; Tirmizî, *Buyû'*,65; Nesâî, *Buyû'*,14; Muvatta',*Buyû'*, 97; Ahmed b.Hanbel, II,242, 465, 41, 42, 45; Darimî, *Buyû'*, 19; Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*,V,327.

187 Şafî, *el-Umm*, III, 59.

188 Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*,V,328; Dimyâtî, *İ'âne*,III,33-34.

189 Kâsânî, *Bedâi'*, V,274; Senhurî, *Mesâdir*, IV,247.

190 Bakara 2/188. Yorum için bkz. Hâzın,*Lübâbü't-Te'vil*,I,140.

191 San'ânî, *Subulu's-Selâm*, IV,121.

192 Mahmasanî, *en-Nazariyyetu'l-Âmme*,II,317.

olarak zamanaşımından söz edilmemektedir.<sup>193</sup>

İngiliz hukuku ile, Fransız mahkeme ictihadı da, İslâm hukukunda olduğu gibi zamanaşımını hakkın düşmesine değil, davanın dinlenmesine engel bir sebep olarak görmektedir.<sup>194</sup>

İslâm hukukunda, bir çok hukukçuya göre, mahkeme kararları bile, sadece hukukî açıdan hakların alınıp verilmesini sağlar, yoksa yalancı şahitler yardımıyla kendisini suçsuz gösteren ve bu yönde mahkemeden lehine karar çıkartan suçlu ve sahtekâr kişi hukuken suçsuz görünse bile diyaneten sorumluluktan kurtulamaz. Bu nedenle kişinin iç dünyası, vicdânı ve maneviyeti her zaman ön plândadır.<sup>195</sup>

Türk borçlar hukukunda satılanın ayıplı olması dolayısıyla alıcının açacağı fesih ve satım parasını indirme davaları, teslimden itibaren **bir yıllık** zaman aşımına (BK.m.207/I) tabidir.<sup>196</sup> Buna göre Türk borçlar hukukunda alıcının muhayyerlik hakkı, belli bir vakitle sınırlı olmaktadır.

Ticarî satımlarda ayıptan dolayı satıcının sorumluluğu yoluna başvurma süresi teslimden başlayarak altı aydır(TK.m.25/3).<sup>197</sup> Bir yıllık veya altı aylık süreler, gizli ayıplar için dahi teslimden itibaren işlemeğe başlar. Bu yüzden, gizli ayıplar teslimden çok daha sonra ortaya çıksalar bile, süreler teslim ile işlemeğe başlamış olur, diğer taraftan ayıp teslimden önce belli olsa bile, zamanaşımının başlangıcı teslim anıdır.

193 Ancak bu eksiklik hissedilmiş olmalı ki, 1340 tarihinde (bir ta'dil çalışması olarak) Mecelle'nin 7. faslının sonuna şu maddenin ilâve edildiği bilinmektedir.: "Hıyar-ı vasıf veya hıyar-ı rü'yet veya hıyar-ı ayb veyahut hıyar-ı ğabn ve tağır ile muhayyer olan kimse, tarafından, muhayyerliği mucip olan sebebe, ittila' tarihinden itibaren bir, ve işbu sebebe muttali' olmasa dahi vakti akitten itibaren üç sene mürurundan sonra ikâme olunacak fesh-ı akit veya noksan-ı semen davası mesmu' olmaz." Akgündüz, **Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuk Külliyyatı**,422.

194 Mahmasânî, a.g.e.,II,328. Zamanaşımı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammed, Abdülcevad, **el-Hıyaze ve't-Takadum fi'l-Fıkh'l-İslâmî**; Zerkâ, **Medhal**, fık.2,28,108,143,361,714.

195 İbn Kudâme, **el-Muğnî**, XI, 407-408; Yusuf Musa, **el-Fıkh'l-İslâmî**,69. Ayrıca bkz. Buhârî, **Ahkâm**,30; Müslim, **Akdiye**,3; Ebu Dâvud, **Akdiye**,7; Ahmed b. Hanbel,III,33; İbn Mâce, **Ahkâm**, 5.

196 Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,192; Zevkliler, **Borçlar Hukuku**,42; YHGK, 29.1.1958,E.6/10.K.13(Zevkliler,a.g.e.,42).

197 Zevkliler,a.g.e., 42; Tandoğan,a.g.e.,I/1,193; Yarg. II.HD. 12.11.1981, E. 3939/ K.4792.(YKD. c.VIII,(1982),sy.1.s.72 vd.).

Zamanaşımı kural olarak teslimden itibaren işlemeğe başlamakla birlikte, geciktirici şarta bağlı satımda, teslim daha önce, söz konusu olsa da, şartın gerçekleşmesinden önce yürümez. Belirli sürelerde teslim şartıyla satışta, her sürede teslim edilen ayıplı eşya için o teslim tarihinden itibaren ayrı bir zamanaşımı ister.<sup>198</sup>

---

<sup>198</sup> Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,193.

### **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

## **AYIP MUHAYYERLİĞİNDE DAVA, AYIBIN İSPATI VE DAVANIN DÜŞMESİ**

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### AYIP MUHAYYERLİĞİNDE DAVA, AYIBIN İSPATI VE DAVANIN DÜŞMESİ

#### I- AYIP MUHAYYERLİĞİNDE DAVA

“Ayıp muhayyerliğinde dava”dan kasdımız, ayıp muhayyerliği hakkından kaynaklanan uyuşmazlıkların giderilmesi için yargılama makamına yapılan başvuru ve sonuçlarıdır. “Ayıp muhayyerliğinde dava” konusu diğer bir çok konuda olduğu gibi fıkıh ve fetvâ kitaplarının “dava bölümünde” değil de kendine has bazı özelliklerinden dolayı ayıp muhayyerliği kısmında ele alınmaktadır.<sup>1</sup> Biz de aynı geleneğe uyarak bu konuyu “Ayıp Muhayyerliği ve Hukukî Sonuçları” bütünlüğü içerisinde müstakil bir bölüm olarak ele almaya çalıştık.

Ayıp muhayyerliğinin şartları oluştuktan sonra muhayyerlik hakkına sahip taraf, dava açma zorunda değildir. Karşı tarafa durumu ihbar ederek, muhayyerlik hakkını kullanabilir. Ancak bu konuda bir anlaşmazlık çıkması ya da çıkma endişesi bahis konusu ise, dava açabilir.

Her davada olduğu gibi ayıp muhayyerliği davalarında da davacı,<sup>2</sup> davalı<sup>3</sup> ve dava olunan şey(dava konusu)<sup>4</sup> bulunur. Davanın dinlenebilmesi ve hâkim tarafından kabul edilebilmesi için bazı şartların bulunması gerekmektedir; her şeyden önce davacının talebinin açık-seçik olması, hâkimin huzurunda olması ve davalının hazır bulunması gerekir.<sup>5</sup>

Bu şartlar, bu günkü Medeni usul hukukunda aynen benimsenmiş ve bunlar üzerinde uzun uzun durulmuştur.<sup>6</sup>

1 el-Kürdî, **Buhûs**,271.

2 İslâm hukukunda buna, “**mudda’î**” denir. Bkz. MC.m.1613. Bazı hukukçulara göre, iddiasına delil getirinceye kadar,“**mudda’î**”, delil getirdikten sonra ise, “**muhik**” denir(Harezmi, **Kifâye**,VII,144)

3 İslâm hukukunda buna, “**mudde’a ‘aleyh**” denir. Bkz. MC.m.1613.

4 İslâm hukukunda buna,“**mudd’a**” veya “**mudde’a bilh**” denir.Bkz. MC.m.1614.

5 Kâsânî, **Bedâi’**, VI,222; İbn Ebi’d-Dem, **Edebu’l-Kadâ**,I,154.

6 Kuru, **Medeni Usul Hukuku**,177-186.

İslâm hukukunda genel hatlarıyla davanın açılmasıyla başlayıp hükme kadar devam eden safhayı kısaca şöyle özetleyebiliriz: İslâm hukukunda muhakeme -genel olarak- herkese açıktır. İsteyen mahkeme safhasını görüp takibedebilir. Taraflar veya temsilcileri mahkemeye gelince hâkim, önce davacıya söz vererek davasını anlattırır. Bundan sonra, davalıya söz verip bu iddialara karşı ne diyeceğini sorar. Davalı iddiayı kabul ederse(ikrar), hâkim, buna göre hükmünü verir. Davalının iddiaları kabul etmemesi halinde davacıdan ispat delili(beyyine) ister. Davacı, davasını delil ile ispat ederse, hakim buna göre hüküm verir. İspat edemezse, davalıya yemin teklif etme hakkı vardır. Davacı bu hakkını kullanmak isterse, hâkim davalıya yemin teklif eder. Davalı yemin ederse, yahut davacı yemin ettirme hakkını kullanmazsa, hâkim davacıyı, davalı ile uğraşmaktan men'eder(davayı reddeder). Davalı teklif edildiği halde, yemin etmezse, hâkim, buna(nükul) dayanarak davacı lehine hükmeder. Davalının susması inkâr(iddiayı red) olarak değerlendirilir. İddiayı kabul veya red yerine, mukabil bir iddia(defi') ileri sürerse, davacı ve davalı, vasıf değiştirmiş olacağından muhakeme buna göre yürütülür. Taraflardan birisi ifadesini bitirmedikçe, diğeri söze başlayamaz; kesecek olursa, hâkim müdahale ederek disiplini sağlar. Dil bilmeyenler için muhakemede güvenilir tercümanlar bulundurulur. Akraba arasında veya anlaşmaları umulan kimseler arasındaki davalarda hâkim ısrar etmeksizin sulh olmalarını tavsiye eder, kabul ederlerse, sulh hükümlerine göre, anlaşmazlık neticelendirilir.

Hâkim mahkemeyi tamamlayınca, gereğine göre hükmünü verir, hükmü taraflara bildirir, gerekçe ile beraber hükmü içine alan bir ilâm düzenleyip taraflara birer nüsha verir. Hükmün sebep ve şartları tamam olunca hâkimin hükmü geciktirmesi doğru değildir.<sup>7</sup>

Ayıp muhayyerliği davalarında ise, genel anlamda bu usul takibedilmesine rağmen, bahsi geçen davanın ve muhakemenin kendine has bazı durumları da söz konusudur. Bunları yeri geldikçe, ele almaya çalışacağız.

---

7 MC.m.1815-1828. Ayrıca bkz. Serahsî, **Mebûsât**, XVI,61-64; Kâsânî, **Bedâi'**, VII,9 vd.; İbn Ebî'd-Dem, **Edebu'l-Kadâ**, I,152-171; Molla Hüsrev, **Dürer**, II,406 vd.; Şîrbînî, **Muğni**, IV,390; Derdir, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, IV,1347; Karaman, **Anahatlarıyla İslâm Hukuku**, I,339-340.

## II-AYIBIN İSPATI

Davacı alıcının satıcıya karşı dava açabilmesi için satılanın dava sırasında ayıplı olduğunun tesbiti şarttır. Satılanın ayıplı olduğunu iddia eden alıcı ayıbın -eski olsun yeni olsun- dava sırasında var olduğunu ispat etmedikçe, satıcıya karşı dava açamaz.

Satılanın dava sırasında ayıplı olduğu anlaşıldıktan sonra, dava açılmış olur. Satıcının ayıptan dolayı sorumlu tutulabilmesi için ise, ayrıca ayıbın eskiden mevcut olduğunu (eskiliğini) ispat etmek gerekir. Satılanın dava sırasında ayıplı olduğunu ispat etmenin çeşetli yolları vardır.<sup>8</sup>

### A. AYIBIN DAVA SIRASINDA VARLIĞINI İSPAT YOLLARI

Daha önce geçtiği gibi<sup>9</sup> alıcının ayıp muhayyerliği hakkını kullanabilmesi ve dava açabilmesi için ayıbın teslimden önce bulunması kâfi değildir. İslâm hukukçularının çoğuna göre, bu ayıbın teslimden sonra da devam etmesi gerekir.<sup>10</sup> Ayıbın teslimden sonra ve dava sırasında devam ettiğini tesbit, dört yoldan biri ile olabilir;<sup>11</sup>

#### 1. Satıcının İkrarı,

Alıcı, satılанда eski ayıbın varlığını iddia ettiğinde, satıcı bu iddiayı doğrulayıp, ikrar ederse, dava açılmış olur.

#### 2. Muayene ve Müşâhede,

Bilindiği gibi ayıp, ya açık ya da gizli olur.<sup>12</sup> Açık ayıp görülebilen ayıplardır. Hayvandaki yara, körlük, eşyadaki kırıklık, kitabın bazı sahifelerinin yırtılmış olması gibi.<sup>13</sup>

Satıcı o anda ayıbın varlığını inkâr etse bile, açık ayıplarda hâkimin şahsen görmesi ve muayenesi, davanın açılması için yeterlidir. Satıcının inkârı sonuçsuz kalır.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Ali Haydar, *Dürer*, I,549.

<sup>9</sup> Tez, İkinci bölüm, I,A,5.

<sup>10</sup> Senhurî, *Mesâdir*, IV,249; Zeydan, *Medhal*, 324; Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I/1,167.

<sup>11</sup> Ali Haydar, *Dürer*, I,549.

<sup>12</sup> Bkz. Tez. Birinci bölüm, I,B,2.

<sup>13</sup> Ali Haydar, *Dürer*, I,549; el-Kürdî, *Buhûs*, 271.

<sup>14</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV,560; el-Kürdî, *Fıkhu'l-Mu'âvedât*, 290.

### 3. Bilirkişinin Haberi,

İddia edilen ayıp gizli ise, yani; bakarak görülmeyen, bilinmeyen ayıplardansa ve satıcı ayıbın varlığını inkâr ediyorsa, hâkim, satılanın ayıplı olup olmadığını ortaya çıkarmak için onu bilirkişilere(ehl-ı vukufa) havale eder. Bu, bir Kur'ân emridir.<sup>15</sup> Kendilerine başvurulmuş bu kişiler, bir-iki veteriner,<sup>16</sup> ya da -sadece kadınların bilebileceği bir ayıpsa- bir veya iki kadın olabilir. Yahut başka kişiler olabilir. Hanefiler'e göre bu kişilerin, 'âdil olmaları gerekse bile sözlerinde **şehâdet** lafzını kullanmaları şart değildir.<sup>17</sup> Bilir kişilerin malın ayıplı olduğunu belirtmeleri, hâkimin ayıplı malın reddine ya da satım parasının indirilmesine karar vermesini gerektirmez. Sadece, davanın açılmasını ve dinlenmesini sağlar, hâkimin karar verebilmesi için ayrıca ayıbın eskiliğini ispat gerekir.

Sayet ayıp, sadece deneme yoluyla bilinecek bir ayıpsa, ayıbın varlığını tesbit, iki erkek ya da bir erkek ile, iki kadının şahitliği ile mümkün olmaktadır.<sup>18</sup>

### 4. Satıcının Yeminden Kaçması(Nükulü),

İmameyn'e göre, alıcı, satılanın o anda ayıplı olduğunu iddia ettiği halde, satıcı bunu inkâr ederse, satılanın o anda ayıplı olduğundan haberdar olmadığına dair yemine davet edebilir yemin etmezse, dava açılmış olur.

**Ebu Hanife'**ye göre, bu durumda satıcıya yemin teklif edilmez. Çünkü yemin sahih bir dava ile mümkündür. Burada davanın sıhhati ayıbın varlığı ile mümkün olacağından satıcıya yemin teklifi yapılamaz.<sup>19</sup>

İmameyn'nin dayandıkları delil şudur; alıcı ayıplı malı geri verme hakkına sahip olduğunu iddia etmektedir. Ancak malı geri vermesi için ayıbın satıcının yanında meydana geldiğini ispat etmesi ile, mümkündür. Bunun yolu ise, ya delil getirmektir , yahut satıcının yeminden kaçmasıdır. Eğer alıcının iddiasını ispatlayacak bir delili yoksa, satıcıya yemin teklif eder. Satıcı yemini kabul etmeyecek olursa, bu ayıbın kendisinin yanında iken sabit olduğu

15 "Bilmiyorsanız erbâbına sorunuz." Nahl 16/43.

16 Bkz. Kâsânî, **Bedâi'**,V,279; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V,31; Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**,V,562.

17 Ali Haydar, **Dürer**,MC.m.1679 şerhi.

18 el-Kürdî, **Buhûs**, 272.

19 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**,V,29; Ali Haydar,**Dürer**,I,550.

ortaya çıkar. Görülüyor ki, alıcı iddiasını ispatlamak için buna mecburdur.<sup>20</sup>

#### B. AYIBIN ESKİDEN MEVCUT OLDUĞUNU İSPAT YOLLARI

Ayıbın dava sırasında varlığını yukarıda belirttiğimiz yollardan biriyle ispatladıktan sonra dava açılmış demektir. Artık hâkim, muhakemenin normal seyrini takib ederek ayıbın eski olup olmadığını usulüne uygun olarak tesbit edip ona göre hüküm vermek durumundadır. Normal bir davada ispat yolları sırasıyla, ikrar, şahitlik, hâkimin şahsen bilmesi, bilirkîşi, keşif, yemin, hâkimin hâkime mektubu vs.dir.<sup>21</sup> Ayıbın eski olduğunu ispat yolları ise, ayıbın çeşidine göre farklılık arz eder. Ayıp ispat edilmesi açısından iki kısma ayrılmaktadır; 1) Görünür ayıplar, 2) Görünmez(gizli) ayıplar. Bu da üç halde olur; a) Sadece mütehassısların bileceği ayıplar, b) Sadece kadınların bileceği ayıplar, c) Deneme yoluyla bilinen ayıplar.<sup>22</sup>

##### 1. Ayıbın Görünür Olması Halinde,

Ayıp herkesin görebileceği şekilde açık ve belirgin ise, iki ihtimal söz konusudur:

a) Alıcının elinde iken meydana gelmesi mümkün olmayan bir ayıp olabilir. Meselâ, Kitabın sayfalarının beyaz çıkması gibi. Bu durumda ayıbın eski olduğu açıkça belli olması nedeniyle, ayrıca ayıbın satıcı elinde iken meydana geldiğine dair, alıcıdan delil getirmesi istenmez.<sup>23</sup> Hâkim duruma göre, ya malın reddine ya da red mümkün değilse, satım parasının indirilmesine hükmeder.<sup>24</sup> Ancak satıcı, alıcının ayıba rıza gösterdiğini iddia ederek, malın reddini isteme hakkının düştüğünü belirtmişse, bu durumda hâkim, satıcıdan bu iddiasını(defi'), ispatlamasını ister. Eğer ispat ederse, hâkim, satıcı lehine, hüküm verir. İspat edemezse, söz hakkı, yeminle birlikte alıcının olur. Çünkü alıcı, red hakkının düştüğünü inkâr etme durumundadır. Bu nedenle yemin etmesi gerekir.<sup>25</sup> Yemin ederken, " Ayıp nedeniyle malın reddi

20 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 279; İbn Kayyım, *Turuk*, 129; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 564.

21 İbn Ebi'd-Dem, *Edebu'l-Kadâ*, I, 173 vd.

22 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 278.

23 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 279; MC.m.1697.

24 Ali Haydar, *Dürer*, I, 550; el- Kûrdî, *Buhûs*, 273; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IV, 560.

konusundaki hakkının satıcının iddia ettiği gibi ne açıkça ne de delâleten düşmediğine” diye yemin eder.<sup>26</sup> Alıcı yemin etmezse, davalının defi’ davası sabit olur. Yani alıcı malı geri veremez, ya da satım parasından indirim yapamaz. Şayet yukarıdaki şekilde yemin ederse, kendisinin asıl davası tekrar devreye girer, duruma göre, ya malı geri verir, ya da satım parasından indirim yapar.<sup>27</sup>

b) Alıcının elinde iken meydana gelmesi mümkün olan bir ayıp olabilir. Meselâ, alınan bir cihazın kırık olması gibi. Bu durumda hâkim, satıcıya, “Bu ayıp, senin yanında mı meydana geldi?” diye sorar. Satıcı, “evet” diyecek olursa, hâkim malın reddine hükmeder. Ancak, satıcı alıcının ayıba razı olduğunu ve kendisini bu konuda ibra ettiğini iddia edecek olursa, durum değişir.

Şayet hâkimin sorusuna satıcının cevâbı, “hayır” şeklinde olursa, alıcı ayıbın eski olduğuna delil getirmedikçe, satıcının cevabı doğru kabul edilir ve ona göre hükmedilir. Alıcı delil getirecek olursa, hâkim, satıcının aleyhine hükmeder. Ancak, satıcı, alıcının kendisini ibra ettiğini ve ayıba razı olduğunu iddia etmesi halinde, durum değişir. Şayet, alıcının ayıbın eskiliğini ispatlayacak bir delili yoksa ve alıcı, satıcının yemin etmesini isterse, satıcı bu konuda bilgi sahibi olmadığına dair değil de, **“Ben bu malı alıcıya satıp teslim ederken bu ayıbı bulunmadığına, Allah’a yemin ederim”** şeklinde kesin bir biçimde yemin eder. Satıcının bu şekilde yemin etmesi istenirken yemininde **“satış”** ve **“teslim”** kelimelerini bir arada kullanarak yemin eder. Çünkü, bu ayıp, satıştan sonra, fakat teslimden önce meydana gelmiş olabilir. Böyle olursa alıcının malı geri verme hakkı doğar. Öyle ise, ihtiyât, bu iki kelimenin beraber kullanılmasını gerektirmektedir.

Bazı hukukçulara göre, bunda ihtiyâk yoktur. Çünkü, satıcıya bu şekilde yemin ettirilecek olursa, ayıbın satıştan sonra, fakat teslimden önce meydana gelmiş olması muhtemeldir. O takdirde, satıcı yemininde doğru olur. Çünkü: **“Ben satıp teslim ederken”** sözüyle, **“satış ve teslimi aynı anda yaparken bu ayıp yoktu”** demek istiyor olabilir. Yoksa **“gerek satarken, gerek teslim ederken böyle bir ayıp yoktu”** anlamı çıkmaz ki, ihtiyâta uygun olsun. Asıl ihtiyât,

25 Mecelle’nin bu konudaki maddesi şöyledir: **“Beyyine mudda’i için ve yemin, münkir üzerinedir.”**(MC.m.76).

26 İbn Âbidin, Reddu’l-Muhtâr, V,32.

27 MC.m.1632. Bkz. Alı Haydar, Dürer, I,550; Zuhayli, el-Fıkhu’l-İslâmî, IV, 560.

şöyle yemin ettirilirse, bahis konusu olur; **“Allah’a yemen ederim ki, alıcının bu malı iddia ettiği ayıpla geri verme hakkı yoktur.”**

Diğer bir kısım hukukçu’ya göre, yemin lafzı şöyle olmalıdır: **“Malı teslim ederken alıcının iddia ettiği bu ayıbın olmadığına Allah’a yemin ederim.”** Kâsânî’ye göre, bu yemin şekli doğrudur. Çünkü bu, satış sırasında ve teslimden önce var olan ayıpları kapsamaktadır.<sup>28</sup>

Alıcının elinde iken meydana gelmesi mümkün olan ayıplarda ayıbın dava sırasında varlığı, malın reddi ya da satım parasının indirilmesi için yeterli değildir. Alıcının ayıbın eskiliğini iki erkek, ya da bir erkek iki kadın şahit göstererek ispat etmesi gerekir. Bu şahitlerin veteriner ya da mühendis olmaları gerekmemektedir. Ancak burada şahitlerin yukarıdaki sayıda olmaları şarttır. Çünkü buradaki şahitlik diğer davalarda olduğu gibi hâkimin birilerinin aleyhine hükmetmesine dayanak teşkil etmektedir. **Ebu Yusuf**’tan gelen bir rivâyet’e göre, sadece kadınların farkına varabildikleri ayıplarda ayıbın dava sırasında(alıcının yanında) varlığı, malın reddi için yeterlidir. Ayrıca onun eskiliğini ispata gerek yoktur. Ancak **Ebu Yusuf** ve **Muhammed**’in meşhur görüşlerine göre, ayıbın eskiliğini ispat şarttır. Doğrusu da budur.<sup>29</sup>

## 2. Ayıbın Gizli Olması Halinde,

Ayıbın gözle görünmeyip, gizli olması hâli de üç şekilde düşünülebilir:

a) Gizli olup sadece mütehassıs kişilerin bileceği ayıplar,

Bunların eskiliğini ispat için hâkim önce ikrar yoluna<sup>30</sup> başvurur ve satıcıya; “dava konusu ayıp, senin yanında mı meydana geldi?” diye sorar. Satıcı bu soruya “evet” diye cevap verecek olursa, hâkim, duruma göre, malın reddine, hükmeder. Redde mani bir durum varsa, satım parasından indirim yapmaya, ya da - her durumda mümkün olan- sulhu gerçekleştirir. Şayet satıcı, ayıbın varlığını inkâr edecek olursa, alıcı delil getirme durumundadır. Şahitlerde nisab ve adâlet gibi vasıfların bulunup bulunmaması konusunda ihtilâf vardır. **Şafililer**’e göre, müslümân iki erkek veya bir erkek iki kadın ya da dört kadının şahitliğine ihtiyaç vardır. **Hanefiler**’e göre, müslümân iki erkek, ya da bir erkek iki

<sup>28</sup> **Bedâi**’, V,280.

<sup>29</sup> Kâsânî, a.g.e. ve y.

<sup>30</sup> İkrar için bkz. İsfehânî, **el-mufredât**; Zemahşerî, **Esasu'l-Belağa**,(k-r-r) maddesti; İbn Kudâme, **el-Muğni**,V,138; Zeylaî, **Tebyin**,V,2; Şirbînî, **Muğni**,II,238.

kadın şahidin bulunması ve bunların 'âdil olmaları gerekir. Çünkü bir hakkın birinden alınıp, diğerine verilmesi ancak bu şahitlikle mümkün olmaktadır.<sup>31</sup> **Malikîler'e** göre ise, ayıbın eski ve yeniliği konusunda şahitlerin Müslümân, 'âdil ve belli bir sayıda bulunmaları şart değildir. Bir tek şahidin bulunması bu konuda yeterlidir. Çünkü bu aslında teknik anlamda bir şahitlik değildir. Olsa olsa, bir şeyi haber vermektir.<sup>32</sup>

b) Gizli olup sadece kadınların bileceği ayıplar,

Ayıp, sadece kadınların bilebilecekleri türden ise, hâkim, kadınların görüşlerine, başvurur ve ayıplı satılanı onlara gösterir, fikirlerini alır. Çünkü Nahl Suresinde; "**Bilmiyorsanız, bilenlere sorunuz!**"<sup>33</sup> şeklinde âmir bir hüküm vardır. Ayrıca erkeklerin muttali' olamayacakları konularda kadının söyleyeceği söz, İslâm hukukunun bazı ekollerine göre delil olarak kabul edilmektedir. Neseb konusunda ebenin şahitliği burada hatırlanabilir.<sup>34</sup>

Ancak kadının şahitliği konusunda İslâm hukukçuları farklı kanaate sahip olmuşlardır. Hanefilerden **Ebu Yusuf'un**, bu konuda farklı iki görüşe, sahip olduğunu gösteren iki rivâyet vardır: Bir rivâyete göre, satılanın satıcının elinde olması ile alıcının elinde olması arasında fark vardır. Başka bir ifâde ile, kabz'dan önce olması ile sonra olması arasında fark vardır. Eğer satıcının elinde bulunuyorsa, kadının şahitliği ile, ayıp tesbit edilip satılan geri verilir, satış feshedilir. Çünkü yukarıda geçtiği gibi, erkeklerin muttali' olamadıkları konularda bir tek kadının şahitliği delil kabul edilir. Eğer alıcının elinde bulunuyorsa, kadının şahitliği ile, dava etme hakkı elde edilir. Ancak, bu şahitlikle satılan, ayıbından dolayı geri verilmez. Sebebine gelince, satılanın ayıplı oluşu, alıcının tazminatı altında iken ortaya çıkmıştır. Öyle ise, alıcının bu tazmin mükellefiyeti kadınların şahitliği ile satıcıya intikal etmez. Ebu Yusuftan gelen diğer rivâyete göre ise, eğer bu ayıp, sonradan meydana gelmesi mümkün olmayan türden olursa, kadınların şahitliği ile, satış feshedilir. Çünkü ayıp onların şahitliği ile, tesbit edilmiştir. Böylece bu ayıbın satıcının yanında iken de mevcut olduğu kesin olarak anlaşılmış olur. Eğer böyle bir ayıp, sonradan meydana gelebilecek türdense, kadınların şahitliği ile fesih hakkı bahis konusu olamaz. Çünkü, bu tür ayıp, kadınlardan başkası

31 Kâsânî, **Bedâi'**, V,280.

32 Cezirî, **Mezâhib**, II,213.

33 Nahl 16/43.

34 Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV,562.

tarafından da bilinebilecek bir ayıptır.<sup>35</sup>

Bu konuda **İmam Muhammed**'ten de iki rivâyet gelmiştir; birincisine göre, hiç bir halde kadınların şahitliği ile satış feshedilemez. Bir diğer rivâyet'e göre ise, kadınların şahitliği ile satım akdi hem kabzdan önce, hem de sonra bozulabilir. Çünkü, erkeklerin bilemeyeceği hususlarda kadınların sözleri delil sayılmaktadır.<sup>36</sup>

Kâsânî de konuyu şöyle özetlemiştir: "Erkeklerin muttali' olamayacakları ayıp, tek veya iki kadının şahitliği ile tesbit edilmişse, bu şahitlik dava açabilmek için yeterlidir. Fakat satılanın reddi için yeterli değildir. Bu ayıbın kabz'dan önce veya sonra olması arasında bir fark yoktur."<sup>37</sup> Hanefîler'in tercih edilen görüşleri budur.

Züfer'e göre ise, kadınların şahitliği ancak erkeklerle birlikte olursa geçerli olur. Züfer bu görüşüne delil olarak Kur'an'da tek başına kadınların şahitliğinden söz edilmemiş olmasını gösterir.<sup>38</sup>

Züfer dışında hukuçuların büyük çoğunluğu, erkeklerin normal olarak muttali' olamadıkları, doğum, bekâret, erkeklerden gizlenen kadınlık ayıpları gibi konularda kadınların yalnız olarak şهادetinin meşru olduğu görüşündedirler. <sup>39</sup> Bu fikirde olanlar görüşlerine, hadislerden ve akli delillerden bazılarını dayanak gösterirler.

Onlara göre erkeklerin normal olarak bilgi sahibi olmadıkları konularda kadınların şahitliğini kabul etmede zaruret vardır. Bu konularda erkeklerin öğrenmeleri, bakıp görmeleri caiz olmadığına göre, bunlara ilişkin hususların ispatsız kalması, bunlarla ilgili hakların alınmaması sözkonusudur. Bu nedenle bazı hakların zayı olmaması için, sadece kadınların bilgi sahibi olabildiği konularda yalnızca onların şahitliğini kabul etmede zaruret vardır. <sup>40</sup>

Hiz. Peygamber'den şöyle bir rivâyet vardır: "**Kadınların**

35 Kadının şahitliği konusu için, bkz. Mahmasânî, **Felsefetu't-Teşri' fi'l-İslâm**, 236 vd.

36 Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî**, V, 563.

37 **Bedâi'**, V, 280. Krş. İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 31-32.

38 İbn Hazm, **el-Muhallâ**, IX, 396; İbn Kayyım, **Turuk**, 149.

39 İbn Hazm, a.g.e., IX, 396; Şirâzî, **Muhezzeb**, II, 334; Serahsî, **Mebisût**, XIV, 142; İbn Kayyım, **Turuk**, 92 vd.; Mevâk, **et-Tac ve'l-İklîl**, VI, 182; İbn Nüceym, **el-Bahr**, VII, 61; W.Heffening, **«Şahid»**, İ.A., XI, 282.

40 Şirâzî, **Muhezzeb**, II, 334. Krş. Serahsî, **Mebisût**, XVI, 143; W.Heffening, a.g.md., XI, 282 vd.

**şahitliği erkeklerin muttali' olmayacakları hususlarda caizdir."**<sup>41</sup> İbn Ömer'den gelen bir başka rivayette de **"Tek başına kadınların şahitliği ancak kadınların avreti, gebelik, ayhali gibi şeyler dışında caiz değildir."**<sup>42</sup> denilmektedir. Bu ve benzeri rivayetler, konuyu açıkça ortaya koymaya kafidir.<sup>43</sup>

**İbn Hazm**'in savunduğu görüşe göre ise kadınların şahitlikleri sadece erkeklerin muttali olmadıkları konulara has değildir. Onlar kendi başlarına kısas ve bedenle ilgili hükümlerde de şahitlik yapabilirler.<sup>44</sup>

c) Gizli olup, deneme yoluyla bilinebilen ayıplar,

Bu tür ayıplar, iki erkek ya da bir erkek ile iki kadının şahitliği ile, ispat edilebilir. Alıcı dava sırasında ayıbın varlığını tesbit edebilirse, hâkim, satıcıya, "Bu ayıp senin yanında iken var mıydı?" diye sorar. Satıcı bu soruya, "evet" dediği takdirde, hâkim, ayıplı malın satıcıya reddine, hükmeder. Ancak, satıcı, alıcının buna rağmen razı olduğunu, ya da kendisini ibra ettiğini ileri sürerse, hâkim, bu hükmü vermez.

Şayet satıcı, hâkimin sorusuna, "hayır" diye cevap verirse, hâkim alıcıya, "senin buna karşı delilin var mıdır?" diye sorar. Eğer alıcı, "evet" deyip iddiasına delil getirecek olursa, hâkim satıcıya geri verilmesi hükmünü verir. "Hayır" diyecek olur, satıcıya "kendi yanında hiç bir şekilde iddia edilen ayıp görülmediğine dair" Allah'ın adına yemin ettirilir. Yemin ederse, aralarındaki dava düşer, etmezse, hâkim, satılanın satıcıya reddine hükmeder.<sup>45</sup>

Eğer alıcı, ayıbın kendisinin yanında meydana geldiğini ispat edemezse, hakim bu konuda satıcıdan yemin etmesini isteyebilir mi, isteyemez mi? Bu hususta hanefî hukukçular, ihtilâfa düşmüşlerdir; **Ebu Yusuf** ve **Muhammed**, hâkim, yemin etmesini isteyebilir derken, **Ebu Hanife**, yemin etmesini isteyemez demektedirler.

İmam **Ebu Yusuf** ve İmam **Muhammed**, görüşlerini şöyle delillendirmektedirler; "Alıcı satılanı reddetme hakkını iddia etmektedir. Fakat bu red, ancak ayıbın eski olduğunun ispat

41 Zeylaî, **Nasbu'r-Raye**, III, 264; IV, 80. Krş. Serahsî, **Mebsût**, XVI, 142, 143.

42 Zeylaî, a.g.e., IV, 80. Krş. İbn Hazm, a.g.e., IX, 396; İbn Kayyım, **Turuk**, 182.

43 Başka rivayetler için bkz. Buhârî, **Şehade**, 13; Ebu Davut, **Akdiye**, 18.

44 İbn Hazm, **el-Muhallâ**, IX, 396 vd. Ayrıca bkz. Karaman, **"Kadının Şahitliği, Örtünmesi ve Kamu Görevleri"**, 2.bası, IV, sy. 4, 284-291.

45 Zühaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 563-564.

idilmesiyle mümkün olabilecektir. Bunu ispat etmenin yolu ise, ya delil getirmez, ya da satıcının yeminden kaçmasıdır. Eğer, alıcının iddiasını ispatlayacak bir delili yoksa, satıcının yemin etmesini ister, satıcı yemini kabul etmeyecek olursa, bu ayıbın kendisi(satıcı)'nin yanında iken, yani ayıbın eskiliği ortaya çıkar. İşte bu nedenle alıcı delil bulamadığı takdirde, ayıbın satıcının yanında meydana geldiğini ispatlamak için yemen teklif eder. Buna hakkı vardır.

**Ebu Hanife** ise, daha önce de ifâde edildiği gibi, şöyle demektedir: "Yemin teklifi, satıcının aleyhine, açılan davadan sonra olur. Alıcının satıcının aleyhine davacı olabilmesi için bu ayıbın kendisinin yanında iken, diğer bir ifâde ile, dava sırasında varlığı tesbit edildikten sonra mümkün olabilir. Bu ise, tesbit edilmemiştir, dolayısıyla alıcının, satıcının aleyhine, davası da sabit olamaz. O bakımdan, satıcının yemin etmesi istenmez; yemini kabul etmemek ise, ancak yemin teklifinden sonra düşünülebilir."<sup>46</sup>

#### C. AYIPTAN KAYNAKLANAN İHTİLÂFLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI

Ayıptan kaynaklanan ihtilâflar ve çözüm yolları, İslâm hukuk ekollerine göre farklılık arz etmektedir.

