



# BURDUR İLAHİYAT DERGİSİ

Burdur Theology Journal

(Haziran / June 2023) Sayı 6 | e-ISSN: 2980-2407

## Ta'yin Muhayyerliğinin Hukuki Niteliği Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme

### A Comparative Analysis on the Legal Nature of Khiyar al-Ta'yin

FATİH AVCI

[orcid.org/0000-0002-7912-7105](https://orcid.org/0000-0002-7912-7105)

[favci@mehmetakif.edu.tr](mailto:favci@mehmetakif.edu.tr)

Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi | <https://ror.org/04xk0dc21>

Arş. Gör. Dr., İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Burdur, Türkiye

Res. Asst. Dr., Burdur Mehmet Akif Ersoy University, Faculty of Theology, Department of Islamic Law, Burdur, Türkiye

### Atıf | Cites As

Avcı, Fatih. "Ta'yin Muhayyerliğinin Hukuki Niteliği Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme". *Burdur İlahiyat Dergisi* 6 (Haziran 2023), 45-64.

### Makale Bilgisi | Article Information

Makale Türü/Article Types	: Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş Tarihi/Received	: 24 Mart/March 2023
Kabul Tarihi/Accepted	: 23 Mayıs/May 2023
Yayın Tarihi/Published	: 10 Haziran/June 2023

### İntihal | Plagiarism

Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
Yayıncı: Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

This article has been reviewed by at least two referees and scanned via plagiarism software.  
Published by: Burdur Mehmet Akif Ersoy University Theology Faculty.

Burdur, Türkiye.

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

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

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

**Etik Bildirim/Complaints:** [ifd@mehmetakif.edu.tr](mailto:ifd@mehmetakif.edu.tr)

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

## A Comparative Analysis on the Legal Nature of Khiyar al-Ta'yin

### Abstract

Islamic law of obligations is in favor of the continuation of established contracts as long as possible. For this reason, the parties should think carefully before forming the contract and then take action. Again, due to the obscurity it has revealed in this law, the contracts whose provisions are made conditional are not considered legitimate either. In order to eliminate the rigidity caused by this situation and to provide flexibility in the contracts, some khiyars (options) have emerged. *Khiyar al-ta'yin* is one of them. Thanks to this khiyar, when one of the parties cannot decide between the goods that will be the subject of the contract, he has the opportunity to determine the subject of the contract within a limited time by establishing the contract on an uncertain property among a group of goods. This right of choice is called *obligatio alternativa* in Roman law, *alternative obligation* in the Turkish Code of Obligations. Although there are some general studies on the khiyar al-ta'yin, as far as we have come across, there is no study on its legal nature. For this reason, in this article, the legal nature of the khiyar al-ta'yin will be examined by comparing it with Turkish law.

**Keywords:** Islamic Law, Option, Condition, Alternative Obligation, Khiyār al-Ta'yin.

## Ta'yin Muhayyerliğinin Hukuki Niteliği Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme

### Öz

İslâm borçlar hukuku mümkün olduğu sürece kurulan sözleşmelerin devamından yanadır. Bu sebeple tarafların sözleşmeyi kurmadan önce iyice düşünmesi ve sonra harekete geçmesi gerekmektedir. Yine bu hukukta ortaya çıkardığı garar (bilinmezlik) sebebiyle hükümlerinin doğması şarta bağlanan sözleşmeler de meşru görülmemiştir. Bu durumun ortaya çıkardığı katılığı gidermek ve sözleşmelerde esneklik sağlamak için bazı muhayyerlikler ortaya çıkmıştır. Ta'yin muhayyerliği de bunlardan biridir. Bu muhayyerlik sayesinde taraflardan biri sözleşme konusu olacak mallar arasında karar veremediği zaman sözleşmeyi bir grup mal arasından belirsiz bir mal üzerine kurarak sınırlı bir süre içinde sözleşmenin konusunu tespit etme imkânı elde etmektedir. Bu tercih hakkı Roma hukukunda *obligatio alternativa*, Türk Borçlar Kanunu'nda ise *seçimlik borç* gibi isimlerle anılır. Ta'yin muhayyerliği ile ilgili genel bazı çalışmalar bulunmakla birlikte rastladığımız kadarıyla onun hukuki niteliği üzerine ortaya konan bir çalışma yoktur. Bu sebeple bu makalede ta'yin muhayyerliğinin hukuki niteliği Türk hukukuyla mukayeseli yapılarak incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** İslâm Hukuku, Muhayyerlik, Şart, Seçimlik Borç, Ta'yin Muhayyerliği.

### Summary

Khiyar al-ta'yin is a right of preference that has been practiced since ancient times and is valid in transactions with mutual agreement. It is called "obligatio alternativa" in Roman law and "alternative obligation" in the Turkish Code of Obligations. This option, which is obtained by stipulating a condition in the contract and is considered legitimate by the Hanafis and Malikis, allows the parties to think more about the goods subject to the contract, like the khiyar al-shart. Indeed, the jurists have analyzed it together with khiyar al-shart in the sources, and they have formed their rulings in comparison to conditional parole. Nevertheless, it has some important qualities that differentiate it from the khiyar al-shart.

Khiyar al-ta'yin is a right that allows the buyer to determine the subject of the contract among several goods. With this right, the buyer has the opportunity to decide by seeing the goods to be purchased and, if necessary, taking them to show them to others. Since the subject of the sale is still uncertain, the buyer does not have a right in rem over it. As a matter of fact, he cannot sell it, pledge it, etc. Nevertheless, the buyer's right over one of the goods has in rem qualities such as being subject to compensation or inheritance. In this respect, the khiyar al-ta'yin can be considered as a quasi-real right (limited real rights). Quasi-rights in rem are rights that are fixed on the goods but have not reached the level of property (milk) but are higher than "ibaha", which is the authority to benefit from a good. In our opinion, khiyar al-ta'yin is included in the scope of the quasi-real rights of "hak al-milk". This is because it allows the formation of the right in rem without the need for a declaration of will, as in another quasi-real right, namely the right of "hak at-tamalluk". Thus, the contract with the khiyar al-ta'yin is valid, but the property of the buyer must be separated from the property of the seller. This is just like the right of the veterans to the booty before the distribution of the booty, which turns into ownership after the distribution.

Although it is conditional, it is not a condition in the technical sense. With the exception of those who say that it must be accompanied by a khiyar al-shart, khiyar al-ta'yin does not give the possibility of terminating the contract. In order for it to be a condition in the technical sense, the contract must be terminated if no choice is made. However, according to both Hanafis and Malikis, in this case the contract does not become void. Instead, the person is forced to make a choice, or the property is divided between the parties in proportion to their shares. According to the group that says that khiyar al-ta'yin can only exist together with khiyar al-shart, khiyar al-ta'yin includes khiyar al-shart. Although this group says that khiyar al-ta'yin gives the right of termination, as we have seen, it is not khiyar al-ta'yin that gives this right, but the khiyar al-shart that accompanies it. The person who has khiyar al-shart will make the contract, which is in a state of suspension (mawkuf), binding (must) and nafiz if he gives his consent to the contract within a certain period of time. If he makes a negative choice, the contract will be considered as if it had never been

established, that is, it will be annulled. Khiyar at-ta'yīn, on the other hand, does not grant the right of termination on its own. The contract with it is necessary and valid. It is obligatory for the right holder to choose one of the goods.

Khiyar at-ta'yīn is a takyīdī shart (restrictive condition) that grants its holder the privilege of determining the subject matter of the contract within a certain period of time. By adding this condition to the contract, the person postpones the occurrence of some provisions of the contract until a later time. Since the condition of ta'yin is contrary to the necessity of the contract, it is not actually valid. According to the qiyas, this condition, which should be null and void due to the gharar (uncertainty) it creates in the contract, is accepted as sahih due to "istihsan" based on custom.

The equivalent of the khiyar at-ta'yīn in Turkish law is alternative obligation. Different theories have been developed on the subject matter of the contract established with an alternative obligation. First of all, just like contingent obligations, these contracts are said to be in a state of delaying or disturbing suspension. According to the theory of delaying suspension, there is no subject of the contract at the beginning. After the choice is made, it is accepted that the preferred performance is the subject of the contract from the beginning. According to the defective suspension theory, all the acts that are subject to the preference at the beginning are owed. After the performance to be performed is preferred, the obligation to perform the other performances disappears. Thus, it is understood that the preferred performance is the main subject of the contract from the beginning. In modern legal doctrine, a third theory has been developed instead of these two theories. According to this theory, the subject matter of the contract is an indefinite one of the goods subject to preference. Which of the goods is the obligation will become definite after the choice. The modern theory is similar to the Islamic law's view on khiyar at-ta'yīn.

Although it is referred to in classical sources as khiyar at-ta'yīn, there are different transactions that do not actually fall within the scope of this right. Khiyar at-ta'yīn is a right within the scope of the law of obligations and is applied in contracts based on the exchange of consideration. An example is the freeing of an indeterminate one of two slaves or the divorce of an indeterminate one of two spouses and specifying which one is meant. These two transactions are not subject to khiyar at-ta'yīn since they have the meaning of abrogation. In addition, khiyar at-ta'yīn is a conditional right. Similarly, preferences such as a guardian's choice of one of the two options, namely, the shortening or the diet in the name of his murdered son, the day of the fast without specifying the day of the fast, or the atonement for breaking the fast, cannot be technically termed as khiyar at-ta'yīn, since they are in the field of criminal law and worship.

## Özet

Ta'yin muhayyerliği, eski zamanlardan beri uygulanagelen ve muavazalı işlemlerde geçerli bir tercih hakkıdır. O, Roma hukukunda "obligatio alternativa", Türk Borçlar Kanunu'nda ise "seçimlik borç" olarak isimlendirilmiştir. Sözleşmede şart koşularak elde edilen ve Hanefiler ile Mâlikîler tarafından meşru görülen bu muhayyerlik, şart muhayyerliği gibi tarafların sözleşme konusu mal üzerine daha fazla düşünme imkanını sağlamaktadır. Nitekim fakihler kaynaklarda onu şart muhayyerliği ile birlikte incelemişler, hükümlerini şart muhayyerliğine kıyasla oluşturmuşlardır. Fakat buna rağmen bu muhayyerlik onu şart muhayyerliğinden ayıran içeren bazı önemli niteliklere sahiptir.

Ta'yin muhayyerliği, öncelikle birkaç mal arasından sözleşme konusunu belirleme imkânı sunan bir hakktır. Alıcı bu hak sayesinde satın alacağı malı görüp gerektiğinde götürüp başkalarına da göstererek karar verme imkânı elde eder. Satışa söz konusu mal henüz belirsiz olduğu için alıcının mal üzerinde aynı bir hakkı yoktur. Nitekim alıcı malı satma, rehnetme vs. işlemlerde bulunamaz. Fakat yine de alıcının mallardan biri üzerindeki hakkı tazmine konu olma, herkesten talep edilebilme ve miras kalma gibi aynı nitelikler taşımaktadır. Bu yönüyle ta'yin muhayyerliği yarı aynı haklardan kabul edilebilir. Yarı aynı haklar eşya üzerinde sabit olduğu halde milk seviyesine ulaşamamış fakat salt bir maldan faydalanma yetkisi olan ibâhadan da üst seviyede haklardır. Ta'yin muhayyerliği kanaatimizce yarı aynı haklardan hakkı'l-milk kapsamında yer alır. Çünkü bu muhayyerlik diğer bir yarı aynı hak olan hakkı't-temellükteki gibi irade beyanına gerek duymaksızın aynı hakkın oluşmasına imkân tanır. Nitekim ta'yin muhayyerliği bulunan sözleşme nafizdir fakat alıcının sahip olduğu malın satıcının mallarından ayrılması gerekmektedir. Alıcı kendisine ait olan malı belirledikten sonra seçtiği mal üzerinde mülkiyet hakkı kazanılmış olur. Bu tıpkı ganimet mallarının taksiminden önce gazilerin ganimet üzerinde var olan hakkı'l-milkinin taksiminden sonra mülkiyete dönüşmesi gibidir.

