

T.C
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**KÜLLÎ KÂİDELERİN FİKH'İN BÜYÛ, İCÂRE VE
ŞERİKE BÖLÜMLERİNDE KULLANILIŞI:
SERAHİSİ ÖRNEĞİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hidayet ERDOĞAN

**Enstitü Anabilim Dalı : Temel İslam Bilimler
Enstitü Bilim Dalı: İslam Hukuku**

Tez Danışmanı : Yrd. Doç.Dr. Abdullah ÖZCAN

OCAK-2007

BEYAN

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını tezin herhangi bir kısmının bu üniversite veya başka bir üniversitedeki başka bir tez çalışması olarak sunulmadığını beyan ederim.

Hidayet ERDOĞAN

09.01.2007

ÖNSÖZ

Bu çalışmada külli kâideler açısından Fıkh'ın ana konularından Kitâbü'l-Büyû, Kitâbü's-Sarf, Kitâbü'l-İcâre, Kitâbü's-Şerike, Kitâbü'l-Mudârabe, Kitâbü'l-Müzâraa bölümleri incelenmektedir. Amaç; vahyin, aklın, insanlığın ve hukukun ortak ürünü olan külli kâidelerin Fıkıh'ta ne ölçüde yer aldığını araştırmaktır.

Bu çalışma bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde çalışma ile ilgili temel kavramlar incelenmiş ve bu kavramların mahiyeti ortaya konmaya çalışılmıştır. Bunlar külli kâideler ve bu kâidelerle ilgili kavramsal açıklamalar, 'büyû' kavramı ve bu kavramın kapsamı, 'icâre' ve 'şerike' kavramlarıdır. Birinci bölümde Serahsi'nin Kitâbü'l-Mebcut adlı eserinin Büyû ve bu kapsamda Selem, Sarf, bölümleri taranmış ve bu bölümlerde kullanılan külli kâideler ortaya konulmaya çalışılmıştır. İkinci ve üçüncü bölümlerde de aynı işlem İcâre, Şirketler, Mudârabe, ve Muzâraa kısmına yapılmıştır.

Çalışmada İmam Serahsi'nin el-Mebcut'unun esas alınmasının sebebi şudur; "Bu eser Hanefi fıkhının ilk otoritelerinin görüş ve delillerini bir araya toplayan mükemmel bir eserdir. Ebu Hanife İslam Hukuku'nu tedvin ederken kendi öncülüğünde seçkin talebesinden kırk kişiden oluşan akademik bir kurul topladı. Bu kurulda yapılan hukuk tartışmalarında, öne sürülen görüşler ve varılan neticeler, özellikle İmam Muhammed eş-Şeybâni tarafından yazılıyordu. Neticede İmam Muhammed'in el-Camiü's-Sağir, el-Camiü'l-Kebir, es-Siyerü'l-Kebir, es-Siyerü's-Sağir, ez-Ziyadât, el-Mebcut gibi eserleri doğdu. Bu eserleri bilahare Hâkime'l-Mâvazi, el-Kâfi adındaki eserinde topladı. İşte es-Serahsi'nin otuz ciltlik Kitâbü'l-Mebcut adlı eseri bunun şerhidir." (Akşit, 1975). Böylece Kitâbü'l-Mebcut, Hanefi fıkhını toplayan temel bir eser olmaktadır. Başta İmam Azam Ebu Hanife olmak üzere ilk Hanefi imamlarının hangi yolla ne gibi icthadlarda buldukları bu eserde görülüyor. Meselelerin çözümünde dayanan ve çalışmamız yönünden çok önemli olan esaslara değiniliyor. Karşı görüşler bu esaslar öne sürülerek çürütülüyor.

Burada konunun belirlenmesinde yardımcı olan Prof. Dr. M. Cevat AKŞİT beye, değerli katkılarını ve mesâilerini eksik etmeyen danışman hocam Yrd. Doç. Dr. Abdullah ÖZCAN beye, tenkid ve tekliflerinden müstefid olduğum Doç. Dr. Muharrem KILIÇ beye ve emeği geçen diğer arkadaşlara teşekkürlerimi arz ederim

Hidayet ERDOĞAN

09.01.2007

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	iii
ÖZET.....	iv
SUMMARY.....	v
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM 1: ALIŞ VERİŞLER BÖLÜMÜNDE (EL-BÜYÛ) KÜLLÎ KAİDELERİN KULLANILIŞI.....	12
1.1.Satım Akdinde (el-Bey') Küllî Kâidelerin Kullanılışı.....	12
1.2.Selem Akdinde (es-Selem) Küllî Kâidelerin Kullanılışı.....	25
1.3. Sarf Akdinde (es-Sarf) Küllî Kâidelerin Kullanılışı.....	37
BÖLÜM 2: KİRA VE HİZMET AKİTLERİNDE (EL-İCÂRE) KÜLLÎ KÂİDELERİN KULLANILIŞI.....	45
BÖLÜM 3: ŞİRKETLER BÖLÜMÜNDE (EŞ-ŞERİKE) KÜLLÎ KAİDELERİN KULLANILIŞI	82
3.1. Mufâvada Şirketinde(Şeriketü'l- Mufâvada) Külli Kâidelerin Kullanılışı	82
3.2. Kredi ve Taahhüt Şirketinde (Şeriketü'l-Vücu) Külli Kâidelerin Kullanılışı	88
3. İnan Şirketinde (Şeriketü'l-İnan) Külli Kâidelerin Kullanılışı.....	92
3.4. Mudârabe Şirketinde(Şeriketü'l-Mudârabe) Küllî Kâidelerinin Kullanılışı.....	94
3.5.Ziraat Ortakçılığında (Şeriketü'l-Muzâraa) Küllî Kâidelerin Kullanılışı	111
SONUÇ.....	128
KAYNAKLAR.....	130
ÖZ GEÇMİŞ.....	132

KISALTMALAR

a.g.e	: Adı Geçen Eser
b.	: ibni/bin
Bkz	: Bakınız
c.c.	: Celle Celâlühü
h.	:Hicri
Hz.	: Hazreti
İsl.Ans.	: İslam Ansiklopedisi
M.	: Milâdi
Mec.	: Mecelle.
m.	: Madde
r.a.	: Radıyallâhü Anh/anhâ/anhümâ/anhüm
s.a.s	: Sallallâhü Aleyhi Vesellem
T.D.V.	: Türkiye Diyanet Vakfı
v.b.	: Ve Benzeri
v.d.	: Ve Diğerleri
y.y.	: Yüz Yıl

GİRİŞ

Kapsam

Bu araştırmada İmam Serahsi'nin Kitâbü'l-Mebcut adlı eserinin Kitâbü'l-Büyû, Kitâbü's-Sarf, Kitâbü'l-İcâre, Kitâbü's-Şerike, Kitâbü'l-Mudârabe Kitâbü'l Muzâraa bölümleri incelenmiştir.

Selem ve İstısnâ' akitleri başlı başına birer akit olduğu halde Serahsi bu akitleri Büyû bölümünde ele almış, ancak Sarf akdini ise ayrı bölümde incelemiştir.

Mebcut'ta bölüm başlıkları oluşturmada bir esneklik görüldüğü için bu çalışmada Sarf akdi Büyû bölümüne dâhil edilmiş, benzer bir tasarruf da Şirketler bölümünde yapılmış Mudârabe ve Muzâraa bölümleri bu bölümün içinde ele alınmıştır.

Bundan dolayı bu çalışmada toplam dokuz akit, üç ana başlıkta incelenmiştir. Bu başlıklar: Büyû, İcâre ve Şerike bölümleridir. Büyû bölümünde Bey', Selem ve Sarf akitleri, İcâre bölümünde sadece İcâre akdi, Şerike bölümünde ise Vucuh, İnan Mufâvada, Mudârabe ve Müzâraa akitleri ele alınmıştır.

Külli kâide olarak Mecelle'nin birinci maddesi hâriç ilk 99 maddesi esas alınmakla beraber diğer kavâid kitaplarında kullanılan külli kâideler ve Serahsi'nin kullandığı genellemeler de bu kapsama dâhil edilmiştir.

Metod

Bu çalışmada yukarıda adı geçen, Bey', Selem, Sarf, İcâre, Mudârabe ve Muzâraa akitleri ve Şerike-Vucûh, İnan ve Mufâvada, bölümleri taranmış ve kullanılan külli kâideler tespit edilmiştir.

Örneklemelelerde külli kâidelerin kullanıldığı bölümün hepsi alınmayıp sadece külli kâide üzerine hüküm bina edilen kısım incelenmiştir.

Külli kâidelerin geçtiği bölümler numaralandırılmış ve bir konu verildikten sonra cilt ve sayfa numarası (Serahsi, XII/160) şeklinde verilmiş ve hemen devamında kullanılan küllî kâide bold olarak yazılmıştır.

Amaç

- a. İlk olarak amaç; hukuk tarihinden haberdar olmak, İslam Fıkhı'nın erken dönemlerinden itibaren hükümlerin nasıl gerekçelendiğini ilgililerin dikkatine sunmak, küllî kâideler gibi temel hukuk konularında, önceki islam hukukçuların bakışlarını görmeye ve yaklaşımlarını kavramaya çalışmaktır.
- b. İkinci olarak küllî kâideler gibi bir çok hukuki meselenin temel inceliklerini içeren kuralların, borçlar hukukunun ana konularında nasıl kullanıldığını görmek ve onları gündeme getirerek İslam Hukuku'nun değişim boyutunu ortaya çıkarmaya çalışmaktır.
- c. Serahsi'nin Mebsut'u İslam Hukuku literatüründe önemli yeri olan temel bir kaynaktır. Ayrıca Usûl-ü fıkhıta önemli bir yer tutan küllî kâideleri bilmek ve kavramak bir hukuk faaliyeti olarak önemli görülmüştür. Bu açıdan bakıldığında çalışmanın İslam Hukuku sahasında araştırma yapacakların klasik fıkıh kaynaklarına farklı bir bakış açısıyla yaklaşmasının Fıkıh alanında önemli katkılar sağlayacağı öngörülmüştür.

Konuyla İlgili Kavramlar

Küllî Kâideler

Küllî Kâidenin Tanımı: Sözlükte “oturmak” mânasındaki kuûd mastarından türeyen kâide (çoğulu kavâid) “binanın üzerine dayandığı temel, bir şeyin aslı esası” anlamına gelir (Nedvi,1983).

Bir hukuk terimi olarak küllî kâide: “Cüzi konuların çoğunun hükmünü içine alan kurallardır.”(Cürcâni,1983). Ya da “Birçok cüzüne uyarlanabilen, kendisinden cüzlerin hükümleri anlaşılan genel bir şeydir.” (Nedvi,1983). Veya “Alanına giren olaylar hakkında genel hukuki hükümleri ihtiva eden ve kısa düsturlar halindeki hükümlerde yer alan genel hukuki kurallardır” (Zerka',1968).

Özet olarak İslam Hukukunda kâide kelimesi, bu dalın hemen her alanına uygulanabilen ve hukukun temel ilkelerini yansıtan özlü ve kuşatıcı ifadelerin, fer'î meselelerin hükümlerini tamamen veya büyük oranda kuşatan tümel önermelerin adı olmuştur. Sınırlı bir alanda geçerliliği bulunan alt kâidelerden ayırmak için de “küllî kâide” veya çoğulu olan “kavâid-i külliye”şeklinde adlandırılmıştır (Baktır, 2004, İsl.Ans.,XXII/205)

Küllî kâideler genel birer ilke olup hükümlerinin çoğunluğa uygulanabilmesi yeterlidir.

“Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir”, “Şek ile yakın zâil olmaz”, “Berâet-i zimmet asıldır”, “Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar” kâideleri (Mec.m.1, 4, 8, 22) böyledir.

Her kâide hükmünden istisna edilebilecek kısımların bulunması tabiidir. Nitekim Zerka’ Şerhu’l Kavâidi’l Külliye isimli eserinde Küllî kâideleri incelerken her bir kâide için bir istisna bölümü ayırmış ve o kâide kapsamına girmeyen müstesnaları belirtmiştir (Zerka’,1983).

Küllî Kâidelerin Ortaya Çıkışı: İslam’ın ilk dönemlerinden itibaren ortaya çıkan ve gelişen küllî kâidelerin oluşumunda Kur’an, Sünnet, toplumun ortak kabülleri ve fakihlerin geliştirdikleri içtihad metotlarının ayrı ayrı payı vardır. Kur’an-ı Kerim ilahi ve evrensel bir kitap olarak, birçok genel prensibi, sosyal hayatı düzenleyen kurallar ile ahlak ve hukukun temel ilkelerini küllî kâide şeklinde vermiştir. Kur’an’da hukuk konuları bulunduğu göre doğal olarak küllî kâideler ya da fikhın genel prensipleri de bulunacaktır. Kur’an-ı Kerim’de pek çok hüküm genel prensip olarak zikredilmiştir. Mesela; Nisa süresinin 34. ayet-i kerimesinde lafzen değil, fakat bizzat Mecelle’nin 88. maddesi olan “Nimet külfete, külfet nimete göredir” prensibi vardır. Bir başka deyişle Mecelle’nin 88. maddesi ve ondan kaynaklanan yan maddeler, bu ve benzeri ayeti kerimelerden çıkarılmıştır. Ayet-i kerime mealen şöyledir. “Allah’ın kimini kimine üstün kılmasından ve erkeklerin mallarından sarf etmelerinden dolayı, erkekler kadınlar üzerinde hâkimdirler”. Ayrıca “kimse kimsenin günahını çekmez” (İsra, 17/15). “Ahdi yerine getirin.” (İsra,17/34). “Ey iman edenler, akitlere vefa gösterin” (Mâide, 5/7). “Allah size kolaylık ister, zorluk istemez” (Bakara, 2/185) anlamında küllî kâide vasfını taşıyan ve konuyla alakalı genel hükümlerin konmasına kaynak teşkil eden pek çok ayetten örnek vermek mümkündür.

Hiz. Peygamber’in sözleri cevamiu’l-kelim vasfını haizdi. (Buhari, Cihad,122, Müslim, Eşribe 72). Cevamiu’l-kelim: az lafız ile çok manayı ihtiva eden edebi vecizelerdir.(Miras,1989) İşte bu nitelikteki hadisler de, bazen doğrudan lafız, bazen de mana olarak pek çok küllî kâideye kaynaklık etmiştir.

Sözelimi; “ Zarar ve mukabele bizzarar yoktur” (Mec.m.19,İmam Malik Muvatta,Mükateb13). “Beyyine müdda‘i için ve yemin münkir üzerinedir”(Mec. m. 76,Buhari, Rehin 6). “Bir şeyin nef‘i zamanı mukabelesindedir”(Mec. m. 85,Ebu Davud, Büyü). Ve “Hayvanların kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir” (Mec. m. 94,Buhari, Diyât 29). Şeklindeki küllî kâideler, aynı anlamdaki hadislerin aynen tercümesidir. “Bikader’ il imkân şarta muraât olunmak lazım gelir” kâidesi de, ”Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar” (Mec.m.83,Ebu Davud,Akdıye1 2) Hadisine dayanmaktadır. Bu tür örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Cevâmiu’l-kelim kavramı ve bununla ilgili bilgiler için Abdülfettah Ebû Ğudde’nin Er-Râsülü’l Muallim adlı kitabına bakılabilir (Ğudde,1997,s.19).

İslam hukuk ekolleri teşekkül ettikten sonra İslam hukukçuları, ilk zamanlar fetva şeklinde tespit edilen hususları yeniden ele almışlar ve kaynakları titizlikle araştırarak birbirine benzeyen meseleleri çıktıkları asla irca etmek suretiyle bir kâide altında toplamışlardır. Sonuçta bu kâideler ve açıklamalarından oluşan kavâid kitapları telif edilmiştir.

Küllî Kâidelerin Önemi ve Hukuki Hükümlere Delil Olması: Yüz yılları bulan bir zaman diliminde oluşan ve İslam coğrafyasının bütün farklılıklarını kuşatan bir zenginliğe sahip bulunan fıkıh müdevvenâtı, müslüman toplumların sağ duyusunu ve hafızâsını yansıttığı gibi bunlar üzerinde kapsamlı ve yorucu bir çalışma yapılarak ulaşılan küllî kâideler de, tarihsel süreçte müslüman hukukçuların kendilerini bağlı saydıkları genel hukuk ilkelerini ve hukuk biliminin insan unsuruna dayalı evrensel yönünü birlikte tanıtır.

İslam Hukuku’nun ana karakteri ve önceliklerini belirterek fer’î meselelerin ayrıntılı hükümlerini kavramayı kolaylaştırır. Fıkıh melekesi kazandırır. İnsanlığın hukukî tefekkürü açısından kıymetli belge ve hukuk doktrinlerinin kendini geliştirme açısından alternatif bir bakış açısı niteliğindedir (Baktır, 2004, İsl. Ans. XXII/206).

Hayatın her alanı ile ilgili olan hukukun bütün detaylarını tek tek öğrenmek neredeyse imkânsızdır. Üstelik sayısız teferruâtı öğrenmeye kalkmak zihni karıştırır ve hukuk nosyonunu zedeler. Oysa pek çok fer’î konuyu kapsayan genel nitelikli kuralları öğrenmekle kişi meseleleri daha rahat kavrayarak çözümlene imkânı bulur.

Küllî kâideler kişinin hukuk melekesini geliştirip ona intikal yeteneği kazandırmasıyla yeni çıkan problemlere kolay çözüm bulmasını sağlar.

Hukuki prensipler, hâkimin işini kolaylaştırır, verdiği hükümlere güveni artırır ve onları hatâdan korur. Bir hâdise hakkında verilecek hüküm bir prensibe dayanmazsa, taraflar arasındaki çekişmenin sonu gelmez. Herkes kendi şahsi çıkarına uygun gördüğü noktada ısrar eder. Şayet önceden bir prensip tespit edilirse, bu tartışmaya gerek kalmaz. Prensipsiz kanunlar, birbirine zıt hükümlerle içinden çıkılmaz hale gelir (Yıldırım,2001).

Küllî kâidelerin, hüküm verme konusunda tek başına delil olabilme vasfının bulunup bulunmadığı, İslam hukukçuları arasında tartışılmıştır.

Lafız ve mana yönünden doğrudan Kur'an ve Sünnet kaynaklı bir kısım küllî kâideler İslam Hukuku'nun temeli konumundadırlar. Bunlar fikhın esaslarını teşkil eden usûl ve delillerin özüdür. Bu nitelikte olan küllî kâideler hüküm verme konusunda tek başına delil olma vasfını haizdirler (Bilmen, 1976, I/254).

Doğrudan ayet ve hadisten kaynaklanmayan diğer kâideler, hüküm çıkarma hususunda tek başına delil olamazlar. Konuyla ilgili özel bir delil bulunduktan sonra, hükmün tespitine yardımcı olan hukuki destekten öteye geçmez Mecelle'nin mazbatasında da, hâkimlerin sahih bir nakil bulmadıkça yalnız bu kâidelerle hükmedemeyeceği belirtilmiştir (Ali Haydar,1330,I/24).

Son devirde gelen bazı usûlcüler, küllî kâideleri fikhın müstakil delilleri arasında saymışlardır. Uygulamaya bakıldığında ise, küllî kâidelere hüküm bina edilmediğini, küllî kâidenin hüküm zikredildikten sonra meselenin illet ve hikmetinin açıklama bâbında kaydedildiğini görüyoruz. Nitekim Osmanlı mahkemelerinde bir kanun maddesi gösterilmeden yalnız Mecelle'nin küllî kâidelerine dayanılarak hükümlerin temyizde bozulduğu kaydedilmektedir. Fakat bazen bir küllî kâideye dayanılarak hüküm verilse bile, bu hükmün dayanağı küllî kâide değil, o kâidenin dayandığı nassdır. Bu bazen bir tek ayet veya hadis olduğu gibi, nassların genelinden çıkarılan bir hüküm de olabilir (Yıldırım,2001).

Küllî Kâide ile Usûl-ü Fıkıh Kâidesi Arasındaki Farklar: Küllî kâide ile fıkıh usûlü kuralları arasında da belli bir yakınlık mevcut olup “Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır” (Mec. m. 5), “Alâ hilâfi’l-kıyâs sabit olan şey sâire makisun aleyh olamaz” (Mec. m. 15), “İctihad ile ictihad nakzolunmaz” (Mec. m. 16) gibi bazı fıkıh usûlü kuralları fûrû kitaplarında sık kullanılmış ve fer’i ahkâmı da yakından ilgilendirmesi sebebiyle literatürde küllî kâide olarak yer almıştır (Nedvî,1983,s. 402-423).

Usûl kuralları da kavâid olarak adlandırılabilirdiğinden karışıklığı önlemek için birçok müellif küllî kâidelerle “kavâid-i fıkhiyye” diğereine de “kavâid-i usûliyye” diyerek aradaki farka işaret etmek ister. Nitekim Karâfi fıkıhî usûl ve fûrû diye ikiye ayırdıktan sonra usûlü, usûl-i fıkıh ve kavâid-i külliyye şeklinde iki kısma ayırır (Karâfi,1347).

Küllî kâide ile usûl-ü fıkıh kâidesi kavramları birbirlerine çok benzedikleri için bazen aynı şeyler zannedilmekte ve bu iki kavram karıştırılmaktadır.

Hâlbuki bu iki kavram ayrı ayrı şeyleri ifade etmektedir. Fıkıh’ta çoğunlukla usûl-ü fıkıh kâideleri kullanılmakta olup kavâid kitapları daha çok bu tür kâideleri içermektedir. Mesela İbn-i Receb’in Kavâidi, Karâfi’nin el-Furuk isimli eseri v.b.kavâid eserleri bu tür eserlerdir. Küllî kâideler’e en tipik örnek ise Mecelle’nin ilk 99 maddesidir. Mecelle’nin birinci maddesi Fıkıh’ın tanımı olduğu için ilk 99 maddeden kasıt 2-100. maddelerdir.

Bu iki kavram arasındaki belli başlı farkları şöyle sıralayabiliriz:

a. Usûl-ü fıkıh kâideleri Kelam İlmi ve Arapça’nın temel kâidelerinden faydalanılarak hazırlanmış, küllî kâideler ise şer’i delillerden ve birbirine benzeyen hukukun kurallarından hazırlanmıştır.

b. Usûl kâidesi şer’i delillerle ilgilidir. Küllî kâide doğrudan mükelleflerin fiiliyle ilgilidir. Mesela “Emir vücup ifade eder.” bir usûl kâidesi ve İslam Hukuku’ndaki emirleri ilgilendirir. Ama “Şekk ile yakın zail olmaz” bir küllî kâidedir ve mükellefin fiiliyle ilgilidir.

c. Usûl kâidelerinden yalnızca işin ehli olan müctehitler yararlanır. Küllî kâidelerden yararlanmak için ise hukuk alt yapısı gerekmez.

d. Usûl kâidelerinden hüküm çıkarabilmek için küllî kâideleri bilmeye gerek yoktur. Ama küllî kâidelerden hüküm çıkarabilmek için usûl kâidelerini bilmek gerekir.

e. Usûl kâidelerinde istisna yoktur ama küllî kâidelerin hepsinde istisna vardır (Ebu Zehra Muhammed, 1973- Yıldırım, 2001,s.17).

Küllî Kâidelerin Sayısı: Külli kâidelerin sayıları hakkında bir rakam vermek oldukça zordur. Çünkü bu, külli kâidenin tanımından mezheplerin birikimine ve içinde bulunulan gelişim merhalesine, ayrıca kâideleri belli esaslara irca etme faaliyetini olumlu bulup bulmamaya göre değişiklik gösterir. Meselâ Hanbelî fakihî İbn Receb'in el-Kavâid'inde 160, Mâlikî fakihî Ebû Abdullah Muhammed el-Makkarî'nin el-Kavâid'inde 210, Şafiî fakihî Bedreddin Muhammed b. Ebû Bekir el-Bekrî'nin el-İstignâ fi'l-fark ve'l-istisnâ adlı eserinde 600 kâide yer almaktadır. Günümüzde yeni bir bilgi alanı olarak ortaya çıkan, klasik fûrû literatürünü tarayarak içinde geçen kâideleri derleme faaliyeti, klasik eserlerde kâide formuna tam uymasa da değişik vesilerle zikredilen kâidelerin sayısının hayli fazla olduğunu göstermektedir (Baktır, isl.Ans., XXII/206).

Ali Ahmet en-Nedvi Mesela Serahsî'nin el-Mebsût'unda 1000, Şerhu's-Siyerî'l-kebir'inde 200, Mergînânî'nin el-Hidaye'sinde 400 civarında kâide bulunduğunu kaydeder (Nedvî,1983,s. 402-423).

Fıkıhta 'Büyû', 'İcâre' ve 'Şerike' kavramları

Alış-Verişler Bölümü (el-Büyû):Büyû kavramı: Bey; sözlükte bir şeyi bir şeye karşılık olarak vermek demektir. Çoğulu 'büyû' dur. Satış çeşitlerinin çok olması ve her birinin kendine ait özel hukuklarının bulunması sebebiyle klasik fıkıh kitaplarında 'Kitabul büyü' (alış verişler bölümü) başlığı çoğul olarak kullanıla gelmiştir (Döndüren1993). Bunlardan üçünü burada ele alalım(Bey',Sarf, Selem).

Satım Akdi (el-Bey'):Arapça da bey' sözlükte satmak ve satın almak anlamında zıt anlamlı sözcüklerdendir. Bey (satım akdi) akdi terim olarak malın mal ile özel bir şekilde mübadele edilmesi veya istenen bir şeyin özel ve faydalı bir şekilde mübadele edilmesidir (Kasâni,1982,sV/133 - İbnü'l-Hümmam,1316h.,V/73). Kısaca malı mala değiştirmektir (Cassas, I/469) Türkçedeki alışveriş tabiri 'bey' kavramını tam olarak karşılar (Çeker 2006).

Fıkıhta her kavram gayesine kapsamına işlevine kaynaklarına göre tanımlanabilir. Ancak eylemin bizatihi kendisi göz önünde bulundurularak klasik anlayışla efradını cami' ağıyarını mani ileri düzeyde soyut bir tanım yapılan tanımların en uygunu olacağını düşünüyoruz. Bu nedenle de klasik kaynaklarımızda yer alan bu tanımı tercih ediyoruz. Çünkü bu tanım ticari eylem olarak görülebilen tüm işlemleri içine almaktadır Söz konusu tanımda “mübâdele” kavramı mal değişimini içeren ister alım-satım ister kira sözleşmesi isterse şirket ya da sulh sözleşmeleri olsun tüm alım satım akitlerini kapsar. Mübâdele kavramı ile bağış anlamına gelen eylemler bu tanımın dışında kalmaktadır. Çünkü bağış eylemi bir mübâdele değildir. Malın malla mübâdelesine gelince şeran mal sayılmayan veya insanlar tarafından mal olarak görülmeyen eşyanın mübâdelesini de bu kapsamın dışındadır. Misal olarak murdar olmuş bir hayvan fıkhı göre şeran mal sayılmadığından mübâdelesini de caiz değildir. İnsanlar nezdinde değeri olmayan bir nesnede mübâdele konusu olamaz. Çünkü bu gibi şeyler bir şeyin mal olma temeli olan maliyet yani değerlilik özelliği taşımamaktadır (Özcan yayınlanmamış doktora tezi 1989).

Sarf Akdi (es-Sarf): Sarf, sözlükte fazlalık demektir. Terim olarak Sarf akdi; nakdin nakit karşılığı aynı yada değişik cinslerle satılmasıdır (Kasâni,1982,sV/215). Birbaşka deyişle altın ve gümüş gibi aslen nakit olan maddelerden birini yine kendisiyle ya da diğeriyle değiştirmektir. Para bozmak da bir sarf akdidir (Çeker 2006:183).

Birbirleriyle değiştirilecek olan nakidler aynı cinsten ise ağırlıkça ve miktarca birbirine eşit olması şart olduğu gibi peşin olarak alınıp verilmesi de şarttır. Ama ayrı ayrı cinslerden olursa sadece peşin olması şartı vardır. Sarf akdinde alışverişin peşin olmasının şart olduğunda ulema ittifak etmiştir. Mesela gümüş gümüşle değiştirildiğinde hem aynı mecliste alınıp verilmesi hem de değiştirilen gümüşlerin birbirine eşit olması lazımdır. Fakat altın gümüşle değiştirildiğinde gümüş miktarca altından fazla olabilir. Ama peşinlik şarttır. Değiştirilen maddelerin eskisi ile yenisi arasında fark olmadığı gibi aynı cins maddeler değiştirilirken fazladan bir de işçilik masrafı almak haramdır (Çeker 2006:183). Yine bu maddelerin külçesi, basılmışı, işlenmişisi arasında da fark yoktur (Mevsılı, II/39). Sarf muamelesinde, alışverişin peşin olması nasıl gerekliyse peşin olmasına mani olacak her türlü şarttan da uzak durulması

öylece gereklidir. Buna göre mesela, şart muhayyerliğiyle veya veresiye olarak yapılan sarf akdi ribâyâ sebebiyet verdiği için fasit olur (Kâsâni, V/215).

Selem Akdi (es-Selem): Selef tabiri de kullanılan Selem; vadeli bir şeyin peşin olan bir şeyle satılmasıdır. Veya zimmette niteliği belli olan şeyin satışıdır (Kasâni, 1982, sV/201- İbnü'l-Hümmam, 1316h., V/323). Başka bir ifade ile Selem akdi para peşin mal veresiye olarak yapılan akittir. Selem akdi ortada olmayan bir şeyin satışı olduğu için kıyasa muhalif bir akittir. Şimdiye kadar müctehitlerden bu akdi caiz görmeyen olmamıştır (Mec. m. 123, Çeker, 2006:184).

Hizmet ve kira Akdi (el-İcâre): İcâre akdi bir bedel karşılığında yararlanma üzerine kurulan bir akit türüdür (Kasâni, 1982, sV/74- İbnü'l-Hümmam, 1316h., V/323). Başka bir ifade ile menfaati satmaya icâre akdi denir. Bey akdinde satılan şey malın bizzat kendisi icârede satılan şey ise menfaati (Çeker 2006).

İcâre iki türlüdür;

a. Menfaatler üzerinde yapılan İcâre, kısaca ev araba v.b. eşyaların kiralanması onların menfaatleri üzerinde yapılan bir akittir.

b. İş üzerinde yapılan İcâre, insanlarla belli bir ücret karşılığı herhangi meşru bir işi yapmak yada bir sanatı icra etmek üzere anlaşmak ise iş üzerinde bir akittir (Zuhayli, 1994:VI/45. Çeker 2006).

Günümüzde birine kira sözleşmesi diğerine de hizmet sözleşmesi denmektedir. İcâre akdi ise her ikisini de içine alan bir akit türüdür.

Şirketler Bölümü (eş-Şerike): Sözlükte ortaklık anlamına gelen şirket, terim olarak iki, ya da daha çok kimsenin ortak iş veya ticaret yaparak elde edecekleri kârı paylaşmaları ve ortaya çıkabilecek zararlara da katlanmaları şartıyla yaptıkları ortaklıklardır (İbnü'l-Hümmam, 1316h., V/2). Ya da birden fazla kimsenin bir mal ya da bir hakta ortak olmalarıdır (Çeker 2006). Veya şirket: “İki veya daha fazla şahsın bir şey üzerinde ortak olarak hak sahibi olmalarıdır” (İbrahim Ed-Debbu, 1973:14). Şeklinde tanımlayabiliriz.

Şirketler çok çeşitli şekillerde tasnif edilmişlerdir. Burada bunlardan en çok tercih edileni tasnif şeklini ele alalım.

Sermâye Şirketi (Şeriketü'l-Emval): Ortakların ortaya mal koyarak bunu işletip elde edilecek kârı aralarında paylaşmak üzere anlaştıkları şirket türüdür (Çeker 2006). İki ya da daha fazla şahsın kâr ve zarara ortak olmaları şartıyla ticaret yapmak için her birinin belli bir meblağla sermayeye iştirak etmeleridir. Bu bir çeşit sermaye şirkettir (Şekerci,1981). Bu şirket kendi içinde ikiye ayrılır.

a. Mufâvada Şirketi: Hukuki bir tâbir olarak, ortaklar kendi aralarında - tasarrufta, malda, kârda, hem şirketin başlangıcında hem de devamında – tam bir eşitliğin olması şartıyla ortaklık kurarak şirket sermayesi olabilecek paralarını şirkete eşit miktarda ve kârdaki paylarını eşit olması esasına göre kurulan şirkettir. Bu şirketin unsurları; Eşitlik (kadın-erkek, Müslim-gayri Müslim) sermaye eşitliği, hem vekâlet hem de kefâleti içermesidir (Şekerci,1981). Bu tür şirkette şartların biri kaybolursa şirket İnan şirketine dönüşür. Mufâvada şirketi çok az akdedilen bir şirkettir (Çeker 2006).

b. İnan Şirketi: Belli bir çeşit malla ticarete bulunmak için iki veya daha fazla şahsın muayyen bir sermaye koyup kârı aralarında anlaştıkları oranda paylaşmak üzere kurdukları şirkettir. Bu şirketin unsurları; Sermayenin eşit olması şart değildir. Kâr payının belirlenmesi ortaklara bırakılmıştır. Zarara sermaye oranında katlanılır. Bu şirkette vekâlet olduğu halde kefalet yoktur (Şekerci,1981).

Emek Şirketi (Şeriketü'l-Ebdan):Bu tür şirketin klasik fıkıh kitaplarında çok çeşitli isimleri vardır. Bunlar; Ş eriketü'l-Amel, Şeriketü's-Sanai, Şeriketü't-Takabbül, Şeriketü'l-Ebdan, Şeriketü'l-Muhterifedir.

Bu şirkete 'sanai', 'amel', 'muhterife' denmesi ortakların sanatlarını sermaye olarak orta koymalarından, 'ebdan' denmesi ortakların işgücünü sermaye olarak ortaya koymalarından, 'takabbül' taahhüdü yani birinin diğerine vekil olması konusundaki anlaşmayı sermaye olarak ortaya koymalarından kaynaklanmaktadır.

Bu şirketin tanımı: İki ya da daha çok kişinin belli bir işi yapma veya kabullenme konusunda kurdukları ortaklıktır. Bu ortaklar aralarında anlaştıkları şartlara göre kârlarını paylaşırlar. Örnek; iki ya da daha çok yazar ortak kitap yazabilirler, iki yada daha çok doktor ortak poliklinik açabilirler, iki yada daha çok terzi ortak olarak dikmek için elbiselik kumaşı üstlenebilirler. Bunlardan elde edecekleri kârı eşit ya da farklı olarak paylaşabilirler (Şekerci,1981). Bu şirkette ortakların ücret almasının sebebi işi

taahhüt ve tazmin etmeleridir. Bunun için ortaklardan biri iş yapmasa veya bir yere gitse bile ücret alabilir bu ortağın iş yapmaması şirketi feshetmez (Çeker, 2006).

Kredi ve Taahhüt Şirketi (Şeriketü'l-Vücu): İki ya da daha çok kişinin halk ya da tüccar nezdindeki itibarlarına dayanarak bir şeyi satın almak üzere kurdukları şirkettir (Ali Haydar,1330:3:652).

Ortaklar “Borçlanmak suretiyle satın alıp peşin para ile satış yapmak ve elde edilen kârı bölüşmek üzere ortak olduk.” dedikleri anda şirket kurulmuş olur. Burada ortakların her birine üstlendiği borç oranı kadar kâr payı ve zarara katılmak vardır (Şekerci,1981).

Emek-Sermâye Şirketi(Şeriketü'l-Mudârabe): Bu şirket İslam Hukukçularının üzerinde ittifak ettikleri bir şirket türüdür (Şekerci,1981). Tanımı: Bir taraftan sermaye diğer taraftan emek olmak üzere kar üzerine yapılan bir anlaşmadır (Ali Haydar,1330:3:249). Mudârabe şirketinin çok çeşitli tarifleri yapılmıştır. İbrahim ed-Debbu bu tanımların hepsini verdikten sonra, her birinin bir eksiğini ortaya koymuş sonunda kendisi bana göre Mudârabe şudur diyerek aşağıdaki tanımı vermiştir.

Mudârabe: Bir şahsın bir başka şahsı kendisinin vermiş olduğu mâli bir değere sahip sermâye ile taraflarca bilinen bir kâra ortak olmak üzere ticaret için vekil tayin etmesidir (İbrahim Ed-Debbu, 1973:31).

Ziraat Ortakçılığı (Muzâraa) :İki kişi arasında ziraat amacıyla yapılan akde muzâraa denir (Serahsi,1993,23:2). Başka bir deyişle muzâraa ortaklardan birisinden tarla diğerinden de bu tarlayı ekmek ve meydana gelecek mahsûlü paylaşmak üzere yapılan şirket akdinin ismidir (Çeker 2006).

BÖLÜM 1: ALIŞ-VERİŞLER BÖLÜMÜNDE (el-BÜYÛ) KÜLLÎ KAİDELERİN KULLANILIŞI

1.1.Satım Akdinde (el-Bey') Küllî Kâidelerin Kullanılışı

1.1.1. Bir kimse falan şehre kadar, diyerek bir hayvan kiralasa; o şehre girdiği zaman evine varıncaya kadar onu götürüp götürmeyeceği konusu örfe bağlı bir hükümdür. Çünkü bir kimse bir şehre gitmek için hayvan kiralasa, oraya vardıktan sonra evine gitmek için başka bir hayvan daha kiralamaz. Örfе dayanılarak istihsan gereği sabit olan bir şey, kıyası ortadan kaldıramaz. Ancak örf bulunan konuya özgü kalır (Serahsi, XII/160).

Burada:“Örflе sabit olan, nassla sabit olan gibidir” (Mec. m. 37) “Akitlerde itibar mekasıt meaniyedir, elfaz ve mebaniye değildir.” (Mec. m. 3) “Akdin taraflarından herhangi birine ilave menfaat sağlayan alış-verişler fasittir.” Prensipleri kullanılmıştır.

1.1.2. Alıcı, satın aldığı malda bir ayıp gördüğü halde onu satılığa çıkarır, ya da, kiraya veya rehin vermek, gibi bir tasarrufta bulunursa bütün bunlar o maldaki ayıba razı olmak anlamına gelir. Artık bundan sonra ne o ayıplı malı satıcıya geri verebilir, ne de ayıp sebebiyle satış bedelinden bir kısmını geri alabilir. Çünkü onun malı satılığa çıkarması, parasına olan ihtiyacından dolayıdır. Bu da, onun satıcıya verdiği satış bedelindeki hakkının düştüğüne delildir. Rızaya delalet eden şey, açık rıza gibidir Alıcının, cariyedeki ayıbı öğrendikten sonra onu çalıştırması, kıyasa göre ayıba razı olduğu anlamına gelir. Çünkü onu, mâlik olduğu için çalıştırmıştır. Onu çalıştırması, ayıbına rıza gösterdiğine ve mülkiyetinin kesinleştiğine delildir. İstihsana göre ise, alıcının cariyeyi çalıştırması ondaki ayıba razı olduğuna delalet etmez. Çünkü insanlar, kölelerinin başkası tarafından çalıştırılmasını hoş görü ile karşılarlar. Âdeten insan, başkasına ait köleyi, onun izni ile veya izni olmadan çalıştırır. Öte yandan cariyeyi, kusurlu hali ile hizmet etmeye uygun olup olmadığını sınamak için de çalıştırmış olabilir. Öyle olunca bu çalıştırma, ona ayıplı halinde razı olmak değil, sınamak sayılır. Kişinin satın aldığı elbiseyi giymesi de, o elbisedeki kusura razı olması demektir. Çünkü giymek insanın kendi mülkünde yaptığı bir tasarruftur. İnsanlar başkasına ait bir mülkte pek az böyle tasarrufta bulunurlar. Öyle olunca, alıcının kusurlu elbiseyi

giymesi, o kusura razı olduğuna delildir. Bununla onun mülkiyeti kesinleşir. Satın aldığı mal hayvan olsa da, ona binse hüküm yine böyledir. Ancak ben, hayvana yem vermek veya sulamak ya da satıcıya geri vermek için binmiş olabileceğini, bunun rızaya delalet sayılmayacağını daha uygun buluru Çünkü alıcı, ayıplı hayvanı satıcıya geri vermek için sürüp götürmek zorundadır. Bazen ona binmeden götürme imkânı bulamaz. Yemlemek veya sulamak maksadıyla binmek de, o hayvandaki kusura razı olduğu anlamına gelmez. Hayvana razı olmak, ona bir ihtiyacını gidermek veya yola gitmek maksadıyla binmesiyledir (Serahsi, XIII/98,99).

Burada “Rızaya delalet eden şey, açık rıza gibidir.” prensibi kullanılmıştır.

1.1.3. Satılan bir malda satıcının yanında meydana gelen ama tüccar arasında kusur sayılmayan değişiklikleri satıcı satarken gizlese, alıcının bunu öğrendiği zaman malı geri verme hakkı yoktur. Çünkü kusur, tüccarın ayıp (kusur) saydığı veya malın değerini düşüren şeydir. Malın değeri düşmediğine göre bu değişikliğin alış verişte bir etkisi yoktur (Serahsi, XII/207).

Burada“Tüccarın arasında maruf olan şey, hukukta sabit gibidir.” (Mec. m. 44) kâidesi kullanılmıştır.

1.1.4. Bir koyun veya inek satın alan kişi onları sağıp sütünü içse, sonra da ondaki bir kusurun varlığını öğrense geri veremez. Ancak o kusurun sebep olduğu değer farkını geri alabilir. İmam Şâfiî ye göre, hayvanı satıcıya verip, ödediği satış bedelinin tamamını geri alabilir.

Bu konu şu kurallara dayanır:

Satın alınan malda iki türlü fazlalık olabilir. Bunlar: Mala bitişik olan fazlalık ve maldan ayrı olan fazlalıktır.

a. Mala bitişik olan fazlalık; bu da iki çeşittir:

aa. Malın kendisinden meydana gelmeyen fazlalık; kumaşı boyamak, kavuta yağ veya bal karıştırmak bu niteliktedir. Bu fazlalık, ayıplı malın geri verilmesine engeldir. Bu konuda âlimler arasında görüş birliği vardır. Çünkü alıcının malda meydana gelen artıştaki hakkını gözetmek gerekir.

bb. Malın kendisinden meydana gelen fazlalık; hayvanın semizleşmesi, bu türdendir. Bu tür fazlalıklar, zahirî rivayete göre ayıp sebebiyle malı geri vermeye engel değildir. Çünkü bir bedel karşılığında dayanan akitlerde bunlar dikkate alınmaz. Nitekim böyle bir fazlalık, kabzdan önce meydana gelse, satış bedelinde bir artışa gerek yoktur. Bir rivayete göre Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre böyle bir fazlalık, ayıp sebebiyle malın geri verilmesine engeldir. İmam Muhammed 'e göre, onun akit yapanların anlaşmazlığa düşmeleri durumunda karşılıklı yeminleşmeleri konusundaki görüşüne kıyasla geri vermeye engel olmaması gerekir.

b.Maldan ayrı olan fazlalık; bu da iki çeşittir.

aa. Malın kendisinden meydana gelen fazlalık., ticaret malından sağlanan kazanç ve kiraya verilen maldan alınan kira bu türdendir. Bu türden olan fazlalıklar, ayıp sebebiyle malın geri verilmesine engel değildir. Fakat malda meydana gelen bu artış, alıcıya aittir. Bu konuda Hz. Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmaktadır:

“Gelir, sorumluluk karşılığındadır.” (Ebû Dâvud, Büyu). Öte yandan kazanç ve kira bedeli, malın menfaatinin karşılığıdır. Malın menfaatinin alıcı tarafından alınması, o malın ayıp sebebiyle geri verilip satış bedelinin tamamının alınmasına engel değildir. Menfaatin bedeli için de hüküm böyledir.

bb. Maldan ayrı olan ama onun kendisinden meydana gelen fazlalık; süt, meyve, yavru, ve kabzedildikten sonra müşterinin elinde iken maruz kaldığı bir yaralama veya saldırı karşılığında alınan diyet bu türdendir. Hanefîlere göre bu gruptan olan fazlalıklar, ayıp sebebiyle malın geri verilmesine engeldir. İmam Şâfiî'ye göre engel değildir. Fakat alıcı, malın kendisini verip satış bedelinin tamamını geri alır. Maldaki meydana gelen fazlalıklar kendisi için temiz kazançtır. Çünkü bu, malın kendisine malik olunması sebebiyle meydana gelen bir fazlalıktır. Kazançta ve kira bedelinde olduğu gibi, ayıp sebebiyle malın satıcıya geri verilmesine engel değildir. Bu fazlalık için, satış bedelinden bir kısmı karşılık tutulmaz. Çünkü bu fazlalık, ne sözleşme sırasında ne de kabz sırasında mevcut değildi. Öyle olunca, satış bedelinin tamamı malın kendisine karşılık sayılır. Nitekim hiç kimsenin katkısı olmadan, maldaki bu fazlalık telef olsa, alıcı ayıp sebebiyle malı geri verip, satış bedelinin tamamını alabilir. Fazlalık, mal alıcının elinde iken veya kendisi ya da başka birisi tarafından tüketilmiş olması durumunda da böyledir. Bundan anlaşılıyor ki, bu fazlalık satım konusuna dâhil

değildir. Çünkü satım konusu, satış bedeline (semen) karşılık olan şeydir. Eğer bu fazlalık, satım konusu olsaydı, satış bedelinin bir kısmı ona karşılık olacaktı. Nitekim malı kabzetmeden önce meydana gelen fazlalık, alıcı tarafından asıl malla birlikte kabzedilirse satım konusunun bir parçası sayılır. Öte yandan malda meydana gelen fazlalıkta bir ayıp meydana gelirse, mal satıcıya geri verilemez. Eğer satım konusunun bir parçası olsaydı, malın geri verilebilmesi gerekirdi. Fazlalık alıcının mülkünde kalarak, asıl maldaki mülkiyet sebebi feshedilebilir. Aynen bunun gibi, hibe edilen (bağışlanan) bir malda mala bitişik olmayan bir fazlalık meydana gelir de, hibe eden kişi hibeden dönerse, fazlalık kendisine hibe edilen kişiye helal olur.

Bu konuda Hanefîlerin delili de şudur: Alıcının buradaki fazlalığa mâlik oluşu, satım konusuna mâlik oluşu biçimindedir. Eğer verdiği tüm parayı geri alarak asıl satım konusunu iade etse, fazlalık elinde karşılıksız satım konusu olarak kalır. Bu da faizdir. Çünkü fazlalığın mülk olmasının, asıldan meydana gelmiş olmasından başka yolu yoktur. Asıl satım konusundaki mülkiyet ona geçer. Çünkü bu mülkiyet, satın alma yoluyla sabit olmuştur. Sabit olan bir şey, onu ortadan kaldıran bir delil olmadıkça, var demektir. Ondaki mülkiyetin devam ettiğine delil, akitteki ikale yoluyla olan tasarruftur. Asıl maldaki mülkiyetin satım konusu maldaki mülkiyet olduğu sabit olunca, bu mülkiyetin fazlalığa da geçtiğini söylemek gerekir. Çünkü bir şeyden meydana gelen, o şeyin niteliklerini taşır. İşte malın kendisinden meydana gelip de, mala bitişik olmayan fazlalık, kazanç sayılır. Çünkü sahibi kazanca, yeni bir sebeple mâlik olmuştur. Asıl maldaki mülkiyet ona geçmiş değildir.. Bu fazlalığın satım konusu (mebî') hükmünde olduğu sabit olunca, satış bedelinden ona karşılık bir şey olmadığını söyleriz. Çünkü fazlalık, tâbîdir. Satış bedeli, tâbiin değil satım konusunun karşılığıdır. O, satılan bir hayvanın bacakları gibidir. Satış bedelinden bir şey, ona karşılık tutulamaz. Ancak alınması kastedilen bir şey olması durumunda bunun dışındadır.

Bu söylenenlere karşılık; “Asıl mal satıcıya geri verilmeden önce, maldan meydana gelen fazlalık alıcının elinde karşılıksız bir mal olarak kalır. Asıl mal geri verildikten sonra da böyledir.” denilemez. Çünkü asıl mal geri verilmeden önce, fazlalık tâbîdir. Böyle olunca da tâbî olan fazlalık, satış bedeline itibarla asıl mal gibi olur. Asıl malın ayıp sebebiyle geri verilmesi imkansız olunca, asıldaki akit münfesihi olur. Bundan sonra da fazlalık, tâbî olmaktan çıkar. Fazlalık, tâbî değil de, başlıbaşına bir mal olunca

ve satış bedelinden bir miktarına karşılık tutulmayınca faiz olur. Bundan dolayı, sonradan meydana gelen fazlalık telef olduktan sonra, ayıptan dolayı asıl malın geri verilmesi mümkündür. Çünkü aslın geri verilmesine engel, fazlalığın alıcının elinde karşılıksız olarak kalması idi. Hiç kimsenin katkısı olmadan bu fazlalık telef olunca, bu engel ortadan kalkmış oldu. Ama fazlalığı yabancı birisi telef ederse, onu tazmin eder. Bedelin alıcının elinde sâlim olarak kalması, aslın kalması gibidir. O fazlalığı bizzat alıcı telef ederse yine böyledir. Çünkü alıcı onu tüketmek suretiyle tümüyle elinde tutuyor demektir. Ya da o fazlalık kendi mülkü olduğu için, tazminden kurtulmuştur. Bu da, alıcının aldığı bir karşılık anlamındadır. Ayıp sebebiyle bunun geri verilmesinin menfaati, hibe edilen malın geri verilmesine benzemez. Çünkü hibede, asıl mal geri verildikten sonra kendisine bağış yapılanın elinde kalan fazlalık karşılıksızdır. Asıl bağışlanan mal, karşılıksız olarak kendisine helaldi. Bunun faiz olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi, fazlalığın faiz olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Çünkü faiz, karşılığa dayanan (ıvazlı) akitlerde görülür, teberru kabilinden olan akitlerde görülmez (Serahsi, XIII/105).