**1. Hanefî'lere göre,** taraflararasında meydana gelecek ihtilâflar, beş noktada toplanabilir:

a) Satılanın sayısında ihtilâf,

Buna şöyle bir örnek verilebilir; Alıcı satınaldığı hayvanı ayıplı olduğu iddiasıyla geri vermek istediğinde, satıcı; buna itirazı olmadığını ancak bu ayıplı hayvan ile, birlikte bir başka hayvan da sattığını söyler, alıcı da bunun aksini savunursa, her iki tarafın elende delil de yoksa, bu durumda alıcının iddiası kabul edilir. Çünkü malı teslim alan ve satıcının iddiasını inkâr eden odur. Yemin etemesi şartıyla inkâr edenin sözü geçerli olmaktadır.

Ayrıca alıcı ayıplı satılanı red ile, sorumlu olmaktan çıkmıştır. Satıcı ise, onun hâlâ sorumluluğunu iddia etmektedir. Alıcı ise, bu iddiaya karşı sorumluluğunu inkâr etmektedir. Bu durumda yine inkâr edenin sözü geçerlidir.<sup>47</sup> Nitekim Mecelle'de şu anlamda bir madde düzenlenmiştir; "**İddia edene delil getirmek, inkâr edene**

46 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 279; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 564; Ali Haydar, *Dürer*, I, 550-551.

47 Cezîrî, *Mezâhib*, II, 209.

**de yemen etmek düşer.”<sup>48</sup>**

**b) Teslim alınanın sayısında ihtilâf,**

Her iki taraf, satılanın sayısında değil de, teslim alınanın sayısında ihtilâfa düşebilirler. Bu durumda alıcının sözü kabul edilir. Buna şu örnek verilebilir; alıcı ile satıcı satılanın iki hayvan olduğu ve satım parasının satıcıya teslim edildiği konusunda hemfikirdirler, ancak alıcı ayıplı çıktığı iddiasıyla hayvanlardan birini geri vermek isterse, satıcı alıcının her iki hayvanı teslim aldığını, dolayısıyla sadece ayıplı olanının parasını geri isteyebilir. Alıcı da sadece ayıplı olanı teslim aldığını ileri sürerek, satıcının iddialarını inkâr edebilir. Bu durumda bir önceki maddede olduğu gibi satıcı, delil getiremediği takdirde, yemin etmesi halinde alıcının sözü geçerli olur.<sup>49</sup>

**c) Satılanın sıfatında ihtilâf,**

Alıcı Mısır pamuğundan mamul olduğu düşüncesiyle satın aldığı bir elbise, Şam pamuğundan mamul olduğu anlaşıncı, onu, geri vermek istediğinde, satıcı kendisine, elbisenin Şam pamuğundan ma'mul olduğunu hatırlattığını iddia eder, alıcı da bu iddiayı inkâr'a kalkarsa, bu durumda, yemin etmesi şartıyla satıcının söyledikleri kabul edilir. Çünkü o, alıcının akdi fesih hakkını inkâr etmektedir. Alıcı ise, kendisi için fesih hakkının varlığını iddia ettiği için delil getirmek durumundadır.<sup>50</sup>

**d) Satılanın miktârında ihtilâf,**

Tartılmış bir malı satınalan ve sonra eksik çıktığı iddiasıyla onu geri veren alıcıya, satıcı; “Ben sana tam olarak ve tartarak verdim” derse, bu durumda belli bir miktar aldığını ikrâr etmemişse, alıcının sözü geçerlidir.<sup>51</sup>

**e) Satılanı belirlemede ihtilâf,**

Alıcı aldığı bir malı ayıplı çıktığı iddiasıyla geri vermek istediğinde, satıcı ona, “bu mal, benim sana sattığım mal değildir.” der. Buna karşılık alıcı da satılanın bu olduğunu savunmaya kalkarsa, iki durum söz konusu olur.

48 «el-Beyyinetu 'ale'l-Mudde'i ve'l-Yeminu 'alâ men enker», Süyutî, el-Camî'u's-Sağîr, III, 225. Benzer rivayetler için bkz. Buhârî, Rehn, 6; Tirmizî, Ahkâm, 12; İbn Mâce, Ahkâm, 7.

49 Cezîrî, Mezâhib, II, 209.

50 Cezîrî, a.g.e., II, 209; Krş.MC.m.1746/3.

51 Cezîrî, a.g.e., II, 209.

aa) Eğer red, şart ve görme muhayyerliğine dayanıyorsa, yemin ettiği takdirde alıcının sözü geçerli olur.

bb) Eğer red, eski bir ayıptan kaynaklanıyorsa, satıcının sözü geçerli olur. Her iki durum arasındaki fark şudur. Birincisinde karşı tarafın rızasına bağlı olmadan akit bozulmuş olur. İkincisinde ise, akdi sona erdirmede alıcı tek başına hareket edemez. O sadece, fesih hakkına, sahip olduğunu iddia etmekte, satıcı da bu hakkı inkâr etmektedir. Bu durumda inkâr edenin sözü geçerli olur.<sup>52</sup>

**2. Malikîler'e göre,** satılan şeyle ilgili taraflar arasında doğabilecek ihtilâflar, dört noktada incelenebilir;

a) Satım sırasında satılanın görülmüş olup olmamasıyla ilgili ihtilâf,

Satıcı alıcının akitten önce, satıladaki ayıbı görüp bildiğini, söyler, alıcı da bunun tam aksini iddia ederse, söz hakkı alıcındır. Yemin etmeden satılanı geri verebilir. Ancak satıcının ayıbı alıcıya bildirdiğini ve onun ayıba muttali' olduğunu iddia etmesi durumunda alıcının sözünün geçerli olması için yemin etmesi gerekir. Yemin etmediği takdirde, satıcı alıcının satış sırasında ayıptan haberdar olduğuna dair yemin eder. Artık alıcı ayıplı malı reddedemez.

Alıcı akitten önce, satılanı inceleyip muayene ettiğine ancak bu ayıba rastlamadığına, dair, şahit gösterirse, satıcı da akit sırasında onun ayıba muttali' olduğunu iddia ederse, durum yine aynı olur. Yani alıcı ayıbı bilmediğine, yemin eder. Yeminden sonra, ayıplı şeyi reddeder. Yemin etmemesi halinde, satıcı onun ayıbı bildiğine yemin eder. bu durumda alıcı malı olduğu gibi kabul eder.<sup>53</sup>

b) Ayıba razı olma hususunda ihtilâf,

Satıcı alıcının satım sırasında satıladaki ayıbı görmediğini ancak daha sonra bunu farkettiğini ve buna razı olduğunu savunur, alıcı da buna razı olmadığını iddia ederse, durum üç noktada incelenebilir;<sup>54</sup>

aa) Satıcı iddiasını kuvvetlendiren bir delil getirmediği takdirde, alıcı yemin etmeden satılanı geri verebilir.

bb) Satıcı iddiasını başka bir iddia ile, destekliyorsa; meselâ,

<sup>52</sup> Cezîrî, *Mezâhib*, II, 210.

<sup>53</sup> Cezîrî, a.g.e., II, 211.

<sup>54</sup> Krş. MC.m.1746/3.

satıcı, başka bir şahsın kendisine, alıcının ayıbı farkettikten sonra ona razı olduğunu söylediğini iddia eder, fakat o şahsın ismini vermezse, bu durumda satıcı alıcının ayıba rıza göstermediğine dair yemin etmesini ister. Alıcının satıcıyı, birinin ona böyle bir şey dediğine, dair yemin verdirme hakkı olup olmadığı konusunda ise, ihtilâf vardır.

cc) Satıcı ismini de vererek "falan adam alıcının ayıba razı olduğunu söyledi" diye iddia ederse, ismi verilen adamın şahitliğinin geçerli olup olmadığına bakılır, eğer şahitliği kabul edilen biriye, satıcı bu şahitlikle, alıcının ayıbı farkettikten sonra rıza gösterdiğini ispat edebilirse, bununla birlikte yemin eder ve satım tamam olur. Şayet ismini verdiği kişi şahitliğe ehil biri değilse, yahut ehil olup da satıcı onun şahitliği ile alıcının rızasını tespit edememişse, o zaman alıcı, ayıba razı olmadığına dair yemin eder ve satılanı geri verir. İsmi verilen kişi, satıcıyı yalanladığı takdirde ister şahitliği kabul edilen biri olsun, ister olmasın alıcı, yemin etme mecburiyetinden kurtulur.

c) Gizli ayıp, ya da sadece mütehassıslarca, bilinebilen açık ayıpların eski olup olmadığı konusunda ihtilâf,

Alıcı ayıbın akitten önce, satılанда bulunduğunu, satıcı ise, ayıbın alıcının yanında oluştuğunu iddia ederlerse durum, beş şekilde ortaya çıkabilir;

aa) Taraflardan hiç birinin elinde delil bulunmaması halinde, satıcının sözü tercih edilir. Başka bir eski ayıp bulunmadığı müddetçe, satım akdi tamam olur. İhtilâf konusu ayıpla beraber, eski bir ayıbın bulunması halinde alıcı bu ayıbın kabz'dan sonra - kendi yanında- meydana gelmediğine dair yemin eder ve bu doğrultuda hüküm verilir.

bb) Bilir kişiler satıcıyı kesin bir şekilde desteklemeleri halinde, yemine gerek kalmadan satıcının sözü kabul edilir. Alıcının muhayyerlik hakkı düşer ve satım akdi tamam olur.

cc) Bilir kişiler kesin olmayan bir şekilde satıcıyı desteklemeleri halinde, satıcının sözü yemin ettiği takdirde kabul edilir.

dd) Bilir kişiler alıcıyı kesin bir şekilde desteklemeleri halinde, alıcının sözü geçerlidir. Ayrıca yemin etmesine ihtiyaç kalmadan ayıplı malı geri verebilir.

ee) Bilir kişiler, kesin olmayan bir şekilde, alıcıyı desteklemeleri halinde, alıcının malı geri verebilmesi için ayıbın eski olduğuna dair yemin etmesi gerekir.

Şayet, ayıp açık olup bakmakla farkedilebiliyorsa, alıcı, ayıbın eskiliğine dair ister delil getirsin, ister getirmesin ayıplı şeyi geri veremez. Çünkü alıcı açık olan bu ayıba razı olmuş sayılır ve muhayyerlik hakkı düşer.<sup>55</sup>

d) Gizli olan ayıbın varlığı ve yokluğu konusunda ihtilâf,

Satıcı ayıbın yokluğunu, alıcı ise, varlığını iddia ettiklerinde, bu konuda yemine ihtiyaç kalmadan satıcının iddiası kabul edilir. Çünkü asıl olan ayıbın yokluğudur. Satıcının sözünü zayıflatan bir şey olmadıkça, iddiası kabul edilir. Satıcının sözünü zayıflatacak bir durum söz konusu ise, söz sırası, yine satıcındır. Ancak yemin etmesi gerekir.

**Malikiler'e göre,** satılan malın tesbiti konusunda ihtilâf bahis konusu olduğu takdirde, yemin etmesi şartıyla satıcının sözü kabul edilir. Meselâ, alıcı satılanı ayıplı olduğu iddiasıyla geri verdiğinde satıcı geri verilen malın kendisi tarafından satılan mal olmadığını iddia eder ve bu konuda yemin ederse, sözü kabul edilir. Çünkü geri verilen malın kendisine, ait olduğunu inkâr etmektedir. Ancak satıcı yemin etmezse söz sırası yeminle birlikte alıcıya gelir. Alıcı satılanı değiştirmedikçe ve onu satıcıdan satın aldığına dair yemin eder<sup>56</sup> ve bu doğrultuda hüküm verilir.

**Malikiler'e göre** ayıbın eskiliğine ve varlığına şahitlik edenlerin Müslümân, 'âdil ve birden fazla olmaları şart değildir. Çünkü bu, şahitlikten ziyâde, bir haber vermedir. Bu tür yerlerde şahitte aranan vasıf, yalancılıkla tanınmamış olmasıdır.<sup>57</sup>

**3. Şafililer'e göre ise,** tarafların ayıbın varlığı ve eskiliği konusunda ihtilâf etmeleri beş şekilde olabilmektedir.

a) Tarafların ihtilâfa düşmeleri ayıbın eskiliği ve yeniliği ihtimal dahilinde ise, bir tarafın görüşünü tercih edecek bir durum yoksa, satıcı, ayıbın alıcının yanında meydana geldiğini iddia ediyor ve bunu yeminle destekliyorsa, doğru kabul edilir<sup>58</sup> ve bu

<sup>55</sup> Ceziri, *Mezâhib*, II,213,

<sup>56</sup> Hattâb, *Mevâhibu'l-Celil*, IV,462.

<sup>57</sup> Ceziri, *Mezâhib*, II,213.

<sup>58</sup> İbn Âbidin, *Reddu'l-Muhtar*, V,19; MC.m.339; Ali Haydar, *Dürer*, I,557. İbn Ebi Leylâ'ya göre, önce alıcının delil getirmesi gerekir. Bu mümkün olmazsa, satıcı yemin eder.Bkz. Ebu Yusuf, *İhtilâfu Ebi Hanife vebni Ebî Leylâ*,15.

doğrultuda hüküm verilir. Çünkü asıl olan akdın devamlılığıdır, feshi değildir. Satıcıdan yemin etmesinin istenmesi ise, alıcının doğru olabileceği ihtimalinden kaynaklanmaktadır.

b) Ayıptan sorumlu olmama şartıyla bir şeyin satılması,

Şöyleki, satıcı alıcıya “sana bu hayvanı, bulunan bir ayıbından dolayı mesul olmamak şartıyla satıyorum” derse, bu şart, sadece akit anında bizzat hayvanda bulunan gizli ayıplar için bahis konusudur. Satılan sağlam olup, akitten sonra alıcının teslim almasından önce, ayıplanacak olursa, alıcı bu ayıpla malı reddedebilir. Bu durumda alıcı aybın satımdan sonra, kabzdan önce meydana geldiğini iddia ederse, bu iddia ile, satılanı reddedebilir. Satıcı da bu, eski bir ayıptır. Ancak bundan sorumluluk kabul etmeyeceğimi şart koşmuştum derse, bu durumda, yemin etmesi şartıyla satıcının iddiası doğrultusunda hüküm verilir.

c) İhtilâfin iki ayıp konusunda olması,

Şöyle ki, alıcı, satılarda bulunan iki aybın da eski olduğunu, satıcı ise, birinin eski birinin yeni olduğunu savunması durumunda alıcının yemin etmesi halinde, sözü kabul edilir. Alıcı yemin etmediği takdirde, satıcı yemin etmek mecburiyetinde kalmaz. Çünkü yemin etmesinde fayda yoktur. Ayrıca alıcının yemin etmemesi, satıcıya alıcı karşısında bir hak kazandırmaz. Sadece alıcının zoraki red hakkı düşer. Tıpkı satılarda yeni bir ayıp oluştuktan sonra eskiden de ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda olduğu gibi. Bu durumda da alıcının zoraki red hakkı düşmektedir. Bu son olayda üç ihtimal vardır.

aa) Satıcı satılanı geri alıp, yeni ayıptan dolayı da herhangi bir şey istemeyebilir.

bb) Alıcı eski ayıbından dolayı satım parasından herhangi bir indirim talebinde bulunmadan satılanı olduğu gibi kabul edebilir. Bu konuda her iki tarafın anlaşması yeterlidir.

cc) Taraflar ihtilâfa düşebilirler. Bir taraf, akdın feshini, diğer taraf da devamını isteyebilir. Bu durumda akdın devamını isteyen tarafın görüşü tercih edilir ve satıcının eski ayıptan dolayı parasından indirilen miktarı ödemesi gerekir.

d) Ayıbın eski olduğu durumundan anlaşılıyorsa,

Eğer bu ayıp, satımdan sonra meydana gelmesi mümkün değilse, alıcının yeminsiz olarak söylediği ifadeler doğrultusunda

hüküm verilir.

e) Ayıbın durumu, onun yeni olduğunu gösteriyorsa, yemin etmesine, ihtiyaç kalmadan satıcının ifadesi doğrultusunda, karar verilir.<sup>59</sup>

**4. Hanbelîler'e göre.** Satılanın durumu ile ilgili taraflar arasında meydana gelen ihtilâflar, üç hususu kapsamaktadır.

a) Satılanın kimde iken ayıplandığı konusunda ihtilâf,

Satıcı, satılan alıcıda iken; alıcı ise, satıcıda iken ayıbın meydana geldiğini iddia ederlerse, bu durum, üç noktada incelenebilir:

aa) Ayıp hem satıcı hem de alıcı elinde, meydana gelebilecek durumda ise. Şöyleki; satıcı alıcıya "sen elbiseyi aldığında bu yırtıklar yoktu. Bunlar sonradan yırtılmış" der, alıcı da, bunun aksini savunursa ve her iki tarafın da elinde delil yoksa, yemin ettiği takdirde alıcının sözüne itibar edilir.

Alıcı ya kesin bir şekilde, satılanı teslim alırken bu ayıpların bulunduğu ya da bu ayıpların kendisinin yanında meydana gelmediğine dair yemin ederse, ayıplı satılanı geri verebilir. Ancak bu durum, satılan kendisinden başkasının eline geçmediyse geçerlidir. Aksi takdirde, alıcının ne yemin etme ne de satılanı geri verme hakkı vardır. Çünkü satılan bir müddet elinden çıkmışsa, ayıbın o sırada meydana gelme ihtimali vardır.

bb) Ayıbın durumu, onun eskiliğini kesin olarak gösteriyorsa,

Meselâ, bir-iki gün önce, satılan hayvandaki yaraların iyileşmeye yüz tutması gibi. Yaraların durumu onun bir-iki gün içinde değil, eskiden var olduğunu gösterir. Bu durumda, ayıbın eski olduğunu savunan alıcının sözüne itibar edilir, ayrıca yemin etmesine de gerek yoktur.

cc) Ayıbın durumu onun alıcı elinde meydana geldiğini kesin olarak gösteriyorsa,

Bu durumda ayıbın satım akdinden sonra meydana geldiğini savunan satıcının sözü doğrultusunda, hüküm verilir. Bunun için ayrıca, yemin etmesi de istenmez.

b) Satılan malın tesbiti konusunda ihtilâf,

Şöyle ki, alıcı satın aldığı hayvanı ayıplı diye, geri vermek

<sup>59</sup> Ceziri, *Mezâhib*, II,213.

istediğinde, satıcı; “Bu, benim sana sattığım hayvan değildir” der, alıcı ise, “Bu, senin bana sattığın hayvandır.” derse, durum iki şekilde incelenebilir.

aa) Satılanın reddi, eski bir ayıptan kaynaklanıyorsa,

Yemin etmesi şartıyla satıcının ifadesine göre, karar verilir.<sup>60</sup>

bb) Red, şart muhayyerliği gereği oluyorsa,

Yemin ettiği takdirde alıcının sözü kabul edilir ve ona göre karar verilir. Bu iki durum arasındaki fark, tarafların neye itiraz ettiklerinden kaynaklanmaktadır; şöyle ki, ayıp nedeniyle red işleminde, satıcı alıcının fesih hakkını ve satılanın kendisi tarafından satıldığını inkâr etmektedir. Her zaman yemin ettiği takdirde, inkâr edenin sözü, esas alınır. Şart muhayyerliği nedeniyle red konusunda ise, satıcı, alıcının hakkını inkâr değil, itiraf etmektedir. Dolayısıyla satıcının değil, alıcının sözüne göre hüküm verilir.

c) Belirlenmiş satım parasında ihtilâf,

Belli bir malı misliyle değiştiren satıcının onu ayıplı çıkmadan dolayı geri vermesi halinde, alıcının kabul etmeyerek, “bu, benim satım parası olarak verdiğim mal değildir” demesi ve satıcının bunun aksini iddia etmesi gibi. Bu durumda her iki tarafın elinde delil bulunmaması halinde yemin etmesi şartıyla alıcının sözü geçerli olur.

Satılan belli olmadığı zaman da durum aynıdır. Meselâ, selem akdinde olduğu gibi. Satılan belli olmadığı halde, alıcı satılanı teslim aldıktan sonra ayıplı çıktığı iddiasıyla satılanı geri verdiğinde, satıcı satılanın bu olmadığını iddia etmesi ve alıcının bunu kabul etmemesi halinde yine, alıcının sözü geçerli olmaktadır.<sup>61</sup>

### III- DAVANIN DÜŞMESİ

Dava açıldıktan sonra bazı nedenlerden dolayı sona erebilir. Bu ya davacının tek tarafı olarak hakkından feragât ederek davalıyı affetmesi, ya da karşılıklı olarak anlaşıp sulh olmaları ile mümkündür.

<sup>60</sup> Ceziri, a.g.e., II, 210.

<sup>61</sup> Ceziri, a.g.e., II, 211.

Bu günkü medenî usul hukukunda da taraflar dava üzerinde - kural olarak- serbestçe, tasarrufta bulunabilirler. Bu tasarruf üç şekilde olabilmektedir; davadan feragât, davayı kabul ve sulh.<sup>62</sup>

#### A. FERAGAT VE AF

İslâm hukukunda, feragât ve af, daha çok hukuk davalarında söz konusu olabilir. Hz. Peygamber'in baktığı bir davada taraflardan birinin hakkından feragât etmesi ve bunun bir sonucu olara davanın sona ermesi,<sup>63</sup> İslâm'ın ilk döneminde de, feragât ve affin uygulandığını ve davayı düşürdüğünü göstermektedir.

**İbn Şübrüme**(144/761) ve **Ebu Yusuf**, İslâm muhakemelerine intikâl ettirilen kısas ve diyet hariç, **hudud** davalarında affin bahis konusu olmayacağını ifade etmektedirler.<sup>64</sup> Gerçekten de bu görüşü destekleyen rivâyetler, mevcuttur.<sup>65</sup> Mekkenin fethedildiği gün, tanınmış aileden bir kadının hırsızlık yapmış olmasından dolayı aldığı cezanın aracılara rağmen affedilmemesi,<sup>66</sup> Safvan b. 'Uyeyne'nin elbisisini çalan hırsızın cezalandırılmaması isteğinin Hz. Peygamber tarafından kabul edilmeyişi,<sup>67</sup> 'amme menfaati düşünülerek konulan bu tür cezaların affedilmeyeceğini göstermektedir. Bunlar mağdurun veya onun vârislerinin affetmeleriyle yahut haklarından feragât etmeleriyle düşmez.<sup>68</sup>

Hz. Peygamber, ceza davalarında af ve feragatın ne zaman kabul edilip edilmeyeceğini şu sözleriyle açıkça belirtmiştir: **"Taraflar, ihtilâfları mahkemeye intikâl ettirmeden önce, ceza (hudud) davalarında haklarından vaz geçebilirler, birbirlerini affedebilirler. Ancak dava mahkemeye geldikten sonra af bahis konusu olamaz, gereken ceza verilir ve verilen ceza infâz edilir."**<sup>69</sup>

Affin teşvik edildiğini ve maznunun korunduğunu gösteren hadisler de mevcuttur. Bunlardan iki tânesi şöyledir: **"Elinizden**

62 Kuru, *Medenî Usul Hukuku*, 388; HUMK.m.91-95.

63 Beyhakî, *Sulh*, 1.

64 Atar, *İslâm Adliye teşkilâtı*, 187.

65 Buhârî, *Sulh*, 7; Nesâî, *Kasame*, 15-16; İbn Mâce, *Diyet*, 16.

66 Ebu Dâvûd, *Hudud*, 4; İbn Mâce, *Hudud*, 6; Dârimî, *Hudud*, 5; Hakim, *Mustedrek*, IV, 379.

67 Muvatta', *Hudud*, 28; İbn Mâce, *Hudud*, 28; Ebu Dâvûd, *Hudud*, 15; Darimî, *Hudud*, 3.

68 Bkz. Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, 188.

69 Ebu Dâvûd, *Hudud*, 6

**geldiği kadar, müslümânların cezalarını kaldırmaya çalışınız. Şayet elinizde beraatı için bir yol, bir delil varsa, maznunu serbest bırakınız, çünkü başkan(hâkim)'in afa yanılması, cezalandırmada yanılmasından daha iyidir."**<sup>70</sup>, **"Şüpheli hal nedeniyle cezaları kaldırınız."**<sup>71</sup>

Bugünkü hukukta da davacı, ayıp muhayyerliği davalarında herhangi bir şekilde hakkından feragât ederek karşı tarafı affedebilir. Bu bir nevi iskattir. Esasen hiç kimse, kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi(HUMK.m.79), davacı da açmış olduğu bir davayı sonuna kadar takib etmeye zorlanamaz. Bunun tabii bir sonucu olarak davacı feragât etmek suretiyle açmış olduğu davayı sona erdirebilir.<sup>72</sup>

Medeni usul hukukunda, feragat, davacının mahkemeye hitaben yaptığı tek taraflı bir irade beyânı ile olur ve tamamlanır. Feragat beyanının ayrıca davalıya da ulaşması şart değildir. Davadan feragat, şekle tabidir(HUMK.m.93). Feragat iki şekilde olabilir; sözlü feragat, yazılı feragat.<sup>73</sup>

#### **B.SULH**

Davanın düşmesini sağlayan ikinci yol sulhtur. Sulh, taraflar arasındaki anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için yapılan bir akittir.<sup>74</sup> Müslümânlar arasında helâlî haram, haramı helâl etmemek şartıyla, sulh makbuldur.<sup>75</sup> Hz. Peygamber'in kendisine gelen bazı davalarda sulh'a teşvik ettiği bilinmektedir.<sup>76</sup> Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eşari'ye gönderdiği muhakeme usulu ile ilgili meşhur mektubunda bu hususa riayet etmesini istemiştir.<sup>77</sup> İslâm tarihinde bazı hakimlerin tatbikî olarak tarafları muhakemeden

<sup>70</sup> Tirmizî, **Hudud**,2; İbn Mâce, **Hudud**, 5; Ahmed b. Hanbel,V,160. Krş. Ebu Yusuf, **Harac**,152; Zeyla'î, **Nasbu'r-Râye**,III,309.

<sup>71</sup> ( ادرئوا الحدود بالشبهات ), Suyutî,**el-Cami'u's-Sağîr**,I,227. Ayrıca bkz.Tez, dördüncü bölüm, I,B,3,d.

<sup>72</sup> Kuru, **Medeni Usul Hukuku**,388.

<sup>73</sup> Kuru,a.g.e.,389-391.

<sup>74</sup> Kadızâde, **Netâicu'l-Efkâr**,VII,375. Ayrıca, bkz. Zeyla'î, **Tebyin**, V,29; Molla Hüsrev, **Dürer**, II,395; Şirbînî, **Muğni**,II,177; Haskefî, **ed-Dürü'l-Muhtâr**,V,628; Bilmen, **Kamus**, VIII,5.

<sup>75</sup> Bu anlamdaki hadis için bkz. Ebu Dâvûd, **Akdiye**,12; Tirmizî, **Ahkâm**, 17; İbn Mâce, **Ahkâm**, 23.

<sup>76</sup> Beyhaki, **Sulh**,1,5.

<sup>77</sup> Hamidullah, **Vesâik**, no:327; Atar, **İslâm Adliye Teşkilâtı**,190.

önce, sulh'a da'vet ettiklerini görmekteyiz. Burada hatırlatalım ki, dava meşru usule tabi olarak hükme bağlandıktan sonra sulh kabul olmaz.<sup>78</sup> İslâm hukukunda Sulh'un geçerli olduğu ve olmadığı yerler vardır. Bunlar, Fıkıh kitaplarında belirtilmektedir.<sup>79</sup>

Ayıbı kabullenme ve davadan vazgeçme konularında sulh yapılır mı, yapılmaz mı? Sorusuna gelince; esasen bu konuda hukukçular arasında önemli bir ihtilâf yoktur. Şayet, alıcı ayıplı malı kabul etmek, satıcı da ayıbın bedelini vermek üzere sulh olurlarsa, hukukçuların çoğuna göre bu, caizdir. Ancak **İmam Şafî'**nin talebelerinden İbn Cüreyc, tarafların böyle bir şey yapmalarını doğru bulmamaktadır. O'na göre, böyle bir davranış, alıcıya verilen bir hakkı, bedel karşılığında iskât etmektir. Bu ise, bedel karşılığında şufa hakkından vazgeçmek gibi caiz değildir. Diğer bazı hukukçular ise, bu izah tarzını doğru bulmayarak, taraflar arasında yapılacak böyle bir anlaşmayı en tabii bir hak olarak değerlendirmişlerdir. Şufa konusuna gelince, "bedel karşılığında şufa hakkından vaz geçilmez" hükmünün, herkesçe kabul edilen bir husus olmadığını belirtmişlerdir.<sup>80</sup>

Alıcının üzerinde sulh oldukları ayıptan başka bir ayıbın farkına varması halinde, tekrar dava açabilme hakkına sahiptir.<sup>81</sup>

Taraflar kendi aralarında ya da hâkim huzurunda sulh olduktan sonra, dava düşer, artık aralarındaki çekişme sona erer, aynı iddia ile, bir daha davaları dinlenmez.<sup>82</sup>

Ayıp konusunda yapılan Sulh'a örnek olarak şu misaller verilmektedir: Satın aldığı malın ayıplı olduğunu farkettiği için, onu reddetmek isteyen alıcıya, satıcı, ayıbın eskiliğini inkâr etmekle birlikte, peşin veya taksitle, ayıplı malı reddetmemesi için bir miktar para vermek üzere sulh olurlarsa, bu sulh geçerli olur. Bu davranış, ayıp karşılığında satım parasından indirim yapma anlamına gelir.<sup>83</sup>

78 Atar, a.g.e. ve y.

79 Bkz. Sarahsî, **Mebsût**, XXI,35; kâsânî, **Bedâi'**, 49; Zeyla'î, **Tebyin**, V,37; Kadızâde, **Netâicu'l-Efkâr**, VII,38 vd.

80 İbn Rüşd, **Bidâye**, II, 148. Kırş. Nevevî, **Mecmu'**, XII,168-167; Şelebî, **Haşiye**, V,31; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V,47; Sa'dî Ebu Ceyb, **Mevsu'atu'l-İcma'**, I, 190; Ali Haydar, **Dürer**, I,560-561.

81 Heyet, **Hindiyye**, IV,251.

82 Serahsî, **Mebsût**, XX,163; Kâsânî, **Bedâi'**, VI,53; Zeyl'î, **Tebyin**, V,33; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, V,321.

83 Ali Haydar, **Dürer**, I,560

Alıcı ayıplı malı geri alması için satıcıya belli bir miktar para vermek üzere anlaşılırsa, bu sulh, satıcının ayıbı inkâr etmesi, ya da, satılan, alıcıda iken yeni bir ayıbın oluşması üzerine yapılmışsa sahih olur, aksi takdirde olmaz. Çünkü bu, bir rüşvet sayılır.<sup>84</sup> Nitekim, alıcı, herhangi bir ayıptan dolayı satıcı ile sulh olduktan sonra, bahsi geçen ayıp alıcının müdahalesi olmadan düzelirse, satıcı sulh bedelini geri alır(MC.m.97). Alıcının katkısıyla ayıp giderilirse, alamaz.<sup>85</sup>

İki kişi satın aldıkları malın ayıplı olduğunu farkettikten sonra, birisi, satıcı ile sulh olursa, diğeri satıcı ile davalasamaz.<sup>86</sup>

HUMK.nunda ise sulh, ayrı bir kurum olarak düzenlenmiş değildir. Ancak çeşitli kanun hükümlerinde sulhtan söz edilmektedir.<sup>87</sup>

HUMK.nunda ayrı bir müessese olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, davada sulh, mümkündür. Çünkü bu, taraflar arasında yapılan bir sözleşme olup,(feragât ve kabul gibi) sulh ile de dava konusu uyuşmazlık son bulur. Uygulama da bu şekildedir. Esasen mahkeme önünde sulh anlaşması yapılabileceği, HUMK.m.151/5'te açıkça ön görülmüştür.

Sulh, taraflar arasındaki uyuşmazlığı onların rızası ile, çözmeye yaradığından ve uyuşmazlığa daha çabuk, ucuz ve basit bir şekilde son verdiğinden daha iyi bir çözüm şekli olarak bugünkü hukukça da benimsenmiştir. Bu nedenle hâkim, davanın her aşamasında sonuç vereceği umulan hallerde iki tarafı Sulh'a teşvik edebilir(HUMK.m.213). Ancak ne İslâm hukukunda, ne de HUMK.nunda, hâkimin tarafları sulh'a mecbur etmeye hakkı yoktur.<sup>88</sup>

84 Haskefi, **ed-Dürri'l-Muhtâr**, V,46; Ali Haydar, a.g.e. ve y.

85 Haskefi, a.g.e. ve y.; Ali Haydar, **Dürer**, I,561.

86 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V,47. Başka misaller için bkz. Nevevî, **Mecmu'**, XII,168-170; Şelebi, **Haşiye**, V, 33; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, V,321.

87 Meselâ, HUMK.m63,151,513-515; İİK.m.38,226/II; MK.m.306/ IV,379/1, 405/8; BK.m.191,338/III; TK.m.165,219,310; AK.m.165; Harçlar K.m.22; Tapulama K.m.74/II; 2613 sy.K.m.30-31; İş.Mah. K.m.7; Vergi Usul K.m.324; 4353 sy.K.m.30-31(bkz. Kuru,**Medeni Usul Hukuku**, 396).

88 Serahsî, **Mebsût**, XX,123; Şirbînî, **Muğni**, II,177-179; Kuru, **Medeni Usul Hukuku**, 396 vd.

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

# **AYIP MUHAYYERLİĞİNİN HUKUKÎ SONUÇLARI**

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### AYIP MUHAYYERLİĞİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

#### I- AYIP MUHAYYERLİĞİNDE MALIN KABUL VE REDDİ

Ayıp muhayyerliğinde aranan vasıf ve şartlar gerçekleşmiş ve muhayyerlik hakkı doğmuşsa satıcı bakımından akit tamam ve bağlayıcı olmakla beraber, alıcı bakımından bağlayıcı değildir. Ayıp muhayyerliği, borcun sebep ve hükmüne te'sir etmediği için yalnızca lüzumuna tesir etmektedir. Bu da malı teslim almadan önce, "akdin bağlayıcı olmaması", teslim aldıktan sonra ise, "fesih imkânı" neticilerini doğurmaktadır.<sup>1</sup>

##### A. MALIN KABULÜ

Ayıp muhayyerliği şartları gerçekleştiği takdirde, alıcının bazı haklardan yararlanma imkânı doğar. Ancak bu haklar, hukukçular arasında, farklı şekillerde değerlendirilmiştir.

İslâm hukuk ekollerinden **Hanefî ve Şafiîler**, ayıplı malda alıcıya iki seçenekten birini seçme hakkı vermişlerdir; ayıplı malı kararlaştırılan fiyattan **kabul**, ya da **red**. Bu iki hukuk ekolüne göre, ayıplı malı kabul edip, kıymetinin noksanı karşılığında satım parasından **indirim** yapılamaz. Ancak satılanı geri vermeye engel bir durum varsa, satım parasından indirim yoluna gidilebilir.<sup>2</sup> Çünkü akitte lüzumlu vasıflar, asıl değil, asla bağlı olarak bulunurlar, bu nedenle, fiyattan vasıflara tekâbül eden bir şey yoktur. Zikir ve va'd edilen vasıflar ise, bu kuralın dışında tutulmuştur.<sup>3</sup>

1 Senhurî, **Mesâdir**, IV,252.Krş. Kâsânî, **Bedâi'**, V, 273-274,281; Diyâb, **Damân**, 185; Yusuf Musa, **el-Emvâl**,488.

2 MC.m.337.Krş. Şirâzî, **Muhezzeb** (Mecmu' ile), XII, 121; Merğînânî, **Hidâye**, III, 35; Zeyla'î, **Tebyîn**,IV,31; İbnu'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**,VI,2-3; İbn Nuceym, **el-Bahr**,VI,39; Kadri Paşa, **MH**.m.532; Mahmesânî, **en-Nazarîyyetu'l-Âmme**, II,169-170; Feyzullah, **Nazarîyyetü'd-Damân**, 111, 112.