Ta'yin muhayyerliği şart koşularak elde edilse de teknik manada bir şart değildir. Onun şart muhayyerliği ile birlikte bulunması gerektiğini söyleyenler istisna edilirse ta'yin muhayyerliği sözleşmeyi fesih imkanı vermez. Onun teknik manada şart olabilmesi için tercih yapılmaması halinde sözleşmenin infisah etmesi gerekir. Fakat hem Hanefiler'e hem de Mâlikîler'e göre bu durumda sözleşme geçersiz hale gelmez. Onun yerine kişi tercih yapmaya zorlanır veya mal taraflara hisseleri oranınca bölüştürülür. Ta'yin muhayyerliğinin ancak şart muhayyerliği ile birlikte bulunabileceğini söyleyen gruba göre ise o, şart muhayyerliğini de içermektedir. Bu grup ta'yin muhayyerliğinin fesih hakkı verdiğini söylese de görüldüğü üzere bu hakkı veren ta'yin muhayyerliği değil onunla beraber bulunan şart muhayyerliğidir. Şart muhayyerliğine sahip olan kişi belirli bir süre içinde sözleşmeye onay vermesiyle askı halinde (mekuf) olan sözleşmeyi bağlayıcı (lazım) ve nafiz hale getirecektir. Olumsuz tercihte bulunması halinde ise sözleşme hiç kurulmamış gibi kabul edilecek yani fesholacaktır. Ta'yin muhayyerliği ise tek başına fesih hakkını tanımamaktadır. Onun bulunduğu sözleşme lazım ve nafizdir. Hak sahibinin mallardan birini tercih etmesi zaruridir.

Ta'yin muhayyerliği ona sahip olan kişiye belirli süre içinde sözleşme konusunu belirleme ayrıcalığı tanıyan takyidî bir şarttır. Kişi sözleşmeye eklediği bu şart sayesinde sözleşmenin bazı hükümlerinin doğmasını ileriki bir zamana ertelemiş olmaktadır. Ta'yin şartı sözleşmenin muktezasına aykırı olduğu için aslen sahih değildir. Kıyasa göre

sözleşme konusunda meydana getirdiği garar sebebiyle fasit olması gereken bu şart örf'e dayanan istihsan gereği sahih kabul edilmiştir.

Ta'yin muhayerliğinin Türk hukukundaki dengi seçimlik borçlardır. Seçimlik borç ile kurulan sözleşmenin konusu üzerine farklı teoriler geliştirilmiştir. Öncelikle tıpkı şarta bağlı borçlarda olduğu gibi bu sözleşmelerin de geciktirici veya bozucu askı durumunda olduğu söylenmiştir. Geciktirici askı teorisine göre başlangıçta sözleşmenin konusu yoktur. Tercih yapıldıktan sonra ise tercih edilen edimin sözleşmenin başından itibaren onun konusu olduğu kabul edilir. Bozucu askı teorisine göre ise başlangıçta tercihe konu olan tüm edimler borçlanılmaktadır. İfa edilecek edim tercih edildikten sonra ise diğer edimlerin ifa yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Böylece tercih edilen edimin baştan itibaren sözleşmenin asıl konusu olduğu anlaşılmış olur. Modern hukuk doktrininde ise bu iki teori yerine üçüncü bir teori geliştirilmiştir. Buna göre sözleşmenin konusu, tercih konusu mallardan belirsiz bir tanesidir. Borç olan edimin hangisi olduğu tercih sonrası belirli hale gelecektir. Modern teori İslam hukukunun ta'yin muhayerliği hakkındaki görüşüne benzemektedir.

Klasik kaynaklarda ta'yin muhayerliği olarak zikredilmesine rağmen esasen bu muhayerliğin kapsamına girmeyen farklı işlemler vardır. Ta'yin muhayerliği borçlar hukukunun kapsamına dahil bir hak olup muavazalı sözleşmelerde uygulanır. İki köleden belirsiz birinin azat edilmesi veya iki eşten belirsiz birinin boşanması halinde hangisinin kastedildiğinin belirtilmesi buna örnektir. Bu iki işlem iskat manası taşıdığı için ta'yin muhayerliğine konu olmaz. Ayrıca ta'yin muhayerliği şart koşularak elde edilen bir haktır. Yine velinin öldürülen oğlu adına kısas veya diyetten birini tercih etmesi, gününü belirtmeden oruç tutmayı adayan kişinin günü veya orucunu bozan kişinin kefaretlere birini tayin etmesi gibi tercih işlemleri ceza hukuku ve ibadetler alanında yer aldığı için teknik manasıyla ta'yin muhayerliği olarak isimlendirilemezler.

## Giriş

Ta'yin muhayerliği İslam hukukunda şart koşularak elde edilen muhayerliklerden biridir. Şart muhayerliğine dayanılarak meşru görüldüğü için neredeyse onun bir alt dalı gibi kabul edilmiştir. Nitekim fakihlerin bir kısmı onun şart muhayerliği olmadan meşru olamayacağını öne sürmüşlerdir.<sup>1</sup> Bunun önemli sebeplerinden birisi ta'yin muhayerliğinin sözleşme konusuna dair cehalet ortaya koymasıdır. Taraflar arasında karmaşa çıkarabilecek her türlü bilinmezlikten mümkün merteye uzak duran İslam hukukçularının insanların ona duyduğu ihtiyaç sebebiyle ta'yin muhayerliğini meşru kıldığı görülmektedir.<sup>2</sup>

Bu çalışmada İslam hukukunda bir istisna olarak sabit olan ta'yin muhayerliğinin hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Ta'yin muhayerliği hakkında yapılan çalışmaları incelediğimizde onun hukuki niteliğine dair herhangi bir çalışmaya veya derli toplu bir veriye rastlayamadık. Ayrıca bu tarz bir çalışmanın yapılması İslam hukukunun sözleşmelere şekil veren kayıtlara (takyidi şartlara) bakış açısını inceleyen çalışmalar için de faydalı olacaktır. Ta'yin muhayerliği incelenirken yer yer onun Türk hukukundaki seçimlik borçlar ile mukayesesi de yapılacaktır. Bunun için öncelikle ta'yin muhayerliği ile ilişkili gördüğümüz bazı kavramlar tanımlanacak sonrasında ise ta'yin muhayerliğinin “hak” ve “şart” kavramlarıyla ilişkisi irdelenecektir. Son olarak da onun benzer kurumlarla mukayesesi yapılacaktır.

## 1.Kavramsal Çerçeve

İslâm hukukunda farklı isimlerle anılan bir tercih hakkı olan *ta'yin muhayerliği*, Türk hukukunda *seçimlik borç*, Roma hukukunda ise *obligatio alternativa* olarak isimlendirilir. Bu muhayerliğin hukuki niteliğine geçmeden önce zikredilen üç hukukta ne ifade ettiği üzerinde

<sup>1</sup> Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Kudûrî, *et-Tecrid* (Kahire: Dâru's-Selam, 1427/2006), 5/2252; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakîr*, thk. Abdürrezzak Galib el-Mehdi (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1438/2017), 6/301-302; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar* (Beyrut: Dâru'l-Âlemiyye li'n-Neşr ve't-Tevzî, 2012), 6/492-493; Zeynüddin İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, thk. Zekeriyya Umeyrât (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1997), 6/36; Ebü Zehre, *el-Mülkiyye ve Nazariyyetü'l Akd* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1996), 367; Ali Haydar Efendi, *Düerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 1/463.

<sup>2</sup> Şeyhâde Damat Efendi, *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur* (Dâru İhyâu't-Turâsi'l-Arabiyyi, ts.), 2/31, 395.

durulacaktır. Daha sonra ise “hak” ve “şart” kavramları, onların ta'yin muhayyerliği ile olan ilişkisini değerlendirebilmek için kısaca açıklanacaktır.

### 1.1. Ta'yin Muhayyerliği

*Hıyâru't-ta'yîn, hıyâru't-temyîz, beyu'l-ihitiyâr*<sup>3</sup> gibi isimlerle anılan<sup>4</sup> bu muhayyerlik, klasik kaynaklarda genelde şart muhayyerliği ile beraber ele alınmıştır.<sup>5</sup> Tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk defa Kudûrî'nin (ö. 428/1037) *et-Tecrîd*'inde geçen *hıyâru't-ta'yîn* kullanımı daha sonrasında yaygınlaşmıştır.<sup>6</sup> *Ta'yin* fiili a-y-n kökünden gelir. Göz, suyun kaynağı, elle tutulabilir somut mal gibi manalara gelen *ayn* kelimesi<sup>7</sup> fıkihtaki kullanımını “somut mal” anlamından almıştır.<sup>8</sup> Aynı kökten gelen *ayyene* fiili ise belirleme, tespit etme manasında kullanılır. Hırsızın mağdur tarafından diğer şüpheliler arasında tespiti buna örnektir. *Ta'yin* kelimesi de bu fiilin mastar halidir.<sup>9</sup> *Temyîz*<sup>10</sup> ve *ihitiyâr* kelimeleri de *ta'yin* kelimesi ile aynı manayı yani tercih manasını ifade etmektedir. *İhtiyâr* kelimesi h-y-r kökünden gelir. *Hıyâr* (muhayyerlik) kelimesinin kökü de budur. Şerrin zıddı olan *hayır* kelimesi de aynı kökten gelmektedir. *Hıyâr* kelimesi hayır ve tercih manalarını içinde barındırır. Nitekim *hıyâr* (muhayyerlik), kişinin kendisi için hayırlı olanı tercih etmesi manasına gelir.<sup>11</sup>

Ta'yin muhayyerliğinin terim anlamı incelendiğinde Hanefî ve Mâlikîler'in onu mezhep görüşlerine uygun olarak birbirlerinden farklı şekilde tanımladığı görülmektedir. Molla Hüsrev (ö. 885/1480), ta'yin muhayyerliği ile yapılan satışı; sözleşme konusunu daha sonra belirlemek üzere iki veya üç şeyden birisini satın almak, şeklinde tanımlamıştır.<sup>12</sup> Böylece tercihe konu malların sayısının en fazla üç olabileceğine vurgu yapmıştır. Ebü'l Yüsr el-Pezdevî'den (ö. 493/1100) aktarılan bir tanımda sözleşmenin birkaç mal arasından belirsiz bir tanesi üzerine kurulduğuna vurgu yapılmış ayrıca sürenin dolmasıyla sözleşmenin lazımlı hale geleceğinden bahsedilmiştir. Bu da ona göre ta'yin muhayyerliğinin şart muhayyerliğini de içerdiğini göstermektedir. Nitekim sadece ta'yin muhayyerliği, sözleşmeyi fesih hakkı vermemektedir.<sup>13</sup> İbn Nüceym (ö. 970/1563) ta'yin muhayyerliğine örnek olarak zikredilen “iki elbise satın aldı” ifadesinin doğru olmadığını, doğru ifadenin “iki elbiseden birisini satın aldı” olması gerektiğini

<sup>3</sup> *Beyu'l-ihitiyâr* kullanımını Mâlikîler tercih eder. bk. Muhammed b. Abdullah Haraşî, *Şerhu Muhtasarı Halil li'l-Haraşî* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.), 5/123; Ebü'l-Berekât Ahmed b. Muhammed Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr 'alâ Muhtasarı Sîdî Halil (Hâşiyetü't-Desûkî ile beraber)* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.), 3/106; Ebü Muhammed Abdülbâkî Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî ale Muhtasarı Halil*, thk. Abdüsselam Muhammed Emin (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1422/2002), 5/138.

<sup>4</sup> Abdü's-Settâr Ebü Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd* (Kuveyt: Matbaatü Makhavî, 1405/1985), 2/579.

<sup>5</sup> Örnek olarak bk. Muhammed b. Hasan Şeybânî, *el-Asl*, thk. Mehmet Boynukalın (Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1433/2012), 2/465; Ebü Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 13/55; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakîr*, 6/300.

<sup>6</sup> Kudûrî, *et-Tecrîd*, 5/2266.

<sup>7</sup> Murtaşâ Zebîdî, *Tâcu'l-Arûs min cevâhiri'l-Kâmûs*, thk. Komisyon (Dâru'l-Hidâye, ts.), 35/444.

<sup>8</sup> Ayn, İslam hukukunda bir eşyanın somut varlığını ifade eder. Elle tutulup gözle görülebilen ve müstakil varlığı olan her şey bu hukukta ayn olarak kabul edilmiştir. bk. Hasan Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000), 182.

