

**MUKAYESE-İ KAVÂNÎN-İ MEDENİYYE MECELLE-İ
AHKÂM-I ADLİYYE-FRANSA KANÛN-I MEDENÎSİ
KİTÂB'ÛL-BÛYÛ***

The Comparison of Civil Laws Mecelle-French Code Civil The Book of Sales

Mekteb-i Hukûk Mecelle Muallimlerinden CEMALEDDİN

Çev: Seda ÖRSTEN ESİRGEN**

Mukaddime

Kavânîn-i mevzûanın en mühimmi şüphesiz kavânîn-i medeniyyedir. Düvel-i muhtelif kavânîni arasındaki ihtilâfât ve mübayanât en esaslı sûrette oradan başlar. Avrupa devletleri arasında öteden beri en ziyade iktibas-ı esâsât ettiğimiz Fransadır. Bunun içindir ki, kavânîn-i medeniyye mukayesesine de Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyemizle Fransa Kavânin-i Medenîsinden başladık. Bundan başka Kanûn-ı Medenî ile Mecellenin esâsâtı da birdir, her ikisi ayn menba‘-ı pür-feyz ve hükûmetden, ahkâm-ı fihhiyyeden muktebesdir. Cümlelerin ma‘lûmudur ki, Kod Napolyon tesmiye edilen Fransa Kanûn-ı Medenîsi, Napolyonun Mısır girdiği zaman Mısır kütübhânelerinde mevcûd mü’ellefât-ı İslâmiyeden, kütüb-i fihhiyyeden tercüme ve iktibâs edilmiştir.

* İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânîn Mecmuası, 1325, Sene: 1, Cilt: I, Sayfa: 22-32’de yayımlanmıştır.

** Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (orsten@law.ankara.edu.tr).

Mısır kütübhânelerindeki mü'ellefâtın ekserisi mezheb-i Şâfiîye sâlik ulemâ' ve fukahâ-yı kirâmın âsârından bulunduğu cihetle ekser hususâtta Fransa kanûnunun mezheb-i Şâfiîye tevâfuk ettiği görülüyor. Mukayese-i kavânîn-i medeniyyeye Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye taksîmâtı esâs ittihâz edilerek birinci kitâb olan büyü'dan bed' ü mübâşeret edilmiştir. Mukayesenin sûret-i mükemmelede icrâsına sarf-ı mesâî edilecektir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyenin birinci kitâbı büyü' hakkında olup bir mukaddime ile yedi bâba münkasım ve 303 maddeden ibârettir.

Fransa Kanûn-ı Medenîsinin kitâb-ı sâdisini teşkil eden bey' sekiz bâba münkasım ve 1582 nci maddeden 1707 nci maddeye kadar olan 125 maddeyi ihtivâ eder.

Fransa Kanûn-ı Medenîsinin 1582 nci maddesinde bey' ber-vech-i âtî ta'rîf olunuyor: *"Bir taraftan müsemmen teslim, diğer taraftan semen te'diye olunmak üzere bir nev'î mukaveledir. Mukavele-i mezbûre resmî ya âdî senedle mün'akid olabilir."* Buna mukabil Mecellenin yüz beşinci maddesinde *"Bey' malı mala değişmedir ki, mün'akid yahud gayri mün'akid olur"* deyü ta'rîf olunur. Bu iki ta'rîf tedkîk edilirse aralarındaki fark tezâhür eder. Evvelâ: Fransa Kanûn-ı Medenîsinde bir taraftan müsemmen diğer taraftan semen te'diye olunmak üzere denilmesiyle bey'-i mukayaza ta'rîfden hâric kalır. Çünkü bey'-i mukayaza onu ona değişmek ve lisân-ı terakkide trampa etmek demek olduğundan bunda ivazının her ikisi mebî' olup biri semen diğeri müsemmen değildir.

Sâniyen: Bir nev'î mukaveledir demesiyle bey'-i teâtî ta'rîfden hâric kalır. Hâlbuki müşteri semeni te'diye edüb bâyi dahi bey'i verse lisânları ile bir söz söylemeseler bile, bey' mün'akid olacağından ta'rîf-i mezkûr bey'-i teâtîye şâmil olmaz.