Burada:“Nimet külfete, külfet nimete göredir.” (Mec.m.87,88) “Bir şeyin nefi zamanı mukabilindedir.” (Mec.m.85) “Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilmez” (Mec.m.48) “Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır.” (Mec.m.5) Kâideleri kullanılmıştır.

1.1.5. Mutlak akit, akit konusunun(malın) ayıpsız olmasını gerektirir. Şu rivayet buna delildir: Hz. Peygamber (s.a.s.) Atâ İbn Halid'ten bir köle satın aldı. Yaptığı sözleşmeye şöyle yazdı: “Bu, Allah (c.c.)’ın elçisi Muhammed (s.a.s.)’in Atâ İbn Halid İbn Hevde’den satın aldığı köledir. Onda hiç bir hastalık yok, hiç bir kötülük yok, hubs yok. Bu, bir Müslüman’ın Müslüman’a satışıdır.” Bu hadis, satım akdinin, satım konusunun her türlü ayıp ve kusurdan uzak olmasının gerekliliği konusunda açık bir nasstır. Hadis metninde ki, sözlükte “hastalık” anlamına gelen “dâ” kelimesi, Hasen İbn Ziyâd’ın Ebû Hanîfe’den rivayetine göre karında ve ciğerde bulunan hastalık anlamındadır. Vücudun başka yerlerindeki hastalığa “maraz”, karında, kara ciğerde ve ak ciğerdeki hastalığa da “dâ” denilir. Ebû Yusuf tan yapılan rivayete göre ise, “dâ” her türlü hastalığın genel adıdır. Kötülük anlamı verdiğimiz “ğaille” de, kaçmak, çalmak gibi kötü fiillerdir. Hubs

ise; içersinde başkasının hakkının bulunması anlamına gelir. Bazılar ise hubs'un akıl hastalığı olduğunu söylerler.

Bir maldaki kusurun ayıp sayılıp sayılmayacağı konusunda, tüccarın örfüne başvurmak gerekir. Her malda, o malla ilgili uzmanlara başvurulur. Onların, malın değerini düşüren veya geri verilmesini gerektiren ayıp saydıkları şey ayıptır. Çünkü satım akdinden maksat, kazanmaktır. Bu da, malın değerinin olması ile olur. Malın değerini düşüren şey, o akitten gözetilen maksadı ihlal eder. Bu da kusurdur, onunla mal satıcıya geri verilebilir (Serahsi, XIII/1).

Burada:“Tüccarın arasında maruf olan şey, hukukta sabit gibidir.” (Mec.m.37) ile “Bilmiyorsanız işi ehline sorunuz.” (Nahl, 16/43) genel prensipleri kullanılmıştır.

1.1.6.Ağacın dalındaki meyvenin meyve olma özellikleri görüldükten sonra ama henüz olgunlaşmadan önce, hemen toplanması şartı ile satışı caizdir. Hiçbir şart koşulmadan satılması da caizdir. Alıcıya, sözleşme gereği meyveyi hemen kesmesi emredilir. İmam Şafiî'ye göre bu durumda satılan bir meyve, olgunlaşınca kadar dalında bırakılır. Çünkü insanlar arasında örf böyledir. Meyvenin ağaçta kalması şartı ile satımı, Hanefilere göre caiz değil, İmam Şafiî'ye göre ise örften dolayı caizdir. Çünkü bir sözleşmenin caiz olması için bunu örfün caiz görmesi gerekir. Nitekim satıcının bağlaması şartıyla ayakkabı ve ayakkabı bağı satın almak caizdir.

Bu konuda Hanefiler şöyle derler: Meyveyi dalda bırakmak bir bedel karşılığı olursa bu, satım sözleşmesi içinde şart koşulmuş bir kira sözleşmesidir. Bedel karşılığı olmazsa, o zaman da satım sözleşmesi içinde şart koşulmuş bir âriyet(malın ödünç verilmesi) sözleşmesi olur. Oysa dînen bu yasaktır. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.s.); bir pazarlıkta iki pazarlığı (bir akitte iki akdi) , şartlı satışı ve satış ve borcu yasak etmiştir(Ebu Davut, İcare 55). Nassa aykırı olan örf dikkate alınmaz. Öte yandan ağacın dalındaki meyve yerinde çoğalır. Bu artış, satıldıktan sonra satıcını mülkünden meydana gelir. Böyle olunca, sanki olmayan bir şey, olan mala eklenmiş ve o şekilde satın alınmış olur. Bu da caiz değildir. Ayakkabı konusu ise kıyasa aykırı olarak istihsana göre caiz sayılmıştır. Ayrıca orada, olmayan bir şeyin satışı söz konusu değildir.

Ağacın dalındaki meyvenin büyüme süreci tamamlanmış, artık fazlaşmayacak bir duruma gelmiş ama henüz olgunlaşmamışsa; bu meyvenin, kesilmesi şartıyla veya

şartsız satın alınması caizdir. Ağaçta bırakılması şartı ile satılması durumunda kıyasa göre satış fasittir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf yukarıda söylediğimiz gerekçelerden dolayı bu görüştedirler. İmam Muhammed ise bu durumdaki satışı, istihsan gereği olarak caiz görmektedir. Çünkü bu, örf haline gelmiş bir şarttır, meyvenin kalma süresi kısadır. Bazen çoğa tahammül edilemeyeceği yerlerde aza tahammül edilebilir. Öte yandan bu durumdaki meyve, satıcının mülkünden bir fazlalık almaz. Meyve Allah'ın takdiri ile güneş sayesinde olgunlaşır, rengini aydan, tadını yıldızlardan alır. Büyümesi tamamlanan meyvede bundan sonra etkili olan; güneş, ay ve yıldızlardır. Bundan dolayı İmam Muhammed; “ Henüz büyümesi tamamlanmamış olanın aksine, tamamlanmış olanın satışını istihsana göre caiz görürüm” demiştir.

Büyüme süreci tamamlanmış olan meyvenin, şartsız satılıp da sonra olgunlaşınca kadar ağaçta tutulmasında, şu üç meselenin dışında- kıyas geçerlidir:

a. Bir tarlayı belirli bir süre için kiraya tutmak caizdir. Ancak tarladaki bir ağacın veya ağaçların belirli bir süre kiralanması caiz olmaz. Çünkü para karşılığında arazi kiralanması caiz ise de araziden ayrı olarak ağacın kiralanması caiz değildir.

b. Ekin olgunlaşınca kadar arazi kiralanması durumunda, kiracının tarlanın emsal kira bedelini vermesi gerekir ve ekindeki meydana gelen artma kendisine temiz kazanç olmaz. Ağacın kiralanması durumunda ise, kiracının bir şey vermesi gerekmediği gibi, meyvedeki artış da kendisi için temiz kazanç olur. Çünkü alıcının ağacı kiralaması hiçbir şekilde caiz değildir. Dolayısıyla ağaç kirası için yapılan sözleşme fasit olarak bile kurulmuş olmaz. Sözleşme meydana gelmeyince de ücret gerekmez. Sözleşme geçersiz olunca, sadece satıcının verdiği izin kalmıştır. Meyvenin ağaçta bırakılması, ağaç sahibinin izni ile olunca, meyvede meydana gelen fazlalık alıcıya temiz kazanç olur.

c. İncir ve benzerî meyvelerde olduğu gibi, ağacın dalındaki meyvelerin bir kısmı yararlanılabilecek durumda olmasına rağmen bir kısmı henüz çıkmaya veya yararlanılacak duruma gelmese; bu durumdaki meyvenin satışı, Hanefî mezhebinin zahirine göre caiz değildir. İmam Mâlik'e göre caizdir. İmam Mâlik şöyle diyor: Bir şey satın alınırken kastedilen; mal ve değerli bulunma özellikleri, o şeyin bir kısmında bulunursa tamamında var sayılır. Çünkü buna ihtiyaç vardır. Nitekim kira sözleşmesinde, sözleşmenin caiz oluşu konusunda menfaatin bir parçasının bulunması,

tamamının bulunması gibi kabul edilir. Yahut da akdin caiz oluşu yönünden, insanların örfüne dayanarak ağaçta belirmiş olan meyveler asıl, belirmemiş olanlar tâbî kabul edilir.

Bu konuda Hanefîlerin gerekçeleri şudur: Bu satışta, var olanla olmayan, akde birlikte konu edilmiştir. Olmayan bir şey hiçbir şekilde satılamaz. O zaman, var olanın satış bedelindeki payı belirsiz olur. Öyle olunca da akit geçersizdir. Gerçekte olmayan bir şeyi hükmen var saymak ancak zorunluluk halinde söz konusudur. Bu zorunluluk da, var olduktan sonra akde konu olmayan şeylerde olabilir. Oysa meydana geldikten sonra meyvenin satışı caizdir. Üstadımız Şemsü'l-eimme (el-Halvânî) meyvelerde, patlıcanda, karpuzda ve buna benzer sebzelerde bu tür satışın caiz olduğuna fetva verirdi. İmam Ebubekir Muhammed ibn Fazl'dan da bunun caiz olduğu ve onun şöyle dediği rivayet edilmiştir: “Ağaçta mevcut olan meyveleri asıl, sonradan meydana gelecek olanları da tâbî sayar ve insanların örfünden dolayı bu akdi caiz kabul eder” Çünkü insanlar bu şekildeki üzüm bağlarının meyvesini satmayı âdet edinmişlerdir. İnsanları âdetlerinden uzaklaştırmakta büyük zorluk vardır.

Ben bu konuda İmam Muhammed'ten de benzeri bir rivayet gördü Bu rivayet ağacındaki gülün satışı konusundadır. Bilindiği gibi gül, aynı anda değil birbirleri peşinden meydana gelir. Meyvelerin tamamındaki satışın caiz oluşu bu yoldadır. Bana göre önceki görüş (bu satışın caiz olmayışı) daha doğrudur. Çünkü bu yola ancak zorunluluk halinde başvurulur. Patlıcan ve karpuz gibi meyve ve sebzelerin satışında da böyle bir zorunluluk yoktur. Çünkü bunların kökleri satılabilir. Böylece bu köklerde sonradan meydana gelecek ürün alıcının olur. Meyvelerde de bir çıkış yolu vardır. Mesela önce satış bedelinin bir kısmı ile daldaki mevcut meyveler satın alınır, kalan kısım da kendilerinden yararlanılabilecek duruma gelince, ayrıca satın alınır. Yahut da mevcut meyve, satış bedelinin tamamı karşılığında satın alınır, sonra da satıcı geriye kalan kısımdan yaralanmayı helal eder. Böylece taraflar maksatlarına ulaşmış olur (Serahsi, XII/197).

Burada: Örfle ilgili mecelle kuralları(Mec.m.36,40.43.44.45), “Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilemez”(Mec.m.48.), “Zarar izale olunur”(Mec. m. 20) “Zorluk kaldırılmıştır.” kâideleri kullanılmıştır.

1.1.7. Bir kimse içinde 50 parça kumaş var diyerek, 1000 dirheme bir zutti dengi(yerel bir ölçü birimi) veya herat çuvalı (yerel bir ölçü birimi) satın alsın ve her bir çuvalın içinde 49 ya da 51 adet çıksa bu satış fasittir. Bu sayıdan çok olsa da durum yine aynıdır. Çünkü alışveriş adedidir. Kumaşların sayısı bellidir. 50 tanedir. Müşterinin fazla olanı iade etmesi gerekir. Kumaş toptan alındığından geri vereceği kumaş net olarak hangisi olduğu belli değildir. Fazla olanı geri verse bile, geride kalan kumaşlar meçhul olur. Belirsizlikle (cehalet) yapılan satış caiz değildir. Görülmez mi ki zaten bu çuvaldaki kumaş 50 olsa bile yine caiz değildir. Çünkü o kumaşların mahiyetleri farklı farklıdır. Bu durumda müşteri çuvalda muhayyerdir. Çünkü Niza’ a götüren bütün belirsizlikler akdi bozan sebeplerdir (Serahsi, XIII/2 Aynı kâidenin değişik uygulamaları için B.k.z. Serahsi, XIII/6,9).

Burada“ Niza’ a götüren bütün belirsizlikler akdi ifsad eden sebeplerdir” kâidesi kullanılmıştır.

1.1.8. Satışta şart koşmak (şartlı satışlar) bir kaç türdür. Eğer akdin gereği olan şeyler şart koşulmuşsa-satılan malın müşteriye teslim edilmesi paranın satıcıya teslim edilmesi veya mebiin (malın) müşterinin mülkiyetine geçmesi gibi -bu tür satışlar caizdir. Çünkü bunlar zaten mutlak akitle sabit olan şeylerdir. Buradaki şart bir fazlalık değildir.

Şayet akdin gereği olmayan bir şart koşulmuş ve bu konuda da açık bir örf varsa bu da caizdir. Mesela bir kimse takunya için bir taban bir de tasma alsın ve bu tasmayı tabana takmayı satıcıya şart koşsa bu şart caizdir. Çünkü örfle sabit olan şeri bir delille sabit olmuştur. Ve açık olan adetlerden kaçınmak toplumu yaralar (Serahsi, XIII/14).

Burada “ Örfle sabit olan nassla (hukukun kuralı ile) sabit olmuş gibidir”(Mec. m. 43,44,45.) “Zorluk kaldırılmıştır.” ve “Adet muhakkemdir”(Mec. m. 36) küllî kâideleri kullanılmıştır.

1.1.9. Bir kimse bir mal satın alsın ve satıcıya o şeyi gideceği yere kadar götürmeyi şart koşsa veya almış olduğu buğdayı öğütmeyi şart koşsa veya elbiseliği dikme şartı koşsa bu satışlar fasit birer satıştır. Çünkü böyle bir şartın akdin gereklerinden olmadığı halde akdin taraflarından birine ilave menfaat sağlaması söz konusudur. Akdin taraflarından herhangi birine ilave menfaat sağlayan alışverişler fasittir. Bir kimse satıcının içinde

bir ay oturması şartıyla bir ev satın alsa, bu satış şart koşulmuş bir iare olacağından akdi bozar. Veya bu malın kendisi vâde kabul etmez (Serahsi, XIII/18).

Burada; “Akdi taraflarından herhangi birine ilave menfaat sağlayan satışlar fasittir” prensibi kullanılmıştır.

1.1.10. Bir kimse yarına kadar veya akşama kadar veya öğleye kadar muhayyer olmak şartıyla bir şey satın alsa; yarının hepsi, gecenin tamamı, öğle vaktinin tamamı muhayyerliğe dâhildir. Bu, Ebu Hanife’ye göredir. İmameyn’e göre o kimsenin muhayyerliği öbür gün güneşin doğmasına zeval vaktine ve güneşin batmasına kadardır. Onlara göre muhayyerlikte “gaye” dâhil değildir. Çünkü gaye sınırdır. Sınır ise sınırlanmış olan şeye girmez. Tıpkı şunun gibi, bir kimse sana şu duvardan şu duvara kadar olan yeri sattım dese bu satışa duvarlar dâhil değildir. Çünkü sınır gayedir. Gayenin hükmü ise kendisinden sonra başlayıp kendisinden önce bitmesidir. Bu hüküm bir kısmı bir kısmına bitişik olan şeyler için geçerlidir bunlar da vakitler ve yüzey ölçüleridir. İşte bizim meselemiz de budur.

Sayılarda ise bu hüküm geçerli değildir. Vakitler bir birine bitişiktir bundan dolayı bunlarda gaye manası tahakkuk eder. Yüce Allah’ın şu kavli bunu beyan eder “Sonra orucunuzu akşama tamamlayın” bir kimse ramazana kadar veresiye bir şey satsa veya ramazana kadar evini kiraya verse veya falanca kimse ile ramazana kadar konuşmamaya yemin etse bu hüküm geçerlidir. Yani sınır dâhil değildir. Ama yüce Allah’ın buna denk düşen “kollarınızı dirseklere kadar yıkayın” kavlinde gayenin dâhil olmasına gelince; biz biliyoruz ki Rasülüllah (s.a.s.) abdest alınca suyu dirseklere kadar götürürdü. Bu uygulamayla (ila) harfi cerinin (mea) manasına geldiği ortaya çıkıyor. Burada bir mecaz söz konusudur. Mecazın üzerine söz bina edilmez. Ancak bir delille bu yapılabilir (Serahsi, XIII/52).

Burada:“ Mecaz üzerine hüküm bina edilmez” kâidesi kullanılmıştır.

1.1.11. Bir kimse bir bedelle veya her biri 10 dirheme veya bir yığın buğdaya veya iki hizmetçiye karşılı bir denk kumaş satın alsa ve daha o malı kabzetmeden önce bir ayıp ortaya çıksa veya olan bir ayıp bilinmiş olsa, o kimse o malı ya toptan alır veya toptan reddeder. Çünkü teslim olmadan önce ortaya çıkan ayıp akit sırasında var olan ayıp gibidir. Zira mal satıcının garantisi altındadır (Serahsi, XIII/75).

Burada“Teslim olmadan önce ortaya çıkan ayıp akit sırasında var olan ayıp gibidir” Kâidesi kullanılmıştır.

1.1.12. Bir kimse bir malı veresiye satın aldığı zaman, o malı veresiye aldığını açıklamadan murabaha yolu ile satamaz. Çünkü murabaha yoluyla satış emanet satıştır. İçerisinde töhmet, suç, hiç bir yalan barındıramaz. Veresiye satış ise peşin satışa göre nakıs bir satıştır.

Şayet bir kimse veresiye aldığı bir malı murabaha yolu ile satsa da bu satmış olduğu malın veresiye alındığını gizlese ve müşteri bunu aldıktan sonra öğrense o zaman müşteri muhayyer olur.

Bir kimse (murabaha yolu ile satacağı malı) tüccarların arasında adet olduğu üzere taksitle satın alsın bu alımın peşin gibi olup olmadığı konusunda iki görüş vardır.

a.Bir kısım (alimler) taksitle aldığı malı, taksitle aldığını söylemeden murabaha yolu ile satabilir. Çünkü para (gerçekte) peşindir ama satıcı bunu müsamaha göstermiş ve parayı taksitle almıştır.

b.Bir kısmı ise örfle sabit olan şey nassla şart koşulmuş gibidir, diyerek vâde şart koşulmuş olsa bile (yani taksitler netlik kazanmış olsa bile) yinede o kimse bu durumu beyan etmeden murabaha yolu ile satış yapamaz (Serahsi, XIII/79,80).

Burada “Örfle tayin nass (hukuk)la tayin gibidir” (Mec. m. 43, 44, 45) prensibi kullanılmıştır.

1.1.13. Herhangi bir malı satın aldıktan sonra sâime (otlakta büyüyen hayvan) yavrulasa, hurma meyve verse aslı ile beraber fazlalığı da murabaha yolu ile satmada bir sakınca yoktur. Çünkü satan o malı gizlemedi. Eğer doğum olayı malda bir noksanlık getirmiş olsa bile bu noksanlık hiç kimsenin zorlaması ve etkisiyle değil kendiliğinden olmuştur.

Murabaha yolu ile satmak için böyle malı olan kimse eğer maldan peydahlanan fazlalığı tüketmişse o malın başına gelenleri açıklamadan satamaz. Çünkü tüketilen şey o asıldan ortaya çıkmıştır. Bu eksiklik (tüketim yoluyla) malın bizzat kendisinden meydana gelse de durum aynıdır.

Şayet davarın etinde, sütünde ve yününde bir eksiklik meydana gelirse o zaman da bu eksikliği belirtmeden murabaha yolu ile satış yapılamaz.

Maldan ayrı olan fazlalık velev ki maldan mütevellid bile olsa bu bir gelirdi. Hâsılattır. Bu durum herhangi bir ayıpla aslın iade engellemez. Ama bu gelir miktarınca o mala harcama yapılmışsa - yem, tedavi v.b - bu malın açıklama yapılmadan satılmasında bir beis yoktur. Çünkü ona yapılan harcama, ondan meydana gelen fazlalığa karşılık gelmiştir. Nimet külfete göredir (Serahsi, XIII/79,80).

Burada ,“Nimet külfete göredir. Külfet nimete göredir” (Mec. m. 87,88) prensibi kullanılmıştır.

1.1.14.Bir kimse 10 dirheme bir kumaş satın alıp bunu 15 dirheme satsa, sonra yine (buparayla, 15 dirhemin içinden) 10 dirheme satın aldığı bir elbiseyi murâbaha yoluyla satamaz. Ama anaparadan ilk yapmış olduğu kârı (5 dirhem) çıkarırsa o zaman caiz olur. Bu Ebu Hanife' ye göredir.

İmameyn'e göre ise bu satış caizdir. Çünkü müstakil bir satıştır. Bu satışa kendinden önceki kâr veya zarar dâhil değildir. Nitekim anapara hibe, miras veya vasiyet bile olsa onu satsa sonra tekrar satın alsa (bu parayla) ve bu aldığını murabaha yoluyla başka bir fiyata satsa yine caizdir. Paranın öncesinin şöyle ya da böyle olmasına itibar edilmez. İkinci satış birincinin mülkünü (mülkiyetini) yenilemektedir. Çünkü hükmün sabit oluşu sebebin sabit oluşuyladır. Sebep yenilendiğinde mülkiyet bu yeni sebeble sabit olur. Ve hüküm de ona göredir (Serahsi, XIII/82).

Burada “Hükmün sabit oluşu sebebin sabit oluşuyladır” prensibi kullanılmıştır.

1.1.15.Ayıp muhayyerliğinde bir şeyin ayıp sayılması için onun tüccarın örfüne göre ayıp olması lazımdır. Her bir şeyin ayıplığı kendi sanat ehline göredir. Bir şey onun sanat ehli yanında ayıp sayılıyorsa o ayıptır. Ve muhayyerlik geçerlidir. Veya malın maliyetinde noksanlık meydana getiren şeyler ayıp sayılır Çünkü alışverişten amaç kar etmektir. Karı engelleyen şeyler ise ayıptır. Burada esas olan şey malın değerinin düşmesi ve tüccarın herhangi bir şeyi ayıp kabul etmesidir. Yani tüccarın örfüdür (Serahsi, XIII/106).

Burada, Mecelle'nin "Tüccarın arasında maruf olan şey hukuken sabit gibidir." (Mec. m. 44) prensibi kullanılmıştır.

1.1.16. Bir kimse bir malı satın aldığı zaman muhayyerlik süresinde bir ayıp ortaya çıkar da sonra o ayıp kaybolursa mani zail olduğundan malı geri verebilir. Ama muhayyerlik süresince ayıp devam ederse bu ayıp kendi elinde ortaya çıktığından ve muhayyerlik süresi de bittiğinden dolayı malı geri veremez. Çünkü mani muhayyerlik süresince devam etmiştir.

Hibe de ise durum değişiktir. Belli bir süre yoktur. Bir kimse kendine hibe edilen bir eve bir şey inşa etse ve hibe edende bu durumdan sonra bu hibesinden dönse hâkim bu dönüşü kabul etmez. Ama hibe edilen kimse yaptığı bu ilaveyi ortadan kaldırırsa o zaman hibe edenin cayması kabul edilir. Çünkü hibe eden kimsenin cayma hakkı her zaman vardır. Bu cayma hakkından vazgeçmiş olsa bile bu böyledir. Bu durumda mani zail olduğu için memnu avdet etti. Burada ki mani binaya yapılan ilave idi (Serahsi, XIII/166).

Burada Mecelle'nin "Mani zail oldukta mennu avdet eder." (Mec. m. 24) küllî kâidesi kullanılmıştır.

1.1.17. Bir kimse satın aldığı koyunu kabzetmeden, koyun yavrusa, alıcının satım akdini bozma hakkı kalmaz. Çünkü hayvanların yavrulaması, artıştır. Bununla asıl malda eksilme olmuş sayılmaz. Alıcı koyunu kabzetime zorlanır. Çünkü o, malda artış olmadan akdin bağlayıcı olmasına razı olunca, artıştan sonra öncelikli olarak razı olmuş demektir. Fakat kabzdan önce annede bir ayıp bulursa, o zaman seçme hakkı vardır. İsterse koyunu ve yavrusunu satış bedelinin tamamı ile alır, isterse akdi tümüyle bozar. Birisini alıp, diğerini bırakma yetkisi yoktur. Çünkü kabzdan önceki artış, sözleşmede tâbîdir. Satış bedelinden ona karşılık bir şey tutulmaz. Hükmün tâbîdeki varlığı, asıldaki varlığı sebebiyledir Yani tabi olan şeye ayrıca hüküm verilmez. Öte yandan alıcı aslı (koyunu) geri verse, satış bedelinin tamamı ile geri verecektir. Çünkü yavrunun, kabzda kastedilen mal olmadığı sürece satış bedelinde payı yoktur. Eğer koyunu satış bedelinin tamamı karşılığında geri verirse, sözleşme sadece yavru üzerinde kalacaktır ve onu karşılıksız almış olacaktır. Bu da, karşılığı olmayan, tâbi olarak hak edilen bir fazlalık olur. O da faizin ta kendisidir.

Alıcı yavruda bir ayıp bulursa, onu kabul konusunda muhayyerliği yoktur. Her ikisini de kabul etmek zorundadır. Çünkü ayıbın varlığı ile yavrudaki bir parçanın olmadığı açığa çıkmıştır. Eğer yavru kabzdan önce ölürse, satış bedelinin tümü karşılığında anneyi alır. Bu konuda seçme hakkı da yoktur. Yavrunun bir parçası yok olduğunda da hüküm budur. Çünkü satım konusunda meydana gelen fazlalık, hiç kimsenin katkısı olmadan yok olursa, sanki hiç olmamış gibi kabul edilir. Fazlalık yokken akit satış bedelinin tamamı karşılığında alıcı için bağlayıcı idi. Yok olduktan sonra da böyledir. Anneyi ve yavruyu kabzettikten sonra yavruda bir ayıp bulması durumu ise farklıdır. Çünkü kabzla yavru, akitte kastedilen mal haline gelmiştir. Satış bedelinin bir kısmı ona karşılıktır. Karşılığında bedel olmasına itibarla, alıcının onu sağlam olarak alma hakkı vardır. Dolayısıyla bu durumda onda bir ayıp bulursa geri verme hakkı olur. Kabzdan önce ise, satış bedelinden ona karşılık tutulan bir bölüm yoktur. Alıcının malın ayıpsız olarak alma hakkı, karşılığı olduğu içindir. Nitekim kendisine hibe edilen kişinin, hibe malda buna hakkı yoktur (Serahsi, XIII/187).

Burada Mecelle'nin "Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilmez." (Mec. m. 48) genel prensibi kullanılmıştır.

1.2. Selem Akdinde (es-Selem) Küllî Kâidelerin Kullanılışı

1.2.1. Hanefilere göre; Selemde vâde dolduğu zaman müşterinin, malın bir kısmı ile birlikte verdiği paranın bir kısmını almasında sakınca yoktur. İbn Abbas (r.a.)'ın görüşü de böyledir Ama Abdullah İbn Ömer (r.a.) ise, bunu caiz görmemiştir. İbn Ebî Leylâ da bu görüşü benimsemiş ve şöyle demiştir: "Parasının bir kısmını geri alırsa, sözleşme fâsit olur ve parasının kalanını da geri alır." Bu görüşün delili şu hadistir. Hz. Peygamber (s.a.s.); "Ya malı al, ya da parayı" buyurmuştur.

Bunların her birinin bir kısmını aldığı zaman, ne malı ne de parasını almış olur. Buna da şer'an cevaz verilmez. Öte yandan müşteri, parasının bir kısmını aldığı zaman o kısımdaki akdi bozmak istemiştir. Dolayısıyla akit tamamında bozulmuş olur.

Hanefilerin görüşünün delili de şudur: Paranın bir kısmını geri almak ikâle (tarafların kendi rızaları ile akdi bozmaları)'dir. Tarafların akdin tamamında ikâle yapmaları caizdir. Eldeki mevcut malın satılması durumunda olduğu gibi, bir kısmında ikâle yapmaları da caiz olur. İbn Ebî Leylâ'nın dayandığı hadisin yorumu şöyledir: Burada

maksat, para ve maldan başka bir şeyin alınmasının yasak oluşudur. Bu da ancak, alınacak şeyin yerine başka bir şeyin alınması ile olur.

Bu mesele için, İbn Abbas (r.a.)'ın; “Bu güzeldir, örf halini almış bir şeydir” dediği rivâyet edilmiştir. Oysa onun sadece “caizdir” demesi yeterli olurdu. Sözü bu kadar uzatmasının sebebi, selemın âdeten malın normal değerinden daha ucuz bir fiyata yapılmasıdır. O zaman, satıcı vâde dolduğunda pişman olur. Hz. Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: “Kim pişman olan kişiye ikâle yaparsa, Allah da kıyamette onun günahlarını affeder.” (Ebu Davut, Büyü 54; İbni Mace, Ticaret26).

Şu kadar var ki, eğer akdin tamamında ikâle yapsalar o zaman müşterinin maksadı olan kâr ortadan kalkar. Yarısında ikâle yaptığı zaman, hem Hz. Peygamber (s.a.s.)'in teşvik ettiği şeye uymuş, hem de selem konusunun yarısını almış olur. Böylece de bu sözleşmeyi yaparken hedeflediği kâr elde etme maksadına uyulmuş olur. Bu, her iki tarafın da yararınadır. Örf haline gelmiş güzel bir şeydir (Serahsi, XII/123).

Burada mecellede bulunan “Örfle sabit olan, nassla sabit olmuş gibidir.” (Mec. m. 45). Kâidesi kullanılmıştır.

1.2.2. Selem Akdinde muhtemel dört durum söz konusudur:

a. Selem konusu mal, sözleşme vaktinde piyasada bulunduğu halde, vâde dolduğu zaman bulunmaz. Bu şekildeki malda selem ittifakla caiz değildir. Çünkü kendisi ile selem yapılan kişi (müslemün ileyh, satıcı) belirlenen zamanda malı teslim etmeyi yüklenmiştir. O vakit geldiğinde teslim gücü yetmeyince, o malda selem caiz olmaz.

b. Selem konusu mal, akit sırasında insanların elinde bulunmaz ama vâde dolduğu zaman bulunur. Bu çeşit malda selem, Hanefilere göre caiz değildir, İmam Şâfiî'ye göre caizdir.

c. Selem konusu mal hem akit sırasında hem de vâdenin dolduğu vakitte piyasada bulunur. Ama aradaki sürede bulunmaz. Bu tür mallarda da selem Hanefilere göre caiz değil, İmam Mâlik ve İmam Şâfiî'ye göre caizdir.

d. Selem konusu malın, sözleşme vaktinde, teslim vaktinde ve bu iki zaman dilimi arasında devamlı olarak piyasada bulunması. Bu tür mallarda selemın caiz olduğunda görüş birliği vardır.

Sözleşme vakti ile teslim vakti arasında malın piyasada bulunmasını şart koşmayan Şâfiî ve Mâlikîlerin delilleri; Abdullah İbn Abbas (r.a.)’dan rivâyet edilen şu hadistir: Hz. Peygamber (s.a.s.) Medîne’ye geldiği zaman, yerli halkın meyvede bir iki yıla hatta üç yıla kadar selem yaptıklarını gördü ve şöyle buyurdu: “Selem yapan kimse belli ölçekte, belli ağırlıkta ve belirli bir süreye kadar selem yapsın.”

Oysa taze hurma bu kadar uzun süre kalmaz. Buna rağmen Hz. Peygamber (s.a.s.) onların yaptıkları selemi ikrar etti. Bu hükmün aklî gerekçesi de şudur: Selem konusu bellidir. Teslim edilmesi gereken zamanda teslimi mümkündür. Dolayısıyla sözleşme vaktinden teslim vaktine kadar piyasada mevcut olması durumunda olduğu gibi, burada akit caizdir. Sözleşme gereği malın, vâde dolduğu zaman teslim edilmesi gerekir. O zaman da mal mevcuttur. Borcun cinsi mevcutsa, onu ödemeye güç var demektir (Serahsi, XII/124).

Mecellede bununla ilgili kurallardan biri şudur “Nasın istimali bir huccettir ki onunla amel vacip olur”(Mec. m. 37)

1.2.3. 1.2.2’ maddenin c şikkında yani selem konusu malın hem akit sırasında hem de vâde dolduğunda piyasada bulunup bu iki süre arasında bulunmaması durumunda; satıcının, sözleşmeden sonra vâdenin gelmesinden önce ölmesi mümkündür, diyenlerin sözünün bir anlamı yoktur. Çünkü bu bir vehimdir. Sözleşmeler, vehimler üzerine kurulmaz. Nitekim böyle vehimler, vâdenin geçmesi veya vâdenin belirsizliği sonucuna götürür. Bu durum, mal elde olsa bile mümkündür ve selem sözleşmesini batıl kılması gerekir. Bu da, böyle vehimlere itibar edilmemesine delalet eder. Böyle düşünülürse, aynı şekilde, malın vâde dolduktan sonra piyasadaki çekilmesi de ihtimal dâhilindedir. Oysa teslimin, malın piyasadaki çekileceği vakte kadar gecikebileceği vehmine bakılmaksızın sözleşme caiz görülmüştür.

Bu, kıyemî (benzeri olmayan muayyen bir ölçekle veya değerleri insanlar arasında çok farklı olan) mallarda selem yapmaya benzemez. Çünkü burada akdin batıl oluşu, selem konusunun yok olabileceğine veya o ağacın hurmasının bir âfete maruz kalabileceği vehmine itibarla değil, miktarının belli olmamasından dolayıdır. Selem sözleşmesinin caiz olması için, selem konusunun sözleşme meclisinde bulunmasının şart olmayışı buna delildir. Sözleşme zamanında elde olması da şart değildir. Çünkü malı teslim,

ancak bir zamanda ve bir yerde gerçekleşir. Sözleşme yerinde bulunmasına itibar edilmez

Hanefiler görüşlerini aklî delil olarak da şöyle desteklerler: Sözleşmenin caiz olması için, eldeki mevcut malın satımında olduğu gibi, sözleşme yapan kişinin, malı teslim gücünün yeter olması şarttır. Çünkü teslimi yüklenen kişi, sözleşme yapandır. Öyle olunca, teslim gücünün yeter olması şarttır. Selem konusu, sözleşme sırasında bulunmazsa buna da gücü, ancak ömrünün o mal bulununcaya kadar devam etmesi ile yeter. O şey bulununcaya kadar ömrünün olacağı da şüpheli bir şeydir. Şüphe ile de teslim gücü yetirme sabit olmaz. Eğer denilirse ki; “O anda sözleşme yapan hayattadır. Aslolan da, teslim vaktine kadar diri kalmasıdır. Ancak ondan önce ölmesi vehmedilir.” Buna şöyle denir:

Evet, dediğiniz doğru. Ama o, istishap(olanın olduğu hal üzere kalması) kâidesi gereği teslim vaktine kadar hayatta sayılır. Bu durumda onun teslim gücü yetirebilmesi ancak, akit sırasında malın bulunmasıyla sabit olur. Ta ki hayatı, o şeyin bulunduğu zamana bitişik olsun.

Satıcının; ölüm veya teslimin gecikip de malın piyasadan çekilmesi sebebiyle teslimden aciz kalması vehmedilen bir şeydir. Akdin fâsit sayılmasında buna itibar edilmez. Çünkü akitten sonraki zaman, malın teslim vakti hükmündedir. Ve vâde, satıcının o zamana kadar hayatta olması şartıyla malın teslim vaktidir. Bu da vehmedilen bir şeydir.

Sözleşmeden sonraki vakit ise satıcının ölümü durumunda teslim vaktidir. Aynı şekilde bu da vehmedilen bir şeydir. Bu yönden bakıldığında her ikisi de eşittir. Hâlbuki akitler vehimler üzerine bina edilemez (Serahsi, XII/135).

Burada Mecellede geçen “Tevehhüme itibar yoktur”(Mec. m. 74) kâidesi kullanılmıştır.

1.2.4. Müşteri, selemde kaliteli bir kumaşı şart koşsa, teslim vakti geldiğinde satıcı iyi kalitede olduğunu söyleyerek bir kumaş getirirse ve müşteri o kumaşın iyi kalitede olmadığını söylese, hâkim bu kumaşı konunun uzmanı iki kişiye gösterir.

Çünkü hâkimin, tarafların görüş ayrılığına düştükleri konuda uzmanlığı yoktur. Dolayısıyla, telef edilen bir malın değerini tespitinde olduğu gibi, onu bilene başvurur. Bu konuda delil;

“Bilmiyorsanız bilene sorunuz.” (Nahl 16/43) ayetidir (Serahsi, XII/153).

Burada:“Bilmiyorsanız işi ehline sorunuz.” genel prensibi kullanılmıştır.

1.2.5. Selemde sözleşmenin tarafları arasında vâde(malın teslim zamanı) konusunda anlaşmazlık olursa ki burada üç durum söz konusudur. Ya vâdenin süresi, ya vâdenin dolup dolmadığı konusu ya da vâdenin kendisidir.

Şayet vâdenin süresi konusunda (mali isteyen ve kendisinden mal istenilen arasında) anlaşmazlık çıkar da alacaklı vâde bir aydı, borçlu yok hayır vâde iki aydı, derse burada söz (hak) yeminle birlikte alacaklıdır. Çünkü vâde borçlunun hakkıdır, borçlu kendi hakkında fazlalık istemektedir ve alacaklı ise bunu inkâr etmektedir. Bu durumda hak yeminle birlikte inkâr edenindir, alacaklıdır. Borçlunun delil getirmesi gerekir (Serahsi, XII/157,170).

Burada Mecelle'nin “Beyyine müddei için yemin münkir üzerinedir.” (Mec. m. 76) genel prensibi kullanılmıştır.

1.2.6. Selemde satıcıya, malı belirlenen yerde teslim ettikten sonra müşterinin evine taşınması şart koşulsa, böyle bir selem hayırsızdır. Yani yasal değildir. Çünkü sözleşme, malın belirlenen yerde teslimi ile son bulur. Müşteri satıcıya malın evine taşınmasını şart koşmakla, sözleşmenin bitiminden sonra kendi yararına olacak bir şey şart koşturmuştur. Bu da, selem konusu olan buğdayı öğütmesinin şart koşulmasında olduğu gibi, sözleşmeyi fasit kılar. Ama başka bir yer belirtmeksizin, malı evinde teslim etmesini şart koşsa istihsana göre bunda sakınca yoktur. Bu konudaki kıyas, yukarıda söylediğimiz gibidir. Hanefî fakihlerinden kimileri, bu istihsanın ve kıyasın; malın teslim edileceği yerin belirtilmesinden sonra, evine getirmesini şart koşturması durumu olduğunu söyler. Böylece ikinci mesele birinci mesele gibi olur. Kıyasa göre ise böyle bir şart caiz olmaz. Çünkü sözleşmenin bitiminden sonra, kendisinin yararına olacak bir şeyi şart koşturmuştur. Zira teslim için şart koşulan yerde teslim ettikten sonra müşterinin evine götürmesi, ancak onu taşımakla mümkündür.

Bu meselede şart koşulurken “teslim etmek” ve “taşımak” sözcüklerinin kullanılması arasında fark yoktur. Eğer teslim yerini belirledikten sonra evine getirmesini, “teslim etme” sözcüğü ile şart koşarsa; ikinci sözcük birincisinin cinsindedir. Dolayısıyla bununla birinci şart geçersiz olmuştur. Sanki daha baştan evinde teslim etmesini şart koşmuş gibidir.

Taşımak ise, teslim etmekle aynı cins değildir. Dolayısıyla taşıma sözcüğü ile birinci şart geçersiz olmaz. Bu, bir malı bin dirheme sattıktan sonra, iki bin dirheme tekrar satmaya benzer ki, ikinci satışla birincisi geçersiz olur. Ama bir malı bin dirheme sattıktan sonra alıcıya bağışlarsa önceki satış geçersiz olmaz. Taşımakla teslim etmenin aynı cinsten olup olmadığının açıklaması şudur: Sözleşme, satıcının malı müşteriye, şüpheye mahal bırakmayacak şekilde teslim etmesini gerektirir. Ama onu taşımamasını gerektirmez. Nitekim mümkündür ki, müşteri vâde dolduğunda satıcının evine gelip malı kendisine teslim etmesini ister. Bu durumda satıcının o malı taşımaya ihtiyacı kalmaz. Bundan anlıyoruz ki, taşımak teslim etmekle aynı cinsten değildir. Çünkü sözleşmede taşıma bulunmayabilir.

Bir görüşe göre; kıyas ve istihsanın geçerliliği, selem sahibinin ilk başta malın evinde teslimini şart koşması durumundadır. Bu durumda kıyasa göre caiz olmaz. Çünkü o, evini belirtmiş olmaz. Çünkü maksat, malın teslim vakti geldiğindeki evdir. Bu da belli değildir. Belki bu kasabada belki başka bir kasabada olacaktır. Ama İmam Muhammed istihsanı delil olarak şöyle demiştir: Âdete göre her vakit ev değiştirilmez. Yerleşmek için bir şehirden başka bir şehre taşınılmaz. Sözleşme sırasındaki evi bellidir. Görünüşte, o sıradaki evi vâdenin dolduğu zamanki evdir. Eğer taşıma şartı akit sırasında yapılmışsa o zaman buradaki menzil kelimesi için örfle bakılır. Örfle belirlemek, nassla belirlemek gibidir (Serahsi, XII/161).

Burada Mecelle'nin “Örfle tayin nassla tayin gibidir” (Mec. m. 45.). Prensibi kullanılmıştır.

Benzeri bir olay için aynı prensip kullanılmıştır için (B.k.z. Serahsi, XII/209).

1.2.7. Mevsiminde, şırada ölçü veya tartı ile selem caizdir. Çünkü şıra süt gibi ölçülür veya tartılır. Sirke de böyledir. Onda da belli ölçüde veya belli ağırlıkta selem caizdir. Miktarı bunların her ikisi(keyli ve vezni) ile belli olur. Bu konuda kural şudur: Hz.

Peygamber (s.a.s.) döneminde miktarı ölçülebilir her şey, insanlar onu tartı ile alıp satmayı örf haline getirmiş olsalar bile, sonsuza kadar keylî (ölçülen)'dir. Hz. Peygamber (s.a.s.) zamanında tartı ile alınıp satılanlar da sonsuza kadar veznî (tartılan)'dır. O zaman ne ile alınıp satıldıkları bilinmeyenlerde ise her bölgenin kendi örfü geçerlidir. Bir şeyde hem tartı hem de ölçü örf halini almışsa o hem veznî hem de keylî sayılır.

Ebû Yusuf 'tan bir rivayette ise her türlü maddede örf muteberdir. Çünkü Hz. Peygamber zamanında ölçülebilir alınıp satılan şeyler, Allah elçisinden bir nassa dayanılarak değil eski örfüne binaen keylî olmuştur. Çoğunluk Hanefîler ise, Hz. Peygamber'in insanların uyguladığı örfü ikrar etmesi, ondan gelen açık nass hükmündedir. Dolayısıyla bu, örf ile değişmez. Nassın olduğu yerde örfüne itibar edilmez. Burada Ebu Yusuf örfün mahiyetiyle ilgili insiyatif olarak medine örfünü de diğer örflerle bir saymıştır (Serahsi, XII/142).

Burada Mecelle'nin "Örfüne tayin nassla tayin gibidir" (Mec. m. 45).Kâidesi kullanılmıştır.

1.2.8. Bir kimse başka birine bin dirhem karşılığında buğdayda selem yapsa; bu bin dirhem beş yüzü borç olsa, diğer beş yüzünü peşin ödese, peşin verdiği paranın karşılığında selem caiz olur. Borç olan beş yüz dirhem karşılığında ise batıldır. İmam Züfer 'den bir rivayete göre tamamında selem batıldır. Borç olan miktar karşılığında batıl oluşu, Hz. Peygamber (s.a.s.)'in; borcu borç karşılığında satmaktan men ettiği içindir. Bu, güçlü bir fesat sebebidir. Fesat akdin bir kısmında bulununca akdin tamamını fasit kılar. Sanki satıcı, peşin olan miktarda selemi, borç olan miktardaki selem kabul şartına bağlamış gibidir. Bu da fasit bir şarttır. Çoğunluk Hanefîlerin görüşü, İbn Abbas (r.a.)'den rivayet edilmiştir.

Öte yandan hem borç hem de anlam bakımından anaparanın bir kısmında tamamının hükmü var sayılır. Sözleşme aslında sahih olarak kurulmuştur. Nitekim paranın tamamı mecliste verilse, pazarlığa bakılmaksızın selem sahih kabul edilir. Çünkü sözleşme, kendisine bağlanan borca değil, onun cinsine ve benzerine (misline) bağlıdır. Eğer alacaklı olan kişi borç ile borçludan bir şey satın alsın, sonra da borçlunun borcu olmadığı konusunda anlaşsalar satın alma sahih olarak kalır. Üzerinde durduğumuz konuda selem, mecliste kabz olunmadığı için sadece borç olan beş yüz dirhem

karşılığı olan buğdayda fasit olur. Bu da, sonradan çıkan (ârızî) bir fesattır. Sadece ıleti bulunan kısma mahsustur. Nitekim akit konusunun (malın) tesliminden önce bir kısmının telef olması durumunda da hüküm böyledir (Serahsi, XII/142).

Burada Ebu Hanife'nin sıkça kullandığı “Akdin bir kısmı fasit olunca tamamı fasit olur.” Kâidesi kullanılmıştır.

1.2.9. Selemde satıcı parayı mecliste kabzedip ayrılrsa, sonra da paraların kalitesiz (züyûf) olduğunu anlasa, isterse parayı selem sahibine geri verir ve selem sözleşmesini bozar isterse parayı kabullenir. O zaman sözleşme caiz olur. Çünkü züyûf da dirhem cinsindedir ama kusurludur. Bir şeyde kusur (ayıp) bulunması, onu başka bir cins haline getirmez. Öte yandan züyûf, hazine tarafından kabul edilmeyen ama tüccar arasında revaçta olan paradır. Nebhrace; tüccarın kabulde farklı davrandıkları para çeşididir. Bazıları onu para olarak kabul eder, bazıları ise içerisindeki yabancı madenden (ğış) dolayı kabul etmez. Bu özelliklerle de o, dirhem (para) olmaktan çıkmaz. Dolayısıyla onu kabzedene kişi, hakkını almış demektir. Buna razı olursa sözleşme caiz olur. Ama kabzedilen dirhemler sittûka (gümüş suyuna batırılmış bakır para) veya kurşun olursa bu, dirhem (para) sayılmaz. Sittûka gümüş suyuna batırılmıştır. Kurşun zaten dirhem cinsinden değildir. Dolayısıyla bunları kabzetmek, anaparayı kabzetmek sayılmaz. Satıcı bunlara razı olursa, parayı almış değil, değiştirmiş olur. Kabzdan önce paranın değiştirilmesi de caiz değildir.

Satıcı, bazılarınca dirhem hükmünde olan züyuf veya Nebhraceyi kabul etmezse, kıyasa göre sözleşmenin bozulmuş sayılması gerekir. Hatta müşteri, o paraların kendisine geri verildiği mecliste, sağlam para ile değiştirirse ve paranın bir kısmı ya da tamamı züyuf olsa yine hüküm değişmez. Bu, İmam Züfer'in görüşüdür. Çünkü züyûf olduğu için paranın geri verilmesi, kabzı kökünden yıkar. Zira satıcı sözleşme gereği olan sağlam dirhemi ister. Oysa bir sözleşme iki ayrı kabzı içermez. Eğer aldığı geri verdiğinde, önceki kabz kökten yıkılmış olmasaydı, sözleşme gereği olan sağlam parayı isteme hakkı olmazdı. Ayrıca eğer kalitesiz paraların geri verildiği mecliste, müşteri sağlam para vermezse sözleşme batıl olur. Oysa sözleşmenin devamı için, kabzın devamı şart değildir. Kalitesiz paralar geri verildiğinde kabzın kökten yıkıldığı sabit olunca sanki hiç olmamış sayılır. Öyle olunca da, paranın başka birisine ait olduğunun, açığa çıkması durumunda olduğu gibi, geri verilen para miktarınca sözleşme batıl olur.

Öte yandan anapara, para cinsinden bir şeydir. Para da kalitesine göre farklılık gösterir. Züyûf ancak, satıcı, kalitedeki hakkını düşürdüğü varsayılarak para sayılır. O parayı kabul etmez de geri verirse, hakkını almadan meclisten ayrılmış olur. Bu durumda da, kabzedilen paranın sittûka veya kurşun olması durumundaki gibi sözleşme batıl olur.