<sup>9</sup> Zebîdî, *Tâcu'l-Arûs min cevâhiri'l-Kâmûs*, 35/467; Ahmed Muhtar Abdül Hamid Ömer, *Mu'cemü'l-lügati'l-Arabîyyeti'l-muâsıra* (Âlemü'l-Kütüb, 1429/2008), 2/1585; Muhammed Tâhir b. Ali Siddikî, *Mecmau bihâru'l-envâr* (Matbaatü Meclisi Dâirati'l-Meclisi'l-Osmâniyye, 1387/1967), 3/719.

<sup>10</sup> Ahmed b. Fâris Râzî, *Mu'cemü mekâyisi'l-lüğa*, thk. Abdüsselam Muhammed Harun (Dâru'l-Fikr, 1399/1979), 5/289; Ebü'l-Feth Burhânüddîn Nâsır Mutarrizî, *el-Muğrib fi tertîbi'l-Mu'rib* (Dâru'l-Kütübî'l-Arabî, ts.), 520; Ebu Bekir Râzî, *Muhtarü's Sihah* (Beyrut: Mektebetül Asriyye, 1999), 301.

<sup>11</sup> Râzî, *Muhtarü's Sihah*, 99; Necmeddin Nesefî, *Tilbetü't-Talebe* (Bağdat: Matbaatül Amire, 1311), 56; Râzî, *Mu'cemü mekâyisi'l-lüğa*, 2/32; Mutarrizî, *el-Muğrib fi tertîbi'l-Mu'rib*, 157; Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab* (Beyrut: Dâru Sâdır, 1414), 4/267; Kasım b. Abdullah Konevî, *Enisü'l-fukaha*, thk. Yahya Hasan Murat (Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1424/2004), 1/74.

<sup>12</sup> Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Gureri'l-Ahkâm* (Dâru İhyâi Kütübî'l-Arabî, ts.), 2/151.

<sup>13</sup> Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fuşûleyn* (Mısır: Matbaatü'l-Ezheriyye, 1300/1882), 1/330.

söylemiştir. Çünkü müşteri mallardan sadece birisini satın almaktadır. Ama genel olarak ilk kullanım tercih edilmiştir.<sup>14</sup>

İmam Mâlik'ten (ö. 179/795) ta'yin muhayerliğine bağlı satışın, bir sürü mal (örnekte koyun) arasından belli bir sayıda malı belli bir fiyata satın almak üzere yapılan işlem olduğu aktarılmıştır.<sup>15</sup> Böylece Hanefiler'deki gibi seçilebilecek mal sayısında herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Haraşî de (ö. 1101/1690) bu muhayerlik ile yapılan satışı, müşterinin tek cins mallar arasından bazı malları sözleşmenin konusu olarak belirlemesi üzerine yapılan lazım sözleşme, olarak ifade etmiştir.<sup>16</sup> O, yaptığı tanımda Hanefiler'den farklı olarak<sup>17</sup> tercih havuzunda bulunan malların tek cins olması gerektiğine ve bu muhayerliğin fesih değil tercih hakkı verdiğine dikkat çekmiştir. Yine *el-Müdevvene*'den aktarıldığı üzere İmam Mâlik'e göre bir kişinin yüz koyunu, onlardan seçtiği birini iade etmek şartıyla satın alması da ta'yin muhayerliğine dahildir. Çünkü bu işlem, yüz koyundan doksan dokuzunu seçmek üzere satın almaya benzetilmiştir.<sup>18</sup>

*Mecelle*; ta'yin muhayerliğini, alıcı veya satıcının fiyatları belirli iki veya üç kıyemî maldan birini sözleşmenin konusu olarak belirleme hakkı,<sup>19</sup> şeklinde tanımlamıştır. Böylece *Mecelle*'de ta'yin muhayerliğinin bir hak olduğuna vurgu yapılmıştır. Benzer tanımların son dönem fukaha tarafından nakledildiği de görülmektedir.<sup>20</sup> Bu tanımlardan birinde ta'yin muhayerliği, müşterinin muayyen mallar içinden düşünerek veya deneyerek seçeceği birinin sözleşmenin konusu olması için şart koştuğu muhayerlik, olarak ifade edilmiştir.<sup>21</sup> Böylece bu muhayerliğin şart koşularak elde edildiğine dikkat çekilmiştir. Diğer bazı tanımlarda malların fiyatlarının ayrı ayrı belirlenmesine,<sup>22</sup> bazılarında ise sözleşme konusunun mallardan belirsiz biri olmasına<sup>23</sup> vurgu yapılmıştır. *Kuveyt Fıkah Ansiklopedisi*'nde yapılan tanımda ise bu tip bir sözleşmede alacaklının tercihe konu mallar üzerinde şâyi' hisseli bir hakkının olduğu belirtilmiştir.<sup>24</sup>

## 1.2. Seçimlik Borç

Ta'yin muhayerliği ile ortaya çıkan edimlerden birini ifa borcu, Türk hukukunda *seçimlik borç* şeklinde yer almaktadır. Seçimlik borç; asıl edimin borçlu, alacaklı veya üçüncü bir kişinin belirlemesiyle ortaya çıkacağı, birkaç edimden oluşan borçtur. Nitekim sözleşmede

<sup>14</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/37.

<sup>15</sup> Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2012), 3/234.

<sup>16</sup> Haraşî, *Şerhu Muhtasari Halil li'l-Haraşî*, 5/123; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî ale Muhtasari Halil*, 5/222; Ali el-Bedri Ahmed Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 1990, 65.

<sup>17</sup> İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/35, 37; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 6/492.

<sup>18</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/235.

<sup>19</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/463.

<sup>20</sup> Kıyemiyâtan (standart olmayan mallardan) olan ve fiyatları ayrı ayrı belirtilen iki veya üç şeyden dilediğini müşterinin almak veya satıcının dilediğini satmak üzere muhayer olması. bk. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve İstulâhât-ı Fikhiyye Kâmusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970), 6/7; Mehmet Erdoğan, *Fıkah ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015), "Hiyâr-i Ta'yin", 196.

<sup>21</sup> Abdürrezzak Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Beyrut: Dâru İhyâ-i Tûrâsi'l Arabî, 1953), 4/151.

<sup>22</sup> Ta'yin muhayerliği, her birinin kıymeti ayrı ayrı söylenmek suretiyle iki veya üç şeyden birisini sözleşme konusu olmak üzere tayin etmek için sözleşmenin taraflarından birine tanınan bir haktır. bk. Abdülkerim ez-Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş* (İstanbul: Kayıhan Yayınları, ts.), 512.

<sup>23</sup> Alıcının henüz seçilmemiş ve satış konu olacak birkaç mal arasından akdin konusu olacak malı belirleme hakkı. bk. Şerkâvî, *el-Hiyârât fi'l-bey'*, 65. Alıcı veya satıcının, belirsiz biri üzerine sözleşme yapılan birkaç maldan birini tercih hakkı. bk. Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 2/580.

<sup>24</sup> Kurul, *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye* (Kuveyt: Dâru's-Selâsil, 1404/1984), 2/49-50.

zikredilen edimler kaç tane olursa olsun borçlu bunlardan sadece birini ifa etmekle yükümlüdür.<sup>25</sup> Eski Borçlar Kanunu 71'de *birden fazla şeylere taalluk eden borç* olarak isimlendirilen *seçimlik borçlar* TBK 87'de tek madde halinde yer almaktadır.<sup>26</sup>

Seçimlik borçlar, birkaç parça borcu (şu masa veya şu kanepa) olabileceği gibi birkaç çeşit borcu (bir kilo elma veya iki kilo salatalık) veya birkaç yapma borcu da (bir takım elbise veya palto dikme) olabilir. Seçilecek edimlerden biri parça, diğeri cins veya yapma borcu da olabilir.<sup>27</sup> Bazen seçimlik borç, aynı cinsten nitelikleri farklı mallar üzerinde geçerli olur. Buna *ta'yin ve tahsis hakkının saklı tutulması kaydıyla yapılan satış* denir. Aynı cins deriden ve aynı numarada üretilen yüz ayakkabı arasından renk ve model seçme hakkı ile satış buna örnektir.<sup>28</sup>

Seçimlik borç Roma hukukunda *obligatio alternativa* ismiyle yer almaktadır. İçerik olarak Türk hukukundaki ile benzerdir. Örneğin Roma hukukunda bir at veya iki katır borçlanmış olan kişinin at veya katırları ifa etmesi halinde borcunu yerine getirmiş olacağına hükmedilmiştir. Edimlerden birinin parça borcu diğerrinin çeşit borcu olabileceği de belirtilmiştir. Seçim hakkının üçüncü bir kişiye verilebileceği ve hak sahibinin ölmesi halinde mirasçılara geçebileceği de ifade edilmiştir.<sup>29</sup> Borçlunun seçimini yaptıktan sonra tercihini değiştirebilmesi hakkında iki görüş aktarılmıştır. Birinci görüş buna izin vermemekteyken ikinci görüşe göre borçlu fiilen edimi ifa etmedikçe kararını değiştirebilmektedir. Alacaklının durumu ise daha tafsilatlıdır. Justinianus hukukunda alacaklının adli makamlar huzurunda edimlerden birini talep ettiği andan itibaren, klasik hukukta ise edimlerden biri için dava tespiti yapıldıktan sonra, üçüncü şahısın ise seçimini yaptıktan sonra seçiminden dönemeyeceği kararlaştırılmıştır. Edimlerden biri parça borcuysa ve borçlunun kusuru olmadan imkansızlaşmışsa diğerr edim kendiliğinden borcun konusunu oluşturur.<sup>30</sup>

### 1.3.Hak

Hak kelimesi ıstılahta inkârı mümkün olmayacak derecede sabit hakikat, vacip, gerçekleşmesi kesin olan durum gibi manalarda kullanılır. Allah'ın isimlerinden birisi de el-Hakk'tır.<sup>31</sup> Bu tabir hukuk ilminde, hukuk düzeninin şahıslara tanıdığı ve koruduğu mali değeri olan maslahatlar,<sup>32</sup> şeklinde tanımlanabilir. Hak kavramı üzerine farklı sınıflandırmalar yapılmıştır. Aynî hak-şahsî hak (alacak hakkı) sınıflandırması bunlardan biridir. Aynî hak (milk), bir eşya üzerinde doğrudan ve sınırsız bir şekilde kullanılabilen, söz konusu eşyayı elinde tutan herkesten talep edilebilen haktır. Alacak hakkı ise bir borç ilişkisi sonucu aynî hakkın aksine dış dünyada değil borçlunun zimmetinde sabit olan bir haktır. Aynî hakkın aksine o, sadece zimmetinde bulunduğu borçludan talep edilebilir.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 282; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 984; Özer Seliçi, "Seçimlik Borçların İfası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 34/1-4 (1968), 376.

<sup>26</sup> Seçimlik borçlarda hukuki ilişkiden veya işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir. (TBK 87)

<sup>27</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 283; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 985.

<sup>28</sup> Erol Cansel - Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 1/146.

<sup>29</sup> Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (İstanbul: Der Yayınları, 2018), 20-21.

<sup>30</sup> Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 25; Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, çev. Ziya Umur (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959), 354; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2011), 29-30.

<sup>31</sup> Seyyid Şerif Cürçânî, *et-Ta'rifât* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1403/1983), 89; Muhammed b. Ali Tehânevî, *Mevsûatu keşşâfi ıstılâhâti'l-funûn ve'l-ulûm*, thk. Ali Dahruc (Beyrut: Mektebetü Lübnan Nâşirun, 1996), 1/682.

<sup>32</sup> Senhürî, *Mesâdiru'l-Hak*, 1/9.

<sup>33</sup> Mustafâ b. Ahmed b. Muhammed Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâm fi'l-fıkhî'l-İslâmî* (Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 2004), 25-38; Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 137, 271.