Sâlisen: Ta'rîflerden maksad, ma'rûfu îzâh olduğu halde semen ve müsemmen gibi lûgavileri ma'lûm olamayub bilhâssa ta'rîfe muhtâc olan semen ve müsemmen gibi kelimelerin ta'rîfde zikredilmesi maksad-ı ta'rîfe menâfi'dir. Bu sûrette ma'rûf îzâh değil, ibhâm edilmiş oluyor.

Râbian: Madde-i mezkûrenin nihâyetinde mukavele-i mezbûre resmî veya âdî senedle olabilir deniliyor. Hâlbuki Mecellenin 167 nci maddesinde îcâb ve kabûl ile bey' mün'akid olur. 173 ncü maddesinde îcâb ve kabûl şifâhen olduğu gibi mekâtib ile dahi olabilir bu kısma mün'akid olmaz.

Sened esbâb-ı sübûtiyyeden ma'dûd olduğundan sened-i mezkûrla bey'in mün'akid olur, denilmesi mecâza haml edilmesi lâzım gelir.

Şu sûretle Fransa Kanûn-ı Medenîsinde bey'in ta'rîf-i efrâdı olan bey'-i mukayaza ile bey' te'âtîye şâmil olamadığı gibi ibhâmı dahi mutazammındır. Mecellenin ta'rîfi ise malı mala değişmekdir; denilmesiyle efrâdını câmi'dir. Ancak o da ağyârını mâni' değildir. Çünkü hibe bi-şartı'l-ivaz ta'rîf-i bey'e dâhil oluyor.

Hibe bi-şartı'l-ivazda malı mala değişmekdir. Lâkin bey' olmayub hibe olduğundan kable'l-kabz mülk ifâde etmez.

Binâen aleyh hibe bi-şartı'l-ivaz ibtidâen bey' olmadığı halde Mecelle'nin ta'rîfinde dâhil oluyor. Bu hale göre Mecelle'nin ta'rîfi de ağyârını dâfi' olamamıştır.

Ser-âmedân-ı fukahâdan Molla Hüsrev Dürer nâm eserinde bey'i malı mala bi-tariki'l-iktisâb değişmekdir diye ta'rîf eylemiş, hibe bi-şartı'l-ivazda iktisâb mülâhazası bulunmadığından hibe bi-şartı'l-ivaz ta'rîfden hâric kaldığı gibi bey'-i vazîada – ki mebî'i aldığı semenden noksâna satmak demektir – iktisâb yoksa da iktisâb mülâhazası mevcûd olacağından ta'rîf-i mezkûr bey'-i vazîaya da şâmil olmağla efrâdını câmi' ağyârını mâni' bir ta'rîf olur.

Fransa Kanûn-ı Medenîsinin 1583 ncü maddesinde bey'in hükmü şu vechile beyân ediliyor: *“Ba'de'l-akd ve kable'l-kabz semen te'diye edilmemiş evvel dahi mukavele tarafeyn beyninde tamam ve müşterinin bâyi'e nazaran mebî' de hakk temlîki bi-hakkın sâbit olur”*.

Buna mukâbil Mecellenin 369 ncu maddesinde bey'-i mün'akidin hükmü mülkiyyetdir, ya'nî müşterinin mebî'e ve bâyi'in semene mâlik olmasıdır. 360 ncı maddesinde bey'-i bâtlı asla hükmü ifâde etmez. Binâen aleyh bey'-i bâtlıda müşteri bâyi'in izniyle mebî'i kabz ettikde mebî' müşteri indinde emânet kabîlinden olarak bilâ-te'addi telef olsa, müşteriye zamân lâzım gelmez.

371 nci maddesinde *“Bey'-i fâsid ind-el-kabz hüküm ifâde eder. Ya'nî müşteri bâyi'in izniyle mebî'i kabz ettikde ana mâlik olur”* diyerek îzâh etmiştir ki bey'-i mün'akid sahîh kable'l-kabz olsa da mülk ifâde eder.

Bey'-i bâtil asla, ya'nî ne kable'l-kabz ve ne de ba'de'l-kabz mülk ifâde etmez. Bey'-i fâsid ind-el-kabz mülk ifâde edüb kabzdan evvel ifâde etmez.