3 Merğînânî, **Hidâye**, III,35-36; Molla Hüsrev, **Dürer**, II,160; Alî Haydar, **Dürer**, I,575;

**Malikîler**'e göre, satılanın gayrı menkul olup olmaması önemlidir. Eğer gayrı menkul olur ve ayıp az ise, onlara göre, alıcı kıymet noksanı karşılığında satım parasından indirim yaparak malı kabul edebilir. Eğer gayrı menkuldeki ayıp fazla ise, **Malikîler**, **Hanefî** ve **Şafîîler**le aynı görüşü paylaşarak satım parasını indirme yoluna değil, alıcının malı reddedebileceğini, söylemektedirler.<sup>4</sup> Menkul mallarda ise, **Malikîlerin** aynı taksimâtı, yapıp yapmadıkları ihtilâf konusu olmuştur<sup>5</sup>

**Hanbelî** ve **Ca'ferîler**'e göre, alıcının üç seçeneği vardır: Ayıplı malı reddederek verdiği parayı geri almak, konuşulan fiyata razı olup malı alıkoymak ve malı alıkoyarak ayıptan dolayı satım parasından indirim yapmak.<sup>6</sup> **Hanbelîler** bu görüşlerini şöyle savunmaktadırlar; mal alıcı elinde iken ayıplanınca, eski ayıbı ile, malı reddeettiğinde, alıcı satıcıya karşı yeni ayıbı tazmin ettiği gibi, ayıplı malı geri vermek istemediği zaman ayıbını satıcıya tazmin ettirebilir(ers). Bu durum, tıpkı on kile buğday alıp da dokuz kile çıkması gibidir.<sup>7</sup>

Arap Ülkelerine yönelik, İslâmî esaslara göre hazırlanan "**el-Kanunu'l-Medenî el-Muvahhad**" taslağı, bu konuda **Hanbelîler**'in görüşü doğrultusunda düzenlenmiştir.<sup>8</sup>

**Zahirîler**, akit sırasında satılanın ayıpsızlığı şart koşulmadığı ve malın ayıplı olduğundan da söz edilmediği takdirde, alıcı muhayyerdir. Dilerse ayıplı malı reddeder, dilerse, malı konuşulan fiyattan **kabul eder**. Ayıptan dolayı satım parasından indirim yoluna gidemez. Çünkü, malı alıkoymakla, ayıba razı olmuştur. **Zahirîler**, tasriye olayını bunun dışında tutmuşlardır.<sup>9</sup>

İslâm hukukçularının görüşlerinin bir değerlendirmesini yapacak olursak; ayıplı malın reddi veya konuşulan fiyatla bir indirim yapmadan malı, kabul konusunda, bütün hukukçular, ittifak etmişlerdir.<sup>10</sup> Buna Hz. Ömer de dahildir.<sup>11</sup> Çünkü bu kabul, ayıba

4 Diyâb, **Damân**, 174; Zuhaylî, **Nazarîyyetü'd-Daman**, 238-239

5 İbn Rüşd, **Bidâye**, II,148; İbn Cüzey, **Kavânin**, 267; Yusuf Celâl, **Müzekkirât**, 57; Senhurî, **Mesâdir**, IV,255 dn.

6 İbn Kudâme el-Makdisî, **eş-Şerhül-Kebir**, IV,87; Diyâb, **Damân**, 174.

7 İbn Kudâme el-Makdisî, **eş-Şerhu'l-Kebir**, IV,87; Ebu Zehrâ, **el-Milkiyye**, 403,404, dn.

8 KMM.m.237.

9 İbn Hazm, **el-Muhallâ**, IX, 65, ms.1570.

10 İbn Rüşd, **Bidâye**, II,148; Sa'dî Ebu Ceyb, **Mevsû'atu'l-İcma'**, I, 190.

11 Kal'acı, **Mevsû'atu Fıkhi 'Ömeribni'l-Hattâb**,394.

razi olmak ve muhayyerlik hakkını düşürmek demektir.

Ayıplı malı red, ya da malı alıkoyup ayıp karşılığında fiyattan indirim yapma konusunda **Hanbelî, Ca'ferî** ve gayri menkulün az ayıplı olması durumunda **Malikîler**, ittifak etmişlerdir.

Bize de alıcıya üç seçenek tanıma konusunda yukarıda geçen bu hukuk ekollerinin ictihadlarının alıcı açısından daha adil olacağına inanmaktayız. Çünkü, muhalif hukukçuların dediği gibi ayıplı malın alıkonması, ona rıza göstermek anlamını taşımaz. Alıcı ayıba razı olmadığı halde acilen ihtiyacını karşılamak için malı alıkoyabilir. Ancak ayıpsız mal satın almak için irade beyanında bulunmuş olduğu için, zararının tazmin edilmesini isteme hakkına sahip olmalıdır. Bu, akdin de gereğidir. Eğer alıcı mala ihtiyaç duyduğu için onu alıkoymuşsa ve ayıptan dolayı satım parasından indirim yapılmasına izin verilmezse, alıcı zarara sokulmuş olur. Halbuki, Mecellenin 20. maddesinde, "**Zarar izâle olunur.**", 19. maddesinde, "**Zarar ve mukabele bi'z-Zarar yoktur**" denmektedir<sup>12</sup>

Türk borçlar hukukunda ise, durum şöyle değerlendirilmektedir: "Eğer mal, satıcının sorumluluğunu gerektirecek biçimde ayıplıysa, borçlar kanununda alıcıya üç seçimlik hak verilmektedir. Buna göre, a) Alıcı dilerse, malı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmenin feshini, b) Dilerse malı kabul ederek, maldaki ayıp oranında satım parasından uygun bir miktarın indirilmesini dava edebilir(BK.m.202), c) Ya da alıcı, bu yollara baş vurmadan -malın çeşidiyle belirlenen bir mal olması şartı ile- ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesini isteyebilir<sup>13</sup>(BK.m.203). Buna göre;

Türk Borçlar Kanununda(m.202,203), alıcıya tanınan hakların -yukarıda geçen- ilk ikisinde, **Hanbelî, Ca'ferî**, bazı şartlarla **Mâlikî**, ekollerinin görüşleriyle bazı yönlerden paralellik gösterdiğini söyleyebiliriz. Diğer taraftan, **Hanefî, Şafî, Zahirî** ve bir yönüyle **Malikî** ekolleriyle de farklılık arzettiğini tesbit etmiş bulunuyoruz. Ayıplı malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi konusuna ise daha sonra değineceğiz.<sup>14</sup>

12 Ayrıca,MC.m.25. ve benzer maddeler, hadislerden istifadeyle düzenlenmiştir.

Bkz. Ali Haydar, **Dürer**, 19,20,25. madde şerhlerine.

13 Zevkililer, **Borçlar Hukuku**, 39; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 134; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,180.

14 Tez,dördüncü bölüm,III.

## B. MALIN REDDİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

### 1. Reddin Hukukî Niteliği ve Şekli

Ayıp muhayyerliği hakkına sahip olan kimsenin en önemli seçeneği, malı reddetmekle akdi feshetmesidir. Akdin feshi ise, onun ortadan kaldırılması demektir. Fesih, ayıptan dolayı muhayyerlik hakkının kullanılmasına dayandığına göre, bu hakkın doğumu için gerekli maddî ve şeklî şartların gerçekleşmesi yanında, muhayyer kişinin malı reddedip akdi feshetme yönüne bizzat ya da vekili tarafından başvurusu gerekir. Aksi takdirde, muhayyerlik hakkı şahsî bir hak olduğundan onu korumak için bir kamu davası açılmaz. Bu nedenle malı red ederek akdi fesih talebinin muhayyer kişiden gelmesi gerekir, bu konuda her iki hukuk görüş birliği içindedir.<sup>15</sup>

Ayıptan dolayı malın reddinin fesih sayılıp sayılmaması, özellikle zincirleme satışlarda, hükümlerin değişmesine etki etmektedir. Şöyleki; satıcı(S)'nin, müşteri(M)'ye bir mal sattığını düşünelim, M, malın ayıplı olduğunu bilmeden bir başka alıcı(A)'ya satıyor. Daha sonra A, ayıbın farkına varınca, hâkime başvurmadan M'nin rızasını alarak malı M'ye geri veriyor. Bu durumda, **Hanefîlerin ictihâdına göre** M, geri aldığı malı, S'ye iade edemez. Çünkü kabzdan sonra malın reddi **ikâle** sayılır ki, bu da üçüncü kişi hakkında yeni bir satım akdi, taraflar açısından da fesih sayılır. S, burada üçüncü kişi durumunda olduğundan ona göre, M, A'dan malı satın almakta ve aralarında hiç bir anlaşmazlık da bulunmamaktadır. Ancak, A, hâkim kararıyla malı reddetmişse, durum farklı olur. O zaman bu red, herkes için fesih sayılır. Bu durumda M, S'ye malı reddedebilir.<sup>16</sup>

**Şafîî ve Hanbelîlere göre** M, A'ya malı, ayıbın farkında olmadan satmışsa, o zaman M, S'ye satılanı reddeder. Aksi takdirde red hakkını kaybeder. Çünkü malın ayıbını farkettikten sonra başkasına satmak, malda, mal sahibi olarak tasarrufta bulunmak demektir ki, bu da muhayyerlik hakkını düşürür.<sup>17</sup>

**Hanefî mezhebinde**, ayıplı malın reddinin fesih sayılmadığı iki istisnâî durum vardır;

a) Mahkeme kararıyla malın ayıptan dolayı geri verilmesinden

<sup>15</sup> Bkz. Tez, birinci bölüm, II, D, 5.

<sup>16</sup> İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 28. Krş. Merğînânî, **Hidaye**, III, 38.

<sup>17</sup> İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV, 446; Şirbînî, **Muğnî**, II, 56-58.

önce, satıcının parayı havâle etmesidir ki, böyle bir havâle, bâtil olmaz.

b) Alıcı taşınır bir malı mahkeme kararı ile herhangi bir ayıptan dolayı reddetiktikten sonra, satıcının onu teslim almadan önce, alıcıdan başkasına satması caiz olmaz. İbn Abidin'e göre, mahkeme kararı ile ayıplı malın reddi burada "**fesih**" sayılıydı, sözü edilen satış caiz, havale ise, batıl olurdu.<sup>18</sup>

**Malikîler**, ayıplı malın reddinin bir alım-satım akdinin feshi mi, yoksa yeni bir alım-satımın başlangıcı mı(inşâî)? olduğu konusunda ihtilâf etmişlerdir. **İbn Kâsım**(191/819), **el-Mudevvene**'nin "**İstibrâ**"bölümünde bunun yeni bir satım akdinin başlangıcı olduğunu söylemekte ve bunu **İmam Malik**'ten rivâyet etmektedir.<sup>19</sup> Ancak yine **İmam Mâlik**'ten "**el-'Uyub**" bölümünde buna aykırı düşen bir rivâyet de vardır. **Eşheb**(204/819) ise, yine **İstibra** bölümünde, ayıplı malı reddetmeyi satım akdini feshetmek olarak değerlendirmekte ve bu görüşünü **İmam Malik**'e dayandırmaktadır.<sup>20</sup> Ancak yine **el-Mudevvene**'nin "**el-'Uyub**" bölümünde **İmam Malik**'ten buna muhalif bir rivâyetin mevcut olduğunu belirtmeliyiz.<sup>21</sup>

Türk borçlar hukukunda bazı görüşlere göre, akdin feshi konusunda, mahkeme kararı ile, satıcının rızası arasında bir fark yoktur.<sup>22</sup>

TBK.m.202'de alıcının, satılanı redde hazır olduğunu beyanla **satımın feshedilmesini dava edebileceğinden** söz etmekte ise de, doktrinde bu konuda "fesih"ten söz etmenin doğru olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Bazı hukukçulara göre, ayıplı malın reddini bir fesih olarak değerlendirmek isâbetli değildir. Çünkü, fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak değil, fakat ileriye doğru(ex nunc) sona erdiren bir **bozucu yenilik doğuran hak**, ya da muameledir.<sup>23</sup> Oysa dönme durumunda sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak(ex tunc) sona ermektedir.<sup>24</sup>

18 Reddu'l-Muhtâr,V,48.

19 Mâlik, el-Mudevvene, III,128.

20 Malik,a.g.e.,III,129.

21 İbn Rüşd, Mukaddimât, II, 581.

22 Bilge, Borçlar Hukuku, 85.

23 Seliçi, Borç İlişkilerinin Sona Ermesi,115 vd. Ayrıca bkz. Koç, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, 267 vd.

24 Yavuz, Satıcının Sorumluluğu, 166; Tandoğan, Borçlar Hukuku, I/1,183-184.

Doktrinde fesih müeyyidesinin(BK.m.202) geniş anlamda fesih olduğu fikri hâkim bulunmaktadır. Bir çok yerli ve yabancı hukukçu, bu kanaattedirler.<sup>25</sup> Bunlara göre hukukî muamele, başlangıçta tam olarak teşekkül ettiğine göre ve ayıplı teslim de akdin oluşmasından sonra meydana geldiğine göre, geniş anlamdaki feshin unsurları gerçekleşmiştir. Satıcı alıcıya ayıplı bir mal teslim etmekle satım akdi ile ona yüklenen tekeffül borcunu ihlâl etmiştir. Bu, akdi başlangıçta sakatlayan bir sebep teşkil etmez.<sup>26</sup> Bu fikrin savunucuları aynı zamanda reddin esas itibariyle, bir hakiki iptâl müeyyidesi olduğunu savunanlara karşı cevap vermiş oluyolar.<sup>27</sup>

**Reddin şekline gelince;** eğer ayıplı mal, satıcının elinde iken reddedilecekse, hâkime baş vurmadan ve satıcının rızasını almadan, sadece, alıcının malı reddettiğini belirtmesi yeterli olmaktadır. Bu konuda hukukçular arasında bir ihtilâf yoktur.<sup>28</sup> Eğer alıcı, malı kabzettikten sonra, reddedecekse, bu durumda **Hanefilere göre** fesih, ya karşılıklı rıza, veya hâkimin kararı ile, mümkün olabilir.<sup>29</sup>

**Şafii ve Hanbelîler'e göre,** ister malı kabzettikten sonra olsun, ister önce olsun alıcının muhayyerlik hakkını kullanırken ne hâkimin kararına ne de satıcının rızasına ihtiyacı yoktur. Tıpkı şart ve görme muhayyerliklerinde olduğu gibi.<sup>30</sup>

**Hanefiler,** görüşlerini şöyle müdafaa ediyorlar; Kabz ile pazarlık tamamlanmıştır. İkâle'de olduğu gibi tamamlanmış bir pazarlığı, taraflardan biri, tek taraflı olarak bozamaz. Nitekim taraflardan biri kendi kendine karşı tarafın rızası ve hâkimin kararı olmadan akdi de oluşturamaz. Ancak kabzdan önce, durum farklıdır henüz pazarlık(safka) tamamlanmamıştır. Şart muhayyerliğinde ise, hüküm hakkında pazarlık henüz tamam olmamıştır. Orada red, **def** ve **kabul etmeme** anlamına gelir. Görme muhayyerliğinde de red, hükmündedir.Çünkü satılanı görmemek pazarlığın tamamlanmasına engeldir.<sup>31</sup>

25 Yabancı yazarlar için, özellikle bkz. Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,105.

26 Edis,a.g.e.,104-105.

27 Edis, a.g.e. ve y.

28 Yusuf Musa, **el-Emvâl**, 490; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**,IV,565.

29 Kâsânî, **Bedâi'**,V, 281; Zeyla'î, **Tebyîn**, IV,23.

30 İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV, 246; Şirbîni, **Muğni**, II,57; Ramli, **Nihâye**, IV,50-51; Haccâvî, **İkna'**, II, 99; Yusuf Musa, **el-Emvâl**,491.

31 Kâsânî, **Bedâi'**, V,281; Ebu Zehra, **El-Milkiyye**,408-409.

Fesih için İ'lâm(ihbâr), şarttır. Bu konuda **Hanefiler** arasında bir ihtilâf yoktur.<sup>32</sup> Alıcı kendi kendine kabz'dan önce de olsa, satıcıya haber vermeden akdi bozarsa, bu, hiç bir şey ifade etmez.<sup>33</sup>

Türk borçlar hukukunda reddin şekli, tartışma konusu olmuştur. TBK.m.202'de; "satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman, alıcı muhayyerdir. Dilerse, satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshedilmesini.dava eder..." denilmektedir. Bu hükmün lafzından alıcının muhayyerlik hakkını dava yoluyla kullanması gerektiği sonucu çıkarılabilir. Ancak bazı hukukçulara göre bu çözüm şeklinin, borçlar kanununun amacına ve günümüzde gelişen tüketiciyi koruma eğilimlerine uygun düşmemektedir.<sup>34</sup>

Malın reddi ve akdi fesih konusunda, satıcının rızasına başvurma görüşünün de doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirildiğini görmekteyiz.<sup>35</sup>

Alman hukukunda, BGB.Pr.465'e göre, alıcının muhayyerlik hakkını kullanması, ancak satıcının rızasıyla gerçekleşebilir. Sözleşmeden dönme ya da satım parasının indirilmesi, tek taraflı kullanılabilen ve yenilik doğuran bir hak değildir.<sup>36</sup>

Fransız hukukunda da aynı düşünce hâkimdir. Gerçekten satılanın ayıplı olması durumunda alıcının seçim hakkını düzenleyen Fr.MK.m.1644 hükmünde ön görülen düzenlemeye göre, alıcının muhayyerlik hakkını kullanarak malı reddedebilmesi için satıcının rızası ya da bir dava açılması ile, mümkün olmaktadır.<sup>37</sup>

Yukarıda geçen görüşlerin değerlendirmesini yapan bazı hukukçular, katıldıkları görüşleri şöyle belirtmektedirler: "Alıcı seçim hakkını ne satıcının muvafakatına, ne de mahkeme kararına gerek olmadan tek taraflı yönetilmesi ve varması gerekli irade açıklamasıyla kullanabilmelidir. Eğer seçim hakkı dava yoluyla kullanılmışsa, mahkemenin faaliyeti, sadece açıklama ve tesbît

<sup>32</sup> Yusuf Musa, *el-Emvâl*, 491.

<sup>33</sup> el-Kürdi, *Fıkhu'l-Mu'âvedât*, I,300; *Buhûs*, 284. Ayrıca bkz. tez,ikinci bölüm, I, B, 2.

<sup>34</sup> Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*, 139.

<sup>35</sup> Bkz.Serozan, *Sözleşmeden Dönme*,319.

<sup>36</sup> Bu görüşün değerlendirilmesi için bkz. Yavuz,a.g.e., 136.

<sup>37</sup> Yavuz, a.g.e.,138.

niteliğinde olacak, yoksa inşâî bir nitelik taşımayacaktır”<sup>38</sup>

Türk hukuk doktrinde hakim görüş, seçim hakkının yenilik doğuran bir hak niteliğinde oluşudur. Bu nedenle, alıcının bu hakkını kullanması, yenilik doğuran bir hukukî muameleyi oluşturmaktadır. Alıcı bu hakkını kullanırken, amacına ulaşmış olmaktadır. Bundan sonra yeni bir seçim yapma imkânı yoktur. Seçim hakkı kullanılıp sonuç meydana geldikten sonra, alıcı bundan dönmeyecektir.<sup>39</sup> Akdin feshi dışında kalan diğer seçimlik hakların kullanılması değıştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir.

Görüldüğü gibi ayıp muhayyerliği nedeniyle malın geri verilmesinin akdi fesih mi, yoksa yeni bir akdin başlangıcı mı olduğu konusunda her iki hukukta da farklı görüşler vardır. Feshin rıza, ya da hâkim kararıyla olması, akdin sonucunu etkileyip etkilememesi, her iki hukukta farklı değerlendirilmiştir. İslâm hukukuna göre, sonuca etki ederken, bugünkü Türk hukukunda farklı hiç bir etkisi yoktur.

Reddin şekli konusunda ise, Alman ve Fransız ictihâdının **Hanefîlerin** ictihadına -Kabz’dan sonraki durumda- benzemektedir. Türk borçlar hukukundaki; “alıcının mahkeme ya da satıcının rızasına ihtiyaç duymadan” iradesini açıklayarak feshi gerçekleştirebileceği görüşün de **Şafîî** ve **Hanbelî** ictihatlarıyla tamamen aynı olduğunu görmekteyiz.

Reddin hukukî niteliği ve şekli ile ilgili bu tesbitlerden sonra, satılanın birden fazla olması ve istihkâk halinde red konusu üzerinde bir nebze durmada fayda vardır;

a) Satılanın birden fazla olması halinde red,

Satılanın birden fazla olması durumunda yalnız ayıplı olanı mı reddedecek yoksa, hepsini mi reddedecek? Bu konuda farklı ictihatlar olmuştur.<sup>40</sup>

**Hanefîler**, konuya pazarlığın (Safkanın) tamamlanıp tamamlanmaması açısından bakmışlardır. Onlara göre pazarlık “kabz” ile tamam olmaktadır.<sup>41</sup> Bu nedenle, satılanın birden fazla olması durumunda, malın reddini iki kategoride incelemek

38 Yavuz,a.g.e.140; Krş.Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,183-184.

39 Yavuz,a.g.e.,141.

40 İbn Rüşd, **Bidâye**, II, 148.

41 Kâsânî, **Bedâî**, V, 286; Senhurî, **Mesâdir**, IV, 257, dn.1.

gerekmektedir; kabz'dan önce ve kabz'dan sonra.<sup>42</sup> Şayet, **kabz'dan önce**, bir pazarlıkla satın alınan şeylerin bazısı ayıplı çıkarsa, alıcı, ya malın tamamını reddeder ya da konuşulan fiyattan kabul eder. Alıcı ayıplı olan şeyleri geri verip sağlam olanları alıkoymaya yetkili değildir.<sup>43</sup> Eğer **kabz'dan sonra** ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, ve malın bölünmesinde taraflara zarar dokunmuyorsa, alıcı yalnız ayıplı olanı, konuşulan fiyattan - sağlamken- payına düşeni ile reddeder. Satıcının rızası olmadan hepsini birden reddedemez. Ayrılmasında zarar olan şeye gelince; alıcının iki seçeneği vardır; ya malın tamamını reddeder, ya da olduğu gibi kabul eder.<sup>44</sup>

Mecelle buna şöyle misal vermiştir: "Kırk kuruşa alınan iki festen birisi kabzdan önce ayıplı çıkarsa ikisini birden reddedebilir. Eğer kabzdan sonra birisi ayıplı çıkarsa sadece onun salimen kıymeti kaç kuruş ise o kadarını kırk kuruştan indirerek reddeder. Fakat bir çift ayakkabı alınıp da, kabzdan sonra bir teki kusurlu çıkarsa ikisini birden red ile tamamen parasını geri alabilir."<sup>45</sup>

Alıcı, iki maldan birini kabzettikten sonra, kabzettiği şeyde ya da diğerinde bir ayıp olduğunu farkedirse, ya ikisini reddeder, ya da her ikisini olduğu gibi alıkor. Sadece ayıplı olanı reddedemez. Çünkü bunda pazarlık tamamlanmadan önce pazarlık ayırımı (tefriku's-Safka) vardır. **İmam Ebu Yusuf** kabzettiğini reddedebileceğini söylemişse de görüşü Hanefilerce kabul görmemiştir. Çünkü pazarlığın tamamlanması, satılanı kabzetmekle tamam olur. "Satılan" (mebi') terimi malın bir kısmını değil tamamını kapsar.<sup>46</sup> İbn Rüşd (595/1198)'e göre, mal, satın alındığında her birine ayrı bir fiyat biçilmişse o zaman yalnız ayıplı olanın geri verilebileceğinde ihtilâf olmamıştır.<sup>47</sup>

**Malikîler**, ayıbın, esas maksadı bozup bozmadığına göre konuya bakmışlardır. Eğer ayıp esas maksada halel getiriyorsa, malın tamamı reddedilir, halel getirmiyorsa, kıymeti karşılığında yalnız ayıplı olan geri verilir.<sup>48</sup>

42 İbn Rüşd, **Bidâye**, II, 149.

43 Kadri Paşa, MH.m.533-534.

44 Kâsânî, a.g.e., V,286-289.

45 MC.m.351. Ayrıca bkz. Ali Haydar, **Dürer**, I, 578-583; Selim Rüstem, **Şerhu'l-Mecelle**, 195-196.

46 Merğînânî, **Hidâye**, III, 40; Zeylâ'î, **Tebyîn**, IV, 41; İbn Nüceym, **el-Bahr**, VI, 68-69; Dâmât, **Mecma'u'l-Enhur**, II, 49-50; Mes'ud Efendi, **Mirât-ı Mecelle**, 110-111.

47 İbn Rüşd, **Bidâye**, II, 149.

**Malikiler**, satılanın birden fazla olması halinde, satılanın bir kısmının ayıplı olması durumunda dört ihtimal üzerinde fikir yürütmüşlerdir:

1) Satılanın, belirli ve kıymetlendirilmiş olması,

Bu malın bir kısmının ayıplı olduğu anlaşılırsa, alıcı, ya ayıplı kısmı hissesine düşen miktar karşılığında reddeder, geri kalanı da fiyattan hissesine düşeni ile alıkor, ya da malı bütünüyle konuşulan fiyattan kabul eder, ayıba razı olur. Ancak, satılanın hissesine düşen ile reddedilebilmesi için, semenin, 'aynî veya mislî olması gerekir. Şayet semen ev vs. gibi bir şey(sil'a) ise geri alma, bu şeyin bir cüz'ü değil onun kıymeti şeklinde olacaktır. Aksi takdirde alıcı satıcının ortağı gibi olur ki bunda zarar vardır. Bu görüşe Eşheb(204/819) itiraz etmişse de, hâkim kanaat budur.<sup>49</sup>

**Malikiler'e** göre ayıplı malın reddi için ayıbın az olması gerekir. Ayıbın çok olması, meselâ on elbisenin altısı ayıplı ise, malın tamamının reddedilmesi ve satım parasının tamamının alınması gerekir.<sup>50</sup>

Satılan mal, bir çift ayakkabı, ya da kapının iki kanadı gibi ayrılmalarında zarar olan bir şey ise, karşılıklı rıza olmadıkça ayıplı mal, fiyattan hissesi karşılığında reddedilemez. Diğer bir kısım Malikilere göre ise, razı olmaları halinde bile ayıplı malın reddi mümkün değildir.

2-3) Satılanın mislî ve vasıflandırılmış olması,

Bu çeşit mallarda malın yarısının veya çoğunun ayıplı olması durumunda bile akid feshedilmez. Alıcı muhayyerdır, dilerse satıcıdan bunların mislini ister, dilerse ayıplı mala razı olur.

4) Bölünmesi mümkün olmayan bir şey olması,

Bu durumda bu malın azı veya çoğunda zabt(istihkâk) hali olursa, alıcı malın geri kalanını alıkoymak ile reddetmek arasında muhayyer olur.<sup>51</sup>

**Şafililer'e** göre satılanın birden fazla olması durumunda, malın bir kısmı ayıplı çıktığı takdirde ne yapılacağı konusunda görüş birliği yoktur. Ezher görüşe göre sadece ayıplı olanı değil, malın

48 İbn Rüşd, a.g.e. ve y.

49 Halil, **Muhtasar**, 206; Mevvâk, **et-Tâc ve'l-İklîl**, IV, 459; Yusuf Celal, **Müzekkirât**, 61-62.

50 Halil, a.g.e. ve y.; Yusuf Celal, a.g.e., 62.

51 Yusuf Celal, a.g.e., 63. Ayrıca bkz. Hattâb, **Mevâhibu'l-Celil**, IV, 460-461.

tamamını reddetmek gerekir. Çünkü pazarlık ayırımına neden olacak bir zaruret yoktur. Bir başka görüşe göre ise, ayıplı olanı reddedip fiyattan onun hissesine düşeni geri almak gerekir. Sağlam olan mal, ayıp ortaya çıkmadan telef olur ya da satılırsa, ayıplı olanın satıcıya iade edilmesi evlâdır. Ancak malı ayırmada bir zarar varsa sadece ayıplı olanın geri verilmesine imkan yoktur. Buna rağmen satıcı ayıplı olanın reddine muvafakat ederse en sahih(asah) olan görüşe göre red, caiz görülmüştür.<sup>52</sup>

**Hanbeliler'e** göre satılanın birden fazla olması durumunda, bölünmelerinde zarar olan ya da bölünemeyen iki şeyden birisi ayıplı olursa alıcı tamamını rededer, ya da ikisini de alıkoyarak ayıptan dolayı satım parasından indirim yapar(ers). Bölünmelerinde zarar olmayan şeylerden ise, bu konuda iki görüş vardır:

**Birincisi**, alıcının ya ikisini reddetmesi veya ikiside alıkoyup ayıp karşılığında ers almasıdır ki **Şafiî'nin** bir görüşüne ve **Ebu Hanife'nin** kabzdan önceki sözüne uygun düşmektedir.

**İkincisi**, alıcının ayıplı olanı reddetmesi ve sağlam olanı alıkoymasıdır. Bu da **Evzaî(157/774)** ve **Ebu Hanife'nin** kabzdan sonraki görüşleri ile paralellik arz etmektedir.<sup>53</sup>

Satılanın birden fazla olması halinde malın reddi, BK.m.206'da şöyle düzenlenmiştir:

"Birden ziyade şey veya parça birlikte satılmış olup da bunlardan bazısı ayıplı çıktığı halde fesih, ancak, ayıplı çıkanlar hakkında dava olunabilir.

Şu kadar ki ayıplı kısmın diğerinden tefriki alıcıya veya satıcıya ehemmiyetli bir zarar husule gelmeksizin mümkün olmazsa feshin bütün satılana teşmili zaruri olur."

BK.m.206'nın ilk fıkrası Hanefî hukukçuların kabzdan sonraki durum için, **Şafiîler'in** ve **Hanbelîler'in** ikinci görüşleri ile hemen hemen aynı çizgidedir. Ancak bu, Hanefîler'in kabzdan önceki durum ile ilgili tutumlarına ve Şafiîler ile Hanbelîler'in birinci görüşlerine ters düşmektedir.

Bk.m.206'nın ikinci fıkrası ise, tamamen İslâm hukukçularının büyük bir kısmının bu konudaki ictihadlarıyla aynıdır.

BK.m. 206'nın ihtiva ettiği hükümler, kısaca şöyle değerlendirilmektedir: BK.m.206'ya göre satılanın birden fazla

52 Mahallî, **Şerh**, II,206-207. Krş. Şirbînî, **Muğnî**, II,60; Ramlî, **Nihâye**, IV, 63-64.

53 İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV, 248; Haccâvî, **İknâ**, II,100.

olması durumunda fesih, ancak ayıplı çıkanlar hakkında istenebilir.

Meselâ, 100 çuval buğdaydan sadece 20 çuval ayıplı çıkmış ise; ya da 500 ton demirden 50 tonu ayıplı ise, bu kurala göre akdin tamamını değil, sadece o kısımlarının feshini dava etmek mümkündür; kalan kısım için satım bakidir. Satış bedelinin toptan yahut parça üzerine tayin edilmiş bulunması da durumda bir değişiklik yapmaz. Akdin kalan kısımları için baki olması kuralı, hem alıcı, hem de satıcı bakımından geçerlidir. Yani alıcı, nasıl akdin tamamının feshini kural olarak istemiyorsa; satıcı da sadece ayıplı kısmın feshini talep eden alıcıyı satımın tamamını feshe zorlayamaz.

Bu prensip, kanunda açıkça öngörülmüş olmamakla beraber, "kısım kısım teslim suretiyle borcun ödenmesi kararlaştırılan akitler" için de uygulanabilir.

Esasen Kanun koyucu, "ancak ayıplı kısımlar hakkında fesih istenebileceğine dair kurala", yerinde olarak bazı istisnalar koymuştur. Bu istisnaî hallerden biri şudur: "ayıplı kısmın diğerinden ayrılması alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin mümkün olmazsa," artık feshin satılanın tümünü kapsamı zorunlu olur(BK.m.206/II).

Meselâ, satılan şeyler bölünmez ve bütün ise, içinden bir kısmının ayrılması halinde geriye kalanların kıymetinin hiçe veya hiç derecesine düşmesi tabiidir. Böyle bir halde, kısmî feshin her iki tarafın zararına olacağından şüphe edilemez. Onun için, tamamının feshine izin verilmelidir.<sup>54</sup>

b) İstihkâk(zapt) halinde red

İstihkâk, sözlükte, hak talep etmek anlamına gelir.<sup>55</sup> Hukukta; bir şeyin başka birinin hakkı olduğunun ortaya çıkmasıdır.<sup>56</sup>

Bu günkü Türk hukukunda istihkâk, TMK.m.618, 901-904. maddelerinde ele alınmaktadır. Ancak bizim burada istihkaktan kastımız, TBK.m.189 vd.daki maddelerde işlenen "satıcının zapta

54 Feyzloğlu, *Borçlar Hukuku*, I,297-298; Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I/1,187-188; Edis, *Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 103; Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*,150-153.

55 Feyyumî, *el-Misbâhu'l-Münîr*,(h-k-k) maddesi,144.

56 وهو كون المراد بالاستحقاق ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير ( ); İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtar*,V,191; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*,V, 348.

karşı tekeffül borcudur".<sup>57</sup> Bu ise satıcının sattığı bir mala üçüncü bir şahsın hiçbir hakkının taalluk etmediğini tahhüt etmesi ve eğer üçüncü bir şahıs, malı zaptedecek olursa veya alıcının mülkiyet hakkını ihlâl edecek şekilde bir hak iddia ederse, satıcının bundan sorumlu tutulmasıdır.<sup>58</sup>

İslâm hukukunda bu konu, "Damânü'l-İstihkâk", "**Damânü'd-Derek**"<sup>59</sup> ve "**Damânü'l-'Uhde**"<sup>60</sup> isimleriyle de anılır.<sup>61</sup> Daha çok "Bâbü'l-İstihkâk"<sup>62</sup>, "Hıyaru'l-İstihkâk" isimleri ile kısmen de "ayıp muhayyerliği" bölümünde incelenir. Biz ise, burada "İstihkâk halinde red" başlığı altında onun sadece bir ayıp olması nedeniyle<sup>63</sup> konumuzla ilgili yönünü incelemeye çalışacağız.

Üçüncü bir kişinin satılarda hak sahibi olduğunun anlaşılması, ya malın kabzından önce ya da sonra olabilir.

aa) İstihkâk küllî<sup>64</sup> ve kabzdan önce olmuşsa akit, bâtil olur. Zira satılanın satıcıya ait olmadığı anlaşılmış olur.

Türk borçlar hukukunda da satım akdi tamamen zapt halinde münfesihi olup akit kendiliğinden(ipsa jure) ortadan kalkmaktadır (BK.m.192/I). Herhangibir fesih beyanına bile lüzum yoktur. Bu durumda alıcı da akdin hüküm ifade etmemesinden doğan bütün haklara sahip olur.<sup>65</sup>

Şayet istihkâk kısmî ise,<sup>66</sup> İslâm hukukuna göre üçüncü bir

57 Bkz.Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1, 143-157; Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku**, I,249-269; Zevkililer, **Borçlar Hukuku**, 43.

58 Bilge, **Borçlar Hukuku**, 64.

59 Kadri Paşa, MH.m.493.dp.2

60 Bu son tabiri **Hanbelîler** kullanır. Bkz. Zuhaylî, '**Ukûd**,-283.

61 Zuhaylî, '**Ukûd**, 282-283.

62 Bkz.Merğînânî, **Hidâye**, III, 67-68; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtar**, V, 191-208.

63 İslâm hukukçuları istihkâk(zapt)ı bir ayıp olarak değerlendirirler. Muasır İslâm hukukçusu Tevfik 'Attâr, cüz'î istihkâkı ayıp saymamaktadır. Ancak bu fikrini destekleyecek önemli bir delil getirmediği gibi onun bu konuda mer'iyetteki batı menşe'li Arap kanunlarından etkilendiğini düşünmekteyiz. Nitekim Türk borçlar hukukunda da bazı hukukçular zaptı, hukukî bir ayıp olarak değerlendirirken diğer bir kısmı da aksi fikri savunmuşlardır. Bkz.Feyzioğlu,**Borçlar Hukuku**, I,25,dn.366; 'Attâr, **Mahiyetu'l-'Ayb**, 465.

64 Küllî istihkâk(tamamen zapt): Satılanın tamamı üzerinde üçüncü kişinin mülkiyet hakkının sabit olmasıdır. Tandoğan, **Borçlar Hukuku**,I/1, 153.