Birtakım haklar, aynı hak seviyesine ulaşamamasına rağmen eşya üzerinde sağladığı bazı yetkiler sebebiyle, bir eşyadan bedelsiz yararlanma yetkisi olan *ibaha* 'dan ayrılır. “*Hukuk*”, “*yarı aynî hak*” ve “*aynî hak benzeri*” gibi kullanımları olan bu haklar, eşya üzerinde sabit fakat aynı hak olmayan yetkileri ifade eder.<sup>34</sup> Bu haklar beş grupta incelenebilir: *Hakku'l-milk*, *hakku't-temellük*, *hakku'l-ihisâs*, *hakku't-taalluk* ve *hakku'l-intifâ*. Ta'yin muhayyerliği kanaatimizce bir hakku'l-milk olduğu için bu kısımda özellikle hakku'l-milk kavramı üzerinde durulacaktır. Hakku'l-milk, aslında sebebi olduğu için milk olması gerekirken bir mâni sebebiyle milke dönüşmemiş bir yarı aynî haktır. Yani o, bahsedilen mâni ortadan kalktığı zaman bir irade beyanı gerekmeksizin milke dönüşecektir. Mükâteb kölenin, özgür olduğu zaman daha önce kazandığı paraya veya askerlerin ganimet taksim edildikten sonra ganimetteki paylarına mâlik olması buna örnektir. Hakku'l milk, eşya üzerinde kurulmuş müteekkit bir hak olması yönüyle milk vasfı taşıdığından milke en yakın haktır. Aynî hakkın dış muhtevasına yani herkese karşı ileri sürülebilir olma özelliğine sahiptir. Eşya üzerinde sabit bir hak olması hasebiyle miras kalabilir. Bu sebeple hakku't-temellükten güçlüdür. Hakku't-temellük'ün de milke dönüşme ihtimali olsa da bunun için hakku'l-milk'ten farklı olarak irade beyanının açıklanması gerekmektedir. Örneğin şuf'a hakkı bir hakku't-temellüktür. Kişi komşu evin satılması halinde şuf'a hakkını kullanarak o evi kendi satın almak isterse bunu irade beyanıyla göstermelidir. Yine örneğin bir buzdolabı satışına yönelik icaba muhatap olan kişinin buzdolabına sahip olabilmesi için kendisine yöneltilen icaba kabul şeklinde cevap vermesi gerekir. Onun kabul hakkı bir hakku't-temellüktür. Hakku't-temellük bir irade açıklaması olup mal üzerinde sabit bir hak olmadığından miras olarak kalamaz.<sup>35</sup>

#### 1.4.Şart

*Şart* kelimesi Arapça ş-r-t kökünden gelir. Genelde birine bir şeyi yapmasını özelde ise sözleşmelerde karşı tarafa (sözleşmenin aslından olmayan) bir şeyi borçlanmasını ilzam etme (evi satarken evde bir yıl daha kalacağını şart koşma gibi), bir sonuca ulaşmak için yapılması gerekenler (emeklilik şartları gibi), bir şeyin varlığından bir parça teşkil etmeyip onun varlığı için gerekli olan durumlar (abdestin namaz için şart olması gibi) vb. şekillerde ifade edilmiştir.<sup>36</sup> Zikredilen şart türlerinden en çok kullanılanı İslâm borçlar hukukunda *takyidî şart* olarak isimlendirilmiştir. Takyidî şart, taraflardan birine, sözleşmenin aslından olmayan ve sözleşme anında var olmayıp gelecekte gerçekleşme ihtimali bulunan bir sorumluluk yükleyen şart, şeklinde tanımlanabilir. Takyidî şartlar bazen sözleşmeyi desteklemekte (rehin ve kefil şartı gibi), bazen alıcının sözleşme konusu üzerindeki menfaatlerini sınırlamakta (geri alma şartıyla yapılan satış yani bey bi'l-vefâ gibi) bazen de alıcıya ek menfaatler sağlamaktadır (satın alınan malı eve teslim şartı gibi). Takyidî şartlar, sözleşmenin kurulmasına mâni olmayıp sadece kişiye şartın gerçekleşmemesi halinde fesih hakkı verir.<sup>37</sup>

Türk hukukunda da şart kavramı bazen tarafların sözleşme hükümlerini düzenlemek için koyduğu kayıtlar (takyidî şart) manasında kullanılmaktadır. TBK 26'da tarafların bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği zikredilmektedir. Sözleşme

<sup>34</sup> Mustafâ b. Ahmed b. Muhammed Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âmmü-ihracün cedîdün bi-tatvîr fi't-tertib ve't-tebvîb ve ziyâdât* (Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 1425/2004), 1/373-376; Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 41, 122-125.

<sup>35</sup> Ebü'l-Ferec Zeynüddîn Abdurrahmân İbn Receb, *Kavâidü İbn Receb*, thk. Ebü Ubeyde Meşhûr b. Hasan Âli Selmân (Suudi Arabistan: Dâru İbn Affân li'n-Neşr ve't-Tevzî', 1419), 2/259-282; Hacak, *Hak Kavramının Analizi*, 236-244.

<sup>36</sup> İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, 7/309; Ahmed Muhtar Abdül Hamid Ömer, *Mu'cemü'l-lügati'l Arabiyyeti'l-muâsıra*, 2/1186-1187.

<sup>37</sup> Hasan Ali Şâzeli, *Nazariyyetü'ş-şart fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Riyâd: Dâru Kunûzi İşbiliye li'n-Neşr ve't-Tevzî, 2009), 62-64; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 2/536-547.



şartları, genel işlem şartları, teslim şartları ve ödeme şartları tabirleriyle kastedilen budur. Örneğin satış sözleşmesinin şartları denildiğinde; ödemenin yeri, zamanı, peşin mi vadeli mi olduğu, teminatın türü gibi meseleler üzerine yapılan anlaşmalar ifade edilmektedir.<sup>38</sup>

Yukarıda zikredilen tanımların hiçbiri şart kavramının teknik anlamını karşılamamaktadır. Çünkü teknik olarak şart, sözleşmenin varlığının veya hukuki sonuçlarının, gerçekleşeceği kesin olmayan gelecekteki bir olaya bağlanması demektir.<sup>39</sup> Bu anlamıyla İslâm hukukunda ta'likî şarta tekabül etmektedir.<sup>40</sup> Nitekim ta'lik, bir şeyin varlığını başka bir şeyin gerçekleşmesine bağlamaktır. Ta'likî şart ise bir hukuki işlemin kurulmasını meydana gelmesi şüpheli bir olaya bağlamak manasına gelir.<sup>41</sup> Örneğin altının gramı bu ay içinde bin liraya düşerse senden yüz gram altın alıyorum, denildiğinde şartlı bir sözleşme yapılmış olmaktadır. Sözleşme kurulmuş olmasına rağmen onun sonuçlarının doğru doğmayacağı henüz belirsizdir.<sup>42</sup>

## 2. Ta'yin Muhayyerliğinin “Hak” Olması

Ta'yin muhayyerliği bulunan sözleşme sahih olarak kurulmuştur. Fakat sözleşmenin hükümleri mallardan belirsiz birisi üzerine sabit olmuştur. Muhayyerlik hakkı kullanıldığı zaman sözleşmenin başından itibaren tercih edilen malın alıcının mülkiyetinde olduğu kabul edilir. Yani bu muhayyerlik, kişiye tek taraflı iradesiyle bir grup maldan birini veya bir kaçını sözleşmenin konusu olarak belirleme imkânı sunmaktadır.<sup>43</sup> *Mecelle* de bu sebeple ta'yin muhayyerliğini “tercih hakkı” olarak tanımlamıştır.<sup>44</sup> Fıkıh kitaplarında da yer yer buna vurgu yapılmaktadır. Özellikle ta'yin muhayyerliğinin miras kalması konusunda onun nasıl bir hak olduğu üzerinde durulmuş ve şart muhayyerliğinden farklı olduğu ortaya konmuştur. Hanefîler’ce şart muhayyerliği kişiye özel mücerred bir hak olarak görüldüğü için onun varislere geçmeyeceği belirtilmiştir.<sup>45</sup> Şafîîler ise “Kim ölümünden sonra arkasında bir mal veya hak bırakırsa onlar varislerindedir.”<sup>46</sup> hadisini delil olarak şart muhayyerliğinin miras kalacağına hükmetmiştir. Hanefîler, zikredilen hadisin birinci kısmını kabul ederken hakların miras kalmasıyla ilgili ikinci kısmı kabul etmemiştir.<sup>47</sup> Ta'yin muhayyerliği ise tıpkı ayıp muhayyerliği gibi mala bağlı bir hak olduğu için Hanefîler onun malla beraber varislere geçmesine izin vermişlerdir.<sup>48</sup> Burada dikkat edilmesi gereken nokta bu muhayyerliklerin mezheplerce “hak” olarak kabul ediliyor olmasıdır.

<sup>38</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1187; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 23-24.

<sup>39</sup> Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2005), 387.

<sup>40</sup> Nitekim modern hukukta da bazı kullanımlarda bu şartın ta'likî şart olarak isimlendirildiği görülmektedir. bk. Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 210.

<sup>41</sup> Burhan Erkuş, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şarta Bağlılığı* (Samsun: Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2005), 24.

<sup>42</sup> Gökhan Antalya, *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1991), 48-51; Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992), 30-32, 185-186.

<sup>43</sup> Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed Kâsânî, *Bedâ'î u'ş-şanâ'î fi tertibi'ş-şerâ'î* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1406/1986), 5/261; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/464; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/230; Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 2/591.

<sup>44</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/463.

<sup>45</sup> İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtâr*, 6/486; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/462.

<sup>46</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 26/157.

<sup>47</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/42-43; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadir li'l-âcizi'l-fakîr*, 6/295; Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed Karâfî, *ez-Zahîre*, thk. Muhammed Bû Hubze (Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslami, 2015), 5/35-37. Kâsânî, *Bedâ'î u'ş-şanâ'î*, 7/293;

<sup>48</sup> Kâsânî, *Bedâ'î u'ş-şanâ'î fi tertibi'ş-şerâ'î*, 5/268; Ebû'l-Fazl Meccüddîn Abdullâh b. Mahmûd Mevsilî, *el-İhtiyâr li-ta'li'l-Muhtâr* (Kahire: Matbaatü'l-Halebî, 1356/1937), 2/13; Burhâneddîn Merginânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, thk. Talal Yusuf (Beyrut: Dâru İhyâu't-Turâsî'l-Arabiyyi, ts.), 3/31; Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Gureri'l-Ahkâm*, 2/154.

Ta'yin muhayyerliği ilk bakışta yarı ayni haklardan hakku't-temellük sınıfına dahil gibi görünmektedir. Çünkü yukarıda bahsedildiği üzere onunla kişi tek taraflı iradesiyle tercih konusu mallardan muayyen birini mülkiyetine katma hakkı elde etmektedir. Hak sahibi hakkını kullanırken karşı tarafın iznine veya mahkeme kararına ihtiyaç duymaz. Tercihini yaptıktan sonra ise kararını geri alamaz.<sup>49</sup> Çünkü sözleşmenin sonuçları tespit edilen mal üzerinde artık kesin olarak doğmuştur. Yine hak sahibinin hakkını belirli bir süre içinde kullanması gerekir.<sup>50</sup> Hakku't-temellük'te de -kabul hakkı örneğinde olduğu gibi- belirli bir zaman diliminde kullanılmayan hak düşmektedir.<sup>51</sup> Fakat kanaatimizce ta'yin muhayyerliği bir hakku'l-milk'tir.