Ebû Yusuf ve İmam Muhammed bu konuda istihsanı almışlar ve selem sahibi kalitesiz paraları, kendisine geri verildiği mecliste sağlam para ile değiştirirse sözleşmenin sahih olarak devam ettiğini söylemişlerdir. Bu durumda önceden kabzedilen paranın tamamının veya bir kısmının züyûf olması sonucu değiştirmez. Çünkü taraflar geçerli bir kabzdan sonra birbirlerinden ayrılmışlardır. Nitekim satıcının, kabzettiği kalitesiz paraya razı olması caizdir. Bu durumda sözleşme sahihtir. Önceki kabz, paraların geri verilmesi ile bozulmuştur. Öyle olunca, o paralar geri verildiğinde sözleşme, kaliteli paranın kabzını gerektirici olur. Sözleşmenin tarafları da o mecliste bir aradadırlar. Onların, kalitesiz paraların geri verildiği mecliste birlikte olmaları, sözleşme meclisinde birlikte olmaları yerinde sayılır. Sözleşme gereği olan kaliteli paraları kabzettikten sonra ayrılınca, sahih bir sözleşmeden sonra ayrılmış olurlar. Nitekim sözleşme yapıldıktan sonra müşteri parayı artırsa ve bu artış kabzedilmeden artışın yapıldığı meclisten ayrılırsa sözleşme sahih olarak devam eder. Önceden kabzedilen paranın başka birisine ait olduğunun anlaşılması durumu da buna benzemez. Çünkü bu durumda kendisine satıcının kabzı, paranın asıl sahibinin onayına bağlıdır. Nitekim satıcının kabzettiği böyle bir paraya razı olması mümkün değildir. Başkasının onayına bağlı olan bir şey batıl olunca, hiç yapılmamış sayılır. Hak sahibinin onayı ile geçerlilik kazanırsa, daha ilk baştan yürürlük kazanan (nâfiz) akit hükmünde olur. Bu yüzden, paranın sahibi olan kişi, yapılan ödemeye onay verirse sözleşme sahih olarak devam eder. Ama gelip de, paralarını alırsa sözleşme batıl olur.

Ebû Hanîfe satıcının kabzettiği paranın tamamının veya çoğunun kalitesiz olması durumunda kıyası, kalitesiz olduğu için geri verilen miktarın az olması durumunda da istihsanı almıştır. Gerekçesi, az miktarda züyûfun bulunmasından kaçınılamaması ve zarurettir. Çünkü ne kadar dikkat edilirse edilsin insanların elindeki paralarda az çok kalitesizlik bulunur. Kalitesiz paranın geri verildiği meclisin, sözleşme meclisi olarak kabul edilişi, güçlüğü kaldırmak içindir. Çünkü bu mecliste, sözleşme gereği istenilecek para bakımından şart olan şey vardır. O parayı geri verme sebebi değil, geri vermenin

kendisidir. Şartın sebep yerine konulması, güçlüğü kaldırmak içindir. Bu da kaçınılması mümkün olmayan az bir miktarda söz konusu olur. Çok miktardaki kalite düşüklüğünden kaçınmak mümkündür (Serahsi, XII/145).

Burada “Güçlük kaldırılmıştır” “Sonradan verilen icazet başta verilen izin gibidir.” “Meşakket Teysiri celbeder.” (Mec. m. 17). Prensipleri kullanılmıştır.

1.2.10. Selemde taraflar, teslim edilen kumaşın, en iyi kalite olmamakla birlikte iyi sayılan kalitede olduğunda birleşseler, müşteri malı teslim alması için zorlanır. Çünkü satıcı, şartı yerine getirmiştir. Bir şeyin şart koşulması ile hak edilen, şart koşulan sözcüğün içerdiği anlamın en alt derecesinde olandır. Çünkü iyi kalitenin sonu yoktur. Her iyinin üstünde daha iyisi vardır. Nitekim köle satın alan birisi, kölenin yazıcı veya fırıncı olmasını şart koşsa, onun hakkı en alt seviyede yazı bilen veya en alt seviyede ekmek yapmasını bilendir. Yalnız bunu belirlemede bilirkişi olarak hâkim en az iki kişiye sorar. Hâkimin iki kişiye sormasının şart oluşu, onların arasındaki anlaşmazlığı çözmek ihtiyacındandır (Serahsi, XII/160).

Burada “Bilmiyorsanız işi ehline sorunuz.” Kuralı ile “Bir şeyin şart koşulması ile hak edilen, şart koşulan sözcüğün içerdiği anlamın en alt derecesinde olandır.” prensibi kullanılmıştır.

1.2.11. Bir kimse birisini, on dirhem gümüşe selem yoluyla bir kür (ölçek birimi)buğday satın alması için vekil tayin etse ve vekil selem şartlarına uyarak o buğdayı satın alıp, anapara olarak kendi parasını verse bu caizdir.

Sözleşmenin hukukî sonuçları bakımından selem akdinde vekil, asıl akit sahibi gibidir. Buna göre; anapara müvekkilden değil, vekilden istenilir. Selem vâdesi dolduğunda malı kabzetme yetkisi de ona aittir. Hanefilere göre satım sözleşmesinde sözleşmeye ait hukukî sonuçlar akdi bizzat yapan vekile, Şafiîlere göre ise vekil edene (müvekkile) aittir.

Bu konuda İmam Şafiî nin delili şudur: Vekil, elçisi ve onun adına söz söyleyendir. O sözleşmeyi yapınca, aradan çıkar ve hukukî sonuçları bakımından sözleşmeyi bizzat müvekkil yapmış sayılır. Nitekim sözleşmenin hukukî sonucu olan mülkiyet vekile değil, müvekkile ait olur. Diğer hükümlerde de durum böyledir. Bu açıdan bu meseledeki vekil, nikâhta vekil olana benzer. Nikâhta vekil olan kişiden mehir

istenemez, nikah sözleşmesinin konusu olan kadında, vekilin hakkı yoktur. Bunlar tamamen müvekkile aittir. Satım sözleşmesindeki vekâlet ile, nikahtaki vekâlet arasındaki ortak nokta, her iki akdin de, birer karşılığı olan (ıvazlı) akit oluşlarıdır. Bu akit türünün hukukî sonuçları, onları elde etmek için akit yapan kişinin kendisine yöneliktir. Onun yerine söz söyleyen aracıya değil.

Bu konuda Hanefîlerin delilleri de şöyledir: Sözleşmeyi yapan, vekildir. Akdin hukukî sonuçlarının bir kişiye bağlı olmasının sebebi, onun akdi doğrudan ve bizzat yapması ve hükmün sebebe itibarla sabit olmasıdır. Akit yapan kişi, hem gerçekten hem de hükmen vekil olduğuna göre, kendisi için sözleşme yapmış gibi, akitten doğan hak ve yükümlülükler ona bağlı olur. Çünkü onun yetkisi, ehliyetine ve akdin bir unsuru olmasına itibarladır. O, onun öz hakkı olan konuşmaktır. Bu da, sözleşmeyi kendisi için yapması ile başkası için yapmasına göre değişmez. Akdin dinen geçerliliği, daha önceden olmayan bir velayetin (yetkinin) müvekkilin ona emretmesi ile sübutuna değil, kendi velayetine itibarladır. Çünkü o, hem gerçekten hem de hükmen akde taraf olmuştur. Hüküm yönünden, sözleşmeyi müvekkile dayandırmaya muhtaç değildir. Eğer müvekkilin sözünü aktaran bir konumda olsaydı, sözleşme sırasında onun adını anmak zorunda olurdu. Demek oluyor ki vekil, hükmen sözleşmenin tarafıdır, sözleşmeyi doğrudan yapan kişidir. Asıl sözleşme sahibinin sözünü, karşı tarafa taşıyan elçi ise böyle değildir. Çünkü onun işi, kendisini gönderenin sözünü, gönderildiği kişiye iletmekten ibarettir. Dolayısıyla sözü tebliğ ederken, gönderenin adını anmak zorundadır. Nikâha vekil olan da böyledir. O da nikâh akdi sırasında, akdi müvekkiline dayandırmak zorundadır. Böyle yapmayıp da; “seninle evlendim” dese, nikâh sözleşmesini müvekkil için değil kendisi için yapmış olur.

Akdin hukukî sonuçlarının kime ait olacağı konusunda iki yol vardır:

a. Hukukî sonuçlar daha önceki vekil etmenin gereği olarak, önce vekil için gerçekleşir sonra da hemen müvekkile geçer. Sözleşmeyi doğrudan vekilin yapması, akdin hukukî sonuçlarının onun için sabit olmasını gerektirir. Ama bu hükümler kendisinde kalmaz, başkasına (müvekkile) geçer.

b. Sözleşme aslında hukukî sonuçları vekil için gerekli olacak şekilde kurulmuştur. Ama mülkiyetin gerçekleşmesi konusunda müvekkil, vekil etme sebebiyle onun yerine geçmiştir. Dolayısıyla mülk, vekilin yerine müvekkile geçer. Bu, hibe (bağış) veya

sadaka kabul eden ya da avlanan bir kölenin durumuna benzer ki bütün bu mülkler kölenin sahibine aittir. Vekil bizzat kendisi için sözleşme yapan kişi gibi olduğuna göre, anapara ondan istenilir. Anaparayı kendi malından öderse, onun mislini müvekkilden alır. Çünkü yararları müvekkile dönecek olan bir sözleşmede, ödemeyi kendi malından yapmıştır. Müvekkilin vekilden onun adına sözleşme yapmasını istemesi, aynı zamanda, daha sonra ödemek üzere anaparayı kendi malından vermesini istemesidir. Selemin vâdesi dolduğunda, vekil selem konusunu kabzettiği zaman, onu müvekkil adına kabzetmiş olur. Her nimet bir külfet karşılığındadır. (ya da sorumluluk nimet karşılığındadır) Anaparayı ödeme yükümlülüğü ona ait olunca, selem konusunu kabzetme hakkı da ona ait olur. Kabzettiği zaman da, çoğunluk Hanefîlere göre müvekkil anaparayı verinceye kadar yanında tutma yetkisi vardır. İmam Züfer'e göre böyle bir yetkisi yoktur. Satın almaya vekil olan kişi, satış bedelini kendi malından ödeyip malı kabzettiğinde, onun da müvekkil satış bedelini ödeyinceye kadar satın aldığı malı elinde tutma hakkı vardır. Kabzettiği mal, henüz elinde tutmaya başlamadan (müvekkil isteyip de, vekil parasını getir malı al demeden) önce elinde telef olsa, müvekkile ait olan mal telef olmuş sayılır. Dolayısıyla vekilin, ödediği parayı isteme hakkı vardır. Çünkü o kabz konusunda müvekkilin işçisi durumundadır. Dolayısıyla kabzettiği mal, müvekkile ait maldır. Bir malın vekilin elinde telef olması, müvekkilin elinde telef olması gibidir. Mal telef olmaz da vekil ödediği anapara karşılığında elinde tutmak isterse, İmam Züfer'in dışındaki Hanefî imamlarına göre buna yetkisi vardır. İmam Züfer ise vekilin böyle bir yetkisinin olmadığını söyler. Gerekçesi şudur: Vekilin kabzetmesi ile müvekkil kabzetmiş sayılır. Malın vekilin elinde telef oluşunun, müvekkilin elinde telef olma sayılması buna delildir. Bu durumda sanki müvekkil kendisi kabzetmiş sonra vekile vermiş demektir. Kabzettiği mal, vekilin elinde emanettir. Ödediği anapara da müşteriden(müvekkil) alacağıdır. Kişinin, o emaneti, emanet sahibinin borcundan dolayı vermeme hakkı yoktur (Serahsi, XII/204).

Burada “Vekil asıl gibidir”temel hukuk kuralı”, “Bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça, amirine muzaf kılınmaz.” (Mec. m. 89)kâidesi ve “Nimet külfete, külfet nimete göredir”(Mec. m. 88) prensipleri kullanılmıştır.

1.2.12. Bir kimse bir sanatkâra bir çift mest, başlık, tas, maşrapa veya bir bakır kap ısmarlasa bu, kıyasa göre caiz olmaz Yani kıyasen istisna akdi (sipariş) caiz değildir.

Çünkü yapılması istenilen şey, akdin konusu (mebî') dur. O da mevcut değildir. Olmayan bir şeyin satımı ise caiz değildir. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.s.) insanın yanında olmayan şeyi satmasını yasak etmiştir. Mevcut olduğu halde kişinin mülkü olmayan bir malı satması da caiz olmaz. Hiç mevcut olmaması durumunda öncelikle caiz olmaz. Ama Hanefiler insanların yaygın uygulamalarından dolayı bu konudaki kıyası terk etmişlerdir. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.s.) zamanından günümüze kadar hiçbir müçtehidin itirazı ile karşılaşmadan istisnâ' (ısmarlama) yoluyla muamele yapmışlardır. İnsanların, hiç bir müçtehidin itirazı olmadan yaptıkları uygulama, önemli bir delildir. Hz. Peygamber (s.a.s.); "Müslümanların güzel gördükleri bir şey Allah katında da güzeldir" ve "Ümmetim sapıklık üzere birleşmez" (İbni Mâce, Fiten 8) buyurmuştur.

Bu, ücretle hamama girmeye benzer. Çünkü orada kalış süresi ve kullanılan suyun miktarı belli değilse de insanlar hiç bir itiraz olmadan öteden beri bunu uygulaya gelmişlerdir. Yaygın uygulanmasından dolayı, sırttan kan alınacak kısmın miktarı belli değilse de ücretle kan aldirmek caizdir. Hz. Peygamber (s.a.s.)'in ısmarlama (istisna' akdi) yoluyla yüzük (mühür) ve minber yaptırdığı sabittir. Bu hadis sabit olunca, ona aykırı olan her türlü kıyas terk edilir.

"İstisna" bir sözleşmedir. Bu akit kıyasa göre caiz değil, ama istihsâna göre caizdir.

Ebû Hanîfe "istisna" da sipariş verilen şeyin, borç bir mebî olduğunu, borç olan mebî'nin de, selem sözcüğü söylendiğinde olduğu gibi ancak selem olabileceğini söyler. Bu konunun açıklaması, söylediğimiz şekildedir; sipariş verilen mal, satılan mal (mebî)'dir. Vâde ancak borçlarda söz konusudur. Bunda vâde sabit olduğuna göre anlıyoruz ki, o zimmette borç olan mebîdir. Sözleşmede muteber olan maksattır. Bununla akitler birbirlerinden ayrılır. Söze itibar edilmez. Nitekim bir kimse birisine "bu malı sana on dirhem karşılığında verdim" dese, bu bir satıştır. "Bu evin bir aylık oturumunu on dirheme sana verdim" demişse bu da kira olur. Bunlardan anlıyoruz ki, akitlerde itibar lafza değil, maksadadır (Serahsi, XII/139).

Burada Mecelle'nin " Nâsın isti'mali bir huccettir." (Mec. m. 37) prensibi "meşakkat teysiri celbeder". (Mec. m. 17) "Akitlerde itibar mekasıt meaniyedir, elfaz ve mebaniye değildir." (Mec. m. 3) prensibi ve "Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir" (Mec. m. 2) prensipleri kullanılmıştır.

1.3. Sarf Akdinde (es-Sarf) Küllî Kâidelerin Kullanılışı

1.3.1.Ebu'l-Eş'as es-San'ânî şöyle demektedir: Ubâde İbn Samit Şam'da irad ettiği bir hutbede şunları söyledi: “Ey insanlar: Sizler ne olduğu bilinmeyen pek çok satım türü ortaya çıkardınız. Dikkat ediniz, ister külçe ister işlenmiş olsun, altın altınla eşit bir şekilde tartılarak değiştirilir. Dikkat ediniz, ister külçe ister işlenmiş olsun gümüş gümüşle aynı şekilde değiştirilir. Ancak peşin olmak şartıyla gümüş ile altının değiştirildiği bir sarf akdinde gümüşün fazla olmasında bir sakınca yoktur. Fakat vâdeli olarak yapılan değişimler caiz değildir. Dikkat ediniz, buğday buğdayla değiştirilirken iki müdd'ün karşılığı yine iki müdd'ür. Dikkat ediniz, arpa arpayla değiştirilirken iki müdd'ün karşılığı yine iki müdd'ür. Ancak peşin olmak şartıyla buğday ile arpanın değiştirilmesi durumunda arpanın (veya buğdayın) fazla olmasında bir sakınca yoktur. Fakat vâdeli olarak yapılan değişimleri caiz değildir.” Ubâde İbn Samit daha sonra hurma ve tuzla ilgili olarak da aynı şeyleri söyleyip şunları ekledi: “Kim artırır yada artırılmasını isterse faize bulaşır.” Bu rivayet faizli sözleşmelerin fasit olduğunu gösterir. Zira Ubâde İbn Samit: “Sizler ne olduğu bilinmeyen pek çok satım türü ortaya çıkardınız” derken halkın uygulamaya koyduğu faizli akitleri kast etmektedir. Ayrıca hacim ölçüsüyle ölçülen (mekîlat) mallarda faizin meydana gelebilmesi için ağırlığın yarım sâ' olması gerekir. Çünkü O'nun hutbesinde geçen “iki müdd'ün karşılığı yine iki müdd'ür” sözü bundan ibarettir. Yine bu rivayet göstermektedir ki faiz almak nasıl haramsa vermek de aynı şekilde haramdır. Zira bir şeyin artırılmasını isteyen kimse aynı zamanda alan, artıran ise aynı zamanda verendir. Fakat faiz dolayısıyla verilecek uhrevi ceza ile tehdit edilmeleri bakımından ikisi de eşittir (Serahsi, XIV/8).

Burada Mecelle'nin “Alınması yasak olan şeyin verilmesi dahi yasaktır”

(Mec. m. 34) maddesi kullanılmıştır.

1.3.2. Bir kimse külçe altın veya gümüş karşılığında gümüş bir kap satın aldıktan sonra o kabın başka birisine ait olduğu ortaya çıkarsa yapılan satım sözleşmesi geçersiz hale gelir. Hatta bu kap akit meclisinde bulunsa bile hüküm böyledir. Dinar ve dirhem başka birisine ait olduğu anlaşılınca bunları satanın alıcıya mislini vermesi gerekir ve sarf akdi geçersiz hale gelmez. Çünkü kap belirtildiği zaman belirli hale gelirken para bu şekilde belirli hale gelmez. İşte dinar veya dirhem başka birisine ait olduğu anlaşılınca ilk teslim alma işlemi ortadan kalkar, geçersiz hale gelir. Ancak ikinci

teslimin meclis sonuna bırakılması yapılan akde bir zarar vermez. Ama kabın bir başkasına ait olduğu anlaşılınca, akit konusu mal teslim edildiği için bu teslim alma işlemi geçersiz hale gelir. Ancak bu durum akdi geçersiz kılmaktadır. Nitekim bilindiği gibi satım sözleşmesinin kapla ilgili hükmü mülkiyetin gerekliliğidir. Zaten bu yüzden kabın akit yapılırken akdi yapan kişinin mülkiyetinde bulunması ve onu teslim edebilmesi imkânına sahip olması şart koşulmuştur. Buna göre kap, satım konusu mal (mebî) olmaktadır. Bu bakımdan kabın bir başkasına ait olduğunun ortaya çıkması yapılan sözleşmeyi geçersiz kılar. Para ise yukarıda da açıkladığımız gibi bundan farklıdır. Yalnız belirttiğimiz bu hükümler asıl hak sahibinin akde icazet vermemesi durumunda geçerlidir. Ama icazet verilirse akit geçerlilik kazanır. Çünkü akdin sonunda verilen icazet, akit başında verilen izin gibidir (Serahsi, XIV/8).

Burada: “Akdin sonunda verilen icazet başında verilen izin gibidir.” Prensibi gerekçe olarak kullanılmıştır.

1.3.3. İmam Muhammed, Ebu Hureyre'nin rivayet ettiği şu hadisi zikretmektedir: “Cahiliyye döneminde insanlar bir kimse kuyuya düşerek öldüğünde bu kuyuyu, bir hayvan herhangi birisini yaraladığında bu hayvanı, birisinin üzerine maden uçtuğunda bu madeni o kişinin diyeti sayarlardı. Sahabe bu konuyu Hz. Peygamber'e sorduklarında şu cevabı aldılar: “Hayvanların verdiği zarar herhangi bir sorumluluk gerektirmez. Kuyu ve madenler de böyledir. Rikaz'da ise beşte bir vardır. “Sahabe “Rikaz nedir?” diye sorduğunda Hz. Peygamber (s.a.s.) “Allah'ın (c.c.) yeryüzünü yarattığı zaman yaratmış olduğu altındır(maden)” cevabını verdi (Buhari, zekât 66, şirb3,diyet 28,Müslim hudud 45).

Bu hadiste geçen “el-Acmâ” kelimesi hayvan anlamına gelir. Hayvanların konuşma yeteneği olmadığı için onlara bu isim verilmiştir. Zaten bilindiği gibi fasih/anlaşılır ve düzgün konuşamayan kimseye de “A'cemî” adı verilir. Yine hadisteki “cübâr” kelimesi “hederdir, herhangi bir tazmin sorumluluğu yüklemeyiz” anlamına gelir. Bu hadis, hayvanların vermiş olduğu zararların bir sorumluluk doğurmayacağını göstermektedir. Çünkü hayvanın, sahibine böyle bir sorumluluk yüklemesi mümkün olmadığı gibi kendisinin bu tür bir sorumluluğu yüklenecek bir zimmeti de yoktur. Bazı rivayetlerde ise “(Arka) ayağın yol açtığı zararlar herhangi bir sorumluluk gerektirmez.” Şeklinde dir. Bu şu anlama gelir: “Hayvan ayağı ile teptiği zaman onu sevk eden ve önden yeden

kişinin tazmin sorumluluğu yoktur. Çünkü bunu önleme imkânı bulunmamaktadır. Ancak hayvanın ısırması dolayısıyla doğan zarar veya ön ayakları ile verdiği zararlar tazmin edilir. Çünkü hayvanın sırtında olan kimsenin gemini çekmek suretiyle bunu önleme imkânı vardır (Serahsi, XIV/14).

Burada Mecelle'nin "Hayvanatın kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı, hederdir" (Mec. m. 94) kuralı kullanılmıştır.

1.3.4. Bir kimse birisinden yüz dinar karşılığı bin dirhem aldığı halde taraflardan hiç birisi paranın niteliklerini vs. belirtmemişse o ülkede tedavülde olan halkın kullandığı paranın verilmesi gerekir. Çünkü insanlar kendi aralarındaki muamelelerde tedavülde olan parayla ödeme yapmayı örf haline getirmişlerdir. Akdin mutlak olarak yapılması durumunda da ödemenin tedavülde olan parayla yapılacağı kabul edilir. Zira örf ile belirlenmiş bir husus nassla belirlenmiş gibi kabul edilir. İmam Muhammed bunu açıklama mahiyetinde şunları söylemektedir: Eğer Kufe'de bulunuyorsa akit de Kufe dinarı üzerinden yapılmış olacaktır.

Çünkü gerek dinar gerekse dirhem, tedavülde olduğu yöreye göre ayar bakımından farklılıklar taşır. Açık olan şudur ki, herhangi bir insan herhangi bir parasal işlemde bulunursa o yörede örf olarak ödeme vasıtası kabul edilen tedavüldeki parayla tasarrufta bulunur.

Ancak ödeme vasıtası örf olarak belirlenmemiş ve tedavülde birden çok ve birbirinden farklı paralar bulunuyorsa mutlak olarak yapılan akit geçersizdir. Ancak paranın nerede basıldığını ve niteliğini belirtirse akit geçerlidir. Bu da örneğin "Nisabur dinarı, Kufe dinarı" gibi bir açıklama ile olur. Yalnız bu paraların eşit derecede tedavülde olması gerekir.

Çünkü akit mutlak olarak yapıлып sadece dinar veya dirhem denmişse hangi basım paranın tercih edileceği bilinemez ve dolayısıyla belirtilen (müsemma) bedellerin nitelikleri belirsiz (meçhul) olarak kalır. Böyle bir belirsizlik ise anlaşmazlığa yol açar. Talep etme konumundaki taraf en üstün olan paranın verilmesini isterken karşı taraf en düşük parayı vermek ister. Tarafların her ikisi de bu iddialarını "akdin mutlak olarak yapıldığı" gerekçesine dayanarak delillendirirler. Bu yüzden taraflar hangi basım paranın ödeneceğini belirtmedikçe akit geçerlilik kazanmaz.

Akit yapılan bölgede kullanımı örf haline gelmiş para bulunmasına rağmen, akdi yapan kişi, niteliklerini belirttiği bir paranın verilmesini şart koşarsa, akit şart koşulan para üzerinde meydana gelir.

Çünkü genel olarak kullanılan para örfе göre belirlenir. Ancak örfün aksine bir belirleme yapılırsa artık örf dikkate alınmaz. Nitekim bir kimsenin önüne sofrayı kurup ona yemek sunmak örfе göre bunu yemesi için izin vermek anlamına gelir. Ancak açık bir şekilde “Bu sofradan yeme” demişse artık örfе göre hareket edilmez.

Sarf akdini yapan taraflar anlaşmazlığa düşüp birisi; “Sen benim lehime olmak üzere örf halinde kullanılan paradan daha üstün olan aynı cinsten bir parayı şart koşmuşsun” derken diğeri “Hayır, ben senin için böyle bir şart ileri sürmedim” diyorsa her iki taraf da bedeli ödemekle yükümlü olur.

Çünkü tarafların bedelin niteliği konusunda anlaşmazlığa düşmeleri miktarı konusunda anlaşamamaları gibi değerlendirilir. Zira bedel, zimmet borcudur. Zimmet borcu ise nitelikleri açıklanarak bilinir. Yine paranın iyi ve katkısız olanı, katkı maddeli olanından farklıdır. Hatta ikisi de aynı anda bulunduğunda biri diğerdenden farklıdır (Serahsi, XIV/18).

Burada Mecelle'nin “Örfle tayin nasıla tayin gibidir.”(Mec. m. 43,44,45) Kâideleri kullanılmıştır.

1.3.5. Bir kimse birinden yüz dinar karşılığı bin dirhem alır ve bu akit için kendine bir gün muhayyerlik hakkı tanınmasını şart koşarsa şu ihtimaller söz konusudur:

a. Taraflar birbirinden ayrılmadan önce muhayyerlik hakkı iptal edilirse yapılan sözleşme geçerli olur.

b. Muhayyerlik hakkı iptal edilmeden önce taraflar bedelleri karşılıklı olarak teslim alıp, birbirlerinden ayrılmışlarsa akit geçersizdir (fasit).Çünkü bu durumda akit tamamlanmadan önce birbirlerinden ayrılmışlardır. Bu hükmün gerekçesini şu şekilde açıklamamız mümkündür; Muhayyerlik hakkı, akdin birinci derecedeki sonuçları (akdin hükmü) ile ilgili ek bir unsurdur. Bu bakımdan akdi, “şarta bağlanan bir akit” haline getirmektedir. Çünkü söz konusu şahsın “bana muhayyerlik hakkı tanınacak şekilde” tarzındaki sözü bir şarttır ve bu şartı, sebebin (mülkiyeti devreden akit) kendisine ek bir

unsur saymak mümkün değildir. Zira satım sözleşmesi şarta bağlanamaz. Bu yüzden söz konusu muhayyerlik şartı akdin birinci derecedeki sonuçlarına eklenmiş bir unsur kabul edilir. Şayet muhayyerlik sebebe eklenebilseydi zaten akdin birinci derecedeki sonuçlarına da eklenmiş olacaktı. İşte muhayyerlik hakkının sebebe değil de akdin hükmüne ek bir unsur kabul edilmesi durumunda aldanma riski daha da azalır. “Malın teslim alınması (kabz)” akdin hükmü, birinci derecedeki sonucudur. Şarta bağlı bir hüküm ise şart gerçekleşmeden önce hiç yokmuş gibi kabul edilir. İşte taraflar birbirinden ayrılmadan önce muhayyerlik hakkı düşürülürse her iki taraf da teslim işlemini tamamladıktan sonra ayrılmış olurlar. Ama muhayyerlik hakkı düşürülmeden önce taraflar birbirinden ayrılırlarsa her iki taraf da teslim işlemini tamamlamadan önce ayrılmış olurlar. Bu hüküm bizim(Serahsi) İmam Züfer’e aykırı olarak kabul ettiğimiz şu kural üzerine kurulur ; “fesat unsuru iyice yerleşmeden önce ortadan kaldırılırsa hiç olmamış gibi kabul edilir.” . Müddeti daha kısa veya daha uzun olsun muhayyerlik hakkı satıcı lehine veya her iki taraf lehine tanındığı zaman da hüküm böyledir.

Altın veya gümüş kap, süslemeli kılıç, inci ve mücevher gibi süs taşları zarar vermeden çıkarılamayacak olan altın gerdanlık gibi değişime konu olan mallardaki hüküm de budur. Çünkü gerdanlığın taşlar dışında kalan altın kısmında ileri sürülen muhayyerlik şartı akdi geçersiz (fasit) hale getirir. Bu da söz konusu akdin gerdanlığın tamamında geçersiz olduğu anlamına gelir. Çünkü bu gerdanlığı zarar vermeksizin parçalara ayırmak mümkün değildir. Ancak (altın veya gümüş) kaplama gem vb. mallarda ileri sürülen muhayyerlik hakkı geçerlidir. Çünkü kaplama maddesinin ayrılması mümkün değildir. Bu bakımdan yapılan sözleşme bir sarf akdi değildir. Zaten bilindiği gibi selem ve sarf akitleri dışında kalan satım türlerinde muhayyerlik hakkının şart koşulması mümkündür. Bu bizim (hanefilerin) şu prensibimize dayanmaktadır: Alış-verişi fesada uğratan unsur, akit tam olarak gerçekleşmeden kalkarsa, sanki hiç yokmuş gibi olur (Serahsi, XIV/23).

Burada Hanefi âlimlerin kullandığı ve kâide olarak isimlendirilen “Müfsit akit tam olarak oluşmadan önce zail olursa, o zaman sanki hiç yokmuş gibi olur.” kâidesi kullanılmıştır.

1.3.6. Peşinden menfaat gelen karz akdi yasaklanmıştır. Şayet bu şart koşulmuşsa ya da öyle bir örf varsa yasaktır. Ama lütfen bir fazlalık verilmişse bunda bir sakınca yoktur.

Hatta menduptur. Bununla ilgili olarak, Şu olayı zikredebiliriz Hz. Ömer, Übey İbn Ka'b'a on bin dirhem borç vermişti. Übey'in ise Acl denilen yerde bir hurmalığı vardı. Übey, burada yetişen taze hurmalardan Hz. Ömer'e hediye göndermiŐ fakat o bunları iade etmişti. Übey bir gün Hz. Ömer ile karŐılaŐtı ve ona; " O hurmaları sana, benden olan alacağın için hediye ettiğimi mi zannediyorsun? Bunları geri al!" deyince Hz. Ömer "tamam, hediyemizi geri aldık" cevabını verdi. Biz de bunu kabul ederiz. Zira Hz. Ömer normalde kendisine verilen hediyeleri kabul ettiği halde bunu reddetmiŐtir. Çünkü o, söz konusu hurmaların Übey'den olan alacağı dolayısıyla kendisine hediye edildiğini zannediyordu. Bu ise ödünç olarak verilen malın yarar sağlaması anlamına gelir. Fakat Übey, Hz. Ömer'e bu hurmaları borcu dolayısıyla vermediğini açıklayınca o da hediyeyi kabul etmiştir. İŞte bu, konuyla ilgili temel kuraldır. Zaten bu yüzden biz Şöyle deriz: "Ödünç akdi sırasında Şart koşulan artı yararlar 'yarar sağlayan ödünç akdi' kapsamında değerlendirilir. Ama akit sırasında Şart koŐulmamıŐsa bunda bir sakınca yoktur." Bu bakımdan borçlu, Şart koşulduğu için aldığından daha iyisini öderse bu helal olmaz. Çünkü bu durumda yarar sağlayan bir ödünç akdi söz konusudur. Ama Şart koŐulmamıŐsa böyle bir ödeme Şeklinde bir sakınca yoktur Zira bu, borcun ödenmesi bakımından takip edilen en güzel metottur ve mendup bir uygulamadır Bunu Şu Şekilde açıklayabiliriz. Atâ Şu hadisi rivayet etmektedir: Hz. Peygamber birisinden birkaç dirhem borç almıŐtı. Fakat bu borcunu fazlasıyla ödeyince sahabe ona " fazlasıyla mı ödüyorsun ey Allah'ın Resulü" diye sorduklarında Hz. Peygamber "Biz bu Şekilde ölçeriz" cevabını verdi. İŞte Şart koŐulmaksızın fazlasıyla ödemek caiz olduğu gibi daha kaliteli para vermek de caizdir.

Şayet bu muamele biçimi, yani karz akdinde borç verenin menfaatlanması açık bir örf haline gelmemiŐse, o zaman helal olur. Yok, eğer bu açık bir örf haline gelmiŐse, o zaman bundan kaçınmak gerekir. Çünkü maruf olan sanki Şart koşulmuş gibidir (Serahsi, XIV/36).

Burada "Maruf olan Şey sanki Şart koşulmuş gibidir." (Mec.m. 43,) prensibi kullanılmıştır.

1.3.7. Bir Şahıs, gümüş işlemeli bir kılıcın kendisine ait olduğunu iddia etse, iddia ettiği Őahısla 10 dinara anlaşsalar ve 5 dinarı aldıktan sonra bir birlerinden ayrılırsalar veya ayrılmadan önce kalan 5 dinara da bir elbise alıp onu kabzetmiş olsa bu durumda

bakılır: Eğer peşin olarak verilen dinar gümüş işleme kadarsa ve ona karşılıksa, o zaman bu sulh gerçekleşmiş olur. Çünkü peşin para gümüş işlemenin karşılığıdır. Kılıcın karşılığının olmaması sulha zarar vermez.

Eğer peşin para gümüş işlemeden az ise sulh geçersizdir. Çünkü gümüş işlemenin parasının bir kısmı peşin verilmemiştir. (Sarf akdinde peşinlik esas olduğundan ve de gümüş, sarf kurallarına göre alınıp satıldığından bu sulh gerçekleşmemiş olur.) Bu geçersizlik bütün bir sulh akdi için söz konusudur. Çünkü akdin bir kısmı geçersiz olursa, tümü geçersiz olur (Serahsi, XIV/72).

Burada “Akit bir şeyin bir kısmında batıl olursa, tümünde batıl olur.” Kâidesi kullanılmıştır.

1.3.8. Bir şahıs “şu gümüş işlemeli kılıcı sana 100 dirheme sattım; 50 dirhemi gümüş işlemesi için peşin, 50 dirhemi de kılıcın karşılığı olarak veresiye olursa o zaman caiz olur. Bu şekilde değil de “ben şu kılıcı 100 dirheme sattım, bunun 50 dirhemi hem kılıç hem de kılıcın (altın veya gümüşten olan) süslemeleri için peşin, 50 dirhemi de hem kılıç hem de süslemeleri (altın veya gümüşten) için veresiyedir dese” ve alıcı ile satıcı bu şekilde birbirlerinden ayrılıp gitseler, alış-veriş fasit olur. Çünkü burada süslemelerin parasının bir kısmında vâde söz konusudur. Kılıcın süslemelerinin altın veya gümüşten olması ve sarf akdinin konusu olan bu nesnelere veresiye satışın olmaması dolayısıyla bu satım akdi fasittir. Ayrıca kılıç süslemeleriyle beraber bölünemeyen tek bir nesnedir. Akit bölünemeyen nesnenin bir kısmında fesada uğrarsa, tümünde fasit olur (Serahsi, XIV/88).

Burada, Ebu Hanife'nin sıklıkla kullandığı“Akit bir şeyin bir kısmında geçersiz olursa, tümünde geçersiz sayılır.” prensibi, kullanılmıştır.

BÖLÜM 2: KİRA VE HİZMET AKİTLERİNDE (EL-İCÂRE) KÜLLÎ KÂİDELERİN KULLANILIŞI

2.1. Bir Kişi bir dokumacıya ip vererek bu ipten yedi arşına dört arşın (7x4) boyutlarında bir kumaş dokumasını ister de dokumacı bundan daha büyük veya küçük dokursa ip sahibi seçim hakkına sahiptir. Dilerse dokumacıya ipinin mislini tazmin ettirir, kumaşı da ona teslim eder. Dilerse kumaşı alarak ücreti teslim eder. Ancak dokunan kumaş, sözleşmede belirtilen boyutlardan daha küçük ise ip sahibi bunun ölçüsüne göre ücret verir. Ücretin miktarı akitte belirtilenden fazla olamaz. İp sahibinin seçim hakkına sahip olmasının sebebi akdin şartının değişmiş olmasıdır.

Şöyle ki; dokumacı akitte belirtilenden daha geniş bir kumaş dokuduğunda, o kumaş, istenilenden daha ince olmuş olur, akitte belirtilenden daha küçük boyutlarda kumaş dokuduğunda istenilenden daha kalın olur. Tabi ki bu durum dokumacının kullanacağı ip sınırlandırılmışsa geçerlidir. İp sahibi bu konuda bir sınırlandırma yapmaz da dokumacı, akitte belirtilenden daha büyük ebatlarda kumaş dokursa, belirtilenden daha fazla miktarda ip kullanmış olur. Akitte belirlenenden daha küçük ebatlarda kumaş dokursa belirtilenden daha az miktarda ip kullanmış olur. İşte akdin şartındaki bu değişiklik sebebiyle ip sahibi seçim hakkına sahiptir. İp sahibi dilerse dokumacının kendisinin şartına aykırı davranması yönünü esas alarak onun fiilini bir gasp gibi kabul eder ve kendi ipinin mislini ona tazmin ettirir, kumaş da dokumacının olur. Bu durumda dokumacı, tıpkı ipi gasp ederek onu dokuyan kişinin durumunda olduğu gibi, ücret alamaz. İp sahibi dilerse yapılan işe, sıfat olarak sözleşmeye aykırı olsa bile aslen (dokuma fiilinin kendisinin bulunması itibarıyla) uygun olması sebebi ile razı olur, dokumacıya ücretini verir. Ancak kumaş akitte belirtilen ebatlardan küçükse ücretini tam vermez (Serahsi, XV/87).

Burada Mecelle'nin "Ücret ile z'aman müctemi olmaz" (Mec. m. 86) kuralı kullanılmıştır.

2.2. Dokumacı tarafından dokunan kumaş, istenilenden daha büyük ebatlarda ise dokumacı istenilen işle birlikte fazlasını yapmış olduğundan, ip sahibi ona akitte belirtilen ücreti verir, fazlalık için ise ayrıca bir bedel belirtilmediğinden dokumacı bu fazlalık için bir ücret isteyemez. Dokunan kumaş istenilenden daha küçük ebatlarda ise ip sahibi kumaşın büyüklüğüne göre ücret verir.

Bu Şu anlama gelmektedir: İp sahibi akitte Şart koştuğu kumaşın ebatları ile yapılan kumaşın ebatlarını değerlendirir. Şart koşulan kumaşın ebatları yediye dörttür. Bu ise yirmi sekiz zira' yapar. Dokumacının dokuduğu kumaş mesela yediye üç ise bu yirmi bir zira' yapar. Bu durumda istenilen işin dörtte üçünün yapılmış olduğu anlaşılır, dolayısıyla ip sahibi de akitte belirtilen ücretin dörtte üçünü öder. Hanefi âlimlerinin çoğu bu durumda ip sahibinin dokumacıya akitte belirlenen ücretinin dörtte üçünü vereceğini söylemiştir. Çünkü belirtilen ücretin tümü yirmi sekiz zira' karşılığındadır. Dokumacının yaptığı yirmi bir zira' ise bunun dörtte üçüne tekabül etmektedir.

Nitekim bir kişi, belirli bir ücret karşılığında yirmi sekiz tuğla yapmak üzere bir Şahsı ücretle tutsa o kişi de yirmi bir tuğla yapsa ücretin dörtte üçünü hak eder

Bana göre (İmam Serahsi) en doğru olan dokumacıya, akitte belirlenenin dörtte üçünü geçmemek Şartıyla emsal işçilik ücretin verilmesidir. Çünkü kumaşın kıymeti uzunluk ve geniŐliĐine göre değişmektedir. Tıpkı kadının dış giysisinde olduğu gibi, kumaşın boyunun uzun olması onun değerini düşürebileceği gibi, eninin fazla olması da değerini artırabilir.

Yine kumaşın eninin değil de boyunun uzun olması, tıpkı sarıkta olduğu gibi kumaşın değerini artırabilir. Bu durumda akitte belirtilen ücreti, kumaşın uzunluğuna göre belirlemek bu Şekilde mümkün olmamaktadır.

Tuğla meselesi ise bundan farklıdır. Çünkü tuğlalar değer bakımından birbirine bağlı değildir. Bu Şekilde konuyu ifade ettikten sonra anlaşılmaktadır ki kumaŐta ücretin uzunluk ölçüsüne göre belirlenmesi mümkün olmaz, bu sebeple ip sahibi dokumacıya emsal işçilik ücreti öder. Ancak bu emsal ücret belirlenen ücretin dörtte üçünü aşamaz. Çünkü dokumacı, Şart koşulan Şekilde kumaşı dokumuŐ olsaydı, alacağı ücretin dörtte üçü belirlenen ücretin dörtte üçüne denk olurdu. Dokumacı akde uygun davrandığında bu miktara razı oluyorsa, akde aykırı davrandığında bu miktara elbette razı olur. Bu sebeple işinin emsal ücretini almasına hükmedilmiŐtir. Bu emsal ücret de akitte belirlenen ücretin dörtte üçünü aşamaz. İmam Muhammed "Dokumacıya yaptığı iş karşılığında akitte belirtilen kadar ücret verilemez" derken buna işaret etmiş gibidir. İp sahibi dokumacıya kalın örmesini Şart koşar da o ince örerse durum yine belirttiğimiz gibidir. İnce örülmesi Şart koşulduğu halde dokumacı kalın örerse kendisine akitte belirlenen ücreti geçmeyecek Şekilde emsal ücret ödenir. Çünkü ip sahibi, dokumacının

şart koşulan vasfa uygun iş yapması halinde belirlenen ücretin tümünü ödemeyi üstlenmiştir. Hâlbuki dokumacı işi bu vasıflarda yapmamıştır. Zira kumaşın kıymeti incelik ve kalınlığına göre değişir. Bazı zamanlarda kalın kumaş tercih edilirken bazı zamanlarda ince kumaş tercih edilebilir. Bu sebeple emsal ücretin ödenmesi yoluna gidilmesi gerekli olmuştur. Belirlenen kalınlıktan fazla olan miktar için bir değer belirlenmediğinden ve dokumacı akitte belirlenen ücrete razı olduğundan dokumacıya verilecek emsal işçilik ücreti, akitte belirlenen ücreti aşamaz. İp sahibi dokumacıya, ona ait ipten bir rıtl eklemesini emreder de dokumacı “ben kendime ait ipten bir rıtl ekledim” der ip sahibi “hayır eklemedin” derse yeminle birlikte ip sahibinin sözü kabul edilir. Bu akdin caiz olma sebebi de şudur, ip sahibi eklenmesini istediği ipi dokumacıdan ödünç almıştır, ödünç aldığı bu iplik kendisine ait olan kumaşa eklendiğinde ipi kabzetmiş olur, dokumacı kumaş sahibinin ipi ile çalışmış olmaktadır. Ancak ipin tümü dokumacıdan olursa sipariş veren kişi burada ipi ödünç alarak kabzetmiş kabul edilemez. Bu sebeple dokumacı kendi ipi üzerinde çalışmış olur.

Yukarıda belirttiğimiz meselede dokumacı diğer şahsa bir rıtl ipi ödünç olarak verip teslim ettiğini iddia etmekte, kumaş sahibi ise bunu inkâr etmektedir. Bu durumda yemin ile birlikte inkâr edenin sözü kabul edilir. Dokumacının şahit getirmesi gereklidir, çünkü ödünç hükmü ile ipi teslim ettiğini ve karşı tarafın zimmetinde borç bulunduğunu isbat etmek zorunda olan odur. Dokumacı şahit getirirse kumaş sahibinden kendisine ait olan ipi alır. Çünkü şahitler ile sabit olan bir şey, hasmın ikrarı ile sabit olmuş gibidir. Dokumacının şahitleri bulunmazsa kumaş sahibi “bildiğim kadarıyla o kendi ipini kullanmadı” şeklinde yemin eder. Çünkü bu durumda o başkasının fiili üzerine yemin etmektedir. Bu şekilde yemin ederse borçtan kurtulur, yeminden kaçınırsa bu kaçınma, borcu ikrar gibi kabul edilir (Serahsi, XV/88).

Burada mecellede bulunan “Beyyine müddei ve yemin münkir içindir.” (Mec. m. 76) “Delille sabit olan hasmın ikrarıyla sabit olan gibidir” (Mec. m. 75) kuralları kullanılmıştır.

2.3.1. Bir kimse, değirmenciye bir miktar buğdayı, bir dirhem ve buğdaydan elde edilecek unun dörtte biri karşılığında öğütmek üzere teslim etse bu akit fâsit olur. Bunun fasit oluşu değirmencinin ölçüğünün yasaklanması hakkındaki hadisın tefsiri sebebiyledir. Bir meselede hüküm nassla sabit olur ve hükmün illeti de bilirse, hüküm

bu illete dayanarak fer'e de intikal eder. Bu meselenin fer'lerinden birisi de şudur; bir kimse bir miktar buğdayı, bundan elde edilecek yağın bir rıtılı(1 litre kadar olan bir sıvı ölçüğü) karşılığında sıkılmak üzere bir şahsa teslim etse bu da fâsit olur. Yine kişi bir koyunu, bir dirhem ve etinden bir rıtıl teslim etmek üzere bir şahsı ücretle tutarsa bu akit de fâsit olur. İmam Muhammed “el-Asl”da şöyle demektedir: “Hadiste hayvanın sulbündeki meninin, hayvanın karnındaki cenînin ve hayvanın yavrusunun satışı yasaklanmışken canlı bir koyunun eti karşılığında bir kişi nasıl ücretle başkasını tutabilir?”. İmam Muhammed bununla şunu kastetmektedir: Ücret muayyen olduğunda o tıpkı muayyen bir mebi' gibi olur. Hayvanın sulbündeki meninin ayn olarak satılması caiz değildir. Hadiste yer alan “Hablü'l-huble” ise bu devenin karnındaki hayvanın doğuracağı yavrudur. İnsanlar câhiliye devrinde bu tür satışları yapmayı âdet haline getirmişlerdi. İslam garar (aldatma) satışını yasaklamak suretiyle bütün bunları iptal etmiştir. İmam Muhammed canlı koyunun kesilmesi sonucunda ondan elde edilecek bir parça karşılığında kasap tutmanın caiz olmamasına hayvanın memesindeki sütün ve sırtındaki yünün satılması konusundaki yasağı da delil olarak getirmiştir. Bundan anlaşılmaktadır ki hayvanın sulbündeki şeyin bedelli bir akitle temlik caiz değildir. Kasap bu fâsit şarta bağlı olarak hayvanı boğazlarsa emsal ücreti hak eder. Çünkü akdin fâsit olması sebebiyle üzerinde çalıştığı şeyin hiç bir kısmını elde edemez. Bu durumda o, kendisinin ortak olmadığı bir şeyde, fâsit bir akde bağlı olarak başkası adına çalışmış olmaktadır, dolayısıyla da emsal ücreti hak eder. Bu ücret akitte belirlenenden daha fazla olamaz. Çünkü bu miktarın üzerindeki kısım akitte belirtilmemiştir. Ayrıca kasap, belirtilen ücrete razı olmuştur, zira akitte belirlenen ücret belirli olduğunda bununla rıza gerçekleşmiş olur. Değirmenci, dirhemle birlikte bir kafiz(bir hacim ölçüsü) iyi buğday almayı şart koşmakla birlikte “senin teslim ettiğin buğdayların unlarından” demese akit caiz olur. Çünkü un, satış akdinde bedel olmaya elverişli ölçükle satılan mallardandır, dolayısıyla ücret olmaya da elverişlidir.

Bir kimse dokumacıya bir miktar ip vererek, bu iple örülecek kumaşın bir zira'ı veya miktarı belirli şayi' bir cüzü karşılığında akit yapsa, mezhepteki açık görüşe göre bu caiz olmaz. Çünkü bu, değirmenci ölçüğü ile aynı türdendir Yağın çıkarmak için verilen susamın ücretinin, çıkacak olan yağdan ödenmesi; kesmek (koyun, keçi) için anlaşılan kimseye ücretinin, keseceği davarın etinden vermek şeklinde taahhüt edilmesi bu kabil meselelerdendir.