65 Tandoğan, a.g.e., I/1, 153, dn.38.

66 Kısmî istihkâk(kısmî zapt): Satılan üzerinde bir ortak mülkiyet payı veya sınırlı bir aynı hak ileri sürülmesi anlamına gelir. Tandoğan, a.g.e., I/1, 156.

şahsın hak sahibi olduğu kısımda akit bâtil olur. Diğer kısımda ise, alıcı munayyer olur. Dilerse , kalan kısmı fiyattan hissesine düşen miktarla kabul eder, dilerse reddeder. malda başka bir ayıbın olup olmaması neticeyi değiştirmez. Çünkü satılanın bir kısmının zaptı, pazarlık ayırımına neden olur. Böyle bir durum zaten ayıp telakki edilmiştir. **Hanefî** ve **Hanbelîler**'in görüşleri özet olarak bundan ibarettir.<sup>67</sup>

**Şafililer**'e göre ise, pazarlık ayırımına neden olmaması için alıcı kalan kısmı, konuşulan fiyatın tamamı karşılığında kabul ile, reddetme arasında muhayyerdir.<sup>68</sup>

Kısmî istihkâk ile, alınan malın bir kısmının ayıplı çıkması arasında bir fark bulunmamaktadır. **Hanefî** hukukçulara göre alıcı ya satılanın tamamını reddeder, ya da ayıplı olanı reddeder; geri kalanı fiyattan hissesine düşenle kabul eder. **Şafililer** bu görüşe katılmamaktadırlar.<sup>69</sup> Ancak bölünmesinde zarar olan mallarda **Hanefîlerle** aynı görüşü paylaşmışlardır. Şöyle ki; satılанда istihkâk ya da bir kısmının ayıplı olması bahis konusu ise, malın tamamı red veya kabul edilerek ayıp miktarı fiyattan indirilir.<sup>70</sup>

Türk borçlar hukukunda zapt, kabzdan önce olmuşsa, BK.m.96 vd.mına göre satıcının sorumluluğu ele alınır.<sup>71</sup>

bb) İstihkâk küllî olur, ancak kabzdan sonra olursa, satılanın mevcut olmaması nedeniyle akit bâtil olur. Bu durumda alıcı bir ödemedede bulunmuşsa onu geri alır. Eğer istihkâk kısmî ise, başkasının hak sahibi olduğu kısımda akit bâtil olur. Geri kalan kısım ise eğer bölünmeyen ya da bölünmesinde zarar olan bir şey ise, alıcı onu hissesine düşen değerle kabul eder, ya da reddeder. Keylî ve veznî mallar gibi bölünmesinde zarar olmayan bir şeyse, ya da iki ayrı ve müstakil şey iseler, birinde istihkâk olmuşsa, bu durumda alıcı geri kalanı hissesine düşen miktarla kabul eder, red hakkına sahip olmaz. Çünkü, bölünme ayıp değildir. Ancak bu kısımda başka bir ayıp ortaya çıkarsa, şartlar olduğu takdirde, bu

67 Kâsânî, **Bedâi'**, V, 288-289; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV, 247-248; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V,33.

68 Şirbînî, **Muğnî**, II,60.

69 Ramlî, **Nihâye**, IV,62; Kalyubî, **Hâşiye**, II,206.

70 el-Kürdî, **Buhûs**, 283.

71 BK.m.96 şöyledir: "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği (alamadığı) taktirde, borçlu kendisine hiçbir kusurun isnad edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur" Krş. Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,146.

ayıptan dolayı malı reddedebilir.

**Mâlikîler'e** göre, bölünebilen mallarda çoğu zaptedilmiş malın azını, fiyattan hissesine düşen miktarla kabul etmek caiz değildir. Onu reddetmek gerekir. Çünkü bu, meçhul bir fiyatla akit yapmak anlamına gelir. Malın tamamının fiyatı bilinmeden bu az miktardaki malın fiyatı bilinemez. Bölünemeyen bütün halindeki mallarda ise, zaptedilen miktar, az veya çok olsun alıcı muhayyerdir. Dilerse reddeder, dilerse kabul eder.<sup>72</sup>

Türk borçlar hukukunda kabzdan sonra kısmî zapt halinde kural olarak alıcı satımın feshini isteyemez, yalnız bu yüzden uğradığı müspet zararın tazminini isteyebilir(BK.m.193/I). Bu takdirde tazminat yine BK.m.192'deki esaslar, kıyas yoluyla gözönüne alınarak hesaplanabilir. Yani zapt sonucunda satılanın değerindeki azalma ve diğer masraflar ve zararın tazmini istenebilir.

Eğer alıcı, üçüncü kişinin hakkını bilseydi satılanı satın almayacağı halin icaplarından anlaşıyorsa, akdin tamamının feshini dava etmek hakkı saklıdır(BK.m.193/II) Fakat burada tam zapt halinden farklı olarak akit kendiliğinden münfesihi olmaz, fesih için mahkeme kararı gerekir.<sup>73</sup>

Bu son paragrafta görüldüğü gibi Borçlar hukuku ile Hanefî ictihadı birbirine yakındır. Yukarıda geçtiği gibi **Hanefîler'e** göre de satılanın tamamı reddedilerek akit feshedilebilir. Ancak İslâm hukuku alıcının ödediği miktarı geri almaktan başka bir tazminat tanımamaktadır.<sup>74</sup>

Bugünkü Türk hukukunda bölünmesinde zarar olan ve bütün teşkil eden şeylerin bir kısmının zaptı halinde veya bu zapt hali satılanın kullanma maksadına aykırı olmasını gerektiriyorsa, alıcı akdin tamamını feshedebilir.<sup>75</sup> Bu hüküm yukarıda geçtiği gibi, İslâm hukukçularınca da benimsenmiştir. Ancak sonuçları itibarıyla bazı farklılıklar sözkonusudur. Çünkü borçlar hukukuna göre bu durumda BK.m.192'ye göre sonuç ta'yin olunur. Bu maddeye göre alıcı satıcıya karşı şu talepleri ileri sürebilir:

1] Satılandan elde ettiği veya elde etmeyi ihmâl ettiği semereler vesair menfaatlar tenzil edilmek üzere, ödemiş olduğu

72 Derdir, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, III,135.

73 Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,156-157.

74 Bkz. Kâsânî, **Bedâi'**, V,288-289; Zuhaylî, **'Ukûd**, 309.

75 Tandoğan, a.g.e., I/1,157.

semenin faizi ile birlikte iadesini,

2] Haklı çıkan üçüncü şahıstan alamadığı masraflarını,

3] Davayı zamanında satıcıya ihbar etmekle içtinâb edilmesi mümkün masraflar hariç olmak üzere, bütün mahkeme masraflarıyla, mahkeme dışındaki masrafların tazminini,

4] Zaptın doğrudan doğruya sebebiyet verdiği diğer masrafların tazminini, ayrıca satıcı, kendisine hiçbir kusur isnadı kâbil olmadığını ispat etmedikçe diğer masrafları dahi tazmin etmekle mükelleftir.

Yukarıda belirtilen dört bentteki talepler bakımından yani alıcının menfi zararları bakımından satıcı kusursuz sorumluluk altındadır. Buna karşılık BK.m.192/II'de satıcıya sorumluluktan kurtuluş beyyinesi ileri sürmek hakkı tanınmıştır.

Oysa İslâm hukukunda tamamen zapt halinde, alıcının ödemiş olduğu satım parasından başka tazmin edeceği birşey yoktur. Satımın kendi kendine feshi, ya da alıcı tarafından fesih ve iptali, neticeyi değiştirmez. Hatta alıcı hak sahibine karşı malını tazmin etme zorunda kaldığı zamanlarda bile, satıcıdan verdiği paradan başka birşey alamaz.<sup>76</sup>

Kadri Paşa(1306/1888)'nın ifadesine göre "satıcı zapt halinde, akit sırasında şart koşulmasa bile satılanın satım parasını tazmin etme durumundadır."<sup>77</sup> Ürdün Medenî Kanunu, bu ifadeleri kanunlaştırarak aynı hükmü benimsemiştir.<sup>78</sup> Gerek Irak, gerekse Ürdün Medenî Kanunları, satıcının alıcıya malın zapt anındaki kıymetini değil satım parasını iade etmek zorunda olduğunu kabul etmişlerdir.

İslâm hukukçuları, Türk borçlar hukukunun aksine istihkâk (zapt) hali için alıcıya ödenmesi gereken herhangi bir tazminden söz etmemişlerdir.<sup>79</sup> Özellikle İslâm'da yargı, meccanen yürütülmüştür. Eski dönemlerde işleri parayla yürüten avukatlar da bulunmamaktaydı. Faiz ise zaten İslâm hukukunda yasaktır. O halde alıcı satıcıdan sadece satılana, yedirip içirdiğine karşılık masraflarını alabilir.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, V,198; Zuhaylî, *'Ukûd*, 312.

<sup>77</sup> MH.m.509. Bkz. İbn Âbidîn, a.g.e., V, 198; Zuhaylî, a.g.e. ve y.

<sup>78</sup> Ür.MK.m.505/2; Zuhaylî, a.g.e. ve y.

<sup>79</sup> İbn Cüzey, *el-Kavânîn*, 219, 334; Zuhaylî, *Nazarîyyetü'd-Damân*, 238; Feydullah, *Nazarîyyetü'd-Damân*, 11.

Ancak muasır bazı İslâm hukukçuları,<sup>81</sup> İslâm hukuk prensiplerinin,<sup>82</sup> Bazı mâlî zararları tazmine müsait olduğu görüşündedirler. Meselâ, alıcının zaptıdan doğan zararları, mahkeme masrafları gibi bazı harcamaları tazmin edebilir. Günümüzde alıcının hüsnü niyetle satılan için yaptığı harcamalar, ya da zapt gibi nedenlerle uğradığı zararlar, sözü edilen prensipler çerçevesinde ödenebilir. Nitekim, **Hanbelîler** şöyle demektedirler: Alıcı bir arsa alıp üzerine bir bina inşa ettikten sonra üçüncü bir şahıs arsanın gerçek sahibi olduğunu ispat eder, üzerindeki binayı yıkarsa, enkaz alıcıya aittir. Arsa için verdiği miktarı satıcıdan alır. Alıcı yıkılan binasından dolayı uğradığı zararı da satıcıdan alma hakkına sahiptir.<sup>83</sup> **Hanefîler**'in ictihâdına göre ise, alıcı kendisine arsayı satandan hem verdiği parayı, hem de yapmış olduğu binanın bina olarak değerini alır. Eğer hak sahibi(müstahik), bu binayı yıktırmış, enkazını da satıcıya teslim etmişse; burada evin değeri alınırken, teslim günündeki değeri alınır. Ama enkazı teslim etmemişse, alıcı satıcıdan ancak vermiş olduğu parayı alabilir, başka birşey alamaz.<sup>84</sup>

Buna göre faiz dışındaki hüsnü niyetle yapılan bazı harcamalar, ya da zapt nedeniyle alıcının uğradığı zararları tazmin etmek kural olarak İslâm hukukuna da aykırı düşmemektedir diyebiliriz.

Bütün bunlar, hak sahibi aktin geçerliliğine izin(icazet) vermediği takdirdedir. şayet akde izin verirse çoğunluğa göre akit geçerli olur ve "**sonradan verilen icazet, önceden verilen vekâlet gibidir**"<sup>85</sup> kaidesi gereğince, satıcı, hak sahibinin vekili durumuna geçer. Buna göre satılan mal, alıcıya teslim edilir. Hak sahibi, satıcıdan satım parasını alır. Alıcının zapt davası açma hakkı düşer.<sup>86</sup>

80 Zuhaylî, 'Ukûd, 312-313.

81 Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, 20, 238, 252; Zuhaylî, 'Ukûd, 313.

82 Bu konuda birçok prensip vardır: "**Zarar izâle olunur**" MC.m.20; "**Zarar ve mukabele bi'z-Zarar yoktur**" MC.m.19.

83 Buhutî, *Keşşâfu'l-Kîna*, III, 357; Zerkâ, 'Ukûd, 209; Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, 20, 238, 252; Zuhaylî, 'Ukûd, 313.

84 Haskefî, *ed-Dürü'l-Muhtâr*, V, 205-206.

85 (الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) MC.m.1453; Zerkâ, *Medhal*, II, 1076.

86 Zuhaylî, 'Ukûd, 309. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, V, 288-289; Mevâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, IV, 461; Hattâb, *Mevâhibu'l-Celîl*, IV, 461-462; Şirbînî, *Muğnî*, II, 60; Desûkî, *Hâşiye*, III, 135-136; Ramlî, *Nihâye*, IV, 62; Kalyubî, *Hâşiye*, II, 206; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, IV, 566; V, 33, 191-208; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, V, 348, 370.

## 2. Raddin Hukukî Sonuçları,

Satım akdi, başlangıçta tam olarak teşekkül etmiş ve taraflar, - satım parasını eda ve satılanı teslim- aslı borçlarını ifa etmişlerdir; fakat, teslim borcunun satıcı tarafından ayıplı olarak ifası sebebiyle akdın feshedilmesi neticesinde tarafların karşılıklı iktisâbının sebebi de ortadan kalkmıştır. Bundan dolayı, artık alıcı ve satıcı, "sebebsiz mal iktisâbı"nda bulunmuş kimse durumuna girmişlerdir.

Bu durumda taraflar bu sebepsiz iktisâbı kural olarak veya kıyas yoluyla BK.m.63 vd.mındaki hükümleri gereğince iade etmeleri gerekirse de, BK.nun 205. maddesinde özel hükümler bulunduğundan bunlar öncelikle uygulanır.<sup>87</sup> Red halinde iade borcunu ikiye ayırarak incelemek mümkündür:

### a) Alıcının İade Borcu,

Alıcı ayıp muhayyerliği nedeniyle, akdi bozarsa satılanı kabzetmişse, onu ayıplı haliyle satıcıya geri vermekle mükelleftir.<sup>88</sup> Bir ödemede bulunmuşsa, onu da geri alma isteğinde bulunur.<sup>89</sup> **Hanbelîler'e** göre bunu yaparken satıcıya zarar verecek kadar gecikmesi halinde hâkim tarafından malı redde ve erş'i almaya zorlanır.<sup>90</sup> Malın iade edilmesi halinde, **Mâlikî, Şafî, Hanbelî ve Hanefîler'in** bir görüşüne göre nakil, mü'net ve masrafları alıcıya aittir.<sup>91</sup> Çünkü Hz.Peygamberden gelen ve sahih olduğu kabul edilen bir hadise göre "**Kişi, aldığı geri verinceye kadar ondan sorumludur(masraflarına katlanmak zorundadır)**".<sup>92</sup>

Türk borçlar hukukunda iade borcu, alıcı tarafından satılanın geri verilmesiyle yerine getirilmelidir. BK.m.205/I'e göre satım feshedilince alıcı satıcıya satılanı geri vermekle mükelleftir.<sup>93</sup> Buraya kadar her iki hukuk düzeni de aynı hükümleri kabul etmektedir. Ancak satılanı nakil sırasında yapılan masraflar

87 Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,110.

88 'Azimâbâdî, 'Avnu'l-Ma'bûd, IX,474.

89 Senhurî, **Mesâdir**, IV,255.

90 Buhutî, **Keşşâfu'l-Kinâ**, III,218.

91 Ali Haydar, **Dürer**, I,542,547. Krş. Buhutî, a.g.e. ve y.; Zuhaylî, 'Ukûd, 342; Heyet, **Meşru'** (Ahmed b. Hanbel),122.

92 ( **على اليد ما أخذت حتى تؤدبه** ), Ebu Davûd, **İcare**, 55; Tirmizî, **Buyû'**,39; İbn Mâce, **Sadakât**,5; Ahmed b. Hanbel, V,8,12,13; Dârimî, **Buyû'**, 56. Ayrıca hadisin yorumu için bkz. Şevkânî, **Neylu'l-Evtâr**, VI,41; 'Azimâbâdî, a.g.e. ve y.; Münâvî, **Feydu'l-Kadîr**, IV,321.

93 Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,110.

konusunda her iki hukuk farklı hükümleri benimsemektedir.

Bugünkü hukuka göre, satıcı malı teslim aldığı andan itibaren, geri verinceye kadar alıcı tarafından yapılan bütün zarurî masrafları tazmin etmekle mükelleftir. Hatta vergiler de zarurî masraflardan sayılır.<sup>94</sup>

İslâm hukukunda ayıp muhayyerliği ile mal reddedilince, alıcı o ana kadar maldan elde ettiği menfaatları satıcıya vermek zorunda değildir. Bunlar kendisine aittir.<sup>95</sup> Bu menfaatlara koyunun sütü, yünü, kuzusu; tarlanın mahsulü gibi tabii, veya evin kirası gibi hukukî örnekler verilebilir.<sup>96</sup>

İslâm hukukçuları, bu konuda şu hadise dayanmaktadırlar; **“Yararlanma riske katlanma karşılığıdır”**.<sup>97</sup> Mecelle bu hadisi 85. maddesinde bir kaide olarak benimsemiş ve şöyle tercüme etmiştir: **“Bir şeyin nef’i zamanı mukabelesindedir”** maddeyi izah için de şunları kaydetmiştir: **“Yani bir şey telef olduğu takdirde hasarı kime ait ise onun sorumluluğunda (tazmininde) demek olup o kimsenin sorumluluğu böylece o şeyden yararlanmaya karşılık olur. Meselâ, ayıp muhayyerliği ile reddolunan bir hayvanı alıcı kullanmış olmasından dolayı satıcı ücret alamaz. Çünkü reddin önce telef olsaydı zararı alıcıya ait olacaktı”**.<sup>98</sup>

**Ömer b. Abdilaziz**(101/719), bu konuda satıcıya ödemede bulunulmasına hükmetmişse de daha sonra yukarıdaki hadisin varlığından haberdar olunca, verdiği hükmü bozmuştur.<sup>99</sup>

Türk borçlar hukuku bu konuda da İslâm hukukundan ayrılmakta ve alıcının satılan malı elde ettiği menfaatlarla birlikte iade etmekle mükellef olduğunu benimsemektedir. BK.m.205/I'den anlaşıldığına göre, alıcı, elde etmeyi ihmâl ettiği semereleri tazmin ile mükellef değildir. Zapta karşı tekeffül ile, ayıba karşı tekeffül

94 Yarg. 4.HD. 24.2.1951. E.690/K. 4436. (Türk İctihâtlar külliyatı, III, No. 433).

Lüks masraflar konusunda farklı görüşler için bkz. von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, 126; Edis, a.g.e.,115.

95 Yusuf Celâl, **Müzekkirât**, 64.

96 Nevevî, **Mecmu'**, XII,201; Ali Haydar, **Dürer**, I,185.

97 ( **الخارج بالضمآن** ), Ebu Davûd, **Büyu'**, 71; **İcâre**,36; Tirmizî, **Buyû'**,53; Nesâî, **Büyu'**,15; İbn Mâce, **Ticârât**,43; Ahmed b. Hanbel,VI,49,208,237, Buhârî ile Ebu Davûd bu hadisi zayıf gördüğü halde, Tirmizî, İbn Huzeyme, İbnu'l-Cârut, İbn Hibban, Hâkim sahih görmüşlerdir. Bkz. İbn Hacer, **Buluğu'l-Merâm**,167.

98 MC.m.85'den sadeleştirilerek. Ayrıca Bkz. Buhutî **Keşşâfu'l-Kinâ'**, III,220; MC. m.87,88; Zuhaylî, **Nazariyyetü'd-Damân**, 214-217; Tez, birinci bölüm, II, C.2,b.aa, 2.

99 Ali Haydar, **Dürer**, I,186.

borçları arasındaki farklardan biri de kendisini burada gösterir. Gerçekten ayıba karşı tekeffülde, olduğunun aksine, zapta karşı tekeffülde, alıcı, elde etmeyi ihmal ettiği semereleri de iade etmek mecburiyetindedir. Bu fark, ayıplı malın alıcı tarafından ayıbının artırılmaması veya malın kötüleştirilmemesi için kullanılmayacağı veya kullanılsa bile, bundan dolayı alıcının sorumlu tutulamayacağı düşüncesiyle izah edilebilir<sup>100</sup> (BK.m.192,205).

Alıcının iade borcu, yalnız satılana ve ondan elde edilen tabii ve hukukî semerelere şamil olmayı, o şeyi kullanmışsa, bu şekilde elde ettiği faydayı da tazmine mecburdur. BK.m.205/I gereğince alıcının iade etmek mecburiyetinde olduğu menfaatler, malın teslim alınmasıyla iade anı arasında söz konusu olan menfaatlerin toplamından ibarettir.<sup>101</sup>

b) Satıcının İade Borcu,

Ayıp sebebiyle akdin feshi halinde satıcı almış olduğu parayı geri vermek durumundadır. Alıcı, ister karşılıklı rıza(terâdî), ister mahkeme kararı(takâdî) ile malı reddedince, akit feshedilmiş olur. Fesihle birlikte alıcı, satıcıya ödediği bütün paralarını isteme hakkına sahip olur. Hatta **Hanbelî** ictihadına göre, satıcı satım parasını alıcıya hibe etmiş ya da onu ibra etmiş olsa bile, malın reddi ile alıcı parasının tamamını isteyebilme hakkına sahiptir.<sup>102</sup>

Satıcının iade borcu, BK.m.205/II'de düzenlenmiştir. Buna göre "satıcının alıcıya almış olduğu semeni faizi ile beraber iade ettikten başka satılanın zaptı halinde olduğu gibi mahkeme masrafı ile alıcının satılana yaptığı masraflarını ödemesi lazımdır."

Satımın feshedilmesi dolayısıyla satıcının iade borcuna BK.m.192 kıyasen uygulanır.<sup>103</sup> Satıcı, aldığı satım parasını veya onun yerine verilmiş senet vs. teminatları geri vermesi, ayrıca satım parasının ödendiği andan itibaren BK.m.72 gereğince %30 kanunî faiz ödemekle mükelleftir. Mahkeme masrafları, alıcının uğradığı doğrudan zararlar ve diğer masraflar, satıcı tarafından tazmin edilmesi gerekir.<sup>104</sup>

İslâm hukukunda ise, yukarıda temas edildiği gibi, alıcıya

100 Bilge, **Borçlar Hukuku**, 85; Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**,111.

101 Edis,a.g.e.,112.

102 Ceziri, **Mezâhib**, II,195; Heyet, **Meşru'**(Ahmed b. Hanbel),122.

103 Edis,a.g.e.112. Bkz. Tez, dördüncü bölüm,I,B,1,b,bb.

104 Edis, a.g.e.,113,121.

ödenmesi gereken herhangi bir tazminattan söz edilmemiştir.<sup>105</sup>

Konu yukarıda incelendiği için tekrar etmeyeceğiz, ancak, şu kadarını söylemekle yetineceğiz: Faiz ve benzeri haksız kazançlar dışında, hüsnü niyetle yapılan bazı harcamalar ve satıcının uğradığı bazı zararlar, satıcı tarafından tazmin edilebilir. Bu durumun, prensip olarak İslâm hukukuna ters düşmeyeceği kanaatindeyiz.<sup>106</sup>

### 3. Redde Mani' Haller,

Ayıp muhayyerliği hakkı doğduktan sonra, alıcı dilerse, ayıplı malı reddederek bu hakkını kullanabilir. Ancak bazı nedenlerden dolayı, satılan ayıplı olduğu halde geri verilemez. Bazı yazarlar, bunları "muhayyerlik hakkını düşüren hususlar" başlığı ile verirler.<sup>107</sup> Oysa bunlar muhayyerlik hakkını düşürmekten ziyade, ayıplı malı redde mani olan hususlardır. Muhayyerlik hakkı ise, İslâm hukuk ekollerince farklı olup, sadece malı reddetmekten ibaret değildir. Satım parasını indirmek, ya da malı ayıplı haliyle kabul ve ayıp karşılığında erş almak gibi hususlar, ayıp muhayyerliği hakkından doğan seçeneklerdir. O halde, konuyu "redde mani haller" başlığı altında incelemek gerekir.

#### a) Alıcının ayıba razı olması:

Alıcı ayıbın farkına vardıktan sonra; "Ben ayıba razıyım, ayıbıyla kabulümdür" gibi açıkça, ya da elbiseyi boyaması, kumaşı biçmesi, tarlayı sürmesi gibi delâlet yoluyla ayıba razı olduğunu gösteren davranışlar göstermesi, ayıplı malı reddetme hakkını kaybetmesine neden olur. Hatta muhayyerlik hakları da düşer. Çünkü red hakkı, akitte delâleten koşulmuş sağlamlık şartının olmamasından kaynaklanmaktadır. Alıcı, ayıba razı olunca, bu davranışı, onun, malın ayıpsızlığını şart koşmadığını göstermiş olur. Ayrıca bu hak, alıcının zarara uğramamasını temin içindir. Kendisi, bu zarara razı olunca, red hakkını kaybeder.<sup>108</sup> Sadece malı konuşulan fiyattan kabul edebilir. Şayet bundan sonra malı reddetmek istese, satıcı da buna rıza gösterse, bu, ayıp muhayyerliği nedeniyle bir fesih değil, ikâle sayılır.<sup>109</sup>

<sup>105</sup> Bkz. Tez, dördüncü bölüm, I, B, 1, b.

<sup>106</sup> Bkz. Haskefi, *ed-Dürri'l-Muhtâr*, V, 205-206; Zuhaylî, *Nazarîyyetü'd-Damân*, 20, 238, 252; Zuhaylî, *Ukûd*, 313

<sup>107</sup> el-Kürdî, *Buhûs*, 275.

<sup>108</sup> Kâsânî, *Bedâi'*, V, 282; İbn Kudâme, el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-Kebir*, IV, 94-95; Şirbînî, *Muğni*, II, 56-58; Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebir*, III, 121-125; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 33 vd.

Türk borçlar hukukunda da aynı durum kabul edilmiştir. Nitekim, alıcının akit sırasında ayıpları bilmesi, satılanın ayıplı haliyle kabulü olarak değerlendirilmiştir. Bu durumda satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, bu ayıbın mevcut olmadığını temin etmiş ise, söz konusudur.<sup>110</sup>

Alıcı ayıbı farkettikten sonra satılana onun ayıba razı olduğunu gösterecek bir tasarrufta bulunması, meselâ, malı satması, ya da satışa arz etmesi(MC.m.344), redde mani olur. Çünkü bu, ayıba razı olmaktır. Ancak alıcı ayıbı farketmeden satılanı başka bir şahsa satarak mülkünden çıkarırsa, eğer bu satış, malın kabzından sonra ise, malı ilk satıcıya reddedebilmesi için malın kendisine mahkeme kararıyla iade edilmesi gerekir. Şayet satış, kabzdan önce ise, **Hanefîler'e** göre ne şekilde kendisine iade edilmiş olursa olsun,(ister mahkeme kararıyla olsun, ister olmasın) birinci alıcı malı ilk satıcıya ayıp muhayyerliği ile reddetme hakkına sahiptir. **Hanbelîler'e** göre, ayıp miktarınca satım parasını indirmek de mümkündür.<sup>111</sup>

**İmam Şafî** ve **Ahmed b.Hanbel**; "Mademki alıcı, ayıbın farkına varmadan malı satmıştır. Öyle ise, üçüncü bir şahsa sattığı mal, ne şekilde kendisine dönerse dönsün bunu, ilk sahibine reddedebilecektir. Satışın, kabzdan önce, veya sonra olması ise neticeyi değiştirmez." demektedirler. Çünkü, onlara göre, redde mani olan şey, satılanın alıcının mülkünden çıkmasıdır. Satılan tekrar kendisine dönünce, mani ortadan kalkmış olur. Bu durumda, «**Mani' zail oldukta memnu', 'avdet eder**» (MC.m.24) kaidesi uygulanır.<sup>112</sup>

Türk borçlar hukukunda ise, bu durum, BK.m.204 son fıkrada "alıcının onu(satılanı) başkasına temlik... etmiş ise" şeklindeki ifâdeye dayanılarak satılanın ayıplı olduğu bilinerek bir başkasına temlik edilmesi durumunda, alıcının, satımdan dönme hakkından feragat ettiği anlamı çıkarılmıştır. Böylece satılanın ayıplı olduğunu bilmeden başkasına temlik eden alıcının ayıptan doğan seçim

109 Kâsânî, **Bedâi'**, V,282; el-Kürdî, **Buhûs**,275.

110 BK.m.197;Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1,167.

111 Kâsânî, **Bedâi'**,V,282; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV,142-147; Şirbinî, **Muğnî**, II,56-58; Derdir, **eş-Şerhu'l-Kebîr**,III,121-125; Buhutî, **Keşşâfu'l-Kîna'**, III,218; el-Kürdî, **Buhûs**, 276.

112 Kâsânî, **Bedâi'**,V,282; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV,142-147; Şirbinî, **Muğnî**, II,56-58; Derdir, **eş-Şerhu'l-Kebîr**,III,121-125; Buhutî, **Keşşâfu'l-Kîna'**, III,218; el-Kürdî, **Buhûs**, 276. Ayrıca bkz. Haccâvî, **İkna'**, II,98.

hakkında herhangi bir sınırlama söz konusu olmayacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde, alıcının, satılanın ayıplı olduğunu bilerek de olsa, bir başkasına satmak suretiyle temlik ettiği durumlarda, satımdan dönme, hakkından kesin olarak vaz geçtiği anlamı çıkmamaktadır. Sonraki alıcının, satılanı, ayıplı olması sebebiyle sözleşmeden dönerek geri verdiği durumda, sonradan satıcı niteliğini kazanan alıcı da, kendi satıcısına karşı kanun hükümlerine uymak (ayıpların ihbar edilmesi, zamanaşımı gibi) şartıyla sözleşmeden dönme hakkını ya da bir başka seçimlik hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir.<sup>113</sup>

Alıcının malda yaptığı tasarrufun ölçüsü nedir? Her tasarruf, malın reddine engel olur mu? **Hanefi** hukukçular, bu sorulara cevap verecek bir ölçü kabul etmişlerdir. Buna göre; alıcı ayıbın farkında olarak satılанда, onun sahibiymiş gibi tasarrufta bulunursa, red hakkını kaybeder. Meselâ, satın alınan hayvanın yaralarının alıcı tarafından tedavi edilmesi, ya da alıcının ihtiyaçlarını görmek üzere hayvana binmesi gibi hususlar, redde mani' hallerdir.<sup>114</sup> Ancak bazı tasarruflar, bir kısım hukukçulara göre, redde mani iken, diğer bir kısmına göre mani olmaması, bize, bu tasarrufların zaman ve örf'e göre, değerlendirilmesinin gerektiğini gösterir.

Türk borçlar hukukunda da satılanı kullanmanın malın durumuna göre, değiştiğini görmekteyiz. Ancak kullanmanın kabulü kapsamaması da gerekir. Alıcının muayene sırasında görülen ayıplara rağmen satılanı kullanması, onda herhangi bir tasarrufta bulunması, satılanı kabul ettiğine karine oluşturabilir. Kabul iradesi, açık olabileceği gibi zımnî de olabilir. Hatta, böyle bir iradenin varlığı, irade emmareleri ile de anlaşılabilir. Hâkim, söz konusu, tasarruf ve kullanmayı satılanın kabulü sayılıp, sayılmayacağını belirtmek amacıyla, her olayı ayrı ayrı inceleyecektir. Bunu yaparken de, satılan malın durumu ve muamelelerde cari telakkileri göz önünde tutacaktır.<sup>115</sup>

#### b) Alıcının Hakkından Vazgeçmesi,

Malı red hakkı, daha çok, alıcındır. Dolayısıyla o, bu hakkını düşürme hakkına da sahiptir. İster açık bir ifade ile, ister başka bir şekilde bu hakkını düşürdüğünü ve ondan vazgeçtiğini rahatlıkla

113 Yavuz, **Satıcının sorumluluğu**, 149; Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 101-102.

114 Heyet, **Hindiyte**, III, 75.

115 Edis, a.g.e., 79.

açıklayabilir.<sup>116</sup> Bu durumda akit bağlayıcı olur. Şayet alıcılar iki kişi olur, bunlardan biri satılandaki ayıba razı olmakla hakkından vazgeçtiği halde diğeri, ayıbından dolayı malı reddetmek isterse, bu durumda **Ebu Hanife**'ye göre; red sözkonusu olamaz. Ancak red her ikisi beraberce malı geri vermeye karar vermeleri halinde geçerli olmaktadır. Çünkü, alıcıların ferden malı reddetmeleri satıcıyı zarara sokmaktadır. **İbn Ebi Leyla**'ya göre ortaklardan biri ayıba razı olup muhayyerlik hakkından vazgeçse bile diğeri hissesine düşen kısmı ayıp muhayyerliği nedeniyle reddedebilir. **İmam Şafî** de buna benzer bir ictihadda bulunmuştur. Bu son iki hukukçuya göre, Müşterilerden her birinin aldığı hisse müstakıl bir mal sayılır.<sup>117</sup>

**Hanbelîler**'e göre ise, iki ayrı rivayet vardır; birine göre malı red caizdir,<sup>118</sup> **İbn Ebi Leylâ**, **Şafî** ve **İmameyn** bu rivayeti esas almışlardır. Bir rivayete göre **İmam Malik** de bu görüştedir. Diğerine göre caiz değildir. **Ebu Hanife** de bunu esas almıştır. O'na göre, satılan, bir bütün olarak satıcının mülkünden çıkmıştır. Red caiz görülecek olursa, satılan bölünmüş ve noksanlaşmış olarak satıcının mülküne dönecektir, tıpkı satılanın alıcı elinde yeniden ayıplanmasında olduğu gibi. Reddi caiz görenlerse, "satıcı herbirine yarısını satmakla satılanı bölünmüş olarak mülkünden çıkarmıştır. Dolayısıyla bu durum, malın alıcının elinde yeniden ayıplanmasına benzemez." demektedirler.<sup>119</sup>

Ancak, iki kişi miras olarak aldıkları malın ayıplı olduğunu gördükten sonra ikisinden biri ayıba razı olup, red hakkını kullanmaktan vazgeçerse, diğeri ayıplı malı reddedemez.<sup>120</sup>

#### c) Satımın Feshedilmiş Olması,

Alıcı muhayyerlik hakkını elde ettikten sonra bu hakkını akdin feshi yönünde kullandığı takdirde, seçim hakkını kullanmış olur, bir daha geri dönemez. Ancak akdi feshettiğini karşı tarafa bildirmiş olması şarttır. Bu bildirimin mahkeme kararından önce veya sonra olması, durumu değiştirmez. Bu durumda alıcı malın reddi için, ikinci kere muhayyerlik hakkını kullanamaz. Eğer satıcıya satım parasının tamamını vermişse, onu geri alır.

Fesih ayıp muhayyerliğinin dışında başka bir yol ile de

<sup>116</sup> Kâsânî, **Bedâi'**, V, 282.

<sup>117</sup> Şafî, **el-Umm**, III, 61-62.

<sup>118</sup> İbn Kudâme, **el-Muğni**, IV, 268.

<sup>119</sup> İbn Kudâme, a.g.e., IV, 268-269.

<sup>120</sup> İbn Kudâme, a.g.e., IV, 269.

gerçekleşebilir. Alıcının akdi feshedebileceği yerlerde açıkça “akdi feshettim” demesi gibi, ya “ihtiyarî fesih”, ya da, satılanın telef olması gibi “zarurî fesih” şeklinde olabilir. Böyle bir durumda, ayıplı malın reddi söz konusu olamaz.<sup>121</sup>

Türk borçlar hukukunda da, seçilen yoldan kural olarak beyânın satıcıya ya da yetkili temsilcisine ulaşmasından sonra geri dönülemez. Çünkü seçimlik hakkın kullanılması, yenilik doğuran bir beyânla olur ve bu hak, bir kez kullanılmakla ortadan kalkar. Geri dönüş, bildirinin ulaşmasından önce, her zaman mümkündür. Burada BK.m.5,9 hükümleri kıyasen uygulanır. Seçim hakkı yukarıda da değinildiği gibi, satılanın kullanılması veya başkasına devredilmesi gibi, ayıba rıza gösterildiğini gösteren davranışlardan da anlaşılabilir. Ancak kullanma, tecrübe ve muayene niyetiyle yapılmış ise, kabulü veya seçim hakkının kullanılması anlamını içeren bir irade belirtisi olarak telakki edilemez.<sup>122</sup>

d) Alıcının Satıcıyı İbra Etmesi,

İbra, bir alacaklının alacağından vazgeçmesi, haklarından feragat etmesidir.<sup>123</sup> Mecelle İbra'yı kısımlara ayırarak; “bir kimsenin alacağını tahsil ettiğini, hakkı kalmadığını ikrar etmesi şeklindeki İbra'ya **İbray-ı İstifâ**,” bir kimsenin diğer kimsedeki hakkının tamamını iskât, yahut bir miktarını tenzil ederek o kimseyi borçsuz kılmasına, **İbray-ı iskât**” demiştir(MC.m.1536).