Demekdir ki Fransa Kanûn-ı Medenîsinde bu sûretle taksîm yoksa da, *“mukavele-i mün'âkide kable'l-kabz tamâm ve hakk temlikî sâbit olur”* denilmesiyle bu murâd edilmiş ise de müşterinin bâyi'ne nazaran mebî'de hakk temlikî bi-hakkın sâbit olacağı beyân edildiği halde bâyi'in de semende mülkiyeti sâbit olur denilmemesi müsâvâtsızlıktır. Hâlbuki akd-i bey' ukûd-ı mu'âvazadan olub mu'âvaza ise müsâvât beyn'el-ivazeyn îcâb eder. Ve bunun Kanûn-ı Medenîde tasrîh edilmemesi sû-i tefsîre müsâid olabilir.

Ma'a-mâfih bey'in ta'rîf ve hükmü husûsunda Mecelle ile Kanûn-ı Medenî beyninde esâsen azîm fark olmayub Kanûn-ı mezkûrun ifâdesinde mecâz ve ibhâm mevcûddur.

Kanûn-ı Medenî 1584 ncü maddesinde bey'i şu vechile taksîm ediyor, *“bey' mutlak ya muallâk olabilir veyahud hıyâr-ı şart ile ve kezâlik iki veyahud müte'addid şey' üzerine hıyâr-ı ta'yîn ile akd olunabilir”*.

Bey'-i mutlâk bilâ-şart vuku' bulan bey' olub bey'-i muallâk dahi şart ile vuku' bulan bey'dir. Bu madde sûret-i mükemmelede tavzîh olunabilmek için gerek ahkâm-ı şer'îyye ve gerek Kanûn-ı Medenî nokta-i nazarından şart mebâhisini îzâh etmek lâzım gelir.

Kanûn-ı Medenî 1168 nci maddesinden 1185 nci maddesine kadar şarttan bahs ediyor. Mevâdd-ı mezkûre ahkâm-ı umûmiyyesine nazaran dört kısım dır.

Birinci şart bir hâdisenin zuhûruna mevkûf veya vuku' ve adem-i vuku' ile münfesihi olmak üzere bir hâdisi-âtiye ve mechûleye ta'lîk olunan ta'ahhüden ibâret dır.

2: Şart-ı âfâkîdir, mahzâ tesâdüf merbût olub âkideynin iktidârı ta'alluk etmeyen şart dır.

3: Şart-ı ihtiyârîdir ki, mukavelenâmenin tenfîz-i ahkâmı zuhûr ya adem-i zuhûru ehad-ı âkideynin yed-i iktidârında olan bir hâdiseye ta'lîk olunan şart dır.

4: Şart-ı muhtelit dır. Ehad-ı âkideynle ma'nen bir şahs-ı sâlisin re'y ve rızâsına muhavvel olan şart dır.

Bu dört nev'î şart her ukûdda cârîdir. Ancak bunlardan başka dört nev'î şart daha vardır ki şurût-ı mübtele kabîlden olup akdi dahi ibtâl ederler onlar da şunlardır:

1: İcrâsı muhâl olmak; 2: Âdâb-ı umûmiyyeye mugâyir olmak; 3: Kanûnen memnû' bulunmak; 4: Mûte'ahhidin re'y ve ihtiyârına muhavvel olan bir şey'i şart etmektir.

Bu şartlara ta'lik bâtil olduğu gibi bunlara olan mu'allâk meşrûtlar da bâtil olur.

Ancak bir fi'l-i muhâlin adem-i icrâsıyla meşrût olmak akdin butlânını istilzâm etmez.

Şartlarda i'tibâr, terâzî-i tarafeynden asl-ı maksûd olanadır. Kanûn-ı Medenîce şartların îfâsı için müddet ta'yînine lüzûm olmayub, müddet muayyen olup da vuku'ı ta'lik olunan hâdise müddet-i mezkûre zarfında zuhûr etmezse mukavele bâtil olur. Eğer müddet muayyen değil ise hâdise-i mezkûre mümteni'-ül zuhûr olmadığı tebeyyün etmedikçe mukavelenin hükmü sâkit olmaz.