Hem sonra diri bir koyunun etinin ücret olarak verilmesi hayvanların karnındaki ceninlerin satılması da yine hadislerde yasak olduğu belirtilen şeylerdir. Cahiliyye döneminde devenin karnındaki yavrusu satılıyordu, ancak İslam bunları ortadan kaldırdı ve garar satış olarak nehyetti. Yine memedeki süt, hayvanın sırtındaki yün gibi daha hayvanın üzerinde olan şeylerin satılmasının nehyini ve bunların akitlerde ıvaz(karşılık) olmasının caiz olmayışını buradan çıkarmaktayız. Şayet böyle bir ücret karşılığında çalışılmışsa, bu kişinin ücreti misil ücrettir. Çünkü bu kişi akdin fesat olmasıyla üzerinde anlaşılan fasit ücreti alamaz. Her ne kadar burada belirlenmiş olan ücrete ücreti veren razı olsa bile bu, caiz değildir. Çünkü belirlenmiş olan ücret malum olursa, işte orada rıza geçerli olur. Rıza ancak, öğütölmek üzere verilmiş ve 1 dirhemle beraber 1/4 ölçek iyi un vermek şartıyla yapılmış ve azaltılmamış olan akitte geçerlidir. Çünkü un ölçülebilir ve malum olan bir şeydir. Alış verişte semen olmaya müsait olmasından dolayı kira da ücret olmaya elverişlidir. Bunun gibi dokumacıya ip verilir ve dokuduğu kumaşın bir kısmının kendisine verilmesi şartıyla anlaşma yapılırsa, bu anlaşma mezhebin zahirine göre caiz değildir. Bu tıpkı değirmencinin ölçeceği gibidir. Ama İmam-ı Azam, üstadından buna fetva verdiğini nakleder ve bunun Neseî’te açık bir örf olduğunu söyler. Çünkü kıyas istisna akdinde olduğu gibi örfle terk edilebilir. (Serahsî şöyle demektedir:) Hocamız (el-Hulvânî), kendi hocasının bunun caiz olduğuna fetva vererek şunu söylediğini naklederdi: “Bu konuda Bizim bölgemiz Neseî’te yaygın bir örf bulunmaktadır. Buna cevaz verilmemesi, nassta yer alan hükme kıyas yolu ile varılan bir hükümdür. Hâlbuki bilindiği gibi istisna akdi (sipariş sözleşmesi)nde olduğu gibi kıyas, örf sebebi ile terk edilir. Hem sonra bunda bir yarar da bulunmaktadır. Çünkü dokumacı kumaştan pay alırsa onu daha hızlı dokur, işinde daha ciddî olur”.

2.3.2. Bir kimse bir şahsa bir miktar susam vererek “bunun kabuklarını soy, menekşe ile kaynat ve suyunu sık. Bunun karşılığında sana bir dirhem vereceğim” dese bu akit fâsit olur. Çünkü şart koşulan menekşe miktarı bilinmemektedir. Bundaki bilinmezlik anlaşmazlığa götürür. Şu durum bundan farklıdır; bir kimse boyacıya, onun kendi boyası ile boyaması şartıyla bir elbise verirse bu caiz olur. Çünkü her elbisede kullanılan boyanın miktarı, hem boyacılık mesleği ile uğraşanlar hem de boyacı olmayanlar tarafından bilinir. Bu durumda taraflar arası anlaşmazlık meydana gelmez. Çünkü elbisedeki renk görölmektedir. Ancak kaynatılan yağdaki koku bilinmemektedir. Bu kokunun miktarı kaynatılırken konulan menekşenin durumuna göre farklılık

gösterir, dolayısıyla burada taraflar arasında anlaşmazlık olur. Belirttiğimiz iki mesele arasındaki farkı şöyle açıklayabiliriz: Boyacının boya miktarını bildirmesi imkânsız olabilir. Çünkü o, elbiselerin tümünü toplayarak bir defada boyamaktadır. Bu sebeple buna itibar etmek gerekli olmaz. Ancak kabukları ayıklayan kişi insanların susamlarını birbirine karıştırmaz. Bunu yaparsa susamları tazmin eder. Bu kişi her bir şahsın verdiği susamları ayrı ayrı kaynatır, dolayısıyla bu şahsın kullandığı menekşe miktarını bildirmesi imkânsız değildir, bu sebeple bu şart koşulmuştur.

Susamları veren kişi “bir kafiz menekşe karşılığında kaynatman şartıyla” derse akit caiz olur. Aynı şekilde bu susama katılacak menekşenin miktarı tâcirler tarafından bilinmekte ise bu da caiz olur. Çünkü örfen bilinen bir şey şart ile bilinen şey gibidir. Bu bilindiğinde taraflar arasında anlaşmazlık meydana gelmez. Bu sebeple biz bunun caiz olduğuna hükmettik. Bununla sipariş sözleşmelerinden hangilerinin caiz olup olmadığı anlaşılmış olmaktadır.

2.3.3. Bir kimse bir ayakkabıcıya deri vererek belirli bir ücret karşılığında kendisine belirli vasıflarda bir çift mest yapmasını ister. Yalnız ayakkabıcının bunun yanında mestlerin altını deri kaplamasını ve içine de astar dikmesini de şart koşarsa, daha sonra astar ve mestin altına konulacak tabanlarını kendisine tarif ederse bu şekilde yapılan akit geçerli olur. Çünkü bu örfen uygulanan bir akittir. Hakkında örf bulunduğu için mestler üzerine sipariş akdi yapılması caiz olunca, astar ve ayakkabının altındaki kaplama üzerine caiz olması önceliklidir.

Özetle söylemek gerekirse kıyasa aykırı olmasına rağmen yukarıdaki tüm uygulamalar açık örften dolayı caiz görülmüştür Bu konuda nassa aykırı olmayan örf göz önüne alınmıştır. Diğer akitlerde olduğu gibi sipariş akdinde de belirlenmiş örf önemlidir (Serahsi,XV90).

2.3.1., 2.3.2., 2.3.3. maddelerde Mecelle'nin “Örflerle tayin nasıla tayin gibidir.”(Mec. m. 43,44,45)maddeleri ile “ Bir meselede hüküm nassla sabit olur ve hüküm illeti de bilirse, hüküm bu illete dayanarak fer'e de intikal eder.” kuralı kullanılmıştır.

2.4. 2.3.3. maddedeki durumda, ayakkabıcı deriye bitişik olarak bir iş yaptığından dolayı, bu işte bir bozukluk olsa bile deri sahibinin seçim hakkı yoktur. Aslında astar ve taban konusunda deri sahibinin seçim hakkı olmalıydı. Çünkü deri sahibi bunları

görmeksizin satın almıştır. Buna rağmen İmam Muhammed deri sahibinin derinin aslında seçim hakkına sahip olmadığını söylemiştir. Çünkü deri kendisinin mülküdür. Ayrıca astar ve taban da deriden ayrı olarak ayakkabıcıya geri verilemez. Hem bu akitte astar ve taban tâbi konumundadır, akitten beklenen asıl amaç ayakkabıcının yapacağı iştir. Nitekim astar ve taban ile birlikte mest daha sağlam olur, mest bunlara değil deriye nisbet edilir. Deri sahibi, akitten beklenen asıl amaç olan iş ve bu akitte asıl olan deri konusunda seçim hakkına sahip olmadığı gibi tâbi olan şeylerde de seçim hakkına sahip değildir.

Ayakkabıcı, işi bozuk yaptığında deri sahibi dilerse derinin değerini ona tazmin ettirir, çünkü o ayakkabıcının bozuk değil, düzgün iş yapmasını istemiştir. Ayakkabıcı işin aslı konusunda deri sahibine uygun davranmakla birlikte yaptığı işin bozuk olması bakımından da ona aykırı davranmıştır. Bu sebeple deri sahibi dilerse onun bu aykırı hareketini göz önünde bulundurur ve ayakkabıcıyı bir gâsıp gibi kabul ederek derinin kıymetini kendisine tazmin ettirir. Dilerse işin aslı bakımından akde uygun davranmasını göz önünde bulundurarak vasıfta değişiklik olduğu halde işi kabul eder, ayakkabıcıya çalışmasının emsal ücretini verir, astar ve tabanın sebep olduğu artışı da öder. Deri sahibi akitte belirlenen ücretten daha fazlasını vermez. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi akitte belirlenen ücret, işin düzgün yapılması karşılığında verilir. İş bozuk olduğunda emsal ücretle, meste eklenen şeylerin değeri ödenir. Çünkü deri sahibi astar ve tabanı satın almıştır. Bunlar kendi derisine birleştiğinde de onları kabzetmiş olmaktadır

Ancak daha kuvvetli görüşe göre İmam Muhammed'in o bu meselede belirttiği "kendisine verilecek ücret, akitte belirlenenden daha fazla olamaz" sözü hem ücret hem de astar ve tabanlarla ilgilidir. Çünkü astar ve taban, ayakkabıcının yaptığı işe tâbidir. Bu sebeple de burada akit caiz olmuştur. Eğer akdin asıl konusu astar ve taban olsaydı bu akit caiz olmazdı. Bunlar akitte asıl amaç değil de tâbi konumunda olduğundan, tâbi olan asla göre değerlendirilir. Asl olan şey, yani ücret akitte belirlenenden fazla olmayınca, tâbi konumunda olan şey için de aynı durum söz konusu olur (Serahsi, XV/90).

Burada Mecelle'nin "Vucutta bir Őeye tabi olan hűkűmde dahi ona tabi olur"(Mec. m. 47)maddesi"Tabi olan Őeye ayrıca hűkűm verilmez." "(Mec. m. 48)maddeleri ile "Ŭcret ile z'aman műctemi olmaz" (Mec. m. 86) kuralı kullanılmıŐtır.

2.5. Bir kimse bir ayakkabıcıya bir çift mest yaptırır ve ayakkabıcı bunları bitirdikten sonra sipariŐi veren "ben senin bu Őekilde yapmanı istemedim" der, ayakkabıcı da"bana bu Őekilde yapmamı emrettin" derse, bu konuda izin sipariŐ veren tarafından aŐıklandığından bu meselede yemine gerek olmaksızın onun sűzű kabul edilir. űnkű yemin, cevap vermesi gereken bir iddia da gerekli olur. Hâlbuki sűz konusu meselede bu durum bulunmamaktadır. űnkű zanatkâr, akde aykırı davranmamıŐ olsa bile sipariŐ veren malı kabul etmekten kaçınabilir, bu durumda kendisinden yemin talep etmenin bir yararı bulunmamaktadır. Aynı Őekilde iŐi yapan zanatkâr bu konuda delil ileri sűrdűğűnde de sipariŐ veren aleyhine bir baėlayıcılık sűz konusu olmamaktadır. űnkű Őahitler /delil ile sabit olan Őey, hasmın ikrarı ile sabit olmuŐ gibidir. SipariŐ veren kiŐi "senden bu Őekilde yapmanı istemiŐtim, ama ben bunu almak istemiyorum" dese, gűrmeme sebebi ile kendisinin muhayyerliėi bulunduėundan bunu yapma hakkına sahip olur (Serahsi, XV/93).

Burada Mecelle'nin "Delille sabit olan ıyanen- hasmın ikrarıyla- sabit gibidir"(Mec.m. 75) maddesi kullanılmıştır.

2.6. KiŐi boyacıya bir elbise teslim ederek bunu HâŐimî űleėinin dűrtte biri miktarındaki aspur(boya tűrű) ile bir dirhem karŐılıėında boyamasını ister de o kiŐi bir kafız aspur ile elbiseyi boyar ve kumaŐ sahibi bunu ikrar ederse, kumaŐ sahibi seim hakkına sahip olur; dilerse boyacıya elbisenin kıymetini tazmin ettirir dilerse elbiseyi alarak boyanın elbisenin deėerine yaptıėı katkıyı űcretle birlikte űder. Bu Őu anlama gelmektedir: HâŐimî űleėinin dűrtte biri bir sa' yapar bu da bir kafizin dűrtte biridir. KumaŐ sahibi sanki boyacıdan boyayı bol kullanmamasını istemiŐ o ise bolca kullanmıŐtır. Bu durumda yaptıėı iŐin aslı bakımından elbise sahibine uymakla birlikte iŐin sıfatı bakımından aykırı davranmıŐtır. Bu sebeple elbise sahibi seim hakkına sahip olur.

Âlimler Őűyle demiŐlerdir: Bu konuda hűkűm; boyacının elbiseyi HâŐimî űleėinin dűrtte birine gűre boyayıp boyamamasına, boyayı artırarak bir kafize tamamlayıp yahut da bir seferde bir kafizle boyamasına gűre deėiŐir. Boyacı űnce kumaŐı HâŐimi

ölçeğinin dörtte biri ile boyamışsa elbise sahibi seçim hakkına sahiptir; dilerse elbisesinin beyaz olarak kıymetini tazmin ettirir, dilerse boyacıya elbisenin Hâşimi ölçeğinin dörtte biri ile boyanmış halini tazmin ettirerek, ücretini öder. Çünkü boyacı kendisine şart koşulan işi yapmıştır. Bu noktada boyacı sanki bir açıdan boyanın kumaşa bitişmesi sebebiyle kumaş onu kumaş sahibine teslim etmiş daha sonra teslim sona ermeden işin vasfını değiştirmiştir. Elbise sahibi dilerse bu değişime razı olmaz elbisesinin beyaz olarak kıymetini tazmin ettirir. Dilerse değişiklikle birlikte razı olarak elbisenin Hâşimi ölçeğinin dörtte biri ile boyanmış olarak kıymetini tazmin ettirir, işçiye de ücretini öder. Dilerse elbiseyi alır, işçiye ücretle birlikte fazladan kullanılan dörtte üç kafizlik aspurun elbiseye kattığı kıymeti öder. Çünkü boyacı bu meselede, bir elbiseyi dörtte bir boyanmış olarak gaspedip onu dörtte üç kafizle boyayan gasıba benzemektedir.

Boyacı bir seferde kumaşı bir kafiz aspur ile boyarsa elbise sahibi seçim hakkına sahiptir; dilerse ona elbisenin beyaz olarak kıymetini tazmin ettirir. Dilerse elbiseyi alarak kendisine boyanın değerini öder, ücret ödemez. Çünkü işçi, kendisine şart koşulan işi yapmamış, daha işin başında kendisinden istenen şeye aykırı davranmıştır. Ayrıca boyanın değerine itibar etmek şarttır, ücrete itibar edilmez. Çünkü bunlardan biri diğerine tâbidir, ikisi bir arada bulunmaz. Nitekim ücretin gerekli olduğu yerde boyanın değerine bakılmaz. Burada ise elbiseye kattığı değer sebebiyle boyanın değerini ödemek gerekli olduğu için ücrete itibar edilmemektedir. Bu ayrım Ebu Yusuf'a aittir.

İmam Muhammed'e göre ise; bir kimse boyacıya bir dirhem karşılığında bir men aspur kullanarak boyamak üzere bir elbise verse, boyacı da bir defada bu elbiseyi iki men ile boyasa elbise sahibi seçim hakkına sahip olur; dilerse boyacıya elbisesinin beyaz olarak değerini tazmin ettirir, dilerse kendisine boyanın değeri ile birlikte bir dirhem ücret verir. İbn Sema'a şöyle demektedir: "İmam Muhammed'e sordum: Elbise sahibi boyacıya niçin iki men boyanın değerini tazmin etmiyor? İmam Muhammed şu şekilde cevap verdi: Çünkü elbise sahibi şöyle düşünmektedir: "Ben onu aldattım, çünkü boyacı boyanın değeri karşılığında bir dirheme razı oldu, hâlbuki boyanın değeri beş dirhem olabilir". İmam Muhammed'den yapılan bu nakile göre boyacı miktara razı olduktan sonra fazlalığı tazmin ettiremez. Bu sebeple elbise sahibi boyanın kıymeti ile birlikte boyacıya ücreti vermektedir. Ayrıca boyacı elbiseyi bir defada boyamış olsa bile kumaş

boyayı peyderpey çekmektedir. Akitte şart koşulan boyayı çektiğinde ücret gerekli olur. Bunun için bir defada boyaması ile iki defada boyaması eşittir.

Böyle bir boyama aspurun dörtte biri ile yapılamayacak şekilde ise ve bu da biliniyorsa boyacının sözü kabul edilir. Çünkü “Hakk, zahirin lehine şahadet ettiği kimsenindir.” (Serahsi, XV/97).

Burada “Ücret ile z’aman müctemi olmaz” (Mec. m. 86) kuralı ve “Söz (hakk) zahirin lehine şahitlik ettiği kimsenindir” prensibi kullanılmıştır.

2.7. Bir kimse bir kumaş boyacısına bir elbise verse ve boyacı o elbiseyi sahibinin istediği şekilde kırmızıya boyasa, boyacının bu elbiseyi, “1 dirheme boyadım” demesine karşılık, elbise sahibi “hayır, 2 Daniğe boyadım” dese... Burada boyanın elbiseye kattığı değere bakılır. Eğer elbisede bir dirhemlik ve bundan daha çok bir artış varsa, boyacıya iki Daniğe boyamadığına dair yemin ettirdikten sonra 1 dirhem hakkın boyacıya ait olduğuna karar verilir. Ama boyama sonucu elbisenin değeri 2 daniklikten daha aşağı artmış ise, o zaman elbise sahibine 2 Daniğe boyattığına dair yemin ettirilir ve boyacıya 2 danik vermesi gerektiğine karar verilir. Çünkü “Hakk, zahirin lehine şahadet ettiği kimsenindir.” (Serahsi, XV/97).

Burada da “Söz (hakk) zahirin lehine şahitlik ettiği kimsenindir”, prensibi kullanılmıştır.

2.8. Herhangi bir kişi bir dirheme ayakkabı tabanı satın alır ve satıcının bu tabanın tasmaını da dikmesini şart koşarsa bu konuda insanlar arasında örf bulunduğundan istihsanen caiz olur. Akdin kendisi örfen caiz olunca, akitteki şart örfte bulunduğunda caiz olması önceliklidir. Yine bir kişi bir satıcıdan on dirhem karşılığında elbise dikmesi şartıyla bir kumaş satın alırsa bu akit fasit olur. Çünkü bu içinde kiralama şart koşulan bir satış akdidir. Bu bedelin bir kısmı elbisenin dikimi için olursa, bu satım akdi içinde şart koşulmuş bir kira akdi olur. Dikme karşılığında bir bedel bulunmazsa bu satın akdi içinde şart koşulmuş bir yardım olur. Her ikisi de akdi bozmaktadır. Meste taban dikilmesini şart koştak da kıyasa göre böyledir. Ancak meste ve nalın dikilmesinde örften dolayı istihsanen caiz olmaktadır. Halbuki bu meselede bir örf bulunmamaktadır, bu sebeple burada kıyasa göre hüküm verilir.

Kişi bir ayakkabıcıya bir çift taban tasması ve bir çift taban getirerek belirli bir ücret karşılığında bunlardan bir ayakkabı yapması için onu ücretle tutarsa bu akit caiz olur. Bu kişi belirli taban tasmalarının kullanılmasını şart koşsa ve bunları ayakkabıcıya gösterse ayakkabıcı da buna razı olsa daha sonra buna göre ayakkabıları dikse istihsanen yine caiz olur. Altına kaplama yapıлып yamayan mestler konusundaki hüküm de böyledir. Ancak kişi cübbe ve kaftanın işçi tarafından astarlanıp doldurulmasını şart koşarsa bu farklıdır. İki mesele arasındaki fark örfte dayanmaktadır.

Bu meselede kişinin ayakkabıcıya tabanları ve bunların tasmalarını göstermesi şart koşulmuştur. Daha sağlam olan görüşe göre bunları göstermek şart değildir. Arada herhangi bir anlaşmazlık kalmayacak şekilde gösterdiğinde bu yeterli olur, çünkü göstermesini şart koşturmak bazı zorluklara sebep olabilir.

Kişi gömleğin yeninin terzinin malzemesinden yapılmasını şart koşarsa, bu konuda bir örf bulunmadığından bu akit fasit olur. Aynı şekilde bina ustasına tuğla ve kireci kendi malzemesinden kullanmasını şart koşarsa bu akitte fasit olur.

Bu cinsten, işçinin kendisine ait malzemedan muayyen olmayan bir miktarını kullanmayı şart koşturma durumunda akit fasit olur. Ancak daha önce açıkladığımız gibi örfte uygun olanlar bunun dışındadır. İşçi işi yaptığında bu işi yaptıranın ait olur. İşçi kullandığı malzemenin işe kattığı ek değer ile birlikte emsal ücretini alır. Çünkü işi yaptıran kişi satın aldığı şeyi fasit akit ile satın almıştır. İşçinin yaptığı şey bu şahsın mülkünün bir vasfı olduğundan geri vermesi de imkânsız hale gelmiştir. Bu şahıs fasit akit ile işçinin hizmetinden faydalandığından işçi emsal ücreti hak eder (Serahsi, XV/102).

Burada mecellede bulunan “Ücret ile z’aman müctemi olmaz” (Mec. m. 86) kuralı “Örfle sabit olan, nassla sabit olan gibidir” (Mec. m. 43,44,45)kâideleri ile “Meşakkat teysiri celbeder”(Mec.m.17) kâidesi kullanılmıştır.

2.9.1. Bir sütanne, kendisine her yıl üç Züt elbisesi verilmesini şart koşar ve sütten kesme tarihinde de kendisine; belirli miktarda dirhem, kadife, yün elbise, yaygı verilmesini şart koşarsa Ebu Hanife’ye göre diğer hizmet sözleşmelerinde değil, yalnızca bu konuda istihsan deliline göre bu akit caiz olur. Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve İmam Şafî’ye göre ise caiz olmaz, bu aynı zamanda kıyasa uygun olan

görüştür. Sütannenin, kendisine yiyecek verilmesini şart koşması konusunda da imamlar arasında aynı şekilde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Kıyasın dayandığı delil şudur; Bu bir hizmet sözleşmesidir. Bu sebeple tıpkı diğer kira ve hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi ücretin bildirilmesi şarttır. Yiyeceğin ise cins, miktar ve niteliği bilinmemektedir. Giyecekte de aynı durum söz konusudur. Bu bilinmezlik, tıpkı diğer kira ve hizmet akitlerinde olduğu gibi akitte ücret olarak belirlenmeye engel olur. Çünkü bu tarafları anlaşmazlığa götürür. Sütanne tutulması konusunda da böyledir. Bu, hadis tarafından desteklenen bir kıyastır. Çünkü Rasulullah (s.a.s.) şöyle buyurmuştur:“Ücretle bir kişiyi tutan, ona ücretinin ne olduğunu bildirsin”(Buhari,İcâre1,7,12).Bu şekilde kurulan bir sözleşmede sütanne, emzirme görevini yerine getirirse emsal ücrete hak kazanır. Çünkü o, fasit bir akit hükmüne dayanarak akdin konusunu yerine getirmiştir. Ancak, kadını ücretle tutan kişiler; akit sırasında ücret olarak; cinsi, uzunluğu, genişliği, inceliği belirli bir elbise belirlerseler ve bunun için bir süre verseler, yiyecek olarak da her gün belirli bir ölçek un belirlerseler bu durumda tıpkı diğer kira ve hizmet akitleri ile satım sözleşmelerinde olduğu gibi burada da sözleşme geçerli olur.

Ebu Hanife şu ayeti delil olarak ileri sürmüştür:“Süt emziren kadınların, örfü uygun olarak beslenmesi ve giyimi çocuğun babasına aittir” (Bakara, 2/233). Bu âyette kastedilen, boşama sonrasında süt emzirme ücreti olarak kadının alacağı şeydir. Nitekim aynı âyette“Onun benzeri mirasçılar üzerine de gerekir” (Bakara, 2/233) buyrulmuştur. Âyette sözü edilen, evlilik nafakası değil, süt emzirme ücretidir.

Aklî delil de şudur; İnsanlar bu akdi bu nitelikte yapmayı örf haline getirmişlerdir. Bu uygulamayı geçersiz kılan bir nass da bulunmamaktadır. İnsanları bu âdetten vazgeçirmek zorluk doğurur. Çünkü sütanneler ev halkından sayılmazlar. Dış görünüşe göre insanlar, eşlerinin giyecek ve yiyeceklerini belirlemeden sakındıkları gibi sütanneler için giyecek ve yiyecek belirlemeden de sakınırlar. Bu durum diğer kira ve hizmet akitlerinde caiz olmaz, çünkü bunun olması o akitlerde anlaşmazlık doğurur, oysa burada öyle bir durum bulunmamaktadır. Çünkü süt emzirmek üzere kadını tutan kişiler kadına yeterli olacak yiyeceği vermekten çekinmezler. Çünkü sonuç olarak bunun yararı süt emen çocuğa dönecektir. Hatta kimi zaman sütanne tutanlar, sütün bol olması için kadının normal doyum halinden daha fazlasını bile yemesini isterler. Aynı şekilde bu kişiler, sütannenin yiyeceğini karşılamaktan da kaçınmazlar. Çünkü çocuk, o

kadının bakımındadır. Ayrıca bu akitte, bedellerin birisinde diğerk akitlerde gösterilmeyen kolaylık ve genişlik gösterilmiştir. Çünkü kira ve hizmet akitlerinde ayn akdin konusu olamazken bu akitte gerçekte bir ayn olan süt akdin konusu olmaktadır. Bu sebeple diğerk bedel konusunda da, başkaka akitlerde bulunmayan bir genişlik gösterilir. Bu şekilde yapılan akit Ebu Hanife'ye göre caiz olduğundan kadın, akitte belirlenen eşya ve giyeceğinin orta hallisini almaya hak kazanır. Çünkü kadın bedelli bir akitte mutlak olarak belirtmekle buna hak kazanamaz. Dolayısıyla nasıl ki mehir olarak bir köle veya Herat kumaşı belirlendiğinde bunların orta hallisini almaya hak kazanıyorsa bu akit için de aynı durum söz konusudur. Çünkü verilecek şeyin, orta halli olarak belirlenmesi her iki tarafın da yararınadır (Serahsi, XV/120).

Sütanne, çocuğun anne-babası tarafından hamur yapma, yemek pişirme veya ekmek yapma gibi konularda yükümlü tutulsa bile bunların hiç birisini yapması gerekmez. Çünkü o, akitle yalnızca süt emzirmeyi yüklenmiştir. Söz konusu işler ise süt emzirme ile ilgili değildir. Bu sebeple kadının bunları yapması gerekli değildir. Ancak kendisi isterse yapabilir. Çocuğun bakımıyla ilgili konular, elbisesinin yıkanması, çocukları büyütmede kullanılan yağ ve güzel koku sürme vb. işler ise sütannenin görevidir. Çünkü bunlar süt emzirme işiyle ilgilidir.

Çocuk yemek yiyebiliyorsa, sütannenin çocuğa bu yiyecekleri satın alması gerekli değildir. Çünkü o, çocuğu yiyeceklerle değil, sütüyle beslemeyi üstlenmiştir. Bunların tümü çocuğun ailesinin sorumluluğundadır. Ancak kadın bunları çocuğa hazırlamak zorundadır. Çünkü bu da süt emzirme ile ilgilidir.

İmam Muhammed yağ ve güzel koku sürmeyi kadının görevleri arasında saymakla birlikte yemek yedirmeyi belirtmemiştir. Bu, Kûfe halkının âdetine uygun olarak verilmiş bir hükümdür.

Bu konuda her bölgenin kendi örfü göz önüne alınır. Bu, kira ve hizmet sözleşmelerinde temel bir prensiptir. Akdin kapsamına girdiği halde akit içinde şart koşulmayan bütün konularda her yörenin örfü dikkate alınır. Bu sebeple İmam Muhammed süt emzirme konusunda Kûfelilerin âdetini dikkate alarak şöyle demiştir: Süt kabı ve süt süzgecini sağlama kadının görevidir. Yine örf göz önüne alınarak iplik ve iğne ise terziye ait olur. Fason kumaş dokutmada, parlaticı maddeyi temin etmek dokumacıya değil, kumaş sahibine aittir. Bir yöredeki örf bunun aksine ise bu konuda örf dikkate alınır

2.9.2. Mezar üzerine toprak atma görevinin kazıcıya ait olması örfе göredir. Ekmeği fırından çıkarma ekmek pişirenin görevidir. Çorbayı tabaklara boşaltma, düğün yemeği yapmak üzere tutulmuş aşçının görevidir. Aşçı belirli miktarda yemek pişirmek üzere tutulmuşsa, yemeği boşaltmak onun görevi değildir, çünkü bu konuda örf bulunmamaktadır. Yükün eve sokulması, yükü sırtında taşıyan hamala aittir. Örfе göre bu eşyayı evin üstüne veya odaya taşıma onun görevi değildir. Bir kimse evine kadar yük taşımak üzere bir yük hayvanı kiralarsa, yükün hayvan sırtından indirilmesi, hayvanı kiraya verene aittir. Yükün eve sokulmasında da örf dikkate alınır. Semeri sağlamak hayvan sahibinin borcudur. Harar ve ipin kime ait olduğu konusunda örfе bakılacağı gibi, eyer ve gemin kimin tarafından sağlanacağı konusunda da örfе bakılır. Bu, temel prensiptir. Akdin kapsamına girdiği halde akit sırasında şart koşulmayan şeylerde anlaşmazlık durumunda örfе başvurulur, sorun bu şekilde giderilir (Serahsi, XV/121)

2.9.1.ve 2.9.2. maddelerde“Örflle sabit olan, nassla sabit olan gibidir” (Mec. m. 43,44,45)hukuki kuralları, ayrıca “Meşakkat teysiri celbeder”(Mec. m. 17) kâidesi de kullanılmıştır.

2.10. Çocuğun yakınları, kadının çocuğu kendi evlerinde emzirmesini şart koşarlarsa bu caiz olur. Nitekim diğer hizmet sözleşmelerinde işveren işçinin işi kendisinin evinde yapmasını şart koşarsa bu caiz olur. Çünkü bu şartı koşmak çocuğun yakınlarının yararınadır. Sütanne onların evinde çocuğa baktığında, kendi evinde göstermediği özeni gösterir. Hatta sütanne, çocuğun ailesinden uzak kalmasına dayanamayabilir. Akitte herhangi bir faydası olan şart geçerlidir (Serahsi, XV/128).

Burada “Akutte herhangi bir faydası olan şart geçerlidir.” kâidesi kullanılmıştır.

2.11. Bir kimse çocuğunu kadına ait evde emzirmek üzere bir sütanne tutsa kadın da çocuğa koyun sütü verse ve onu kendisi için yararlı diğer gıdalarla beslese, iki yıl olduğunda kadının sütü bulunsun bulunmasın ücret almaya hak kazanamaz. Çünkü sözleşmedeki bedel süt emzirme karşılığındadır. Oysa bu kadın süt emzirmemiş, çocuğa koyun sütü vermiştir. Çocuğun ailesinin istediği çocuk için yararlı olan şeydir. Kadının yaptığı ise çocuğun bünyesi için zararlıdır. İnsanoğlu ancak insan sütü ile sağlıklı bir biçimde beslenip büyüyebilir.

Çünkü burada maksat çocuğun maslahatıdır. İnsanoğlu kendi cinsinin sütünden başkasıyla tam anlamıyla büyüyüp gelişmeyeceğinden, burada maksada aykırı hareket vardır.

Kadın yaptığı işi inkâr ederek “ben ona kendi sütümü emzirdim” derse yeminle birlikte kendisinin sözü kabul edilir. Çünkü dış görünüş kendisini desteklemektedir. Çocuğun sağlıklı olması kadının ona kendi sütünü emzirdiğine delil olmaktadır. Çocuğun ailesi kendi iddialarına dair delil getirirlerse, kadın ücret alamaz. Çünkü delil ile sabit olan, karşı tarafın ikrarı ile sabit olmuş gibidir. Her iki taraf da delil getirirse kadının delili kabul edilir. Çünkü o, kendisini ücretle tutan kişilerin zimmetinde bir borç bulunduğunu ve şart koşulan işi yerine getirdiğini ispat etmektedir. İki delilden ispat eden diğerinden üstün olur (Serahsi, XV/129).

Yukarıda sırasıyla “Bir işten maksat ne ise, hüküm ona göredir.” (Mec. m. 2), “Beyyine müddei ve yemin münkir içindir.” (Mec. m. 76) “Delille sabit olan hasmın ikrarıyla sabit olan gibidir” (Mec. m. 75) “Hakk, zahirin lehine şahadet ettiği kimsenindir.” Kâideleri kullanılmıştır

2.12. Bir kimse başka bir kişiden bir yıllığına belirli bir ücret karşılığında ev kiralsın ve bu evi ne için kiralayacağını belirtmese bu caiz olur. Çünkü bu akitteki amaç örf ile bilinmektedir. Kişi örf'e göre evi oturmak için kiralar. Hüküm de buna dayandırılır. Nitekim eve mesken / oturulacak yer adı verilir. Örf ile bilinen bir şey, açıkça şart koşulmuş gibi kabul edilir. Bu şekilde evi kiralayan kişi orada kendisi oturabileceği gibi, dilediği kişileri de oturtabilir. Çünkü evde oturma bakımından insanlar farklılık göstermezler. Ayrıca kişi evde ancak ailesi, çocukları, bakımını üstlendiği yakın veya uzak kişilerle birlikte oturur. Evde çok kişinin oturması eve zarar vermez, aksine evin mamur olma niteliğini arttırır. Çünkü evin harap olması, evde oturan kimse bulunmadığında olur. Kişi kiraladığı eve istediği kumaş, eşya ve hayvan koyabilir. Çünkü evde oturma ancak bunlarla tamamlanır. Bu örfle bilinmektedir. Kişi evde abdest almak, elbise yıkamak, odun kırmak vb. gibi dilediği işleri yapabilir. Çünkü evde oturmak genellikle bu işlerle olur. Bu sebeple söz konusu durumlar evde oturma kapsamına girmektedir. Bu işlerden mutad olanlar binaya zarar vermez. Eve değirmenci, demirci, çamaşırcı yerleştirme ise bunun dışındadır. Çünkü bu işler eve zarar verir. Kişi bunu ancak ev sahibinin izni ile yapabilir. Akit yapılırken de bu şart

koşulur. Bundan kastedilen su değirmeni veya öküzlerin kullanıldığı değirmendir. El değirmenine gelince, kişinin evine bundan koymasına engel olunamaz. Çünkü bu binaya zarar vermez. Ayrıca bu genellikle evde oturmakla ilgili bulunan işlerdendir.

Özetle söylemek gerekirse, mutlak (kayıtsız) olarak yapılan bir kira sözleşmesinde kiracı, binayı bozan veya zayıflatan hiç bir şeyi yapma konusunda hak elde edemez. Ancak akitte bunu şart koşarsa o zaman yapabilir. Binayı bozmayan şeyleri yapma hakkını ise kayıtsız yapılan akitle elde eder. Çünkü binayı bozmayan oturma, satılan malın kusursuz olma niteliği gibidir. Kişi kayıtsız yapılan bir akitle bunu elde eder. Binayı zayıflatan şeyler ise; satılan malın kaliteli olması, kölenin yazmayı ve ekmek yapmayı bilmesi gibidir.

Kişi şart koşmadıkça bu nitelikte mal veya köle almaya hak kazanamaz. Buna göre odun kırmada, mutad olan ölçüde kırmak binayı zayıflatmaz. Bundan daha fazla olur da binayı zayıflatırsa, ev sahibinin izni olmaksızın yapamaz.

Kişi aylığı belirli bir ücret karşılığında ev kiralarsa, kiraladığı eve binek hayvanını, devesini, koyununu bağlayabilir. Bu, evde hayvanları bağlamak üzere hazırlanmış bir bölüm, yani ahır bulunduğu böyledir. Evde ahır yoksa, bizim bölgemizde kiracının evde ahır yapma hakkı yoktur. Çünkü Buhara’da evler insanlara bile dar gelmektedir. Bu durumda oraya hayvanlar nasıl sığdırılır? İmam Muhammed’in belirttiği hüküm Kûfe’de evlerin geniş olması sebebiyle yerleşik olan âdete göre verilmiş bir hükümdür.

Kiracı evinde dilediği kişiyi oturtabilir. Çünkü onun bir misafiri gelip yanında günlerce kalabilir. Kiracı ücretli veya ücretsiz olarak evinde bir arkadaşını oturtmaya ihtiyaç duyabilir. Daha önce açıkladığımız gibi bu binaya zarar vermez, dolayısıyla kiracının bunu yapmasına engel olunamaz (Serahsi, XV/130).

Burada“Örflle sabit olan, nassla sabit olan gibidir” (Mec. m. 43,44,45) kâideleri kullanılmıştır.

2.13. Kiracı, kiraladığı bedelden daha yükseğine evi bir başkasına kiralarsa, fazlalığı tasadduk eder. Ancak binada tamir veya tadilat yapmış ise bu durumda fazlalığı alması kendisine helal olur. İmam Şafii ye göre bu fazlalık her durumda kişi için helal olur. İmam Şafii bu görüşünü kabul ettiği şu temel prensibe dayandırmıştır: Menfaatler hükmen, mevcut olan aynlar gibidir. Dolayısıyla akit ile kişi bu menfaatlere sahip olur,

evin teslim edilmesiyle kendisine teslim edilmiş olur. Bu şuna benzer; Bir kimse bir şey satın alır ve teslim aldıktan sonra onu satar da kâr ederse kâr kendisine helal olur. Çünkü bu, kendisine helal olan bir mülkten elde ettiği kârdır.

Hanefiler ise şöyle demektedir: Kiracı evi teslim alsın bile menfaatler onun tazmin yükümlülüğüne girmemiştir. Ev yıkıldığında kiracının ücret ödeme yükümlülüğünün bulunmaması da bunu göstermektedir. Öyleyse bu kişinin kendi tazmin yükümlülüğünde bulunmayan bir şeyden elde ettiği kârdır. Oysa Hz. Peygamber (s.a.s.) kişinin tazmin yükümlülüğünü üstlenmediği şeyden kâr elde etmesini yasaklamıştır. Ayrıca menfaatler, bedel ödeme hükmü bakımından mal ve mütekevvin olma hükmünün ancak akitte belirlenmekle kazanır. Nitekim âriyet alan kişi, menfaate sahip olsa bile malı kiraya verememektedir. Çünkü âriyet veren kişi ona “bu malın menfaatini sana temlik etti Onun menfaatini sana ait kıldım” demektedir. Bununla birlikte kişi kiraya verememektedir. Çünkü bu menfaatler karşılığında kararlaştırılmış bir bedel bulunmamaktadır. Bu meselede de aynı durum söz konusudur. İlk akitte kararlaştırılan bedelden daha fazla olan miktarda, menfaat karşılığında kararlaştırılmış bir bedel bulunmamaktadır. Bu sebeple ilk kiracının ilk bedelden fazlasını alma hakkı bulunmaz. Bundan anlaşılmaktadır ki menfaatler ayn gibi değildir. Çünkü hibe yolu ile bir ayn’a sahip olan kişi, onu satarak bedelini alabilir. İlk kiracı evin değerini artırıcı bir katkıda bulunmuşsa (tadilat)/ eve kendiliğinden bir şey katmışsa ikinci kiracıdan aldığı fazla ücret buna karşılık sayılır. Dolayısıyla fazladan aldığı ücret karşılıksız olmamış olur. Yine ilk kiracı, kiraladığı evi başka bir iş için kiraya verirse bu durumda fazladan ücret alması caiz olur. Çünkü yararlanmanın cinsi değiştiğinde farklılık ancak değer belirlemede meydana gelir. Akit ise bunu gerektirmemektedir. Yararlanmanın cinsi bir olduğunda ise kişi bizzat borçlandığı şeyi geriye tahsil etmekte bunun yanında kesin olarak bir fazlalık elde etmektedir. Bundan dolayı fazlalığı tasadduk etmesi gerekir. Çünkü bu kirli bir kazanç ile elde edilen bir kârdır (Serahsi, XV/131).

Burada Mecelle'nin “Bir şeyin nefi (fayda) z’amanı (tazmin garantisi) mukabilindedir” ve “Nimet külfete göredir” (Mec. m. 85,88) kâideleri kullanılmıştır

2.14. Kiracı evden çıktığında geride toprak veya külden oluşan bir çöp bulursa, bunu çıkarma görevi kiracıya aittir. Çünkü bu çöpler onun fiili ile birikmiştir. Başkasının mülkünü bu çöple dolduran kiracıdır. Bu sebeple evden çıkmak istediğinde onu

boşaltma görevi de kendisine aittir. Ancak bu, yerin üzerinde olup görünen pislikler hakkında geçerli bir hükümdür. Kanal vb. gibi şeylerin temizlenmesi ise istihsan deliline göre kiracının görevi değildir. Kıyasa göre bu da önceki gibidir. Çünkü kiracının fiili ile toplanmış bir pisliktir. İstihsan delilinin iki dayanağı vardır. Birincisi örfdür. Evden çıktığında kiracının kanalı temizleme yükümlülüğü örfte bulunmamaktadır. Kira akdi konusunda örfün esas alınacağı açıklanmıştı. İkincisi; kanal kapalı olduğundan temizlenmesi için kazmak şarttır. Bu ise kiracının, sahip olmadığı şeyde tasarruf etmesidir, dolayısıyla bunu yapması gerekli değildir. Görünen pislikleri temizlemede ise binayı yıkmak, çukur kazmak vb işlemlere ihtiyaç yoktur. Bu sebeple kiracı bunları çıkarmakla yükümlüdür.

Açıkta bulunan toprak hakkında ev sahibi ile kiracı anlaşmazlığa düşse kiracının evi bu toprak orada dururken kiraladığı hakkındaki sözü kabul edilir. Çünkü ev sahibi kiracı yönünde hak iddia etmektedir ki, bu da söz konusu yerdeki toprağın boşaltılmasıdır. Yine ev sahibi kendi mülkünün bu toprakla sonradan doldurulduğunu iddia etmektedir. Kiracı ise bunları inkâr etmektedir. Bu yüzden onun sözü kabul edilir.

Banyo açık olsun, tavanlı olsun burada su biriktiğinde bunları süpürterek boşaltma görevi kiracıya aittir. İnsanlar arasında yerleşik bulunan örf bu şekildedir. Ayrıca bu su yerin üzerinde açıkta bulunmaktadır, insanlar bunun kokusundan rahatsız olmasın diye üzerine tavan vurulmaktadır. Ayrıca banyo dolu olduğunda, bulunduğu hal üzere bırakılmak için doldurulmaz, aksine dolduğunda boşaltılır. Bu sebeple atık suyu boşaltma onu doldurana aittir. Kanal ise böyle değildir. Kanal olmak üzere kazılan çukura tuvalet yapılması bunu nakletmek ve boşaltmak için değildir. Aksine bu âdeten terkedilir. Bu sebeple kiracının bunu yapması gerekmez.

Ev sahibi evi kiraya verirken, kiracının evden çıkarken bırakacağı toprak, gübre vb. şeyleri temizlemesini şart koşarsa bu caiz olur. Çünkü şart koşulmadan önce bunları yapmak kiracının görevidir. Şart yalnızca bunu daha çok pekiştirmiş olmaktadır (Serahsi, XV/142).

Yukarıda: “Örflerle malum olan nassla şart koşulmuş gibidir.” (Mec. m. 43. 44. 45.)“Adet muhakkemdir .” (Mec. m. 36) “Beyyine müddei ve yemin münkir içindir.” (Mec. m. 76) “Delille sabit olan hasmın ikrarıyla sabit olan gibidir” (Mec.m. 75) küllî kâideleri delil olarak kullanılmıştır.

2.15. Bir kimse bir ev kiralasa fakat burada ne yapacağını akit sırasında bildirmese bu caiz olur. Çünkü akit konusu örflle bilinmektedir ki, bu da evde oturmaktır. Oturma, kişiden kişiye değişiklik gösteren bir durum değildir. Bu sebeple akit sırasında belirtilmesi gerekmez. Kiracı bu şekilde kiraladığı evde çamaşırcılık vb işler yapamaz. Çünkü bu, binaya zarar verir. Kayıtsız olarak yapılan bir kira akdinde kiracı bu hakka sahip değildir. Buna rağmen kiracı belirtilen işleri evde yapar ve bu sebeple de bina yıkılırsa, kendi fiili sebebiyle yıkılan kısmı tazmin eder. Çünkü o, binayı telef etmiş, kendi yetkisini aşmıştır. Tazmin ettiği kısmın ücretini ödemesi gerekmez. Çünkü ücret ve tazmin bir arada bulunmaz. Şöyle ki; kiracı ödediği tazmin ile tazminin gerekli olduğu andan itibaren söz konusu şeye sahip olmuş olur. Dolayısıyla onun kendi mülkünden elde ettiği menfaat için ücret ödemesi gerekmez.

Kiracı binayı ev sahibine teslim ederse istihsan deliline göre ücreti ödemesi gerekli olur. Kıyasa göre ise ücret ödemesi gerekmez. Çünkü o yaptığı fiille evi gaspetmiştir. Bu sebeple tazminle yükümlüdür. Menfaati gaspeden kişi ücreti ödemekle yükümlü değildir.

İstihsanın delili şudur; Kiracı akit konusu ile birlikte fazladan bir şey elde etmiştir. O, bu fazlalık sebebiyle tazmin yükümlüsü idi. Bu fazlalığı ev sahibine teslim ettiğinde, fazlalığa itibar etme gereği ortadan hükmen kalkmıştır Bu sebeple akit konusunu elde etmiş olmasına binaen kendisine ücret gerekli olur. Kıyasın delili ise şudur; Ev yıkıldığında, tazmini gerekli kılmak için bu fazlalığa itibar etmek gerekli olmuştur. Bu sebeple kendisine ücret gerekmez (Serahsi, XV/147).

Burada “Hem ücret hem tazminat birlikte olmaz” (Mec. m.86) küllî kâidesi kullanılmıştır

2.16. Kiracı evde su kuyusu veya abdest almak için yer kazsa, bir insan veya hayvan da oraya düşüp ölse, kiracı bunları ev sahibinin izni ile yapmışsa kendisine tazmin gerekmez. Ev sahibinin izni olmaksızın yapmışsa tazmin eder. Çünkü telefe sebep olan kişi yalnızca sebep olma konusunda yetkisini aşan bir davranışta bulunduğu tazmin eder. Söz konusu kişi, ev sahibinin izni olmaksızın kuyu kazmakla yetkisini aşan bir davranışta bulunmuştur. Ancak ev sahibinin izni ile kazdığında yetkisini aşmış olmaz. Bu durumda onun fiili, ev sahibi tarafından yapılmış gibi kabul edilir (Serahsi, XV/147)

Burada “Sebepte etkili olan (hazırlayan) müsebbib, tazmini yüklenmelidir.” kâidesi kullanılmıştır.

2.17. Bir kimse aylığı on dirheme evini kiraya verir ve kiracının evi tamir etmesini, evin bekçi ve hizmetçilerinin ücretini de vermesini şart koşarsa bu fasit olur. Çünkü evin tamir giderleri ev sahibine aittir. Diğer giderler de ona aittir. Çünkü evin güvenliğini temin etmek için devletin topladığı para haraç gibi bir giderdir. Bunun miktarı ise bilinmemektedir. Ev sahibi kendisi için on dirhem yanında bilinmeyen bir şeyi şart koşmuş olmaktadır. Bilinmeyen bir şeyi bilinene eklemek akdin tümünü bilinmez hale getirir. Bekçi ücreti ise evde oturana aittir. Çünkü bekçinin hizmetinden yararlanan odur. Bu şartlar altında kiracı evde oturursa, tam olarak emsal kira bedelini ödemesi gerekli olur. Çünkü o, evin yararını fasit bir akit hükmüne dayanarak elde etmiştir. Ev sahibi akitte belirlenen ücrete kendisi lehine başka şeyler de eklediğinden, yalnızca bu ücrete razı olmamıştır. Bu sebeple kiracının, miktarı neye ulaşırsa ulaşınsın emsal kira bedelini ödemesi gerekli olmuştur (Serahsi, XV/149).

Burada “Mechul olan bir şeyi malum olan bir şeye katmak o şeyi külliye mechul eder” kâidesi kullanılmıştır.

2.18. Bir kimse bir evde (pansiyonda) bir oda kiralsın, evde kendisinden başka oturanlar da bulunsın, bu şahıs eve binek hayvanını sokarak kendi kapısının önünde durdursa, hayvan birisine vurarak onu öldürse veya hayvan bir duvarı yıksa yahut kiracının bir misafiri binek hayvanı ile eve gelse de hayvan o evde oturanlardan birini çiğnese ne orada oturan kişi ne de misafir tazmin eder. Çünkü kiracı hayvanı eve sokmak ve evde durdurmakla yetkisini aşan bir davranışta bulunmamıştır. Zira evde oturan kişi hayvanını eve bağlayabilir. Ancak kendisi hayvana binmiş halde iken hayvan birini çiğnerse bu durumda tazminle yükümlüdür. Çünkü o telefi doğrudan (mübâşeret) yapmıştır (Serahsi, XV/149.).

Burada “Mübaşir yani bizzat faille mütebbib müctemi oldukta hüküm ol faile muzaf kılınır.”(Mec. m. 90) kâidesi kullanılmıştır.

2.19. Ammâre İbn Ukbe’den nakledildiğine göre o şöyle demiştir: “Ben Osman İbn Affân’ın (r.a.) yanına geldi O bana neye sahip olduğumu sordu, ben de ona hacamat yapma işinden gelir kazanan kölelerim ve geliri bulunan bir hamamım bulunduğunu

söyledi O, hacamat yapan kölelerden ve hamamdan gelir kazanmamı iyi karşılamadı”.Hacamat yapan kişinin kazancı ile ilgili konu daha önce geçmişti. Hamamın gelirine gelince; bazı alimler bu hadisin dış görünüşüne bakarak bunu mekruh görmüşlerdir.