Ta'yin muhayyerliğini hakku'l-milk ile ilişkilendirmemizin en önemli sebebi onun kişiye aynî nitelikte bir hak vermesidir. Çünkü ona sahip olan kişinin muayyen mallar üzerinde doğrudan tercih hakkı vardır.<sup>52</sup> Satıcının veya üçüncü kişilerin, alıcı tercihini yapmadan önce mallar üzerinde tasarruf yetkisi yoktur.<sup>53</sup> Hak sahibi bu hakkını herkesten talep edebilir. Bu hak mal üzerinde sabit olduğu için tıpkı ayıp muhayyerliği gibi varislere de geçebilmektedir. Fakat hakku't-temellük, bu tip aynî nitelikli bir hak vermemektedir.<sup>54</sup>

Hakku'l-milk'in milke dönüşebilmesi için irade beyanı gerekmez, sadece ganimetlerin askerlere dağıtılması gibi bir olayın gerçekleşmesi ve milke mâni engelin ortadan kalkması gerekir, şeklinde gelecek bir itiraza şu şekilde cevap verilebilir: Ta'yin muhayyerliğinde de esasen tıpkı ganimet taksiminde olduğu gibi bir taksim söz konusudur. Öyle ki alıcının malı, satıcının mallarından ayrılmaktadır. Muhayyer alıcı sözleşmeye onay vermiş değil sadece kendi malının hangisi olduğunu göstermiştir. Nitekim hak sahibinin hakku't-temellük'te olduğu gibi sözleşmeyi onaylamama hakkı yoktur. Alıcı tercihini yapmazsa Hanefîler'e göre hâkim süre sonunda onu tercihe zorlayacaktır. Mâlikîler'e göre ise mallar alıcı ve satıcı arasında eşit hissede bölüşülecektir. Bunu ta'yin muhayyerliğinin miras kalması meselesinde daha açık görmek mümkündür. Fakihler, ta'yin muhayyerliğinin miras kalmasını, varislerin kendilerine miras kalan malı satıcının mallarından ayırma hakkı olmasıyla açıklamışlardır. Hatta aynı illetin (malların karışması) varisler için de geçerli olması sebebiyle varislerin bu muhayyerliğe muristen naklen değil aslen kazandıği söylenmiştir.<sup>55</sup>

Ta'yin muhayyerliği kullanılmadan önce sözleşme konusu belirsiz olduğu için kişi muayyen bir mala sahip olamamaktadır. Ama yine de alıcının tercihe konu mallardan belirsiz biri üzerinde ikide bir veya üçte bir gibi şâi' bir hissesi vardır. Ta'yinle mal belirli hale gelince tıpkı ganimetin dağıtılmasında olduğu gibi muayyen bir mal üzerinde ferdi mülkiyet oluşmaktadır.<sup>56</sup>

<sup>49</sup> Kâsânî, *Bedâ'i u's-şanâ'i fi tertîbi's-şerâ'i*, 5/261-262; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/37; Kurul (Tercüme: Mustafa Efe), *Fetavayi Hindîyye* (Ankara: Huzur Yayınevi- Akçağ Yayınları, 1985), 5/214; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/468; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/234.

<sup>50</sup> Hanefî mezhebinde ta'yin muhayyerliğinin şart muhayyerliği ile beraber bulunması halinde ayrı bir süreye ihtiyaç duyulmayıp şart muhayyerliğinin süresiyle yetinileceği belirtilmiştir. Mezhep içinde ta'yin muhayyerliğinin süresinin ayrıca belirlenmesi gerektiğini söyleyenler de vardır. Örnek olarak bk. Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2252.

<sup>51</sup> İbn Receb, *Kavâid*, 259-267.

<sup>52</sup> Kâsânî, *Bedâ'i u's-şanâ'i fi tertîbi's-şerâ'i*, 5/262; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/37; Kurul (Tercüme: Mustafa Efe), *Fetavayi Hindîyye*, 5/214.

<sup>53</sup> İmam Muhammed, *el-Asl* (Beyrut: Daru İbn Hazm, 2012), 2/466; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/58; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/36.

<sup>54</sup> Kâsânî, *Bedâ'i u's-şanâ'i fi tertîbi's-şerâ'i*, 5/262-263.

<sup>55</sup> Ebu'l-Berekât Nesefî, *Kenzü'd-dekaik (Tebyînü'l-hakâik ile birlikte)* (Kahire: el-Matbaatü'l-Kübra el-Emîriyye, 1313/1895), 4/19; Merginânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, 3/33; Mevslî, *el-İhtiyâr li-ta'lîli'l-Muhtâr*, 2/13; Ebû Muhammed Bedrüddîn Aynî, *el-Binâye fi şerhi'l-Hidâye* (Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2000), 8/69.

<sup>56</sup> Kâsânî, *Bedâ'i u's-şanâ'i fi tertîbi's-şerâ'i*, 5/261; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/464.

Bunu şu örnek üzerinden de anlamak mümkündür: Tercihten önce üç malın hepsi birden aynı anda muhayyer alıcının elinde telef olursa alıcı her malın fiyatının üçte birini öder. Çünkü onun mallar üzerindeki üçte bir hissesi elinde tazmin sorumluluğuyla bulunmaktadır. Bu kısım telef olduğu için alıcının satıcıya fiyatını ödemesi gerekir. Malların üçte ikisi alıcının elinde emanet olarak bulunduğu için alıcının onu tazmin etmesi gerekmez.<sup>57</sup> Bu görüşü savunan Şürübülâlî (ö. 1069/1659), ta'yin muhayyerliğinin tıpkı şart muhayyerliği gibi sözleşmenin hükmünün başlamasına yani mülkiyetin nakline mani olduğunu söyleyen Molla Hüsrev'e (ö. 885/1480) karşı çıkararak bu muhayyerliğin amacının hükmün sabit olduğu malı tayin etmek olduğunu belirtmiştir.<sup>58</sup>

Ta'yin muhayyerliğinin Türk hukukunda dengi olan seçimlik borçlar, değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak ele alınmıştır. Çünkü hak sahibi, bu sayede tek taraflı iradesiyle alternatif edimlerin yer aldığı sözleşme konusunu tek edime düşürebilmektedir. Karar bir kere karşı tarafa ulaştıktan sonra seçimlik borç ilişkisi basit bir borç ilişkisine dönmüş olur. Bu sebeple yapılan tercih daha sonra geri alınamaz. Tercihin sonuçları geriye etkilidir. Edimlerden birisi imkânsız hale gelse sözleşme sona ermez.<sup>59</sup> Seçim hakkı kişiye bağlı haklardan olmadığı için ölümle varislere geçer. Bu hak bağımsız olarak devredilemese de borç ilişkisine ve alacağa bağlı olarak devredilebilir.<sup>60</sup>

Seçimlik borç ile kurulan sözleşmenin hukuki niteliği üzerine farklı teoriler geliştirilmiştir. Öncelikle tıpkı şarta bağlı borçlarda olduğu gibi bu sözleşmelerin de geciktirici veya bozucu askı durumunda olduğu söylenmiştir. Geciktirici askı teorisine göre başlangıçta sözleşmenin konusu yoktur. Tercih yapıldıktan sonra ise tercih edilen edimin sözleşmenin başından itibaren onun konusu olduğu kabul edilir. Bozucu askı teorisine göre ise başlangıçta tercihe konu olan tüm edimler borçlanılmaktadır. İfa edilecek edim tercih edildikten sonra ise diğer edimlerin ifa yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Böylece tercih edilen edimin baştan itibaren sözleşmenin asıl konusu olduğu anlaşılmış olur. Modern hukuk doktrininde ise bu iki teori yerine üçüncü bir teori geliştirilmiştir. Buna göre sözleşmenin konusu, tercih konusu mallardan belirsiz bir tanesidir. Borç olan edimin hangisi olduğu tercih sonrası belirli hale gelecektir.<sup>61</sup> Modern teori İslam hukukunun ta'yin muhayyerliği hakkındaki görüşüne benzemektedir.

### 3.Ta'yin Muhayyerliğinin “Şart” Olması

Klasik kaynaklarda ta'yin muhayyerliğinin şart koşularak elde edildiği zikredilmektedir.<sup>62</sup> Bu sebeple onun teknik manada bir şart olabileceği yanılığısına düşülebilir. Fakat ta'yin muhayyerliği aslında hak sahibine sözleşmeyi sonlandırma imkânı sunan teknik manada bir şart değil sadece sözleşmeye eklenen bir kayıttır. Onun bulunduğu sözleşme, icap-kabul ile kurulmuş

<sup>57</sup> İmam Muhammed, *el-Asl*, 2/465; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/56; Kâsânî, *Bedâ'î u 'ş-şanâ'î fi tertibi 'ş-şerâ'î*, 5/263; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/16, 37.

<sup>58</sup> Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi 'l-ukûd*, 2/591.

<sup>59</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 283; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 986-987; Seliçi, “Seçimlik Borçların İfası”, 386.

<sup>60</sup> Seliçi, “Seçimlik Borçların İfası”, 388.

<sup>61</sup> Seliçi, “Seçimlik Borçların İfası”, 376.

<sup>62</sup> Kâsânî, *Bedâ'î u 'ş-şanâ'î fi tertibi 'ş-şerâ'î*, 5/261; Osman b. Ali Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâ'ik Şerhu Kenzi'd-Dekaik (Haşiyetü Şelebi ile birlikte)* (Kahire: el-Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, 1313/1895), 4/22, 48; Aynî, *el-Binâye fi şerhi'l-Hidâye*, 8/48.

ve hükümleri de doğmuştur. Belirlenen süre sonunda tercih yapılmazsa Hanefilere göre hak sahibi seçim yapmaya zorlanır.<sup>63</sup> Mâlikîler'e göre ise mallar taraflar arasında eşit olarak bölüştürülür.<sup>64</sup>

Ta'yn muhayyerliğinin teknik manada bir şart olarak algılanabilmesinin bir sebebi de onun şart muhayyerliğine benzemesidir. Çünkü ta'yn muhayyerliği konusunun belirsiz olması sebebiyle Züfer ve Şâfiîler'e göre kıyasen fasit bir sözleşmeyken ihtiyaç sebebiyle Hanefiler'ce şart muhayyerliğine kıyasen geçerli sayılmıştır.<sup>65</sup> Bu sebeple bu muhayyerlik, şart muhayyerliğinin altında ele alınmış ve bazılarınca şart muhayyerliğinin bir ferî olarak görülmüştür.<sup>66</sup> Hatta bu sebeple Hanefî fakihlerin bir kısmı ta'yn muhayyerliğinin şart muhayyerliği olmadan geçerli olmayacağını söylemiştir.<sup>67</sup> Nitekim İbn Şücâ' (ö. 266/880) bu iki muhayyerliği birbirinden ayırmak için ta'yn muhayyerliğinin şart muhayyerliği değil sadece kişinin kendi malını başkasının mallarından ayırmasını sağlayan temyiz muhayyerliği olduğunu ifade etmiştir.<sup>68</sup>

Yukarıda ta'yn muhayyerliğinin kullanılmasının hukuki bir işlem değil, sadece alacaklının kendi malını borçlununkinden ayırabilmek için sahip olduğu tercih hakkı olduğundan bahsedilmişti. Neden sadece tek tarafın her iki tarafı da bağlayan bu tercih hakkına sahip olduğu sorulabilir. Bunun sebebi tarafların sözleşmeyi yaparken ekledikleri bir kayıtla seçim hakkını bir tarafa vermesidir. Yani ta'yn muhayyerliği kanaatimizce bir tarafa sözleşmenin konusunu belirleme imkânı sunan takyidî bir şarttır.

Türk hukukunda seçimlik borçlar için de aynı durum geçerlidir. Daha önce geçtiği üzere seçimlik borçlar şartlı bir sözleşme ile oluşmaz. Nitekim şart koşulan seçimin yapılmaması halinde sözleşme sona ermez ve tarafları bağlamaya devam eder. Sözleşme konusundaki belirsizlik tarafların iradesine dayandığı için sözleşmeye zarar vermez.<sup>69</sup> Temerrüt durumu olduğu için olay yargıya intikal eder. Bu durumda karar hakkının karşı tarafa geçeceği, borçlunun tazminatla yükümlü tutulacağı gibi görüşler ileri sürülmüştür.<sup>70</sup>

#### 4. Ta'yn Muhayyerliğinin Benzer Kurumlardan Farkı

İslâm hukuku ve Türk hukukunda ta'yn muhayyerliği ile benzer niteliklere sahip işlemler vardır. Bu işlemler ayrı ayrı incelendiği zaman ta'yn muhayyerliğinin hukuki niteliği daha net bir şekilde ortaya çıkmış olacaktır. Ayrıca klasik İslâm hukuku metinlerinde ta'yn muhayyerliği ismiyle yer alıp esasında ondan farklı olan bazı işlemler de vardır. Son olarak bu işlemler üzerinde durulacaktır.

<sup>63</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'*, 5/157; Haraşî, *Şerhu Muhtasarı Halil li'l-Haraşî*, 5/123; Derdir, *eş-Şerhu'l-kebir 'alâ Muhtasarı Sidi Halil (Hâşiyetü't-Desûki ile beraber)*, 3/106.