Mecelle 1561. maddesinde, ibranın nasıl yapılacağını da şöyle belirtmiştir: “Bir kimse filan ile dava ve nizam yoktur. filanda hakkım yoktur. filan ile olan davamdan fâriğ oldum, yahut vaz geçtim, filanda hakkım kalmadı ve filandan tamamen hakkımı aldım, dese onu ibra etmiş olur.”

İbra da bir bakıma karşılıklı bir akit mahiyetindedir; bu bakımdan lehine ibrada bulunulan şahsın kabulünün gerekli olup olmadığı hukukçular arasında tartışılmıştır.

**Hanbelî** mezhebinde ve **Şafilîler'in** tercih edilen ictihadına göre, ibra, bir hakkın iskâtıdır. Yani, bir hakkı düşürme ve ondan vazgeçmedir. Bu sebeple diğer bütün iskâtlar, gibi bu da tek taraflı irade ile teşekkül eder, borçlunun kabulüne ihtiyaç bulunmadığı gibi, reddetmesi halinde de muteberdir.<sup>124</sup>

121 Kâsânî, a.g.e., V,286.

122 Edis,a.g.e.,98.

123 Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II,554.

**Malikî** mezhebinde tercih edilen görüşe ve Hanefîlerden **Züfer'e** göre, **ibra**, **iskât** mahiyetinde değildir. Bu nedenle borçlunun kabul etmesi gerekir.<sup>125</sup>

**Hanefîlerde** “**Zahirü'r-Rivâye'ye**”göre, orta bir yol izlenmiştir: **ibra**, prensip bakımından **iskattir**,<sup>126</sup> bu nedenle sarf ve selem akitleri dışında borçlunun kabulüne bağlı değildir.<sup>127</sup> Bununla beraber, **ibrada** temlik manası da vardır; borçluya bir mal -ödemek mecburiyetinde olduğu borcu- temlik edilmektedir; dolayısıyla borçlunun reddi muteberdir; borçlu reddettiği takdirde, **ibra** geçerli olmaz.<sup>128</sup>

**İbra** bir bağışlama olduğuna göre, borçlunun bir ölçüde kendini minnet altında hissetmesi düşünülebilir; hibe olarak ele alınınca da, diğer hibelerde olduğu gibi, borçlunun kabulü gerekir. Ancak bu kabulün daima açık(sarih) olması gerekmez; meselâ, sükut etmek, reddetmek gibi, üstü kapalı kabuller de geçerlidir.

Ayıp muhayyerliği de, bir hak olduğuna göre, o da alıcının satıcıyı **ibra** etmesiyle düşer. Meselâ, alıcı bir malı satın aldıktan sonra, satıcıya; sendeki herbir hakkımdan seni **ibra** ettim dedikten sonra, malın ayıplı olduğu anlaşılsa, artık müşteri onu ayıp muhayyerliği nedeniyle reddedemez.<sup>129</sup> Çünkü, “sâkıt olan avdet etmez. Yani, giden geri gelmez”(MC.m.51).<sup>130</sup>

Mecelle 1562. maddesinde, konuyu açıkça ifâde etmiştir. Bu madde şöyle sadeleştirilebilir: “Bir kimse diğerini bir hakkından **ibra** ettiğinde, o hakkı düşer. Artık onu dava edemez”

Satıcının her türlü ayıptan sorumlu olmama şartıyla satış yapmasıyla, alıcının satıcıyı **ibra** etmesi arasında pek önemle bir fark yoktur. Orada **ibra** şartı satıcıdan gelmekte; burada ise, alıcı **ibra** etmektedir. Netice itibarıyla durum aynı sayılır.<sup>131</sup>

Alıcı bir malı her ayıbıyla kabulümdür diyerek satın alırsa, ya da

124 İbn Kudâme, **el-Muğnî**, VI,257; Süyutî, **Eşbah**,115.

125 Bkz. Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 85-86; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 556 ve oradaki kaynaklar.

126 Ferğânî, **el-Fethu'r-Rahmânî**, II, 111.

127 Şener, **İslâm Hukukunda Hibe**, 19.

128 Kâsânî, **Bedâi'**, V,282-283; Zela'î,**Tebyîn**,IV,198; Kerderî, **Fetavâ**, II, 210; İbn Nüceym, **Eşbah**, 105; Heyet, **Hindiyye**, IV, 390; Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, II, 556; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 336; MC.m. 660, 1568.

129 Ali Haydar, **Dürer**, I,562.

130 Bkz. Güzelhisârî, **Menafi'u'd-Dekâik**, 321.

131 Ali Haydar,a.g.e.,I,563.Bkz. Tez,ikinci bölüm,I,A,6.

satıcı o şartla satarsa alıcı satıcıyı ibra etmiş olacağından artık bir ayıp davasını açmaya yetkisi yoktur. Mesela alıcı, bir hayvanı kör topal, çürük çarık, her ne varsa, helal hazır kabulümdür diyerek satın alırsa, artık o, "hayvanın şu eski ayıbı varmış" diyerek reddemez.<sup>132</sup> Hayvanı olduğu gibi kabul eder ve satım parasını tam olarak öder.<sup>133</sup>

Mecelle ibraya dair konuları özel bir fasıl açarak onbir maddede düzenlemiştir(MC.m.1561-1571).

Buna karşılık bugün yürürlükte bulunan kanunlarda "ibra" müessesini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Me'haz İsviçre Borçlar Kanununun 115. maddesinde bulunan ve ibrayı düzenleyen hüküm TBK.'nuna alınmamıştır. Ancak gerek öğretide ve gerekse uygulamada ibranın varlığı, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmesinden sona ermesinin sağlayan özel bir iskat nedeni olarak kuşkusuz kabul edilmektedir.<sup>134</sup> Bu durum, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir gereğidir(BK.m.19).

Türk borçlar hukukunda ibra, alacaklının borçlu ile yaptığı bir akitle alacağından vazgeçerek borçluyu borçtan kurtarmasıdır<sup>135</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, alıcının tek taraflı olarak satıcıyı ibra etmesiyle, hakkı düşmüş olmaz, satıcının da kabulüne, başka bir ifadeyle ibra aktine ihtiyaç vardır. Bu noktada aynî hakla, şahsî hak arasında önemli bir fark vardır. Gerçekten, bir aynî hak sahibi, tek taraflı bir irade ile bu hakkını terk edebilir. Hiçbir kimseye sormadan onu mal varlığından çıkarabilir. Keza yenilik doğuran haklardan ve defî'lerden tek taraflı bir beyanla vazgeçmek kabildir.<sup>136</sup> Oysa alacaklı borçlunun muvafakatını almadan alacağından vazgeçemez.<sup>137</sup>

<sup>132</sup> MC.m.342,343,51,1562; Ali Haydar, *Dürrer*, I,561-563.

<sup>133</sup> el-Kürdî, *Buhûs*, 277.

<sup>134</sup> Dalamanlı Lütfü, *Borçlar Kanunu Şerhi*, I,852; Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 794-797; Oğuzman, *Borçlar Hukuku Dersleri*, I,337-341.Ayrıntılı bilgi için, bkz. Köksal, *Borcu Sona Erdiren Sebep Olarak İbra(Türk-Alman-İsviçre Hukuklarında)*, Ankara 1989.

<sup>135</sup> Oğuzman, a.g.e.,337-338.

<sup>136</sup> İsviçre Federal Mahkemenin bu yolda bir kararı için, bkz., BGE.69,II, 377 = JdT.1944.,I,202(Tekinay, a.g.e.,794,dn.1).

<sup>137</sup> Bununla beraber kendisine birşey vasiyet edilen kimse, MK.'nun 556. maddesine göre, alacağı tek taraflı bir beyanla reddedebilir(Tekinay, a.g.e.,792,dn.2).

İbranın bir şekle bağlı olup olmaması doktrinde tartışmalıdır.<sup>138</sup> Türk borçlar hukukunda borçlunun ibrayı kabulü, zımnî de olabilir. Fakat borçlunun susmasının ibrayı kabul sayılabilmesi için ibra teklifini öğrenmiş olması gerekir.<sup>139</sup>

Borçlu ibrayı kabul etmedikçe borç devam eder. Fakat, işaret edelim ki, borçlunun alacaklıyı ifayı kabule zorlaması mümkün değildir. Ancak ifayı kabul etmeyen alacaklıya karşı borçlunun yapabileceği şey alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurmaktır.<sup>140</sup>

e) Satılanın Telef Olması,

Redde mâni hallerden birisi de satılanın kabzdan sonra doğal bir afetle, alıcının ya da bir başka şahsın fiiliyle telef olmasıdır.<sup>141</sup> Buna tabii mâni de denir.<sup>142</sup>

Alıcı satın aldığı bir şeyin ayıplı olduğunu farkettikten sonra elindeki mal, yukarıdaki sebeplerden biriyle helak olursa artık onu reddedemeyeceği için satım akdi bağlayıcı(lâzım) olur.<sup>143</sup>

Satılanın satıcı elinde iken, kabzdan önce helak olması durumunda ise, teslim gerçekleşmediği için akit bozulur.<sup>144</sup>

Satılanın hükmen helâk olması ile maddeten helâk olması arasında bir fark yoktur.<sup>145</sup>

f) Satılanın Eksilmesi, ayıplanması,

Satılanın eksilmesi veya ayıplanması kabzdan sonra alıcının yanında olmuşsa; **Hanefi** ve **Şâfiîler**'e göre satım akdi bağlayıcı olur ve alıcı satılanı reddedemez(MC.m.345). Çünkü satılanın alıcıda iken ayıplanmasına ya alıcı, ya malın kendisi ya da doğal bir afet, sebep olmuştur. Bütün bu durumlarda akit bağlayıcılık kazanır ve artık satılan reddedilemez. Ancak alıcı eski ayıbından dolayı satım parasından indirim yapma talebinde bulunabilir.

Şayet malın ayıplanması satıcıdan veya üçüncü bir şahıstan

138 Oğuzman, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 338; Türk Borçlar Hukukunda BK.m.12 uyarınca ifanın bir şekle bağlı olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Oğuzman, a.g.e. ve y.

139 Oğuzman, a.g.e., 339.

140 Oğuzman, a.g.e. ve y.

141 Kâsânî, **Bedâi'**, V,283; Şirbînî, **Muğni**, II,54-55,66-67; Desûkî, **Hâşiye**, III, 124.

142 Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV,568.

143 el-Kürdî, **Buhûs**, 277.

144 Alî Haydar, **Dürer**, I,458; Senhurî, **Mesâdir**, IV,258; el-Kürdî, **Buhûs**, 277.

145 Şirâzî, **Muhezzeb**, I,286; Desûkî, **Hâşiye**, III,124.

kaynaklanmışsa, bu durumda alıcının muhayyerlik hak'ı yine düşer(malı reddedemez). Ancak malın fiyatını eski ayıptan dolayı düşürebilir. Yeni ayıp kimden kaynaklanıyorsa ayıp miktarını(erş) ondan tahsil eder.<sup>146</sup>

**İmam Mâlik'e** göre alıcı aynı zamanda yeni ayıbı tazmin ederek malı satıcıya reddedebilir. Çünkü ayıp nedeni ile red, alıcıyı korumak için benimsenmiştir. Eğer, burada reddedilemez ise, satıcı korunmuş olur. Oysa alıcının korunması esastır. Zira ayıplı mal satarak aldatan alıcı değil, satıcıdır.<sup>147</sup>

**Hanefî ve Şafiîler** ise satılan ayıplı malın alıcı elindeyken yeniden ayıplanması durumunda onun reddedilmemesini satıcının hakkına riayet noktasına bağlamaktadırlar. Şöyle ki, satılan, satıcının mülkünden çıkarken bir ayıpla çıkmıştır. Eğer reddedilirse iki ayıpla geri verilecektir. Bu durumda satıcı zarar görecektir. Reddin şartı; malın alındığı gibi geri iadie edilmesidir. Reddedilmediği takdirde ise, alıcı zarar görmeyecektir, çünkü, alıcı ayıp miktarınca fiyattan indirim yapma hakkına sahiptir.<sup>148</sup>

Redde mâni olarak zikredilen eksiklik ya da ayıplanmaya İslâm hukukunda bir çok örnekler verilmiştir. Bunlardan birkaçı şöyledir: Alıcının satın aldığı bir kumaşı biçtikten sonra ayıbını farketmesi, ya da satın aldığı bir hayvanı boğazladıktan sonra iç organlarının hastalıklı olduğunu anlaması, yahut satın aldığı bir otomobilin çarptıktan sonra ayıplı olduğunu anlaması gibi. Bu durumlarda satıcının rızası olmadan alıcının ayıplı malı reddetmeye selahiyeti yoktur.<sup>149</sup> Bu konuda **Şafiîler** ile **Hanefîler** arasında bir ihtilaf yoktur.<sup>150</sup>

Satılan malda yeni bir ayıbın oluşması nedeniyle Sahabilerin de ayıplı malı reddetmekten vazgeçtiklerini görmekteyiz. İbn Hazm (456/1063)'ın tesbitlerine göre; İbn 'Ömer, bir gömlek almış ve giymişti, geri vermek istediğinde gömleğin yakasının sarardığını görmüş ve gömleği geri vermekten vazgeçmiştir.<sup>151</sup>

146 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 283; Şirbînî, *Muğnî*, II, 58-59, 68; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 19.

147 İbn Cüzey, *Kavânîn*, 292; Desûkî, *Hâşiye*, III, 126; Senhurî, *Mesâdir*, IV, 259.

148 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 283; İbn Nüceym, *el-Bahr*, VI, 51; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 16; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 570.

149 Haskefî, *ed-Dürri'l-Muhtâr*, V, 18-20; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 16-19.

150 Ramlî, *Nihâye*, IV, 56 vd.; Şebramellisî, *Hâşiye*, IV, 56-57.

151 *el-Muhallâ*, IX, 78; Kal'acı, *Mevsû'atu Fıkhi Abdillâhibni'Ömer*, 331.

Türk borçlar hukukunda ise satılanın alıcının fiiliyle telef olması ile alıcının fiili dışındaki bir sebeple yokolması ele alınmakta ve hukuki durumları incelenmektedir.

Satılanın alıcının fiili sonucu telef olması durumu, BK.m.204/II'de şöyle ifade edilmektedir: "Satılan alıcının taksiri yüzünden telef olmuş yahut alıcı onu başkasına temlik veya şeklini taşıyır etmiş ise ancak kıymet noksanına mukabil satım parasının tenzilini dava edebilir." madde metninde geçen "taksir" kelimesi me'haz kanununa uyularak<sup>152</sup> "kusur" olarak anlaşılmalıdır. Maddede geçen "temlik" ibaresi doktrinde satılanın taşınır rehnine konu edilmesini de kapsayacak genişlikte yorumlanmaktadır.<sup>153</sup> Ancak burada kullanılan "kusur" kavramı da, teknik anlamıyla kullanılmış değildir. Çünkü, alıcı kendisine teslim edilen satılanın mâlik olmuştur ve mâlik olmak sıfatıyla, satılanı dilediği gibi kullanabilir. Bu kavram ile burada anlatılmak istenen husus, alıcının kendi davranışıyla satılanın herhangi bir şekilde bozulmasına, telef ve hasara uğramasına yol açmasıdır; yoksa alıcının bu davranışlarında bir hukuka aykırılık durumunun gerçekleşmesi aranmaz ve zaten buna da imkan bulunmamaktadır.

Böylece alıcı, kendi fiili sonucu satılanı geri vermeyi ve dolayısıyla satımdan dönme hakkını kullanmayı imkansızlaştırmış olmaktadır. Dikkatli hareket etseydi ya da dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklenen ihtimâmı gösterseydi satılanın yok olmasını engelleyebileceği durumlarda, alıcı satım parasının indirilmesi hakkını kullanmak zorunda olacaktı.

Yavuz'a göre, satılanın alıcının fiili sonucu tamamen yok olmayıp da esaslı suretle hasara uğradığı, ya da değerinin düştüğü durumlarda da, tamamen telef olmaya ilişkin BK.m.204/II hükmünün kıyas yoluyla uygulanması imkanı kabul edilmelidir. Zaten BK.m.204/I'de açıkça alıcının geri verme borcunun elinde kalan miktarla sınırlı olduğu düzenlenmiştir; fakat BK.m.204 son fıkrada düzenlenen duruma özgü olmak üzere böyle bir hükmün sevk edilmediği görülmektedir.<sup>154</sup>

Satılanın alıcının fiili dışındaki bir sebeple yok olması durumu da BK.m.204/I'de öngörülmüştür. Buna göre "satılanın ayıbı sebebi ile yahut kazaen telef ve ziyâa veya hasara uğraması, ayıptan dolayı

152 OR.Art.207.Abs.2(Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 148).

153 Bkz. ve krş. Tandoğan, **Borçlar Hukuku**,I/1,182.

154 Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 148-149; Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 101; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**,I/1,182-183.

feshi davaya manî olmaz. Bu takdirde alıcının red ile mükellef olduğu şey satılardan elinde kalandır.”(BK.m.204/I) Bu maddede açıkça satılanın kendi ayıpları sebebiyle ya da bir kaza sonucu yok olması durumlarında da alıcının sözleşmeden dönme hakkını, satılanı geri vermenin imkansızlaşmasına rağmen, kullanılabilmesi imkanını kabul edilmiş olmaktadır. Böylece alıcı, elinde satılardan ne kalmışsa onu geri vererek satıcıdan ödediği satım parasının geri ödenmesini isteyebilecek ya da henüz ödenmemişse, satım parasını ödeme borcundan kurtulabilecektir.<sup>155</sup>

Satılanın bir kaza veya doğal bir afet sebebiyle telef olması durumunda, alıcı, yine satıcısına karşı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Burada önemli olan, satılanın telef olmasının bir kaza(beklenmeyen hâl) sonucu gerçekleşmesidir. Buna şu örnek verilmektedir: (S),(A)'ya bir araba satmıştır. Arabanın bazı ayıpları bulunmaktadır. A, satılanın bu ayıplarından dolayı satım sözleşmesinin kendisine yüklediği külfetleri yerine getirmeden ya da yerine getirdikten sonra, sözleşmeden dönmeyi istemektedir. Fakat henüz bu hak kullanılmadan, satılan araba bir yangın ya da bir kanunsuz gösteri sırasında tamamen telef olmuştur. Burada A, sözleşmeden dönme hakkını kullanma hakkına sahiptir.

Bu kural satılanın yarar ve hasarının sözleşmenin (satımın) kurulmasıyla birlikte alıcıya geçtiği yolundaki presibin bir istisnası niteliğindedir.<sup>156</sup>

İslâm hukukunda da satılanın doğal bir afetle veya satıcının yahut üçüncü bir kişinin fiili ile telef olması alıcıya -ayıba razı olmamış olması şartıyla- ayıp oranında satım parasından indirim yapma imkanı verilir. Bu noktada her iki hukukta benzerlik varsa da, telef olmayan kısmın geri verilmesinde farklılık olduğu göze çarpmaktadır. BK.m.204/I'de alıcı bu kısmı reddetmekle mükellef olduğu halde, İslâm hukukunda satıcının izni olmadan red, mümkün değildir.<sup>157</sup>

#### g) Satılarda Artış Olması,

Satılarda meydana gelen artışın bir kısmı redde mâni olduğu halde bir kısmı mâni değildir. Şöyle ki,

<sup>155</sup> Yavuz, a.g.e.,167.

<sup>156</sup> Yavuz, a.g.e.,168.

<sup>157</sup> Kâsânî, **Bedâi'**, V,283; Şirbînî, **Muğni**, II,54-55,66-67; Desûkî, **Hâşiye**, III, 124; el-Kürdî, **Buhûs**, 288.

1] Satılarda meydana gelen, satılana bitişik ve ondan doğan artışlar,

**Hanefî, Mâlikî, Şafî ve Hanbelî** ekollerine göre redde mâni değildir. Bu artış ister kabzdan önce ister sonra olsun durum aynıdır. Meselâ, alıcının aldığı hayvan semizlese veya büyüse, bu durum ayıp nedeniyle satılanı redde engel olmaz.<sup>158</sup>

2] Satılana bitişik olmayan ve ondan doğmayan artışlar,

Bunlar da redde mâni değildir. Meselâ, alıcı satılanı başkasına kırıya verip ücretini aldıktan sonra eski ayıbının farkına varırsa, onu satıcısına reddedebilir. Bu artış, bir menfaat olup meccânen alıcıya kalır. Çünkü satılanın bir parçası değildir. Alıcı ona, onun riskine katlanma karşılığı olarak sahip olur.<sup>159</sup>

3] Hayvanın yavrusu, ağacın meyvesi gibi satılarda meydana gelen, satılana bitişik olmayan ancak ondan doğan artışlar,

**Hanefiler'e** göre kabzdan sonra redde mâni ise de kabzdan önce mâni değildir. Çünkü, alıcı malı reddederse, artış karşılıksız bir kazanç olur ki bu da ribâ olduğu için yasaktır.<sup>160</sup> **Şafî ve Ahmed b. Hanbel'e** göre, kabzdan sonra da redde mâni değildir. Bu durumda alıcı, satılanı artışızsız olarak reddetme hakkına sahiptir. Artış, onun sorumluluğunda iken oluştuğu için meccânen onun mülkü sayılır, ribâ olmaz.<sup>161</sup> Ayrıca bu konuda hadis vardır: "Adamın biri bir başka adamdan bir köle satın aldıktan ve köleyi götürdükten uzun süre sonra ayıplı olduğunu anlamış ve Hz. Peygamber nezdinde girişimde bulunmuştur. Nihayet Hz. Peygamber, malın reddine hükmetmiştir. Bunun üzerine satıcı «Ey Allah'ın Resulü adam şimdiye kadar kölemden yararlandı. O ne olacak» dedi. Resulullah şöyle cevap verdi: "**Yararlanma risk karşılığıdır.**"<sup>162</sup>

4] Müşterinin aldığı arsaya ağaç dikmesi, bina yapması, kumaşı boyatması veya diktirmesi, unu ekmek yaptırması gibi bitişik ancak satılardan doğmayan artışlar,

158 Kâsânî, **Bedâi'**, V, 284-285; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV, 253; Şîrbînî, **Muğnî**, II, 61; Desûkî, **Haşîye**, III, 127. Krş. 'Assâf, **el-Ahkâmu'l-Fıkhiyye**, II, 64-65.

159 İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 18-19. İmameyn'in farklı görüşü için bkz. Kâsânî, **Bedâi'**, V, 284.

160 Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 570.

161 Kâsânî, **Bedâi'**, V, 285; el-Kürdî, **Buhûs**, 282.

162 Ebu Davûd, **Buyû'**, 71; İcâre, 36; Tirmîzî, **Buyû'**, 53; Nesâî, **Buyû'**, 15; İbn Mâce, **Ticârât**, 43; Ahmed b. Hanbel, VI, 49, 208, 237.

Bunlar gerek kabzdan önce gerek kabzdan sonra redde mâni olurlar.<sup>163</sup> Burada zed engeli, hem alıcının hakkından hem de Allah'ın hakkından kaynaklanmaktadır. Bu engel sayesinde ribâyâ veya ribâ benzerine meydan verilmemektedir.<sup>164</sup>

Türk borçlar hukukunda satılarda meydana gelen artış redde mâni değildir. İslâm hukukunun aksine alıcı geri verme yükümlülüğü doğduktan sonra satılanı, elde ettiği bütün menfaat ve artışlarla birlikte geri vermekle yükümlüdür. BK.m.205/I gereğince alıcının geri vermek zorunda olduğu menfaatler, malın teslimi ile geri verilmesi arasında gerçekleşen menfaatlerin toplamıdır.<sup>165</sup>

Ancak alıcı işleme, karışma, birleşme gibi nedenlerle geri verme yükümlülüğünü gerçekleştirmediği zamanlarda, para ile ödemede bulunmak zorundadır.<sup>166</sup>

## II- SATIM PARASININ İNDİRİLMESİ,

Ayıp muhayyerliğinin gerekli maddî ve şeklî şartları gerçekleştikten sonra, alıcının başvuracağı ikinci bir seçenek de "satım parasını indirmektir." Ancak alıcı ne zaman satım parasını indirme yoluna gidebilir? Satım parasını ne miktarda ve kimler ne şekilde indireceklerdir? Satım parasını indirme seçeneğine başvurmayı engelleyen haller var mıdır? Bütün bu sorular hukukçular arasında farklı farklı değerlendirilmiştir. Bunları yeri geldikçe değerlendirmeye çalışacağız.

### A. SATIM PARASINI İNDİREREK ALMAYI GEREKTİREN YERLER

Daha önce de değinildiği gibi<sup>167</sup> Hanbelî ve Ca'ferî ekollerine göre alıcının üç seçeneği vardır; Ayıplı malı reddederek verdiği parayı geri almak, malı ayıplı haliyle konuşulan fiyatla kabul etmek ve ayıplı malı alıkoyup, ayıptan dolayı satım parasından indirim yapmak.<sup>168</sup> Buna göre gerek bu iki ekole, gerekse Türk borçlar hukukuna göre, alıcı satım konusu olan şeyin ayıplı olması halinde

<sup>163</sup> Serahsî, **Mebsût**, XIII, 98; MC.m.349; Alı Haydar, **Dürrer**, I, 575-576; Bılmen, **Kâmus**, VI, 74.

<sup>164</sup> Alı Haydar, a.g.e., I, 76; Bılmen, a.g.e., VI, 74.

<sup>165</sup> Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 112; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 178.

<sup>166</sup> Edis, a.g.e., 111; Yavuz a.g.e., 177.

<sup>167</sup> Tez, dördüncü bölüm, I, A.

<sup>168</sup> İbn Kudâme el-Makdisî, **eş-Şerhu'l-Kebîr**, IV, 87; Diyâb, **Damân**, 174.

satım akdinin feshini isteyeceği yerde, çıkarına uygun gördüğü takdirde , satım parasının indirilmesini isteme hakkına da sahiptir. Bu indirme, tarafların aralarında yapacakları karşılıklı bir anlaşma ile yapılabileceği gibi, çoğunlukla bir dava açarak da yapılabilir.<sup>169</sup>

**Mâlikîler** de satılan gayri menkul olup az ayıplı olması halinde aynı görüşü paylaşmışlardır.<sup>170</sup>

**Hanefî ve Şafîi** ekollerine göre alıcının satılan ayıplı şeyi geri vermesi mümkün olmadığı takdirde satım parasını indirme yoluna başvurulabilir.<sup>171</sup> Hatta **Hanefîler** bu konuda şu genel kuralı benimsemişlerdir: "**Alıcı mülkündeki satılanı, satıcı kabul etsin veya etmesin reddetmesi mümkün olmayan her konumda satılanı mülkünden çıkarsa bile satım parasını indirme hakkına sahip olur.**"<sup>172</sup> Mecelle, bu konuya açıklık getiren maddesini şöyle sevketmiştir: "Mani-i red bulunduğu halde bâyi' razı olsa dahi ma'ib olan mebi'i geri almayıp noksanı semen vermeye mecbur olur. Hatta müşteri o malı ayb-ı kadimine muttali' olduktan sonra satsa bile bayi'den noksanı semeni alabilir.

Mesela, müşteri satın aldığı bir top bezden gömlek biçtirip diktirdikten sonra bezin çürük olduğuna muttali' oldukça bayi', razı olsa dahi istirdad edemeyip noksanı semen vermeye mecbur olur ve müşteri o gömleği satsa bile bezin noksan-ı semenini bayi'den alır. Zira bu surette müşterinin malı olan ipliğin mebi'a ilave ve iltihakı mani-i red olmakla bayi', ben onu böyle kesilmiş ve dikilmiş olduğu halde alırdım demeye selahiyeti olmayacağından müşteri onu bey' ile haps ve imsak etmiş olmaz."<sup>173</sup>

Serahsî'nin yukarıda geçen kurala verdiği örneklerden biri şöyledir: "Alıcı satın aldığı elbiseyi boyadıktan sonra ayıplı olduğunu anlar buna rağmen başkasına satarsa, yine de satım parasını indirebilir ve onu satıcıdan isteyebilir. Çünkü elbise ikinci

169 Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 122. BK.m.202'de "semenin tenzil olunmasını" dava edebileceği şeklinde kullanılan ifadede satım parasını indirmenin yalnız dava yoluyla mümkün olacağı neticesi çıkarılamaz.; Edis, a.g.e. ve y. dn.114.

170 Diyâb, **Damân**,174; Zuhaylî, **Nazariyyetü'd-Damân**, 238-239. Krş. İbn Rüşd, **Bidâye**, II,148; İbn Cüzey, **Kavânin**, 267; Yusuf Celâl, **Müzekkirât**, 57; Senhurî, **Mesâdir**, IV,255 dn.

171 Şirâzî, **Muhezzeb**, I,284; Merğînânî, **Hidâye**,III,35-36; Alî Haydar, **Dürer**,I,575.

172 Serahsî, **Mebisât**, XIII,98; Zeylâ'î, **Tebyîn** ,IV,35; İbnu'l-Humam, **Fethu'l-Kadir**, VI,14; Alî Haydar, a.g.e., I,544,575.

173 MC.m.350. Krş. Serahsî, a.g.e. ve y.

müşteriye satılmadan da boyanmış olması nedeniyle geri verilemez hale gelmiştir. Bu nedenle satılmış olması satım parasını indirmeye engel teşkil etmemektedir.”<sup>174</sup> Ancak elbise siyaha boyanmışsa, Hanefi hukukçular bu hususta ihtilaf etmişlerdir. **İmameyn**’e göre siyah boyanın diğer boyalardan bir farkı olmamasına rağmen, **Ebu Hanife**’ye göre, siyah boya elbiseye bir artış değil bir eksiklik kazandırdığı için diğer boyalardan farklıdır. Dolayısıyla siyaha boyanan elbise, ayıplı olduğu anlaşıldıktan sonra başkasına satıldığı takdirde, satım parasından indirim yapılması istenmez. Çünkü satımdan önce reddi mümkündür.<sup>175</sup>

Bize göre bu, bir örf meselesidir. Siyah boyanın satılana bir eksiklik kazandırıp kazandırmaması zamana ve yöreye göre değişir. Siyahın eksiklik kabul edildiği yerlerde Ebu Hanife’nin görüşü, böyle kabul edilmeyen yerlerde ise İmameynin görüşleri benimsenmelidir. Bu gün için siyah boyanın diğerlerinden bir farkı olduğu söylenemez, hatta bu bir zevk işidir, başka renkleri tercih edenler olduğu gibi siyahı da tercih edenler vardır.

İslâm hukukçuları satım parasını indirerek ayıplı malı almayı gerektiren yerleri şöyle özetlemişlerdir:

#### 1. Satılanın Kabzdan Sonra Telef Olması,

Alıcının veya üçüncü bir şahsın veyahut doğal bir afetin sebep olduğu bu olay, meydana geldikten sonra, satılanın ayıplı olduğu anlaşıldığı takdirde, alıcı satım parasından indirim yapma isteğinde bulunma seçeneğine sahip olur. Ancak malın telef olmasından önce ve ayıplı olduğu anlaşıldıktan sonra alıcının ayıba razı olduğunu açıkça ya da dolaylı olarak gösteren bir davranışın bulunmaması gerekir. Aksi takdirde alıcının satım parasından indirim yapma seçeneği kalmaz.

Satılanın maddi olarak telef olması ile hükmî olarak telef olması arasında bir fark bulunmamaktadır.<sup>176</sup>

#### 2. Satılanın Eksilmesi ve Ayıplanması,

Kabzdan önce satıcının elindeyken malda eksilme veya ayıplanma olmuşsa, bu durum birkaç noktada incelenebilir:

<sup>174</sup> **Mebûsû**, XIII,98.

<sup>175</sup> Serahsî, **Mebûsû**, XIII,98.

<sup>176</sup> Kâsânî, **Bedâi’**, V,283-289; Şirbîni, **Muğni**,II,54-55,66-67; Desûkî, **Hâşiye**, III,124; Ebu Zehra, **el-Milkiyye**, 406-407; Ali el-Hafif, **Ahkâmu'l-Muamelât**i’-Şer’iyye, 363,364; el Kürdî, **Buhûs**,277-278.

a) Eksilme veya ayıplanma satılanın kendi fiili ile ya da doğal bir afetle olmuşsa, (satılanın hayvan olması ve kendi kendini yaralaması, ya da satılanın bir ev olup yıldırım düşmesi sonucu yanması gibi) bu durumlarda alıcı, satılanı reddedip akdi feshetmek ile, satım parasından ayıp miktarını indirerek kabul etmek arasında muhayyerdir. Bu hüküm, miktar noksanlığı bahis konusu olduğu takdirdedir. Şayet bir vasıf eksikliği bahis konusu ise, bu takdirde alıcı, malı konuşulan fiyattan kabul etme, ya da malı geri verme durumundadır. Bunun dışında bir seçeneği yoktur. Yani, satım parasını indirerek alamaz.

b) Eksilme veya ayıplanma, satıcının fiiliyle olmuşsa, doğal bir afetle satılanın ayıplanması durumunda olduğu gibi alıcı, satımı feshetmek ile, satım parasından ayıp miktarını düştüktan sonra satılanı kabul etmek arasında muhayyerdir.<sup>177</sup>

c) Eksilme veya ayıplanma alıcının fiiliyle olursa bu durumda alıcının muhayyerlik hakkı düşmekte ve satıcıya karşı sorumlu olmaktadır. Çünkü alıcı, malı ayıplı duruma sokmak ya da eksiltmekle onu kabzetmiş sayılır. Bu durumda alıcı, satıcı malı yeni ayıbıyla kabul etmediği takdirde, satılanın eski ayıbından dolayı satım parasını indirerek alabilir. Satıcı malı yeni ayıbıyla geri almayı kabul ettiği takdirde ise, alıcının bunu yapma imkanı ortadan kalkar. Artık alıcı dilerse satılanı konuşulan fiyatın bütünü ile kabul eder, ya da malı satıcısına reddeder.

d) Ayıplanma üçüncü bir kişinin fiili ile olmuşsa, alıcı muhayyerdir. Dilerse satılanı tam fiyatıyla kabul edip, ayıp karşılığını üçüncü şahıstan alır ya da akdi bozar ve vermişse parasını geri alır.

**Şafiiler'e** göre kabzdan önce satılan, doğal bir afetle ayıplanmış ve alıcı da ona razı olmuşsa, artık ya malı kararlaştırılan fiyatla kabul eder ya da reddeder. Eğer satılan, alıcının fiiliyle ayıplı hale gelmişse, muhayyerlik hakkı düşer. Alıcının akdin gereğini yapması gerekir. Malı ayıplaması da hükmi bir kabz sayılır. Şayet satılanı üçüncü bir şahıs ayıplı hale getirmişse alıcı muhayyerdir, ya malı reddederek parasını geri alır, ya da malı kabul ederek, ayıp miktarını üçüncü şahıstan tahsil eder.

Satıcı fiiliyle malın ayıplanmış olması durumunda ise, alıcı iki şey arasında muhayyer kalır, ya malı olduğu gibi kabul eder, ya da reddeder.<sup>178</sup>

<sup>177</sup> el Kürdi, **Buhûs**,278.

Satılanın eksilmesi veya ayıplanması kabzdan sonra alıcının elindeyken olmuşsa durum şöyle değerlendirilebilir: Eksilme ve ayıplanma alıcıdan, satılandan ya da doğal bir afetten kaynaklanmışsa, alıcı satım parasından indirim yapma muhayyerliğine sahip olur. Satıcı ya da üçüncü bir şahıstan kaynaklanmışsa, alıcı eski ayıptan dolayı satım parasından indirim yapabildiği gibi, yeni ayıba sebebiyet vermeden de ayıp miktarını tazmin edebilir.<sup>179</sup>

### 3. Satılarda Artış Olması,

Bu artış, satılana bitişik olmayan, ancak ondan doğan ya da satılana bitişik olup, ondan doğmayan bir artış olduğu takdirde, alıcının satım parasını indirme hakkı vardır.<sup>180</sup>

### 4. Satılanın Başka Bir Şeye Dönüşecek Kadar Değişmesi,

Buğdayın un haline gelmesi, etin pişirilmesi gibi.<sup>181</sup>

### 5. Satılanın Yiyecek Olup Kısmen veya Tamamen Yenmesi,

Bu durumda da alıcı satım parasından indirim yapma yönüne gidebilir.<sup>182</sup>

### 6. Satılanın Telef Olması Durumunda Alıcının Onu Başkasından Tazmin Etmemiş Olması,

**Zahirü'r-Rivâye**'ye göre, alıcı onu başkasından tazmin etmişse artık satıcıya karşı satım parasından indirim yapamaz.<sup>183</sup>

Türk borçlar hukunda ise satılanın ayıpları sebebiyle satım parasının indirildiği yerler, İslâm hukukundakine benzer bir şekilde olup, şöyle özetlenebilir: Satılan şey, alıcının kusuru yüzünden telef olmuş, yahut alıcı onu başkasına temlik eylemiş veya şeklini değiştirmiş ise, ancak satım parasını indirmeyi dava edebilir.<sup>184</sup>

<sup>178</sup> el Kürdi, **Buhûs**, 279.