Hâdisenin adem-i vuku'ına ta'like dâir olan şart eğer müddet-i muayyen olup hâdise-i mezkûre zuhûr etmeksizin müddet-i mezkûre hulûl ve kezâlik müddet-i mezkûrenin hulûlünden mukaddem vuku'ı nâ-kâbil idüğü tebeyyün ederse şart tahakkuk etmiş olur. Fakat müddet ta'yîn edilmemiş olursa hâdisenin gayr-i kâbil vuku' idüğü zâhir olmadıkça şart mütehakkık ve mu'teber addolunur.

Hîn-i akidde mütehakkık olan şart mâ-kable şâmil olacağı gibi meşrûtun lehin vefâtıyla şart mevrûs olur.

Kanûn-ı medeniyette şart-ı ta'liki ve şart-ı feshi namıyla iki şart daha mevcûd olup bunlardan şart-ı ta'liki: istikbâlen vuku' bulacak hâdise-i mechûleye veya tarafeynince ma'lûm olmadığı halde hâlen vuku' bulmuş olan hâdiseye ta'lik olunan ve şart-ı feshi: vuku' ile ta'ahhüd münfesih olmak üzere der-miyân olunan şartlardır.¹

¹ Hıyâr-ı şart; şart-ı feshi kabîlindedir. Zîrâ eimme indinde hıyâr-ı şart feshe mevzû'dur. Hindiye

İşte Fransa Kanûn-ı Medenîsinde gerek tarafeynin yed-i iktidârında olmayan hâdiseye şart edilsin yağmur yağmaya ta'lik gibi. Gerek âkideynden biriyle şahs-ı sâlisin rızâsına şart edilsin,² gerek emr-i müstakbele ta'lik kılınmış ve gerek şartın ifâ veya adem-i ifâ müddeti ma'lûm olsun veya olmasın, şartlar mu'teber olduğu gibi akidler de mu'teberdir. Ukûd gerek temlikât ve mu'âvezât kabîlinden olsun ve gerek iltizâmât ve iskatât kabîlinden bulunsun Hanefîde cümlesi müsâvidir.

Ancak ber-vech-i bâlâ ta'dât olunan dört nev'î şart ile akd bâtil olacağı gibi şart dahi bâtil olur.

Kanûn-ı Medenî mücebince mu'teber olan her türlü şart bir meşrûtun lehine vefâtında varsa intikâl eder.

Mecelleye gelince: Mecelle kavâid-i fikhiyye şart hakkında iki kâ'ide değer eylemiştir. Birincisi şart-ı ta'likîye âitdir. O da şartın sübûtu indinde ana muallâk olan şey'in dahi sübûtu lâzım olur.³

İkincisi, şarta bi-kaderi'l-imbân ri'âyet edilir.⁴

Binâen aleyh icrâsı mümkün olmayan şarta ri'âyet olunamayacağı gibi tarafeyne fâidesi olmayan şarta dahi ri'âyet olunamaz.

Ancak bu gibi şartlarla akd bâtil olmayıp şart lâğv, akd mu'teber olur.

Fukahâ-i Hanefiyye hazerâtı evvel bi'l-evvel şartı iki kısma taksîm etmişlerdir:

1: Şart takyîdîdir ki üzere ve şartıyla gibi kelimelerle olur.

2: Şart ta'likîdir ki eğer, ise gibi edât şart ilâvesiyle olan şartdır.

Bir şey'in şarta ta'likî sahîh olabilmek için muallâk aleyh emr müstakîl ve meşkûk olmalıdır. Emr-i muhakkaka ta'lik tencîz olup akd, fi'l-hâl mün'âkid olur. İttibâ'ı munkarız olan müctehidinden İbn Şübrümenin ictihâdına göre "*El Müslimûn 'inde şurûtihim*" hadîs-i şerîfi mücebince her bir şarta ri'âyet lâzımdır.

² Ba'ide hıyâr-ı şart âkideyn için şart kılınmak câiz olduğu gibi şahs-ı sâlis için dahi şart edilebilir.

³ Mecelle madde: 82.