<sup>64</sup> Halil b. İshâk Cündî, *Muhtasarı el-Allâme Halil*, thk. Ahmed Câd (Kahire: Dâru'l-Hadis, 1426/2005), 153; Derdir, *eş-Şerhu'l-kebir 'alâ Muhtasarı Sidi Halil (Hâşiyetü't-Desûki ile beraber)*, 3/106.

<sup>65</sup> Şeyhzade Damat Efendi, *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, 2/31, 395.

<sup>66</sup> Muhammed b. Muhammed İbn Arafe, *el-Muhtasarü'l-Fikhiyyü*, thk. Hafız Abdurrahman Muhammed Hayr (Birleşik Arap Emirlikleri: Müessesetü Halaf Ahmed el-Habtur, 1435/2014), 6/67.

<sup>67</sup> Kudûrî, Kerhî, Kâsânî ve Serahsî bu görüştedir. Kâdihan bu görüşü meşâyihin çoğunluğuna isnad etmiştir. Pezdevî, İbnü'l-Hümâm ve Ali Haydar Efendi ise aksi görüştedir. bk. Kudûrî, *et-Tecrid*, 5/2252; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir li'l-'âcizi'l-fakîr*, 6/301-302; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 6/492-493; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/36; Ebu Zehre, *el-Mülkiyye ve Nazariyyetül Akd*, 367; Ali Haydar Efendi, *Düverü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/463. Mâlikîler ise iki muhayyerliğin ayrı ayrı bulunabileceğine hükmetmişlerdir. Haraşî, *Şerhu Muhtasarı Halil li'l-Haraşî*, 5/123.

<sup>68</sup> Burhânüddîn Mahmûd b. Ahmed Buhârî, *el-Muhtâ'ü'l-Burhânî fi'l-fikhi'n-Nu'mânî*, thk. Abdülkerim Sami el-Cündî (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2004), 6/513.

<sup>69</sup> Seliçi, "Seçimlik Borçların İfası", 377.

<sup>70</sup> Seliçi, 391-392.

#### 4.1. Seçimlik Hak

TBK 125'de ele alınan seçimlik haklara göre ivazlı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklının kendisine verilen üç haktan birisini tercih etme imkânı vardır.<sup>71</sup> Alacaklı, hiç ek süre vermeden edimin ifasını ve ek olarak gecikme tazminatını (müsbet zararın tazminini) talep edebilir. Dilerse ifayı ve gecikme tazminatını almayı ek süre belirleyerek süre sonunda alacağını temin edememesi yüzünden karşılaştığı (menfi) zararın tazmin edilmesini ister. Bu durumda sözleşme ortadan kalkmış olmaz. Fakat asıl edimin yerini tazminat bedeli alır. Son seçenek olarak da alıcı, belirlenen süre dolduktan sonra sözleşmeden dönerek tazminat talebinde bulunabilir.<sup>72</sup> Alacaklıya tanınan bu haklar, yenilik doğuran haklardır. Alacaklı hiçbir şekil şartı olmaksızın tek taraflı irade beyanı ile hakkını kullanabilir.<sup>73</sup>

Seçimlik haklar, temerrüt halinde alacaklının haklarını korumak için kanun tarafından verilmişken ta'yin muhayyerliği sözleşmede şart koşularak elde edilen bir haktır. Yani ta'yin muhayyerliği için temerrüt veya başka bir durum oluşması gerekmez.<sup>74</sup> Çünkü onun amacı sözleşmenin şartlarına uyulmasını temin etmek, tazminat talep etme veya sözleşmeyi sonlandırma hakkı vermek değildir. Bu muhayyerlik sadece kişiye satın alacağı malı tercih edebilmesi için biraz vakit kazandırır.<sup>75</sup> Ta'yin muhayyerliği ile beraber şart muhayyerliği şart koşulmamışsa hem Hanefîler'e hem de Mâlikîler'e göre kişinin sözleşmeyi sonlandırma hakkı yoktur. Yine ta'yin muhayyerliğinde hak sahibinin tercih süresini geçirmesi halinde tazminat talep hakkı da yoktur.<sup>76</sup>

#### 4.2. Seçimlik Yetki (İltizâmü'l-bedelî)

Ta'yin muhayyerliği ile seçimlik yetkinin birbirine karıştırılması mümkündür. Eğer borcun konusu bir edimden oluşuyorsa ve ifa sırasında bu edimin yerine başka bir edimin ifası mümkün kılınmışsa seçimlik yetki (edimi değiştirme yetkisi) söz konusudur.<sup>77</sup> Örneğin alacaklı, borçluya on bin liralık borcunu bir ay onun için çalışarak ödemesini söylemiş fakat dilediği takdirde alacaklıya x model bir telefon vererek borcunu ödeme imkânı tanımışsa, ona seçimlik yetki vermiş demektir. Bu yetki bazen kanunlar yoluyla da verilebilir. TBK 99'da döviz borçlarının istenildiği takdirde ödeme günündeki kur üzerinden TL olarak ödenebileceğine hükmedilmesi buna örnektir.<sup>78</sup>

Ta'yin muhayyerliğinde seçimlik yetkinin aksine borcun konusu tercih yapılarına kadar belirsizdir. Bu sebeple edimlerden birisi imkansızlaştığı zaman diğeri ifanın konusu olabilmektedir.<sup>79</sup> Örneğin tercihe konu üç inekten biri muhayyer satıcının elindeyken telef olsa

<sup>71</sup> Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir. (TBK 125)

<sup>72</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 504; Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1992), 1/1464-1484.

<sup>73</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1139.

<sup>74</sup> Kâsânî, *Bedâ'i u 'ş-şanâ'i fi tertibi 'ş-şerâ'i*, 5/261; İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtâr*, 6/492.

<sup>75</sup> Kudûrî, *et-Tecrîd*, 5/2252-2254; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/55; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakîr*, 6/300; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 6/35; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/464.

<sup>76</sup> Kâsânî, *Bedâ'i u 'ş-şanâ'i fi tertibi 'ş-şerâ'i*, 5/261-263; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/56; İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtâr*, 6/494; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/466.

<sup>77</sup> Süleyman Yalman, "Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları", *Journal*, (1995), 509.

<sup>78</sup> Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir. Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir. (TBK 99)

<sup>79</sup> Kâsânî, *Bedâ'i u 'ş-şanâ'i fi tertibi 'ş-şerâ'i*, 5/261-263; İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtâr*, 6/492.

kalan mallar üzerinde muhayyerlik devam etmektedir. Fakat seçimlik yetkide önemli olan ana edim olduğu için ana edim imkânsız hale gelirse sözleşme sona erecektir. Örneğin şu beş ineği veya onun yerine şu traktörü vermen karşılığı denmişse ineklerin ölmesi halinde traktörün sözleşme konusuna dönüşme imkânı yoktur. Sadece yedek edimin imkânsız hale gelmesi durumunda ise sözleşme bundan etkilenmeyecektir. Nitekim traktörün hurdaya çıkması halinde sözleşme inekler üzerinden devam edecektir. Seçimlik yetki bazı hukukçulara göre yenilik doğuran bir hak iken bazılarına göre değildir. Alman hukuku ilk görüşü tercih etmiştir. Onun yenilik doğuran hak olmadığını kabul edenlere göre yedek edimin ifasının teklifi alacaklı tarafından kabul edilmeden önce asıl edim ifa edilerek borçtan kurtulmak mümkündür.<sup>80</sup> Ta'yin muhayyerliğinde ise tercih yapıldıktan sonra geri dönmek söz konusu değildir. Fakat satıcının razı olması halinde alıcının kararını değiştirebileceği de söylenmiştir.<sup>81</sup>

#### 4.3. Çeşit (Cins, Tür, Nevi) Borçları

Borcun konusu ferden değil de belirli bir cinsten belirli bir miktar şeklinde ta'yin edilmişse çeşit borcundan bahsedilir. Bu durumda borçlunun belirlenen cinsten ortalama kalitede bir şeyi ifa etmesi yeterlidir. TBK 86'da belirtildiği üzere, "Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz." Örneğin borcun konusunu on ton portakal veya on kilo elma oluşturuyorsa kalitesi düşük olmadığı sürece borçlunun herhangi bir tür portakal ve elmayı ifa etmesi yeterlidir. Fakat Vaşington portakalı veya Amasya elması gibi sınırlandırma yapılmışsa bu sefer de bu türler içinden orta sınıf malların verilmesi gerekir.<sup>82</sup> Borçlunun teslim edeceği malı seçme yetkisi seçimlik haklardaki gibi değiştirici yenilik doğuran hak manasında değildir.<sup>83</sup>

Ta'yin muhayyerliği, çeşit borcuyla benzerlik taşısa da onunla bazı farklılıklar arz etmektedir. Ta'yin muhayyerliğinde genel nitelikli herhangi bir şey değil, birden çok belirli şeyden biri borçlanılmıştır. Hanefî mezhebinde ta'yin muhayyerliği bulunan sözleşmenin konusu en fazla üç kıyemî maldan oluşan parça borcudur.<sup>84</sup> Mâlikî mezhebinde ise ta'yin için her hangi bir mal sayısı zikredilmese de tercih yapılacak malların sınırlı olması gerekir. Bir sürüdeki koyunlar arasından seçilen beş tanesinin satın alınacağı sözleşme buna örnektir.<sup>85</sup> Fakat çeşit borçlarında herhangi bir sayı veya grup belirtilmeksizin aynı cins mallar arasından tercih yapılabilmektedir. İki işlem şu noktada birleşmektedir. Ta'yin muhayyerliğinde Mâlikîler'e göre malların aynı cinsten olması gerekir. Örneğin belirli bir araba veya evden birini tercih etmek üzere satış işlemi yapılamamaktadır.<sup>86</sup> Çeşit borcunda da portakal gibi sadece belirli bir cins üzerinden tercih yapmak mümkündür. İkisinde de nispi belirsizlik vardır. Çeşit borcunda malın cinsi belirli olduğu için alacaklının yararı da belirlidir. Örneğin alacaklı bir buzdolabı ya da fırın istiyorum diyemez. Ta'yin muhayyerliğinde de benzer durum geçerlidir. Fakat Hanefiler ta'yin muhayyerliğinin bir faydasının olması için maksat olarak aynı amaca yönelik olsalar da malların buğday ve arpa gibi birbirinden farklı olması gerektiğini söylemişlerdir. Hatta aynı sebeple misli

<sup>80</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 283; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 992.

<sup>81</sup> Hıdır Abdullah Sâlim, *Ahkâmü'l-hıyârati's-sâbiteti bi's-şart fi's-şer'ati'l-İslâmiyye-Dirâsetün Mukârenatün bi'l-Kanuni'l-Yemeni* (Külliyetü'l-Hukuk-Kısmu's-Şer'ati'l-İslâmiyye: Câmîatü's-Suud, Doktora Tezi, 2008), 519.

<sup>82</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 280-281; Hüseyin Hatemi vd., *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 67; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009), 48.

<sup>83</sup> Cansel - Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1/145.

<sup>84</sup> İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 6/492; İbn Nüceym, *el-Baħrû'r-râ'ik*, 6/35.

<sup>85</sup> Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 3/233.