<sup>179</sup> Şirbînî, **Muğni**, II, 58-59; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 16-18; Desûkî, **Hâşîye**, III, 126-131, el Kürdi, **Buhûs**, 279-280.

<sup>180</sup> Mezheplerin farklı görüşleri için bkz. Tez, dördüncü bölüm, I, B, 3, g.

<sup>181</sup> Serahsî, **Mebûsûl**, XIII, 102.

<sup>182</sup> Ali el-Hafîf, **Ahkâmu'l-Muamelâti's-Şer'îyye**, 364, 367.

<sup>183</sup> Kâsânî, **Bedâi'**, V, 279-291; Kadri Paşa, MH.m. 540, 543. Satım parasının indirilmesi konusunda farklı icthâd ve değişik örnekler için bkz. Serahsî, a.g.e., XIII, 98 vd.; Kâdihân, **Fetâvâ**, II, 208, 215; Zuhaylî, **Tebyîn**, IV, 34 vd.

<sup>184</sup> BK.m.204/II; Bilge, **Borçlar Hukuku**, 87.

Fesih davası hal icaplarına uygun değilse hâkim satım parasının indirilmesi ile yetinebilir.<sup>185</sup>

#### **B. SATIM PARASINDAN İNDİRİLECEK TUTARIN TESPİT ŞEKLİ**

Satım parasından indirimi en az iki kişiden oluşan bir komisyon (ehl-ı vukuf = bilirkişi), satıcı ile alıcının huzurunda şahadet lafzı ile haber vermeleri ile mümkün olmaktadır. Bu komisyonun tarafsız, güvenilir ve işin ehli olması da şarttır.<sup>186</sup> Nitekim Mecelle; "Noksan-ı semen, bîgaraz ehl-ı vukufun ihbarı ile malum olur." demektedir.<sup>187</sup> Türk borçlar hukukunda da bu konuda güvenilir bir komisyondan bahsedilmektedir.<sup>188</sup>

Mecelle 346. maddesinin devamında satım parasından indirilecek tutarın bahsi geçen tarafsız komisyon tarafından ne şekilde tesbit edileceğini de belirtmiştir. "Şöyle ki mebi'in(satılanın) bir kere salimen(sağlamken) ve bir kere ma'iben(ayrıyken) kıymeti ta'yin ve takdir olunup bu iki kıymet beynindeki(arasındaki) tefâvüt(fark) sâlimen olan kıymetin kaçta biri ise semeni müsem mânın ol nisbetle noksan-ı semen itibar olunur.

Mesela, müşteri 60 kuruşa aldığı bir top kumaşı kesip biçtikten sonra ayb-ı kadimine muttali oldukta ehl-ı vukuf ol kumaşın salimen kıymeti 60 ve ayb-ı kadimiyle kıymeti 45 kuruş olduğunu ihbar etseler noksan-ı semen 15 kuruş olmakla müşterinin anı talep ve dava etmeye selahiyeti vardır.

Ve eğer ol malın salimen kıymeti 80 ve ma'iben kıymeti 60 kuruş olduğunu ihbar etseler, işbu iki kıymet beynindeki tefâvüt ki 20 kuruştur, 80 Kuruşun rub'u (1/4'ü) olmakla semeni müsem mânın rub'u olan 15 kuruşu müşterinin talep ve davaya seyahiyeti olur.

Eğer o kumaşın salimen kıymeti 50 ve ma'iben kıymeti 40 kuruş olduğunu ihbar etseler iki kıymet beyninde tefâvüt olan 10 kuruş 50 kuruşun humusü (1/5'i) olmakla semeni müsem mânın humusü olan 12 kuruş noksanı semen itibar olunur."

<sup>185</sup> BK.m.202/II; Bilge, a.g.e.,89.

<sup>186</sup> Kerderî, *Fetâvâ*, IV,455; İbn Âbidin, *Reddu'l-Muhtâr*, V,17; Kadri Paşa, *MH.* m. 39.

<sup>187</sup> MC.m.346.

<sup>188</sup> Yarg.13.HD.10.11.1980 gün ve 5071/5769 sayılı karar (Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*,183,dn.227).

Mecelle'nin bu ifadesinde dört ihtimal vardır;

1) Satılanın sağlam değeri kararlaştırılan fiyatına eşit ayıplı değeri ondan düşük olur.

2) Satılanın sağlam değeri, kararlaştırılan fiyattan fazla, ayıplı değeri kararlaştırılan fiyata eşit olur.

3) Satılanın hem sağlam hem de ayıplı değeri kararlaştırılan fiyattan az olur.

4) Satılanın hem sağlam hem de ayıplı değeri kararlaştırılan fiyattan fazla olur.

Bunların her birine Mecelle'nin verdiği rakamları belirtmeye çalışalım: değiştirmeden

1) Alıcı, 60 kuruşa bir top kumaşı biçtikten sonra eski ayıbın farkına varırsa,<sup>189</sup> benzer kumaşın tüccar ve esnaftan oluşan bilirkişi kurulu o kumaşın satış günü sağlam değeri 60, eski ayıpla değeri 45 kuruş olduğunu şahitlik yoluyla belirtirlerse satım parasının ineceği miktar(noksan-ı semen) 15 kuruş olmakla alıcının onu(15 kuruşu) satıcıdan isteyip dava etmeye yetkisi vardır.

2) Eğer o malın satış günü sağlam değeri 80, ayıplı değeri 60 kuruş olduğunu bilirkişi kurulu yukarıdaki şekilde bildirirlerse, bu iki değer arasındaki fark 20 kuruştur. Bu da 80 kuruşun 1/4'i olmakla kararlaştırılan fiyatın 1/4'ü olan 15 kuruşu alıcının istemeye yetkisi vardır.<sup>190</sup> Bu orantıyı şöyle gösterebiliriz:

$$\frac{20}{80} = \frac{x}{60} \quad x = \frac{20 \cdot 60}{80} = \frac{1200}{80} = 15 \text{ Kuruş.}$$

3) Şayet o kumaşın satış günü sağlam değeri 50, ayıplı değeri ise 40 kuruş olduğu bildirilirse, bu iki değer arasındaki fark olan 10 kuruş 50 kuruşun 1/5'i olduğundan, kararlaştırılan fiyatın 1/5'i olan 12 kuruş, satım parasının ineceği miktar olarak kabul edilir. Bunu orantı şeklinde gösterecek olursak:

$$\frac{10}{50} = \frac{x}{60} \quad x = \frac{10 \cdot 60}{50} = \frac{600}{50} = 12 \text{ Kuruş.}$$

4) Eğer kumaşın sağlam değeri 80, ayıplı değerinin 70 kuruş

<sup>189</sup> Ayıbın farkına vardıktan sonra biçerse alıcı bu hareketiyle ayıba razı olmuş olur. (MC.m.344).

<sup>190</sup> Ali Haydar, *Dürer*, I, 570.

olduğunu bildirirlerse, iki değer arasındaki fark olan 10 kuruş 80 kuruşun 1/8'i olduğundan kararlaştırılan fiyatın 1/8'i olan 7,5 kuruş satım parasının ineceği miktar olarak kabul edilir. Bunu da orantı halinde şöyle gösterebiliriz:

$$\frac{10}{80} = \frac{x}{60} \quad x = \frac{10 \cdot 60}{80} = \frac{600}{80} = 7,5 \text{ Kuruş.}^{191}$$

Trampa(mukayada) akdinde satılanın noksanı karşılığında indirim yapmak ise şöyle olmaktadır: Bir kimse atı ile diğer bir kimsenin beygirini satın alırsa karşılıklı tesellümden sonra, beygirde eskiden var olan ayıbın farkına varılsa, elinde iken beygir telef olsa, beygir bir kere sağlamken, bir kere de ayıphyken değeri tespit edilir. İki değer arasındaki fark diyelim ki değerın 1/10'u ise o kimse atın 1/10'u ile diğerine karşı dava eder. Çünkü beygirin bedeli attır. Bu şekilde atın 1/10'u o kimsenin mülkü olarak kalır.<sup>192</sup>

Hanefî ictihâdına göre düzenlenen Mecelle'de olduğu gibi diğer hukuk ekollerinde de satım parasının indirmede nisbî metod benimsenmiştir.<sup>193</sup>

Türk borçlar hukukunda ise satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasına ilişkin olmak üzere doktrinde ve mahkeme ictihadlarında, başlıca üç görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir.

#### 1. Mutlak Metod,

Bu metoda göre, satılanın ayıplı ve ayıpsız ayrı ayrı değeri takdir olunur; Bu şekilde tespit olunan ayıplı ve ayıpsız değer arasındaki fark sözleşmede kararlaştırılan satım parasından indirilir. Böylece alıcının ödemek zorunda olduğu indirilmiş satım parası tespit edilmiş olur.<sup>194</sup> Örnek vermek gerekirse, bilir kişiler bir gayri menkulun ayıpsız değeri olarak 80 milyon lira, ayıplı değeri olarak 50 milyon lira takdir etseler kararlaştırılan ayıpsız satış parası 70 milyon olduğuna göre ayıplı satış parası; 80.000.000-50.000.000=30.000.000 TL. İndirim tutarının sözleşmede

<sup>191</sup> Ali Haydar, a.g.e. ve y.

<sup>192</sup> Ali Haydar, a.g.e.,I,571. Trampa akdinde değiştirilen mallardan biri, semen (satım parası), diğer ise, mebi'(satım konusu)dir. Arapçada Semen,başında [b] harfi, Türkçede ise, sonunda [ye] ve [ile] gibi edatlar bulunur.

<sup>193</sup> Bkz. Nevevî, **Mecmu'**, XII,251; Mevâk, **et-Tâc ve'l-İklîl**,IV,444; Ramlî, **Nihâye**, IV,42; Kadri Paşa, MH.m.39.

<sup>194</sup> Bilge, **Borçlar Hukuku**, 86.

kararlaştırılan satım parasından indirilmesi suretiyle (70.000.000-30.000.000 lira olmak üzere) 40 milyon lira olarak tespit olunacaktır.

Bu metod, İsviçre'de 14.11.1911 tarihli hayvan ticaretinde tekeffül hakkındaki kararnamenin 11. maddesinde kabul edilmiştir.<sup>195</sup>

## 2. Tazminat Metodu,

Bu metoda göre kararlaştırılan satım parası ile şeyin ayıplı değeri arasındaki fark, kararlaştırılan satım parasından indirilir. Yani, satıcı sadece ayıplı değeri öder.<sup>196</sup> Bir örnek vermek gerekirse; Bilirkişiler bir malın ayıplı değerini 50 bin lira olarak takdir etseler ayıpsız satış parası 70 bin lira olduğuna göre ayıplı satış parası;  $70.000 - 50.000 = 20.000$  TL. şeklinde belirlenecek, 20 bin lira indirim tutarının sözleşmede kararlaştırılan satım parasından indirilmesi suretiyle  $70.000 - 20.000 = 50.000$  TL. olarak tespit olunacaktır.<sup>197</sup>

## 3. Nisbî Metot,

Bu metoda göre, satılanın, ayıplı değeri ile, ayıpsız değeri arasındaki oranın sözleşmede kararlaştırılan satım parasına uygulanması suretiyle ödenecek satım parası bulunur.

Yargıtayın bir kararında, bu metodun şu şekilde uygulandığını görmekteyiz: "Somut olayda... , satım parasının indirilmesi olarak uyuşmazlık çözüme bağlanmalıdır. şu var ki, yasada satım parasının indirilmesine uygulanacak bir ölçüye yer verilmiş değildir. Öyle ise, değer eksikliğinin hesaplanması için bir yöntem bulmak gerekir. Öğretide bu konuda kabul edilen hakim görüş... , değer eksikliğinin orantılı bir hesap tarzına göre belirleneceğine ilişkindir ki, bu yöntem «nisbî metod» olarak adlandırılmaktadır. Öyleyse, bu yöntem uyarınca satım sözleşmesinin kurulması anında nesnenin ayıpsız olarak ya da vadedilen niteliklerle birlikte taşıyacağı değer ile gerçekte bulunduğu bozuk durumda taşıdığı değer arasındaki orana göre satım parasının indirilmesi gerekir. Satım parasının indirilmesi şu formülle anlatılabilir:

<sup>195</sup> Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 181.

<sup>196</sup> Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1, 189; Yarg. TD. 28.5.1953, E. 52-3195/K. 3273

(Türk İct.Kül.,c.VIII,No.1513); Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 123.

<sup>197</sup> Krş. Yavuz,a.g.e.ve y.

**ad** = Satılanın ayıpsız objektif değeri,

**gd** = Satılanın ayıplı objektif değeri,

**sp** = Satım parası,

**i** = İndirim tutarı,

**x** = İndirim sonunda satım parasının ineceği miktar.

$$\frac{ad}{gd} = \frac{sp}{x} \quad x = \frac{gd \cdot sp}{ad} \quad i = sp - x \quad i = sp - \frac{gd \cdot sp}{ad}$$

Mesela, satılanın ayıpsız değeri 2400, ayıplı objektif değeri 1600 ve satım parası da 1200 olsa ödenecek miktar:

$$\frac{1600}{2400} = \frac{x}{1200} \quad x = \frac{1200 \cdot 1600}{2400} = 800 \text{ TL.'dır.}$$

İşte alıcının ödeyeceği miktar 800 liradır. Satım parasından indirilecek tutarı bulmak için de satım parasından(1200'den) bunun (800'ün) çıkarılması gerekir ki sonuç 400 lira olur. Formüle başvurursak:

$$i = 1200 - \frac{1200 \cdot 1600}{2400} = 400 \text{ TL (indirilecek tutar).}$$

Yargıtayın kökleşmiş inançları ile de nisbî metod benimsemiş bulunmaktadır. Bu duruma göre yukarıda verilen bilgilerin ışığı altında dava konusu olayda nisbî metod uyarınca, satım parasından indirilmesi gereken tutarı belirlemek üzere uzman bilirkişi kuruluna başvurulmalı ve gerekçeli rapor alınmalı ve böylece tespit edilecek bu tutar, istemle bağlı kalınarak davacı yararına ödetilmelidir.”<sup>198</sup>

Nisbî metod birçok Türk hukukçu<sup>199</sup> tarafından benimsendiği gibi Alman Medeni Kanunu(BGB.pr.472) tarafından da açıkça kabul edilmiştir.<sup>200</sup>

Netice olarak İslâm Hukuku nisbî metodu benimseyen Alman ve Yargıtayın yaygın kararıyla birleşmektedir.<sup>201</sup> Ancak Mecelle'de

198 Yarg. 13.HD.10.11.1980 gün ve 5071/5769 sayılı karar.(Yavuz, **Satıcının sorumluluğu**,183,dn.227).

199 Bkz. Tandoğan, a.g.e.,I/1,189-190; Edis, a.g.e., 123-124; Bilge, a.g.e., ve y.; Feyzloğlu, **Borçlar Hukuku**,I,295.

200 Nisbî metodu benimseyen yerli ve yabancı hukukçulur için, bkz. Yevuz, a.g.e., 182, dn.226.

201 Krş.Senhurî, **Mesâdir**,IV,256-257; Diyâb, **Damân**,209; Kadri Paşa, MH.m.39. Ayrıca bkz.Yavuz, a.g.e.,185.

nisbî metodun daha değişik bir formülle benimsendiğini görmekteyiz. Bunu yukarıda belirttik ancak Yargıtay kararındaki işaretlerle de bu çözümü şu şekilde fomül haline getirebiliriz:

$$i = \frac{ad - gd}{ad} \cdot sp \quad x = sp - i \text{ olduğuna göre;}$$

$$x = sp - \left( \frac{ad - gd}{ad} \cdot sp \right) \text{ olur.}$$

Yukarıda verilen tüm örneklere bu formülün uygulanması suretiyle aynı sonucun elde edildiği görülecektir. Yargıtayın kararındaki rakamların kullanılması durumunda:

$$\begin{aligned} x &= 1200 - \left( \frac{2400 - 1600}{2400} \cdot 1200 \right) = 1200 - \left( \frac{800}{2400} \cdot 1200 \right) \\ &= 1200 - 400 = 800 \text{ TL. bulunur.} \end{aligned}$$

**Bize göre de** satım parasından indirilecek miktarın hesaplanmasında uygulanması gereken en iyi metod nisbî metoddur. Çünkü bu usûl, satımın ucuz ya da pahalı olmasını indirilecek miktara da yansıtması, yani satımın sağladığı kârı gözönünde tutması bakımından adaletle en uygun olanıdır. Yavuz'un da belirttiği gibi<sup>202</sup> eğer bir formül kullanılması gerekiyorsa yukarıda Mecelle hükmüne dayanılarak ortaya konan formülün, sadeliği nedeniyle tercih edilmesi gerektiğine inanmaktayız.

İlk iki metod, İslâm hukukunda benimsenmediği ve Türk hukuk doktrininde de<sup>203</sup> yeterince tenkit edildiği için burada üzerinde durmayacağız.<sup>204</sup>

#### C. SATIM PARASINI İNDİREREK ALAMAYA MANİ HALLER

**Hanefî, Mâlikî ve Şafîî** mezheplerine göre, ayıp nedeniyle muhayyer olan kişinin -red imkanı varken- satım parasından indirim talebinde bulunamaz. Sadece Ahmed b. Hanbel, red imkanı

<sup>202</sup> Satıcının Sorumluluğu, 185.

<sup>203</sup> Bkz. Yavuz, a.g.e. 185-187; Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I/1, 188-189; Edis, *Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 122-123.

<sup>204</sup> Bkz. a.g.e.ler.

olsa bile ayıp nedeniyle satım parasından uygun bir oranda indirim yapmayı kabul etmiştir. Diğer mezneplere göre indirim yoluna başvurmak için karşı tarafın rızasına ihtiyaç vardır.<sup>205</sup>

Özellikle Hanefiler, satım parasını indirerek ayıplı malı almaya mani halleri tespit konusunda şu kuralı benimsemişlerdir: "Alıcının mülkündeki satılanı -satıcının iziniyle- reddetmesi mümkün olan her konumda, satılanı satarak elinden çıkarmışsa satım parasından indirim yapamaz".<sup>206</sup> Başka bir ifade ile satılan, ayıplı olduğu halde satıcıya reddedilememesi, alıcıdan kaynaklanıyorsa alıcının satım parasını indirme hakkı düşer.<sup>207</sup> Nitekim Mecelle'de şöyle denmektedir: "Bayi' eğer müşteri 'indinde bir ayb-ı hâdis olduktan sonra ayb-ı kadîmi meydana çıkan mebi'i, ol ayb-ı hâdis ile geri almaya razı olursa, mani-i red bulunmadığı takdirde müşterinin noksan-ı semen iddiasına selahiyeti kalmayıp, ya mebi'i bayi'e red, yahut tamam bahasıyla kabul etmeye mecbur olur. Hatta müşteri, ol malı ayb-ı kadimine muttali' olduktan sonra âhara satsa artık noksan-ı semen iddiasına selahiyeti kalmaz.

Mesela, müşteri bir top bez alıp gömlek kestikten sonra çürük olduğuna muttali' olduğu halde satsa bayi'den noksan-ı semen iddia edemez. Zira bayi' ben anı ayb-ı hadis ile yani kesilmiş olduğu halde alırdım diyebileceğinden müşteri anı satmasıyla haps ve imsak etmiş olur."<sup>208</sup>

Ayrıca satım parasını indirerek almaya mani halleri şöyle sıralamak mümkündür:

1. Alıcının ayıba razı olması,

Ayıbın farkına vardıktan sonra alıcının satılанда ayıba razı olduğunu gösterecek her tasarruf red ve satım parasını indirme muhayyerliğini düşürür.<sup>209</sup> **Ebu Hanîfe** ve **Ebu Yusuf** a göre satılanın bir kısmını satmak ya da hibe etmek hem red hem de satım

205 Çeker, **İslâm Hukukunda Akitler**, 83. Ayrıca bkz. Şirâzi, **Muhezzeb**, I, 284.; İbn Kudame el-Makdisî, **eş-Şerhu'l Kebîr**, IV, 87; Haccâvî, **İknâ'**, II, 55; Senhürî, **Mesâdir**, IV, 255.

206 Serahsî, **Mebûr**, XIII, 98. Krş. İbnu'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, VI, 14; Ali Haydar, **Dürer**, I, 571.

207 Kerderî, **Fetâvâ**, IV, 452.

208 MC.m.348. Krş. Serahsî, a.g.e. ve y.; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 7.

209 Kerderî, **Fetâvâ**, IV, 451.

parasını indirmeye mânidir. **İmam Mâlik** ve **Muhammed'e** göre mânî değildir.<sup>210</sup> İhtilaf, bu tasarrufların ayıba razı olma anlamını taşıyıp taşımamaktan kaynaklanmaktadır.

2. Alıcının muhayyarlık hakkını düşürmesi.<sup>211</sup>

3. Akdin herhangi bir sebeple sona ermesi.<sup>212</sup>

4. Alıcının satıcıyı ibra etmesi.<sup>213</sup>

5. Kabzdan önce satılana bitişik olmayan ancak oldan doğan artış ile, satılana bitişik olmayan ve ondan doğmayan bir artışın olması.<sup>214</sup>

6. Kabzdan sonra **İmam Muhammed'e** göre satılana bitişik ve ondan doğan artışın olması.<sup>215</sup>

7. Tevliye yoluyla satın alınan malın kabzdan sonra alıcı elindeyken eski bir ayıbının ortaya çıkması,

Bu durumda alıcı onu reddemeyeceği gibi satım parasını dahi indiremez. Çünkü alıcı bu takdirde satılanın fiyatını indirecek olsa, satılanın fiyatı ilk fiyatından eksik olur. Oysa tevliye ilk fiyatın aynısı ile yapılan satımdır.<sup>216</sup>

Türk borçlar hukukuna göre ise kanun bazı özel hallerde alıcının muhayyerlik hakkını sınırlıyabilir veya kaldırabilir. Kıymet noksanı satılanın fiyatına eşit ise alıcı ancak satımın feshini dava edebilir; satım parasının indirilmesini isteyemez.<sup>217</sup>

Alıcı önce fesih talebinde bulunmuşsa sonradan satım parasının indirilmesini isteyemez.<sup>218</sup>

---

210 Kerderî, a.g.e., IV, 452; Hattâb, **Mevahibu'l-Celil**, IV, 443; Kadri Paşa, MH. m. 541.

211 Kâsânî, **Bedâi'**, V, 282.

212 el-Kürdî, **Buhûs**, 275.

213 Kâsânî, a.g.e., V, 282-283.

214 el-Kürdî, a.g.e., 281.

215 Kâsânî, a.g.e., V, 285. Krş. Nevevî, **Mecmu'**, XII, 268, 292; İbn Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr**, V, 7.

216 Ali Haydar, **Dürer**, I, 569.

217 BK.m.202/III; Bilge, **Borçlar Hukuku**, 87.

218 Bilge, a.g.e., 88.

### III- AYIPLI MALIN DEĞİŞTİRİLMESİ

Genellikle İslâm hukukçuları, ayıp muhayyerliği konusunda alıcının sahip olduğu seçenekleri sıralarken, “malın değiştirilmesini” bir seçenek olarak ele almamışlardır. Ancak bu, İslâm hukukunda ayıplı malın ayıpsız misliyle değiştirilmeyeceği anlamına gelmemektedir.

Hukukçuların “ayıplı malın değiştirilmesini” alıcının seçenekleri arasında saymamaları, konuyla ilgili hadislerde<sup>219</sup> buna yer verilmemiş olmasından ve satım akdinde satılanın ta'yin ile belirlilik kazanmasından(MC.m.151,204) kaynaklanmaktadır. Buna rağmen Hanefilerden **Kâdîhân**(592/1196) ve daha sonra **İbn Nüceym** (970/1563), gibi hukukçular, ayıplı malın misliyle değiştirilebileceğini açık bir dille ifade etmişlerdir.<sup>220</sup> Ancak ayıp muhayyerliğinde reddedilen ayıplı malın değişiminde nizaâ sebep olacak davranışlardan kaçınmak gerekir. Meselâ, değişimi yapılan şey, veznî olup tartılmayacak kadar az ise tartılmadan, tartılabilecek kadar çoksa tartılarak değiştirilmelidir. Aksi takdirde değiştirilmesi caiz görülmemiştir.<sup>221</sup>

**İbn Hazm** gibi bazı hukukçular ise ayıplı mal değişimini diğer hukukçulardan farklı olarak alıcının sahip olduğu seçenekler arasında saymıştır. O'na göre, sağlam olması şartıyla satın alınan malın ayıplı çıkması, akdin bozulmasını gerektirdiği halde<sup>222</sup> normal bir satım akdinde satılanın ayıplı çıkması halinde alıcının sahip olduğu dört seçenekten birisi malın misliyle değiştirilmesidir.<sup>223</sup>

**İbn Hazm**'a göre veresiye satışlarda ve selemde, paranın ya da selem konusu şeyin kabzından sonra, ayıplı olduğu anlaşılırsa alıcı için tek seçenek vardır. O da malı misliyle değiştirmek. Çünkü burada alıcının belirli bir maldan ziyade vasıfları belirlenmiş bir malda hakkı bahis konusudur. Bu nedenle ayıplı olan malı ayıpsız olanıyla değiştirme imkanı her zaman için vardır.<sup>224</sup>

219 Bkz. Tez birinci bölüm, II,C,2.

220 Kadihan, **Fetâvâ**,II,200; İbn Nüceym, **el-Bahr**,VI,39.

221 İbn Nüceym,a.g.e. ve y.

222 **el Muhalla**,IX,65,fık.1569.

223 a.g.e.,IX,71,fık.1579.

224 a.g.e.,IX,71,fık.1578.

Türk borçlar hukukunda da satılan, misli bir şeyse, kanun alıcıya fesih veya satım parasının indirilmesini istemek hakkından başka üçüncü bir yetki daha bahşetmiştir. Bu da satılanın ayıpsız misliyle değiştirilmesini istemek hakkından ibarettir.<sup>225</sup> Ancak, ferdi ile muayyen olan eşya satımında alıcının bu son hakkı yoktur.<sup>226</sup>

Görüldüğü gibi ayıplı malın misliyle değiştirilmesi konusu, hem İslâm hukukçuları, hem de bugün yürürlükte bulunan Türk hukukunca benimsenmiştir. Ancak İslâm hukukunda satılan, **ta'yin ile belirlilik kazandığından** alıcı, satıcının malın değişimi ile ilgili teklifine olumlu cevap vermek zorunda değilken; Türk borçlar hukukunda, satıcının ayıplı malı yenisi ile değiştirme teklifine alıcı akdi fesihden kurtarmak için uyma zorundadır.<sup>227</sup> Buna göre akitlerde şart olan karşılıklı rıza ihlâl edilmiş olur. Çünkü alıcı ayıplı mal satana karşı güvensizlik duyduğundan ya da rutubetli deposundan getirilecek yeni bir malın tekrar arızalı olacağı ihtimalinden dolayı malın değişimine rıza göstermeyebilir. Hatta, aynı satıcı ile bir daha muhatap olmak da istemeyebilir. Bu durumda İslâm hukukçularına göre alıcı ayıplı malın ayıpsız olanıyla değişimini kabule zorlanamaz. Ancak bugünkü hukukta alıcı buna mecbur edilmektedir. Bu da alıcının istemediği bir şeyi kabule zorlanması ve onun serbest iradesine sınırlama getirmek anlamına gelir. Gerçi Türk borçlar hukukunda alıcının ayıplı malın misliyle değiştirilmesine rıza gösterme mecburiyeti, malın aynı yerde teslimi şartına bağlanmıştır. Şayet malın bir başka yerden gönderilmesi kararlaştırılmış ise alıcının değişmeyi kabul mecburiyeti ortadan kalkar. Çünkü bu takdirde yeniden sağlanacak malın gönderilmesine kadar meydana gelecek gecikme ve yeni hasarlar alıcının aleyhine olacaktır.

İslâm hukukunun herhangi bir şarta bağlı olmadan malın değişimini karşılıklı rızaya bırakmakla tarafların haklarını korumak ve onların iradelerini serbestçe kullanmalarını sağlamak gibi bazı nedenlerle hakkaniyete daha uygun düştüğü inancındayız.

---

225 BK.m.203; Bilge, **Borçlar Hukuku**,88; Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1, 180,191-192.

226 Bilge, a.g.e. ve y.; Tandoğan, a.g.e.,I/1,180,191.

227 Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku**,I,301.

#### IV- AYIPLI MALIN ONARILMASI(GARANTİ)

İslâm borçlar hukukunda alıcının ayıp muhayyerliği nedeniyle ayıplı çıkan malın onarılmasını istemek gibi bir seçeneği üzerinde durulmamıştır. Ancak, kanaatimize göre sözleşme yoluyla, böyle bir hak elde etmeye engel bir durum da bulunmamaktadır.<sup>228</sup>

TBK'nunda ise bazı sözleşmeler için sözleşme konusunun ayıplarının giderilmesi(onarım-tamir) isteğinde bulunma imkanı tanındığı halde,(kira vs. sözleşmelerinde olduğu gibi) satımı düzenleyen hükümler arasında böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Gerçekten BK.m.250/I hükmünde, kiralananın ayıplarının giderilmesi isteğinde bulunma imkanı kiracıya;<sup>229</sup>. BK.m.360/II hükmü, istisna' (eser) sözleşmelerinde, akid konusunun ayıplarının giderilmesini isteme imkanı iş sahibine verilmektedir. Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmış olmadıkça, alıcının satılardaki ayıpların giderilmesini satıcıdan talep etmeye hakkı yoktur. Ancak bazı hukukçular, özellikle BK.m.360/II kıyasen uygulanması suretiyle, satım sözleşmesinde alıcıya kanuna dayanan bir onarım talebinde bulunabilmesi imkanının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.<sup>230</sup>

Satım akdinde alıcının kanundan doğan bir onarım isteğinde bulunma hakkının olmadığı düşüncesi kabul edilse bile sözleşmeler uygulamasında özellikle tip sözleşmeler ya da genel işlem şartları olarak alıcının böyle bir istekte bulunması imkanının düzenlendiği görülmektedir. Hatta bu uygulamada alıcının diğer seçimlik haklarını kullanma imkanının bertaraf edildiği ve sadece onarım talebinde bulunabileceğinin öngörüldüğü müşahade edilmektedir. Bu şekildeki düzenlemelerin aleyhine bir tutum içine girmeye imkan yoktur.<sup>231</sup>

Ancak satılarda ortaya çıkan bir ayıbın, alıcıya onarım hakkını verebilmesi için, bu ayıbın satıcının garanti taahhüdünün kapsamına girmesi gerekir. Ayrıca diğer seçimlik hakların kullanılmasında olduğu gibi, alıcının onarım seçimlik hakkını kullanabilmesi için, satılarda tespit ettiği ayıpları satıcıya, ayıp ortaya çıkar çıkmaz

228 Krş. İbn Teymiyye, *Fetâvâ*, XXIX, 18,126,346; XXXI,27,29; Zuhaylî, 'Ukûd, 365.

229 Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I/2, 112-114.

230 Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*,192.

231 Bkz. Yavuz, a.g.e. ve y.; Tandoğan, a.g.e.,I/1,181,dn.81c.

“derhal” bildirmesi gerekir. Ancak, burada satıcının belirli bir süreyi kapsayacak şekilde garanti taahhüdü altına girmesi sözkonusu olduğuna göre, bu süre zarfında her zaman alıcının onarım talebinde bulunabilmesi imkanının varlığı da kabul edilebilecektir.<sup>232</sup>

Mısır<sup>233</sup> ve Suriye<sup>234</sup> Medeni Kanunları da ayıplı malın onarılmasının sözleşme yoluyla olabileceğini kabul etmiş ve alıcıya altı ay içinde mahkemeye başvurma yetkisini vermiştir. Ayrıca alıcıyı, ayıbın ortaya çıkmasından itibaren bir ay içinde durumu satıcıya bildirmekle mükellef kılmıştır.<sup>235</sup>

Türk borçlar hukukunda da satıcının onarım garantisinden söz edilmiştir. Akünal tarafından yapılan şu tespiti aktarmakla yetinelim: “Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun onarım borcuna dönüşmesi, sanayi toplumunun gereklerine hiç şüphesiz uygun düşmektedir. Ancak onarım garantisinin şartlarının da satıcının olduğu kadar, tüketicinin de çıkarlarına uygun bir biçimde düzenlenmesinin sağlanması gerekir. Kanunların boş bıraktığı bu alanı, menfaatler dengesini doğru bir şekilde değerlendirerek doldurmak öğreti ve icthatlara düşmektedir.”<sup>236</sup>

İslâm hukukunda ise, onarım garantisi ile ilgili özel bir nass bulunmamakta ise de, fukahânın şart nazariyesi, ve akit sırasındaki irade hürriyeti ölçüleri içerisinde, garanti akdini tanıyan görüşleri bulunmaktadır. **Maliki** ve **Hanbeliler** doğrudan, **Hanefiler** ise, örf gereği olmak şartıyla bir tarafın çıkarına hizmet eden şartları caiz görmüşlerdir.<sup>237</sup>

**Zuhaylî** bu konuda **Hanefî** mezhebinin görüşünü şöyle aktarmaktadır: “Alıcının, satın aldığı mal konusunda satıcının belli bir süre için garanti vermesini şart koşturmak gibi örfün gerektirdiği bir istekte bulunması halkın ihtiyacını karşılamak için, istihsan yoluyla caiz görülmüştür. **Züfer**, buna muhalefet etmiştir. Oysa, **Hz. Peygamber**, yolculukta **Cabir b. Abdillâh'tan Medineye kadar binmesi ve yükünü taşıtması şartıyla devesini satın almıştı. Hz.**

232 Yavuz, a.g.e.,193.

233 Bkz.Zuhaylî, ‘Ukûd, 365 ve oradaki kaynaklar.

234 Su.MK.m.423.

235 Zuhaylî, a.g.e.,363.

236 ‘İsviçre Federal Mahkemesinin Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu ve Onarım Garantisine İlişkin 25 Mayıs 1966 tarihli kararı’,MHAD, 1973,sy.10,550. Krş, Edis, ‘Akitten Doğan Garanti’, ABD,1969, 1036 vd.

237 İbn Teymiyye, Fetâvâ, XXIX,126,346,31,27,29; Zuhaylî,‘Ukûd,365.

**Peygamberin, Cabirin sattığı bir deveden Medine'ye kadar yararlanmasına müsaade etmesi, tek taraflı yarar sağlayan bir şartın cevazına delil teşkil etmiştir.** Buzdolabı, televizyon, saat, çamaşırmakinası gibi bir malı satın alan kimsenin bir yıla kadar meydana gelen ayıpları eski bir ayıp hükmünde kabul ederek satıcının tekeffül etmesini istemesi de böyle bir şarttır.”<sup>238</sup>

**Malikîler'in** uhde süresi içerisinde meydana gelen ayıpları, eski ayıp telakki etmeleri her ne kadar köle ve cariyeye özel ise de,<sup>239</sup> bunların dışındaki satılanlar için de, kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağını incelemek gerekir. Medine'li yedi meşhur hukukçunun uhdeyi kabul etmeleri, bu konuda zayıf da olsa bazı hadislerin bulunması,<sup>240</sup> bu konuyu daha da cazip hale getirmektedir.

Sonuç olarak gerek İslâm hukukunda, gerek Türk, Suriye ve Mısır hukuklarında satılanın onarılmasını istemek, daha çok sözleşme ile elde edilen bir hak olarak değerlendirilmektedir. Nitekim, **Cavin'**de aynı görüşü benimsemiştir. O'na göre “geleceğe ilişkin durumların garanti edilmesi ayıba karşı tekeffüle girmeyen ve sözleşmeye dayanan bir tekeffüldür.”<sup>241</sup>

Türk borçlar hukukunda garanti sözleşmesi kendine özgü özellikleri olan akitlerden sayılmış olup, üzerinde müstakil çalışmalar yapılmıştır.<sup>242</sup>

238 **el-Fıkhu'l-İslâmî**, IV, 204.