⁴ Mecelle madde: 83

Ancak eimme-i Hanefiyye hazerâtı bu husûsda biraz tafsîl buyurmuşlardır. Zîrâ âkideyn mümkin'ül-icra olmayan şart der-miyân edebileceklerinden o şarta ri'âyet olunamaz. Bu sûretde hadîs-i şerîf tahsîsi kâbil bir lâfz-ı 'âmm olduğundan ve kıyâs ile de tahsîs câiz olacağından kıyâs-ı fukahâ ile hadîs-i mezkûrdan ba'zı şürût istisnâ edilmiştir. Şöyle ki, şart hususunda ukûd iki kısımdır:

Bir kısmı mu'âvazât-ı mâliyeden ibâret olanlardır ki, mümâkese üzerine müstenid ve müsâvât beyne'l-ivazını müstelzim olub müsâmaha cârî değildir. Bey'-i icâre gibi, çünkü bu gibi ukûdda âkideyn bir diğere ivaz verdiklerinden, ivazların müsâvâtsızlığına râzı olmazlar. Bu gibi akidlerde şartlar akdin hükmüne mülâyim olmalıdır.

Meselâ: Akd-i bey'in hükmü mülkiyyet, teslim-i mebî' ve tesellüm semen gibi şey'ler olub kefil veya rehn vermek şartıyla satdım gibi, akdin hükmü olan teslim-i semene mülâyim olan şartlarla kezâlik hükm akde muhâlif olsa bile müteâref ya'ni örf ve âdet icâbınca kabûl olunan şartlarla velev ki örf-i târî olsun, bey' câiz ve şart mu'teberdir.

Hükm-i akde muhâlif olub da tarafına fâidesi olmayan şartlar da lâğv olub akde te'sîri olmaz.

Ama hükm-i akde muhâlif olmağla beraber müteâref dahi olmayan ve ehad-i âkideyne nef'î olmak hasbıyla ileride nizâ'ı mûcib olabilecek olan ve gurur ihtimâlî şartlarla akd-i mu'âvaza fâsid olur. Meselâ birinin iştirâ edilirken üç okka ot vermesi şart edilmek gibi. Ama sûdlu olmak şartıyla vuku' bulan akd mu'teberdir. Çünkü evvelki sûretle mevcûd olan gurur ikincide yokdur ve birinci şart örf mugâyir olub ikincisi ise müteârefdir.

Akd-i fâsid ind-el-kabz feshe kâbil bir mülk ifâde eder. Binâen aleyh âkideyn akdi fesh edebilirler demek ki şart ukûd-ı mu'âvazada üç kısımdır:

1. câiz ki hükm-i akde mülâyim veya müteâref olan şartdır.
2. hükm-i akde muhâlif olmakla beraber âkideyne bir sûretle menfa'ati mütesavver olmayan şartdır; lâğvdir.
3. hükm-i akde muvâfık olmamağla beraber müteâref de bulunmayandır. Ehad-i âkideyne nef'î olan, aldanmak veya aldanmak ihtimâlî bulunan şartlar, nizâ'ı, müfzî olacağından müfsid ve akd dahi fâsid olur. Ve kat'en li-l-nizâ' tarafeyn için akd-i mezkûru fesh edebilmek şerâiti

hâsıl olub akd-i mezkûr fesh olunmayarak kabz edilmiş ise mebi‘ ve semende tarafeyn-i âkideynin tasarrufları sahîh olur.

Şart-ı ta‘likiye gelince: Mecelle şarta ta‘liki câiz olan ve olmayan ukûdu zikr etmeyüb yalnız şartın sübûtu indinde ana muallâk olan şey’in sübûtu lâzım olur, demekle iktifâ‘ etmiş, ve Kanûn-ı Medenî dahi şarta ta‘lik ile şart ile takyîd etmek beyninde bir fark göstermeyerek, gerek şart sûretiyle ve gerek edât-ı şart ilâvesiyle vuku‘ bulsun her şart akdinin cevâzı ale’l-ittlâk beyân edilmesidir.

Vâkı‘a İmâm Şâfîî hazretleri meselâ hıyâr-ı şart etmekle hıyâra ta‘lik etmek beyninde fark olmadığına kani‘ olmuşdur. Çünkü ta‘lik müşârün-ileyh hazretlerine göre sebebiyeti değil hıyâr-ı şart gibi hükmü men‘ ettiğini, ve bununla beraber ukûd-ı mu‘âvazadan olan bey‘i emr-i meşkûk olan şarta ta‘lik câiz olmadığını beyân etmiş ve buna sebep olmak üzere de şarta ta‘lik olunca akd-i meşkûk olacağını ve şekk ile malın tâib olamayacağını der-miyân etmişlerdir.