Bu görüşte olanlar “Hamam şeytanın evidir” demişlerdir. Hz. Peygamber (s.a.s.)’de onu; içinde avret yerlerinin açıldığı, kirli suların ve necasetlerin döküldüğü en kötü ev olarak isimlendirmiştir. Bazı âlimler ise erkekler hamamı ile kadınlar hamamını birbirinden ayırarak şöyle demişlerdir: Kadınlar için hamam yapmak mekruhtur. Çünkü onların evlerinden dışarı çıkmaları yasaklanmış, evlerinde oturmaları emredilmiştir. Kadınların bir araya gelmeleri durumunda fitnenin bulunmaması pek nadirdir. Rivayet edildiğine göre bir grup kadın Hz. Âişe’nin yanına girdiler. Hz. Âişe onlara “siz hamamlara giden kadınlardansınız” diyerek onların dışarı çıkarılmasını emretti.

Hanefilere göre doğru olan görüş şudur: Erkekler ve kadınlar için hamam yapmakta bir sakınca bulunmamaktadır, çünkü buna, özellikle de ihtiyaç vardır. Kadınlar hakkında ise buna daha çok ihtiyaç vardır. Çünkü kadın; hayız, nifas ve cünüplükten yıkanma ihtiyacı duyar. Bunu ise tıpkı erkekler gibi ancak nehirler ve havuzlarda yapabilir. Ayrıca yıkanmanın amacı insanın kiri gidererek süslenmesidir. Kadınların süslenmeye daha çok ihtiyacı bulunmaktadır. Rasulullah (s.a.s.)’ın Cuhfe hamamına girdiği sahih olarak rivayet edilmiştir. Hamama girmenin mekruh olması ile ilgili rivayet, avret yerlerinin açık olması durumunda mekruh olur şeklinde yorumlanır. Avret yerlerinin örtülü olması durumunda ise hamama girmede bir sakınca yoktur. Ev ve dükkânlardan kira geliri elde etmede bir sakınca olmadığı gibi hamamın gelirinden yararlanmada da bir sakınca yoktur (Serahsi, XV/157).

Burada “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir.” (Mec. m. 2) ve “Nâdir üzerine hüküm bina edilemez” kâideleri kullanılmıştır.

2.20. Bir kimse belirli bir ücret karşılığında belirli bir süre için hamam kiralasa bu caiz olur. Çünkü bu, şer’an mübah bir şekilde yararlanılabilen bir ayn’dır. Bir kimsenin hem erkekler hem de kadınlar hamamı bulunsa ve kira akdi sırasında yalnızca “hamam” diye belirtilse kıyasa göre bu kiralama fasit olur. Çünkü bu şekilde kiralayan kişi bir tek hamam kiralamıştır. Olumlu cümlede kullanılan belirsiz sözcük hususiyet ifade eder, bu durumda bu şahsın hangi hamamı kiraladığı bilinmemiş olur. Her iki hamam, kullanılış

maksadı bakımından birbirinden farklıdır, bu bilinmezlik sebebiyle taraflar arasında anlaşmazlık meydana gelir.

İmam Muhammed şöyle demektedir: Kıyas bunu gerektirmekle birlikte dildeki örf sebebiyle ben iki hamamın birlikte kiralanmasını onayları Çünkü bir kimsenin iki hamamı olduğu halde bunlar hakkında “falanın hamamı” denir. Örfle bilinen şey, açıkça şart koşulmuş gibidir.

Hamamın kirecini, havuzunu, su boşaltma yerlerini tamir etmek ve kazanlarını ıslah etmek hamam sahibine aittir. Çünkü hamamdan beklenen menfaat ancak bunlarla tamamlanır. Kiraya veren, kiracının amacına uygun bir şekilde kira konusu maldan yararlanmasına imkân tanınmalıdır. Ayrıca bu konuda örfle başvurulur. Örfle göre bu işleri hamam sahibi yapar (Serahsi, XV/158).

Burada“Örfle sabit olan, nassla sabit olan gibidir” (Mec. m. 43,44,45) “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir.” (Mec. m. 2) kâideleri kullanılmıştır.

2.21. Hamam sahibi hamamın tamir edilmesini, kiracı üzerine şart koşarsa bu akit fasit olur. Çünkü tamir kiraya verene aittir. Bu şart, akdin gereklerine aykırıdır. Ayrıca kiracı üzerine şart koşulan şey bunun ücretidir. Bunun ise miktar, cins ve niteliği bilinmemektedir. Ücretteki bilinmezlik akdi fasit kılar. Hamam sahibi kiracının her ay kira ile birlikte tamir için toplam on dirhem ödemesini şart koşsa ve hamama harcama yapmasına izin verse bu caizdir. Çünkü bunun miktarı bilinmektedir. Hamam sahibi kendi mülküne yapacağı harcamada, kiracıyı vekili kılmıştır. Hayvanların kiraya verilmesi konusunda da: Hayvanını kiraya veren kişi, kiracının kiranın bir kısmını hayvanın yemine harcamasını istese bu caiz olur. Bu iki mesele birbirinin aynısıdır. Bu görüş tüm imamların görüşüdür. Ebu Hanife burada kolaylaştırma amacıyla istihsana göre hüküm vermiştir. Hamamı kiralayan şahsın, her defasında hamam sahibinin görüşünü alması zor olur. Hayvanı kiralayan şahıs da böyledir. Sonra mal sahibi, kiracının borcunu nereye harcayacağını belirtmiştir (Serahsi, XV/158).

Burada “Meşakkat teysiri celbeder” (Mec. m. 17) kâidesi kullanılmıştır.

2.22. Bir kimse bir dânik karşılığı hamama girse ve hamam sahibinin kendisini keselemesini istese kıyasa göre bu fasittir. Çünkü parlatma (temizleme, keseleme) konusunda bu kişinin şart koştuğu şeyin miktarı bilinmemektedir. Çünkü bu, insanların

durumlarına göre değişiklik gösterir. Kıyasa göre hüküm böyle olmakla birlikte İmam Muhammed insanların bunu uygulaması sebebiyle kıyası terketmiştir.

Aynı şekilde bir kimse bir fels karşılığında yıkanmak üzere hamama girse; bu kişinin hamamda kalacağı süre, kullanacağı su miktarı bilinmediği için kıyasa göre fasittir. Ancak İmam Muhammed istihsan deliline göre hükmederek bu akdi onaylamıştır. Çünkü bu insanların uygulamasıdır, insanlar bunu güzel görmüşlerdir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: “Müslümanların güzel gördüğü bir şey Allah katında da güzeldir”. Ayrıca bunun miktarını bildirmeyi şart koşmak bir zorluktur. Oysa zorluk dinen ortadan kaldırılmıştır (Serahsi, XV/160).

Burada “Meşakkat teysiri celbeder” (Mec. m. 17) kâidesi kullanılmıştır.

2.23.1. Bir kimse gün boyu, akşama kadar giymek üzere elbiseyi kiralasa fakat bunu kimin giyeceğini belirtmese, akdin konusundaki bilinmezlik sebebiyle akit fasit olur. Çünkü elbisenin giyilmesi, kişilere ve giyilen elbiseye göre değişiklik gösterir. Akit sırasında giyilecek elbiseyi belirlememek akdi fasit kıldığı gibi, giyecek kişiyi belirlememek de akdi fasit kılar. Bu, tarafları anlaşmazlığa götüren bir bilinmezliktir. Çünkü elbise sahibi, kiracıdan bunu, elbiseyi en güzel giyip, koruyan kişiye giydirmesini istemektedir. Kiracı ise bunu en hor kullanacak olan kişiye giydirebilir. Her iki taraf da akdin kayıtsız olarak yapılmasını delil olarak ileri sürebilirler. Akit fasit olduğunda akitteki belirleme de geçerli olmaz. Akdin tarafları, elbise giyilmeden önce anlaşmazlığa düşseler kira akdi geçersiz olur. Kiralayan şahıs bunu kendisi giyer ve akşama kadar giymek üzere başkasına da verirse bu caizdir. İstihsan deliline göre ücreti ödemesi de gerekli olur. Kıyasa göre emsal kira bedelini ödemesi gerekir. Aynı şekilde bir kimse binmek üzere bir hayvan kiralayarak kimin bineceğini belirtmese veya bir işte kullanmak üzere hayvan kiralayıp yapacağı işi belirtmese, akşama kadar bunu çalıştırdığında istihsan deliline göre akitte belirlenen ücreti ödemesi gerekli olur. Kıyasa göre emsal ücreti ödemesi gerekir. Çünkü kiracı, fasit akit hükmüne dayanarak menfaati elde etmiştir. Belirlenen ücretin gerekli olması ise belirlemenin geçerli olmasına bağlıdır. Akit fasit olduğunda ise belirleme geçerli olmaz.

İstihsanın delili şudur; akdi bozan durum, yani tarafları anlaşmazlığa götüren bilinmezlik ortadan kalkmıştır. Akdi bozan illetin ortadan kalkmasıyla fâsit olma hükmü de ortadan kalkar. Çünkü bilinmezlik akdin konusundadır. Akdin konusu bakımından

kira akdi bir zamana izafe edilmiş gibidir. Akdin kuruluşu menfaatin elde edilmesi sırasında yenilenmektedir. Menfaatin elde edilmesi anında ise bilinmezlik bulunmamaktadır. Ücretin gerekli olması da bu sıradadır. İşte bu sebeple söz konusu durumda akitte belirlenen ücretin ödenmesi gerekli görülür ve sonuçtaki belirleme başlangıçtaki belirleme gibi kabul edilir.

2.23.2. Kendilerinden âdeten uygun bir biçimde yararlanılabilen her türlü menkul mal ve eşyanın kiralanması geçerlidir. Buna göre yaygıların, yastıkların, sandıkların, yatakların, tencerelerin, çanakların kiralanması geçerlidir. Bir kimse belirli olmayan tencereleri kiralsın bu caiz olmaz. Çünkü akit konusu bilinmemektedir. Tencereler büyüklük ve küçüklük bakımından farklı olurlar. Bunlardan yararlanmak onları elinde tutmakla olur. Mal sahibi kiralamak isteyen şahsa bir tencere getirirse o da ilk akitteki kira üzerinden bunu kabul etse akit geçerli olur, ücreti ödemesi de gerekir. Bunun geçerli olmasının sebebi; ya “en sonda yapılan belirleme başta yapılan belirleme gibidir” görüşünden hareketle olmakta ya da kira akdi de tıpkı satım akdi gibi teâti yolu ile kurulduğundan olmaktadır (Serahsi, XV/166).

Bu iki durumda da “Akitlerde sonradan belirlenen şey, başlangıçta belirlenmiş gibidir” kâideleri kullanılmıştır

2.24.1. 2.23.2. maddede (yukarıdaki durumda) bir kimse bu malların kiralanmasında kira bedelinden herhangi bir şeye kefil olsa, kefalet geçersiz olur. Çünkü mal, kiracının elinde emanettir. Emanetlere kefil olmak ise geçerli değildir. Kira akdi ise geçerlidir. Çünkü akit sırasında kefalet şart koşulmamıştır. Kiracı ücrete karşılık mal sahibine kefil gösterse bu caiz olur. Çünkü ücret, kiracının zimmetinde tazmine tabidir. Buna göre bir kimse tartmak üzere tartı, ağırlık ölçüleri, kantar ve ölçüler kiralsın bütün bunlarda örf bulunduğu için kiralama geçerlidir.

2.24.2. Bir kimse mezara veya cenazeye kadar gitmek üzere hayvan kiralsın yahut bir kişinin cenazesini teşyi’ etmek, bir kişiyi karşılamak üzere hayvan kiralsın, bilinen bir yeri belirtmedikçe bu akitler fasit olur. Çünkü akdin konusu hayvana binmedir. Bu ise mesafeye göre değişiklik gösterir. Kiracı belirli bir yer zikrettiğinde akdin konusu bununla bilinir hale gelir. Böyle olmazsa teşyi etme ve karşılama işini zikretmekle akdin konusu bilinir hale gelmez.

Bir kimse bir beldeden binerek Kûfe'ye gitmek üzere hayvan kiralasa, istihsan deliline göre o kişi hayvanı Kûfe'deki evine kadar götürülebilir. Kıyasa göre bunu yapamaz. Çünkü kiracı Kûfe'ye girdiğinde, akitte sınır olarak belirlenen şey gerçekleştiği için akit sona erer. Bundan sonra hayvan sahibinin izni olmaksızın hayvana binemez. Kıyas bunu gerektirmekle birlikte İmam Muhammed örf sebebiyle istihsan deliline göre hüküm vermiştir. Dış görünüşe göre hayvanı kiralayan kişi evine varıncaya kadar hayvana biner, şehre girdikten sonra evine kadar gitmek için bir başka hayvan kiralamaz. Örf ile bilinen bir şey, açıkça şart koşulmuş gibidir. Nitekim bazı şeylerde âdete uygun olan uzatma örfle belirlenir. Söz konusu durumdaki fazlalık da kira akdinde yolla ilgili bir uzatmadır. Dolayısıyla örf sebebiyle kiracı bunu hak eder.

2.24.3. Aynı şekilde bir kimse eşya taşımak üzere hayvan kiralasa daha sonra Kûfe'nin bir yerinde eşyayı indirerek “burası benim evimdir” dese daha sonra yanıldığını anlasa, eşyayı buradan evine taşımak istese bunu yapma hakkına sahip olamaz. Çünkü örfle hak edilen şey, yükün indirilmesinden sonra sona ermiştir. Bundan sonra o “yanıldım” sözü ile bir iddiada bulunmaktadır, bu sebeple kendisinin bu sözü kabul edilmez. Ayrıca o, eşyayı indirip başka bir hayvana yükleme zorunda kalmasın diye evine kadar götürme hakkına sahip olmuştu. Yükü indirdikten sonra bu durum ortadan kalkmıştır (Serahsi, XV/171).

2.24.4. Bir kimse bir şahsın cenazesini teşyi etmek amacıyla bir hayvan kiralasa daha sonra da sabahtan gün ortasına kadar hayvanı elinde tutsa, sonra kiracı cenazeye katılmamaya karar verse bu sebeple öğle vakti hayvanı sahibine geri verse bakılır. Kiracı insanların elinde tutabileceği bir zaman süresince hayvanı elinde tutmuşsa tazminle yükümlü olmaz, bundan daha uzun bir süre elinde tutmuşsa tazminle yükümlü olur. Çünkü kiracı akitte şart koşulan yer dışında hayvanı elinde tutmuştur. İnsanların elinde tutabileceği bir zaman süresince hayvanı tutmak örfle istisna edilmiştir (Serahsi, XV/177).

Bu dört durumda da“Örfle malum olan nassla şart koşulmuş gibidir.”(Mec. m. 43.44. 45) kâidesi kullanılmıştır.

2.25. Bir kimse belirli bir yere kadar hayvan kiralasa fakat hayvana ne yükleyeceğini belirtmese, taraflar olayı mahkemeye götürürlerse akit konusundaki bilinmezlik sebebiyle kira akdi bozulur. Kiracı bu şekilde yapılan bir akitte belirlenen yere kadar

hayvana bir şey yüklese veya binse istihsan deliline göre kirayı vermesi gerekli olur. Çünkü sonradan yapılan belirleme, başta yapılan belirleme gibidir. Bu mesele elbisenin kiralanması konusunda ele alınmıştı. Bir kimse bir işçi kiralayarak onu ne için kiraladığını belirtmese aynı durum söz konusudur (Serahsi, XV/172).

Burada “Akitlerde sonradan belirlenen şey, başlangıçta belirlenmiş gibidir”kâidesi kullanılmıştır.

2.26. Bir düğünde gelini zifaf için kocasına götürmek amacıyla bir hayvan kiralansa, bu hayvan eve kapatılıp bekletilse ve sabah olunca ona binmeden geri verilse buna kira ödenmez. Çünkü burada makudun aleyhin (gelinin hayvana binmesi) teslimi söz konusu değildir. Makudün aleyh, hayvanın gelini taşıma sırasındaki adımlarıdır. Bu ise gerçekleşmemiş, hayvan yalnız evde bekletilmiştir. Bir kimse, bir gelini kocasının evine kadar taşımak üzere bir hayvan kiralasa, sabah oluncaya kadar da hayvanı elinde tutsa daha sonra binmeden geri verse kira bedeli vermesi gerekmez Şayet o hayvan sadece gelini bindirmek için kiralanıp da, ona gelinden başka bir şey yükletilerek kullanıldıysa, burada gasp hükümleri cereyan eder. Ve bir olumsuzluk(telef) durumunda kira değil tazmin söz konusudur. Ama sadece gelini taşımak için kiralanmamışsa, o zaman istihsanen kira gerekir. Tazmin gerekmez. Çünkü kiracı, hak sahibi olduğu şekilde istifa etmiştir. Sonradan yapılan tayin başlangıçta yapılan tayin gibidir (Serahsi, XV/177).

Burada “Hem ücret hem tazminat birlikte olmaz” (Mec. m. 86) küllî kâidesi ile “Akitlerde sonradan belirlenen şey, başlangıçta belirlenmiş gibidir” kâideleri kullanılmıştır.

2.27. Bir kimse mektubunu Bağdat’a götürmesi için bir işçiyi ücretle tutsa, işçi ‘ben mektubu götürdüm’ dese, kendisine mektup gönderilen kişi ‘bana mektubu getirmedi’ dese, işçi iddiasına dair delil getirmek zorundadır.

Çünkü o, akdın konusunun devam etmekte olduğunu iddia etmektedir. İşçi, mektubu ulaştırdığına dair delil getirirse, delil ile sabit olan karşı tarafın ikrarı ile sabit olmuş gibi olur. İşçinin ücretini mektubu alan şahıs değil, gönderen öder. Mektubun gönderildiği kişi “ben ona on dirhem ücret ödedim” dese, tıpkı gönderenin iddia etmesi durumunda olduğu gibi burada da mektubun gönderildiği kişi delil getirmek zorundadır. İşçi mektubu mesela Bağdat’a götürdüğünü fakat mektubun gönderildiği kişiyi

bulamadığına dair delil getirirse ücrete hak kazanır. Çünkü o kendisine düşen görevi, yani Bağdat'a kadar mektupla birlikte mesafeyi kat etmeyi kendisine emredildiği bir biçimde yerine getirmiştir. Bu durumda mektubu gönderen kişi, işçiyi mektubu götürüp cevap getirmek üzere kiralamışsa, işçi yalnızca gidiş ücretini almaya hak kazanır, dönüş ücreti alamaz. Çünkü işçi geri dönme konusunda kendisini gönderenin emrine uymamıştır ve yanında cevabı da getirmediğinden onun adına çalışmamıştır.

Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre işçi, mektubun gönderildiği kişiyi bulamayıp mektubu geri getirirse ücrete hak kazanamaz. İmam Muhammed ise şöyle demiştir: işçi gidiş ücretini almaya hak kazanır. Çünkü o, gidiş konusunda kendisine emredildiği şekilde mektubu gönderen adına çalışmaktadır, dolayısıyla bu miktarda ücrete hak kazanmıştır. Nitekim mektubu, kendisine gönderilen şahsın ailesine bıraksaydı aynı şekilde gidiş ücretine hak kazanırdı. Bağdat'a götürmek üzere ücretle tutulan işçinin yükü Bağdat'a götürüp sonra geri getirmesi meselesi bundan farklıdır. Çünkü bu durumda ücrete hak kazanmak, gıda maddesini bir yerden diğer bir yere taşımakla olur. Bizim meselemizde ise ücrete hak kazanmak mesafeyi kat etmekle olmaktadır. Çünkü mektubun taşınması külfet ve masrafı gerektirmemektedir. Dolayısıyla işçi mektubu geri getirmiş olsun olmasın geriye dönme konusunda yaptığı işi nakzetmiş olmaz.

Ebu Hanife ve Ebu Yusuf şöyle demektedirler: İşçinin mektubu geri getirmesi durumunda mektubu gönderme emrini veren kişinin amacı olan hiç bir şey gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla başkası tarafından gönderilme durumunda olduğu gibi burada da işçi ücrete hak kazanamaz.

Bu şöyle açıklanabilir: Emri veren kişinin amacı, mektubun gönderildiği kişiye ulaşması, onun cevabının da kendisine gelmesidir. İşçi mektubu geri getirdiğinde sanki hiç götürmemiş gibi olur. Çünkü emri verenin amacından hiç bir şey gerçekleşmemiştir. Mektubu gönderilen yere bıraktığında, emri verenin amacının bir kısmı gerçekleşmiştir. Çünkü mektubun gönderildiği kişi geldiğinde, mektupta yer alan şeyleri öğrenir ve bir başkası aracılığıyla cevabını gönderir. Emri verenin amacının bir kısmının gerçekleşmesi sebebiyle, emri verenin yalnızca gidiş ücretini vermesi gerektiğine hükmedilir (Serahsi, XV/180).

Burada “Nimet külfete göredir”(Mec. m. 88)kuralı ve “Delille sabit olan hasmın ikrarıyla sabit olan gibidir” (Mec. m. 75) kâidesi kullanılmıştır.

2.28.1. Bir kimse belirli bir yere kadar gitmek üzere bir hayvan kiralasa, hayvana eyer ile mi semer ile mi binileceğini belirtmese, hayvan sahibi hayvanı üzerinde bir şey olmadığı halde teslim etse, kiracı da eyer veya semerle binse ve hayvan telef olsa, bu yolda böyle bir hayvana semer veya eyerle biniliyorsa, kiracıya tazmin gerekmez. Hayvana yalnızca eyerle binildiği halde kiracı semerle binmişse tazminle yükümlü olur. Çünkü kayıtsız olarak yapılan kira akdi ile, kiracı akit konusu şeyin örfü uygun olarak elde edilmesini hak etmiş olur. Kiracı buna aykırı davrandığında tazminle yükümlü olur (Serahsi, XV/173).

2.28.2. Bir kimse Kûfe'den Fars diyarındaki belli bir yere gitmek üzere dirhemler veya dinarlar karşılığında hayvan kiralasa, bu dinar ve dirhemler Kûfe'deki paralardan ve onların ağırlığında olmalıdır. Çünkü ücretin gerekli olması, akit konusunun elde edilmesi anına kadar gecikse bile, ücreti gerektiren sebep akittir. Akit de Kûfe'de yapılmıştır. Dolayısıyla kayıtsız olarak paranın zikredilmesi durumunda bundan Kûfe'deki paraların ağırlık ve cinsi anlaşılır. Çünkü örf, kayıtsız olarak yapılan akitlerde göz önüne alınır. Burada da belirleme menfaatin elde edilmesi sırasında değil, akit sırasında yapılmıştır. Bu sebeple aktin yapıldığı yere itibar edilir (Serahsi, XV/181).

Bu iki durumda da “Mutlak akitlerde örfü müracaat edilir” ya da “Örfle malum olan nassla şart koşulmuş gibidir.”(Mec. m. 43. 44. 45) kâideleri kullanılmıştır

2.29. Kiracı bulunduğu bölgeden başka bir yere taşınmak istediğinde bu, akdi feshetme konusunda bir özür oluşturur. Çünkü akit sebebiyle yolculuk yapmak yasak hale gelse, kiracı akitle üstlenmediği bir şey sebebiyle zarar görmektedir. Şehirden ayrıldıktan sonra ise evden yararlanma imkânı kalmamaktadır.

Ev sahibi kiracının gerçekte şehirden ayrılmak istemediğini, evden ayrılmak için bahane aradığını söylese hâkim bu konuda kiracıya yemin teklif eder. Çünkü dış görünüş kendisini desteklemektedir. Dış görünüşe göre bir kimse bir dükkânda ticaret yapmaya karar verdikten sonra ancak o şehirden taşınmak istediğinde dükkândan ayrılmak ister. Bu yüzden yeminle birlikte onun sözü kabul edilir.

Hâkim, bu kimsenin içinde bulunduğu duruma hakem tayin eder; Kiracının yolculuk için hazırlık yaptığını görürse sözünü kabul eder. Nitekim Allah (c.c.) şöyle

buyurmuştur: “Eğer onlar (savaşa) çıkmak isteselerdi elbette bunun için bir hazırlık yaparlardı” (Tevbe, 9/46).

Yine hâkim ona kiminle birlikte yolculuğa çıkacağını sorar. Çünkü insan ancak yol arkadaşları ile birlikte yolculuğa çıkar. Daha sonra da yol arkadaşlarına bu durumu sorar.

Kiracı akdi feshedip şehirden çıkar sonra da geri gelerek “ben dönmeye karar verdim” derse, ev sahibi de onu mahkemeye verirse hâkim, kiracıya “Allah’a andolsun ki ben şehirden çıkarken yolculuğa niyet etmişim” şeklinde yemin teklif eder. Çünkü ev sahibi özrün ortadan kalkması sebebiyle akdin feshedilmesi durumunun da geçersiz hale geldiğini iddia etmektedir. Bu ise kiracının kalbinde olan bir durumdur, kiracının içinden ne geçtiğini kendisinden başka bir insan bilmemektedir. Bu sebeple yeminle birlikte kendisinin sözü kabul edilir (Serahsi, XVI/6).

Yukarıda: “Örflerle malum olan nassla şart koşulmuş gibidir.”(Mec. m. 43. 44. 45) kuralı, hâkimin olayı birkişiye havale etmesi ile “Eğer bilmiyorsanız işi ehline sorunuz.” Prensibi, hükümde dış görünüşe öncelik verilmesi ile “Hükümlerde öncelik zahirin lehine şahitlik ettiği kimsenindir.(Davalarda dış görünüş kimi destekliyorsa onun sözü kabul edilir.) prensibi ve Mecelle’nin “Beyyine müddei ve yemin münkir içindir.” (Mec. m. 76) kâideleri kullanılmıştır.

2.30. Kiracı hayvana Bağdat’a kadar binse daha sonra hayvan sahibine “sen, bu hayvanı bana âriyet olarak verdin” dese, hayvan sahibi de “aksine ben onu sana bir buçuk dirheme kiraya verdim” dese, hayvana binen kişinin sözü kabul edilir, kendisinin tazmin yükümlülüğü bulunmadığı gibi, ücret vermesi de gerekmez. Tazmin yükümlülüğünün olmamasının sebebi; her iki taraf da binicinin hayvana, sahibinin emri ile bindiğinde anlaşmaktadır. Ücretin gerekmemesinin sebebi; kiracı kira sözleşmesini inkâr etmektedir. Bu konuda yeminle birlikte onun sözü kabul edilir (Serahsi, XVI/8).

Burada Mecelle’nin “Beyyine müddei ve yemin münkir içindir.” (Mec. m. 76) kâidesi kullanılmıştır.

2.31. Bir kimse aylığı belirli bir ücret karşılığında su değirmenini ve onun içindeki odayı burada bulunan eşyalarla birlikte kiralasa bu akit geçerli olur. Çünkü bu, kendisinden yararlanılan bir ayn’dır. Onun kiralanması örfte de bulunmaktadır. Kiracı

henüz hiç bir iş yapmadan değirmenin suyu kesilse, kiraladığı şekilde değirmenden yararlanma imkanı ortadan kalktığı için, suyun kesildiği zaman miktarında ücret düşülür. Çünkü kiracı burada öküz kullanarak değil, su ile öğütme yapmak için değirmeni kiralamıştır. Su kesildiğinde bunu yapma imkânı ortadan kalkmıştır. Yararlanma imkânı ortadan kalktığında ise ücret gerekli olmaz. Akdin şartı kendisinin aleyhine değiştiği için kiracı akdi de bozabilir.

Su gelinceye kadar akdi bozmazsa, ayın kalan kısmında kira akdi bağlayıcı olur. Aydan yalnızca bir gün kalmışsa özür ortadan kalktığı ve kalan sürede yararlanma imkânı bulunduğu için akdi bozamaz. Ayrıca kira akitleri birbirinden farklı akitler hükmünde olduğundan, akdin bölünmesi sebebiyle seçim hakkı sabit olmamaktadır. Suyun ne kadar kesildiğinde taraflar anlaşmazlığa düşseler kiracının sözü kabul edilir. Çünkü her iki taraf, kiracının akdin konusunun tümünü elde edemediğinde anlaşma halindedir. Anlaşmazlık ne kadarının elde edildiğindedir. Değirmen sahibi fazlalığı iddia etmekte, kiracı ise bunu inkâr etmektedir. Kiraya veren kişi “değirmenin suyu kesilmemiştir” derse bu konuda mevcut durum hakem kılınır. Su o an kesik bulunuyorsa kiracının sözü kabul edilir. Su akmakta ise, kiraya veren kişinin “kesildiğini bilmiyorum” şeklinde yemin etmesi ile kiraya verenin sözü kabul edilir. Çünkü o sırada su kesikse dış görünüşe göre geçmişte de kesiktir. O sırada su akmakta ise dış görünüşe göre geçmişte de suyun aktığı anlaşılır. Davalarda dış görünüş kimi destekliorsa onun sözü kabul edilir.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Biz akit sırasında suyun akmakta olduğunu kesin olarak bilmekteyiz. Aksi bilinmedikçe hükmü dış görünüş ve ıstışhâb-ı hâle dayandırmak bir delildir. Suyun kesildiğini kesin olarak bildiğimizde ise ıstışhâb-ı hâle başvurma imkânı olmaz, bu durumda iddiayı ve inkârı göz önüne alırız; değirmen sahibi akdin konusunu teslim ettiğini iddia etmekte, kiracı ise bunu inkâr etmektedir, bu durumda onun sözü kabul edilir. Su şu an akmakta ise ıstışhâb-ı hâl mümkündür. Bu durumda söz konusu yolla değirmen sahibinin akdin konusunu teslim ettiğine hükmederiz. Bundan dolayı da bildiğine dair yemin etmesi şartıyla onun sözü kabul edilir. Çünkü burada kendi elinde olmayan ve kendisinin yapmadığı bir şeye dair yemin etmesi istenmektedir. Bu ise “bildiğim kadarıyla” şeklinde olur.

Bir kimse su değirmeni kiralasa, değirmenin iki taşından biri, küfesi veya binası kırılrsa yararlanma imkânı ortadan kalktığı için kiracı akdi feshedebilir. Kiracı akdi feshetmeden değirmen sahibi bunları tamir ederse, kalan sürede özür ortadan kalktığı için kiracı akdi bozamaz, ancak bunlardan yararlanmanın mümkün olmadığı sürenin ücreti kiradan düşülür. Bu sürenin ne kadar olduğu konusunda kiracının sözü kabul edilir. Çünkü hem kiracı hem değirmen sahibi akit konusunun tümünün teslim edilmediğinde anlaşma halindedir. Ancak değirmen sahibi, değirmenin çalışmaksızın âtil kaldığını tamamen inkâr ederse bu durumda ıstışâb-ı hâl deliline göre onun sözü kabul edilir. Çünkü değirmen teslim edildiğinde kiracının yararlanma imkânı bulunduğu kesin olarak bilinmektedir. Kiracı bundan sonra yararlanmayı engelleyen bir durumun çıktığını iddia etmektedir. Delil getirilmedikçe bu konuda sözü kabul edilmez. Nitekim bir gâsıbın değirmeni gaspederek kendisinin ondan yararlanmasına engel olduğunu iddia ettiğinde de aynı hüküm geçerlidir (Serahsi, XVI/16).

Yukarıda Mecelle'nin "Nimet külfete göredir" (Mec. m. 88) kuralı "Delille sabit olan hasmın ikrarıyla sabit olan gibidir" (Mec. m. 75) kuralı, "Beyyine müddei ve yemin münkir içindir." (Mec. m. 76) kuralı "bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır." (Mec. m. 5.) kuralları ile "Hükümlerde öncelik zahirin lehine şahitlik ettiği kimsenindir." (Davalarda dış görünüş kimi destekliyorsa onun sözü kabul edilir.) kâideleri kullanılmıştır.

2.32. Bir şahıs buğdaydan başka hiç bir şey öğütmeyen bir su değirmeni kiralasa ve orada arpa ve buğdaydan başka bir hububat öğütse; eğer öğütme işi değirmene zarar verirse bu zarardan dolayı herhangi bir tazmin gerekmez. Ama bu öğüttüğü şey, buğday öğütmekten daha zarar vericiyse o zaman zarar durumunda noksanlıkları tazmin eder. Çünkü eğer sınırlama müfit (faydalı bir sınırlama) ise muteberdir.

Kiracının akitte belirlenen şeyi bırakarak değirmen için daha zararlı olanı öğütmesi, yetki dışı bir davranıştır. Dolayısıyla meydana gelen eksilmeyi tazminle yükümlü olur. Bu sürenin kira bedelini ödemesi gerekmez. Çünkü o gâsıp hükmünde olup, eksilmeyi tazmin etmekle yükümlüdür. Ücret ve tazmin bir arada bulunmaz (Serahsi, XVI/17).

Yukarıda; Mecelle'nin "Ücret ile zaman (tazmin) müctemi olmaz." (Mec. m. 86) prensibi ile "Akitlerde yararı olan sınırlandırmalar geçerlidir" kâideleri kullanılmıştır.

2.33.1. Bir kimse Kûfe'den Mekke'ye kadar iki hayvan kiralasa, bunların birisine heybe koyarak üzerinde iki kişi ve onlara lazım olan yatak ve örtüler taşısa, diğer devenin üzerine de küfe koyarak içinde belirli çuval sayısınca un ve kavut ile onlara elverişli sirke, yağ ve çengeller taşısa, develeri kiralayan şahıs taşıyacağı kişileri göstermekle birlikte yatak ve örtüleri göstermese ve bunlardan da söz etmese, yeterli olacak kadar su taşımayı şart koşsa fakat bunun da miktarını belirtmese yatak ve örtünün ağırlığındaki bilinmezlik ve su, sirke, zeytin yağı ve çengellerin miktarındaki bilinmezlik sebebiyle kıyasa göre tüm bunlar fâsittir. Bu, tarafları anlaşmazlığa götüren bir bilinmezliktir. Çünkü eşyanın azlık ve çokluğuna göre devenin göreceği zarar da değişmektedir. İstihsan deliline göre ise bunlar caizdir. Çünkü bu şekilde akit yapılması örfte bulunmaktadır. Taşınacak şeylerin tümünün ağırlığını bildirmede zorluk bulunmaktadır. Sonra develerden birinde amaç iki kişiyi taşımaktır. Deve sahibi de bu iki kişiyi görmüştür. Diğer devede ise un ve kavut taşınacaktır. Bunun dışındaki şeyler asıl değil, tâbidir. Aslolan şey bilindikten sonra, tâbi olan şeydeki bilinmezlik affedilmiştir. Tâbi olan şeyin miktarı örflerle de bilinmektedir. Buna göre kişi insanların taşıdığı ölçüde Mekke'nin hediyelerinden taşımayı şart koşsa bu şart da geçerli olur. Çünkü bu uygulama örfte bulunmakta, örfen taşınacak şeyin miktarı da bilinmektedir.

2.33.2. Bir kimse Kûfe'den Mekke'ye kadar belirli olmayan hayvanlar kiralasa, hayvanla insanları taşıyacak olan kişi "ben seni zilkade ayının onunda yola çıkaracağım" dese, yolcu ise "beni zilkade'den beş gün geçince yola çıkar" dese veya bunun tersi olsa, taşıyıcı her iki durumda da zilkade'den beş gün geçince yola çıkarır. Çünkü zilkade'den beş gün geçtiğinde yola çıkma durumunda Haccı kaçırmaya korkusu bulunmamaktadır. Taşıyıcı bundan önce yola çıkarmak isterse, bir ihtiyaç bulunmadığı halde yolculuğun zararını yolcuya yüklemeye çalışmış olmakta, böylelikle hayvanın yeminin masrafını kendisinden düşürmeye çalışmaktadır. Bunu yapma hakkı yoktur. Kiracı (yolcu) zilkade'nin onunda yola çıkmayı istediğinde herhangi bir ihtiyaç olmadığı halde yolculuğun zararını taşıyıcıya yüklemek, böylelikle kendisi rahata kavuşmayı istemektedir. Bu sebeple bunu yapma hakkı olmaz. Ayrıca kayıtsız olarak yapılan akitle, yalnızca örfte uygun olan şey sabit olur. Örfte uygun olan ise Kûfe'den zilkade'den beş gün geçtiğinde yola çıkmaktır.

2.33.3. Bir kimse Mekke'ye kadar götürüp getirmek, hacc yapmak ve Zilkade hilalinin görülmesi ile Kûfe'den yola çıkmak üzere bir çadır kiralasa bu akit geçerli olur. Çünkü kiracı, kendisinden yararlanılan bir malı kiralamıştır, aynı zamanda çadır kiralınması âdettir. Çadır, içinde oturlan şeylerdendir. Onun kiralınması da tıpkı ev kiralınması gibidir. Devenin üzerine konulan gölgelik, revak, büyük çadır, hevdec, kap, harar, ip, su kırbaları ve yaygıların kiralınmasında da aynı durum söz konusudur. Bunların tümü kendilerinden yararlanılan mallar olup, kiralınması âdeten bilinmektedir.

2.33.4. Bir kimse söz konusu mallardan herhangi bir şeyi Mekke'ye götürüp getirmek üzere kiralasa, fakat ne zaman yola çıkacağını belirtmese kıyasa göre bu akit fâsit olur. Çünkü malın kiracıya teslim edilmesi, Mekke'ye çıkış zamanında gerekli olur. Oysa bu bilinmemektedir. Bu bilinmezlik sebebiyle taraflar arasında anlaşmazlık meydana gelebilir. İnsanlar bunları Mekke'ye götürme bakımından birbirinden farklılık gösterirler. Bir kısmı erken bir kısmı geç yola çıkar. Kıyasa hüküm vererek şöyle demiştir: "Hacc için Kûfe'den yola çıkma zamanı örfle göre hüküm böyle olmakla birlikte İmam Muhammed istihsan deliline göre bilinmektedir. Örfle bilinen şey, şart koşulmuş gibidir. Çünkü dikkate alınacak olan, kafilenin toplulukla birlikte yola çıkış zamanıdır. Burada ikrara itibar edilmez, çünkü söz konusu süre belirlidir."

2.33.5. Bir kimse Kûfe'de içinde ateş yakmak ve kalmak üzere bir Türk kubbesi kiralasa bu caiz olur. Çadır, ateş yakma sonucu yanarsa tazminle yükümlü olmaz. Çünkü bu kubbenin içinde ateş yakmak âdete uygundur, dolayısıyla kiracı ateş yakmakla yetkisini aşmış olmaz. Kiracının kölesi veya misafiri bu kubbede kalırsa, kiracı tazminle yükümlü olmaz. Çünkü kubbe oturma yeridir. Daha önce açıkladığımız üzere kişi oturmak üzere kiraladığı yerde misafirini ve kölesini oturtabilir. Çünkü çok kişinin oturması kubbeye zarar vermez.

2.33.6. Bir kimse Kûfe'den bir yere gitmek üzere hayvan kiralasa ve hayvanı teslim alsa, hayvan sahibi akit meclisinden ayrılrsa, kiracı insanların yolculuk yapınca kadar hayvanı beklettikleri bir zaman süresince hayvanı Kûfe'de tutarsa tazminle yükümlü olmaz. İnsanların hayvanı bekletmeyeceği miktarda iki üç gün hayvanı Kûfe'de bekletirse tazminle yükümlü olur, kira borcu da yoktur. Çünkü kiracı, hayvan sahibinin tutmaya izin vermediği bir yerde hayvanı tutmuştur. Akde bu şekilde aykırı davranılması hayvan sahibinin zararındır. Çünkü hayvan bu şekilde bekletildiğinde hayvan sahibi

kiraya hak kazanmamaktadır. Bu sebeple kiracı tazminle yükümlü olmaktadır. Ancak örfle uygun olan bekletme miktarı, kiracı tarafından örfle hak edilmiştir, bu, açıkça şart koşulmuş gibi kabul edilir (Serahsi, XVI/18).

Yukarıda ki 2.33.1. maddede “Hükümlerde öncelik zahirin lehine şahitlik ettiği kimsenindir.(Davalarda dış görünüş kimi destekliyorsa onun sözü kabul edilir.)”kuralı, 2.33.1,2,3,4,5,6 bölümlerinde ise Mecelle'nin: “Örfle malum olan nassla şart koşulmuş gibidir.”(Mec. m. 43. 44. 45) kâideleri kullanılmıştır.

2.34. Bir şahıs bir işçiyi her ay belli ücret vermek ve yemeğini de temin etmek üzere kiralasa, bu sözleşme geçerli olmaz. Çünkü işçinin yiyeceği belirsizdir. Bilinmez olan bir şey bilinen şeye eklendiğinde bunların tümü bilinmez hale gelir. Meçhul olan akitler ise fasittir.

Belirli bir ücret ve yemini vermek şartıyla bir hayvan kiraladığında da aynı durum söz konusudur. İçinde yemek ya da yem verme gibi unsurların bulunduğu tüm kira sözleşmelerinde aynı hüküm geçerlidir, bu sözleşmeler fâsittir. Ancak sütannenin yiyecek ve giyeceği karşılığında ücretle tutulması böyle değildir. Ebu Hanife bu konuda şöyle demiştir: “Bunun geçerli olmasına istihsan delili ile hükmediyorum”.Çünkü annenin yiyeceği herşey çocuğa hemen faydalı olacaktır (Serahsi, XVI/33).

Burada Hanefi mezhebinin temel kurallarından olan “Meçhul olan (bir hüküm) malum olana (bir hükme) eklendiği zaman akdin bütünü meçhul olur.” kâidesi kullanılmıştır.

2.35. Bir şahıs bir su değirmeni kiralar da, değirmenin suyu kesilince bile ücreti almaya devam edeceğini şart koşarsa bu caiz değildir. Çünkü bu şart akdin gereklerine zıttır ve akdi bozan bir fesattır. Akdin gerekleri ücretin ancak kiralanan şeyden istifade edilmesinden sonra kesinleşmesidir. Değirmenin suyu kesildiği zaman akdin gereği olan fayda hâsıl olmamaktadır. Akdin gereklerine zıt olan tüm şartlar akdi bozar (Serahsi, XVI/36).

Burada “Hukukta akdin gereklerine zıt olan tüm şartlar akdi bozar.” kâidesi kullanılmıştır.

2.36.1. Kabir kazdırmak için bir amele tutulsa ve mutlak olarak kabrin kazılması söylene, bu kıyasen fasit olmasına karşılık, istihsanen caizdir. Kıyasen fasittir. Çünkü kabirlerin derinliği, genişliği, uzunluğu farklılık arz eder. Caiz olması da insanların kazdığı ortalama bir kabir olarak ele alınmasıylaadır. Zaten mutlak akitle ortalama bir ivaz(karşılık) hakk edilir. İşlerin en hayırlısı orta olanıdır (Serahsi, XVI/49).

2.36.2. Ev yaparken, inşaat malzemesi yaptırırken ücretliye verilen ölçülerin standartları da örfe göre belirlenir (Serahsi, XVI/51).

2.36.3. İşçiyi tutan kişi onun yemeğini vermek zorunda değildir, dilerse kendiliğinden verebilir. Yine bu konuda açık bir örf bulunuyorsa kölenin yemeğini verir. İşçiyi tutan kişi, onun misafirlere hizmet etmesini isteyebilir. Çünkü bu da ücretle tutan kişiye hizmet kapsamına girmektedir. İnsan, kendisinin ihtiyacı olan konularda kendisinin yerini alsın diye hizmetçi tutar. Misafirlere hizmet etmek de kişinin ihtiyaç duyduğu konulardandır. Yine işçiyi hizmet için tutan kişi, onu bir başkasına ücretle hizmete verebilir. Çünkü bu evde oturmak vb. gibi âdete göre insanların birbirinden farklılık göstermediği konulardandır. Ayrıca işçi akıllı olduğundan, gücünden fazla bir işle sorumlu tutulduğunda itaat etmez. Gücünün yettiği bir işle yükümlü tutulması durumunda ise ona ilk kişinin hizmet ettirmesi ile ikincinin hizmet ettirmesi arasında fark bulunmaz (Serahsi, XVI/56).

Burada Mecelle'nin: "Örfe malum olan nassla şart koşulmuş gibidir."(Mec. m. 43. 44. 45) kuralı, ile "Mutlak akitlerde ortalama bir ivaz hakk edilir." kâideleri kullanılmıştır.

2.37.1. Bir kimse Kûfe'de bir köleyi her ay belli bir ücret karşılığında kendisine hizmet etmesi için tutsa fakat Kûfe şehrinde hizmet etmesini sözleşmede şart koşmasa, bu durumda da köle yalnızca Kûfe şehrinde hizmet etmekle yükümlüdür. Köleyi tutan kişi onu şehir dışına çıkaramaz. Çünkü kayıtsız olarak yapılan sözleşme örfe göre yorumlanır. Ayrıca köleyi tutan kişi yaptığı sözleşme ile yalnızca köleyi hizmet ettirme hakkına sahip olmaktadır. Köleyi yolculuğa çıkarmak ise hizmet ettirmenin dışında bir şeydir. Böyle yapmakla o, kölenin efendisini kölenin geri dönüş masrafına katlanmakla yükümlü tutmuş olmaktadır. Sözleşmede şart koşulmadıkça bunu yapma yetkisine sahip değildir.

Eğer akde rağmen köleyi efendisinin izni olmaksızın sefere götürürse gasp hükümleri cereyan eder. Ve tazminle yükümlür. O zaman kiralayan ücret ödemez. Çünkü tazminle ücret bir arada olmaz (Serahsi, XVI/54).

2.37.2. Köleyi ücretle tutan kişi köleye vurma hakkına sahip değildir. Köle sahibinin izni olmaksızın köleye vurur da köle bu sebeple ölürse, vuran kişi tazminle yükümlü olur. Köle sorumluluklarla yükümlüdür. Kendisine emir ve yasaklar verilir, köle bunları anlar. Dolayısıyla âdeten hizmet sırasında ona vurmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Kayıtsız olarak yapılan bir akitte köleyi ücretle tutan kişinin köleye vurmasına izin verilmiş olmamaktadır (Serahsi, XVI/55).

Burada Mecelle'nin: "Örflle malum olan nassla şart koşulmuş gibidir."(Mec. m. 43. 44. 45) kâideleri ile "Ücret ve tazminat müctemi olamaz." (Mec. m. 86) kâideleri kullanılmıştır.

2.38. Ücretle işçi tutan kişi, işçiyi ev işlerinden tümünü yapmakla yükümlü tutabilir. Bunun yanında elbiseleri yıkamasını, dikmesini, eğer yapmayı biliyorsa ekmek yapmasını ve hamur yoğurmasını isteyebilir. Yine hayvanı bağlamasını, eşyayı hayvanın sırtından indirmesini veya hayvana yüklemesini, koyunu sağmasını, kuyudan su getirmesini isteyebilir. Bu sayılan işlerin tümü hizmet kapsamına girmektedir. Hizmet kapsamına giren şeyler insanlar tarafından âdete binaen bilinmektedir. Sözleşme yapılırken bu işlerin tümünü belirtmeyi şart koşmakta zorluk bulunmaktadır. Zorluk ise kaldırılmıştır (Serahsi, XVI/56).

Burada "Örflle malum olan nassla şart koşulmuş gibidir."(Mec. m. 43. 44. 45) ve "Meşakkat teysiri celbeder." (Mec. m. 17) kâideleri kullanılmıştır.

2.39. Bir kimse aylığı belli bir ücret karşılığında kendi eşini hizmet etmek üzere tutsa bu geçerli olmaz. Çünkü kadının evine hizmet etmesi dinen onun görevi olduğu gibi örfen de evlilik durumunda kendisinden istenmektedir. Rivayet edildiğine göre Hz. Peygamber (s.a.s.) Hz. Fâtıma'yı Hz. Ali (r.anhüma) ile evlendirdiğinde evin iç işlerini yapma görevini Hz. Fâtıma'ya, dış işlerini yapma görevini de Hz. Ali'ye vermiştir. Ayrıca İslam dini, kadın ev işlerini gördüğü için kocayı nafaka vermekle yükümlü tutmuştur. Koca bir ücret belirlese bile kadın bu nafaka dışında başka bir ücrete daha hak kazanamaz.

Kadın, hizmetini görmesi için kocasını ücretle tutarsa bu geçerli olur. Çünkü kocanın karısına hizmet etmesi görevi değildir.

Bir kimse evinde kendisine hizmet etmesi için oğlunu ücretle tutarsa bu caiz olmaz, çocuk ücrete hak kazanamaz. Çünkü çocuğun babasına hizmet etmesi dinen onun görevidir. Örfen de bunu yapması kendisinden istenir. Dolayısıyla böyle bir iş için ücret alamaz. Çocuğun, babasına hizmet karşılığında ücret alması isyan sayılır. İsyân ise haramdır. Annenin çocuğunu kiralamasında da aynı hüküm geçerlidir. Çünkü çocuğun anasına hizmet etmesi, babasından daha önceliklidir. Çünkü anne buna daha muhtaçtır, ayrıca çocuğuna karşı daha şefkatlidir.

Ana-babadan biri çocuğunu koyunlarını gütmesi veya başka bir işini yapması için ücretle tutarsa bu caiz olur. Çünkü bunu yapması çocuğun görevi olmadığı gibi, örfen kendisinden talep de edilmez.