239 Uhde ve kısımları için bkz. İbn Rüşd, **Bidâye**, II, 146-147; el-Kürdî, **Fıkhu'l-Mu'âvadât**, I, 283-284; Senhurî, **Mesâdir**, IV, 249, dn. 1.

240 Bu hadislerle ilgili tartışmalar için bkz. İbn Rüşd, a.g.e.ve y.; İbn Kudâme el-Makdisî, **eş-Şerhu'l-Kebir**, IV, 90-91. Ahmed b. Hanbel ve İbn Münzir, Uhde konusunda sahih bir hadis bulunmadığını söylemektedirler. Bu konuda Medinelilerin icma' etmeleri, hüccet olamaz. (İbn Kudâme el-Makdisî, a.g.e., IV, 91; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV, 242).

241 Tandoğan, **Borçlar Hukuku**, I/1, 168, dn. 44a; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, 92.

242 Bkz. Reisoglu, **Garanti Mukavelesi**, 9; Tandoğan, a.g.e., I/1, 60; Zevkliler, **Borçlar Hukuku**, 10.

## V- AYIPLI ÇIKMADAN DOLAYI TAZMİNAT İSTEME

İslâm borçlar hukukunda alıcının “ayıplı çıkmadan dolayı tazminat istemesi”, bir seçenek olarak benimsenmemiştir. Ancak “**zarar izâle olunur**”(MC.m.20), “**zarar ve mukabele bizzarar yoktur**”(MC.m.19), “**zarar imkân nisbetinde giderilir.**”(MC.m.31) gibi hadislerle dayanan prensip ve kuralları vardır. Buna rağmen İslâm hukukçuları alıcıya tanınan seçeneklerle mağduriyetinin giderileceği kanaatine vardıkları için, “ayıplı çıkmadan dolayı tazminat istemeyi” ayrıca bir seçenek olarak benimsemeye gerek görmemişlerdir.

Türk-İsviçre hukukunda da yukarıda geçen seçimlik haklardan birinin kullanılmasıyla birlikte, alıcının duruma göre olumlu veya olumsuz(müsbet-menfi) zararının tazmin edilmesini isteme imkanının açıkça düzenlemiş olmasına rağmen(BK.m.205), tek başına bir seçimlik hak olarak tazminat istemesi imkanından söz edilmemiştir.<sup>243</sup>

Oysa Alman hukukunda, BGB.'nin çeşitli hükümlerinde, alıcıya bir seçimlik hak olarak tazminat isteme hakkının tanındığı görülmektedir. BGB. pr.480 Abs.2'de şu ifadeler yer almaktadır: “Hasarın alıcıya geçmesi anında, şeyin garanti edilen bir niteliği taşımaması ya da satıcının hile ile bir ayıbı gizlemesi durumunda, alıcı sözleşmeden dönme, satım parasının indirilmesi veya ayıpsız bir başka satılanın teslimi yerine, ifa etmeme sebebiyle bir tazminat isteyebilir.” Alıcının satılanın ayıplı olduğunu bildiği ve ayıplı satılanı bilerek hiçbir ihtirâzî kayıt ileri sürülmeksizin teslim aldığı durumlarda -diğer seçimlik haklarda olduğu gibi- ifa etmeme sebebiyle tazminat isteme seçimlik hakkını kullanma imkanı yoktur.<sup>244</sup>

Yavuz'a göre ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, bir kötü ifadan sorumluluk halidir; alıcı kötü ifasına temerrüde düşen satıcıya karşı BK.m.106'daki seçimlik imkanlardan biri olarak ifadan vazgeçme suretiyle ifa menfaatinin(müspet zararının) tazminini isteyebilme imkânına sahip olmalıdır.<sup>245</sup>

<sup>243</sup> Yavuz,a.g.e.,196-197.

<sup>244</sup> Larenz'den naklen Yavuz,a.g.e.,196.

<sup>245</sup> Yavuz,a.g.e.,197.

## SONUÇ

İslâm hukukunda şartları gerçekleşen bir akitte asıl olan bağlayıcılıktır. Ancak insanların ihtiyaçları gözönüne alınarak muhayyerlik hakları meşru kılınmıştır. Bunların bir kısmı, akde taraf olanların arzu ve istekleriyle gerçekleşirken, bir kısmı da hadislerin bir gereği olarak uygulanmaktadır. Akitlerin bağlayıcılığı esas olmasına rağmen sayıları yirmiye yaklaşan muhayyerlik çeşidi nedeniyle taraflara akitleri tek taraflı olarak feshetme hakkını tanımak, sadece İslâm hukukuna münhasır bir özelliktir diyebiliriz.

Hamurabî Kanunlarıyla başlayarak günümüze kadar hemen her hukuk sisteminde giderek gelişen ayıp muhayyerliği hakkı, İslâm hukukunda tanınan önemli muhayyerliklerden biri olup, aynı zamanda satıcıya da tanınmıştır. Ayıp muhayyerliği hakkını sadece alıcıya hasretme gayretini gösteren bazı hukukçular varsa da, bu gayret, yeterli delilden yoksundur ve adı geçen muhayyerlik hakkının meşru kılınış hikmeti olan tarafları aldatmaktan ve haksızlığa uğramaktan korumakla da bağdaşmamaktadır. İslâm hukukunun kanunlaştırma faaliyetinin en önemli ürünü olan Mecele'de de ayıp muhayyerliği alıcıya hasredilmiştir.

Hemen belirtelim ki, İslâm hukukunun temel kaynağı Kur'an'da, Ayıp muhayyerliği ile ilgili ya da ayıplı mal satımını doğrudan yasaklayan bir ayet bulunmamaktadır. Ancak genel kapsamlı ayetlerin yanı sıra, ayıplı mal satımını yasaklayan birçok hadis ve hukukçuların icmaı bulunmaktadır. Buna rağmen tarafların zararını her an gidermek mümkün olduğundan akit temelden batıl sayılmayıp sahih kabul edilmiştir.

Sünnet ve icma' ile meşru kılınan ayıp muhayyerliğinin, şart koşulmadan da gerçekleşmesi, mülkiyetin intikaline mani olmaması, varise intikali ve feshedilebilir akitlerde geçerli olması gibi bir çok özellikleri bulunmaktadır. Bu özelliklerle ilgili olmak üzere, İslâm hukukunda ve Türk borçlar hukukunda benzer hükümler yer almaktadır.

Ayıp muhayyerliğinin maddi şartlarından; malın ayıplı olması, önemli bir şart olarak hemen hemen her devirde ilgi odağı olmuştur. Neyin ayıp sayılıp neyin ayıp sayılmayacağı, örf ve adete göre tesbit edildiği için değişik zaman ve toplumlara göre farklılık

arzetmiştir. Günümüzde miktar noksanlığı, satılardan başkasını teslim, kalitesizlik ve enflasyonun ayıp sayılıp sayılmadığı akla gelebilir.

İslâm hukukunda miktar noksanlığının ayıp sayılıp sayılmamasında malın cinsine ve bölünmesinde zarar olup olmamasına bakılarak, bazen ayıp, bazan da ayıp mesabesinde görülmüştür. Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde miktar noksanlığı kural olarak ayıp sayılmamıştır. Ancak bu kuralın kanundan (BK.m.215/II) ve şeyin mahiyetinden doğan istisnaları göz önüne alındığında bahsi geçen hukuk sistemlerinin İslâm hukukundaki ifadelere benzer hükümlere yer verdikleri görülmektedir.

Kararlaştırılan maldan başka bir şeyin verilmesi konusunda şeyin cinsine bakılır, cins mefhumunda şeyin mahiyetine değil, kullanılma maksadına bakılır. Eğer kullanılma açısından bir farklılık bulunuyorsa, yani cins farklılığı varsa, İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre akit batıldır(MC.m.208). Türk borçlar hukukunda ise, hâkim kanaat, satılardan başka bir şeyin teslim edilmesinin ayıplı teslim değil, fakat borcun ifa edilmemesi olduğu, bu nedenle genel nitelikteki temerrüd hükümlerinin (BK.m.106-108) uygulanmasının gerektiği merkezindedir.

Kalitesizlik, İslâm hukuk ekolleri arasında en çok, Hanefi ekolünce değerlendirilmiş ve üzerinde durulmuştur. Onlara göre, kalitesizlik değer kaybına sebep olmadığı müddetçe ayıp sayılmaz. Kalite şart koşulmamışsa, satıcı sorumlu tutulamaz. Türk borçlar hukukunda da küçük kalite eksikliklerinin satıcıya bir sorumluluk yüklediği görüşü hakimdir.

Enflasyonun ayıp sayılıp sayılmaması konusu ise, yeni bir konudur. Hatta İslâm hukukunda enflasyonun incelenip incelenmediği hususunda tartışmalar vardır. Ancak bugünkü anlamda olmasa da İslam hukukçularının daha hicri 2. ve 3. asırlarda bu konuda ictihadlarda bulundukları ve bu konuda risalelerin bile yazıldığı bir gerçektir. Enflasyonun şartları gerçekleştiği takdirde semende bulunan bir ayıp olarak telakki edilmesi ve enflasyon miktarının karz ve benzeri akitlerde telâfi edilmesinin riba sayılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu, hakkaniyet ilkesinin bir gereğidir. Ayrıca bu, ribanın tanımına da girmemektedir.

Ayıp muhayyerliğinin, ayıbın alıcı tarafından bilinmemesi, eski

olması, teslimden sonra varlığını koruması ve satıcının sorumsuzluğunun şart koşulmaması gibi şartları yanında, satılanın muayenesi, ayıpların satıcıya ihbarı gibi şekli şartları da vardır. Bu şartlarla ilgili hükümlerin her iki hukukta düzenleniş biçimleri arasında önemli bir fark bulunmadığı, tesbitlerimiz arasındadır. Ancak, BK.m.198/1 gereği alıcı imkân bulur bulmaz satılanı muayene etmekle mükellef tutulurken, İslâm borçlar hukukunda böyle bir mükellefiyet bulunmadığını da ifade etmeliyiz.

“Hakların zamanaşımı ile düşmediği” İslâm hukukunda bilinen bir kuraldır. Ayıp muhayyerliğine ilişkin olarak bazı İslâm hukuk ekollerince benimsenen zamanaşımı hakkın düşmesine değil, davanın dinlenmesine etki etmektedir. Bu nedenle ayıp muhayyerliği hakkını kullanmak zamanla sınırlı değildir. Ne zaman olursa olsun satılanın eski bir ayıbı olması ve bunun esas maksadı zedelemesi, ayıp muhayyerliği hakkını doğurmaktadır.

Her hukukî muamelede olduğu gibi, ayıp muhayyerliğinde de başgösterecek anlaşmazlıkların çözümünde yargı esastır. Ayıp muhayyerliği davalarının kendine has bazı özellikleri bulunmaktaysa da normal muhakeme usulünün burada da uygulandığını görmekteyiz. Bu davalarda önemli olan ayıbın dava sırasında varlığını ve eskiliğini tesbittir. Taraflar arasında başgösterecek olan değişik karakterde anlaşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin İslâm hukuk ekollerinin farklı icthatları olmuştur.

Ayıp muhayyerliğinin hukukî sonucuyla ilgili olarak klasik İslâm hukuku kaynaklarında bazı hukukçular iki, bazıları da üç seçenek üzerinde durmuştur. Ancak biz, bunlara iki seçenek daha ilave etmek gerektiğine inanmaktayız. Bu seçenekler; ayıplı malın reddi, satım parasının indirilmesi, ayıplı malın misliyle değiştirilmesi, ayıplı malın onarılması ve ayıplı çıkmadan dolayı tazminat istemekten ibarettir.

a)Ayıplı malın kabulü ya da reddi,

Ayıp muhayyerliği şartları gerçekleştiği takdirde, gerek İslâm hukukunda, gerekse Türk-İsviçre hukukunda alıcının malı kabul ya da red konusunda serbest olduğu kabul edilmiştir.

Her iki hukukta da farklı bazı icthatlar bulunmasına rağmen, hakim olan görüş, ayıp nedeniyle reddin fesih sayılmasıdır.

Reddin şekli konusunda -kabzdan önce ve sonra olması hallerinde- İslâm hukuk ekollerinin farklı icthatları

bulunmaktadır. **Hanefiler'e** göre sadece kabzdan önce satıcının rızasına ve hakimın kararına ihtiyaç yoktur. **Şafii ve Hanbelîlere** göre hiç bir zaman bunlara ihtiyaç yoktur. Mühim olan alıcının ayıplı malı reddettiğini bildirmesidir. TBK.unda(m.202) red nedeniyle satımın feshi için davadan bahsedilmekte ise de, doktrinde davanın şart olmadığı kabul edilmiş ve ayıplı malın reddi için satıcının rızasına başvurma görüşü bazı hukukçular tarafından eleştirilmiştir. Buna dayanarak bu hususta da her iki hukuk arasında bir mutabakatın varlığından sözedilebilir.

Alman ve Fransız ictihadının kabzdan sonraki red konusunda Hanefi ictihadına benzediğini, Türk borçlar hukukundaki alıcının mahkeme kararına, ya da satıcının rızasına ihtiyaç duymadan iradesini açıklayarak feshi gerçekleştirebileceği görüşünün de Şafii ve Hanbelî ictihatlarıyla tamamen aynı olduğunu belirtmeliyiz.

Ayıplı malın reddi halinde, alıcının satılanı, satıcının da satım parasını iade borcuyla mükellef oldukları her iki hukukta da benimsenmiştir. Bazı İslâm hukukçuları, **"Kişi aldığı geri verinceye kadar ondan sorumludur."**<sup>246</sup> hadisini gerekçe göstererek nakil ve masrafların alıcıya ait olduğunu söylemişlerse de, diğer bir kısım İslâm hukukçuları hüsnü niyetle yapılan bazı harcamaların ve alıcının uğradığı bir kısım zararların satıcı tarafından tazminini kabul etmişlerdir. Bizce de bu görüş prensipler itibarıyla İslâm hukukuna ters düşmediği gibi **"Kişi aldığı geri verinceye kadar ondan sorumludur."** hadisine de aykırı düşmemektedir. Ayrıca ayıplı mal satarak alıcıyı zor durumda bırakan satıcının sebep olduğu harcamaların alıcıya ödetilmesi hem adalet ilkesine ters düşmekte, hem de benzer durumların oluşması için teşvik edici bir şey olmaktadır.

İslâm hukukuna göre o ana kadar alıcının elde ettiği bütün menfaatlar de kendisine aittir. Çünkü; **"Yararlanma rizke katlanma karşılığıdır."**<sup>247</sup> mealindeki hadis, bunu âmirdir. Türk borçlar hukukunda ise, alıcının yaptığı bütün zaruri masrafları satıcı tazmin etmekle yükümlüdür. Alıcı da elde ettiği tüm menfaatleri geri vermek zorundadır. Her iki hukukun ayrıldıkları hususlardan biri de budur.

<sup>246</sup> Ebu Davûd, **İcâre**, 55; Tirmizî, **Buyû'**, 39; İbn Mâce, **Sadakât**, 5; Ahmed b. Hanbel, V, 8, 12, 13; Darimî, **Buyû'**, 56.

<sup>247</sup> Ebu Davûd, **Buyû'**, 71; İcare, 36; Tirmizî, **Buyû'**, 53; Nesâî, **Buyû'**, 15; İbn Mâce, **Ticarât**, 43; Ahmed b. Hanbel, VI, 49, 208, 237.

b) Satım parasından indirim yapmak,

Hem İslâm hem de Türk borçlar hukukunda bu seçenek benimsenmiştir. Ancak bunun ne zaman kullanılacağı konusunda İslâm hukuk ekolleri arasında görüş birliği bulunmamaktadır. **Hanbelî ve Ca'ferî** ekolleri bir seçenek olarak satım parasından indirim yapmayı kabul ederken, **Hanefî ve Şafiîler** bu yola başvurmak için reddin hukuken imkânsız hale gelmesini şart koşmaktadırlar. **Malikîler** ise, taşınmaz malların az ayıplı olması halinde satım parasından indirim yapmayı benimsemişlerdir. **Hanefiler**'in bu konuda genel kuralları şudur: "Alıcı mülkündeki satılanı satıcı kabul etsin veya etmesin reddetmesi mümkün olmayan her konumda satılanı mülkünden çıkarmış olsa bile satım parasını indirme hakkına sahip olur." BK.(m.202), alıcıya satım parasından indirim yapma talebinde bulunma imkânını tanımakla **Hanbelî, Caferî** ve bir yönüyle **Malikî** ekollerine uygun düşmektedir.

Satım parasından indirim yapmak bazen hukukî engellerle karşılaşabilmektedir. Satım parasından indirim yapmanın üç ayrı metodundan en sağlam ve adil olanı nisbi metottur. Her iki hukukta da bu metot tercihen benimsenmiştir.

c) Ayıplı malın değiştirilmesi,

İslâm hukukunda ayıplı malın misliyle değiştirilmesinin, alıcıya tanınan seçenekler arasında sayılmadığını gerekçe göstererek İslâm hukukunda ayıplı malın misliyle değiştirilemeyeceği hükmü verilemez. Çünkü Karşılıklı rıza ve yeni bir akitle bunun her zaman mümkün olduğu konusunda ihtilaf yoktur. Bu, bir nevi trampa sayılmaktadır. Nitekim Görüşlerine katıldığımız **Kadihân, İbn Nüceym** ve **İbn Hazm** gibi hukukçular, nizaa sebep olmamak şartıyla ayıplı malın misliyle değiştirilebileceğini açıkça ifade etmişlerdir.

Ancak, İslâm hukukunda satılan mal, tayin ile belirlilik kazandığından, bugünkü hukuktan farklı olarak alıcı, satıcının ayıplı malın misliyle değişimi konusundaki önerisine olumlu cevap vermek zorunda değildir. Oysa, Türk borçlar hukukunda akdi fesihden kurtarmak için böyle bir zorunluluk vardır. İslâm hukukunun herhangi bir şarta bağlı olmaksızın malın değişimini karşılıklı rızaya bırakmakla tarafların haklarını korumak ve onların iradelerini serbestçe kullanmalarını sağlamak gibi bazı nedenlerle hakkaniyete daha uygun düştüğüne inanmaktayız.

d)Ayıplı malın onarılması,

Ne İslâm hukukunda ne de BK.unda alıcının ayıplı malın onarılmasını istemek gibi bir seçeneği yoktur. BK.unda bazı sözleşmeler için sözleşme konusunun ayıplarının giderilmesi isteğinde bulunma imkanı tanındığı halde satımı düzenleyen hükümler arasında böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, her iki hukukta da onarım garantisi ile ilgili düzenlemeler vardır. Başlangıçta yapılacak bir sözleşme, ya da şart koşma ile ayıplı malın onarılmasını istemek mümkün hale getirilebilir. Onarımın İslâm hukukunda ayıp muhayyerliğinde bir seçenek olarak benimsenmemesi, nasslarda buna yer verilmemiş olmasına dayanır. Oysa nasslarla sınırlandırılmadığı müddetçe her hukukî muamelede esas olan mübahlık (ibaha) ve akde taraf olanların irade hürriyetleridir.

İslâm hukukunda onarım garantisiyle ilgili doğrudan bir nass bulunmamaktaysa da şart nazariyesi ve akit sırasındaki irade hürriyeti ölçüleri içerisinde garanti akdini tanıyan görüşler mevcuttur. Buna dayanarak alıcıya ayıplı malın onarılmasını isteme seçeneğini tanımak, İslâm hukukunun prensipleriyle ters düşmediğine inanmaktayız. Türk borçlar hukukunda da BK.m. 360/II kıyasen uygulandığı takdirde alıcıya onarım talebinde bulunabilme imkânı verilebilir. Nitekim bunu savunan hukukçular da vardır.

e) Ayıplı çıkmadan dolayı tazminat isteme,

Ne İslâm ne de Türk borçlar hukukunda “ayıplı çıkmadan dolayı tazminat isteme” bir seçenek olarak kabul edilmemiştir. Daha çok Alman Medeni Kanununca benimsenmiş ve bazı Türk hukukçular tarafından benimsenmesi gereği üzerinde durulmuştur.

Biz de, İslâm hukukunda **“Zarar izale olunur”**(MC.m.20), **“Zarar ve mukabele bizzarar yoktur”**(MC.m.19), **“Zarar imkan nisbetinde giderilir”**(MC.m.31). Gibi hadislerle dayanan prensip ve kuralların varlığını hatırlatarak ve bu seçeneğin bazı hukuklarda benimsendiğine dikkat çekerek, durumu araştırmacıların dikkatine sunmak istediğimizden son bir seçenek olarak buraya kaydettik.

Sonuç olarak, bu araştırmamızda, asırlardır geliştirilmekten ve yürürlükte olmadığı için günün şartlarına göre düzenlenmekten mahrum kalan İslâm hukukunun -ayıp muhayyerliği konusunda- hâlâ yürürlükteki çağdaş hukuk sistemlerinden hiç de geride olmadığını tesbit ettik. Nitekim, yaptığımız bu araştırmada, Türk-

İsviçre borçlar hukukunun satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümleri ile, İslâm hukukunun ayıp muhayyerliği ile ilgili hükümlerinin çok cüzî sayılabilecek farklar dışında, büyük ölçüde bir benzerlik arzettiğini tesbit etmiş bulunuyoruz.

Hatta İslâm hukukunun sadece dünyevî mutluluğu sağlamakla kalmayıp, beşerî hukuklardan farklı olarak manevî müeyyideler de koymak suretiyle uhrevî mutluluğu sağlamaya çalışması gibi bir ayrıcalığa sahip olduğu da bilinmektedir.

Burada belirtmek isteriz ki, medeni hukuk sahasında yapılacak çalışmalarda asırlarca İslâm ülkelerinde uygulanan İslâm hukukuyla karşılaştırmalar yapmak, hem hukuk tarihi açısından hem de mukayeseli hukuk bakımından önem arz etmektedir.





## **BİBLİYOGRAFYA**

## BİBLİYOGRAFYA<sup>1</sup>

- AHMED b. HANBEL (241/855), **el-Musned**, I-VI, Beyrut 1389/1969.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, **Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuk Külliyyâtı**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986.
- AKINTÜRK, Turgut, **Satım Akdinde Hasarın İntikâli**, Ankara 1966.
- AKMAN, Sermet, **Sorumsuzluk Anlaşması** (doktora tezi), İstanbul 1976.
- AKÜNAL, Teoman, «İsviçre Federal Mahkemesinin Satıcının Ayıbından Doğan Sorumluluğu ve Onarım Garantisine İlişkin 25 Mayıs 1966 Tarihli Kararı», **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, sy. X, 1973, s.243-250.
- ALİ el-HAFÎF, **Ahkâmu'l-Mu'âmelâti's-Şer'iyye**, Dâru'l-Fıkr, Beyrut ty.
- , **el-Milkiyye Fi's-Şer'i'ati'l-İslâmiyye**, Dâru'n-Nehdati'l-'Arabiyye, Beyrut 1990 (el-Milkiyye).
- ALİ HAYDAR (1355/1936), **Düreru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm**, I-IV, İstanbul 1330/1911 (Dürer).
- ALP DÜNDAR, Remzi, **Yeni Hukuk Sözlüğü** (Kılavuzu), İstanbul 1977 (Hukuk Sözlüğü).
- ARMAĞAN, Servet, «Enflasyonun Tesirleri Hakkında Bazı Düşünceler», **İslâm Açısından Enflasyon ve Çözüm Yolları**, Ensar Neşriyat, İstanbul 1983.
- ARSLANLI, Halil, **Ticarî Bey'**, I, 4.bası, İstanbul 1955.
- 'ASSÂF, Ahmed Muhammed, **el-Ahkâmu'l-Fıkhiyye fi'l-Mezâhibi'l-İslâmiyye el-Arba'a**, I-II, ta'lik: Sa'dü'd-Din 'Aytânî, 3.bası, Beyrut 1409/1988 (el-Ahkâmul-Fıkhiyye).
- ASIM EFENDİ, Ebu'l-Kemâl Ahmed,(1235/1820), **Kamus Tercemesi**, I-IV, İstanbul,1305/1887.

1 Bibliyografya kısmında sadece dip notlarda geçen kaynaklar verilmiştir. Kaynakların dip notlarda kısaltılarak verilmiş şekilleri, parantez içinde koyu renkle gösterilmiştir.

- ATAAY, Aytekin, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, birinci yarım, 3.bası, İstanbul 1981.
- \_\_\_\_\_, **Medenî Hukukun Genel Teorisi**, 2.bası, İstanbul 1971.
- ATAR, Fahrettin, **Fıkıh Usûlü**, İstanbul 1988.
- \_\_\_\_\_, **İslâm Adliye Teşkilâtı**, Ankara 1979.
- ATEŞ, Süleyman, **Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri**, I-XII İstanbul 1990.
- 'ATTAR, Tevfik, «Mâhiyetü'l-'Ayb ve Şurûtu Damânihi Fî 'Akdi'l-Bey', **Mecelletu İdâreti Kadâya'l-Hukûme**, sy.II, Mısır 1972, s.449-509.
- 'AYNÎ, Bedrüddîn Muhammed b.Ahmed (855/1451), **'Umdetu'l-Kârî Şerhu Sahîhi'l-Buhârî**, I-XXV, Beyrut ty. ('Umdetu'l-Kârî).
- \_\_\_\_\_, **el-Binâye Fî Şerhi'l-Hidâye**, I-XII, 2.bası, Dâru'l-Fıkr, Beyrut 1990 (Binâye).
- 'AZİMÂBÂDÎ, Ebu 'Abdirrahmân Muhammed Eşref b. Emir b. Ali (1323/1905 civarında), **'Avnu'l-Ma'bud 'Alâ Suneni Ebî Davûd**, I-XIV, İbn Kayyim el-Cevziyye'nin şerhi ile beraber, thk. Abdurrahman M. Osman, 2. bası, Medine 1388/1968 ('Avnu'l-Ma'bûd).
- BÂBERTÎ, Ekmeluddin Muhammed b. Mahmud (786/1384), **el-'İnâye 'Ale'l-Hidâye**, I-IX, Fethu'l-Kadîr'le birlikte, Beyrut ty. Mısır1319'dan ofset, ('İnâye).
- BARDAKOĞLU, Ali, «Ayıp», **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, Türkiye Diyânât Vakfı Yayınları, İstanbul 1991(DİA.)
- BAŞTUĞ, İrfan, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, İzmir 1977.
- BAYINDIR, Abdülaziz, «Paranın Değer Kaybetmesiyle Ortaya Çıkan Problemler ve İslâm Hukukuna göre Çözüm Yolları», **İslâm Açısından Enflasyon ve Çözüm Yolları**, Ensar Neşriyat, İstanbul 1983.
- BERKÎ, Ali Hikmet, **Miras ve Tatbikat**, İstanbul 1947.
- BERKÎ, Şakir, **Borçlar Hukuku**, Hususi Hükümler, Ankara 1957.
- BEYHAKÎ, Ebu Bekr Ahmed b. el-Hüseyn (458/1066), **es-Sunenul-Kubrâ**, I-X, Haydarabad 1346/1927 (Beyhakî).
- BİLGE, Necip, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara

1971.

- BİLMEN, Ömer Nasuhi (1391/1971), **Hukuk-i İslâmiyye ve İstilâhât-i Fıkhiyye Kamusu**, I-VIII, İstanbul 1976 (**Kamus**).
- BİRSEN, Kemalettin, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul 1954.
- BUHÂRÎ, Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed (730/1329), **Keşfu'l-Esrâr Şerhu Usul'i-Pezdevî**, I-IV, İstanbul 1308/1890.
- BUHÂRÎ, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail (256/870), **el-Câmi'u's-Sahîh**, I-VIII, ofset, İslâmî Kitabevi, İstanbul, 1979 (**Buhârî**).
- BUHÛTÎ, Mansur b. Yunus b. İdris (1051/1641), **Keşşâfü'l-Kinâ' 'An Metni'l-'İknâ'**, I-VI, Beyrut ty.
- CESSAS, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (370/980), **Ahkâmu'l-Kur'an**, I-III, Dâru't-Tibâ'ati ve'n-Neşr, yy.ty.
- CEVHERÎ, İsmail b. Hammad el-Fârâbî (393/1002), **es-Sihah Tâcu'l-Luğa ve Sihahu'l-'Arabiyye**, Beyrut 1974.
- CEZİRÎ, Abdurrahman b. Muhammed (1882/1941), **Kitâbü'l-Fıkh 'Ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a**, I-V, 6. bası, Mısır ty. (**Mezâhib**).
- ÇEKER, Orhan, **İslâm Hukukunda Akitler** (basılmamış doktora tezi), Konya 1986.
- DALAMANLI, Lütfü, **Borçlar Kanunu Şerhi**, I-II, Ankara 1976.
- DÂMÂD, Şeyhzâde Abdurrahman (1078/1667), **Mecma'ü'l-Enhur Fî Şerhi Multeka'l-Ebhur**, I-II, Beyrut ty. Matbaa-i Amire'nin 1316'dan ofset (**Mecma'ü'l-Enhur**).
- DAREKUTNÎ, Ali b. Ömer (358/995), **Sunenu'd-Dârekutnî**, I-IV, Medine 1386/1966.
- DÂRİMÎ, Ebu Muhammed Abdullah b. Abdurrahman (255/868), **Sunenu'd-Dârimî**, I-II, Beyrut ty.
- DEBÛSÎ, Ebu Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsa (430/1038), **Te'sisü'n-Nazar**, Mısır ty.
- DEHLEVÎ, Şâh Veliyyullah (1176/1762), **Huccetullâhi'l-Bâliğa**, I-II, Beyrut ty.
- DERDÎR, Ahmed b. Muhammed (1201/1786), **eş-Şerhu'l-Kebîr**, I-IV, Desukî Haşiyesi kenarında, Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-'Arabiyye, yy.ty.
- DESÛKÎ, Muhammed b. Ahmed (1230/1814), **Hâşiye 'Ale's-Şerhi'l-Kebîr**, I-IV, Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-'Arabiyye, yy.ty. (**Hâşiye**).

- DEVÂLIBÎ, Muhammed Ma'ruf, **el-Medhal ilâ 'İlmi Usûli'l-Fıkh**, Beyrut 1965 (Medhal).
- DİMYÂTÎ, Seyyid Bekrî b. Seyyid Muhammed (1300/1882'de sağ), **İ'ânetu't-Tâlibîn 'Alâ Halli Elfâzi Fethi'l-Mu'in**, I-IV, Beyrut ty. (İ'âne).
- DİYÂB, Es'ad, **Damânu 'Uyubi'l-Mebî'i'l-Hafıyye, Dirâse Mukârene Beyne'l-Kânuni'l-Lubnânî ve's-Şer'i'ati'l-İslâmiyye ve'l-Kânuni'l-Hadîseti'l-'Arabiyye ve'l-Avrubiyye**, 3.bası, Dâru İkra', Beyrut 1403/1983 (Damân).
- EBUSSUUD, Muhammed b. Muhammed el-İmâdî (982/1574), **İrşâdu'l-Akli's-Selîm ilâ Mezâye'l-Kur'ânî'l-Kerîm**, I-IX, Beyrut ty.
- EBU DÂVÛD, Süleyman b. el-Eş'âs (275/888), **Sunenu Ebi Dâvûd**, I-IV, thk. M.Muhyiddin Abdulhamid, Beyrut ty. (Ebu Dâvûd).
- EBU YUSUF, Ya'kub b. İbrahim el-Ensârî (182/798), **İhtilâfu Ebi Hanîfe ve İbn Ebi Leylâ**, ta'lik; Ebu'l-Vefâ el-Efgânî, Mısır 1357/1938.
- \_\_\_\_\_, **Kitâbu'l-Harâc**, Kahire 1352/1933.
- EBU ZEHRA, Muhammed, **el-Ahvâlu's-Şahsiyye**, Daru'l-Fikri'l-'Arabî, yy.ty.
- \_\_\_\_\_, **Ahkâmu't-Terikât ve'l-Mevâris**, Daru'l-Fikri'l-'Arabî, yy.ty. (Ahkâmu't-Terikât).
- \_\_\_\_\_, **İslam Hukuku Metodolojisi**, trc. Abdulkadir Şener, Ankara 1973.
- \_\_\_\_\_, **el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-Akd Fi'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Daru'l-Fikr, Mısır 1977 (el-Milkiyye).
- EDİS, Seyfullah, «Akitten Doğan Garanti», **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara 1969 (ABD).
- \_\_\_\_\_, **Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdın Lüzumlu Vasıflarında Hata** (doçentlik tezi), Ankar 1973 (Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata).
- \_\_\_\_\_, **Türk Boçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu** (doktora tezi), Ankara 1963 (Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu).
- ENSÂRÎ, Abdul'ali Muhammed b. Nizamiddin (1225/1810),

- Fevâtihu'r-Rahamût Şerhu Musellemi's-Subût Fî Usûli'l-Fıkıh**, Mustasfâ kenarında, I-II, Bulak 1322/1904, (Fevâtihu'r-Rahamût).
- ENVER, Sultan, **Mesâdiru'l-İltizâmât Fî'l-Kânûni'l Medeniyyi'l-Ürdüni**, 'Amman 1987 (Mesâdiru'l-İltizâm).
- ERGİN, Feridun, **Ak İktisat Ansiklopedisi**, İstanbul 1963, 1964.
- ERGÜNER, Hilmi, **Türk Hukukunda Lügat ve Istılahlar**, yy.ty.
- ERTEN, ALİ, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları** (doktora tezi), Ankara 1977.
- ESKİCİOĞLU, Osman, «Enflasyon ve Para», **İslam Açısından Enflasyon ve Çözüm Yolları**, Ensar Neşriyat, İstanbul 1983.
- FERÂHÎDÎ, Halil b. Ahmed (175/791), **Kitâbu'l-'Ayn**, thk.Mehdî el-Mahzûmî-İbrahim Samerrâi, 1.bası, Beyrut 1988.
- FERĞÂNÎ, Hamid Mirza (1367/1947'den sonra), **el-Fethu'r-Rahmânî Fî Fetâvâ es-Seyyid Sâbit Ebi'l-Me'ânî**, I-II, tashih: Nu'man Muhammed Taşkendi, 2.bası, Kahire 1396/1976.
- FERİD, 'Ukayl, **el-İltizâm, Nazariyyetul-İltizâmât Fî'l-Kânûni'l-Medeniyyi's-Surî ve Fî'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Dimaşk 1986-1987 (el-İltizâm).
- FEYYÛMÎ, Ahmed b. Muhammed b. Ali (770/1368), **el-Misbâhu'l-Munîr Fî Ğarîbi's-Şerhi'l-Kebîr**, Dâru'l-Me'ârif, Kahire 1977 (el-Misbâhu'l-Munîr).
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, **Borçlar Hukuku** Akdin Muhtelif Nevileri, İstanbul 1980.
- FEYZULLAH, Muhammed Feyzi, **Nazariyyetu'd-Damân Fî'l-Fıkhî'l-İslâmî el-'Âmm**, Kuveyt 1403/1983 (Nazariyyetu'd-Damân).
- FİKRÎ, Ali, **el-Mu'âmelâtu'l-Maddiyye ve'l-Edebiyye**, I-IV, Kahire 1355/1938.
- FİRUZÂBÂDÎ, Mecdüddin Muhammed b. Yakub eş-Şîrâzî (817/1414), **el-Kâmusu'l-Muhît**, I-IV, Beyrut ty.
- GAZZÂLÎ, Ebu Hâmid Muhammed (505/1111), **el-Mustasfâ Min 'İlmi'l-Usul**, I-II, Mısır 1324/1906 (Mustasfâ).
- GÜCÜN, Cevat Abdurrahim, **Nazarî ve Amelî Hukuk Dâvâları**, İstanbul 1946.