Şartların ta‘yîn maddesinde de Fransa Kanûn-ı Medenîsi ile Mecelle ahkâmı arasında fark vardır: Eğer der-miyân olunan şart hükm-i akde muhâlif ise meselâ bey‘de hükm-i akd, mülkiyyetin sübûtuyla teslim-i bey‘ ve tesellüm-i semen olmasına göre buna muhâlif olarak hıyâr-ı şart hükm-i akd olan mülkiyyete muhâlif olduğundan gayr-i muayyen müddet için şart câiz olamaz.

Ama hükm-i akde muhâlif değilse o şart gayr-i muayyen müddet için dahi olabilir; hâlbuki Kanûn-ı Medenîde hükm-i akde muhâlif olsun olmasun şart için müddet ta‘yîn olunmasına dahi şart muteber olduğu anlaşılmaktadır.

Mecellenin 300 ve 301 ilh (*) maddelerinde hıyâr-ı şart için müddet ta‘yîn edilmiştir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye hıyâr-ı şartı ber-vech-i bâlâ müddetin ta‘yîni ile kabûl etmiştir. Âkideyn şahs-ı sâlis için de müddet ma‘lûm olmak şartıyla kabûl olunmuşdur. Eğer müddet ma‘lûm olmazsa bey‘-i fâsid olur.

Vâkı‘a hıyâr-ı şart akd-i bey‘in hükmü olan mülkiyyete muhâlif ise de gabndan muhâfaza için hâcet-i nâsa binâen tecvîz olunmuşdur. Bu vechile akdın hükmüne muhâlif olarak kabûl edilen bir şartın bilâ-müddet temâdîsi

âkideyn hakkında mazarr olur. Çünkü bu sûretde âkideyn men lehü'l-hıyâr akdi fesh eder. Mülâhazasıyla gerek mebî' ve gerek semende tasarruf edemezler.

Mecelle hıyâr-ı şart hakkında tafsîlât-ı lâzıme vermiştir, şöyle ki: bey'in hükmü mülkiyyet ifâde etmekden ibâret olduğu hâlde akd-i bey'de hıyâr-ı şart edilirse mülk ifâde etmez. Çünkü bir kimsenin mülkünün uhdesinden çıkması için rızâsı şarttır. Bâyi' kendisi için hıyârı, şart ettiği sûretde bu şart-ı hıyâr rızâyâ menâfi' olacağından bâyi' için hıyâr-ı şart bulunan bey'de mebî' müşterinin mesleği değildir. Binâen aleyh müşterinin yedinde helâk olsa semen lâzım gelmeyüb kıymet lâzım gelir. Çünkü bâyi' için hıyâr-ı şart buldukca mebî' bâyi'in mülküdür. Müşterinin yedinde olsa bile onun mülkü olarak değil, adeta sevm-i şirâ' tarikiyle makbûz gibidir.

Hıyâr-ı şart bâyi' için olduğu sûretde bâyi'in evvelâ: kavlen veya fi'len icâzet vermesi; sâniyen: icâzet veya fesh etmeksizin müddetin mürûr eylemesi; sâlisen: bâyi'in vefât etmesi ile hıyâr-ı şart sâkit olub bey'-i lâzım olur. İcâzet sûretinde bey'in lâzım olacağı müttefik-un-aleyhdir. Ama ikinci sûretde müddet mürûr ederse Fransa Kânûn-ı Medenîsi ahkâmınca akd-i bey' bâtil olur. Hâlbuki Mecelle ahkâmınca akd-i bey' lâzım olur. Çünkü eimme-i Hanefiyye mezhebine göre hıyâr-ı şart, şart feshi kabîlinden olub mâdâm ki fesh eylemiştir, akd bâtil değil, bâ-zarar lâzım olmuştur.

Üçüncü sûret; ki bâyi'in vefâtıdır, bu hıyâr vereseyle mevrûs olmayub zaten fesh de vuku' bulmadığında evvelce mün'akid ve lâzım olan akd bey'-i lâzım olur. Ama Fransa Kanûn-ı Medenîsine göre vefât vuku'unda hıyâr-ı şart sâkit olmayub veresesine mevrûs oluyor. İmâm Şâfiî Hazretleri dahi hıyâr-ı şartın vereseyle mevrûs olması re'yindedirler.