Bir kimse kendisine hizmet etmesi için babasını, annesini, dedesini veya ninesini ücretle tutarsa bu caiz olmaz. Çünkü onları hizmet ettirmek küçümsemek anlamına geldiği için yasaklanmıştır. Hizmet sözleşmesi ile sayılan kişilerin ücreti verene hizmet etmesi gerekli hale gelmez. Onun baba ve annesini kendisine hizmet ettirmesi serbest bırakılmayınca kişi hizmet sözleşmesi ile onları hizmet ettirme hakkına nasıl sahip olabilir? Bununla birlikte söz konusu kimseler herhangi bir iş yaparlarsa ücrete hak kazanırlar. Çünkü hizmet ettirme sonrasında ücretin ödenmesi gerekli kılınmazsa, bu durumdaki aşağılama anlamı daha da artmış olur (Serahsi, XVI/57).

Burada Mecelle'nin: "Örflle malum olan nassla şart koşulmuş gibidir."(Mec.m. 43. 44. 45) kâideleri kullanılmıştır

BÖLÜM 3: ŞİRKETLER BÖLÜMÜNDE (EŞ ŞERİKE) KÜLLİ KAİDELERİN KULLANILIŞI

3.1.Mufâvada Şirketinde(Şirketü'l- Mufâvada) Külli Kâdelerin Kullanılışı

3.1.1. Sâib İbn Şüreyk, Rasulullah (s.a.s.)a gelerek “beni tanıyor musun?” diye sordu Hz. Peygamber (s.a.s.)de “Seni nasıl tanımam? Sen benim ortağımydın ve en hayırlı ortakydın. Ne gizli düşmanlık besler ne de açıktan mücadelede bulunurdun”(Ebu Davut, Edep 20,İbni Mace, Ticarat 63)İnsanlar şirketi kendi aralarında uyguladıkları bir halde iken Rasulullah (s.a.s.) peygamber olarak gönderildi. Hz. Peygamber onları buldukları hal üzere bıraktı. İnsanlar Rasulullah (s.a.s.)’tan günümüze kadar bunu her hangi bir kişinin yadırgaması olmaksızın uygulaya gelmişlerdir (Serahsi, XI/151).

Bu hadis Rasûlullah (S.A.V) Efendimizin insanların yapageldikleri şirketi onayladığının bir göstergesidir.

Burada Mecelle’nin“Nasın istimali bir hüccettir ki, anınla amel vacip olur.” (Mec. m. 37)maddesi ile“Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır.” kâideleri kullanılmıştır

3.1.2. Mufâvada şirketinin hükmü ile ilgili görüşlerin analizi: Hanefilere göre mufâvada şirketi caizdir. İmam Malik:“Mufâvada şirketinin ne olduğunu bilmiyorum” demiştir. İmam Şafii de: “Dünyada fasit bir akit varsa o da mufâvadadır” demiştir. Yine O “Mufâvada bir çeşit kumardır” demiştir.

Değerlendirme; İmam Malik’in kastettiği bunun dinde ne olduğunu bilmemek ise; Hz. Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: “Mufâvada ortaklığı yapın. Çünkü ondaki bereket çok büyüktür”. (İbni Mace, Menasik 32)Yine Hz. Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: “Mufâvada ortaklığı kurduğunuzda, bu ortaklığınızı güzel bir şekilde yapın”. İmam Şafii ise, mufâvadayı kabul etmeme konusunda kendi temel prensibinden hareket etmektedir ki; buna göre asl olan mülk şirkettir. Mufâvada şirketinin gerekli kıldığı durum mülk şirketi bakımından asla sabit olmamaktadır. Bundan dolayı İmam Şafii mufâvadayı fasit kabul ederek şöyle demiştir: “Zira bu tür ortaklık, bilinmeyen bir kişi için bilinmeyen bir şeye kefil olmayı da kapsar. Şöyle ki; mufâvada şirketinde ortaklardan her biri, diğerinin ticaret sebebiyle girdiği yükümlülüklere kefil olmaktadır. Bilinmeyen bir kişi için bilinen bir şeye kefil olmak batıl olduğuna göre bu öncelikle

bâtıl olur. Şafii'nin "mufâvada bir çeşit kumardır" sözü de İmam Sevrî'nin görüşüne yöneliktir. Zira ona göre ortaklardan birisi bir mala mirasçı olduğunda diğeri buna ortak olmaktadır. Hâlbuki hanefiler bunu kabul etmemektedir. Dolayısıyla Şafii'nin bu itirazı hanefilere yönelik değildir.

Mufâvada şirketinin caiz olduğu konusunda hanefilerin delilleri şunlardır; Bu tür ortaklık ortakların birbirinin kefil ve vekili olmalarını içermektedir. Bunlardan her birini başlı başına yapmak (kefalet akdi ve vekâlet akdi) geçerli ve İslam hukuku esprisi açısından meşrudur. Temelde meşru olan bu akitlerin şirket akdi kapsamında yapılması da geçerlidir. (Şafii'nin iddia ettiği gibi) 'cehalet'in kendisi kefaleti geçersiz kılmaz, fakat 'cehalet' anlaşmazlığa sebep olabilir.. Hâlbuki mufâvada ortaklığında (herhangi bir 'cehalet') durumu söz konusu değildir. Çünkü ortaklardan her biri, diğer ortağın ticaret yaparken yüklendiği borçlara otomatikman kefil olmaktadır. Borcun ödenmesi gerekli olduğunda lehine kefil olunan şahıs ile kefil olunan borç bilinir hale gelmekte ve buradaki belirsizlik de kalkmış olmaktadır. Bu durum inan şirketinde bulunmamaktadır. Zira bilinmeyen bir şeyi satın alma konusunda vekâlet vermek inan şirketinin esprisi açısından geçerli olmaz. Bununla birlikte bu vekâlete rağmen inan şirketi geçerli olmaktadır. Çünkü ortaklardan her birinin satın alacağı şey akitte belirtilmemiştir. İşte mufâvada şirketinde de aynı durum söz konusudur. Ayrıca, bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir. Kuralına göre mufâvada şirketi caizdir (Serahsi, XI/151).

Burada Mecelle'nin "Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir" (Mec.m. 2) kâidesi kullanılmıştır.

3.1.3. Hasan İbn Ziyâd'ın Ebu Hanife'den rivayet ettiğine göre mufâvada şirketi birbirine karışamayan iki sermaye ile kurulamaz. Çünkü bu akitte eşitlik şarttır. Oysa dirhemler ile dinarların birbirine mal olma vasfı konusunda eşit olmaları ancak bunlara değer biçilmesi ile olur. Bunun yolu da tahmin ile belirlenmektir. Faizin söz konusu olduğu malların aynı cinslerinin birbiri ile değişiminde şart koşulan eşitlik nasıl tahmin ile olamaz ise burada da eşitliğin tahmin ile yapılması şer'an caiz değildir. Ortakların sermayelerinden birisi beyaz dirhem, diğeri siyah dirhem ise ve bunların kıymetleri arasında fark varsa arada eşitlik olmadığı için Zahirü'r-rivaye'ye göre mufâvada akdi caiz olmaz. İsmail İbn Hammad'ın Ebu Yusuf'tan naklettiğine göre bu durumda caiz olur. Çünkü faizin söz konusu olduğu mallar, aynı cinsten olan mallarla

değiştirildiğinde kalite farkı dikkate alınmaz. Yalnızca ağırlık bakımından eşit olmalarına itibar edilir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: “Onun kalitelisi de, kalitesizi de birdir”(Hanefiler bunu hadis diye zikretmekle beraber bu garip bir rivayettir. B.k.z Zuhayli, İslam Fıkhı Ansiklopedisi,5;505) Hasan’ın Ebu Hanife’den rivayet ettiğine göre mufâvada şirketi ancak “mufâvada” lafzı ile kurulur. Bu lafız zikredilmediğinde kurulan şirket genel bir inan şirketi olur. İnan şirketi genel ve özel olabilir.

Bu rivayeti şöyle yorumlayabiliriz: İnsanların çoğu mufâvada şirketinin hükümlerinin tümünü bilmez. Dolayısıyla bu hükümleri bilmeksizin mufâvada şirketinin hükmüne razı olmaları da gerçekleşmiş olmaz. Akdin kuruluşu sırasında mufâvada lafzını zikretmek onun hükümlerinin tümünü zikretmek gibi kabul edilir. Akdi yapan iki taraf mufâvada şirketinin hükümlerini biliyorlarsa, lafzı kullanmasalar da mufâvadanın gerektirdiği şeyleri zikretmek suretiyle akdi yapmaları geçerli olur. Çünkü muteber olan lafız değil, anlamdır (Serahsi, XI/153).

Burada Mecelle’nin “Uküdda (akitlerde) itibar, makasıd ve maaniyedir elfaz ve mebaniye değildir.”(Mec. m. 3) kâidesi kullanılmıştır.

3.1.4. İki kişi kendi aralarında mufâvada ortaklığı kursalar, herhangi bir sebepten dolayı aralarındaki eşitlik (ana maldaki) kaybolursa, her ne kadar bu iki ortak “biz mufâvada ortağıyız” deseler de bu geçersizdir. Çünkü sermayede eşitlik mufâvadanın ruknüdür. Bundan dolayı lafızlara değil manaya bakılır ve bu ortaklığın mufâvada ortaklığı olmadığına karar verilir (Serahsi, XI/178).

Burada “İtibar manayadır, lafızlara ve mebâniye değildir.” (Mec.m. 3) kâidesi kullanılmıştır.

3.1.5. Mufâvada ortaklarından biri, iki adama kendileri için bir meta almalarını emretse ve cinsi ile bedelini belirlemiş olsa, bu iki ortak o metaı aldıktan sonra, şirketten ve ortaklıktan ayrılırsalar ve metanın alınmasını emreden, ortağına “Bu metaı şirketten ve ortaklıktan ayrıldıktan sonra benim adıma aldılar, dolayısıyla bu meta bana aittir” dese; diğer ortak ise, “onu şirketten ayrılmadan önce aldılar, dolayısıyla bu aramızda ortaktır” diye iddia etse söz (hakk), yeminle beraber metanın alınmasını emreden ortağıdır.

Çünkü alış-veriş sonradan olmuştur. Sonradan olan şeyler ise kendine en yakın olan zamana havale edilir (Serahsi, XI/184).

Burada Mecelle'nin "Sonradan olan olaylar en yakın zamana havale edilir." (Mec. m. 11) kâidesi kullanılmıştır.

3.1.6. Bir adam birinin kendisiyle mufâvada ortağı olduğunu iddia etse, iddia edilen şahıs da bunu inkâr etse ve mal da bu şahsın elinde olsa söz (hakk), inkâr edenindir. Çünkü delil iddia sahibine, yemin ise münkire aittir. Şayet iddia sahibi delil getirirse, o zaman malın yarısı onundur. Çünkü delille sabit olan kısmı, ikrarıyla sabit olmuş gibidir (Serahsi, XI/191).

Burada "Burhan ile sabit olan, iyanen sabit olan gibidir" (Mec. m. 75) mecelle kuralı ile "Delil iddia sahibine yemin ise inkâr edene aittir" (Mec.m.) kâidesi kullanılmıştır.

3.1.7. Mufâvada ortaklarının ortak maldan meyve, et, ekmek v.b. yenen şeylerden başkalarına ikramda bulunması istihsanen caizdir. Çünkü bunlar esnafın adetlerindedir. Ama elbise, altın, gümüş, hayvan v.b. emtiadan başkalarına verilmesi caiz değildir. Burada neyin caiz, neyin caiz olmadığı örf'e göre belirlenir (Serahsi, XI/193, 199, 200, 211).

Yukarıdaki durumlarda "Örfl'e tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir" (Mec. m. 43, 44, 45) maddesi "Nâsın istimali bir hüccettir ki, ânınla amel vacip olur." (Mec. m. 37) "Adet muhakkemdir." Kâideleri kullanılmıştır.

Not: Bu prensipler çok kullanılan prensiplerdir. Konumuz fikhın muamelat bölümü, olduğundan ve İslam hukukunda ise genel olarak bu muamelelerde serbestlik esas olduğundan, bu kâidelerin sayısı oldukça fazladır. Burada sadece birkaç tanesi seçilmiştir.

3.1.8. Mufâvada ortaklarından biri binmek için bir binek emanet alsın ve ortağı bu bineğe binse, binek de helak olsa, tazmin bineği emanet alanın ortağına düşer. Çünkü mal sahibi sadece emanet alanın binmesine rıza göstermiştir. Zira insanların binekleri kullanmaları farklılık arz eder. Emanet alanın ortağı, bineği kullandığı sırada gâsıb hükmündedir. Gâsıb ise gasb ettiği malın helakı söz konusu olduğunda onu tazminle

yükümlüdür. Ama emanet alanın ortağı o bineğe ortak bir ihtiyaç için binmişse, o bineğin tazmini her iki ortağın malındandır. Çünkü ikinci ortağın (helak eden ortak) binmesinden meydana gelecek olan yarar, her ikisinin de ortak olduğu mallara yansıtacağından, o bineğin tazmini ortak maldandır. Çünkü nimet külfete göredir (Serahsi, XI/193).

Burada “Nimet külfete, külfet nimete göredir.”(Mec.m. 88) Kâidesi kullanılmıştır.

3.1.9. İki mufâvada ortağı her türlü ortaklıktan ayrıldıkları konusunda birbirlerini ibra etseler, sonra bu ortaklardan birisi: “Ortakken şu köleyi azad etmişim, bunun kıymetinin yarısı sana düşen hissededir” deyip hesaptan düşürmek istese; buna karşılık diğer ortak ise bu azadı kabul etmekle beraber, ben bunu istis’a (İstiska: Belirli bir ücreti borçlanarak kölelikten azat olmak.- Kitabetden farkı, bunda ikale ve fesih söz konusu olmaz. Kölelikten düşme kesin olur.-) olarak seçtim dese, söz (hakk), mutlak azadı kabul etmeyenindir. Çünkü burada kişinin kendi hakkını nasıl ve ne şekilde kullanacağını tayin etme (muhayyerlik) hakkı vardır. Bir ortak diğer ortağın bu hakkını iptal etme hakkına sahip değildir. Çünkü biz biliyoruz ki, kölenin maliyetinin yarısı onundur. Ama kölenin (hiçbir şart koşulmadan) azat edildiğini söyleyen, onun bedelinin de tazmin edildiğine dair bir delil getirirse o zaman onun sözü kabul edilir. İnkâr edenin yemin etmesi gerekir (Serahsi, XI /207).

Burada mecelledeki “Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın başka bir kimsenin tasarruf etmesi caiz değildir.” (Mec. m. 96)kuralı “Burhan ile sabit olan, iyanen sabit olan gibidir” (Mec. m. 75) kuralı ile “Delil iddia sahibine yemin iseinkâr edene aittir” (Mec. m. 77) Kâideleri kullanılmıştır.

3.1.10. 3.1.9.Maddede geçen olayda eğer kölenin azat edildiğine itiraz eden ortak, o kölenin ortaklıktan ayrıldıktan sonra azat edildiğini iddia etse söz (hakk), onundur. Çünkü azat etme olayı sonradan olmuştur. Bu durumda hüküm kendine en yakın olan zamana göre verilir (Serahsi, XI/207).

Burada“Bir emri hadisi akreb-i evkıtna nisbeti asıldır” (Mec. m. 11) küllî kâidesi kullanılmıştır.

3.1.11. Hayvan, kumaş, köle vb. “urûz” denilen ticaret malları ile şirket kurulması Hanefilere göre caiz değildir. İbn Ebî Leyla ve İmam Malik’e göre ise insanların bunu

uygulaması ve buna ihtiyaçları olması sebebiyle ve akit şirketini mülk şirketine kıyas etmek suretiyle böyle bir şirket geçerli olur. İmam Muhammed “el-Asl”da bu mallarla şirket kurulmasının fasit olmasının gerekçesini “çünkü sermaye meçhuldür” diye bildirmektedir. Bununla şunu kastetmektedir: Bu çeşit ticaret malları misli mallardan değildir. Kârın bölüştürülmesi sırasında, kârın ortaya çıkabilmesi için her bir ortağın sermayesinin hesaplanması gerekir. Ortakların sermayesi ticaret mallarından oluşmakta ise kârın bölüşümü sırasında sermaye ancak bu ticaret mallarının değeri dikkate alınarak hesaplanabilir. Şirket mallarının değerinin bilinmesi ise zanna dayanır. Bu ise kesin bilgi vermez. Sonra ortaklık, akit kurulduktan sonra ilk tasarruf olarak satmanın değil, ancak satın almanın gerçekleştirileceği bir sermaye ile kurulabilir. Sermaye ticaret mallarından oluşursa ilk yapılacak işlem satma olur. Bu durumda da ortaklardan her biri diğerini, kârın bir kısmı kendisine ait olacak şekilde malını satma konusunda vekil tayin etmiş olur. Hâlbuki bu caiz değildir. Biz daha önce şirketin geçerli olmasının vekâlet esasına dayandığını belirtmiştik. Buna göre vekâletin caiz olmadığı hiç bir yerde şirket de caiz olmaz. Bunun anlamı şudur; Satışa vekil kılınan kişi emindir. Kârın bir kısmının ona ait olması şart koşulursa bu tazmin yükümlülüğünü üstlenmediği şeyden kâr elde etmek olur. Satın almaya vekil olan kişi de satın alınan şeyin bedelini kendi zimmetinde olmak üzere tazmin eder. Kârın yarısının ona ait olması şart koşulursa bu, tazmin yükümlülüğünü üstlendiği şeyin kârı olur. Diğer yandan ticaret malları ile kurulan ortaklıkta kâr, herhangi bir tasarrufta bulunmaksızın yalnızca eşya fiyatlarının değişmesi sebebiyle ortaklardan yalnız birisinin sermayesinden kaynaklanmış olabilir. Eğer bu şirket caiz olursa diğer ortak, bu malda tazmin sorumluluğuna katlanmaksızın bu malın kârını hak etmiş olur. Yahut da ortaklardan birisi, kendi sermayesi olan ticaret malının fiyatının düşmesi sebebi ile zarar etmiş, diğeri de kâr etmiş olabilir. İşte bu sebeplerden dolayı ticaret malları ile kurulan ortaklık batıl olmaktadır.

Aynı şekilde ortaklardan birinin sermayesi dirhem olup, diğerinin ticaret malı olursa kurulan şirket mufâvada olsun inan olsun geçerli olmaz. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi burada mal sahibinin sermayedeki payında bilinmezlik bulunmaktadır. Öyleyse böyle bir şirket kurulması caiz değildir (Serahsi, XI/160).

Burada “Meçhul olan (bir hüküm) malum olana (bir hükme) eklendiği zaman akdin bütünü meçhul olur.” Kâidesi kullanılmıştır

3.2. Kredi ve Taahhüt şirketinde (Şeriketü'l-Vücu) Külli Kâdelerin Kullanılışı

3.2.1. Hanefi mezhebine göre Vucuh(kredi) şirket caizdir. İmam Şafii'ye göre ise batıldır. O, bu görüşünü kendi temel prensibi olan “Aslolan mülk şirkettir, vucuh şirketinde ise mülk şirketi yoktur” görüşüne dayandırmaktadır.

Hanefilere göre ise akit şirketi vekâlet yoluyla geçerli olur. Ortaklardan her birinin, satın alınacak şeyin aralarında yarı yarıya veya üçte bir ve üçte iki oranında ortak olması şartıyla birbirine vekâlet vermeleri geçerlidir. Bu durumu içeren şirket akdi de geçerli olur. Ancak bu akitte, satın alınan şeyin mülkiyetinde eşitlik olduktan sonra bir tarafın kârdan daha fazla pay almayı şart koşması geçerli olmaz. Çünkü kârdan fazla pay almayı şart koşan ortağın, diğer ortağın payında ne sermayesi ne çalışması ne de tazmin yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla kârdan belirli bir miktarı fazladan kendisi için şart koşması, tazmin yükümlülüğünü üstlenmediği şeyden kâr elde etmek olur. Oysa Rasulullah (s.a.v) bunu yasaklamıştır. Ortaklardan biri kârdan daha fazla pay almak istediğinde mesela satın alınan şeyin üçte biri bir tarafa üçte ikisi diğer tarafa ait olacak şekilde, satın alınan şeyin mülkiyeti konusunda ortaklığın eşit olmamasını şart koşması gerekir. Böylelikle her birisi kendi mülkü oranında kâr elde etmiş olur.

Bu vucuh /kredi şirketi hanefilere göre hem inan hem de mufâvada şeklinde olabilir. Ancak mufâvada olması durumunda hem satın alınan şey hem de kârda eşitlik şarttır (Serahsi, XI/153).

Burada Mecelle'nin“Külfet nimete ve nimet külfete göredir.” (Mec. m. 88)külli kâidesi kullanılmıştır.

3.2.2. İş ve kredi ortaklığı (şirket-i tekabbül) caizdir. Hanefilere göre ise şirketin caiz olması vekâlet esasına dayanır. Çünkü ortaklardan her birinin diğerini bir işi kabul etme konusunda vekil tayin etmesi geçerlidir. Aynı şekilde bu manayı içeren şirket akdi de caiz olur. İnsanlar iş ve kredi şirketini Rasulullah (s.a.s.)'ın zamanından günümüze kadar herhangi bir karşı çıkma olmaksızın adet olarak uygulaya gelmişlerdir. Bu şirketlerin caiz olması konusunda delil budur (Serahsi, XI/153).

Burada Mecelle'nin“Nasın istimali bir hüccettir ki, anınla amel vacip olur.” (Mec.m. 37). küllî kâidesi kullanılmıştır.

3.2.3. Tarihle ilgili örf: Şirketin sözleşme metninde şu yazılır: “Bu iki ortak bu konuda falanca yılın falan ayında ortaklık yapmışlardır”. Tarihi belirtmekle anlaşmazlıklara son verilmiş olur. Bu durumda ortaklardan hiç birisi bu tarihten önce satın aldığı şey konusunda kendisi için bir hak iddia edemez. İslâm’da Hz. Peygamber (s.a.s.)’in hicretinin tarih başlangıcı sayılması Hz. Ömer döneminde olmuştur. Şöyle ki; Hz. Ömer (r.a.) sahabe ile hangi vaktin tarih başlangıcı olacağı konusunda istişâre etti. Onlardan bir kısmı Rasulullah (s.a.s.)’ın doğumunun, bir kısmı Hz. Peygamber’in peygamber olarak gönderilmesinin, bir kısmı ölümünün esas alınmasını söyledi. Daha sonra da tarih başlangıcı olarak hicretin esas alınmasında görüş birliği ettiler. Bu, insanların günümüze kadar amel edegeldikleri örfdür (Serahsi, XI/153).

Burada Mecelle’nin: “Örflle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir” (Mec. m. 43, 44, 45) küllî kâidesi kullanılmıştır.

3.2.4. Bir zanaatkâr, dükkânında çalışmak üzere başka bir zanaatkârla anlaşsa ve kârı yarı yarıya paylaşmak üzere ortak etse; bu ortaklık kıyasa göre fasit bir ortaklıktır. Çünkü dükkân sahibinin sermayesi yarardır. Hâlbuki ortaklıklarda yarar sermaye olmaya elverişli değildir. Diğer yandan işi kabul eden kişi dükkân sahibi ise, işi yapan kişi yarı fiyatla onu yapan işçisi olur. Bu ise bilinmez bir durumdur. Bilinmezlik hizmet sözleşmesini bozar. İş kabul eden şahıs işçi ise bu kişi dükkânda oturduğu yeri işin yarı fiyatına kiralamış olur. Bu da bir bilinmezlik barındırmaktadır. Ancak İmam Muhammed bu konuda istihsana göre hüküm vererek, bu tür muamele insanlar arasında hiç kimse tarafından yadırganmaksızın uygulanageldiği için buna onay vermiştir. İnsanların adet haline getirdikleri şeylerden onları uzaklaştırmak bir çeşit zorluk doğurmaktadır. Bu zorluğu ortadan kaldırmak için bu akde cevaz verilmiştir. Çünkü bunu geçersiz kılan bir nass bulunmamaktadır. Hem de insanların bu akdi yapmaya ihtiyaçları vardır.

Şöyle ki; işi yapan kişi halkını tanımadığı bir bölgeye yeni gelmiş olabilir ve insanlar kendi eşyalarını ona teslim etme konusunda güvenmiyor olabilirler. Bu durumda halk ancak tanıdıkları dükkân sahibine eşyalarını teslim etme konusunda güvende olabilirler. Dükkân sahibi de âdeten böyle durumlarda iş yapan kişiye teberruda bulunmaz (dükkânında bedava durmasına izin vermez). Bu akdi geçerli olarak kabul etmek her iki tarafın amacını gerçekleştirmeyi sağlamaktadır. Çünkü bu sayede işçi yaptığı işin

karşılığını almakta, insanlar da onun yaptığı işten yararlanmaktadır. Dükkân sahibi de kendi dükkânının menfaatinin karşılığını almaktadır. İşte bu sebeple bu akit caizdir. Dükkân sahibinin işten elde edilen gelirin yarıdan daha fazlasını alması caizdir. Çünkü o, işi yapan kişiye kendi dükkânında yer vermiş ve kendi aletlerini vermek suretiyle kendisine yardımcı olmuştur. Hatta terzinin kumaşı tutması ve kesmesi diğerine vermesi gibi işlerde işin yarı fiyatına o kişiye yardımcı bile olmuş olabilir. Bu sebeple gelirin yarıdan fazlasını alması kendisine helal olur. Bu akdin caiz olması tıpkı selem akdinin caiz olması gibidir. Zira İslam fıkhi insanların ihtiyacı sebebiyle selem akdine cevaz vermiştir. İşte kıyasen caiz olmayan bu ortaklık insanların buna duyduğu ihtiyaçtan, öteden beri insanlar arasında itirazsız uygulana geldiğinden ve aleyhinde bir nass olmayıp, bunun cevazıyla insanlar arasında bir tür zorluğun kalkmasından dolayı istihansen caizdir (Serahsi, XI/157).

Burada Mecelle'nin: "Meşakkat teysiri celbeder" (Mec. m. 17) kâidesi "Hacet umumi olsun hususi olsun zaruret menzilesine tenzil olunur." (Mec. m. 32) kâidesi "Örfler tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir" (Mec. m. 43, 44, 45) kâidesi "Nâsın istimali bir hüccettir ki, ânınla amel vacip olur." (Mec. m. 37) kâideleri kullanılmıştır.

3.2.5. İki kredi ortağından birinin bir eşya satın aldım ve helak oldu diyerek ortağından paranın yarısını istemesi doğru değildir. Çünkü ortaklar alış verişte birbirinin vekilidir. Alış verişte kendisine bedel ödenmemiş olan bir vekilin kalkıp da satın aldım ve helak oldu diyerek müvekkilin zimmetinden bedeli ilzam etmesi doğru olmaz. Ama bunun hilafına, eline bir bedel ödenerek vekil yapılmış ve satın aldığı şeyi de helak etmişse, o zaman bedelin yarısını istemesi doğru olur.

Burada ortaklardan birinin delilsiz ispatsız ikrarıyla herhangi bir zararın tazminine ortak olunmaz. Bu ancak, alış-veriş sebebiyle bir malın mülkiyetinin zahiren ortaklara geçmesinden sonra olur. Ortaklardan birinin alış-veriş söz konusu olmadan malın helak olduğunu söyleyerek tazmin iddia etmesi durumunda söz (hak) yeminle birlikte iddia edenidir.

Eğer ortak alış-veriş yapıp malın kabz edildiğine dair bir delil ortaya koyar ve sonra satın alınan malın helakını iddia ederse söz (hak), yeminle birlikte malın helakını iddia

edip, tazmin isteyenidir. Çünkü delille sabit olan şey, görülerek sabit olan gibidir (Serahsi, XI/168).

Burada Mecelle'nin "Burhan ile sabit olan iyânen sabit olan gibidir" (Mec. m. 75) kâidesi kullanılmıştır.

3.2.6. Yukarıda 3.2.5. maddedeki olayda kabzolunan mal konusunda ortağının hissesi emanet hükmündedir. Bundan dolayı malın helaki durumunda söz, yeminle birlikte alış-veriş yaptığını delillendirip, helak olduğunu iddia edenindir. Çünkü satın alınan şeyin vekil elinde helakî -müvekkil men etmediği sürece- müvekkil elinde helakî gibidir. Alış-verişte ise vekil emin (emanetçi)'dir (Serahsi, XI/168).

Burada "Mebinin vekil elinde helakî müvekkilin elinde helakî gibidir." Bu "vekil asıl gibidir" genel prensibinden kaynaklanan bir prensiptir. Yukarıda bu prensibin kullanılmasına sadece bir örnek verilmiştir. Bu kâide defalarca kullanılmaktadır.

3.2.7. Dirhemler ve dinarlar gibi paralarla kurulan ortaklıklar caiz olmakla birlikte, mezhepte kuvvetli olan görüşe göre külçe altın veya külçe gümüş ile ortaklık yapılması caiz olmaz. İmam Muhammed "Sarf Kitabı"nda şunu belirtmiştir: "Kişi belirli bir külçe karşılığında bir mal satın aldığı malı teslim almadan önce külçe telef olursa akit batıl olmaz". Bu ifadeye göre İmam Muhammed külçeyi diğer paralar gibi kabul etmiştir. Bu sebeple de "külçe belirleme ile belirli hâle gelmez" demiştir. Özetle söylemek gerekirse bu durum her bölgede örfün değişmesi ile değişir. Bir bölgede insanlar arası alış-verişler külçe ile yapılıyorsa bu külçeler nakit (dinar ve dirhem) gibi kabul edilir, belirleme ile belirli hâle gelmez. Bunlarla şirket kurmak caiz olur. Eğer bu konuda yaygın bir örf yoksa külçeler ticaret malları gibi kabul edilir, bunlarla şirket kurulması caiz olmaz. Eğer bunlarda belirleme yararlı ise geçerli olur, ağırlık ve değer belirleme gibi, yararlı değilse geçerli olmaz.

"Altın ve gümüş dışındaki madenlerden basılmış fels adı verilen paralarla kurulan ortaklığa gelince"; eğer bu paralar halen piyasada alış-verişlerde kullanılmakta ise Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre bunları ortaklık anaparası olarak belirlemek caiz olmaz. İmam Muhammed'e göre ise caiz olur. Ebu Yusuf'un görüşü de İmam Muhammed gibidir.

Bu konudaki görüş ayrılığı şu meseleye dayanmaktadır: “Bir kişi bir malı sattığında Ebu Hanife ve Ebu Yusuf’a göre malın bedelini belirli iki fels (altın ve gümüş dışındaki basılı paralar) olarak tayin etmek caizdir. Felslerin kişiler tarafından belirlenmesi ile belirginlik kazanması ceviz ve yumurtanın durumunda olduğu gibidir. İmam Muhammed’e göre ise böyle bir satış caiz değildir. Piyasada kullanımda olan altın ve gümüş dışındaki paralar, tıpkı altın ve gümüş gibi belirleme ile belirli hale gelmezler”. Aynı şekilde şirket hükmü konusunda da İmam Muhammed şöyle demektedir: “Altın ve gümüş dışındaki paralar, revaçta oldukları sürece tıpkı altın ve gümüş paralar gibidir”. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf ise şöyle demektedir: “Bu paraların revaçta olması insanların anlaşmasına bağlıdır. Bu ise zamandan zamana değişiklik göstermektedir. Biz bu paralarla şirketin kurulmasına cevaz verirsek, bu paraları piyasadaki diğer paralarla muameleye başladığında kâr taksim edileceği zaman şirketin sermayesi bilinemez hale gelir. Çünkü kârın bölüşümü sırasında şirket malı sayısı itibarıyla değil iktisadî değeri bakımından hesaplanır. Altın ve gümüş dışındaki paraların değeri ise tedavülde bulunup bulunmamalarına göre değişir (Serahsi,XI/157).

Burada “Meçhul olan (bir hüküm) malum olana (bir hükme) eklendiği zaman akdin bütünü meçhul olur.” Kâidesi kullanılmıştır

3.3. İnan Şirketinde(Şeriketü’l-İnan) Külli Kâidelerin Kullanılışı

3.3.1. Ortaklardan birinin diğerine kâr konusunda; mal veya bedenleri ile çalışma konusunda veya ertelenmek suretiyle satın alınamayan şeylerde üstün olması caiz değildir. Ayn’a gelince; ortaklar sermayede eşit olup da aralarında kârın üçte bir ve üçte iki şeklinde dağıtılmasını şart koşsalar veya sermayeleri farklı olsa da mesela birinin bin diğerinin iki bin dirhemi bulursa ve kârın aralarında yarı yarıya olmasını şart koşsalar hanefilere göre böyle bir ortaklık anlaşması geçerlidir. Şafii’ye göre ise geçerli değildir. Şafii’ye göre geçerli olmamasının sebebi şudur; ona göre mülk şirketi asıldır. Mülk ortaklığında da ortaklardan birinin diğer ortağın mülkünün kârından bir şeyi hak etmesi caiz değildir. Akit şirketinde de durum böyledir. İmam Şafii kârı zarara kıyas etmiştir. Zarar, ortaklar arasında sermayeleri oranında olup, ortakların bunun aksine şart ileri sürmeleri geçersizdir. Bunun karşıtı olarak, kârın paylaşılması da sermaye oranlarına göre olmalıdır.

Hanefiler ise şöyle demektedir: Kâra hak kazanmak şart koşmakla olur. Ortaklardan her biri şart koştuğu kadar kâra hak kazanır. İnan şirketinde kârı sermaye oranlarına göre belirlemek şart değildir. Ama zarara sermaye oranlarına göre katlanmak zorunludur. Burada karın taksimi konusunda sermaye hilafına şartın koşulabileceği yani sermayesi eşit olan iki inan ortağının kardan 1/3, 2/3 oranında farklı olabileceğinin cevazı: “Müslümanlar kendi aralarında belirledikleri şartlara uyarlar”(Buhâri, İcâre 14).hadis-i şerifidir. Sonra bu akdin caiz olması insanların ihtiyacı sebebiyledir. Bu şartı koşmaya da ihtiyaç vardır. Zira onlardan birisi ticari işler konusunda diğerinden becerikli olduğundan kendisi bilgili, ortağı cahil olduğu halde onunla aynı kârı almaya razı olmayabilir. Hem mal olmaksızın da kâra hak kazanılabilir ki bu da mudârabede olur. Mal ile birlikte kâra hak kazanma daha önceliklidir.

Bu şartın farklılık arz etmesi de insanların ihtiyacındandır. Çünkü bazı insanlar ticari konularda daha kabiliyetli olurlar ve aynı oranda paylaşımı kabul etmezler (Serahsi, XI/157)

Burada Mecelle'nin “Hacet umumi olsun hususi olsun zaruret menzilesine tenzil olunur.” (Mec.m. 32) küllî kâidesi kullanılmıştır.

3.3.2. Aynı oranda sermaye ile ortak olup da, karda farklı oranlarda anlaşmış ortakların, kârdaki anlaşmaya bakmaksızın ortaklık oranlarına göre zararı katlanmalarına gelince; bunun dayanağı her bir ortağın diğerine göre emin (emanetçi) olmasıdır. Çünkü emanetçiye tazmin şart koşulmaz. Dolayısıyla herkes malı oranında zarara katlanmış olur (Serahsi, XI/157).

Burada “Emine tazmini şart koşmak batıldır” küllî kâidesi kullanılmıştır

3.3.3. Ebu Yusuf'a göre, bir eşyayı ortak olarak alan iki kişiden biri bir başkasına, “seni de ortak ettim” dese ve diğer ortak bunu kabul etse, bu eşyaya her biri 1/3 oranında ortak olurlar. Çünkü sonradan verilen icazet akdin başlangıcında verilen izin gibidir (Serahsi, XI/170).

Burada“Sonradan verilen icazet başta verilen izin gibidir.” kâidesi kullanılmıştır.

3.3.4. Bir kimsenin bir eşyayı satın alıp kabz etmeden önce, ona bir başkasını ortak etmesi yasaklanan bir husustur. Şayet onu kabz ettikten sonra bir başkasını ortak eder de,

ortağına teslim etmeden helak olursa, ortağından para talep edemez. Çünkü teslim etmeden önce mebiin bayii elinde helak olması bey'i iptal eder (Serahsi, XI/171).

Burada “Teslim etmeden önce mebiin bayi elinde helak olması, bey'i iptal eder.” Kâidesi kullanılmıştır.

3.3.5. Normalde ortada olmayan mal ile şirket kurulamaz. Ortaklar arasında akit gerçekleşemez. Ama ortada olmayan malla ortaklık yapılır da, o mal alış-verişe sıra geldiğinde hemen getirilebilirse, o zaman bu ortaklık geçerli olur. Burada amaç ortaklık değil, malda tasarruf sahibi olmaktır. Şayet tasarruf edilmek istendiğinde mal bulunabiliyorsa, o mal tıpkı akit sırasında var olan mal gibidir. Çünkü bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir (Serahsi, XI/171).

Burada Mecelle'nin “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir” (Mec. m. 2) Kâidesi kullanılmıştır.

3.4. Mudârabe Şirketinde(Şeriketü'l-Mudârabe)Küllî Kâidelerin kullanılışı

3.4.1. Hz. Ömer'in Abdullah ve Ubeydullah adındaki oğulları, Irak'a gitmişler ve orada Ebu Musa el-Eş'ari'ye uğramışlardı. O, onlara şöyle demiştir: “Eğer bende fazla para olsaydı bunu size verirdi Fakat benim yanımda devlet hazinesine ait bir miktar para var. (Bunları alın, bununla) bir şeyler satın alıp satarsınız. Sonra Medine'ye varınca bunu Halife'ye teslim edersiniz. Bu arada kârı da sizin olur”. Onlar da böyle yaptılar. Sonra Hz. mer'e gelince olanları anlattılar. Bunun üzerine Hz. Ömer, “bu, bütün müslümanların malıdır, dolayısıyla kârı da onlara ait olur” buyurdu. Bunun üzerine Abdullah sustu. Ubeydullah ise “Bunu yapmaya hakkın yok, çünkü eğer bu mal telef olsaydı bize tazmin ettirecektin” dedi. Sahabilerden bazıları da Hz. Ömer'e şöyle dediler: “Onları mudârabe ortaklığındaki işletmeci gibi kabul et. Böylece bu maldan elde edilen kârın yarısı onlara, diğer yarısı ise bütün müslümanlara ait olur” Hz. Ömer de bunu onayladı. İmam Muhammed'in rivayetine göre, Hz. Ömer yetimlerin malını mudârabe yoluyla verirdi Çünkü devlet başkanının, yetimin malını koruma görevi bulunmaktadır (Serahsi, XXII/18).

Burada Mecelle'nin “Devlet başkanının(devletin her kademesindeki diğer idarecilerin) halka muamelelerinde halkın maslahatını gözetmeleri şarttır.”(Mec.

m. 58). kuralı ile “Nimet külfete, külfet nimete göredir” (Mec.m. 87, 88).kâideleri kullanılmıştır.

3.4.2 Hz. Peygamber (s.a.s.), peygamber olarak gönderildiği sırada insanlar mudârabe akdi yapıyorlardı. Hz. Peygamber bu uygulamayı geçerli kabul etmiş ve şu sözü ile teşvik etmiştir: “Kim üç kız çocuğunun bakımını üstlenirse o, sanki esir gibidir. Ey Allah’ın kulları! Bu kimseye yardımcı olun, onunla mudârabe akdi yapın ve ona borç verin” Mudârabe akdine insanların ihtiyacı bulunmaktadır. Çünkü bazen sermaye sahibi, kazanç getiren işleri yapma yeteneğine sahip olmayabilir. Kimi zaman da ticarete yetenekli olan kimseler sermayeye sahip bulunmayabilir. Kâr ise ancak hem sermaye hem de ticari yeteneğin birlikte bulunması ile elde edilebilir. Bu akdin geçerli olması ile bu nitelikte olan her iki kimsenin amacı da gerçekleşmektedir. İki kimsenin, sermaye ortaklığı kurmalarının geçerli olması aynı zamanda mudârabe akdinin de geçerli olduğunu göstermektedir. Çünkü hem sermaye sahibi, hem de işleten kimsede kârın elde edilmesini sağlayacak bir sebep bulunmaktadır. Dolayısıyla aralarında kârda ortaklık kurulmaktadır (Serahsi, XI/19).

Burada Mecelle’nin “Örflle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir” (Mec. m. 43, 44, 45) maddesi ile“Nâsın istimali bir hüccettir ki, ânınla amel vacip olur.”(Mec. m. 37).kâideleri kullanılmıştır.

3.4.3. Hz. Ali’den şu söz nakledilmiştir: “Kârı paylaşan kimse (işletmeci), zarar edilmesi durumunda tazmin yükümlülüğü altında olmaz.” Bu sözün açıklaması şudur: Mudârabe ve şirket akitlerinde, zarar sermayeden gider. Hz. Ali’den böyle bir söz de rivayet edilmiştir: “Zarar sermayeden gider, kar ise aradaki anlaşmaya göre paylaşılır.” Hanefiler de bu görüşü benimseyerek şöyle demektedir: Sermaye, işletmecinin elinde emanet hükümlerine tâbi olarak bulunmaktadır. Çünkü bu kimse, söz konusu malı, onun tasarruf etmesine izin vermesi ile teslim almıştır (Serahsi, XXII/20).

Burada “Emine tazmini şart koşturmak batıldır” kaidesi kullanılmıştır.

3.4.4. Bir kimse, diğerine bin dirhem verip, “Bu bin dirhemi, 1/3”, “1/5” veya “2/3” karşılığında mudârabe yoluyla al” dese, o kimse de parayı alıp işletse, bu geçerli bir mudârabe akdi olur. Şart koşulan miktar, işletmeciye, geriye kalan ise sermaye sahibine

ait olur. Çünkü şart koşulma sayesinde kârda hak elde eden işletmecidir. Sermaye sahibi ise, kârda, sermaye sahibi olması sebebiyle hak sahibidir. Diğer yandan hiçbir kayıt bulunmaksızın ileri sürülen şart, buna ihtiyacı bulunan için şart koşulmuş olarak değerlendirilir. Zaten örf de bunu göstermektedir. Bir şeyin örf ile sabit olması, tıpkı nass ile sabit olması gibidir. Bu durumda sermaye sahibi, “kârın üçte ikisi senin olsun” demiş gibi kabul edilir. Nitekim sermaye sahibi, “ben kârın üçte ikisinin bana ait olmasını şart koştum” dese sözü kabul edilmez. Çünkü o, dış görünüşün gösterdiği şeyin aksine bir iddiada bulunmaktadır. Çekişmeli durumlarda, dış görünüş kime şahitlik ediyorsa ona göre hüküm verilir (Serahsi, XXII/20).

Burada “Söz (hakk) zahirin lehine şahitlik ettiği kimsenindir”, prensibi ve “Örflerle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir” (Mec. m. 43, 44, 45) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.5. Mudârabede kârı, çalışmasının karşılığı olarak hak eden işletmecidir. İşte bu nedenle akit yapılırken belirtilen kâr, işletmeciye ait olur. Sermaye sahibi, mudâraibe yerine “bu parayı, yarısı karşılığında muâvaza olarak veya muâmele olarak al” demiş olsaydı da hüküm böyle olurdu. Çünkü akitlerde, kullanılan sözler değil, anlamlar göz önünde tutulur. Nitekim bir kimsenin, “sana şu elbiseyi bin dirheme sattım” demesi ile “sana şu ölçülen şeyi bin dirheme sattım” demesi arasında fark yoktur.

Sermaye sahibi, “Allah’ın verdiği tamamının bana ait olması şartıyla veriyorum” dese, bu işletmecinin elinde bidâa(bir kimsenin, diğerine, elde edilecek kârdan ona hiçbir şey vermeksizin, bütün kârın kendisine ait olması şartıyla verdiği maldır.) olur. İşletmeci elde edilecek kârdan hiçbir şey alamadığı gibi, bir ücret de alamaz. Malın telef olması durumunda tazmin de etmez. Çünkü o, çalışması karşılığında bir bedel almamıştır. O, sermaye sahibine yardımcı olmuş olur. Ticari konularda yardımcı olan kimse, ıstısnâ akdi yapmış olur. Bu nedenle mal onun elinde emanet hükmünde bulunur. Sermaye sahibi ise, kârın tamamının kendisine ait olmasını şart koşturmakla bir yardımda bulunmuş sayılmaz. Buradaki prensip, akitlerde sözün değil, maksadın göz önünde tutulacağıdır (Serahsi, XXII/23,25).

Bu iki durumda da “Akitlerde itibar mekasıt meaniyedir, elfaz ve mebaniye değildir.” (Mec. m. 3) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.6. Mudârabe akdinde sermaye sahibi, “şu parayı, Allah’ın verdiğini aramızda eşit olarak paylaşmak üzere al ve işlet” deyip, “mudârabe” sözcüğünü kullanmasa bu, geçerli bir mudârabe akdi olur. Çünkü her ne kadar “mudârabe” sözcüğü telaffuz edilmese de, yukarıdaki cümle, mudârabe kastedilerek kullanılmıştır. Kastedilen şeyin anlaşılması durumunda amaçlanan gerçekleşmiş sayılır. Üstelik bu akdin, “mudârabe” sözcüğüne özel bir hükmü bulunmamaktadır. Fakat mufâvada ortaklığında “mufâvada” sözcüğünün kullanılması böyle değildir (Serahsi, XXII/24).

Burada Mecelle’nin “Kelamda aslı olan manayı hakikidir.” (Mec. m. 12, 13) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.7. Sermaye sahibinin, “şu bin dirhemi al ve yarısı karşılığında işlet” veya “üçte biri karşılığında işlet” dese, bu, istihsan deliline göre geçerli bir mudârabe akdi olur. Kıyasa göre verilen hükmün ise başka bir dayanağı bulunmaktadır. Çünkü sermaye sahibi, parayı verirken bunun mudârabe yoluyla olduğunu belirtmeyince, sözü şu iki anlama da gelmektedir. Birincisi, o kimseye çalışması karşılığında bin dirhemin üçte birini vermeyi kastetmiş olabilir. İkincisi ise, elde edilecek kârdan üçte birinin ona ait olmasını kastetmiş olabilir. Fakat İmam Muhammed burada istihsana göre hüküm vererek şöyle demiştir: “Örfe göre bu sözden, kârın üçte birinin şart koşulması anlaşılmaktadır. Mudârabe sözcüğünü söyleyip söylememesi bir şey değiştirmez. Nitekim bir kimse, “öldükten sonra üçte birimi sana vasiyet ediyorum” dese, bu istihsan deliline göre geçerli bir tasarruf olur. Malının üçte biri kendisine vasiyet bırakılan kimseye ait olur. Çünkü bu konuda örf bulunmaktadır. İşte mudârabe akdindeki durum da böyledir (Serahsi, XXII/24).

Burada “Örfe tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir” (Mec. m. 43, 44, 45) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.8. Sermaye sahibi, “şu bin dirhemi, onunla Herev kumaşı almak için ve yarısı karşılığında al” veya “şu bin dirhemi, köle almak için ve yarısı karşılığında al” dese, bu, geçersiz bir mudârabe akdi olur. Çünkü sermaye sahibi, bu kimseyi, onun yapacağı bir tasarruf sonucu elde edilecek kârın bir bölümü ile kiralamış olmaktadır. Bu, satın alınanın yarısıdır ki geçersiz bir işlemdir. Diğer yandan bu, belirsiz bir ücretle bir kimseyi kiralamaktır. Çünkü sermaye sahibi ona, sadece satın almayı emretmiştir. Oysa

bir şeyi satın almakla kâr elde edilmez. Kâr alıp-satmakla gerçekleşir. İşletmeci, sermaye sahibinin satın almasını emretmesi ile o malı satamaz.

Demek ki bu akit, kârda ortak olmak üzere yapılmamıştır. Bu durumda, akit, bir kimseyi, belirsiz bir ücret karşılığında bir şeyi satın alması için tutmak (kiralamak) anlamına gelmektedir. Belirsiz bir ücret karşılığında bir kimseyi tutmak ise geçersiz bir işlemdir. Fakat bir kimseyi, bir şey satın alması için vekil tayin etmek geçerlidir. Satın aldığı, sermaye sahibine ait olur. İşletmeci ise, satın aldığı şeyden dolayı emsal ücret alır. Çünkü o, yaptığı iş karşılığında bir bedel almaktadır.

İşletmeci, satın aldığı şeyi, ancak sermaye sahibinin izni ile satabilir. Eğer izni bulunmaksızın satarsa, bu, fuzûlinin yaptığı bir işlem hükmünde olup, ancak mal sahibinin onaylaması halinde geçerlilik kazanır. İşletmecinin sattığı mal telef olup, onu geri alma imkânı kalmayınca, söz konusu malın satım tarihindeki değerini tazminle yükümlü olur. Çünkü o, malı satıp teslim etmekle onu gaspetmiş sayılır. Sattığı malın tazmin yükümlülüğünü üstlendiği için ona malik olmuştur. Bu nedenle satım işlemi geçerlidir.