- GÜRSOY, Kemal Tahir, **Bankacılar İçin Medenî Hukuk ve Borçlar Hukuku Bilgisi**, Ankara 1959.
- GÜZELHİSARÎ, Mustafa b. Muhammed(1253/1837), **Menâfi'ü'd-Dekâik Fî Şerhi Mecâmi'i'l-Hakâik**, Dersaâdet 1288/1871.
- HACCÂVÎ, Ebu'n-Necâ Şerefüddin Musa el-Makdisî (968/1560), **el-İkna' Fî Fıkhî'l-İmâm Ahmed b. Hanbel**, I-IV, Beyrut ty. (İkna').
- HÂDİMÎ, Ebu Said Muhammed b. Mustafa b. Osman (1176/1762), **Mecâmi'u'l-Hakâik**, Menâfi'ü'd-Dekâik şerhiyle, Dâru't-Tibâ'atî'l-Âmira, Dersaâdet 1288/1871.
- HADDÂDÎ, Ebu Bekr b. Ali (800/1397), **el-Cevheretu'n-Neyyira**, I-II, Fazilet Neşriyat, Matbaa-ı 'Âmira 1319'dan ofset, İstanbul 1978, (Cevhere).
- HÂKİM, Ebu Abdillâh Muhammed en-Neysâburî (405/1014), **el-Mustedrek**, I-IV, Haydarabad 1334/1915.
- HALEBÎ, İbrahim b. Muhammed (956/1549), **Multekal-Ebhur**, Dersaâdet 1316/1898 (Mülteka).
- HALİL b. İshak, Seyyidî (767/1365), **Muhtasarı Halil**, ta'lik: Tahir Ahmed ez-Zâvî, Daru İhyâi'l-Kütübî'l-'Arabiyye, Mısır ty.
- HAMİDULLAH, Muhammed, **Mecmû'atü'l-Vesâiki's-Siyasiyye Fî'l-'Ahdî'n-Nebevî ve'l-Hilâfeti'r-Raşide**, Beyrut 1969, Kahire 1941 (Vesâik).
- HAREZMÎ, Celâlüddin b. Şemsiddin el-Kurlânî (769/1367), **el-Kifâye**, I-IX, Fethu'l-Kadir'le birlikte, Beyrut ty. Mısır1319'dan ofset.
- HASKEFÎ, Alaüddin Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Ali b. Abdirrahman b. Muhammed (1088/1677), **ed-Durru'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr**, Reddû'l-Muhtâr'la birlikte, I-VIII, 2.bası, Mısır 1386/1966 (ed-Durru'l-Muhtâr).
- \_\_\_\_\_, **ed-Durru'l-Muntekâ**, Mecma'u'l-Enhur kenarında, I-II, Matbaa-i 'Âmira 1316'dan ofset, Dâru İhyâi't-Türâsî'l-'Arabi, yy.ty.
- HATTÂB, Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahman (954/1547), **Mevâhibu'l-Celîl Li Şerhi Muhtasarı Halil**, et-Tâc ve'l-İklîl ile birlikte, Mektebetu'n-Necâh, Libya ty.
- HÂZİN, Alâuddin Ali b. Muhammed b. İbrahim el-Bağdâdî

- (741/1340), **Lubâbu't-Te'vîl Fî Me'âni't-Tenzîl**, I-VI, Matbaa-i Âmira 1317, Mısır 1349/1930.
- HEFFENİNG, W. «Şahit», **İslâm Ansiklopedisi**, M.E.B., İstanbul 1966(İ.A.).
- HEYET, **Adalet Dergisi**, sy.I-II, 1961 (Ad.Der.).
- \_\_\_\_\_, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 1019-1021, 1975(ABD).
- \_\_\_\_\_, **el-Fetâvâ'l-Hindiyîye**, I-VI, 3. bası, Diyarbakır 1973 (Hindiyîye).
- \_\_\_\_\_, **Mecelle-i Ahkâm-i Adliye**, metin ve açıklamaları kontrol eden; Ali Himmet Berki, Hikmet Yayınları, İstanbul 1979 (MC).
- \_\_\_\_\_, **Meşrû'u Taknîni's-Şerî'ati'l-İslâmiyye 'Ala Mezhebi'l-İmam Ahmed b. Hanbel**, Kahire 1972 (Meşrû', Ahmed b. Hanbel).
- \_\_\_\_\_, **Meşrû'u Taknîni's-Şerî'ati'l-İslâmiyye 'Ala Mezhebi'l-İmam Mâlik**, Kahire 1980, (Meşrû' ).
- \_\_\_\_\_, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, sy.X, 1973 (MHAD).
- \_\_\_\_\_, **en-Neşratu'l-Kadâiyye el-lübnâniyye**, Lübnan 1956
- \_\_\_\_\_, **Resmî Kararlar Dergisi**, sy.IV-V, 1963,1973(RKD).
- \_\_\_\_\_, **Yargıtay Kararları Dergisi**, sy.I, 1982(YKD).
- \_\_\_\_\_, **Zeyl-ı Düstur**, İstanbul 1298/1880.
- HEYSEMÎ, İbn Hacer Nuruddin Ali b. Ebi Bekr b. Süleyman (807/1404), **Mecma'u'z-Zevâid ve Menba'u'l-Fevâid**, I-X, Beyrut ty. (Mecma'u'z-Zevâid).
- HILLÎ, Ebu'l-Kâsım Necmüddin Cafer b. Hasan (676/1277), **el-Muhtasaru'n-Nâfi' Fî'l-Fıkhî'l-İmâmiyye**, 2.bası, Tahran 1402/1981 (el-Muhtasar).
- İBN ABDİSSELAM, İzzüddin Muhammed b. Abdilaziz (660/1262), **Kavâidü'l-Ahkâm Fî Masâlihi'l-Enâm**, I-II, Dâru'l-Kütüb, Beyrut ty. (Kavâid).
- İBN ÂBİDÎN, Muhammed b. Emin b. Ömer b. Abdilaziz (1252/1836), **Reddu'l-Muhtâr 'Ala'd-Durri'l-Muhtâr Şerhu Tenviri'l-Ebsâr**, Mısır 1966 (Reddu'l-Muhtâr).
- \_\_\_\_\_, «Tahbîru't-Tahrîr Fî İptâli'l-Kadâ Bi'l-Feshi Bi'l-Ğabni'l-Fâhişi Bilâ Tağrir», (Mecmu'atu'r-Resâil,I-II), II, 67-84,

- Dersaâdet 1325/1907.
- \_\_\_\_\_, «Tenbîhu'r-Rukûd 'Ala Mesâilî'n-Nukûd», (**Mecmu'atu'r-Resâil**, I-II), II, 58-67, Dersaâdet 1325/1907.
- İBN 'ARABÎ, Ebu Bekr Muhammed b. Abdillâh (543/1143), **Ahkâmu'l-Kur'ân**, I-IV, 3.bası, Beyrut 1392/1972.
- İBN CÜZEY, Muhammed b. Ahmed el-Ğirnâtî el-Mâlikî (741/1340), **el-Kavânînu'l-Fıkhiyye (=Kavânînu'l-Ahkâmî's-Şer'iyye ve Mesâilî'l-Furu'i'l-Fıkhiyye)**, Daru'l-'ilm li'l-Melâyîn, Beyrut 1968 (**Kavânîn**).
- İBN EBÎ'D-DEM, Şihâbuddin İbrahim b. Abdillâh el-Hemedânî el-Hamevî (642/1244), **Edebu'l-Kadâ'**, I-II, thk.Muhyî Hilâlî's-Serhan, Bağdad 1404/1984.
- İBNU'L-ESÎR, el-Mübârek b. Muhammed (606/1209), **Câmi'u'l-Usûl Fî Ehâdîsi'r-Rasûl**, I-XI, thk.Abdulkadir el-Arnavut, Mektebetü'l-Hulvânî, Beyrut 1391/1971.
- \_\_\_\_\_, **en-Nihâye Fî Ğarîbi'l-Hadîs Ve'l-Eser**, I-V, thk.Mahmud Muhammed et-Tenâhî, Kahire 1965 (**Nihâye**).
- İBN FÂRÎS, Ahmed b. Zekerîyya (395/1004), **Mucmelu'l-Luĝa**, thk.Zuheyr Abdulmuhsin Sultan, 2.bası, Beyrut 1406/1986.
- İBN HACER, el-Askalânî Şihâbuddin Ahmed (852/1448), **Fethu'l-Bârî Bî Şerhi Sahîhi'l-Buhârî**, I-XIII ve Mukaddime, 2.basısından ofset, Beyrut ty. (**Fethu'l-Bârî**).
- \_\_\_\_\_, **Buluĝu'l-Merâm Min Edilleti'l-Ahkâm**, ta'lik: Muhammed Hâmid el-Fakî, Mısır ty. (**Buluĝu'l-Merâm**).
- İBN HACER, el-Heytemî Şihâbuddin Ahmed b. Muhammed b. Muhammed (974/1566), **Tuhfetu'l-Muhtâc Bî Şerhi'l-Minhâc**, yy.ty. (**Tuhfe**).
- \_\_\_\_\_, **ez-Zevâcir 'An İktirâfi'l-Kebâir**, I-II, 2.bası, Mısır 1390/1970 (**Zevâcir**).
- İBN HAZM, Ebu Muhammed Ali (456/1063), **el-Muhallâ**, I-XI, thk.Ahmed Muhammed Şakir, Daru't-Turâs, Kahire ty.
- İBNÜ'L-HUMÂM, Kemaluddin Muhammed b. Abdulvahid (861/1457), **Fethu'l-Kadîr**, I-IX, Mısır 1319'dan ofset, Beyrut ty.
- İBN KAYYİM, el-Cevziyye Şemsüddin Muhammed b. Ebi Bekr (751/1350), **İ'lâmu'l-Muvakki'in 'An Rabbi'l-Âlemîn**, I-IV,

- Dâru'l- Cîl Beyrut 1973.
- \_\_\_\_\_. **et-Turuku'l-Hukmiyye Fi's-Siyâseti's-Şer'iyye**, ta'lik: Behiç Gazâvî, Beyrut ty. (Turuk).
- İBN KESİR, 'İmâdu'd-Din Ebu'l-Fidâ' İsmail (774/1372), **Tefsîru'l-Kur'ânî'l-'Azîm**, I-VIII, thk. Abdulaziz Gânim, M. Ahmed Aşur, M. İbrahim el-Bennâ, Kitâbu's-Şa'b, Kahire 1390/1971.
- İBN KUDÂME, Abdullah b. Ahmed (620/1223), **el-Muğnî**, I-XII, eş-Şerhu'l-Kebîr ile birlikte, Beyrut 1972.
- İBN KUDÂME, el-Makdîsî Şemsuddin Abdurrahman Muhammed b. Ahmed (682/1399), **eş-Şerhu'l-Kebîr 'Alâ Metni'l-Muknî'**, I-XII, el-Muğnî ile birlikte, Beyrut 1972 (**eş-Şerhu'l-Kebîr**).
- İBN MÂCE, Ebu Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvinî (275/886), **Sunenu ibn Mâce**, I-II, thk. M. Fuat Abdulbaki, Daru İhyai't-Turâsî'l-'Arabî, yy. 1395/1975 (**İbni Mâce**).
- İBN MANZUR, Cemalüddin Muhammed b. Mükerrrem (711/1311), **Lisânu'l-Arab**, I-XV, Beyrut 1374/1955.
- İBN MELEK, Abdullatif b. Abdilaziz (797/1394), **Şerhu'l-Menâr Fi'l-Usûl**, ofset, İstanbul 1965.
- İBNU'L-MUNZİR, Ebu Bekr Muhammed b. İbrahim (318/930), **Kitâbu'l-İcma'**, Giriş terceme ve thk. Abdulkadir Şener, Ankara 1983.
- İBNU'L-MURTEDÂ, Ahmed b. Yahyâ (840/1436), **el-Bahru'z-Zihâr el-Câmi' Li Mezâhibi 'Ulemâi'l-Emsâr**, Beyrut 1394/1975 (**el-Bahru'z-Zihâr**).
- İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrahim (970/1563), **el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik**, ofset, Beyrut ty. (**el-Bahr**).
- \_\_\_\_\_. **el-Eşbâh Ve'n-Nezâir**, Mısır 1322/1904 (**Eşbâh**).
- İBN RECEP, el-Habelî Zeynüddin Abdurrahman b. Ahmed el-Bağdâdî (795/1392), **Câmi'ul-'Ulûm ve'l-Hikem Fî Şerhi Hamsîne Hadîsen Min Cevâmi'il Kelim**, 3.bası, Kahire 1382/1962 (**Cami'ul-'Ulum**).
- İBN RÜŞD, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (520/1126), **el-Mukaddimât**, I-II, ofset, Beyrut ty.
- İBN RÜŞD el-Hafid, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (595/1198), **Bidâyetu'l-Müctehid ve Nihâyetu'l-Muktasid**, I-II, ofset,

- Kahraman Yayınları, İstanbul 1985 (**Bidâye**).
- İBN TEYMİYYE, Takiyyüddin Ahmed b. Abdilhalim (728/1327), **Mecmu'û Fetâvâ Şeyhu'l-İslâm Ahmed b. Teymiyye**, I-XXXVII, Suudi Arabistan ty. (**Fetâvâ**).
- İSFEHÂNÎ Rağip, Ebu'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed (502/1105), **el-Müfedât Fî Ğarîbî'l-Kur'ân**, Beyrut ty. (**Müfedât**).
- İZVEREN, Adil, **Deniz Ticâret Hukuku**, Ankara 1960.
- KÂDİHÂN, Fahrüddin Hasan b. Mansur el-Özcendî (592/1196), **el-Fetâvâ (= el-Fetâvâ el-Hâniyye)**, Fetâvâyı Hindiyeye'nin kenarında, I-III, 3.bası, ofset, Diyarbakır 1973 (**Fetâvâ**).
- KÂDİZÂDE, Şemsüddin Ahmed (988/1580), **Netâicu'l-Efkâr Fî Keşfi'r-Rumûzi ve'l-Esrâr**, Fethu'l-Kadir tekmllesi, Beyrut ty. (**Netâicu'l-Efkâr**).
- KADRÎ PAŞA, Muhammed (1306/1888), **Murşidu'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâlî'l-İnsân**, Mısır 1909 (MH).
- KAL'ACI, Muhammed Ravvâs, **Mevsû'atu Fıkhi Abdillâhi'bni Ömer**, Daru'n-Nefâis, yy. 1407/1986.
- \_\_\_\_\_, **Mevsû'atu Fıkhi Ömerî'bni'l-Hattâb**, Daru'n-Nefâis, 4.bası, yy. 1410/1989.
- KALYÛBÎ, Şihâbuddin Ahmed (1069/1658), **Hâşiye 'Alâ Şerhi'l-Mahallî 'Alâ Minhâci't-Tâlibîn**, I-IV, 'Umeyre Haşiyesiyle birlikte, Mısır ty. (**Hâşiye**).
- KARÂFÎ, Şihabuddin Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs (684/1285), **el-Furûk**, I-IV, Mısır 1311/1893.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Türk Medenî Kanunu- Eşya Hukuku**, Ankara 1977.
- KARAMAN, Hayreddin, **Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku**, I-III, İstanbul 1984-1986.
- \_\_\_\_\_, **İslâmın Işığında Günün Meseleleri**, I-II, Nesil Yayınları, İstanbul 1988 (**Günün Meseleleri**).
- \_\_\_\_\_, «Kadının Şâhitliği Örtünmesi ve Kamu Görevleri», **İslâm Araştırmaları Dergisi**, 2.bası, V, sy.IV, Ankara 1991, s.284-291,
- \_\_\_\_\_, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, I-III, İstanbul 1982.
- KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticâret Hukuku Dersleri**, I, Giriş-Ticârî İşletme, 2.bası, Ankara 1960; 3.bası, Ankara 1968.

- KÂRÎ, Ahmed b. Abdillâh (1359/1940), **Mecelletu'l-Ahkâmî's-Ser'iyye**, thk. Abdulvehhâb İbrahim Ebu Süleyman, M.İbrahim Ahmed Ali, Cidde 1401/1981 (MAŞ).
- KÂSÂNÎ, Alâüddin Ebu Bekr b. Mes'ud (587/1191), **Bedâi'u's-Sanâi' Fi Tertîbi's-Serâi'**, I-VII, Lübnan 1394/1974 (Bedâi').
- KÂSİMÎ, Muhammed Cemâlüddin (1332/1914), **Mehâsinu't-Te'vil**, thk. M.Fuad Abdulbâki, Mısır 1377/1957.
- KERDERÎ, Muhammed b. Muhammed b. el-Bezzâz (827/1424), **el-Câmi'ul-Vecîz (= el-Fetâvâ el-Bezâziyye)**, I-III, Fetâvâyı Hindiyî'nin 4. 5. ve 6. ciltleri kenarında, ofset, 3.bası, İslâmî Kitabevi, Diyarbakır 1393/1973 (Fetâvâ).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Türk Medenî Hukukunda Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul 1968 (Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı).
- KOÇ, Nevzat, **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü** (doktora tezi), Ankara 1992.
- KONEVÎ, Kâsım (978/1570), **Enîsu'l-Fukahâ Fi Ta'rîfatî'l-Elfâzî'l-Mutedâvele Beyne'l-Fukahâ**, thk. Ahmed b. Abdîrrahman el-Kubeysî, 2.bası, Cidde 1408/1987 (Enîsu'l-Fukahâ).
- KÖKSAL, Mehmed, **Borcu Sona Erdiren Sebep Olarak İbrâ** (Türk-Alman-İsviçre Hukuklarında), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989.
- KURTUBÎ, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmed (671/1272), **el-Câmi' Li Ahkâmî'l-Kur'ân**, I-XX, Beyrut ty.
- KURU, Bâki, **Hukuk Muhâkemeleri Usûlü**, 3.bası, Ankara 1968.
- KURU, Bâki - ARSLAN, Ramazan - YILMAZ, Ejder, **Medenî Usul Hukuku**, Ankara 1986.
- el-KÜRDÎ, Ahmed el-Haccî, **el-Ahvâlu's-Şahsiyye**, Dimaşk 1989-1990.
- \_\_\_\_\_, **Buhûsun Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Daru'l-Me'ârif, Dimaşk 1976-1977 (Buhûs).
- \_\_\_\_\_, **el-Medhalu'l-Fıkhi**, Dimaşk 1986-1987 (Medhal).
- \_\_\_\_\_, **Fıkhu'l-Mu'âvadât**, I, Dimaşk 1988-1989.
- MAHALLÎ, Celâluddin Muhammed b. Ahmed (864/1459), **Şerhu'l-Mahallî 'Alâ Minhâcî't-Tâlibîn (=Kenzu'r-Rağibîn 'Alâ**

- Minhâci't-Talibîn**), I-IV, Kalyubî ve 'Umeyra haşiyeleriyle beraber, Daru İhyâi'l-Kütübî'l-'Arabiyye, Mısır ty. (**Şerh**).
- MAHMESÂNÎ, Subhi, **en-Nazariyyetu'l-'Âmme Li'l-Mucebât ve'l-'Ukud Fi'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye**, Beyrut 1948 (**en-Nazariyyetu'l-'Âmme**).
- \_\_\_\_\_, **Felsefetu't-Teşri' Fi'l-İslâm**, 2.bası, Beyrut 1952.
- MALİK b. Enes (179/795), **el-Mudevvenetu'l-Kubrâ**, I-XVI, Sahnun b. Saidin Abdurrahman b. Kasımdan rivayeti, Daru Sadr, Mısır 1323' dan ofset, Beyrut ty.
- \_\_\_\_\_, **el-Muvatta'**, thk. M.Fuat Abdulbâki, yy.ty. (**Muvatta'**).
- MANSUR, Muhammed, **el-Kavâidu'l-Usûliyye Li Ğayri's-Sadeti'l-Hanefiyye**, el-Câmiatu'l-İslâmiyye, yy.ty.
- MARDİN, Ebu'l-Ulâ (1377/1957), **Miras Hukuku**, İstanbul 1351/1932.
- MERĠNÂNÎ, Burhânuddin Ali b. Ebî Bekr (593/1196), **el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî**, I-IV, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, yy.ty. (**Hidâye**).
- MER'Î b. Yusuf, **Delîlu't-Tâlib Li Neyli'l-Metâlib**, 2.bası, el-Mektebetü'l-İslâmî, yy. 1389/1969 (**Delîlu't-Tâlib**).
- MES'UD EFENDÎ, (1310/1892), **Mirât-i Mecelle**, Matbaa-ı Osmâniyye, Dersaâdet 1302/1894.
- MEVSİLÎ, Abdullah b. Muhammed (683/1284), **el-Muhtâr ve Şerhi el-ihitiyâr**, ta'lik: Muhyiddin Abdulhamit ve arkadaşları, yy.ty.
- MEVVÂK, Muhammed b. Yusuf (897/1491), **et-Tâc ve'l-İklîl 'Ala Muhtasarı Halîl**, Mevâhibu'l-Celîl Kenarında, I-VI, Mektebetü'n-Necâh, Libya ty. (**et-Tâc ve'l-İklîl**).
- MEYDÂNÎ, Abdulġani (1289/1881), **el-Lubâb Fi Şerhi'l-Kitâb**, Cevhere kenarında, ofset, Fazilet Neşriyat, İstanbul 1978 (**Lubâb**).
- MİRAS, Kâmil (1377/1957)- Ahmed Naîm **Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercemesi ve Şerhi**, I-XII, 2.bası, Ankara 1963, 1973.
- MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Ferâmuz b. Ali (855/1480), **Düreru'l-Hukkâm Fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm**, ofset, Fazilet Neşriyat, İstanbul 1976 (**Dürer**).

- , **Mirâtu'l-Usûl Şerhu Mirkâti'l-Vusûl**, Dersaâdet 1312/1894.
- MUHAMMED, Abdulcevâd Muhammed, **el-Hıyâze ve't-Tekadum Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, İskenderiyye ty.
- MUNÂVÎ, Muhammed Abdurrauf (1031/1622), **Feydu'l-Kadir Şerhu'l-Câmi'i's-Sağır**, I-VI, Mısır 1356/1938.
- MÜSLİM, Ebu'l-Hüseyin b. Haccâc el-Kuşeyrî (261/874), **el-câmiu's-Sahîh**, I-V, nşr. M.Fuat Abdulbâki, Mısır 1374-1375/1954-1956 (Müslim).
- MÜZENÎ, Ebu İbrahim, İsmâil b. Yahya (264/877), **el-Muhtasar**, el-Ümm kenarında, I-VII, Kitâbu's-Şa'b, Mısır 1388/1968.
- NESÂÎ, Ebu Abdirrahmân Ahmed b. Şu'ayb (303/915), **Sunenu'n-Nesâî**, I-VIII, 1.bası, Beyrut ty. (Nesâî).
- NESEFÎ, Ebu'l-Berakât Abdullah b. Ahmed (710/1310), **Kenzu'd-Dekâik**, Tebyînu'l-Hakaik ile beraber, I-VI, Beyrut ty. (Kenz).
- NEVEVÎ, Ebu Zekerıyya Yahya b. Şeref, (676/1277), **el-Mecmu' Şerhu'l-Muhezzeb**, I-XX, Daru'l-Fıkr, yy. ty. (Mecmu').
- , **el-Mesâilu'l-Mensura**, thk. Muhammed el-Hacer, ofset, Kahraman Yayınları, İstanbul 1986 (Fetâvâ).
- , **el-Minhâc**, Muğni'l-muhtâc ile birlikte, I-IV, Mısır 1958 (Minhâc).
- , **Ravdatu't-Tâlibîn**, el-Mektebu'l-İslâmî, Dimaşk ty. (Ravda).
- OĞUZMAN, M.Kemal, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 4.bası, İstanbul 1987.
- OFTİNGER, Karl, **Borçlar Kanununun Genel Kısımlarına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları**, trc.Kemal Dayınlarlı, Yargıtay Yayınları, Ankara 1985.
- ÖZTÜRK, Osman, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İstanbul 1973.
- RAMLÎ, Muhammed b. Ahmed b. Hamza (1004/1595), **Nihâyetu'l-Muhtâc İlä Şerhi'l-Minhâc**, I-VIII, Daru'l-Fıkr, Beyrut 1984 ; Mısır 1286; Kahire 1967 (Nihâye).
- RÂZÎ, Fahrüddin Muhammed b. Ömer (606/1210), **Mefâtihu'l-Ğayb**, I-XXXII, Tahran ty.

- REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku**, 4.bası, Ankara 1981.
- REİSOĞLU, Seza, **Bankacılık Yönünden Borçlar Hukuku Kuralları**, 3.bası, Ankara 1977.
- , **Garanti Mukavelesi** (Mahiyeti, Unsurları, Benzeri Müesseselerden Tefriki, Hüküm ve Neticeleri), Ankara 1963.
- SA'Dİ, Ebu Ceyb, **Mevsû'atu'l-İcma' Fî'l-Fıkhî'l-İslâmî**, I-II, 2.bası, Daru'l-Fıkr, Dımaşk 1404/1984 (**Mevsû'atu'l-İcma'**).
- SAN'ÂNÎ Muhammed b. İsmâil (1182/1768), **Subulu's-Selâm Şerhu Buluğî'l-Merâm Min Edilleti'l-Ahkâm**, 4.bası, yy. 1379/1960 (**Subulu's-Selâm**).
- SELİÇİ, Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**(doçentlik tezi), İstanbul 1977 (**Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**).
- SELİM, Rüstem Baz, **Şerhu Mecelleti'l-Ahkâmî'l-Adliyye**, 3.bası, Beyrut 1342/1923.
- SEMERKANDÎ, Ebu Bekr Alâuddin Muhammed b. Ahmed (538/1144), **Tuhfetu'l-Fukahâ**, I-III, Daru'l-Kutubi'l-'Arabîyye, Beyrut 1405/1984.
- SENHÛRÎ, Abdurrezzak, **Mesâdiru'l-Hak Fî'l-Fıkhî'l-İslâmî**, I-VI, Mısır 1967 (**Mesâdir**).
- , **el-Vasît Fî Şerhi'l-Kânuni'l-Medenî**, Daru'n-Neşr li'l-Câmiâtî'l-Mısriyye, Kahire 1960.
- SERAHSÎ, Şemsu'l-Eimme Muhammed b. Ahmed (483/1090), **el-Mebsut**, I-XXX, 3.bası, Beyrût 1978 (**Mebsut**).
- SEROZAN, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 1975.
- SEYYÎD, Sâbık, **Fıkhî's-Sunne**, I-III, Beyrut 1977.
- SUYÛTÎ, Abdurrahman b. Ebi Bekr (911/1505), **el-Eşbâh ve'n-Nezâir Fî Kava'idî ve Furû'î Fıkhî's-Şafi'îyye**, Mısır 1936 (**Eşbâh**).
- , **el-Câmi'u's-Sağır**, I-VI, Feydu'l-Kadir'le birlikte, Mısır 1356/1938.
- SÜLEYMAN, Muhammed Ahmed, **Damânu'l-Mutlefât Fî'l-Fıkhî'l-İslâmî**, 1.bası, Matbaatu's-Se'âde, yy. 1405/1985.
- ŞAFÎÎ, Ebu Abdillâh Muhammed b. İdris (204/820), **el-Umm**, I-VII, Kitabu's-Şa'b, Mısır 1388/1968.

- ŞAKİR, Sabri- HULUSÎ, Fuat, **Borçlar Kanunu Şerhi**, İstanbul 1926.
- ŞATIBÎ, İbrahim b. Musa (790/1388), **el-Muvâfakât Fî Usûlî'l-Fıkh**, I-IV, thk.M.Muhyiddin Abdulhamid, Kahire ty.
- ŞELEBÎ, Mustafa, **Talîlu'l-Ahkâm**, Beyrut 1401/1981
- ŞELEBÎ, Şihâbuddin Ahmed (947/1540), **Hâşiye 'Ala't-Tebyîn**, I-VI, Tebyînu'l-Hakâik kenarında, ofset, 2.bası, Beyrut ty.
- ŞEMSEDDİN, Sâmi (1322/1904), **Kâmus-ı Türkî** (Temel Türkçe Sözlük), Tercüman Gazetesi, İstanbul 1985.
- ŞENER, Abdulkâdir, **İslâm Hukukunda Hibe** (doçentlik tezi), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara 1984.
- \_\_\_\_\_, **İslam Hukuku Dersleri I**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1987.
- \_\_\_\_\_, **Kıyas İstihsan İstislah** (doktora tezi), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1974.
- ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali (1250/1834), **Fethu'l-Kadîr**, I-V, 2.bası, Mısır 1383/1964.
- \_\_\_\_\_, **İrşâdu'l-Fuhûl İlâ Tahkîki'l-Hakki Min 'İlmi'l-Usûl**, Mısır 1349 (İrşâdu'l-Fuhûl).
- \_\_\_\_\_, **Neylu'l-Evtâr Şerhu Munteka'l-Ahbâr**, I-IX, Beyrut 1973 (Neylu'l-Evtâr).
- ŞİRBÎNÎ, Hatib Muhammed (977/1569), **Muğni'l-Muhtâc İlâ Ma'rifeti Me'âni Elfâzi'l-Minhâc**, I-IV, Mısır 1958 (Muğni).
- ŞİRÂZÎ, Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf el-Firuzâbâdî (476/1083), **el-Muhezzeb**, I-II, Mısır ty.; Mecmu' ile birlikte, Daru'l-Fikr, I-XX, yy.ty.
- ŞEBRÂMELLÎSÎ, Ebu'd-Diyâ', Nuruddin Ali b.Ali (1087/1676), **Hâşiye 'Alâ Nihâyeti'l-Muhtâc**, Beyrut 1404/1984.
- ŞURUNBULÂLÎ, Hasan b. 'Ammâr b. Ali (1069/1658), **Ğunyetu Zevi'l-Ahkâm Fî Buğyeti Düreri'-Hukkâm**, Dürer'in kenarında, ofset, Fazilet Neşriyat, İstanbul 1976 (Ğunye).
- TABERÎ, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerir (310/922), **İhtilâfu'l-Fukahâ**, Beyrut ty.
- TAHİR b. Aşur (1293/1973), **İslam Hukuk Felesefesi**, trc. Vecdi Akyüz- Mehmet Erdoğan, İlim Yayınları, İstanbul 1988.
- TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, I/1-2,

- 3.bası, Ankara 1984-1985.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4.bası, İstanbul 1979.
- TİRMİZİ, Ebu İsa Muhammed b. İsa (279/892), **Sunenu't-Tirmizî**, I-V, thk.A.Muhammed Şakir, Beyrut ty.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, **Borçlar Hukuku II Özel Borç İlişkileri**, 3.bası, İstanbul 1978.
- 'UDEH, Abdulkâdir, **et-Teşri'u'l-Cinâiyyu'l-İslâmî**, I-II, Daru'l-Kâtibu'l-'Arabi, Beyrut ty.
- UMAR, BİLGE, - YILMAZ, Ejder, **İspat Yükü**, 2.bası, İstanbul 1980.
- 'UMEYRA, Şihabuddin Ahmed el-Burullusî (957/1550) **Hâşiye 'Alâ Şerhi'l-Mahallî 'Alâ Minhâci't-Talibîn**, I-IV, Kalyubi Haşieyi ile birlikte, Mısır, ty.
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lugatı**, İstanbul 1983.
- ÜÇÖK, Coşkun - MUMCU, Ahmet, **Türk Hukuk Tarihi**, Savaş Yayınları, Ankara 1987.
- VEFA, Muhammed, **Bey'u'l-Ma'ib Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî ve'l-Kânûni'l-Vad'i el-Mısri**, 2.bası, Mısır 1990 (Bey'u'l-Ma'ib).
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzi Veldet (1413/1993), **Türkçeleştirilmiş Metinleriyle Birlikte Borçlar Kanunu**, Türk Dil Kurumu Yayınlarından.
- von TUHR, Andreas, **Borçlar Hukuku**, trc. Cevat Edege, Ankara 1983; İstanbul 1953.
- YAVUZ, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri**, I-II, Özel Hükümler, İstanbul 1989.
- \_\_\_\_\_, **Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu**, (doçentlik tezi), İstanbul 1989 (Satıcının Sorumluluğu).
- \_\_\_\_\_, **Türk Medenî Hukuku ve Borçlar Hukuku Mevzuâtı (Medenî Kanun, Tatbikat Kanunu, Borçlar Kanunu)**, 2.bası, İstanbul 1990.
- YAZIR, Elmalılı Muhammed Hamdi (1361/1942), **Hak Dini Kur'an Dili Yeni Mealli Türkçe Tefsir**, 2.bası, I-IX, yy.ty.
- YUSUF, Celal, **Müzekkirât Fi'l-Fıkhi'l-Mâlikî**, Mısır 1967-1968 (Müzekkirât).
- YUSUF Musa, Muhammed, **el-Emvâl ve Nazariyyetu'l-Akd Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Daru'l-Fikr, yy. 1408/1987 (el-Emvâl).

- \_\_\_\_\_, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, Mısır 1374/1954.
- ZEBÎDÎ, Muhammed Murtadâ (1205/1790), **Tâcu'l-'Arûs Min Cevâhiri'l-Kâmûs**, 1.bası, Mısır 1306/1888.
- ZEMAHŞERÎ, Carullah Ebu'l-Kâsım Mahmud b. Ömer (538/1145), **Esâsu'l-Belâğa**, Beyrut 1965.
- ZERKÂ, Mustafa Ahmed, **el-Fi'lu'd-Dârr ve'd-Damânu Fih**, Dimaşk 1409/1988.
- \_\_\_\_\_, **el-Medhalu'l-Fıkhiyyu'l-'Âmm (= el-Fıkhu'l-İslâmî Fî Sevbihi'l-Cedîd)**, I-III, 8. bası, Dimaşk 1964 (Medhal).
- \_\_\_\_\_, **el-'Ukûdu'l-Müsemmat Şerhu'l-Kânuni'l-Medeniyyi's-Sûrî**, 5.bası, Daru'l-Fikr, Dimaşk 1963 ('Ukud).
- ZEVKLİLER, Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 3.bası, Ankara 1987.
- ZEYDÂN, Abdulkerim, **el-Medhal Li Dirâseti's-Şer'i'ati'l-İslâmiyye**, ofset, Dersaadet Basım ve Dağıtım, İstanbul ty. (Medhal).
- \_\_\_\_\_, **el-Vecîz Fî Usûli'l-Fıkh**, ofset, İslâmî Kitabevi, İstanbul 1979.
- ZEYLA'Î, Abdullah b. Yusuf (762/1360), **Nasbu'r-Râye Fî Tahrîci Ehâdisi'l-Hidâye**, I-IV, 2.bası, yy. 1393/1973 (Nasbu'r-Râye).
- ZEYLA'Î, Fahrüddin Osman b. Ali (743/1343), **Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik**, I-VI, 2.bası, ofset, Beyrut ty. (Tebyîn).
- ZUHAYLÎ, Vehbe, **el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuhû**, I-VIII, 3.bası, Dimaşk 1989 (el-Fıkhu'l-İslâmî).
- \_\_\_\_\_, **Nazariyyetu'd-Damân Ev Ahkâmu'l-Mes'uliyyeti'l-Medeniyye ve'l-Cinâiyye Fî'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Daru'l-Fikr, yy. 1389/1970.
- \_\_\_\_\_, **Usûlu'l-Fıkhi'l-İslâmî**, I-II, Daru'l-Fikr, Dimaşk 1406/1986.
- ZUHAYLÎ, Muhammed, **el-Kânûnu'l-Medenî el-Mukâren Bi'l-Fıkhi'l-İslâmî (el-'Ukûdu'l-Müsemmat)**, Dimaşk 1989-1990 ('Ukud).

266- ZURKÂNÎ, Muhammed b. Abdilbâkî (1122/1710), **Şerhu'z-Zurkânî 'Ala Muvattai'l-İmâm Mâlik**, I-IV, Mısır 1379/1959 (Şerh).

Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün  
29.11.1993. tarih ve 22 sayılı toplantısında oluşturulan jüri-  
miz, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 21. maddesine göre  
Temel İslam Bilimleri ..... Anabilim  
Dallı Yürürlük Durumunda ..... Öğrencisi Ahmet YASAR .....  
'ın " İslâm Hukukları Hukukuna Göre Satım Akdinde ....  
Aydın Muhayyerliği ve Hukukî Sonuçları .....  
....." konulu tezi  
incelemiş ve aday 14.01.1994... tarihinde saat 14:00... 'da jüri  
önünde tez savunmasına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini savunmasından sonra  
90 (Doksan).. dakikalık süre içinde gerek tez konusu, gerekse  
tezin dayanağı olan anabilim dallarından jüri üyelerince sorulan  
sorulara verdiği cevaplar da değerlendirilerek tezin Başarılı..  
olduğuna oy birliği... ile karar verilmiştir.

BAŞKAN

Prof. Dr. Abdulkadir ŞENER

*Asses*

*Bahadır*  
Doç. Dr. İbrahim ÇALIŞKAN

UYE

*Edis*  
Prof. Dr. Seyfullah EDİS

UYE