İmâm Ebu Hanîfe Hazretleri hıyâr-ı şart evsâf kabîlinden olub bir kimsenin emvâli mevrûs olursa evsâfi mevrûs olmaz; buyurmuşlardır.

Hıyâr-ı şart müşteri için olduğu sûretde beş sûretle sâkit olur:

1: İcâzet; 2: mürûr-ı müddet; 3: müşterinin vefâtı; 4: müşteri nezdinde mebî'in muayyeb olması; 5: mebî'de bir ziyâdelik hâsıl olmasıdır. İş bu suver-i hamseden üçü izâh edilmiştir. Dördüncü sûretde mebî'in reddi, bâyi'in hakkında zararlı olacağı ve beşinci halde hakk Şâri'in ta'allukundan nâşi, mutazarrır olduğundan hıyâr-ı şart sâkit olarak bey'-i lâzım olur.

Fransa Kanûn-ı Medenîsinin madde-i mezkûresinde iki veya daha ziyâde şey'lerden birini ta'yîn etmek üzere hıyâr-ı ta'yîn ile bey'in cevâzı beyân edilmektedir. Buna mukâbil Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyenin 316 ncı maddesinde kıyemiyâtadan iki veyahud üç şey'in başka başka bahâları beyân olunarak bunlardan müşteri dilediğini almak veyahud arzu eylediğini vermek üzere satmak sahîh olur. Ve buna hıyâr-ı ta'yîn denilir. Ve 317 nci maddesinde hıyâr-ı ta'yinde müddet lâzımdır. Ve 319 ncu maddede hıyâr-ı ta'yîn vârise intikâl eder; denilmiştir.

Mecellede hıyâr-ı ta'yîn şartı da hükm-i akd olan mülkiyete muhâlif olub hıyâr-ı şartdan farklıdır. Zirâ hıyâr-ı şart asıl akdi fesh ve icâzet verüb vermemek husûsunda muhayyer olmaktan ibâret olub hıyâr-ı ta'yinde ise asıl akd lâzım ve ancak mebî'lerden biri ta'yîn etmek üzere hakk-ı hıyâr mevcûddur.

Demek olur ki hıyâr-ı ta'yinde mebî' meçhûldür. Bu cehâlet âkideynin birisinde muhayyerlik bulunduğu cihetle nizâ'a müfzî olamayacağından akd-i bey'in sıhhatine mâni' olmaz. Bununla beraber böyle bir şarta hâcet-i nas muhakkıktır. Ve bu ihtiyâc gerek bâyi' ve gerek müşteride de bulunacağından hıyâr-ı ta'yîn müşteri için câiz olduğu gibi bâyi' için de câizdir. Ve hâcet, a'la, evsat ve ednâya müstemil olmak i'tibâriyle üç şey' ile mündefi' olacağından hıyâr-ı ta'yîn üç şey'de câiz olur. Zirâ hâcet ve zarûretlerde kendi mikdârlarınca takdîr olunmak kavâid-i fikiyye iktizâsındandır.

Fukahâ-i Hanefiyyeye göre alâ hilâfi'l- kıyâs tecvîz olunan hıyâr-ı ta'yîn şartı üç şey'e maksûr olub dörtde câiz olmaz ve Mecellede bu kavli, burayı kabûl etmiştir, hıyâr-ı ta'yîn için Mecelleye nazaran müddet ta'yîni lâzımdır.

Hâlbuki Fransa Kanûn-ı Medenîsine tevfiķan müddet ta'yîni lâzım olmadığı gibi mikdâr adedin ta'yîn edilmesi de lâzım değildir. Fukahâ-i Hanefiyyeden İmam Zeylâi bu fikirde bulunmuşdur. Lakin akdin hükmüne muhâlif olan bir şartın bilâ-müddet temâdîsi âkideyn hakkında muzırr olur. Mecelle mûcibince de hıyâr-ı ta'yîn mevrûs olur, çünkü âkide aid bir vasf değil mebî'e mahsûs bir vasfdır. Kanûn-ı Medeniye nazaran şart ale'l-ıtlâk mevrûs olunur. İmâm Şâfiî Hazretleri de bu re'ye bulunmuşlardır.