Bu meselenin aslı, kendisine emanet bırakılan kimse, emanet malı çalıştırıp bir kâr elde etmesi durumunda hangi hükmün verileceği konusuna dayanmaktadır.- Sermaye sahibi, satım işlemini onaylasa, eğer mal telef olmamış ise, satım işlemi geçerli olur. Çünkü sonradan verilen onay, tıpkı başta verilmiş gibi değerlendirilir. Malın telef olup olmadığının bilinmemesi durumunda da hüküm böyledir. Çünkü aksi bilininceye kadar, bilinen duruma göre hüküm vermek bir prensiptir. O malın sağlam olduğu bilindiğine göre, satım akdi, bu durum göz önünde tutularak geçerli kabul edilir. Malın satım bedeli ise mal sahibine ait olur ve o, bunun hiçbir miktarını, tıpkı başlangıçta ona satmasını emretmesi durumunda olduğu gibi, tasadduk etmez. Mal sahibinin onay verdiği sırada, satılan malın telef olduğu biliniyorsa verilen onay geçersiz olur. Çünkü satın alan, malın mülkiyetine, mal sahibinin onay verdiği anda sahip olur. Bu nedenle akit konusu malın, akdin başlangıcında verilen bir onaya elverişli olacak şekilde, sağlam durumda bulunması gerekir. Böylece mal sahibinin verdiği onayla akit geçerlilik kazanır. Mal sahibinin verdiği onay geçersiz olunca, işletmeci, malın satım tarihindeki bedelini tazmin etmekle yükümlü olur. Satım bedeli ise işletmeciye ait olur (Serahsi, XXII/26).

Burada “Başlangıçta tecviz olunmayan şey sonradan tecviz olunabilir.” (Mec. m. 55).mecelle kuralı ile “Nimet külfete, külfet nimete göredir” (Mec. m. 87, 88) kâideleri kullanılmıştır.

3.4.9. Bir kimse, diğerine bin dirhem verip, onun da bin dirhem koymasını ve bu paraları birlikte çalıştırmayı, kârın üçte ikisinin işletmeciye ait olmasını fakat bu miktarın her ikisinin verdiği bin dirhem kârlarından eşit olarak karşılanmasını ve geri kalan kârın ise kendisine ait olmasını şart koşarak bir mudârabe akdi yapsa geçerli olur. Bu durumda belirtildiği şekilde, işletmeci kârın üçte ikisini alır. Üçte birini ise sermaye sahibi alır. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi, sermaye sahibi, işletmecinin çalışmasına karşılık, sermayesinin kârından bir bölümü ona vermeyi kabul etmiştir. Bu ise doğru bir işlemdir. Bunun gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: Çünkü işletmecinin koyduğu sermayeden meydana gelen kârın altıda birini sermaye sahibi almıştır. Bunun gerekçesi hakkında şu söylenmiştir. Böyle bir gerekçe doğru değildir. Çünkü mevcut olmayan iki kârın değişimi nasıl geçerli olabilir. Kârın bu şekilde dağıtıldığını söylemek, taraflardan hiçbirine yarar sağlamamaktadır. Çünkü sermayelerin birbirine eklenmesinden sonra kârın altıda birinin hangi tarafın verdiği bin dirhemden elde edildiği önemli değildir. Bir şarta, ancak taraflardan her ikisine veya yalnızca birine yarar sağlaması durumunda riayet edilir. Şart bir yarar sağlamadığına göre hiç yapılmamış gibi kabul edilir. Bu durumda başka hiçbir kayıt bulunmaksızın, kârın üçte ikisinin işletmeciye ait olma şartı kalmaktadır. Akit bu şartlar altında geçerli olur (Serahsi, XXII/32).

Burada “Akitlerde herhangi bir faydası olmayan şartlar geçersizdir” kâidesi kullanılmıştır.

3.4.10. Ticaret eşyaları ile mudârabe akdi kurulup kurulmaması ile ilgili görüşler: İmam Malik’e göre Ticaret eşyası ile yapılan mudârabe akdi geçerlidir. Çünkü ticaret eşyası, genellikle ticarete kullanılan, hukuken değerli sayılan (mütekavvim) bir maldır. Bu nedenle o, mudârabede amaçlanan şey bakımından tıpkı para gibi değerlendirilir. Mudârabe akdinin ticaret eşyası ile devam etmesi geçerli olduğu gibi, ilk başta ticaret eşyası ile kurulması da geçerlidir.

Hanefi mezhebine göre ise mudârabe akdi, ticaret eşyası ile olmaz. Ancak dirhem ve dinarlarla(nakit) olur. Hanefiler, Hz. Peygamber’in, tazmin yükümlülüğü üstlenilmeyen

şeyden kazanç sağlamayı yasaklamasını delil olarak ileri sürmektedir. Ticaret eşyası ile mudârame akdi yapmak, bu sonuca götürmektedir. Çünkü mal işletmecinin elinde emanet hükmünde bulunmaktadır. Belki akitten sonra değeri artacak ve onu satınca kâr elde edecektir. Bu durumda, işletmeci malın tazmin yükümlülüğünü üstlenmeden kâr elde etmiş olacaktır. Fakat mudârame akdinin para ile yapılması durumunda böyle değildir. Çünkü işletmeci onunla mal alacaktır. Bir malı satın almak ise, kişinin zimmetinde tazminle yükümlü olunan bir bedel karşılığında gerçekleşmektedir. Buradan elde edeceği kâr ise, tazminle yükümlü olduğu şeyden gerçekleşmiş olur.

Ticaret eşyası ile mudârame akdi yapıp, sırf sermaye olarak verilen malın satılması ile elde edilen kâr, sermaye sahibinin işletmeciyi, belirsiz bir ücret karşılığında kiralaması gibi bir anlama gelmektedir. Oysa para ile elde edilen kâr, ancak hem satın alıp hem de satmakla gerçekleşmektedir. Böylece bu, bir ortaklık işlemi olur. Mudârame akdinin ticaret eşyası ile yapılması durumunda ise, sermaye sahibi işletmeciye şöyle demiş olmaktadır: “Satım bedelinden bir bölümü sana ait olmak üzere şu malımı sat”. Eğer satım bedelinin tamamının ona ait olması şartıyla satmasını istese, böyle bir işlem geçerli olmayacaktı. İşte bir bölümünün ona ait olmasını şart koşması durumunda da hüküm böyledir. Sermayenin para olması durumunda ise, sermaye sahibi işletmeciye “şu bin dirhemle mal satın al ve satım bedelinden bir bölümü sana ait olmak üzere onu sat” demiş olmaktadır. Eğer burada satım bedelinin tamamının ona ait olmasını şart koşacak olsaydı böyle bir işlem geçerli olurdu. İşte bir bölümünü şart koşması durumunda da geçerli olmaktadır.

Ayrıca mudârame akdinde kâr, ancak sermayenin elde edilmesinden sonra meydana gelebilir. Sermayenin ticaret eşyası olması durumunda kâr elde etmek ve bunun miktarının ne olduğu, tahmin ve varsayımdan öteye geçmez. Dolayısıyla taraflara dağıtılacak olan kâr miktarını kesin olarak bilmek mümkün olmaz. Fakat sermayenin para olması hali böyle değildir.

Dolayısıyla mudârame akdinde sermaye para değil de, ölçülen veya tartılan (mekîl veya mevzûn) bir şey olursa Hanefilere göre bu, geçersiz bir mudârame akdi olmaktadır.

Bu konuda İbn Ebi Leyla'nın görüşü şöyledir: Ölçülen veya tartılan şeylerle mudârame akdi kurmak geçerlidir. Çünkü bunlar, mislî (standart) şeylerdir. Diğer yandan sermayenin, teslim alınan şeyin misli ile tahsil edilmesi ve kârın paylaşılması da

mümkündür. Ayrıca ölçülen ve tartılan şeylerle bir şey satın almak geçerli olup, bunlar zimmette satım bedeli olarak sabit olmaktadır. Dolayısıyla ölçülen ve tartılan şeyler, işletmecinin, tazminle yükümlü olduğu bir şeyden kâr elde etmesi bakımından tıpkı para gibi olmaktadır.

Hanefilerin buna itirazları şöyledir: Ölçülen ve tartılan şeyler, tıpkı ticaret malları gibi akit konusu olmaktadır. Bunların sermaye sayılması durumunda yapılacak ilk tasarruf onları satmaktır. Kimi zaman sırf malı satmakla kâr elde edilmektedir. Şöyle ki; işletmeci malı sattıktan sonra malın değeri düşer. Böylece daha mal satın almaksızın kâr ortaya çıkmış olur. Dolayısıyla bu, bir kimseyi, belirsiz bir ücret karşılığında bir malı satması için kiralama işlemi olmaktadır. Bu ise, tıpkı ticaret mallarında olduğu gibi geçersiz bir işlemdir. Eğer işletmeci daha sonra bir mal satın alıp satsa ve kâr elde etse veya zarara uğrasa bu durumda kâr ve zarar sermaye sahibine ait olur. İşletmeci malı tazminle yükümlü olmayıp, yaptığı işin emsal ücretini alır. Nitekim geçersiz bir mudâra akdindeki hüküm de böyledir. Çünkü o, ticaret yapmak üzere sermaye sahibinin temsilcisi durumundadır. Zira sermaye sahibinin parayı ona vermedeki amacı, kâr elde etmektir. Bu ise ticaretle olur. İşletmeci, akitte bir şart ileri sürülmemiş olması durumunda tüccarın yaptığı şekilde, peşin veya vâdeli olarak alım-satım yapabilir. Bu Hanefilere ait bir görüştür (Serahsi, XXII/34).

Burada “Nimet külfete, külfet nimete göredir” (Mec. m. 87, 88)mecelle kuralı ile Mecelle'nin”Örflle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir” (Mec. m. 43, 44, 45) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.11. İbn Ebi Leyla'ya göre, işletmeci malı vâdeli olarak satamaz. Çünkü bu, işletmecinin sermaye ile iş yapma alanının daralmasını gerektiren bir tasarruftur. Böyle bir tasarruf, sermayenin karz olarak verilmesinde olduğu gibi, sermaye sahibinin amacına aykırı bir işlem olur. Nitekim ölüm hastalığında bulunan bir kimsenin yaptığı satım akdi, malının üçte birinde geçerli olur. Demek ki vâde ile satım yapmak, bir teberrûdur. Fakat Hanefiler bu konuda şöyle demektedir: Vâdeli satım, tüccarın bir teâmülüdür. Bu, sermaye sahibinin amacı olan, kârı elde etmede daha yararlı bir yoldur. Çünkü kâr, genellikle peşin değil, vâdeli satım ile elde edilmektedir. Sermayedarın amacı, işletmeciye yetki vermek değil, ticaret yaparak kâr elde etmektir. Bu ise gerçekleşmiştir. Şu ayet, hiçbir kayıt bulunmadığı zaman, ticaretin vâdeli satım olarak

anlaşılacağını göstermektedir:“Yalnız aranızda hemen alıp vereceğiniz peşin ticaret olursa, onu yazmamanızdan ötürü size bir günah yoktur” (Bakara, 2/282) Bu ayet, ticaretin genellikle gaib olarak yapıldığını açıklamaktadır. Bu ise, ancak vâdeli satım ile gerçekleşir.

Sermaye sahibi, işletmeciye “kendi görüşüne göre işlet” demiş ise, işletmeci, karz verme dışında, yukarıda belirtilen tasarrufların hepsini yapabilir. Çünkü ona, sermayeyi kendi görüşüne göre işletme konusunda genel tasarruf yetkisi verilmiştir. Demek ki sermaye sahibinin, bu genel ifadeden amacı, tüccarın genellikle yaptığı şeylerdir. Dolayısıyla işletmeci, sermayeyi, mudârahe yoluyla verme (alt mudârahe yapma), onunla ortaklık kurma ve kendi sermayesi ile karıştırma yetkisine sahiptir. Çünkü bunlar, tüccarın yaptığı şeylerdir. Nitekim kendisine “görüşüne göre tasarruf et” denilen vekil de, vekâlet konusunda başkasını vekil tayin edebilmektedir. Ne var ki karz olarak veremez. Çünkü bu, tüccarın genellikle yapmadığı bir teberrû işlemidir. Dolayısıyla tıpkı hibe ve sadakada olduğu gibi “karz” sözcüğü ile bir tasarrufta bulunamaz (Serahsi, XXII/38).

Burada Mecelle'nin “Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın ahar bir kimsenin tasarrufu caiz değildir.” (Mec. m. 96) maddesi “ Örfle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir” (Mec. m. 43, 44, 45) maddesi ve “Nâsın istimali bir hüccettir ki, ânınla amel vacip olur.” (Mec. m. 37) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.12. Mudârahe akdinde sermaye sahibi, “bu sermayeyi, onunla gıda maddesi (taâm) alman şartıyla ve kârın yarısı sana ait olmak üzere mudârahe olarak al”, “onunla buğday ve un al”, “onunla tahıl alırsın” veya “buğday ve unda kullanman şartıyla ve kârın yarısı sana ait olmak üzere mudârahe olarak al” dese, bütün bu sözler, ilk durumda olduğu gibi, sermaye ile buğday ve un alınmasının şart koşulmasını ifade etmektedir. Bu şart bir yarar sağlamaktadır. Çünkü bir kimse, başka malların ticaretinden anlamadığı halde bir malın ticaretinden anlayabilir. Dolayısıyla belirtilen şart göz önünde tutulur.

Ayrıca, burada “taâm” sözü özellikle buğday ve un için kullanılmış sayılır. İşletmeci bunlar dışında başka bir şey alıp satamaz. Çünkü örfte “taâm” denince buğday ve un anlaşılır. “Taâm satan” denildiği zaman, bundan buğday ve un satan kimse anlaşılır. “Taâm” çarşısı denildiği zaman da, buğday ve un satılan çarşı anlaşılır. İşletmeci, sermayenin bir bölümü ile, malı satarken buğday ve unu içine koyacağı bir şeyi veya

onu bir şehirden başka bir şehre taşımak için kullanacağı bir gemiyi veya hayvanı kiralayabilir. Çünkü bunların tamamı, tüccarın buğday ve un ticaretinde yaptığı tasarruflardandır. Sermaye sahibi, işletmecinin buğday ve un satmasını emredince, artık bu yollara başvurmadan başka çare kalmamaktadır. Dolayısıyla onun bu emri, söz konusu tasarrufların hepsi için verilmiş bir izin sayılır (Serahsi, XXII/41,42).

Burada “Akitlerde herhangi bir faydası olmayan şartlar geçersiz, taraflara yarar sağlayan şartlar geçerlidir”.kuralı,“ Örfle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir” (Mec. m. 43, 44, 45) kuralı ve “Nâsın istimali bir hüccettir ki, ânınla amel vacip olur.” (Mec. m. 37) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.13. Mudârabede mal sahibi mudaribin tasarrufunu sınırlasa,(sadece yiyecek maddesi al- sat gibi), bu durumda mudarip ancak sınırlanmış olduğu şeyleri olup-satabilir. Ama mudarip, kendisinin sınırlandırılmadığını iddia edip, sınırlandırıldığı şeyin dışında bir şeyler alıp-satsa ve ortaklar anlaşmazlığa düşseler; her ikisi de bu konuda delil getirirse ve delillerde geçerli olsa; bu deliller zamana göre sıralanır. Söz (hakk), son delili getirenindir. Çünkü son söz öncekini bozar. Yani muhakemeye en yakın zamanda getirilen delil geçerlidir. Burada izinden sonra nehiy vardır ki bu yasalıdır. Yine nehiyden sonraki izin ise geçerlidir. Bu iki yasal durumdan dolayı deliller zamana göre değerlendirilip tercih edilir (Serahsi, XXII/44).

Burada Mecelle'nin“Olan bir olayın yakın zamana izafeti asıldır”.(Mec. m. 11) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.14. İki kişi bir şahıstan 1000 dirhemi mudârabe için alıp daha sonra bu parayı paylaşsalar ve bunlardan biri kendi hissesiyle bir köle satın alsın; sonra arkadaşı bu alıma icazet verse; bu icazetle alınan o köle mudârabe olmaz. Çünkü icazet mevkuf akitlerde geçerlidir. Bu onayınvarlığı ile yokluğu aynıdır. Ama bu iki ortak birlikte 1000 dirheme bir mal satın alsalar; sonrabunlardan biri bu malı belli bir paraya satsa ve diğeri buna icazet verse; bu caiz olur. Çünkübu satış diğerrinin icazetine bağlıdır. (Mevkuftur) Burada sonradan verilen icazet başlangıçta verilen izin gibidir ilkesi geçerlidir (Serahsi, XXII/49,50).

Burada “Sonradan verilen icazet başlangıçta verilen izin gibidir,” prensibi ya da “Başlangıçta tecviz olunmayan şey sonradan tecviz olunabilir” (Mec. m. 55) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.15. Bir kimse bir çocuğa babasından izinsiz bir miktar mal verip bununla mudârahe akdi yapsa; bunlar kar etsinler zarar etsinler bu akid caizdir. Ve yaptıkları kar, anlaşma uyarınca paylaşılır. Çünkü bunlar mümeyyiz olduklarından tasarrufu ehil sayılırlar. Buradaki tasarruf ise mal sahibinin malıdır ve o da bu tasarrufa razıdır. Burada bu çocuğun sadece menfaatlenmesi (lehine tasarruf) söz konusudur. Çocuğun kendi lehine tasarruf söz konusu olunca mahcur (ehliyet kısıtlama) olmaz. Alım- satımdaki bütün sorumluluklar mal sahibine aittir. Çocuğun hacr altına alınması (ehliyetinin kısıtlanması) zarara uğraması sebebiyledir. Zarara uğrama söz konusu olmayan ve menfaat olan akitlerde ilzam (bağlayıcılık) meydana gelir. Yine çocukta bu hacr hali devam edip durmaz. Çocuk baliğ olunca, bu hacr hali ortadan kalkar. Mani kalkınca memnu avdet eder (Serahsi, XXII/59).

Burada “Manı zail olduğunda memnu avdet eder.” (Mec. m. 24) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.16. Bir kimse, diğerine, elbise satın alıp satması şartıyla, mudârahe yoluyla bir miktar sermaye verse, elbise, insanların giydiği şeyler için genel bir ad olduğu için, işletmeci, sermaye ile ipek, pamuk, keten kumaş, dikilmiş elbiseler, pardesü vb. şeyler satın alabilir. Ancak örtü, yastık, keçe vb. şeyler satın alamaz. Çünkü bütün bunlar, sergi türü şeylerdir. Elbise sözcüğü, hiçbir kayıt bulunmaksızın kullanıldığı zaman genellikle bunları içermez. İnsanların alış veriş yaparken bunlara elbise demeyip, sadece giydikleri şeylere elbise demeleri de bunu göstermektedir. Bir sözün, herhangi bir kayıt getirilmeden kullanıldığı zaman, örfte ondan ne anlaşılıyorsa onu ifade ettiği kabul edilir. Bir kimse, diğerine, bir miktar sermaye verip, onunla bez kumaş satın almasını şart koşsa, işletmeci, yünlü veya ipekli kumaş ya da hazır elbise satın alamaz. O, ancak pamuk ve keten kumaştan giysi satın alabilir. Çünkü örfte, “bez kumaşçı” (bezzâz) ifadesi pamuk ve keten elbise satan kimseler için kullanılmaktadır. Bu, hukuka değil, insanların örfüne dayanarak verilmiş bir hükümdür. Bu tür konularda, insanların örfü dikkate alınır (Serahsi, XXII/56,57).

Burada“Örflle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir” (Mec. m. 43, 44, 45) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.17. Bir kimse, diğerine, kârın yarısı karşılığında, bin dirhemi mudârabe yoluyla verse, işletmeci de, sermayeyi, yaşadığı şehirde veya evinde çalıştırsa, ne ortaklıktan ne de sermaye sahibinden geçim masrafı (nafaka) alamaz. Çünkü kıyasa göre, işletmecinin, hiçbir durumda ortaklık sermayesinden geçim masrafı alma hakkı yoktur. Zira o, vekil veya kârdan pay talep etmeden, başkasına iş yapan bir kimse gibidir. Ya da kârın bir bölümünün kendisine ait olmasını şart koşan işçi gibidir. Bunların hiçbirisi, çalıştığı sermayeden nafaka alma hakkı elde edemez. Fakat kıyasa göre verilmesi gereken hüküm, işletmecinin, sermaye ile yolculuğa çıkması durumunda, bir takım masraflar söz konusu olacağı için, terk edilmiştir. Kıyasa göre verilmesi gereken hüküm, bunun dışındaki konularda geçerli olarak kalmıştır. İşletmecinin, aynı şehirde veya ailesinin yanında kalması, ortaklık nedeniyle değil, oraya yerleştiği içindir. Nitekim o, mudârabe akdi kurulmadan önce de orada oturmakta idi ve geçim masrafı da kendisine aitti. İşte durum mudârabe akdinden sonra da böyledir. Fakat o, sermaye ile ticaret yapacağı bir şehre yolculuğa çıkarsa, örfle göre, hem yolculuk sırasındaki, hem de o şehirdeki masrafları ortaklıktan karşılanır. Çünkü o, ortaklık adına yolculuk yapmıştır. Hiç bir kimse, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir kâr için, kendi parasından masraf ederek yolculuğa çıkmaz. Buna ancak, elindeki sermayeden kendisine yetecek kadar harcayabilmesi durumunda razı olur. Fakat vekil ve kâr payı talep etmeksizin başkasının parasını işleten kimse böyle değildir. Çünkü bunlar, herhangi bir talepte bulunmaksızın çalışmalarını başkası için teberrû etmektedirler. Başkası için ücretli olarak çalışan (ecîr) de işletmeciden farklı hükümdedir. Çünkü o, kendisini çalıştıran kimsenin zimmetinde tazminle yükümlü olduğu bir bedel karşılığında çalışmaktadır. Onun ücreti alması kesin bir durumdur. Fakat işletmeci, ne teberrû olarak, ne de tazminat hükmünde bir bedel karşılığında çalışmaktadır. O, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir bedel karşılığında sermayeyi işletmektedir. Dolayısıyla onun, katlanacağı zorluğun karşılığında bir şey alması gerekir ki bu, masrafının ortaklıktan karşılanmasıdır. İşletmeci, ortak gibidir. Ortak, şirket sermayesi ile yolculuk yaptığında, masrafları ortaklıktan karşılanır. İmam Muhammed'den, işletmecinin de böyle olduğu hakkında bir görüş rivayet edilmiştir. Çünkü o, ortaklık sermayesini işletmek için, başka iş yapmaktan vazgeçmiştir. Bu tıpkı, bir kadının, başka

iş yapmayıp, kendini kocasının evinde bulundurması gibidir. Fakat işletmeci, eğer şehir içinde bulunursa, kendisini, sırf ortaklık sermayesi için hasretmemiştir. Dolayısıyla masrafını sermayeden alamaz. Nafaka kapsamına, kendi gibi bir kimsenin örfe göre yaptığı; yiyecek, giyim, koku, elbiselerinin yıkanma ve yolculuk masrafları girer. Çünkü bunların hepsi, bir kimse için, yolculukta mutlaka sahip olması gereken şeylerdir. “Nevâdir” kitaplarında, Ebu Hanife ve Ebu Yusuf’un kişinin koku masraflarının nafaka kapsamında olmadığına dair bir görüş nakledilmiştir. Fakat onlar, insanların genellikle koku kullanmadığı, dolayısıyla buna nadiren ihtiyaç duyulduğu yerlerde olması gereken hükmü kastetmiş olmalıdır. Örfe göre verilmiş bir hüküm, o şeyin nâdir olarak gerçekleştiği yerlerde de geçerli olmaz. İmam Muhammed’in kastı ise, Hicaz, Irak gibi, insanların, genellikle koku kullanmayı ihtiyaç olarak gördüğü yerlere yolculuk yapılması durumunda geçerli olacak hükmüdür.

İşletmecinin hakkı, kendi gibi bir kimsenin yapacağı harcamalardır. Bunu da, evlilikte kadının nafaka miktarında olduğu gibi, örf tayin eder. İşletmeci, emsallerinden daha fazla harcama yapacak olursa, yalnızca emsallerinin yaptığı masraf ortaklık sermayesinden karşılanır. Bunu aşan bölümü ise kendi malından ödemiş olur.

İşletmeci, emsallerinin yaptığı harcamayı ortaklıktan talep ettikten sonra elinde, elbise, gıda maddesi vb. bir şey kalmış ise, bunları ortaklığa geri verir. Çünkü kendi şehrine dönmekle, bu mallardaki hakkı sona ermiştir. Dolayısıyla artık bunları geri vermelidir. Nitekim başkası adına hac yapan kimse de, hactan döndükten sonra geriye bir şey kalmışsa bunları geri vermektedir. Aynı şekilde bir kimse, kocası bulunmakla birlikte, hizmetinde kullanmak üzere cariyesine bir ev açsa, cariyenin yanında da kocasına ait bir miktar nafaka bulursa, koca bunları talep etme hakkına sahiptir.

İşletmeci, ilaç, hacamat (kan aldırma), ve sürme vb. masraflarını, ortaklık malından değil, kendi malından karşılar. Hasan İbn Ziyad, Ebu Hanife’den, bunların hepsinin ortaklık sermayesinden karşılanacağı yönünde bir görüş nakletmiştir. Çünkü yolculukta bulunduğu sürece ortaklık malı, ihtiyacını giderme bakımından tıpkı kendi malı gibidir. İşletmeci bu tür konularda kendi malını harcayabildiği gibi, ortaklık malını da harcayabilir.

Zâhiru’r-rivâye’deki görüşün dayanağı şudur: Ortaklık sermayesinden ancak kişinin geçim masrafları (nafaka) karşılanır. İşletmecinin, tedavi, hacamat ve ilaç giderleri ise

nafaka kapsamında değildir. Nitekim kadın, kocasından bu tür hakları değil, sadece nafaka hakkı elde etmektedir. Diğer yandan bu tür giderler, her zaman olan şeyler değil, nadir olarak duyulan ihtiyaçlardır. Nadir olan şeyler ise, genel olarak uygulandığı için elde edilen şeyler kapsamına girmez. İşletmecinin, cinsel ilişki için veya hizmet etmesi için bulundurduğu cariyelerin bedeli de ortaklık sermayesinden karşılanmaz. Çünkü bunlar, temel ihtiyaçlardan değil, insanın daha rahat yaşamasını ve cinsel ihtiyacını gidermesini sağlayan şeylerdir. Diğer yandan işletmeci, söz konusu cariyeleri satın almakla, ortaklık bir kâr elde etmez. İşletmeci, yolculukta ve gittiği şehirde hizmet etmesi, ekmek ve yemek pişirmesi ve çamaşırlarını yıkaması ve onun diğer ihtiyaçlarını karşılaması için bir işçi tutsa onun ücreti, ortaklık hesabından ödenir. Çünkü işletmeci böyle bir işçi tutmasa, bunları kendisi yapması gerekecektir. Zira bunlar, mutlaka yapılması gerekli şeylerdir. Sözü edilen ihtiyaçları, işçinin yapması sayesinde o, bütün zamanını ortaklık için çalışmaya ayırabilecektir. Diğer yandan bu, ortaklık adına yarar sağlayan bir tasarruftur.

İşletmecinin, çalışırken ona yardımda bulunan çocuklarının nafakası da ortaklık hesabından karşılanır. Çünkü onların nafakası, tıpkı işletmecinin nafakası gibi kabul edilir. Zira onlar da, işletmeci gibi, ortaklık için çalışmaktadır. Bir kimse, diğerinden nafaka alma hakkı elde edince, hizmetçilerinin nafakası da buna dâhil olur. Nitekim kadın kocasından nafaka hakkı elde edince, hizmetçisinin nafakasını alma hakkını da kazanmaktadır. Ne var ki kadın, kocasının evinde çalışması için, birden fazla hizmetçiye ihtiyaç duymaz. İşletmeci de, kimi zaman kendisi ile birlikte çalışacak çocuklara ihtiyaç duyabilir. Bu nedenle onların nafakası da ortaklıktan karşılanır.

İşletmecinin ortaklığa ait malı, bir şehirden diğerine taşımak için kullandığı hayvanın yemi de, ortaklık için çalıştığı sürece, ortaklıktan karşılanır. Çünkü hayvan yem sayesinde taşıma gücü kazanır ki, bu da ortaklık sermayesine yarar sağlamaktadır.

İşletmeci ve sermaye sahibi, kârı paylaşmak istediklerinde, (mevcut paradan) önce sermaye verilir. Nafaka geri kalan miktardan alınır. Eğer geriye para kalmış ise, o kâr kabul edilir ve aralarında belirtilen şartlara göre paylaşılır (Serahsi, XXII/63,64).

Burada Mecelle'nin "Vücutta bir şeye tabi olan, hükümde dahi ona tabi olur. (Mec. m. 47) kâidesi "Örflerle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir" (Mec. m. 43, 44, 45)

kâidesi ve “Nâsın istimali bir hüccettir ki, ânınla amel vacip olur.” (Mec. m. 37) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.18. Bir kimse, diğerine, mudârabe yoluyla bin dirhem verse, işletmecinin de, ticaret yapmak için bulundurduğu on bin dirhemi olsa ve toplam onbir bin dirhem ile, alım-satım yapmak için birşehre yolculuğa çıksa, yolculuk masrafları onbire bölünür. Bir payı, ortaklık hesabından, on payı ise işletmecinin kendi parasından karşılanır. Çünkü o, ortaklık adına yolculuğa çıkmış olabileceği gibi, kendi sermayesini işletmek için de çıkmış olabilir. Her ikisi de eşit derecede ihtimallerdir. Bu durumda onun yolculuğa çıkması ve çalışmasından elde edilen yararabakılır. Bu da, sermayenin az veya çok olmasına göre değişir. Dolayısıyla işletmecinin nafakası, sermaye miktarına göre paylaşılır. Çünkü elde edilecek yarar, katlanılacak zararkarşılığındadır (Serahsi, XXII/67).

Burada “Nimet külfete, külfet nimete göredir” (Mec. m. 87, 88) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.19. İşletmeci, mudârabe sermayesi ile sermayeden daha çok değeri olan veya olmayan bir mal satın alsa, işletmeci, daha çok kâr kazanmak için malı satmayıp bir süre bekletmek istese, sermaye sahibi ise hemen satılmasını istese bakılır: Eğer malın değeri, sermayeden daha fazla değil ise, işletmeci, malı satıp, sermaye sahibinin sermayesini vermeye zorlanır. Çünkü burada işletmeci mal sahibini zarara uğratmak pahasına, kazanması veya kaybetmesi mevhum bir hakla (işletme hakkı) mal sahibinin önüne geçmektedir. Bu sermaye sahibine zarar verir. Hâlbuki zarara engel olunur (Serahsi, XXII/72).

Burada “Zarar bir kader’ il imkan def olunur” (Mec. m. 31,20) kâidesi kullanılmıştır.

3.4.20. Bir İşletmeci, mudârabe sermayesinden on dirhem karşılığında bir elbise satın alıp, murabaha yoluyla satsa ve alıcıya “Ben bunu sana her bir dirheme bir dirhem kâr almak suretiyle satıyorum” dese, malın satış fiyatı yirmi dirhem olur. Çünkü mâliyet fiyatındaki her bir dirhem karşılığında kâr olarak bir dirhem belirlemiştir. ل (Elif lâm, marifelik, belirti takısı), kullanıldığı şeyin tamamını kapsama imkanı bulunduğu zaman cinsi belirtmek için kullanılır. Bu takının, daha önce geçen bir kelime için kullanıldığını söyleyebilmek için bir kelime yer almamıştır. Bu durum ve işletmecinin, “her bir

dirhem karşılığında bir dirhem” demesi aynıdır. İşletmecinin, “her bir dirhem karşılığında iki dirhem” demesi durumu da böyledir. Bu durumda malın satış fiyatı otuz dirhem olur. Eğer işletmeci, “on dirhem kârı olarak beş dirhem veya bir dirhem kârı yarım dirhemdir” demesi halinde malın satış fiyatı on beş dirhem olur. Çünkü o, mâliyetin her bir dirhemi karşılığında yarım dirhem veya mâliyetin tamamı karşılığında beş dirhem kâr olarak belirlemiştir.

İşletmeci, “on dirhem kârı olarak on beş dirhem” dese bu durumda kıyasa göre malın satış fiyatının yirmi beş dirhem olması gerekir. Çünkü o, mâliyet fiyatına, on beş dirhem kâr eklemiştir. Fakat biz satımın, tüccarın bu konudaki teâmülünü dikkate alarak istihsanen on beş dirhem olmasına hükmetmekteyiz. Onlar yukarıdaki sözleri ile beş dirhem kâr, on dirhem ise mâliyet olmasını kasetmektedir. İşletmeci, “on dirhem kârı ile on bir dirhem” dese veya “yüzde on” dese bu durumda istihsan deliline göre kâr yalnızca bir dirhem olur. Çünkü bir şart eklenmeksizin kullanılan kelime insanların bu konudaki sözlerinin anlamlarına ve bu sözle karşı karşıya kalan insanın bundan anladığı şeye yorulur. İşletmeci, “on dirhem kârı ile on bir dirhem ve yarım (dirhem) karşılığında” dese bu durumda bir dirhem ve yarım dirhem kâr olur. Eğer “on dirhem kârı on beş dirhem” dese malın satım bedeli yirmi beş dirhem olur. Çünkü o, her bir sayıyı kârı belirleme açısından diğerine atfetmiş ve bu miktarı, mâliyete eklemiştir. Böyle bir sözün tüccar arasında kullanıldığı özel bir anlam bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz, gerçek anlamında kullanılmış kabul edilerek, her iki sayının da kâr olduğuna hükmedilir (Serahsi, XXII/78).

Burada Mecelle'nin “Akitlerde itibar elfaz ve mebaniye değil, mekasıt ve meaniyedir” (Mec.m. 3) kâidesi “Örflle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir” (Mec.m. 43, 44, 45) kâidesi ve “Nâsın istimali bir hüccettir ki, ânınla amel vacip olur.” (Mec.m. 37) kâideleri kullanılmıştır.

3.4.21. Bir kimse diğerine, kârın yarısı (1\2) karşılığında mudârabeye yoluyla bin dirhem verse, o da bin dirhem kâr elde etse ve kârı paylaşmış, her biri kendisi için beş yüz dirhem alsaydı, sermaye ise işletmecinin elinde kalsa ve telef olsa veya sermayeyi çalıştırsa ve zarar etse ya da çalıştırdıktan sonra telef olsa bu durumda yaptıkları paylaşım işlemi geçersiz olur. Sermaye sahibinin aldığı beş yüz dirhem sermayesi olarak kabul edilir ve işletmeci, kendisi için aldığı beş yüz dirhemi sermaye sahibine borçlanır. Bu miktar,

sermaye sahibinin sermayesi olarak kabul edilir. Telef olan ise kârdan gider. Çünkü sermaye, sermaye sahibine ulaşmadıkça kâr ortaya çıkmaz. Hz. Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmuştur:“Müslüman tıpkı, sermayesi teslim edilmedikçe kârı da teslim edilmeyen tâcir gibi, farzları ya da azimet olan fiileri teslim edilmedikçe, nafileleri ona teslim edilmez.” Burada anapara asıl, kâr ise ferdir. İşletmeci, elinde kalan sermayeyi emanet hükümlerine tâbi olarak tutar. İşletmesinden dolayı veya işletmeden önce telef olması durumunda tazminle yükümlü olmaz. Aksine telef olan, sanki hiç yokmuş gibi kabul edilir. Demek ki bin dirhemlik sermayeden, sermaye sahibine ulaşan miktar beş yüz dirhemdir. İşletmeci, kendisi için aldığı miktarı tazminle yükümlüdür. Sermaye sahibini, tüm sermayesini almış olması için, işletmeci beş yüz dirhemi ona borçlanır. Burada kârın, sermaye sahibine ulaşmadan paylaşılması, tıpkı ölenin borçları ödenmeden önce, mirasçıların terekeyi paylaşmaları gibi kabul edilir. Mirasçılar, terekeden borç miktarını ayırıp, kalanı paylaşırsalar, sonra ayrılan miktar, alacaklılara ulaşmadan telef olsa paylaşma işlemi geçersiz olup, mirasçılar aldıklarını, onda alacaklıların hakkı bulunduğu için tazmin ederler. Terekede, alacaklıların hakkının mirasçılar hakkına bir önceliği olduğu gibi, sermaye sahibinin hakkının da, her ikisinin hakkına bir önceliği vardır. Aynı şekilde işletmeci ve sermaye sahibinin kendileri için aldıklarının telef olması durumunda da aynı şekildedir. Çünkü sermaye sahibinin aldığı, sermayesi olarak kabul edilir. Bu miktarın, onun elinde telef olması ile sağlam olarak bulunması aynıdır. İşletmeci ise, elinde telef olan miktarı tazmin eder. Çünkü o, söz konusu miktarı kendisi için almış ve ortaklık sermayesinden çıkarmıştır. Bu miktarın, onun elinde telef olması ile sağlam olarak kalması aynıdır. Kâr iki bin dirhem olup, her biri kârdan bin dirhemini alsa, sonra bütün sermaye telef olup, sermaye sahibi de sermayesini almamış olsa bu durumda sermaye sahibinin aldığı bin dirhem, sermayesi olarak kabul edilir. Çünkü kârın paylaşılması, sermayenin, sermaye sahibine veya vekiline ulaşmasıyla akdin sona ermesinden sonra meydana gelmiştir. Ancak sermayenin işletmecide bulunup, akdin hükümlerinin geçerli olduğu sırada yapılan kâr paylaşımı geçersiz olup, telef olan miktar sanki hiç yokmuş gibi kabul edilir. Demek ki sermaye sahibinin teslim aldığı miktar sermayesidir. İşletmecinin aldığı miktarın tamamı ise kârdır. Bu miktarı kendisi için almıştır. Dolayısıyla tazminle yükümlüdür. Sermaye sahibine, kâr payı olan bin dirhemi borçlanır (Serahsi, XXII/105).

Burada Mecelle'nin "Nimet külfete, külfet nimete göredir" (Mec. m. 87, 88) maddesi "Asıl sakıt oldukça, fer dahi sakıt olur" (Mec.m. 50) kâidesi ve "Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilmez." (Mec. m. 48) kâideleri kullanılmıştır.

3.4.22. İşletmeci, sermayenin bir bölümüyle, değeri sermayeyi aşan bir ev satın alsa, başka bir kimse de o evin yanındaki bir evi satsa, işletmecide de, satılan evin bedeli kadar mudârabe sermayesi bulunsa ve işletmeci, şüf'a hakkı sayesinde söz konusu evi kendi adına satın almak istese böyle bir şey yapamaz. Onu, ya ortaklık adına alır, ya da bırakır. Çünkü sermaye sahibinin hakkı asıl, işletmecinin hakkı ise ona tâbidir. İşletmeci ancak asıl hak sebebiyle o evi alabilir. Aslın bulunduğu yerde tâbi bulunamaz. Çünkü onun ortaklık adına alınmasıyla sermaye sahibi ve işletmeciden her ikisinin hakkı da gözetilmiştir. Oysa işletmecinin kendi adına almasıyla, sermaye sahibinin hakkı yok edilmektedir. İşletmecinin, kâr konusunda kendi hakkına öncelik tanıyıp, sermaye sahibinin hakkını yok etme yetkisi yoktur.

İşletmeci, şüf'a hakkından vazgeçse, sermaye sahibi de, şüf'a hakkı sayesinde evi kendi adına almak istese böyle bir şey yapamaz. Çünkü işletmeci, evi şüf'a hakkı sebebiyle alma hakkı kazanınca bu hakkından hem kendi adına hem de sermaye sahibi adına vazgeçme hakkına sahiptir. Çünkü bu haktan vazgeçmek de almak gibi ticari bir işlemdir. Bu görüşün Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a ait olduğu söylenmiştir. İmam Muhammed'e göre ise, vazgeçmenin, sermaye sahibi hakkında geçerli olmaması gerekir. Nitekim baba ve vâsi de çocuğa ait şüf'a hakkından vazgeçtikleri zaman geçerli olmaz. Tüm bu görüşler sağlamdır. Çünkü bunlar, tüccarın teâmülü bulunan konulardır. İşletmeci, sermaye sahibinin genel yetkilisi olup, şüf'a hakkından vazgeçmek de tüccarın bir teâmülüdür (Serahsi, XXII/146).

Burada Mecelle'nin "Beynettüccar maruf olan şey beynlerinde meşrut gibidir." (Mec.m. 44) maddesi "Asıl sakıt oldukça, fer dahi sakıt olur" (Mec.m. 50) maddesi ve "Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilmez." (Mec. m. 48) kâideleri kullanılmıştır.

3.5. Ziraat Ortakçılığında (Şeriketü'l-Muzâraa) Küllî Kâidelerin Kullanılışı

3.5.1. Hasan b. Ali den rivayet olunmuştur ki: Resülullah (s.a.s.) Hayber'i yarılığa vermişti. Ve “yere düşenler de sizin olsun” dedi. Yere düşenlerle kastedilen, hurma dallarından kırılan ve odun gibi kullanılanlardır. Doğrusu ise, olgunlaşmadan yere düşen meyvelerdir. Çünkü bunların, taksimat zamanına kadar depolanması mümkün değildir, çürürler. Bunun içindir ki, onlara zorluk olmasın diye bunları onlara bırakmıştır. Bu da göstermektedir ki, bu gibi şeyler tarlalarda ve çalışılan yerlerde hesaba katılmaz. Çünkü bunlardan kaçınmak ancak zorlukla mümkün olur ki, zorluk da kaldırılmıştır (Serahsi, XXIII/9).

Burada rasülullah(sas)in hadislerinden olan ve genel bir prensip olarak kullanılan “Zorluk kaldırılmıştır.” kâidesi kullanılmıştır.

3.5.2.Muzâraa akdini caiz görenlere göre Muzâraa akdi dört şekilde olur:

Birinci şekil; bir taraf toprağı karşılar, diğer taraf ise, tohumu, emeği, çift öküzlerini ve çift aletlerini üstlenir. Bu caizdir. Çünkü tohum sahibi çıkan belli bir miktara mukabil toprağı kiralamıştır. Nasıl ki, kişinin dirhem veya dinarlarla toprağı belli bir kira karşılığı kiralaması caiz ise, mahsulden belli bir yüzdeli paya mukabil kiralaması da caizdir.

İkinci şekil; toprak, tohum, çift öküzleri ve aletler bir taraftan karşılanacak, diğer taraf ise emeği üstlenecek. Bu da caizdir. Çünkü toprak sahibi (bu şıkta) kendi çift aletleri ile çalışması için emekdarı kiralamış durumdadır. Nasıl ki, kumaş sahibinin kendi iğnesi ile dikmek üzere bir terzi kiralaması veya işverenin alet ve edevatı ile çamur yapması için ameleyi kiralaması sahihse, bu da sahihtir.

Üçüncü şekil; toprak ve tohum bir tarafça karşılanır, diğer taraf ise, çift öküzleri ve aletleri üstlenir. Bu da caizdir. Çünkü toprak sahibi (bu şıkta) çift aletleri çalışandan olmak üzere onu kiralamış durumdadır. Nasıl ki, kumaş sahibinin iğnesi terziden olmak üzere elbise dikmesi için bir terzi kiralaması veya elbise temizlemek için kendi alet ve edevatı bir elbise temizleyicisi kiralaması veya da boyası boyacıya ait olmak üzere elbise boyamak için birini kiralaması caizse, bu da caizdir. Çünkü çift öküzlerinin ve aletlerinin menfaati ziraat yapan işçiden elde edilen menfaat kabilindedir. Çünkü bu

işin tamamlanması hepsi ile birlikte olur. Dolayısıyla Muzâraa akdi sebebi ile hak alabilmesi için bunlar işçinin işine tabi kılınır.

Dördüncü şekil ise; tohumun işçiden olması, çift öküzlerinin ise toprak sahibinden olmasıdır. Zahirü'r-Rivaye'ye göre bu fasittir. Çünkü bu durumda tohum sahibi, hem toprağı hem de çift öküzlerini kiralamış durumdadır. Oysa çıkan mahsulâtta bir parça karşılığı müstakil olarak öküzlerin kiralanması caiz değildir. Çünkü öküzlerin menfaati, topraktan elde edilen menfaat kabilinden değildir. Toprağın yararı tabiatındaki güç ile mahsulâtın ortaya çıkmasıdır. Öküzlerin yararı ise işin onlarla görülmesidir. Aynı cins menfaat söz konusu olmadığından dolaydır ki, öküzlerin topraktan elde edilen menfaate tabi kılınması mümkün değildir. Nasıl ki, taraflardan birine öküzlerin şart koşulması caiz değilse, Muzâraa akdi ile de bağımsız olarak öküzlerden yararlanmaya hak kazanılması caiz değildir. Yalnız Ebu Yusuf 'dan dan bu tür bir ortaklığın, örf binaen caiz olduğu rivayet edilmiştir (Serahsi, XXIII/20).

Burada Mecelle'nin "Örflle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir" (Mec. m. 43, 44, 45) maddesi ve "Nâsın istimali bir hüccettir ki, ânınla amel vacip olur." (Mec. m. 37) kâidesi kullanılmıştır.

3.5.3.Bazı Hanefiler yukarıda 3.5.2.maddede izah edilen dördüncü şekildeki akdin Ebu Hanife'nin "akdin bir bölümü fasit oldu mu, bütünü fasit olur". Kuralına göre fasit olduğunu iddia etmektedirler. Çünkü akit, öküzün hissesinde fasit olmuştur. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise, öküzün hissesinde fasit olmuş ise de, toprağa ait bölümde akdin caiz olması gerekir. En sağlam olan ise, bu görüşün hepsinin görüşü olduğudur. Çünkü burada öküzlerin hissesi aslen hak edilmemiş, toprak sahibinin hissesi ise, kararlaştırılan miktarın içinde meçhul kalmıştır. Bu nedenle, bilinmezlik olduğu için akit fasit olmaktadır. Buna göre topraktan mahsul çıkarsa da çıkmazsa da, toprak ve çift sahibine ecr-i misil verilmesi tahakkuk eder. Çünkü burada, ücretin ödenmesi mahsule değil, kişinin zimmetine borçtur. Ücret tahakkuku için istifadenin gerçekleşmiş olması gerekli olup bu da gerçekleşmiştir, ister mahsul çıkmış olsun ister olmasın (Serahsi, XXIII/21).

Burada "Akdin bir bölümü fasit olduğu zaman tamamı fasit olur." kâidesi kullanılmıştır.

3.5.4. Bir kimse arazisini o sene ekmek üzere birine verse, tohum ve masraflar yarı yarıya olmak üzere de şart koşsa, bu şekilde anlaşdıktan sonra toprak sahibi; toprağı alan toprakta bir işlem yapmadan önce de, toprağı sürdükten, kanalları kazdıktan ve su yollarını düzelttikten sonra da toprağını almak istese toprağı alma hakkına sahip değildir. Çünkü toprağı kiraya vermiştir. Ve bu akde devam için kendi malı olan bir şeyi harcamaya ihtiyacı yoktur. Aynen dirhemlerle (para ile) kiraya vermiş gibi onun için akit bağlayıcı olur. Bu akdi feshetme hakkı da yoktur. Borcundan dolayı hapsedilmiş ve borcunu ödemek için de bu arazinin parasından başka bir şeyi yoksa bu durumda toprak sahibi için, Muzâraa akdi feshetme ve borca mahsuben araziye satma gibi bir mazeretle ancak bu akdi feshedebilir. Çünkü bu durumda akde devam etmenin onun canına zarar vermesi söz konusudur. Mala isabet eden zarardan dolayı akdin bağlayıcılığı kalkıyorsa, cana gelen zarardan dolayı -ki, burada borca binaen hapistir-, akdin bağlayıcılığının kalkması evladır. Nitekim akdin daha başlangıcında bir zararın ortadan kaldırılması için akdin sıhhati engellenmektedir.

Bir kimse evin çatısındaki (çakılı olan) kirişi satar da bu kirişin zararsızca teslimi mümkün değilse satış caiz olmaz. Teslimi sırasında bir zararın söz konusu olduğu bir şeyi kiraya verse kira akdi bağlayıcı olmaz. Aynı şekilde borç mazereti sebebi ile de zararın defi için Muzâraa akdinin bağlayıcı olma niteliği kalkar. Araziyi borçtan sonra satarsa emek sahibinin masraflarından üzerine bir borç terettüp etmez. Çünkü emek sahibi arazide kendi tarafından mütekavvim bir mal ziyadesi yapmamıştır. Onun ortaya koyduğu şey sadece emektir. Emek ise ancak adını koymak (değer biçmek)la, belirlemekle kıymet ifade eder.