<sup>86</sup> Karâfi, *ez-Zahîre*, 5/32-33.

mallarda ta'yin muhayyerliğine izin verilmeyeceği de söylenmiştir.<sup>87</sup> Yine ta'yin muhayyerliğinde edimlerin eşit değerinde olması gerekmez. Bu sebeple ta'yine konu malların fiyatlarının ayrı ayrı tespit edilmiş olması gerekir.<sup>88</sup> Fakat çeşit borçlarında orta kalite bir malın verilmesi yeterli olacağından ayrıca fiyat tespiti yapılmaz.<sup>89</sup>

#### 4.4. Birden Fazla Edimden Oluşan Borç

Bir sözleşmenin konusu birden fazla edimden oluşuyorsa bu alelade bir sözleşmedir. Borcun ifası için edimlerin tamamının yerine getirilmesi gerekir. Örneğin oturma odası, misafir odası ve yatak odası takımı aynı sözleşmede satılmışsa bunların tamamı teslim edilmeden sözleşme borcu düşmez. Alıcı ürünlerin tamamını alamadığı takdirde seçimlik haklarını kullanabilir.<sup>90</sup>

Ta'yin muhayyerliği ile yapılan sözleşme alelade bir sözleşme değildir. Çünkü İslâm hukukunda alelade bir sözleşmede sözleşme konusunun belirsiz olması ortaya koyduğu cehalet sebebiyle onu fasit kılmaktadır. Bu sebeple ta'yin muhayyerliğinin sahih olması için sözleşmede “tercih için muhayyer olma” şartının zikredilmesi özellikle istenmiştir.<sup>91</sup> Ta'yin muhayyerliği kişiye sözleşme konusunu belirleme imkânı tanımaktadır. Bu sebeple alıcıya -yukarıdaki örneği dikkate alırsak- takımlardan birini seçme hakkı verilmişse seçilen edimin ifası ile sorumluluk ortadan kalkar. Örneğin alıcı oturma odasını seçmişse satıcı sadece oturma odası takımını teslim etmekle yükümlü olur. Hatta Hanefî mezhebine göre alıcının birden fazla takım tercih etme hakkı yoktur. Çünkü sözleşme satıcıya sadece bir takım teslim etme borcu yüklemiştir.<sup>92</sup> Mâlikî mezhebi ise böyle bir sınırlamaya gitmemiştir. Onlara göre örneğin yüz koyun arasından doksan dokuz tanesinin bile tercih edilebileceği zikredilmiştir.<sup>93</sup>

#### 4.5. Şart Muhayyerliği (Şarta Bağlı Borçlar)

Geçiktirici şarta bağlı borçlarda şarta bağlanan borcun varlığıdır. Gerçekleşmesi şart koşulan olay meydana gelmedikçe borç da doğmaz. Bu sebeple alacaklı, ifayı talep edemez. Ta'yin muhayyerliğinde ise borç, sözleşmenin başından itibaren doğmuştur. Fakat ifanın konusu henüz netlik kazanmamıştır.<sup>94</sup> Nitekim ta'yin muhayyerliğinin Türk hukukundaki karşılığı olan seçimlik borç da şarta bağlı bir borç değildir. Sözleşmedeki belirsizlik borcun varlığı değil konusu hakkındadır. Yani borçlunun borcu hukuken sabit olmakla birlikte edimin ifasının ne ile olacağı henüz kesinlik kazanmamıştır. Şarta bağlı işlemlerde ise borç şart gerçekleştikten sonra doğmaktadır.<sup>95</sup>

Şart muhayyerliği de şarta bağlı bir borçtur. Şart ve ta'yin muhayyerlikleri yöntem olarak farklı olsalar da taraflara düşünme fırsatı vererek gabnin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Fakat şart muhayyerliğine sahip olan kişi belirli bir süre içinde sözleşmeye onay vermesiyle askı halinde (mevkuf) olan sözleşmeyi bağlayıcı (lazım) ve nafiz hale getirecektir. Olumsuz tercihte

<sup>87</sup> İbn Nüceym, *el-Baħrû'r-râ'ik*, 6/35-37; İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtâr*, 6/492; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/463; Ebû Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 2/587.

<sup>88</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/464.

<sup>89</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 984-986; Cansel - Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1/146.

<sup>90</sup> Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Taşınır Satışında Alıcının Ayıplı Satılanın Değiştirilmesini Talep Hakkı ilker Öztaş. Bu işlem Tbk da birden çok mal satışı olarak isimlendirilmiştir. (TBK 230)

<sup>91</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'*, 5/263; İbn Nüceym, *el-Baħrû'r-râ'ik*, 6/36; İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtâr*, 6/492.

<sup>92</sup> İmam Muhammed, *el-Asl*, 2/470; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'*, 5/261.

<sup>93</sup> Sahnûn, *el-Müdevenetü'l-kübrâ*, 3/235.

<sup>94</sup> Seliçi, “Seçimlik Borçların İfası”, 385.

<sup>95</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 985; Cansel - Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1/146.

bulunması halinde ise sözleşme hiç kurulmamış gibi kabul edilecek yani fesholacaktır.<sup>96</sup> Ta'yin muhayyerliği ise tek başına fesih hakkını tanımamaktadır. Onun bulunduğu sözleşme lazım ve nafizdir. Hak sahibinin mallardan birini tercih etmesi zaruridir.<sup>97</sup> Ta'yin muhayyerliğinin ancak şart muhayyerliği ile birlikte bulunabileceğini söyleyen gruba göre ise ta'yin muhayyerliği şart muhayyerliğini de içermektedir. Bu grup ta'yin muhayyerliğinin fesih hakkı verdiğini söylese de görüldüğü üzere bu hakkı veren ta'yin muhayyerliği değil onunla beraber bulunan şart muhayyerliğidir.<sup>98</sup>

#### 4.6. Diğer Bazı İşlemler

Klasik kaynaklarda bazı işlemler kişiye tercih hakkı verdiği için ta'yin muhayyerliği olarak isimlendirilmiştir. Halbuki incelendiği zaman bunların teknik olarak ta'yin muhayyerliği ile bir ilişkisi yoktur. Örneğin bir adamın iki eşini karşısına alıp sizden birinizi boşadım demesi<sup>99</sup> veya iki kölesinden belirsiz birine sizden biriniz azat oldunuz demesi halinde kimi kastettiğini açıklaması gerekmektedir.<sup>100</sup> Adama verilen bu hak ta'yin muhayyerliği olarak ifade edilse de aslında değildir. Çünkü ta'yin muhayyerliği şart koşularak elde edilen bir haktır. Yukarıdaki örneklerde ise hak düşürücü (iskat) irade beyanlarının hedefi belirsiz olduğu ve iskat işlemi geri alınmayacağı için kişiden söylediği ile kimi kastettiğini açıklaması istenmektedir.<sup>101</sup>

Ta'yin muhayyerliğinin satım akdi dışında uygulamasına klasik kitaplarda rastlanmamakla birlikte bunun caiz olmadığına dair bir görüş de aktarılmamıştır. İşlevi gereği lazım ve feshi mümkün olan akitlerde ta'yin muhayyerliğinin geçerli olması uygundur. Çünkü o da şart muhayyerliği gibi taraflara düşünme fırsatı vererek gabnin önüne geçmeyi sağlamaktadır.<sup>102</sup> Nitekim Ebu Zehra ta'yin muhayyerliğinin muayyen bir malın temlikini içeren muavazalı (bedellerin değişimine dayalı) sözleşmelerde geçerli olacağını söylemiştir.<sup>103</sup> Bu kriter dikkate alındığında aşağıda zikredilen diğer örneklerin de öyle isimlendirilmesine rağmen aslında ta'yin muhayyerliği olmadığı görülecektir.

Vakit belirlemeksizin oruç tutmayı veya itikafa girmeyi adayan bir kimsenin oruç veya itikaf gününü belirleme hakkı ta'yin muhayyerliği olarak isimlendirilse de öyle değildir. Çünkü oruç bir ibadettir. Ta'yin muhayyerliği ise ivazlı sözleşmelere yöneliktir.<sup>104</sup> Kişinin kölesine yüz dinar veya bin dirheme hürsün ya da karısına yüz dinar veya bin dirheme boşsun demesi ve kadın veya kölenin sadece kabul ettim demesi halinde de para biriminden birini seçme üzerine ta'yin muhayyerliği olduğu söylenmiştir.<sup>105</sup> Bu işlemler ivazlı olsa da ta'yin muhayyerliği yaygın kabule göre semen üzerinde değil mebi üzerinde meydana gelmektedir.<sup>106</sup> Yeminini bozan kişinin kefaretlerden birini tercih etmesi de ibadetlerle alakalı bir mesele olduğu için ta'yin muhayyerliği değildir.<sup>107</sup> Maktulün velisinin kısas veya diyetten birini tercih hakkı da ceza hukukuyla ilgili bir meseledir ve ta'yin muhayyerliğine dahil değildir.<sup>108</sup> Dörtten fazla karısı olan kişinin müslüman

<sup>96</sup> Kâsânî, *Bedâ'î u'ş-şanâ'î*, 7/271; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/464.

<sup>97</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/466.

<sup>98</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/56; Kâsânî, *Bedâ'î u'ş-şanâ'î*, 7/276.

<sup>99</sup> Kâsânî, *Bedâ'î u'ş-şanâ'î fi tertîbi'ş-şerâ'î*, 3/225; Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Gureri'l-Ahkâm*, 1/367.

<sup>100</sup> Buhârî, *el-Muhtâ'î'l-Burhânî fi'l-fikhi'n-Nu'mânî*, 4/31.

<sup>101</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 6/86; Radıyyüddîn Ebü Bekr b. Ali b. Muhammed Haddâd, *el-Cevheretü'n-neyyire* (Mısır: Matbaatü'l-Hayriyye, 1322/1904), 1/95.

<sup>102</sup> Sâlim, *Ahkâmü'l-hyârâti's-sâbiteti bi'ş-şart fi'ş-şerâti'l-İslâmiyye-Dirâsetün Mukârenatün bi'l Kanuni'l-Yemenî*, 441.

<sup>103</sup> Ebu Zehre, *elMülkiyye ve Nazariyyetül Akd*, 364.

<sup>104</sup> Kâsânî, *Bedâ'î u'ş-şanâ'î fi tertîbi'ş-şerâ'î*, 2/104, 5/94.

<sup>105</sup> Kâsânî, *Bedâ'î u'ş-şanâ'î fi tertîbi'ş-şerâ'î*, 4/77.

<sup>106</sup> Ebü Gudde, *el-Hiyâr ve eseruhü fi'l-ukûd*, 2/582.

<sup>107</sup> Kâsânî, *Bedâ'î u'ş-şanâ'î fi tertîbi'ş-şerâ'î*, 5/96.

<sup>108</sup> Kâsânî, *Bedâ'î u'ş-şanâ'î fi tertîbi'ş-şerâ'î*, 7/241.



olması halinde eş sayısı dörde düşene kadar eşlerinden bazılarını boşaması gerekmektedir. Bu işlem ta'yin muhayyerliği olarak değerlendirilemez. Çünkü öncelikle bu hak şeriat gereği şart koşulmadan elde edilmiştir. Ayrıca o yeni bir sözleşme yapmak üzere değil sözleşmenin feshi üzerine verilmiş bir haktır. Yine bu hak ta'yin muhayyerliğinin aksine mal üzerinde sabit olmayıp kişisel bir tercih hakkıdır. Bu sebeple ölüm halinde varislere geçmesine de izin verilmemiştir.<sup>109</sup>

### Sonuç

Ta'yin muhayyerliği, Roma hukukundan itibaren farklı hukuklarda yer almış bir haktır. Kişilere bir grup mal arasından tercih ettiği birini veya bir kaçını alma imkânı sunan bu hak/borç tipi Roma hukukunda obligatio alternativa, Türk hukukunda seçimlik borç, İslâm hukukunda ise ta'yin muhayyerliği gibi isimlerle anılmıştır. İslâm hukukunda nakli bir delil ile desteklenmeyen bu hak, insanların satın alacağı mallar arasında tercih yapmadan önce düşünme ihtiyacına binaen şart muhayyerliğine kıyas yoluyla meşru görülmüştür. Fakat sözleşme konusu maldaki cehalet sebebiyle İslâm hukukunun sözleşme yapısının genel kurallarına uymadığından bir istisna olarak sınırlı alanda ve sınırlı sayıda mal üzerine uygulanmasına izin verilmiştir. Fakat onun hukuki niteliği üzerinde gereğince durulmamıştır.