Burada ise emek mukabilinde adı konulan miktar mahsulden bir bölümdür. Şayet, hiç ekilmemek sureti ile araziden mahsul çıkmamışsa emek sahibi bir hak iddia edemez. Ayrıca ziraat yapan kendi için de çalışmaktadır. Zira araziye, kendisi için çalışmak üzere kiralamıştır. Kendi için çalışan bir kimse ise başkasından ücret talep edemez. Bu durumdaki toprak sahibi araziye almayıp da, emek sahibi araziye eker, mahsul biter de henüz hasat yapmadan kâdı, borcuna binaen toprak sahibini hapsedince toprak sahibi araziye satmak üzere almak isterse, bunu yapamaz. Çünkü araziye tohumu atmakla Muzâraa akdi kesinleşmiş bulunmaktadır. Çıkan mahsulde aralarında bir ortaklık oluşmuştur. Satış durumunda ekindeki hakkının iptal olması sebebi ile emek sahibine

zarar verilmesi söz konusudur. Satışın hasattan sonraya tehir edilmesi ile alacaklılara zarar verilmesi de söz konusudur. Binaenaleyh toprak sahibinin ekindeki hissesi de alacaklıların alacağına mahsuben satılır. Ayrıca her kesin yararına olan şık, bir kesime zarar olan şikka tercih edilir. Evet, tehirden her ne kadar alacaklıların zararı söz konusu ise de, gecikmeden doğan zarar, iptalden doğan zarardan azdır. Taraflardan birine zarar vermektan kaçış olmayınca zararı en az olan tercih edilmiştir (Serahsi, XXIII/44).

Burada “Emek ancak adını koymak (değer biçmek)la kıymet ifade eder.”kuralı ve “Zarar izale olunur”(Mec. m. 20)prensibi ve“ehven-i şerreyn ihtiyar olunur”(Mec.m. 20) kâidesi kullanılmıştır.

3.5.5. Muzâraa akdi bir haraç arazi üzerinde olsa ve devlet mukasemeyi (mahsulün yarısını alma, yarıya ortak olma) terk edip haraç vergisi alsın; İmameyn’e göre devlete verilmesi için şart koşulan haraç dışındaki pay (mukaseme payı) tarla sahibine verildikten sonra, kalan mahsul muzâraa akdinde koşulan şarta göre taksim olunur. Çünkü nimet külfete, külfet nimete göredir (Serahsi, XXIII/44).

Burada Mecelle’nin “Nimet külfete, külfet nimete göredir” (Mec. m. .87,88) kâidesi kullanılmıştır.

3.5.6. Bir kimseye, bir kişi hurmalığını bir diğerine de gelirini vasiyet etmiş olsa, harcamalar geliri alacak olan kimseye düşer, yaptığı harcamalara karşılık geliri alır. Çünkü kâr zarar karşılığındadır. Bir sene onu tehir eder ve o sene bir mahsul çıkmazsa hiç biri harcama yapmaya mecbur tutulmaz. Hurmalığın sahibi olan, gelirden bir şey ona verilmediği için harcama yapma zorunda değildir. Gelire sahip olan da ancak gelir için harcama yapmazorunda tutuluyordu, bu sene de gelir olmadığına göre harcama yapmaya mecbur tutulamaz. Hurmalığın sahibiharcama yapsa da hurmalar meyve getirirse, hurmalık sahibi masraflarını gelirden tamamen alıncaya kadar gelire sahip olan kimse bir şey alamaz. Çıkan mahsul yaptığı harcamaları karşılayacak kadar olmazsa gelir sahibinden yaptığı harcamaları tazmin ettirme hakkı olmaz. Harcamalar ancak hurmadan çıkan mahsulden karşılanır. Çünkü gelir, harcamalar sayesinde meydana gelmiştir, hurmalık sahibine yaptığı harcamaları ödeyinceye kadar gelir ona verilmez. Fakat gelir sahibi harcama yapmaya mecbur olmadığından gelirden fazla olan masraflar için ona rucu edemez (Serahsi, XXIII/52).

Burada Mecelle'nin "Nimet külfete, külfet nimete göredir" (Mec. m. M .87,88) kâidesi kullanılmıştır.

3.5.7.1. Toprak sahibi emek sahibine ekini hasat etmeyi şart koşarsa, tohum kimin tarafına ait olursa olsun Muzâraa akdi fasittir. Kural, sahih olan bir Muzâraa akdinde mahsulü meydana getiren veya yetişmesini sağlayan işler emek sahibince karşılanır. Bu işler, ekin olgunlaşincaya kadar sulanması ve koruması gibi şeylerdir. Çünkü Muzâraa akdini caiz görenlere göre Muzâraa mahsuldeki ortaklıktır. Bu ortaklıkta emek sahibinin sermayesi ise, mudârabe akdinde olduğu gibi mahsulün meydana gelmesinde etkili olan emektir. Ekin tam olgunlaştıktan sonra taksim edilinceye kadar ki onu hasat etmek, harmanlamak ve savurmak gibi şeyler ise her ikisinin üzerine vazifedir. Çünkü elde edilen mahsul her ikisinin malıdır. O maldaki külfet, mülkiyetleri oranında her ikisinin üzerinedir. Taksimden sonraki eve taşımak ve öğütmek gibi işleri ise her biri kendi hissesinde tek başına yapar. Çünkü taksim olmakla her birinin malı diğerininkinden ayrılmıştır. Binaenaleyh her biri kendi malında tasarrufta bulunur. Bu nedenledir ki, hasadı emek sahibine şart koşmaları durumunda, akdin gereği olmayan ve taraflardan birine menfaat sağlayan bir şart ileri sürüldüğünden bu akit fasit olur. Nitekim toprak sahibi, kendi hissesinin taşınmasını ve öğütülmesini emek sahibine şart koşsa, bu da fasittir. Ayrıca Muzâraa akdi, ekinin hasat edilmesi ile biter. Nitekim ekin hasat edildikten sonra, üçte birine karşılık bu işleri görmek üzere birine muamele usûlü ile verse caiz olmaz. Oysa ekin baklagillerden olsa ve üçte bire karşılık onu sulayacak ve koruyacak bir kimseye muamele usûlü ile verse caizdir. Binaenaleyh emek sahibi tarafa hasadı şart koşturmak, akit bittikten sonra bir işi şart koşturmak. Hâlbuki ona iş yaptırmak ancak akitle elde edilen bir haktır. Akit bittikten sonra ona iş yapma yükümlülüğü doğuran her şart fasittir ve bu şartla da Muzâraa akdi fasit olur. Bişr ve İbn Semaa'nın Ebu Yusuf'tan rivayet ettiklerine göre bu şart ile akit fasit olmaz. Ancak şart koşturamazlarsa bu iş her ikisinin de üzerinedir. Şart koşarsa Muzâraa yapanın üzerinedir. Çünkü zahir örf'e göre Muzâraa yapan bu işleri görür. Binaenaleyh örf'e uygun olan şartla akit fasit olmaz. Fakat bu yükümlülük mutlak olarak akitle doğmaz, mutlak akitle ancak akdin gerekleri hak olarak ileri sürülebilir. Binaenaleyh bunu ona şart koşarsa örf ile hak edilmiş olur. Nitekim şehirde odun satın alıp, evine teslim edilmesini şart koşturması gibidir. Muamele de ise, bu şart akdi ifsat eder, demiştir. Çünkü bu konuda zahir bir örf yoktur. Nasr b. Yahya ile Muhammed b. Seleme, ister şart koşulsun ister

koşulmasının bunların tamamı emek sahibinin yükümlülüğündedir, derlerdi. Çünkü bunları içine alan zahir bir örf vardır ve örf ile sabit olan da şart ile sabit olmuş gibidir. Ebu Bekir Muhammed b. Fadl'a bu konu ile fetva sorulduğunda, bu konuda zahir bir örf vardır, kim atıl kalmak istemezse örf olan şeylerden imtina etmesin, diye cevap verirdi. Bunlardan birini toprak sahibine şart koşarlarsa da, yukarıda açıkladığımız illetlerden dolayı akit fasit olur. Toprak sahibi tarafında bu şartla akdin fasit olması bütün görüşlere göre böyledir. Çünkü bu konuda zahir bir örf yoktur (Serahsi, XXIII/36).

3.5.7.2. Bir şahıs başka bir şahsa hurma ağacı verse; onu döllemek (tozlaştırma) ve sulamak şartıyla elde edilen meyvenin ortak olduğu belirtilse ama belirli bir vakit şart koşulmasa, bu caizdir. Çünkü hurmanın olgunlaşma vakti adeten malumdur. Adeten malum olan şey ise nassla şart koşulmuş gibidir (Serahsi, XXIII/59).

Burada Mecelle'nin "Örflerle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir" (Mec. m. 43, 44, 45) kâidesi "Nimet külfete, külfet nimete göredir" (Mec. m. M .87,88) kâidesi ve "Nâsın istimali bir hüccettir ki, ânınla amel vacip olur." (Mec. m. 37) küllî kâideler kullanılmıştır.

3.5.8. Bir kişi, bir kimseye müzâraa suretiyle içinde hurma ağaçları bulunan boş (ekili olmayan) bir araziye kendi emeği ve tohumuyla ekmesi ve araziden çıkanın yarı yarıya paylaşılması üzere verse ve taraflar bunun için belirli seneler şart koşarsa, bu fasittir.

Zira arazi açısından bakıldığında, müzâri' araziye çıkan ürünün yarısı karşılığında ve kendi tohumuyla ekme üzere kiralamış durumdadır. Hurmalar açısından bakıldığında da, hurmaların sahibi, müzâri' i ürünün yarısı karşılığında çalışması için kiralamış olmaktadır. Aralarındaki her bir akitte makudun aleyh (akdin konusu) farklı olduğundan, bu ikisi, bir birinden farklı iki akittir. Akitlerden birisi, diğeri için şart kılınmıştır. Bu ise akdi fasit kılmaktadır. Zira, Hz. Peygamber (s.a.s.) bir akit içerisinde aynı anda birden fazla akit yapmayı yasaklamıştır. Sonra, araziden çıkan ürünün tamamı tohumun sahibine aittir. Onun da arazi sahibine arazinin emsal ücretini vermesi gerekir. Müzâri' geri kalanı tasadduk eder. Zira ürününü bir başkasının arazisinde fasit bir akde dayalı olarak yetiştirmiştir. Hurmalardan çıkan ürünün tamamı da sahibine aittir. Müzâri' ise hurmalar konusundaki emeğinin emsal ücretini alır. Çıkan hurmaların tamamı sahibine helaldir. Yine, hurmalarda aralarındaki şart 1/3 e 2/3 veya zirai

üründeki şart 1/3 e 2/3 olduğunda da hüküm aynıdır. Bu, aralarındaki akdin birden fazla olduğu şeklindeki yukarıda açıkladığımız gerekçeye daha açık şekilde uymaktadır.

Şayet tohum arazi sahibinden ise ve mesele yukarıdaki gibiyse, akit caizdir. Zira bu durumda o, müzâri’i arazisinde ve hurmalarında çalışmak üzere kiralamış durumdadır. Buna göre; akdin konusunun yani müzâri’in emeğinin sağladığı menfaatin bir olması sebebiyle, aralarındaki akit, tek olmuş olur. Bu durumda sanki arazi sahibi kendi verdiği tohumla ekmesi için müzâri’e iki ayrı araziyi müzârea suretiyle vermiş gibidir.

Yine taraflar, müzâri’in hurmalarda ürünün 9/10 unu zirai üründe de yarısını almasını şart koşular hüküm aynıdır. Zira akit, şart koşulan ücretin farklı olması sebebiyle farklı (birden fazla) olmaz. Tıpkı, müzâri’i belirli bir iş için 100 dirhem ve bir dinar karşılığında kiraladığında akit tek olduğu gibi. Akit ancak akdin konusunun farklı olması neticesinde farklı olur. Burada akdin konusu birdir ve o da müzâri’in çalışmasıdır.

Eğer müzâri’e benzer bir şartla arazi ve üzüm bağı verse, anlam olarak aynı olduklarından cevap hurmada olduğu gibidir.

Şayet müzâri’e içinde hurma ağaçları bulunan ekilmemiş bir arazi verse ve “bu araziyi sana tohumun ve emeğinle ekmen ve çıkan ürün aramızda yarı yarıya olmak üzere veriyorum. Yine içindeki hurmaları da müsakat sûretiyle bakımını yapman, sulaman, aşılaman ve çıkan ürün aramızda yarı yarıya olmak üzere veriyorum” veya “ondan 1/3 ü senin 2/3 ü benim” dese ve bunun için taraflar belirli seneler tayin etseler, bu caizdir. Zira burada iki akitten birini diğerine şart yapmamıştır. Sadece diğerine atfetmiştir. Çünkü burada kullanılan(vav) harfi, şart için değil atıf içindir. Önceki mesele ise bundan farklıdır. Zira orada akitlerden birini diğerinin şartı yapmaktadır. Zira (ala) harfi i cerri şart içindir.

Nitekim diğer evimi aylık beş dirheme kiralaman şartıyla sana bu evimi bin dirheme satıyorum” derse, fasit bir akit olur. Zira içinde icare (kira akdi) şart koşulan bir bey (satım akdi) olmuş olur. Şayet, bu evi sana bin dirheme satıyorum ve diğer evi de aylık beş dirhem karşılığında kiraliyorum derse bu caizdir. Zira akdin birini diğeri için şart kılmamıştır.

Yine, müzâri'e arazi ve üzüm bağı verse ve “bu araziyi kendi tohumunla ek ve üzüm bağına da bak; temizle ve sula” dese, bu sahihtir. Zira akitlerden birini diğeri için şart koşmamıştır. Bundan dolayı da akitlerden hiç birisi fasit olmaz (Serahsi, XXIII/84,85)

Burada “Bir (safka)akit çerisinde aynı anda iki akit olmaz.” küllî kâidesi kullanılmıştır.

3.5.9.1. Bir kimse, bir kişiye o sene ekmesi için ve çıkan ürünün yarısı karşılığında bir arazi verse, bu fasittir. Zira taraflar tohumun kimden olacağını belirlememişlerdir. Makudun aleyh (akdin konusu) de tohumun kimin tarafından sağlandığına göre farklılık arzeder. Çünkü şayet tohum arazi sahibinden ise, akdin konusu müzâri'in emeğinin sağladığı menfaatidir. Eğer müzâri'den ise akdin konusu arazinin menfaatidir. Akdin konusunun belirsiz oluşu akdi fasid kılar. Sonra bu, aralarında çekişmeye sebep olabilecek bir belirsizliktir. Zira her biri diğesine “tohum senden” diyebilir. Taraflardan hiç biri de sözünün kabulü konusunda diğesinden daha üstün bir konumda değildir.

Bu, tohumun hangisinden olduğu noktasında açık bir örf olmaması veya örfün müşterek (her ikisine de ihtimalli) olması halinde söz konusudur. Tohumun hangisinden olduğu noktasında açık bir örf olan durumlarda ise akit sahihtir ve tohum da örfün gösterdiği kişiden olur. Zira örf ile sabit olan, şart ile sabit olan gibidir. Nitekim bir kimse mutlak olarak dirhemler ile bir şey satın alsa, örf dolayısıyla o memlekette kullanılan para olarak yorumlanır ve bilinen zahir duruma başvurulmak suretiyle aralarındaki münazaa ortadan kalkmış olur (Serahsi, XXIII/85).

3.5.9.2. Kıyasa göre; müzâri' ne ekeceğini ifade etmeden akit caiz olmaz. Zira ekilen şeylerin bazıları arazi için diğelerinden daha zararlıdır. Müzâri' ekeceği tohumun cinsini belirtmedikçe, araziden istifade miktarı belirli olmaz. Bu belirsizlik de çekişmeye sebep olabilir. Zira arazi sahibi müzâri'in araziye en az zararlı şeyi ekmesini ister. Müzâri' de araziye en zararlı şeyi ekmekten başka bir şey kabul etmez. Yine, tohumun cinsinin belirsiz olması halinde ücretin cinsinin de belirsiz olması söz konusudur. Zira ücret çıkan ürünün bir kısmıdır ve ancak tohumun cinsinin belirlenmesi halinde belirlenmiş olur. Ancak biz akdi tecviz ederek ve müzâri'e buğday, yonca, susam, arpa vb kış ve yaz mahsullerinden işine geleni ekebilmesi hakkı tanımakla istihsan yapıyoruz. Zira ya örf yoluyla, arazinin tayini ile tohumun cinsi belirlenmiş olur. Zira o meslek erbabı, her bir mahsul için uygun olan araziye bilirler. Ya da her ikisi

de istifade ettiklerinden bu konuda müzâri' ile arazi sahibi arasında çekişme olmaz. Veyahut da müzâri' araziye kiralamaktadır ve arazinin menfaati, arazinin tayini ile belirli hale gelmiş olmaktadır. (Öte yandan, araziye gelecek) zarar da müzâri'in ekeceği şeye göre farlılık arzeder ve akdi fasit kılmaz. Tıpkı, bir kimsenin oturmak için bir ev kiralayıp da kimin oturacağını açıklamadığında olduğu gibi (Serahsi, XXIII/85).

3.5.9.3. Bir kimseye yarı yarıya olmak üzere müsâkât yoluyla hurma bahçesi, başka meyva bahçesi veya bağ teslim etse ve süre belirtmese; istihsan yoluyla bu sözleşme ilk sene çıkan ilk meyve için geçerli olur. Kıyasa göre ise akit geçerli olmaz. Çünkü bu, işletmeciyi kiralamadır ve süre açıklanmadan akit konusu belirli hale gelmez. Müzâre'ada olduğu gibi süreyi belirtmedikleri zaman akit geçerli olmaz. Buradaki istihsanın açıklaması ise şu şekilde olur: Genellikle (adeten) meyvenin belli bir olgunlaşma zamanı vardır ve meyve olgunlaşmaya kadar burada akdin devam ettirilmesinin kastedildiğinden eminiz Adet yoluyla sabit olan şart, koşularak sabit olan şart gibidir. Dolayısıyla süre belirli hale gelmiştir. Olgunlaşmanın biraz erken gerçekleşmesi veya biraz gecikmesi ise az görülen bir durumdur ve müzâre'anın aksine genellikle iki taraf arasında bu sebeple tartışma olmaz. Zira müzâre'ada sürenin başı belirsiz olduğundan sonu da belirsizdir. Çünkü sonbaharda ekilen ilkbahar sonunda olgunlaşır, ilkbaharda ekilen yaz sonunda olgunlaşır ve yazın ekilen sonbahar sonunda olgunlaşır. Dolayısıyla ekim işinin başlangıç zamanının belirsiz olmasından olgunlaşma zamanı da belirsiz olur ve bu belirsizlik iki taraf arasında tartışmaya sebep olur. Bu yüzden süre belirtilmeksizin akit geçerli olmaz. Sonra, müsâkât sözleşmesinde akdin ilk meyveleri kapsadığı kesin bilinmektedir, bunun ötesi ise şüphedir, dolayısıyla ancak kesin bilinen sabit olur. Bu ilk yıl ağaçlar meyve vermezse, müsâkât akdi bozular. Çünkü akit ancak bu bir yıllık süreyi kapsar. Dolayısıyla iki taraf sanki bu süreyi belirtmişlerdir (Serahsi, XXIII/102).

Bu üç madde de (3.4.9.1,2,3) Mecelle'nin “ Örfle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir” (Mec. m. 43, 44, 45)ile “Nâsın istimali bir hüccettir ki, ânınla amel vacip olur.” (Mec. m. 37) kâideleri kullanılmıştır.

3.4.10. Bir kimse, iki kişiye aralarında yarı yarıya paylaşılmak üzere, kendi tohumlarıyla ve emekleriyle ekmeleri ve arazi sahibine ürünün 1/3 ü ve bunun da 1/3 ünün birinin payından 2/3 ünün de diğerinin payından olması şartıyla bir arazi verse, bu

caizdir. Zira arazi sahibi, araziyi o iki kişiye ürünün belirli bir payı karşılığında kiraya vermiş, ücreti ise o iki kişi arasında eşit olmaksızın belirlemiştir. Yapılan bu işlem doğrudur. Zira arazi sahibi açısından, ücretteki bu farklılık dolayısıyla safka (akit) (bölünmüş, birden fazla olmuş) olmaz. Buna göre; ürün hâsıl olunca, arazi sahibi 1/3 yani 6/18 pay alır. Geriye kalan 12 pay da iki müzâri' arasında şöylece paylaşılır: Kendi payından arazi sahibinin payının 2/3 ünü vermeyi taahhüt eden, 5 pay alır. Zira onun payı 9 idi, bunun 4 ünü arazi sahibine taahhüt etmişti ve böylece ona 5 pay kaldı. Diğerine de, o, arazi sahibine kendi payından 2 pay taahhüt ettiğinden 7 pay kalmaktadır. Ancak bu meselede arazi sahibi 1/3 ü aldıktan sonra geriye kalanın aralarında yarı yarıya olacağını şart koşmuşlarsa, bu durumda müzâraa akdi fasit olur. Zira, arazi sahibinin payı olan 1/3 ün 2/3 ünü kendi payından vermeyi taahhüt eden, onunla eşit olması için kendi lehine arkadaşının payından bir hisse şart koşmuş olmaktadır. Bu durumda arkadaşı, kendi payındaki ona şart koştuğu bu hissede müzâraa akdi yapmış ve kendisiyle beraber çalışmasını şart koşmuş (gibi) olmaktadır. Bu ise yukarıdaki meseleden farklı olarak akdi ifsat eder. Zira yukarıdaki meselede arazinin iki sahibinin kendi aralarında akit şüphesi söz konusu değildir. Orada birinin kendi lehine arkadaşının payından bir hisse şart koşması, olmayan bir şeyin bağış olarak istenmesi kabilindedir. Burada, akit fasit olduğundan, çıkan ürün iki müzâri' arasında yarı yarıya paylaşılır. Arazi sahibi de ürün oluşsun oluşmasın arazisinin emsal ücretini alır.

Şayet “Onlarla arazi sahibi arasındaki akdin fasit olmaması gerekirdi. Zira ifsat edici unsur müzâri'lerin kendi aralarında söz konusudur. Onlarla arazi sahibinin aralarındaki akitte söz konusu değildir.” denirse, cevap olarak: akdin tamamı tek bir safkadır ve bir kısmı, diğer kısmın içinde şart kılınmıştır. Bu şart koşulan kısımda fasit hale getiren bir unsur söz konusudur ve bu kısım sebebiyle akdin tamamı fasit hale gelir. Denir. Sonra, bir açıdan da müzâri'lerle arazi sahibi arasındaki akitte de fasit kılan bir unsur söz konusu olabilir. Şöyle ki: Arazi sahibinin payının 2/3 ünü taahhüt eden müzâri', sanki geriye kalanda eşit olabilmeleri için bunun ¼ ünü arkadaşına şart koşmuş gibidir. İcare (kira) akdinde ücretin bir kısmının kiracı dışında bir kimse tarafından sağlanmasının şart koşulması ise akdi fasit kılar (Serahsi, XXIII/90).

Burada “Bir (safka)akit içerisinde aynı anda iki akit olmaz.” Prensibi ile “ Fesat akdin tümü için geçerli değil ancak fesadın bulunduğu noktaya hastır” kâideleri kullanılmıştır.

3.5.11. Bir şahıs, bir kişiye kendi emeği ve tohumuyla ekmesi için ve çıkan ürün aralarında yarı yarıya olmak üzere bir arazi verse ve ürün hasıl olunca tohumun sahibi, “sana çıkan üründen 20 kafız(bir hacim ölçüsü, bazı bölgelerde ise ağırlık ölçüsü) vermeyi taahhüt etmiştim”, arazi sahibi ise “bana çıkan ürünün yarısını vermeyi taahhüt etmiştin” dese, tohum sahibinin sözü kabul edilir. Zira tohum sahibi aleyhine şart koşulma neticesinde çıkan ürünün yarısının hak edildiği iddia edilmekte o ise bunu inkâr etmektedir ve yeminiyle beraber inkâr edenin sözü kabul edilir. Delil sunulması halinde ise arazi sahibinin delili kabul edilir. Zira delili onun lehine olan bir hak edişi ispat etmektedir. “Zahir, arazi sahibini desteklemektedir. Çünkü müslümanlar arasında gerçekleşen akitlerde asıl olan akdin sahih olmasıdır.” denemez. Zira zahir durum, bir hak ediş iddiasını ortadan kaldırmaya uygundur, yoksa hak edişi ispata değil. Oysa arazi sahibinin ihtiyacı hak edişin ispatı noktasındadır. Tohum sahibi yemin ettiğinde, arazi sahibine arazisinin emsal ücretini verir. Zira bu miktarı ikrar etmektedir.

Araziden hiç ürün çıkmasa ve müzâri’ “sana ürünün yarısını şart koşmuştum” ve arazi sahibi de “bana yirmi kafız şart koşmuştun” dese, müzâri’in sözü kabul edilir. Zira arazi sahibi kendi lehine müzâri’in zimmetinde borç olarak emsal ücreti iddia etmekte müzâri’ ise bunu inkâr etmektedir.

Sonra, zahir de müzâri’i desteklemektedir. Zira akitlerde asıl olan sahih olmadır ve müzâri’in ihtiyacı da arazi sahibinin hak ediş iddiasını ortadan kaldırma noktasındadır. Bunun için zahir yeterlidir. Beyyine ortaya koyarlarsa da müzâri’in beyyinesi kabul edilir. Zira müzâri’ beyyinesi ile çıkan ürünün yarısının şart koşulduğunu ispat edebilir. Arazi sahibi ise beyyinesi ile şahitlerin şahitlik ettiği hususu ispat edemez. Zira onlar yirmi kafızın şart koşulduğuna dair şahitlik etmektedirler. Bu ise şart koşularak hak edilemez. Bilakis bu şart akdi fasit kılar ve emsal ücret gerekir. Binaenaleyh, beyyinesi ile akdin ve şartın sahih olduğunu ispat edenin beyyinesi kabul edilir.

Müzâri’ daha araziye ekmeden ihtilaf etmiş olsalar, eğer araziye belirli kafızlar karşılığında verdiğini iddia ediyorsa arazi sahibinin sözü kabul edilir. Zira müzâri’ ona karşı kendisinin arazinin menfaatini hak ettiğini ve arazinin kendisine tesliminin

gerektiğini iddia etmekte ve arazi sahibi de bunu inkâr etmektedir. Bu sebeple yeminiyle beraber arazi sahibinin sözü kabul edilir. Şayet arazi sahibi araziyi müzâri'e çıkan ürünün yarısı karşılığında verdiğini iddia ediyorsa, bu durumda arazi sahibinin iddiasına karşılık yeminiyle beraber, müzâri'in araziyi yirmi kafız karşılığında aldığı şeklindeki sözü kabul edilir. Zira arazi sahibi onun aleyhine çıkan ürünün bir kısmını hak ettiği iddiasında bulunmakta ve müzâri' de bunu inkâr etmektedir. Denilmiştir ki: “Burada müzâri'in yemin etmesinin bir anlamı yoktur. Zira tohumu araziye ekmeden önce akdi feshetme imkânı vardır ve akdi fasit kılan bir şeyin vukuu iddiasında bulunmaktadır. Bu da onun akdi feshetmesi mesabesindedir. Bir başka açıdan, yemin bağlayıcı iddialarda söz konusu olur. Hâlbuki burada arazi sahibinin iddiası ekimden önce hiçbir şekilde müzâri'i bağlamaz. Bu sebeple de müzâri'in yemin ettirilmesinin bir anlamı yoktur.

Şayet tohum arazi sahibinden ise ve mahsul olgunlaşınca müzâri' “bana ürünün yarısını taahhüt etmiştin” ve arazi sahibi de “sana çıkan üründen yirmi kafız taahhüt ettim” demişse, arazi sahibinin sözü ve müzâri'in delili (beyyinesi) kabul edilir.

Zira müzâri', arazi sahibine karşı şart neticesinde çıkan ürünün bir kısmında hak ediş iddiasında bulunmakta ve arazi sahibi de bunu inkâr etmektedir. Bu sebeple de yeminiyle beraber arazi sahibinin sözü kabul edilir. Delil sunulması halinde ise müzâri'in delili kabul edilir. Zira delil onun hak edişini ispat etmektedir.

Eğer araziden hiç ürün çıkmamışsa ve müzâri' de “bana yirmi kafız taahhüt etmiştin” ve arazi sahibi de “sana çıkacak ürünün yarısını vermeyi taahhüt etmiştim” demişse, bu durumda arazi sahibinin sözü kabul edilir. Zira müzâri' çalışmasının ücretinin arazi sahibinin zimmetinde borç olduğunu iddia etmekte, o ise bunu inkâr etmektedir. Beyyine de yine arazi sahibinin beyyinesidir. Zira o beyyinesi ile akdin sahih olduğunu ispat etmekte ve şahitleri de müzâreada şart ile sabit olabilecek bir şeye şahitlik etmektedirler. Diğerinin şahitleri ise müzâreada şart ile sabit olmayacak bir şeye şahitlik etmektedirler. Binaenaleyh, arazi sahibinin beyyinesinin ispat gücü daha fazladır.

Taraflar ihtilaf edene kadar müzâri' araziyi ekmemiş olsa yeminiyle beraber akdin fasit olduğunu iddia eden tarafın sözü kabul edilir. Zira o kendisinin bir şey tesliminin gerekli olduğunu inkâr etmektedir. Eğer her ikisi de beyyine ortaya koyarsa, hangisi olursa olsun çıkan ürünün yarısı karşılığında müzârea akdi yapıldığını iddia eden tarafın

delili kabul edilir. Zira o beyyinesi ile akdin sahih ve hak edişse sebep olduğunu ispat etmektedir. Bundan dolayı da onun delili kabul edilir.

Araziden çok ürün hâsıl olsa ve arazi ile tohumun sahibi “senin lehine ürünün yarısını ve ilave olarak on kafiz şart koşmuştum” ve müzâri’ de “bana ürünün yarısını şart koşmuştun” dese, müzâri’in sözü kabul edilir. Zira taraflar ürünün yarısının şart koşulduğu konusunda müttefiktir. Ancak arazi sahibi bunda bir fazlalık olduğunu iddia etmekte, müzâri’ ise inkâr etmektedir. Sonra, arazi sahibi sözünde inatçılık etmektedir. Zira o, müzâri’ lehine ikrar ettiği şeyde onun hakkını ispat için değil onun asıl hak edişini iptal için fazlalık ikrarında bulunmaktadır. İnatçılık eden kişinin sözü ise makbul değildir. Eğer her ikisi de beyyine ortaya koyarlarsa, arazi sahibinin beyyinesi kabul edilir. Zira o beyyinesi ile şart koşulanın daha çok olduğunu ispat etmektedir. Ayrıca da o beyyinesi ile tarafların sıhhatin şartı olan şey yani çıkan ürünün yarısı konusunda ittifak ettikleri ortaya çıktıktan sonra akdin fasit olduğunu ispat etmiş olmaktadır. Burada fazlalık onun beyyinesinde ortaya konulmaktadır. Arazi sahibi, kendisinin müzâri’ lehine beş kafiz müstesna araziden çıkan ürünün yarısını şart koştuğunu iddia etse, müzâri’ ise “her hangi bir şey istisna edilmedi” dese, arazi sahibinin sözü kabul edilir. Zira istisna ile kayıtlanmış bir söz, müstesna dışındaki kısımdan ibaret sayılır. Müzâri’ kendisinin şart ile ürünün tam yarısını hak ettiğini iddia etmekte, arazi sahibi ise anlam itibariyle bu yarımın bir kısmının şart koşulduğunu inkâr etmektedir. İnkâr eden konumunda olduğundan dolayı da onun sözü kabul edilir. Beyyine halinde ise müzâri’in beyyinesi kabul edilir. Zira onun beyyinesi müzârea akdinin sahih olduğunu ve kendisi için iddia ettiği fazlalığı ispat etmektedir.

Eğer arazide hiç ürün hâsıl olmazsa ve müzâri’ “bana ürünün yarısını ve ilave olarak on kafiz şart koşmuştun” ve arazi sahibi de “sana ürünün yarısını şart koşmuştum” derse, ürünün yarısının şart koşulduğu noktasında müttefik olduklarından arazi sahibinin sözü kabul edilir. Müzâri’in tek başına fazlalık iddiasında bulunması o fazlalığı hak etmek için değil, akdi batıl kılmak içindir. Beyyine halinde ise müzâri’in beyyinesi kabul edilir. Zira o beyyinesi ile şart koşulanın daha fazla olduğunu ve kendisi için de arazi sahibinin zimmetinde borç olarak emsal ücreti ispat etmektedir. Şayet müzâri’, “bana on kafiz müstesna ürünün yarısını şart koştun” ve arazi sahibi de “sana ürünün yarısını şart koştum” dese ve araziden hiç ürün hâsıl olmamış olsa, bu durumda arazi sahibinin sözü

kabul edilir. Zira müzâri' ücreti arazi sahibinin zimmetinde borç olarak iddia etmekte, arazi sahibi ise bunu inkâr etmektedir. Eğer her ikisi de beyyine ortaya koyarlarsa, yine arazi sahibinin beyyinesi kabul edilir. Zira o beyyinesi ile akdi sahih kılan bir şartı ispat etmektedir (Serahsi, XXIII/93,94).

Burada“Hükümlerde öncelik zahirin lehine şahitlik ettiği kimsenindir.(Davalarda dış görünüş kimi destekliyorsa onun sözü kabul edilir.)”kuralı “Burhan ile sabit olunan ıyanen sabit gibidir.” (Mec. m. 75) prensibi ve “Beyyine hilaf-ı zahiri isbat için ve yemin aslı ibka içindir.” (Mec. m. 77) kâideleri kullanılmıştır.

3.5.12. Bir kimse, kendisine ait bir araziye, mahsülün yarı yarıya olması ve kendi tohum ve emeğiyle ekmesi üzere bir kişiye verse, işletmeci de ekse ve tohum filizlenince arazi sahibi araziye içindeki ekinle birlikte veya ekini belirtmeksizin satsa, satım akdi mevkuf olur.

Çünkü işletmeci araziye kiralamış ve kiralama süresi boyunca kiraya verenin kira konusu mal ile ilgili tasarrufu kiracının onayına bağlı olarak durur. Zira akdin geçerli olmasında onun için zarar vardır. Çünkü kiraya veren kişi, kiracının onayı olmaksızın teslim etmeye gücü yetmez. Dolayısıyla rehin verenin rehin konusu malı satması durumunda olduğu gibi burada da satım akdi kiracının onayına bağlı olarak durur. İşletmeci onay verirse geçerli olur. Çünkü sonundaki onayı akdin başındaki izni gibidir. Akdin geçerli olmasını engelleyen, onun hakkıydı ve onay vermesiyle bu ortadan kalkmıştır. Çünkü tohum araziye saçıldıktan sonra, arazi sahibi açısından akit bağlayıcıdır. Dolayısıyla onun satım akdi işletmecinin onayı olmaksızın geçerli olmaz (Serahsi, XXIII/153,154).

Burada “Bir (safka)akit içerisinde aynı anda iki akit olmaz.” Prensibi “Bir kimsenin malında onun izni olmadan bir başka kimsenin tasarrufu caiz değildir” (Mec. m. 96) maddesi “Vücutta bir şeye tabi olan hükümde dahi ona tabi olur”(Mec.m. 47) maddesi ve “Sonradan verilen icazet başlangıçta verilen izin gibidir.” Kâideleri kullanılmıştır.

3.5.13. Bir kimse, iki kişiye o sene ekmeleri için ve Allah'ın nasip ettiği üründen müzâri'lerden bizzat birine 1/3; arazi sahibine 2/3 olması ve diğer müzâri'in de arazi sahibinden 100 dirhem ücret alması üzere arazi ve tohum verse, (akit) bu şart koştukları

şekilde caizdir. Zira arazi sahibi müzâri'lerden birini belirli bir müddet çalışması için belirli bir ücret karşılığında; diğerini de belirli bir müddetle, çıkan ürünün bir kısmı karşılığında kiralamış olmaktadır. Bu iki akitten her biri tek başına yapıldığında caizdir. Beraberce yapıldıklarında da hüküm böyledir.

Bu meselede araziden bol miktarda ürün elde edilse ve iki müzâri' ihtilaf edip de her biri "1/3 alacak olan müzâri' benim" dese, bu hususta arazi sahibinin sözü kabul edilir. Zira her biri, arazi sahibine karşı şart neticesinde ürünün 1/3 ünü hak ettiği iddiasında bulunmaktadır. Arazi sahibi, müzâri'lerden birini tasdik edince onun lehine 1/3 alacağını ikrar etmiş ve diğerinin hak edişini de inkâr etmiş olmaktadır. Binaenaleyh, onun sözü geçerlidir. Bir başka açıdan da, müzâri'lerden her biri ondan hak iddia ediyor olunca, her birinin kendisinden hak ettiği ücreti veya 1/3 payı açıklama konusunda söz ona ait olmaktadır.

Eğer her bir müzâri' de kendisinin 1/3 payın sahibi olduğuna dair beyyine ortaya koyarsa, arazi sahibinin lehine ikrarda bulunduğu müzâri' 1/3 ü onun ikrarı ile diğeri de 1/3 ü beyyinesi ile alır. Zira o iddia ettiği şeyi beyyine ile ispat etmektedir. Bu kişi ücretten her hangi bir şey alamaz. Zira çıkan ürünün 1/3 ünü elde etmesinin zaruri sonucu, arazi sahibinin onun lehine ikrar ettiği ücreti (artık) isteyememesidir. Eğer araziden hiç mahsul elde edilemez ve müzâri'lerden her biri "ücretin sahibi benim" derse, daha önce açıkladığımız sebeplerden ötürü arazi sahibinin sözü kabul edilir. Eğer her ikisi de delil ortaya koyarlarsa, her biri arazi sahibinden 100 dirhem alır. Birisi bunu arazi sahibinin kendi lehine yaptığı ikrarında dayalı olarak; diğeri de delille ispatına dayalı olarak alır. Ne bu meselede ne de bir öncekinde müzâri'lerin delilleri varken arazi sahibinin deliline itibar edilmez. Zira her ikisi de onun kabul ettiği bir hakkı iddia etmektedirler. Delil ise müddeiye (iddiada bulunana) aittir; inkâr edene değil.

Arazi sahibi, araziyi iki müzâri'e, kendi tohumlarıyla ekmeleri ve çıkan üründen birine yarısı ve arazi sahibine o müzâri'den ücret olarak 100 dirhem; diğer müzâri'e de ürünün 1/3 ü ve onun ücreti olarak da arazi sahibine ürünün 1/6 sı olmak üzere verse, bu (akit) caizdir. Çünkü arazi sahibi, yarısını birine 100 dirhem ve diğer yarısını da diğerine o yarıdan çıkan ürünün 1/3 ü karşılığında olmak üzere araziyi o ikisine kiralamış olmaktadır. Bu iki akitten her biri ayrı ayrı yapıldıklarında sahihtir. Daha önce açıklamıştık ki, bedelin farklı olmasıyla arazi sahibi açısından safka farklı olmuş olmaz.

Bu meselede (müzâri'ler) araziyi ekse ve arazi hiç ürün vermese ve her bir müzâri', "ürünün 1/6 sını senin lehine ben şart koşmuştum" dese, arazi sahibi lehine şart koştugu şey hususunda her bir müzâri'in sözü kabul edilir. Zira arazi sahibi müzâri'lerden birini bu hususta tasdik etmekte diğere karşı ücretin onun zimmetinde borç olduğunu iddia etmektedir. O ise bunu inkâr etmektedir. Bundan dolayı da inkârı sebebiyle yeminiyle beraber onun sözü kabul edilir. Eğer her ikisi de delil getirirse, arazi sahibinin delili alınır. Zira o delili ile diğere müzâri' için zimmetinde sabit bir borç ispat etmektedir.

Arazi bol ürün verse ve her biri arazi sahibine (100 dirhem) ücret vermeyi taahhüt edenin kendisi olduğunu iddia etse, arazi sahibi de (100 dirhem) ücretin ödenmesinin birine; ürünün 1/6 sının ödenmesinin de diğere ait olduğunu iddia etse, her ikisinin de bunu tasdik etmesinden ötürü ücreti ödemesi gerektiğini iddia ettiği kişiden ücreti alır. Arazi sahibinin ürünün bir kısmını vermesi gerektiğini iddia edip de onun inkâr ettiği kimse hakkında ise onun sözü geçerlidir. Arazi sahibine de "ona karşı iddia ettiğin 1/6 konusunda delil ortaya koy." denir. Şayet delil ortaya koyarsa arazi sahibinin delili kabul edilir. Zira iddia eden ve delili ile hakkını ispat eden odur (Serahsi, XXIII/97).

Burada "Burhan ile sabit olunan ıyanen sabit gibidir." (Mec.m. 75) prensibi ve "Beyyine hilaf-ı zahiri isbat için ve yemin aslı ibka içindir." (Mec.m. 77) kâideleri kullanılmıştır.

SONUÇ

Külli kâidelerin; İslam Hukukunun içinde başlı başına bir disiplin olması, hukukçular tarafından önemsenmesi, bazı günümüz devletlerinin anayasalarında yer alması nedeniyle önemi büyüktür.

Külli kâidelere Kur'an ve Sünnet kaynaklık etmiştir. Külli kâideler Fıkıh'ta gerekçe olarak kullanılmıştır. Usûl-ü fıkıh kâideleri ile külli kâideler farklıdır.

Hukuk kurallarını üretmede külli kâidelerin önemli bir yeri vardır. Zira Serahsi Mebcut adlı eserinde hüküm verirken bu külli kâideleri sıkça kullanmıştır. Bu durum külli kâidelerin İslam Hukukundaki etkinliğini göstermektedir.

Hanefî geleneğinde çok önemli bir yeri olan İmam Serahsi'nin (ö./M.1090) Kitâbü'l-Mebcut adlı eserinde ana başlıkları oluşturan Buyû, Bey', Selem, Sarf, İcâre, Şerike, Mudârabe ve Müzâraa kavramlarının tanımları ortaya konmuştur.

Külli kâidelerin sayısı oldukça fazla olmakla beraber mecellenin ilk 99 maddesi külli Kâide olarak genel kabul görmüştür.

Kitâbü'l-Mebcut adlı eser üstüne yapılan, bu çalışmayla Hukuk Tarihi ve İslam Hukuku araştırmacılarının dikkatleri, klasik fıkıh kaynaklarındaki farklı zenginliklere çekilmeye çalışmıştır.

İmam Serahsi, Mebcut'unun Buyû, Bey', Selem, Sarf, İcâre, Şerike, Mudârabe ve Müzâraa bölümlerinde bir kısım tekrarlar hariç toplam 220 kez külli kâide kullanılmıştır. Bunlar 58 ayrı tür kâidedir.

Bu kâidelerden dikkat çekici bir şekilde öne çıkanlar örfle ilgili olan kâidelerdir. Örneğin "Örfle tayin olan şey nassla tayin olmuş gibidir" kâidesi ile "Nâsın istimali bir hüccettir ki, ânınla amel vacip olur." kâideleri ilgili bölümlerde toplam 60 defa kullanılmıştır.

Bunu takiben Mecellenin 88. maddesi olan "Nimet külfete, külfet nimete göredir" prensibi ve onun eş anlamlısı olan 85. madde "Bir şeyin nefi damanı mukabilindedir." 17 kez kullanılmıştır.

Daha sonra kullanılma sıklığına göre ilk beş madde şöyledir:

“ Meşakket Teysiri celbeder.”

“Burhan ile sabit olan, iyanen sabit olan gibidir”

“Ücret ile daman (tazmin) müctemi’ olmaz.”

“Hükümlerde öncelik zahirin lehine şahitlik ettiği kimsenindir.”

Niza’ a götüren bütün belirsizlikler akdi ifsad eden sebeplerdir. Kâidesinin fazlaca kullanılmış olması, İslam Hukukunun mallarda belirsizliğin ortadan kalkmasına yani standartlaşmaya önem verdiğinin göstergesidir.

Teslim edilmeden önce ortaya çıkan kusur akit sırasında var olan kusur gibidir. Kâidesi v.b. kâideler, tüketicinin korunmasına yönelik hükümlere temel teşkil etmişlerdir.

Hak zâhirin lehine şahitlik ettiği kimsenindir prensibi İslam Hukukunda keyfilik ve niyet okumanın olmadığı bunun yerine olayların dış görünüşünün yani herkes tarafından anlaşılabilen taraf olan delil getirmenin önemli olduğu vurgulanmıştır.

Hizmet ve kira sözleşmelerinde, ücret ile tazminâtın aynı anda olamayacağı kuralı problemlerin çözümünde en çok kullanılan kuraldır.

Şirketler bölümünde “Kelamda aslolan manayı hakikidir” kâidesi ile “Akitlerde itibar makâsıt ve meaniyedir elfaz ve mebâniye değildir” kâideleri en çok kullanılmış hukukta yapılması muhtemel şahsi yorumlamalar engellenmeye çalışılmıştır.

Emine tazmin şart koşulmaz prensibi bölümlerin hepsinde kullanılmış ve ticâretin katı faydacı yaklaşımına insani bir boyut kazandırılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKŞİT, Cevat (1975), İslam Ceza Hukuku Ve İnsânî Esasları, İstanbul.
- ALİ HAYDAR EFENDİ, (1330), Dürerül Hükkâm Şerhü Mecelletül Ahkâm, İstanbul.
- BAKTIR, Mustafa (2004), İslam Ansiklopedisi Kâide maddesi, İSAM, İstanbul.
- BİLMEN, Ömer Nasûhi (1967), Istilâhât-ı Fıkhıyye Kâmûsu, İstanbul.
- BUHÂRİ, Muhammed b. İsmail (1981), Sahih'ül Buhâri, Mekke.
- CASSAS, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi, (1985), Ahkâmü'l-Kur'an, Beyrut.
- CÜRCÂNİ, Seyyid Şerif, Ali b. Muhammed, (1983), Kitâbü't-Tâ'rifât, Beyrut.
- ÇEKER, Orhan (2006), İslam Hukukunda Akitler, İstanbul.
- ÇEKER, Orhan (1991), Fıkıh Dersleri-1, Konya.
- DEBBU, brahim Fazıl Yusuf (1973), Akd'ül Mudârabe, Bağdat.
- DÖNDÜREN, Hamdi (1993), Delilleriyle Ticaret Ve İktisat İlmihali, İstanbul.
- EBU DÂVUT, Süleyman (1992), Sünen 1-5, İstanbul.
- EBU ĞUDDE, Abdü'l-Fettah (1997), er-Rasülü'l-Muallim, Halep.
- EBU ZEHRÂ, Muhammed (1973), Usûl-ü Fıkıh Bağdat.
- İBNÜ'L-HÜMAM, Kemâlettin (1316h.), Fethü'l-Kadir 1-6, Mısır-Bulak.
- İBN-İ MÂCE, Muhammed b. Yezid el-Kazvini (1975), es-Sünen, Basım yeri yok
- İBN-İ RECEB, Abdurrahman (tarih yok), el-Kavâid, Beyrut –Lübnan.
- İMAM MÂLİK, b. Enes (1981), el-Muvatta, İstanbul.
- KARÂFİ, Şihâbüddin Ahmet b. İdris (1347h.), el- Furûk 1-3, Kahire.
- KARAMAN, Hayraettin (1989), İslam Hukuku Tarihi, İstanbul.
- KÂSÂNİ, Ebu Bekr Alâüddinb. Mes'ud (1982), Bedâ'i'us-Sanâi' 1-7, Beyrut

KUR'AN-I KERİM

MEVSİLİ, Abdullah b.Mahmud (1980), el-İhtiyâr li Ta'lilil Muhtar, İstanbul.

MİRAS, Kâmil./Ahmet Naim (1973), Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi, Ankara.

MÜSLİM, b.Haccâc el-Kuşeyri (1981), Sahihü Müslim, İstanbul.

ÖZCAN, Abdullah (Yayınlanmamış Doktora Tezi,1985), El Ecelü Fi Akd-il Bey.'

SERAHSİ, Şemsüddin (1993), Kitab-ül Mebsut 1-32, Dar'ül Marife, Beyrut-Lübnan.

ŞEKERCİ, Osman (1981), İslam Şirketler Hukuku Emek-Sermâye Şirketi, İstanbul.

YILDIRM, Mustafa (2001), Mecelle'nin Küllî Kâideleri, İzmir.

ZERKA', Mustafa Ahmet (1968), El Medhalül Fıkhül Âmm 1-2, Dımeşk.

ZERKA', Mustafa Ahmet (1983), Şerhu Kavâidil Fıkhıyye, Basım yeri yok.

ZUHAYLÎ, Vehbe (1994), İslam Fıkhı Ansiklopedisi 1-10, İstanbul.

ÖZ GEÇMİŞ

1969 yılında Konya-Seydişehir-Gevrekli Kasabasında doğdu. İlkokulu aynı Kasabada okudu. 2 yıl Konya-Fatih Kuran Kursunda okuduktan sonra Konya-Doğanhisar İ.H.L.ni bitirdi.1994 yılında S.Ü. İlâhiyat Fakültesinden mezun oldu. Aynı yıl Bilecik-Vezirhan İlköğretim Okuluna Din Kültürü Ve Ahlak Bilgisi Dersi öğretmeni olarak atandı. Daha sonra Sakarya–Hendek Fatih İlköğretim okulunda 1yıl öğretmenlik üç yıl idarecilik görevi yaptı. Başbakanlık Yabancı Diller Eğitim Merkezinde 9ay Arapça kursuna katıldı. Askerliği Kahramanmaraş-Beşenli İ.Ö.Okulunda Asteğmen-Öğretmen olarak yaptı. 2003'ten beri Hendek İ.H.Lisesinde Meslek dersleri öğretmeni olarak çalışmaktadır. Evli ve 4 çocuk babasıdır