Ta'yin muhayyerliği öncelikle kişiye sözleşmenin konusunu tercih imkânı sunan bir haktır. Onunla kişi, tek taraflı iradesiyle, mahkeme kararı veya karşı tarafın iznine gerek kalmadan sözleşme konusunu belirleme hakkı elde etmektedir. Ta'yin muhayyerliği, kişinin bu hakkı kullanması suretiyle tek taraflı iradesiyle tercih konusu mallardan muayyen birini mülkiyetine katma hakkını doğurması sebebiyle, ilk bakışta yarı aynı haklardan hakku't-temellük sınıfına dahil gibi görünse de; herkese karşı ileri sürülebilen, telef edilmesi halinde tazmin ettirilebilen ve miras yoluyla elde edilebilen aynî nitelikte bir hak olduğundan onun hakku'l-milk sınıfına dahil edilmesi daha uygundur. Çünkü hakku't-temellük'te bu imkanların hiçbiri yoktur. Ta'yin muhayyerliğinde irade beyanı ile sözleşme konusunun seçildiği fakat hakku'l-milk'te irade beyanına gerek olmadığı sorulursa şöyle cevap verilir: Ta'yin muhayyerliğinde aslında mülkiyet zaten mallardan belirsiz birisi üzerinde sabit olmuştur. Tercihle birlikte alıcı kendi malını satıcının mallarından ayırmış olmaktadır. Bu sebeple tercih işlemi hukuki bir işlem değil karışan malları birbirinden ayırma faaliyetidir. Bu haliyle savaşıçların ganimet malları içindeki hakku'l-milk'inin ganimetin dağıtılmasıyla milke dönüşmesine benzemektedir.

Ta'yin muhayyerliği şart koşularak elde edilmesine rağmen teknik manada bir şart değildir. Çünkü o, tek başına sözleşmenin varlığına etki etmemekte sadece konusunun belirlenmesine imkân tanımaktadır. Oysaki teknik manada bir şart olsaydı onun sözleşmenin feshine de imkân tanması gerekirdi. Ta'yin muhayyerliği sözleşmeye konan bir kayıtla taraflardan birine sözleşmenin konusunu belirleme ayrıcalığı tanıyan takyidî bir şarttır. Sözleşmenin gereğine aykırı bir şart olduğu için aslen onu fasit kılması gerekirken insanların ona duyduğu ihtiyaç sebebiyle istihsanen meşru görülmüştür.

Türk hukukunda seçimlik borç bulunan sözleşmenin durumu hakkında da farklı yorumlar yapılmıştır. Bir görüşe göre sözleşmenin konusu tercihe konu malların tamamı olup karar verildikten sonra teke düşmektedir. Diğer bir görüşe göre tercih yapılanaya kadar sözleşmenin konusu yoktur. Üçüncü görüşe göre ise mallar içinden belirsiz bir tanesi sözleşmenin konusudur. Tercih yapılınca konu belirli hale gelmektedir. Son görüş ta'yin muhayyerliğinin hükmüyle benzeşmektedir.

<sup>109</sup> Ebû Gudde, *el-Hıyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*, 2/581.

**Kaynakça/Bibliography**

- Ahmed Muhtar Abdül Hamid Ömer. *Mu'cemü'l-lügati'l Arabiyyeti'l-muâsıra*. 4 Cilt. Âlemü'l-Kütüb, 1429/2008.
- Ali Haydar Efendi. *Dürrerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2. Basım, 2017.
- Antalya, Gökhan. *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1991.
- Aynî, Ebû Muhammed Bedrüddîn. *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*. Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970.
- Buhârî, Burhânüddîn Mahmûd b. Ahmed. *el-Muḥîṭü'l-Burhânî fî'l-fikhi'n-Nu'mânî*. thk. Abdülkerim Sami el-Cündî. 9 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2004.
- Cansel, Erol - Özel, Çağlar. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Basım, 2014.
- Cündî, Halîl b. İshâk. *Muhtasarı el-Allâme Halîl*. thk. Ahmed Câd. 1 Cilt. Kahire: Dâru'l-Hadis, 1426/2005.
- Cürcânî, Seyyid Şerif. *et-Ta'rîfât*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1403/1983.
- Derdîr, Ebü'l-Berekât Ahmed b. Muhammed. *eş-Şerhu'l-kebir 'alâ Muhtasarı Sîdî Halîl (Hâşiyetü't-Desûkî ile beraber)*. 4 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Di Marzo, Salvatore. *Roma Hukuku*. çev. Ziya Umur. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 2. Basım, 1959.
- Ebû Gudde, Abdü's-Settâr. *el-Hiyâr ve eseruhû fi'l-ukûd*. 2 Cilt. Kuveyt: Matbaatü Makhavî, 2. Basım, 1405/1985.
- Ebu Zehre. *elMülkiyye ve Nazariyyetül Akd*. Kahire: Darul Fikril Arabi, 1996.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 5. Basım, 2015.
- Erdoğan, Belgin. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2018.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 20. Basım, 2016.
- Erkuş, Burhan. *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şarta Bağlılığı*. Samsun: Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2005.
- Hacak, Hasan. *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000.
- Haddâd, Radiyyüddîn Ebû Bekr b. Alî b. Muhammed. *el-Cevheretü'n-neyyire*. Mısır: Matbaatü'l-Hayriyye, 1322/1904.
- Haraşî, Muhammed b. Abdullah. *Şerhu Muhtasarı Halîl li'l-Haraşî*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Hatemi, Hüseyin vd. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Hüsrev, Molla. *Dürrerü'l-hükkâm Şerhu Gureri'l-Ahkâm*. Dâru İhyâi Kütübi'l-Arabiy, ts.
- İbn Âbidîn. *Reddü'l-Muhtâr*. 11 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Alemiyye li'n-Neşr ve't-Tevzi, 2012.
- İbn Arafе, Muhammed b. Muhammed. *el-Muhtasarü'l-Fıkhiyyü*. thk. Hafız Abdurrahman Muhammed Hayr. 10 Cilt. Birleşik Arap Emirlikleri: Müessesetü Halaf Ahmed el-Habtur, 1. Basım, 1435/2014.

- İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed. *Lisânü'l-Arab*. Beyrut: Dâru Sâdır, 1414.
- İbn Nüceym, Zeynüddin. *el-Bahrü'r-râ'ik*. thk. Zekeriyya Umeyrât. 9 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1418/1997.
- İbn Receb, Ebü'l-Ferec Zeynüddîn Abdurrahmân. *Kavâidü İbn Receb*. thk. Ebü Ubeyde Meşhûr b. Hasan Âli Selmân. 4 Cilt. Suudi Arabistan: Dâru İbn Affân li'n-Neşr ve't-Tevzi', 1. Basım, 1419.
- İbnü'l-Hümâm. *Fethu'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakîr*. thk. Abdürrezzak Galib el-Mehdi. 10 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 3. Basım, 1438/2017.
- İmam Muhammed. *el-Asl*. Beyrut: Daru İbn Hazm, 2012.
- Karâfî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed. *ez-Zahîre*. thk. Muhammed Bû Hubze. Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslami, 5. Basım, 2015.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. 6 Cilt. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1. Basım, 1992.
- Karaman, Hayrettin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. 3 Cilt. İstanbul: İz Yayıncılık, 9. Basım, 2014.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed. *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i'*. 7 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2. Basım, 1406/1986.
- Konevî, Kasım b. Abdullah. *Enîsü'l-fukaha*. thk. Yahya Hasan Murat. Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2004.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr. *et-Tecrîd*. Kahire: Dâru's-Selam, 12. Basım, 1427/2006.
- Kurul. *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*. 45 Cilt. Kuveyt: Dâru's-Selâsil, 2. Basım, 1404/1984.
- Kurul (Tercüme: Mustafa Efe). *Fetavayi Hindiyeye*. Ankara: Huzur Yayınevi- Akçağ Yayınları, 1985.
- Merginânî, Burhâneddin. *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*. thk. Talal Yusuf. 4 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâu't-Turâsi'l-Arabiyyi, ts.
- Mevsîlî, Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd. *el-İhtiyâr li-ta'lîli'l-Muhtâr*. 5 Cilt. Kahire: Matbaatü'l-Halebî, 1356/1937.
- Mutarriżî, Ebü'l-Feth Burhânüddîn Nâsır. *el-Muğrib fi tertîbi'l-Mu'rib*. Dâru'l-Kütübi'l-Arabî, ts.
- Nesefî, Ebu'l-Berekât. *Kenzü'd-dekaik (Tebyînü'l-hakâik ile birlikte)*. Kahire: el-Matbaatü'l-Kübra el-Emîriyye, 1. Basım, 1313/1895.
- Nesefî, Necmeddin. *Tilbetü't-Talebe*. Bağdat: Matbaatül Amire, 1311.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*. 2 Cilt. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 13. Basım, 2015.
- Rado, Türkan. *Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Râzî, Ahmed b. Fâris. *Mu'cemü mekâyîsi'l-lüğa*. thk. Abdüsselam Muhammed Harun. 6 Cilt. Dâru'l-Fikr, 1399/1979.
- Râzî, Ebu Bekir. *Muhtaru's Sihah*. Beyrut: Mektebetül Asriyye, 5. Basım, 1999.
- Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 17. Basım, 2005.
- Sahnûn, Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd. *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*. 3 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2. Basım, 2012.

- Sâlim, Hıdır Abdullah. *Ahkâmü'l-hıyârâti's-sâbiteti bi's-şart fi's-şer'îati'l-İslâmiyye-Dirâsetiün Mukârenatüün bi'l-Kanuni'l-Yemenî*. Külliyyetü'l-Hukuk-Kısmu's-Şer'îati'l-İslâmiyye: Câmîatü's-Suud, Doktora Tezi, 2008.
- Seliçi, Özer. “Seçimlik Borçların İfasi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 34/1-4 (1968), 375-399.
- Senhûrî, Abdürrezzak. *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâ-i Tûrâsi'l Arabî, 1. Basım, 1953.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *el-Mebsût*. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Basım, 2007.
- Sıddıkî, Muhammed Tâhir b. Ali. *Mecmau bihâru'l-envâr*. 5 Cilt. Matbaatü Meclisi Dâirati'l-Meclisi'l-Osmâniyye, 1387/1967.
- Simâvî, Bedreddin. *Câmi'u'l-fuşûleyin*. Mısır: Matbaatü'l-Ezheriyye, 1. Basım, 1300/1882.
- Sirmen, Lale. *Türk Özel Hukukunda Şart*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992.
- Şâzelî, Hasan Ali. *Nazariyyetü's-şart fi'l-fikhi'l-İslâmî*. Riyâd: Dâru Kunûzi İşbiliye li'n-Neşr ve't-Tevzî, 1. Basım, 2009.
- Şerkâvî, Ali el-Bedri Ahmed. *el-Hıyârât fi'l-bey'*, 1990.
- Şeybânî, Muhammed b. Hasan. *el-Asl*. thk. Mehmet Boynukalın. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1. Basım, 1433/2012.
- Şeyhzade Damat Efendi. *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur*. Dâru İhyâu't-Turâsi'l-Arabiyyi, ts.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2011.
- Tehânevî, Muhammed b. Ali. *Mevsûatu keşşâfi istilâhâti'l-funûn ve'l-ulûm*. thk. Ali Dahruc. 2 Cilt. Beyrut: Mektebetü Lübnan Nâşirun, 1. Basım, 1996.
- Yalman, Süleyman. “Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları”. *Journal*, 495-512.
- Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 8. Basım, 2009.
- Zebîdî, Murtaşâ. *Tâcu'l-Arûs min cevâhiri'l-Kâmûs*. thk. Komisyon. Dâru'l-Hidâye, ts.
- Zerkâ, Mustafâ b. Ahmed b. Muhammed. *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâm fi'l-fikhi'l-İslâmî*. Dimaşk: Dâru'l-Kalem, 2004.
- Zerkâ, Mustafâ b. Ahmed b. Muhammed. *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âmmü-ihracün cedîdün bi-tatvîr fi't-tertîb ve't-tebvîb ve ziyâdât*. 2 Cilt. Dimaşk: Dâru'l-Kalem, 2. Basım, 1425/2004.
- Zeydan, Abdülkerim ez-. *İslam Hukukuna Giriş*. İstanbul: Kayıhan Yayınları, ts.
- Zeylâî, Osman b. Ali. *Tebyînü'l-hakâ'ik Şerhu Kenzi'd-Dekaik (Haşiyetüş Şelebi ile birlikte)*. Kahire: el-Matbaatü'l-Kübra el-Emîriyye, 1. Basım, 1313/1895.
- Zürkânî, Ebû Muhammed Abdülbâkî. *Şerhu'z-Zürkânî ale Muhtaşarı Halil*. thk. Abdüsselam Muhammed Emin. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1422/2002.